

بررسی ایقاع فضولی با مطالعه موردی طلاق فضولی^۱

علی اکبر ایزدی فرد^۲
سیده مجتبی حسین نژاد^۳

چکیده

در وقوع ایقاع فضولی، از جمله طلاق فضولی بین فقها اختلاف نظر است. گروهی از ایشان با توجه به ادله‌ای همچون اجماع بر منع ایقاع فضولی و عدم صلاحیت داشتن ایقاعات برای تعلیق، وقوع ایقاعات از جمله طلاق را به صورت فضولی جایز ندانسته‌اند. گروهی دیگر، تنها جریان فضولی در طلاق و عتق را جایز ندانسته‌اند، در حالی که وقوع فضولی در سایر ایقاعات را صحیح شمرده‌اند. تعدادی نیز در این مسئله مردد شده‌اند و برخی دیگر نیز جریان فضولی در تمامی ایقاعات از جمله طلاق را جایز دانسته‌اند. نگارندگان پس از نقد و بررسی ادله فقها در نهایت به این نتیجه می‌رسند که با توجه به وجود مقتضی برای وقوع ایقاعات فضولی و فقدان موانع، منعی در وقوع ایقاعات فضولی از جمله طلاق که به نوعی بارزترین مصداق آنست، وجود ندارد. این مقاله به صورت تحلیلی استنادی بر مبنای یافته‌ای

بررسی ایقاع فضولی
با مطالعه موردی
طلاق فضولی

۴۱

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۰۷؛ تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۲/۲۰

۲. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران. رایانامه: ali85akbar@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی مؤسسه آموزش عالی پارسا- بابلسر. (نویسنده مسئول) رایانامه: mojtabahoseinnezhad4@gmail.com

که بیان شد و مستدل و مبرهن نمودن آن و نیز جرح و نقد اقوال رقیب و مستندات ایشان، سامان یافته است.

کلید واژه‌ها: ایقاع فضولی، طلاق، اجماع، تعلیق، روایت حلبی.

۱. طرح مسئله

این تحقیق بر آن است که با رویکردی جدید، وقوع ایقاع فضولی را با تطبیق بر یکی از مصادیق آن به صورت مطالعه موردی بررسی نماید. لازم به ذکر است، اگرچه فقها جریان فضولی در عقود به خصوص بیع را به صورت مفصل بررسی نموده‌اند، ولی از کنار جریان فضولی در ایقاعات به ویژه طلاق، با وجود اهمیت آن به سادگی گذشته و تنها تعداد اندکی از آن‌ها، آن هم به صورت مختصر به نقد و بررسی در این زمینه بسنده کرده‌اند. به طوری که حتی شیخ انصاری با وجود اینکه جریان فضولی در باب بیع را به صورت مفصل و دقیق مورد بررسی قرار داده، عدم وقوع فضولی در ایقاعات از جمله طلاق را مغرور غنه قرار داده و تنها در این زمینه به ذکر اجماع شهید اول (عاملی، ۱۴۱۴، ۳/۳۷) بر بطلان ایقاعات فضولی اکتفا نموده است (انصاری، ۱۴۱۵، ۸/۱۵۳).

در منابع حقوقی ایران نیز، مقرراتی که بطلان یا صحت ایقاع فضولی را مشخص کند، وجود ندارد. حقوقدانان نیز تنها به صورت مصداقی، حکم بعضی از ایقاعات فضولی چون طلاق، خیارات، شفعه را بیان نموده‌اند، اما گذشته از اینکه این تحقیقات به صورت اجمالی و گذرا تدوین شده است، در خصوص ایقاع فضولی برخلاف عقد فضولی، نظریه عامی که به عنوان ضابطه ایقاعات فضولی در نظر گرفته شود، مطرح نشده است.

به تازگی مقالاتی به صورت اجمالی ارائه شده است، که در این مقالات، بیش از هر چیزی به نقد و بررسی قوانین موضوعه اکتفا شده و به صورت فقهی بررسی و تبیین دقیقی ارائه نشده است. بر این اساس، لازم است بحث از جریان فضولی در ایقاعات خصوصاً طلاق که به نوعی از بارزترین مصادیق ایقاعات بوده و در وقوع آن به صورت فضولی بیش از سایر مصادیق ایقاعات شبیه وجود دارد، مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۴۲

اثبات صحّت ایقاع فضولی متوقف بر نتیجه‌ای است که از دو مقدمه زیر بدست می‌آید: مقدمه اول: آیا مقتضی برای تعمیم حکم صحّت عقد فضولی به ایقاعات وجود دارد؟ مقدمه دوم: بر فرض وجود مقتضی، آیا ایقاعات قابلیت تعلیق به اجازه مالک و صاحب حق را دارا می‌باشند، به طوری که هیچ مانعی برای جریان ایقاع فضولی وجود نداشته باشد یا خیر؟

با اثبات دو مقدمه یادشده به راحتی می‌توان صحّت ایقاع فضولی از جمله طلاق را که از جمله ایقاعات است، به نحو فضولی جایز دانست.

البته توجه به این نکته لازم است که در صورت استنتاج عدم مقتضی در تسری حکم صحّت از عقود فضولی به ایقاعات فضولی از مقدمه اول، با در نظر گرفتن رعایت طولی ادله نمی‌توان به بحث از مقدمه دوم و اثبات انتفای موانع پرداخت؛ زیرا بدیهی است که بحث از انتفای موانع، پس از مفروغ بودن از وجود مقتضی است و در صورت فقدان مقتضی، به طور کلی، بحث از تسری حکم صحّت به ایقاعات فضولی منتفی است.

بر این اساس، برای پی بردن به جواز وقوع ایقاع فضولی از جمله طلاق، در ابتدا لازم است به تبیین مفاهیم بنیادین واژه‌های ایقاع و فضولی و طلاق در اصطلاح فقها و همچنین اقوال فقها در این زمینه و سپس به بررسی مقدمه اول و مقدمه دوم پرداخت.

بررسی ایقاع فضولی
بامطالعه موردی
طلاق فضولی
۴۳

۲. مفاهیم بنیادین

ایقاع در اصطلاح فقها عبارت است از: انشای مستقل در طرف ایجاب که صحّت و نفوذ آن، بر انشای قبول از طرف دیگری متوقف نیست (عاملی، ۱۴۲۱، ۷۶۷/۲؛ مجلسی اول، ۱۴۱۴، ۱۸۲/۱؛ حسینی عاملی، بی تا، ۲/۴؛ مالکی نجفی، ۱۴۲۰، ۵). بر این اساس هر نوع قراری که یک جانبه انجام گیرد و نیاز به قبول طرف دیگر نداشته باشد، مانند: طلاق که شرعاً احتیاجی به قبول زوجه ندارد، از ایقاعات شمرده می‌شود. فضولی در اصطلاح فقها در باب معاملات عبارت است از معامله‌ای که شخص بدون اذن و داشتن نمایندگی، مال غیر را به عنوان موضوع قرارداد قرار دهد (مجلسی اول، ۱۴۰۰، ۸۱؛ نراقی، ۷۵/۱۴۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷۳/۲۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۳/۸).

طلاق نیز در اصطلاح فقها که یکی از ایقاعات است، عبارت از گسستن قید و پیوند نکاح دائم با صیغه مخصوص، همچون «أنت طالق» و شبیه به آن می‌باشد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۹۵/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲/۳۲).

با توجه به این مطالب، طلاق فضولی عبارت از آن است که شخص اجنبی، زوجه شخص دیگری را بدون اذن و اجازه و نمایندگی از زوج، طلاق دهد.

۳. اقوال فقها در رابطه با طلاق فضولی

گرچه معروف بین فقها عدم صحت ایقاعات فضولی است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۱۲۷/۲)، ولی می‌توان گفت که اقوال فقها در این زمینه متفاوت است: گروهی از فقها همچون شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۴، ۳۷/۳)، میرزای قمی (۱۴۱۳، ۱۸۲/۲)، شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۳/۸)، طباطبایی یزدی (یزدی، ۱۴۲۱، ۱۳۳/۱) معتقدند که جریان فضولی در تمامی ایقاعات، از جمله طلاق، باطل است؛ به طوری که شهید اول در این مورد ادعای اجماع کرده و شیخ انصاری نیز برحسب ظاهر عبارت ایشان این اجماع را حجت دانسته است. گروهی نیز از جمله اصفهانی (۱۴۱۸، ۷۶/۲)، امام خمینی (خمینی، ۱۴۲۱، ۱۳۱/۲)، موسوی خویی (خویی، بی تا، ۵/۴) و سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳، ۳۱۱/۱۶)، جریان فضولی در تمامی ایقاعات حتی طلاق و عتق را نیز جایز دانسته‌اند. تعدادی نیز همچون غروی نائینی (نائینی، ۱۳۷۳، ۲۱۱/۱)، جریان فضولی را فقط در طلاق و عتق جایز ندانسته‌اند، ولی قائل به جریان فضولی در سایر ایقاعات شده‌اند. تعدادی دیگر نیز از جمله شهیدی (شهیدی، ۱۳۷۵، ۳۶۵/۲-۳۶۶)، با توجه به ظاهر عبارت او، به طور کلی در جریان فضولی در تمامی ایقاعات از جمله طلاق مردد شده‌اند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۴۴

۴. بررسی مقتضای ایقاع فضولی

در رابطه با وجود مقتضی برای وقوع ایقاع فضولی در ابتدا باید به بررسی جریان فضولی در عقود پرداخت. آیا وقوع فضولی در عقود موافق با قاعده است یا نه؟ زیرا اگر فقیهی قائل شود که جریان فضولی در باب عقود برخلاف قاعده است، بی شک باید

در مواردی که برخلاف قاعده است به آن مقداری که دلیل وجود دارد و قدر متیقن از ادله در نظر گرفته می‌شود، اخذ شود؛ یعنی در کلّ معاملات از جمله ایقاعات، اگر در یک موردی دلیلی بر جریان فضولی داشته باشیم، براساس آن دلیل عمل می‌شود. اما اگر دلیل نداشتیم، نباید وقوع آن معامله را به صورت فضولی جایز دانست. بنابراین جریان فضولی در ایقاعات محصور به وجود دلیل می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱۳۳/۱؛ شهیدی، ۱۳۷۵، ۲/۲۶۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۲۴۴).

اگرچه بعضی از فقها همچون نجفی ابروانی (۱۴۰۶، ۱/۱۱۷) و طباطبایی یزدی (۱۴۲۱، ۱/۱۳۳) اصل در معاملات فضولی را به خاطر مخالفت آن با قواعد، باطل دانسته‌اند، اما مشهور فقها صحت جریان فضولی در عقود را موافق با مقتضای قواعد می‌دانند (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۲/۱۲۸) حال باید دید که دلایل بر این موافقت چیست؟

۴-۱. وجوه موافقت معاملات فضولی با قواعد

امام خمینی در مقام اثبات این موافقت در عقود، وجوهی را بیان نمودند؛

وجه اول: اجازه زمانی که از طرف مالک به عقدی که در گذشته بدون اذن وی صورت گرفته ملحق شود، باعث تبدیل شدن این عقد به عقد مجیز می‌شود و دیگر به عنوان عقد فضولی محسوب نمی‌شود، بلکه در زمره عقود اصیل قرار می‌گیرد، پس مشمول عموم آیه «أوفوا بالعقود» (مائده، ۱) قرار می‌گیرد. بنابراین که مراد از این آیه، «وجوب الوفاء بعقودکم» باشد؛ یعنی مراد وجوب وفا نمودن به تمام عقود باشد که از شما صادر می‌گردد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۲/۱۲۸).

نتیجه این مطلب در ایقاع در ضمن یکی از مصادیق بارزش همچون طلاق به این نحو است:

اگر یک مرد اجنبی زوجه مرد دیگری را بدون اذن شوهر در حضور دو نفر عاقل طلاق دهد، آن گاه به شوهر آن زن بگوید که من مدتی پیش، زوجه تو را طلاق دادم، این طلاق فضولی است، حال اگر شوهر این طلاق را اجازه داد، آیا این طلاق به عنوان طلاق مجیز و اصیل در نظر گرفته می‌شود یا نه؟ نظر امام در اینجا بر آن است که اگر مراد از آیه «أوفوا بالعقود»، «وجوب الوفاء بعقودکم» باشد، در این صورت ملحق شدن

اجازه از ناحیه شوهر به این طلاق، باعث تبدیل این طلاق به طلاق مجیز و اصیل می‌شود و به تبع آن مشمول آیه شریفه «أوفوا بالعقود» می‌شود.

وجه دوم: در معامله فضولی، عقد جزء سبب برای نقل عقلایی و جزء دیگر آن اجازه لاحق مالک است، لذا وقتی که سبب تمام باشد، مسبب نیز حاصل می‌شود، همان طوری که ایجاب به عنوان جزئی از سبب نقل عقلایی بوده و قبول جزء تمام کننده آن است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۱۲۸/۲).

مانند این بیان، در باب طلاق نیز می‌آید، به این معنا که طلاق فضولی به عنوان جزئی از سبب و اجازه شوهر جزء دوم و متمم آن بوده و با صدور آن طلاق واقع می‌شود.

وجه سوم: مراد از عقد، قرار بین الفضولین است؛ به این معنا بین الفضولین یک قراری وجود دارد که به صورت اعتباری تا زمان اجازه باقی است. با آمدن اجازه و ملحق شدن آن به این قرار، عقد فضولی تمام و در شمار عقود اصیل قرار می‌گیرد و عموماً هم‌چون عموم «أوفوا بالعقود» شامل آن می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۱۲۸/۲).

وجه چهارم: اینکه عموماً «أوفوا بالعقود» از آنچه که فقها گفته‌اند، وسیع‌تر باشد، یعنی «أوفوا بالعقود» گرچه معنایش ظهور در «أوفوا بعقودکم» دارد، ولی بعید نیست که حتی اگر عقد به عنوان عقد اصیل و منسوب به شخص نیز نباشد، بلکه به صورت فضولی برقرار شود، اما پس از آن اجازه لاحق مالک به آن ملحق شود، داخل در این عموماً گردد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۱۲۸/۲)؛ زیرا این عقد نزد عقلا، پس از ملحق شدن اجازه مالک به آن صحیح و لازم می‌شود و چه بسا چنین عقدی در بازار مسلمانان نیز متعارف می‌باشد. برای اینکه در بیشتر موارد، دلالت بازار اموال صاحبان را از این طریق به فروش می‌رسانند و تنها در موارد نادری از باب وکالت اصطلاحی اقدام به فروش اموال موکلشان می‌کنند. بنابراین، با در نظر گرفتن رواج این عقد در نزد عقلا و عدم دلیل بر رد چنین عقدی، می‌توان چنین عقدی را پس از اجازه مالک از نظر شرع نیز صحیح و لازم شمرد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۱۳۳/۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۴۶

۴-۲. نقد و بررسی

دربارهٔ هریک از وجوه یادشده اشکالاتی وارد شده که بحث و بررسی پیرامون آن، مقالهٔ مستقلی را می‌طلبد، اما آنچه می‌توان گفت:

اولاً: در مورد وجه اول، نمی‌توان گفت که معاملهٔ فضولی را نمی‌توان با امور تکوینی مقایسه کرد و آن را بر اساس قاعدهٔ عقلی «الشی لاینقلب عما هو علیه» پس از اجازه مالک، عقد مجیز ندانست، بلکه پذیرفتن این قاعده در امور اعتباری شرعی از باب تسامح است و بنابراین، پس از اجازهٔ لاحق مالک، عقد منتسب به مالک و صادر شده از اوست در نتیجه وجه اول می‌تواند صحیح در نظر گرفته شود.

ثانیاً: در ارتباط با وجه دوم تحلیل ارائه شده، باید گفت: مصادره به مطلوب و اول مدعاست؛ زیرا ما در صدد اثبات این مسئله‌ایم که آیا عقلاً آن عقد صادر شده از فضولی را جزء السبب و اجازه را به‌عنوان جزء دیگر سبب قرار می‌دهند؟

ثالثاً: با توجه به وجه سوم، جریان فضولی در ایقاعات مطابق با قاعده نیست؛ چرا که در ایقاعات قرار و التزام طرفینی وجود ندارد؛ زیرا در ایقاعات غیر از الفاظ انشا، چیز دیگری نیست و الفاظ نیز از آن جهت که متصرّم الوجودند، نزد عرف و انشاکننده نه می‌توانند بقای واقعی داشته باشند و نه بقای اعتباری. در نتیجه با توجه به وجود معاهده و التزام طرفینی در عقود، می‌توان مطابق با وجه سوم وقوع عقود فضولی را مطابق با قاعده دانست، درحالی که با در نظرگرفتن فقدان التزام و قرار طرفینی در ایقاعات، وقوع ایقاعات مطابق با وجه سوم برخلاف قاعده است، مگر اینکه بگوییم: آنچه در باب عقود به اعتبار عقلاً بقا دارد، چیزی است که با الفاظ انشا می‌شود، نه قرار و التزام بین طرفین معاملهٔ فضولی.

رابعاً: در نقد وجه چهارم باید گفت: به نظر می‌رسد که جریان این وجه هر چند در عقود مانند بیع، ممکن است پذیرفته شود، ولی جریان آن در ایقاعی چون طلاق محلّ تأمل است، یعنی این طور نیست که طلاق صادرشده از ناحیه فضول، داخل در عموماًت «أوفوا بالعقود» شود، زیرا برحسب ظاهر نمی‌توان گفت که طلاق در نزد عقلاً پس از ملحق شدن اجازه زوج به آن صحیح است. چرا که این طلاق را نمی‌توان در میان مسلمانان متعارف به‌شمار آورد و این طور نیست که مردم در اکثر موارد از این

راه اقدام به طلاق کنند. گرچه در ایقاعات دیگری چون شفعه، شاید بتوان جریان این وجه را ممکن دانست.

بر این اساس، از نظر نگارندگان صحت وجه دوم مورد تردید و وجه سوم و چهارم از وجوه مطرح شده نیز، اگرچه ممکن است در عقود جریان یابند، ولی جریان آن در ایقاعاتی مثل طلاق، محلّ تأمل است. اما وجه اول گذشته از صحت آن، جریان آن نیز در ایقاعات از جمله طلاق، چنانچه گذشت، ممکن است. بنابراین، با در نظر گرفتن وجه اول از آنجایی که جریان فضولی در معاملات اعمّ از عقود و ایقاعات، مطابق با قاعده است، مقتضی برای جریان فضولی در ایقاعاتی چون طلاق نیز وجود دارد (ر.ک: غروی نائینی، ۱۳۷۳، ۲۱۱/۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۶/۳۱۱).

۵. بررسی موانع ایقاع فضولی

همان طوری که گذشت، برای اثبات وقوع ایقاع فضولی، پس از احراز وجود مقتضی ایقاعات فضولی، می بایست موانع آن را نیز بررسی نمود. قائلان به بطلان ایقاع فضولی ادله‌ای را مطرح نمودند:

۱-۵. اجماع

شیخ انصاری در کتاب بیع خود در بحث «شروط متعاقدین» به نقل از شهید اول در غایة المراد (شهید اول، ۱۴۱۴، ۳/۳۷)، ادعای اجماع بر عدم جریان فضولی در ایقاعات نموده و ظاهر کلام او اطمینان از بطلان ایقاع فضولی است (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۳/۸). ظاهر عبارت شیخ - با توجه به اینکه در مقام دلیل بر بطلان ایقاع فضولی، مستند آن را منحصر در اجماع می داند - می تواند مبین آن باشد که اجماع، مهم ترین و عمده دلیل قائلان به بطلان ایقاع فضولی است؛ بنابراین، لازم است که کمی بیشتر این اجماع را مورد بررسی قرار دهیم.

۵-۱-۱. اشکال صغروی

در صورتی که اجماع مزبور محصل باشد و به طور قطعی نیز کاشف از رأی معصوم باشد، می تواند برای فقیهی که آن را به دست آورده حجّت باشد. منتها باید دانست که ظاهراً اجماع ادعا شده، گذشته از انتساب نقلش به شیخ انصاری، نسبت به شهید اول

نیز منقول می‌باشد؛ زیرا بعید است که شهید اول که از متأخران است، خود شخصاً با تفحص و بررسی در تاریخ و آرای اقوال صحابه رسول الله ﷺ یا صحابه ائمه عليهم السلام یا فقهای نزدیک به عصر معصوم علیه السلام مستقیماً تحصیل اجماع کند؛ چرا که با جستجو در عبارت فقها می‌توان یافت که حتی یک فقیه در زمان قبل از شهید اول گزارشی از این اجماع نداده است، پس چه‌طور ممکن است چنین اجماعی وجود داشته باشد در حالی که قدمایی همچون شیخ طوسی و یا کسانی که در رأس متأخران می‌باشند، همچون علامه حلی، هیچ‌گونه تصریحی به این اجماع نکرده باشد؟ بنابراین، محصل بودن اجماع مزبور از ناحیه شهید اول آن هم در تک‌تک ایقاعات بعید است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱/۱۳۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۲۴۴). وانگهی، بر فرض اینکه اجماع مزبور محصل باشد، نمی‌تواند مفید فایده باشد. البته بحث در نقد و بررسی حجیت اجماع محصل بسی طولانی است، ولی به‌صورت خیلی خلاصه می‌توان گفت: در دوران غیبت امام علیه السلام از راه اجماع محصل هرگز نمی‌توان قطع به رأی معصوم حاصل کرد و تحصیل اجماع در این دوره‌ها، نسبت به عقاید علمای معاصر، بر فرض اینکه امکان عقلی داشته باشد، بی‌گمان امکان عادی ندارد (ر.ک: آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۸۸؛ مظفر، ۱۳۷۵، ۲/۱۰۵-۱۱۳)؛ چرا که، دسترسی به آرای قدما برای تحصیل اجماع بسیار سخت است و متوقف بر تحصیل همه کتب قدماست، و این نمی‌تواند به‌صورت عادی ممکن باشد؛ زیرا بسیاری از آثار قدما به‌دست ما نرسیده است. از برای نمونه، مجموعه تالیفات شیخ صدوق به ۳۰۰ اثر می‌رسد (ابن شهر آشوب، ۱۳۸۰، ۱۲)، به‌طوری که نجاشی در فهرست خویش حدود ۲۰۰ اثر وی را می‌آورد که در شاخه‌های مختلف علوم دینی بوده است (نجاشی، ۱۴۰۷، ۳۸۹-۳۹۲) درحالی که بسیاری از این آثار به‌دست ما نرسیده است (ربانی شیرازی، ۱۳۶۱، ۷۲). حتی بعضی از فقها از جمله فرزند شهید ثانی (ابن شهید ثانی، بی‌تا، ۱۷۵) به‌طور جزم معتقدند که تمامی اجماعاتی که از زمان شیخ طوسی تا به حال نقل شده، بیشتر از همه، به شهرت نزدیک‌تر است تا اجماع اصطلاحی. جزم به فقدان اجماع محصل در مسئله حاضر به‌نحوی است که تعدادی از فقها همچون امام خمینی (۱۴۲۱، ۲/۱۳۱) و سبزواری (۱۴۱۳، ۱۶/۳۱۱)، اساس این اجماع را در همه ایقاعات فضولی حتی در طلاق و عتق

که به صورت خاص در مورد آن دو ادعای اجماع شده - باطل دانستند.

اما این اجماع اگر بخواهد منقول باشد، تنها در صورتی می تواند حجّت باشد که منقول به خبر متواتر بوده و تنها در این صورت ارزشی همانند اجماع محصل خواهد داشت (مظفر، ۱۳۷۵، ۲/۱۱۴)، منتها بر حسب ظاهر، چگونه این اجماع می تواند منقول به خبر متواتر باشد، در حالی که در هیچ یک از کتب فقهی قبل از زمان شهید اول، ذکری به میان نیامده است. بنابراین، اجماع مزبور به احتمال زیاد از نوع اجماع منقول به خبر واحد است که حجّت نیست؛ زیرا ادله حجّیت خبر واحد، تنها شامل مواردی می شود که راوی، قول و فعل معصوم علیه السلام را شنیده و یا دیده باشد و آن را با حس درک کرده باشد، و این ادله شامل صورتی که قول معصوم علیه السلام حدس و یا استنباط گردد، مانند این مسئله، نمی شود و تنها سنت معصوم علیه السلام است که اگر به وسیله خبر واحد نقل شود، حجّت است، ولی اگر اجماع به واسطه خبر واحد نقل گردد، نمی تواند هیچ گونه اعتباری داشته باشد (ر.ک: مظفر، ۱۳۷۵، ۲/۱۱۴-۱۱۹).

۲-۱-۵. اشکال کبری

اجماع تنها در صورتی می تواند حجّت باشد که تعبّدی باشد و آن اجماعی است که برای مسئله مورد اتفاق علما، مدرکی، مانند عموم، اطلاق یا اصلی که احتمالاً مورد استناد اجماع کنندگان قرار گرفته باشد، وجود ندارد؛ بلکه رأی و نظر معصوم علیه السلام صرفاً از راه اتفاق و اجماع علما کشف می گردد که در واقع، اجماع تعبّدی همان اجماع مصطلح است (حکیم، ۱۴۱۸، ۶۳۱). اما در صورتی که اجماع، مدرکی یا محتمل المدرکیت باشد، نمی تواند ارزش استنادی داشته باشد؛ زیرا ممکن است در اجماع مدرکی، منشأ کشف سخن معصوم، همان مدرکی باشد که اجماع کنندگان به آن استناد کرده اند، باید بدون تکیه بر خود اجماع کنندگان به آن مدرک مراجعه کرد تا از صحت سند و میزان دلالتش بر مدعای آنان اطمینان حاصل شود. ممکن است اجماع کنندگان در اشتباه و از اشکالات موجود در سند یا دلالت، دلایلی همچون روایات غافل باشند و مجتهدی که با اجماع مدرکی روبرو می شود، در صحت سند خدشه ای وارد کرده و یا دلالت آن بر حکم یادشده را نپذیرد، در نتیجه در این گونه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۵۰

موارد، مجتهد نمی‌تواند به اجماع استناد کند، بلکه باید به مدرک این اجماع مراجعه نماید و اگر آن را معتبر دانست، به آن عمل کرده و در صورتی که به اعتقاد او دلیل یاد شده دلالت بر حکم مورد نظر نداشته باشد، باید از آن صرف نظر کند (ابن شهید ثانی، بی تا، ۱۷۳). با توجه به آنچه خواهد آمد، احتمال دارد دلایلی همچون بطلان تعلیق در ایقاعات و یا روایات وارده در باب طلاق و یا عتق که به عنوان دلیل و مدرک این اجماع در نظر گرفته می‌شود، محل تأمل و خدشه بوده و در نتیجه این اجماع حجت نباشد (شهیدی، ۱۳۷۵، ۲/۲۱۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱/۳۳؛ موسوی خویی، بی تا، ۵/۴؛ مکارم، ۱۴۲۵، ۲۴۴).

۲-۵. بطلان تعلیق در ایقاع

مستند دیگری که طرفداران بطلان ایقاع فضولی به آن استناد دارند، معامله به نحو فضولی به عنوان یک امر معلق بر اجازه است، پس در نهایت به عنوان یک معامله تعلیقی محسوب می‌شود، از طرفی تعلیق در ایقاعات راه ندارد، به خلاف عقود که می‌توانند معلق گردند، در نتیجه با توجه به بطلان تعلیق در ایقاعات، ایقاع فضولی باطل است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲/۷۵؛ موسوی خویی، بی تا، ۵/۴). این دسته از فقها معتقدند که اساساً یکی از فرق‌های بین عقد و ایقاع آن است که، تعلیق در عقود راه دارد، در حالی که در ایقاعات راه ندارد (موسوی خویی، بی تا، ۵/۴). با اثبات مدرکی یا محتمل‌المدرکی بودن اجماع، به نظر می‌رسد که مهم‌ترین مدرک این اجماع، همین مستند باشد.

توجه به این نکته لازم است که در مسئله تعلیق، تفاوتی بین عقود و ایقاعات نیست و آنچه که به عنوان مشکل اساسی ممنوعیت تعلیق هم در عقود و هم ایقاعات به شمار می‌آید، دلایلی همچون اجماع است. به طوری که با تمامی ادله ممنوعیت تعلیق، نه تنها ایقاع فضولی جایز نیست، بلکه عقد فضولی نیز جایز نمی‌باشد.

البته تحقیق در مناقشه این مستند، همانند مناقشه در اجماع که مستند قبلی طرفداران به بطلان ایقاع فضولی است، بسی طولانی است و خود نیازمند تحقیق مستقلی است، منتها به صورت خیلی خلاصه، باید گفت:

در معامله فضولی، معامله، معلق بر شرط (اجازه) در بسیاری از مواقع از اموری است که تنها احتمال تحقق آن از مالک می‌رود، بلکه چه‌بسا در نظر عاقد نیز در بسیاری از مصادیق معامله فضولی، تحقق یافتن آن شرط، مورد شک و تردید است.

باید دانست که مقتضی در اینجا با توجه به شمولیت عموماً و اطلاقات آیاتی همچون: «أوفوا بالعقود» (مائده، ۱)، «تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ» (نساء، ۲۹) و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره، ۲۷۵) و احادیثی مانند «المسلمون عند شروطهم» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵/۱۶۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۲/۳۵۳)، نسبت به معاملات تعلیقی موجود است (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۱/۴۷). نکته مهم اثبات مفقودیت موانع وقوع معاملات تعلیقی است. البته بعضی از فقها همچون صاحب جواهر بر وجود این مقتضی خرده می‌گیرند و معتقدند، آنچه که در شرع مقدس مسلم است اینکه صیغه‌های عقد، به‌عنوان سبب شرعی آن تلقی می‌شوند و به‌صرف اینکه عقدی تحقق یافت، آثارش نیز همچون: نقل و انتقال و ملکیت و تملیک و... تحقق می‌یابد. درحالی‌که در عقود معلق، اگرچه انشای عقد تحقق یافته، ولی تحقق اثر آن بر ایجاد امر دیگری وابسته است که در زمان فعلی مفقود باشد. در نتیجه، مفاد عموماًتی همچون آیه «أوفوا بالعقود» نمی‌تواند شامل این عقود شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۳/۵۰).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۵۲

در جواب این مناقشه می‌توان گفت: مفاد آیه «أوفوا بالعقود» وجوب وفای به عقد است که این وجوب تابع کیفیت آن عقد و قرارداد است، بنابراین در صورتی که آن عقد منجز بود، وجوب وفای به آن فوری است و اگر عقد معلق بود، وفای بدان نیز بعد از حصول شرط است، مانند: وجوب وفای به نذر، عهد، وصیت و... در نتیجه آنچه که به‌عنوان مقتضای این آیه شریفه در نظر گرفته می‌شود، آن است که عقد به هر شکلی اعم از منجز و معلق، در خارج اتفاق بیفتد، وفای به آن واجب است (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۲۱/۷؛ موسوی خویی، بی‌تا، ۳/۶۸).

بر این اساس مقتضی صحت معاملات تعلیقی موجود و با اثبات مفقودیت موانع، به‌راحتی می‌توان صحت معامله تعلیقی از جمله معامله فضولی را اثبات نمود. ادله بطلان تعلیق عبارت‌اند از:

۱-۲-۵. اجماع

مهم‌ترین مستند بر بطلان تعلیق در عقود و ایقاعات، اجماع است. این اجماع از ناحیه فقهای همچون سیدمرتضی بر بطلان طلاق وظهار معلق (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۱۲۷ و ۱۴۱) و شهید ثانی بر بطلانظهار معلق (عاملی، ۱۴۱۰، ۱۲۸/۶)، ادعا شده است.

شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۱۷/۷) با تحقیق دقیق تمامی ادله بطلاق عقد معلق غیر از اجماع را ناتمام می‌داند و همچون حکیم (حکیم، ۱۴۱۶، ۴۳۲/۱۲ و ۲۲۱)، دلیل بطلان عقد معلق را منحصر در اجماع می‌داند. ولی بر این اجماعی که به‌عنوان مهم‌ترین دلیل از ناحیه قائلان به بطلان عقود و ایقاعات معلق شمرده می‌شود، مناقشات زیادی وارد شده است، از جمله:

الف: بسیاری از فقها از جمله محقق اردبیلی (۱۴۰۳، ۲۳۰/۱۰)، فیض کاشانی (بی‌تا، ۳۱۶/۲) و بحرانی (۱۴۰۵، ۱۳/۲۲ و ۲۰۵/۲۱)، این اجماع را محل اشکال دانسته‌اند، به‌ویژه فیض کاشانی که در طلاق تعلیقی، اجماع سیدمرتضی را ثابت نمی‌داند.

بررسی ایقاع فضولی
بامطالعه موردی
طلاق فضولی
۵۳

ب: بر فرض اینکه اجماع یادشده را بپذیریم و هیچ خدشه‌ای بر صغرای قضیه وارد نشود، همان‌طوری که گذشت، اجماع فقط در صورتی حجت است که تعبدی و غیرمدرکی باشد (ابن شهید ثانی، بی‌تا، ۱۷۵). در حالی که در اینجا به‌صورت قطعی و یا دست کم به‌صورت احتمالی ممکن است که ادله دیگری همچون دلایل عقلی و لفظی که خواهد آمد، به‌عنوان مستند اجماع‌کنندگان باشد که در این صورت اجماع نمی‌تواند کاشف از رأی معصوم باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ۱۱۳/۱؛ موسوی خویی، بی‌تا، ۶۶/۳).

۲-۲-۵. محال بودن تعلیق

از نظر عقل محال است که انشای عقد یا ایقاع، معلق بر قید باشد؛ زیرا انشا به معنای ایجاد کردن است و عقلاً محال است که ایجاد شیء بر امر دیگری معلق گردد. برای اینکه آن شیء یا ایجاد می‌گردد و یا ایجاد نمی‌شود؛ در صورت اول، زمانی که آن

شیء ایجاد گردد، تعلیق آن بر امر دیگری محال بوده و نمی‌تواند قابل تصوّر باشد. اما در صورت دوم، زمانی که آن شیء ایجاد نگردد، از محلّ نزاع خارج می‌باشد. پس در هر صورت عقلاً ممکن نیست که انشای عقد و یا ایقاع بر امر دیگری معلق گردد و این بدیهی است و جای هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در آن نیست. ولی نکته‌ای که در اینجا باید در نظر داشت آن است که ایراد فوق در صورتی وارد است که تعلیق به انشای عقد برگردد، نه منشأ. بنابراین در صورتی که تعلیق به منشأ برگردد، نمی‌تواند مانعی که بر حسب عقل ذکر شد را به دنبال داشته باشد، در نتیجه در عقد یا ایقاع تعلیقی، انشای عقد و ایقاع منجز است، ولی منشأ (قصد متعاقدان) معلق است که تعلیق در منشأ نه تنها هیچ‌گونه مشکلی نمی‌تواند داشته باشد، بلکه حتی بنابر ادعای آیت‌الله خوئی، چنین تعلیقی در احکام شرعی و عرفی از جمله بدیهیات نیز به‌شمار می‌آید (موسوی خوئی، بی‌تا، ۶۶/۳ - ۶۷).

۳-۲-۵. منافات داشتن تعلیق با جزمیت انشا

تعدادی از فقها همچون شهید اول (بی‌تا، ۶۶/۱) و سیوری (۱۴۰۳، ۵۳)، یکی از شرایط صحت عقد را جزم متعاقدان به قصد در انشا دانسته‌اند و به تبع آن از منظر این دسته از فقها، عدم جزم در انشا، بطلان عقد را به همراه دارد. با حفظ این مطلب، از آنجایی که متعاقدان در عقد تعلیقی بدون جزم عقد را انشا می‌کنند، لذا عقد تعلیقی باطل است. در مقام نقد ایراد بالا، باید گفت که جزم به ناچار به یکی از سه موارد زیر برگشت دارد:

۱- جزم در انشای عقد،

۲- جزم در منشأ،

۳- جزم به حصول اثر عقد؛

در صورتی که مراد از جزم نامبرده در کلام این دسته از فقها، جزم در انشای عقد باشد باید گفت: از آنجایی که در معامله تعلیقی، تعلیق در آن به منشأ؛ یعنی قصد متعاقدان، برمی‌گردد، پس اصل انشای عقد، منجز است، از این رو، نمی‌توان عقد تعلیقی را باطل دانست. اما اگر مراد از این جزم، جزم در منشأ باشد، گذشته از لازم

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۵۴

نبودن آن در عقود، بلکه حتی اگر لازم هم باشد، باز هم تعلیق در منشأ صحیح است و در بسیاری از احکام شرعی و عرفی وجود چنین تعلیقی از جمله بدیهیات است. اما در صورتی که منظور، جزم به حصول اثر عقد باشد، باید دانست که هیچ دلیلی بر لزوم چنین جزمی در عقد نیست (کرکی عاملی، ۱۴۱۴، ۱۷/۱۲).

۴-۲-۵. دیگر مستندات بطلان تعلیق در عقود و ایقاعات

طبق نظر قائلان به بطلان تعلیق در عقود و ایقاعات، افزون بر مستندات یادشده، به مستنداتی همچون: اصل در معاملات (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۰۵/۲)، مسنون نبودن تعلیق (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۱۲۷)، عدم دلیل بر صحت تعلیق (طوسی، ۱۴۰۷، ۹/۳ و ۴۳۰) تمسک جستند که البته آوردن این مستندات به همراه نقد و بررسی آن طولانی است، ولی در مقام تحقیق باید گفت که، هیچ‌یک از این مستندات استحکام لازم را برای اثبات مدعا ندارند، در نتیجه با توجه به وجود مقتضی از اینکه عموم و اطلاقات آیات و روایاتی که ذکر شد، شامل معاملات تعلیقی نیز می‌باشد و مفقودیت موانع، صحت معامله تعلیقی که از جمله آن‌ها ایقاعات تعلیقی همچون طلاق است، ثابت می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۷۶/۲). به طوری که حتی بعضی از فقها همچون سید خویی ادعای عدم تعلیق در ایقاعات را بی پایه و اساس خوانده‌اند (موسوی خویی، بی تا، ۷۰/۳).

بررسی ایقاع فضولی
بامطالعه موردی
طلاق فضولی
۵۵

۳-۵. روایات وارده در باب طلاق و عتق

در باب طلاق و عتق روایاتی همچون: «الطلاق بید من أخذ بالساق» (دارقطنی، بی تا، ۳۷/۴؛ شیبانی، بی تا، ۱۴۳/۲) و «لا عتق الا فی ملک» (سجستانی، بی تا، ۲۵۸/۲؛ ترمذی، بی تا، ۴۸۶/۳-۱۱۸۱؛ بیهقی، بی تا، ۳۲۰/۷)، وارد شده مبنی بر اینکه حق طلاق، تنها برای زوج است. همچنین اگر کسی بخواهد دیگری را آزاد کند، باید مالک او باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۷۵/۲؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳، ۲۱۱/۱؛ موسوی خویی، بی تا، ۴/۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۳۱۱/۱۶؛ مکارم، ۱۴۲۵، ۲۴۵).

در نقد این استدلال باید گفت: التزام به ظاهر این روایات، بطلان بیع فضولی را نیز به همراه دارد؛ زیرا نظیر این روایات همچون «لا بیع الا فی ملک» (احسایی، ۱۴۰۵،

۲/ ۲۴۷؛ محدث نوری، ۱۴۰۸، ۱۳/ ۲۳۰)، در باب بیع نیز وارد شده است، اما باید گفت که نمی‌توان ملتزم به ظاهر این روایات شد، بلکه مراد از این دسته روایات آن است که شخص حق ندارد که زوجه دیگری را بدون اذن و اجازه از او طلاق دهد که این منافات با طلاق صادر شده از غیر زوج با اذن و اجازه زوج - به طوری که طلاق مستند به زوج باشد نه مجری صیغه - ندارد. نظیر این تحلیل در عتق نیز جاری است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲/ ۷۶؛ موسوی خویی، بی تا، ۴/ ۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۶/ ۳۱۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۲۴۵).

۴-۵. طلاق اکراهی

برخی از فقها در بطلان طلاق فضولی به بطلان طلاق اکراهی استناد کرده و گفته‌اند: اگر شخصی را بر اینکه از همسرش طلاق بگیرد، اکراه کنند و او وادار به طلاق از او کنند، بدون شک طلاق این شخص به خاطر سلب اختیار از او باطل است. با بیان این مطلب، در این فرض، با وجود اینکه زوج شوهر آن زن است وقتی طلاق وی باطل باشد، پس به طریق اولی طلاق صادر شده از غیر زوج (فضولی) باطل است (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲/ ۷۵؛ موسوی خویی، بی تا، ۴/ ۴).

در مقام نقد و بررسی باید گفت اولاً: به نظر برخی از فقها بطلان این اولویت روشن است؛ زیرا به چه دلیل اگر طلاق مکروه باطل است، به طریق اولی طلاق فضولی باطل باشد؟ چه بسا ممکن است در طلاق اکراهی به خاطر اکراه و سلب اختیار زوج، وضعیت حالی اش به مراتب بدتر از طلاق فضولی باشد؛ زیرا در طلاق فضولی، خود زوج بعداً اجازه می‌دهد و با میل و اراده خودش می‌گوید: این طلاقی که از طرف من فضولتاً داده شده اجازه می‌دهم. اما در طلاق اکراهی چنین نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲/ ۷۶؛ موسوی خویی، بی تا، ۴/ ۵). ثانیاً: قیاس مع الفارق است؛ زیرا در طلاق اکراه قصد از طرف زوج است، ولی رضایت نیست، در حالی که در طلاق فضولی از طرف زوج، نه قصد است و نه رضایت.

۶. تحلیل نهایی

با توجه به مطالبی که گذشت، باید گفت: با وجود مقتضی برای ایقاع فضولی برای موافقت آن با قواعد و فقہان مانع از جریان آن، وقوع ایقاع فضولی در خارج ممکن است و صحت آن همچون عقد فضولی متوقف بر اجازه لاحق مالک است. در نتیجه، طلاق نیز که یکی از مصادیق بارز ایقاعات است، وقوع آن در خارج ممکن است.

در رابطه با خصوص طلاق، فقہایی همچون شهید اول گذشته از ادعای اجماع، بر عدم جریان فضولی در ایقاعات، در القواعد و الفوائد نیز ادعای اجماع بر بطلان طلاق فضولی نموده است (عاملی، بی تا، ۳۶۹). گذشته از شهید اول، فقہای متقدمی نیز همچون سیدمرتضی همان طوری که گذشت، ادعای اجماع بر بطلان طلاق تعلیقی می‌کند (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۱۴۱) که لازمه این امر بطلان طلاق فضولی به خاطر معلق بودن آن بر اجازه است. اهمیت این اجماع و اجماع فاضل هندی (۱۴۱۶، ۳۴۲/۸) و شیخ انصاری (۱۴۲۱، ۱۷۲) مبنی بر بطلان عتق فضولی، به حدی است که حتی گروهی از فقہا همچون نائینی با وجود اینکه جریان فضولی در تمامی ایقاعات را جایز دانسته‌اند، ولی در طلاق و عتق با استناد به این اجماع، وقوع آن دو را به نحو فضولی باطل شمرده‌اند (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ۲۱۱/۱). منتها انعقاد چنین اجماعی بعید بوده (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۱۳۱/۲) و حتی بر فرض اینکه محقق باشد و اشکال صغروی نداشته باشد، احتمال مدرکی بودن آن و مستند به دلایلی که گذشت، می‌رود و به تبع آن، نمی‌تواند حجت باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱۳۳/۱). گذشته از اینکه اگرچه اجماع سیدمرتضی ممکن است به خاطر نزدیک به عصر معصوم علیه السلام بودن و از قداما بودنش، او را از اهمیت خاصی برخوردار کند، ولی التزام به این اجماع در عبارات سیدمرتضی صحیح نیست؛ زیرا بنابر ادعای شهید ثانی، ایقاعات ادعا شده از سیدمرتضی محل نظر است (عاملی، ۱۴۱۳، ۴۰۸/۸). برای اینکه اگر چه قبل از سیدمرتضی فقہایی همچون: شیخ مفید به اجماع استناد نموده و آن را بر مذهب امامیه تبیین نمودند (مفید، التذکره، ۱۴۱۳، ۴۵/۹؛ مفید، تحریم ذبائح اهل الکتاب، ۱۴۱۳، ۲۳-۲۴؛ مفید، المسح علی الرجلین، ۱۴۱۳، ۲۰/۹) و (۲۴) منتها سیدمرتضی، اولین کسی است که اجماع را مستند احکام زیادی قرار داده

که با توجه به منابع موجود، تقریباً هیچ‌یک از متقدمان او چنین نظری نداشته‌اند. به‌طوری که مرحوم خوانساری در این مورد می‌نویسد: «فائه الذی... أوضح طریق الاجماع و احتجّ بها فی اکثر المسائل» (خوانساری، بی‌تا، ۳۰۰/۴). مبنای او در اجماع آن بوده که اگر حکمی در یک مسئله موافق با قاعدهٔ اجماعی باشد، در آن مسئله ادعای اجماع می‌نمود که در این صورت قبل از هر چیزی می‌بایست اعتبار آن قاعده مورد بررسی قرار گیرد و دیگر اینکه آیا آن مسئله از مصادیق قاعده به‌شمار می‌آید یا نه؟ بر این اساس التزام به این اجماع محل اشکال است (کاظمی، بی‌تا، ۴۴۲). به‌خصوص اینکه بسیاری از اجماعات سیدمرتضی، شهرت عظیمه برخلاف آن وجود دارد (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۲/۲۸۵). بنابراین، نمی‌توان به اجماع سیدمرتضی تکیه نمود.

نکتهٔ پایانی این تحقیق که از اهمیت به‌سزایی برخوردار است، اینکه در رابطه با وقوع طلاق فضولی روایتی نیز وارد شده است. مطابق با مضمون این روایت، حلبی نقل می‌کند که از امام صادق علیه السلام در رابطه با بچه ده ساله‌ای که پدرش او را در کودکی به ازدواج زنی در آورد، سؤال کردم که آیا او در سن ۱۰ سالگی می‌تواند زوجهٔ خود را طلاق دهد؟ امام علیه السلام در جواب فرمود: تزویج این بچه توسط ولی صحیح است، اما در رابطه با طلاق زن توسط بچه، آن زن باید تا زمان بلوغ بچه صبر کند، حال پس از رسیدن این کودک به سن بلوغ به او یادآوری می‌شود که در زمان کودکی می‌خواست زوجهٔ خود را طلاق دهد، پس اگر این مطلب را قبول کرد و آن طلاق را امضا نمود، در این صورت طلاق بائن شکل می‌گیرد؛ اما اگر این مطلب را انکار نمود و راضی به امضای این طلاق نبود، پس آن زن همچنان به‌عنوان زوجهٔ او باقی می‌ماند (قمی، ۱۴۱۳، ۳۱۰/۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۶/۲۲۰ - ۲۲۱).

همان‌طوری که ملاحظه می‌شود روایت دلالت صریح بر صحت طلاق فضولی دارد؛ زیرا طلاق که بچه در سن ده‌سالگی داده است، بی‌شک از مصادیق طلاق فضولی است؛ زیرا وی حق نداشته در سن کودکی زوجه خود را طلاق دهد و حال که طلاق داد، صحت آن متوقف بر اجازه‌ای است که در زمان بلوغ او صادر می‌شود

(شهیدی، ۱۳۷۵، ۲/۲۶۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۲/۱۳۱).

ممکن است اشکال شود که در طلاق فضولی، شخص فضول هیچ ارتباطی با زوجه ندارد و با او بیگانه است، اما در روایت بالا، بجه که فضول محسوب می‌شود، با زوجه بیگانه نبوده، بلکه شوهر و زوج او بوده، ولی به دلیل عدم بلوغ حق طلاق ندارد؟ پاسخ: ملاک در تحقق فضولی این است که شخص فضول بنا به هر دلیلی اجازه طلاق را نداشته باشد، اما ثمره این بحث در کشف و نقل است. به این معنا که اگر طلاق دهنده شخص فضولی باشد که هیچ ارتباطی با زوجه ندارد، اجازه لاحق شوهر ناقله محسوب می‌شود، مگر دلیلی خلاف آن بیاید. اما اگر طلاق دهنده فضول، شرعاً نسبت به زوج بیگانه نباشد، اجازه او کاشفه می‌باشد و این به لحاظ آثار و احکام طلاق ثمرات متعددی را به دنبال خواهد داشت. همین بحث دقیقاً در طلاق اکراهی پس از اجازه زوج، قابل تطبیق است.

سند این روایت نیز در کتاب من لایحضره الفقیه عبارت است از:

محمد بن علی بن الحسین بن الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط
عن ابن مسکان عن الحلبي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام ...
طریق شیخ صدوق به حسن بن محبوب صحیح است (موسوی خویی، ۱۴۱۳، ۹۸/۶). با حفظ این مطلب، حسن بن محبوب (طوسی، بی تا، ۱۲۳؛ طوسی، ۱۴۲۷، ۳۳۴ و ۳۵۴) و علی بن حسن بن رباط (نجاشی، ۱۴۰۷، ۲۵۱؛ طوسی، بی تا، ۲۶۹؛ حلّی، ۱۳۸۳، ۲۳۹) و عبدالله بن مسکان (نجاشی، ۱۴۰۷، ۲۱۴؛ طوسی، بی تا، ۲۹۴؛ حلّی، ۱۳۸۱، ۱۰۶) و محمد بن علی بن ابی شعبه حرانی (نجاشی، ۱۴۰۷، ۹۸؛ طوسی، بی تا، ۳۸۵؛ حلّی، ۱۳۸۱، ۱۴۳) همگی از راویان امامی ثقه می‌باشند به طوری که حتی حسن بن محبوب - البته بنا بر قولی - (کشی، بی تا، ۵۵۶) و عبدالله بن مسکان (کشی، ۱۴۹۰، ۳۷۵) از جمله اصحاب اجماع نیز می‌باشند. لذا سند این روایت صحیح است.

با صحیح دانستن سند روایت فوق و دلالت آن بر مطلوب، در نهایت حتی بر فرض اینکه نتوان مقدمه اول (مقتضی برای جریان فضولی در ایقاعات) و یا مقدمه دوم (فقدان موانع جریان فضولی در ایقاعات) را اثبات نمود، باز هم با ورود این روایت

صحیحہ دست کم می توان وقوع طلاق فضولی را به عنوان قدر متیقن مستفاد از روایت بالا استفاده نمود.

نتیجه گیری:

صحت ایقاع فضولی از جمله طلاق فضولی، متوقف بر احراز دو مقدمه ذیل است:

مقدمه اول: مقتضی برای تعمیم حکم صحت عقد فضولی به ایقاعات وجود داشته باشد.

مقدمه دوم: هیچ مانعی برای جریان ایقاع فضولی وجود نداشته باشد.

با توجه به آنچه آمد، می توان گفت که وجوه مختلفی برای وجود مقتضی برای تعمیم حکم صحت عقد فضولی به ایقاعات وجود دارد که از آن جمله، تعلق گرفتن اجازه از طرف مالک به عقدی که بدون اذن وی صورت گرفته است که باعث تبدیل این عقد به عقد مجیز می شود و به دنبال آن، این عقد، دیگر در زمره عقود فضولی قرار نمی گیرد، بلکه در شمار عقود اصیل قرار گرفته و مشمول عموم آیه «أوفوا بالعقود» می شود، البته در صورتی که مراد از این آیه، «وجوب الوفاء بعقودکم» باشد. این سخن عیناً در ایقاعات نیز از جمله طلاق، جاری است. لذا مقدمه اول را می توان احراز نمود. موانع جریان ایقاع فضولی نیز چون اجماع بر بطلان ایقاع فضولی و یا بطلان تعلیق در ایقاعات، مفقود است. بنابراین، با در نظر گرفتن دو مقدمه، وجود مقتضی برای وقوع ایقاع فضولی و فقدان مانع از جریان آن، می توان نتیجه گرفت که وقوع ایقاع فضولی، از جمله طلاق فضولی، که از بارزترین مصادیق آن است، مانعی ندارد.

حتی اگر نتوانستیم این دو مقدمه یا یکی از آن دو را احراز کنیم، باز هم با توجه به ورود روایت صحیح حلی از امام صادق علیه السلام در مورد طلاق فضولی، از باب قدر متیقن مستفاد از این روایت صحیح، حداقل می توان وقوع طلاق به نحو فضولی را جایز دانست و آن را پس از اجازه لاحق شوهر صحیح و لازم الوفا شمرد. طلاق اگرایی نیز با توجه به مبانی مطرح شده، پس از اجازه شوهر، صحیح است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۶۰

منابع:

• قرآن کریم.

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفاية الأصول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن شهر آشوب، رشيد الدين محمد بن علي. (۱۳۸۰ق). معالم العلماء، نجف، منشورات المطبعة الحيدرية.

۴. ابن شهيد ثاني، حسن بن زين الدين. (بی تا). معالم الدين و ملاذ المجتهدين، قم: بی نا.
۵. احسايی، محمد بن علي. (۱۴۰۵ق). عوالي اللثالی العزیزية، قم: دار سيد الشهداء للنشر.
۶. اصفهانی، محمد حسين کمپانی. (۱۴۱۸ق). حاشیة كتاب المكاسب، قم: أنوار الهدی.
۷. انصاری، مرتضى بن محمد امين. (۱۴۲۱ق). صیغ العقود و الإیقات، قم: مجمع انديشه اسلامی.

۸. (۱۴۱۵ق). كتاب المكاسب، قم: كنگرة جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری.
۹. ربانی شیرازی، عبدالرحيم (۱۳۶۱ش). مقدمة «معانی الأخبار»، قم: انتشارات اسلامی.
۱۰. بحرانی، يوسف بن احمد بن ابراهيم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

بررسی ایقاع فضولی
بامطالعه موردی
طلاق فضولی
۶۱

۱۱. بیهقی، ابی بکر احمد بن الحسين بن علي. (بی تا). السنن الكبرى، بی جا: بی نا.
۱۲. ترمذی، محمد بن عيسى بن سورة. (بی تا). سنن الترمذی، بی جا: بی نا.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۱۴. حسینی عاملی، سيد جواد بن محمد. (بی تا). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۱۵. حکيم، سيد محسن طباطبائی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسير.
۱۶. حکيم، محمد تقی بن محمد سعيد. (۱۴۱۸ق). الأصول العامة في الفقه المقارن، قم: بی نا.
۱۷. حلی، حسن بن علي بن داود. (۱۳۸۳ق). رجال ابن داود، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۸. حلی، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی (علامه). (۱۳۸۱ق). الخلاصة، نجف: منشورات المطبعة الحيدرية.

۱۹. خمینی (امام)، سيدروح الله. (۱۴۲۱ق). كتاب البيع، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی عليه السلام.

۲۰. خوانساری، محمد باقر بن زين العابدين. (بی تا). روضات الجنات، بی جا: بی نا.
۲۱. دارقطنی، علي بن عمر. (بی تا). سنن الدار قطنی، بيروت: بی نا.

۲۲. سبزواری، سید عبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام، قم: مؤسسة المنار.
۲۳. سجستانی، ابوداود سليمان بن اشعث أزدی. (بی تا). سنن ابی داود، بی جا: بی نا.
۲۴. سیوری، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۳ق). نضد القواعد الفقهية، قم: کتابخانه آية الله العظمی مرعشی نجفی.
۲۵. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۵ق). الانتصار، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. شهیدی، میرزا فتاح. (۱۳۷۵ق). هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۲۷. شبیانی، محمد بن حسن. (بی تا). الجامع الصغير، بیروت: عالم الكتاب.
۲۸. طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشية المكاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. ———. (۱۴۲۷ق). الرجال، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. ———. (بی تا). الفهرست، نجف: المكتبة الرضوية.
۳۳. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۲۱ق)، رسائل الشهيد الثاني، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، مجلد ۲.
۳۴. ———. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية، قم: کتابفروشی داوری.
۳۵. ———. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۶. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول). (۱۴۱۴ق). غایة المراد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۷. ———. (بی تا). القواعد و الفوائد، قم: کتابفروشی مفید.
۳۸. غروی نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۳۷۳). منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران: المكتبة المحمدية.
۳۹. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتيح الشرائع، قم: کتابخانه آية الله العظمی مرعشی نجفی.
۴۰. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. قمی، محمد بن علی بن بابویه. (شیخ صدوق) (۱۴۱۳ق). کتاب من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. کاظمی، اسدالله بن اسماعیل. (بی تا). كشف القناع عن وجوه حجية الاجماع، بی جا: بی نا.
۴۳. کرکی عاملی، علی بن حسین (محقق ثانی). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۴۴. کشی، ابو عمرو و محمد بن عمر بن عبد العزيز. (بی تا). رجال الکشی، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.

۴۵. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية.

۴۶. مالکی نجفی، جعفر بن خضر کاشف الغطاء. (۱۴۲۰ق). شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر، قم: مؤسسه کاشف الغطاء.

۴۷. مجلسی اول، محمد تقی. (۱۴۱۴ق). لوامع صاحبقرانی، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۴۸. —. (۱۴۰۰ق). يك دوره فقه كامل فارسی، تهران: مؤسسه و انتشارات فراهانی.

۴۹. محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۵۰. محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۱. مظفر، محمد رضا. (۱۳۷۵ق). أصول الفقه، قم: طبع اسماعیلیان.

۵۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ق). تحریم ذبائح أهل الكتاب، چاپ شده در مصنفات الشيخ المفید، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.

۵۳. —. (۱۴۱۳ق). التذكرة بأصول الفقه، چاپ شده در مصنفات الشيخ المفید، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.

۵۴. (۱۴۱۳ق). المسح علی الرجلین، چاپ شده در مصنفات الشيخ المفید، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.

۵۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق). أنوار الفقاهة - كتاب البيع، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.

۵۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی جا: بی نا.

۵۷. —. (۱۴۱۳)، معجم رجال الحديث، بی جا: بی نا.

۵۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: مؤسسه کیهان.

۵۹. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). الرجال، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۶۰. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۶۱. نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین. (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۶۲. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر. (۱۴۲۵ق). أنیس التجار (محشّی)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی