



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال سی‌ام، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۲

۱۱۵

صاحب‌امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق)

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه
سرمدبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)
مدیر اجرایی: عبدالصمد علی‌آبادی

یادآوری

۱. فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC): بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran.com); پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags.ir); پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com); مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID); پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir); پایگاه Google Scholar نمایه و در سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir); کتابخوان همراه پژوهان (pajooahaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) بارگذاری می‌شود.

۲. به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی «مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی، تأسیس انجمن‌های علمی، قطب‌های علمی و واحدهای پژوهشی و همچنین امتیازات کرسی‌های نظریه‌پردازی، نقد و مناظره و آزاداندیشی در حوزه، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد».

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC): بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran.com); پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags.ir); پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com); مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID); پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir); پایگاه Google Scholar نمایه و در سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir); کتابخوان همراه پژوهان (pajooahaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) بارگذاری می‌شود.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. • دیدگاه‌های مطرح‌شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست. نشانی: قم، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ * تلفن: ۳۱۱۵۶۹۱۲ - ۰۲۵
رایانامه: Feqh.osul@gmail.com * آدرس سامانه: Jf.isca.ac.ir
چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۸۰۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیداحمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

محمد زروندی رحمانی

(دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)

سیدعباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف‌الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری)

سیدضیاء مرتضوی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی

(پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

محمدحسن نجفی راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

حامد رستمی نجف آبادی، اسدالله رضایی، مهدی رهبر، طه زرگریان،
محمدجعفر صادق پور، محمد صالحی مازندرانی، رضا عندلیبی،
محمدتقی فخلعی.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید فقه‌های مذاهب و پاسخ به مسئله‌ها و نیازها و بازنشر تازه‌های مطالعات نوین فقهی از سوی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق) به صورت دیجیتال منتشر می‌شود.

اهداف فصلنامه علمی - پژوهشی «فقه»

۱. توسعه و تعمیق مباحث فقهی
۲. تبیین روش‌های اجتهادی و تحول و تکامل بخشی به شیوه‌های اجتهاد
۳. نقد و بررسی آراء و انظار فقیهان بزرگ در جهت پیشبرد مباحث فقهی
۴. پاسخ‌گویی به نیازهای نظام اسلامی و ارائه الگوی مناسب برای مباحث فقهی
۵. ارتباط بخشی میان حوزه و مراکز علمی دیگر در جهت توانمندسازی دانش فقه
۶. آزاداندیشی و استفاده از ظرفیت نخبگان حوزوی و دانشگاهی در جهت ارتقاء سطح گفت‌وگوهای علمی

اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی فقه

۱. روش‌شناسی فقهی و اجتهادی
۲. شناسایی مکاتب و منابع فقهی
۳. توسعه و تعمیق ادله فقهی
۴. بازخوانی تراث فقهی و تنقیح و تهذیب و تکمیل مباحث
۵. تحلیل و نقد دیدگاه‌های خاص فقهی
۶. پاسخ به مسائل جدید فقهی بویژه نیازهای نظام اسلامی در حوزه تقنین و اجرا
۷. موضوع‌شناسی فقهی موضوعات مستحدثه

از کلیه صاحب‌نظران، اساتید و پژوهشگران علاقه‌مند دعوت می‌شود تا آثار خود را جهت بررسی و نشر در فصلنامه علمی - پژوهشی **فقه** بر اساس ضوابط و شرایط مندرج در این فراخوان از طریق سامانه نشریه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال نمایند.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یا رد و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلاً در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابهت یابی می‌شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.
- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.

شرایط مقالات استخراج شده از آثار دیگر: چنانچه مقاله مستخرج از هر کدام از موارد ذیل باشد،

نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله‌ای که نشریه متوجه عدم اطلاع‌رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می‌کند:

- **پایان‌نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)

*** مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به‌تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می‌باشد.

- **طرح پژوهشی** (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)

- **ارائه شفاهی در همایش و کنگره** (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)

روند ارسال مقاله به نشریه: نویسندگان باید فقط از طریق بخش ارسال مقاله سامانه نشریه جهت ارسال مقاله

اقدام کنند، به مقالات ارسالی از طریق ایمیل یا ارسال نسخه چاپی ترتیب اثر داده نخواهد شد.

✓ برای ارسال مقاله، نویسنده **مسئول** باید ابتدا در بخش «**ارسال مقاله**» اقدام به ثبت نام در سامانه نشریه نماید.

✓ نویسندگان باید همه مراحل ارزیابی مقاله را صرفاً از طریق صفحه شخصی خود در سامانه مجله دنبال نمایند.

قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

- نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاوردهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته‌های جدید است را می‌پذیرد.
- نشریه فقه از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

فایل‌هایی که در زمان ثبت نام نویسنده مسئول باید در سامانه بارگذاری کند:

- ✓ فایل اصل مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)
- ✓ فایل فرم مشابهت‌یاب مقاله
- ✓ فرم عدم تعارض منافع

تذکر: (ارسال مقاله برای داوری، مشروط به ارسال سه فایل مذکور و ثبت صحیح اطلاعات در سامانه است).
✓ تکمیل و ارسال فرم عدم تعارض منافع، توسط نویسنده مسئول الزامی می‌باشد.

حجم مقاله: واژگان کل مقاله: بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰

واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد).

نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان: نویسنده مسئول در آثاری که بیش از یک نویسنده دارند باید حتماً مشخص باشد. عبارت (نویسنده مسئول) جلوی نام نویسنده مورد نظر درج شود. فرستنده مقاله به‌عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می‌شود و کلیه مکاتبات و اطلاع‌رسانی‌های بعدی با وی صورت می‌گیرد.

وابستگی سازمانی نویسندگان باید دقیق و مطابق با یکی از الگوی های ذیل درج شود:

۱. **اعضای هیات علمی:** رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۲. **دانشجویان:** دانشجوی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۳. **افراد و محققان آزاد:** مقطع تحصیلی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، سازمان محل خدمت، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۴. **طلاب:** سطح (۲، ۳، ۴)، رشته تحصیلی، حوزه علمیه/مدرسه علمیه، شهر، کشور، پست الکترونیکی.

ساختار مقاله: بدنه مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های ذیل باشد:

۱. **عنوان:**

۲. **چکیده فارسی** (تبیین موضوع/مساله/سوال، هدف، روش، نتایج)؛

۳. **مقدمه** (شامل تعریف مساله، پیشینه تحقیق (فارسی و انگلیسی)، اهمیت و ضرورت انجام پژوهش و دلیل جدید بودن موضوع مقاله)؛

۴. **بدنه اصلی** (توضیح و تحلیل مباحث)؛

۵. **نتیجه‌گیری** (بحث و تحلیل نویسنده)؛

بخش تقدیر و تشکر: پیشنهاد می‌شود از مؤسسه‌های همکار و تأمین‌کننده اعتبار بودجه پژوهش نام برده شود. از افرادی که به نحوی در انجام پژوهش مربوطه نقش داشته، یا در تهیه و فراهم‌نمودن امکانات مورد نیاز تلاش نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛ **منابع** (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش فهرست منابع، ذیل عنوان **References** درج شوند).

روش استناددهی: APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک

دانلود فایل آن در سامانه نشریه (راهنمای نویسندگان) موجود می‌باشد.

فهرست مقالات

- ۹ مطالعه فقهی و حقوقی امکان رجوع (عدول) از فسخ قرارداد
مرتضی چیت‌سازیان - جواد سلطانی فرد
- ۴۲ تحریم و تسری قاعده «تلف مبیع قبل از قبض»
با رویکرد خرید در فضای متاورس
شقایق عامریان - مصطفی کیخا - عبدالرضا محمدحسین زاده - نادر مختاری افرکتی
- ۷۲ صحت فروش فرد مردد از مال مثلی (بررسی فقهی و حقوقی)
اسماعیل نعمت‌اللهی
- ۱۰۰ تحلیل انتقادی حکم طهارت مسلوس و مبطون در هنگام نماز
البرز محقق‌گرفمی - سیدعلی سجادی زاده - امجد جبیلی
- ۱۳۳ قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران
جعفر نظام‌الملکی - محمد صالحی‌مازندرانی
- ۱۶۱ موضوع‌شناسی فقهی حقوقی عقود فردایی
فرشته زینلی - احمد مرادخانی - علیرضا عسگری
- ۱۹۰ واکاوی فقهی مستندات ماده ۴۱۲ قانون مجازات
(قصاص شکستگی دندان)
مهدی نارستانی

Research Article

A Jurisprudential and Legal Study of the Feasibility of Referring to and Deviating (Udoul) from the Contract Termination

Morteza Chitsazian¹

Javad Soltanifard²

Received: 24/05/2023

Accepted: 24/10/2023



Abstract

Recourse from contract termination refers to the ability of a person who terminates a contract to subsequently regret their decision and revoke the termination, thereby reinstating the contract. This research, conducted through an analytical-descriptive method and relying on library sources, explores the nature of the right to terminate and its distinction from the right of recourse from termination. To establish the prohibition of such recourse, even if it may be supported with caution, this study cites principles such as "what is void cannot be revived," "the prohibition of benefiting from void property," "dominion," "the disappearance of the effects of termination after its establishment," and, most importantly, the principle of "the primacy of necessity in contracts." Additionally, it argues against the existence of valid reasons for allowing recourse from the right

1. Assistant Professor, Faculty of Islamic Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran (Corresponding Author). m.chitsazian@motahari.ac.ir. ORCID: 0009-0009-0093-0308

2. Assistant Professor, Faculty of Islamic Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran: j.soltanifard@motahari.ac.ir. ORCID: 0000-0002-3965-9457

* Chitsazian, M., & Soltanifard, J. (1402). A Jurisprudential and Legal Study of the Feasibility of Referring to and Deviating (Udoul) from the Contract Termination. *Journal of Fiqh*, 30(115), pp. 9-39. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.66525.2653>

● © Author (s).

to terminate, while critically examining opposing arguments. It is suggested that recourse (revocation) from contract termination presents both jurisprudential and legal challenges, leading to practical complications and increased disorder in contracts, resulting in an escalation of lawsuits, as well as certain societal costs.

Keywords

Recourse from termination, termination revocation, necessity in contracts, right to terminate, right of recourse.

مقاله پژوهشی

**مطالعه فقهی و حقوقی امکان رجوع
(عدول) از فسخ قرارداد**

مرتضی چیت‌سازیان^۱ جواد سلطانی‌فرد^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

© Author (s)



چکیده

رجوع از فسخ قرارداد بدین معناست که اگر شخصی قرارداد را فسخ کند، سپس از اعمال فسخ خود پشیمان گردد، بتواند از فسخ خود عدول و در نتیجه قرارداد را احیا کند. در پژوهش حاضر که با روش تحلیلی-توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای انجام شده، ضمن بیان ماهیت حق فسخ و تفاوت آن با حق رجوع از فسخ، برای اثبات ممنوعیت چنین رجوعی - که چه بسا با احتیاط نیز موافق باشد - به قواعدی مانند «الساقط لا یعود»، «حرمت اکل مال به باطل»، «تسلیط»، «از بین رفتن آثار ایقاع بعد از انشاء» و از همه مهم‌تر، قاعده «أصلالة اللزوم در ایقاعات» و همچنین «نبود دلیل معتبر مبنی بر جواز رجوع از حق فسخ» استناد شده و در ضمن آن، ادله مخالفان نیز نقادی شده است. به نظر می‌رسد رجوع (عدول) از فسخ قرارداد با مشکلات فقهی و حقوقی مواجه است و از لحاظ عملی نیز موجب آشفتگی و بی‌نظمی مضاعف در قراردادها شده، افزایش دعاوی محاکم و نیز برخی هزینه‌تراشی‌ها را برای جامعه در پی دارد.

کلیدواژه‌ها

رجوع از فسخ، اعمال فسخ، لزوم در ایقاعات، حق فسخ، حق رجوع.

۱. استادیار رشته فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری^۱، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

m.chitsazian@motahari.ac.ir .

ORCID: 0009-0009-0093-0308

۲. استادیار رشته فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری^۲، تهران، ایران.

j.soltanifard@motahari.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-3965-9457

* **استناد به این مقاله:** چیت‌سازیان، مرتضی؛ سلطانی‌فرد، جواد. (۱۴۰۲). مطالعه فقهی و حقوقی امکان رجوع (عدول) از فسخ قرارداد. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۵)، صص ۹-۳۹. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.66525.2653.39-9>

مقدمه

در حقوق اسلام در یک تقسیم‌بندی عقود را به دو دسته تقسیم می‌کنند: عقد لازم و عقد جایز. در عقود لازم، اصل بر لزوم قراردادهاست؛ مگر اینکه خلاف اصل ثابت گردد (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۹۵)؛ بنابراین فسخ قرارداد، خلاف اصل است تا زمانی که دلیلی بر فسخ قرارداد وجود داشته باشد.

حق فسخ در حقوق ایران در موارد متعددی پیش‌بینی شده است. حق فسخ ممکن است به خاطر حدوث خیارات (ماده ۳۹۶ق.م) یا اقاله (ماده ۲۸۳ق.م) یا حتی بدون توافق دوطرف حاصل شود (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ق.م).

در تعریف فسخ گفته‌اند: «فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث» (شهیدی، ۱۳۹۸، ج ۵، ص ۲۰۲).

در فقه اسلامی به جای حق فسخ از واژه «خیار» استفاده می‌شود (انصاری، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۳۰۲). خیار، مصدر ثلاثی مزید از ریشه «خیر» و از باب مفاعله (مخایره) است که از آن به اختیار فسخ معامله تعبیر می‌شود. از فسخ به عنوان «حق» یاد می‌شود؛ از همین رو دارنده می‌تواند آن را اعمال کرده یا از اعمال آن چشم پوشد.

منظور از «رجوع از فسخ قرارداد» این است که اگر شخصی قرارداد را فسخ کند، وی این امکان را داشته باشد که از فسخ خود عدول و دوباره قرارداد را احیا کند. در این مقاله ضمن بیان ماهیت حق فسخ و تفاوت آن با حق رجوع از فسخ، در پی آن هستیم که آیا امکان چنین عملیات فقهی و حقوقی وجود دارد یا خیر؟

حسب بررسی‌های انجام‌شده، این موضوع گرچه به نحو عام بررسی شده، اما از حیث خصوصیت کمتر بدان پرداخته شده است. توضیح اینکه در پژوهش‌هایی همچون «ماهیت رجوع و تمایز آن از مفاهیم مشابه» (خسروی و همکاران، ۱۳۹۵) بحث ماهیت رجوع بررسی شده است؛ همچنان‌که در برخی از پژوهش‌های دیگر به نحو موجهه جزئی‌ه بدان پرداخته شده است؛ از جمله: «ماهیت رجوع از شهادت و پیامدهای آن» (احمدوند و جلیلیان، ۱۳۹۹)؛ «اقسام رجوع از وصیت در فقه امامیه و حقوق ایران» (صادقی‌مقدم و میرجلیلی، ۱۳۹۶). با وجود این، در این پژوهش‌ها، به بررسی امکان رجوع از فسخ پرداخته نشده است؛

همچنین مقاله «امکان سنجی جریان اقاله در ایقاعات» (امیرخانی و باقری، ۱۳۹۶) از دیگر مقالاتی است که نویسنده پس از بیان ماهیت اقاله و معنانشناسی آن، در نهایت به امکان پذیری اقاله ایقاع قائل می‌شود، در حالی که چنین نتیجه‌ای متفاوت با یافته‌های پژوهش حاضر است.^۱

آنچه مشابهت بیشتری با این جستار دارد، مقاله «نقد نظریه عدول از فسخ قرارداد» به نویسندگی محسن اسماعیلی است. تفاوت جستار حاضر با مقاله نامبرده در آن است که در جستار حاضر ضمن بحث جداگانه از ماهیت حق فسخ، مبانی فقهی و حقوقی آن نیز به تفصیل تبیین شده است؛ مواردی همچون «حاکمیت اراده»، «قاعدۀ لاضرر»، «موازنه عوضین» و «عیوب رضا»؛ همچنین ماهیت رجوع و وجوه اشتراک و افتراق آن با فسخ نیز بررسی شده است؛ در حالی که چنین چیزی در مقاله نامبرده به چشم نمی‌خورد. افزون بر این در پژوهش پیش رو در کنار منابع شیعه، به منابع اهل تسنن نیز ارجاع داده شده است و در برخی از موارد دیدگاه‌های مذاهب اربعه نیز بیان شده است؛ در حالی که چنین چیزی در مقاله یادشده وجود ندارد؛ همچنین بیان ادله‌ای همچون «أصالة اللزوم در ایقاعات» - به عنوان مهم‌ترین دلیل عدم جواز رجوع در فسخ - نیز از امتیازات پژوهش حاضر است.

به هر ترتیب، آنچه ضرورت پژوهش حاضر را واضح‌تر می‌سازد، آن است که رجوع از فسخ دارای آثار فقهی و حقوقی فراوانی است؛ زیرا بسیار اتفاق می‌افتد که متعاقبین اقدام به فسخ قرارداد می‌کنند، اما از این اقدام خود پشیمان می‌گردند و من‌علیه‌الخیار نیز مخالفتی با این پشیمانی ندارد؛ در این حال، باید روشن باشد که آیا در صورت تحقق دو شرط مذکور، امکان احیای قرارداد وجود دارد یا خیر؟

۱. گفتنی است نسبت به فسخ بودن اقاله، فقیهان مسلمان هم‌داستان نیستند؛ برخلاف نظر مشهور فقیهان امامیه (نک: طوسی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۹۴)، حنبلیه (نک: بهوتی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۵) و شافعیه (نک: شافعی، بی‌تا، ج ۳، ص ۶۷) که اقاله را مطلقاً فسخ می‌دانند، حنفیه نسبت به متعاملین فسخ و نسبت به اشخاص ثالث بیع جدید تلقی می‌کنند (نک: ابن‌نجیم، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۱۱). مالکیه نیز اقاله را بیع جدید می‌دانند (نک: جندی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۷۰۴).

۱. بررسی حق فسخ از حیث ماهیت، مبانی و آثار مترتب بر آن

با توجه به اینکه ماهیت حق فسخ، مبانی و آثار مترتب بر آن در تحلیل رجوع از حق فسخ بسیار مؤثر است، از همین روی ابتدا به تحلیل سه مطلب پیش گفته می‌پردازیم.

۱-۱. ماهیت حق فسخ

فسخ یا خیار، حقی است که به دو طرف عقد یا یکی از آنها یا به شخص ثالث داده می‌شود تا در صورت صلاحدید خود، قرارداد را فسخ کند. این حق از عقد ناشی می‌شود.

با توجه به اینکه حق فسخ، عمل حقوقی است که با اراده‌ی ذی‌حق ایجاد می‌شود، باید آن را ایقاع به حساب آورد، نه عقد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۵۵)؛ زیرا در تعریف ایقاع آورده‌اند: «ایقاع آن است که به قبول نیاز ندارد؛ بلکه به مجرد انشا از طرف یکی ایجاد می‌شود؛ بالعکس عقد که انشای آن منوط به ایجاب و قبول است» (نک: کاتوزیان، ۱۴۰۱، ص ۴۷۱). برخی دیگر در تعریف ایقاع گفته‌اند: «عملی است قضائی و یک طرفی که به صرف انشا و رضای یک طرف منشأ اثر حقوقی شود و بدون اینکه تأثیر یک طرفی قصد و رضای مذکور ضروری به غیر داشته باشد» (جعفری، ۱۳۹۴، ص ۱۰۰).

ریشه چنین تعریف‌هایی از ایقاع را می‌توان در کلام فقیهان یافت. ایقاع در اصطلاح فقیهان عبارت است از انشای ماهیت حقوقی که با اراده یک نفر ایجاد می‌شود و تحقق آن منوط به انشای یک طرف است (نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۲، ص ۲).

ایقاع موجد حق و مسقط حق

ایقاع را به اعتبار اثر آن می‌توان به ایقاع «موجد حق» و «مسقط حق» تقسیم‌بندی کرد. ایقاع موجد حق سبب تملیک یا انتقال حقی می‌شود (سلحشور، ۱۳۸۸، ص ۲۶). برای ایقاع موجد حق که سبب تملیک آن می‌شود، می‌توان به حیازت مباحات اشاره کرد؛ زیرا ایقاع کننده با حیازت، آن را به ملکیت خویش درمی‌آورد؛ مثلاً شخص با آبیاری و

درختکاری زمینی مرده، سبب تملک آب و زمین می‌شود. اخذ به شفعه جزء این گروه از ایقاعات است.

در مقابل، ایقاعاتی وجود دارند که مسقط حق هستند؛ مانند ابراء که از اسباب سقوط تعهدات به شمار می‌رود و اعراض که سبب زوال حق مالکیت می‌شود (کاتوزیان، بی‌تا، ص ۶۶). بر اساس آنچه گفته شد، «حق فسخ» را نیز می‌توان از جمله ایقاعات دسته دوم به شمار آورد.

۲-۱. مبانی فقهی و حقوقی حق فسخ

در مورد مبانی حق فسخ میان فقیهان و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد و دیدگاه‌های متعددی مطرح شده است که عبارت‌اند از:

۱-۲-۱. نظریه حاکمیت اراده

برخی از اندیشمندان، مبانی حق فسخ یا خیارات را اصل حاکمیت اراده می‌دانند. مطابق این نظریه، دوطرف قرارداد می‌توانند در ضمن قرارداد برای خود یا برای هر دو یا شخص ثالث برای مدت معینی حق فسخ قرارداد دهند؛ در نتیجه ذی‌حق می‌تواند در صورت صلاح دید خود در مدت‌زمان معین، قرارداد را فسخ کند. این ذی‌حق بودن یکی از دوطرف قرارداد یا دوطرف قرارداد یا شخص برای فسخ قرارداد، ناشی از اصل حاکمیت اراده است.

این نظریه گرچه در مورد برخی از خیارات همچون خیار شرط می‌تواند صادق باشد، در مورد برخی از خیارات همچون خیار عیب و خیار غبن نمی‌تواند درست باشد. با توجه به آنچه گفته شد، اشکال عمده آن نیست که ذوالخیار چگونه حق فسخ خود را اعمال می‌کند؛ بلکه پرسش اصلی آن است که چرا برای شخص، حق فسخ عقدی به وجود می‌آید که لازم‌الاتباع و غیر قابل انحلال است؟ پاسخ به این پرسش، تعیین‌کننده یکی از مبانی مهم قابل طرح در خصوص مبانی فسخ خواهد بود (نک: لسان، ۱۳۹۵، ص ۷۷).

در تحلیل نحوه ارتباط حق فسخ با حاکمیت اراده و تراضی صریح یا ضمنی دوطرف قرارداد می‌توان گفت که از یک سو التزام دوطرف می‌تواند محدود به حدود مورد توافق یا متعارف بوده و در نتیجه تعدی از آن حدود موجب حق فسخ باشد. از سوی دیگر اگر قرار باشد که برهم خوردن التزامی ناشی از عامل غیر از اراده باشد، در این صورت میان تأثیر اراده و تأثیر عوامل دیگر، نوعی تداخل به وجود می‌آید، حال آنکه اصل بر عدم چنین وضعیتی است (نک: السان، ۱۳۹۵، ص ۷۷).

۱-۲-۲. قاعده لاضرر

یکی از مبانی مشهور خیارات، قاعده لاضرر است. بسیاری از فقیهان در مبحث خیارات برای جعل خیار برای متعاقدین یا یکی از متعاقدین به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند. قاعده لاضرر در خیاراتی همچون عیب و غبن استفاده شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۷۲).

با وجود این، اشکالی که بر مبنای حاکمیت اراده مطرح شده، بر این مبنا نیز وارد است؛ بدین صورت که در خیاراتی از قبیل خیار شرط چگونه می‌توان قاعده لاضرر را مبنا قرار داد؟ با توجه به اشکال یادشده می‌توان گفت که قاعده لاضرر عموم ندارد و نمی‌تواند مبنای عمومی برای همه خیارات به حساب آید.

در رفع این اشکال که چگونه می‌توان قاعده لاضرر را مبنایی برای تحلیل خیار شرط قرار داد، گفته شده است که در خیار شرط که دوطرف یا یکی از آنها یا شخص ثالث از سوی یکی از ایشان، حق فسخ عقد را برای مدت معینی پیدا می‌کند، فرض بر این است که در صورت قائل نبودن چنین حقی ممکن است در نتیجه التزام به عقد، ذوالخیار یا شخص ثالث مد نظر، یکی از دوطرف عقد، متحمل زیان قابل توجهی شود که منشأی برای جبران آن پیش‌بینی نشده است؛ از همین رو دفع ضرر از شخص در معرض زیان اقتضا دارد که برای وی حق فسخ عقد به رسمیت شناخته شود (نک: السان، ۱۳۹۵، ص ۸۱ به بعد).

بنابراین باید بر این اعتقاد بود که اولاً تمام خیارات با هر عنوانی که باشند، بر مبنای

قاعده لاضرر قابل توجیه‌اند؛ ثانیاً ضرر ناروای ناشی از عقد موجب می‌شود حکم لزوم برداشته شود و زیان‌دیده بتواند عقد را فسخ کند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۶۳). این امر به‌عنوان قاعده‌ای در تمامی عقود، لازم‌الاجرا بوده و به نوع خاصی از خیار محدود نمی‌شود (نک: شیروی، صص ۴۹-۷۱).

۱-۲-۳. موازنه عوضین

از جمله تقسیم‌بندی‌هایی که در فقه اسلامی اعم از فقه شیعه و اهل تسنن برای عقود مطرح کرده‌اند، تقسیم عقود معوض یا معاوضی به «عقود مسامحه‌ای» و «عقود مغابنه‌ای» است. عقود مسامحه‌ای عقود هستند که در آن، بنا بر دقت متعارفه در مورد آن نباشد؛ به عبارت دیگر، عقدی که در آن، اصول موازنه رعایت نشده باشد (جعفری، ۱۳۹۴، ج ۴، ش ۹۶۷۲) و عقود مغابنه‌ای عقود هستند که متعاقدين در مورد عقد، بنا بر اعمال دقت و تحصیل حداکثر امتیازات ممکنه را دارند (جعفری، ۱۳۹۴، ج ۴، ش ۹۶۷۵).

با التفات بر مطالب پیشین در عقود مغابنه‌ای با بروز عیب و غبن، موازنه عقود به هم می‌خورد؛ از این رو حق فسخ برای متعاقدين ایجاد می‌شود.

اشکالی که بر دو مبنای اخیر مطرح شده است، بر این مبنا نیز وارد است؛ در نتیجه این مبنا نیز عموم ندارد و نمی‌تواند مبنای همه خیارات باشد؛ زیرا با جعل خیار شرط، تعادل عوضین برهم نمی‌خورد.

۱-۲-۴. عیوب رضا

تراضی متعاقدين در کنار قصد، رکن اساسی در انعقاد قرارداد است؛ بنابراین اگر اه، تدلیس و غبن را موارد عیوب تراضی شمرده‌اند (نک: ره‌یک، ۱۳۸۱، ص ۴۴). مطابق این نظریه در خیارهایی همچون عیب و غبن چون تراضی مخدوش شده است، لذا حق فسخ به وجود می‌آید.

اشکال مطرح‌شده بر مبنای پیش‌گفته بر این مبنا نیز وارد است.

۳-۱. آثار مترتب بر حق فسخ

در صورتی که ذی حق حق فسخ داشته باشد، با اعمال این حق، عقد زایل می‌شود. اعمال حق فسخ از زمان انعقاد عقد موجب زوال آن نمی‌شود، بلکه از زمان فسخ قرارداد آن را از بین می‌برد. در واقع این تفاوت میان عقد باطل و عقد منفسخ است؛ زیرا عقد باطل چون به لحاظ قانونی هیچ اعتباری ندارد، اثر حقوقی بر آن مترتب نمی‌شود، حال آنکه عقدی که منفسخ می‌شود، عقد صحیحی است و آثار حقوقی بر آن بار می‌شود؛ در نتیجه تا زمان فسخ قرارداد، این آثار باقی است (شهیدی، ۱۳۹۸، ج ۵، ص ۲۰۶).

به هر حال بر اساس نظر مشهور امامیه با عنایت بر این نکته، نمائات منفصله مورد معامله تا زمان فسخ قرارداد از آن منتقل الیه عقد است و از زمان فسخ به بعد، متعلق به شخصی است که عقد را فسخ کرده است. در مورد نمائات منفصله، حکمی در قانون مدنی ذکر نشده است (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۸۱). با وجود این ممکن است گفته شود با تنقیح مناط از برخی مواد قانونی، می‌توان حکم مذکور را استنباط کرد. ماده ۴۵۹ ق.م.مقرر می‌دارد: «در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بایع؛ بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس، بایع به شرایط مزبور عمل ننماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد؛ ولی نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ، مال مشتری است». قسمت اخیر ماده که مقرر می‌دارد: «ولی نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ، مال مشتری است»، وجه اشتراک است؛ بدین تقریر که بیع شرط از مصادیق خیار شرط است و با توجه به اینکه خیار شرط، خصوصیتی ندارد، چه بسا بتوان آن را به دیگر احکام نیز سرایت داد.

۲. حق رجوع از فسخ

همان طور که گفته شد، منظور از حق رجوع این است که کسی حق فسخ خود را اعمال کند؛ اما پس از اعمال فسخ از آن پشیمان شود و در این صورت، وی بتواند از فسخ خود رجوع کند. پیش از بیان دیدگاه فقیهان و حقوق دانان در این زمینه، نخست به

تعریف رجوع و تفاوت آن با فسخ خواهیم پرداخت و سپس دیدگاه موافقان و مخالفان را به بوته نقد خواهیم گذاشت.

۱-۲. ماهیت رجوع و تفاوت آن با فسخ

رجوع از ریشه «رجع» در زبان فارسی به معنای بازگشتن و بازگردیدن آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۴۵۴). رجوع در اصطلاح حقوقی به معانی مختلفی آمده است:

۱. رجوع در معنای عام، بازگشت به حالت پیشین یک عمل حقوقی است که شامل کلیه عقود، ایقاعات و احوال شخصیه است؛ بدین معنا رجوع حتی شامل رجوع از اقرار و رجوع از شهادت نیز می‌شود.

۲. رجوع گاهی به معنای مطالبه کردن حق است. چنین کاربردی فراوان است؛ همچون رجوع مالک عین به شخص غاصب.

۳. رجوع گاهی به معنای خاص در مورد ایقاعات به کار رفته است؛ از جمله ماده ۵۶۵ ق.م که مقرر می‌دارد: «جعاله تعهدی است جائز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از دو طرف می‌توانند رجوع کنند؛ ولی اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید، باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد».

در ماده ۸۲۹ نیز آمده است: «قبول موصی له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند؛ حتی در صورتی که موصی له، موصی به را قبض کرده باشد».

حقوقدانان در مورد تفاوت‌ها و شباهت‌های فسخ و رجوع، مطالبی بیان کرده‌اند؛ اما قبل از بیان این مطالب، ابتدا به استقرای موارد فسخ در فقه و حقوق می‌پردازیم؛ زیرا بیان مصادیق رجوع می‌تواند به شناسایی ماهیت رجوع کمک کند. مصادیقی که برای رجوع مطرح شده است عبارت‌اند از:

۱-۱-۲. رجوع از وصیت

یکی از مصادیقی که برای رجوع مطرح شده است، رجوع از وصیت است. موصی

می‌تواند از وصیت خود منصرف شود؛ خواه وصیت عهدی باشد یا تملیکی. حق برگشت از وصیت، مختص موصی است و پس از فوت او به ارث نمی‌رسد. این حق را نمی‌توان از طریق قرارداد و تعهد اسقاط کرد؛ یعنی قانون دربارهٔ حق رجوع موصی، از قواعد آمره است و اراده افراد برخلاف آن اثری ندارد. از طریق صلح می‌توان نتیجه وصیت تملیکی غیرقابل رجوع را به دست آورد؛ زیرا صلح، عقدی لازم است؛ چنانکه از طریق ماده ۱۰ ق.م نیز این عمل میسر است (جعفری، ۱۳۹۵، ص ۴۴۷).

حکم پیش‌گفته صریح قانون مدنی است. ماده ۸۳۸ مقرر می‌دارد: «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند». البته این حکم میان فقیهان اتفافی است؛ در تعلیل آن گفته‌اند؛ چون که مال و حق اوست و مردم نیز بر مالشان مسلط هستند (شهیدانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۱۳۵).

۲-۱-۲. رجوع از هبه

یکی دیگر از مصادیق رجوع، رجوع از هبه است. ماده ۸۰۳ ق.م مقرر می‌دارد: «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند، مگر در موارد ذیل:

- ۱) در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد؛
 - ۲) در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد؛
 - ۳) در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود؛ خواه قهراً مثل اینکه متهب به واسطه فلس محجور شود؛ خواه اختیاراً مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود.
 - ۴) در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود».
- رجوع از هبه در صورتی که عین موهوبه باقی باشد، مورد اتفاق فقیهان است.

۲-۱-۳. رجوع از صدقه

یکی دیگر از مصادیق رجوع، رجوع از صدقه است که مشهور به عدم جواز آن قائل‌اند (نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۸، ص ۱۳۰). قانون مدنی ایران نیز از قول مشهور پیروی کرده

است. ماده ۸۰۷ مقرر می‌دارد: «اگر کسی مالی را به‌عنوان صدقه به دیگری بدهد، حق رجوع ندارد».

۲-۱-۴. رجوع از اذن

رجوع از اذن نیز یکی دیگر از مصادیق رجوع است. هدف از اذن، ایجاد صرف اباحه است؛ به این معنا که به مأذون اذن می‌دهد از مورد اذن استفاده کند، نه اینکه هدف آذن این باشد که وی بدان ملتزم باشد. ماده ۹۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند. در این صورت کیفیت استحقاق، تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است». ماده ۹۸ ق.م. نسبت به حقی که داده شده است مقرر می‌دارد: «اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد، ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود و همچنین است سایر اتفاقات».

مطابق این ماده، اذن‌دهنده می‌تواند از اذن خود برگردد.

۲-۱-۵. رجوع در زمان عده

مردی که همسر خود را طلاق رجعی داده، در زمان عده می‌تواند بدون عقد جدید به او رجوع و حکم طلاق را ملغی کند (نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۲، ص ۱۷۹). قانون مدنی ایران نیز از این حکم اجماعی پیروی کرده است. در این رابطه ماده ۱۱۴۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده، حق رجوع است».

۲-۱-۶. رجوع از شهادت

یکی دیگر از مصادیق رجوع، رجوع از شهادت است. رجوع از شهادت به دو صورت در کتاب‌های فقهی بحث شده است:
الف) رجوع از شهادت پیش از صدور حکم؛

ب) رجوع از شهادت پس از صدور حکم.

در فقه، رجوع شهود از شهادت پیش از صدور حکم بر اساس شهادت، موجب بی اعتباری شهادت و عدم صدور حکم بر اساس آن شناخته شده است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۲، ص ۱۷۹) و در تعلیل آن، دلایل متعددی ذکر کرده اند؛ برای مثال بعد از اینکه شاهد از شهادت خود رجوع کرد، درباره شهادت وی شک ایجاد می شود که آیا به درستی شهادت داده است یا به دروغ؛ بنابراین این رجوع پذیرفتنی است.

در رابطه با رجوع از شهادت پس از صدور حکم، فقیهان فرض های متنوعی در نظر گرفته اند. در صورتی که حکم اجرا شده باشد و محکوم به از میان رفته باشد، حکم پا برجا خواهد ماند. در صورتی که حکم اجرا نشده باشد یا محکوم به باقی باشد، میان فقیهان اختلاف شده است. برخی معتقدند حکم نقض نمی شود و برخی بر آنند که نقض می شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۲، ص ۱۷۹).

۲-۱-۷. رجوع زوجه به فدیة در طلاق خلع و مبارات در ایام عده

رجوع زوجه به فدیة در طلاق خلع و مبارات در ایام عده نیز یکی دیگر از مصادیق رجوع است. در دو طلاق یاد شده زوجه می تواند در ایام عده به بذل خود رجوع کند. حال پس از بیان اهم مصادیق، به تفاوت رجوع و فسخ می پردازیم. در مورد تفاوت حق رجوع با فسخ در عقود، دیدگاه های متعددی مطرح شده است. برخی از حقوقدانان این دو اصطلاح را یکی دانسته اند؛ اما برخی دیگر میان این دو اصطلاح تفاوت قائل شده اند، با اینکه به شباهت هایی نیز اقرار کرده اند.

وجوه اشتراک میان فسخ و رجوع

۱. هر دو ایقاع هستند؛ بدین معنا که در هر دو، صرف اراده، کافی در انحلال است و به اذن طرف مقابل نیازی نیست.
۲. هر دو برای برهم زدن یک عمل حقوقی به کار می رود.
۳. هر دو عمل حقوقی ناظر به آینده است و در گذشته اثر ندارد. دلیل این اثر روشن

است؛ زیرا پیش از فسخ یا رجوع، آن عقد یا ایقاع صحیح بوده است؛ از این رو آثار آن عقد یا ایقاع تا قبل از انحلال عقد یا ایقاع پابرجاست (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۵۲).

وجوه افتراق میان فسخ و رجوع

۱. قلمرو استعمال واژه فسخ گسترده است؛ به طوری که جایز است برای انحلال همه قراردادهای استفاده شود، حال آنکه رجوع به صورت محدود در برخی از اعمال حقوقی مانند وصیت و هبه استفاده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۵۲).

در نقد وجه یادشده باید گفت که این تفاوت ناظر بر تفاوت جوهری نیست؛ به عبارت دیگر در پی اختلاف لفظی نیستیم؛ بلکه دنبال این هستیم که آیا میان فسخ و رجوع، تفاوت معنوی وجود دارد یا خیر؟

۲. خیار فسخ، حق مالی است؛ از این رو به ارث می‌رسد و می‌توان به دیگران انتقال داد؛ اما رجوع قائم به شخص است؛ مثلاً مطابق ماده ۸۰۵ ق.م.د. در هبه، پس از فوت واهب یا متهب، رجوع ممکن نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۵۲).

۳. مطابق ماده ۴۴۸ ق.م.سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط کرد؛ حال آنکه امکان اسقاط رجوع، مورد اختلاف فقیهان است (شهیدی، ۱۳۹۸، ج ۵، ص ۵۳).

۴. رجوع از قبیل احکام است، از این رو قابل نقل و انتقال و توارث و اسقاط نیست؛ اما فسخ از قبیل حق است؛ از این رو قابل نقل و انتقال و توارث و اسقاط است (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۵۲).

۵. رجوع به معنای استرداد عین و منوط به وجود عین موهوبه است (ماده ۸۰۳ ق.م.د.)، در حالی که اعمال حق خیار در این عقد، منوط به وجود عین موهوبه نیست و تلف آن، مانع از فسخ عقد نمی‌شود و مثل آن را در صورت مثلی بودن و قیمت آن را در صورت قیمی بودن می‌توان از طرف مقابل مطالبه کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۵۳).

۶. در قراردادهای لازم نیست برای اعمال خیار حتماً طرف مقابل حضور داشته باشد، بلکه در صورتی که مرده باشد نیز می‌توان اعمال کرد؛ حال آنکه در برخی از مصادیق

رجوع، مرگ یکی از دو طرف موجب می‌شود برای طرف مقابل امکان رجوع وجود نداشته باشد؛ برای مثال، ماده ۸۰۵ ق.م.مقرر می‌دارد: «بعد از فوت واهب یا متهب، رجوع ممکن نیست».

با عنایت به مطالب فوق و تعریفی که از رجوع از حق فسخ ارائه شد، به نظر می‌رسد ماهیت رجوع از فسخ قرارداد، ابراز پشیمانی از فسخ و بازگشت به قرارداد پیشین و پابندی به آثار ناشی از آن و به عبارتی همان فسخ فسخ است؛ بنابراین از این نظر، شبیه فسخ قرارداد است؛ زیرا آن‌هم نوعی پشیمانی از قرارداد سابق، عدم وفاداری به آثار آن و بازگشت به وضعیت پیش از عقد بوده است. البته این به معنای جواز رجوع از حق فسخ نیست و جواز یا عدم جواز آن، ادله جداگانه‌ای دارد که در ادامه بررسی خواهد شد.

۲-۲. بررسی دیدگاه‌های مختلف در مورد رجوع از فسخ قرارداد

با وجود فحص و تتبع در کتاب‌های فقهی، مطالب چندانی در مورد امکان رجوع از حق فسخ یافت نشد که شاید دلیل این امر آن باشد که فقیهان (و حقوق‌دانان)، عدم امکان رجوع از فسخ را امری مسلم دانسته‌اند و از این رو بحثی در این زمینه نکرده‌اند. با وجود این، به بررسی ادله‌ای که می‌تواند مستند این نظریه قرار گیرد و همچنین ادله‌ای که در رد این نظریه قابلیت استناد دارد، پرداخته می‌شود؛ از همین رو بحث را در دو محور پیش خواهیم برد:

۲-۲-۱. محور اول: بررسی دلیل موافقان

در رابطه با امکان رجوع از فسخ، رأیی صادر شده است. نخست این رأی را نقل کرده، سپس به بررسی ادله خواهیم پرداخت. رأی دادگاه به این قرار است:

«در مورد واخواهی آقای ع.م. به وکالت از آقای ج.ت. به طرفیت شرکت پ.الف.گ. با وکالت آقای الف.غ. از دادنامه شماره ۹۲۰۴۶۰ که متضمن تأیید و تفیذ فسخ قرارداد شماره ۰۸/۱۰۶۳۹ و الحاقیه آن و محکومیت واخواه به تحویل‌کننده ولو و

اف ۱۲ به شماره انتظامی ... به همراه مخزن سیار متصل و پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله در حق واخوانده بوده است، از توجه به اوراق و محتویات پرونده و ملاحظه اظهارات و کیلان دوطرف در جلسه دادرسی، دادگاه واخواهی را وارد می‌داند؛ چه آن که واخوانده حسب اظهارات و کیل واخواه، پس از اعلام فسخ قرارداد، نسبت به اخذ اقساط کشده و اعلام مسیر جهت حمل گاز به واخواه اقدام کرده است که این امر نشان از عدول از فسخ دارد و دفاع و کیل واخوانده به‌رغم قبول این امر مبنی بر اینکه اقدام موکل بر مبنای دستور محکمه کیفری بوده، متکی به دلیل یا مدرک قابل استناد نبوده است؛ از این رو دادگاه به استناد ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن نقض دادنامه معترض عنه، حکم به رد دعوی بدوی صادر و اعلام می‌دارد حکم صادره ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه استان تهران است.»

پس از بیان رأی دادگاه، اکنون به بررسی دلیلی که می‌توان به سود این نظریه مطرح کرد، می‌پردازیم.

تیین این دلیل به یک مقدمه نیاز دارد و آن اینکه در مورد مصادیقی که برای حق رجوع مطرح شد، میان فقیهان اختلاف شده است که آیا رجوع در این مصادیق از قبیل حکم است یا حق؟ نظر مشهور میان فقیهان و حقوق دانان این است که رجوع در این مصادیق، حکم است نه حق. با وجود این اقوال نادری نیز در این زمینه وجود دارد که رجوع در این مصادیق را حق می‌داند؛ بنابراین چون «رجوع» حق است، در رجوع از فسخ نیز ذوالخیار حق رجوع دارد. ریشه این دلیل را باید قیاس رجوع از فسخ با دیگر مصادیق رجوع یا به گونه‌ای الغای خصوصیت قلمداد کرد.

الغای خصوصیت - برفرض اعتبار آن - در مواردی استعمال می‌شود که فقیه از طریق الغا و اسقاط خصوصیتی که در موضوع حکم (اعم از متعلق حکم یا متعلق متعلق حکم یا تکلیف) یا خود حکم مدخلیت ندارد، مصداق دیگری از موضوع حکم را یافته و حکم را بر آن بار می‌کند (نک: هاشمی، ۱۴۳۲ق، ص ۱۰۳).

مطابق این دلیل چون با فرض حق بودن رجوع در مصادیق دیگر، خصوصیتی در این مصادیق نیست، رجوع از فسخ نیز می‌تواند از مصادیق رجوع باشد.

۲-۲-۲. محور دوم: بررسی ادله مخالفان رجوع از حق فسخ

برای عدم امکان رجوع از فسخ می‌توان ادله متنوعی ارائه کرد؛ از جمله:

۲-۲-۲-۱. دلیل اول: قاعده «السَّاقِطُ لَا يُعُودُ»

پس از اینکه ذوالخیار قرارداد را فسخ کرد، دیگر آن قرارداد وجود ندارد و آن قرارداد مرده است؛ از همین رو چگونه می‌توان قراردادی را که مرده است، دوباره احیا کرد؟

توضیح اینکه در فقه اسلامی قاعده‌ای بنام «الساقط لا یعود» وجود دارد که مطابق آن، چیزی که ساقط شده است، دیگر قابلیت برگشت ندارد؛ همان طور که چیز از بین رفته بر گردانده نمی‌شود؛ مثلاً اگر شخصی دینی بر ذمه دیگری داشته باشد و آن دین را ابراء کند، دیگر نمی‌تواند از وی مطالبه دین نماید؛ زیرا حق خود را اسقاط کرده است. ماده ۵۱ مجله الأحكام العدلیة به این قاعده اشاره داشته و مقرر می‌دارد: «السَّاقِطُ لَا يُعُودُ كَمَا أَنَّ الْمَعْدُومَ لَا یُعُودُ» (نک: آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۶۴؛ حیدر، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۵۴).

در بحث ما نیز با فسخ یک قرارداد، آن قرارداد از بین رفته است؛ گویی اصلاً به وجود نیامده است تا بتوان به آن رجوع کرد (رجوع در صورتی است که جایگاهی برای مبدأ لحاظ شود؛ به گونه‌ای که از مقصد یا میانه راه بخواهی به آن مبدأ برگردی؛ حال آنکه مبدأ یادشده از صفحه قرارداد پاک شده است) (نک: خوبی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۷۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۲۱؛ مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۶۷).

برخی از علما در معنای واژه «ساقط» که در این قاعده به کار رفته است، تفاوتی قائل شده‌اند؛ بدین صورت که فرق است میان اینکه با زوال مقتضی، چیزی ساقط شود یا با وجود مانع و همان گونه که از این دو تعبیر بر می‌آید، آنجا که انعدام و زوال مقتضی برای حکمی رخ دهد، سقوط اتفاق افتاده و آنجا که با زوال مقتضی نبوده و با وجود مانع، این اتفاق بیافتد، امر ساقط شده است؛ اما با رفع مانع بازگشت امکان‌پذیر خواهد بود (نک: الباحسین، ۱۴۳۲ق، ص ۵۳۸).

در هر صورت، حکمی که به واسطه وجود مانعی ساقط شده باشد، هرگاه مانع زایل

شود، آن حکم هم بر می‌گردد؛ زیرا در این حالت، مقتضی حکم، باقی بوده و تحت قاعده دیگری قرار می‌گیرد که «هرگاه مانع زایل شود، آنچه سابقاً به واسطه آن مانع، منع شده است، بازگشت می‌کند: «إذا زال المانع عاد الممنوع»». نمونه بارز این مطلب در بحث نفقه مطرح می‌شود که با نشوز زوجه، نفقه از ذمه شوهر ساقط می‌گردد و دیگر شوهر ملزم به پرداخت آن نیست؛ اما با تمکین زوجه، نفقه مجدداً بر می‌گردد؛ زیرا مقتضی نفقه - که همان زوجیت باشد - از سابق، موجود بود و فقط مانعی حادث شده بود که اکنون برطرف شده است؛ اما در بحث فسخ قرارداد، آنچه به دنبال این فسخه ذهن متبادر می‌شود این است که اثری از آن قرارداد باقی نمانده است؛ یعنی مقتضی آن زایل شده است، نه اینکه مانعی به وجود آمده تا بتوان با برگشت آن، به بازگشت ممنوع حکم کرد.

به نظر می‌رسد قسمت اخیر ماده، در یک بحث فلسفی و کلامی به نام «اعاده معدوم» ریشه دارد. توضیح اینکه آیا می‌توان چیزی را که معدوم گشته است، دوباره برگرداند؟ در این رابطه دو دیدگاه عمده وجود دارد:

۱) اعاده معدوم ممکن است.

۲) اعاده معدوم ممکن نیست.

اگر ریشه قاعده «المعدوم لا یعود» این بحث فلسفی و کلامی باشد، این قاعده از اساس متزلزل می‌شود؛ زیرا در عالم حقوق، تمام بحث مربوط به اعتباریات است؛ حال آنکه اعاده معدومی که در علم کلام و فلسفه از آن بحث می‌شود، به عالم واقعیات مربوط است و روشن است که قیاس اعتباریات با واقعیات خلط بحث است (نک: مطهری، ۱۳۷۶، ج ۶، ص ۳۷۲).

در تحکیم استناد به قاعده «السَّاقِطُ لَا یُعَوَّدُ» می‌توان به اصل اصولی مشهور و پرکاربرد در مباحث حقوقی نیز استناد کرد و آن همان «اصالة العدم» است. تقریر اجمالی اصل یادشده بدین ترتیب است که در صورت شک در ایجاد یا عدم ایجاد حقی برای کسی در جایی، اصل بر عدم آن است؛ مگر بر فرض اثبات خلاف که در فرض کنونی اثبات آن قابل تحقق نیست.

۲-۲-۲. دلیل دوم: قاعده (حرمت اکل مال به باطل)

یکی دیگر از ادله قابل طرح در رد امکان رجوع از حق فسخ این است که پس از آنکه ذوالخيار قرارداد را فسخ کرد، هر کدام از عوضین به ملکیت مالکان درمی آید؛ پس چگونه می توان مال شخصی را بدون رضایت مالک به ملکیت در آورد؟ به عبارت دیگر، امکان رجوع از مصادیق آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء، ۲۹) است؛ بدین صورت که چون عوض به ملکیت طرف مقابل درآمده است، اگر چنین حقی به ذوالخيار داده شود و مالک نیز راضی نباشد، این چیزی جز اکل مال به باطل نیست. افزون بر این، سلطه ذوالخيار بر ملک دیگری با قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» در تعارض است؛ زیرا وقتی عین، بدون رضایت مالک آن از ملکیت وی خارج شود، مانند جایی است که گفته شود وی هیچ سلطنتی بر مال خود ندارد.

۲-۲-۳. دلیل سوم: قاعده «تسلیط»

همان طوری که در بحث تفاوت رجوع و فسخ گفته شد، یکی از تفاوت ها این است که رجوع از قبیل حکم است؛ از این رو قابل نقل و انتقال و توارث و اسقاط نیست؛ به عکس فسخ از قبیل حق است و قابل نقل و انتقال و توارث و اسقاط هست. مطابق این نظریه، رجوع حکم است و حکم نیز نیازمند بیان قانون گذار است و قانون گذار در این رابطه حکمی بیان نداشته است.

این دلیل را می توان به شیوه دیگری نیز تقریر کرد و آن اینکه رجوع برخلاف اصل است؛ بدین معنا که اصل، لزوم قراردادهاست؛ مگر اینکه دلیلی بر عدم لزوم باشد و در مسئله رجوع از فسخ، دلیلی نداریم که چنین رجوعی امکان پذیر باشد.

۲-۲-۴. دلیل چهارم: از بین رفتن آثار ایقاع پس از انشاء

استدلال دیگری که در راستای توجیه امکان ناپذیری فسخ ایقاعات مطرح شده است، باقی نماندن آثار ایقاع پس از تحقق است؛ بدان معنا که ایقاع همانند چیزی که در

یک آن موجود می‌شود، به محض انشای اراده موقع در عالم اعتبار وجود می‌یابد و بی درنگ پس از آن از بین می‌رود؛ از این رو اساساً اثر ایقاع پس از تحقق آن باقی نمی‌ماند تا بتوان منع تداوم آن اثر را با فسخ ایقاع اراده کرد و این یعنی فسخ ایقاع عقلاً ممکن نیست. در مقابل، شرع و عرف استمرار آثار عقد را پس از تحقق آن نیز معتبر می‌شمارند؛ بنابراین امکان فسخ عقد و قطع آثار آن را می‌توان پذیرفت (نک: سبحانی، ۱۴۲۳ق، ص ۱۸۰؛ امیرخانی، ۱۳۹۶، ص ۴۱).

هرچند این استدلال به صورت واضح در کلام فقیهان نیامده است؛ اما قرائن و شواهدی دالّ بر پذیرش این توجیه در میان برخی از ایشان دیده می‌شود؛ مثلاً امام خمینی علیه السلام بر این باور است که عقلاً ممکن نیست بتوان ایقاع را مانند ظرفی پنداشت که شرطی درون آن جای گیرد؛ زیرا معقول نیست که پس از تمام شدن عنوان و تأثیر ایقاع، شرطی به آن مرتبط شود؛ چه رسد به آنکه شرطی بتواند درون ایقاع و در ظرف تحقق آن قرار گیرد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۳۷۳).

۲-۲-۵. دلیل پنجم: اصالة اللزوم در ایقاعات

همان طور که در ابتدای این جستار گفته شد، حق فسخ را باید از جمله ایقاعات دانست؛ از طرفی، مشهور دانشمندان قائل به لزوم ایقاعات شده‌اند و واضح است آنچه لازم باشد، نمی‌توان بدون دلیل آن را به هم زد و از سوی دیگر، درباره جواز رجوع از حق فسخ دلیلی وجود ندارد (نک: سلحشور، ۱۳۸۸، ص ۱۷۴).

برای اثبات اصالة اللزوم در ایقاعات - به عنوان مهم‌ترین دلیل عدم جواز رجوع در حق فسخ - دیدگاه فقیهان را به اختصار در این زمینه بررسی می‌کنیم.

صاحب عناوین از ابتدای بحث اصالة اللزوم، عنوان بحث را شامل عقد و ایقاع می‌داند و می‌نویسد: «بدون تردید اسباب معاملات که عقود و ایقاعات هستند ممکن است لازم باشند؛ به گونه‌ای که پس از به وجود آمدن آثار آن را برطرف کرد؛ بدین معنا که وضع آنها چنان است که بدون بروز عارضه‌ای فسخ و ابطال آنها ممکن نیست و این را لزوم عقد یا ایقاع نامند» (حسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۶).

ایشان سپس در ادامه می‌گوید: «حق این است که اصل در هر عقد و ایقاعی عدم جواز رفع آثار و فسخ آن است؛ مگر اینکه دلیل وجود داشته باشد» (حسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۸).

برخی از فقیهان برای اثبات اصالة اللزوم در ایقاع به عدم جریان خیار شرط در ایقاعات اشاره داشته و معتقدند شرط خیار در ایقاعات جاری نمی‌شود. شیخ انصاری در مبحث خیار شرط در این باره می‌نویسد: «ظاهراً اختلافی در عدم دخول شرط خیار در ایقاعات وجود ندارد؛ بهترین دلیل برای عدم وقوع شرط خیار در ایقاعات - علاوه بر اینکه شرط در ایقاعات صدق نمی‌کند و ممکن است به عقود انصراف داشته باشد، نه ایقاعات، به‌ویژه طبق تعریفی که در قاموس اللغة برای شرط بیان شد که شرط یعنی الزام و التزام به بیع - این است که فسخ در ایقاعات شرعی نیست [یعنی ایقاعات قابل فسخ نیستند] تا اینکه قابلیت اشتراط تسلط بر فسخ در آنها باشد... مشروع نبودن فسخ در ایقاعات برمی‌گردد به اینکه باید برای مشروعیت فسخ دلیلی وجود داشته باشد، اما دلیل برای مشروعیت فسخ در عقود یافت می‌شود، از این جهت که اقاله در عقود مشروعیت دارد؛ همچنین خیار مجلس، حیوان و مانند آن در بعضی از عقود ثابت است، به خلاف ایقاعات؛ چون سابقه ندارد که شارع پس از وقوع اثر ایقاعات نقض آن آثار را تجویز کرده باشد تا اینکه شرط خیار در آنها جایز باشد. به‌طور کلی شرط می‌تواند چیزی را که شرعاً سبب نیست، به عنوان سبب قرار دهد؛ پس وقتی معلوم نیست که سبب رفع اثر ایقاع هست یا معلوم است که سبب ارتفاع نیست - بنابراین که لزوم در ایقاعات یک حکم شرعی است؛ مثل جواز در عقود جایز - با اشتراط تسلط بر فسخ در متن ایقاع سبب نمی‌گردد. افزون بر این، اجماعی که از مبسوط و نفی خلافی که در سرائر بر عدم دخول شرط خیار در عتق و ابراء آمده بر این مطلب دلالت دارد» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۴۱؛ نک: محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، صص ۳۰۳-۳۰۴).

عده‌ای از فقیهان دلیل عدم جریان خیار شرط در ایقاع را چنین بیان می‌کنند که چون ایقاع احتیاج به قبول ندارد و با همان ایجاب تحقق پیدا می‌کند، خیار شرط در آن جا ندارد؛ چون آنچه از مفهوم شرط فهمیده می‌شود آن است که باید بین دو نفر باشد،

طرف ایجاب و طرف قبول؛ از سوی دیگر دسته‌ای از روایات نیز بر این مطلب تأکید دارند؛ در حالی که ایقاع با یک نفر ایجاد می‌شود (حسینی، ۱۳۲۶ق، ج ۴، ص ۵۶۸).

محقق خوبی دلیل منع جریان خیار شرط را در ایقاعات چنین بیان می‌کند:

خیار در موردی جاری می‌شود که عقد قابل اقاله و انفساخ باشد؛ بنابراین لزوم در چنین عقودی لزوم حقی است؛ زیرا چیزی که لزوم آن حقی باشد، خیار شرط در آن جاری می‌شود و عقدی که قابل اقاله نباشد، لزوم آن حکمی است؛ بنابراین رفع لزوم از چنین عقدی با جعل خیار ممکن نیست؛ بنابراین چون در ایقاعات اقاله داخل نمی‌شود، کشف می‌شود که لزوم در ایقاع لزوم حکمی است ... و این یک کبرای کلی است در هر عقدی که خیار در آن جاری می‌شود و هر معامله‌ای که خیار در آن جاری نیست (خوبی، ۱۴۱۷ق، ج ۶، صص ۲۱۶-۲۱۷).

گروهی دیگر از فقیهان برای منع خیار شرط به اجماع استناد کرده‌اند (شهیدثانی،

۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۲۹۲؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۸۱).

البته در این زمینه تفصیلاتی نیز وجود دارد که به جهت رعایت اختصار، از بیان آنها چشم می‌پوشیم. خلاصه آنکه با توجه به کلام فقیهان می‌توان گفت سه دلیل برای عدم جریان خیار شرط وجود دارد:

۱. در ایقاعات مفهوم شرط صدق نمی‌کند؛ چون شرط یعنی الزام و التزام در ضمن عقد همچون بیع؛ در حالی که ایقاع به صرف انشای صیغه واقع می‌شود؛ از این رو اگر پس از وقوع آن شرطی بیاید، این شرط پس از انجام آن است؛ پس اساساً مفهوم شرط در ایقاع صدق نمی‌کند.

۲. فسخ عقد به‌ویژه پس از اجرای مفاد آن مستلزم این است که موجود فرض شده و امکان بازگرداندن آثار آن برود؛ در حالی که در ایقاع، فسخ و اقاله مشروعیت ندارد و دلیل شرعی بر آن نیست؛ از همین رو خیار شرط نیز که سبب فسخ است، جایز نخواهد بود؛ به عبارت دیگر باید خود مسبب مشروع باشد تا سبب آن جعل شود؛ اما وقتی مسبب مشروع نباشد، جعل سبب نیز معنا ندارد؛ چون سبب جایی است که اصل مسبب محرز و مسلم باشد.

۳. برخی از فقیهان بر عدم جریان خیار شرط نقل اجماع و ادعای نفی خلاف کرده‌اند. نکته‌ای که لازم است ذکر شود این است که وقتی فقیهان خیار شرط را در ایقاع نمی‌پذیرند، به طریق اولی دیگر خیارات را نیز در آن جاری نمی‌دانند؛ زیرا خیار حیوان، مجلس و تأخیر ثمن که مختص به بیع‌اند و خیارات دیگر که مبتنی بر تراضی یا ناشی از ضررند، با طبع ایقاع سازگاری ندارند؛ زیرا بنا بر فرض در ایقاع تراضی واقع نمی‌شود و اگر هم ضرری به بار آید، نتیجه اقدام انشاکننده است (کاتوزیان، بی تا، ص ۵۸).
با توجه به مطالب بیان‌شده می‌توان گفت قاعده یا اصل لزوم در زمره اصول و قواعدی است که بر عقود و ایقاعات حاکم است.

افزون بر ادله مطرح‌شده باید گفت نهاد فسخ، خود نهادی خلاف قاعده است و گرایش تمام قانون‌گذاران بر این است که تا حد امکان سلامت اعمال حقوقی را حفظ کرده و تنها به عنوان آخرین راه به جواز فسخ حکم کنند.

از دیگر دلایل لازم‌بودن ایقاعات می‌توان به این نکته اشاره کرد که لزوم در ایقاعات حکم شرعی است و بی‌گمان نمی‌توان چنین قدرتی را با جواز فسخ از بین برد. محقق خوئی در این زمینه معتقد است اگر در عملی حقوقی مثل عقد، الزام و لزوم از حقوق باشد و بتوان آن عمل را به وسیله اقاله و انفساخ منهدم ساخت، در آن عمل جایز است شرط خیار نیز گنجانده شود؛ زیرا منشأ الزام آن عمل حق است؛ اما درجایی مانند ایقاعات که لزوم آن حکمی است، نمی‌توان در آنان شرط خیار گنجانید. لزوم در ایقاعات همانند جواز در عقود جایز یک حکم مشروع است، ولی اندراج شرط خیار و به تبع آن فسخ خیار امری نامشروع تلقی می‌شود (نک: خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۶، ص ۲۶۶).

۳. ممکن نبودن اندراج شرط رجوع ضمن ایقاع

معتقدان به این نظریه در اثبات ادعای خود می‌گویند ایقاع یک عمل حقوقی یک طرفه است که با اراده یک طرف انشاء شده و اثر خویش را به صرف اراده یک طرف بر جای خواهد گذاشت؛ این در حالی است که می‌دانیم شرط، امری تبعی بوده و وجودی مستقل ندارد و وابسته به عقد است.

ذهن پویای قائلان به این نظر با این پرسش اساسی روبه‌رو می‌شود که چگونه می‌توان در مورد شروط که اموری تبعی و وابسته هستند، به لزوم توافق اراده دوطرف قائل شد؛ درحالی‌که در مورد بنای اصلی ساختمان که همان ایقاع است معتقد باشیم اراده یک طرف به تنهایی کفایت خواهد کرد؟

ایقاع به‌صرف اراده یکی از دوطرف انشا شده و از همان لحظه در حالت طبیعی اثر خود را بار خواهد کرد؛ پس منطقی نخواهد بود که ما برای اصل عمل حقوقی به کفایت اراده یکی از دوطرف قائل باشیم؛ اما در مورد شروط که اموری وابسته به اصل (ایقاع) هستند، به اراده دو طرف نیازمند باشیم. در نتیجه باید بگوییم ایقاعات این توان و قابلیت را که ظرفی برای شروط باشند، نخواهند داشت. از دیگر دلایل طرفداران عدم امکان اندراج شرط ضمن ایقاع می‌توان به حکم بودن لزوم ایقاعات اشاره کرد. شیخ انصاری در این باره معتقد است که لزوم در ایقاعات، یک حکم شرعی است و فسخ ایقاع به تبع آن امری نامشروع و مستهجن خواهد بود (نک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۵۰).

به عنوان یکی دیگر از دلایل ممکن نبودن اندراج شروط ضمن ایقاع می‌توان به این نکته اشاره کرد که اندراج شروط ضمن ایقاع در نهایت به اعاده معدوم خواهد انجامید (نک: آقایی، ۱۳۹۱، ص ۲۳).

بر اساس این نظریه، معلوم می‌شود از آنجا که حق فسخ یک ایقاع است، نمی‌توان به هنگام فسخ شرط کرد که تا مدتی یکی از دوطرف یا هر دو امکان رجوع و احیای اصل عقد را داشته باشند.

البته در این میان، از کلام برخی جواز اندراج شروط ضمن ایقاع استفاده می‌شود (نک: امامی، ۱۳۶۶، ج ۱، ص ۳۳۴)؛ در نهایت آنکه برخی در این زمینه به تفصیل قائل شده‌اند (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۶۲؛ کاتوزیان، ۱۴۰۱ق، ص ۵۰۸). بر اساس دیدگاه به جواز چه بسا بتوان به جواز اشتراط رجوع در هنگام اعمال حق فسخ قائل شد.

۴. دیدگاه برگزیده

با توجه به آنچه گفته شد و دلایلی که بر ممکن نبودن رجوع از فسخ وجود دارد؛ دلایلی

همچون «الساقط لا يعود» و «الناس مسلطون علی اموالهم»، آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، «أصلالة اللزوم» و نیز فقدان دلیل بر جواز حق فسخ، این نوشتار بر آن است که رجوع از حق فسخ از نظر فقه و قانون، توجیهی ندارد و از لحاظ عملی نیز یک آشفته‌گی و بی‌نظمی مضاعف در قراردادها ایجاد می‌کند؛ به‌گونه‌ای که افزایش دعاوی محاکم و هزینه‌تراشی‌ها را برای جامعه در پی خواهد داشت.

افزون بر اینها، هنگامی که اصطلاح فسخ به کار می‌رود، مقصود آن است که یک رابطه دوسویه با انشای اراده یک طرف از هم گسسته شود. بی‌گمان در عقد چنین شکلی از ارتباط را می‌توان تصور کرد؛ زیرا تنها در این عمل حقوقی است که با ایجاب و قبول رابطه‌ای میان دو طرف محقق می‌شود؛ رابطه‌ای که با انشای فسخ از اثنا قطع می‌شود و مانع از تداوم آثار عقد می‌گردد. این در حالی است که انشای یک طرفه ایقاع مانع از شکل‌گیری چنین رابطه دوسویه‌ای می‌شود؛ بنابراین مفهوم متبادر از فسخ نمی‌تواند در ایقاعات موضوعیتی داشته باشد؛ برای مثال وقتی طلبکار ذمه مدیون را ابراء می‌کند، چون اراده مدیون در تحقق برائت ذمه‌اش دخالتی نداشته و حتی ممکن است او از آن کاملاً بی‌اطلاع باشد، اساساً رابطه‌ای میان داین و مدیون شکل نمی‌گیرد که بتوان قطع آن را با فسخ از سوی موقع تصور کرد؛ بنابراین مفهوم فسخ و انحلال بر قطع ارتباط میان دو موضوع صادق است؛ حال آنکه چنین معنایی در ایقاعات که با انشای یک اراده محقق می‌شوند، دور از ذهن به نظر می‌رسد.

بنابراین می‌توان گفت فسخ در «ایقاعات» (و با توجه به دلایلی که به‌ویژه در «حق فسخ» بیا شد) تصورناشدنی و تحقق‌ناپذیر است.

نتیجه‌گیری

۱. رجوع در معنای عام، بازگشت به حالت پیشین یک عمل حقوقی است که شامل کلیه عقود و ایقاعات می‌شود.
۲. منظور از رجوع از فسخ این است که کسی حق فسخ خود را اعمال کند، ولی پس از

اعمال فسخ از آن پشیمان شود، در این صورت وی بتواند از فسخ خود رجوع کند.

۳. همان طور که در تحلیل هر یک از ادله سه گانه در رد نظریه جواز رجوع از حق فسخ بیان گردید، قاعده «السَّاقِطُ لَا يَعُودُ» به جهت خروج موضوعی از بحث حاضر نمی تواند مستند ما در مخالفت با رجوع از حق فسخ قرار بگیرد؛ اما به نظر می رسد با استناد به قواعدی مانند «حرمت اکل مال به باطل»، «قاعده تسلیط»، «از بین رفتن آثار ایقاع پس از انشاء» و از همه مهم تر «أصلالة اللزوم در ایقاعات» و همچنین نبود دلیل بر جواز رجوع از حق فسخ، بتوان امکان رجوع از حق فسخ را به چالش کشید.

۴. با توجه به بررسی ادله، به نظر می رسد رجوع (عدول) از فسخ قرارداد با مشکلات فقهی و حقوقی مواجه است و از لحاظ عملی نیز موجب آشفتگی و بی نظمی مضاعف در قراردادها می شود و افزایش دعاوی محاکم و نیز هزینه تراشی ها را برای جامعه در پی دارد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. آقای، علیرضا. (۱۳۹۱). بررسی امکان رجوع از ایقاعات در حقوق ایران و مصر. تبریز: بی‌نا.
۲. آل کاشف الغطاء، محمد سین. (۱۳۵۹). تحریر المجله (ج ۱). تهران: مکتبه النجاش. ج ۶). بی‌جا: المطبعة العلمية.
۳. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم. (بی‌تا). البحر الرائق شرح کتذ الدقائق (ج ۶). بی‌جا: المطبعة العلمية.
۴. احمدوند، خلیل اله؛ جلیلیان، سپیده. (۱۳۹۹). ماهیت رجوع از شهادت و پیامدهای آن. قانون یار، ۴(۱۶)، صص ۴۰۷-۴۱۸.
۵. السان، مصطفی؛ نجفی زاده، لیلای؛ حسینی اشلقی، میرمهدی و صبوری، حسین. (۱۳۹۵). مبانی فسخ قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران. فصلنامه قضاوت، ۱۶(۸۸)، صص ۷۳-۸۹.
۶. امامی، حسن. (۱۳۶۶). حقوق مدنی (ج ۱). تهران: کتابفروشی اسلامی.
۷. امیرخانی، شکیبایا؛ باقری، احمد. (۱۳۹۶). امکان سنجی جریان اقاله در ایقاعات. فقه، ۲۴(۹۱)، صص ۳۳-۵۵.
۸. امیرخانی، شکیبایا؛ باقری، احمد. (۱۳۹۶). امکان سنجی جریان اقاله در ایقاعات. فصلنامه فقه، ۲۴(۹۱)، صص ۳۳-۵۶.
۹. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). المکاسب (ج ۲و۵). قم: کنگره شیخ مرتضی انصاری.
۱۰. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی. (۱۳۸۸). دانشنامه حقوق خصوصی (ج ۳). تهران: جنگل جاودانه.
۱۱. باحسین، یعقوب بن عبد الوهاب. (۱۴۳۲ق). المفصل فی القواعد الفقهية. قاهره: دار التدمریه؛ دار ابن حزم.
۱۲. بهوتی، منصور بن یونس. (۱۴۲۳ق). کشف القناع عن متن الإقناع (ج ۲). ریاض: دار عالم الکتب.

۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۴). ترمینولوژی حقوق (ج ۴). تهران: گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۵). تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
۱۵. جندی، خلیل بن اسحاق. (۱۴۰۴ق). شرح منح الجلیل علی مختصر العلامة خلیل (ج ۲). بیروت: دارالفکر.
۱۶. حسینی، سید میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (ج ۲). قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
۱۷. حسینی، سیدجواد. (۱۲۲۶ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة للفقیه (ج ۴). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۸. حیدر، علی. (۱۴۱۱ق). درر الحکام فی شرح مجله الاحکام (ج ۱). بیروت: دار الجیل.
۱۹. خسروی، حامد؛ حاجی عزیزی، بیژن و نیاز، قدرت‌الله. (۱۳۹۵). ماهیت رجوع و تمایز آن از مفاهیم مشابه. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۸(۱۵)، صص ۱۴۷-۱۷۴.
۲۰. خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (ج ۴). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۱. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (ج ۶). قم: مدینه العلم.
۲۲. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهة فی المعاملات (ج ۶). قم: انصاریان.
۲۳. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). فرهنگ لغت دهخدا (ج ۱). تهران، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۳ق). دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط. قم: المركز العالمی للدراسات الإسلامیة.
۲۵. سبزواری، سیدعبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام (ج ۷). قم: مؤسسه المنار.
۲۶. سلحشور، مریم. (۱۳۸۸). اصول و قواعد مشترک حاکم بر عقود و ایقاعات. قم: بی نا.
۲۷. شافعی، محمد بن ادریس. (بی تا). الأم (ج ۳). بیروت: دارالمعرفة.
۲۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (ج ۵ و ۶ و ۱۰). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.

۲۹. شهیدی، سیدمهدی. (۱۳۹۸). سقوط تعهدات (ج ۵). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۳۰. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۳). خیار تعذر تسلیم در فقه امامیه. مقالات و بررسی‌ها، ۷۶ (۳)، صص ۱۶۵-۱۸۵.
۳۱. صادقی مقدم، محمدحسن؛ میرجلیلی، محمد مهدی. (۱۳۹۶). اقسام رجوع از وصیت در فقه امامیه و حقوق ایران. آموزه‌های حقوقی گواه، ۳ (۵)، صص ۵-۲۶.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه (ج ۲). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). کتاب الخلاف (ج ۱). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). حقوق خانواده (ج ۱). تهران: نشر میزان.
۳۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۷). قواعد عمومی قراردادها (ج ۵). تهران: گنج دانش.
۳۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱ق). اعمال حقوقی. (قرارداد و ایقاع). تهران: گنج دانش.
۳۷. کاتوزیان، ناصر. (بی تا). حقوق مدنی. تهران: نشر میزان.
۳۸. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن. (۱۳۵۰). نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال. قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
۳۹. محقق ثانی، علی بن الحسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۴). قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۴۰. مطهری، مرتضی. (۱۳۷۶). مجموعه آثار (ج ۶). تهران: صدرا.
۴۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه (ج ۵). قم: نشر الهادی.
۴۲. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲۸ و ۳۲). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۳. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۳۲ق). موسوعة الفقه الإسلامي المقارن. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل البيت علیه السلام.

References

* Holy Quran

1. Aghayi, A. (1391 AP). The Possibility of Recourse from Arbitration in Iranian and Egyptian Law. Tabriz: n.p. [In Persian]
2. Ahmadvand, K., & Jalilian, S. (1399 AP). The nature of referring to witnessing and its consequences. *Ganun Yar Journal*, 4(16), pp. 407-418. [In Persian]
3. Al-Kashaf al-Ghata', M. S. (1359 AP). Tahreer al-Majaleh (Vol. 1). Tehran: Maktabat al-Najah. [In Arabic]
4. Alsan, M., Najafizadeh, L., Hosseini Ashlaghi, M. M., & Sabouri, H. (1395 AP). Foundations of Contract Termination in Imamiah Jurisprudence and Iranian Law. *Judgment*, 16(88), pp. 73-89. [In Persian]
5. Amirkhani, S., & Bagheri, A. (1396 AP). Feasibility of Iqala problem in Iqa'at. *Journal of Fiqh*, 24(91), pp. 33-55. [In Persian]
6. Amirkhani, Sh., & Bagheri, A. (1396 AP). Feasibility Study of Arbitration in Contracts. *Fiqh Quarterly*, 24(91), pp. 33-56. [In Persian]
7. Ansari, M. (1415 AH). Al-Makaseb (Vols. 2 & 5). Qom: Congress of Sheikh Morteza Ansari. [In Arabic]
8. Ansari, M., & Taheri, M. A. (1388 AP). Encyclopedia of Private Law (Vol. 3). Tehran: Jangal-e-Javedaneh. [In Persian]
9. Bahussein, Y. (1432 AH). Al-Mufassal fi al-Qawa'id al-Fiqhiyyah. Cairo: Dar al-Tadmuriyyah, Dar Ibn Hazm. [In Arabic]
10. Buhtī, M. (1423 AH). Kashaf al-Qina' 'an Matn al-Iqna' (Vol. 2). Riyadh: Dār 'Ālam al-Kutub. [In Arabic]
11. Dekhoda, A. A. (1377 AP). Dekhoda Dictionary (Vol. 1). Tehran: Tehran University Press and Publications Institute. [In Persian]
12. Hashemi Shahroodi, M. (1432 AH). Mawsu'at al-Fiqh al-Islami al-Muqaran. Qom: Institute of Islamic Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
13. Haydar, A. (1411 AH). Durar al-Hukkām fi Sharḥ Majallah al-Ahkām (Vol. 1). Beirut: Dār al-Jīl. [In Arabic]

14. Husainī, M. A. (1417 AH). Al-'Anāwīn al-Fiqhīyah (Vol. 2). Qom: al-Islāmī al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisīn Institution. [In Arabic]
15. Husainī, S. J. (1226 AH). Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāmah lil-Faqīh (Vol. 4). Qom: Islamic Publication Institution. [In Arabic]
16. Ibn Najīm, Z. (n.d.). Al-Bahr al-Ra'iq Sharh Kanz al-Daqaiq (Vol. 6). n.p: Al-Matabi'ah al-'Ilmiyah. [In Arabic]
17. Imami, H. (1366 AP). Civil Rights (Vol. 1). Tehran: Eslamic Bookstore. [In Persian]
18. Jafarī Langarudi, M. J. (1394 AP). Terminology of Law (Vol. 4). Tehran: Ganj-e-Dānesh. [In Persian]
19. Jafarī Langarudi, M. J. (1395 AP). Theory of Balance. Tehran: Ganj-e-Dānesh. [In Persian]
20. Jandī, Kh. (1404 AH). Sharḥ Munḥ al-Jalīl 'alā Mukhtaṣar al-'Allāmah Khalīl (Vol. 2). Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
21. Katozian, N. (1389 AP). Family Law (Vol. 1). Tehran: Mizan. [In Persian]
22. Katozian, N. (1397 AP). General Principles of Contracts (Vol. 5). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persia]
23. Katozian, N. (1401 AH). Legal Actions (Contracts and Obligations). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
24. Katozian, N. (n.d.). Civil Law. Tehran: Mizan. [In Persian]
25. Khomeini, R. (1421 AH). Kitāb al-Bay' (Vol. 4). Tehran: Institution for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
26. Khosravi, H., Haji Azizi, B., & Niazi, Q. (1395 AP). The nature of reference and its distinction from similar concepts. *Fiqh and Islamic Law Studies*, 8(15), pp. 147-174. [In Persian]
27. Khoyi, S. A. (1410 AH). Minhaj al-Salihin (Vol. 6). Qom: Madinat al-Ilm. [In Arabic]
28. Khoyi, S. A. (1417 AH). Masbah al-Fiqahah fi al-Mu'amalat (Vol. 6). Qom: Ansarian. [In Arabic]
29. Mamqani, M. (1350 AP). Nahayat al-Maqal fi Takmilah Ghayat al-Amal.

- Qom: Majma' al-Dhakha'ir al-Islamiyyah. [In Arabic]
30. Motahhari, M. (1376 AP). Majmu'ah Asar (Vol. 6). Tehran: Sadra. [In Persian]
 31. Mousavi Bojnourdi, S. H. (1377 AP). Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah (Vol. 5). Qom: al-Hadi. [In Arabic]
 32. Muhaqqiq Thani, A. (1414 AH). Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id (Vol. 4). Qom: Aal-al Bayt. [In Arabic]
 33. Najafi, M. H. (1362 AP). Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharai al-Islam (Vols. 28 & 32). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
 34. Sabhani Tabrizi, J. (1423 AH). Brief Studies on Options and Conditions. Qom: Al-Markaz al-Alami lil-Dirasat al-Islamiyah. [In Arabic]
 35. Sabzevari, S. A. (1413 AH). Muhadhdhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram (Vol. 7). Qom: Al-Minar. [In Arabic]
 36. Sadeghi Moghadam, M. H., & Mirjalili, M. M. (1396 AP). Types of references from wills in Imamiya jurisprudence and Iranian law. *Journal of Legal Studies of Testimony*, 3(5), pp. 5-26. [In Persian]
 37. Salahashour, M. (1388 AP). Principles and Common Rules Governing Contracts and Obligations. Qom: n.p. [In Persian]
 38. Shafi'i, M. I. (n.d.). Al-Umm (Vol. 3). Beirut: Dar al-Ma'rifah. [In Arabic]
 39. Shahid Thani, Z. (1413 AH). Masalik al-Afham ila Tanqih Sharai al-Islam (Vols. 5, 6, 10). Qom: Ma'arif Islamic Foundation. [In Arabic]
 40. Shahidi, S. M. (1398 AP). The Collapse of Obligations (Vol. 5). Tehran: Scientific and Cultural Assembly of Majd. [In Persian]
 41. Shiravi, A. (1383 AP). The Option of Excuse from Surrender in Imamiyah Jurisprudence. *Articles and Studies*, 76(3), pp. 165-185. [In Persian]
 42. Tusi, M. (1387 AP). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah (Vol. 2). Tehran: Al-Maktabah al-Murtadawiyah li Ihya al-Athar al-Ja'fariyyah. [In Arabic]
 43. Tusi, M. (n.d.). Kitab al-Khilaf (Vol. 1). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]

Research Article

Forbidding and Expanding the Principle of "Loss of Goods before Delivery" with the Approach of Buying in the Metaverse Space

Shaqa'yeq Amerian¹

Mostafa Keikha²

Abdolreza Mohammadhossein Zadeh³

Nader Mokhtari Afrakati⁴

Received: 11/04/2023

Accepted: 24/10/2023



Abstract

MetaVerse, or the metaverse, is a broad concept of the next generation internet with a three-dimensional and decentralized environment where individuals can engage in buying and selling digital assets through non-fungible tokens (NFTs) with full ownership, access services and products regardless of any licensing requirements. Given the political, economic, and sanction-related conditions that obstruct and prohibit the transfer of

1. PhD student, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Sistan and Baluchistan University, Zahedan, Iran.

Email: shaghayegh.Amerian1647@gmail.com.

ORCID: 0000-0001-6670-0243

2. PhD student, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Sistan and Baluchistan University, Zahedan, Iran (Corresponding author).

Email: m.keikha.69@gmail.com.

ORCID: 0000-0002-4949-9901

3. Associate Professor, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shahid Bahonar University, Kerman, Iran. Email: mhosseinzadeh@uk.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-6504-6525

4. Assistant Professor, Faculty of Theology and Islamic Studies, Sistan and Baluchistan University, Zahedan, Iran. Email: dr_mokhtariafra@theo.usb.ac.ir.

ORCID: 0009-0004-3307-6324

* Amerian, Sh., Keikha, M., Mohammadhossein Zadeh, A., & Mokhtari Afrakati, N. (1402). Forbidding and Expanding the Principle of "Loss of Goods before Delivery" with the Approach of Buying in the Metaverse Space. *Journal of Fiqh*, 30(115), pp. 42-69.

<https://doi.org/10.22081/jf.2023.66288.2638>.

● © Author (s).

any capital to the country, and considering the inherent nature of a sales contract where the transfer of ownership occurs simultaneously with the contract's conclusion, it raises questions. Firstly, can sanctions in this context be considered as destruction under the "destruction principle"? Secondly, how can the conditions for the realization of a sale, including the tangibility of the sold item and the practical manifestation of receipt, be justified in this context? This pioneering descriptive-analytical paper interprets and considers sanctions as an embodiment of the term "destruction" in the mentioned principle. It argues that coercive reconciliation and the causative agent of harm cannot be attributed to a specific person, thereby precluding the enforcement of compensatory measures and resulting in a nullified sale and damages incurred by the seller. Furthermore, in accordance with the content of the "destruction" principle, all the conditions for a valid sale exist within the MetaVerse, thus allowing for the extension of the "destruction" principle to the MetaVerse space.

Keywords

Virtual sanctions, virtual transactions, MetaVerse platform, destruction principle, coercive reconciliation.

مقاله پژوهشی

**تحریم و تسری قاعده «تلف مبیع قبل از قبض»
با رویکرد خرید در فضای متاورس**

© Author (s)



شقایق عامریان^۱ مصطفی کیخا^۲ عبدالرضا محمدحسین زاده^۳ نادر مختاری افراکتی^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

چکیده

«متاورس» یا فراجهان، مفهومی گسترده از نسل بعدی اینترنت با محیطی سه بعدی و غیر متمرکز است که افراد می توانند در کنار دارایی های دیجیتال به وسیله توکن های غیرمثلی، با مالکیت کامل، بازی کنند، خرید و فروش انجام دهند و فارغ از هرگونه کسب جواز، به صورت برون منطقه ای به خدمات و محصولات دسترسی داشته باشند. با این فرض و با توجه به شرایط سیاسی-اقتصادی و تحریمی که موجب انسداد و ممنوعیت انتقال هرگونه سرمایه به کشور می شود و از طرفی با توجه به تملیکی بودن عقد بیع که اثر آن، یعنی انتقال مالکیت، هم زمان و با انعقاد عقد حاصل می گردد، پرسش هایی را به ذهن متبادر می سازد که اولاً تحریم در این فضا می تواند به مثابه تلف در «قاعده تلف» قلمداد گردد؟ ثانیاً

۴۲
 فصلنامه علمی پژوهشی شماره سوم (پیاپی ۱۱۵)، پاییز ۱۴۰۲

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران. shaghayegh.Amerian1647@gmail.com. ORCID: 0000-0001-6670-0243

۲. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران (نویسنده مسئول). m.keikha.69@gmail.com. ORCID: 0000-0002-4949-9901

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه شهید باهنر کرمان، ایران. mhosseinzadeh@uk.ac.ir. ORCID: 0000-0002-6504-6525

۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران. dr_mokhtariafra@theo.usb.ac.ir. ORCID: 0009-0004-3307-6324

* **استاد به این مقاله:** عامریان، شقایق؛ کیخا، مصطفی؛ محمدحسین زاده، عبدالرضا و مختاری افراکتی، نادر. (۱۴۰۲). تحریم و تسری قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» با رویکرد خرید در فضای متاورس. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۵)، صص ۴۲-۶۹. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.66288.2638>

دیگر شرایط تحقق بیع از جمله عینیت مبیع و مصداق عملی قبض در این فضا چگونه توجیه پذیر است؟ نوشتار توصیفی- تحلیلی پیشرو با ارائه و تحلیل قاعده تلف، تحریم‌ها را مصداق واژه تلف در قاعده مذکور می‌داند، به گونه‌ای که تألف قهری و عامل اضرار را معطوف به شخص خاصی نمی‌توان دانست تا در نتیجه او را به تأدیه اجبار کرد و در نتیجه بیع منفسخ و خسارت متوجه بایع خواهد بود؛ همچنین مطابق مفاد قاعده تلف، تمامی شرایط یک بیع صحیح در بستر متاورس، موجود است و می‌توان قاعده تلف را به فضای متاورس تسری داد.

کلیدواژه‌ها

تحریم مجازی، معاملات مجازی، بستر متاورس، قاعده تلف، تألف قهری.

با افزایش فزاینده فناوری، معاملات وارد عرصه جدیدی از مبادله می‌شود. خرید و فروشی که در فضایی به نام «متاورس»^۱ انجام می‌گیرد، هیچ‌گونه وجود خارجی ندارد؛ اما قابلیت لمس از طریق همدست‌ها و دیگر ابزارهای تجسمی را دارد؛ از همین بابت آن را واقعیت مجازی^۲ نیز می‌نامند؛ همچنین قبض به معنای متعارف آن در این‌گونه معاملات تحقق نمی‌یابد. در این فضا، فرض این است که کاربر یا بازیگر هنگامی که از یک بازی NFT زمینی را خریداری می‌کند، می‌تواند آن را برای اهداف مختلف بسازد یا صرفاً برای اجاره دادن یا خرید و فروش به کار ببرد. حال از لحاظ حقوق و فقه اسلامی اصل اولی عدم تحقق و بطلان بیع در فضای متاورس به دلیل نبود خارجی مبیع و عدم امکان واقعی قبض و اقباض و عدم احراز مالکیت و عدم امکان فسخ معامله در این فضا است. از طرفی دیگر بیع در فضای مجازی با استناد به عموماً ادله‌ای چون «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» و «المؤمنون عند شروطهم» و همچنین ترکیب دو عنصر اعتبار و اطمینان بین دو طرف معامله، مجزی خواهد بود. با توجه به این مقدمه می‌دانیم که کالا با خرید به ملکیت مشتری منتقل می‌شود؛ اما گاهی این کالا قبل از تسلیم و قبض توسط مشتری تلف می‌گردد. در این حالت بیع منحل شده و فروشنده ضامن استرداد ثمن می‌باشد. اکنون که با گسترش فزاینده فناوری، مردم می‌توانند به آسانی در فضایی مجازی، اما مشتبه به واقعیت با خارج از کشور خود به تبادل و تجارت بپردازند؛ چیزی که در این خرید و فروش مسئله‌دار است، ایجاد قبض و اقباض و آثار مترتب بر آنهاست و اینکه اساساً طبق تعریف مشهور فقیهان از بیع، آیا به معنای واقعی تبادل کالا پیش می‌آید؟ پدیده تحریم به عنوان یک تألف قهری چه آثاری بر این بیع در فضای متاورس خواهد گذاشت؟ آیا قاعده تلف با توجه به جنبه مجازی بودن موضوع و بین‌المللی بودنش، سرایت می‌کند؟

1. Metaverse

2. Virtual Reality

گفتنی است از آنجایی که متاورس یک موضوع نوپدید است و اطلاعات کامل از جانب شرکت سازنده ارائه نشده است، منبع پژوهشی در این زمینه تاکنون منتشر نشده و از طرفی با توجه به اطلاعات موجود در این موضوع، متاورس همچنان در حال تکمیل و گسترش کیفیت است؛ بنابراین اطلاعات و منابع موجود در این پژوهش، مراجعه نویسندگان به خود فضای متاورس و فعالیت‌های موجود در آن است؛ همچنین آنچه در این نوشتار مورد توجه قرار می‌گیرد، موضوعاتی است که اصول تغییرناپذیر در فضای متاورس قلمداد می‌شود.

۱. چیستی متاورس

متاورس از دو کلمه *متا*^۱ به معنی فراتر و *یونیورس*^۲ به معنی جهان، تشکیل شده است و به صورت کامل، واژه *متاورس* به معنای فراتر از جهان است؛ هرچند تاکنون تعریف دقیقی از این مفهوم بیان نشده است و منابع خبری شرکت ارائه‌کننده این پروژه تنها به بیان نام آن پرداخته است.

متاورس به عنوان یک پروژه بلاک چین عمومی و منبع باز معرفی می‌شود که هدف از آن ارائه زیرساخت اصلی برای اهداف اجتماعی و شرکتی و خصوصی است. هدف آن ایجاد جهانی است که در آن دارایی‌های دیجیتال (توکن هوشمند متاورس و توکن قابل شناسایی متاورس) و هویت‌های دیجیتال (آواتار) از تراکنش‌های دارایی از طریق یک واسطه ارزشمند (اوراکل) پشتیبانی کنند، متاورس مرحله جدیدی از اینترنت است که عامل ترکیب واقعیت افزوده (AR)، واقعیت توسعه‌یافته (XR) و واقعیت مجازی (VR) با دنیای فیزیکی ما خواهد بود. در حقیقت، متاورس نقطه اتصال زندگی واقعی و دیجیتالی است (<https://www.workplace.com/blog/how-we-work-in-the-metaverse>).

به عبارتی بهتر، قرار است متاورس دنیایی مجازی باشد که افراد می‌توانند با استفاده

1. Meta
2. Universe

از هدست‌های واقعیت مجازی و واقعیت افزوده به صورت یک آواتار دیجیتال از طریق کار کردن، مسافرت یا حتی سرگرمی به وسیله هدست‌های VR به یکدیگر متصل شوند (<https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse>). ترکیب چندعنصری فناوری، از جمله واقعیت مجازی، واقعیت افزوده و ویدئو باعث شده است که در آن کاربران در یک جهان دیجیتال زندگی کنند. کاربران این فضا می‌توانند در همه چیز از اجلاس‌های علمی و کاری گرفته تا بازی و ارتباط با دوستان شرکت کنند (<https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse>).

تخمین زده می‌شود پنج تا ده سال طول می‌کشد تا ویژگی‌های کلیدی متاورس به یک جریان اصلی تبدیل شود؛ اما جنبه‌هایی از متاورس در حال حاضر وجود دارد که تغییرناپذیر است؛ مانند سرعت پهنای باند فوق‌العاده سریع، هدست‌های واقعیت مجازی و دنیای آنلاین همیشه فعال و ...

مدیرعامل این پروژه می‌گوید: «متاورس یک اینترنت تجسم‌یافته است که به جای اینکه فقط محتوا را تماشا کنید، می‌توانید درون آن قرار بگیرید» (<https://www.makeuseof.com/metaverse-vs-virtual-reality>). هر چند ممکن است برای همه قابل دسترسی نباشد؛ به ویژه برای مردم ایران که اکنون با پدیدهٔ تحریم حداکثری مواجه‌اند. به هر حال آینده، متاورس را بیش از پیش درک خواهد کرد.

۲. ارزش دیجیتال و توکن غیرمثلی (NFT)

گفته شد که متاورس، جهانی است که قرار است کاربران در آن از کالاها و خدمات مختلفی بهره‌مند شوند. می‌توانند قرض بگیرند یا با وثیقه گذاشتن اثر هنری خود یا برند خود وام بگیرند و بسیاری از خرید و فروش‌های دیگر را انجام دهند. واضح است برای خرید در دنیای متاورس شما به ارز و توکن متاورس و یا به عبارتی کیف پول نیاز دارید. اگر زندگی در جهان متاورس همه‌گیر شود، این توکن‌ها بسیار ارزشمند خواهند شد (<https://dl.acm.org/doi/10.1145/769953.769967>). توکن‌های غیرمثلی (NFT) مالکیت کامل کاراکترها، آیتم‌های کسب‌شده در داخل بازی و حتی زمین‌های مجازی را به کاربران

می دهند. یک NFT از یک ملک مجازی ۲۵۹ پارسلی (واحد شمارش قطعه زمین) در دیسترنلند، به تازگی به قیمت بیش از ۹۰۰,۰۰۰ دلار، بزرگ‌ترین فروش تاریخ را رقم زده است و یا NFT از یک اثر هنری یا برند لباس دیجیتال و هر چیز دیگری بدون محدودیت (معاملات باز) به فروش می‌رسد. خرید لباس یا خانه یا تابلو نقاشی یا هر چیز دیگری که قیمت خرید آن مشخص و واضح برای همه است و به اشتراک تمام دنیا قرار می‌گیرد، نمونه‌ای از خرید و فروش در این دنیاست. در این بخش لازم است به معرفی چند توکن معروف و پرکاربرد بپردازیم.

۱-۲. دیسترنلند^۱

دیس‌ترنالند یک پلتفرم واقعیت مجازی مبتنی بر بلاک‌چین است که در آن کاربران می‌توانند در حین بازی، ایجاد محتوا و تعامل با یکدیگر زمین بخرند، بفروشند و توسعه دهند. دیسترنالند بزرگ‌ترین جهان مجازی در فضای NFT است و به عنوان یک توکن تعویض ناپذیر ERC-71 به نام لند^۲ نشان داده می‌شود. هر قطعه زمین در دیسترنالند منحصر به فرد است و مالکان می‌توانند انتخاب کنند که با زمین خود چه کاری انجام دهند (<https://app-descentralend.com>). باید توجه شود که با بررسی نویسندگان، کاربران در این بستر می‌توانند زمین و یا هر محصولی را در پلتفرم خریداری کنند. این پلتفرم به شما امکان می‌دهد آیتم‌های بازی‌ها را مبادله کنید و می‌توانید در حین بازی درآمد کسب کنید و حتی می‌توان محصولات درون بازی را معامله یا مبادله کرد.

۲-۲. سندباکس^۳

سندباکس نیز یک اپلیکیشن و درواقع، بازی غیرمتمرکز است که بر بستر اتریوم ایجاد شده است و یک دنیای مجازی غیرمتمرکز را اداره می‌کند. در هسته خود،

1. Decentraland
2. LAND
3. The Sandbox

سندباکس یکی از بهترین پروژه‌ها و بازی‌های متاورس است که در آن بازیکنان می‌توانند زمین‌های دیجیتالی با نام «LAND» را خریداری کنند. سپس فعالیت‌هایی در آنها داشته باشند و تغییراتی درونشان اعمال کنند (<https://sandbxx.cam>). افزون بر توکن‌های غیرمثلی، سندباکس دارای ارزهای دیجیتال بومی دیگری نیز هست. مهم‌ترین مورد توکن، سند است و برای تسهیل تراکنش‌های مختلف که بخشی از گیم پلی این بازی متاورس هستند، استفاده می‌شوند، برای نمونه باید به تعامل با محتوای تولیدشده توسط کاربران، خرید LAND و استیک کردن این ارز دیجیتال برای حمایت از پروژه متاورس سندباکس اشاره کرد (<https://sandbxx.cam>)^۱.

۳. اعمال و اجرای قاعده تلف از منظر بیع در بستر متاورس

خرید و فروش و معامله یکی از ارکان زندگی اجتماعی است و این موضوع تا جایی پیش می‌رود که گاه کالا را از شهر و کشوری با بعد مسافت بسیار می‌خرند و یا می‌فروشند. با این فرض بر اساس الزامات انجام تعهد، فروشنده آن را برای خریدار ارسال می‌کند و حتی به تحویل آن در محل اقامت متعهد می‌گردد و با انجام این امر، فروشنده از تعهد خود بری می‌گردد؛ اما گاه خریدار کالایی را در فضای متاورس که ترکیب واقعیت-مجازی است، می‌خرد؛ مانند زمین یا آیتم‌های بازی و یا دیگر خدمات پلتفرم‌های مجازی که هر یک دارای ارزش مالی و پولی هستند؛ درحالی که هیچ‌گونه شناختی از التزام فروشنده ندارد و همچنین کالای مورد نظر هیچ‌گونه عینیت و وجود خارجی نمی‌تواند داشته باشد. حال اگر پیش از تسلیم و قبض کالای خریداری‌شده از کاربر دیگر، کالا به واسطه تحریم مسدود و یا به اصطلاح بلاک شود، درحالی که ثمن کالا از توکن و کیف پول او در فضای متاورس کسر می‌شود، در این صورت قبض کالا در دنیای متاورس چگونه است؟ وضعیت معامله در این فرض چگونه خواهد بود؟ و آیا التزام و تضمین در این فضا وجود عملی دارد؟

۱. این امکانات و بیشتر را می‌توان در تارنمای اصلی این توکن ملاحظه کرد.

۳-۱. تلف شدن کالای خریداری شده پیش از تسلیم

در فقه امامیه و حقوق ایران در فرض تلف شدن کالا پیش از قبض مشتری به قاعده تلف استناد می‌شود و خسارت وارده به فروشنده معطوف می‌گردد: «کل مبیع تلف قبل قبضه من مال بایعه» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۸۰) و بر اساس ماده ۳۸۷ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد کرد؛ مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع کرده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری می‌باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۰۵)؛ بنابراین مطابق با این قاعده اگر پیش از تسلیم، کالای خریداری شده تلف شود، عقد و بیع منحل شده و فروشنده به استرداد عوض معامله (ثمن) ملزم می‌باشد. برای آگاهی از چگونگی اجرای این قاعده در معاملات متاورس در ذیل به تحلیل آن می‌پردازیم:

۴۹

فقه

۳-۱-۱. بررسی تلف شدن کالای خریداری شده متأثر از قاعده

قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» که نشئت گرفته از فقه امامیه است، در حقوق ایران نیز به کار برده می‌شود و تلف کالای خریداری شده را می‌توان تحت این قاعده قرار داد. حال در جهت ادراک بهتر مسئله به تحلیل اصطلاح‌ها و عبارات قاعده می‌پردازیم. البته طبق قواعد و اصول، با انعقاد عقد بیع، مبیع به مالکیت مشتری در می‌آید و از طرف دیگر مقتضای ضمان معاوضی بر سلطه بایع و مشتری بر عوضین مورد معامله می‌باشد و حال با تلف شدن مبیع باید بررسی گردد که کدام قاعده را می‌توان اجرا کرد.

۳-۱-۲. واکاوی عبارت «تلف مبیع قبل از قبض» با رویکرد متاورسی

پرسشی که در این بحث مطرح می‌شود این است که منظور از مبیع در قاعده و انطباق آن بر بحث چگونه است؟ همچنین تلف در فضای متاورس مشمول چه اموری است و منظور از قبض و تسلیم در دنیای متاورس چیست؟

در قاعده پیش گفته به عبارت مبیع تصریح شده است. این واژه از دید لغت و مفهوم عرفی هیچ گونه ابهامی نداشته و مقصود از آن مثنی می‌باشد؛ اما باید روشن شود که شمول قاعده فقط نسبت به مبیع (مثنی) است یا مثنی را نیز شامل می‌گردد که در ادامه با عنوان «تلف مثنی» بررسی خواهد شد؛ ولی پرسش این است که منظور قاعده، کدام مبیع است؟ در اینجا اکثر فقیهان و حقوق‌دانان اتفاق بر مبیع معین و شخصی (که دارای وصف و جنس و مقدار بوده است و به طور کلی خصوصیات آن مشخص است)، دارند؛ زیرا انتقال معلق بر تعیین مصداق است (کاشف الغطا، بی‌تا، ص ۲۳۰؛ انصاری، ۱۳۸۸، ج ۳ و ۱۹، ص ۲۷۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۷). پرسش دوم این است که مقصود از مبیع در فضای متاورس کدام قسم از انواع مبیع است؟ آنچه واضح است اینکه خرید و بیع در بستر متاورس مانند دیگر خریدهای اینترنتی و مجازی تحقق پیدا می‌کند و می‌تواند مصداق حقیقی تعریف بیع، در نظر فقیهان «مبادله مال بمال» (انصاری، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۷) باشد؛ اما چیزی که بیشتر باید واکاوی شود، مسئله ارزش مالی مبیع و مالیت داشتن آن است. مبیع در متاورس اگر چه وجود خارجی و واقعی ندارد و اگر چه یک اعتبار، آن هم بدون پشتوانه محسوب می‌گردد، از آن جهت که در بستری مجازی و نه در واقعیت، مالیت و ارزش عرفی دارد و پشتوانه آن ضوابط و توکن‌های غیرمتلی خواهد بود و امکان مالکیت و قابلیت انتقال را دارد، می‌توانیم آن را به عنوان مبیع و مال در تعریف فقیهان از بیع قرار دهیم؛ همچنین از آن جهت که مبیع در بستر متاورس با توجه به پروتکل‌های عرفی این فضا، وصف و مقدار آن مشخص است، به طور قطع می‌توانیم بگوییم که چون خصوصیات متناسب با آن مشخص است، امکان غرر و اشتباه در آن به حداقل می‌رسد. در واقع مبیع معین و مشخص است، پس شامل کالا در متاورس خواهد بود. با این توضیحات، لفظ «مبیع» در این قاعده شامل کالای خریداری شده در بستر متاورس نیز خواهد شد.

منظور از تلف، تلف قهری و سماوی (آسمانی) است؛ بدین معنا که کالا بر اثر زلزله، سیل یا آتش‌سوزی و در اثر هر حادثه دیگری بدون دخالت انسان تلف شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۷۷۳)؛ به عبارت بهتر نتوان مسئولیت و عامل اضرار را معطوف به شخص خاصی کرد تا او را به تأدیه اجبار کنیم؛ بنابراین در صورتی که تلف توسط بایع یا شخص ثالث و حتی مشتری صورت گیرد، در این حالت قاعده تلف جاری نخواهد بود. هر چند در صورتی که فروشنده، خریدار را در اتلاف فریب داده باشد و خریدار موجب تلف شود، در این حالت فروشنده سبب اقوی از مباشر بوده و فروشنده در برابر خریدار ضامن مثل یا قیمت میباید باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۹۹)؛ بنابراین ملاک در تلف قهری مورد توجه در قاعده، نیافتن عامل ضرر است و وجود عوامل طبیعی موضوعیتی ندارد. در موضوع مورد بحث نیز بستر متاورس به گونه‌ای است که ترکیب واقعیت در آن وجود دارد و امکان تلف از طرف شخص ثالث و دوطرف معامله حاصل می‌شود؛ به این معنا که اگر شرکت سازنده متاورس به عنوان شخص ثالث، در صورت صدمه زیرساختی و نرم‌افزاری متاورس موجب خسارت و تلف میباید گردد، مسلماً ضامن خواهد بود. و یا اگر یکی از دوطرف به واسطه اهمال در پروتکل و قواعد بازی موجب تلف میباید گردد، ضامن خواهد بود و این معنای تلف هم، در قاعده مذکور وارد نخواهد بود؛ اما اگر در متاورس که یک شبهه واقعیت است و سازوکارهای یک بازی در آن جریان دارد، بر اساس ساختار بازی یا نظام تحریمی موجود، موجب انسداد و مصادره کالا گردد، از آنجایی که نمی‌توانیم عامل ضرر را به شخص مشخصی معطوف بدانیم، می‌توان آن را مصداقی برای تلف مورد اشاره در قاعده بدانیم؛ در این صورت پیش از قبض مشتری، کالا تلف می‌شود. در این فرض قاعده تلف مشمول آن خواهد بود. جهت آشنایی با این ساختار و قواعد موجود بازی که موجب تلف کالا می‌شود، باید به سایت‌های بازی و فرایند موجود در آنها مراجعه کرد (<https://sandbxx.cam>).

۳-۲-۱-۳. ایجاد همبستگی «متا» نسبت به «تسلیم» و «قبض» مبیع

«قبض» در لغت به معنای استیلا بر شیء می‌باشد؛ یعنی کالا به گونه‌ای تحت سلطه قبض قرار گیرد که بتواند هر تصرفی بخواهد در آن انجام دهد. البته بر اساس اموال و کالاهای مختلف متفاوت است و بر این اساس ملاک تسلیم را با توجه به ماده ۳۶۹ قانون مدنی باید عرف دانست که بیان می‌دارد: «تسلیم به اختلاف مبیع، به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند»؛ مثلاً در بیع غیرمنقول قبض و تسلیم با انتقال سند و تحویل کلید صورت می‌گیرد (قاسم‌زاده، ۱۳۴۲، ص ۹۰). در همین راستا ماده ۳۶۷ قانون مدنی نیز تسلیم را به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انواع تصرفات و انتفاعات باشد تعریف می‌کند و قبض را استیلای مشتری بر مبیع می‌داند؛ بر این اساس در تحقق قبض و تسلیم لازم نیست که مشتری عملاً مبیع را در تصرف بگیرد، صرفاً مستولی‌شدن مشتری برای تحقق قبض کفایت می‌کند. البته مستولی‌شدن بدین معناست که مشتری بداند مالی که در تصرف داشته یا دارد، برای انتقال و به قصد بیع به او منتقل شده است؛ از این رو رکن اساسی تسلیم در اختیارنهادن و مستولی‌کردن بر کالا بوده است؛ به طوری که مشتری بتواند هر تصرفی را که می‌خواهد در کالا انجام دهد و قبض مادی وسیله عرفی و غلبه، تحقق بخشیدن به تسلیم می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۴۰)؛ بنابراین آنچه در بستر متاورس موجب مستولی‌شدن فرد بر کالا و در نتیجه تحقق قبض می‌گردد، جایگیری اطلاعات آن کالا در حساب شخصی یا همان توکن خواهد بود. عرف و عادت نیز ایجاب می‌کند که با جاب‌جایی این اطلاعات قبض محقق شده است. باید گفت با توجه به قبض و اقباض در بستر مجازی متاورس، مسئله محل قبض و اقباض و مسائل مترتب بر آن وارد در بحث نخواهد بود.

۳-۲-۱-۴. تبیین قلمرو مفهومی «من مال بایعه»

اشاره کردیم که در فقه امامیه و حقوق ایران در فرض تلف‌شدن کالا پیش از قبض، به قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه من مال بایعه» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۸۰) استناد می‌شود و خسارت وارده به فروشنده معطوف می‌گردد.

با بررسی اقوال مشهور و دکترین حقوقی در ذیل این عبارت از قاعده، دو احتمال وجود دارد:

الف) اینکه بگوییم تلف در مال بایع واقع شده است و ضمیر «هو» به تلف بر می‌گردد، به مجرد عقد که مبیع به ملکیت مشتری در می‌آید، پیش از تلف یا هم‌زمان با تلف، عقد نیز خود به خود منفسخ می‌شود (سبزواری، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۷۳).

ب) احتمال دیگر اینکه مبیع در ملک مشتری است؛ ولی خسارت و ضمان آن به عهده بایع می‌باشد. این احتمال خلاف ظاهر کلام است. البته اگر «علی بایعه»، در حدیث مذکور موجود می‌بود، ممکن بود که بگوییم فرض مزبور صحیح است؛ بنابراین معنای صحیح این است که در مال بایع تلف صورت گرفته و سبب انفساخ عقد نشده است و دلیل دال بر انفساخ عقد، عبارت مزبور «من مال بایعه» می‌باشد (بحرانی، ۱۳۸۷، ج ۱۹، ص ۷۷).

با توجه به این توضیحات باید یادآور شد که بنابر اوصاف کالای معین یا کالای کلی سفارش داده شده، وضعیت متفاوت می‌شود؛ بدین معنا که اگر کالا کلی بوده و در حین ارسال و پیش از تسلیم و قبض توسط خریدار تلف شود، بیع صحیح خواهد بود و صرفاً مالک ملزم به دادن نوع و مصداقی دیگر از کالای سفارش داده شده است؛ اما اگر یک کالا با مشخصات ویژه و انحصاری خریداری شده باشد و پیش از تسلیم و قبض توسط سفارش دهنده (مشتری) کالا تلف گردد، عقد بیع منفسخ و فروشنده باید ثمن داده شده را به مشتری مسترد کند؛ از این رو چون بستر متاورس با سازوکار واقعیت مجازی خودش امکان بیع مبیع کلی و معین را دارد و هنوز در حال تکمیل ویژگی‌های خودش می‌باشد، اگر کالای خریداری شده کلی باشد، بیع آن صحیح خواهد بود و اگر معین باشد، بیع باطل و عقد منفسخ می‌گردد و در نتیجه ثمن باید به مشتری بازگردد. این استرداد نیز ناشی از قاعده ضمان معاوضی است؛ بدین معنا که در صورت عدم تبادل عوضین و تلف شدن یکی از آنها، طرف دیگر معامله ملزم است عوضی را که دریافت کرده مسترد نماید؛ زیرا با عدم تبادل عوض و معوض هر یک از دو طرف، باید عوض دریافت شده را استرداد کنند (خدابخشی، ۱۳۹۱، ص ۳۰).

۳-۲. شمول یا عدم شمول قاعده در فرض تلف ثمن در فضای متاورس

پس از توضیح هر یک از واژگان قاعده تلف و شناخت تحریم به عنوان تلف قهری، این پرسش مطرح می‌شود که آیا با توجه به وجود تحریم‌های موجود علیه شهروندان ایرانی و محدودیت‌های تحریمی، در فضای متاورس، قاعده در مورد تلف ثمن یا اتلاف و یا اینکه پس از تسلیم و تحویل کالا به مشتری امکان اعمال قاعده تلف می‌باشد یا خیر؟

در پاسخ باید بگوییم که اگر خریداری که کالا را سفارش داده در قبال دریافت مبیع، ثمنی معین (ارز دیجیتال) به بایع ارسال کند و پیش از اینکه ثمن معین به بایع برسد (در توکن او مستقر گردد)، تلف شود، به عبارتی فیلترهای تحریمی آنها را مصادره نماید، نظر اکثر فقیهان بر جاری شدن قاعده تلف در مورد ثمن است و در نتیجه تلف پیش از تسلیم از مال بایع خواهد بود؛ به طوری که برخی از فقیهان بیان کرده‌اند که «تلف ثمن معین قبل از قبض مانند تلف مبیع معین می‌باشد» (انصاری، ۱۳۸۸ق، ج ۳ و ۱۹، ص ۲۷۹). آیت‌الله خوئی رحمته‌الله علیه نیز با اشاره به این کلام شیخ انصاری (موسوی خونی، ۱۳۷۸ق، ص ۶۰۵)، معتقد است که تفاوتی میان بیع با دیگر معاوضه‌ها وجود ندارد؛ زیرا در هر دو اینها سیره جاری است و غرض هم تنها داد و ستد می‌باشد و تسلیم و تسالم مکمل ملکیت خواهد بود؛ به گونه‌ای که عرف به اجمال این طور برداشت می‌کند که پیش از تسلیم و تسالم، ملکیت محقق نشده و بر این مبنا تلف پیش از تسلیم از مال بایع خواهد بود و مالکیت بدون تسلیم ناقص است؛ در نتیجه فرقی میان مبیع و ثمن و سایر معاوضه‌ها وجود ندارد؛ زیرا عرف میان این دو تفاوتی قائل نیست (موسوی خونی، ۱۳۷۸ق، ص ۶۴۶).

در همین راستا بجنوردی رسیدن به نتیجه را تنها در توجه به مدرک قاعده می‌داند؛ بدین صورت که اگر مدرک قاعده تنها روایت باشد، قاعده مختص به بیع است و شامل دیگر معاوضه‌ها نمی‌گردد؛ زیرا عنوان بیع در روایت موضوع قرار گرفته است؛ اما اگر مدرک قاعده را اجماع بدانیم، باز هم اجرای آن در عموم معاوضه‌ها در نهایت دشواری است؛ زیرا اجماع دلیل است که باید به قدر متیقن آن اکتفا نماییم و اگر

مدرک قاعده سیره باشد، در این صورت می‌توان در همه معاوضه‌ها جاری دانست (بجنوردی، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۸۱-۸۲).

باید یادآور شد که قاعده صرفاً بحث تلف را مطرح کرده است؛ حال سؤال مطرح می‌شود که اگر اتلاف در بستر واقعیت مجازی متاورس صورت گیرد، وضعیت معامله چگونه خواهد بود؟ در این مورد اکثر فقیهان و حقوق‌دانان اتفاق نظر داشته، بیان کرده‌اند که اتلاف از جانب مشتری یا بایع و شخص ثالث از حکم این قاعده خارج می‌باشد و موجب انفساخ عقد نمی‌شود؛ مثلاً کاربر فروشنده با توجه به بستر واقعیت مجازی متاورس، وقتی مبیع را در معرض تلف قرار دهد، عمل او تحت قاعده اتلاف قرار نمی‌گیرد؛ زیرا اقدام به تعدی و تفریط و درنهایت نابودی مال دیگری کرده است؛ از این رو ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود و طبق پروتکل‌های بازی در هر یک از توکن‌ها می‌توان از تألف شکایت کرد و در مورد اتلاف توسط شخص ثالث در بازی و یا آسیب‌های زیرساختی - نرم‌افزاری متاورس، معامله باز هم منفسخ نمی‌شود و مشتری می‌تواند یا از باب تعدر تسلیم حق فسخ را اعمال کند یا عقد را تنفیذ و از باب اتلاف به ثالث رجوع کند (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۳۳۵)؛ اما اگر در همین صورت مال توسط شخصی در بازی پیش از قبض به سرقت رود و پروتکل‌های بازی و یا زیرساخت‌های نرم‌افزاری متاورس نتواند سارق را معین کند یا تحریم‌های بانکی پیش از قبض سرمایه را مسدود نماید، فقیهان این حالت را مانند تلف قهری دانسته و عقد را منفسخ و بایع را ضامن استرداد ثمن می‌دانند (قمی، بی‌تا، ص ۱۸۲).

۴. تعارض قاعده تلف با قاعده «التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له»

با توجه به ساختار کلی واقعیت مجازی متاورس و در حال تکمیل بودن این پروژه طی پنج تا ده سال آینده (<https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse>) و نبود اطلاعات کافی از این بستر، یکی از موضوعاتی که چه‌بسا در این فضا مطرح گردد، تعارض دو قاعده فقهی در یک موضوع و فقره مشترک است؛ به عبارتی اگر مبیعی (بنابر آنچه در متاورس ممکن است وجود داشته باشد)، فرصت و خيار در معامله را به

بایع بدهد؛ یعنی بایع ذوالخیار باشد و کالا تلف گردد، طبق این قاعده ضامن کسی است که ذوالخیار نیست؛ یعنی همان مشتری با این فرض اگر هر دو قاعده در مصداقی اشتراک پیدا کنند، مثل اینکه بایع ذوالخیار باشد و مبیع در زمان خیار توسط مشتری تلف گردد، اگر به مقتضای قاعده «التلف فی زمن الخیار...» عمل کنیم، تلف به حساب مشتری است و اگر به مقتضای قاعده «تلف المبیع قبل قبضه...» عمل کنیم، تلف به حساب بایع است. حال به کدام قاعده باید عمل کرد و چگونه باید حل تعارض کرد؟

آنچه به نظر می‌رسد چون مرجحی در بین نیست، بر مبنای طریقت و کاشفیت، هر دو قاعده تساقط می‌کنند و به اصول عملی باید رجوع کرد؛ مگر اینکه دلیل و اماره خاصی وجود داشته باشد. بجنوردی نسبت بین دو قاعده را عموم و خصوص من وجه نمی‌داند؛ زیرا مجرای قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» پیش از قبض دادن مبیع است و مجرای قاعده «تلف المبیع فی زمن الخیار»، بعد از قبض است، پس با هم تعارضی ندارند (بجنوردی، ۱۳۸۸، صص ۸۱-۸۲). گفتنی است اگر بر مبنای بجنوردی، دلیل قاعده «تلف المبیع فی زمن الخیار...» را بنای عقلاً بدانیم، بی‌شک فرموده ایشان صحیح خواهد بود و قاعده «تلف المبیع فی زمن الخیار...» مختص به جایی می‌باشد که بیع مستحکم و ثابت شده باشد و بیع هم پس از قبض مسلماً استحکام پیدا کرده است (خمینی، ۱۳۸۶، ص ۵۲۴). به همین جهت بجنوردی معتقد است که قاعده «تلف المبیع قبل القبض» جلوی جریان قاعده دیگر را می‌گیرد؛ خواه به نحو ورود و خواه به نحو حکومت و یا به نحو تخصیص (بجنوردی، ۱۳۸۸، ص ۷۰).

بنابراین اگر پیش از قبض، مبیع تلف گردد، به سبب جریان قاعده اول، موضوع قاعده دوم به عمد مرفوع می‌شود؛ زیرا به محض تلف، لحظه‌ای پیش از تلف، مبیع در ملکیت بایع تلف می‌گردد و گویا که از مال او تلف صورت گرفته است و موضوعی برای قاعده دوم باقی نمی‌ماند؛ زیرا عقدی محقق نشده است. این معنا ورود است یا به گفته بجنوردی انحلال عقد تکوینی است، با توجه به مبنای ایشان که مدرک را بنای عقلاً می‌داند، پس مورد بحث تخصصاً خارج است (بجنوردی، ۱۳۸۸، ص ۷۰).

از مطالب فوق نتیجه می‌گیریم که قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»؛

اولاً مستندات آن روایات، اجماع، بنای عقلا و سیره مسلمانان است (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۸۸، صص ۸۱-۸۲).

ثانیاً با توجه به اینکه اصل قاعده، استثنایی بر قواعد کلی معاملات است و مناط و ملاک در استثنای کامل بودن، معامله است و عقلاً نیز عدم تسلیم مبیع را در معاملات موجب فقدان استقرار کامل دانسته‌اند، این ملاک در تمامی معاوضات جریان خواهد داشت.

ثالثاً از باب تنقیح مناط یا الغای خصوصیت در قاعده، همان‌طور که انفساخ عقد قبل از تسلیم مبیع با تلف آن جریان دارد، این حکم نسبت به ثمن نیز با استفاده از همین تنقیح مناط یا الغای خصوصیت جاری خواهد بود.

رابعاً با وجود قاعده موصوف، جریان قواعد دیگر خواه به نحو ورود و خواه به نحو حکومت و خواه به نحو تخصیص، قطع می‌شود.

خامساً در صورتی که تلف توسط بایع یا شخص ثالث باشد، بیع منفسخ می‌شود و اگر توسط مشتری صورت بگیرد، در حکم قبض می‌باشد و بیع محقق می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ص ۵۲۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۵۸).

۵. تسلط یکی از متعاملین بر نمائات و منافع حاصل از عقد

از آنجایی که متاورس یک پدیده نوظهور واقعیت مجازی است و تب شرکت و سرمایه‌گذاری در آن بسیار بالاست، همین امر و عوامل دیگر موجب شده است که سود و منفعت یک کالا در لحظه بالا رود، پرسشی که در این مورد مطرح است اینکه سود و منافع حاصل در حد فاصل میان انجام‌دادن یک معامله و تلف آن پیش از قبض از آن چه کسی است؟ بایع یا مشتری؟

همان‌طور که می‌دانیم انتقال به وسیله عقد حاصل می‌گردد؛ از این رو باید بگوییم که نمائات حاصل در فاصله میان عقد و تلف از آن مشتری است و فقط اصل کالای فروخته شده قبل از تحقق قبض، در صورت تلف از مال بایع تلف می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۸۴)؛ بر این اساس گاه مشتری بدون آنکه چیزی به بایع پرداخت کرده باشد،

مالك منافع مبيع می‌گردد؛ مثل آنکه مشتری در بازی روبلوکس^۱ زمینی را به قیمت صد هزار دلار به صورت نسیه می‌خرد با این قرار که چند ساعت یا روز دیگر برج ۲۰ طبقه‌ای در آن زمین تحویل بگیرد (https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse) و ثمن را پرداخت کند. حال اگر در طی این مدت زمانی، ارزش زمین چند برابر شود و از طرفی تحریم‌های ثانویه آمریکا موجب جلوگیری بایع از ساخت خانه در آن زمین شود، در این فرض مشتری، مالک تمام سود و نمائات زمین خواهد بود؛ درحالی که ملزم به پرداخت قیمت منافع مزبور هم نخواهد بود. توجیه این حکم روشن است: منافع زمین در زمانی موجود شده‌اند که اصل زمین ملک مشتری بوده و بنابراین منافع در ملکیت مشتری به وجود آمده‌اند و تلف اصل معامله، یعنی ملکیت مبيع را منفسخ کرده است؛ اما اثری بر منافع ندارد. نمائات منفسصل مبيع نیز پیش از قبض در دست بایع امانت است و چنانچه بدون تعدی و تفریط در دست او تلف شود، ضمانی بر عهده بایع نخواهد بود؛ زیرا ید او از مصادیق ید امانی است، ولی در فرض تقصیر و یا اهمال، بایع به موجب قواعد ضمان قهری ضامن خواهد بود (بجنوردی، ۱۳۸۸، ص ۷۴؛ انصاری، ۱۳۸۸، ج ۳ و ۱۹، ص ۲۷۰).

۶. مهندسی تلف مبيع پس از قبض با راهبرد متاورسی

با توجه به اطلاعات حداقلی در مورد قوانین و دستورعمل‌های بازی در بستر متاورس، اگر مال به قبض مشتری درآید، یعنی اطلاعات کالای خریداری شده در سبد خرید مشتری قرار گیرد، دیگر بحث ضمان بایع در صورت تلف شدن مطرح نمی‌شود؛ اما اگر این تلف در زمان خیار مشتری (خیار فسخ و شرط) حادث شود، البته اگر چنین قوانینی در بستر متاورس فراهم باشد، نظر اکثر فقیهان و حقوق‌دانان بر جاری شدن قاعده و انفساخ عقد و مسئولیت بایع در استرداد ثمن می‌باشد (خمینی، ۱۳۸۶، ص ۴۱۷؛ کیانوری، ۱۳۴۲، ص ۱۳۰؛ طوسی، ۱۴۰۷، ص ۶۶). این امر که بایع پس از تسلیم ضامن نمی‌باشد، در فرضی بود

1. Roblox

که با بایع با قبض و سپردن تعهد خود را انجام داده است و دیگر مسئولیتی ندارد و ائتلاف توسط خود مشتری پس از قبض تأثیری در انحلال عقد نداشته است؛ زیرا دیگر عقد به طور کامل و با تمام اجزا واقع شده است و مشتری حقی بر بایع ندارد. توجه به این نکته نیز ارزشمند است که اگر بایع در فضای متاورس ثمن را دریافت کند، به طوری که ثمن از کیف پول مشتری خارج شود و در کیف پول بایع ثبت گردد، درحالی که بایع کالای مورد نظر را ارسال ن کند و الزام او نیز به انجام دادن تعهد ممکن نباشد، در اینجا مشتری می تواند معامله را فسخ کند و اگر خسارتی به او وارد شده باشد، بر مبنای قاعده تسبیب از بایع مطالبه خسارت نماید (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۳۸۵؛ بحرانی، ۱۳۸۷، ج ۱۹، ص ۷۷؛ طباطبایی، بی تا، ج ۱، ص ۵۲۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۰۱). در اینجا باز هم تکرار می کنیم که تمامی این فرض ها در صورتی است که دستورعمل های پردازنده دنیای متاورس بر این قواعد استوار باشد، در غیر این صورت این مباحث تنها یک فرض خواهد بود.

۷. اعمال قاعده در حقوق بین الملل و دیگر معاملات

گفتیم که قاعده تلف مبیع پیش از قبض در فقه امامیه و حقوق ایران بحث شده و در موارد خاص اجرا می شود؛ اما مسئله این است که آیا در حقوق بین الملل نیز امکان اعمال این قاعده در صورت وقوع شرایط آن وجود دارد یا خیر؟

۱-۷. اجرای قاعده در حقوق بین الملل

هرچند قاعده مورد نظر برگرفته از فقه امامیه می باشد، می توان در حقوق بین الملل نیز شرایط و قواعدی را یافت که به نوعی به این قاعده شباهت دارد. در این خصوص می توان به حقوق فرانسه و کنوانسیون بیع ۱۹۶۴ اشاره کرد. بر اساس حقوق فرانسه که برگرفته از حقوق روم می باشد و نظر حقوق دانان فرانسوی بر این بوده است که مبیع در اثر انعقاد عقد و توافق دوطرف به خریدار منتقل شده و همراه با این انتقال ضمان معاوضی نیز منتقل می شود و پس از عقد تا زمان تسلیم مبیع به خریدار، فروشنده امین مالک (خریدار) خواهد بود و صرفاً در صورت تعدی و تفریط مسئول است و ضامن

استرداد ثمن به مشتری می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۰۵)؛ همچنین در کنوانسیون بیع ۱۹۶۴م، در مورد خرید و فروش اموال منقول مطابق با نظریه فقها، تلف مبیع یا کالای فروخته‌شده را پیش از قبض توسط مشتری سبب انفساخ عقد بیع می‌دانند (میرزائزاد جویباری، ۱۳۸۴، ص ۲۷۹؛ نهرینی، ۱۳۸۵، ص ۴۹).

۲-۷. اعمال قاعده در دیگر معاملات و معاوضه‌ها مانند اجاره

بحث دیگر این است که با توجه به اطلاعات داده‌شده توسط مدیر رسمی شرکت سازنده متاورس در مورد اینکه به زودی امکان انجام‌دادن دیگر معاوضه‌ها از جمله اجاره نیز در متاورس امکان‌پذیر است، آیا قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» در دیگر معاوضه‌ها مانند اجاره یا معاوضه و موارد مشابه اجرا می‌شود؟ بدین معنا که اگر کاربری مال یا زمین یا خانه‌ای را در متاورس اجاره کند و پیش از دریافت مورد اجاره تلف شود، عقد منحل می‌شود یا خیر؟

در بررسی بین نظرات فقیهان و حقوق‌دانان این مورد میان آنها مسکوت مانده است و برخی فقیهان به عدم تسری آن به دیگر معاوضه‌ها قائل شده‌اند و بیان کرده‌اند که این قاعده اختصاص به بیع داشته و الغای خصوصیت ممکن نیست و به دلیل استثنا و خلاف اصول و قواعد بودن حکم فوق، نمی‌تواند حکم مزبور را به دیگر معاوضه‌ها نیز تسری داد (خمینی، ۱۳۸۰، ص ۳۹۵). در مقابل نظریه فوق، برخی از فقیهان قائل‌اند که حکم قاعده، خلاف اصل نبوده و در دیگر معاوضه‌ها نیز قابل اجرا می‌باشد و استدلال کرده‌اند که مقتضای معاوضه این است که هر یک از دو طرف قرارداد آن چیزی را که بر آن سلطه دارند، تحت اختیار طرف مقابل قرار دهند و از این‌رو مفاد عقد از متعاقدين می‌خواهد که پس از تحقق عقد آنچه را که بر عهده آنها ثابت شده است ایفا کرده و عوض را تسلیم کنند تا مسلط‌شدن واقعی مشتری محقق گردد؛ از این‌رو وجوب تسلیم صرفاً از خصوصیات و مقتضیات عقد به حساب می‌آید و هر یک از متعاقدين می‌توانند تا زمانی که عوض را دریافت نکرده‌اند، معوض را تسلیم نکنند؛ زیرا هدف از

عقد صرف انتقال مالکیت نیست، بلکه مسلط شدن بر آن نیز ملاک می باشد و متعاقدین ملتزم هستند که در عالم اعتبار مال را به یکدیگر منتقل سازند و در عالم واقع نیز این التزام وجود دارد؛ بنابراین اگر امکان این تسلیم مال وجود نداشته باشد، عوض آن نیز از حالت مبادله ای خارج می شود؛ در این صورت عوض و معوض به مالکیت صاحبش بر می گردد و این معنای انفساخ است؛ زیرا بنابر مقتضای معاوضه، معوض در ملک کسی است که عوض وارد ملکیت او شده است و چون تلف مبیع مستلزم این است که هر ثمن و مضمن هر دو در ملک بایع جمع شوند، این امر بر خلاف معاوضه بوده و معاوضه منفسخ می شود و هر یک از معوضین به مالک اصلی باز می گردد (موسوی خوئی، بی تا، ج ۲، ص ۳ و ۶، ص ۶۰۰؛ میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ق، ص ۳۲۷؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۲۳۲؛ بحر العلوم، ۱۴۱۹ق، ص ۱۵۰).

۳-۷. مبنای معاوضه بودن عقود و عدم حرمت ترافع نزد حکام جور

در خصوص معاملات و عقود در بستر مجازی با عنایت به بحث معاوضی بودن نباید تحریم و تلف، موجب برهم خوردن معاوضه و ضرر به طرف مقابل گردد. همان طور که در شریعت اسلام از وارد آمدن ضرر به هر مسلمان و هر انسانی نفی شده است: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»؛ به طوری که فقیهان می گویند هر حکم ضرری حتی اگر به ظاهر از احکام شرعی باشد، شرعیت نداشته و منتفی است (مشکینی، ۱۳۷۱، ص ۲۰۳)؛ مثلاً اگر معامله ای غبنی و غری باشد، چون لزوم آن باعث ضرر بر مغبون است، این لزوم شرعی نیست و منتفی می شود؛ بنابراین معامله غبنی و غری، قابلیت فسخ دارد؛ همچنین وقتی گرفتن حق، بر ترافع به حکام جور متوقف باشد، به این معنا که ترافع را نزد کشورهای بیبرید که عامل اعمال تحریم هستند و از طریق قوانین همان کشورها احقاق حق کنید و در صورت عدم ترافع باعث ضرر بر ذی حق شود، حرمت ترافع به حکام جور، به رغم اینکه مشروع و حکمی قرآنی است (نساء، ۶۰ و ۶۵)، منتفی می گردد و حرمت آن دیگر شرعیت نخواهد داشت (انصاری، ۱۳۸۸، ج ۳ و ۱۹، صص ۵۳۳-۵۳۴)؛ پس ارجاع دعوا به

دادگاه‌های کشورهای تحریم‌کننده و رعایت و استناد به قوانین آن کشورها در جهت رفع ضرر حرمت نخواهد داشت.

۷-۴. متاورس به‌مثابه یک جریان سرمایه‌داری

با توجه به اینکه جریان سرمایه‌داری به شکل نوین و با حمایت کشورهای توسعه‌طلب به مقتضیات زمان و مکان با شیوه‌های غیرمعارف به دنبال استثمار و بهره‌گیری از کشورها به‌ویژه کشورهای مسلمان و مخالف جریان آنان هستند، مانند دلاریزه کردن^۱ یا یکپارچگی دلار در تمامی معاملات دنیا که به‌نوعی استثمار غیرمستقیم به شمار می‌رود و خروج نقدینگی از کشور با توجه به شرایط نابسامان تورمی و به‌نوعی آسیب‌رساندن به اقتصاد کشور، توسط توکن‌های ساخته‌شده توسط شرکت‌های تحت نظر کشورهای توسعه‌طلب، موجب شده است که برخی فقیهان (<https://iqna.ir/fa/news/4022882>) با توجه به این مطالب به عدم جواز خرید و فروش به‌ویژه زمین در این بستر حکم دهند. نگاه غالب این فقیهان نگرانی از تسلط دشمنان بر کشورهای اسلامی است و معمولاً مستند آنان بر این حکم قاعده فقهی «نفی سیل» (بجنوردی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۴۹) و دیگر روایات (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۳۳) و آیات (نساء، ۱۴۱) دارای مضمون عدم تسلط بیگانگان بر مسلمانان است.

باید گفت نگاه فقیهان در این مسئله صائب و دقیق است و نباید از آن غافل شد. از طرفی دیگر دنیای متاورس امری مسلم و فراگیر است و نمی‌توان مانع از ورود آن شد و همچنین این فضا به‌رغم اهداف و امتیازات منفی، می‌تواند دارای شرایط مثبت و خوبی در جهت ارتقا و پیشرفت جوامع اسلامی شود با لحاظ تمام این شرایط می‌توان پیشنهاد کرد دولت و مسئولان پیش از فراگیری بستر متاورس و افزایش خرید و فروش در این فضا، به دنبال ساخت و بهره‌برداری سریع از توکن‌ها و ارزهای دیجیتال ایرانی، متناسب با این دنیای واقعیت - مجازی باشند تا به‌نوعی مانع از ایجاد فرضیه‌های پیش‌گفته و بهره‌مند از این ظرفیت شوند.

1. dollarization

نتیجه‌گیری

قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» یکی از مهم‌ترین موازین در رفع اختلافات در فضای واقعیت افزوده است. با توجه به شرایط تحریمی شدید علیه مردم کشورمان در معاملات تجاری بین‌المللی، بررسی تسری این قاعده در برخی معاملات موجود در متاورس، پاسخی بر اختلافات مبتلابه در این بستر است. مطابق مفاد این قاعده، چه این تلف بر اساس دستورعمل بازی باشد یا بر اساس موانع تحریمی، بیع منفسخ‌شده و خسارت متوجه بایع خواهد بود که لازم است ثمن را در صورت اخذ به مشتری بازگرداند؛ حتی اگر مالکیت مبیع به مشتری منتقل شده باشد؛ همچنین به لحاظ عرفی بودن قاعده مزبور و نشئت گرفتن آن از معاوضه‌ها، نه تنها می‌توان این قاعده را در ثمن اجرا کرد، بلکه در دیگر معاوضه‌ها نیز به کار برده می‌شود. از این حیث مدلول قاعده جزو قواعد عمومی می‌باشد و چون خریدار نتوانسته به کالای خود برسد، خلاف نظم عمومی، عدالت و عرف عقلا است که پول او و سرمایه‌اش نیز از بین برود؛ بنابراین تسری قاعده پیش‌گفته در معاملات بین‌المللی در بستر متاورس، می‌تواند مشمول ضمان معاوضی و البته معاوضی بودن معاملات، نظم عمومی، عرف عقلا و قاعده لاضرر باشد؛ به طوری که بتوان این حکم را در معاملاتی که دارای این شرایط هستند نیز جاری کرد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. انصاری، مرتضی. (۱۳۸۸). مکاسب (ج ۳ و ۱۹، چاپ بیستم). قم: انتشارات دارالفکر.
۲. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۱۹ق). بلغه الفقهیه (چاپ چهارم). قم: منشورات مکتبه الصادق.
۳. بحرانی، سیدیوسف. (۱۳۸۷). حدائق الناضرة (ج ۱۹). قم: مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۹). ترمینولوژی حقوق (چاپ بیست و دوم). تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. حر عاملی، شیخ. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، باب ده از ابواب اختیار (ج ۱۲). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۶. حلی، علامه. (۱۴۲۰ق). تحریر احکام الشریعه علی مذهب الاعلمیه (ج ۲). قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
۷. خدابخش، حسن. (۱۳۹۱). ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض. پژوهش‌نامه فقه و حقوق، شماره ۱۰، ص ۳۰.
۸. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۶). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۹. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۰). کتاب البیع (ج ۵، چاپ دوم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۱۰. سبزواری، ملا محمدباقر. (۱۳۸۸). کفایه الاحکام (ج ۱). قم: مکتب النشر الاسلامی.
۱۱. شیخ صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (ج ۴، مصحح: علی اکبر غفاری، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. طباطبایی، سیدعلی. (بی‌تا). ریاض المسائل فی بیان الاحکام (چاپ سنگی، ج ۱). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.

۱۳. طوسی، ابوجعفرین محمدحسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الإسلامي
۱۴. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۶ق). تحریر الروضه فی شرح اللمعه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۵. قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۴۲). تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم. دیدگاه‌های حقوقی قضایی، شماره ۸۶، ص ۹۰.
۱۶. قمی، ابوالقاسم. (بی‌تا). جامع الشتات فی اجوبه السوالات. تهران: دارالطباعه سید مرتضی طهرانی.
۱۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها (ج ۲، چاپ پنجم). تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). قانون مدنی در نظر حقوقی کنونی (چاپ یازدهم). تهران: انتشارات میزان.
۱۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱). حقوق مدنی، دوره عقود معین (معاملات معوض، عقود تملیکی) (ج ۱، چاپ دوازدهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). اعمال حقوقی (قرارداد و ایقاع) (چاپ دوازدهم). تهران: سهامی انتشار.
۲۱. کاشف الغطاء، محمدحسین. (بی‌تا). تحریرالمجله (ج ۱). قم: مجمع العالی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
۲۲. کیانوری، کمال‌الدین. (۱۳۴۲). تلف مبیع قبل از قبض و تلف مبیع در زمان خیار. مجله کانون و کلا، شماره ۸۶، صص ۱۲۷-۱۳۰.
۲۳. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۷). قواعد فقه (ج ۱، چاپ پانزدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۴. مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقہیہ (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. مشکینی، علی. (۱۳۷۱). اصطلاحات الاصول (چاپ پنجم). قم: نشر الهادی.

۲۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد. (۱۳۸۸). قواعد فقه (چاپ دوازدهم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام. مؤسسه چاپ و نشر عروج.
۲۷. موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۳۷۸). مصباح الفقاهه. قم: نشر الفقاهه.
۲۸. موسوی خویی، ابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهه (المکاسب) (ج ۲ و ۳ و ۶). قم: بی نا.
۲۹. میرزائزاد جویباری، اکبر. (۱۳۸۴). ناممکن شدن و مبیع و اعمال حق فسخ خریدار در بررسی تحلیلی کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ و حقوق ایران. مجله حقوقی بین المللی (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۳۳، صص ۲۷۵-۲۷۹.
۳۰. نجفی، سیدمحمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دارالاحیاء اثرث الاعربی.
۳۱. نهرینی، فریدون. (۱۳۸۵). ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران. تهران: انتشارات گنج دانش.
۳۲. یزدی، محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیة مکاسب (ج ۲). قم: انتشارات اسماعیلیان.
33. <https://www.workplace.com/blog/how-we-work-in-the-metaverse>
34. <https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse-what-is-it-explained-facebook-microsoft-meta-vr/6337635001>
35. <https://www.makeuseof.com/metaverse-vs-virtual-reality>
36. <https://dl.acm.org/doi/10.1145/769953.769967>
37. <https://app-desentralend.com>
38. <https://sandbxx.cam>
39. <https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse-what-is-it-explained-facebook-microsoft-meta-vr/6337635001>
40. <https://iqna.ir/fa/news/4022882>

References

* Holy Quran

1. Ameli, Z. (1416 AH). *Tahreer al-Rawdah fi Sharh al-Lum'ah*. Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Arabic]
2. Ansari, M. (1388 AP). *Mekasib* (20th ed., Vols. 3 & 19). Qom: Dar al-Fekr. [In Arabic]
3. Bahralulum, M. (1419 AH). *Balaghat al-Fiqhiyyah* (4th ed.). Qom: Manshoorat Maktabat al-Sadiq. [In Arabic]
4. Bahrani, S. Y. (1387 AP). *Hada'iq al-Nadhirah* (Vol. 19). Qom: Tabian Cultural and Information Institute. [In Arabic]
5. Hilli, A. (1420 AH). *Tahrir Ahkam al-Shari'ah 'ala Madhhab al-A'lamiah* (Vol. 2). Qom: Imam Sadegh. [In Arabic]
6. Hor Ameli, S. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a, Bab 10, Ahkam al-Akhyaar* (Vol. 12). Qom: Aal-al Bayt. [In Arabic]
7. Jafari Langroudi, M. J. (1389 AP). *Terminology of Law* (22nd ed.). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
8. Kashf al-Ghata, M. H. (n.d.). *Tahrir al-Majaleh* (Vol. 1). Qom: Majma al-Ala'i li-l-Taqrīb bayn al-Madhahib al-Islamiyyah. [In Arabic]
9. Katouzian, N. (1381 AP). *Civil Law, Specific Contracts (Bilateral Transactions, Ownership Contracts)* (12th ed., Vol. 1). Tehran: Public Joint Stock Publishing Company. [In Persian]
10. Katouzian, N. (1386 AP). *Civil Law in the Perspective of Contemporary Jurisprudence* (11th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
11. Katouzian, N. (1386 AP). *Legal Actions (Contracts and Termination)* (12th ed.). Tehran: Sahami. [In Persian]
12. Katouzian, N. (1389 AP). *Civil Law, General Principles of Contracts* (5th ed., Vol. 2). Tehran: Public Joint Stock Company of Publication in collaboration with Bahman Borna. [In Persian]
13. Khodabakhshi, H. (1391 AP). Mutual Guarantee and Its Implications in the Doctrine of Pre-Delivery Termination. *Fiqh and Law Research*, 10, p. 30. [In Persian]

14. Khomeini, S. R. (1380 AP). *Kitab al-Bay'* (2nd ed., Vol. 5). Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
15. Khomeini, S. R. (1386 AP). *Tahrir al-Wasilah*. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
16. Kianouri, K. (1342 AP). Loss of Goods Before Receipt and Loss of Goods at the Time of Selection. *Kanun va Vakil Magazine*, 86, pp. 127-130. [In Persian]
17. Maraghi, M. A. (1417 AH). *Al-Anawin Al-Fiqhiyyah* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
18. Meshkini, A. (1371 AP). *Estelahat Al-Usul* (5th ed.). Qom: Al-Hadi. [In Arabic]
19. Mirzadeh Juybari, A. (1384 AP). Impossibility, Sale, and the Exercise of the Buyer's Right of Termination: An Analytical Study of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980 and Iranian Law. *International Legal Journal (Office of Legal Affairs and Parliamentary Affairs of the Presidential Office)*, 33, pp. 275-279. [In Persian]
20. Mohaqeq Damad, S. M. (1387 AP). *Principles of Jurisprudence* (15th ed., Vol). Tehran: Center for Islamic Sciences Publications. [In Persian]
21. Musavi Bojnourdi, S. M. (1388 AP). *Principles of Islamic Jurisprudence*. (12th ed.). Tehran: Institution for the Organization and Publication of Imam Khomeini's Works. Institution for Printing and Publishing Orooj. [In Persian]
22. Musavi Kho'i, A. (1378 AP). *Misbah al-Fuqaha*. Qom: al-Fuqaha. [In Arabic]
23. Musavi Kho'i, A. (n.d.). *Misbah al-Fuqaha (Al-Makasib)* (Vols. 2, 3 & 6). Qom: n.p. [In Arabic]
24. Nahreini, F. (1385 AP). *The Nature and Consequences of Contract Termination in Iranian Law*. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
25. Najafi, S. M. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'iy al-Islam*. Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
26. Qasemzadeh, S. M. (1342 AP). The Mutual Influence of Contract, Receipt, and Delivery. *Legal Judicial Perspectives*, 86, p. 90. [In Persian]

27. Qomi, A. (n.d.). *Jame al-Shtat fi Ajwibah al-Su'alat*. Tehran: Dar al-Tiba'ah Sayyid Morteza Tehrani. [In Arabic]
28. Sabzewari, M. (1388 AP). *Kefayat al-Ahkam* (Vol. 1). Qom: Maktab al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
29. Saduq, M. (1413 AH). *Man La Yahduruhu al-Faqih* (A.A. Ghaffari, Ed., 2nd ed., Vol. 4). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabi]
30. Tabatabai, S. A. (n.d.). *Riyad al-Masabih fi Bayan al-Ahkam* (Vol. 1). Qom: Aal-al Bayt. [In Arabic]
31. Tusi, A. J. ibn M. H. (1407 AH). *Al-Khilaf*. Qom: Jama'at al-Mudarrisin fi al-Hawzah al-'Ilmiyyah bi Qom, Islamic Publishing Office. [In Arabic]
32. Yazdi, M. K. (1421 AH). *Hashiyat al-Makasib* (Vol. 2). Qom: Ismailiyan [In Arabic]
33. <https://app-desentralend.com>
34. <https://dl.acm.org/doi/10.1145/769953.769967>
35. <https://iqna.ir/fa/news/4022882>
36. <https://sandbxx.com>
37. <https://www.makeuseof.com/metaverse-vs-virtual-reality>
38. <https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse-what-is-it-explained- facebook-microsoft-meta-vr/6337635001>
39. <https://www.usatoday.com/story/tech/2021/11/10/metaverse-what-is-it-explained- facebook-microsoft-meta-vr/6337635001>
40. <https://www.workplace.com/blog/how-we-work-in-the-metaverse>

Research Article

A Study of the Validity of the Sale of an Uncertain Unit of a Fungible Property (A Jurisprudential and Legal Analysis)

Ismacil Nematollahi¹

Received: 12/03/2023

Accepted: 24/10/2023



Abstract

It is possible to sell a part of a fungible property in several ways, including in bulk and in common. However, another form of this type of sale, called the sale of "uncertain unit" has been studied in jurisprudence books, which has not been given much attention in the Persian legal literature. In this type of sale, an unspecified individual from the individuals of a whole is sold after dividing it into several independent individuals without its ratio to the whole being in the form of a common fraction, so that it has the rules of common sale. Also, since the goods is partial and not general according to the assumption, it differs from the usual general cases in the definite where the seller is general. In fact, in cases where the sale takes place in a collective or general form, the seller is hesitant, but from a jurisprudential point of view, these two types of seller are not referred to as "hesitant person". According to the popular opinion and even the consensus of jurists, the sale of a "hesitant person" is invalid. On the other hand, another opinion that has been approved by some jurists is the

1. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: e.nematollahi@qom.ac.ir.

ORCID: 0000-0001-8546-9710

* Nematollahi, I. (1402 AH). A Study of the Validity of the Sale of an Uncertain Unit of a Fungible Property (A Jurisprudential and Legal Analysis). Journal of *Fiqh*, 30(115), pp. 72-97.

<https://doi.org/10.22081/jf.2023.66178.2632>

● © Author (s).

correctness of this type of sale and its carrying over to the whole of a certain state. This research, using analytical methods and library tools, seeks to investigate this issue in jurisprudential works and confirm the theory that supports the validity of such a transaction.

Keywords

Definite Goods, Bulk, General Article, Uncertain Unit, Fungible Property.

مقاله پژوهشی

**صحت فروش فرد مردّد از مال مثلی
(بررسی فقهی و حقوقی)**

اسماعیل نعمت‌اللهی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۱

© Author (s)



چکیده

فروش بخشی از یک مال مثلی، ممکن است به صورت «فرد منتشر» یا «فرد مردّد» تحقق یابد؛ مانند اینکه یک تن گندم به ده کیسه صد کیلویی تقسیم و تجزیه و سپس یکی از آنها به صورت نامعین فروخته شود. در این نوع بیع، پس از تقسیم یک مال کلی مثلی به چند فرد مستقل و مساوی، فرد نامعینی از آن فروخته می‌شود، بدون اینکه نسبت آن با کلی به صورت کسر مشاع باشد تا احکام مبیع مشاع را پیدا کند؛ همچنین از آنجا که مبیع طبق فرض جزئی است، با موارد معمولی کلی در معین که در آن مبیع، کلی است تفاوت دارد. طبق نظر مشهور فقهی، بیع «فرد مردّد» باطل است و اندکی از فقیهان آن را صحیح دانسته‌اند. این تحقیق با استفاده از روش تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای در صدد بررسی آرا و ادله مربوط و پاسخ‌دادن به این پرسش است که اولاً کدام یک از دو نظریه بطلان و صحت بیع مردّد قابل تقویت و تأیید است و ثانیاً بر فرض بطلان، آیا راهی برای حکم به صحت چنین معامله‌ای وجود دارد یا نه؟ تحقیق حاضر نشان می‌دهد که اگر دوطرف معامله در واقع چنین معامله‌ای را قصد کنند چاره‌ای جز حکم به بطلان آن وجود ندارد اما اگر قصد دوطرف روشن نباشد، می‌توان معامله را بر کلی در معین حمل کرد.

کلیدواژه‌ها

کلی در معین، بیع مردّد، مبیع مشاع، مال مثلی، بطلان بیع.

۱. دانشیار و دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

e.nematollahi@qom.ac.ir.

ORCID: 0000-0001-8546-9710

* **استناد به این مقاله:** نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۴۰۲). صحت فروش فرد مردّد از مال مثلی (بررسی فقهی و حقوقی).

فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۵)، صص ۷۲-۹۷. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.66178.2632>

مقدمه

۱. مورد معامله ممکن است عین معین (مانند این خانه مشخص) یا کلی در معین (مانند یک تن از ده تن گندم انبار موجود در این انبار) یا کلی در ذمه (مانند فروش یک تن گندم سال آینده) باشد. هر سه قسم این نوع معامله صحیح است (ماده ۳۵۰ ق.م.ا).

مورد معامله باید «معلوم» (ماده ۲۱۶ ق.م.ا) و «معین» (بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م.ا) باشد. بین معین بودن و معلوم بودن تفاوت است. مقصود از معین بودن این است که مورد معامله نباید مردّد بین دو یا چند چیز باشد؛ درحالی که مقصود از «معلوم بودن» این است که مورد معامله باید از لحاظ جنس، وصف و مقدار معلوم باشد (نک: وحدتی شبیری، ۱۳۸۸، ص ۱۴). از لحاظ فقهی (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۲۰۶) و حقوقی (م. ۲۱۶ ق.م.ا) در مورد رعایت شرط «معلوم بودن» گهگاه با تسامح رفتار می‌شود و علم تفصیلی به مورد معامله لازم شمرده نمی‌شود. این درحالی است که در مورد لزوم رعایت شرط «معین بودن» سخت‌گیری زیادی دیده می‌شود؛ به طوری که موارد مسامحه در شرط معین بودن بسیار نادر است (از جمله، عمل مورد جعاله (م. ۵۶۴ق)؛ همچنین قانون مدنی در برخی موارد، معلوم بودن مورد معامله را لازم ندانسته، اما تردید در آن را موجب بطلان دانسته است (از جمله، ماده ۶۹۴ در عقد ضمان). البته در صورتی که مورد معامله کلی در ذمه، کلی در معین یا مُشاع باشد، وجود تردید در افراد و مصادیق مورد معامله نه تنها زیانی به صحت معامله نمی‌زند؛ بلکه لازمه این گونه معاملات تردید در مصادیق و افراد مورد معامله است (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۹۴). تردید در این گونه موارد در صورتی موجب بطلان است که به خود مورد معامله مربوط باشد، نه مصادیق آن؛ برای نمونه اگر یک تن گندم یا برنج به صورت کلی در ذمه یا کلی در معین یا مُشاع فروخته شود، معامله به دلیل تردید در مورد آن باطل است؛ اما هنگامی که یک تن گندم با جنس و وصف خاصی به صورت کلی در ذمه یا کلی در معین یا مُشاع فروخته می‌شود، مصادیق و افراد خارجی گندم مورد نظر ضرورتاً «مردّد» است؛ چون اگر مصادیق و افراد خارجی مردّد نباشد، در این صورت مورد معامله، عین معین خواهد بود و این خلاف فرض اولی، یعنی وقوع معامله به صورت کلی یا مُشاع است.

۲. مسئله مورد بحث در این مقاله در کتاب‌های فقهی به عنوان یکی از صورت‌های «بيع بعض من جمله متساویة الأجزاء»؛ فروش بخشی از یک کلی متساوی الاجزاء» مطرح گردیده و نمونه آن «بيع صاع من صبرة» معرفی شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۴۷). صاع واحد وزنی حدوداً سه کیلوگرم است و مقصود از «صبره»، در زبان فارسی، خرمن، کومه، کپه یا تل است و این تعبیرها به‌ویژه در مورد مقداری از محصولات کشاورزی مانند گندم و جو به کار می‌رود که در یک جا جمع شده‌اند؛ بنابراین «بيع صاع من صبرة» را می‌توان به «فروش سه کیلو از یک خرمن» ترجمه کرد. این نوع فروش به حالت‌های متعددی قابل تصور است که یکی از آنها مورد بحث این مقاله است. به منظور تبیین موضوع بحث و بررسی حکم آن ناچار باید به اجمال حالت‌های قابل تصور در مورد این نوع بیع را بررسی کرد؛ اما قبل از ذکر حالت‌های این نوع بیع باید چند نکته را یادآور شد:

(۱) هرچند در عنوان این مسئله فقهی («بيع بعض من جمله متساویة الأجزاء»؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۴۷) فروش آمده است، اما این مسئله اختصاصی به عقد بیع ندارد؛ بلکه شامل تمام عقود ناقل ملکیت و نیز عقد اجاره، عاریه و رهن و امثال آن می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۲۴۸).

(۲) مقصود از «بعض» در عنوان مسئله پیش گفته، مقداری است که جزئی از یک مجموع را تشکیل دهد؛ با این توضیح که مال کلی یا نباید تفکیک شده باشد یا اگر تفکیک شده باشد، هنگام معامله، همه اجزا یا افراد آن با هم لحاظ شوند و یک مجموعه را تشکیل دهند؛ بنابراین اگر مقداری از یک خرمن گندم جدا شود و همان مقدار فروخته شود، از محل بحث خارج است.

(۳) واژه «جمله» در عنوان فقهی مورد بحث، به معنای یک مجموعه یا کلی است. افراد یا اجزای این مجموعه ممکن است به طور طبیعی به هم پیوسته یا از یکدیگر جدا باشند؛ بنابراین «جمله» در عنوان یادشده هم شامل مواردی مانند پارچه می‌شود و هم شامل مواردی مانند گله‌ای از گوسفند (بر فرض مساوی بودن قیمت گوسفندان و مثلی دانستن آنها) یا در مثالی امروزی، چند خودرو از مدل کاملاً یکسان در یک بنگاه فروش خودرو.

۴) مقصود از «متساوی الاجزاء» در عنوان مسئله پیش گفته، مال مثلی است. طبق نظر مشهور بین فقیهان امامیه، مال مثلی مالی است که اجزای آن از حیث قیمت با هم برابر باشند؛ مانند جو و گندم (نک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۰۹)؛ از این رو برخی از فقیهان مسئله مورد نظر را به مال مثلی مقید کرده، مردّد بودن مورد معامله در اموال قیمی را موجب بطلان دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۴؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۲۴۸). در برابر واژه «متساوی الاجزاء»، تعبیر «مختلف الاجزاء» به کار می‌رود که مصداق مسلم آن مال قیمی است. از لحاظ قانون مدنی، «مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد؛ مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است. مع ذلک تشخیص این معنی با عرف می‌باشد» (ماده ۹۵۰)؛ از این رو با اینکه صدر ماده معیار مثلی بودن را شیوع و کثرت اشباه و نظائر یک مال دانسته است؛ ذیل ماده تشخیص مثلی یا قیمی بودن مال را به عرف ارجاع داده است.

۱. پیشنهاد

در ادبیات حقوقی فارسی مباحث مفصلی در باره معلوم و معین بودن مورد معامله و نیز بررسی معامله کلی دیده می‌شود (از جمله: کاتوزیان، ۱۳۷۱، صص ۱۷۷-۱۸۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۱۱؛ امینی، ۱۳۸۶؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۸؛ تقوایی و سلطانی، ۱۴۰۱؛ پیروزی، ۱۳۸۸). اما بیع «فرد مردّد» یا «فرد منتشر» که یکی از مصادیق بحث معین بودن است، مورد توجه چندانی قرار نگرفته است. تا آنجا که ملاحظه شد، تنها در دو اثر فارسی معتبر به این بحث توجه شده است: (۱) یکی از حقوق دانان در بحثی درباره تعیین مورد معامله به صورت مختصر بحث از فرد مردّد را بدون اینکه از آن نامی ببرد، مطرح کرده است. به نظر وی، اگر مورد معامله کلی در معین باشد، کلی یا آن مجموعه باید معین باشد؛ اما افراد آن کلی لازم نیست معین باشد. تعیین فرد مورد معامله از دیگر افراد در مواردی لازم است که این افراد از لحاظ مقدار یا وصف مهم با یکدیگر تفاوت داشته باشند؛ در غیر این صورت، تعیین فرد خاص لازم نیست. وی در ادامه، این مثال را مطرح کرده است: «هرگاه یک تن برنج مشخص به ده قسمت صد کیلویی تقسیم شود و یک از آن قسمت‌ها بدون

تعیین و به صورت مردّد فروخته شود، عقد صحیح خواهد بود؛ زیرا هیچ گونه تفاوتی بین آن قسمت‌ها وجود ندارد تا موجب اختلاف گردد و عرف به انتخاب فرد به خصوص مبادرت نمی‌کند. در این حالت، مورد معامله در حقیقت نوعی کلی در معین است که افراد آن کلی از هم مجزا شده است و معلوم است که هیچ گونه تفاوتی بین کمیت‌های معین از مجموع معین واحد و مجموع معین تجزیه شده به کمیت‌های مساوی با مورد معامله تصور نمی‌شود» (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۳۲۶).

چنان که ملاحظه می‌شود وی مثال پیش گفته را «نوعی کلی در معین» دانسته است و کاربرد واژه «نوعی» نشان می‌دهد که از نظر وی، این مورد با موارد معمولی کلی در معین یکسان نیست؛ هرچند از لحاظ حکم، آن را به کلی در معین ملحق ساخته است. در مثال یادشده، کلی مورد بحث (یک تن برنج) به ده قسمت مساوی تقسیم شده است و تفاوت آن با موارد معمولی کلی در معین در همین تقسیم نهفته است. مثالی که ایشان مطرح کرده همان است که در فقه، فروش فرد مردّد یا فرد منتشر نامیده شده است.

۲) برخی از حقوق دانان در بحث از معین بودن مورد معامله، تفاوت بین حالتی را که معامله به صورت کلی در معین واقع می‌شود و صورتی را که معامله به صورت فرد مردد یا منتشر تحقق می‌یابد، در این نکته دانسته‌اند که نتیجه معامله در حالت اول، ایجاد تعهد بر ذمه بایع است، بدون آنکه حقی هرچند به صورت مشاع برای خریدار نسبت به مجموع مورد معامله پیدا شود؛ در حالی که نتیجه معامله در حالت دوم این است که بر فرض صحت معامله، نوعی ملکیت برای خریدار ایجاد می‌شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، صص ۴۳۸-۴۳۹). ایشان پس از بحثی مختصر و ذکر آرای برخی از فقیهان به این نتیجه رسیده‌اند که دلیل معتبری برای بطلان معامله فرد مردد وجود ندارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، ص ۴۴۰). تذکر این نکته سودمند است که قانون مدنی در بیان اقسام مبیع (ماده ۳۵۰)، تصریح می‌کند که مقدار معین از متساوی الاجزاء به صورت «کلی» فروخته شود؛ بنابراین از قانون مدنی نمی‌توان استفاده کرد که فرد مردّد از مال مثلی، در حکم کلی در معین است.

چنان که خواهیم دید، بحث از بیع فرد مردّد یا منتشر با تفصیل زیاد در متون فقهی

مطرح شده است. مباحث فقهی مختصری که در آثار فارسی زبان انعکاس یافته، قانع کننده به نظر نمی‌رسد و جای بررسی بیشتر باقی است. این تحقیق تلاش می‌کند با تکیه بر منابع و آرای فقهی، مسئله مورد بحث یعنی بیع فرد مردّد و تفاوت آن با مسئله‌ای مشابه، یعنی بیع کلی در معین را تبیین کند و جامعه حقوقی را از خلط موضوع و احکام این دو مسئله بر حذر دارد.

با توجه به نکات بالا، در ادامه با توجه و تأکید بر متون فقهی، نخست صورت‌های مختلف و احکام مربوط به فروش بخشی از مال مثلی بررسی می‌شود و بخش مربوط به بیع فرد مردّد یا منتشر با تفصیل بیشتری مطرح می‌گردد. سپس بخش دوم مقاله به تفسیر معامله فرد مردّد می‌پردازد و تلاش می‌کند این نوع معامله را بر کلی در معین حمل کند. در پایان نیز نتیجه مباحث بیان می‌شود.

۲. صورت‌های فروش مقداری از مال مثلی

فروش کالای کلی یا مقداری از آن به اقسام متعددی تقسیم شده است و تقسیم‌بندی‌های متعددی برای آن ارائه شده است. از جمله شهید ثانی برای فروش خرمن (بیع الصبره) ده صورت در نظر گرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۶۸). با استفاده از یک تقسیم‌بندی که محقق نراقی ارائه کرده (نک: نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، صص ۳۳۵-۳۳۷)، می‌توان فروش مقداری از مال مثلی را به هشت صورت تصور کرد؛ چون مال مثلی که بخشی از آن فروخته می‌شود، ممکن است معلوم یا مجهول باشد. مبیع (یعنی آن مقدار از مال مثلی که فروخته می‌شود) نیز چهار حالت دارد: فرد معین، مُشاع، کلی در معین و فرد مردّد. برای توضیح این چهار حالت، فرض کنیم مال مثلی که بخشی از آن فروخته می‌شود، یک طاقه پارچه ده متری است. فروش بخشی از این طاقه به یکی از این چهار حالت امکان پذیر است:

(۱) فرد معین؛ مانند آنکه یک متر پارچه از سر طاقه و پیش از بریدن آن فروخته شود.

(۲) مُشاع؛ مانند نصف این طاقه پارچه.

۳) کلی در معین؛ مانند فروش یک متر از این طاقه پارچه.

۴) فرد مردّد؛ مانند آنکه یک طاقه پارچه ده متری به ده قسمت یک متری بریده و جدا شود و یکی از آنها فروخته شود. به این نوع مبیع در اصطلاح فقهی «فرد مردّد» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۷۰) یا «فرد منتشر» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۴۸؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، صص ۴۱۵-۴۲۱) اطلاق شده است؛ بدین ترتیب معیار شناسایی فرد مردّد از کلی در معین، تقسیم مال در فرد مردّد است (نک: محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۰۵).

از ضرب دو حالت مال مثلی (یعنی معلوم یا مجهول بودن آن) در چهار حالت مبیع (مقداری از مال مثلی که فروخته می‌شود)، هشت صورت حاصل می‌شود. در ادامه، ابتدا برای روشن شدن محل بحث و تمایز آن از صورت‌های دیگر، صورت‌های هشت‌گانه فروش بخشی از مال مثلی و احکام آنها بررسی می‌شود و صورت‌های مربوط به حالت فرد مردّد با تفصیل بیشتری مطرح می‌گردد. سپس به مسئله تفسیر معامله فرد پرداخته می‌شود و در پایان نتیجه مطالب به اختصار ذکر می‌شود.

۲-۱. حالت اول: فروش به صورت فرد معین

فروش به صورت جزء یا فرد معین از یک مال مثلی به دو صورت قابل تصور است: ۱. جزء معین از مالی که مقدار کل آن معلوم است؛ مانند فروش این یک متر از این طاقه پنجاه متری پارچه (مانند فروش یک متر پارچه از سر طاقه قبل از بریدن پارچه یا فروش یک قطعه صد متری از یک زمین هزار متری از شمال زمین، قبل از تفکیک آن).^۱

۲. جزء معین از مالی که مقدار کل آن مجهول است؛ مانند فروش این یک متر از این طاقه که مقدار کل آن طاقه معلوم نیست.

فروش به هر دو صورت بالا صحیح است؛ زیرا در هر دو صورت مبیع نه مجهول

۱. البته در مورد زمین باید فرض شود که اجزای آن عرفاً از لحاظ قیمت مساوی است؛ مانند یک زمین وسیع کشاورزی در بیابان؛ بنابراین امروزه زمین‌های واقع در شهرها را که معمولاً قیمت اجزای آن بر حسب موقعیت قرار گرفتن آنها و نزدیکی به میدان و خیابان و امثال آن قیمت متفاوتی دارند، نمی‌توان مساوی الاجزاء دانست.

است و نه مردّد و بنابراین شرط معلوم و معین بودن مبیع موجود است. چنان که پیش تر یادآوری شد در این حالت، فرد تعیین شده از کلی جدا نشده است؛ و گرنه مصداقی از فروشی «بخشی از یک کلی» نخواهد بود.

۲-۲. حالت دوم: فروش به صورت مشاع

در موارد معمولی بیع مشاع، مبیع به صورت کسری از یک کلی مانند نصف، یک سوم و غیره بیان می شود. فروش به صورت مشاع به دو صورت قابل تصور است: ۱. بخش مشاعی از شیء معلوم؛ مانند فروش نصف یک خرمن گندم مشتمل بر ۱۰۰۰ کیلو؛ ۲. بخش مشاعی از شیء مجهول؛ مانند: فروش نصف از یک خرمن گندم مجهول المقدار.

معامله در صورت اول صحیح و در صورت دوم باطل است. علت بطلان در صورت اخیر این است که مجهول بودن کل به مجهول بودن جزء (یعنی مجهول بودن مخرج کسر به مجهول بودن صورت آن) منجر می شود و در نتیجه، بیع جزء نیز باطل خواهد بود.

۲-۳. حالت سوم: فروش به صورت کلی در معین

فروش به صورت کلی در معین نیز به دو صورت قابل تصور است: ۱. مقدار معینی از شیء معلوم؛ مانند فروش صد کیلو گندم از یک انبار هزار کیلویی؛ ۲. مقدار معینی از شیء مجهول؛ مانند فروش صد کیلو گندم از یک انبار که مقدار آن معلوم نیست، ولی معلوم است که حداقل صد کیلو در آن است. طبق نظر مشهور (در مورد این انتساب، نک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۷)، معامله در هر دو صورت صحیح است. صحت صورت دوم به این دلیل است که مقدار مبیع معلوم است و مجهول بودن مقدار کل موجب نامعلوم شدن مبیع نمی شود؛ همچنین مردّد بودن مبیع در این دو صورت خللی به صحت بیع وارد نمی کند؛ چون بنا به فرض مال کلی، مثلی است.

البته در این دو صورت، در مورد اینکه اختیار تعیین مصداق مبیع با چه کسی است، اختلاف نظر است. به نظر شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۹)، اختیار تعیین با

فروشنده است. وی کلی در معین را از این لحاظ به کلی در ذمه ملحق ساخته و گویا رابطه خریدار بخشی از کلی در معین با فرشنده را رابطه بدهکار و طلبکار تلقی کرده است که در آنجا اختیار تعیین مصداق دین با مدیون است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۹). اما به نظر میرزای قمی، اختیار تعیین با خریدار است (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۹۵).

در مقابل نظر مشهور، برخی از فقیهان به بطلان بیع نظر داده‌اند. ملاحظه ادله آنان نشان می‌دهد که به بطلان بیع کلی در معین در همه موارد عقیده دارند و نه فقط در مسئله فروش یک صاع از خرمن (صاعاً من صبره). فخر المحققین در بیان ادله این نظر می‌گوید: اگر مبیع مشاع نباشد، مردّد و مجهول خواهد بود و بنابراین بیع غرری می‌شود و مشمول نهی از بیع غرری و فاسد خواهد بود. از این گذشته، اگر گفته شود که مبیع فرد معینی از افراد کلی است، ترجیح بلامرجح است و اگر فرد نامعینی در نظر گرفته شود، مبهم و مردّد خواهد بود و تردید موجب بطلان بیع است (فخر المحققین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۳۰). البته فخر المحققین به ظاهر فقط ادله این نظر را ذکر می‌کند؛ اما خود وی از آن طرفداری نمی‌کند، ولی صاحب جواهر ضمن طرفداری از این نظر، فخر المحققین را طرفدار آن دانسته است. صاحب جواهر سه دلیل در مورد بطلان بیع کلی در معین اقامه می‌کند: ۱. بیع به صورت کلی در معین، موجب تردید و غرر است؛ ۲. کلی در معین معهود و شناخته شده نیست. در واقع به نظر صاحب جواهر، کلی‌ای که بیع آن صحیح است، کلی در ذمه است و اگر کلی به عین خارجی نسبت داده شود، اشاعه صورت می‌گیرد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۲۳)؛ بنابراین به نظر وی، مبیع کلی از دو حال خارج نیست: کلی در ذمه، و مشاع (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۲۲)؛ ۳. در مسئله فروش میوه به استثنای چند رطل (که توضیح آن خواهد آمد)، اجماع فقیهان بر مشاع بودن آن است، نه بر کلی در معین.

در پاسخ به دو دلیل اول می‌توان گفت: اولاً تردید در همه موارد موجب بطلان نیست و از این رو حتی در مورد بیع فرد و منتشر که مبیع به طور کامل مردّد است نیز، چنان که خواهیم دید، برخی از فقیهان به صحت آن معتقدند؛ بنابراین مردّد بودن مبیع در

کلی در معین به صحت بیع زبانی نمی‌زند؛ ثانیاً کلی در معین در بسیاری از ابواب فقهی مانند وصیت و مهر مرسوم است؛ از این رو اگر شخصی وصیت کند که یکی از چند فرش من را به فلان شخص بدهید، موصی له مالک یک فرش می‌شود و ورثه می‌توانند به انتخاب خود یکی از فرش‌های موصی را به او بدهند (نک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۶). بررسی دلیل سوم در ادامه مباحث خواهد آمد.

۲-۴. حالت چهارم: فروش به صورت فرد مردّد

گفتیم که در این حالت، مال مثلی به اجزا یا افراد مساوی تقسیم می‌شود و یک جزء یا فرد آن به صورت نامعین فروخته می‌شود. در موردی هم که مصادیق و افراد مال مثلی به طور طبیعی از یکدیگر جدا هستند، همین نکته صادق است؛ به این معنا که یک فرد یا مصداق از مال مثلی به صورت نامعین و مردّد معامله می‌شود؛ مانند یک خودرو از چند خودرو نو با مشخصات کاملاً یکسان. در مورد این حالت می‌توان دو فرض در نظر گرفت: فروش به قصد اشاعه و فروش بدون قصد اشاعه.

۲-۴-۱. فرض اول: فروش فرد مردّد به قصد اشاعه

گهگاه دوطرف از فروش به صورت فرد مردّد، قصد اشاعه دارند. در بحث از صورت‌های فروش به صورت مشاع (حالت دوم) گفته شد که در موارد معمولی بیع مشاع، مبیع به صورت کسری از یک کلی مانند نصف، یک سوم و امثال آن بیان شود. حال چه بسا مبیع به صورت مقدار معین بیان شود، اما مقصود از آن اشاعه باشد؛ برای مثال ممکن است مقصود از «سه کیلو از یک خرمن نه کیلویی»، ثلث آن باشد، اما به جای اینکه مبیع به صورت کسر، یعنی سه‌نهم (یک سوم) بیان شود، به صورت ۳ کیلو از ۹ کیلو بیان شده است. برای تحقق «فرد معین» ضروری است که مال به قسمت‌های مساوی تقسیم شده باشد.^۱

۱. تأکید می‌شود که قسمت‌ها باید با یکدیگر مساوی باشند. در غیر این صورت، مشمول عنوان «بیع فرد مردّد» نخواهد بود. مورد معامله در چنین عقدی افزون بر مردّد بودن، مجهول نیز خواهد بود.

صورت‌های این فرض (فروش فرد مردّد به قصد اشاعه) نیز به شرح زیر است:

۱. فرد مردّد از شیء معلوم؛ برای نمونه یک طاقه پارچه ده متری به ده قسمت مساوی تقسیم شود و یکی از آنها به صورت نامعین و مردّد فروخته شود، اما مقصود از آن کسر مشاع، یعنی یک‌دهم باشد؛ ۲. فرد مردّد از شیء مجهول؛ مانند آنکه یک طاقه پارچه که مقدار آن معلوم نیست، به ده قسمت مساوی تقسیم شود و یکی از آنها به صورت نامعین و مردّد فروخته شود، اما مقصود از آن کسر مشاع، یعنی یک‌دهم باشد.

برخی از فقیهان تنها صورت اول را که در آن مقدار کلی معلوم است، صحیح دانسته‌اند (برای نمونه، علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۷۶؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۰۴) و برخی تصریح کرده‌اند که معامله در هر دو صورت صحیح است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۴۷؛ نیز، نک: نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۳۳۷). فروش مقدار معینی از یک کلی به قصد اشاعه هر چند متداول نیست، اما نه تنها دلیلی بر بی‌اعتباری آن وجود ندارد؛ بلکه عمومات صحت بیع آن را شامل می‌شود. نتیجه معامله در این صورت، اشتراک خریدار و فروشنده به نسبت مقدار فروخته شده از شیء کلی است.

در مورد این فرض (فروش فرد مردّد به قصد اشاعه)، حتی اگر مقدار مجموع (کلی) نیز معلوم نباشد، به صحت معامله ضرری وارد نمی‌شود؛ چون فرض این است که مقدار مبیع (مثلاً «سه کیلو») در فروش سه کیلو از نه کیلو گندم که به سه قسمت مساوی تقسیم شده) معلوم است. این درحالی است که همان‌طور که پیش‌تر در مورد بطلان صورت دوم از حالت بیع مشاع گفته شد، اگر کسر مشاع به صورت عدد معینی از یک شیء مجهول (مثلاً «یک سوم از یک خرمن گندم نامعلوم») باشد، مقدار مبیع نامعلوم خواهد بود و بیع باطل است؛ زیرا معلوم بودن مقدار یک سوم (یعنی «یک») که صورت کسر است، به معلوم بودن منجر می‌شود.

همان‌طور که برخی از فقیهان گفته‌اند، در مورد فرض حاضر، اگرچه نسبت مبیع به کلی هنگام معامله مجهول است، با توجه به اینکه مقدار مبیع در واقع معین است، عرفاً

غری لازم نمی‌آید. از سوی دیگر، دلیلی بر شرط بودن علم به نسبت^۱ هنگام معامله لازم نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۳۳۷).

۲-۴-۲. فرض دوم: فروش فرد مردد بدون قصد اشاعه

در مقابل فرض اول، ممکن است دو طرف از فرد معین قصد اشاعه نداشته باشند. در این حالت نیز مانند حالت سابق، مال به چند قسمت مساوی تقسیم می‌شود و یک فرد آن به صورت نامعین فروخته می‌شود؛ اما برخلاف حالت قبل، در این حالت معامله به قصد اشاعه صورت نمی‌گیرد؛ بلکه مقصود از مبیع، یک فرد نامعین از افراد مال مثلی است. تعبیر فرد معین در متون فقهی در همین معنای خاص به کار رفته است.

در مورد این فرض نیز می‌توان دو صورت در نظر گرفت: ۱. فرد مردد از شیء معلوم؛ برای نمونه یک طاقه پارچه ده متری به ده قسمت مساوی تقسیم شود و یک متر آن به صورت نامعین و مردد فروخته شود؛ ۲. فرد مردد از شیء مجهول؛ مانند آنکه یک طاقه پارچه که مقدار آن معلوم نیست، به ده قسمت مساوی تقسیم گردد و یک متر آن به صورت نامعین و مردد فروخته شود.

در مورد حکم این دو صورت بین فقیهان اختلاف نظر است. به نظر مشهور بیع باطل است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۴۸)؛ همچنین بطلان برخی از مصادیق این مسئله به «اصحاب» و فقیهان امامیه نسبت داده شده است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۲۳) و از این تعبیر می‌توان اجماعی بودن مسئله را در فقه امامیه استفاده کرد؛ برای نمونه فروش یک گوسفند نامعین از یک گله باطل تلقی شده است؛ هر چند تعداد گوسفندان، معلوم و قیمت آنها مساوی باشد (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۲۳۹)؛ اما برخی از فقیهان آن را صحیح دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۲۸). در ادامه، ادله بطلان و صحت این نوع معامله بررسی می‌شود.

۱. یعنی اینکه برای مثال، نسبت مبیع با کلی، نصف است یا ربع و امثال آن.

ادله بطلان بیع فرد مردّد

برای بطلان معامله، افزون بر اجماع، به چند دلیل تمسک شده است: ۱. مجهول بودن مورد معامله؛ ۲. مردّد بودن مورد معامله؛ ۳. غرری بودن معامله. در واقع به تعبیر کاشف الغطاء، اجزای مال مثلی در این صورت، همانند مال قیمی است که از لحاظ اوصاف و قیمت به یکدیگر نزدیک‌اند و فروش آن همانند یکی از چند مال قیمی غرری خواهد بود و غرر فی نفسه مانع صحت معامله است؛ هر چند ضرری بر آن مترتب نشود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۲۴۹). وی توضیح می‌دهد که غرر به دو گونه شرعی و عرفی است و رابطه بین آن دو عموم من وجه است: در برخی موارد هر دو وجود دارند، اما در اندکی موارد، غرر عرفی وجود ندارد؛ اما غرر شرعی وجود دارد؛ برای نمونه ضمیمه کردن شیء معلوم به مجهول در برخی موارد از لحاظ شرعی موجب صحت معامله می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۴۹)؛ با اینکه عرفاً غرر از بین نمی‌رود. به عکس در بسیاری موارد، غرر شرعی وجود دارد، اما غرر عرفی وجود ندارد؛ برای نمونه اگر دو کالای وزنی (مثلاً جو و گندم) قیمت یکسانی داشته باشند و هر یک در یک کفه ترازو قرار گیرد و با وزن یکسان به یکدیگر فروخته شود، معامله از لحاظ شرعی به دلیل غرر و مجهول بودن مقدار مورد معامله باطل است؛ در حالی که غرر عرفی وجود ندارد؛ همچنین اگر شخصی کیسه سربسته‌ای که به اجمال می‌داند حاوی گندم یا جو بوده و قیمت هر دو یکسان است، با وزن معلومی خریداری کند، غرر عرفی وجود ندارد؛ اما به دلیل مجهول بودن جنس مورد معامله، غرر شرعی وجود دارد و بیع باطل است. وی مورد بحث را از این گونه موارد می‌داند که در آنها غرر شرعی وجود دارد؛ هر چند عرف با توجه به یکسان بودن قیمت و اوصاف مبیع، غرری در معامله نمی‌بیند.

۴. ممکن نبودن تملک فرد مردّد. مقصود از این دلیل این است که ملکیت همواره یک صفت وجودی است که نیازمند به موضوع واقعی و موجود است؛ در حالی که «فرد مردّد»، یک عنوان واقعی و موجود نیست؛ بلکه یک عنوان انتزاعی است و بنابراین قابل تملک نیست.

ادله صحت بیع فرد مردّد

در مقابل نظر بطلان، می‌توان معامله را صحیح دانست و به ادله بطلان پاسخ داد: در پاسخ به دلیل اول می‌توان گفت که اولاً مبیع در محل بحث فرد مردّد، یعنی «یکی» از چند چیز است و مفهوم «یکی»، مصداق خارجی ندارد تا نامعلوم باشد؛ ثانیاً این گونه نیست که هرگونه جهلی به مورد معامله موجب بطلان معامله باشد، بلکه جهالتی موجب بطلان است که به غرر منجر شود و در محل بحث ما، غرری وجود ندارد؛ زیرا فرض این است که مصادیق خارجی مبیع معلوم هستند.

در پاسخ به دلیل دوم نیز، ضمن پذیرش اینکه مبیع مردّد است، می‌توان پاسخ بالا را مطرح کرد: هر نوع تردیدی موجب بطلان نیست؛ بلکه تردیدی موجب بطلان است که به غرر منتهی شود و در محل بحث ما به لحاظ تساوی ارزش مصادیق و افراد مال کلی، غرری وجود ندارد.

پاسخ به دلیل سوم نیز از پاسخ به دو دلیل نخست روشن می‌شود: در مورد بحث غرری وجود ندارد و هر مصداقی که فروشنده تعیین و تسلیم کند، ضرری برای خریدار ندارد؛ زیرا بنا بر فرض، اوصاف و ارزش افراد کلی یکسان است. شاهد این سخن صحت بیع سلف است که در آن مبیع، کلی و افراد آن مردّد است و حتی ممکن است وجود خارجی نداشته باشد (مانند پیش‌فروش محصول گندم سال آینده). با این حال، معامله صحیح است و فروشنده هنگام تسلیم می‌تواند هر مصداقی از کلی را به خریدار تحویل دهد؛ همچنین در بیع کلی در معین نیز افراد آن مردّد بین دو یا چند مورد است، اما معامله آن صحیح است.

پاسخ به دلیل چهارم این است که از لحاظ فقهی لازم نیست موضوع ملک یک امر وجودی باشد؛ از این رو بیع کلی در ذمه از لحاظ فقهی صحیح است. از این گذشته، ملکیت یک وصف واقعی مانند سیاهی یا شوری نیست تا نیازمند موضوع باشد؛ بلکه یک وصف اعتباری است که شرع یا عرف آن را اعتبار می‌کند. سرنوشت امر اعتباری به دست شخصی است که امر اعتباری را ایجاد می‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص ۴۵)؛ از این رو چه بسا شرع یا عرف برای امر معدومی مانند کلی فی الذمه یا امر مردّدی مانند محل

بحث ما، ملکیت اعتبار کند. شاهد سخن اینکه در باب وصیت، موضوع وصیت تملیکی یا موصی له ممکن است دو شخص یا دو شیء مردّد باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۱). با توجه به این نکات، ادله طرفداران بطلان بیع فرد مردّد پذیرفتنی نیست. تنها دلیلی که برای این نظر می توان در نظر گرفت اجماع است که آن هم بر فرض ثبوت، اجماع مدرکی است نه تعبدی. با توجه به ادله پیش گفته برخی از فقیهان چنین بیعی را صحیح دانسته اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۳۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، صص ۴۸۰-۴۸۱). شیخ انصاری نیز از لحاظ تحلیلی بیع فرد مردّد را صحیح می داند و بطلان آن را با عموماً صحت و لزوم عقد بیع مخالف تلقی می کند؛ اما در نهایت جمله ای از کاشف الغطاء را که در آن به برداشت فقیهان از مذاق شارع استناد کرده است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق، ص ۲۵۰)، می پسندد و گویا از باب احتیاط، با نظر مشهور مخالفت نمی کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۲).

۳. تفسیر معامله فرد مردّد

مسئله مهمی که در مورد این نوع معامله، یعنی فروش فرد مردّد مطرح می شود، تفسیر قصد دوطرف معامله در مورد نوع معامله است. این تفسیر به ویژه با توجه به نظر مشهور که به بطلان فروش فرد معین معتقد هستند، اهمیتی دوچندان می یابد. در این خصوص باید چند فرض را از یکدیگر تفکیک کرد: ۱. در صورتی که برای مثال سه کیلو از یک خرمن (صاعاً من صبرة) فروخته شود و معلوم باشد که مقصود دوطرف کدام یک از حالت های چهارگانه (فرد معین، مشاع، کلی در معین، و فرد مردّد) است، مشکلی از لحاظ تفسیر قرارداد پیش نمی آید؛ بنابراین اگر خریدار و فروشنده متفق باشند که مقصودشان فرد مردّد به معنای خاص و اصطلاحی آن بوده، معامله طبق نظر مشهور باطل است؛ از این رو مسئله تفسیر قصد دوطرف در جایی مطرح می شود که الفاظ به کاررفته در عقد ظهور در معنای خاصی نداشته باشد (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۸۵).

۲. اگر برای مثال خریدار ادعا کند که مقصود وی از خرید مقدار معینی از کلی، اشاعه بوده و از این رو معامله صحیح است و به مقداری که خریداری کرده با فروشنده

سهیم است، اما فروشنده مدعی شود که قصد وی (فروشنده) فروش «فرد مردّد» به معنای خاص بوده و بنابراین معامله باطل است و خریدار سهمی در کالا ندارد، در این صورت به نظر علامه حلّی، سخن خریدار به دو دلیل مقدم است: اصل صحت و اصل عدم تعیین مبیع؛ به این معنا که شک داریم فروشنده فرد معین را قصد کرده است یا فرد معین را قصد نکرده و قصد وی اشاعه بوده است. با اجرای اصل عدم تعیین، به اشاعه و سپس صحت معامله حکم می‌شود (علامه حلّی، ۱۳۷۲، ج ۱۰، ص ۸۵؛ علامه حلّی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۴۹۳).

در مورد نظر علامه حلّی باید گفت: اولاً اگر ثابت شود که مقصود هر یک از خریدار و فروشنده متفاوت با دیگری بوده است، در این صورت عقد به دلیل عدم تطابق بین ایجاب و قبول باطل خواهد بود (نک: خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۸۰)؛ بنابراین به قرینه عدم ادعای دوطرف نسبت به بطلان عقد، باید فرض کرد که به دلیلی مانند فراموشی دوطرف در مورد چگونگی وقوع عقد یا فوت دوطرف یا یکی از آنها و اختلاف بین ورثه، دوطرف معامله یا ورثه آنها در مورد چگونگی عقد اختلاف کرده‌اند (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۸۰؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۸۵).

ثانیاً اگر الفاظی که دوطرف در صیغه عقد به کار برده‌اند، در مقصود یکی از آن دو ظهور داشته باشد، بر اساس ظهور عمل می‌شود و در صورتی که در اشاعه ظهور داشته باشد، به تمسک به اصل صحت نیازی نیست؛ زیرا با وجود ظهور، نوبت به اصل نمی‌رسد (الاصل دلیلٌ حیث لا دلیل). به عکس اگر الفاظ دوطرف ظاهر در عدم اشاعه باشد، اصل صحت نمی‌تواند با ظهور معارضه کند؛ اما توسل به اصل عدم تعیین با چند اشکال مواجه است: اولاً اگر مقصود از توسل به این اصل این باشد که از راه اثبات اینکه دوطرف فرد جزئی را اراده نکرده‌اند، کلی و اشاعه اثبات شود، اصل عدم تعیین اصل مثبت خواهد بود و طبق یک قاعده اصولی، مثبتات اصول حجت نیست (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۳۴). از این گذشته، اصل عدم تعیین فرد با اصل عدم قصد اشاعه در تعارض است و هر دو ساقط می‌شوند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۳؛ محمدی خراسانی، ۱۳۸۵، ج ۷، ص ۳۶۲).

۳. در صورتی که مقصود خریدار و فرشنده از فروش فرد نامعینی از کلی روشن معلوم نباشد، تفسیر قصد آنها با دشواری مواجه می‌شود. توضیح اینکه یقینی است که نباید معامله را بر «فرد مردّد» به معنای خاص حمل کرد؛ چون این نوع معامله بر اساس نظر مشهور باطل است و با توجه به اصل صحت، باید معامله را بر صحت حمل کرد؛ همچنین طبق فرض، مقصود دوطرف خرید و فروش فرد معینی نیست و از این رو نمی‌توان آن را بر فرد معین حمل کرد؛ بنابراین تردید در این است که معامله به کسر مشاع یا به کلی در معین تفسیر شود و البته تفسیر به کلی در معین نیز بنا بر نظر مشهور است که به صحت آن معتقد هستند.

بدیهی است که تفسیر بیع به کلی در معین یا مشاع، آثار مهمی دارد که به سه مورد آن اشاره می‌شود: ۱. اگر میبع کلی در معین باشد، اختیار تعیین مصداق و فرد آن با فروشنده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۹)؛^۱ اما اگر میبع مشاع باشد، به دلیل اشتراک خریدار و فروشنده در میبع، تعیین مصداق منوط به تراضی دوطرف است؛^۲ اگر بخشی از کلی قبل از تسلیم تلف شود و به مقدار میبع باقی بماند، در صورتی که میبع کلی در معین باشد، مقدار باقی مانده به خریدار اختصاص دارد؛ اما اگر میبع مشاع باشد، مقدار باقی مانده مشترک بین دوطرف است؛^۳ در صورتی که شخصی برای مثال صد کیلو گندم از یک انبار معین را به دیگری بفروشد و سپس صد کیلوی دیگر از آن انبار را به شخص دوم بفروشد و قبل از تسلیم، موجودی انبار به جز صد کیلو تلف شود، اگر هر دو بیع به صورت کلی در معین باشد، باقی مانده به خریدار اول اختصاص دارد؛ اما اگر دو معامله به صورت مشاع باشد، باقی مانده بین فروشنده و دو خریدار مشترک است.

برخی از بزرگان فقه امامیه در این مسئله توقف کرده و هیچ‌یک از دو نظر را انتخاب نکرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۴)؛ با این حال در مورد تفسیر معامله در فرض بالا، دو نظر مطرح شده است: حمل بر اشاعه و حمل بر کلی در معین.

۱. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، در این مورد نظر مخالف نیز وجود دارد که اختیار تعیین مصداق را با خریدار دانسته است (میرزاقمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۹۵).

۳-۱. حمل بر اشاعه

از بین فقیهان امامیه، صاحب جواهر^۱ از این نظر طرفداری کرده است. در واقع همان‌طور که گفته شد، وی به طور کلی، بیع کلی در معین را صحیح نمی‌داند و از این رو در این بحث، معامله را حمل بر اشاعه کرده است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، صص ۲۲۴-۲۲۵ و ۲۲۷-۲۲۸). به نظر وی مجهول بودن نسبت مبیع به کلی هنگام عقد، زیانی به صحت آن نمی‌زند و نیز همین که بیع به صورت مطلق منعقد شده باشد کافی است که بتوان بیع معامله را بر اشاعه حمل کرد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۲۷).

در مورد نظر صاحب جواهر می‌توان گفت: حمل بر اشاعه خلاف ظاهر است؛ از این رو در باب وصیت گفته شده است که اگر موصی به مال نامعینی باشد که افراد و مصادیق متعددی دارد، احکام کلی در معین بر آن مترتب می‌شود: اختیار تعیین فرد با ورثه است؛ نه اینکه موصی له به مقدار مال و به نسبت، در تمام افراد موصی به شریک باشد؛ همچنین اگر تمام افراد موصی به جز یک فرد تلف شود، فرد باقی مانده از آن موصی له خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۳۵۰).

۳-۲. حمل بر کلی در معین

به نظر بسیاری از بزرگان فقه امامیه از جمله شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۰۱)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۷۶)، محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۰۵)، سبزواری (سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۴۵۷)، کاشف الغطاء (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰، ص ۲۵۱) و عاملی (عاملی، بی تا، ج ۱۳، ص ۱۷۵)، معامله باید بر کلی معین حمل شود. طرفداران این نظر افزون بر تبادل و فهم عرف، به روایت مشهوری از امام صادق علیه السلام استناد کرده‌اند. در این روایت، بُرید بن معاویه در باره شخصی می‌پرسد که از یک انبار مشتمل بر سی هزار دسته نی، ده هزار دسته خریداری می‌کند. صیغه ایجاب و قبول بین خریدار و فروشنده صادر

۱. البته فخر المحققین نیز این نظر را به عنوان یکی از دو نظر در مسئله مطرح کرده، اما از صاحب این نظریه نام نبرده است (فخر المحققین، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۳۰).

می‌شود و خریدار هزار دهم از ثمن را پرداخت می‌کند. خریدار شخصی را وکیل در قبض مبیع می‌کند؛ اما آتشی در انبار می‌افتد و ۲۰ هزار دسته از انبار قبل از قبض تلف می‌شود و ده هزار دسته باقی می‌ماند. امام علیه السلام فرمود: ده هزار دسته باقی مانده متعلق به مشتری است و آن بیست هزار دسته، از مال بایع سوخته است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، صص ۳۶۵-۳۶۶). از این روایت استفاده می‌شود که معامله به صورت کلی در معین واقع شده، نه به صورت کسر مشاع؛ چون اگر کسر مشاع بود، باید گفته می‌شد که دوسوم از مال بایع و یک‌سوم از مال خریدار تلف شده است.

در هر دو دلیل این نظر می‌توان اشکال کرد: در اشکال به دلیل اول، یعنی فهم عرف می‌توان گفت: اگر مقصود از فهم عرف، تبادل لغوی باشد، به این معنا که در «بیع صاع من صبرة» از لفظ «صاع» که نکره است، کلی در معین به ذهن تبادل می‌کند، پاسخ این است که اسم نکره برای فرد منتشر و مردّد وضع شده است، نه برای کلی در معین و اگر مقصود از آن تبادل عرفی باشد، فهم عرف با اشاعه سازگارتر است تا با کلی در معین. در اشکال بر روایت نیز می‌توان گفت: این روایت در فرد منتشر و مردّد ظهور دارد و صاحب ریاض (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۲۴۰) نیز به این نکته اذعان کرده است.

با این حال به هر دو اشکال بالا می‌توان پاسخ داد و نظریه حمل معامله بر کلی در معین را تأیید کرد: در پاسخ به اشکال اول می‌توان گفت: باید انصاف داد که عرف این نوع معامله را کلی در معین تلقی می‌کند نه مشاع؛ به همین دلیل، اختیار تعیین فرد و مصداق مبیع را با فروشنده می‌داند. از اشکال به روایت نیز می‌توان پاسخ داد که اولاً ممکن است روایت ظهور در فرد مردّد نداشته باشد؛ زیرا اینکه در موضوع روایت، نی‌ها دسته‌بندی شده بودند، موجب تحقق فرد منتشر نمی‌شود؛ بلکه همان‌طور که در ابتدای بحث تذکر داده شد، فرد منتشر در صورتی صدق می‌کند که نی‌ها به سه دسته ده هزار تایی تفکیک شده باشند؛ بنابراین نی‌ها در موضوع روایت در حکم یک خرمن جدا نشده بودند؛ و در این صورت، مبیع، کلی در معین است، نه فرد مردّد. ثانیاً بر فرض پذیرش ظهور روایت در فرد مردّد، شهرت و بلکه اجماع بر بطلان بیع به صورت فرد مردّد و منتشر از حمل روایت بر فرد مردّد مانع می‌شود. از سوی دیگر، اینکه امام علیه السلام

فرمود نی‌های باقی مانده به خریدار تعلق دارد، با اشاعه سازگار نیست؛ بنابراین روایت باید بر کلی در معین حمل شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۵۷).

نتیجه‌گیری

۱. از لحاظ نظری، فروش مقداری از مال مثلی به چهار صورت قابل تصور است: ۱. فرد معین، مشاع، کلی در معین و فرد مردّد باشد. در مورد صحت بیع به صورت فرد معین و مشاع تردیدی وجود ندارد. اندکی از فقیهان در صحت بیع به صورت کلی در معین تردید کرده‌اند؛ اما بطلان بیع فرد مردّد یا فرد منتشر نظر مشهور یا حتی اجماعی در بین فقیهان امامیه است. دلیل بطلان ممکن است بر حسب مورد، صرفاً مردّد بودن مورد معامله یا افزون بر آن، جهل به مورد معامله باشد.

۲. از لحاظ تحلیلی، بیع فرد مردّد با بیع کلی در معین متفاوت است؛ اما با توجه به باطل بودن بیع فرد مردّد طبق نظر مشهور، از یک سو و رواج معامله بر فرد مردّد و نامعین در عرف عام و نیز یکسان‌پنداشتن آن با بیع کلی در معین، از سوی دیگر؛ در مقام تفسیر اراده دوطرف ممکن است بیع فرد مردّد را بر کلی در معین حمل کرد. چنین تفسیری پیامدهای حقوقی گسترده‌ای دارد که آن را از بیع مشاع متمایز می‌کند.

۳. در صورتی که معامله بر فرد مردّد و نامعینی واقع شود و قصد دوطرف از نوع معامله معلوم نباشد، از یک سو با توجه به فرض وقوع معامله، نباید آن را باطل دانست و از سوی دیگر نمی‌توان آن را بر فرد معینی تطبیق کرد و به‌ناچار معامله باید بر اشاعه یا کلی در معین تطبیق شود. در تحلیل نهایی، بیع فرد مردّد باید به کلی در معین تفسیر شود.

۴. از این تحقیق معلوم شد که اگر دوطرف، معامله به صورت فرد معین را قصد کنند، معامله باطل است. اینکه در ادبیات حقوقی ما فرد معین با کلی در معین یکسان تلقی می‌شوند، از لحاظ فقهی درست نیست؛ هر چند برای توجیه صحت معامله، قصد دوطرف از معامله فرد معین به قصد معامله به صورت کلی در معین تفسیر می‌شود.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (ج ۱۴، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اصفهانی، محمد حسین کمپانی. (۱۴۱۸ق). رساله فی تحقیق الحق والحکم. قم: أنوار الهدی.
۳. امینی، عیسی. (۱۳۸۶). تعیین مورد معامله. تحقیقات حقوقی بین المللی، (۱)۱، صص ۱-۲۵.
۴. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (ج ۳ و ۴، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۹ق). فرائد الأصول (ج ۳ و ۴). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (ج ۱۸، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. پیروزی، پژمان. (۱۳۸۸). بررسی ساز و کار انتقال مالکیت در اقسام بیع مال کلی. دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۱۲، صص ۳۵-۷۲.
۸. تقوائی، عباس؛ سلطانی، عباس علی. (۱۴۰۱). واکاوی حکم مبیع کلی از منظر فقهی و حقوقی. آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، (۳)۱، صص ۱-۱۴.
۹. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۸، چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البتین علیه السلام.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱۷، چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البتین علیه السلام.
۱۱. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۹). کتاب البیع (ج ۳). قم: مؤسسه نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷). مصباح الفقهاه (ج ۳، چاپ اول). قم: داوری.
۱۳. سبزواری، محمد باقر بن محمد. (بی تا). کفایة الأحکام (ج ۱، چاپ اول). اصفهان: انتشارات مهدوی.

۱۴. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. (۱۳۷۵ق). هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب (ج ۲). تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۱۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات (چاپ اول). تهران: مجد.
۱۶. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۳ (چاپ سیزدهم). تهران: مجد.
۱۷. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية (ج ۳، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية (ج ۳، چاپ اول). قم: کتابفروشی داوری.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام (ج ۳، چاپ اول). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۰. عاملی، سید جواد حسینی. (بی تا). مفتاح الكرامة (ج ۱۳، چاپ اول). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۷۲). تذكرة الفقها (ج ۱۰). قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۹ق). نهاية الأحكام في معرفة الأحكام (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعية (ج ۳، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۲۵. فخر المحققین، محمد بن الحسن الحلّی. (۱۳۸۸ق). إيضاح الفوائد (ج ۱، چاپ اول). قم: مطبعة العلمية.
۲۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۱). قواعد عمومی قراردادها (ج ۲، چاپ سوم). تهران: شرکت انتشار.
۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). عقود معین (ج ۱، چاپ دهم). تهران: شرکت انتشار.

۲۸. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر نجفی. (۱۴۲۰ق). شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء - الذخائر.
۲۹. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر نجفی. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة؛ کتاب البيع (چاپ اول). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی پورفرد، ابراهیم. (۱۳۸۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه (ج ۲، چاپ اول). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۳۱. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (ج ۴، چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۲. محمدی خراسانی، علی. (۱۳۸۵). تقریرات درس مکاسب (ج ۷، چاپ دوم). قم: الامام الحسن بن علی علیهما السلام.
۳۳. میرزا قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات (ج ۲، چاپ اول). تهران: مؤسسه کیهان.
۳۴. نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۴ق). جواهر الکلام (ج ۲۳، چاپ ششم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۳۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة (ج ۱۴، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۶. وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۸۸). مجهول بودن مورد معامله. فصلنامه فقه، شماره ۵۹، صص ۴۱۴-۴۱۶.

References

1. Allame Hilli, H. (1372 AP). *Tadhkirat al-Fuqaha* (Vol. 10). Qom: Aal-al-Bayt li Ihya' al-Turath. [In Arabic]
2. Allame Hilli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam* (1st ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Allame Hilli, H. (1419 AH). *Nihayat al-Ihkam fi Ma'rifat al-Ahkam* (1st ed., Vol. 2). Qom: Aal-al-Bayt. [In Arabic]
4. Allame Hilli, H. (1420 AH). *Tahreer al-Ahkam al-Shar'iyyah* (1st ed., Vol. 3). Qom: Imam Sadiq. [In Arabic]
5. Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Karamah* (1st ed., Vol.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
6. Amini, A. (1386 AP). Determining the Subject of Transaction. *International Legal Research*, 1(1), pp. 1-25. [In Persian]
7. Ansari, S. M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib* (1st ed., Vols. 3 & 4). Qom: World Congress in Commemoration of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
8. Ansari, S. M. (1419 AH). *Fara'id al-Usul* (Vols. 3 & 4). Qom: Majma al-Fekr al-Islami. [In Arabic]
9. Ardabili, A. (1403 AH). *Majma al-Faidah wa al-Burhan* (1st ed., Vol. 14). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
10. Baharani, Y. (1405 AH). *Al-Hada'iq al-Nadhirah* (1st ed., Vol. 18). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
11. Esfahani, M. (1418 AH). *Risalah fi Tahqiq al-Haqq wa al-Hukm*. Qom: Anwar al-Huda. [In Arabic]
12. Fakhr al-Muhaqqiqin, M. (1388 AH). *I'zah al-Fawa'id* (1st ed., Vol. 1). Qom: Matba'at al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
13. Ha'iri, S. A. (1418 AH). *Riyad al-Masa'il* (1st ed., Vol. 8). Qom: Aal-al-Bayt. [In Arabic]
14. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1st ed., Vol. 17). Qom: Al-al-Bayt. [In Arabic]

15. Kashaf al-Ghata', J. (1420 AH). *Sharh al-Shaykh Ja'far 'Ali Qawa'id al-'Allamah Ibn al-Mutahhar*. Najaf: Kashaf al-Ghata' - al-Dhakhir. [In Arabic]
16. Kashaf al-Ghata', H. (1422 AH). *Anwar al-Fiqah; Kitab al-Bay'* (1st ed.). Najaf: Kashaf al-Ghata. [In Arabic]
17. Katouzian, N. (1371 AP). *Ghavā'ed-e Umumi-ye Gharaardādhā* (3rd ed., Vol. 2). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
18. Katouzian, N. (1387 AP). *Aqvod-e Moein* (10th ed., Vol. 1). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
19. Khoei, S. A. (1377 AP). *Masbah al-Fiqhah* (1st ed., Vol. 3). Qom: Davari. [In Arabic]
20. Khomeini, S. R. (1379 AP). *Kitab al-Bay'* (Vol. 3). Qom: Institution for the Organization and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
21. Mirza Qummi, A. (1413 AH). *Jame' al-Shtat* (1st ed., Vol. 2). Tehran: Keyhan. [In Arabic]
22. Mohammadi Khorasani, A. (1385 AP). *Taqrirat daras-e Makasib* (2nd ed., Vol. 7). Qom: Al-Imam al-Hasan ibn Ali. [In Arabic]
23. Mohaqeq Karki, A. (1414 AH). *Jame' al-Maqasid* (2nd ed., Vol. 4). Qom: Aal-al Bayt. [In Arabic]
24. Mohaqeq Damad, S. M., & Ghanavati, J., & Vahdati Shobeiri, S. H., & Abdipour Ferd, I. (1389 AP). *The Law of Contracts in Imami Jurisprudence* (1st ed., Vol. 2). Qom: Research Institute of Seminary and University Studies. [In Persian]
25. Najafi, M. H. (1394 AH). *Jawahir al-Kalam* (6th ed., Vol. 23). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
26. Naraghi, M. (1415 AH). *Mustanad al-Shi'a* (1st ed., Vol. 14). Qom: Aal-al Bayt. [In Arabic]
27. Peiroozi, P. (1388 AP). An Examination of Ownership Transfer Mechanisms in General Sales. *Encyclopedia of Law and Politics*. 12, pp. 35-72. [In Persian]
28. Sabzevari, M. (n.d.). *Kifayat al-Ahkam* (1st ed., Vol. 1). Isfahan: Mahdavi. [In Arabic]

29. Shahid Awwal, M. (1417 AH). *Al-Durus al-Shar'iyah* (2nd ed., Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
30. Shahid Thani, Z. (1410 AH). *Al-Rawdat al-Bahiyyah* (1st ed., Vol. 3). Qom: Davari. [In Arabic]
31. Shahid Thani, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham* (1st ed., Vol. 3). Qom: Al-Ma'arif Al-Islamiyyah. [In Arabic]
32. Shahidi Tabrizi, M. F. (1375 AH). *Hidayat al-Talib ila Asrar al-Makasib* (Vol. 2). Tabriz: Ettelaat. [In Arabic]
33. Shahidi, M. (1380 AP). *Formation of Contracts and Obligations* (1st ed.). Tehran: Moj. [In Persian]
34. Shahidi, M. (1388 AP). *Civil Law 3* (13th ed.). Tehran: Moj. [In Persian]
35. Taqa'i, A., & Soltani, A. A. (1401 AP). Analysis of the Legal and Jurisprudential Ruling on General Sales. *Law and Politics*, 1(3), pp. 1-14. [In Persian]
36. Vahdati Shobeiri, S. H. (1388 AP). The Ambiguity of the Subject Matter in a Transaction. *Fiqh*, 59, pp. 414-416. [In Persian]

Research Article

A Critical Analysis of the Ruling of Maslus and Mabtun Purity during Saying Prayer

Alborz Mohaqeq Garfami¹

Seyed Ali Sajjadi Zadeh²

Amjad Jobeili³

Received: 28/11/2022

Accepted: 24/10/2023



Abstract

One of the essential aspects of worship, such as daily prayers, is achieving and maintaining purity (taharah). This issue poses a challenge for individuals who suffer from involuntary urinary or fecal incontinence. Some jurists believe that if impurity (hadath) occurs two or three times during prayer, it is obligatory to renew the state of purity during the prayer. Their solution suggests keeping a container of water close to the worshipper, so they can perform ablution (wudu) promptly after involuntary discharge. This research employs a descriptive-analytical methodology, utilizing documentary sources to revisit the arguments supporting this ruling. After categorizing these arguments, the ensuing debates and challenges related to these reasons are elucidated. The result indicates that the ruling lacks solidity based on three factors: the

1. Level 4 Student, Islamic seminary of Khorasan (Corresponding author).

Email: Mohaghegh.gr@gmail.com.

ORCID: 0000-0001-5420-9457

2. Assistant Professor, Faculty of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Razavi Islamic Sciences

University, Mashhad, Iran. Email: sajjadzade@razavi.ac.ir.

ORCID: 0009-0007-9883-3586

3. Ph.D. student, Department of Philosophy and Kalam, Razavi Islamic Sciences University,

Mashhad, Iran. Email: amjadjeje077@gmail.com.

ORCID: 0009-0006-4496-7928

* Mohaqeq Garfami, A., Sajjadi Zadeh, S. A., & Jobeili, A. (1402). A Critical Analysis of the Ruling of Maslus and Mabtun Purity during Saying Prayer. *Journal of Fiqh*, 30(115), pp. 100-130.

<https://doi.org/10.22081/jf.2023.64846.2555>.

● © Author (s).

insufficiency of explicit textual evidence supporting the ruling, the existence of conflicting narrations on the subject, and the presence of evidence suggesting the sufficiency of the initial ablution for individuals with partial impurity. It appears that the ruling favoring the adequacy of the initial ablution for these individuals is more plausible.

Keywords

Mabtun and Maslus, Mabtun Prayer, Partial Purity, Ruling on Partial Impurity, Obligation for Mabtun.

مقاله پژوهشی

تحلیل انتقادی حکم طهارت مسلوس و مبطون در هنگام نماز

البرز محقق‌گرمفی^۱ سیدعلی سجادی‌زاده^۲ امجد جبیلی^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

© Author (s)



چکیده

یکی از بایسته‌های عبادت‌هایی همچون نمازهای روزانه، حصول و حفظ طهارت است. این موضوع درباره افرادی که به بیماری بی‌اختیاری در دفع ادرار و مدفوع دچار هستند، چالش‌انگیز خواهد بود. برخی ققیهان بر این باورند که در صورت وقوع دو یا سه بار حدث در طول نماز، واجب است که در هنگام نماز، طهارت‌های تازه حاصل شود. راهکار اینان، قراردادن ظرف آبی نزدیک نمازگزار است تا پس از دفع غیراختیاری، بی‌درنگ وضو سازد. این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌مندی از منابع اسنادی در پی بازخوانی ادله باورمندان به این حکم است. پس از دسته‌بندی این ادله، در گام پسین، مناقشه‌ها و اشکالات وارد بر این دلایل تبیین شده‌اند. نتیجه اینکه بنا بر سه عامل ذیل، حکم پیش‌گفته استوار نمی‌نماید: بسنده‌نبودن دلالت ادله لفظی مورد استناد برای حکم، وجود روایات مخالف در موضوع و نیز امتنانی‌بودن ادله دال بر وظیفه مسلوس و مبطون. به نظر می‌رسد حکم به کفایت وضوی اولیه برای این بیماران به واقع نزدیک‌تر باشد.

کلیدواژه‌ها

مسلوس و مبطون، نماز مبطون، طهارت مسلوس، حکم مسلوس، وظیفه مبطون.

۱. کارشناسی ارشد علوم قرآن و حدیث. طلبه سطح چهار حوزه علمیه خراسان (نویسنده مسئول).
Mohaghegh.gr@gmail.com ORCID: 0000-0001-5420-9457
۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.
sajjadzade@razavi.ac.ir ORCID: 0009-0007-9883-3586
۳. دانشجوی دکتری فلسفه و کلام دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.
amjadjeje077@gmail.com ORCID: 0009-0006-4496-7928

* **استناد به این مقاله:** محقق‌گرمفی، البرز؛ سجادی‌زاده، سیدعلی؛ جبیلی، امجد. (۱۴۰۲). تحلیل انتقادی حکم طهارت مسلوس و مبطون در هنگام نماز. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰ (۱۱۵)، صص ۱۰۰-۱۳۰.

<https://doi.org/10.22081/jf.2023.64846.2555>

مسئله در آمد

برخی مسائل فقهی به سبب ابتلای افراد محدودی بدانها کمتر مورد موشکافی قرار گرفته‌اند؛ درحالی که یافتن راهکار عملی استوار بر حکم شریعت و عقل رشد یافته برای این مسائل، سبب برون رفت از چالش‌های عملی مکلفان مبتلا بدانها می‌گردد. یکی از این مسائل، مربوط به بیماران بی اختیار از خروج فضولات است. در این میان، مسائل و احکام مربوط به طهارت این افراد برای عبادت‌های واجبی چون نماز و طواف واجب حجّ مورد توجه قرار گرفته است. بخشی از فروع فراوان باب طهارت نیز مباحثی است که با عنوان مبطلات وضو نام‌بردار است. کسانی از فقیهان از این بحث با عنوان «احکام الخلل فی الوضوء» یاد کرده‌اند (مامقانی، ۱۳۴۱، ص ۴۷؛ بهبهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۸۳؛ محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۴۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۴).

از مسئله پیش گفته در نگاشته‌های فقهی چنین یاد شده است:

المسلوس و المبطنون إن كانت لهما فترة تسع الطهارة و الصلاة ولو بالاختصار علی أقلّ واجباتها انتظرها وأوقعا الصلاة في تلك الفترة، و إن لم تكن لهما تلك الفترة؛ فإما أن يكون خروج الحدث في أثناء الصلاة مرة أو مرتين أو ثلاث مثلاً بحيث لا حرج عليهما في التوضؤ في الأثناء والبناء وإما أن يكون متصلاً بحيث لو توضّأ بعد كلّ حدث وبنيا لزم عليهما الحرج. ففي الصورة الأولى يتوضّأان ويشغلان بالصلاة بعد أن يضعوا الماء قريباً منهما، فإذا خرج منهما شيء توضّأ بلا مهلة وبنيا علی صلاتهما، والأحوط أن يصلّيا صلاة أخرى بوضوء واحد، بل لا يترك هذا الاحتياط في المسلوس (اصفهانی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۳).

این حکم با عبارت‌هایی مشابه، در نگاشته‌های فقیهان دیگری نیز یافت می‌شود (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۴۶۱؛ آل کاشف الغطاء، بی تا، ص ۳۱؛ گلپایگانی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۲؛ بهجت، ۱۴۲۳ق، ص ۴۶).

این مسئله به سه حکم فرعی ذیل قابل افراز است:

۱. برای مسلوس و مبطن، گشایش زمانی به اندازه طهارت گرفتن و ادای نماز - هرچند به اندازه اکتفا به اقلّ واجبات - وجود داشته باشد. در این حالت، شخص باید

برای ادای نمازهای واجب خود تا آن زمان منتظر بماند.

۲. فترت پیش گفته برای شخص مبتلا حاصل نشود و میزان حدث نیز کم باشد (به اندازه دو یا سه مرتبه در طول نماز)؛ در این حالت، باید ظرف آبی کنار خود بگذارد و در اثنای نماز از آن وضو بگیرد.

۳. اگر به گونه‌ای است که نمی‌توانست جلوی تکرر بول و غائط را بگیرد، یک وضو در ابتدا می‌گیرد و با آن نماز خود را می‌خواند، هر چند در هنگام نماز دچار تسلسل شود (برای اطلاعات بیشتر درباره‌ی دسته‌بندی یادشده نک: نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲، صص ۳۱۹-۳۲۷؛ خوئی، ۱۴۱۸، ج ۶، صص ۲۰۹-۲۲۳؛ سیستانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۵۶).

پژوهش حاضر در پی بازخوانی ادله‌ی گونه‌ی دوم از سه صورت پیش گفته است تا از این رهگذر بتواند حکمی استوارتر برای بیماران مبتلا به تکرر دفعی در هنگام نماز بیابد.

۱. پیشینه

حسب جستجوی نگارنده، افزون بر طرح این بحث در کتاب‌های فقهی، مقالات ذیل نیز در زمینه‌ی موضوع پژوهش حاضر یافت شدند: مقاله «الحلل فی الغسل با رویکردی بر آراء امام خمینی (علیه السلام)» (۱۳۹۶) به قلم روحانی و علیزاده، مبطلات غسل را بر اساس ادله‌ی اولیه تبیین می‌کند و پس از بیان ادله‌ی لفظی ثانویه، در پاره‌ای موارد مانند غسل جیره‌ای و ایجاد شک در صحت اجزا پس از فراغ از عمل، حکم باطل نبودن غسل را بیان کرده است. این نوشتار از جهت بررسی یکی از گونه‌های طهارت (غسل)، با مقاله حاضر اشتراک دارد؛ اما از جهت بررسی ادله‌ی ویژه مطرح در مسئله مبطلون و مسلوس ساکت است.

مقاله «وظیفه مسلوس و مبطلون در حج» (۱۴۰۰) به کوشش زهرا عشقی و رضا عندلیبی به بررسی حکم طواف و نماز طواف این افراد با بهره‌گیری از ادله‌ی روایی پرداخته و درباره‌ی حکم طواف به موافقت نایب گرفتن با اصل احتیاط قائل شده است (عشقی و عندلیبی، ۱۴۰۰، ص ۳۴). با وجود تلاش ستودنی نویسندگان، برای رفع تعارض اخبار مربوط به مسئله، راهکار عملی ارائه نشده است و با طرح اشکال‌های محتمل به دلالت

هر یک از روایات، به نتایج و جنبه‌های دیگر حکم توجه نشده است. جنبه نخست نوآوری نوشتار حاضر، نقد دیدگاه مشهور است که بر سه محور ذیل استوار است: (۱) تحلیل و تبیین برخی موارد ناروایی استظهار شماری از فقیهان از روایات مورد استناد؛ (۲) ارائه چند روایت معارض با فتوای مشهور و برداشتی قابل توجه از آنها؛ (۳) ارزیابی انطباق فتوای مشهور با عنوان فعل کثیر و (۴) توجه کردن به لازمه‌های مشقت‌آفرین فتوای مشهور. وجه دیگر از نوآوری این جستار، تبیین حکم برگزیده است که با بهره از برآیند مدالیل مجموع روایات موضوع و اصل امتنانی بودن احکام برای بیماران سامان یافته است. نویسندگان بر این باورند که دیدگاه برگزیده، افزون بر دارابودن ویژگی استواری در استظهار از ادله لفظی و بهره از ادله لثبی، به نیازمندی‌های عبادی بیماران مبتلا به بی‌اختیاری، پاسخ مناسب‌تری ارائه داده است.

۲. بازخوانی آرا درباره مسئله

پیش از تبیین آرا درباره محل بحث، شایسته است درباره موضوع یعنی افراد مسلوس و مبطون، آگاهی کافی حاصل شود. بر اساس تعریف اصطلاحی، کسی که بر اثر بیماری قادر به نگهداری ادرار خود نباشد، به شکلی که بی‌اختیار به شکل تدریجی یا ناگهانی از او دفع شود، مسلوس نامیده می‌شود (ثعالبی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۴؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۹۳۸؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۸۵؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۳۱۹؛ جوهر، ۲۰۰۳م، ص ۶۷؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۸، ج ۷، ص ۷۴۳). مبطون نیز به شخصی گفته می‌شود که بر اثر بیماری گوارشی یا عارضه‌ای دیگر، امکان حبس مدفوع یا باد معده را ندارد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۵۴؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۶۱؛ تهانوی، ۱۹۹۶م، ج ۲، ص ۱۴۳۱؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۳۸۹؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۸، ج ۷، ص ۴۸۷).

بر اساس این تعاریف، به سبب اتحاد مناط درباره مسلوس و مبطون از جهت بی‌اختیاری در دفع (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۳۲۷؛ آملی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۵۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۰۹)، می‌توان حکم واحدی برای مبتلایان به بیماری‌های ناشی از عدم اختیار مانند بی‌اختیاری در دفع ادرار، مدفوع و باد معده در نظر گرفت. درباره حکم چگونگی

طهارت این افراد برای ادای نماز، نظریه‌های ذیل قابل توجه هستند:

۱) مشهور بر این باورند که لازم است در ابتدای هر نماز یک وضو بگیرد و تقاطر در اثنای نماز، ضرری به طهارت او نمی‌رساند (طوسی، ۱۴۰۷ق «ب»، ج ۱، ص ۲۴۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۳۴؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۸۷؛ شهید اول، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ص ۱۴؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۳۸۷؛ محقق سبزواری، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۳۹).

۲) برخی بر این باورند که تنها در حالت بول اختیاری، نیاز به وضو دارد و به شرط ایجادنشدن حدثی دیگر، با یک بار وضو گرفتن می‌تواند نمازهای متعدد را به جا آورد (نک: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۶۸؛ طباطبایی تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۸۲).

۳) در نظریه‌ای دیگر، مسلوس باید نماز ظهر و عصر را بدون فاصله بخواند و برای آنها یک وضوی ابتدایی کافی است. در مورد نمازهای مغرب و عشاء نیز چنین کند (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۳۷).

۴) وی باید در هنگام نماز وضو بگیرد و نماز را از آنجایی که رها کرده ادامه دهد (محقق حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۳۶۹؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۸۱؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۴۶۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۲؛ بهجت، ۱۴۲۳ق، ص ۴۳).

لازم به توضیح است که باورمندان به دیدگاه چهارم، شرایطی را برای واجب آمدن وضو در هنگام نماز در نظر گرفته‌اند. بر اساس شرط اول، وجود زحمت زیاد برای طهارت بدن و انجام وضو را مایه اکتفا به وضوی اولیه برای نماز دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۳۲۷؛ محقق سبزواری، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۰؛ بهجت، ۱۴۲۳ق، ص ۴۳؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ج ۱، ص ۶۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۲؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۷۳؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۱؛ شیرازی زنجانی، ۱۳۸۸، ص ۶۷). گرچه مقصود از این حرج، حرج نوعی است (سیستانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۲۰۵)، نه فردی.

کسانی نیز شرط دیگر جریان این حکم را، عدم صدق عنوان فعل کثیر بر وضو در

۱. با این حال برخی از تعلیق‌نویسان بر کتاب عروة الوثقی، اکتفا به وضوی اولیه و عدم نیاز به وضو در اثنای نماز را کافی دانسته‌اند (نک: یزدی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۱۳).

اثنای نماز دانسته‌اند (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۳۹۰؛ یزدی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۴۶۷؛ عراقی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۹؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵۶۸). برخی نیز برهم‌نخوردن موالات در نماز را شرط تجدید وضو در هنگام نماز دانسته‌اند (سیستانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۵۶).

با توجه به نظریه‌های پیش‌گفته درباره حکم مسئله، می‌توان دریافت که دیدگاه چهارم، به جهت باور به وجوب وضو در هنگام نماز در مقابل دیگر دیدگاه‌ها قرار دارد؛ از همین رو بررسی مستندات آن بایسته می‌نماید.

۳. ادله باورمندان به وجوب وضو

کسانی که وضو را در هنگام نماز برای فردی که دچار تقاطر مستمر است، واجب دانسته‌اند برای اثبات دیدگاه خویش به دلایلی استناد کرده‌اند. این بخش در پی بازخوانی این ادله است.

۳-۱. روایات

مهم‌ترین دلیل باورمندان به وجوب تجدید وضو در هنگام نماز، به روایات ذیل مستند است:

(۱) محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند: «صَاحِبُ الْبَطْنِ الْغَالِبِ يَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَرْجِعُ فِي صَلَاتِهِ فَيَتِمُّ مَا بَقِيَ؛ شخص مبطن اگر در اثنای نماز این علت بر او غالب شود، وضو می‌سازد و باز می‌گردد به نماز و مابقی را تمام می‌کند» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۲۹۸). در روایتی مشابه نیز از همین راوی از امام پنجم علیه السلام می‌خوانیم: «صَاحِبُ الْبَطْنِ الْغَالِبِ يَتَوَضَّأُ وَ يَتَّبِعِي عَلَى صَلَاتِهِ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۶۳).

(۲) حریر بن عبدالله از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «إِذَا كَانَ الرَّجُلُ يَقْطُرُ مِنْهُ الْبَوْلُ وَ الدَّمُ إِذَا كَانَ حِينَ الصَّلَاةِ اتَّخَذَ كَيْسًا وَ جَعَلَ فِيهِ قُطْنًا ثُمَّ عَلَّقَهُ عَلَيْهِ وَ أَدْخَلَ ذَكَرَهُ فِيهِ ثُمَّ صَلَّى يَجْمَعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ الظُّهْرِ وَ العَصْرِ يُؤَخِّرُ الظُّهْرَ وَ يُعَجِّلُ العَصْرَ بِأَذَانٍ وَ إِقَامَتَيْنِ وَ يُؤَخِّرُ المَغْرِبَ وَ يُعَجِّلُ العِشَاءَ بِأَذَانٍ وَ إِقَامَتَيْنِ وَ يَفْعَلُ ذَلِكَ فِي الصُّبْحِ؛ هر گاه شخصی بول یا خون از او بی‌اختیار قطره قطره می‌آید، چون وقت نماز شد کیسه‌ای برداشته و

مقداری پنبه برای جذب رطوبت در آن می‌گذارد، سپس آن را بر خود می‌آویزد و آلت خویش را در آن نهاده، سپس به نماز می‌ایستد؛ اما به این ترتیب که نمازهای ظهر و عصر را با هم می‌خواند، یعنی نماز ظهر را تأخیر انداخته و نماز عصر را جلو می‌اندازد و با يك اذان و دو اقامه نماز را به جای می‌آورد و همین طور نماز مغرب را از اول وقت آن تأخیر انداخته و نماز عشا را جلو می‌اندازد با يك اذان و دو اقامه و همان کار را در مورد نماز صبح می‌کند» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۶۴).

۳) حریر بن عبدالله از فضیل بن یسار نقل می‌کند:

قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ ع أَكُونُ فِي الصَّلَاةِ فَأَجِدُ عَمْرًا فِي بَطْنِي أَوْ أَدَى أَوْ صَرَبَانًا فَقَالَ ع انصرفت ثم تَوَضَّأَ وَابْنِ عَلِيٍّ مَا مَضَى مِنْ صَلَاتِكَ مَا لَمْ تَنْقُضِ الصَّلَاةَ بِالْكَلَامِ مُتَعَمِّدًا فَإِنْ تَكَلَّمْتَ نَاسِيًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ فَهَوُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ تَكَلَّمَ فِي الصَّلَاةِ نَاسِيًا قُلْتُ وَ إِنَّ قَلْبَ وَجْهَهُ عَنِ الْقِبْلَةِ قَالَ نَعَمْ وَ إِنَّ قَلْبَ وَجْهَهُ عَنِ الْقِبْلَةِ؛ گاهی که در نماز هستم در شکم خود پیچش باد و سر و صدا یا قرقری حس می‌کنم، چه کنم؟ آن حضرت فرمود: برگرد و وضو بگیر و بنا بگذار بر آنچه که از نماز انجام داده‌ای؛ به شرط اینکه نماز را با سخن گفتن عمدی باطل نکنی و اگر از روی سهو و فراموشی سخن گفتی چیزی بر تو نیست و این به منزله کسی است که از روی فراموشی در نماز سخنی بگوید. عرض کردم: هر چند چنین کسی روی از قبله بگرداند؟ فرمود: آری، اگر چه روی از قبله هم بگرداند (طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۲، ص ۳۳۲).

کسانی تنها به روایت اول به عنوان دلیل این مسئله رجوع کرده‌اند (نک: حکیم، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵۶۷). برخی نیز صحیحه حریر را جزو ادله بر شمرده‌اند (مشکینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۵۷؛ مدرسه فقهت، درس خارج فقه استاد حسینی بوشهری، جلسه ۱۳۹۹/۰۸/۰۵). برخی نیز به هر سه روایت اشاره کرده‌اند (نک: نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۳۲۶؛ محقق سبزواری، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹؛ ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۵۳؛ طباطبایی تبریزی، بی‌تا، ج ۱، صص ۲۸۲-۲۸۵).

اگر عبارت «يَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَرْجِعُ فِي صَلَاتِهِ فَيَتِمُّ مَا بَقِيَ» را در روایت اول به معنای وضو گرفتن در نماز و ادامه همان نماز با این وضو بدانیم (فاضل لنگرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۱۳)،

محل استنادی برای فتوای پیش گفته خواهد بود. چنان که برخی همین معنا را برگزیده‌اند (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵۶۸). عبارت «يَتَوَضَّأُ وَ بَيْنِي عَلَى صَلَاتِهِ» در روایت محمد بن مسلم نیز می‌تواند به معنای تجدید وضو در اثنای نماز باشد (نک: خوئی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۲۱۷). عبارت «انصرفت ثم تَوَضَّأُ وَابْنِ عَلِيٍّ مَا مَضَى مِنْ صَلَاتِكَ» در گزارش فضیل بن یسار نیز در ظاهر می‌تواند به معنای قطع کردن نماز و وضو گرفتن و سپس ادامه‌دادن نماز باشد (طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۶ق، ج ۶، ص ۲۲۳). با وجود این روایت‌ها، برخی بر این باورند که فهم حکم مسئله، مشکل خواهد بود (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ج ۶، ص ۴۲۸).

۲-۳. مقتضای قواعد اولیه و اجماع

مقتضای قواعد برآمده از روایت‌هایی همچون «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهْوَرٍ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۳۶۵) «يَا زُرَّارَةُ كُلُّ هَذَا سَنَةٌ وَالْوُضُوءُ فَرِيضَةٌ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنَ السَّنَةِ يَنْقُضُ الْفَرِيضَةَ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۶۳) و «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ الْفَرَضِ فِي الصَّلَاةِ فَقَالَ الْوَقْتُ وَالطَّهْوَرُ وَالْقِبْلَةُ وَالتَّوَجُّهُ وَالرُّكُوعُ وَالسُّجُودُ وَالِدُعَاءُ قُلْتُ مَا سِوَى ذَلِكَ فَقَالَ سَنَةٌ فِي فَرِيضَةٍ» (طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۲، ص ۴۱). این است که انجام‌دادن فریضه نماز به طهارت نیاز دارد و به واسطه این نصوص، ادای نماز در هیچ حالی ساقط نخواهد بود (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۳۲۲؛ همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۳؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵۶۷؛ آملی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۵۱؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۰۹؛ اشتهازی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۷۱). این ادله در حق مسلوس و مبطون، تخصیص‌پذیر نیستند (همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۴). افزون بر این ادله لفظی، اجماع نیز بر عدم سقوط نماز با تعذر از طهارت تعلق گرفته است. غیراختیاری بودن خروج بول و غائط نیز، شرطیت طهارت برای نماز را رفع نمی‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۱۰).

برخی با وجود ناکافی دانستن روایات پیش گفته توسط باورمندان به وجوب وضو بر اثبات مدعا، مقتضای قاعده اولیه را بر این دانسته‌اند که در هنگام نماز، وضو حاصل شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۲۰). برخی دیگر نیز در این مسئله به اجماع تمسک کرده‌اند (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵۶۷). با این حال برخی بر این باورند که مقتضای

احتیاط، در تکرار نماز است (همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۲).

۴. نقد و بررسی ادله

با چشم‌پوشی از کاستی‌هایی که برخی بر سند روایات پیش گفته وارد دانسته‌اند (نک: محقق سبزواری، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۸) و با عنایت به مسلک و ثوق صدوری برای حصول اطمینان به صدور حدیث، موارد ذیل در نقد ادله باورمندان به وجوب وضو در هنگام نماز، قابل توجه خواهند بود:

۴-۲. ناکافی بودن دلالت روایات دال بر وجوب وضو

با دقت نظر در انواع دلالت‌های اخبار پیش گفته، اشکالاتی به نظریه باورمندان به جواز می‌توان یافت. در این بخش، میزان دلالت هر یک از روایات بر مدعا بررسی خواهد شد.

۴-۲-۱. نقد و بررسی روایت اول

بر اساس جستجو در روایت‌های محمد بن مسلم درباره این موضوع می‌توان دریافت که وی این محتوا را به سه صورت گزارش کرده است. باورمندان به وجوب وضو در میان نماز، به روایات دربردارنده عبارات «يَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَرْجِعُ فِي صَلَاتِهِ فَيَتِمُّ مَا بَقِيَ» و «يَتَوَضَّأُ وَ يَبْنِي عَلَى صَلَاتِهِ» استدلال کرده‌اند؛ در حالی که در نقل دیگر، تنها عبارت «يَبْنِي عَلَى صَلَاتِهِ» وجود دارد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۴۲۶) و نمی‌توان از عبارت مذکور، چنین حکمی را برداشت نمود. به نظر می‌رسد بر شمردن این روایت به عنوان روایتی مستقل از دو روایت دیگر محمد بن مسلم بسیار بعید می‌نماید (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۱۲). برخی بر این باورند که دو روایت نخستین منقول از محمد بن مسلم، سبب تقیید اخبار مطلق بیان‌کننده کفایت وضوی اولیه می‌شود (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ج ۶، ص ۴۲۶). اما این استدلال استوار نمی‌نماید؛ زیرا این روایات توسط یک نفر نقل شده و بعید است مسئله‌ای را سه بار از امام علیه السلام پرسش کرده باشد (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۸).

همچنین اگر از بعید بودن احتمال صدور سه پاسخ مختلف از سوی امام علیه السلام در پاسخ پرسش راوی واحد در یک مسئله و نیز باور به نقل معنای روایت بگذریم و بنا را بر نقل الفاظ این اخبار بدانیم، راه حل جمع میان این سه گزارش، حمل روایت «يَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَزُجُّ فِي صَلَاتِهِ» به حالت استحباب است؛ چنان که کسانی نیز بر همین باورند (ر.ک: حسینی شبر، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۷۸؛ علوی گرگانی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۳۶).

همچنین از عبارت «يَتَوَضَّأُ وَ يَبْنِي عَلَيَّ صَلَاتِهِ» نمی‌توان لزوماً برداشت کرد که وضو گرفتن در هنگام نماز واجب است؛ بلکه ظهور این عبارت در آن است که وضوی ابتدایی برای نماز کافی است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۸۸؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۷). احتمال اینکه مراد از عبارت «يَبْنِي عَلَيَّ صَلَاتِهِ» در گزارش دوم نقل شده از محمد بن مسلم، بی‌توجهی به حدث ایجاد شده در هنگام نماز باشد، جدی می‌نماید (نک: مدرسه فقهت، درس خارج فقه استاد حسینی بوشهری، جلسه، ۹۹/۰۸/۰۶؛ همانجا، درس خارج فقه استاد توکل، ۱۴۳۶/۰۳/۲۷ق). حداقل می‌توان گفت که برداشت اخیر، از نحوه استنباط باورمندان به وجوب وضو، اظهر خواهد بود (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۷).

به نظر می‌رسد عبارت «يَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَزُجُّ فِي صَلَاتِهِ فَيَتِمُّ مَا بَقِيَ» در دلایل باورمندان به وجوب وضو در هنگام نماز، به معنای انجام وضو نباشد؛ بلکه این عبارت به معنای وضو گرفتن ابتدایی برای نمازهای ظهرین و عشاءین بوده و اکتفای یک وضو برای این دو نماز را به شرط فاصله نینداختن می‌رساند (نک: نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۵۷۲؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۱۲). این معنا که راهکار نمازخواندن مکلف مبتلا به این بیماری، تأخیر انداختن نماز ظهر تا پایان وقت و اتصال آن به نماز عصر است، در برخی روایات دیگر نیز مندرج است (نک: ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۶۴)؛ همچنین عبارت «فَيَتِمُّ مَا بَقِيَ» به معنای به جا آوردن دیگر نمازهاست، نه از سر گرفتن ادامه نماز فعلی برای اتمام آن (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۰۶).

حتی اگر ظهور دو روایت منقول از محمد بن مسلم که در مقابل نظر مشهور قرار دارد، پذیرفته نشود، نمی‌توان روایات مستند مشهور را ملاک قرار داد؛ زیرا در این هنگام، در فهم مراد جدی مولا شک حاصل می‌شود. در این حالت، باید به اصول عملی

مراجعه کرد و از آنجا که شک به اصل تکلیف بر می‌گردد، مجرای اصالة البرائه خواهد بود. پس، حکم به عدم نیاز به وضوی در هنگام نماز، بایسته خواهد بود.

۲-۲-۴. نقد و بررسی روایت دوم

عبارت «إِذَا كَانَ حِينَ الصَّلَاةِ اتَّخَذَ كَيْسًا وَجَعَلَ فِيهِ فُطْنًا ثُمَّ عَلَّقَهُ عَلَيْهِ وَأَدْخَلَ ذِكْرَهُ فِيهِ ثُمَّ صَلَّى يَجْمَعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ» در صحیحه حریر از امام صادق علیه السلام که مورد استفاده استدلال‌کنندگان به وجوب وضو در هنگام نماز قرار گرفته نیز دال بر تجدید وضو در هنگام نماز نخواهد بود. این روایت در مقام بیان حکم مسلوس از جهت ایجاد نجاست در هنگام نماز است و از حکم وضو در چنین حالتی ساکت است (انصاری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۱۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ج ۶، ص ۴۲۰؛ صالحی مازندرانی، ۱۳۷۶، ج ۶، ص ۷۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۱۶). نیک هویداست که امر به جمع میان دو نماز و نیاز نبودن به وضوی مجدد برای نماز دوم، خود رهنمودی است بر نبود نیاز به تجدید وضو در اثنای نماز.

یکی از قرینه‌های شاهد بر استدلال، اشاره به خروج خون از مخرج بول در فراز «يَقْطُرُ مِنْهُ الْبَوْلُ وَ الدَّمُ» است. از آنجا که امام علیه السلام تنها حکم به مهار بول یا خون داده‌اند، می‌توان فهمید که ایشان تنها در مقام بیان راه حل جلوگیری از سرایت نجاست هستند؛ زیرا خروج خون از مبطلات نماز شمرده نمی‌شود؛ ولی به سبب سرایت نجاست آن به لباس، می‌تواند طهارت لباس نمازگزار را دچار خدشه کند و وی موظف به جلوگیری از سرایت نجاست به بدن و لباس است (نک: حکیم، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۵۶؛ همچنین از فقره «يَفْعَلُ ذَلِكَ فِي الصُّبْحِ» می‌توان فهمید مراد از «يَجْمَعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ»، استفاده از کیسه برای نمازهای ظهر و عصر - به شرط فاصله‌نینداختن میان آن دو - است، نه در مقام بیان اکتفا به یک وضو برای دو نماز؛ زیرا روایت، در مقام بیان حکم وضوی اولیه است؛ از این رو شخص مبتلا به تکرر، تنها در دو نماز پیوسته مجاز به اکتفا کردن به یک وضو خواهد بود و برای نمازهای بعدی نیاز به وضوی مجدد دارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۸۱؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۶).

۳-۲-۴. نقد و بررسی روایت سوم

عبارت «انصرفت ثم تَوَضَّأُ» در صحیحہ فضیل بن یسار نیز به معنای اتمام نماز و وضو برای نمازهای دیگر دانسته شده است (فاضل ہندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۸۱)؛ همچنین محتمل است منظور از عبارت «أَكُونُ فِي الصَّلَاةِ» در این روایت، بیان به جا آوردن نماز و عزم بر آن باشد؛ نه وضوی مجدد (فاضل ہندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۸۱)؛ بر این اساس این روایت دلالت آشکاری بر وقوع حدث در هنگام نماز نخواهد داشت (محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۳۹). هرچند برخی بر این باورند کہ عبارت فوق از روی تقيہ صادر شده است (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۶، ص ۵۲۶؛ آملی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۶۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۶۵).

بر اساس همین اختلاف برداشت از روایات، کسانی بر این باورند کہ حکم به وجوب وضو در هنگام نماز، بر دلیلی پذیرفتنی استوار نیست (صالحی مازندرانی، ۱۳۷۶، ج ۶، ص ۷۲؛ حسینی شیر، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۷۷؛ پایگاہ اینترنتی آية الله العظمی مظاهری، درس خارج فقه، شماره ۲۱۸).

۳-۴. مخالفت با دیگر روایات

افزون بر آنچه گفته شد، روایاتی می توان یافت کہ در آنها موضوع نماز شخص بی اختیار، مطرح شده و در آنها سخنی از وضوی مجدد نیست. این روایات به شکل ذیل گزارش شده اند:

- سماعه بن مهران در حدیث موثقی از امام صادق علیه السلام روایت می کند: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَحَدَهُ تَقْطِيرٌ مِنْ فَوْجِهِ إِمَّا دَمٌ وَإِمَّا غَيْرُهُ؟ قَالَ فَلْيَضَعْ حَرِيْطَةً وَ لِيَتَوَضَّأْ وَ لِيُصَلِّ فَإِنَّمَا ذَلِكَ بَلَاءٌ ابْتَلِي بِهِ فَلَا يُعِيدَنَّ إِلَّا مِنَ الْحَدَثِ الَّذِي يَتَوَضَّأُ مِنْهُ» (طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۱، ص ۳۴۹).

- در صحیحہ منصور بن حازم از امام صادق علیه السلام نیز آمده است: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّجُلُ يَغْتَرِيهِ الْبَوْلُ، وَ لَا يَقْدِرُ عَلَى حَبْسِهِ؟ قَالَ: فَقَالَ لِي: «إِذَا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى حَبْسِهِ، فَأَلِّهِ أَوْلَى بِالْعُدْرِ، يَجْعَلُ حَرِيْطَةً» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص ۶۶).

- صحیحہ عبد الرحیم کہ گزارش مکاتبه وی با امام رضا علیه السلام است، روایت شده

است: «كُنْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ عليه السلام فِي الْخَصِيِّ يَبُولُ فَيُلْقَى مِنْ ذَلِكَ شِدَّةً فَيَرَى الْبَلَلَ بَعْدَ الْبَلْلِ قَالَ يَتَوَضَّأُ وَ يَنْتَضِحُ فِي النَّهَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً» (طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۱، ص ۳۵۳).
- ابن بکیر از محمد بن مسلم نقل می کند: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ الْمَبْطُونِ فَقَالَ يَبْنِي عَلَي صَلَاتِهِ» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۴۲۶).

همان گونه که گفته شد، بر اساس الغای خصوصیت میان مسلوس و مبطون فرقی نیست؛ از این رو حکم این روایات را می توان به مناط واحد در مورد شخص مبطون نیز جاری دانست.

ظهور روایت اول در این است که یک بار وضو گرفتن برای شخص مسلوس، کافی بوده و وضوی مجدد او تنها منوط به حدوث یکی دیگر از مبطلات وضو یا خروج اختیاری بول است (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۴). شایان توجه است که در برخی نسخه ها به جای واژه «فَرْجِهِ» واژه «فُرْجِه» آمده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۲۶۶). با این وجود با توجه به حکم امام عليه السلام به عدم اعاده وضو و نیز به سبب آگاهی به نبود نیاز به تجدید طهارت در صورت تقطیر خون، می توان دریافت که واژه «فَرْجِهِ» صحیح است. برخی نیز بر این باورند که حکم استفاده از کیسه مخصوص با عنوان خریطه، نادرستی واژه «فُرْجِه» را آشکار می کند؛ زیرا این کیسه، وسیله ای است که برای مهار نجاست عضو تناسلی به کار می رود (نک: خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۵).

روایت دوم نیز در مقام بیان راه حل زدودن نجاست حاصل از تکرر است و بر وضو در هنگام نماز دلالتی ندارد. در این خبر، پرسشگر در صدد یافتن حکم شرعی شخصی است که دچار این بیماری شده است. از اطلاق پاسخ امام عليه السلام در عبارت «يَجْعَلُ خَرِيْطَةً» می توان دریافت که وظیفه ظاهری او تنها استفاده از کیسه ای برای جلوگیری از سرایت نجاست است. اگر لازم می بود که وی در هنگام نماز، وضویی تازه بسازد، بایسته بود که امام عليه السلام این حکم را تبیین کنند؛ زیرا تأخیر بیان حکم از وقت نیاز بدان، سبب اغرا به جهل و در ماندن مکلف خواهد شد.

در روایت سوم که سخن از فرد اخته ای است که دچار تکرر ادرار شده است؛ زدودن یک بار نجاست در طول روز کافی دانسته شده است. از این لحاظ به حکم زن

پرستار کودک که بیش از یک لباس نداشته و در طول روز بارها لباس او آلوده به نجاسات کودکان می‌شود، شباهت دارد (نک: نجفی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص ۲۳۱؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۱۳). از عبارت «يَنْتَضِحُ فِي النَّهَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً» در این روایت نیز می‌توان فهمید که یک‌بار پاک کردن مخرج بول در طول روز برای پاکی کافی است؛ زیرا در دانش واژه‌شناسی «انتضاح» به معنای زدودن آلودگی از مخرج بول است (ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۶۹؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۰۰)؛ بر این اساس منظور از وضو در این روایت، همان پاک کردن موضع مورد نظر است، نه وضوی اصطلاحی (همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۲۰). نکته قابل توجه در فقره «فَيَزِي الْبَلْلَ بَعْدَ الْبَلْلِ قَالَ يَتَوَضَّأُ» این است که به قرینه امر امام عليه السلام به وضو گرفتن، مراد از بَلْل، همان نم حاصل از تکرر بول است، نه مواردی چون وِذی و مِذی؛ زیرا این موارد نیازی به وضو ندارند.

در روایت چهارم نیز به وضوح ادامه نماز برای شخصی که در نماز دچار تکرر خروج غائط شده، جایز شمرده شده است. حال یا این غائط، وضوی شخص مبتلا را باطل نمی‌کند یا اینکه در صورت ابطال هم معفو خواهد بود. بر اساس روایات اخیر، وضو گرفتن برای شخصی که دچار بی‌اختیاری در نماز است، وجوبی نخواهد داشت. حتی در صورت باور به تساقط دو دسته از دلایل در هنگامه تعارض آنها،^۱ به روایت‌های دیگری چون موثقه سماعه و صحیحه منصور بن حازم می‌توان مراجعه کرد و از عموم تعلیل مندرج در آنها بهره برد که از عبارت‌هایی چون «فَإِنَّمَا ذَلِكَ بَلَاءٌ ابْتُلِيَ بِهِ فَلَا يُعِيدَنَّ» و «فَاللَّهُ أَوْلَى بِالْعُدْرِ» بر می‌آید. در این باره در بخش ۵-۳-۱ بیشتر سخن خواهیم گفت.

۴-۴. بررسی و نقد استناد به اجماع و قواعد اولیه

اجماع ادعایی، به سبب وجود روایاتی درباره این موضوع (نک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶،

۱. تعارض در این مورد بدان معناست که دسته‌ای از روایات، وضو در هنگام نماز را واجب نمی‌دانند و دسته‌ای دیگر به آن امر کرده‌اند.

صص ۲۷۶-۲۷۷)، مدرکی می‌نماید که فاقد اعتبار است؛ زیرا کاشفیت ندارد (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۷۲). اگر هم مراد از اجماع، اتفاق نظر فقیهان در مسئله باشد؛ باز هم خدشه‌پذیر خواهد بود؛ زیرا بر اساس آنچه گفته شد، نظریه مخالف با این اتفاق وجود داشته و حتی به باور کسانی، مشهور فقیهان مخالف با تجدید وضو در هنگام نماز هستند (نک: آملی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۵۷)؛ بر این اساس اجماع یا اتفاق فقیهان در موضوع مورد نظر، احراز نشده و حتی در صورت احراز، شایستگی بهره‌گیری در قامت دلیل را ندارد.

قواعد اولیه نیز به دو علت ذیل درباره بیماران مورد نظر، جاری نخواهند بود:

۳-۱- مخالفت با امتنان بر مکلف

امتنان بر مکلف عبارت است از جعل حکم خاص یا رفع حکم پیشین به گونه‌ای که با وضع یا رفع آن، برای مکلفان راحتی ایجاد شود (مجدزاده، ۱۳۹۷، ص ۱۹۵). برخی از فقیهان به تناسب حکم امتنانی با آسان‌گیری بر مکلف و ترخیص او اشاره داشته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۵۴۸). از دیگر سو به حکم خرد استوار، احکام امتنانی تنها در مواردی تخصیص‌پذیر هستند که حکم خاص، در تراحم با امتنان اولیه نباشد و یا اینکه دلیل خاص در بردارنده امتنانی قوی‌تر از امر تسهیل‌شده در عام باشد (سیستانی، بی‌تا، ص ۲۰۸)؛ همچنین عموم تعلیل مندرج در موثقه سماعه «ذَلِكَ بَلَاءٌ ابْتَلِي بِهِ، فَلَا يُعِيدَنَّ» دال بر عدم وجوب وضو در اثنای نماز است (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۸).

از عبارتهایی چون «ذَلِكَ بَلَاءٌ ابْتَلِي بِهِ، فَلَا يُعِيدَنَّ إِلَّا مِنَ الْحَدَثِ الَّذِي يَتَوَضَّأُ مِنْهُ» در روایات پیش‌گفته، امتنانی بودن حکم به آشکاری فهمیده می‌شود؛ زیرا تعلیل مندرج در این عبارت عام بوده (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۸)، تخصیص‌پذیر نخواهد بود. مفهوم کلی معذوربودن بیمار و تفاوت وی با افراد تندرست، در روایت ذیل نیز مندرج است: «قَالَ مُرَازِمُ بْنُ حَكِيمٍ الْأُرْدِيُّ مَرِضْتُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ لَمْ أَتَنَقَّلْ فِيهَا فَقُلْتُ ذَلِكَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فَقَالَ لَيْسَ عَلَيْكَ فَضَاءٌ إِنَّ الْمَرِيضَ لَيْسَ كَالصَّحِيحِ كُلُّ مَا غَلَبَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ فَاللَّهُ أَوْلَى بِالْعُدْرِ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۶۴). برخی نیز روایت «كُلُّ مَا غَلَبَ اللَّهُ عَلَيْهِ، فَاللَّهُ

أُولَى بِالْعُدْرِ» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۴۴۰) را در قامت قاعده‌ای عمومی با عنوان «ما غلب الله» استناد کرده و معذورت مکلف مبتلا به تکرّر در حصول طهارت در هنگامه نماز را نتیجه گرفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۱۶)؛ بر این اساس در هر حدث غیراختیاری نیازی به اعاده وضو نخواهد بود (خونی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۶).

برخی نیز بر این باورند که حدث غیرمتعارف در هنگام نماز سبب ابطال وضو نمی‌شود (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۳۸۷؛ همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۲۰؛ طباطبایی تبریزی، بی تا، ج ۱، ص ۲۸۴؛ شبیری زنجانی، ۱۳۸۸، ص ۶۷). بر اساس باور به امتنایی بودن حکم این افراد، عموماً ادله رهنمون بر استمرار طهارت و ناقضیت حدث در مورد مسلوس تخصیص خورده است (مدرسه فقهات، درس خارج فقه استاد مصطفوی، ۱۳۹۷/۰۱/۱۸)؛ همچنین از آنجا که حکم استفاده از خریطه، به جهت امتنان بر مکلفان جعل شده است، حکم جدید بر آن نباید مخالف مقام امتنان باشد؛ در حالی که حکم وضوی جدید، به جهت دشواری بر مکلف بیمار، خلاف مقام امتنان خواهد بود.

گفتنی است که نماز همراه با حدث خاصّ برای مسلوس و مبطون، نماز عذری نزد عرف شمرده می‌شود که جایگزین نماز مأمور به تامّ در حالت عادی است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۰). این مفهوم را از عبارت «إِذَا لَمْ يَفِدِرْ عَلَى حَبْسِهِ، قَالَ اللَّهُ أُولَى بِالْعُدْرِ» در صحیح‌ه منصور بن حازم نیز می‌توان دریافت. نماز به واسطه خروج بول یا غائط غیراختیاری، منقطع نمی‌شود؛ چه اینکه این حالت، مبطل وضو باشد یا نباشد (همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۶)؛ همچنین درباره مسلوس، ملازمه‌ای میان صحت نماز با استمرار طهارت وجود ندارد (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۵۴)؛ پس ادله دال بر شرطیت طهارت برای نماز مانند «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهْوَر»، حداکثر بتوانند استمرار طهارت تا پایان نماز از روی اختیار را اثبات کنند؛ در حالی که موضوع مسئله مورد بحث، حکم مبطلات غیراختیاری در هنگام نماز است.

۲-۳-۴. صدق عنوان فعل کثیر

فعل کثیر در هنگام نماز عبارت است از عملی افزون بر افعال نماز که سبب می‌شود فرد

از عنوان نماز گزار بودن خارج شود (شهید اول، ۱۴۳۵ق، ج ۱، ص ۱۳۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۹۳؛ مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۳، ص ۶۹) و صورت نماز محو گردد (موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۴۶۶). برخی نیز برهم خوردن موالات افعال نماز را مایه صدق عنوان فعل کثیر دانسته اند (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۱۱، ص ۶۲).

از آنجا که برای چگونگی مبطل بودن فعل کثیر در ادله لفظی شاهی نمی توان یافت، باید برای فهم آن به دیدگاه متشرعه در این باره مراجعه کرد. برخی بر این باورند که تشخیص فعل کثیر با عادت است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۷، ص ۴۳؛ بهبهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۹، ص ۴۷). به نظر می رسد مراد از مرجعیت عادت در این دیدگاه، همان رجوع به عرف و سیره متشرعه باشد. همان گونه که دانشوران فراوانی این مفاهیم را به جای هم به کار برده اند (ر.ک: حکیم، ۱۹۷۹م، ص ۱۹۸؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۳، ص ۱۹۲؛ مظفر، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۱۵۳؛ مغنیه، ۱۹۷۵م، ص ۲۲۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۸۳؛ ج ۴، ص ۲۴۶۹). در این گونه موارد به جا آوردن عملی به جز اعمال نماز در هنگام آن، در صورت نبود روایت معتبر بر جواز آن، سبب می شود که عرف از برشمردن انجام دهنده آن در زمره نماز گزاران خودداری کند (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۳، ص ۶۹).

باورمندان به وجوب وضو در اثنای نماز، فاصله ای را که به سبب وضو گرفتن در هنگام نماز ایجاد می شود، جزو نماز نمی شمارند و روایت «لا صلوة الا بطهور» را در مورد اکوان متخلله در نماز جاری نمی دانند (نک: خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص ۲۱۳؛ مدرسه فقهت، درس خارج فقه استاد حسینی بوشهری، جلسه: ۱۳۹۹/۰۸/۰۳). در مقابل، عده ای بر این باورند که وضو در هنگام نماز، گونه ای از فعل کثیر خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۱۷؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۵۸۲؛ حائری، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۱۲۹؛ آملی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۵۷؛ منتظری، بی تا، ج ۱، ص ۲۰۶؛ طباطبایی تبریزی، بی تا، ج ۱، ص ۲۸۲).

برخی بر این باورند که سبب وجود روایاتی مانند صحیح حلی از امام صادق علیه السلام «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُصِيبُهُ الرُّعَاثُ وَ هُوَ فِي الصَّلَاةِ فَقَالَ إِنَّ قَدَرَ عَلَيَّ مَاءٌ عِنْدَهُ يَمِينًا وَ شِمَالًا أَوْ بَيْنَ يَدَيْهِ وَ هُوَ مُسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةِ فَلْيَغْسِلْهُ عَنْهُ ثُمَّ لِيُصَلِّ مَا بَقِيَ مِنْ صَلَاتِهِ وَ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَيَّ مَاءٌ حَتَّى يَنْصَرِفَ يَوْجِهِهِ أَوْ يَتَكَلَّمَ فَقَدْ قَطَعَ صَلَاتَهُ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۷،

ص ۲۳۹) که شستن لباس متنجس در هنگام نماز را جایز دانسته‌اند، با وضو گرفتن هم، فعل کثیر لازم نمی‌آید (نک: همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۱۱). نیک روشن است که قیاس حکم تجدید وضو با حکم پاک کردن لباس در هنگام نماز، امری نارواست.

در صورت باور به تساقط ادله دال بر ناقضیت بول در هنگام نماز و ادله دال بر بطلان نماز بواسطه فعل کثیر در هنگامه تعارض این دلایل نیز، ناگزیر از رجوع به اصل عملی استصحاب بوده و حکم به طهارت فعلی می‌کنیم (طباطبایی تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۸۳؛ همدانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۵)؛ زیرا محل بحث، شک در ناقضیت حدث غیرمتعارف برای بیماران است و چون در ابتدای نماز، وضو حاصل شده بود، حکم آن قابل استصحاب خواهد بود.

نتیجه‌گیری

بنا بر یافته‌های جستار حاضر، نتایج ذیل درباره طهارت افراد مسلوس و مبطون در هنگام نماز به دست آمد:

۱. برخی فقیهان بر این باورند که بر اساس روایاتی، وضو گرفتن برای کسی که در هنگام نماز دچار دو تا سه بار بی‌اختیاری می‌شود، واجب است. اینان به اجماع و قواعد اولیه و جوب طهارت برای نماز نیز استناد کرده‌اند.
۲. با دقت در سه روایت مورد استناد باورمندان به نظریه پیش گفته می‌توان دریافت که دلالت‌های این اخبار بر اثبات مدعا کافی نیست. عبارت «يَتَوَضَّأُ وَيَتَنِي عَلَى صَلَاتِهِ» در یکی از این نقل‌ها، به سه گونه از محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام گزارش شده است که احتمال نقل معنا را قابل توجه می‌سازد؛ بنابراین پابندی به الفاظ خاص روایت استوار بود؛ نیز در صورت چشم‌پوشی از این موضوع، این عبارت در اکتفای وضوی اولیه برای نماز، بی‌توجهی به حدث ایجاد شده در هنگام نماز یا حمل بر استحباب قابل توجه خواهد بود. عبارت «فَتَيْمٌ مَا بَقِيَ» نیز در به‌جا آوردن نمازهای بعدی ظهور دارد.
۳. صحیح‌ه حریر نیز تنها در مقام بیان حکم مسلوس از جهت راهکار جلوگیری از

- سرایت نجاست است و دربارهٔ حکم وضو ساکت است. روایت فضیل بن یسار نیز به اتمام نماز و وضوی جدید برای نماز بعدی رهنمون است.
۴. روایاتی را می‌توان یافت که به آشکاری ادامه نماز برای شخصی که دچار بی‌اختیاری است، جایز دانسته‌اند. در این روایت‌ها، به تجدید وضو در هنگامه نماز اشاره‌ای نشده است.
۵. اجماع مورد نظر باورمندان به وجوب در هنگام نماز، اجماع مدرکی است. اتفاق نظر فقیهان نیز به سبب مخالفت عده‌ای با حکم وجوب، قابل احراز نیست.
۶. قواعد اولیه وجوب طهارت در هنگام نماز نیز با توجه به دو عامل جعل حکم امتنانی برای بیماران و صدق عنوان فعل کثیر، بر وجوب وضو در هنگام نماز دلالتی نخواهند داشت.
۷. با توجه به مجموع روایات مربوط به مسلوس و مبطون، می‌توان نتیجه گرفت که حکم این افراد در برابر ادله شرطیت طهارت در اثنای نماز، تخصیص خورده است.

فهرست منابع

* قرآن مجید

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین. (بی تا). سؤال و جواب. قم: مؤسسه کاشف الغطاء العامة.
۲. آملی، محمدتقی. (۱۳۸۴ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی (ج ۴). بی جا: بی نا.
۳. آملی، میرزا هاشم. (۱۴۰۶ق). المعالم الماثورة (مقرر: محمد علی اسماعیلی پور قمشه ای، ج ۵). قم: المطبعة العلمية.
۴. ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). النهاية فی غریب الحدیث و الأثر (ج ۵، چاپ چهارم). قم: اسماعیلیان.
۵. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (ج ۱، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دار صادر.
۷. اشتهاودی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (ج ۴). طهران: اسوه.
۸. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۲). وسیلة النجاة (با تعلیقات: سیدروح الله موسوی خمینی، ج ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۹. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۸ق). کتاب الطهارة (ج ۱، چاپ اول). قم: المؤتمر العلمي بمناسبه الذکری المئویة الثانیة لمیلاد الشیخ الانصاری.
۱۰. بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل. (۱۴۲۴ق). مصابیح الظلام فی شرح مفاتیح الشرائع (ج ۳ و ۹)، محقق: مؤسسه تحقیقاتی علامه مجدّد وحید بهبهانی علیه السلام. قم: مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی.
۱۱. بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۳ق). وسیله النجاه. قم: شفق.
۱۲. بحرانی، یوسف. (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (ج ۲). قم: مرکز نشر اسلامی.

۱۳. ترحینی عاملی، محمدحسن. (۱۳۸۵). الزبده الفقهيہ فی شرح الروضه البهيہ (ج ۲). بی جا: دار الفقه للطباعه و النشر.
۱۴. تھانوی، محمدعلی بن علی. (۱۹۹۶م). کشف اصطلاحات الفنون (ج ۲، چاپ اول). بیروت: مکتبہ لبنان ناشرون.
۱۵. ثعالبی، عبدالملک بن محمد. (۱۴۱۴ق). فقه اللغة (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیہ.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ج ۲، چاپ اول). تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۷. جوهر، سامر. (۲۰۰۳م). فقه الولی: الوضوء. نشریہ بقیة اللہ علیہ السلام. شماره ۱۳۸، صص ۶۴-۶۷.
۱۸. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). الصحاح (ج ۳، چاپ اول). بیروت: دار العلم للملایین.
۱۹. حائری، مرتضی. (۱۴۲۵ق). شرح العروة الوثقی (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱ و ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیہم السلام.
۲۱. حسینی شبر، علی. (۱۳۸۳ق). العمل الأبقی فی شرح العروة الوثقی (ج ۲). نجف اشرف: مطبعة النجف.
۲۲. حکیم، سیدمحسن. (۱۳۷۴). مستمسک العروة الوثقی (ج ۲). قم: دار التفسیر.
۲۳. حکیم، سیدمحمدسعید. (۱۴۲۵ق). منهاج الصالحین (ج ۱، چاپ سوم). قم: دار الهلال.
۲۴. حکیم، محمدتقی. (۱۹۷۹م). الاصول العامة للفقہ المقارن (چاپ دوم). بیروت: آل البيت علیہم السلام.
۲۵. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (ج ۶). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی علیہ السلام.
۲۶. روحانی، سیدصادق. (۱۴۳۵ق). منهاج الصالحین (ج ۱، چاپ دوم). بیروت: دار بلال للطباعه و النشر.
۲۷. روحانی، عباسعلی؛ عزیزاده، نگار. (۱۳۹۶). الخلل فی الغسل با رویکردی بر آرای امام خمینی علیہ السلام. پژوهشنامه متین، شماره ۷۵، صص ۱۱۱-۱۲۸.

۲۸. زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۱۸). بیروت: دار الفکر.
۲۹. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام (ج ۷). قم: سید عبدالاعلی موسوی سبزواری.
۳۰. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۸ق). منهاج الصالحین (ج ۱، چاپ هفتم). بیروت: دار المؤرخ العربی.
۳۱. سیستانی، سید علی. (۱۴۲۵ق). العروة الوثقی (ج ۱، چاپ دوم). قم: مکتبه آیه الله العظمی السید السیستانی.
۳۲. سیستانی، سید محمد باقر. (بی تا). قاعده لاضرر و لاضرار (تقریر درس سید علی سیستانی) قم: بی تا.
۳۳. شبیری زنجانی، موسی. (۱۳۸۸). توضیح المسائل. قم: سلسیل.
۳۴. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۳۵ق). غایه المراد فی شرح ارشاد الازهان (ج ۱). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳۵. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۳۰ق). موسوعة الشهيد الأول (ج ۹). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. مرکز احیای آثار اسلامی.
۳۶. صافی گلپایگانی، علی. (۱۳۸۵). ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی (ج ۶). قم: گنج عرفان.
۳۷. صالحی مازندرانی، اسماعیل. (۱۳۷۶). مفتاح البصیرة فی فقه الشریعة (ج ۶). قم: مکتب آیه الله العظمی صالحی مازندرانی رحمته الله.
۳۸. طباطبایی بروجردی، سید حسین. (۱۴۲۶ق). تبیان الصلاة (ج ۶، تقریر: علی صافی گلپایگانی). قم: گنج عرفان.
۳۹. طباطبایی تبریزی، سید محمد جواد. (بی تا). بغیة الهداة فی شرح وسیلة النجاة (ج ۱). نجف اشرف: مطبعة الآداب.
۴۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیة (ج ۱). تهران: مکتبه المرتضویة.

۴۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق «الف»). تهذیب الأحكام (ج ۲، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۴۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق «ب»). الخلاف (ج ۱). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۳. عراقی، آغا ضیاء الدین. (۱۴۱۰ق). تعلیقه استدلالیه علی العروة الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۴. عشقی، زهرا؛ عندلیبی، رضا. (۱۴۰۰). وظیفه مسلوس و مبطون در حجّ. میقات حجّ، شماره ۱۱۱، صص ۲۷-۵۱.
۴۵. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب (ج ۲ و ۵). مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی.
۴۶. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ج ۱). قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۴۷. علوی گرگانی، سید محمد علی. (۱۳۹۴). التعلیقه علی تحریر الوسیلة (ج ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۴۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (ج ۳، چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۹. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (ج ۱). قم: مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی علیه السلام.
۵۰. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام عن قواعد الاحکام (ج ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۱. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی (چاپ دوم). قم: دارالهجره.
۵۲. کاظمی خراسانی، محمد علی. (۱۴۰۶ق). فوائد الاصول (ج ۳). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۵۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق). الکافی (ج ۶، چاپ اول). قم: دارالحديث.
۵۴. گلپایگانی، محمدرضا. (۱۳۷۱). هداية العباد (ج ۱). قم: دار القرآن الکریم.

۵۵. مامقانی، عبدالله. خطاط احمد بن محمدرضا قمی. (۱۳۴۱ق). مخزن اللثالی فی فروع العلم الإجمالي. نجف اشرف: مطبعة المرتضوية.
۵۶. مجدزاده، بهروز. (۱۳۹۱). احکام امتثانی (ماهیت، معیار، مصادیق و آثار). دانشگاه فردوسی مشهد.
۵۷. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۲ق). النهاية و نکتها (ج ۱). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۵۸. محقق سبزواری، محمدباقر. (بی تا). ذخیره المعاد فی شرح إرشاد (ج ۱). قم: مؤسسة آل البيت.
۵۹. محقق کرکی، علی بن حسن. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۱). قم: مؤسسة آل البيت علیہ السلام.
۶۰. مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس (ج ۸، چاپ اول). بیروت: دار الفکر.
۶۱. مشکینی، علی. (۱۳۹۰). التعليقه الاستدلاليه علی تحرير الوسيله (ج ۱). قم: دارالحدیث.
۶۲. مظفر، محمدرضا. (۱۴۰۵ق). اصول الفقه (ج ۲). قم: نشر دانش اسلامی.
۶۳. مغنیه، محمدجواد. (۱۹۷۵م). علم اصول الفقه فی ثوبه الجديد. بیروت: دارالعلم للملایین.
۶۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان (ج ۳). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۶۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۴). مناسک حج. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیہ السلام.
۶۶. منتظری، حسینعلی. (بی تا). التعليقه علی العروة الوثقی (ج ۱). بی جا: بی نا.
۶۷. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). تحرير الوسيله (ج ۱)، تهران: مرکز تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیہ السلام.
۶۸. موسوی عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۱ق). مدارک الاحکام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۳). مشهد: مؤسسة آل البيت علیہ السلام.
۶۹. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۵). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲ و ۱۱، چاپ دوم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.

۷۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة في احكام الشريعة (ج ۷). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۷۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۹۸). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليه السلام (ج ۷، چاپ اول). قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی.
۷۲. همدانی، آقارضا. (۱۴۱۹ق). مصباح الفقيه (ج ۳، چاپ اول). قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۷۳. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم. (۱۴۲۱ق). العروة الوثقی (ج ۱، عدة من الفقهاء، جامعه مدرسين). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۷۴. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم. (۱۳۸۶). العروة الوثقی (ج ۱، با تعليقات ناصر مکارم شیرازی). قم: مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام.
۷۵. یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم. (۱۳۸۸). العروة الوثقی و التعليقات علیها (ج ۳). قم: مؤسسه السبطين عليه السلام العالمية.
۷۶. پایگاه اینترنتی آیه الله العظمی مظاهری، درس خارج فقه، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۰۶/۰۴
<http://www.almazaheri.ir/Farsi/Index.aspx?TabID=0702&ID=1011&IDSound=0>
۷۷. مدرسه فقاہت، درس خارج فقه استاد حسینی بوشهری، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۰۶/۰۴
www.eshia.ir/feqh/archive/text/bushehri/feqh/99/990803
۷۸. مدرسه فقاہت، درس خارج فقه استاد توکل (نجف اشرف)، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۰۶/۰۴
www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/tavakol/feqh/93/931028
۷۹. مدرسه فقاہت، درس خارج فقه استاد سید کاظم مصطفوی، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۰۶/۰۴
www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/mostafavi/feqh/96/970118

References

* Holy Quran

1. Alavi Gorgan, S. M. (1394 AP). *Al-Ta'liqah 'ala Tahreer al-Wasilah* (Vol. 1). Tehran: Organization for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
2. Al-Kashaf al-Ghata', M. H. (n.d.). *Su'al wa Jawab*. Qom: Kashaf al-Ghata' Public Institution. [In Arabic]
3. Allame Hilli, H. (1412 AH). *Muntaha al-Matalib* (5th ed., Vol. 2). Mashhad: Islamic Research Foundation. [In Arabic]
4. Allame Hilli, H. (1414 AH). *Tadhkirat al-Fuqaha* (Vol. 1). Qom: Aal al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. [In Arabic]
5. Ameli, M. H. (1406 AH). *Al-Ma'alim al-Ma'thura* (M. A, Ismaeeli Pour Qamshayi, Ed., Vol. 5). Qom: Al-Matba'ah al-Ilmiyyah. [In Arabic]
6. Ameli, M. T. (1384 AH). *Masbah al-Huda fi Sharh al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 4). n.p. [In Arabic]
7. Ansari, M. (1418 AH). *Kitab al-Taharah* (1st ed., Vol. 1). Qom: Al-Motamar al-Ilmi be Munasebat al-Zikriyyah al-Mi'wiyah al-Thaniyah li Mawlud al-Shaykh al-Ansari. [In Arabic]
8. Bahbahani, M. (1424 AH). *Masabih al-Zalam fi Sharh Mafatih al-Shara'iah* (Vols. 3 &9). Qom: 'Allamah Mujaddid Waheed Bahbahani Institution. [In Arabic]
9. Bahjat, M. T. (1423 AH). *Wasilat al-Najah*. Qom: Shafaq. [In Arabic]
10. Bahrani, Y. (1363 AH). *Al-Hada'iq al-Nadhirah fi Ahkam al-'Itrah al-Tahirah* (Vol. 2). Qom: Islamic Publication Center. [In Arabic]
11. Esfahani, S. A. (1392 AH). *Wasilat al-Najah* (R. Musavi Khomeini, Ed., Vol. 1). Tehran: Institution for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
12. Eshqi, Z., & Andalibi, R. (1400 AP). The Role of Maslus and Mobtoun in Hajj. *Maqat Hajj*, 111, pp. 27-51. [In Persian]

13. Eshtehardi, A. P. (1417 AH). *Madarek al-'Urwah* (Vol. 4). Tehran: Osveh. [In Arabic]
14. Fayoumi, A. (1414 AH). *Al-Misbah al-Munir fi Ghareeb al-Sharh al-Kabir lil-Rafi'i* (2nd ed.). Qom: Dar al-Hijrah. [In Arabic]
15. Fazel Hendi, M. B. (1416 AH). *Kashf al-Litham 'an Qawa'id al-Ahkam* (Vol. 1). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
16. Fazel Lankarani, M. (1390). *Tafsir al-Shari'ah fi Sharh Tahreer al-Wasilah* (1st ed., Vol. 3). Qom: Fiqhi Center of the Infallible Imams. [In Arabic]
17. Fazel Meghadad, M. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i' li Mukhtasar al-Shara'i'* (Vol. 1). Qom: Ayatollah al-Uzma al-Mar'ashi al-Najafi Library. [In Arabic]
18. Golpaygani, M. R. (1371 AP). *Hidayat al-'Ibad* (Vol. 1). Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic]
19. Ha'iri, M. (1425 AH). *Sharh al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 4). Qom: Islamic Publishing Institution. [In Arabic]
20. Hakim, M. T. (1979). *Al-Usul al-'Amah lil-Fiqh al-Muqarin* (2nd ed.). Beirut: Aal-al Bayt. [In Arabic]
21. Hakim, S. M. (1374 AH). *Mustamsik al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 2). Qom: Dar al-Tafsir. [In Arabic]
22. Hakim, S. M. (1425 AH). *Minhaj al-Salihin* (3rd ed., Vol. 1). Qom: Dar al-Hilal. [In Arabic]
23. Hamdani, A. Z. (1419 AH). *Masbah al-Faqih* (1st ed., Vol. 3). Qom: Maktab al-'Ilami al-Islami. [In Arabic]
24. Hashemi Shahroodi, S. M. (1398 AP). Jurisprudential culture according to the school of Ahl al-Bayt (1st ed., Vol. 7). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia. [In Arabic]
25. Hurr 'Amili, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1st ed., Vols. 1& 26). Qom: Aal al-Bayt. [In Arabic]
26. Husseini Shabr, A. (1383 AH). *Al-'Amal al-Aqbi fi Sharh al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 2). Najaf Ashraf: Matba'at al-Najaf. [In Arabic]
27. Ibn Athir, M. (1367 AH). *Al-Nihayah fi Ghareeb al-Hadith wa al-Athar* (4th ed., Vol. 5). Qom: Ismailiyan. [In Arabic]

28. Ibn Babawayh, M. (1413 AH). *Man La Yahzar al-Faqih* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
29. Ibn Manzur, M. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3rd ed.). Beirut: Dar Sader. [In Arabic]
30. 'Iraki, A. (1410 AH). *Ta'liqah Istidlaliyyah 'ala al-'Urwah al-Wuthqa*. Qom: Islamic Publication. [In Arabic]
31. Ja'fari Langroudi, M. J. (1378 AH). *In-depth in Legal Terminology* (1st ed., Vol. 2). Tehran: Ganj-e Danesh Library. [In Persian]
32. Jawhar, S. (2003). Fiqh al-Wudu': Wudu'. *Baqiyat Allah Journal*, 138, 64-67. [In Arabic]
33. Jawhari, I. (1376 AH). *Al-Sahah* (1st ed., Vol. 3). Beirut: Dar al-'Ilm lil-Malayin. [In Arabic]
34. Kazemi Khorasani, M. A. (1406 AH). *Fawa'id al-Usul* (Vol. 3). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
35. Khoi, S. A. (1418 AH). *Mawsuat al-Imam al-Khoi* (Vol. 6). Qom: Revival of Imam Khomeini's Works Institution. [In Arabic]
36. Kulayni, M. A (1429 AH). *Al-Kafi* (1st ed., Vol. 6). Qom: Dar al-Hadith. [In Arabic]
37. Majd Zadeh, B. (1391 AP). *Conditional rulings* (Essence, standard, Instances, Consequence). Ferdowsi University of Mashhad. [In Persian]
38. Makarem Shirazi, N. (1384 AP). *Manasik Hajj*. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School. [In Arabic]
39. Mamqani, A., & Qomi, Kh. (1341 AH). *Makhzan al-Li'ali fi Furugh al-'Ilm al-Ijmal*. Najaf Ashraf: Matba'at al-Murtazawiyah. [In Arabic]
40. Mashkini, A. (1390 AP). *Al-Ta'liqah al-Istidlaliyyah 'ala Tahreer al-Wasilah* (Vol. 1). Qom: Dar al-Hadith. [In Arabic]
41. Mohaqqiq Hilli, J. (1412 AH). *Al-Nihayah wa Nukat* (Vol. 1). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Persian]
42. Montazeri, H. (n.d.). *Al-Ta'liqah 'ala al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 1). Tehran: n.p. [In Arabic]

43. Mortaza Zobeydi, M. (1414 AH). *Taj al-'Arous* (1st ed., Vol. 8). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
44. Mozaffar, M. R. (1405 AH). *Usul al-Fiqh* (Vol. 2). Qom: Danesh-e Islami. [In Arabic]
45. Mughniyah, M. J. (1975). *'Ilm Usul al-Fiqh fi Thawbihi al-Jadid*. Beirut: Dar al-'Ilm lil-Malayin. [In Arabic]
46. Muhaqqiq Karki, A. (1414 AH). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id* (Vol. 1). Qom: Aal-al Bayt. [In Arabic]
47. Muhaqqiq Sabzewari, M. (n.d.). *Dhuhrat al-Ma'ad fi Sharh Irshad* (Vol. 1). Qom: Aal-al Bayt. [In Arabic]
48. Muqaddas Ardabili, A. (n.d.). *Majma' al-Faidah wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adhhan* (Vol. 3). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
49. Musavi Amoli, M. (1411 AH). *Mudarik al-Ahkam fi Sharh Shara'i al-Islam* (Vol. 3). Mashhad: Aal-al Bayt. [In Arabic]
50. Musavi Khomeini, S. R. (1392 AP). *Tahrir al-Wasilah* (Vol. 1). Tehran: Center for the Organization and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
51. Najafi, M. H. (1365 AP). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam* (2nd ed., Vols. 2 & 11). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyyah. [In Arabic]
52. Naraghi, A. (1415 AH). *Mustanad al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'ah* (Vol. 7). Qom: Al-al Bayt. [In Arabic]
53. Rohani, A., & Alizadeh, N. (1396 AP). Al-Khall fi al-Ghushl With a focus on the views of Imam Khomeini. *Matin Research Journal*, 75, pp. 111-128. [In Arabic]
54. Rohani, S. S. (1435 AH). *Minhaj al-Salihin* (2nd ed., Vol. 1). Beirut: Dar Bilal for Printing and Publishing. [In Arabic]
55. Sabzavari, S. A. (1413 AH). *Muhadhdhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram* (Vol. 7). Qom: Sayyid Abdul Ali Musavi Sabzavari. . [In Arabic]
56. Safi Gilpaygani, A. (1385 AP). *Dhuhrat al-'Aqbi fi Sharh al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 6). Qom: Ganj-e Erfan. [In Arabic]

57. Salehi Mazandarani, I. (1376 AP). *Miftah al-Basirah fi Fiqh al-Shari'ah* (Vol. 6). Qom: Ayatollah al-Uzma Salehi Mazandarani Library. [In Arabic]
58. Shabiri Zanjani, M. (1388 AH). *Tawdih al-Masa'il*. Qom: Salsabil. [In Arabic]
59. Shahid Avval, M. (1430 AH). *Mawsuat al-Shahid al-Awwal* (Vol. 9). Qom: Islamic Sciences and Culture Research Institute, Center for Revival of Islamic Works. [In Arabic]
60. Shahid Avval, M. (1435 AH). *Ghayat al-Murad fi Sharh Irshad al-Adhhan* (Vol. 1). Qom: Islamic Sciences and Culture Research Institute. [In Arabic]
61. Sistani, S. A. (1418 AH). *Minhaj al-Salihin* (7th ed., Vol. 1). Beirut: Dar al-Mu'arrikh al-Arabi. [In Arabic]
62. Sistani, S. A. (1425 AH). *Al-'Urwah al-Wuthqa* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Maktabah Ayatollah al-Uzma al-Sistani. [In Arabic]
63. Sistani, S. M. (n.d.). *Qa'idah La Dharar wa La Dhirar* (S.A. Sistani, Ed.). Qom: n.p. [In Arabic]
64. Tabataba'i Borujerdi, S. H. (1426 AH). *Tabayan al-Salah* (A. Safi Gilpaygani, ED., Vol. 6). Qom: Ganj-e Erfan. [In Arabic]
65. Tabatabai Tabrizi, S. M. (n.d.). *Baghiyat al-Huda fi Sharh Wasilat al-Najah* (Vol. 1). Najaf Ashraf: Matba'at al-Adab. [In Arabic]
66. Tahanawi, M. A. (1996). *Kashaf Istilahat al-Funun* (1st ed., Vol. 2). Beirut: Maktabat Lebanon Nashrun. [In Arabic]
67. Tarhini 'Ameli, M. H. (1385 AH). *Al-Zubdah al-Fiqhiyyah fi Sharh al-Rawdah al-Bahiyyah* (Vol. 2). n.p: Dar al-Fiqh for Printing and Publishing. [In Arabic]
68. Tha'labi, A. (1414 AH). *Fiqh al-Lughah* (1st ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
69. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah* (Vol. 1). Tehran: Maktabat al-Murtazawiyyah. [In Arabic]
70. Tusi, M. (1407 AH). *Al-Khilaf* (Vol. 1). Qom: Islamic Publication. [In Arabic]

71. Tusi, M. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam* (4th ed., Vol. 2). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
72. Yazdi, M. (1386 AP). *Al-'Urwah al-Wuthqa* (N .Makarem Shirazi, Ed., Vol. 1). Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School. [In Arabic]
73. Yazdi, M. (1421 AH). *Al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 1). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
74. Yazdi, S. M. (1388 AP). *Al-'Urwah al-Wuthqa wa al-Taliqat 'alayha* (Vol. 3). Qom: Al-Sibtayn International Foundation. [In Arabic]
75. Zobeydi, M. (1414 AH). *Taj al-'Aarus min Jawahir al-Qamus* (Vol. 18). Beirut: Dar al-Fikr. . [In Arabic]
76. Internet Website of Ayatollah Al Uzma Mazaheri, Lesson on Foreign Jurisprudence, Access Date: 06/04/1401
<http://www.almazaheri.ir/Farsi/Index.aspx?TabID=0702&ID=1011&IDSound=0>
77. School of Jurisprudence, Lesson on Foreign Jurisprudence by Professor Hoseini Bushehri, Access Date: 06/04/1401
www.eshia.ir/feqh/archive/text/bushehri/feqh/99/990803
78. School of Jurisprudence, Lesson on Foreign Jurisprudence by Professor Tavakol (Najaf Ashraf), Access Date: 06/04/1401
www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/tavakol/feqh/93/931028
79. School of Jurisprudence, Lesson on Foreign Jurisprudence by Professor Sayyed Kazem Mostafavi, Access Date: 06/04/1401
www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/mostafavi/feqh/96/970118

Research Article

The Possibility of Stipulating the Termination of Option before Contract in Imamiya Jurisprudence and Iranian Law

Jafar Nezamolmolki¹

Moahmmad Salehi Mazandarani²

Received: 07/02/2023

Accepted: 24/10/2023



Abstract

Option belongs to the category of rights, not obligations, and therefore it can be terminated. The notion of terminating an option before the contract refers to eliminating the cause and necessity of the option right, rather than nullifying it after its creation. There is uncertainty regarding the capability of stipulating the termination of an option before the contract in Imami jurisprudence and Iranian positive law. The stipulation for the termination of an option before the contract may take the form of a separate agreement regarding the option, an independent condition concerning the option, or even an incidental provision other than the contract that includes the option right. Based on the findings of the present descriptive-analytical study, considering the evolved jurisprudential developments, it is possible and acceptable to stipulate the termination of an option before the contract in each of the aforementioned forms in

1. Ph.D., Private Law, University of Qom, Qom, Iran (Corresponding author).

Email: jafarnezamolmolki@gmail.com.

ORCID: 0000-0003-3386-0624

2. Associate Professor, Department of Private Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: m.salehimazandarani@qom.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-0996-4944

* Nezamolmolki, J., & Salehi Mazandarani, M. (1402). The Possibility of Stipulating the Termination of Option before Contract in Imamiya Jurisprudence and Iranian Law. *Journal of Fiqh*, 30(115), pp. 133-158. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.65920.2616>

● © Author (s).

Imami jurisprudence and Iranian law. However, the existing civil law regulations in this regard are incomplete and ineffective, and their modification, from the perspective of a general definition of conditions that also encompasses pre-contractual conditions, the acceptance of the stipulation for the termination of the option before the contract, the expression of various forms of its legal implications, and ultimately the determination of essential instances of options, is necessary.

Keywords

Pre-contractual condition, option condition, termination of option, incidental condition, option right.

مقاله پژوهشی

قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

جعفر نظام‌الملکی^۱ محمد صالحی‌مازندرانی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

چکیده

خیار از زمره حقوق است و نه احکام؛ از این رو می‌توان آن را ساقط نمود. منظور از سقوط خیار قبل از عقد از میان بردن سبب و مقتضی حق خیار است و نه اسقاط آن پس از ایجاد. درباره قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران تردید وجود دارد. شرط سقوط خیار قبل از عقد ممکن است در قالب قرارداد مستقل درباره خیار، ایقاع مستقل درباره خیار و همچنین ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار صورت گیرد. بر مبنای نتایج تحقیق حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی به عمل آمده است، با توجه به تحولات فقهی صورت گرفته، شرط سقوط خیار قبل از عقد، در هر یک از صورت‌های پیش گفته در فقه امامیه و همچنین در حقوق ایران ممکن و مورد پذیرش است، با وجود این مقررات قانون مدنی در این زمینه ناقص و ناکارآمد است و تغییر آنها از منظر بیان تعریف عام از شرط، به گونه‌ای که شروط قبل از عقد را نیز در بر گیرد و همچنین پذیرش شرط سقوط خیار پیش از عقد و بیان احکام صورت‌های مختلف آن و در نهایت تعیین مصادیق خیار ضروری است.

کلیدواژه‌ها

شرط قبل از عقد، شرط خیار، سقوط خیار، شرط ضمن عقد، حق خیار.

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).

jafarnezamolmolki@gmail.com.

ORCID: 0000-0003-3386-0624

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران.

m.salehimagandarani@qom.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-0996-4944

* **استناد به این مقاله:** نظام‌الملکی، جعفر؛ صالحی‌مازندرانی، محمد. (۱۴۰۲). قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران. فصلنامه علمی-پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۵)، صص ۱۳۳-۱۵۸.

<https://doi.org/10.22081/jf.2023.65920.2616>

© Author (s)



۱۳۳
فقه

قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد موضوع تردید فقهی و حقوقی است. اگرچه این بحث در آثار فقیهان مغفول نمانده است، غالباً پرداختن به آن و تحلیل مسئله پیش از تحولات اخیر در فقه و حقوق از منظر اصل آزادی قراردادهای، شناسایی قراردادهای نامعین، اندیشه پذیرش شرط ابتدایی، ردّ نظریه بطلان اسقاط مالیم یجب و ... و یا بدون توجه به آنها بوده است. افزون بر این در اینجا تردیدهایی در زمینه اینکه آیا اسقاط خیار قبل از عقد ممکن است؟ و آیا پذیرش شرط سقوط خیار قبل از عقد با توجه به ماهیت شرط و اینکه بسیاری از فقیهان (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۳۳۶ و سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۴۹-۴۶) و حقوق دانان (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۵ و امامی، ۱۳۳۴، صص ۲۶۸-۲۶۹ و کاتوزیان، ۱۳۸۶، صص ۲۹۶-۲۹۷ و قاسم‌زاده، ره‌پیک و کیایی، ۱۳۹۰، ص ۹۵ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۳۸۵) برای شرط نسبت به عقد ماهیت تبعی قائل اند ممکن است؟

از منظر ضرورت کاربردی، مصادیق مختلف شرط سقوط خیار قبل از عقد نیز متصور و محقق بوده است که ضرورت توجه و پرداختن به وضعیت حقوقی شرط یادشده را توجیه می‌نماید؛ صرف نظر از شرط ضمنی بنایی، امروزه در مواردی که رویه معاملاتی فی‌مابین اشخاص برقرار می‌شود، با انعقاد یک تفاهم‌نامه برخی شروط اصلی، از جمله شرط سقوط خیار، موضوع توافق واقع گردیده و پس از آن معاملات متعددی بین اشخاص محقق شده و به واسطه اصل سرعت و اعتماد، بسیاری از جزئیات موضوع توافق مجدد واقع نگردیده و در موارد سکوت شرط سقوط خیار نسبت به قراردادهای بعدی جریان می‌یابد.

افزون بر این در زمینه قراردادهای مرتبط بعدی نسبت به موضوع واحد نیز چه‌بسا پیش از عقد، شرط سقوط خیار موضوع توافق واقع گردد؛ همچون آنکه شرکت نرم‌افزاری در حین فروش محصول نرم‌افزاری خویش شرط سقوط خیار را درج نماید و در قرارداد فروش درج کند که فروش هرگونه برنامه ارتقا و توسعه همین نرم‌افزار با شرایط مشابه با قرارداد حاضر بوده و در صورت مسکوت ماندن موضوع در توافق‌های بعدی، این توافق نسبت به آنها جریان می‌یابد.

پذیرش سقوط خیار در رویه تجاری و معاملاتی در حوزه خاص و معاملات اشخاص در بستر رویه مذکور، پس از نهادینه شدن سقوط خیار به عنوان یکی از اجزای مفروض توافق و همچنین تسری شرط سقوط خیار عیب در قرارداد بیع نسبت به قراردادهای بیع آینده محصولات مرتبط با محصول اولیه نیز دیگر مصادیق شرط سقوط خیار هستند.

ممکن است در قراردادهای ارفاقی و یا در مواردی که یکی از دو طرف در صدد جلب رضایت و اعتماد طرف مقابل برای انعقاد معاملات متعدّد در دوره زمانی خاص می‌باشد، اقرارنامه‌ای حاوی ایقاع را از جمله نسبت به اسقاط حق خیار در ارتباط با بعضی صورت‌های خیارات یا تمامی آنها درباره هر یک از عقود مذکور که در آینده محقق می‌گردند، تنظیم کند.

تحقیق حاضر می‌کوشد قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد را در فقه امامیه و حقوق ایران با لحاظ تحولاتی چون آزادی قراردادها و شناسایی عقود غیرمعین، اندیشه پذیرش شروط ابتدایی و رد نظریه بطلان اسقاط مالم یجب و ... مورد تحلیل و ارزیابی قرار دهد. برای دستیابی بدین مقصود در قسمت نخست مقاله، قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد به‌طور کلی و در قسمت دوم مقاله، قابلیت شرط مذکور در مورد صورت‌های گوناگون این شرط، یعنی قرارداد مستقل درباره سقوط خیار قبل از عقد، شرط سقوط خیار قبل از عقد در قالب ایقاع مستقل و همچنین شرط سقوط خیار ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار تحلیل و ارزیابی شود.

۱. تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به‌طور کلی

۱-۱. نظریه عدم قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به‌طور کلی

مشهور فقیهان امامیه یکی از شرایط اساسی الزام‌آور بودن شرط را ذکر آن ضمن عقد می‌دانند و دیگر شروط را الزام‌آور نمی‌دانند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۳۳۶ و سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۴۶-۴۹)؛ بر این اساس ایشان شرط سقوط خیار قبل از عقد را الزام‌آور نمی‌دانند

(انصاری، پیشین، ۳۸). مهم‌ترین مستندات و ایرادات مورد استناد دیدگاه مخالف در ذیل مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد:

۱. در اکثر کتاب‌های لغت شرط به معنای الزام و التزام چیزی در ضمن عقد بیع و دیگر عقود آمده است (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۸). از نظر اصطلاحی نیز شرط همواره در ارتباط با چیز دیگر (موسوی خویی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۳۷) و یا به تبع آن تبیین و تفسیر می‌گردد. عرف عقلا نیز از لغت شرط، تعهد ضمن معامله را می‌فهمد؛ بنابراین ادله شروط، شرط سقوط اختیار قبل از عقد را در بر نگرفته و نمی‌توان بر مبنای آنها بر الزام آور بودن این نوع شرط قائل شد (ذاکر صالحی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۱).

۲. شرط در لغت، عرف و اصطلاح به معنای الزام و التزام است (انصاری، ۱۴۲۸ق، صص ۳۰۳-۳۰۱ و ابوجیب، ۱۴۰۸ق، ص ۱۹۲). شرط سقوط اختیار از نوع شرط نتیجه بوده است که نمی‌تواند موضوع الزام و التزام واقع گردد؛ زیرا امری خارج از قدرت و اختیار مشروط علیه می‌باشد (گیلاتی نجفی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۱۹).

۳. مطابق فقه شافعی و دیدگاه بسیاری از فقیهان امامیه پیش از عقد حتی سبب و مقتضی حق اختیار هم ایجاد نشده است؛ از این رو سقوط اختیار قبل از عقد اسقاط مالم یجب و در نتیجه باطل است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۹ و اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۵۲ و گیلاتی نجفی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۱۹)؛ مخالفان در این زمینه به‌ویژه به روایت «یتخیرون اذا غبنوا؛ زمانی که مغبون واقع شدند، اختیار می‌یابند» در مورد اختیار غبن استناد می‌کنند؛ بدین نحو که بر مبنای این روایت اشخاص تنها زمانی حق اختیار می‌یابند که مغبون واقع شوند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۹، و عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص ۱۹۶ و ۲۰۰ و ۲۱۱)؛ بنابراین همچنان که پیش از ایجاد غبن حق اختیار برای اشخاص متصور نیست، پیش از عقد نیز که هنوز حق اختیار محقق نشده است، نمی‌توان آن را ساقط کرد. این چنین شرط سقوط اختیار قبل از عقد اسقاط مالم یجب است که وفق حکم عقل و اجماع فقیهان امامیه باطل می‌باشد (مولودی قلابچی، ۱۳۷۹، ص ۹۵).

۴. عقود اسلامی محدود و منحصر به موارد معین موجود در زمان شارع است و نه غیر آن. از میان فقیهان شیعه، فقیهانی که به تأسیسی بودن عقود و الفاظ معامله‌ها قائل اند

و همچنین فقیهانی که بر مبنای اعتقاد به عدم ورود دلیل بر صحت عقود غیرمعین، اصل اولی فساد را بر آنها حاکم می‌دانند، مانند صاحب مسالک، صاحب ارشاد، صاحب قواعد، صاحب ریاض و صاحب غنیه (ابن زهره)، عقود غیرمعین و جدید را قبول ندارند (سلیمان‌پور، ۱۳۸۲، ص ۸۱). مطابق این دیدگاه شرط سقوط خیار قبل از عقد اگر در قالب ایقاع و یا قرارداد مستقل باشد، چون با هیچ یک از عناوین معین انطباق ندارد، باطل است.

۵. شرط همواره در ارتباط با یک عقد معنا می‌یابد (موسوی خویی، پیشین، ص ۱۳۷)؛ بر این اساس مشهور فقها یکی از شرایط اساسی الزام آور بودن شرط را ذکر آن در ضمن عقدی می‌دانند که شرط ناظر بر آن استو با توجه به همین واقعیت، شروط ابتدایی را باطل دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۳۳۶؛ سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۴۶-۴۹)؛ بنابراین در بطلان شرط سقوط خیار قبل از عقد تردید نباید کرد.

۶. حتی در فرض پذیرش این امر که عموم ادله شروط، شروط قبل از عقد را نیز در بر می‌گیرد و شروط مذکور بر مبنای ادله پیش گفته لازم الاتباع است، با توجه به روایاتی که بر بطلان شروط سابق بر عقد دلالت دارند و ادعای اجماع در خصوص آنها از سوی برخی فقیهان همچون صاحب ریاض المسائل شده است، باید قائل بر آن شد که ادله عام شروط از این منظر و در ارتباط با شروط سابق بر عقد تخصیص خورده است (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۸۱) و شرط سقوط خیار قبل از عقد را در بر نمی‌گیرد و در نتیجه شرط مذکور الزام آور نیست. با توجه به همین واقعیت برخی فقیهان شرط خارج از قرارداد از جمله شرط سقوط خیار قبل از عقد را مترادف وعده دانسته‌اند و در اثبات وجوب وفای به آن تردید کرده‌اند (همان، ص ۱۸۲). برخی از نویسندگان نیز پذیرش وصف الزام آور برای شروط این چنین را بر پذیرش وجوب وفای به وعده مبتنی می‌دانند؛ «لیکن علی الظاهر چنین دلیلی وجود ندارد» (گرگی، ۱۳۸۷، ص ۴۶).

۲-۱. اثبات قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد

۱-۲-۱. نقد ایرادهای مخالفان قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد

در نقد ایرادهای مخالفان، با همان ترتیبی که در بحث از نظریه عدم قابلیت شرط

سقوط خيار قبل از عقد موارد ایرادها ذکر گردید، به نقد و ارزیابی آنها می‌پردازیم:

۱. به‌رغم ادعای مخالفان نمی‌توان به طور مطلق گفت که شرط در لغت به معنای الزام و التزام ضمن بیع و مانند آن است؛ بلکه بعضی از اهل لغت شرط را تعهد معنی کرده‌اند. افزون بر این در فهم اصطلاحات شرعی نخست می‌بایست حقیقت شرعی، در صورت فقدان آن حقیقت عرفی (عرف متشرعین) و سپس حقیقت لغوی ملاک قرار گیرد؛ نه آنکه از بدو امر حقیقت لغوی ملاک قرار گیرد (محقق داماد، ۱۳۹۰، صص ۶۳-۶۴).

در مورد اصطلاح شرط، از برخی روایات معصومین بر می‌آید که شرط به معنای مطلق التزام و تعهد است، صرف نظر از آنکه ضمن عقدی از عقود باشد یا خیر (صائمی، ۱۳۸۲، ص ۸۴). در ذیل به چند مورد از این روایات اشاره می‌شود:

- در حدیث بیع بریره، امام علیه السلام فرمود: «ان قضاء الله احق و شرطه اوثق». در این روایت به عهد خداوند با انسان اطلاق «شرط» شده است، بدون اینکه مرتبط با عقدی باشد (ذاکر صالحی، پیشین، ص ۱۸۶ و انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۳۰۱).

- عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام پرسید اگر مردی با زوجه‌اش شرط کند که اگر من ازدواج مجدد کردم، تو مطلقه باشی، چه حکمی دارد؟ حضرت پاسخ داد این شرط باطل است و سپس فرمود رسول الله گفته است: «من اشترط شرطاً سوی کتاب الله لایجوز ذلك له و لا علیه» (طباطبایی، بی‌تا، ص ۳۲۸). «هر کس شرطی مغایر با کتاب خدا را شرط نماید، نه مشروط له جائز به استفاده و استناد به شرط مذکور است و نه آنکه مشروط علیه الزامی در خصوص اجرای شرط دارد».

در این روایت سؤال راوی درباره شرط ابتدایی است و نه شرط ضمن عقد نکاح و امام پاسخ آن را به‌طور کلی داده است، اعم از اینکه شرط ضمن عقد باشد یا خیر.

در مرحله بعد در فرض بعید فقدان، حقیقت شرعی، حقیقت عرفیه و عرف متشرعین ملاک عمل خواهد بود و به رجوع به حقیقت لغوی نیازی نیست. شرط در عرف به معنای مطلق الزام و التزام است؛ چنان که فقیهان ادوار مختلف نیز از شرط چنین برداشت کرده‌اند و بارها برای لزوم عقود به حدیث شریف «المومنون/ المسلمون عند شروطهم» تمسک کرده‌اند. در این وضعیت بدون تردید صدق شرط بر خود عقد، مستلزم آن است

که مدلول شرط، مطلق الزام و التزام باشد، نه صرفاً التزامات تبعی (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۶۴). از نظر اصطلاحی نیز این معنا را برخی فقیهان شاخص و سرآمد همچون شیخ انصاری، محمد کاظم طباطبایی یزدی و نراقی پذیرفته‌اند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ص ۳۰۳ و شکاری، ۱۳۷۷، ص ۸۶).

۲. این ایراد که شرط سقوط خیار از نوع شرط نتیجه بوده و نمی‌تواند موضوع الزام و التزام قرار گیرد نیز مردود و متضمن نوعی تناقض است؛ زیرا مخالفان نیز شرط را به معنای الزام و التزام می‌دانند. در این وضعیت، چنانچه نتیجه، موضوع شرط که نوعی الزام و التزام است، واقع گردد، باید ماهیت شرط گونه آن مورد سؤال قرار گیرد؛ این در حالی است که این امر مورد تردید مخالفان قرار نگرفته و ایشان همواره در تعبیرها و استدلال‌های خویش از اصطلاح «شرط نتیجه» استفاده کرده‌اند (گیلاتی نجفی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۲۰). به علاوه آنچه در شرط نتیجه موضوع الزام و التزام واقع می‌گردد، نتیجه عقود و ایقاعات است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۵۹)؛ بر این اساس شرط نتیجه تنها در مواردی ممکن است که نتیجه به صرف اشتراط حاصل شده و به سبب خاصی احتیاج نداشته باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۵۹ و صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۹۳ و کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۴)؛ این چنین سایر مواردی که نیازمند سبب خاصی است، اعم از آنکه انجام‌دادن آن برای مشروط علیه مقدور باشد و یا آنکه قادر به انجام آن نباشد، خارج از قلمرو شرط نتیجه است؛ بنابراین این ایراد که مبتنی بر اینکه شرط نتیجه خارج از حیطة قدرت و اختیار شرط‌کننده می‌باشد، نیز منتفی است.

۳. ادعای مخالفان شرط سقوط خیار پیش از عقد مبنی بر اسقاط مالم یجب بودن آن، ادعایی ضعیف بوده و نمی‌توان بر مبنای آن نسبت به الزام‌آور بودن شرط سقوط خیار ضمن عقد تردید کرد؛ زیرا آنچه از شرط سقوط خیار قبل از عقد مورد نظر است، اشتراط عدم خیار و عدم ثبوت آن در بدو امر و جلوگیری از ایجاد خیار از ابتداست؛ از این رو اساساً چیزی محقق نمی‌گردد تا اسقاط گردد؛ بنابراین ایراد اسقاط مالم یجب خود به خود مرتفع می‌گردد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۱۴۸).

چنانچه معتقد شویم که شرط مذکور مصداق اسقاط مالم یجب است نیز باز هم در الزام‌آور بودن آن تردید نباید کرد؛ زیرا هیچ دلیل متقنی مبنی بر بطلان اسقاط مالم یجب

وجود ندارد (موسوی خویی، بی تا، ج ۷، ص ۱۲۳ و نظام الملکی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۷، صص ۱۲ - ۱۳). توضیح آنکه مستندات قائلان به بطلان اسقاط مالم یجب دو چیز است: (۱) محال عقلی مالم یجب؛ (۲) اجماع فقیهان امامیه بر بطلان اسقاط مالم یجب (مولودی قلابچی، ۱۳۷۹، ص ۹۵).

محال عقلی اسقاط مالم یجب مورد تردید است؛ چنانکه عقل انشای طلاق پیش از ازدواج و انشای بیع قبل از معامله را محال نمی دانند (موسوی خویی، بی تا، ص ۳۴)؛ در حالی که در این موارد نیز فرد نسبت به اموری که در آینده ایجاد می شود، انشای حق و ایجاد اثر حقوقی می نماید.

آنچه از سیره عقلا بر می آید نیز منع موارد اسقاط مالم یجب بر مبنای محال عقلی آنها نیست، بلکه سیره عقلا خود مؤید اسقاط مالم یجب بوده و موارد اسقاط مالم یجب را دارای اثر می داند (موسوی خویی، بی تا، ص ۷۴) نه آنکه آن را منع کند.

اجماع یادشده نیز ناشی از تعبد و لزوم تبعیت از حکم شارع بر مبنای تعبد مذکور نیست، بلکه این اجماع از منظر عدم اعتبار اسقاط مالم یجب در نزد عقلا مطرح گردیده است؛ در حالی که چنان که گذشت عقلا منعی برای اسقاط مالم یجب قائل نیستند (موسوی خوئی، بی تا، ج ۶، ص ۳۳۷). به علاوه جواز اسقاط مالم یجب در میان فقیهان امری معروف است؛ لذا نمی توان در مورد بطلان آن ادعای اجماع کرد (موسوی خوئی، بی تا، ج ۷، ص ۳۵).

۴. امروزه در فقه امامیه و در میان فقیهان متأخر اندیشه توقیفی بودن عقود و در پی آن انحصار آنها به موارد معین مهجور مانده است. بیشتر فقیهان متأخر و همچنین فقیهان بزرگ معاصر همچون سید کاظم یزدی، شیخ انصاری، نائینی و خوانساری، امام خمینی، و صاحب مصباح الفقاهه، صاحب عناوین الفقهیه، صاحب نهایه المقال، صاحب مناهل، بر مبنای امضایی بودن عقود و اینکه عموم و اطلاق ادله از عقود معین و متداول در عصر شارع فراتر رفته، عقود غیر معین را نیز از نظر شرعی صحیح می دانند (سلیمان پور، پیشین، ص ۸۳).

امروزه در نظام حقوقی کشورهای گوناگون و حقوق ایران اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها و به تبع آن، آزادی شروط اصلی مسلم و فراگیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۵،

ص ۳۲ و ماده ۹۷۵ قانون مدنی). این چنین دیگر اندیشه توفیقی بودن عقود و حصر آن به موارد معین، نه در فقه معاصر و نه در حقوق ایران، محلی برای اجرا نیافته و منسوخ گردیده است؛ از این رو با این توجیهاست نمی توان در الزام آور بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد، در مواردی که ضمن عقدی از عقود معین نیامده، تردید کرد.

۵. در پاسخ به ایراد شرطیت ذکر در عقد، به عنوان یکی از شرایط اساسی الزام آور بودن شرط و بطلان شرط سقوط خیار به دلیل فقدان این خصیصه باید گفت: شرطیت مذکور امری متفق القول نیست تا مبنای توجیه نظر مخالفان شرط سقوط خیار قبل از عقد قرار گیرد. از یک سو برخی از فقیهان بزرگ همچون شیخ طوسی و قاضی ابن براج طرابلسی (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۱ و طرابلسی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۵۴) شرط سقوط خیار پیش از عقد را نیز صحیح می دانند. از سوی دیگر در بحث از شروط صحت شرط از شرطیت ذکر در عقد سخنی به میان نیامده است (محقق داماد، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۶۵ و گرجی، ۱۳۸۷، صص ۴۶-۴۷). قدر متیقن آنکه این امر چنین می رساند که از نظر ایشان شرط ذکر در عقد شرط الزام آور بودن شرط نیست؛ بنابراین مبنا و مستند مخالفان در رد شرط سقوط خیار قبل از عقد، از این منظر که شرط ذکر در عقد یکی از شروط اساسی الزام آور بودن شرط است، امری اختلافی بوده که نمی تواند در مقام احتجاج در خصوص عدم قابلیت الزام آور بودن شرط مذکور مورد استناد قرار گیرد.

۶. روایاتی که بر مبنای آن مخالفان در الزام آور بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد تردید کرده اند، روایاتی است که در مورد عقد نکاح مطرح شده است. حساسیت های ویژه عقد نکاح و بنیان خانواده موجب وضع احکام خاص و آمره در این زمینه می گردد؛ از جمله آنکه اشخاص هر آنچه را منظور نظر دارند به صراحت بیان دارند و این همه ضمن عقد نکاح صورت می گیرد تا کمترین شائبه ای باقی نماند. این چنین است که در روایات بر بی اعتباری شروط سابق بر عقد نکاح تأکید گردیده است؛ بنابراین فقدان ضروریات مذکور در دیگر عقود مانع از سرایت احکام عقد نکاح به آنها و اخذ ملاک برای آنها در این زمینه می باشد. این چنین عدم امکان الغای خصوصیت و تنقیح مناط در اینجا حاکم بوده و مصداق می یابد؛ از این رو شرطیت لزوم

ذکر صریح در عقد ماهیت استثنایی می‌یابد که جز در موارد منصوص نمی‌توان بدان استناد جست. در مورد شرط سقوط خیار قبل از عقد نص خاصی وجود ندارد؛ از این رو در اینجا نیز همچون دیگر موارد ذکر در عقد الزامی نیست و به اعتبار شرط لطمه‌ای وارد نمی‌سازد.

در حقوق کنونی با طرح نظریه آزادی قراردادهای، شروط و قراردادهای نمی‌بایست لزوماً در قالبی معین و پیش‌ساخته فراهم آید؛ از این رو نه تنها شرط سقوط خیار قبل از عقد ضمن عقد دیگری درست است، بلکه شرط مذکور خود می‌تواند موضوع عقد و توافقی مستقل قبل از عقد باشد؛ همچنین با پذیرش نظریه آزادی ایقاع، در الزام آوردن شروطی که ابتدائاً و به صورت یکجانبه و نه در قالب توافق دوجانبه توسط اشخاص، صورت می‌گیرد، تردید نباید روا داشت (رفعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۸-۱۲۹)؛ بنابراین قدر متیقن آنکه امروزه بطلان شرط سقوط خیار قبل از عقد بر مبنای لحاظ شرط ذکر در عقد در آن پذیرفته نبوده، و می‌توان قبل از عقد در قالب توافقی مستقل و یا ضمن عقدی دیگر شرط سقوط حق خیار نمود.

۲-۱-۲. دلایل و مستندات قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد

۱-۲-۲-۱. عمومات ادله شروط

ادله شروط عمومیت داشته و موارد شرط سقوط خیار قبل از عقد را نیز در بر می‌گیرد (طوسی، ۱۴۰۷ق، صص ۲۱-۲۲ و طرابلسی، ۱۴۱۱ق، ص ۵۴). این امر به ویژه از آن جهت تایید می‌گردد که شرط به معنای مطلق الزام و التزام می‌باشد. این چنین تمامی موارد شرط سقوط خیار قبل از عقد، اعم از آنکه به صورت مستقل موضوع قرارداد و توافقی خاص قرار گیرد، یا ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار باشد و یا آنکه به صورت ایقاع و شرط ابتدایی باشد (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۲)، جملگی شرط به معنای اصطلاحی در فقه و حقوق محسوب گردیده و مشمول عمومات ادله شروط در فقه و همچنین مبانی الزام آوردن آنها در حقوق موضوعه ایران، از قبیل اصل آزادی قراردادهای، اصل لزوم قراردادهای و ... می‌باشند.

۲-۲-۲-۱. اصل امضایی بودن معاملات و اصل آزادی قراردادها

مطابق اصل امضایی بودن معاملات، عقود منحصر به عقود معین زمان شارع نبوده و عقود غیرمعین در زمان شارع و پس از آن را نیز در بر می‌گیرد (سلیمان‌پور، ۱۳۸۲، ص ۹۵). این اصل مبتنی بر ماهیت پویای فقه و تاریخ مندی احکام اسلامی است (ایبازی، ۱۳۸۹، صص ۳۰۸-۳۰۹)، که در قلمرو احکام وضعی و احکام اجتماعی اسلامی مصداق می‌یابد تا بر مبنای آن در بخشی از احکام مذکور از جمله در حوزه عقود و معاملات، مؤلفه عدم مغایرت با مبانی و اصول شرعی ملاک عمل باشد؛ نه آنکه انطباق ساختاری موضوعیت یابد. با توجه به آنکه واژه عقد و شرط قرابت معنایی داشته و در بسیاری از موارد مترادف به کار می‌روند، اصل یادشده موارد شروط را نیز در بر می‌گیرد؛ به ویژه آنکه شرط نیز همچون عقد نوعی توافق است.

یکی دیگر از مبانی اصل امضایی بودن عقود و نظریه غیرحصری بودن آنها به موارد معین در زمان شارع (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، صص ۲۱۶-۲۳۳)، اصل اباحه و تفاوت عبادات و عقود از این منظر است؛ با این تفصیل که بر مبنای استصحاب عدم تحریم و اینکه اصل در افعال، اقوال و اشیاء اباحه است، در صحت عقود عدم تحریم شرعی کفایت می‌کند. غرض از عقود رعایت مصالح مردم است و هر آنچه این مصالح را تأمین کند مباح است؛ پس تعامل مردم با عقود جدیدی که پیش‌تر شناخته شده نبوده صحیح است.

امروزه در حقوق ایران و دیگر کشورها با پذیرش اصل حاکمیت اراده و به تبع آن اصل آزادی قراردادها، دیگر تردیدی در پذیرش عقود غیر معین باقی نمانده است. این اصل که در ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است، شرط را نیز از این قید که ضمن عقد واقع شود رها می‌سازد؛ زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می‌تواند جدای از عقد الزام‌آور باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۲). با پذیرش نظریه آزادی ایقاعات (رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۸-۱۲۹) و با لحاظ اینکه شرط در قالب ایقاع نیز واقع می‌گردد (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۲)، در مورد شرط سقوط خیار که به صورت یک‌جانبه و در قالب ایقاع واقع می‌گردد (شرط ابتدایی)، نیز تردیدی باقی نخواهد ماند.

۱۴۳
فقه

قابلیت اشتراط سقوط خیار قبل از عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

۱-۲-۳. اصل اباحه

بر مبنای این اصل در صورت تردید در حلال یا حرام بودن چیزی، اصل و قاعده آن است که آن چیز حرام نیست، مگر خلاف آن ثابت گردد (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۶)؛ بنابراین بطلان و عدم مشروعیت چهره استثنایی و خلاف اصل می‌یابد که می‌بایست اثبات گردد. این اصل در حوزه اعمال حقوقی نیز حاکم می‌باشد؛ چنان‌که برخی از استادان حقوق، اصل اباحه را معادل اصل آزادی اراده دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۲۳)؛ همچنین به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین مبانی ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده و حتی اصل آزادی قراردادها اصل اباحه است (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸). این چنین با پذیرش اصل اباحه و اصل آزادی اراده در حوزه اعمال حقوقی در الزام آور بودن شرط سقوط اختیار قبل از عقد نباید تردید کرد؛ زیرا نه تنها منعی نسبت به شرط مذکور یافت نمی‌شود، بلکه عمومات ادله شروط، اصل آزادی قراردادها و دیگر مبانی الزام آور بودن اعمال حقوقی و همچنین سیره عقلا، جملگی بر پذیرش و الزام آور بودن آن دلالت می‌نمایند.

۱-۲-۴. سیره عقلا

بنا و عرف عقلا بر صحت و لزوم معاملات عقلایی، اعم از معاملات معین و غیر معین دلالت دارد. سقوط اختیار موجب زوال حالت متزلزل عقد و لزوم آن می‌گردد؛ از این رو در عقلایی بودن شرط سقوط اختیار قبل از عقد تردید نباید کرد. این چنین شرطی، چه آنجا که ضمن عقدی از عقود و به طور تبعی باشد و چه آنجا که به طور مستقل باشد، امری عقلانی است که عرف عقلا در الزام آور بودن آن تردیدی ندارد. درباره اینکه آیا شرط سقوط اختیار قبل از عقد در قالب ایقاع نیز مورد پذیرش عقلا است یا خیر؟ باید گفت یک جانبه بودن و یا دو جانبه بودن نیز از نظر عرفی و در نگاه عقلا تفاوتی ندارد و موجب تردید در الزام آور بودن شرط نمی‌گردد؛ به ویژه آنکه از نظر فنی امکان شرط در قالب ایقاع پذیرفته شده است (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۱).

۲. تحلیل و ارزیابی قابلیت شرط سقوط خیار در صور گوناگون شرط سقوط خیار پیش از عقد

۲-۱. قرارداد مستقل درباره سقوط خیار پیش از عقد

در رابطه با این قرارداد چند تردید اساسی وجود دارد. تحلیل و بررسی این تردیدها و در صورت امکان پاسخگویی به آنها، وضعیت امر در مورد قابلیت شرط سقوط خیار قبل از عقد در قالب قرارداد مستقل را مشخص می‌سازد.

نخستین تردیدی که در این زمینه وجود دارد آن است که شرط سقوط خیار همواره در ارتباط با عقد متضمن حق خیار و به طور تبعی نسبت به آن مطرح است؛ حال چگونه می‌توان این توافق تبعی را که بر مبنای همین وضع تبعی شرط نامیده می‌شود، موضوع اصلی یک عقد مستقل از عقد متضمن حق خیار قرارداد؟ در پاسخ به این تردید می‌توان گفت از نظر فنی حقوقی هیچ منعی وجود ندارد که موضوع اصلی یک قرارداد درباره موضوع اصلی یک قرارداد دیگر و یا متفرعات و توابع آن باشد. چنانکه برخی از فقیهان معاصر امامیه و قانون مدنی کشورمان و نظام‌های حقوقی گوناگون اقاله را که موضوع آن صرفاً زوال عقد پیشین است، عقدی مستقل از عقد منشأ می‌دانند؛ چنان که در برخی تألیفات فقهی معاصر درباره آن گفته شده است: «یکون الاقالة من هذا الوجه عقداً من العقود ولازمه فسخ عقد آخر وهو عقد وقرار معاملی مستقل بین العقلاء» (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۳۹۰، ص ۵۴)؛ با وجود این، از منظر فقهی و حقوقی در ماهیت عقد گونه اقاله تردید شده است؛ بدین نحو که از منظر فقهی نظریه معروف فقیهان نیز آن است که: «أن الإقالة فسخ للعقد السابق، لا بیع جدید» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۳۰۹)؛ و صاحب جواهر الکلام نیز بیان می‌دارد: «قد یمنع کون الإقالة من العقود المصطلحة» و بر مبنای آن گفته می‌شود: «و لذا لم یصرح الأكثر إن لم یکن الجمیع بکونها عقداً، بل اقتصروا علی أنّها فسخ» (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۲، ص ۶۱۵). از منظر حقوقی نیز به ویژه بر مبنای اصطلاح «تراضی» در ماده ۲۸۳، درباره اقاله مقرر می‌دارد: «بعد از معامله دوطرف می‌توانند با تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.» تردید در ماهیت عقد گونه اقاله مطرح گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۴۳ و صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۹).

در تبدیل تعهد موضوع ماده ۲۹۲ قانون مدنی نیز وضعیت به همین نحو است. در اینجا نیز حسب مورد دوطرف معامله و یا یکی از ایشان و ثالث قراردادی منعقد می‌کند که در آن موضوع اصلی معامله، موضوع اصلی عقدی دیگر، یعنی تعهد اصلی موضوع قرارداد و تبدیل آن به اعتبار تبدیل دین، تبدیل دائن و یا تبدیل مدیون است. وضعیت در عقد ضمان و حواله نیز که از موارد عقود معین در فقه امامیه می‌باشد، به همین نحو است (صدر، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ۳۶۱ و ابن ادریس، ۱۳۸۷، ج ۱۰، ص ۱۱۲).

این چنین با توجه به شواهدی که در قانون مدنی و فقه امامیه ارائه گردید، تردیدی باقی نمی‌ماند که از نظر فنی فقهی و حقوقی و با توجه به رویکرد شارع در فقه و همچنین رویکرد قانون‌گذار ایرانی، هیچ منعی ندارد که موضوع اصلی یک عقد، موضوع اصلی عقدی دیگر باشد؛ چه رسد به فرض مورد بحث ما که در آن موضوع غیر اصلی و یکی از امور تبعی عقد، یعنی اختیار فسخ آن، موضوع عقد مستقل دیگری واقع گردیده است. به‌ویژه آنکه شرط سقوط خیار در راستای تثبیت عقد و آثار ناشی از آن می‌باشد و نه در تقابل با آن و یا تلاش برای تغییر موضوع اصلی آن.

تردید دیگری که در رابطه با شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب قرارداد مستقل وجود دارد آن است که آیا در مرحله پیش از انعقاد عقد متضمن حق خیار می‌توان در قراردادی دیگر درباره یکی از امور تبعی راجع به آن، یعنی اختیار فسخ عقد، توافقی صورت داد؟ در پاسخ باید توجه داشت که از نظر فقهی و حقوقی اینکه شرط پیش از عقد باشد، مانع پذیرش آن نیست. بدین نحو که آنچه در انعقاد یک قرارداد ملاک است، رعایت قواعد عمومی قراردادها و دیگر شرایط اساسی صحت معاملات است و نه غیر آن. هر تعهدی به آینده نظر دارد و اثری حقوقی را برای مدت زمان پس از عقد ایجاد می‌کند؛ حال گاه این اثر به طور مستقیم و تنها از همان قرارداد ناشی شده و گاه عقود و معاملات دیگر، اعم از آنکه پیش از آن منعقد شده باشند یا پس از آن، بر آثار و قلمرو عقد مذکور اثر می‌گذارند؛ چنانکه اگر در عقد اجاره حق انتقال به غیر سلب گردد، فرد نمی‌تواند آن را به دیگری اجاره دهد و عقد اجاره بعدی باطل است؛ از این رو شرط سقوط خیار قبل از عقد چنانچه شرایط اساسی

صحت معامله را داشته باشد، با رعایت اصل نسبی بودن قراردادها در رابطه با دوطرف معامله مؤثر و نافذ است؛ چنان که شرط بنایی یا تبانی را که پیش از عقد واقع می‌گردد، در فقه امامیه بسیاری از فقیهان بزرگ امامیه از قبیل آیت الله خوئی (موسوی خوئی، بی تا، ج ۶، ص ۱۳۷ و ج ۷، صص ۳۴ و ۷۴) و علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص ۶۴-۶۵) پذیرفته‌اند و در حقوق موضوعه ایران نیز مطابق مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی معتبر بوده و مؤثر و الزام‌آور است.

تردید دیگری که در اینجا وجود دارد آن است که بر مبنای موارد پیش گفته، تنها با وجود دو قید اساسی شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب قرارداد مستقل، مشروع و پذیرفتنی است: اول آنکه شرایط اساسی صحت معاملات رعایت گردد؛ دیگر آنکه اصل نسبی بودن قراردادها رعایت گردد. آیا در قرارداد مستقل ناظر بر سقوط خیار پیش از عقد، این قیود وجود دارد؟ در رابطه با شرایط اساسی صحت معامله تردید اصلی نسبت به مشخص بودن موضوع معامله است. به طور کلی نمی‌توان ادعا کرد که در اینجا موضوع معامله مشخص و یا در مقابل نامشخص است؛ بلکه همچون دیگر موارد وضعیت نسبی و تابع اوضاع و احوال خاص قضیه است. در اینجا می‌بایست همان احکام و قواعد ناظر بر تعیین و تبیین موضوع معامله در قواعد عمومی قراردادها رعایت گردد. مطابق قواعد عمومی قراردادها، موضوع مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی، از منظر مشخص کردن موضوع معامله باید به گونه‌ای عمل کرد که موضوع معامله معین گردد و در میان دو یا چند چیز مردد نباشد. در گام بعدی می‌بایست به گونه‌ای عمل کرد که موضوع معامله که معین است مبهم نباشد؛ یعنی اوصاف و ویژگی‌های آن به خوبی مشخص گردد. موضوع معامله در اینجا قرارداد متضمن حق خیار است که در آینده منعقد خواهد شد. از منظر تعیین موضوع معامله باید مشخص گردد که کدامین قرارداد منظور نظر است؛ این امر به‌ویژه با ذکر موضوع معامله متضمن حق خیار مشخص خواهد گردید.

از نظر تأمین و رعایت اصل نسبی بودن قراردادها در فقه (گرجی، ۱۳۸۷، صص ۵۳-۵۶) و حقوق دوطرف معامله در قرارداد درباره سقوط خیار می‌بایست دوطرف معامله متضمن

حق خیار باشند و اشخاص قادر نخواهند بود نسبت به معاملاتی که خود یکی از دو طرف آن نیستند، شرط سقوط حق خیار کنند. بر مبنای آنچه گذشت تردیدی در قابلیت شرط سقوط خیار ضمن عقد قبل از آن در قالب عقدی مستقل از عقد متضمن حق خیار باقی نمی ماند.

۲-۲. شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب ایقاع مستقل

درباره شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب ایقاع مستقل، از دو جهت تردید وجود دارد: یکی آنکه آیا اساساً پیش از عقد شرط سقوط خیار ممکن است؟ دیگر آنکه آیا اساساً شرط سقوط خیار به صورت یکجانبه و در قالب ایقاع ممکن است؟ در مورد تردید نخست در بحث از قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به تفصیل بحث کردیم و تردید مذکور را پاسخ گفتیم؛ از این رو در ادامه به تردید دوم خواهیم پرداخت: در پاسخ به این سؤال و تردید باید گفت اگرچه در غالب موارد در فقه و حقوق شرط به عنوان امری تبعی ضمن عقد و در ارتباط با آن مطرح می گردد، این امر به معنای آن نیست که شرط در غیر این مورد متصور نیست. به شرحی که پیش تر گذشت افزون بر اینکه از منظر لغوی می توان شرط را به معنای مطلق تعهد و التزام دانست؛ صرف نظر از اینکه در قالب عقد و یا ایقاع باشد، فقیهان بزرگی همچون شیخ انصاری، طباطبایی یزدی و نراقی نیز این معنا را از منظر اصطلاحی برای شرط پذیرفته اند. آیت... مشکینی نیز در کتاب مصطلحات الفقه به صراحت تحقق شرط را در قالب ایقاع و به صورت یکجانبه ممکن دانسته است (مشکینی، ۱۴۲۸ق، ص ۳۱۲). در روایاتی که ذکرشان رفت نیز این معنای مطلق از شرط تأیید شده است. این چنین از نظر فقهی در قابلیت تحقق شرط در قالب ایقاع یا همان شرط ابتدایی تردید چندانی باقی نمی ماند. در حال حاضر در حقوق ایران نیز بر مبنای اصل حاکمیت اراده، اصل صحت ایقاعات، اصل آزادی ایقاعات و همچنین اصل نفوذ ایقاعات پذیرفته شده است. افزون بر این در اعمال حقوقی شارع و قانون گذار اسلامی و ایرانی، رویه امضایی بودن را به کار گرفته و در آنها اصل صحت و عدم ممنوعیت حاکم است؛ از این رو با توجه به فقدان منع در این

زمینه، ماده ۱۰ قانون مدنی که از آن اصل آزادی و نفوذ ایقاع نیز استنباط می‌شود (رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۶-۱۲۷) و ماده ۲۲۳ قانون مدنی که از آن اصل صحت ایقاعات نیز استنباط می‌شود (رفیعی و شجاعی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۶-۱۲۷)، به نظر می‌رسد شرط سقوط خیار پیش از عقد در قالب ایقاع ممکن و پذیرفتنی است.

۳-۲. شرط سقوط خیار پیش از عقد ضمن عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار

افزون بر تردید مبنی بر اسقاط مالم‌یجب‌بودن و اینکه چگونه ممکن است پیش از انعقاد عقد متضمن حق خیار در قراردادی دیگر درباره یکی از امور تبعی راجع به آن، یعنی اختیار فسخ عقد، توافقی صورت داد که پیش‌تر تبیین و مرتفع گردید، این تردیدها وجود دارد که:

- چگونه ممکن است ضمن یک عقد و به تبع آن، شرطی را که ناظر بر عقد دیگری است و با عقد دیگری ارتباط موضوعی می‌یابد منعقد کرد؟

- در صورت مثبت‌بودن پاسخ سؤال فوق آیا این امر در مورد سقوط خیار که از این جهت که با جواز و در مقابل لزوم و استقرار عقد، زوال و در مقابل استمرار عقد ارتباط می‌یابد، اهمیتی وافر در مقایسه با دیگر شروط دارد، ممکن است؟

در زمینه تردید سوم باید گفت آنچه از ارتباط شرط با عقد و وصف تبعی آن نسبت به عقد، در نظر است تأثیر تحقق و یا عدم تحقق یکی بر دیگری است؛ بدین نحو که عدم تحقق عقد موجب بطلان شرط است، درحالی که عدم تحقق شرط موجب بطلان عقد نبوده، بلکه تنها برای مشروط له خیار تخلف از شرط را ایجاد می‌نماید (فرحزادی، ۱۳۸۵، ۲۷-۱۵)؛ بنابراین در ارتباط عقد با شرط و تبیین رابطه این دو با یکدیگر، ارتباط موضوعی این دو با هم خصوصیت نداشته و فاقد اثر است. با توجه به همین واقعیت است که فقیهان و نویسندگان حقوقی، در مقام احصای شروط الزام‌آور بودن شرط، از لزوم ارتباط موضوعی این دو با یکدیگر سخن نگفته‌اند (انصاری، ۱۴۲۸ق، صص ۳۰۱-۳۳۹ و سرخوش، ۱۳۷۲، صص ۲۲-۲۳ و گرجی، ۱۳۸۷، صص ۴۶-۴۷). بنابر آنچه گذشت تردیدی باقی نمی‌ماند که نمی‌توان با این ایراد شرط سقوط خیار قبل از عقد ضمن عقدی غیر از عقد

متضمن حق خیار را باطل و یا غیر الزام آور دانست. این پاسخ تردید چهارم را نیز مرتفع می‌کند؛ زیرا زمانی که ارتباط موضوعی بین عقد و شرط ضروری نباشد، اینکه بخواهیم بر مبنای شدت و قلت اهمیت بین فروض گوناگون تفکیک قائل شد و این امر را در مورد شرط سقوط خیار بر مبنای اهمیت آن از این منظر نپذیریم، مصداق و موضوعیت نمی‌یابد.

نتیجه‌گیری

درباره قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد، برخی تردیدها وجود دارد. ارتباط دائمی شرط با عقد، امکان‌نداشتن درج سقوط خیار به عنوان شرط نتیجه در قالب شرط که نوعی الزام و التزام است، اسقاط مالم یجب بودن شرط سقوط خیار قبل از عقد، اندیشه توقیفی بودن عقود واحصای آنها به عقود معین، فقدان ذکر در عقد، به عنوان یکی از شروط اساسی الزام آور بودن شرط، در برخی از مصادیق شرط سقوط خیار پیش از عقد و در نهایت روایاتی که صراحتاً شروط سابق بر عقد نکاح را بی‌اعتبار و غیرالزام آور می‌دانند، جملگی ایرادات و دلایلی هستند که در خصوص نپذیرفتن شرط سقوط خیار قبل از عقد مطرح گردیده است. در مقابل مبنای و دلایل فقهی و حقوقی رد ایرادات مخالفان از یک سو و توجه و استناد به عمومات ادله شروط که موارد شرط سقوط خیار پیش از عقد را در بر می‌گیرد، اصل امضایی بودن معاملات و اصل آزادی قراردادها، اصل اباحه و سیره عقلا از سوی دیگر، قابلیت شرط سقوط خیار پیش از عقد به طور کلی در فقه امامیه و حقوق ایران را اثبات می‌کند.

اثبات امکان شرط کردن سقوط خیار در مرحله زمانی قبل از عقد، اثبات امکان شرط کردن سقوط خیار در عقدی غیر از عقد متضمن حق خیار و عدم لزوم ارتباط معنایی بین شرط و عقدی که شرط ضمن آن تحقق یافته است، و در نهایت اثبات امکان شرط سقوط خیار در قالب ایقاع و به صورت شرط ابتدایی، در مقاله حاضر، هرگونه تردید را درباره قابلیت شرط سقوط خیار در صورت‌های گوناگون شرط سقوط خیار پیش از عقد منتفی می‌نماید.

نگارنده در تحلیل و تبیین موضوع مقاله، بیش از آنکه از مقررات موجود بهره برد، از اصول و موازین فقهی و حقوقی بهره جسته است؛ زیرا مقررات کنونی در این زمینه ناقص و ناکارآمد هستند. در ذیل به مهم‌ترین ایرادها و راهکار رفع آنها اشاره می‌گردد:

۱. در قانون مدنی تبیین و تعریف مفهوم شرط مغفول مانده است؛ قانون‌گذار ایرانی تنها از نوع خاصی از شرط، یعنی شرط ضمن عقد اصلی سخن به میان آورده و احکام آن را بیان کرده است. این امر به‌ویژه از آن جهت مورد انتقاد است که تعریف شرط خود قلمرو آن را نیز مشخص می‌سازد. این در حالی است که امروزه بر مبنای اصل آزادی اراده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۲۲) و اصل حاکمیت اراده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۶۱۲)، از یک سو به موازات آزادی قراردادها، آزادی شروط نیز پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۲ و لنگرودی، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۶۱۲). از سوی دیگر بر مبنای اصل آزادی اراده در حقوق کنونی، در مورد ایقاعات نیز همچون قراردادها، هرگاه الزامی از الزامات قانونی، مانع اعمال اراده آدمی نگردد، اراده او در فعل و ترک نافذ است و از نظر قانونی قابل ترتیب اثر می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۴)؛ بر این اساس می‌بایست در قانون مدنی به عنوان مقرر عام و اصلی در این زمینه، مفهوم و سپس قلمرو شرط به‌درستی تبیین و تصریح گردد؛ به گونه‌ای که در مورد صورت‌های گوناگون شرط سقوط خیار پیش از عقد تردیدی باقی نماند و تعیین تکلیف گردد. در این زمینه توصیه می‌گردد شرط به عنوان «هرگونه الزام و التزام یک‌جانبه و یا چندجانبه» تعریف گردد که هم با مفهوم لغوی، عرفی و اصطلاحی شرط سازگاری داشته باشد و هم آنکه تمامی مصادیق شروط مورد بحث را در بر گیرد.

۲. قانون‌گذار درباره شرط سقوط خیار تنها در ماده ۴۴۸ قانون مدنی، آن هم به گونه‌ای مجمل، سخن گفته است. از این ماده تنها نفس پذیرش شرط سقوط خیار ضمن عقد اصلی استنباط می‌گردد. در این میان با توجه به ایراد اساسی آن، از منظر عمومیت شرط سقوط خیار نسبت به تمامی اقسام خیارات (برخلاف موازین فقهی و حقوقی)، حتی استناد به این مقدره در ارتباط با قلمرو شرط مذکور ممکن نیست؛ چه رسد به آنکه بخواهیم درباره دیگر صورت‌های شرط سقوط خیار ضمن عقد به این مقرره استناد

کنیم. جهت رفع این نقیصه می‌بایست بر مبنای تحولات فقهی و حقوقی بیان‌شده در مقاله، در قانون مدنی نسبت به پذیرش شرط سقوط خیار پیش از عقد و به تبع آن، احکام صورت‌های گوناگون شرط مذکور تصریح صورت گیرد؛ همچنین مصادیق خیارات اسقاط‌پذیر و در مقابل خیارات اسقاط‌ناپذیر تعیین گردد تا قلمرو شرط سقوط خیار پیش از عقد به درستی مشخص گردد.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس، محمد بن احمد. (۱۳۸۷). موسوعة ابن إدريس الحلبي (ج ۱۰). قم: انتشارات دليل ما.
۲. ابو جيب، سعدی. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً (چاپ دوم). دمشق: دارالفکر.
۳. اراکی، محمد. (۱۴۱۴ق). الخيارات. قم: انتشارات مؤسسه در راه حق.
۴. اسماعيل پور قمشه‌ای، محمدعلی. (۱۳۹۰). الحجج البالغات. قم: منظمة الاوقاف و الشؤون الخيرية. دار الأسوة للطباعة و النشر.
۵. امامی، سيدحسن. (۱۳۳۴). حقوق مدنی (ج ۱). تهران: کتاب فروشی اسلاميه.
۶. انصاری، محمدعلی. (۱۴۱۵ق). الموسوعة الفقهية الميسرة (ج ۴). قم: مجمع الفكر الإسلامي.
۷. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). مکاسب (ج ۴، چاپ چهارم). قم: انتشارات دارالحکمة.
۸. ايازی، محمدعلی. (۱۳۸۹). ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن (چاپ دوم). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۹. بجنوردی، سيد حسن بن آقا بزرگ موسوی. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقيهيه (ج ۶). قم: نشر الهادی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ج ۱ و ۳، چاپ دوم). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). تئوری موازنه (فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل) (ج ۱). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، دوره‌ی نه جلدی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم.

۱۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). فقه استدلالی، دوره هفت جلدی (چاپ دوم). قم: اسماعیلیان.
۱۴. ذاکر صالحی، غلامرضا. (۱۳۸۳). شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین. نشریه مقالات و بررسی‌ها. شماره ۷۶، صص ۱۳۹-۱۶۳.
۱۵. ذاکر صالحی، غلامرضا. (۱۳۸۸). مبانی قراردادهای نامعین. تهران: نشر میزان.
۱۶. رفیعی، محمدتقی؛ شجاعی، کیوان. (۱۳۸۶). تأملی فقهی- حقوقی در شرط بنایی تعلیقی در ایقاعات. پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵، صص ۱۰۹-۱۳۴.
۱۷. سرخوش، جواد. (۱۳۷۲). شروط صحت شرط. علوم انسانی دانشگاه الزهراء، شماره ۱۵ و ۱۶، صص ۱۹-۵۲.
۱۸. سلیمان پور، محمدجواد. (۱۳۸۲). قراردادهای مالی جدید در اسلام. نشریه اقتصاد اسلامی، ۳(۱۱)، صص ۷۹-۹۶.
۱۹. شکاری، روشنعلی. (۱۳۷۷). شرط ابتدایی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۹، صص ۷۱-۹۲.
۲۰. صائمی، علی اصغر. (۱۳۸۲). شروط ابتدایی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی. الهیات و حقوق دانشگاه رضوی (آموزه‌های حقوقی) ۳ و ۴ (پیاپی ۹ و ۱۰)، صص ۷۷-۱۰۴.
۲۱. صدر، محمد. (۱۴۳۰ق). ماوراء الفقه (ج ۴، چاپ اول). قم: دار الأضواء.
۲۲. صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) (ج ۲، چاپ سوم). تهران: نشر میزان.
۲۳. طباطبایی، محمدعلی. (بی تا). المناهل. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲۴. طرابلسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۱ق). الجواهر فی الفقه- العقاید الجعفریه (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۶. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (ج ۳). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۷. فرحزادی، علی اکبر. (۱۳۸۵). رابطه شرط ضمن عقد و قرارداد. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۳۸ و ۳۹، صص ۱۵-۲۸.
۲۸. قاسم‌زاده، مرتضی؛ ره‌پیک، سیامک و کیایی، عبدالله. (۱۳۹۰). تفسیر قانون مدنی (چاپ پنجم). تهران: سمت.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی (چاپ سیزدهم). تهران: نشر میزان.
۳۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی) (چاپ دوازدهم). تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۱. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۷). مفاهیم بنیادین حقوق مدنی و جزایی. تهران: انتشارات مجد.
۳۲. گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ق). فقه الامامیه (قسم الخیارات). قم: نشر داورى.
۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. مشکینی، میرزا علی. (۱۴۲۸ق). مصطلحات الفقه (چاپ اول). بی‌نا، بی‌جا.
۳۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (بی‌تا). تحریر الوسیله (ج ۱، دو جلدی). قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۳۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم. (بی‌تا). المکاسب (مصباح الفقاهة) (ج ۶ و ۷). بی‌جا.
۳۷. مولودی قلابچی، محمد. (۱۳۷۹). اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است. نشریه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۷، صص ۹۱-۱۰۸.
۳۸. نجفی، محمدحسن. (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام (ط. الحدیثه) (ج ۱۲). قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام).

References

1. Abu Jib, S. (1408 AH). *Al-Qamus al-Fiqhi: Lughah wa Istilahan* (2nd ed.). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
2. Ameli, Z.A. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanzih Sharayi al-Islam* (Vol. 3). Qom: Islamic Encyclopedic Foundation. [In Arabic]
3. Ansari, M. (1428 AH). *Mekaseb* (4th ed., Vol. 4). Qom: Dar al-Hikmah. [In Arabic]
4. Ansari, M. A. (1415 AH). *Al-Mawsu'ah al-Fiqhiyah al-Muyassarah* (Vol. 4). Qom: Majma al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
5. Araki, M. (1414 AH). *Al-Khiyarat*. Qom: Dar Rah-e Haq. [In Arabic]
6. Ayazi, M. A. (1389 AP). *Criteria of Laws and Methods of Exploration* (2nd ed.). Qom: Islamic Sciences and Culture Research Institute. [In Arabic]
7. Bojnordi, S. H. (1419 AH). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah* (Vol. 6). Qom: al-Hadi. [In Arabic]
8. Esmaeelpour Ghomsheyi, M. A. (1390 AP). *Al-Hojjaj al-Balaghat*. Qom: The Organization of Endowments and Charitable Affairs. Dar al-Osweh for Printing and Publishing. [In Arabic]
9. Farhazadi, A.A. (1385 AP). The Relationship between a Condition within a Contract and an Agreement. *Legal Perspectives Quarterly*, 38-39, pp. 15-28. [In Persian]
10. Ghasemzadeh, M., Rahpik, S., & Kayai, A. (1390 AP). *Interpretation of Civil Law* (5th ed.). Tehran: Samt. [In Persian]
11. Gilani, N., & Mirza, H. (1407 AH). *Fiqh al-Imamiyyah*. Qom: Daryay-e-Noor. [In Arabic]
12. Gorji, A. (1387 AP). *Fundamental Concepts of Civil and Criminal Law*. Tehran: Majd. [In Persian]
13. Hilli, H. (1413 AH). *Mukhtalif al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'ah, a Nine-volume series* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]

14. Ibn Adris, M. A. (1387 AP). *Mawsu'at Ibn Adris al-Hilli* (Vol. 10). Qom: Dalile Ma. [In Arabic]
15. Imami, S. H. (1334 AP). *Civil Law* (Vol. 1). Tehran: Eslamiye Bookstore. [In Arabic]
16. Jafari Langroudi, M. J. (1381 AP). *Comprehensive in Legal Terminology*. (2nd ed., Vols. 1& 3). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
17. Jafari Langroudi, M. J. (1381 AP). *Theory of Balance (General Philosophy of Law Based on the Authenticity of Action)* (Vol. 1). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
18. Katouzian, N. (1385 AP). *Civil Law in the Current Legal System* (13th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
19. Katouzian, N. (1386 AP). *Preliminary Course in Civil Law (Legal Actions)* (12th ed.). Tehran: The publication of the Joint Stock Publishing Company. [In Persian]
20. Khwansari, S. A. (1405 AH). *Deductive Jurisprudence, a Seven-volume Series* (2nd ed.). Qom: Ismailiyan. [In Persian]
21. Mashkini, M.A. (1428 AH). *Mostaliḥat al-Fiqh*. (1st ed.). n.p. [In Arabic]
22. Mohaqeq Damad, S. M. (1390 AP). *General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law*. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
23. Moloudi Ghelaychi, M. (1379 AP). Abandonment of a Right that has not yet Arisen. *Law and Political Science, University of Tehran*, 47, pp. 91-108. [In Persian]
24. Musavi Khoei, A. A. (n.d.). *Al-Makasib (Masbah al-Fiqah)* (Vols. 6 &7). n.p. [In Arabic]
25. Musavi Khomeini, S.R. (n.d.). *Tahrir al-Wasilah* (Vols. 1 & 2). Qom: Dar al-Ilm Publishing Institute. [In Arabic]
26. Najafi, M. H. (1421 AH). *Jawahir al-Kalam*. (Vol. 12). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia according to the School of Ahl al-Bayt. [In Arabic]

27. Rafiei, M.T., & Shojai, K. (1386 AP). Jurisprudential-Legal Reflection on Suspensive Conditional Clauses in Contracts. *Law and Political Science Research*, 5, pp. 109-134. [In Persian]
28. Sadr, M. (1430 AH). *Beyond Jurisprudence* (1st ed., Vol. 4). Qom: Dar al-Adwa. [In Arabic]
29. Sa'emi, A. A. (1382 AP). Initial Conditions in Jurisprudence and Analysis of Article 10 of the Civil Law. *Theology and Law, Ferdowsi University (Legal Teachings)*, 3-4 (9-10), pp. 77-104. [In Persian]
30. Safa'i, S. H. (1384 AP). *Introductory Course in Civil Law (General Principles of Contracts)* (3rd ed., Vol. 2). Tehran: Mizan. [In Persian]
31. Sarkhosh, J. (1372 AP). Conditions for the Validity of a Condition. *Humanities, Al-Zahra University*, 15-16, pp. 19-52. [In Persian]
32. Shekari, R. (1377 AP). Initial Condition. *Faculty of Law and Political Science*, 39, pp. 71-92. [In Persian]
33. Soleymanpour, M. J. (1382 AP). New Financial Contracts in Islam. *Islamic Economics*, 3(11), pp. 79-96. [In Persian]
34. Tabataba'i, M. A. (n.d.). *Al-Manahil*. Qom: Aal al-Bayt Institute for the Preservation of Heritage. [In Arabic]
35. Tarabulsi, M. H. (1411 AH). *Al-Jawaher fi al-Fiqh - Al-Aqaid al-Ja'fariyyah* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
36. Tusi, M. H. (1407 AH). *Al-Khilaf* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
37. Zaker Salehi, Gh. (1383 AP). Initial Conditions and their Application to Indeterminate Contracts. *Articles and Reviews*, 76, pp. 139-163. [In Persian]
38. Zaker Salehi, Gh. (1388 AP). *Foundations of Indeterminate Contracts*. Tehran: Mizan. [In Persian]

Research Article

A Jurisprudential Subject Study of Tomorrow's Contracts¹

Fereshteh Zeinali²

Ahmad Moradkhani³

Alireza Asgari⁴

Received: 27/03/2023

Accepted: 24/10/2023



Abstract

Futures contracts (in the form of gold and currency) have provided a modern tool for production and profit-making for traders, becoming a crucial foundation in financial markets. However, the legal and Sharia rulings regarding these transactions have been ambiguous, with some cases falling under fraudulent practices or the acquisition of unlawful wealth. The legal-fiqhi analysis of this subject has lacked a comprehensive background, and no solutions have been proposed to overcome the Sharia obstacles. The innovation of this paper lies in its descriptive-analytical approach, which examines and critiques evidence, determines the legal and Fiqhi position of these transactions, and strengthens the arguments

1. This article is taken from a doctoral thesis entitled: "A Fresh Perspective on Futures Contracts: A Legal-Fiqhi Approach to Futures Trading in Gold and Currency and Trading with Floating Exchanges" (Supervisor: Dr. Ahmad Moradkhani).

2. Ph.D. student, Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. Email: fzmohaqq@gmail.com. ORCID: 0009-0003-7169-2382

3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran (Corresponding Author). Email: ah_moradkhani@qom-iau.ac.ir. ORCID: 0000-0002-8322-6130

4. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. Email: alireza.asgari88@gmail.com. ORCID: 0009-0007-2581-8211

* Zeinali, F., Moradkhani, A., & Asgari, A. (1402). A Jurisprudential Subject Study of Tomorrow's Contracts. Journal of *Fiqh*, 30(115), pp. 161-188. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.65832.2613>

● © Author (s).

against their gambling nature, speculation, and illegality. Additionally, the paper emphasizes the requirement for the validity of these contracts, which is the presence of genuine and serious intention in the transaction, along with its occurrence in the form of a peace agreement and the genuine intent of both parties in the negotiation. Another objective of this article is to propose a guarantee mechanism for the criminal and legal enforcement of exiting such transactions from the domain of Sharia and law.

Keywords

Futures trading, futures contracts, subject matter of contracts, speculative transactions.

مقاله پژوهشی

موضوع‌شناسی فقهی حقوقی عقود فردایی^۱

فرشته زینلی^۲ احمد مرادخانی^۳ علیرضا عسگری^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

چکیده

عقود فردایی (در قالب طلا و ارز)، ابزار نوینی برای تولید و کسب سود برای معامله‌گران را فراهم آورده و به یک پایه مهم بازارهای معاملاتی تبدیل شده است، ولی حکم شرعی و قانونی این معاملات ابهام داشته، در مواردی مشمول کلاهبرداری و یا تحصیل مال نامشروع می‌شود. تحلیل فقهی - حقوقی این موضوع پیشینه‌جامعی نداشته و راهکاری برای رفع موانع شرعی آن ارائه نشده است. نوآوری مقاله حاضر که با روش توصیفی تحلیلی گردآوری شده، تحلیل، نقد و بررسی ادله و تعیین جایگاه فقهی و قانونی این معاملات بوده و قمار، غرری و غیرقانونی بودن این معاملات را تقویت کرده است. افزون بر آن شرط صحت این معاملات را وجود قصد واقعی و جدی در معامله و وقوع آن در قالب عقد صلح و قصد جدی دوطرف در مصالحه می‌داند. طرح ضمانت اجرای کیفری و حقوقی خروج این معاملات از دایره شرع و قانون از دیگر اهداف این مقاله است.

کلیدواژه‌ها

معامله آتی، عقود فردایی، موضوع‌شناسی عقود، معاملات غرری.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان: «نگرشی نو بر عقود فردایی؛ با رویکردی فقهی - حقوقی بر معاملات آتی در قالب ارز و طلا و معامله با عوضین شناور (استاد راهنما: دکتر احمد مرادخانی، استاد مشاور: علیرضا عسگری) می‌باشد.

۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.
fzmohaqq@gmail.com. ORCID: 0009-0003-7169-2382

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران (نویسنده مسئول).
ah_moradkhani@qom-iau.ac.ir. ORCID: 0000-0002-8322-6130

۴. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.
alireza.asgari88@gmail.com. ORCID: 0009-0007-2581-8211

* **استناد به این مقاله:** زینلی، فرشته؛ مرادخانی، احمد و عسگری، علیرضا. (۱۴۰۲). موضوع‌شناسی فقهی حقوقی عقود فردایی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۵)، صص ۱۶۱-۱۸۸. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.65832.2613.188>

© Author (s)



مقدمه

معاملات آتی^۱ با سرمایه پایین و سود بالا، هدف فعالیت افراد زیادی شده است. ماهیت آنچه که در قراردادها مورد معامله قرار می‌گیرد، باعث تقسیم این معاملات به کالاهای فیزیکی و سهام و شاخص شده است. رایج‌ترین کالاهای این معامله در جهان، سکه، طلا، نفت خام، شمش طلا، فلزات، زعفران و ... است. معاملات آتی سهام و شاخص نیز بر مواردی همچون سهام، ارز، اوراق قرضه و ... تمرکز دارند.

از آنجا که در نظام پولی و بانکی ایران، معاملات آتی ارز غیرقانونی است، در سال‌های اخیر بازاری غیررسمی در اقتصاد کشور با عنوان معاملات فردایی تشکیل شده است. هرچند نوعی از این معاملات به نام سلف، از قرن‌ها پیش در ایران و دیگر سرزمین‌های اسلامی رواج داشته، به شکل فعلی، پیشینه طولانی ندارد. قرارداد آتی کالای فیزیکی با معامله سکه تمام بهار آزادی آغاز شد و قراردادهای آتی سهام، از سال ۱۳۹۷ مورد استفاده قرار گرفت. هرچند ممکن است وجود این‌گونه معاملات برای بازارهای پولی و مالی کشور لازم باشد، با چالش‌های فقهی - حقوقی (قمار و غرر)، روبه‌رو بوده و درخصوص رفع این چالش‌ها، راهکار جامعی ارائه نشده است.

این مقاله برای گردآوری مطالب به روش کتابخانه‌ای توجه کرده و با مشاهده و فیش‌برداری از منابع فقهی حقوقی، بانک‌های اطلاعاتی و شبکه‌های رایانه‌ای به توصیف و تحلیل جایگاه این معاملات در منابع اسلامی و حقوق ایران پرداخته است. درخصوص مشروعیت بخشی به معاملات یادشده و ضمانت اجرای حقوقی و کیفری خروج این معاملات از حدود شرعی و قانونی نیز پیشنهادهای ارائه شده است.

۱. پیشینه و نوآوری

رفع ابهام و اختلاف در خصوص ماهیت معاملات فردایی، نیاز به تحقیق و بررسی

1. Futures contracts.

ادله موافقان و مخالفان مشروعیت این نوع معاملات دارد. تمام پژوهش‌های انجام‌شده در این خصوص، به ارائه دیدگاه‌های موجود در این خصوص محدود بوده و بدون نقد و تحلیل، گردآوری شده است و منبع جامعی در این خصوص وجود ندارد. تنها تحقیق تفصیلی، مقاله «آسیب‌شناسی معاملات فردایی ارز و طراحی ابزارهای جایگزین در چارچوب اسلامی» از پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی است که فاقد تحلیل تفصیلی در خصوص مبانی فقهی و حقوقی این معاملات است. نوآوری مقاله حاضر، تحلیل، نقد و بررسی ادله فقهی - حقوقی و رفع چالش‌های موجود (قمار و غرر) و تعیین جایگاه فقهی و قانونی این معاملات است و با توجه به دیدگاه‌ها و ادله فقهی حقوقی، قمار، غرری و غیرقانونی بودن این معاملات را تقویت کرده و شرط صحت این معاملات را وجود قصد واقعی و جدی در معامله و وقوع آن در قالب عقد صلح و قصد جدی دوطرف در مصالحه می‌داند.

۱۶۳
فقه

موضوع شناسی فقهی حقوقی عقود فردایی

۲. جایگاه فقهی و قانونی معاملات کاغذی و فردایی طلا و ارز

عقود فردایی در دنیای کنونی تنوع زیادی داشته و در قالب‌های مختلفی مانند معاملات کاغذی و فردایی طلا و ارز انجام می‌شود. جهت تبیین جایگاه فقهی و قانونی این معاملات، نخست باید به تبیین لغوی و اصطلاحی آنها پرداخته شود و سپس ادله تحلیل شوند.

۱-۲. معاملات کاغذی^۱

امروزه در بازار ارز، سکه و طلا معاملاتی انجام می‌شود که بین خریدار و فروشنده، ثمن و مبیعی منتقل نشده و تمام توافقات و معامله روی کاغذ انجام می‌شود. این

1. Paper Trading.

معاملات اقسامی از قبیل امروزی،^۱ فردایی،^۲ شنبه‌ای،^۳ شنا،^۴ معکوس،^۵ اصطلاح اجاره و بلو که^۶ دارد.

۲-۲. معاملات فردایی (آتی)

آتی در لغت به معنای مستقبل و آینده آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۲). معاملات فردایی، توافق دوطرف برای انجام معامله در تاریخ مشخصی در آینده است که مقدار کالا و قیمت آن نیز مشخص می‌شود (سرآبادانی، ۱۳۹۷، ص ۲۳۱). و مبادله مواردی از قبیل طلا، نقره، ارز و... به روز یا روزهای آینده موکول شده و به طور عمده توسط اشخاص حقیقی انجام می‌شود و اغلب موارد به تحویل فیزیکی ارز منجر نمی‌شود و تنها تفاوت قیمت تسویه می‌شود. طبق تعریف پژوهشکده پولی و بانکی کشور، معاملات ارزی فردایی، مبادلاتی است که در آن ذی‌نفعان بازار ارز در پایان یک روز معاملاتی، در رابطه با قیمت ارز در روز آینده با یکدیگر وارد معامله می‌شوند و براساس پیش‌بینی‌هایی که از نرخ ارز در روز آینده دارند، تعهدات دوطرف را به عهده گرفته و تلاش می‌کنند با پیش‌بینی صحیح، به سود مرتبط دست پیدا کنند و زیان ناشی از پیش‌بینی ناصحیح خود را نیز می‌پردازند. طبق اعلام اتحادیه طلا و جواهر تهران، در معاملات فردایی غیر فیزیکی طلا و سکه، هیچ‌گونه طلا و سکه فیزیکی مبادله نمی‌شود.

۱. مثلاً از ساعت ۱۰ صبح به صورت کاغذی آغاز می‌شود تا راس ساعت ۱۴ تسویه امروزی انجام می‌شود.
۲. تفصیل این معامله، خواهد آمد.
۳. مختص بازار طلای آب‌شده است.
۴. زمان سررسید مشخصی دارد و اختیار آن با خریدار است و می‌تواند در این مدت هر زمان خواست اجرای قرارداد را بخواهد.
۵. برعکس معاملات شنا، در اختیار فروشنده است.
۶. در هر سه بازار (طلای آب‌شده، سکه و ارز) بلوکه وجود دارد. اصطلاح بلوکه و اجاره برابر تفاوت قیمت کالای امروز با فردایی است.

۲-۳. چگونگی معاملات فردایی ارز و طلا

در این معامله، مجموعه‌ای از افراد دارای اعتبار، یک گروه تشکیل می‌دهند و یک نفر به عنوان سرگروه تعیین می‌شود تا برای بالابردن تضمین معاملات و پرداخت غرامت در صورت انجام پیش‌بینی نادرست (تاوان)، متناسب با سقف فعالیت مورد تقاضای عضو، از وی چک تضمین دریافت کنند؛ برای نمونه اگر عضو، تقاضای معامله بالای یک میلیون دلار یا بالای یک خط را نماید، باید چک تضمین به مبلغ بالاتری پردازد. جهت انجام معاملات فردایی ارز، دوطرف معامله در پایان یک روز کاری، بر اساس پیش‌بینی خود از قیمت ارز در روز آینده، با یکدیگر معامله می‌کنند و در پایان روز کاری، تسویه انجام می‌شود. هرطرفی که پیش‌بینی ناصحیح انجام دهد، باید تفاوت نرخ واقعی ارز در روز آینده و نرخ پیش‌بینی شده را به طرف مقابل پردازد (گرامت) و در صورت امتناع، از گروه و بازار اخراج شده و اعتبارش برای انجام معاملات فردایی از میان می‌رود. در این معاملات، قرارداد مکتوبی بین دوطرف امضا نمی‌شود و توافقات، حضوری یا تلفنی است. تحویل ارز نیز موضوعیتی برای دوطرف ندارد.

پژوهشگران، معامله‌گران بازار آتی را به دو گروه تقسیم کرده‌اند: گروه نخست برای پوشش ریسک معامله می‌کنند و گروه دوم، سفته‌بازانی که از محل تغییر قیمت کسب سود می‌کنند؛ بنابراین گروه کمی از ذی‌نفعان با هدف تحویل وارد این بازار می‌شوند. از منظر اقتصادی، در این بازار هم به معامله‌گران و هم به سفته‌بازان احتیاج است و بدون وجود آنها بازار شکل نمی‌گیرد؛ چون آنها قیمت را به تعادل رسانده و باعث نقدشوندگی می‌گردند.

در معاملات فردایی طلا، خریدار و فروشنده طلا با حجم زیاد، اقدام به خرید و فروش می‌کنند؛ مثلاً با اخذ نرخ الان طلا، یک کیلو طلای خالص (کلی فی الذمه) مورد بیع قرار می‌گیرد و تسلیم تعهد به مطالبه خریدار در آتی منوط می‌شود و رسیدی کاغذی برای خریدار مبنی بر طلب بیع کلی صادر می‌شود و بار دیگر خریدار یادشده همان کاغذ حاوی تعهد بایع را مطابق نرخ عرف طلا در زمان انشای عقد دوم با مبلغی کمتر یا بیشتر به ثالث منتقل می‌کند (کارگزاری مفید، بخش آموزش).

۲-۴. ماهیت فقهی حقوقی معاملات فردایی

برای تعیین ماهیت معاملات فردایی از نظر فقهی حقوقی، دیدگاه فقیهان و حقوق‌دانان در این خصوص بررسی می‌شود.

۲-۴-۱. پیش‌درآمد

معاملات فردایی ممکن است در قالب بیع، صلح یا شرط ابتدایی و تعهد به معامله در آینده محقق شود. با توجه به تقسیم‌بندی بیع بر اساس تحویل ثمن و مثنی و کلی و معین بودن آن، می‌توان معاملات فردایی را نوعی بیع کالی به کالی دانست؛ زیرا در این نوع معاملات، ثمن و مثنی نقد نبوده و پرداخت هر دو با تعیین مدت به آینده موکول می‌شود. امروزه در روابط بازرگانی به‌ویژه روابط تجاری بین‌المللی، بیع کالی به کالی متداول است و تمام سفارشات که برای ساخت کالا به شرکت‌های مختلف داده می‌شود، بدون پرداخت ثمن و تسلیم مبیع در هنگام عقد صورت می‌گیرد. یا کالاهایی مانند نفت در مقابل برنج یا گوشت یا گندم و... در مقابل پول یا خشکبار و... قرار می‌گیرند که مال کلی هستند.

۲-۴-۲. ماهیت فقهی بیع کالی به کالی

فقیهان در خصوص حکم بیع کالی به کالی، دیدگاه‌های متفاوتی دارند؛ برخی به تصریح یا احتیاط، نظر به بطلان آن داده (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۹۲) و برخی با شرایطی آن را صحیح دانسته‌اند (گنجینه استفتانات قضایی، ۷۰۳۷). آیت‌الله جعفر سبحانی در خصوص ماهیت بیع کالی به کالی آورده است: «در روایات ما چنین وارد شده است «لایبیاع الدین بالدين» و آن سه صورت دارد: ۱. فرض کنید زید از عمرو یک خروار گندم طلب دارد و عمرو هم از بکر پنجاه من برنج طلب دارد. هرگاه زید طلب خود را از عمرو به خود او بفروشد، در مقابل پنجاه من برنجی که در ذمه بکر است، نتیجه اینکه گندم را تملیک زید کند و در مقابل برنج را تملک کند؛ ۲. هرگاه صد من گندم از زید طلب دارد و آن‌گاه گندم را به او می‌فروشد، در مقابل صد تومان که شش ماه بعد

بگیرد؛^۳ فردی گندمی را به زید بفروشد که دارا نیست؛ در مقابل مبلغی که زید بعدها بدهد؛ یعنی هر دو مدت دار باشند؛ بطلان صورت اول قطعی و دو صورت بعدی فی الجمله محل خلاف است» (گنجینه استفتانات قضایی (نرم افزار)، ۷۰۳۷).

طبق نظر فقیهانی که بیع کالی به کالی را باطل می دانند، اگر معاملات آتی منطبق بر آن باشد، باطل است؛ مگر در قالب عقد صلح واقع شود، مشروط بر اینکه دو طرف واقعاً قصد مصالحه داشته باشند، وگرنه تغییر اسم معامله در ماهیت آن تغییری ایجاد نمی کند (معصومی نیا، ۱۳۸۷، ص ۳۲۸). به نظر برخی از مراجع عظام تقلید نیز صلح کالی به کالی اشکالی ندارد (معصومی نیا، ۱۳۸۷، ص ۳۶۹ به بعد؛ ملحقات).

آنچه در فقه باطل شمرده شده با توجه به مستند حکم (الایباع الدین بالدین) بیع دین به دین است. حال سؤال این است که آیا صدق بیع دین به دین بر بیع کالی به کالی صحیح است؟ در این بیع، تعهد فروشنده و خریدار درست است. تسلیم میبکلی می تواند مانند بیع سلم یا سلف مؤجل باشد. پرداخت ثمن نیز ممکن است مانند بیع نسیه، مؤخر از تاریخ عقد بیع باشد، اما در بیع دین به دین، میبک و ثمن قبل از وقوع عقد بیع، دین بوده اند؛ بنابراین پاسخ مثبت به سؤال متوقف بر این است که حدیث «الایباع الدین بالدین» شامل مؤجل بالعقد نیز بشود.

با عنایت به دیدگاه های موجود، باید گفت بیع کالی به کالی، دین به دین نبوده و ایرادی ندارد؛ زیرا به خلاف بیع دین به دین، در بیع کالی به کالی، دین (تسلیم میبک و تأدیه ثمن) پس از انعقاد عقد ایجاد می شود.

۲-۴-۳. ماهیت حقوقی بیع کالی به کالی

در قانون مدنی ماده ای که بطلان بیع کالی به کالی را اعلام کند، وجود ندارد؛ اگرچه ماده خاصی هم به آن اختصاص نداده است. برخی حقوق دانان بیعی را که میبک و ثمن آن کلی و مدت دار باشد، صحیح می دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۲۰؛ امامی، بی نا، ص ۴۵۵) و برخی دیگر نظر مخالف دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۴۹۳). نویسندگان قانون مدنی از بطلان چنین بیعی در فقه، آگاه بوده اند و سکوت آنها با توجه به ماده ۱۰ ق.م و اصل

صحت معاملات و قراردادها (ماده ۲۲۳ق.م) و انعقاد چنین بیعی در جامعه، نشان می‌دهد که به بطلان این بیع نظر نداشته‌اند. طبق ماده ۳۴۱ق.م نیز ممکن است برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود. از این ماده می‌توان امکان تعیین اجل برای تسلیم ثمن و مبیع را استنباط کرد.

برخی حقوق‌دانان معتقدند با توجه به اصل اباحه، هر رابطه حقوقی منع نشده جایز است و اگر نظر قانون‌گذار، بطلان بیع کالی به کالی بود، باید به آن اشاره می‌کرد و سکوت او نشانه صحت آن است. این بیع با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز تعارض ندارد و در روابط تجاری به‌ویژه تجارت بین‌المللی مورد نیاز بوده و استفاده زیادی از آن می‌شود. امروزه تحویل همه خریدهایی که برای رفع نیازهای صنعتی، نظامی و غذایی صورت می‌گیرد، مدت‌دار است؛ از این رو اگر خریدار ملزم شود که ثمن معامله را به صورت نقدی بپردازد، نظم معاملات و روابط تجاری به هم می‌ریزد؛ از این رو نمی‌توان با نادیده گرفتن واقعیت‌های کنونی به بطلان این بیع نظر داد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، صص ۲۲۲ و ۲۲۴).

۲-۵. ماهیت فقهی حقوقی معاملات کاغذی طلا

در معاملات کاغذی طلا دو نوع معامله صورت می‌گیرد:

معامله اول: شخصی یک کیلو طلا را به عنوان کلی فی‌الذمه به دیگری می‌فروشد.

این معامله چند فرض دارد:

۱. معامله نقدی و تاریخ اخذ ثمن و مثن معلوم بوده و ثمن پرداخت می‌شود، ولی مطالبه مثن منوط به درخواست مشتری باشد. در این فرض، خللی به معامله وارد نمی‌شود و معلوم‌نبودن زمان مطالبه موجب بطلان اصل معامله نمی‌شود؛ ولی دوطرف باید در حقیقت قصد معامله داشته باشند و معامله صوری نباشد، وگرنه باطل است.

۲. معامله سلف (پیش‌فروش) و تاریخ تسلیم مبیع نیز معلوم باشد، ولی تسلیم آن به مطالبه خریدار مشروط باشد. در این معامله، ثمن، نقد و مثن کلی و مدت‌دار است (اصفهان‌ی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۶۹؛ امام خمینی رحمته‌الله، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۴۳؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۹). با توجه به

اینکه معامله نقدین (طلا و نقره) نیست، محذوری ندارد؛ زیرا هر چند مثن (طلا) از نقدین است، ثمن آن پول رایج است و نقدین محسوب نمی‌شود. زمان تسلیم مثن نیز مجهول نیست تا با این محذور مواجه باشد. شرط تسلیم منوط به درخواست خریدار نیز خلاف شرع و قانون نیست و عمل به آن لازم است.

۳. معامله سلف (پیش‌فروش) باشد، ولی تاریخ تسلیم معلوم نبوده و همان زمان مطالبه از سوی خریدار باشد. در این فرض، مجهول‌بودن به معامله خلل وارد می‌کند و صحت معامله را خدشه‌دار می‌سازد؛ زیرا از شرایط صحت معامله سلف آن است که ثمن و مثن، طلا و نقره نباشد، و گرنه معامله باطل است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۰۴؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۱۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۲۷۴؛ امام خمینی رحمته‌الله، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۴۴؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۰). شرط دیگر اینکه مبیع باید به لحاظ روز، ماه، سال و... دارای مدت معین و مضبوطی باشد که احتمال زیاده و نقصان در آن راه نداشته باشد (اسدی حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۸۶؛ امام خمینی رحمته‌الله، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۴۴؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۵۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۲۹۹؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، صص ۳۹۵ - ۳۹۶؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۰).

معامله دوم: در این معامله، خریدار همان کاغذ حاوی تعهد بایع را مطابق نرخ عرف طلا در زمان انشای عقد دوم با مبلغی کمتر یا بیشتر به ثالث منتقل می‌نماید. این صورت چند فرض دارد:

۱. معامله دوم سلم باشد و پیش از رسیدن وقت آن به دیگری فروخته شود و ثمن نیز به صورت نقد دریافت نشود. این فرض از سه جهت اشکال دارد: فرا نرسیدن زمان تحویل؛ قبض نشدن ثمن در مجلس عقد؛ کالی به کالی بودن معامله.

در مورد جهت نخست دو دیدگاه وجود دارد: مشهور فقیهان فروش چنین مبیعی را جایز نمی‌دانند؛ خواه خریدار دوم همان فروشنده نخست باشد یا شخص دیگری. حلی از فقیهان متقدم امامیه تصریح دارد که بیع مبیعی که با معامله سلفی فروخته شده، پیش از فرارسیدن اجل جایز نیست، ولی پس از آن جایز است (حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۵۸). ابن زهره نیز با پذیرش این دیدگاه، آن را اجماعی می‌داند (حلی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۸). محقق حلی می‌نویسد: «لا يجوز بيع السلم قبل حلوله و يجوز بعده و إن لم يقبضه علی كراهية... (حلی،

۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۳۴؛ بیع میبعی که به بیع سلم معامله شده، پیش از آنکه وقت تحویلش فرا رسد جایز نیست، ولی پس از رسیدن وقت تحویل، هرچند آن را قبض نکرده باشد، جایز است؛ گرچه کراهت دارد». فاضل مقداد دلیل آن را نهی رسول خدا ﷺ از بیع سلم پس از فرارسیدن وقت زمان تسلیم می‌داند؛ افزون بر این معتقد است فقیهان امامیه در این باره اجماع دارند (سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۴۵). صاحب ریاض نیز معتقد است بیع سلم پیش از فرا رسیدن وقت تسلیم جایز نیست و تفاوتی نمی‌کند که به بایع یا به شخص دیگری فروخته شود و فرق نمی‌کند که به صورت حال فروخته شود یا مدت‌دار و اختلاف نظری در این زمینه بیان نگردیده؛ به جز از برخی فقیهان متأخر که آن را مطلقاً جایز می‌دانند؛ با این استدلال که حقی مالی است و بیع آن جایز است» (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۱۲۸). برخی دیگر نوشته‌اند: «اگر مشتری چیزی را با بیع سلف خریداری کند، نمی‌تواند پیش از فرارسیدن زمان تسلیم آن را به دیگری، اعم از بایع و غیربایع بفروشد. تفاوتی هم ندارد که آن را به جنس ثمن معامله اول بفروشد یا جنس ثمن آن تفاوت داشته باشد و تفاوتی ندارد ثمن معامله دوم مساوی با ثمن معامله اول باشد یا بیشتر و یا کمتر از آن» (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، صص ۳۷۰-۳۷۱؛ امام خمینی رحمته الله علیه، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۴۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، صص ۷۲-۷۳).

طبق دیدگاه غیرمشهور بین فرضی که خریدار، بایع نخست باشد یا شخص دیگر، تفاوت است؛ در فرض نخست بیع را با شرایطی جایز و در فرض دوم جایز ندانسته‌اند (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۶۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۰۵؛ فیاض، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۹۲). آیت‌الله العظمی خوئی در این باره نوشته است: «إذا اشتری شیئاً سلفاً جاز بیعه من بایعه قبل حلول الأجل و بعده بجنس آخر أو بجنس الثمن بشرط عدم الزیادة ولا يجوز بیعه من غیره قبل حلول الأجل...؛ اگر مشتری چیزی را به بیع سلف خریده باشد، می‌تواند پیش و پس از فرارسیدن اجل، آن را به بایع نخستین بفروشد؛ خواه ثمن معامله دوم از جنس دیگری غیر از جنس ثمن باشد یا با جنس ثمن؛ منتهی به شرط اینکه زیادتی وجود نداشته باشد؛ ولی فروش آن به شخص دیگری غیر از بایع نخستین پیش از فرارسیدن اجل جایز نیست» (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۱). دیدگاه دیگر، جواز بیع به طور مطلق است که از ظاهر

عبارت صاحب حدائق استفاده می‌شود: «وان الأظهر في هذه المسألة هو الجواز للاخبار المتقدم ذكرها بلا كراهة بناء على ما جمعنا به بين اخبارها، وفي تلك المسألة هو التحريم لما قدمناه فيها والله العالم» (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۰، ص ۴۵). در مورد جهت دوم نیز باید گفت طبق دیدگاه مشهور فقیهان، یکی از شرایط بیع سلم، قبض ثمن، پیش از تفرق و جدایی متعاملین است؛ وگرنه عقد باطل است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۷۰؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص ۳۰۷ و ۳۷۱؛ امام خمینی رحمته الله علیه، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۴؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۰). مقام معظم رهبری نیز به این شرط تصریح کرده و در پاسخ به این پرسش که این جانب آپارتمانی مسکونی را از شرکتی به طور بیع سلف خریداری کردم و مقداری از پول آن را به صورت اقساط پرداخته و رسید گرفتم و هنوز هم نسبت به باقی مانده پول آن بدهکار هستم. سپس شرکت مزبور آپارتمان مرا به بانک مسکن فروخت و مقرّر کرد که آپارتمان دیگری به قیمت امروز که معادل چهار برابر قیمت قبلی آن بود، تحویل بگیرم. حکم این مسئله چیست؟ آورده‌اند: «خرید آپارتمان مزبور به صورت قسطی از اساس باطل است؛ زیرا از شرایط صحت بیع سلف، پرداخت نقدی همه ثمن به فروشنده در همان مجلس بیع است؛ بنابراین اگر آپارتمان مزبور به صورت بیع سلف خریداری شده و همه ثمن در مجلس بیع نقد باشد، فروشنده باید آنچه را که میباید با تمامی اوصافش بر آن صادق است، به خریدار تحویل دهد و حق ندارد از او برای تحویل مصداق میباید پول بیشتری را مطالبه کند؛ همان گونه که نمی‌تواند چیزی را که مصداق میباید نیست، به او تحویل دهد و مشتری هم ملزم به قبول آن نیست؛ هر چند آن را به همان قیمت به او بدهد، چه رسد به اینکه مبلغ بیشتری را از او مطالبه نماید» (خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، ص ۳۶۵). در باره جهت سوم نیز بیع کالی به کالی به معنای بیع دین به دین (طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۳۸۹) و یا مؤجل به مؤجل بوده (اسدی حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۲) و از نظر فقیهان باطل است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۴۵). آیت الله تبریزی نیز پس از تعریف بیع کالی به کالی، در بیان حکم آن آورده است: «اگر هر دو قبل از عقد دین باشند، بیع باطل است و اگر با خود عقد دارای مدت شده است، بنابر احتیاط باطل است، والله العالم» (تبریزی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۴۴).

از نظر حقوقی با توجه به عبارتی که در ماده ۳۴۱ ق.م.به کار رفته است، حقوق دانان دیدگاه واحدی ندارند. این ماده مقرر می‌دارد: «بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود». عبارت «برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود» مبهم است؛ از این رو حقوق دانان در برداشت از این ماده اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند چون در عبارت یادشده حرف «یا» به کار رفته، قانون‌گذار در پی بیان این مقصود بوده که بیع کالی به کالی را باطل بداند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۶۶). برخی گفته‌اند: قانون مدنی نسبت به صحت یا بطلان بیع کالی به کالی ساکت است؛ ولی با توجه به اینکه در موارد ابهام یا سکوت باید به عرف و عادت مسلم در حقوق مراجعه کرد و عرف و عادت مسلم فقه امامیه می‌باشد، در حقوق مدنی نیز راهی جز بطلان این بیع نیست (شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۳۸؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۷۶، ص ۳۳۴). در مقابل برخی معتقدند قانون مدنی بیع کالی به کالی را باطل ندانسته و از این ماده و ماده ۳۶۴ ق.م.نمی‌توان بطلان آن را استفاده کرد؛ زیرا با آنکه قانون‌گذار در مقام بیان بوده، این امر را مسکوت گذاشته و با توجه به اطلاق ماده ۱۰ ق.م. که تمامی قراردادهای (اگرچه از عقود معینه باشند) را شامل می‌شود، نمی‌توان عدم بیان ماده ۳۴۱ ق.م. را دلیل بر بطلان این بیع دانست. افزون بر آن استدلال مزبور شامل بیعی که ثمن و مثن، هر دو، عین خارجی یا مبیع، عین خارجی و ثمن، کلی و هر دو مؤجل باشند نیز می‌شود و باید آن را نیز باطل دانست و حال آنکه باطل نیست؛ زیرا آنها از اقسام بیع کالی به کالی به شمار نمی‌روند؛ مگر آنکه عرف و عادت مسلم آن را باطل بداند و چنانچه مسلم بودن چنین عرف و عادت مورد تردید باشد یا عمل جامعه برخلاف آن محرز باشد، این بیع صحیح است (امامی، بی تا، ج ۱، ص ۴۵۵). برخی دیگر از قائلان به صحت نیز با تعلیلی مشابه نوشته‌اند: «نویسندگان قانون مدنی بی گمان از شهرت بطلان چنین بیعی در فقه آگاه بوده‌اند و سکوت آنها در مقام بیان حکم، آن هم در کنار ماده ۱۰ و اصل صحت قراردادهای (ماده ۲۲۳) و شیاع چنین معاملاتی در عرف، نشانه آن است که نمی‌خواسته‌اند چنین عسرتی در داد و ستدهای بازرگانی به وجود آورند... از

متن مواد، به‌ویژه در پرتو دو اصل «صحت قراردادها» و «آزادی قراردادها» نفوذ بیع سلف با ثمن مؤجل استنباط می‌شود؛ بنابراین جایی برای ایجاد ابهام باقی نمی‌ماند تا مجوزی برای رجوع به منابع و فتاوی‌ای فقهی باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، صص ۲۰۶-۲۰۷؛ مدنی، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۷۰).

۲. معامله دوم، سلم باشد و پیش از رسیدن وقت آن به دیگری فروخته شود، ولی ثمن به صورت نقد دریافت شود. ایراد این فرض تنها این است که پیش از فرارسیدن اجل، معامله دوم صورت گرفته و این، طبق دیدگاه مشهور فقیهان به تفصیلی که آورده شد، باطل است.

۳. معامله نخست، سلم باشد و پس از رسیدن وقت آن به دیگری فروخته شود، ولی ثمن به صورت نقد دریافت نشود. در این فرض که ثمن نقدی نیست، معامله با اشکال مواجه است و به جهت آنکه پس از حلول اجل می‌باشد، بدین لحاظ هم محذوری ندارد. با وجود این در فرضی که مبیع مکیل یا موزون باشد، پاره‌ای تفاوت دیدگاه وجود دارد. جمعی از فقیهان معتقدند اگر پس از سررسید تسلیم مبیع باشد، معامله اشکالی ندارد؛ خواه مبیع قبض شده باشد یا نه و خواه به فروشنده نخستین فروخته شود یا به شخص دیگری و خواه به جنس ثمن معامله اولی یا به غیرجنس ثمن آن و خواه به کمتر از ثمن معامله نخست باشد یا بیشتر از آن؛ بشرط اینکه مستلزم ربا نباشد (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۷۱؛ امام خمینی رحمته‌الله، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۴۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۱). مطابق این دیدگاه، تفاوتی نمی‌کند که مبیع، مکیل یا موزون و یا چیز دیگر باشد؛ اما برخی فقیهان معتقدند اگر مبیع، مکیل و موزون باشد، در صورتی که قبض نشده باشد، بیع آن به صورت بیع مرابحه جایز نیست (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۱؛ مسئله ۲۵۰؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۷۲؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۶۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۰۵).

مشکل دیگر، صوری بودن این معاملات است که در برخی موارد واقعاً دوطرف معامله در پی معامله نیستند، بلکه صرفاً یک معامله صوری واقع می‌کنند، بدون آنکه قصد جدی معامله داشته باشند؛ یکی از شرایط تحقق معامله در فقه و قانون، قصد متعاقبین است؛ بنابراین عقد کسی که به شوخی الفاظ عقد را بر زبان جاری کند و یا

به اشتباه و یا از روی سهو بگوید منعقد نمی‌شود (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۳۶؛ امام خمینی رحمته الله علیه، بی تا، ج ۱، ص ۵۰۸). شیخ انصاری در این خصوص می‌نویسد: یکی از شرایط متعاقدین آن است که قصد مدلول عقدی را که با الفاظ واقع می‌کند، داشته باشد و شرط بودن قصد در صحت عقد و بلکه در تحقق مفهوم آن از اموری است که در آن اختلاف نظر و تردید وجود ندارد؛ بنابراین اگر لفظی را به کار ببرد و اصلاً لفظ مزبور را قصد نکرده باشد، مانند شخصی است که لفظی را به اشتباه به کار ببرد و یا معنای آن را اراده نکرده باشد؛ مانند آنچه در امر صوری به وقوع می‌پیوندد و شبیه دروغ در خبر دادن است؛ مانند فردی که لفظی را به شوخی به کار ببرد، ولی معنای آن را قصد نکند، عقد محقق نمی‌شود؛ همچنان که اگر معنای مغایر با مدلول عقد را نیز اراده کند، معامله منعقد نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۹۵). به تعبیر محقق خوئی شرط بودن قصد مدلول معامله مورد اتفاق فقیهان بوده و از اموری است که در متون فقهی امری مسلم انگاشته شده و اختلاف نظری نقل نشده و حتی علامه حلی آن را اجماعی اصحاب امامیه دانسته است (خوئی، بی تا، ج ۳، ص ۲۷۵).

لزوم داشتن قصد در معاملات به گونه‌ای است که به صورت یک قاعده در آمده است: «العقود تابعة للقصد» در توجیه پیدایش این قاعده گفته شده که اصل این است که هیچ‌یک از احکام شرعی مترتب نمی‌شود، مگر آنکه شارع آن را بیان دارد؛ برای مثال انتقال مال از بایع به مشتری و به عکس نیارمند ناقلی است که شرع مقدس ناقل بودن آن را پذیرفته باشد و از آنجا که اصل، عدم انتقال مال به دو طرف است، جز اینکه انشای نقل ثابت شود و این انشا نیز از افعال قلبی و تابع قصد است، تحقق عقد نیازمند وجود قصد است (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۹۳۰؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۹)؛ از این رو گفته‌اند: «العقود تابعة للقصد». مقصود از قصد انشا نیز قصد اثر مطلوب از عقد است؛ بنابراین اگر عقد نکاح را واقع سازد و اثر نقل و انتقال مالکیت را از آن اراده کند، اثری ندارد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۶۰) و اینکه عقد تابع قصد است. به تعبیر یکی از فقیهان، شرط صحت عقد و بلکه شرط تحقق ماهیت آن است و بدون قصد، عقدی واقع نمی‌شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۹). یکی از فقیهان دلیل لزوم قصد را بنای عقلاً دانسته، می‌نویسد: بنای تمامی

خردمندان بر این است که چیزی که فاقد قصد باشد، از اعتبار ساقط است و مقصود از قصد نیز قصد جدی استعمالی است. همان‌گونه که در میان همه جوامع انسانی به مقتضای فطرت امری پذیرفته شده محسوب می‌شود و همه کسانی که در نظام اجتماعی قرار دارند، بدون تفاوت بین عوام و خواص، به عنوان یک امر ارتكازی قبول کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۶، ص ۲۷۸). برخی فقیهان نیز گفته‌اند: این قاعده مورد اجماع فقیهان امامیه است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۹؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۹)؛ بنابراین اگر قصد جدی نسبت به معامله واقع شده وجود نداشته باشد، به جهت فقدان قصد، باطل و معامله، صوری است؛ زیرا معامله منعقد به ظاهر بیع است، ولی قصد جدی نسبت به آن از دوطرف معامله یا یکی از آنها وجود ندارد. بند ۱ ماده ۱۹۰ ق.م نیز داشتن قصد متعاملین را از شرایط صحت معامله دانسته و ماده ۱۹۱ این قانون مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». ماده ۱۹۴ همان قانون می‌گوید: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشای معامله می‌نمایند، باید موافق باشد؛ به نحوی که یکی از دوطرف همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای آن را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود». ماده ۲۱۸ (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴) آن قانون نیز آورده است: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است». از مجموع مواد یادشده، بطلان عقد صوری استفاده می‌شود.

دیدگاه مراجع عظام تقلید در خصوص معاملات طلای کاغذی نیز در پاسخ به استفتای زیر آمده است:

چنانچه خریدار و فروشنده طلا با حجم زیاد اقدام به خرید و فروش می‌کنند، مثلاً با اخذ نرخ الان طلا یک کیلو طلای خاص (کلی فی الذمه) مورد بیع قرار می‌گیرد و تسلیم تعهد، منوط به مطالبه خریدار در آینده می‌گردد و یک رسید کاغذی برای خریدار مبنی بر طلب بیع کلی صادر می‌شود و مجدداً خریدار مذکور همان کاغذ حاوی تعهد بایع را به ثالث با یک مبلغی (کمتر یا بیشتر) مطابق نرخ عرف طلا در زمان انشای عقد دوم منعقد می‌نماید، آیا این نوع بیع صحیح است یا خیر؟ ۲. در صورت

صحیح نبودن عقد، آیا راهکار شرعی جهت صحت آن وجود دارد؟ (گنجینه استفتانات قضایی (نرم افزار)، سؤال ۸۹۹۷).

آیت الله العظمی خامنه‌ای (مدظله العالی): «اگر معاملات صوری باشد و بدون اینکه واقعاً طلا خرید و فروش شود، صرفاً از نوسانات قیمت طلا سودی حاصل شود، چنین معامله‌ای شرعاً صحیح نیست (خامنه‌ای، ۱۴۰۰/۳/۱۱). آیت الله العظمی سبحانی: «اگر پول پرداخت شود و طلا هم موجود نباشد، معامله نسیه به نسیه صورت گرفته و باطل است، و اما اگر پول پرداخت شود و موقع تحویل طلا به همان مقدار موجود باشد، در این صورت می‌تواند به دیگری بفروشد؛ اگر چه تحویل نگرفته باشد والله العالم (سبحانی، ۱۴۰۰/۳/۱۹). آیت الله العظمی شبیری زنجانی: «تابع این است که معامله صوری - یعنی بدون قصد جدی معامله - باشد یا خیر؟ در فرض صوری بودن باطل است (شبیری، ۱۴۰۰/۳/۱۳). آیت الله العظمی سیستانی: «در بیع کلی فی الذمه پرداخت همه ثمن شرط است و بدون آن بیع باطل است و فروش مکیل و موزون قبل از قبض به قیمت بیشتر به غیر باع جایز نیست، ولی به همان قیمت یا کمتر جایز است؛ ولی می‌تواند آن را به صورت مصالحه واگذار کند (سیستانی، ۱۴۰۰/۳/۲۹). آیت الله العظمی علوی گرگانی رحمته الله علیه: «در صورتی که زمان بازپرداخت طلا فرا رسیده باشد و بعداً بفروشد، صحیح است» (علوی گرگانی، ۱۴۰۰/۳/۲۹).

مقام معظم رهبری (مدظله العالی) در پاسخ به این سؤال که حکم خرید و فروش طلا به صورت شناور چیست (مثلاً امروز توافق می‌کنند یک ماه دیگر ۱۰۰ گرم طلا تحویل داده شود و وجه آن نیز در آن روز سه میلیون تومان محاسبه شود و در آن روز اگر طلا گران شد، فروشنده ضرر می‌کند و اگر ارزان شود، خریدار ضرر می‌کند)؟ آورده‌اند: «معامله‌ای که در آن، پرداخت پول به صورت نسیه بوده و فروشنده هم متعهد شده کالایی را که عین مشخصی نیست، در آینده تحویل دهد، معامله دین به دین بوده و از نظر شرعی صحیح نیست (یعنی هم پول و هم کالا نسیه است)» (پایگاه اطلاع‌رسانی: <https://www.leader.ir/fa/book/156?sn=22883>).

طبق نظر بیشتر مراجع عظام تقلید، اگر معاملات فردایی و کاغذی طلا و جواهر، در

قالب عقد بیع باشد، و جاهت شرعی ندارد (گنجینه استفتائات قضایی (نرم افزار)، سؤال ۸۹۸۶).
آیت الله العظمی خامنه‌ای (مدظله‌العالی) در پاسخ به استفتایی آورده‌اند: «چنین معامله‌ای نافذ نیست و شرعاً اعتبار ندارد (خامنه‌ای، ۱۴۰۰/۱/۸).

طبق ماده ۱۹۰ ق.م یکی از شرایط اساسی معامله، قصد واقعی دوطرف بر رد و انتقال مالکیت است و این قصد باید توسط دوطرف ابراز و توسط حاکم و دادگاه احراز شود. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۴۰۳-۷/۲۴/۱۰/۱۳۹۹ آورده است: «در معاملات موسوم به معاملات فردایی که به موجب آن ذی‌نفعان بازار طلا و جواهرات در پایان یک روز معاملاتی، در خصوص قیمت این فلزات با ارزش در روز آینده معامله می‌کنند و بر اساس پیش‌بینی‌هایی که از نرخ طلا و جواهر در روز آینده دارند، تعهدی بر عهده می‌گیرند و بر این اساس تحویل سود می‌کنند یا متحمل زیان می‌شوند؛ اولاً چنانچه دوطرف قصدی برای انجام بیع در موعد مقرر نداشته باشند و تعهدی در این زمینه بر عهده نگیرند و در واقع موضوع معامله، صرفاً مابه‌التفاوت قیمت روز فروش و روز موعد مقرر باشد، به لحاظ فقدان شرایط صحت معامله موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی، باطل است؛ ثانیاً چنانچه معامله نسبت به مال پایه صورت گیرد و قصد دوطرف بر تحویل طلا و جواهر در آینده و یا تعهد آنان به بیع در آینده احراز شود، در صورت دارا بودن دیگر شرایط صحت معامله، واجد آثار حقوقی است. در هر صورت احراز قصد دوطرف و شرایط صحت معامله بر عهده مقام قضایی رسیدگی کننده است؛ ثالثاً در معامله قسم نخست، احراز وصف کیفی موضوع و انطباق رفتار ارتكبابی با قوانین جزایی حاکم، امری است که بر عهده مقام قضایی رسیدگی کننده است» (پایگاه اطلاع‌رسانی اداره حقوقی قوه قضاییه به نشانی:

<https://edarehoquqy.eadl.ir/moduleld/1286/controller/search/action/detail?ldeald=15505>).

پژوهشگران معتقدند این نوع معاملات، ساختار و تأسیس حقوقی جدیدی است که باید در چارچوب اصل آزادی و لزوم قراردادها در فقه اسلامی تحلیل شود و نمی‌توان آنها را در زمره عقود متعارف و سنتی مانند مرابحه، اجاره و... تحلیل کرد. در تمامی عقود جدید، لازم است چهار ضابطه عمومی قرارداد (ممنوعیت ربا، ضرر، غرر و قمار)

تأمین شود و به نظر می‌رسد در معاملات فردایی، ممنوعیت قمار و غرر نیازمند بررسی دقیق‌تر است و اصولی مانند ممنوعیت ربا چندان محل بحث نیست؛ از این رو در این معاملات دو چالش مهم وجود دارد:

۱. قمار بودن: دوطرف معامله بر روی یک امر کاملاً تصادفی در روز آینده معامله کرده و هریک باید در صورت خطا، تاوان مشخصی به طرف مقابل بپردازد. در اینجا فعالیت واقعی اقتصادی اتفاق نمی‌افتد و صرفاً بر روی متغیری تصادفی شرط‌بندی می‌شود.

۲. غرری بودن: با توجه به مبهم بودن عوض و معوض در این معامله، چالش غرر به صورت جدی قابل توجه بوده و به لحاظ فقهی، وجود ابهام در عوض و معوض، از عوامل اصلی ایجاد غرر است.

هشدارهای اتحادیه طلا و جواهر تهران به دلالت معاملات فردایی نیز حکایت از غیرقانونی بودن این معاملات دارد. این اتحادیه با اعلام اینکه معاملات فردایی و کاغذی غیرفیزیکی طلا و سکه غیرقانونی است، به دلالت این معاملات هشدار داده و آنان را از تجمع در خارج از واحدهای کسبی برحذر داشته است. افزون بر آن، طی هشدارهایی در قالب بنر در نقاط مختلف تهران، تصریح شده است که معامله گران طلای آب‌شده و سکه باید در محل واحدهای کسبی دارای جواز کسب معتبر از اتحادیه طلا و جواهر تهران داد و ستد کنند و در صورت معامله واحدهای کسبی با دلالت کاغذی و فردایی، پس از صدور اخطار، واحد کسبی آنها برای بار اول پلمب شده و در صورت تکرار، پروانه کسب به صورت دائم ابطال می‌شود؛ همچنین تأکید کرده است که سایت‌ها و کانال‌های اعلام نرخ قیمت طلا و سکه مجاز به اعلام قیمت فردایی یا کاغذی نبوده و در صورت مشاهده برخورد قانونی می‌شود.

با توجه به بررسی موضوع از جنبه کیفی، چنان‌چه دوطرف، قصدی برای انجام بیع در موعد مقرر نداشته و تعهدی در این زمینه به عهده نگینند و موضوع معامله صرفاً مابه‌التفاوت قیمت روز فروش و روز موعد مقرر باشد، معامله به لحاظ فقدان شرایط صحت (ماده ۱۹۰ ق.م) باطل است و در صورت بطلان، مبادرت به آن، افزون بر

ضمانت اجرای مدنی (عدم نفوذ و مشروعیت معامله)، اکل مال به باطل و داراشدن بلاجهت بوده و اگر با مانورهای متقلبانه همراه باشد، مشمول ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشای اختلاس و کلاهبرداری است. در ضمن طبق ماده ۱۳ مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۵/۸/۱۲ بانک مرکزی، انجام دادن هرگونه معاملات فردایی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی ممنوع است و به استناد ماده ۱۵ این قانون، متخلفان از این مقررات به استناد قانون پولی و بانکی کشور، قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی، قانون اختلال در نظام اقتصادی و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تحت تعقیب قرار خواهند گرفت. براساس ویرایش جدید قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز معاملات فردایی ارز، غیرقانونی و در حکم قاچاق است. طبق ماده ۱۲ این قانون، معامله ارز در صرافی یا غیر آنکه تحویل ارز و مابه‌ازای آن به روز یا روزهای آینده موکول شده، ولی به تحویل ارز منجر نمی‌شود یا از ابتدا قصد تحویل ارز وجود نداشته و قصد دوطرف، تسویه تفاوت قیمت ارز باشد، جزو مصادیق قاچاق ارز بوده و مرتکب به پرداخت نقدی مبلغ معامله به ازای ریالی آن محکوم می‌شود.

نتیجه‌گیری

۱. معامله فردایی در قالب معامله کالی به کالی باطل است و افزون بر ناسازگاری با مصالح عمومی کشور، ملازم با عدم رعایت قوانین کشور اسلامی و تحصیل مال نامشروع است؛ مگر اینکه در قالب عقد صلح واقع شود و دوطرف به‌واقع قصد مصالحه داشته باشند، و گرنه تغییر اسم معامله، موجب تغییر ماهیت آن نیست.
۲. به استناد مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها، انجام معاملات فردایی ارز توسط اشخاص حقیقی و حقوقی ممنوع بوده و متخلفان تحت تعقیب قرار خواهند گرفت و چنان‌چه دوطرف قصد انجام دادن بیع در موعد مقرر نداشته و تعهدی در این زمینه بر عهده نگیرند و موضوع معامله، صرفاً مابه‌التفاوت قیمت روز فروش و روز موعد مقرر باشد، به لحاظ فقدان شرایط صحت معامله، باطل بوده و افزون بر جنبه ضمانت اجرایی، اکل مال به باطل و داراشدن بلاجهت بوده و اگر با مانورهای متقلبانه همراه

باشد، مشمول ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء اختلاس و کلاهبرداری است. بر اساس قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز این معاملات، غیرقانونی و در حکم قاچاق است.

۳. معاملات کاغذی طلا که نقدی بوده و فروشنده مثلاً مقداری طلای کلی را به خریدار به صورت حال بفروشد و مشتری ثمن را به بایع دهد و پرداخت مثن نیز نقد بوده و مطالبه آن منوط به درخواست مشتری باشد، صحیح است. معامله سلف که ثمن به صورت نقد و مبیع در زمان دیگری و به صورت مدت دار تسلیم گردد، چنانچه تاریخ تسلیم مبیع معلوم باشد، ولی تسلیم آن مشروط به مطالبه و درخواست خریدار باشد، نیز فاقد ایراد فقهی و قانونی است. معامله سلفی که تاریخ تسلیم معلوم نبوده و همان زمان مطالبه از سوی خریدار باشد، به جهت مجهول بودن مدت تسلیم معامله باطل است. فروش معامله انجام شده از سوی خریدار اول به دیگری نیز دارای فرض‌های زیر است:

الف) معامله سلم باشد و پیش از رسیدن وقت آن به دیگری فروخته شود و ثمن نیز نقداً دریافت نشود، از سه جهت اشکال دارد: فرا نرسیدن زمان تحویل؛ قبض نشدن ثمن در مجلس عقد؛ کالی به کالی بودن معامله.

ب) معامله سلم باشد و پیش از رسیدن وقت آن به دیگری فروخته شود، ولی ثمن نقداً دریافت شود. تنها ایراد این است که پیش از فرارسیدن اجل، معامله دوم صورت گرفته که طبق دیدگاه مشهور فقیهان باطل است.

ج) معامله سلم باشد و پس از رسیدن وقت آن به دیگری فروخته شود، ولی ثمن نقداً دریافت نشود؛ چون ثمن نقدی نیست، معامله با اشکال مواجه است و چون پس از حلول اجل می‌باشد، محذوری ندارد، ولی باید به گونه‌ای باشد که مستلزم ربا نباشد. به برخی اختلاف نظرها نیز در متن نوشتار اشاره شد.

یادآور می‌شود صحیح بودن معامله در فرضی است که قصد واقعی و جدی برای انعقاد معامله وجود داشته باشد، و گرنه چنانچه صوری بوده و دوطرف معامله، قصد جدی نداشته باشند، باطل خواهد بود.

پیشنهادات

با توجه به اینکه دو راهکار کوتاه‌مدت (تعهد بیع در آینده) و بلندمدت (تشکیل بازار رسمی معاملات) برای جایگزینی با معاملات فردایی در چارچوب شرعی، قابلیت اجرایی کردن دارد، نکته قابل تأکید در این معاملات، افزون بر شرعی بودن، اتخاذ تدابیری جهت جلوگیری از انجام صوری این معاملات است؛ همچنین لازم است در آیین‌نامه‌ها و دستورعمل‌های اجرایی، مواردی لحاظ شود تا ضمانت اجرای قطعی معاملات و قدرت بر تسلیم مورد معامله فراهم شود و به نظر می‌رسد بهترین راهکار، انجام دادن صلح کالی به کالی است تا بتوان مسیر را برای مشروعیت بخشی به این نوع معاملات هموار کرد.

فهرست منابع

✽ قرآن کریم.

۱. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه). (۱۴۱۰ق). ارشاد الازدهان (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه). (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه). (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی) (چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار.
۵. امام خمینی علیه السلام. (بی تا). تحریر الوسیلة (ج ۱، چاپ اول). قم: دارالعلم.
۶. امامی، سید حسن. (بی تا). حقوق مدنی (ج ۱). اسلامیه. تهران: بی جا. بی تا.
۷. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب المحرمه (ج ۳، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (ج ۲۰، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. پایگاه اطلاع رسانی اداره حقوقی قوه قضاییه:
<https://edarehoququy.eadl.ir/moduleId/1286/controller/search/action/detail?Ideald=15505>
۱۰. پایگاه اطلاع رسانی دفتر مقام معظم رهبری:
<https://www.leader.ir/fa/book/156?sn=22883>
۱۱. تبریزی، میرزا جواد. (۱۴۲۶ق). منهاج الصالحین (ج ۲، چاپ اول). قم: مجمع الامام المهدي علیه السلام.
۱۲. تبریزی، میرزا جواد. (۱۳۷۸). استفتانات جدید (ج ۱، چاپ اول). قم: سرور.

۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۹). مجموعه محشی قانون مدنی (چاپ اول). تهران: گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت (چاپ اول). تهران: گنج دانش.
۱۵. حائری شاه‌باغ، سیدعلی. (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی (چاپ اول). تهران: گنج دانش.
۱۶. حلبی، ابن زهره. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۷. حلبی، ابوالصلاح. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه (چاپ اول). اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۱۸. حلّی، جعفر بن حسن (محقق). (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام (ج ۱، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. حلّی، جعفر بن حسن (محقق). (۱۴۱۸ق). المختصر النافع (ج ۱، چاپ ششم). قم: مؤسسه المطبوعات الدینة.
۲۰. خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۴۲۴ق). اجوبة الاستفتائات (فارسی) (چاپ اول). قم: دفتر حضرت آیت الله خامنه‌ای.
۲۱. خویی، سیدابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهة. بی جا، بی نا.
۲۲. خویی، سیدابوالقاسم. (بی تا). محاضرات (ج ۳). قم: انصاریان.
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (ج ۲، چاپ بیست و هشتم). قم: مدينة العلم.
۲۴. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت‌نامه (ج ۱، چاپ دوم از دوره جدید). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۵. سبزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (ج ۱۶، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۲۶. سرآبادانی، غلامرضا. (۱۳۹۷). نظام مالی اسلامی و ریسک معاملات (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

۲۷. سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التفتیح الرائع (ج ۲، چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
۲۸. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۴). حقوق مدنی (عقود معین ۱) (چاپ سوم). تهران: مجد.
۲۹. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۱۷ق). جامع الاحکام (ج ۱، چاپ چهارم). قم: مؤسسه حضرت معصومه علیها السلام.
۳۰. طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۹، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۱. طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین (ج ۲، چاپ اول). بیروت: دارالصفوة.
۳۲. طرابلسی، ابن بزاج. (۱۴۰۶ق). المهذب (ج ۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۳، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط (ج ۲، چاپ سوم). تهران: لمکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة (چاپ دوم). بیروت: دار الكتاب العربی.
۳۶. فیاض، محمداسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین (ج ۲). بی جا، بی نا.
۳۷. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۴۲۷ق). رسائل (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها (ج ۲، چاپ اول). تهران: شرکت انتشار.
۳۹. گنجینه استفتائات قضایی (نرم افزار). قم: مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه.
۴۰. مدنی، سیدجلال الدین. (۱۳۸۵). حقوق مدنی (ج ۴، چاپ اول). تهران: پایدار.
۴۱. مراغی، سیدمیر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه (ج ۲، چاپ اول). قم: انتشارات اسلامی.
۴۲. مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین. (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین (ج ۲، چاپ اول). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
۴۳. معصومی نیا، غلامعلی. (۱۳۸۷). ابزارهای مشتقه (چاپ دوم). قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۴۴. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام (ج ۲۴ و ۲۵، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۵. نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۷ق). عوائدالایام (چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۶. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (ج ۳، چاپ پنجم). قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.

References

* Holy Quran

1. Ansari, S. M. (1415 AH). *Kitab al-Makasib al-Muharramah* (1st ed., Vol. 3). Qom: World Congress in Commemoration of Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
2. Asadi Helli, H. (1410 AH). *Irshad al-Adhhan* (1st ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Asadi Helli, H. (1413 AH). *Qawa'id al-Ahkam* (1st ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
4. Asadi Helli, H. (1420 AH). *Taḥrīr al-Ahkam* (1st ed., Vol. 2). Qom: Imam Sadiq. [In Arabic]
5. Bahrani, Y. (1405 AH). *Al-Hada'iq al-Nadhirah* (1st ed., Vol. 20). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
6. Dehkoda, A. A. (1377 AP). *Dictionary*. (2nd ed., Vol. 1). Tehran: Tehran University Publications. [In Persian]
7. Fayyaz, M. I. (n.d.). *Minhaj al-Salihin* (Vol. 2). n.p. [In Arabic]
8. Ganjineh Estefat'at-e Qazai (Software). Qom: Judicial Research Center of the Judiciary. [In Persian]
9. Ha'iri Shahbagh, S. A. (1376 AP). *Explanation of Civil Law* (1st ed.). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
10. Halabi, A. S. (1403 AH). *Al-Kafi fi al-Fiqh* (1st ed.). Isfahan: Public Library of Imam Ali. [In Arabic]
11. Halabi, I. Z. (1417 AH). *Ghuniyat al-Nuzu'* (1st ed.). Qom: Imam Sadiq. [In Arabic]
12. Helli, J. (1418 AH). *Al-Mukhtasar al-Nafi'* (6th ed., Vol. 1). Qom: Religious Publications Institute. [In Arabic]
13. Helli, J. (1408 AH). *Sharai' al-Islam* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Ismailiyan. [In Arabic]
14. Imami, S. H. (n.d.). *Civil rights*. (Vol. 1). Islamiyah. Tehran: n.p. [In Persian]
15. Isfahani, S. A. (1422 AH). *Wasilat al-Najah (with annotations by Imam Khomeini)* (1st ed.). Qom: Institution for Organization and Publication of Works. [In Arabic]

16. Jafari Langroudi, M. J. (1379 AP). *Collection of Commentaries on Civil Law*. (1st ed.). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
17. Jafari Langroudi, M. J. (1388 AP). *Encyclopedia of Civil and Commercial Law* (1st ed.). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
18. Katuzian, N. (1388 AP). *General Principles of Contracts* (1st ed., Vol. 2). Tehran: Publication Company. [In Persian]
19. Khamenei, S. A. (1424 AH). *Ajwibat al-Istifta'at* (1st ed.). Qom: Office of Ayatollah Khamenei. [In Arabic]
20. Khoei, S. A. (1410 AH). *Minhaj al-Salihin* (28th ed., Vol. 2). Qom: Madinat al-Ilm. [In Arabic]
21. Khoei, S. A. (n.d.). *Lectures* (Vol. 3). Qom: Ansarian. [In Arabic]
22. Khoei, S. A. (n.d.). *Masbah al-Fiqh*. n.p. [In Arabic]
23. Khomeini, A. R. (n.d.). *Taḥrīr al-Wasilah* (1st ed., Vol. 1.). Qom: Dar al-Ilm. [In Arabic]
24. Madani, S. J. (1385 AP). *Civil Law* (1st ed., Vol. 4). Tehran: Paydar. [In Persian]
25. Maraghi, S. M. (1417 AH). *Al-Anawin al-Fiqhiyyah* (1st ed., Vol. 2). Qom: Islamic Publications. [In Arabic]
26. Marashi Najafi, S. Sh. (1406 AH). *Minhaj al-Mu'minin* (1st ed., Vol. 2). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
27. Masoumi Nia, Gh. (1387 AP). *Derivative Instruments* (2nd ed.). Qom: Institute of Islamic Culture and Thought. [In Persian]
28. Najafi, M. H. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam* (7th ed., Vols. 24 & 42). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
29. Naraghi, M. A. (1417 AH). *'Awa'id al-Ayyam* (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
30. Qomi, M. A. Gh. (1427 AH). *Rasail* (1st ed., Vol. 2). Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
31. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Mahzab al-Ahkam* (4th ed., Vol. 16). Qom: Al-Menar. [In Arabic]

32. Safi Golpaygani, L. (1417 AH). *Jame' al-Ahkam* (4th ed., Vol. 1). Qom: Hazrat Masoumeh. [In Arabic]
33. Sarabadani, Gh. (1397 AP). *Islamic Financial System and Transaction Risks* (1st ed.). Qom: Imamate Ahl al-Bayt Seminary. [In Persian]
34. Shahidi, M. (1384 AP). *Civil Law (Specific Contracts 1)* (3rd ed.). Tehran: Moj. [In Persian]
35. Sivari, M. I. A. (1404 AH). *Al-Tanqih al-Ra'i* (1st ed., Vol. 1). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
36. Tabatabai Hakim, S. M. (1415 AH). *Minhaj al-Salihin* (1st ed., Vol. 2). Beirut: Dar al-Safa. [In Arabic]
37. Tabatabai, S. A. (1418 AH). *Riyad al-Masa'il* (1st ed., Vol. 9). Qom: Aal al-Bayt. [In Arabic]
38. Tabrizi, M. J. (1378 AP). *New Fatwas* (1st ed., Vol. 1). Qom: Sarvar. [In Arabic]
39. Tabrizi, M. J. (1426 AH). *Minhaj al-Salihin* (1st ed., Vol. 2). Qom: Majma al-Imam al-Mahdi. [In Arabic]
40. Tarabalsi, I. B. (1406 AH). *Al-Muhadhdhab* (1st ed., Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
41. Tusi, M. (1387 AH). *Al-Mabsut* (3rd ed., Vol. 2). Tehran: Library of Al-Murtadawiyyah for the Revival of Ja'fari Works. [In Arabic]
42. Tusi, M. (1400 AH). *Al-Nihayah* (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. [In Arabic]
43. Tusi, M. (1407 AH). *Al-Khilaf* (1st ed., Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
44. Vahid Khorasani, H. (1428 AH). *Minhaj al-Sahilin* (5th ed., Vol. 3). Qom: Imam Baqir School. [In Arabic]
45. Judicial Power Legal Affairs Administration Information Portal:
<https://edarehoquqy.eadl.ir/moduleld/1286/controller/search/action/detail?ldald=15505>
46. Office of the Supreme Leader's Information Portal:
<https://www.leader.ir/fa/book/156?sn=22883>

Research Article

A Jurisprudential Analysis of the Documents of Article 412 of the Iranian Penal Code (Qisas for Broken Teeth)

Mahdi Narestani¹

Received: 07/09/2022

Accepted: 24/10/2023



Abstract

According to general principles and references to valid verses and narrations, tooth, like other human body parts, is subject to retribution. However, there is a dispute among scholars of the Imami sect regarding the ruling on retribution for tooth fracture. They can be divided into three groups: some believe in the permissibility of retribution for tooth fracture, some believe it is not permissible, and some remain silent on the issue. In 2013, the legislator of the Islamic Republic of Iran accepted the theory of permissibility of retribution in Article 412 of the Penal Code. The proponents of permissibility rely on evidence from Quranic verses (Al-Baqarah, 194) and some narrations. After examining the presented evidence, this paper concludes that the reliance of proponents on the permissibility of retribution is comprehensive, whether it is specifically or generally related to the tooth, as it does not meet the conditions for exemption from retribution under the principle of non-retribution for bones. Although the implementation of retribution is subject to the absence of other obstacles, this paper, by examining the general principles and references in the issue, proves the accepted viewpoint in Islamic Penal Law regarding retribution.

Keywords

Tooth retribution, permissibility of retribution, bone retribution, tooth fracture, non-retribution.

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Hakim Sabzevari University, Sabzevar, Iran.

Email: M.narestani@hsu.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-4446-2616

* Narestani, M. (1402). A Jurisprudential Analysis of the Documents of Article 412 of the Iranian Penal Code (Qisas for Broken Teeth). Journal of *Fiqh*, 30(115), pp. 190-213.

<https://doi.org/10.22081/jf.2023.64841.2553>

● © Author (s).

مقاله پژوهشی

**واکاوی فقهی مستندات ماده ۴۱۲ قانون مجازات
 (قصاص شکستگی دندان)**

مهدی نارستانی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۶

© Author (s)



چکیده

مطابق با عموماًت و اطلاعات آیات و روایات معتبر، دندان نیز همانند دیگر اعضای بدن انسان قابل قصاص است؛ اما در خصوص حکم به قصاص در شکستگی دندان مناقشه‌ای میان فقیهان امامیه واقع شده است. فقیهان در این موضوع سه گروه شده‌اند. برخی به جواز قصاص در شکستگی دندان و برخی دیگر به عدم جواز معتقدند و برخی سکوت کرده‌اند. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۹۲ در ماده ۴۱۲ قانون مجازات، نظریه جواز قصاص را پذیرفته است. ادله قائلان به جواز در اثبات مدعای خود، استناد به آیات قرآن (بقره، ۱۹۴) و پاره‌ای از روایات است. نوشتار حاضر پس از بررسی ادله ارائه شده به این نتیجه رسیده است که استناد قائلان به جواز به اطلاق آیه و روایات وارده در این باب تمام است؛ و چه تخصصاً و چه تخصیصاً بر دندان استخوان صدق نمی‌کند تا مشمول اصل عدم قصاص در استخوان گردد. اگرچه اجرای قصاص بر نبود دیگر موانع منوط است؛ بنابراین نوشتار حاضر با بررسی ادله عموماًت و اطلاعات موجود در مسئله، دیدگاه فقهی مورد پذیرش در قانون مجازات اسلامی را اثبات می‌کند.

کلیدواژه‌ها

قصاص دندان، جواز قصاص، قصاص استخوان، شکستگی دندان، عدم قصاص.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران.

M.narestani@hsu.ac.ir.

ORCID: 0000-0002-4446-2616

* **استناد به این مقاله:** نارستانی، نارستانی. (۱۴۰۲). واکاوی فقهی مستندات ماده ۴۱۲ قانون مجازات (قصاص شکستگی دندان). فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۳۰(۱۱۵)، صص ۱۹۰-۲۱۳. <https://doi.org/10.22081/jf.2023.64841.2553>

مقدمه

قصاص از جمله مجازات‌ها در حقوق کیفری اسلام و از کیفرها و مجازات‌هایی است که مرتکب به علت ارتکاب جنایت عمدی بر نفس، عضو یا منفعت محکوم می‌شود و باید با جنایت او برابر باشد. یکی از اعضایی که ممکن است جنایت عمدی بر آن وارد شود، دندان است. طبق قاعده اگر جنایت عمدی بر عضو وارد شود، حکم اولیه آن قصاص می‌باشد و مطابق نص قرآن کریم (مائده، ۴۵)، بحث قصاص در دندان در شریعت حضرت موسی علیه السلام نیز بوده است و این آیه شریفه افزون بر اینکه حاکی از حکم قصاص دندان پیش از اسلام است، مبین این نکته هست که قصاص دندان در حقوق کیفری اسلام مورد پذیرش و تأیید قرار گرفته است.

آسیب‌های وارد بر دندان با توجه به نوع صدمه وارده و وضعیت جسمانی بزه‌دیده متنوع خواهد بود؛ از قبیل تغییر رنگ، کنده شدن، لق شدن، ترک برداشتن و شکستن. هر یک از این آسیب‌ها در قانون و فقه بررسی شده است.

قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در سال ۹۲ در ماده ۴۱۲ اعلام می‌کند که «اگر کسی دندان دیگری را بشکند یا بکند، به قصاص محکوم می‌شود و در قصاص آن رعایت تساوی در محل دندان لازم است»؛ بنابراین مطابق با این ماده قانون هر دو حالت، یعنی هم در حالت کندن و هم در حالت شکستگی حکم قصاص ثابت است.

در این نوشتار در صدد واکاوی مبنای فقهی این ماده قانونی از منظر فقه امامیه می‌باشیم و نگاهی هم به ماده ۴۰۱ قانون داریم که در آن تصریح شده است که در شکستگی استخوان قصاص ساقط است و اینکه در موارد شکسته شدن استخوان‌ها به دلیل عدم رعایت تساوی در محل اساساً قصاص ممکن نیست و با توجه به اینکه دندان نوعی استخوان است و به تعبیری استخوان ظاهر می‌باشد، طبق این مواد مشمول حکم به عدم جواز قصاص خواهد بود. حال چرا قانون‌گذار در ماده ۴۱۲ به قصاص قائل شده است؟

در خصوص پیشینه پژوهش، تنها یک مقاله با عنوان «بازخوانی مستندات فقهی در باب شرط تساوی محل در قصاص دندان» نوشته علی محمدیان و همکاران در مجله

فقه، زمستان ۱۳۹۹، سال بیست و هفتم به چاپ رسیده است که ناظر به موضوع پژوهش کنونی نیست.

روش پژوهش طبق رویه مستمر در علوم اسلامی، از نوع توصیفی - تحلیلی است که با مراجعه به منابع کتابخانه سامان یافته است.

برای این منظور نخست، به قصاص دندان در قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ (الف) اشاره مختصری می‌شود، سپس به واکاوی موضوع در فقه می‌پردازیم (ب) که در این خصوص ابتدا آرای فقیهان و پس از آن ادله را بررسی می‌کنیم و در نهایت نتیجه مباحث (ج) ارائه می‌شود.

۱. قصاص دندان از منظر قانون مجازات ۹۲

در ابتدا لازم است پیشینه قانون‌گذاری این ماده بیان شود. پیشینه این ماده در قانون گذشته (ماده ۲۹۱ قانون مجازات سابق)، بدین قرار است:

ماده ۲۹۱ - هرگاه شخصی دندان کسی را بشکند یا بکند، با رعایت شرایط قصاص عضو قصاص می‌شود.

و در قانون کنونی در ماده ۴۱۲ مقرر شده است: «اگر کسی دندان دیگری را بشکند یا بکند، به قصاص محکوم می‌شود و در قصاص آن رعایت تساوی در محل دندان لازم است».

در مقام مقایسه بین این دو ماده می‌توان گفت که اولاً تأکید قانون‌گذار در ماده ۲۹۱ سابق به رعایت شرایط قصاص عضو ضرورت ندارد و زائد است؛ زیرا روشن است که در همه موارد قصاص عضو می‌بایست شرایط عام قصاص و نیز شرایط خاص قصاص عضو رعایت گردد؛ از این رو این قید در ماده ۴۱۲ جدید وجود ندارد و بدین جهت این ماده به ماده سابق برتری و رجحان دارد؛ ثانیاً تفاوت دیگر این دو ماده در این است که در ماده جدید تصریح شده است که رعایت تساوی در محل دندان لازم است. تصریح به این قید در قانون طبق نظر برخی‌ها مناسب، بلکه لازم است؛ زیرا اگرچه شرط تساوی در محل در بند الف ماده ۳۹۳ قانون کنونی ذکر شده است، باید بر انطباق دقیق این

شرط در بعضی از اعضا مانند دندان به سبب اختلاف فقیهان تاکید شود؛ از این رو در صورت جنایت بر هر دندانی از مجنی علیه بر همان دندان در جانی قصاص می شود؛ یعنی در قصاص افزون بر جهت بالا و پایین و راست و چپ تساوی در جایگاه خاص دندان نیز باید رعایت شود.

پرسشی که ممکن است در اینجا مطرح شود آن است که با توجه به ماده ۳۸۶ قانون کنونی که تصریح می کند و مجازات جنایت عمدی بر عضو در صورت تقاضای مجنی علیه یا ولی او و وجود دیگر شرایط مقرر در قانون قصاص و در غیر این صورت، مطابق مواد دیگر این قانون از حیثیت دیه و تعزیر عمل می گردد؛ همچنین با توجه به ماده ۳۸۷ که اعلام می دارد جنایت بر عضو عبارت از هر آسیب کمتر از قتل مانند قطع عضو و جرح و صدمه های وارد بر منافع، دیگر نیازی به ذکر این ماده نبود؛ زیرا جریان قصاص عضو شامل همه اعضای بدن می شود و لازم نیست قانون گذار در هر عضوی به این نکته تصریح کند. در پاسخ به این سوال گفته شده است که با توجه به اینکه قانون گذار در ماده ۴۰۱ تصریح می کند که جنایت شکستگی استخوان و قصاص ساقط می باشد، با توجه به اینکه دندان نوعی استخوان محسوب می شود (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۲۰؛ لنگرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۰۸)، اگر ماده ۴۱۲ ذکر نمی شد با توجه به ماده ۴۳۲ دیگر جنایت بر دندان قابل قصاص نبود؛ به همین علت قانون گذار برای اینکه جنایت بر دندان از موارد عدم جواز قصاص شمرده نشود، ماده ۴۱۲ به جواز قصاص در دندان تصریح می کند و این ماده و به عنوان یک خاص از عام سابق تخصیص داده شده است (امامی، ۱۳۹۷، ص ۳۷۲).

با توجه به اینکه قانون گذار در تمام مباحث وضع قوانین طبق اصول قانون اساسی ملزم به رعایت موازین اسلامی، یعنی فقه امامیه می باشد، در ادامه جهت تحلیل مبنای فقهی ماده ۴۱۲ به بررسی نظرات فقیهان امامیه می پردازیم.

۲. بررسی فقهی مسئله

دندان به عنوان یکی از اعضای بدن انسان که از اندام های سخت داخل دهان می باشد، موضوع احکام شرعی در باب های مختلفی از قبیل طهارت، صلات، صوم، حج، صید و

ذباحه، اطعمه و اشربه، حدود، قصاص و دیات در فقه شیعه واقع می‌گردد (شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۶۵۵).

از منظر فقیهان شیعه در باب قصاص در جنایت بر دندان اصلی غیرشیری در صورتی که از ریشه کنده و ساقط شود، قصاص ثابت است و تردیدی در آن نیست؛ زیرا قدر متیقن از آیه کریمه قرآن جواز قصاص در کندن دندان است و یکی از فروع مهم دیگری که ذیل این مسئله مطرح می‌شود و قانون‌گذار نیز به آن اشاره کرده است و موضوع این تحقیق است، حکم شکستن دندان است که فقیهان امامیه سه دیدگاه ارائه کرده‌اند.

۲-۱. دیدگاه نخست

شماری از فقیهان به قصاص قائل‌اند. البته منوط به اینکه موجب تغیر نگردد. مجلسی دوم این قول را در مقابل قول مشهور به بعضی از فقیهان نسبت می‌دهد. «در شکستن دندان قصاص نیست؛ بلکه دیه می‌گیرند بنا بر مشهور و بعضی گفته‌اند که اگر توان بهمان مقدار که شکسته است، بی‌زیاده و نقصان ببرند، قصاص می‌کنند» (اصفهانی، مجلسی دوم، بی‌تا، ص ۱۰۷)؛ برای نمونه شهید ثانی می‌فرماید: «دندان از اعضای است که در آن امکان حکم به قصاص وجود دارد؛ به دلیل آیه شریفه قرآن، در حالت کندن دندان که حکم قصاص لازم است، اما در شکستگی دندان حکم قصاص وجود ندارد؛ زیرا در روایت آمده است که در شکستگی استخوان قصاص ممکن نیست و ایشان در تعلیل آن می‌فرماید «چراکه مماثلت در آن امکان ندارد و در ادامه مقرر می‌دارند چه بسا در شکستگی دندان احتمال ثبوت قصاص باشد، اگر امکان استیفای قصاص به مانند جنایت وارده ممکن باشد، بدون هیچ‌گونه زیادی و شکافتن مابقی دندان‌ها و فرق دندان با سایر استخوان‌ها در این است که دندان استخوانی است که از اکثر مواضع قابل رویت است و برای اهل صنعت ابزار و آلاتی است که قابلیت حفظ حدود را دارند. در نتیجه دندان مانند سایر استخوان‌ها نیست» (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۲۸۸).

صاحب مفتاح الکرامه در شرح قواعد العلامه می‌نویسد که «علامه به حکم قصاص

در شکستن دندان جزم دارد. البته منوط به اینکه اجرای قصاص بدون زیاده و ایجاد شکاف در مابقی دندان باشد» (عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۱۷۸). برخی از فقیهان معاصر هم به جواز قصاص در شکستگی دندان قائل اند. متن فتوای آنها به این شرح می باشد: «دندان ریشه دار اگر از اصلش کنده شود، قصاص دارد؛ و همچنین از ظاهرش اگر شکسته شود، با رعایت مماثلت در قصاص و ملاحظه آلت قطع در قصاص چه در تمام ظاهر باشد یا در بعض آن» (گیلانی، ۱۴۲۶ق، ج ۵، ص ۴۵۹). البته برخی از فقیهان در مقام استیفای قصاص در شکستگی قیدی را آورده اند: اگر دندانی که در آورده شده، دندان «مغر» باشد؛ یعنی دندان اصلی که بعد از افتادن دندان های شیری روییده می شود، در آن قصاص است. و اینکه آیا در شکستن آن قصاص یا دیه و ارش است؟ دو وجه دارد که اقرب اولی است؛ ولی در قصاص گرفتن باید با وسیله ای آن را شکست تا مماثله حاصل شود؛ مانند وسائل جدید و نباید با چیزی آن را زد که آن را می شکند؛ زیرا نوعاً مماثله حاصل نمی شود (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۳۳۹).

بر فرض پذیرش این مبنا که اگر راوی روایت از فقیهان باشد، آن روایتی را نقل می کند که مورد فتوایشان بوده است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، صص ۲۲۹-۲۴۶). در صحیحۀ ابوبصیر از امام صادق علیه السلام نقل است که «سَأَلْتُهُ عَنِ السِّنِّ وَالذَّرَاعِ يَكْسِرَانِ عَمْدًا أَلْهَمَا أَرَشٌ أَوْ قَوْدٌ فَقَالَ قَوْلٌ قَالَ قُلْتُ فَإِنْ أَضَعُوهَا الدِّيَةَ فَقَالَ إِنْ أَرْضَوْهُ بِمَا شَاءَ فَهَوَ لَهُ؛ از امام علیه السلام درباره دندان و دستی که به عمد شکسته شده اند، پرسیدم: آیا ارش ثابت است یا قصاص؟ حضرت فرمود: قصاص. عرض کردم: اگر چندین برابر دیه پردازند، چه صورت دارد؟ فرمود: اگر به مقداری که معنی علیه می خواهد، وی را راضی کنند، آن مقدار برای اوست». فقیهان قدیم مانند کلینی و صدوق تصریح کرده اند که در شکستگی دندان قصاص ثابت است و ایشان به حکم قصاص در شکستگی دندان قائل اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۰؛ قمی، صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۵).

۲-۲. دیدگاه دوم

بنا بر تعبیر برخی از فقیهان مشهور، فقیهان امامیه در شکستگی دندان به قصاص قائل

نیستند. مجلسی دوم حکم عدم قصاص را به صراحت به مشهور نسبت می‌دهد: «در شکستن دندان قصاص نیست؛ بلکه دیه می‌گیرند بنا بر مشهور» (اصفهانی، مجلسی دوم، بی‌تا، ص ۱۰۷). حسب تحقیق و جستجوی انجام گرفته پژوهشگر این پژوهش در کتاب‌های فقهی، به صراحت کسی از فقیهان به عدم قصاص حکم نداده است. البته یکی از فقیهان معاصر اظهار کرده است: «... به جز شیخین (شیخ مفید، شیخ طوسی) کس دیگری به این روایت عمل نکرده است» (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۷۷). منظور از روایت، صحیحه ابی بصیر است که به صراحت حکم به قصاص در شکستگی دندان در آن ذکر شده است. البته نظر فقیه یادشده در این مسئله، «فالظاهر ثبوت القصاص فیه؛ حکم به قصاص است» (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۰۸).

۲-۳. دیدگاه سوم

بعضی از فقیهان گرامی درباره موضوع قصاص یا عدم قصاص شکستگی سکوت کرده‌اند و مسلم است که سکوت ایشان نه چیزی را اثبات می‌کند و نه چیزی را نفی می‌کند. برخی از محققان معاصر در خصوص تعداد فقیهانی که سکوت کرده‌اند، اظهار می‌دارند «که بسیاری از فقیهان درباره قصاص در شکستگی دندان سکوت کرده‌اند» (مسعود امامی، ۱۳۹۷، ص ۳۷۶).

برای نمونه در ادامه به نظرات دو تن از فقیهانی که تمام احکام دندان را در ذیل بحث دندان مقرر می‌دارند، ولی در این مساله هیچ اشاره‌ای به شکستن دندان نمی‌کنند، اشاره می‌کنیم؛ شیخ بهایی می‌فرماید: «کسی که دندان دیگری را کنده باشد، مثل آن دندان او را باید کند؛ به شرطی که دندان آن کس را که کنده است، بیرون نیاید؛ اما اگر بیرون آید، قصاص نمی‌توان کرد و رجوع در این به اهل خیرت باید کرد؛ پس اهل خیرت گویند که دندان کنده شده او دیگر بیرون نمی‌آید و پس از قصاص کردن بیرون آید، بر خلاف عادت بر او چیزی نیست و اگر دندان کسی را که اهل خیرت گویند که بیرون می‌آید و او قصاص کرده باشد، ارش بر او لازم است و اگر دندان طفل را کنده باشد، انتظار بیرون آمدن آن باید کشید؛ پس اگر بیرون نیاید، قصاص لازم است و اگر

بیرون آید، ارش باید گرفت جهت زمانی که دندان نداشته و اگر متغیر شده بیرون آید نیز ارش می گیرد و اگر پیش از بیرون آمدن دندان یا پس از مأیوس شدن از بر آمدن دندان طفل بمیرد، در این هر دو صورت ارش لازم است و دندان اصلی را جهت دندان زیادتی نمی توان کند و همچنین دندان زیادتی را به عوض دندان زیادتی که در غیر مکان باشد، نمی توان کند» (عاملی، بهاء الدین، بی تا، ج ۲، ص ۴۲۷).

همچنین آقای اسحاق کابلی مقرر می دارد: «(مسئله ۳۴۱۰) قصاص در دندان ثابت می باشد؛ بنابراین اگر دندان شخصی را در بیاورد، او حق دارد دندان جانی را به عنوان قصاص در بیاورد. چنانچه در محل دندان در آورده شده، قبل از قصاص به طور اتفافی دندانی همانند دندان قبل بروید، در این فرض بنابر اقرب حق قصاص برای آن شخص محفوظ است» (کابلی، ۱۴۲۶ق، ص ۷۰۷).

۳. بررسی ادله

نظر به اینکه دیدگاه سوم که صرفاً سکوت و عدم اظهار نظر است، قابلیت تحلیل ندارد. در این مرحله به بررسی ادله دو دیدگاه نخست و دوم می پردازیم.

۳-۱. بررسی ادله دیدگاه نخست

آنچه که در فقه اهل بیت علیهم السلام به عنوان منبع و حجت می باشد، عقل و نقل است و با توجه به اینکه عقل در احکام جزئی ورودی ندارد و موضوع بحث یک حکم شرعی جزئی است؛ از این رو نوبت به دلیل عقلی مستقل نمی رسد. در خصوص ادله نقلی (کتاب و سنت) ما به بررسی این ادله در خصوص این موضوع از منظر فقیهان قائل به این حکم می پردازیم.

الف) کتاب

یکی از آیاتی که امکان دارد بر جواز قصاص در شکستگی دندان استدلال شود، این آیه است: «فَمَنْ اِغْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ فَاِغْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اِغْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ؛ هر کسی به شما

تعدی کرد، شما هم همان گونه به او تعدی کنید» (بقره، ۱۹۴).

چگونگی استدلال به این صورت است که وقتی یک فرد با علم و آگاهی بدون هیچ مجوز شرعی و قانونی دندان دیگری را بشکند، یکی از مصادیق تعدی است و بر اساس مدلول آیه، به همان مقدار جایز است از متجاوز گرفته شود.

آیت الله روحانی از فقیهانی است که قائل اند در شکستگی دندان قصاص ممکن است و دلیل این مسئله را شمول «عموم ادله قصاص» نسبت به این موضوع می داند و از منظر ایشان آیه شریفه فوق به عنوان یکی از مصادیق «عموم ادله قصاص» می باشد (قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، صص ۱۶۰-۱۶۱).

البته ممکن است در جواب به این استدلال گفته شود که این آیه به احکام جنگ با کفار ناظر است، نه به احکام قصاص و جنایاتی که میان افراد صورت می گیرد (هاشمی، بی تا، ج ۱۵، ص ۱۸)؛ همچنین ممکن است نقد دیگری هم به این استدلال گردد؛ با این بیان که آیه شریفه در مقام بیان اصل تشریح است و آیاتی که در مقام بیان اصل تشریح هستند، در نتیجه استناد به آنان آیات جهت قیود و شروط حکم ممکن نیست؛ بنابراین این آیه شریفه نمی تواند دلیل محکمی برای قائلان به قصاص باشد.

(ب) سنت

روایت اول: صحیحۃ ابوبصیر:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُؤَيْدٍ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ السِّنِّ وَالذَّرَاعِ يُكْسِرَانِ عَمْدًا أَلَهُمَا أَرْشٌ أَوْ قَوْدٌ فَقَالَ قَوْدٌ قَالَ قُلْتُ فَإِنْ أضعفوا الدية فقال إن أرضوه بما شاء فهو له؛ ابوبصیر از امام صادق عليه السلام نقل می کند: از امام عليه السلام درباره دندان و دستی که به عمد شکسته شده اند، پرسیدم: آیا ارش ثابت است یا قصاص؟ حضرت فرمود: قصاص. عرض کردم: اگر چندین برابر دیه بپردازند، چه صورت دارد؟ فرمود: اگر به مقداری که مجنی علیه می خواهد، وی را راضی کنند، آن مقدار برای اوست (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۰).

بررسی سندی

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى:

نجاشی در توصیف ایشان می‌نویسد: «محمد بن یحیی أبو جعفر العطار القمي، شیخ أصحابنا في زمانه، ثقة، عين، كثير الحديث» (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۵۳). عالمان معاصر هم ایشان را ثقة می‌دانند (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۷۵۸).

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ:

عنوان کامل ایشان أحمد بن محمد بن عيسى بن عبدالله الأشعري است که در جوامع رجالی ایشان را «امامی، ثقة» دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۵۱؛ حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۱۹).

الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ:

شیخ طوسی عنوان کامل ایشان را حسین بن سعید بن حماد می‌داند و در شرح او می‌نویسد که ایشان اهل اهواز بوده و دارای تألیفاتی بوده است و او را «ثقة» می‌داند (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۵۵).

النَّضْرُ بْنُ سُؤَيْدٍ:

لقب ایشان «الصيرفي كوفي» است و ایشان را نیز ثقة دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۴۵؛ حسن بن علی حلی، ۱۳۸۳ق، ص ۳۶۰).

عَاصِمُ بْنُ حُمَيْدٍ:

نجاشی از ایشان با عنوان «عاصم بن حميد الحناط الحنفي» یاد می‌کند و در توصیف ایشان می‌نویسد: «ثقة، عين، صدوق» (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۰۱).

أَبِي بَصِيرٍ:

أبو بصير لقب او و نام ایشان «یحیی بن القاسم» است که در شرح او بزرگان اوصافی همچون «ثقة، وجیه» به کار برده‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۴۱).

با توجه به شرح حال راویان این حدیث، مطابق قواعد علم حدیث، این حدیث صحیح می‌باشد. البته بزرگانی از محدثان و فقیهان امامیه همچون مجلسی و صاحب‌الجاهر این روایت را صحیح می‌دانند (اصفهانی، مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۱۰۵؛ عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۱۸۸؛ قمی، محمد مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص ۱۲۹؛ لنگرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۷۷؛

حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۳۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۳۵۶؛ حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۴۴۴؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲ موسوعه، ص ۱۹۳) و البته برخی از آن به معتبره تعبیر کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۱).

بررسی محتوایی

از این روایت بر می‌آید که راوی از دو موضوع مختلف از امام معصوم سؤال می‌کند: یکی از شکستن عمدی دندان و ذراع می‌پرسد که آیا در آنها ارش ثابت است یا قصاص؟ که حضرت می‌فرماید: قصاص. در نگاه اولی و ابتدایی نه تنها روایت ظهور در جواز قصاص، بلکه نص در این مطلب است.

مجلسی دوم در ذیل این روایت در بحث قصاص در شکستگی دندان مقرر می‌دارد که در شکستگی دندان اختلاف نظر بین فقیهان وجود دارد و این روایت دلیل و حجت برای قائلان به جواز قصاص است (اصفهانی، مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۱۰۵؛ اصفهانی، مجلسی اول و دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۵۸۹).

آقای خویی در ذیل این حدیث می‌فرماید: «فلا بدّ من حملها علی ما لا یرجی صلاحه و إلا فیردّ علمها الی أهله» (خویی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۹۳)؛ به این معنا که مورد ذکر شده در این حدیث (جواز قصاص در عضو) باید حمل شود بر مصادیقی که امید بهبودی آن عضو بعد از شکستن نیست و در غیر این صورت، عمل به این حدیث باید به اهلش (اهل بیت علیهم‌السلام) واگذار گردد.

برخی دیگر از فقیهان معاصر در ذیل این حدیث فرموده‌اند که این روایت صحیحه اگرچه در مقایسه با روایت «لیس فی کسر العظام قصاص؛ در شکستن استخوان قصاصی نیست» اخص محسوب می‌گردد، چون اصحاب از عمل به این روایت اعراض کرده‌اند و با توجه به اینکه فلسفه حکم قصاص برای حفظ مردم از تعدی و ظلم است، اگر خود قصاص بخواهد موجب تعدی گردد که در آنجا قصاصی نخواهد بود، باید روایت را بر موردی حمل کرد که شکستگی به نحوی باشد که عضو تلف شده محسوب گردد و امید بهبود آن داده نشود؛ در غیر این صورت امکان

عمل به این روایت وجود ندارد (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ص ۲۹۱).

در نتیجه با توجه تحلیل فوق به دلیل اعراض مشهور از این روایت‌ها، امکان استناد به این روایت ممکن نیست؛ زیرا به دلیل اعراض مشهور روایت ضعیف می‌گردد. اما در پاسخ به این اشکال باید گفت:

اولاً اعراض از روایت ثابت نیست؛ به دلایل زیر:

۱. مطابق این مبنا که کلینی فقیه و صاحب فتوی بوده و روایت‌هایی را که بدان‌ها عمل می‌کرده است، در کافی ضبط کرده و با توجه به آمدن این روایت در ذیل باب «ان الجروح قصاص» کتاب کافی، باید گفت کلینی هم به عنوان یک فقیه به این روایت عمل کرده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۲۹).

۲. اگر این مبنا هم پذیرفته شود که راویان یک روایت قطعاً خود به محتوای روایت قائل بوده‌اند، به‌ویژه برخی از راویان ممتاز از جمله احمد بن محمد بن عیسی که عبارت برخی از فقیهان معاصر ناظر به این مناسبت (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۴۶)، در نتیجه این روایت مورد قبول راویان آن به‌ویژه احمد بن محمد بن عیسی می‌باشد.

۳. تصریح برخی از فقیهان به اینکه شیخ طوسی و شیخ مفید به این روایت عمل کرده‌اند (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۵۴۲؛ لنگرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۷۷)؛ البته با مراجعه به دو کتاب المقننه و النهایه مشخص می‌گردد که کلام آنها در ذیل حدیث فوق نیست؛ بلکه ایشان به صورت کلی می‌گویند که در شکستن دست و یا هر استخوانی که قابلیت بهبودی دارد، قصاص ممکن نیست؛ بلکه جواز قصاص در شکستگی منوط به عدم اصلاح و علاج می‌باشد (بغدادی، ۱۴۱۳ق، ص ۷۶۱؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۷۲).

۴. عمل فقیهان معاصر به این روایت بدون هیچ قید و شرطی بوده است؛ از جمله حاج آقا رضا مدنی کاشانی برای اعراض مشهور از این روایت، وجهی قائل نیست و از مستندات حکم قصاص دندان این روایت را می‌آورد (کاشانی، ۱۴۱۰ق، صص ۲۰۴ و ۲۳۵). البته برخی از فقیهان معاصر گفته‌اند که این روایت باید بر بعضی از مراتب شکستگی حمل شود، آن‌هم مواردی که قصاص کردن در آن موجب تغیر نگردد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۱).

ثانیاً این مبنا که اعراض مشهور موجب ضعف روایات مورد پذیرش همگان نیست؛ زیرا برخی همچون آیت‌الله خویی رحمته‌الله معتقد است به طور مطلق «عمل مشهور خبر ضعیف را منجبر نمی‌کند و اعراض مشهور نیز خبر صحیح را منکسر نمی‌سازد» (شاهرودی، بی‌تا، ص ۱۳۶).

برخی دیگر از معاصران معتقدند که اگر اعراض مشهور به جهت اجتهاد باشد، نه به جهت اینکه روایتی یا دلیل دیگری به دست آنان رسیده که به دست ما نرسیده است، بنابراین نمی‌توان به مجرد اعراض مشهور، حکم به عدم اعتبار روایت کرد یا ظاهر روایت را کنار گذاشت (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۲۱۳۴).

در نتیجه نظر به اینکه از حیث صغروی اعراض مشهور از این روایت ثابت نیست، از حیث کبروی هم اینکه اعراض مشهور موجب ضعف روایت گردد، مورد قبول نیست؛ بنابراین با توجه به صحت سندی و دلالت واضح آن و نظر به پذیرش تجزیه در حجیت یک روایت، این روایت دلیل بر حکم بر جواز قصاص در شکستگی دندان می‌باشد.

روایت دوم: موثقه اسحاق بن عمار:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِيمَا كَانَ مِنْ جَرَاحَاتِ الْجَسَدِ أَنَّ فِيهَا الْقِصَاصَ أَوْ يَقْبَلُ الْمَجْرُوحُ دِيَةَ الْجِرَاحَةِ فَيُعْطَاهَا؛ امام صادق عليه السلام فرمود: امیر مؤمنان عليه السلام درباره جراحات‌های بدن چنین قضاوت کرد: قصاص ثابت است، مگر مجروح دیه جنایت را بپذیرد و به وی پرداخت شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۲۷۵؛ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۷۶).

نظر به اینکه روایت نخست از دیدگاه پژوهشگر در این موضوع کافی و وافی است و موضوع این روایت کلی است؛ بنابراین به بررسی جزئی سند روایت نپرداخته و به معتبر بودن آن نزد فقیهان اکتفا می‌شود (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲ موسوعه، ص ۱۷۷).

از منظر دلالتی این روایت به صورت کلی و عام می‌فرماید حکم اولی در جراحات قصاص است و شکستگی دندان نوعی جراحات است؛ پس طبق این روایت هم حکم اولی در شکستگی دندان قصاص می‌باشد. در اینکه ما بتوانیم از حکم این روایت، یعنی ثبوت قصاص در جراحات به عنوان یک کبرای کلی در بحث شکستگی دندان

استفاده کنیم، اول باید دید که آیا موضوع روایت (جراحت بودن) در خصوص شکستگی دندان صدق می‌کند؟ برای کشف این صدق، به عرف خاص، یعنی فقیهان و محدثان باید رجوع کرد.

در مجامع روایی محدثان بزرگوار عنوان‌های انتخابی از سوی آنان گویا دیدگاه خود آنان می‌باشد؛ از جمله وجه مشترک عنوان انتخابی شیخ حرّ عاملی و ملامحسن فیض کاشانی و مجلسی‌ها این است: «باب ثبوت قصاص در جراحت». تمام این بزرگواران در ذیل این باب، حدیث ابی بصیر را آورده‌اند که شرح دلالتی و سندی آن گذشت: «...سَأَلْتُهُ عَنِ السِّنِّ وَ الدَّرَاعِ يُكْسِرَانِ عَمْدًا أَلَهُمَا أَرْشٌ أَوْ قَوْدٌ فَقَالَ قَوْدٌ...». این بدان معناست که از منظر ایشان شکستگی دندان نوعی جراحت است (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۷۵؛ کاشانی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۱۲۷۳؛ کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص ۶۸۱؛ اصفهانی، مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۱۰۳؛ اصفهانی، مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۳۹۹).

افزون بر محدثان بزرگوار، فقیهان نیز در آثار فقهی خود در ذیل بحث قصاص در جراحت به روایت ابی بصیر (شکستگی دندان) به عنوان یکی از مصادیق آن اشاره کرده‌اند (عاملی، بی تا، ج ۱۱، ص ۱۸۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲ موسوعه، ص ۱۹۲؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۳۲۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص ۱۱؛ قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۱۱۹)؛ بنابراین با توجه به منابع فوق می‌تواند گفت که از منظر ادبیات فقهی، شکستگی دندان نوعی از جراحت است و موضوع روایات ثابت گردید. در نتیجه مطابق روایت در هر جراحتی حکم اولیه قصاص است. شکستگی دندان نوعی جراحت است؛ پس طبق این روایت هم حکم اولی در شکستگی در دندان قصاص می‌باشد. البته این مهم مورد توجه است که فقیهان برخی از جراحت‌ها را از عمومیت این روایات خارج ساخته‌اند؛ اما با توجه به اینکه در خصوص حکم قصاص شکستگی دندان روایت خاص داریم (روایت نخست: روایت ابی بصیر)، دیگر تخصیص شکستگی دندان از این روایت، گویا اجتهاد در مقابل نص باشد.

۲-۳. بررسی ادله دیدگاه دوم

در مقابل نظر دیدگاه اول، دیدگاه دوم مبنی بر عدم جواز قصاص طبق نقل مجلسی

دوم که دیدگاه مشهور است و همان طور که بیان شد، در تحقیق و جستجوی انجام شده عبارت یا فتوایی به صراحت قائل به عدم جواز باشد یافت نشد؛ اما می‌توان به برخی از ادله که امکان تقویت این نظر را داشته باشد، اشاره کرد.

الف) قاعده فقهی «لا قصاص فی عظم»

قاعده فقهی «لا قصاص فی عظم» (کاشانی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷) بدین معناست که در استخوان قصاص وجود ندارد. در منابع حدیثی امامیه چندین روایت ناظر به این مطلب وجود دارد:

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ كُلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَقُولُ لَيْسَ فِي عَظْمٍ قِصَاصٌ» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۸۵).

۲. «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى فِي نَوَادِرِهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَا يَمِينُ فِي حَدِّ وَلَا قِصَاصٍ فِي عَظْمٍ» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۸۵).

این قاعده از حیث سندی مشکلی ندارد و از منظر دلالی هم دلالت دارد که اگر جنایت عمدی بر استخوان واقع شود، حکم به قصاص در آن داده نمی‌شود. با توجه به اینکه دندان یکی از مصادیق استخوان است، پس مطابق این قاعده فقهی در شکستن دندان حکم به قصاص نمی‌تواند داد.

در مقام پاسخ به این استدلال و دفاع از قول به جواز قصاص، دو پاسخ می‌توان ارائه داد.

پاسخ نخست آن است که این قاعده و مستندات روایی آن، در مقام بیان یک حکم عام می‌باشند و روایت صحیحه ابی‌بصیر درباره مستندات این قاعده اخص می‌باشد (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ص ۲۹۱)؛ بنابراین با توجه به اینکه اولاً در اعراض مشهور از این روایت خدشه گردید و ثانیاً بر فرض اعراض طبق مبانی برخی از فقیهان که مورد پذیرش این پژوهش است، اعراض مشهور موجب تضعیف روایت نمی‌گردد، در نتیجه روایت یادشده قاعده فوق را تخصیص می‌زند و بنابراین در شکستگی دندان قصاص ممکن است.

پاسخ دوم مبتنی بر مدعای آقای سبحانی از فقیهان معاصر می‌باشد. ایشان مقرر می‌دارد: آنجا که گفتیم عظم و استخوان قصاص ندارد، مراد از «عظم» غیردندان بود؛ هر چند دندان هم عظم است، ولی عظم در روایات عبارت است از آن استخوانی که روی آن پرده‌ای قرار دارد؛ یعنی عظم در روایات شامل دندان نمی‌شود؛ بنابراین «عظم» در اصطلاح روایات، غیر از سنّ است؛ هر چند از نظر علمی سن هم یکی از استخوان‌هاست.^۱

بر فرض پذیرش ادعای فوق شکستگی دندان موضوعاً از حیثه قاعده خارج است و شکستگی دندان تخصصاً از موضوع قاعده خارج است.

ب) قاعده عدم تغیر

تغیر در لغت به معنای جان و نفس را در معرض خطر قرار دادن است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۶۹). در اصلاح فقهی در باب قصاص عضو چنان که اگر قصاص عضوی موجب شود که قصاص شونده در معرض هلاکت قرار گیرد یا به عضوی دیگر او صدمه وارد گردد، چنین وضعیتی را تغیر گویند.

از منظر فقیهان یکی از اصول باب قصاص «عدم القصاص مع التغیر بالنفس»، یعنی عدم حکم به قصاص در صورتی است که اجرای حکم قصاص موجب هلاکت نفس گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۲۸۸)؛ زیرا فلسفه حکم قصاص حفظ مردم از تعدی و ظلم است. اگر خود قصاص بخواهد موجب تعدی گردد که در آنجا قصاصی نخواهد بود (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ص ۲۹۱).

در موضوع شکستگی دندان به دلیل اینکه اجرای حکم قصاص در آن موجب تغیر و صدمه بیشتر از صدمه وارد شده توسط جانی می‌گردد، در نتیجه با توجه به قاعده و اصل عدم تغیر امکان حکم به قصاص منتفی می‌گردد.

در پاسخ به استدلال فوق و در دفاع از نظریه جواز قصاص می‌توان گفت که بین

1. <http://tohid.ir/fa/index/book?bookID=343&page=15#593>

شرطیت یک قید یا مانعیت آن تفاوت وجود دارد. در بحث قصاص عضو، آیا عدم تغیر شرط حکم جواز قصاص است یا مانع از حکم به جواز قصاص است یا مانع از اجرای حکم قصاص است؟ با مراجعه به کتاب‌های فقهی آنچه که مشهود است این است که عدم تغیر به عنوان یک مانع مد نظر است؛ یعنی در بحث شکستگی دندان با توجه به عموم ادله قصاص و روایت خاص، مقتضی حکم به قصاص وجود دارد. آنچه که در واقع می‌تواند مانع اجرای حکم قصاص گردد، نه مانع صدور حکم قصاص احتمال تغیر است. به‌ویژه که در عصر کنونی که وسایل جدید و امکانات پزشکی پیشرفته وجود دارد، امکان تحقق هم‌مانندی بین جنایت و قصاص وجود دارد (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۰۸)؛ در نتیجه حکم به جواز قصاص ملازمه با تغیر ندارد.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه که در این پژوهش تحلیل شد در میان فقیهان امامیه اعم از فقیهان قدیم و معاصر، اگر نگوییم مشهور، تعداد قابل توجهی به جواز قصاص در فرض شکستگی دندان قائل‌اند؛ البته با رعایت دیگر شروط از جمله مماثلت. در مقابل برخی فقیهان به نقل مجلسی دوم جواز قصاص را نپذیرفتند. با بررسی روایت‌های موجود می‌توان گفت که نظر قائلان به جواز از پشتوانه روایی خوبی برخوردار است و استدلال به اینکه اولاً از این روایت‌ها اعراض شده است، علاوه بر اینکه در تحقق اعراض مشهور شبهه وجود دارد، مطابق مبنای مورد پذیرش این پژوهش، اعراض مشهور تأثیری در صحت روایت ندارد؛ ثانیاً استدلال به اینکه دندان استخوان است و از مسلمات فقهی نزد مسلمانان این است که در استخوان قصاصی نیست، با مناقشه مواجه است؛ زیرا با پذیرش روایت ابوبصیر این روایت موجب تخصیص قاعده فوق می‌باشد. با توجه به وسایل پیشرفته پزشکی امروز اجرای حکم قصاص موجب تغیر نمی‌گردد؛ بنابراین ماده ۴۱۲ قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران از منظر فقه امامیه دارای پشتوانه روایی قابل اعتنایی می‌باشد.

فهرست منابع

۱. ابن بابویه قمی (صدوق)، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (ج ۴، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. امامی، مسعود. (۱۳۹۷). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (مصوب ۹۲، قصاص عضو). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه الاسلامی.
۳. بهجت گیلانی فومنی، محمدتقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل (بهجت) (ج ۵، چاپ دوم). قم: دفتر معظم له.
۴. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶ق). تفتیح مبانی الأحكام - كتاب القصاص (یک جلدی، چاپ دوم). قم: دارالصدیقة الشهیدة علیها السلام.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية (ج ۲، چاپ اول). بیروت: دارالعلم للملایین.
۶. حائری طباطبایی، سیدعلی بن محمد. (۱۴۰۹ق). الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع - حدیقة المؤمنین (ج ۳، چاپ اول). قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
۷. حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ط - الحدیثة) (ج ۱۶، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۲۹، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۹. حسینی روحانی قمی، سیدصادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام (للمروحانی) (ج ۲۶، چاپ اول). قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. حلّی، حسن بن علی بن داود. (۱۳۸۳ق). رجال ابن داود (در یک جلد)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۳۸۱ق). رجال العلامة - خلاصة الأقوال (در یک جلد، چاپ دوم). نجف: منشورات المطبعة الحیدریة.

۱۲. خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۵ق). تحریر الوسيلة (مترجم: علی اسلامی، ج ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. سبزواری، سیدعبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (للسبزواری) (ج ۲۹، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۱۴. شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (ج ۳، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۱۵. شبیری زنجانی، سیدموسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (زنجانی) (ج ۷ و ۳، چاپ اول). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۱۶. شریف کاشانی، ملاحییب الله. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالك إلى المدارك (چاپ اول). قم: المطبعة العلمية.
۱۷. صیمری، مفلح بن حسن (حسن). (۱۴۲۰ق). غاية المرام في شرح شرائع الإسلام (ج ۴، چاپ اول). بیروت: دارالهادی.
۱۸. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). رجال الشيخ الطوسي - الأبواب، (در یک جلد، چاپ سوم) قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى (یک جلدی، چاپ دوم). بیروت: دار الكتاب العربي.
۲۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذيب الأحكام (ج ۱۰، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
۲۱. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (ج ۱۵، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۲۲. عاملی، بهاء الدین، محمد بن حسین و ساوجی، نظام بن حسین. (بی تا). جامع عباسی و تکمیل آن (محتسبی، ط - قدیم) (دو جلدی، چاپ اول). تهران: مؤسسه منشورات الفراهانی.
۲۳. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (بی تا). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) (ج ۱۱، چاپ اول). بیروت: دار احیاء التراث العربي.

۲۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الفیاض (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۵. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (۱۴۲۶ق). رساله توضیح المسائل (فیاض) (یک جلدی، چاپ اول). قم: انتشارات مجلسی.
۲۶. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی (۲۶ جلدی، چاپ اول). اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام.
۲۷. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (۱۴۲۵ق). الشافی فی العقائد و الأخلاق و الأحکام (ج ۲، چاپ اول). تهران: دار نشر اللوح المحفوظ.
۲۸. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ط - الإسلامية) (ج ۷، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۹. مجلسی (اول)، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ج ۱۰، چاپ دوم). قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۳۰. مجلسی (دوم)، محمد باقر. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (ج ۲۴، چاپ دوم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۱. مجلسی (دوم)، محمد باقر. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار (ج ۱۶، چاپ اول). قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام.
۳۲. مجلسی (دوم)، محمد باقر. (بی تا). حدود و قصاص و دیات مجلسی (چاپ اول). تهران: مؤسسه نشر آثار اسلامی.
۳۳. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا. (۱۴۱۰ق). کتاب القصاص للفقهاء والخوایص (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی. (۱۴۱۳ق). المقنعة (للشیخ المفید) (چاپ اول). قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.
۳۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج ج ۴۲ موسوعة (۲ جلدی، چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.

۳۶. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق). کلمات سدیة فی مسائل جدیدة (یک جلدی، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. نجاشی، ابو الحسن، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة (در یک جلد). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر). (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (۴۳ جلدی، چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۳۹. هاشمی، سید محمود. (۱۳۷۷). حکم بی حس کردن اعضا هنگام اجرای کفرهای جسمانی. مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۱۵، صص ۳-۲۴.

40. <http://tohid.ir/fa/index/book?bookID=343&page=15#593>

References

1. Ameli, B., & Sawoji, N. (n.d.). *Jame Abbasi and its completion*. (1st ed., Vol. 2). Tehran: Farahani Publications Institute. [In Arabic]
2. Ameli, S. J. (n.d.). *Miftah al-Karamah fi Sharh Qawa'id al-Alamah* (1st ed., Vol. 11). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
3. Ameli, Z. (1413 AH). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'il al-Islam* (1st ed., Vol. 15). Qom: Institute of Islamic Knowledge. [In Arabic]
4. Bahjat Gilani Fumani, M. T. (1426 AH). *Jame al-Masail* (2nd ed., Vol. 5). Qom: Moazzam lah Office. [In Arabic]
5. Emami, M. (1397 AH). *Explanation of the Expanded Islamic Penal Code*. (Approved 1392 AP, Equal Retaliation). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia. [In Persian]
6. Fayaz Kaboli, M. I. (1426 AH). *Risalah Tawdih al-Masa'il* (1st ed., Vol. 1). Qom: Majlesi Publications. [In Arabic]
7. Fazel Movahedi Lankarani, M. (1421 AH). *Tafsir al-Shari'ah fi Sharh Tahreer al-Wasilah - Al-Qisas* (1st ed.). Qom: Fiqhi Center of the Pure Imams. [In Arabic]
8. Feyz Kashani, M. (1406 AH). *Al-Wafi* (1st ed., Vol. 26). Isfahan: Library of Imam Ali ibn Abi Talib. [In Arabic]
9. Feyz Kashani, M. (1425 AH). *Al-Shafi fi al-Aqa'id wa al-Akhlāq wa al-Ahkam* (1st ed., Vol. 2). Tehran: Dar Nashr al-Lawh al-Mahfuz. [In Arabic]
10. Ha'iri Tabatabai, S. A. (1409 AH). *Al-Sharh al-Saghir fi Sharh Mukhtasar al-Nafi - Hadiqat al-Mu'minin* (1st ed., Vol. 3). Qom: Publication of Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
11. Ha'iri, S. A. (1418 AH). *Riyad al-Masail* (1st ed., Vol. 16). Qom: Aal al-Bayt. [In Arabic]
12. Hashemi, S. M. (1377 AP). *Hukm bi-Haskardan-e A'zaye Hengam-e Ejaraye Qisamani. Ahl al-Bayt Fiqh*, 15, pp. 3-24. [In Arabic]
13. Helli, H. (1381 AH). *Rijal al-Alamah - Khulasat al-Aqwal* (2nd ed., Vol. 1). Najaf: Manshurat al-Matba'ah al-Haidariyyah. [In Arabic]

14. Helli, H. (1383 AH). *Rijal Ibn Dawood*. Tehran: Tehran University Publication. [In Arabic]
15. Hor Ameli, M. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1st ed., Vol. 29). Qom: Aal al-Bayt. [In Arabic]
16. Husseini Rohani Qomi, S. S. (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq* (1st ed., Vol. 26). Qom: Imam Sadiq. [In Arabic]
17. Ibn Babawayh Qomi (Saduq), M. (1413 AH). *Man La Yahzar al-Faqih* (2nd ed., Vol. 4). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Scholars of Qom Seminary. [In Arabic]
18. Jawhari, I. (1410 AH). *Al-Sahah - Taj al-Lughah wa Sahah al-Arabiyyah* (1st ed., Vol. 2). Beirut: Dar al-Ilm lil-Malayin. [In Arabic]
19. Keliny, A. (1407 AH). *Al-Kafi* (4th ed., Vol. 7). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
20. Khomeini, S. R. (1425 AH). *Tahreer al-Wasilah* (Vol. 4, A. Eslami, Trans.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Scholars of Qom Seminary. [In Arabic]
21. Majlesi, M. B. (1404 AH). *Miraat al-Uqul fi Sharh Akhbar Aal al-Rasul* (2nd ed., Vol. 24). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
22. Majlesi, M. B. (1406 AH). *fi Fahm Tahdhib al-Akhbar* (1st ed., Vol. 16). Qom Maladh al-Akhyaar: Library of Ayatollah Marashi Najafi. [In Arabic]
23. Majlesi, M. B. (n.d.). *Hudud, Qisas, and Diyah in Majlisi*. (1st ed.). Tehran: Institute for the Publication of Islamic Works. [In Persian]
24. Majlesi, M. T. (1406 AH). *Rawdat al-Muttaqin fi Sharh Man La Yahzar al-Faqih* (2nd ed., Vol. 10). Qom: Islamic Cultural Institute of Kushanpur. [In Arabic]
25. Mofid, M. (1413 AH). *Al-Muqni'ah (lil-Sheikh al-Mufid)* (1st ed.). Qom: World Congress of the Millennium of Sheikh Mufid. [In Arabic]
26. Mousavi Kho'i, S. A. (1422 AH). *Mabani Takmilat al-Manhaj* (1st ed., Vol. 42). Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
27. Muhaddith Kashani, R. (1410 AH). *Kitab al-Qisas lil-Fuqaha' wal-Khawas* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Scholars of Qom Seminary. [In Arabic]

28. Mu'min Qummi, M. (1415 AH). *Kalimat Sadeedah fi Masa'il Jadeedah* (1st ed., Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Scholars of Qom Seminary. [In Arabic]
29. Najafi, M. (1404 AH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'ih al-Islam* (7th ed., Vol. 43). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
30. Najashi, A. (1407 AH). *Rijal al-Najashi - Fihrist Asma' Musannifi al-Shi'a* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Scholars of Qom Seminary. [In Arabic]
31. Sabzevari, S. A. (1413 AH). *Mahzab al-Ahkam* (4th ed., Vol. 29). Qom: Al-Minar. [In Arabic]
32. Saimiri, M. (1420 AH). *Ghayat al-Muram fi Sharh Shara'il al-Islam* (1st ed., Vol. 4). Beirut: Dar al-Hadi. [In Arabic]
33. Shahroodi, S. M. et.al (1426 AH). *Fiqh Dictionary in accordance with the school of Ahl al-Bayt*. (1st ed., Vol. 3). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia in the Ahl al-Bayt School of Thought. [In Persian]
34. Sharif Kashani, M. H. (1404 AH). *Taseeh al-Masalik ila al-Madarik* (1st ed.). Qom: Al-Matba'ah al-Ilmiyyah. [In Arabic]
35. Shobeyri Zanjani, S. M (1419 AH). *Kitab al-Nikah* (1st ed., Vols. 1, 3, & 7). Qom: Ra'y-e Pardaz Research Institute. [In Arabic]
36. Tabrizi, J. (1426 AH). *Tanqih-e Mabani al-Ahkam - Kitab al-Qisas* (2nd ed., Vol. 1). Qom: Dar al-Siddiqah al-Shahidah. [In Arabic]
37. Tusi, A. (1400 AH). *Al-Nihayah fi Majrad al-Fiqh wa al-Fatawa* (2nd ed., Vol. 1). Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. [In Arabic]
38. Tusi, A. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam* (4th ed., Vol. 10). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
39. Tusi, A. (1427 AH). *Rijal al-Sheikh al-Tusi - Al-Abwab* (3rd ed., Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Scholars of Qom Seminary. [In Arabic]
40. <http://tohid.ir/fa/index/book?bookID=343&page=15#593>

Editorial Board

Abdorreza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Islami)

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Ahmad Hosseini

Member of the Assembly of Leadership Experts and member of Iranian Guardian Council

Mohammad Zarvandi Rahmani

Associate Professor, Al-Mustafa International University

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Seifollah Sarrami

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Ahmad Moballeghi

Member of the Assembly of Leadership Experts

Sayyed Ziya Mortazavi

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Mohammad Sadegh Mazinani

Fourth Level Researcher at Qom Seminary

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy



Reviewers of this Volume

Hamed Rostami Najafabadi, Asadollah Rezaei, Mahdi Rahbar,
Taha Zargarian, Mohammad Jafar Sadeghpour, Mohammad Salehi
Mazandarani, Reza Andalibi, Mohammad Taqi Fakhlaei



Fiqh

A Quarterly Scientific Research Journal

Vol. 30, No. 3, Autumn 2023

115

Islamic Propagation Office, Qom Seminary
Islamic Sciences and Culture Academy
(Research Center for Jurisprudence and Law)
www.isca.ac.ir

Director.in.Charge:
Abdorreza Eizadpanah

Editor.in.Chief:
Reza Esfandiari (Islami)

Executive Director:
Abdul Samad Aliabadi

Tel.:+ 98 25 31156912 • P.O. Box. 37185_3688

Jf.isca.ac.ir • Feqh.osul@gmail.com



راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

مرکز توزیع مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم عهده دار توزیع و اشتراک مجلات ذیل می باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

فرم اشتراک

حوزه	فقه	نقد و نظر	آینه پژوهش	جستارهای فقهی و اصولی
یک سال اشتراک ریال ۲۸,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	مطالعات علوم قرآنی	جامعه مهدوی	اخلاق
یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰

نام پدر:	نام و نام خانوادگی:	نام:
میزان تحصیلات:	تاریخ تولد:	نهاد:
		شرکت:

کد اشتراک قبل: پیش شماره: تلفن ثابت: تلفن همراه:	کد پستی:	استان:	نشانی:	
	صندوق پستی:			شهرستان:
	رایانامه:			خیابان:
		کوچه:	پلاک:	

هزینه های بسته بندی و ارسال به عنوان تخفیف محاسبه شده است.

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
 کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹
 تلفن: ۰۲۵-۳۱۱۵۱۱۶۲
 شماره پیامک: ۳۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰۰ رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی