

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

سه

قاعده فقهی

موسوی بجنوردی

۱

قاعده

ما یضمن بصحیحہ یضمن بفاسده

قاعده « ما یضمن بصحیحہ یضمن بفاسده »^۱ و عکس آن « ما لا یضمن بصحیحہ لا یضمن بفاسده » نیز از جمله قواعد معروف فقه اسلامی است، نخستین کسیکه به متن قاعده استدلال نموده مرحوم علامه قدس سره است. اما قبل از ایشان شیخ الطائفه قدس سره در کتاب مبسوط و ابن ادریس قدس سره در کتاب سرائر به مضمون قاعده استدلال و تمسک کرده‌اند و آنرا به اصحاب نسبت داده‌اند. در این مقاله قاعده مذکور را ذیل سه عنوان مورد بحث قرار می‌دهیم:

۱. در قانون مدنی آمده است:
ساده ۳۶۶. هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آنرا بصاحبش رد نماید
و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

۱. مدارک و مستندات قاعده .
۲. مقدار دلالت قاعده .
۳. موارد تطبیق قاعده .

۱

مدارک و مستندات قاعده

الف. بناء عقلاء - در کلیه معاملات اعم از عقود و ایقاعات چنانچه چیزی از کسی گرفته شود با این قصد و شرط که بدل آن داده شود و بدل نیز معین شود و مورد توافق قرار گیرد این بدل را اصطلاحاً ضمان مسمی میگویند ، در این حالت چنانچه رد ضمان مسمی متعذر شود ، آخذ ، یعنی طرف معامله ، ضامن مثل و یا قیمت که ضمان واقعی است دانسته میشود ، همچنین است در صورتی که عین در دست طرف معامله تلف شود . در صورت فساد معامله ای هم که شارع مقدس حکم به آن کرده است وضع به همین منوال است ، یعنی با توجه به اینکه سیره مذکور ردع نشده است مضمی محسوب میشود . مرحوم والد قدس سره میفرماید بر همین اساس ضمان مقبوض بعقد فاسد، علی القاعده است و مسأله مربوط به حالتی است که تلف مورد معامله در نزد قابض صورت گیرد ، در نتیجه این فرمایش از ابن ادریس که: المقبوض بالعقد الفاسد ، یجری عند المحصلین مجری الغصب ، متین است .

ب . قاعده اقدام - بنای متعاملین در اقدام به معامله آنست که مالی که هر یک از دو طرف میگیرد بلاعوض و مجانی نباشد، بلکه اخذ مبتنی بر ضمان باشد ، بنابراین چنانچه معامله انجام یافته صحیح باشد هر کدام از متعاملین ضامن بمسمی هستند ، مثلاً بایع، ضامن بیع مسمی است و باید

با رد آن به مشتری ذمه خود را فارغ کند ، و همچنین است مشتری که باید ثمن را به بایع بدهد ، و اگر شارع مقدس حکم بفساد معامله ای نماید و آنرا مورد تنفیذ و امضاء قرار ندهد قهراً آن مقدار معین که « ضمان مسمی » است از اعتبار می افتد اما اصل ضمان بمقتضای اقدام متعاملین ثابت است و منصرف به ضمان واقعی یعنی ، مثل یا قیمت است . لکن شیخ انصاری « قدس سره » و دیگران بر این مطلب اشکال کرده اند به این بیان که :

اولاً: متعاملین بر ضمان خاص معین اقدام و تراضی کرده اند که این ضمان خاص مورد تنفیذ شارع مقدس قرار نگرفته است ، و در نتیجه پس از انتفاء ضمان خاص ، ثبوت مطلق ضمان نیز بلا دلیل است .

ثانیاً: در صورتیکه شارع مقدس حکم به فساد معامله نماید دلیلی سببی بر لزوم ضمان بمثل و یا قیمت وجود ندارد . مثل اوفوا بالعقود .

ج. قاعده احترام - پیغمبر اکرم « ص » در حجة الوداع فرمود : « حرمة مال المسلم كحرمة دمه » . در صورتیکه منافع مال استیفاء بشود ، این استیفاء موجب ضمان است و نباید هدر رود . زیرا با فرض احترام مال مسلم ولو قابض مال ، بجهت فساد معامله مالک مال نباشد ، ضامن درک و جبران خسارت و ضرر وارده است بمثل و یا قیمت . قهراً این قاعده شامل منافع غیر مستوفاة نمیشود ، به خلاف قاعده اقدام ، که به موجب آن ، چه منافع مستوفاة باشد و چه نباشد قابض ضامن است . علی الظاهر این امر محل تأمل است زیرا صرف محترم بودن مال در صورتیکه اتلافی در بین نباشد دلالت بر ضمان قابض ندارد مگر اینکه ید او ید غیر مأذونه باشد .

د. اجماع فقهاء - اجماع فقهاء سببی بر لزوم ضمان در صورت تلف مال در مقبوض بعقد فاسد است ، علی الظاهر این اجماع ممنوع است هم از جهت صغری و هم از لحاظ کبری . اما از لحاظ صغری ، علی الظاهر قبل از شیخ الطائفه (قدس سره) کسی متعرض این مسأله نشده است و اما از جهت کبری

در اصول ثابت شده است که اجماع هیچگونه دلیلیتی ندارد و جزو ادله اربعه محسوب نمیشود، یعنی مانند کتاب و سنت و عقل نیست که به تنهایی دلیلیت داشته باشد بلکه به برکت اجماع حدس قطعی زده میشود که مؤدای اجماع مطابق قول معصوم (ع) و موافق سنت است و این معنی هنگامی تحقق می یابد که دلیلی برونفق مجمعین نباشد، که اصطلاحاً اجماع اصولی گفته میشود، والا به همان ادله مراجعه میشود.

۵. قاعدة وعلی الیدماخذت حتی تؤدیة - این قاعده عیناً متن حدیث

شریف نبوی است و از حیث سند موثوق الصدور و از ناحیه دلالت، حجت است با قطع نظر از اینکه ظرف، ظرف مستقر است (یعنی عاملش از افعال عموم است مثل مستقر و ثابت و غیرذلک) نه ظرف لغو (تا اینکه عاملش از افعال خصوص باشد مثل یجب و یلزم و غیرذلک) مثل اینکه مستأجر عین مستأجره را قبض کند و منفعت آن را به اجاره فاسد استیفاء نماید (مثلاً، یداو بر عین ید امانی مالکی و یا شرعی نباشد بلکه یدش ید عادیه و ید ضمان باشد).

در مورد بحث ما ید قابض ید مأذونه از طرف مالک نیست زیرا در اینجا اذن مالک بمقید خورده است، نه به ذات مقید فاقد قید. همچنین این ید، ید مأذونه از طرف شارع هم نیست به جهت اینکه شارع مقدس حکم به فساد این معامله کرده و آنرا مورد امضاء و تنفیذ قرار نداده است. چنانچه گفته شود ید قابض در مقبوض بعقد فاسد ید مأذونه مالکیه است، به این بیان که اذن مالک منحل به دو اذن میشود ۱- اذن بنفس ذات ۲- اذن بقید، مانند اینکه مالک بگوید: این رقبه مؤمنه نزد تو بعنوان امانت باشد، در صورتیکه همان رقبه شخصیه، مؤمنه نباشد، بهرحال ذات رقبه مأذونه هست، در پاسخ میگوئیم که خاص - یعنی وجود مقید

میشود. اما نکته اینست که در قید و مقید دو وجود علیحده و ممتاز از همدیگر نیستند تا ذات مقید یک وجود و خود قید هم وجود دیگر باشد و قهرآثر کیم آنها انضمامی شود بلکه قید و ذات مقید دو موجود هستند بوجود واحد، و ترکیب بین عرض و معروض اتحادی است (هر چند با دقت عقلی اعراض از شئون و اطوار معروضات خود هستند) بنابراین معقول نیست که اذن متعلق به خاص - یعنی واجد خصوصیت، شامل فاقد قید و خصوصیت شود. لهذا ید قابض در مقبوض بعقد فاسد ید مأذونه مالکیه و یا شرعیه نیست بلکه ید عادیه و ضمان محسوب میشود، و منصرف به ضمان واقعی (مثل و یا قیمت) است.

۲

مقدار دلالت قاعده

۱-۲. سؤال اینست که در این قاعده آیا کبرای کلی «کل عقد یضمن»... است یا «مایضمن»...؟ اگر احتمال اول را اختیار کنیم، قاعده مخصوص عقود میشود، اعم از عقود لازمه و جائزه، اما اگر احتمال دوم را برگزینیم کلیه عقود و ایقاعات را شامل میشود و بنابر این جعله و خلع را هم در برمیگیرد زیرا «ما» موصوله ظهور در اعم از عقود و ایقاعات دارد.

۲-۲. ضمان عبارت است از آمدن شیء در ذمه به وجود اعتباری. در حقیقت معقول نیست که شیء بوجود واقعی تکوینی خود در ذمه بیاید زیرا ظرف وعاء شیء تکوینی در عالم خارج است، مانند جواهر و اعراض خارجی و در این معنی فرقی بین ضمان مسمی و ضمان واقعی نیست البته در ضمان مسمی مالیت شیء تعیین میشود و به مقدار معین متفق علیه است،

بخلاف ضمان واقعی که آنچه در عهده و ذمه می‌آید واقعیت مالیت آنست در صورتیکه شی از قیمیات باشد والا باید مثل آن اداء شود. بنابراین ضمان در صحیح و فاسد هر دو بیک معنی است. در معاملات صحیح به اعتبار آنستکه متعاملین، ضمان هر یک از عوضین را تعیین میکنند و ملتزم به آن، معنی میشوند و شارع مقدس هم این التزام و معاوضه را تنفیذ و امضاء مینماید، در معاوضات فاسده هم به اعتبار آنستکه شارع مقدس التزام مربوط را تنفیذ و امضاء نمی‌نماید و وجوب وفاء ندارد. بنابراین محلی از برای ضمان مسمی نمی‌ماند. البته همانطوریکه پیشتر گذشت اصل ضمان ثابت است و منصرف است به ضمان واقعی در مثل و یا قیمت. خلاصه آنکه دلالت قاعده آنستکه مقبوض بعقد و یا ایقاع فاسد بوجود اعتباری خود در عهده و ذمه قابض ثابت است و در مقام تفریغ ذمه چنانچه مصداق حقیقی وجود اعتباری مورد نظر، که همان نفس مال خارجی است و قهراً واجد جهات ثلاثه اعیان خارجی یعنی مقومات نوعیه و صفات صنفیه و مشخصات خارجی میباشد، موجود باشد مقدم است، و در صورت تلف، مصداق وجود اعتباری مذکور مثل شیئی تألف است، چون در صورت تلف مشخصات خارجی منعدم میشود، اما مثل شیئی واجد مقومات نوعیه و صفات صنفیه آن است و در صورتیکه مثل شیئی تألف وجود نداشت مالیت وجود اعتباری اداء میشود. باید توجه داشت که طولیت مورد بحث که در مقام تفریغ ذمه بیان شد، در باب ضمان، حکم ارتکازی عقلائی است.

۳ - ۲. مالایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده، عکس قاعده مورد

بحث است، یعنی هر معامله‌ای که صحیحش موجب ضمان نیست (مانند عقد رهن و وکالت و مضاربه و عاریه غیر مضمونه و غیر ذلک) در فاسدش نیز موجب ضمان نمیشود. زیرا در اینگونه موارد بناء متعاملین بر مجانبیت است. عقد صحیح عقد، مقتضی ضمان نباشد (در حالیکه آن عقد و یا آن

معامله مورد تنفیذ و امضاء شارع مقدس قرار گرفته است) فاسدش هم که به منزله عدم است از لحاظ عدم تأثیر ضمان اولی است. در واقع، اقتضاء ضمان یا از باب قاعده «وعلی الید ما اخذت حتی تؤدیه» است که این موارد تخصیصاً خارجند.^۲ و یا از باب قاعده اتلاف که موضوع آن در این موارد منتفی است، چون مفروض تلف مقبوض است نه اتلاف آن. بنابراین نه موجب ضمان مسمی است (چون مسمائی در کار نیست و در مورد صحیحش نیز مالیت معینی، تعیین نشده است) و نه موجب ضمان واقعی است (مثل و یا قیمت) زیرا گفته شد که تمام قواعد موجب ضمان در این موارد جاری نیست.

۴ - ۲. آیا عمومی که در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و بر عکس آن یعنی «مالا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» وارد شده است، عموم انواعی، یا اصنافی و یا افرادی است؟ علی الظاهر کبرای کلی در قاعده و عکس آن بطور عموم افرادی است اگر گفته شود که معقول نیست واحد شخصی برای صحیح و فاسد مقسم قرار گیرد، زیرا تمتع الصدق برکشیرین است و اگر واحد شخصی صحیح باشد تا آخر صحیح و الا تا آخر فاسد است و چنانچه صحیح مبدل به فاسد و یا بالعکس فاسد مبدل به صحیح شود وجود دوم مبائن با وجود اول است و قهراً شخص دیگر محسوب میشود. پاسخ به این اشکال آن است که جعل کبرای کلی در قاعده مورد بحث همانند سایر کبریات شرعی و عقلائی بطور قضیه حقیقیه است یعنی جعل حکم بر عنوانی میشود که خود آن عنوان موضوع است از برای حکم بجعل با تقدیر وجود آن در خارج، چه بنحو جمله انشائیه و چه بنحو جمله خبریه و یا بطور

۲. چون در جای خود ثابت شده است که بر قاعده «وعلی الید . . .» تخصیص وارد شده، ویدامانی مالکی و شرعی از تحت عموم این قاعده خارج گردیده است و قهراً قاعده فقط شامل ید عادیه میباشد.

حمله و یا شرطیه کلیه و یا جزئیه ، بنابراین هر عقد و یا ایقاعی که در خارج موجود شود اگر صحیح باشد موجب ضمان است و اگر بطور فاسد موجود شود باز هم موجب ضمان خواهد بود. عکس این قاعده هم مجری است.

۳

موارد تطبیق قاعده

الف . در بیع بناء متعاملین تملیک عین بعوض مالی است که اصطلاحاً ضمان مسمی گفته میشود . بنابراین در تمام بیوع صحیحه ، بایع ضامن است که مثنی را به مشتری تسلیم کند و در مقابل مشتری هم ضامن است که ثمن را به بایع بپردازد . در صورت فساد، بیع به حکم شارع قهراً غیرمضی است و تنفیذ نمیشود ، اما اصل ضمان ثابت است زیرا متبایعین قصد مجانبت نکرده و اقدام به عملی نموده اند که موجب ضمان است علاوه بر این مال مسلم محترم است و هدر نمی رود ، بنابراین پس از آنکه محرز شد اصل ضمان ثابت است ضمان منصرف میشود به ضمان واقعی (مثل و یا قیمت) .

ب . اجاره ، حقیقت اجاره عبارت از تملیک منفعت بعوض معلوم است بنابراین بناء متعاملین در عقد اجاره هم بر ضمان مسمی است و در اجاره فاسد نیز گرچه ضمان مسمی منتفی است لکن اصل ضمان ثابت است . به تعبیر دیگر مستأجر بعد از آنکه عین مستأجره را قبض کرد ، ضامن منافع آن عین است ، چه استیفاء کرده باشد و چه استیفاء نکرده باشد. اما نسبت به ضمان خود عین ، گروهی مانند محقق اردبیلی (قدس سره) معتقد به ضمان هستند (البته در صورت فساد بودن عقد اجاره) نتیجه این فتوی نقض بر قاعده « مالایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده » است با این بیان که در

صورت صحیح بودن اجاره «ید مستأجر بر عین مستأجره» ید امانت مالکی است و قهراً در صورتیکه عین مستأجره بدون تعدی و تفریط تلف شود مستأجر ضامن نیست ولی در صورت فساد عقد ید مستأجر و ید مأذونه از طرف مالک و یا مأذون از طرف شرع نیست و بنا بر این ید او ید عادیه محسوب میشود و عموم قاعده «و علی الیدما اخذت حتی تؤدیه» بر آن منطبق است و بنا بر این قهراً موجب ضمان است. لکن مشهور فقهاء عظام قائل بعدم ضمان شده و مورد را از صغریات قاعده «مالایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» دانسته اند، مثل مرحوم علامه در کتاب تذکره و محقق کرکی در جامع المقاصد. ولی حق در مقام این است که همانطور که در اجاره صحیح مستأجر در صورت تلف بدون تعدی و تفریط ضامن عین نیست، در اجاره فاسد نیز حکم چنین باشد زیرا مالک خود اقدام بر تسلیم عین مستأجره غیر مضمونه به مستأجر نموده است و این ملاک در اجاره صحیح و فاسده هر دو موجود است، بنابراین در صورت جریان قاعده اقدام، در اجاره فاسده همانند اجاره صحیح «و علی الید» نسبت به مورد تخصیص میخورد و قهراً ید مستأجر ید عادیه بحساب نمی آید و موجب ضمان نیست.

اگر گفته شود که جریان قاعده اقدام در اجاره صحیح محرز است و لهذا به عدم ضمان ملتزم میشویم ولی در صورت فساد عقد اجاره (باتوجه به اینکه متعلق اجاره منفعت عین است نه خود عین) قاعده اقدام موردی ندارد و قهراً ثبوت ضمان بر طبق قواعد اولیه است، پاسخ میدهیم که حقیقت اجاره عبارت است از عقدی که ثمره اش تملیک المنفعة بعوض معلوم و در مقام انشاء در الفاظ ایجاب، مثل «آجرتک و اکرتیک» متعلق خود عین است زیرا اجاره یک حقیقت عقلاییه است و عبارت از تملیک منفعت است و درست نیست که متعلق «آجرتک یا اکرتیک» منفعت عین باشد

چون حمل شئی بر نفس لازم می آید ، بنابر این متعلق اجاره و مصب اجاره خود عین است . مثلاً در مقام ایجاب باید گفت « آجر تک هذه الدار » و اما اگر ایجاب به لفظ « ملکتک » انشاء گردد متعلق آن باید منفعت عین باشد نه خود عین ، چون معنای تملیک عبارت است از انتقال چیزیکه متعلق تملیک قرار گرفته است و اگر انتقال به عین تعلق بگیرد یعنی عین منتقل شود بیع خواهد بود پس چون مصب اجاره خود عین است ، قهراً قاعده اقدام در اجاره فاسده همانند اجاره صحیحه جاری است و به قاعده « و علی الید » تخصیص میزند و بالاخره ید مستأجر نسبت به عین مستأجره چه در اجاره صحیحه و چه فاسده ، ید امانت مالکی و مأذونه است و موجب ضمان نیست.

ج- عاریه . حقیقت عاریه عبارت است از تسلیط شخص بر عینی که دارای منفعت مقصوده عند العقلاء است بطور مجانی و بلاعوض ، چنانچه عین معاره بدون تعدی و تقریط در غیر ذهب و فضه تلف شود مستعیر ضامن نیست ، در عاریه فاسده نیز چنین است و بیان همانست که در اجاره شد ، بدین اعتبار که ید مستعیر بر عین معاره باذن مالک است مجاناً و بلاعوض و قهراً ید او ید مأذونه و امانی محسوب میشود و در غیر ذهب و فضه موجب ضمان نیست.

د - هبه . در صورتیکه هبه معوضه باشد در صحیح و فاسد موجب ضمان است زیرا مالک اقدام بر اعطاء مجانی و بلاعوض نکرده است و عموم قاعده « و علی الید » بدون ورود مخصص مورد را در برمیگیرد اما در صورت هبه غیر معوضه هم در صحیح و هم در فاسد غیر مضمونه است زیرا مالک خود اقدام بر مجانیت کرده است ، و در نتیجه قاعده « ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده » در هبه مذکور که غیر معوضه است جاری است.

ه - صلح . در صورتیکه صلح غیر معوض باشد در صحیح و فاسد هر دو

غیرمضمونه است ، همانند هبه غیر معوضه و از مصادیق قاعده «مالایضمن بصحیح» است در صورتیکه صلح معوض باشد ، حکم بیع را دارد ، در صحیح آن، ضمان مسمی و در فاسد آن ، ضمان واقعی ثابت است .
و- عقد سبق . بی شک در صورتیکه عقد سبق صحیح باشد ، سابق استحقاق ضمان مسمی دارد و در صورتیکه عقد سبق فاسد باشد ، سابق بمقتضای قاعده احترام اجرة المثل عمل را مستحق است .

۲

قاعده

الشرط الفاسد ليس يفسد للعقد

مقدمه

الف . اقوال فقها

اقوال فقهاء عظام «قدس الله اسرارهم» نسبت به قاعده « شرط فاسد مفسد عقد نیست » به پنج گروه تقسیم میشود :

۱. قول بعدم افساد مطلقاً . اسکافی و شیخ الطائفه در مبسوط و ابن سعید در جامع ، آبی در کشف الرموز و قاضی ابن البراج و ابی علی (قدس سرهم) این قول را اختیار کرده اند .

۲. قول بافساد مطلقاً ، که مختار علامه در قواعد و تذکره و مختلف و ارشاد ، و فخرالمحققین در شرح ارشاد و نیز کتابهای دروس ولعمه و المهذب البارع و جامع المقاصد و تعلیق الارشاد و تعلیق النافع و مسالك والروضة البهية و مجمع البرهان و کفایه میباشد .

۳. قول به اینکه چنانچه فساد شرط از ناحیه غیر مقدور بودن آن باشد (مثل شرط صيرورة الزرع سنبلا) موجب فساد عقد میشود ، و اگر فساد شرط

از ناحیه مخالف بودن آن بامقتضای عقد و یا سنت باشد ، مفسد نیست ، ابن زهره در غنیه این قول را اختیار کرده است .
 ۴ . قول به اینکه چنانچه فساد شرط از ناحیه غیر عقلائی بودن آن باشد مفسد است و الا مفسد نیست این نظر مختار ابن المتوج بحرانی است .
 ۵ . توقف و عدم ترجیح بعضی از بزرگان در شرایع و نافع و تحریر و ایضاح و تنقیح و غایة المرام و ایضاح النافع .
 ما قول اول را اختیار کرده ایم و انشاء الله تعالی در اطراف آن به تفصیل بحث خواهیم کرد ۳ .

ب. مقصود از شرط

آیا مقصود از شرط ، مطلق الزام و التزام است و یا الزام و التزامی که در ضمن عقد باشد ؟ علی الظاهر و بحسب متفاهم عرفی ، شرط عبارت از الزام و التزام در ضمن عقد است ، زیرا شرط بمعنای مصدری قرارداد چیزی است مرتبطاً به امر آخر لهذا مبداء برای مشتقات خود میشود ، مثل شارط و مشروط و غیر ذلک . و بمعنای اسم مصدری هم عبارت از مرتبط بودن شیئی است به امر آخر ، مضافاً اینکه در جای خود ثابت شده است که اگر شرط مطلق الزام و التزام باشد (و مرتبط به چیز دیگری نباشد که قهراً شامل شروط ابتدائیه میشود) تخصیص اکثر - که مستهجن

۳ . بر همین اساس در قانون مدنی آمده است :

ماده ۳۲- شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست :

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد .

۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد .

۳- شرطی که ناشروع باشد .

ماده ۳۳- شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است :

۱- شرط خلاف مقتضای عقد .

۲- شرط مجهولی که جهل موجب جهل بموضوعین شود .

است - بر قاعده «المؤمنون عند شروطهم» می آید ، اکنون به اصل قاعده و عناوین آن میپردازیم .

۱

شرط فاسد واجب الوفاء نیست

چنانچه فساد شرط از ناحیه غیر مقدور بودن آن باشد لغویت لازم می آید و اعتبار عقلائی ندارد ، زیرا بسبب این التزام مشروط علیه عهده خود را با سری مشغول میکند و بالضروره لازم است که آن امر عادتاً تحت سلطنت وی باشد تا تمکن وفاء به آن التزام داشته باشد (و بنابراین از قبیل وهب الامیر بما لایملک نباشد) همچنین اگر فساد شرط از ناحیه مخالف بودن آن با کتاب و یا سنت باشد، مانند شرط تحلیل حرام یا تحریم حلال ، شرط کننده شرعاً از ایجاد آن ممنوع است و قهراً لزوم وفاء هم ندارد، بلکه شرعاً ایجاد آن غیر مقدور است و «المتنع شرعاً کالمتنع عقلاً» .

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۲

رساله جامع علوم انسانی

اتیان شرط فاسد غیر ممنوع، شرعاً مستحب است

گفتیم که شرط فاسد واجب الوفاء نیست اما آیا اتیان آن بعنوان وعد ابتدائی مستحب است ؟ از آن رو که وفاء به وعد عقلاً و شرعاً حسن است ؟ عقلاً باعتبار اینکه وفاء به وعد جزو آراء محموده و مصالح تأدیبیه محسوب میشود ، و شرعاً باستناد روایات وارده بشرح زیر:

الف . روایت شعیب عقر قوفی مذکور در کتاب اصول کافی :
«عن ابی عبدالله علیه السلام قال : قال رسول الله (ص) من كان یؤمن بالله و
الیوم الاخر فلیف اذا وعد .»

ب . روایت هشام بن سالم (در کتاب اصول کافی) ، « قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : عدة المؤمن اخاه يذرلاً كفارة له ، فمن اخلف فبخلف الله بدا ، و لمقته تعرض و ذلك قوله : يا ايها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتاً عند الله ان تقولوا مالا تفعلون » وروایات دیگر .

۳

تعیین محل نزاع

گاه فساد شرط سرایت بخود عقد و معامله میشود ، مثل اینکه فساد شرط معلول جهالت آن باشد که قهراً به جهالت عوضین برمیگردد و بیع واقع شده غرری میگردد و گاه موجب تناقض با خود عقد میشود ، مثل اینکه بایع چیزی را بفروشد مشروطاً به اینکه مشتری مالک نشود ، و یا وجود شرط سبب عدم قدرت بر تسلیم سبب شود . و گاه نیز وجود شرط محل عقد و یا شرائط عوضین و متعاملین میشود و بالاخره وجود فساد شرط به ارکان عقد و معامله خلل وارد نمی‌آورد بلکه مورد نزاع این است که آیا صرف فساد بودن شرط در ضمن یک عقد و یا معامله موجب فساد آن عقد و یا معامله میشود ، چون معامله مذکور مقید به این شرط فساد است و یا اینکه رضای معاملی منوط به این شرط است و معلوم است که مقید منتفی است به انتفاء قید ، و یا در صورت فساد شرط ، رضای معاملی منتفی است . محل نزاع شامل قسم اول نمیشود ، بجهت اینکه فساد عقد و معامله معلول اخلال در ارکان عقد و معامله است و این معنی ربطی به قاعده مورد بحث ندارد ، بلکه موضوع قاعده این است که آیا صرف فساد شرط - غیر محل - به ارکان معامله - موجب فساد عقد و معامله میشود یا نه ؟

۴

مدارک و مستندات قاعده

الف. اطلاقات و عمومیات وارده در ابواب معاملات. مثل «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» و «تجارة عن تراض» - بمقتضای ابن عمومیات و اطلاقات شرط فاسد منفسد عقد نیست مگر اینکه دلیلی بخصوص افاده این معنی را بکند، مثل اینکه فساد شرط موجب جهالت عوضین در عقد باشد و قهراً مانع از صحت گردد، و یا روایات دلالت بر این معنی داشته باشد و یا با فساد شرط، رضای معاملی منتفی شود.

ب. روایات :

۱. صحیحہ حلبی (منقول در کتابهای کافی و من لایحضره الفقیه و تهذیب) : « عن الصادق علیه السلام انه ذکر ان بریده کانت عند زوج لها وهي مملوكة ، فاشترتها عائشة فاعتقتها فخيرها رسول الله (ص) فقال : ان شاءت قعدت عند زوجها وان شاءت فارقته وكان موالیها الذین باعوها اشترطوا علی عائشة ان لهم ولائها فقال (ص) « الولا لمن اعتق » ° این صحیحہ دلالت دارد ، بر عقودی که مشتمل بر شرط مخالف با سنت است . شرط مذکور فاسد است ، اما عقد صحیح و واجب الوفاء است . این فرموده که « ان شرط الله قبل شرطکم ، الولا لمن اعتق » دلالت دارد بر فساد شرط مذکور به اعتبار مخالفت آن با سنت، و نیز این جمله که « ان شاءت قعدت عند زوجها وان شاءت فارقته » دلالت دارد بر صحت عقد.

۴. وسائل الشیعه ، کتاب العتق ، باب ۳۷ - سنن الترمذی ، کتاب الوصایا ، باب ۷ ، ح ۲۱۲۴ - صحیح البخاری ، کتاب البیوع ، باب ۶۷ - ۷۳ ، و کتاب الشروط ، باب ۳ ، ۱۰ ، ۱۳ .

۵. وسائل الشیعه ، کتاب تجارت ، باب ۱۵ ، ح ۱۰۹ .

۲. صحیحہ حلبی « عن ابی عبدالله علیه السلام قال : سألته عن الشرط فی الاماء لاتباع و لاتورث و لاتوهب . فقال : یجوز ذلک غیر المیراث فانها تورث ، وکل شرط خالف کتاب الله فهورد »^۶

۳. مرسله جمیل بن دراج « عن بعض اصحابنا عن احد هما (ع) فی رجل اشتری جاریة و شرط لاهلها ان لایبیع و لایهب قال : یفی بذلك اذا شرطلهم » (۳) با توجه به اینکه فقهاء عظام از این دو روایت اعراض کرده اند و عامل ندارد بنابراین قهراً ادله حجیت خبر واحد شامل این دو روایت نمیشود و از اعتبار می افتد و توجیه شیخ انصاری (قدس سره) مبنی بر اینکه امر به وفاء به شرط در دو روایت محمول بر استحباب است و این معنی مغایر با نظر اصحاب نمیباشد ، قابل پذیرش نیست ، زیرا در جای خود ثابت شده است که در مقام انشاء دلالت جمله خبریه بر وجوب ، آکد از صیغه (امر) افعال است .

۴. روایت عبدالملک بن عتبه ، قال : سألت ابا الحسن موسی بن جعفر (ع) عن الرجل ابتاع منه طعاماً و ابتاع منه متاعاً علی ان لیس منه علی وضعه ، هل یستقیم هذا و کیف یستقیم وجه ذلک ؟ قال (ع) : لاینبغی « هر چند این شرط که در صورت خسارت مشتری در معامله ، بایع متحمل آن خسارت بشود ، مخالف با کتاب و سنت و قهراً فاسد است ، مع ذلک امام علیه السلام بیعی را که شامل این شرط است ، تنفیذ مینماید و میفرماید « لاینبغی » .

ج . اجماع

ابن زهره در کتاب الغینه مبنی بر عدم سرایت فساد شرط به عقد ادعای

۶ . وسائل الشیعه ، کتاب تجارت ، باب ۱۰ ، ح ۱ و ۲

اجماع کرده است . البته این اجماع به لحاظ صغری و کبری ممنوع است . از لحاظ صغری مخالفت جمع کثیری از فقهاء عظام با این قاعده را عنوان می‌کنیم . از جهت کبری می‌گوییم که با توجه به روایات خاصه و عمومات و اطلاعات عقود و معاملات ، اجماع مذکور اجماع اصولی محسوب نمیشود و بنابراین حجت نیست .

د . مقتضای قواعد

مقتضای قواعد اولیه و صناعت علمی آنست که شرط فاسد مفسد عقد نباشد بدین بیان که در باب عقود تمام ماهیت آن بایجاب موجب موجود میشود ، حقیقتاً ، قبل از ایجاب شرط ، بنابراین تمام ثمن بلاشبهه در مقابل تمام مبیع واقع میشود ، علیهذا وجهی جهت تقسیط ثمن و غرری شدن این معامله نمیماند .

۵

ادله منکرین قاعده

همانطوریکه پیشتر گذشت اکثر متأخرین رحمة الله علیهم منکر این قاعده شده و ملتزم به فساد عقد - در صورت فاسد بودن شرط گردیده‌اند . الف . در هر معامله‌ای که متضمن شرط باشد ثمن آن منحل و موجب تقسیط میشود ، و در صورت فساد شرط ، و عدم وجوب وفاء به آن ، مقدار حصص ثمنی که در مقابل شمن واقع است ، مجهول و غرری است ، و قهراً تطرق جهالت ، مانع از صحت معامله میشود ، زیرا یکی از شرائط صحت معاملات معلوم بودن عوضین است ، و در صورت پذیرفتن تقسیط (وان للشرط قسط من الثمن) علم بعوضین مفقود است . گرچه قائل به انحلال عقود هستیم لکن بنظر میرسد که این اشکال درست نباشد بدین معنی

که در باب عوضین بخشهای مختلف ثمن در مقابل مثن قرار میگیرد .
 اما در مورد شرط این معنی معقول نیست ، زیرا در مقام انشاء و ایجاب ،
 مبادله تمام مثن واقع میشود ، و در زمانیکه شرط میآید محلی از برای
 انحلال و تقسیط ثمن باقی نیست بنابراین وجهی ، برای فساد عقد بنظر
 نمیرسد ، البته این معنی مورد انکار نیست که وجود شرط در معامله موجب
 ازدیاد ارزش مثن آن معامله میشود اما این معنی با انحلال و تقسیط
 ملازمه ندارد . ثانیاً به فرض انحلال و تقسیط جهالتی را که مانع از
 صحت معامله باشد پدید نمی آورد . علم بعوضین ، که یکی از شرائط
 صحت معامله حال العقد است ، معتبر است و این معنی در مبیع مشروط
 و ثمن حاصل است ، در واقع در معاملاتیکه ثمن تقسیط بر اجزاء میشود
 علم به مقدار قسط معتبر نیست ، و بر همین اساس بزرگان در باب تبعض
 صفته قائل بصحت معامله و خیار تبعض صفته شده اند .

ب. یکی از ارکان بیع رضای معاملی است در متبابعین . در معاملاتی
 هم که متضمن شرط باشد رضای معاملی بر مجموع یعنی اصل معامله
 و شرط قرار میگیرد . به تعبیر دیگر ورود شروط و اوصاف در معاملات
 سبب میشود که معامله مقید به شرط و یا به وصف مذکور شود ، بنابراین
 رضای معاملی به مجموع قید و مقید و در نتیجه مخصوص تعلق میگیرد
 در صورت فساد شرط ، عدم وجوب وفاء به آن، قهراً قید را در معامله منتفی
 می سازد و با انتفاء قید ، مقید نیز منتفی میگردد ، بنابراین با انتفاء شرط
 و خصوصیت ، رضای معاملی نیز منتفی میشود ، چون معامله فاقد شرط و خصوصیت
 مورد رضای متعاملین قرار نگرفته است و نیاز بقرار تراضی و انشاء جدید دارد .
 لکن بنظر میرسد که این اشکال هم وارد نیست ، زیرا تراضی حاصل
 بین متعاملین در معاملات ، تراضی به معاوضه ثمن با مثن است و این معنی
 بهیچ چیز مقید نیست البته منکر این معنی نیستیم که شروط و اوصاف

به منزله علت غائی برای وقوع معاملات و عقود هستند . بهر حال وجود دواعی سبب نمیشود که معامله و یا عقد مقید به آن داعی و یا متخصص به آن خصوصیت باشد . به تعبیر دیگر انشاء بیعی قبل از وجود شرط تحقق یافته است ، و انشاء شرطی یک انشاء جدید و قراری مستقل محسوب میشود ، هر چند که در عالم لب و واقع یک نحو ارتباطی بین این دو هست ولی این معنی سبب نمیشود که در مقام انشاء و تراضی هم معتبر باشد ، بنابراین ربط لبی در مانحن فیه - و در سائر معاملات نسبت به دواعی و اغراض - موجب تقیید در لفظ و در عالم انشاء نمیشود و در صورتیکه این امور بصورت شرط و یا وصف ذکر شوند چنانچه تخلفی صورت گیرد موجب خیار است . سرانجام نیز باید گفت که فرق جوهری است بین تقیید انشاء و یا تعلیق آن به شروط و اوصاف و یا انشاء شروط ، با انشاء جدید پس از اتمام انشاء بیعی . در حقیقت منشاء این اشکال خلط بین ربط لبی است ، که به منزله علت غائی است ، و تقیید در عالم انشاء .

ج . روایات

۱ . روایت عبدالملک بن عتبہ^۷ که بیشتر ذکر شد . گفته میشود که « لاینبغی » ارشاد است به فساد معامله ای که متضمن شرط فاسد میباشد . اما همانطوریکه قبلاً گذشت اولاً ارشاد به فساد شرط است نه به اصل معامله ، و ثانیاً « لاینبغی » دلالت بر حزازت و اصل مرجوحیت دارد ، و ممکن است دلالت بر مکروه بودن چنین معامله ای داشته باشد بنابراین روایت نه تنها هیچگونه دلالتی بر فساد معامله ندارد ، بلکه دلالت بر صحت آن میکند .

۷ . کتاب وسائل الشیعه ، باب ۳۵ (از ابواب احکام عقود) ، ح ۱ .

۲. روایت حسین بی مندر^۸

۳. روایت علی بن جعفر^۹. دو روایت اخیر نیز دلالتی بر فساد معامله ندارند، بلکه ممکن است دلالت بر صحت داشته باشند.

۶

تنبیهات قاعده

۱. چنانچه بنا بر مفسدیت شرط فاسد باشد، اگر مشروطه حق خود را، که از ناحیه شرط فاسد حادث شده است، اسقاط کند، آیا معامله واقعه صحیح میشود یا نه؟ ممکن است گفته شود که معقول نیست چیزیکه بطور فاسد موجود شده است به امر صحیح منقلب شود زیرا امور اعتباریه در عالم اعتبار بتوسط انشائات صادره موجود میشوند و چنانچه بجهتی از جهات انشائی فاسداً موجود شد، معقول نیست که بواسطه اسقاط شرط فاسد این انشاء فاسد به انشاء صحیح مبدل شود بلکه نیاز به انشاء جدید است. اما براساس برخی مبانی بنظر میرسد که این تنبیه از چند وجه مخدوش است، اولاً مبتنی بر مبنائی است که بطلان آن در بحث از این قاعده آشکار شد یعنی گفتیم که شرط فاسد مفسد عقد نیست، و ثانیاً همانطوریکه قبلاً گذشت رضای معاملی بر مجموع قید و مقید واقع میشود، و در صورت اسقاط شرط فاسد، عدم تطابق بین عقد و رضای متجدد لازم میآید، یعنی عقد بر مجموع قید و مقیدی که مورد رضای متعاملین نیست واقع میشود و رضای بعدی بر عقد مجرد از شرط واقع میگردد، اما

۸. کتاب وسائل الشیعه، باب ۵ (از ابواب احکام عقود) ح ۴.

۹. کتاب وسائل الشیعه، باب ۵ (از ابواب احکام عقود)، ح ۶.

بنابر مختار ما اصل این مبنی باطل است زیرا گفتیم که ورود شرط بر معامله، سبب تقیید آن نمیشود. بنابراین انشاء بیعی مقرون به رضای معاملی قبل از وجود شرط، واقع شده است و قهراً عمومات «اوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض» شامل آن میشود، چه حق حادث از شرط فاسد را اسقاط کنند یا نه. در نتیجه این اشکال که انقلاب انشاء فاسد به انشاء صحیح پس از اسقاط حق ناشی از شرط فاسد معقول نیست، وارد نمی‌باشد بلکه انشاء شرطی، ربطی به انشاء بیعی ندارد و خود انشائی جدید و قراری مستقل محسوب میشود.

۲. در صورتیکه انشاء شرطی قبل از انشاء تحقق یابد و شرط فاسد باشد، در صورتیکه بنا بر افساد باشد آیا شرط مذکور در متن عقد مفسد است؟ وجوهی و اقوالی ذکر شده است که اختلاف مبانی و اقوال مذکور ناشی از تحقیق و پاسخ به این مطلب است که آیا شروط غیر مذکوره در متن عقد، چه آن عقد مبنیاً علیه واقع شده و چه نشده باشد (بناء علی الافساد) از حیث آثار و احکام همانند شرط داخل در عقد مفسد است؟

تحقیق در مقام این است که بر شروط خارج از عقد، هیچگونه اثری مترتب نیست و وجوب و فاء ندارد، زیرا اجماعاً قاعده المومنون عند شروطهم شامل شروط ابتدائیه نمیشود بنابراین شروط خارج - مطلقاً چه عقد مبنیاً علیها واقع شده و چه واقع نشده باشد مفسد نیست، مضافاً اینکه اصل مبنای یعنی مفسد بودن - محل منع است.

۳. چنانچه فساد شرط معلول غیر عقلانی بودن آن باشد، گروهی از فقهاء ملتزم بعدم افساد شده‌اند بدین معنی که در صورت غیر عقلانی بودن، شرط مورد بحث لغو و بلا اثر است و وجوب و فاء ندارد و قهراً موجب تقیید عقد نمیشود که در صورت فساد شرط، عقد هم فاسد گردد.

۴. همانطوریکه گذشت مواردی هست که تخصصاً از عموم قاعده خارج است، مثل مجهولی که جهالت آن به احد العوضین سرایت کند و

معامله را غرری نماید که چنین معامله‌ای باطل میشود (نهی النبی عن بیع الغرر^{۱۰} چه شرط فاسد مفسد باشد یا نباشد همچنین شروطی که مخالف با مقتضای عقد است ، و یا شروطی که غیر قابل وفاء و غیر مقدور است و غیر ذلک ، بجهت اینکه در این موارد وجود شرط بنفسه موجب فساد عقد است نه فساد شرط .

۵. این بحث به عقود اختصاص ندارد و در ایقاعات هم جاری است . بنا بر مختار ما ، شروط فاسده نه مفسد عقد هستند و نه مفسد ایقاعات ، اما بناءً علی الافساد، چنانچه شرط فاسدی در ضمن ایقاع واقع شود همانند عقود، موجب فساد ایقاع میشود، زیرا در ایقاعات نیز همانند عقود مشروطه؟ مشروط علیه موجود است و هیچگونه فرقی میان آنها نیست .

۷

موارد تطبیق قاعده

در تمام عقود و ایقاعات، چنانچه در ضمن آنها شرطی مخالف با کتاب و سنت باشد شرط مذکور فاسد و غیر واجب الوفاء است ، اما مفسد عقد و یا ایقاع نیست، و فرقی میان ابواب بیوع و اجارات و عاریه و رهن و ودیعه و وکالت و صلح و قرض و غیر ذلک نمیشود.

۱۰. وسائل الشیعه ، کتاب تجارت ، باب ۴ . (از ابواب آداب تجارت) - مستدرک الوسائل ، کتاب تجارت ، باب ۳۱ (از ابواب آداب تجارت) - صحیح مسلم ، کتاب البیوع ، ح ۴ - سنن ابی داود ، کتاب البیوع ، باب بیع الغرر ، ح ۳۳۷۶ - سنن ترمذی ، کتاب البیوع ، باب ۱۷ ، ح ۱۲۳۰ .



قاعده نفی عسر و حرج

قاعده لاجرح نیز از قواعد معروف اسلامی است و در تمامی ابواب فقه-
 عبادات معاملات ، سیاسات - جاری میشود . در قاعده مورد بحث چند
 مطلب مورد بررسی قرار میگیرد :

۱

مدارک و مستندات قاعده

الف. کتاب

« وجهدوا فی الله حق جهاده هواجتبیکم وما جعل علیکم فی الدین من
 حرج . . . »^{۱۱} و « ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج . . . »^{۱۲} و « یرید الله
 بکم الیسر ولا یرید بکم العسر . . . »^{۱۳} و « لا یکلف الله نفساً الاوسعها . . . »^{۱۴}
 این آیات شریفه دلالت واضحه بر این امر دارند که خداوند سبحان در دین
 مقدس اسلام حکم حرجی تشریح نکرده است و از ناحیه هر حکمی که حرج و
 استیصال و مشقت لازم آید بدستور این آیات شریفه این حکم منفی و مرفوع
 است .

۱۱ سوره حج ، آیه ۷۸ .

۱۲ سوره سائده ، آیه ۶ .

۱۳ سوره بقره ، آیه ۱۸۵ .

۱۴ سوره بقره ، آیه ۲۸۵ و آیه ۲۳۳ همین سوره: « لا تکلف نفس الاوسعها » و انعام
 آیه ۱۵۲ « لا تکلف نفساً الاوسعها » و سوره اعراف آیه ۴۲ « والذین آسنوا و
 عملوا الصالحات لا تکلف نفساً الاوسعها . . . » و سوره مؤمنون آیه ۶۲ « ولا تکلف
 نفساً الاوسعها ولدینا کتاب ینطق بالحق و هم لا یظلمون . »

ب. سنت

۱. روایت عبدالاعلی مولى آل سام که در کتابهای کافی و تهذیب و استبصار نقل شده است ، « قال : قلت لابی عبدالله علیه السلام عثرت فانة طع ظفري فجعلت على اصبعي مرارة فكيف اصنع بالوضوء؟ قال (ع) يعرف هذا و اشباهه من كتاب الله عزوجل قال الله عزوجل و ما جعل عليكم فى الدين من حرج ، امسح عليه . »
۲. روایت ابوبصیر که در کتاب تهذیب نقل شده است ، « عن ابی عبدالله (ع) قال سألته عن الجنب يجعل الركوة اوالتور فيدخل اصبعه فيه؟ قال (ع) ان كانت يده قدرة فاهرقه و ان كان لم يصبها فذر فليختل منه هذا ما قال الله تعالى « وما جعل عليكم من الدين من حرج . »
۳. روایت محمد بن میسر « قال : سألت ابا عبدالله علیه السلام عن الرجل الجنب ينتهى الى الماء القليل فى الطريق و يريد ان يختل منه و ليس معه اناء يغرف به و يدها قدرتان ؟ قال يصنع يده و يتوضاء ثم يختل هذا مما قال الله تعالى « ما جعل عليكم فى الدين من حرج . »
۴. روایت ابوبصیر که در کتابهای تهذیب و استبصار نقل شده است ، « قال : قلت لابی عبدالله علیه السلام انا نساغر فرما بلىنا بالغدير من المطريكون الى جانب اقریه فتكون فيه العذرة و يبول فيه الصبى و تبول فيه الدواب و تروث ؟ فقال (ع) ان عرض فى قلبك منه شى فقل هكذا يعنى افرج الماء بيدك ثم توضاء ، فان الدين ليس بمضيق فان الله عزوجل يقول : و ما جعل عليكم فى الدين من حرج . »
۵. صحیحہ بزنى « ان ابا جعفر علیه السلام كان يقول : ان الخوارج ضيقوا على انفسهم بجهالة ، و ان الدين اوسع من ذلك . »
۶. قوله عليه السلام : « بعثت على الشريعة السمحة السهلة . »
۷. روایت حنان بن سدير که در کتابهای تهذیب و استبصار نقل

شده است « قال : كنت انا و ابي و ابو حمزة الشمالي و عبدالرحيم القصير و زياد الاحلام حجاجاً ، فدخلنا على ابي جعفر عليه السلام فرأى زياداً قد تسلخ جسده ، فقال له : من اين احرمت؟ قال : من الكوفة ، قال : ولم احرمت من الكوفة؟ فقال : بلغني عن بعضكم انه قال : ما بعد من الاحرام فهو افضل و اعظم للاجر ، فقال : و ما بلغك هذا الاكذاب ثم قال لابي حمزة : من اين احرمت؟ قال : من الربذة ، قال له : ولم لانك سمعت ان قبر ابي ذر رضی الله عنه بها فاحببت ان لاتجوزه ثم قال لابي ولعبدالرحيم : من اين احرمتما؟ فقالا : من العقيق ، فقال : اصبتما الرخصة ، واتبعتما السنة ، ولا يعرض لي بابان كلاهما حلال الا اخذت باليسر ، و ذلك ان الله يسير ، يحب اليسير ، ويعطى على اليسير ما لا يعطى على العنف .»

روایات وارده نیز دلالت بر عدم جعل و تشريع حکم حرجی را دارد ، و چنانچه حکمی در بعضی از حالات بر اثر عوارض خارجیه معنون به عنوان حرج باشد ، بمقتضای قاعده لاجرج ، منفی و سرفوع است .

ج. بناء عقلاء

بنای عقلاء نیز قائم بر عدم تجویز تشريع احکام حرجیه در تمامی ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلاء است نمیتواند تخطی از یک سیره مسلم عقلائی بکند . به تعبیر دیگر مدرکات عقل عملی - که همان آراء محموده باشد - حکم بعدم تجویز حکم حرجی میکند (لاینبغی فعله) و شارع مقدس ، پس از کشف این مطلب که در متعلق حرجی مفسده وجود دارد ، قهراً آن حکم را فاقد ملاک و بنابراین سرفوع اعلام میکند . آیات شریفه و روایات وارده هم مؤید این معنی است .

د. اجماع امامیه

اجماع امامیه بلکه علماء اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در اسلام

است. صغرای مسئله که همان ثبوت اصل اجماع باشد تمام است، لیکن کبرای مسئله تمام نیست، بدین معنی که اجماع، به حسب لب واقع جزو ادله محسوب نمیشود، اما اگر دلیلی بر وفق مجمعین نبود پس از احراز و کشف قطعی رأی معصوم علیه السلام اجماع سنت را گزارش میکند، به تعبیر دیگر اجماع محقق سنت است، لکن در مانحن فیه کتاب و سنت و دلیل عقل بر وفق مجمعین قائمند و قهراً اجماع مورد بحث در اینجا اجماع اصولی محسوب نمیشود و اعتباری هم ندارد.

۲

دلالت قاعده

آیا آنچه در قاعده لاجرح منفی است، نفس حکم حرجی است - چه حکم تکلیفی باشد و چه وضعی - و یا مفاد قاعده، نفی حکم است بلسان نفی موضوع؟ این احتمال که مفاد قاعده دلالت بر نهی دارد (نه بر نفی که قهراً معنایش حرمت فعل میشود) بعید از مساق آیه شریفه است. حق در مقام این است که مفاد قاعده لاجرح همانند قاعده لاضرر نفی نفس حکم حرجی است. در واقع این معنی در قاعده مورد بحث مؤدای آیه شریفه «وما جعل علیکم فی الدین من حرج» است و نیاز به تکلفاتی نیست که در قاعده لاضرر محققان ذکر کرده اند.

۳

تنبیها ت قاعده

۱. آیا از اینکه قاعده لاجرح در بسیاری از ابواب فقه - یعنی در عبادات و معاملات و یا سیاسات - جریان دارد تخصیص اکثر لازم میآید؟ بدین معنی که اگر مؤدای آیه شریفه «وما جعل علیکم...» نفی هر حکمی

باشد که بر اثر عوارض خارجی معنون بعنوان حرج است ، این معنی نزد عقلاء مستهجن است زیرا بالضروره اگر در بسیاری از احکام (یعنی در ابواب مختلفه مانند جهاد و حج و ضمانات و زکات و خمس و عدم جواز فرار از زحف و صوم و غیر ذلک) که بر عموم مکلفین حرج است ، همه را تخصیص بزنیم ، تخصیص اکثر لازم میآید. در پاسخ میگوئیم این نحو واجبات و محرمات بطور همیشگی و دائمی و بر طبق مصالح و مفساد معنون بعنوان حرج اند و بنابراین علت جعل و تشریح آنها ملازمه با حرج دارد و چون چنین است تخصیصاً خارج از بحث اند نه تخصیصاً . اما آنچه نزد عقلاء مستهجن است تخصیص اکثر است و این احکام اصلاً از ما نحن فیه خارجند .

۲ . وجه تقدیم قاعده لاجرح بر ادله اولیه ، حکومت واقعیه است در جانب محمول تضحیاً . از آن جهت که دین اسلام مجموعه قوانین و احکام شرعیه اعم از تکلیفیه و وضعیه است و در صورتیکه خداوند سبحان نفی هر گونه حکم حرجی را در حیطة قانونی بنماید ، معنی آن اینست که در عالم اعتبار تشریحی هیچگونه حکم حرجی جعل و تشریح نشده است . قهراً لازمه این امر تقیید اطلاقات و تخصیص عمومات ادله اولیه است بما عدای احکام حرجیه ، نظیر قاعده لاضرر . بنابراین هر حکمی که از طرف شارع مقدس تشریح میشود ، اگر در بعضی از حالات بر اثر عوارض خارجی مستلزم حرج باشد حکم مزبور با توجه به حرج بموجب « وما جعل علیکم فی الدین من حرج » مرفوع است .

۳ . در تعارض قاعده لاجرح و قاعده سلطنت^{۱۵} باید گفت که بی شک قاعده سلطنت جزو آراء محموده و تأدیبات صلاحیه و از قسم قضایای مشهوره است . بنابراین شارع مقدس که خود رئیس العقلاء

است به این سلطنت اعتبار می‌بخشد و این سلطنت اعتباریه راجهت مالکان اعتبار مینماید و در صورتیکه سلطنت اعتباریه یک مالک مستلزم حرج برای شخص دیگری باشد، بموجب قاعده لاجرح مورد نفی قرار می‌گیرد، بدین معنی که شارع مقدس در این مورد سلطنت را اعتبار نمی‌بخشد، زیرا لازمه اعتبار بخشیدن سلطنت، مستلزم حرج و مشقت است و این معنی مرفوع است. در نتیجه عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» مخصص است بماعدای احکامیکه بعنوان حرج معنون میباشند. اکنون اگر حکم به عدم سلطنت مالک و ترک تصرف وی از مال خودش موجب عسر و حرج برای او باشد، جریان قاعده لاجرح نسبت به مالک و شخص دیگر با هم تعارض و یا تزامم پیدا میکند، و در صورت اول تساقط مینمایند و قهراً مرجع همان قاعده سلطنت میشود که بلامعارض است^{۱۶} و نتیجتاً مالک در مال خود تصرف میکند. و اگر جریان قاعده لاجرح در دو طرف از قبیل متزاحمین باشد، طبق مرجحات باب تزامم قاعده لاجرح در یک طرف جاری میشود اکنون باید دید آیا جریان قاعده لاجرح در دو طرف از قبیل متعارضین است یا متزاحمین؟ شک نیست در صورت جریان قاعده لاجرح نسبت به اجنبی، قاعده سلطنت نسبت به مالک مقید میشود و اگر حکم بعدم سلطنت مالک برای خود وی حرجی باشد قهراً حرج مالک معلول قاعده لاجرح است در طرف اجنبی و لازمه جریان قاعده لاجرح در طرف مالک عدم تقیید قاعده سلطنت است نسبت به وی، و این معنی بی اثر کردن قاعده لاجرح نسبت

۱۶. این معنی مبتنی بر اینست که در مورد تعارض دو دلیل - و سرانجام تساقط آنها - دلیل محکوم یکی از متعارضین، پس از سقوط دلیل حاکم زنده میشود و فعلیت مییابد، برخلاف قائلان باین مطلب، در مورد تعارض دلیل حاکم و محکوم هر دو با دلیل آخر معارضه میکنند و در صورت تساقط، هر دو دلیل حاکم و محکوم ساقط میشود و بنا بر این مجالی جهت جریان قاعده سلطنت نمی‌ماند، تفصیل این دو سببی در اصول، مذکور است.

به اجنبی است که لازمه آن لغویت است و نیز از جریان قاعده لاجرح نسبت به اجنبی عدم جریان لازم میآید (یلزم من وجوده عدمه) که خلف است . بنابراین هر جا که جریان قاعده لاجرح نسبت به اجنبی مستلزم حرج مالک شود قاعده لاجرح نسبت به اجنبی مجری ندارد و نتیجتاً قاعده سلطنت نسبت به مالک جاری است و غیر مقید است . اکنون با این بیان - که تا کنون مورد بحث قرار نگرفته است - مشخص میشود که مورد نه از باب تعارض است و نه از باب تراحم . از باب تعارض نیست ، زیرا قاعده لاجرح در یک طرف مجری ندارد و بنابراین موضوع تعارض از میان می رود ، و از باب تراحم نیست ، چون در باب متزاحمین شرط است که هر دو مجعول و دارای ملاک باشند و در مقام امتثال ، قدرت بر جمع آنها نباشد و قدرت موجود باید صرف یک فرد شود . معلوم است که قاعده لاجرح در طرف اجنبی نه مجعول است و نه دارای ملاک ، بنابراین از باب تراحم هم نمی تواند باشد . این معنی بعینه در قاعده لاضرر هم می آید . چنانچه سلطنت مالک بر مال خود مستلزم ضرر بر غیر باشد بمقتضای قاعده لاضرر نفی سلطنت و ترک تصرف مالک است از مال خود ، اما اگر این معنی از برای مالک حرجی باشد آیا قاعده لاضرر با قاعده لاجرح تعارض و سرانجام تساقط مینمایند و قهراً مرجع قاعده سلطنت میشود و یا آنکه قاعده لاضرر در طرف اجنبی جاری نمیشود ؟ همانطوریکه پیشتر گذشت ، در هر مورد اگر جریان قاعده لاضرر و لاجرح نسبت به اجنبی مستلزم ضرر و یا حرج بر مالک باشد ، قاعده لاضرر و لاجرح در طرف اجنبی جاری نمیشود ، و عمومات و اطلاق اولیه نسبت به مالک پابرجا است ، بنابراین کسانی که قائل به تعارض این دو قاعده هستند دلیل متقنی اقامه نمی کنند بلکه برهان بر خلاف آنست .

۴

موارد تطبیق قاعده

۱. در موردیکه زن مستاصل شود و ادامه زوجیت از برای وی موجب عسر و حرج باشد و زوج نیز حاضر به طلاق نباشد چه باید کرد؟ به مقتضای ادله اولیه امر طلاق منحصرأ در دست زوج است (الطلاق بیدمن اخذ بالساق) لکن با توجه به اینکه ادامه زوجیت از برای زوجه حرجی است، در صورتیکه یگانه راه‌رهای وی از مشقت و حرج، طلاق باشد، بمقتضای قاعده لاجرح انحصار امر طلاق بید زوج مرفوع و منفی میشود، و حاکم شرع ابتدائاً زوج را اجبار به طلاق میکند و چنانچه نپذیرد حاکم شرع جهت جلوگیری از حرج و مشقت، خود ایقاع طلاق میکند^{۱۷} بنابراین با استناد به قاعده لاجرح، شرطیت انحصار امر طلاق در دست زوج ساقط میشود.

۲. استیجار اعیان مستأجره اعم از واحد مسکونی و یا تجاری و یا آموزشی و غیرذلک سبب حدوث حقی از برای مستأجر نمیشود، تا ماجر پس از پایان مدت اجاره نتواند ملک خود را تخلیه کند، بنابراین پس از پایان مدت اجاره، لازم است مستأجر محل مذکور را تخلیه کند و به مالک تحویل دهد، چنانچه مستأجر بدون اجازه مالک در محل مزبور بماند، غاصب محسوب و ید او ید ضمان است. اما اگر حکم به تخلیه مستلزم

۱۷. با الهام از قاعده لاجرح ماده ۱۱۳ قانون مدنی اصلاح و در ۱۳۶۱/۶/۸ بشرح زیر به تصویب نهائی مجلس شورای اسلامی رسید» در مورد زیر زن میتواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید، در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده میشود.

عسرو حرج برای مستأجر - اعم از شخصیت حقیقی و یا حقوقی - باشد قهراً آن حکم به موجب قاعده لاجرج منفی و مرفوع میشود، مگر اینکه حکم بعدم تخلیه عین مستأجره برای مالک موجب حرج باشد در این صورت قاعده لاجرج در طرف مستأجر جاری نمیشود زیرا از جریان قاعده لاجرج در طرف مستأجر موضوع لاجرج در طرف موجر پدید میآید و جریان لاجرج در طرف موجر موجب بی اثر کردن لاجرج در طرف مستأجر است. بنابراین چنانچه ملتزم بشویم به جریان قاعده لاجرج در طرف مستأجر، از جریان آن عدم جریان لازم می آید و این معنی محال است، علیهذا در اینطور موارد ملتزم به عدم جریان قاعده لاجرج میشویم.^{۱۸}

۳. در مورد اتیان عباداتی که مستلزم عسر و حرج و مشقت است، مانند غسل و یا وضوء در سرمای شدید، به مقتضای قاعده لاجرج طهارت مائیه در اینطور موارد منفی و مرفوع است، و قهراً منتقل به تیمم میشود. ولی در صورت تحمل مشقت و حرج آیا عبادت مأتی بها دارای ملاک و مجزی است و موجب سقوط امر است یا نه؟ بزرگان در این مسئله مبانی

۱۸. ماده ۹ و تبصره های قانون روابط موجر و مستأجر بر همین اساس تدوین شده است: ماده ۹ - در مواردیکه دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسرو حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، میتواند سهلی برای مستأجر قرار بدهد.

تبصره ۱ - در مواردیکه دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی را بعلت کمبود جای مناسب موجب عسرو حرج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تا رفع عسر و حرج بمدت پنج سال از صدور حکم خودداری کند، و این قانون از تاریخ تصویب لازم الاجراء است.

تبصره ۲. شورای عالی قضائی مکلف است در اولین فرصت دادگاههای ویژه ای را تشکیل داده و کلیه احکام تخلیه که از طرف دادگاهها یا اداره ثبت صادر گردیده و هنوز اجراء نشده است مورد تجدید نظر قرار دهد و چنانچه تخلیه منزل مستلزم عسرو حرج برای مستأجر باشد آن حکم را متوقف سازد.

مختلفی اختیار کرده‌اند :

روش اول : نظر مرحوم والد (قدس سره) صحت عبادات ماتی بهادر صورت تحمل مشقت و حرج است ، زیرا قاعده لاجرح یک حکم امتنانی است ، و شارع مقدس امتناناً تکلیف حرجی را منفی و مرفوع اعلام کرده است ، بنابراین فعل انجام یافته واجد ملاک و مصلحت است و حکم به بطلان آن خلاف امتنان است ، بلکه عبادت ماتی بها آکد است در عبودیت و بندگی (افضل الاعمال احمزهاً) یعنی هر چه عبادات در مقام اداء دارای مشقت و سختی باشد افضل است .^{۱۹}

روش دوم : مرحوم میرزای نائینی (قدس سره) ملتزم بطلان عبادات شده است همانند عبادات معنونه بعنوان ضرر، از آن جهت که لسان هر دو قاعده - لاضرر و لاجرح - یکی است و عبارت است از تقیید مطلقات و تخصیص عمومات . بنابراین در هر دو قاعده حکم واقعی منفی و مرفوع است ، لکن بنظر مرحوم والد (قدس سره) این معنی درست نیست ، زیرا قیاس قاعده لاجرح به قاعده لاضرر درست نیست ، چون در باب لاضرر فعلی که معنون بعنوان ضرر است منهی و حرام است ، وبالضروره امر حرام که دوالمفسده است با عبادت جمع نمیشود ، آنچه مبعده است نمیتواند مقرب باشد به خلاف باب حرج که فعل حرجی متلون بلون حرمت نمیشود و قهراً مبعده نیست و صلاحیت تقرب به خداوند سبحان را دارد و اگر فعل حرجی مقرون به قصد قربت باشد بلون عبادت به خود میگیرد و واجد ملاک و مصلحت میشود . چنانچه گفته شود بطلان عبادت مستند بعدم امر است ، زیرا در صورت جریان قاعده لاجرح عبادت معنونه به عنوان حرج ، از عالم تشریح مرفوع است پاسخ میگوئیم که : در جای خود ثابت شده است که در مقام اتیان عبادات ، قصد ملاک بتمنهایی کفایت میکند و نیازی به قصد امر نیست .

والحمد لله رب العالمین