

قوانین فقه اسلامی

ترجمه

الموجبات والعقود علی ضوء القوانین الحدیثه
تألیف استاد دکتر صبحی محمصانی

جلد دوم

خلاصه مستثنیات

شکی نیست در اینکه امثله‌ای که ذکر شد و نظائر آنها متعلق بمواردی است که واجب است بر ساکت بقیا یا اثباتاً اظهار نظر نماید و آنچه لازم بوده عمل نکرده بلکه ساکت مانده در اینصورت در جمیع این موارد سکوت در معرض جواب قرار گرفته که از این حالات مخصوصه نتیجه موافق یا مخالف گرفته میشود.

علاوه بر آنچه ذکر شد مسائل دیگری است که بین فقها اختلاف است بعضی از آن مسائل را مشمول قاعده کلی عدم اعتبار سکوت دانسته‌اند و بعضی را از مستثنیات قاعده میدانند و اهم این مسائل دومسئله است یکی مسئله فروش مال غیر است در حضور صاحب مال دیگری سکوت دختر است در قبول ازدواج لذا حکم این دومسئله را هر یک جداگانه بطور اختصار بیان میکنیم.

سکوت در بیع مال غیر

اگر کسی در حضور صاحب مال بفروشد مال او را و صاحب مال سکوت نماید آیا سکوت صاحب مال تفسیر بقبول میشود و سکوت مالک بمنزله اجازه عمل فضولی فروشنده است یا خیر.

در باب فضولی حکم مسئله گذشت که نزد فقهای حنفی و شافعی و حنبلی سکوت مالک اجازه تلقی نمیشود و دلیل فقهای مذکور اینست که سکوت تنها حاکی از رضایت نیست قابل تعبیر باسترها و عدم توجه و تعجب از عمل فضول میباشد و عمل محتمل المعانی نمیتواند حجت واقع شود و از این مذهب تبعیت کردند داود ظاهری و اتباعش .

و اما نزد فقهای مالکی سکوت در فرضیه مذکور در حکم اجازه میباشد اعم از اینکه مالک در مجلس بیع حاضر و ناظر باشد یا آنکه غائب باشد و پس از علم یا انجام معامله فضولی مدتی ساکت بماند مگر آنکه سکوت مالک محمول بعدری باشد مانند عظمت و قدرت و مقام معامل فضول که در این صورت سکوت مالک قبول تلقی میشود و همچنین ابن ابی لیلی گفته است سکوت مالک در بیع مالش اقرار به بیع است و استدلال کرده باینکه عادتاً سکوت حمل بر رضا میشود در غیر این صورت که سکوت محمول برضا باشد جایز نیست شرعاً که مالک ساکت بماند زیرا اگر راضی بمعامله نباشد باید دفع ضرر از خود بکند و اگر سکوت او موجب غرور خریدار شود اضرار بمشتری است در این صورت هم غرور حرام است و ضرر مدفوع حاصل مطلب اینکه بعضی از فقها در فرضیه فوق لازم ندانسته اند گفتار را و حکمی هم برای سکوت او نکردند و بعضی دیگر گفتار را لازم دانسته و سکوت را موجب رضا و بمنزله اقرار تلقی نمودند گرچه ما ترجیح میدهیم رأی دوم را ولی انسب آن است که در این موارد رجوع بقاضی شود تا آنکه باقرائن و شرایط مقام معنی حقیقی سکوت را کشف نماید .

در هر صورت نزد فقهای حنفی سکوت صاحب مال اجازه فروش در فضولی تلقی نمیشود در این نظریه فقهای حنفی اشکالی نیست بشرط آنکه با بیع اقرار داشته باینکه ملک غیر را فروخته ولی اگر با بیع بتصور اینکه ملک خودش میباشد و در مقام بیع آن برآمده شخص ثالثی در مجلس بیع حضور داشته که مالک حقیقی است و با مشاهده معامله سکوت نماید آیا در این صورت پس از انجام معامله شخص ثالث

میتواند دعوی مالکیت مبیع را بنماید و آیا دعوی او مسموع است یا آنکه سکوت او در مجلس بیع اقرار ضمنی محسوب میشود .

فرق گذاردند فقهای حنفی در این مسئله بین دو حالت .

حالت اول اینکه با بیع نسبت بمالك اجنبی باشد و نسبتی نداشته باشد بمالك حاضر ساکت .

حالت دوم اینکه با مالك حاضر ساکت منسوب و از اقرباء او باشد در حالت اول گفته اند سکوت مالك مانع از پذیرفتن دعوی او نمیشود مگر اینکه مشتری در مبیع تصرف کرده باشد پس از انجام معامله و مدتی هم از تصرفات او گذشته باشد در اینصورت دعوی مالك پذیرفته نمیشود .

اما در حالت دوم مشایخ نجاری فتوی داده اند باینکه سکوت مانع از پذیرفتن دعوی مالك نمیشود و قاضیخان قول مشایخ نجاری را ترجیح داده و لکن مشایخ سمرقند و خوارزم فتوی دادند باینکه سکوت احد الزوجین از بیع مال هر يك از دیگری را و سکوت اقرباء نزدیک از بیع مالشان هر يك از دیگری را اقرار ضمنی محسوب میشود و این سکوت مانع از پذیرفتن دعوی مالك بعد از انجام معامله میباشد و این قول را ابن بزازی و اساتید او ترجیح داده اند و نیز المجله این قول را برای جلوگیری از تزویر و تلبیس ترجیح داده است .

این تفصیل و حکم بطوریکه ملاحظه میشود از ابتکارات المجله و ابن عابدین نیست بلکه رأی مختار فقهای حنفی میباشد چنانچه در کتب فقهیه معتبره حنفی مذکور است این عقیده ما را به تعمق در عبارات نصوص ماده ۱۶۵۹ المجله تأیید میکند .

اگر بفروشد کسی مالی را بتصور اینکه ملك اوست در حضور شخص دیگری و تسلیم کند آن مال را بمشتری پس از آن شخص حاضر دعوی ملکیت نسبت بآن مال نماید یا اینکه در مجلس بیع حاضر و ساکت بوده بدون عنردر اینصورت باید توجه کرد باینکه آیا حاضر ساکت از منسوبین و اقارب با بیع بوده است یا خیر اگر از اقارب او بوده یا زوج یا زوجه او بوده حضور و سکوتش در مجلس بیع مانع

از پذیرفتن دعوی او میباشد و اگر حاضر ساکت نسبت ببایع اجنبی بوده و نسبتی با او نداشته در اینصورت حضور و سکوت او مانع از پذیرفتن دعوی نمیشود مگر در صورتیکه مشتری تصرف در مبیع نماید از قبیل احداث بنا در آن یا خراب کردن آن و امثال اینها که مانع از پذیرفتن دعوی او خواهد بود.

سکوت دختران در قبول ازدواج

حدیث شریف است **الثیب احق بنفسها من ولیها و البکر تستامر واذننها سکوتها** این حدیث متعلق بدختران کبیره است و تفسیر روایت محتاج بتفصیل بین ثیب و بکر میباشد.

دختران ثیب هنگامیکه میخواهند اذن ازدواج بدهند سکوت آنها حاکی از قبولشان نیست بلکه لازم است بگفتار صریح قبول نمایند و در این مسئله خلافتی بین فقها نیست زیرا در ثیب حیا مانع از تکلم نیست بر حسب عادت.

اما دختران بکر آیا سکوت آنها در مقابل ایجاب نکاح بمنزله قبول تلقی میشود یا خیر قول جمهور فقها بر اینست که سکوت آنها تعبیر بقبول میشود و استدلال کردند باینکه اکثر دختران در اثر شرم و حیائی که دارند امتناع از گفتار میکنند و قبول خود را بسکوت اعلام میدارند.

مؤید این نظریه شهرت زنان عربیه بطور کلی و زنان مسلمة بخصوص در تخدر و عدم اختلاط میباشد و چنانچه مشهور است در عرب که حیا از محاسن و عادات زنان عرب است.

فقهای مالکی گفته اند بهتر آنست که قبل از استخاره از دختران در ازدواج بآنها اعلام شود که سکوت آنها بمنزله اذن است و شرط دانسته اند بعضی از فقها که این اعلام سه مرتبه قبل از استیذان بشود مانند ابن شعبان و اما فقهای حنفی در مسئله قائل بتفصیل میباشند گفته اند سکوت با کره بمنزله اذن و قبول است در صورتیکه ولی نزدیک او اجازه داده باشد و اعتباری نیست اگر دیگران که نسبتی و قرابتی ندارند اجازه دهند بلکه در صورتیکه اولیاء نزدیک او اجازه ندهند ناچار

باید خود دختر صریحاً قبول خود را اعلام کند و این قولی است که بعضی از فقهای شافعی تبعیت کردند و خلاف این قول مختار و مذهب شافعی است.

قسمت چهارم

مکاتبه و مراسله

کلیات

بسیار اتفاق می افتد که ایجاب و قبول هر دو یا یکطرف از آنها بمکاتبه واقع میشود بخصوص در مواردی که تعاقب بین دو طرف غائب باشد لذا تعاقب بمکاتبه جائز است همانطوریکه بمشافهه جائز میباشد چنانچه هدایه و غیر آن از کتب فقهی و در قواعد کلی المجله تصریح شده باینکه الکتاب کالخطاب (۱) ماده ۶۹ .

وامثله این قاعده بسیار است ماده ۱۷۳ المجله مقرر داشته که همانطوریکه بیع با ایجاب و قبول مشافهه واقع میشود بمکاتبه نیز واقع میشود و نیز در ماده ۴۳۶ در باب اجاره مقرر داشته که اجاره منعقد میشود بمشافهه همچنانکه بمکاتبه نیز منعقد میشود .

و همچنین تعاقب واقع میشود برسالت مثل اینکه کسی دیگری را بفرستد نزد طرف معامله و عرضه کند بر او مبیعی را پس از آنکه مرسل الیه قبول عرضه معامله را نمود در همان مجلس عقد معامله تمام است .

از مسائل خلافتی در قوانین جدید مسئله تعیین زمان و مکانی است که عقد مکاتبه و مراسله در آن مکان و زمان تمام میشود آیا تمامیت عقد در زمان و مکانی است که قابل آنرا قبول میکند یا زمان و مکانی است که قبول قابل بموجب ابلاغ

۱- نزد فقهای امامیه عقود معاملات منعقد نمیشود مگر با لفاظ و اشاره در مورد اخرس اگر فروشنده بنویسد بعت و خریدار بنویسد قبلت بنظر فقهای امامیه عقد بیع منعقد نشده ولی اگر پس از نوشتن ثمن و مثنی رارد و بدل نمایند احکام معاطات در آن جاری است. مترجم

میشود . شکی نیست که در این سؤال اهمیت عملی میباشد مثلاً در محاکمه مربوط
با این عقود در بعض قوانین محکمه محل انعقاد عقد صالح است از این لحاظ معرفت
مکان تمامیت عقد حائز اهمیت میباشد و اما معرفت زمان تمامیت عقد لازم است از
لحاظ لزوم آن و عدم حق رجوع از عقد و متفرع بر این سئوالها است اینکه آیا
جایز است قابل قبل از ابلاغ و علم موجب بقبول طرف از قبول رجوع کند یا خیر
و آیا قبل از قبول طرف موجب میتواند از ایجاب رجوع کند یا خیر .

در این مسئله در قوانین و نظریات علمای حقوق اختلاف است ما قبل از بیان
مقررات قوانین جدید و نظریات علمای حقوق جدید مختار شریعت اسلام را در این
مسئله بیان میکنیم و پس از آن نظریات علمای حقوق معاصر را با آن تطبیق
مینمائیم .

