



حیله‌های شرعی

«بخش عقود»

مؤلف:

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

عضو هیات علمی دانشگاه مازندران

انتشارات دانشگاه مازندران

۱۴۴

ایزدی فرد، علی اکبر

حیله‌های شرعی: بخش عقود/علی اکبر ایزدی فرد... بابلسر: دانشگاه مازندران،

۱۳۸۰.

۳۴۹ ص. - (انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۴۴).

کتابنامه.

۱. حقوق مدنی - ایران. الف. عنوان. ب. فروست.

۱۳۸۰ ۹۸ ح ۹۴ الف / ۵۰۰ KMH

عنوان	حیله‌های شرعی : بخش عقود
مؤلف	علی اکبر ایزدی فرد
ویراستار	دکتر مصطفی جبّاری
ناشر	دانشگاه مازندران
تاریخ انتشار	بهار ۱۳۸۰
نوبت چاپ	چاپ اول
محل انتشار	بابلسر
تعداد صفحات	۳۴۹
تیراژ	۲۰۰۰ نسخه
قیمت	۱۵۰۰۰ ریال
حروف چینی و صفحه‌آرایی	حوزه معاونت پژوهشی دانشگاه مازندران
چاپ و صحافی	چاپخانه نیما
«کلیه حقوق برای دانشگاه مازندران محفوظ است.»	

بابلسر: خیابان پاسداران، دانشگاه مازندران، حوزه معاونت پژوهشی، ص. پ. ۴۱۶

تقدیم به :

شہدای راہ حق بہ ویژہ برادر شہیدم علی اصغر کہ چہ زیبا و عاشقانہ
برای دفاع از اسلام و قرآن بہ خون غلطیدند.

مادرم کہ ہموارہ دعای خیر او پشتوانہ من بودہ است.

پدرم کہ مشوق اصلی من در تحصیل علوم دینی بودہ است.

ہمسر م کہ با صبر و تحمل مشکلات زندگی مرا در راہ تحصیل و تحقیق

یار و یاور بودہ است.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱۱	مقدمه
۱۵	□ بخش اول : تاریخچه بحث حیل
۱۷	فصل اول : در حقوق ملل
۱۷	گفتار اول - در حقوق رم
۲۲	گفتار دوم - در ایران
۲۴	گفتار سوم - دیگر ملل
۲۷	فصل دوم : در اسلام
۲۷	گفتار اول - در قرآن و روایات
۲۹	گفتار دوم - در حقوق اسلام
۳۰	در فقه امامیه
۳۷	در فقه عامه
□ بخش دوم : معنای حیل و ملاک مشروعیت آن	
۴۵	فصل اول : معنا و مفهوم حیل
۴۷	فصل دوم : حیل مشروع و نامشروع
۵۱	گفتار اول - ملاک مشروعیت حیل
۶۲	گفتار دوم - فرق حیل مشروع با تدلیس

گفتار سوم - فرق حيله مشروع با تقلب ٦٤

گفتار چهارم - توريه ٦٩

□ بحث سوم : بررسی ادله مخالفان و موافقان ٧٣

فصل اول : ادله مخالفان حیل ٧٥

دلیل اول - قرآن ٧٥

دلیل دوم - سنت ٨٠

دلیل سوم - اجماع اصحاب ٨٩

دلیل چهارم - عمل به حیل موجب نقض غرض شارع است ٩١

دلیل پنجم - قاعده لاضرر و نفی حیل محرمه ٩٢

دلیل ششم - ارتکاب حیل نامشروع با روح قوانین اسلام منافات دارد ٩٥

فصل دوم : ادله موافقان حیل ٩٧

دلیل اول - آیات قرآن ٩٧

دلیل دوم - سنت ١٠٠

دلیل سوم - صحت تعریض در کلام ١٠٠

دلیل چهارم - ملاک صحت عقد اسباب ظاهری آن است نه قصد و نیت ١٠١

فصل سوم : پاسخ به دلایل جواز حیل ١٠٣

پاسخ به دلیل اول ١٠٣

پاسخ به دلیل دوم ١٠٥

پاسخ به دلیل سوم ١٠٦

پاسخ به دلیل چهارم ١٠٨

نتیجه بحث ١٠٩

□ بخش ۴: حیل شرعیه در عقود ۱۱۱

فصل اول: در بیع ۱۱۳

گفتار اول - بیع عُربون ۱۱۳

گفتار دوم - بیع مرابحه ۱۱۶

گفتار سوم - بیع نَجَش ۱۱۸

گفتار چهارم - بیع تصریه ۱۱۹

گفتار پنجم - بیع تلجئه ۱۲۰

گفتار ششم - بیع عینّه ۱۲۱

گفتار هفتم - ضم ضمیمه در بیع مجهول ۱۳۶

گفتار هشتم - بیع ربوی ۱۴۰

نگاهی به عملیات بانکی بدون ربا ۱۵۴

گفتار نهم - حیل دیگر در باب بیع ۱۵۹

۱- حبس مبیع توسط بایع تا هنگام وصول ثمن از مشتری ۱۵۹

۲- مدت دار شدن ثمن به شرط اضافه شدن در مقدار آن ۱۶۳

۳- شرط اسقاط کافّه خیارات ۱۶۶

۴- قبض مبیع ۱۷۱

۵- بیع صرف و سَلَم ۱۷۴

۶- بیع میوه قبل از بُدُو صلاح ۱۷۶

۷- بیع شرط ۱۷۸

۸- حیلۀ عقارب (معاملۀ معارض) ۱۸۳

فصل دوم: در قرض و دین ۱۸۷

گفتار اول - قرض به شرط معامله محاباتی و بالعکس ۱۸۷

گفتار دوم - تأجیل در قرض ۱۹۴

۱۹۹	گفتار سوم - جواز تقاض دین
۲۰۰	گفتار چهارم - انکار دین
۲۰۲	گفتار پنجم - معامله به قصد فرار از دین
۲۱۱	گفتار ششم - حيله در تقسیم دین
۲۱۳	گفتار هفتم - شرط برابری ارزش اسکناس با کالا یا طلا هنگام اداء قرض
۲۱۸	گفتار هشتم - خرید و فروش اسکناس
۲۲۰	گفتار نهم - خرید و فروش چک
۲۲۲	گفتار دهم - وام قرض الحسنه در نظام بانکداری اسلامی و مسئله
	اوراق قرضه و مشارکت

فصل سوم : در شفعه ۲۲۵

۲۲۶	گفتار اول - واگذاری از طریق صلح و هبه و
۲۳۲	گفتار دوم - سقوط شفعه با ثمن قیمی
۲۳۵	گفتار سوم - عدم ثبوت شفعه در منقولات
۲۳۹	گفتار چهارم - فروش مال به چند برابر قیمت واقعی
۲۴۴	گفتار پنجم - ازدیاد شرکاء به بیش از دو نفر
۲۴۵	گفتار ششم - جهل به ثمن
۲۴۷	گفتار هفتم - حیل دیگر در باب شفعه

فصل چهارم : در نکاح ۲۵۱

۲۵۱	گفتار اول - نکاح با زن پدر و مادر زن و
۲۵۴	گفتار دوم - ارتداد جهت فسخ نکاح
۲۵۵	گفتار سوم - ازدواج کوتاه مدت چند مرد با یک زن
۲۵۸	گفتار چهارم - شرط سکونت و زندگی در شهر یا خانه خود توسط زن
۲۶۱	گفتار پنجم - عدم پرداخت نفقه ای که زن مستحق آن نیست

۲۶۳	گفتار ششم - نکاح صغیره
۲۶۵	گفتار هفتم - نکاح محلّل
۲۶۷	گفتار هشتم - نکاح شغار
۲۷۰	گفتار نهم - مهریه پنهان و آشکار
۲۷۱	گفتار دهم - نکاح متعه بدون ذکر مدّت
۲۷۴	گفتار یازدهم - عدم تحقق محرّمیت رضاعی
۲۷۵	گفتار دوازدهم - در طلاق
۲۷۹	فصل پنجم : حیل شرعیه در عقود دیگر
۲۷۹	گفتار اوّل - در رهن
۲۷۹	۱- شرط رهن جهت تمدید مدت اداء دین
۲۸۰	۲- جواز تقاص از وثیقه
۲۸۱	۳- شرط ضمانت مرتّهن در عقد رهن
۲۸۳	۴- شرط مبیع شدن وثیقه
۲۸۵	گفتار دوم - در شرکت
۲۸۵	۱- در سود و ضرر
۲۸۹	۲- شرط تأجیل
۲۹۰	گفتار سوم - در ودیعه
۲۹۳	گفتار چهارم - در وکالت
۲۹۳	۱- خریدن مال موکل برای خود
۲۹۶	۲- شهادت وکیل
۲۹۷	۳- تاخیر تصرف وکیل
۲۹۸	۴- لزوم عقد وکالت
۳۰۱	۵- شرط ضمان بر وکیل

گفتار پنجم - در اجاره	۳۰۲
۱- هرگاه عین مستاجره از آن دیگری باشد	۳۰۲
۲- گرفتن اجاره بیشتر از مستاجر هنگام حبس عین مستاجره	۳۰۴
۳- اجاره عین مستاجره در هر ماه	۳۰۷
۴- اجاره دادن عین مستاجره به بیشتر از آنچه که اجاره کرده است	۳۱۰
۵- ضم ضمیمه در اجاره منفعت غیرمقدور	۳۱۲
۶- شرط رهن در عقد اجاره	۳۱۳
۷- شرط ضمان مستاجر نسبت به عین مستاجره	۳۱۷
۸- اخذ اجرت در عبادات استیجاری	۳۲۳
گفتار ششم - در ضمان و كفالت	۳۲۵
گفتار هفتم - در حواله	۳۲۷
گفتار هشتم - در مضاربه	۳۲۹
۱- شرط ضمان بر عامل در خسارت وارده به تجارت و اصل سرمایه	۳۲۹
۲- لزوم مدت در عقد مضاربه	۳۳۲
گفتار نهم - در عاریه	۳۳۴
گفتار دهم - در صلح	۳۳۶

مقدمه

اللَّهُمَّ اِنَّا نَفْتِيحُ الْكَلَامَ بِاسْمِكَ رَجَاءً عَوْنِكَ وَنَخْتِمُهُ بِمَا بَدَأْنَا اِيْدَانَا بِفَضْلِكَ

حمد و سپاس خداوندی را سزااست که انسان را آفرید و با عقل باطنی و ظاهری راه تکامل بر بشر نمایاند. درود و صلوات فراوان بر انبیاء عظام به ویژه بر سرور کائنات و گزیده مخلوقات خاتم الانبیاء محمد(ص) و بر خاندان او.

طرح بحث

نوشتار حاضر تحقیقی است در آنچه اصطلاحاً «حیله شرعی» نامیده می شود. تمایز حیله مشروع از نامشروع، تبیین مورد پژوهانه حیله های رایج در عقود و گزارش و تحلیل آراء فقهاء امامیه و عامه بانگاهی به مواد قانونی، مباحث حقوقی و مسائل روز موضوعاتی هستند که در این کتاب مورد پژوهش قرار گرفته است.

بہتر است بحث خود را با مثال آغاز کنم: در ماده ۸۰۸ قانون مدنی آمده است:

”هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دونفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند.“

اگر یکی از دو شریک نخواهد مال خود را به شریک دیگر بفروشد در این صورت

باتوجه به ماده فوق راه حل چیست؟ چگونه می توان این مانع قانونی را پشت سر گذاشت بی آنکه منع قانونی دیگری رخ بدهد؟ آیا از کلمه "بیع" می توان استفاده کرد و به نفع هدف خود چاره ای اندیشید؟ آیا نمی توان حصه خود را به دیگری "هبه" یا "مصالحه" کرد؟ کوتاه سخن این که آیا می توان به قانون نیرنگ زد؟ اگر چنین کاری شدنی است روش آن چیست؟

آیا راهی می توان یافت که در ظاهر نام "ربا" را از معامله ای - هرچند در واقع ربوی - بردارد؟ همچنین می توان پرسید: اعمال این روش چه تبعاتی دارد؟ نیرنگ به قانون هویتاً چگونه عملی است؟ آیا می توان به صحت و درستی «معاملات صوری» که با قصد نیرنگ به قانون انجام می پذیرند، حکم کرد؟

آنچه به کوتاهی گفته شد همان است که در عرف فقها به "حیله" معروف است و فقیهان شیعه و سنی از آن سخن گفته و به نقض و ابرام نظرات یکدیگر پرداخته اند. حیله نزد مردم نیز رواج فراوانی دارد و به عنوان روشی جهت رفع موانع قانونی اعمال می گردد. سؤال اساسی این است که مشروعیت و عدم مشروعیت چنین روشها و به تعبیر فقهاء «حیله» را چگونه باید تشخیص داد؟ درست است که با حیله می توان معامله ربوی را ظاهراً غیر ربوی نمایاند، ولی آیا آثار شرعی بر چنین معامله ای مترتب خواهد شد؟ آیا تملیک و تملک متحقق می شود؟ اگر پاسخ مثبت است دلیل چیست؟ و اگر منفی است باز هم باید دلایلش را جست. آیا می توان حیله های اتخاذ شده را به مشروع و نامشروع تقسیم کرد؟ پاسخ مثبت به این پرسش، پرسشی اساسی و زیربنایی به دنبال خود دارد: اصولاً «ملاک» و «معیار» در تمیز «حیله مشروع» از «حیله نامشروع» چیست؟

روش

از طرفی باتوجه به کاربرد فراوان حیله به عنوان چاره و برون شدی از موانع قانونی در زندگی فردی و جمعی، بحث از حیله دامنه بسیار گسترده دارد به گونه ای که تصور می رود در بیشتر ابواب فقهی جاری است. از طرف دیگر برای یافتن پاسخ روشن

برای هر پرسش طبیعی است که دامنه پرسش را حتی الامکان باید محدود و مشخص کرد. به همین دلیل آنچه در این کتاب دنبال می شود در واقع عبارت است از: "حیله های شرعی در حقوق اسلام در بخش عقود" که در مواردی ضمن مباحث، به حیله هایی که در غیر عقود نیز مطرح شده از جمله در زکات، شفعه، ابراء در دین، طلاق و قضاء اشارتی خواهد شد. نخست گذاری خواهیم داشت بر پیشینه تاریخی بحث تا جایگاه آن در حقوق اسلامی تبیین شود. پس از آن معنا و مفهوم حیله و فرق حیله مشروع و نامشروع (بحث از حیله در مقام تصور) آنگاه به بحث از حیله در مقام تصدیق و طرح استدلال مخالفان و موافقان می پردازیم. بدیهی است داوری میان فقهاء بزرگ شیعه از یک سو و فقهاء بزرگ اهل سنت از سوی دیگر، سرانجام داوری بین فقیهان دو مذهب و گزینش رأیی متقن کاری است که اگر نگویم بسی دشوار است، به آسانی نیز قابل حصول نیست. به هر حال کوشیده ام تا از منابع اصیل حقوقی شیعه و سنی بهره بگیرم، نظرات را بسنجم و سرانجام نظری را که برتر و قوی تر می نماید، برگزینم. روش تحقیق در نوشتار حاضر عمدتاً بر دو رهیافت عمده زیر مبتنی است:

- ۱- تبیین حیله مشروع و نامشروع و بررسی مورد پژوهانه با تحلیل اهم مصادیق حیله های رایج در عقود که یکی از رهیافتهای روشنگر در طرح مسئله است.
- ۲- گزارش تاریخی و تبیین تطبیقی آراء فقهای شیعه و سنی رهیافت مهم دیگر در تحلیل مبنای فقهی حیله است.

نتیجه این پژوهش را به طور خلاصه می توان چنین بیان کرد: "حیله" اعم از مشروع و نامشروع بوده و اختصاصی به مکر و خدعه و تقلب ندارد. در عبارات فقهاء نیز گاه حیله به معنای مطلق "تدبیر"، "راه حل" و "وسیله" آمده، گاه به معنای تدبیر مبتنی بر خدعه و نیرنگ است. از این رو مشهور فقهاء حکم به بطلان مطلق حیل نداده اند بلکه قائل به تفصیل شده اند: اگر حیله موجب ابطال حق و اثبات باطل نشود، جائز است، ولی حیله موجب نقض اوامر و نواهی شارع مقدس و سبب تحلیل حرام و تحریم حلال، حرام و باطل است. مهمترین عنصر در تحقق حیله نامشروع عبارت است از: تدلیس،

خدعه، تقلب و به عبارت دیگر انجام عمل صوری، سوء استفاده از حق و قصد اضرار به دیگران، زیرا در حقوق اسلام مهمترین شرط صحت عقد " قصد مشروع " است. پرواضح است قصد نامشروع در عقود فی نفسه با روح قوانین اسلام که براساس تقویت ارزشهای معنوی و الهی و رشد تقوی و فضیلت در انسانهاستوار است، منافات دارد.

به نظر فقهاء توسل به حيله در صورتی مشروع است که ارتکاب آن فی نفسه حرام نباشد و به وجه شرعی و برای رسیدن به اهداف مشروع تحقق یابد. ارتکاب این گونه حیل که معنای واقعی آن همان راه حل و چاره و راه گریز است، اصولاً از نظر شرعی هیچ منعی ندارد، زیرا هم " هدف " صحیح و مشروع است هم " وسیله " .

در پایان برخود لازم می دانم از حوزه معاونت پژوهشی دانشگاه مازندران و همه کسانی که مرا در چاپ و نشر این کتاب یاری داده اند از جمله برادر ارجمندم جناب آقای دکتر مصطفی جباری عضو هیات علمی دانشگاه سمنان و به خصوص از جناب آقای دکتر علیرضا فیض استاد دانشگاه تهران که همواره اینجانب را مشمول نظرات و ارشادات مشفقانه خود قرار می دادند، تشکر و قدردانی نمایم. همچنین از جناب آقای یوسف عسکریان دبیر محترم کمیته انتشارات دانشگاه مازندران که مسئولیت کلیه امور مربوط به انتشار این کتاب را به عهده داشته اند و از سرکار خانم زینت السادات ابراهیم زاده که با حوصله، دقت لازم و صبر وافر کار حروف چینی و صفحه آرائی را تقبل نموده اند، نیز کمال امتنان و سپاسگزاری را دارم. بدیهی است این همه آن چیزی نیست که می تواند در باب حیل گفته شود، اما بی تردید فتح بابی است برای آنان که عزم جستجوی بیشتر در این موضوع را دارند تا ندیده ها را ببینند و نیافته ها را بیابند. شاید من خود نیز از آنان باشم تا در فرصتی دیگر چیزی بر آنچه نوشته ام، بیافزایم. سپاسگزار همه بزرگواریانی خواهم بود که راهنماییهای خود را از من دریغ ندارند.

ومن الله التوفیق و علیه التکلان

علی اکبر ایزدی فرد

بخش اول

تاریخچه بحث حیل

فصل اول

در حقوق ملل

مقدمه

بحث حیل از دیرباز در اقوام و ملل جهان جای خود را باز کرده و در جوامع بشری به نوعی از آن استفاده می‌شد. از آنجایی که اراده افراد در حل تعارض قوانین، انتخاب و اجرای قانون مشروع، تا حدودی که در صلاحیت آنها و مربوط به اراده متعاقدين باشد، موثر است، از این رو ممکن است انسانها برای فرار از قانون و مقررات شرع یا دولت متبوع خود که موظف به پیروی از آن می‌باشند، به حيله‌هایی متوسل شوند. در این فصل به سابقه تاریخی بحث میان برخی ملتهای متمدن و در فصل بعدی میان مسلمانان اشاراتی خواهیم داشت.

گفتار اول - در حقوق رم

می‌گویند رومی‌ها از شش قرن پیش از میلاد با «حیله» آشنا بوده‌اند و قوانین آنان تا شش قرن پس از میلاد نمونه‌هایی از آن را نشان می‌دهد. در تاریخ حقوق رم نمونه‌های

زیادی از توسل به حيله و مبارزه حقوقدانان و قضات با آن می‌توان یافت :

« در زمان سیسرون »^(۱) یک صراف « سیراکوزی »^(۲) برای این‌که خانه مخصوص تفریح را به یک شوالیه (نجیب‌زاده) رومی به نام « کانئوس »^(۳) بفروشد، عده زیادی از صیادان را در اطراف آن جمع و شوالیه رومی را نیز به آنجا دعوت می‌کند. بدین ترتیب منظره یک صید غیرحقیقی و خارق‌العاده ماهی را به مهمانش نشان می‌داد و در اثر وانمودکردن (و تظاهر)، شوالیه را به قیمتی خیلی زیادتر از قیمت حقیقی حاضر به خرید می‌نماید. (بعد از کشف حيله و تدلیس بایع) شوالیه مورد حمایت حقوق رم واقع نشد، زیرا هنوز حقوق رم قبول نکرده بود که جلوگیری از تدلیس لازم است »^(۴)

برای مبارزه با این حيله « لابئون » با ارائه تعریفی از تدلیس ارتکاب این‌گونه اعمال را باطل دانست. « طبق تعریف حقوقدان مزبور تدلیس عبارت است از کلیه عملیاتی که مخالف رسوم مردم شرافتمند است و برای فریب شخصی به کار می‌رود. »^(۵)

« پرتز » برای مبارزه با تدلیس (در دین) راههایی را ابداع کرد. از جمله : چنانچه تدلیس‌کننده (داین) اجرای تعهد را مطالبه کند، مدیون می‌تواند ایراد تدلیس را در مقابل دعوای او بگذارد. اگر مدیون ثابت کند که از طرف مدعی (داین) تدلیس شده است نامبرده بری خواهد بود، یا این‌که در صورت اثبات تدلیس، قاضی از تدلیس‌کننده می‌خواهد که ضرر وارده را جبران نماید.^(۶)

نمونه دیگر موردی است که « تایت لیو » ذکر می‌کند : « لاتینها یک طبقه از ساکنان

۱- فیلسوف و سیاستمدار مشهور رم، متوفای ۴۳ پیش از میلاد - لغت‌نامه دهخدا ج ۵۴ ص ۷۶۴.

۲- سیراکوزیکی یکی از شهرهای سیسیل است.

3. Canius

۴- کیهانی، حقوق رم (تعهدات) ج ۱ ص ۳۸.

۵- همان.

۶- همان ص ۳۸ و ۳۹.

امپراتوری روم بودند که از حقوق مردم شهر برخوردار نبودند، ولی در دیار خود حقوق مخصوصی داشتند. آنها برای فرار از فقر و تنگدستی و کسب امتیازات بیشتر راه شهر روم را درپیش می‌گرفتند. در نتیجه دهات و مزارع از سکنه خالی می‌شد و از طرفی این عده بدون اذن وارد شهر روم می‌شدند. برای جلوگیری از خلوت شدن مناطق لاتین‌نشین مقررات سختی وضع شد. از جمله مقرر شد که لاتین‌ها در صورتی حق ترک دیار خود و ورود به شهر روم را دارند که یکی از اولاد خود را در موطن خود ابقاء نمایند. برای فرار از این ممنوعیت، لاتین‌ها فرزند خود را به شخص آزادی می‌دادند به شرط این که او مکلف به آزاد کردن فرزند باشد. در نتیجه این فرزند نیز وضع حقوقی افراد آزاد را به دست می‌آورد و می‌توانست هر کجا که می‌خواهد بدون مانع سکنی‌گزیند، اما کسانی که اولادی نداشتند به حيله دیگری متوسل می‌شدند، به این ترتیب که کسی را به طور تصنعی به فرزند خواندگی انتخاب و به جای خود ابقاء می‌کردند، یا این که خود را به فرزندی یکی از شهرنشینان روم در می‌آوردند. در این مورد نیز قوانین روم با وضع مجازات‌هایی، جلوی این حيله‌ها را گرفت.^(۱)

در دوره کلاسیک (Periode Classique) که از بیست و هفت سال پیش از میلاد شروع و تا سال ۲۳۵ میلادی ادامه دارد، تحولی در ضمانت اجرا و کیفیت جلوگیری از حيله به وجود آمد. یعنی از این پس به جای محکومیت‌های جزایی برای متقلبین همان قانونی که مورد تقلب قرار گرفته بود، اجراء می‌شد. در این عصر توجه حقوقدانان از جمله «پاپینیان»^(۲) و «پولس»^(۳) به مسئله حسن نیت در اعمال حقوقی جلب شد و کم‌کم تفسیر تحت‌اللفظی را رها کرده و عنایت بیشتری به هدفها و حکمت تشریع قانون نمودند. «پولس» یا «پل» که از حقوقدانان معروف این دوره است، می‌گوید: «تجاوز به قانون

۱- کاشانی، تقلب نسبت به قانون ص ۸ و ص ۹ به نقل از ویدال، بررسی نظریه کلی تقلب نسبت به قانون ص ۱۵.

2. Papinien

3. Papulus یا Paul «پل»

اعم از این است که به طور آشکار باشد یا این که با حفظ ظاهر و نص قانون، از روح قانون تخلف شود و قانون از مجرای طبیعی خود خارج گردد^(۱)».

«اولپین»^(۲) از حقوقدانان دیگر این دوره می گوید: «وقتی انسان عملی را انجام می دهد که مقصود قانون نیست، او مرتکب تقلب نسبت به قانون شده هرچند که قانون صریحاً آن عمل را نهی نکرده باشد و اختلاف تقلب با نقض آشکار قانون همان اختلافی است که بین نص قانون و روح قانون وجود دارد. بدیهی است که نص قانون با روح آن اختلافی ندارد»^(۳).

دکتر عبدالسلام ذهنی بک به نمونه هایی از حیل در دوره کلاسیک و به برخورد حقوقدانان آن دوره برای جلوگیری از توسل به آن اشاره می کند:

الف - طبق یکی از قوانین روم جوانان از گرفتن قرض با بهره ممنوع بودند. هدف این قانون جلوگیری از سودجویی رباخواران بود. به همین علت کسی که قرض با بهره می گرفت حق داشت دعوی استرداد وجه را که از طرف وام دهنده طرح می شد، رد نماید و در نتیجه تضمینی برای رباخواران وجود نداشت.

اما کسانی که می خواستند قرض با بهره بدهند متاعی را به طور نسیه به وام گیرنده می فروختند ولی ثمن این معامله بیش از قیمت واقعی متاع بود. خریدار چون نیاز مبرمی به پول داشت این کالا را به قیمت روز می فروخت و از بهای آن استفاده می کرد، ولی متعهد بود که ثمن معامله اول را به بایع (وام دهنده) بپردازد. اگر در موعد مقرر بدهکار از پرداخت دین امتناع می کرد وام دهنده دعوی استرداد ثمن معامله را می کرد و مجبور نبود که ادعای استرداد وام کند تا با ایراد قانونی مذکور مواجه شود، ولی قانون مزبور دوباره در قضیه مداخله کرد. در این مورد نیز اجازه رد دعوی به وام گیرنده که

۱- ذهنی بک، الحیل المحظور منها والمشروع ص ۷۷.

2. Ulpian

۳- ذهنی بک، الحیل المحظور منها والمشروع ص ۷۷.

ظاهراً عنوان مشتری داشت، داده شد.^(۱)

ب- در رم برای تشویق جوانان به ازدواج، قانونی وضع شده بود که به موجب آن وصیت به نفع جوانان مجرد ممنوع بود. از حيله‌هایی که نسبت به این قانون بکار می‌رفت این بود که موصی وصیت می‌کرد مبلغ ۲۵۰ واحد پول به فرزند مجرد او پرداخت شود، ولی وصیت رابه این صورت وانمود می‌کرد که مبلغ ۱۰۰ واحد از این پول بابت وامی که از او گرفته و بقیه بابت ثمن غیر منقولی که از او خریده پرداخت شود. از آنجایی که حيله و قصد فرار از قانون در این مورد آشکار بود «اسکاولا»^(۲) یکی از حقوقدانان این دوره اظهار نظر کرد که موصی له باید برای دریافت مبلغ مورد وصیت دلیل کافی بر صحت و جدی بودن این دیون ابراز نماید و وجود طلب را اثبات کند، چون اصولاً این نوع وصیت اماره‌ای بر قصد تقلب نسبت به قانون است.^(۳)

بعد از قرون وسطی و در قرن ۱۷ و ۱۸ حقوقدانان معروف این دوره به مسئله حيله توجه کرده و آن را به بحث و بررسی گرفتند و معتقد به بطلان آن بودند. از جمله «سینوداپیستووا»^(۴) معتقد بود هر عملی که ناشی از حيله و تقلب نسبت به قانون باشد، باطل است و «کوچاس»^(۵) نیز در تقویت این نظریه گام برداشت.^(۶)

به نظر حقوقدانان این دوره غش و تقلب در عقود و معاملات موجب بطلان آن بوده و هرکس مرتکب آن شود مستحق مجازات است.^(۷)

۱- همان ص ۵۶ و ۸۰

2. Scaveola

۳- ذهنی بک، الحیل المحظور منها والمشروع ص ۸۲ و ۸۳.

4. Cinode Pistoia

5. Cugas

۶- ذهنی بک، الحیل المحظور منها والمشروع ص ۸۲ و ۸۳.

۷- همان ص ۸۵.

گفتار دوم - در ایران

در ایران نیز استفاده از حیل رواج داشته و به گفته «محقق اردبیلی» متعارف بین مردم بوده است.^(۱) به عنوان نمونه به دو مورد اشاره می شود:

۱- در «جامع التواریخ» رشیدی داستانی از زمان حاکمیت مغول در ایران نقل شده که خلاصه اش این است: معاملات ربوی در اثر اوضاع و احوال اجتماعی خاص زمان غازان خان، افزایش یافته بود و بر اثر شیوع این معاملات مردم کسب و تجارت را رها کرده و سرمایه خود را در این راه به کار می بردند. در نتیجه خزانه دولت از زرتهی شده و تعداد زیادی طلبکار به وجود آمده بود.

جامع التواریخ پس از نقل وقایع مربوط به این موضوع می نویسد: «پادشاه خلدملکه اندیشه مبارک فرمود و دانست که مجموع این فسادها زر به سود دادن و ستدن است و چون از آن منع فرماید هم تقویت شرع نبوی کرده باشد و هم خلائی را از ورطه ضلالت به جاده هدایت آورده و به برکات منع ربا، چندین خلل معظم منافع گردد. بعد از آن اندیشه در شعبان ثمان تسعین و ستمأه (۶۹۸) یرلیغ^(۲) روانه فرمود که: در تمامیت ممالک هیچ آفریده ربا ندهد و نستاند و اکثر مردم که بدان معتاد بودند، منکر شدند. بعضی اکابر که مجال داشتند، می گفتند که طریق معاملات به کلی مسدود گردد. پادشاه خلدملکه فرمود: که جهت آن می فرمائیم که راه معاملات نامشروع مسدود گردد.» در اثر این فرمان رباخواران که منافع خود را در خطر می دیدند متوسل به حیل های دیگر شدند و آن این که جنسی را به قیمت گران به طرف مقابل که در واقع مقترض بود، می فروختند. پولش را که همان وام بود در موعد مقرر از او می گرفتند به این گمان که این ربانوده و بیع است. غازان خان با این حیل نیز مخالفت کرد.

۱- محقق اردبیلی، زبدة البیان فی احکام القرآن ص ۴۳۷.

۲- فرمان

در جامع التواریخ آمده: «پادشاه خلد ملکه در غضب رفت و فرمود: اگر ترک چنین حیل و تزویرات نگیرند، فرمان فرمائیم تا هر آفریده که قرضی بستاند اصلاً و رأساً رأس المال باز ندهد. مردم را اگر زر هست چه لازم به قرض دهند. باید املاک بخرند و عمارت و زراعت کنند. مردم از آن هراسان گشتند. ربا کمتر شد و یقین حاصل شد که هرچه زودتر به کلی آن شیوه برافتد.»^(۱)

۲- در زمان ناصرالدین شاه نیز حيله دیگری میان مردم رواج داشت و آن «بیع شرط»^(۲) بود. کسانی که قصد گرفتن سود داشتند به این حيله متوسل می شدند که بیع شرط را از ماهیت حقیقی آن خارج ساخته و آن را به منظور استقراض به کار می بردند. به این ترتیب که مقرض در مقابل مبلغی که (به عنوان وام) دریافت می داشت مالی را به طرف (مقرض) می فروخت. ضمن آن شرط خیار فسخ در مدت معینه برای خود می نمود که اگر در موعد مقرر آن مبلغ را تأدیه ننمود، بیع قطعی و مبیع به ملکیت ثابت مشتری درآید. از طرف دیگر، مقرض برای دریافت ربح، مال مورد معامله را به مقرض اجاره می داد و ماهیانه مبلغی دریافت می داشت. در راس موعد چنانچه بایع اخذ به خیار نمی نمود مبیع به ملکیت قطعی مشتری مستقر می گشت.^(۳)

این نوع معامله چندان شایع گردید که معاملات تجاری را راکد و اقتصاد کشور را متزلزل نمود. پولداران به جای این که سرمایه خود را در تجارت و یا کشاورزی به کار برند

۱- رشیدالدین فضل الله، جامع التواریخ ج ۲ ص ۱۰۸۳ تا ۱۰۸۵.

۲- بیع شرط عبارت از بیعی است که در آن شرط شود هرگاه بایع در مدت معین مثل ثمن را به مشتری رد نماید حق فسخ آن را داشته باشد. دکتر امامی، حقوق مدنی ج ۱ ص ۵۵۹.

۳- مقرض با توسل به این حيله از سه امتیاز استفاده می کرد: ۱- سود پول خود را به میزان متعارف دریافت می کرد. ۲- مبیع وثیقه کافی برای طلب او بود. ۳- اگر مقرض در مهلت مقرر نمی توانست قرض را بدهد و بیع را فسخ کند، مبیع به ملکیت قطعی مقرض درمی آمد و چون در اکثر موارد مقرض به علت افلاس و تنگدستی نمی توانست دین را ادا کند، به راحتی سرمایه و زندگی خود را از دست می داد.

در معاملات بیع شرطی مصرف می نمودند.

برای جلوگیری از این رویه فرمانی در زمان ناصرالدین شاه صادر شد و محاکم عدلیه را منع نمود که در رسیدگی به دعاوی بین متبایعین در معاملات بیع شرطی حکم به مالکیت قطعی تمام مبیع به مشتری بدهند، بلکه مشتری بایستی از قیمت مبیع یا از عین ملک به مقدار ثمن پرداختی و مال الاجاره مقرر بین طرفین استفاده کرده و بقیه از آن بایع باشد.^(۱)

باتوجه به این فرمان رباخواران که هیچگاه حاضر نبودند قرض بدون بهره بدهند حيله دیگری اندیشیدند و آن این که «مقترض ملک را به بیع قطعی به مقرض واگذار نماید و مشتری به بایع وکالت خارج دهد که در مدت معین، در مقابل پرداخت ثمن و مال الاجاره زمان گذشته مبیع را به خود انتقال دهد. به این وسیله معاملات ربوی از صورت بیع شرط به صورت بیع قطع با شرط وکالت خارج درآمد. محاکم فرمان را شامل آن ندانستند و در صورت عدم انجام وکالت حکم به ملکیت قطعی مشتری می دادند.^(۲)

گفتار سوم - دیگر ملل

در حقوق و قوانین ملل دیگر نیز موضوع حيله نسبت به قانون همواره مطرح بوده و حقوقدانان از توجه به آن و بحث و بررسی پیرامون آن غافل نبودند.

در آلمان دانشمندانی چون «ساوینی»^(۳) و «تول»^(۴) و «اهرینک»^(۵) پیرامون

۱- دکتر امامی، حقوق مدنی ج ۱ ص ۵۶۷.

۲- همان ص ۵۶۷ و ۵۶۸.

3. Savigny

4. Thol

5. Ihering

مشروعیت حيله تحقیقات مفصلی انجام داده‌اند.^(۱)

در حقوق ایتالیا نیز مسئله حيله و تقلب نسبت به قانون به عنوان چیزی که مخالف قانون بوده و تدلیس و خدعه محسوب می‌شود، مطرح می‌باشد.^(۲)

در قانون مدنی روسیه ماده ۳۰ آمده: «هر عمل قانونی که با قانون و اهداف آن تعارض داشته باشد و یا از طریق حيله و تقلب باشد، باطل است»^(۳).

۱- ذهنی بک، الحیل المحظور منها والمشروع ص ۹۰.

۲- همان ص ۱۰۳ و ۱۰۴.

۳- همان ص ۱۰۴.



فصل دوم

در اسلام

گفتار اول - در قرآن و روایات

کهن‌ترین نص اسلامی که به موضوع حيله اشاره کرده است، قرآن کریم است. در داستان «اصحاب سبت»^(۱) به این نکته اشاره شده که آنان برای گریز از فرمان خداوند به حيله متوسل شدند.

این سرگذشت، چنانچه از روایات اسلامی، برمی‌آید مربوط است به گروهی از بنی اسرائیل که در بندری به نام «ایله»^(۲) زندگی می‌کردند و از سوی خداوند به عنوان آزمایش دستور یافتند در روز شنبه ماهی نگیرند. آنان با فرمان خداوند مخالفت کرده و گرفتار مجازات دردناکی شدند که شرح آن در آیات مذکور آمده است.

از ابن عباس روایت شده که این گروه از بنی اسرائیل که در کنار دریائی بین مدینه و

۱- بقره/ ۶۵ و ۶۶، نساء/ ۱۵۴ و اعراف/ ۱۶۳ تا ۱۶۶.

۲- زمخشری، الکشاف ج ۲ ص ۱۷۰ - فخر رازی، التفسیر الکبیر ج ۱۵ ص ۳۶. تفسیر قرطبی ج ۷ ص ۳۰۵.

شام زندگی می کردند برای این که آشکارا حرمت روز شنبه را نشکنند به حيله‌ای متوسل شدند: حوضهایی در کنار دریا ایجاد کردند به طوری که ماهیها به درون آن روان می شدند بی آن که بتوانند برگردند، سپس روز یکشنبه آنها را می گرفتند. با این حيله ظاهراً حرمت روز شنبه را حفظ کرده و به گمان خود از مخالفت با اوامر الهی رهایی یافتند.^(۱)

در روایتی از امام حسن عسکری (ع) منقول است که حضرت عمل آنها را به عنوان حيله برای فرار از دستور الهی ذکر کرده است.^(۲)

در قرآن سوره اعراف آیه ۱۶۴ آمده: «وَاذْ قَالَتْ اُمَّةٌ مِنْهُمْ لِمَ تَعِظُونَ قَوْمًا اللَّهُ مُهْلِكُهمْ او مُعَذِّبُهمْ عَذَابًا شَدِيدًا قَالُوا مَعذِرَةٌ اِلَى رَبِّکُمْ وَلَعَلَّهمْ يَتَّقُونَ.»

یعنی: هنگامی که گروهی از آنها به گروه دیگر گفتند: چرا آنها را که خداوند هلاکشان خواهد کرد و یا به عذاب شدیدی گرفتار خواهد ساخت، اندرزمی دهید و آنها را از ارتکاب حيله باز می دارید؟ می گفتند: ما به این وسیله می خواهیم به وظیفه مان عمل کرده و در نزد خدا معذور باشیم و نیز امید داریم که اینان تقوی پیشه ساخته و از این عمل دست بردارند.

حيله دیگر یهود این بود که چون استفاده از دنبه بر آنان حرام شده بود، آن را می فروختند و از پول آن استفاده می کردند.^(۳) ابن تیمیه گوید: یکی از چیزهایی که خداوند بر قوم یهود حرام کرده بود استفاده از دنبه بود. آنان برای این که از آن استفاده کنند به حيله‌ای متوسل می شدند. می گفتند: منظور دنبه جامد است. لذا آن را آب کرده و می فروختند و از پول آن بهره می بردند. از این رو رسول اکرم (ص) فرمود: لعن الله اليهود حُرِّمَتْ عَلَیْهم الشُّحوم فاذا بُوها فاکلوا اثمناها.^(۴)

۱- علامه طبرسی، مجمع البیان ج ۴ ص ۴۹۳- فخر رازی، التفسیر الکبیر ج ۳ ص ۱۰۹- آلوسی، روح المعانی ج ۱ ص ۲۸۲.

۲- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة، ج ۲۵ ص ۳۷۶، آیه... العظمی نجفی، جواهر الکلام ج ۳۲ ص ۲۰۱.

۳- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۹ ص ۲۳۴.

۴- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۳۶.

امامان شیعه توسل به حیل نامشروع را جایز ندانسته و مردم را سخت از آن نهی می‌کردند. البته در روایات مورد خاصی که صراحةً "به مسئله حيله اشاره داشته باشد، به چشم نمی‌خورد. اما با توجه به روایاتی^(۱) که در آنها از صحت «شرط بازخريد» سؤال شده و امام (ع) آن را باطل دانسته‌اند و نیز روایاتی چون: «نعم الشیء الفرار من الحرام الى الحلال»^(۲) در می‌یابیم که اولاً: اسناد قبول مطلق حيله به ائمه (ع) مبتنی بر دلیل کافی و مدرک موثق نیست. ثانیاً: به نظر ائمه (ع) توسل به حيله در صورتی جائز و مشروع است که انسان مرتکب عمل حرامی نشود. از این رو در فقه الرضا^(۳) توسل به حيله برای فرار از زکات جایز دانسته نشده است.^(۴)

البته در کلمات معصومین (ع) گاه از کلمه «حيله» استفاده شده است، ولی نه به معنای تقلب و خدعه، بلکه به معنای راه حل و چاره. از جمله علی (ع) در نامه ۵۳ می‌فرماید: ثم الله الله في الطبقة السفلى من الذين لا حيلة لهم^(۵). در تحف العقول از امام صادق (ع) روایت شده که حضرت (ع) فرمود: ثلاث يحجزن المرء عن طلب المعالي: قصر الهمة وقلة الحيلة وضعف الزاى^(۶).

گفتار دوم - در حقوق اسلام

از نخستین روزهای تدوین حقوق اسلامی موضوع «حيله» و استفاده از آن در شرع مطرح و مورد بحث و بررسی فقهاء بوده است.

۱- شیخ حرّعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۵ از ابواب احکام عقود حدیث ۴ و ۶.

۲- وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۶ از ابواب صرف حدیث ۱.

۳- کتابی منسوب به امام رضا (ع) است.

۴- فقه الرضا چاپ در سلسله البنایع الفقهية ج ۵ ص ۵.

۵- نهج البلاغه فیض الاسلام ص ۱۰۱۹.

۶- حرانی، تحف العقول ص ۳۳۱.

شیخ طوسی معتقد است که در عصر تابعین استفاده از حیل نامشروع رواج داشت و گروهی از فقهاء آن را به کار می بردند. از جمله نصر بن شمیّل کتابی داشت تحت عنوان «الحیل» که در آن ۳۲۰ یا ۳۳۰ مسئله را ذکر کرده که همه آنها باطل و کفر است. کسی که آنها را مباح بداند و از آنها استفاده کند، کافر است.^(۱)

ابن تیمیه نیز می گوید: اولین موردی که فتوا به جواز حیل داده شد مربوط به اواخر عصر تابعین یعنی بعد از قرن اول است.^(۲)

در فقه امامیه

قدیمی ترین فقیه امامی که صراحة مسئله «حیله» را ذکر کرده ابو محمد حسین معروف به «ناصر»^(۳) از فقهای صدر اسلام و از اجداد مادری سید مرتضی است. وی در کتاب فقهی خود به نام «ناصریات» در بحث شفعه فتوای صریح بر بطلان هر نوع حیله داده و گوید: «کل حیلة فی الشفعة و غیرها من المعاملات بین الناس فائى أبطلها ولا أجیزها»^(۴)

۱- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسلة النیایع الفقهیه ج ۳۹ ص ۲۳۳.

۲- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۷۹.

۳- نام وی حسن بن علی و ملقب به ناصر الحق و ناصر الدین و ناصر کبیر و معروف به اطروش جد مادری سید مرتضی و سید رضی است.

سید مرتضی در مورد او گوید: «فضیلت او در علم و زهد و فقاہت اظهر من الشمس می باشد. اوست که دین مقدس اسلام را در بلاد دیلم نشر کرد. مردم را از غرقاب ضلالت و جهالت نجات داده و به شاهراه هدایت آورد. «از تالیفات اوست: الایمان والنذور، اصول الدین، الامالی و... وفات وی به سال ۳۰۲ یا ۳۰۴ هـ ق در آمل در سن ۷۹ سالگی واقع شد و قبرش نیز در آنجا است. ریحانة الادب ج ۶ ص ۹۸ تا ۱۰۰.

۴- سید مرتضی، المسائل الناصریات، چاپ در سلسلة النیایع الفقهیه ج ۱۶ ص ۳۱۵.

پس از او فقهای بزرگی چون شیخ صدوق^(۱)، سیدمرتضی^(۲) و شیخ طوسی^(۳) توسل به حيله برای فرار از زکات را منع کرده و آن را جائز ندانستند. به نظر فقهاء حیلی که با احکام شرعی متعارض نباشد ممدوح و مشروع است، ولی حیلی که با کتاب و سنت منافات داشته باشد، مذموم و توسل به آن حرام است. شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه^(۴) باب مستقلی به نام «الحیل فی الاحکام» باز کرده و معتقد به جواز حیل مشروع شده است. وی احادیثی را نقل می‌کند که در هیچ یک حيله به معنای نیرنگ و تزویر و تقلب تأیید نشده بلکه عبارت است از راه حلی مشروع و مباح برای فرار از یک مخمصه شرعی.

سیدمرتضی پس از نقل قول «ناصر» سخن او را به نحو مطلق پذیرفته و معتقد است به کارگرفتن حیل نامشروع حرام است، ولی اگر توسل به حيله موجب ابطال حق و اثبات باطل نشود، اشکالی ندارد.^(۵)

شیخ طوسی نیز در مبسوط ضمن تقسیم حیل به «محرّمه» و «محلّله» استفاده از حیل محلّله را جایز می‌داند. به نظر وی حيله فی الجمله جایز است در صورتی که مباح بوده و برای رسیدن به مباح از آن استفاده شود، اما اگر برای رسیدن به مباح از عملی که انجام آن شرعاً حرام است استفاده شود، جایز نیست. وی گوید: *انما يجوز من الحيلة ما كان مباحاً يتوصل به الى مباح، فاما فعل محظور ليصل به الى المباح فلا يجوز*^(۶)

ابن ادریس در سرایر کتاب متاجر ضمن بحث پیرامون مکاسب محرّمه، حیل محرّمه

۱- شیخ صدوق، المقنع چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۱۱.

۲- سیدمرتضی، جمل العلم والعمل چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۶۶ و الانتصار ص ۸۳.

۳- شیخ طوسی، الجمل والعقود چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۱۳۸.

۴- شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳ ص ۹ تا ۱۸.

۵- سیدمرتضی، المسائل الناصریات، چاپ در سلسله... ج ۱۶ ص ۳۱۵.

۶- شیخ طوسی المبسوط، چاپ در سلسله... ج ۳۹ ص ۲۳۳.

را جزء این دسته از مکاسب دانسته و استعمال آن را جایز نمی‌داند. وی حیل محرمه را جزء اقسام «محظور علی کل حال» دانسته است.^(۱)

گروهی چون محقق حلی^(۲)، علامه حلی^(۳)، شهید ثانی^(۴) و ملامحسن فیض^(۵) نیز معتقدند حیله در صورتی جایز است که مشروع و مباح بوده و سبب تحلیل محرمات و تضییع حق نشود. البته به نظر شهید ثانی حیلی که مبتنی بر عقد صوری باشد، جایز است. وی در اثبات آن، که در بحث فرار از ربا به وسیله بیع و هبه مطرح کرده، استدلال جدیدی آورده که در بحث ربا به آن اشاره خواهیم کرد.

با وجود این به نظر بعضی از فقهاء عمل به «حیله» جز به هنگام ضرورت و اضطرار جایز نیست. اگر در مواردی حکم به جواز آن صادر شود از باب «الضرورات تبیح المحظورات» بوده و تا آنجا که ممکن است باید از آن اجتناب شود. از جمله «علامه حلی» در «تذکره الفقهاء» معتقد است که عمل به حیل جایز نیست مگر این که ضرورت آن را اقتضاء کند. وی گوید: «لودعت الضرورة الى بيع الزبویات متفاضلاً مع اتحاد الجنس وجب توسط عقد بینهما فیباع الناقص بجنس مخالف ثم یشتری الزاید بذلک الجنس»^(۶)

ابن طی نیز معتقد است در معاملات بهتر این است که حیله ترک شود، مگر این که ضرورت آن را ایجاب کند.^(۷)

۱- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله... ج ۱۴ ص ۴۰۲.

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۳ ص ۴۸۲.

۳- علامه حلی، ارشاد الاذهان چاپ در سلسله... ج ۳۹ ص ۴۸۲.

۴- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۲ ص ۲۶.

۵- ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۳۳۳ و ۳۳۴.

۶- علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱ باب ربا، مطلب ثالث از احکام ربا، مسئله اول ص ۴۸۴.

۷- ابن طی، المسائل، چاپ در سلسله... ج ۳۵ ص ۴۷۸.

محقق اردبیلی ضمن بررسی مسأله حيله آن را شدیداً مورد انتقاد قرار داده و معتقد است تا آنجا که ممکن است باید از ارتکاب حيله اجتناب شود. هرگاه کسی مجبور به انجام آن بشود باید کاری کند که موجب نجات او نزد خداوند متعال باشد. وی گوید: «وینبغي الاجتناب عن الحیل مهما امکن و اذا اضطرّ يستعمل ما ینجیه عند الله تعالی»^(۱) وی در زبدة البیان پس از ذکر روایاتی که در آنها «حکمت» تحریم ربا بیان شده، گوید: «وانت تعلم أنّها تنعدم بفتح باب الحيله، كما هو المتعارف، فإنّهم يأخذون بها ما یؤخذ بالرّبا»^(۲)

استاد کل آقا باقر بهبهانی نیز در تالیفات خود با اکثر حيله‌های مشهور مخالف بوده و در رساله‌ای که تحت عنوان «فی القرض بشرط المعاملة المحاباتیة»^(۳) نوشته در مورد حيله چنین می‌گوید: «بدان که عده‌ای از علمای زمان ما معتقد به حلیت قرض به شرط معامله محاباتیة شده‌اند. منظور من از معامله محاباتیة این است که مقرض چیزی را به مقترض به بیش از ثمن المثل بفروشد و یا به کمتر از ثمن المثل بخرد و یا عقود دیگر مانند صلح و اجاره را به این نحو منعقد سازد. حتی در این مورد ادعای اجماع کرده و احتیاط نمی‌کنند، حال آنکه خوردن درهمی از ربا نزد خدا شدیدتر از هفتاد بار زنای با محارم در خانه خدا می‌باشد.... نیز وارد شده که خداوند برای ربا اهمیت قائل شده و در حرمت آن مبالغه کرده است تا این که کارهای خیر و قرض الحسنه در بین مردم رایج شود، ولی در اثر فتح باب حيله باب معروف کلاً مسدود و بالمّرّه متروک شده است، به طوری که دیگر نه اسمی از آن موجود و نه رسمی از آن مسموع است.»^(۴)

علامه مجلسی در کتاب «روضة المتّقین» که شرحی است بر کتاب «من لایحضره الفقیه»

۱- محقق اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان ج ۸ ص ۴۸۸.

۲- محقق اردبیلی، زبدة البیان فی احکام القرآن ص ۴۳۷.

۳- این رساله در مجموعه رسالات و در کتابخانه مجلس شورای اسلامی به شماره ۱۸۰۴ موجود است.

۴- آقا باقر بهبهانی، رساله فی القرض بشرط المعاملة المحاباتیة چاپ شده در مجموعه رسالات ص ۱۲۰ تا ۱۲۲.

در ذیل باب حیل بیش از ۲۰ صفحه در مورد حیل در احکام و حیل‌های حرام و حلال و کاربرد آنها بحث کرده است.^(۱) در *مرآة‌العقول* پس از ذکر روایاتی پیرامون جواز حیل برای فرار از ربا معتقد است در عمل به حیل باید به‌همین موارد اکتفا شود و سزاوار است به‌طور مطلق از توسل به آن به‌خاطر دوری از لغزش و خطا پرهیز گردد. وی گوید: «والاولی‌الاقتصار علیها بل ترکها مطلقاً تحرزاً من الزلل»^(۲)

محدث بحرانی نیز ضمن رد حیل نامشروع حیل مشروع را به‌منصوص و غیرمنصوص تقسیم کرده است. حیل منصوص مشروعیت دارد مانند قضاوت‌های علی (ع) و جواز حیل غیرمنصوص به دلیل اطلاقات ادله و به مقتضای قواعد می‌باشد. ولی درنهایت معتقد است اگر نص خاصی بر جواز حیل موجود نباشد عمل به حیل و ترتب اثر بر آن خالی از اشکال نیست. این امر از آنچه که خداوند در قرآن کریم در مورد یهود در قضیه «اصحاب سبت» حکایت فرموده ظاهر می‌شود.^(۳)

صاحب جواهر ضمن قبول حیل مشروع برای بطلان حیل نامشروع نظریه نقض غرض را مطرح کرده و معتقد است بسیاری از فقها به این نکته اشاره کرده‌اند. وی گوید: «کل شیء تضمن نقض غرض اصل مشروعیه الحکم یحکم ببطلانه کما أوماً الیه غیر واحد من الاساطین»^(۴)

در میان فقهای امامیه محقق قمی در جامع‌الشتات حکم به صحت کلی حیل کرده و گوید: «تصحیح حیله بابی است معهود و طریقه‌ای است ثابت‌الاصل که انکار آن نمی‌توان کرد»^(۵)

۱- علامه مجلسی، *روضة‌المُتَّقین* ج ۶ ص ۵۹ به بعد.

۲- به نقل از بجنوردی، *القواعد الفقهیه* ج ۷ ص ۲۳۹.

۳- محدث بحرانی، *الحدائق الناضرة* ج ۲۵ ص ۳۷۶.

۴- آیه‌الله نجفی، *جواهر الکلام* ج ۳۲ ص ۲۰۲.

۵- محقق قمی، *جامع‌الشتات* ج ۲ ص ۹۸.

وی در رساله‌ای که در سال ۱۲۰۷ هجری تحت عنوان «المعاملة المحاباتیة بشرط القرض و بالعکس» نوشته از صحت حيلة مبتنی بر عقد صوری دفاع کرده است.^(۱) ولی در رساله‌ای که ۱۰ سال بعد تحت عنوان «فی العقد علی الصغیرة لمجرد المحرمیة» نوشته به استدلال شهید ثانی در صحت بیع وهبه صوری جهت تخلص از ربا خدشه کرده است.^(۲)

ملا محمد نراقی برای بطلان حيلة نامشروع دلیل «لا ضرر» را مطرح کرده و معتقد است هر نوع معامله و انتقالی که مبتنی بر حيلة باشد چون موجب ضرر به طرف مقابل است، باطل می‌باشد.^(۳) وی معامله به قصد فرار از دین را به همین دلیل باطل می‌داند. از فقهای معاصر تنها فقیهی که با حیل نامشروع عَلم مخالفت برافراشت و به شدت با آن مقابله کرد، امام خمینی (ره) است. به نظر وی روایاتی که دلالت بر صحت توسل به حيلة دریاب ربا و قرض دارد از لحاظ سند و متن قابل خدشه و مناقشه است و اگر هم نصی بر جواز آن وجود داشته باشد، با کتاب و سنت مستفیضه تناقض داشته و قابل طرح ورد است.^(۴) وی در خرید و فروش اسکناس با زیادتی در یک طرف که قایل به جواز آن می‌باشد، معتقد است اگر معامله مزبور به قصد فرار از ربا و در واقع هدف اصلی طرفین قرض دادن و گرفتن سود باشد، حرام بوده و بیع باطل است.^(۵)

در حقیقت به نظر امام عمل به حیل با روح قوانین اسلامی منافات داشته و نمی‌تواند موضوع حرام را تبدیل به حلال کند. وی پس از این که توسل به هرگونه حيلة در معاملات

۱- محقق قمی، غنائم الایام از ص ۵۷۷ تا ۵۸۹.

۲- همان، از ص ۶۰۰ تا ۶۰۴.

۳- ملا محمد نراقی، مشارق الاحکام ص ۸۸ تا ۹۰.

۴- امام خمینی، البیع ج ۲ ص ۴۰۹.

۵- امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۱ ص ۵۳۹.

ربوی را رد می‌کند^(۱)، گوید: «ضرورة انّ الحیل لا تخرج الموضوع عن الظلم و الفساد»^(۲). در جای دیگر گوید: برای رهایی از حکم ربا راههایی در کتابها ارائه شده است. من در این مسئله تجدیدنظر کردم و چنین یافتم که رهایی از حکم ربا به هیچ وجه جایز نیست. آنچه که در مبادله دونوع کالای مثل هم در برابر مقدار اضافی، چیزی در آن طرف می‌افزایند تا این که از حرام به حلال تبدیل گردد رهایی واقعی از ربا نیست. این نوع رهایی و سایر کلاههای شرعی جایز نیست.^(۳)

خلاصه بحث این که: در فقه امامیه فقهاء با هر حيله‌ای که نامشروع بوده به گونه‌ای که سبب تحلیل حرام و تحریم حلال گردد و با کتاب و سنت و روح قوانین اسلام منافات داشته باشد، مخالفند. هرگاه در موردی عمل به حيله را جایز می‌دانند منظور حيله‌ای است که مشروع بوده و مطابق با قواعد و اصول فقهی و نیز موجب رفع مفسده و نجات از مهلكه باشد. چنانچه محدث بحرانی گفته است: این که بعضی از بزرگان مثل محقق اردبیلی در مورد استعمال و جواز حیل توقف کرده‌اند، منظور حیل باطله و محرّمه است حتی اگر به حسب ظاهر براساس قوانین شرعی جاری شود.^(۴)

همچنین است نظر ملا محمد باقر بارفروش^(۵) که گوید: بسا می‌شود که بعضی از معاملات اگرچه حيله شرعی‌اند و لکن مقصود نجات از مهلكه و رفع بعضی از مفاسد است.^(۶)

۱- لا يجوز بوجه من الوجه التخلّص منه بالحيل التي ذكروها (البيع ج ۵ ص ۳۵۲).

۲- البيع ج ۲ ص ۴۰۹.

۳- امام خمینی، رساله نوین ج ۲ ص ۲۵۹.

۴- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۵ ص ۳۷۷.

۵- حاجی ملا محمد مازندرانی بارفروش مشهور به حاجی اشرفی، از فقهای امامیه در اواخر قرن سیزدهم و اوایل قرن چهاردهم هجری است. وی عالمی فاضل، مجتهدی کامل، جامع اصول شریعت و مراسم طریقت بوده است. او از شاگردان سعیدالعلماء مازندرانی بود. از تألیفات اوست: اسرار الشهادة، شعائر الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. وی در سال ۱۳۵۱ هـ ق وفات یافت. ریحانه الادب ج ۱ ص ۱۲۸ و ۱۲۹.

۶- ملا محمد باقر بارفروش، شعائر الاسلام ص ۴۱۷.

در فقه عامه

به نظر فقهای عامه نیز توسل به حیل حرام و غیر مشروع جایز نیست. فقهای حنفی عمل به حيله را در صورتی جایز می دانند که سبب ابطال حق یا اثبات باطلی نشود. ابوبکر محمد بن ابی سهل سرخسی فقیه معروف حنفی صاحب کتاب المبسوط گوید:

« ان ما يتخلص به الرجل من الحرام او يتوصل به الى الحلال من الحيل فهو حسن و انما يكره ذلك ان يحتال في حق لرجل حتى يبطله او في باطل حتى يموهه او في حق حتى يدخل فيه شبهة، فما كان على هذا السبيل فهو مكروه. »^(۱)

سرخسی در مبحث « حجر » کتاب مبسوط در ارتباط با حجر مدیون قولی از ابوحنیفه نقل می کند که به خوبی نشان می دهد او فقط حيله مشروع را جائز می داند. وی گوید: قال ابوحنيفه رحمه الله: لا يجوز الحجر الا على ثلاثة: على المفتي الما جن و على المتطّيب الجاهل و على المكارى المفلس لما فيه من الضرر الفاحش اذا لم يحجر عليهم فالمفتي الما جن يفسد على الناس دينهم...^(۲)

آنچه در عبارت فوق قابل توجه است این که به نظر ابوحنیفه اگرچه قاضی نمی تواند حکم حجر مدیون را صادر کند ولی می تواند حکم حجر « مفتی ماجن »^(۳) را که مضر به حال جامعه، موجب فساد و انحراف مردم در دین است، صادر کند. در فقه حنفی « مفتی ماجن » کسی است که به مردم حيله بیاموزد یا از روی جهل فتوا دهد.

زیلعی از علمای معروف حنفی در این مورد چنین می گوید: مفتی ماجن کسی است که عوام را حیل باطله می آموزد. مثل تعلیم ارتداد به زن به واسطه آن از شوهرش جدا شود یا حیلی که سبب ساقط شدن زکات شود. این گونه افراد همانند کسانی هستند که

۱- سرخسی، المبسوط ج ۳ ص ۲۱۰.

۲- سرخسی، المبسوط ج ۲۴ ص ۱۵۷.

۳- مفتی ماجن یعنی مفتی گستاخ و بی شرم. او همانند مفتی جاهل بوده و وجودش به حال جامعه مضر است.

زیلعی، تبیین الحقایق ج ۱ ص ۶۱.

توجهی به حلال و حرام آنچه انجام می دهند، نمی کنند.^(۱)

خصاف فقیه حنفی در کتابش، «الحیل»^(۲) چنین می گوید: عمل به حیل حلال و مشروع جائز است، چون حيله مشروع عبارت از چیزی است که انسان با توسل به آن از حرام رهایی پیدا کرده و به حلال پناهنده می شود، ولی اگر توسل به حيله سبب ابطال حق، تحلیل حرام و تحریم حلال باشد، حرام است.^(۳)

ابن حجر عسقلانی گوید: «مشهور است فقهای حنفی عمل به حيله را جایز می دانند. اما اگر در کلمات و نیز در کتبشان خوب دقت شود درمی یابیم که این چنین نیست، بلکه منظورشان حیلی است که به قصد اثبات حق و ابطال باطل باشد.»^(۴)

در فقه مالکی نیز استفاده از حیل در صورتی مجاز و مشروع است که موجب ابطال حق و اثبات باطلی نشود. به نظر مالک توسل به حیلی که متضمن مکر و فریب و تقلب باشد، در هیچ حالت و موردی جائز نیست. وی توسل به حيله برای فرار از ربا را به همین دلیل صحیح نمی داند.^(۵)

به اعتقاد فقهای مالکی توسل به امری که ظاهراً جایز و مشروع است ولی به قصد انجام حرام باشد، حرام است.^(۶)

شاطبی از علمای معروف مالکی ضمن ردّ حیل نامشروع معتقد است مهمترین دلیل بر بطلان آن این است که عمل به حيله موجب نقض غرض شارع و سبب هدم و نابودی

۱- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۱۹۳.

۲- صاحب ریحانة الادب گوید: کتاب «الحیل» او پیرامون محرمات و بیان طرق استخلاص از آنها است نه حيله هایی که در ابطال حق یا احقاق باطل بکار برند. ریحانة الادب ج ۲ ص ۱۳۷.

۳- به نقل از زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵، پاورقی ص ۲۶۱.

۴- به نقل از: سعدی ابوجیب، القاموس الفقهی ص ۱۰۶.

۵- ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۱۳۹، آلوسی، روح المعانی ج ۱ ص ۲۸۳.

۶- دُرَدیر، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ۳ ص ۶۸.

آنچه که او بنا کرده، می‌باشد.^(۱)

محمد بن ادریس شافعی نیز با حیل نامشروع سخت مخالف بود. ابن تیمیه در مورد شافعی گوید: «کسانی که به او جواز عمل به حيله را نسبت داده‌اند سخت در اشتباهند، زیرا از شافعی هیچ‌گاه معروف نیست که او به حيله عمل کرده و دلیلی هم وجود ندارد که او مرتکب آن شده باشد یا کسی را برانجام آن راهنمایی نموده باشد، بلکه او همواره با آن مخالفت کرده و مردم را از عمل به آن نهی می‌نمود. بله شافعی معتقد است که ملاک صحت عقود ظاهر حال و کلام متعاقدين است بدون این‌که لازم باشد از عاقد در مورد نیت و قصدش سؤال شود. چنان‌که اگر کسی کافر شود سپس در ظاهر اظهار توبه کند، از او می‌پذیرند بدون این‌که لزومی داشته باشد از باطن و نیت او سوال شود. پر واضح است که این بدان معنا نیست اگر کسی عقدی خلاف آنچه که مقصود اصلی شارع مقدس است منعقد کند، عقد او صحیح باشد.»^(۲)

به گفته ابن قیم فرق است بین اعتبار دادن به ظاهر عقد و بین تجویز عقدی که براساس مکر، خدعه و تقلب بوده و باطن آن برخلاف ظاهرش باشد. آنچه شافعی و سایر ائمه تجویز کرده‌اند همانند عمل قاضی در امر قضاوت است. یعنی قاضی طبق عدالت ظاهری شهود حکم می‌کند هر چند در واقع به دروغ شهادت داده باشند. حال آنکه عقیده مدافعین حيله به مثابه عمل قاضی‌ای است که علیرغم علم به دروغ بودن و برخلاف حقیقت بودن شهادت شهود، به استناد عدالت ظاهری و بر مبنای شهادت آنان حکم صادر کند.^(۳)

در مذهب حنبلی نیز حيله و توسل به آن شدیداً مورد رد و نقض قرار گرفته است. احمد بن حنبل هیچ‌یک از انواع حیل را جایز نمی‌داند و در این خصوص حکم

۱- شاطبی، الموافقات ج ۲ ص ۲۳۲.

۲- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۹۸ و ۹۹.

۳- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۹۳.

صریح داشته و گوید: «لایجوز شیء من الحیل». از احمد بن حنبل در مورد کسی که برای ابطال شفعه حيله کرده سؤال شد، گفت: «لایجوز شیء من الحیل فی ابطال حق مسلم»^(۱). ابو داود گوید: شنیدم احمد بن حنبل در مورد کسانی که از حيله استفاده می کنند، می گفت: «یحتالون لنقض سنن رسول الله (ص)»^(۲). میمونی گوید: به احمد بن حنبل گفتم کسی سوگند یاد کرده که کاری انجام بدهد ولی برای ابطال آن متوسل به حيله می شود. آیا این جایز است؟ گفت: «نحن لانرى الحيلة الا بما يجوز»^(۳).

از این جمله فهمیده می شود که احمد بن حنبل با این که قائل به بطلان حيله است ولی به طور مطلق آن را نفی نمی کند، زیرا می گوید حيله ای حرام است که ما آن را جایز ندانیم. این بدان معناست که اگر حيله مشروع باشد، اشکالی ندارد. لذا در جای دیگر گوید: «استفاده از راههای مشروع و پیروی از آن از حیل منهیّه نیست و اصولاً به آن حيله نمی گویند اگرچه در لغت آن را حيله نامند»^(۴).

ابن قدامه از فقهای مشهور حنبلی گوید:

«نظر ما در باب حیل این است که خداوند امتی را به علت حيله و توسل به آن عذاب کرد. آنان را به صورت میمون مسخ گردانید و تجاوزکارشان نامید. این امر را درس عبرتی برای متقین قرارداد تا از سرنوشت آنان درس عبرت گرفته و از ارتکاب چنین اعمال امتناع ورزند. هم چنین خداوند محرمات را به علت فسادى که در آنها وجود داشته و ضررى که از آنها ناشى می شود، حرام کرده است. این مفسده با تغییر صورت ظاهر عمل و ابقاء معنای آن زایل نمی شود. بنابراین، لازم است که تحریم هم به حال خود باقی بماند. همان طوری که اگر بر شراب اسم دیگر بگذارند موجب اباحه آن

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۱۸، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۸۷.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۹۱.

۳- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۱۹۱.

۴- همان ص ۱۹۰.

نمی‌شود. از رسول اکرم (ص) منقول است که: عده‌ای از امت من شراب را حلال می‌کنند از این طریق که اسم دیگری بر آن می‌نهند.^(۱) به نظر این قدامه تمام حیل که هدف آنها خدعه و تقلب و تحلیل حرام باشد، حرام است.^(۲)

ابن تیمیه نیز در الفتاوی الکبری بحث مبسوطی پیرامون حیل و اقسام آن می‌کند. وی دلائل زیادی بر تحریم حیل اقامه کرده و معتقد است حیل از امور مُحدثه و از بدعت‌هایی است که در اواخر عصر تابعین بعد از قرن اول هجری بر دین وارد شده است. از اصحاب رسول اکرم (ص) حتی یک نمونه از حیل که از آن استفاده کرده باشند، نقل نشده است، بلکه آنچه مشهور است این که آنها سخت با این مسئله مخالف بودند. حتی در عصر تابعین جواز عمل به حیل توسط فقهای معروف آن زمان مثل ایوب سختیانی، مالک بن انس، سُفیان عَیْنَه، عبدالله بن مبارک و دیگران مورد انکار قرار گرفته است.^(۳)

ابن تیمیه می‌افزاید: تا آنجا که من بررسی کرده‌ام کسی از علمای متقدم اهل کوفه و حتی فقهای سایر مذاهب از اهل مدینه و مکه و شام و بصره از صحابه و تابعین به جواز حیل فتوا نداده‌اند.^(۴)

وی سپس گوید: این که می‌گوئیم کسی به آن فتوا نداده، حیل نامشروع و حرام است نه حیل مشروع.^(۵)

همو در جای دیگر گوید: اگر کسی بخواهد با توسل به حیل به مقصود شرعی و امر مباح دیگری دست پیدا کند، جایز است. اصولاً این حیل نیست، زیرا حیل

۱- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۵۶.

۲- همان.

۳- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۸۲.

۴- همان ص ۱۴۷.

۵- همان ص ۸۰.

عبارت از این است که کسی بخواهد با توسل به امر غیر مشروع و یا مشروع چیزی را که مقصود شرع نیست حلال کرده و آن را انجام دهد که این حرام است.^(۱)

ابن قیم از دیگر علمای مشهور حنبلی و شاگرد ابن تیمیه در کتاب ارزشمند خود «اعلام الموقعین» در جلد ۳ و ۴ بیش از چهارصد صفحه پیرامون حيله بحث کرده است. او در ابطال حيله و رد آن دقت و موشکافی بسیاری به عمل آورده است.

به نظر ابن قیم اکثر حیل با اصولی که ائمه اربعه فقه قبول کرده اند، سازگار نیست. وی گوید: «فقد ظهر ان الحیل المحرمة فی الدین تقتضی رفع التحريم مع قیام موجه و مقتضیه و اسقاط الوجوب مع قیام سببه و ذالک حرام من وجوه: احدها: استلزامها فعل المحرّم و ترک الواجب، والثانی: ما يتضمّن من المکر والخداع و التّلیس، والثالث: الاغراء بها والدّالة علیها و تعلیمها من لا یحسنها، والرابع: اضافتها الى الشّارع و انّ اصول شرعه و دینه تقتضیها، والخامس: انّ صاحبها لا یتوب منها و لا یعدّها ذنباً، والسادس: أنّه یخداع المخلوق، والسابع: أنّه یسلّط اعداء الدّین علی القدح فیهِ و سوء الظّن به و بمن شرعه، والثامن: أنّه یعمل فکرة و اجتهاده فی نقض ما ابرمه الرّسول و ابطال ما اوجبه و تحلیل ما حرّمه، والتّاسع: أنّه اعانة ظاهرة علی الاثم والعدوان، والعاشر: انّ هذا ظلم فی حق الله و حق رسوله و حق دینه و حق نفسه و حق العبد المعین و حقوق عموم المؤمنین».^(۲)

بدیهی است که حیل محرمه در دین مقتضی ازین رفتن تحریم است در حالی که سبب حرمت باقی است و موجب اسقاط وجوب می شود در حالی که سبب وجوب هم چنان باقی است. بنابراین، حیل محرمه از جهات متعددی حرام است:

۱- ارتکاب حيله با انجام فعل حرام و ترک فعل واجب ملازم است دارد.

۲- حيله متضمن مکر و خدعه و مشتبّه ساختن امور بر مردم است.

۱- همان ص ۱۹۱ و ۱۹۲.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۱۱، ۲۴۲ و ۲۴۳.

- ۳- راهنمایی و دلالت مردم بر حيله و آموختن آن به کسانی که آن را نمی دانند، حرام است.
- ۴- انتساب حيله به شارع و ادعای این که حيله طبق اصول شرع می باشد، حرام است.
- ۵- کسی که مرتکب حيله می شود به تصور اینکه عمل او شرعی است، کار خود را گناه نمی پندارد و لذا از عمل خود توبه نخواهد کرد.
- ۶- کسی که متوسل به حيله می شود نسبت به مردم مرتکب حيله و خدعه و نیرنگ می شود.
- ۷- جایزدانستن حيله موجب انتقاد دشمنان اسلام و سوء ظن به دین و به شارع مقدس است.
- ۸- کسی که حيله می کند فکر و اجتهاد خود را در نقض آنچه رسول اکرم (ص) محکم کرده و ابطال واجبات و حلال ساختن محرمات به کار می برد.
- ۹- حيله اعانت و کمک آشکار به اثم و عدوان است.
- ۱۰- حيله ظلم و ستم در حق خداوند و رسول او و دینش و در حق شخص حيله گرو حق افراد به طور خصوص و حق جامعه به طور عموم می باشد.
- به نظر ابن تیمیه^(۱) و ابن قیم^(۲) هیچ یک از ائمه اربعه به جواز حيله فتوا نداده اند، بلکه متاخرین و پیروان ائمه حيله هایی را از پیش خود ساخته و آن را به ائمه نسبت داده اند.
- در حالی که آنان در این نسبت خطاکار و در اشتباه بوده و نسبت به اصول فکری آنها جاهلند.^(۳)
- ابن حزم^(۴) نیز در موارد متعددی از کتاب خود «المحلی» استفاده از هرگونه حیل نامشروع را جایز نمی داند. به نظر وی توسل به حیل در صورتی مشروع است که موجب

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۸۵.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۰۰ و ۲۹۳.

۳- ابن قیم در اثبات مدعای خود به نمونه هایی از اقوال ائمه اربعه اشاره می کند که بر تحریم و رد حيله دلالت دارد.

۴- وی از فقهای معروف ظاهری در اواسط قرن پنجم هجری و از اهالی قُرطبه است. وی به سال ۴۵۶ هجری

درگذشت. ریحانة الادب ج ۷ ص ۴۷۴ و ۴۷۵.

تحلیل حرام و تحریم حلال نشود.^(۱)

قاعده «سد ذرایع» را که در فقه مالکی و حنبلی مطرح شده به نظر ابن قیم^(۲) می‌توان تحت عنوان «حیل» مندرج دانست. «سد» یعنی جلوگیری کردن و «ذریعه» به معنای وسیله است و مقصود از آن جلوگیری از سوء استفاده کردن از احکام الهی است.^(۳) به این معنا که کارهای مباح و حلالی که وسیله انجام عملی حرام قرارگیرد حرام و ممنوع است. مانند فروش انگور به کسی که با آن شراب درست می‌کند یا اجاره دادن منزل به کسی که در آن عمل نامشروع انجام می‌دهد.

۱- ابن حزم، المحلی ج ۸ ص ۲۸۹ و ۵۱۳ و ج ۹ ص ۱۴ و ۱۵.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۵۹.

۳- ر.ک: محمد تقی حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن ص ۴۰۷ به بعد.

بخش دوم

معنای حيله

و

ملاك مشروعت آن

فصل اول

معنا و مفهوم حيله

حيله در لغت از ماده حَوَّلَ به معنای تغيير، تحول و دگرگونی است. عرب به سال حَوَّلَ گوید چون در آن تحول و دگرگونی است. حيله بر وزن فَعْلَةٍ مثل جِلْسَةٍ وَ رَكْبَةٍ دلالت بر نوع و حالت دارد و آن عبارت است از نوع مخصوصی از تصرف و عمل که به واسطه آن انجام دهنده آن از حالتی به حالت دیگر تحول پیدا می کند و این به مقتضای معنای لغوی حيله است.^(۱) در «مجمع البحرين» آمده است: حيله عبارت از چیزی است که به واسطه آن انسان به آنچه که مخفی و در نهان است، می رسد.^(۲) در «کتب لغت»^(۳) ذیل ماده «حَوَّلَ»، حيله به معنای مهارت، تردستی، زیرکی

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۱۰۶، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۵۲.

۲- طریحی، مجمع البحرين ج ۵ ص ۳۵۹.

۳- ابن منظور، لسان العرب ج ۱۱ ذیل ماده «حَوَّلَ»، فیومی، مصباح المنیر ج ۱ ص ۲۱۵، صفی پور، منتهی الارب

جَوَدَتِ نظر، مکر و نیرنگ معنا شده است. ابن منظور گوید: اینها معنای حقیقی حيله هستند ولی با قرائن مجازاً به معنای چاره و وسیله به کار می‌رود. مثل آیه شریفه: «لا یستطیعون حيلة ولا یهتدون»^(۱). حيله به معنای چاره‌جویی هم در ممدوح به کار می‌رود و هم در مذموم. یعنی چاره‌جویی ممکن است توأم با تقلب باشد و به قول راغب اصفهانی همراه با خبث و خبائث باشد^(۲) و گاه ممکن است صحیح، مباح و مشروع باشد.

استاد عبدالوهاب بحیری^(۳) گوید: حيله و حُوَیله چیزی است که انسان به واسطه آن به یک امر مخفی و پنهانی می‌رسد. اکثر موارد استعمال آن در امور ناپسند است و گاه در آنچه که در آن حکمت و مصلحت است، نیز به کار می‌رود. چنانچه در وصف خداوند متعال آمده است: و هو شدید المحال.^(۴)

در تفسیر «شدید المحال» مفسرین گویند: محال در اصل از حيله و به معنای چاره‌اندیشی پنهانی و غیر آشکار است. «شدید المحال» یعنی کسی که توانایی بر چاره‌اندیشی همراه با قدرت و شدت نسبت به دشمنان دین را داراست. پر واضح است کسی چنین توانی را دارد که از نظر علم و حکمت نیز قوی و توانمند بوده و از طرق خفیه بهتر می‌تواند امور را انجام دهد و او خداوند متعال است. از این رو مفسرین از «شدید المحال» تعبیر گوناگونی آورده‌اند، از جمله: شدید القدره، شدید القوه، شدید العذاب، شدید الکید للکفار.^(۵)

۱- نساء / ۹۸، ابن قیم گوید: منظور از حيله در این آیه عبارت است از حيله برای گریز از بین کفار و این حيله

نیکو و مورد ستایش بوده و بر آن ثواب مترتب است. ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۵۲

۲- راغب، مفردات الفاظ القرآن ص ۱۳۶.

۳- بحیری، کشف النقاب عن موقع الحیل من الحديث و الكتاب ص ۱ به نقل از ذهنی‌یک،

الحیل المحظور منها و المشروع ص ۱۰۷.

۴- رد آیه ۱۳.

۵- طبرسی، مجمع البیان ج ۵ ص ۲۸۲ و ص ۲۸۳، زمخشری الکشاف ج ۲ ص ۵۲۰.

ابن تیمیه گوید: «در عرف مردم حيله غالباً به معنای کشف طرق خفیّه‌ای است که برای رسیدن به هدفی از آن استفاده می‌شود، به گونه‌ای که جز با نوعی هوش و زیرکی و فراست برای انسان حاصل نمی‌شود. پس اگر مقصود انسان در استفاده از حيله امر نیکویی باشد حيله او نیز نیکوست، ولی اگر امر قبیحی باشد، حيله او نیز قبیح است.»^(۱)

البته آن گونه که ابن قیم نیز گفته گاه حيله در عرف و لغت در معنای اخص به کار می‌رود و آن عبارت است از مکر، خدعه، تقلب و خلاصه عملی که فاعل آن قصد خلاف ظاهر آن را دارد. فقها خروج از تنگنا و مضيقه را اگر به وجه شرعی و برای رسیدن به اهداف مشروع و جایز باشد، حيله نامیده و آن را راه حلی شرعی برای کسی که دچار یک مخمصه شرعی است، می‌دانند. چنین حيله‌ای جایز بوده و خارج از مکر و خدعه است.^(۲)

دکتر صبحی محمضانی^(۳) در تعریف حيله شرعی گوید: «حيله شرعی عبارت است از زیر و رو کردن قانونی که برای امر معینی وضع شده و به کاربردن آن در حالتی دیگر برای اثبات حق یا رفع ستم یا رفع نیازمندیهای قانونی و اجتماعی، به طوری که در مصالح شرعی اخلاقی به وجود نیاید.» مثلاً، حاجیانی که قادر به رفتن به میقاتهای پنجگانه نیستند در جده با نذر مُحرم شوند یا روزه‌دارانی که هنگام اختلاف در اول یا آخر ماه رمضان به سفر می‌روند.

نتیجه این که معمولاً حيله تداعی عملی مذموم و حرام می‌کند، اما گاه برای انجام عملی ممدوح و مشروع نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد. به گونه‌ای که هدف از ارتکاب آن جز خیر و مصلحت و رسیدن به مقصود شرعی و به تعبیر ملا محمد باقر بارفروش^(۴) نجات از مهلکه و رفع بعضی از مفاسد چیزی دیگر نیست.

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۱۰۶.

۲- ابن قیم اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۵۳.

۳- محمضانی، فلسفه التشریع فی الاسلام ص ۲۴۵.

۴- بارفروش، ملا محمد باقر، شعائر الاسلام ص ۴۱۷.

کتابخانه مخصوص
نقد و اصول

فصل دوم

حیل مشروع و نامشروع

گفتار اول - ملاک مشروعیت حيله

گفتیم که فقهاء حيله را به مشروع و نامشروع تقسیم کردند. این تقسیم‌بندی در نوشته‌های بسیاری از فقهاء اسلامی به چشم می‌خورد.

حال سؤال این است که ملاک و معیار تشخیص حيله مشروع از نامشروع چیست؟ با توجه به مطالبی که فقهاء مطرح کرده‌اند ملاک تفکیک و جدایی بین حيله مشروع و نامشروع را می‌توان این‌گونه ذکر کرد: اگر استفاده از حيله موجب نقض اوامر و نواهی شارع مقدس و سبب تحلیل حرام و تحریم حلال یا اسقاط حق و اثبات باطلی گردد و خلاصه با مقاصد شرعی منافات داشته باشد، نامشروع و باطل است، و الا مشروع و جایز بوده و حتی قابل ستایش است. روایت مشهور: «نعم/لئیس الفرار من الحرام الی الحلال»^(۱) نیز ناظر به همین معنا است. یعنی معصوم (ع) در صدد بیان حيله

۱- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۶ از ابواب صرف حدیث ۱.

مشروع بوده و دلالتی بر صحت مطلق حيله ندارد. مثلاً کسی بخواهد کودکی یتیم را سرپرستی کند در صورتی که بچه پسر باشد جهت حل مشکل محرمیت او با زن، خواهر یا مادر او می تواند بچه را شیر دهد و اگر بچه دختر باشد برای حل مشکل محرمیت او با مرد، خواهر یا مادر او بچه را شیر داده و به این ترتیب معضل برطرف گردد. نمونه دیگر: افراد می توانند برای فرار از خمس و زکات کاری کنند که سرمایه و درآمدشان به حد نصاب شرعی نرسد، ولی پس از حصول نصاب و گذشتن یک سال چاره ای جز پرداخت زکات و خمس نداشته و به نظر فقهاء^(۱) توسّل به حيله برای فرار از آن سودی ندارد.

یا کسی که قصد افزایش سرمایه خود را دارد می تواند چیزی بخرد و آن را به قیمت بیشتری بفروشد یا با آن مضارب کند. این سود مشروع و حلال است، ولی اگر سرمایه اش را با سود معینی قرض بدهد، حرام است هر چند اسم «بهره» را تغییر داده و نام بیع و هبه بر آن بگذارد، زیرا در این صورت ربا متحقّق است ولی در خرید و فروش، انسان از تحقق شرایط وجودی ربا اجتناب کرده است.

همان طور که استاد کل آقا باقر بهبهانی گفته است حيله در نفس حکم متصور نیست چون احکام ذاتاً از سلطه افراد خارج بوده و هیچ کس نمی تواند در حکم (یعنی حلال و حرام الهی) تصرفی کند، بلکه چیزی که برای انسان امکان دارد تصرف در موضوع

۱- از جمله: فقه الرضا چاپ در سلسله البنايع الفقهيه ج ۵ ص ۵، شيخ صدوق، چاپ در سلسله ... ج ۵ ص ۱۱، سيدمرتضى، جمل العلم والعلم چاپ در سلسله ... ج ۵ ص ۶۶، سيدمرتضى، الانتصار ص ۸۳، شيخ طوسی، الجمل والعقود چاپ در سلسله ... ج ۵ ص ۱۳۸، ابن براج، المذهب چاپ در سلسله ... ج ۵ ص ۱۶۵، ابن زهره، غنيه چاپ در سلسله ... ج ۵ ص ۲۳۶، عمادالدین طوسی، الوسيله چاپ در سلسله ... ج ۵ ص ۲۵۰ و ۲۵۳، صهرشتی، اصباح الشيعه چاپ در سلسله ... ج ۵ ص ۲۶۳ و ۲۶۶ و ... و نیز در فقه عامه: قفال، حلیه العلماء ج ۳ ص ۳۱، میدانی، الباب فی شرح الکتاب ج ۲ ص ۱۸، زیلعی، تبیین الحقائق ج ۵ ص ۱۹۳، ابن قدامه، المغنی ج ۲ ص ۲۸۵، شاطبی، الموافقات ج ۲ ص ۲۶۹ و ...

حکم است. به این معنا که انسان خود را از موضوعی شرعی خارج کرده و به موضوع شرعی دیگری وارد شود. وی می‌گوید: «فاعلم أنَّ الحيلة الشرعية أتمَّا هو متحقق بالتَّسبُّه إلى موضوعات الأحكام لأنفس الأحكام، لأنها على حسب ما حکم به الشارع فائى حيلة لنا فيها.»^(۱)

به عنوان نمونه افطارِ روزه و قصرِ نماز در صورتی که انسان در وطن خود باشد، حرام است، اما اگر انسان مسافرت کند و چهار فرسخ از شهر خود دور شود می‌تواند روزه را افطار کند و نماز را شکسته بخواند. این‌گونه حیل در حقیقت موجب نقض غرض شارع نیست، زیرا شارع مقدس هم برای حَضَر حکمی وضع کرده و هم برای سفر، و هیچ‌گونه منعی از سفر در ماه رمضان نکرده است. البته نظر مشهور فقهاء بر جواز مسافرت همراه با کراهت است.

مثالی دیگر: برای این که شفیع نتواند اخذ به شفعه کند شریک می‌تواند سهمش را به دیگری ببخشد، زیرا با هبه موضوع حکم (یعنی اخذ به شفعه) عوض می‌شود، اما با "بیع" برای شفیع حق شفعه ایجاد می‌شود و حيله نمی‌تواند آن را تغییر بدهد. نکته دیگر این که حکم چون قابل اسقاط نیست نمی‌توان برای اسقاط آن متوسل به حيله‌ای شد اما حق چون قابل اسقاط است در صورتی که حيله مشروع باشد می‌توان برای ساقط کردن حق از آن استفاده کرد.^(۲)

مثلاً اگر بایع ضمن معامله شرط اسقاط کافه خیارات نماید این شرط صحیح بوده^(۳) و منافاتی با مقتضای عقد بیع ندارد، زیرا خيار حق متعاقدين بوده و با تراضی طرفین

۱- آقا باقر بهبهانی، رساله فی القرض بشرط المعاملة المحاباتیة، باب ربا ص ۱۳۵ چاپ شده در مجموعه رسالات.

۲- به نظر بسیاری از فقهاء از جمله میرزای نائینی (منية الطالب ج ۱ ص ۴۲) و حاج شیخ محمد حسین اصفهانی غروی (حاشیه مکاسب ص ۴) حق برخلاف حکم قابل اسقاط است.

۳- ابن زهره در غنیه (چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۱۱) و صاحب مفتاح الکرامة (ج ۴ ص ۵۳۹) بر صحت این شرط ادعای اجماع کرده‌اند.

بر اسقاط آن، ساقط می‌شود،^(۱) اما اگر کسی بخواهد با توسل به حيله و با عمل صوری معامله‌ای که در واقع ربا است انجام بدهد، قطعاً حيله او نمی‌تواند حرمت ربا را عوض کرده و حلالش نماید.^(۲)

در نکاح دائم اگر زن شرط خیار فسخ نکاح برای خود نماید، باطل است چون این شرط با مقتضای و حکم عقد نکاح که همان دوام است منافات دارد.^(۳) به نظر مشهور فقهاء با بطلان شرط عقد نیز باطل می‌گردد.^(۴) جز ابن‌ادریس که معتقد است شرط باطل بوده ولی نکاح باطل نیست.^(۵) ماده ۱۰۶۹ ق.م نیز نظر ابن‌ادریس را پذیرفته است. در ماده مزبور آمده: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...».

اما اگر زن شرط کند که در شهر یا خانه خود زندگی کند و مرد او را به جای دیگر منتقل ننماید، شرط صحیح است.^(۶) هم چنین است اگر زن شرط کند که مرد با کسی دیگر از دواج نکند یا از طرف او در امر طلاق خود وکالت داشته باشد، در همه این موارد شرط صحیح است زیرا به واسطه این شروط مرد حق خود را به زن می‌بخشد.

۱- شیخ انصاری گوید: لان الخيار حق للمتعاقدین اقتضاه العقد لو خلی و نفسه فلاینافی سقوطه بالشروط. مکاسب ج ۲ ص ۲۲۵.

۲- حيله‌ای که یهود بکار بردند نیز از همین نوع بود. آنها خواستند با توسل به حيله حکم الهی را تغییر داده و حرمت صید ماهی در روز شنبه را بر خود حلال نمایند. لذا خداوند آنها را به مجازات سختی رساند. روح المعانی ج ۵ ص ۹۰.

۳- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۶۴۱، محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۳ ص ۱۸۴ و ج ۲۴ ص ۵۴۴، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۱ ص ۱۰۶، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۸، شیرازی، المذهب ج ۲ ص ۴۷، سرخسی، المبسوط ج ۵ ص ۹۴.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۱ ص ۱۰۶.

۵- ابن‌ادریس، السرایر چاپ در سلسله الینابیع الفقهية ج ۱۹ ص ۳۹۸.

۶- شیخ طوسی بر آن ادعای اجماع کرده است. النهایة چاپ در سلسله ... ج ۸ ص ۱۱۰ و روایات نیز بر آن دلالت دارد. شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۵ باب ۴۰ از ابواب مهور حدیث ۱ و ۳.

«امام خمینی» گوید: انصاف این است که تمام این شروط جایز بوده و مخالف کتاب و سنت نیست.^(۱) در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی آمده: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل این که شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوءظن یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنان بایکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه نهایی خود را مطلقه سازد».

در قضاوت‌های حضرت علی (ع) به نمونه‌هایی^(۲) برخورد می‌کنیم که در مواردی که نه بینه‌ای وجود داشت و نه شاهدی، حضرت برای کشف حق از طریق توسل به حيله مشروع احقاق حق می‌نمود بدون این که در آن از دروغ، تقلب و تدلیس استفاده شود. چنانچه آمده است روزی جوانی به خدمت حضرت علی (ع) آمد و عرض کرد یا علی به فریادم برس! پدرم پول هنگفتی داشت و همراه فلان قافله به مسافرت رفت ولی قافله برگشت و پدرم نیست. اهل قافله می‌گویند پدرت فوت کرده و ما دفنش کردیم و از پولهای پدرم اظهار بی‌اطلاعی می‌کنند ولی من نسبت به آنها مشکوکم. در این دعوا برای مدعی بینه‌ای وجود ندارد و علی القاعده دعوا با سوگند مدعی علیه تمام می‌شود، اما حضرت علی (ع) دستور داد همسرهای پدر او را احضار کنند و به آنها فرمود: شما خیال کردید که من از قضیه مطلع نیستم. اگر ندانم جاهلم (که این دروغ نیست). آنگاه به مأموران دستور داد که هر کدام از این افراد را به مسجد برده، چشمانشان را بسته و به ستون مسجد ببندند و کنار هر ستون هم یک مأمور گذاشت. آنگاه فرمود: مردم امروز حکمی خواهم کرد که بجز سلیمان بن داود کسی چنین حکمی نکرده است. هر وقت

۱- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۱۷۳.

۲- ر.ک: وسایل الشیعه ج ۱۸، کتاب القضاء باب ۲۰ و ۲۱.

تکبیر گفتم شما الله اکبر بگوئید. آنگاه فرمود: نفر اول را بیاورید و چشمانش را باز کنید. به او فرمود: آیا پدر این جوان را کشتند یا به مرگ طبیعی مرده است؟ گفت: به مرگ طبیعی از دنیا رفت. فرمود: کدام منزل؟ گفت فلان منزل. فرمود چه کسی او را غسل کرد و بر او نماز خواند و دفن کرد؟ گفت: فلانی و فلانی. حضرت به کاتبش دستور داد که اظهارات او را بنویس. حضرت بعد از اتمام بازجویی با صدای بلند تکبیر گفت و مردم همه تکبیر گفتند. آنهایی که به ستون بسته بودند به ترس افتادند. آنگاه دستور داد چشم او را بسته و به ستون خود ببندند. سپس فرمود دومی را بیاورید. وقتی که او را آوردند حضرت به او فرمود: آیا صدای تکبیر را شنیدی؟ گفت: بله یا امیرالمؤمنین. فرمود: رفیق تو آنچه که می باید بگوید اظهار داشت و تو نیز راستش را بگو. گفت: یا امیرالمؤمنین والله تنها من قاتل نیستم، ما باهم این کار را کردیم و سپس جزئیات مسئله را بیان کرد. حضرت با صدای بلند تکبیر گفت و مردم هم تکبیر گفتند و او را به جای خود بردند. آنگاه دستور داد نفر سوم را بیاورند. به او فرمود: رفیق تو گفت که چگونه او را کشتند و پولش را برداشتند تو هم حقیقت مسئله را بیان کن. او هم اعتراف به قتل کرد. بقیه متهمین نیز به این ترتیب اقرار به قتل کردند. آنگاه علی (ع) روبه جوان کرد و فرمود: اینها قاتلان پدر تو هستند و می توانی آنها را قصاص کنی و پولها هم در فلان نقطه است.^(۱)

به هر حال در جواز استفاده از حيله مشروع در حقوق و نیز در احکام با تغییر موضوعاتشان در صورتی که صوری و همراه با تقلب و تدلیس نباشد، بحثی نیست. آنچه که مورد بحث و تأمل است توسل به حيله نامشروع و تشخیص آن از حيله مشروع می باشد. لذا همه فقهاء^(۲) حيله مشروع را جایز دانسته اند.

حتی بسیاری از کسانی که مخالف با حيله می باشند، حيله مشروع را پذیرفته اند.

۱- همان مدرک، باب ۲۰ حدیث ۱.

۲- به نمونه هایی از اقوال فقهاء امامیه و عامه در این مورد در بحث تاریخچه حیل اشاره شد.

از جمله احمد بن حنبل گوید: «نحن لانرى الحيلة الا بما يجوز»^(۱)

به نظر احمد بن حنبل حيله‌ای که استفاده از آن جایز است باید تابع شرع و مقصود شارع باشد و به اعتقاد او عمل به حیل مشروع از حیل منهی نیست.^(۲)

به نظر ابن تیمیه، مخالف سرسخت حيله، حیلی باطل است که به واسطه آن انسان بخواهد مرتکب امر حرام و باطلی گردد. وی گوید: «حیلی که مورد بحث ماست و آن را جایز نمی‌دانیم حیلی است که انسان با توسل به آن بخواهد به امر حرام و خلافی دست یابد و یا از وسایلی استفاده شود که مباح نباشد. این گونه حیل است که اصحاب رسول اکرم (ص) بر جواز آن فتوا نداده و یا آن را به دیگران تعلیم نداده‌اند، بلکه همواره مورد نهی و انکار قرار می‌گرفت. اما طریق و راهی که انسان به واسطه آن به حلال برسد و یا برای رهایی از گناه و معصیت از طریق مشروع متوسل به حيله شود به گونه‌ای که قصدش از ارتکاب آن همان چیزی باشد که مقصود شارع است، در این صورت این چیزی است که گذشتگان و صحابه نیز فتوا به جواز آن داده‌اند. این درحقیقت عبارت است از دعوت به سوی خیر و راهنمایی و ارشاد مردم به سوی آن. چنان که رسول اکرم (ص) به بلال که خواست خرما را بد و نامرغوب را با خرما خوب و مرغوب مبادله کند، فرمود: «بع الجميع بالدرهم ثم ابع بالدرهم جنياً» یعنی: تمام خرما را به چند درهم بفروش، سپس به وسیله آن چند درهم خرما خوب بخر.^(۳)

ابن قیم در اعلام الموقعین یکصد و شانزده مورد از حيله مشروع را ذکر کرده که در هیچ یک از آنها حيله موجب تحلیل حرام و تحریم حلال و تضييع حق یا اسقاط واجبی نیست. او حيله را به چهار قسم تقسیم می‌کند. سه قسم اول را حرام و قسم چهارم را جایز و مباح می‌داند. وی گوید: سه قسم از حیل حرام است:

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۱۸.

۲- همان ص ۸۰ و ۸۱.

۳- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۸۰ و ۱۰۷ و ۱۰۸.

الف - هم حيله فی نفسه حرام است و هم مقصود از آن. (مثلاً انسان برای فرار از پرداخت دین دارایی اش را به طور صوری و ظاهری به دیگران منتقل کرده یا بفروشد).

ب - حيله فی نفسه مباح می باشد ولی مقصود از آن حرام باشد، که این قصد، مقدمات و وسایل را نیز حرام می کند. مثل مسافرت کردن برای راهزنی یا کشتن انسانی بی گناه.

ج - راه انتخاب شده مشروع است مثل اقرار، بیع، نکاح، هبه و امثال آن، ولی انسان حيله گر برای رسیدن به حرام از آن استفاده می کند.

د - مقصود از حيله گرفتن حق و یا دفع باطل باشد که این خود بر سه قسم است:

اول: وسیله و طریق این حيله فی نفسه امری حرام است هرچند که مقصود از حيله و به کارگیری آن مشروع و حق باشد. مثل این که طلبکاری دلیلی بر اثبات طلب خود ندارد و مدیون نیز منکر دین است. طلبکار از دوستان خود که اطلاعی از وجود طلب ندارند می خواهد که به نفع او شهادت بدهند. شهادت شهود به دلیل عدم علم بر وجود طلب کذب است هرچند شهادتشان به منظور احقاقِ حقِ طلبکار باشد.

و یا زن نفقه زمان گذشته را از مرد گرفته ولی به ناحق منکر آن می شود. زوج برای این که غرامت بیهوده متحمل نشود دو شاهد اقامه می کند تا به دروغ شهادت دهند که زن در این مدّت ناشزه بوده است.

به نظر ابن قیم این دو حيله به دلیل عدم مشروعیت وسیله گناه محسوب می شود، هرچند هدف و مقصود مشروع باشد. بدون شک این گونه حیل حرام بوده و استعمال آن جایز نیست.^(۱)

دوم: حیلی است که هم طریق و راه آن مشروع بوده و هم مقصود از آن مشروع است. مثل بیع، اجاره، مضاربه، مساقات، مزارعه و... حيله در این قسم برای جلب منافع و

دفع ضرر است و هیچ کس در این گونه حیل خدشه نکرده و آن را مذموم ندانسته است.^(۱) سوم: این که هدف از حيله دست یافتن به حق یا دفع ظلم و از طریق یک امر مباح باشد. در این مورد ممکن است وسیله در مجرای طبیعی خود به کار نرود، یعنی از یک وسیله که برای منظور دیگری وضع شده، به عنوان وسیله برای رسیدن به مقصود مورد نظر خود استفاده شود.

ابن قیم برای این مورد از حيله مثالهای متعددی ذکر می کند که در همه آنها حيله مشروع است. مثلاً: هرگاه شخصی خانه ای را به مدت دو سال با اجرتی معلوم از کسی اجاره کند ولی بترسد که موجر خیانت کرده و اجاره را فسخ کند. مثلاً بگوید: وی ولایت و اختیاری در اجاره دادن نداشته، یا عین مستأجره ملک فرزند یا همسر اوست. مستأجر برای رهایی از این مشکل می تواند متوسل به حيله ای بشود و آن این که از ابتدا بر موجر شرط کند هرگاه عین مستأجره مال دیگری درآمد عقد اجاره باطل شده و موجر آنچه را که از مستأجر گرفته به او برگرداند، یا مستأجر از موجر اقرار بگیرد هر ادعایی که سبب فسخ اجاره بشود، باطل است.

هم چنین است اگر موجر احتمال بدهد که مستأجر پس از خاتمه مدت اجاره از استرداد عین مستأجره استنکاف نماید، می تواند بر او شرط کند که در قبال هر روز استفاده از عین مستأجره پس از خاتمه مدت، مبلغ گزافی که چند برابر اجاره بهای واقعی است، پرداخت نماید. بر اثر این حيله مستأجر ناگزیر است عین مستأجره را به موقع تحویل موجر بدهد، زیرا در غیر این صورت باید اجاره بهای گزافی بپردازد.

۱- این مطلب درست نقطه مقابل شعار «ماکیاولیسم» است که می گویند: هر وسیله ای که ما را به هدف نزدیک سازد جایز و مشروع است. به عبارت دیگر: هدف وسیله را توجیه می کند، به این معنا که وقتی هدف مشروع باشد وسیله ای که ما را به آن نائل می کند نیز مشروعیت پیدا می کند اگرچه این وسایل حرام و غیر صحیح باشند. شیخ طوسی گوید: اگر برای رسیدن به امر مشروع از وسیله نامشروع استفاده شود، جایز نیست.

یا ماجر به مستأجر بگوید: بعد از انقضاء مدت تا هر موقعی که عین مال را ندادی و نزد خود نگهداشتی اجاره آن در مقابل هر روز فلان مقدار است.^(۱)

مثال دیگر: تعلیق وکالت بر شرط صحیح نیست، اما اگر کسی بخواهد وکالت را معلق بر شرط کند می تواند متوسل به حيله ای شود و آن این که عقد وکالت را منجز واقع کند ولی تصرف وکیل را معلق بر شرط نماید.^(۲)

مثال دیگر: هرگاه وَدَعی و دیعه را به مودع رد کرده باشد ولی برای رد شاهد نگرفته و بترسد که ممکن است مودع قولش را قبول نکند و منکر ردّ و دیعه شود، می تواند متوسل به حيله ای شود و آن این که ادّعا کند و دیعه بدون تفریط تلف شده است. البته اگر او را قسم دادند، سوگند یاد کرده ولی توریه نماید.^(۳)

به نظر ابن قیم استعمال این گونه حیل کاملاً مشروع بوده و منافاتی با مقاصد شارع مقدّس ندارد، زیرا هم هدف و هم وسیله آن صحیح و موافق با شرع است.

به نظر او حیلی حرام است که متضمّن فساد و سبب ارتکاب محرّمات باشد، اما اگر حيله ای موجب رفع مفسده و خروج از حرام باشد، قطعاً شارع آن را حرام ندانسته و استعمال آن جایز می باشد.^(۴) وی می گوید: «الحیل ... الذی یتضمن تحلیل ما حرّم الله و سقاط ما فرضه، و مضادّه فی امره و نهیه، و هی من الرأی الباطل الذی اتفق السلف علی ذمه.»^(۵) وی سپس گوید: همان گونه که رأی بر دو قسم است: رأی موافق با نصوص که مورد قبول همه فقهاء است و رأی مخالف با آن که مورد ذم و انکار همه است، حيله نیز بر دو قسم است: حيله ای که توسل به آن موجب انجام واجبات الهی، ترک منهیّات او،

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۴۹ و ۳۵۳.

۲- همان ص ۳۹۳ و ۳۹۴.

۳- همان ج ۴ ص ۸.

۴- همان ص ۱۱۱.

۵- ابن قیم، اغاثة اللفهان من مصاید الشیطان ج ۱ ص ۳۳۸.

تخلّص از حرام، ستاندن حق از دست ظالم و نجات مظلوم از دست ظالم باشد، این نیکو و پسندیده است و فاعل و معلّم آن اجر و ثواب دارد. نوع دیگر متضمن اسقاط واجبات و تحلیل محرّمات و تبدیل حق به باطل و باطل به حق است که حرام بوده و همه فقهای سلف آن را مذمّت کردند.^(۱)

حتّی فقهای حنفی که به نظر بعضی، طرفدار مطلق حیلۀ اعم از مشروع و نامشروع هستند بر این باورند که استفاده از حیل در صورتی مجاز است که با مقاصد و اهداف شارع منافات نداشته باشد به گونه‌ای که انسان با توسل به آن از حرام رهایی پیدا کند و به انجام امور مشروع و حلال دست زند.^(۲)

استاد شیخ محمد عبدالوهاب بحیری در رساله «کشف النقاب عن موقع الحیل من الحدیث و الکتاب»^(۳) ص ۲ گوید: «حیلۀ مشروع حیلۀ ای است که سبب تحقق مقاصد و اهداف شارع نسبت به آنچه که امر یا نهی فرموده، بوده و موجب احیاء حقوق و یاری مظلوم و انتقام از ظالم باشد. این حیلۀ یا حلال است یا مستحب و یا واجب، ولی حیلۀ غیر مشروع عبارت است از حیلۀ ای که موجب تعطیل شدن مقاصد شارع و سبب اسقاط واجبات و تحلیل محرّمات و منقلب شدن حق به باطل و باطل به حق است.^(۴) به هر حال با توجه به این توضیحات می‌توان گفت که ملاک و معیار حیلۀ مشروع از نامشروع این است که توسل به آن سبب اسقاط حق و اثبات باطل و نیز موجب وارونه شدن حرام و حلال الهی نگردد. حیلۀ شرعی با حیلۀ نامشروع تفاوت اساسی

۱- همان ج ۱ ص ۳۳۹.

۲- زیلعی، تبیین الحقائق ج ۵ ص ۱۹۳ و ۲۶۱، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۱ ص ۶۱، ابوجیب، القاموس الفقہیہ ص ۱۰۶.

۳- قسمتهای مختصری از این رساله که بحیری آن را برای دریافت درجه استادی دولتی در رشته حدیث و تفسیر از دانشگاه الازهر نوشته در کتاب «الحیل المحظور منها و المشروع» آمده است.

۴- به نقل از ذهنی بک، الحیل المحظور منها و المشروع ص ۱۰۸.

دارد. حيله نامشروع چنانچه شاطبی^(۱) گفته عبارت است از تصرف در قانون ثابت شرعی به منظور برگرداندن آن به قانونی دیگر با عملی که ظاهراً صحیح ولی باطناً نادرست است.

به تعبیر دکتر عبدالسلام ذهنی بک: حیل مشروع حیلی هستند که قانون آن را مباح دانسته و انسان با توسّل به آن از قانون و التزام به آن خارج نمی شود، بلکه قصدش این است که به کمک آن مشکلی را در حدود قانون حل کند.^(۲)

مهمترین عناصر سازنده حيله نامشروع عبارتند از تدلیس، خدعه، تقلّب، سوء استفاده از حق و قصد اضرار به دیگران. به این معنا که انسان با سوء استفاده از حقی که قانون به او داده به طرف مقابل ضرر وارد کند و او را فریب دهد.

«معامله به قصد فرار از دین» نمونه بارز آن است، زیرا هر چند انسان حق دارد اموال خود را به دیگران بفروشد یا هبه کند ولی در این مورد قصد مدیون سوء استفاده از حق و اضرار به طلبکاران است. در اصل چهلم قانون اساسی آمده: «هیچ کس نمی تواند اِعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

توسّل به عقد صوری نیز نمونه دیگری از حيله نامشروع است، کاری که انسان به ظاهر با انجام آن از حرام فرار کند. مانند توسّل به بیع یا هبه یا قرض صوری برای فرار از ربا.

گفتار دوم - فرق حيله مشروع با تدلیس

تدلیس از باب تفعیل و از ماده «دَلَس» و «دَلَس» به معنای ظلمت است. در مجمع البحرین آمده: التّدلیس کتمان عیب السلعة عن المشتري. يقال: دَلَسَ البائع تدلیساً، یعنی: کَتَمَ عیب السلعة، و «دُلْسَة»: الخدیعة.^(۳)

۱- ابواسحاق شاطبی، الموافقات ج ۲ ص ۲۶۵ و ۲۶۶ و ۲۷۰.

۲- به نقل از ذهنی بک، الحیل المحظور منها والمشروع ص ۱۰۸.

۳- طریحی، مجمع البحرین ج ۴ ص ۷۱.

در اقرب الموارد آمده: دَلْسُ بر وزن فَلْس به معنای خدیعه است، و گاه گفته می‌شود: «مَالِي فِيهِ وَلَسٌ وَلَا دَلْسٌ» یعنی: «مالی فيه خیانة ولا خديعة» و «دَلْس» به معنای ظلمت است.^(۱) محدث بحرانی گوید: با توجه به معنای لغوی فوق تدلیس عبارت است از ظلمت و مخادعه، زیرا شخص تدلیس کننده وقتی کالای ناقص یا معیّب را به شخص مخدوع و تدلیس شده می‌فروشد، عیب و نقصان آن را بر او کتمان می‌کند و به این ترتیب او را در ظلمت قرار داده و فریبش می‌دهد.^(۲)

به تعبیر شهید ثانی تدلیس عبارت است از «اظهار ما یوجب الکمال او اخفاء ما یوجب النقص»^(۳).

دکتر وهبة الزحیلی گوید: تدلیس یا تغیر عبارت است از فریب دادن کسی در معامله تا بپندارد معامله به صلاح اوست ولی در واقع خلاف آن باشد.^(۴) در ماده ۴۳۸ قانون مدنی آمده: «تدلیس عبارت از عملیاتی است که موجب فریب طرف معامله شود.» بنابراین تدلیس که نوعی خدعه و مکر در معامله برای فریب طرف مقابل است غیر از حیله مشروع بوده و به اتفاق همه فقهاء مشروعیت ندارد. از این رو در هر موردی که حیله متضمن تدلیس و خدعه باشد، جایز نبوده و فقهاء فتوا به حرمت آن و ثبوت خیار برای فرد تدلیس شده داده‌اند.

مثلاً در بیع مرابحه اگر بایع مالش را به فرزند یا زن خود به قیمت بیشتر بفروشد و سپس از او به همان قیمت بخرد تا به این وسیله بخواهد آن را با همان قیمت ساختگی به دیگری اِخبار بدهد، این معامله چون متضمن نوعی تدلیس است حرام بوده و برای مشتری حق خیار ثابت است. علامه حلی گوید: اصولاً هر چیزی که در آن تدلیس

۱- شرتونی، اقرب الموارد ج ۱ ص ۳۴۴.

۲- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۴ ص ۳۹۳.

۳- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۴۲۴.

۴- زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته ج ۴ ص ۲۲۰.

بکار برود، حرام است.^(۱) به گفته ابن تیمیه اگر حيله همراه با تدلیس و خدعه باشد، هیچ یک از فقهاء حتی قائلین به حیل و نیز صحابه فتوا به جواز آن نداده‌اند.^(۲)

گفتار سوم - فرق حيله مشروع با تقلب

فقهاء برای تقلب تعریف مشخصی ارائه نکرده‌اند، اما با توجه به ماده ۲۱۸ قانون مدنی که در مورد بطلان معامله مدیون به قصد فرار از دین است^(۳)، می‌توان در مورد تقلب چنین گفت: عملی است حقوقی که مقصود فاعل آن لطمه زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون است.^(۴)

به عبارت دیگر: تقلب عبارت است از توسل به عمل صوری که ظاهراً جنبه قانونی و شرعی دارد ولی به قصد انجام کار حرام و نامشروع است.

ابن قدامه گوید: «حيله حرام و غیر مشروع عبارت از این است که کسی به ظاهر عقد مباحی را انجام بدهد ولی در واقع اراده حرام داشته باشد. هدفش این است که با توسل به حيله تقلب کرده و عملی که خداوند حرامش کرده و ارتکابش را ممنوع دانسته مباح و حلال کند.^(۵) ابن قیم نیز معتقد است گاه در عرف و لغت حيله به معنای تقلب و انجام عمل صوری است.^(۶)

مثلاً اگر بدهکار احتمال بدهد که طلبکاران اموالش را توقیف می‌کنند، متوسل به حيله شده و دارایی خود را به طور صحیح بفروشد، یا به زن و فرزندانش هبه کند تا برای

۱- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۴ ص ۵۴۰.

۲- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۸۱.

۳- در ماده ۲۱۸ ق.م.آمه: هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین بطور صوری انجام شده، آن معامله باطل است.

۴- لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۱۷۵ و ۱۷۶.

۵- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۶۲.

۶- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۵۳.

طلبکاران امکان توقیف آن نباشد. در اینجا هرچند بیع و هبه‌ای که توسط بدهکار انجام می‌شود ظاهراً قانونی و صحیح است ولی قصد و نیت او نامشروع بوده و به قصد فرار از دین است، یا بیع و هبه‌ای که برای فرار از ربا صورت می‌گیرد، هرچند در ظاهر عنوان بیع و هبه بر آن صادق است ولی در واقع آنچه مقصود طرفین است، انجام معامله ربوی است.

به‌طور کلی تقلب غالباً همراه با سوء نیت و قصد نامشروع است. «زُسران» در این مورد گوید: «کلمه تقلب متضمن معرفت به بدی عمل ارتكابی است و نمی‌توان تقلبی را تصور نمود که فاعل آن از بدی عمل خود بی‌خبر باشد. بنابراین تقلب با سوء نیت ملازمه دارد.»^(۱)

از ویژگیها و مشخصات دیگر تقلب این است که غالباً همراه با قصد اضرار به ذی حق است. مثلاً قصد مدیون از هبه یا صلح محاباتی یا بیع صوری اموال به زن و فرزندان خود اضرار به طلبکاران است و این به دلیل قاعده لا ضرر مشروع نیست. در ماده ۵۰۰ ق.ت. آمده: «معاملاتی که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم بطلان یا فسخ قرارداد مزبور نموده باطل نمی‌شود مگر در صورتی که معلوم شود به قصد اضرار بوده و به ضرر طلبکاران هم باشد.»

اما وسیله‌ای که غالباً در جهت تحقق تقلب مورد استفاده قرار می‌گیرد توسل به عقد صوری است. اصولاً به نظر فقهاء هر معامله‌ای که مبتنی بر عقد صوری و ظاهری باشد اعتباری ندارد، زیرا از شروط صحت عقد، قصد است و این گونه عقود فاقد آن هستند. مثلاً «بیع تلجئه» که معامله‌ای صوری و برای دفع شر ظالم است، باطل بوده و منشأ اثر نیست، زیرا طرفین قصد بیع واقعی را نداشته و عقدشان جنبه صوری دارد.^(۲) در ماده ۴۲۶ ق.ت. آمده: «اگر در محکمه ثابت شود که معامله به‌طور صوری یا مسبوق به

۱- دکتر کاشانی، تقلب نسبت به قانون ص ۷۵ به نقل از زُسران، انگیزه در اعمال حقوقی ص ۲۱۶.

۲- علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱ - کتاب بیع ص ۵۸۶، شهید اول، الدروس چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۳۵

ص ۴۰۶، حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۱۴۵.

تبانى بوده است آن معامله خودبه خود باطل و عين و منافع مالى كه موضوع معامله بوده مسترد و طرف معامله اگر طلبكار شود جزو غرماء حصّه خواهد بود.» و در ماده ۴۹۰ ق.ت. آمده: «پس از تصديق شدن قرارداد ارفاقى، دعوى بطلان نسبت به آن قبول نمى شود مگر اين كه پس از تصديق مكشوف شود كه در ميزان دارايى يا مقدار قروض حيله به كار رفته و قدر حقيقى قلمداد نشده است.» و در ماده ۵۴۹ ق.ت. آمده: «هر تاجر ورشكسته كه دفاتر خود را مفقود نموده يا قسمتى از دارايى خود را مخفى کرده و يا به طريق مواضعه و معاملات صورى از ميان برده، هم چنين هر تاجر ورشكسته كه خود را به وسيله اسناد به وسيله صورت دارايى و قروض به طور تقلّب به ميزانى كه در حقيقت مديون نمى باشد، مديون قلمداد نموده است ورشكسته به تقلّب اعلام و مطابق قانون جزا مجازات مى شود.»

اگر كسى قصدش از توسّل به عقد صورى و ظاهرى انجام عملى حرام و براى رسيدن به اهدافى نامشروع باشد، قطعاً معامله او جايز نبوده و باطل است. به دو دليل: يكي اين كه معامله صورى بوده و فاقد قصد است. دوم اين كه جهت معامله مشروعيت ندارد. مانند «بيع عينه» كه مبتنى بر معامله اى صورى و «شرط باز خريد» توسط بايع مى باشد، طلبكار كالائى را به ثمن مؤجل به بدهكار بفروشد، سپس آن را به مبلغى كمتر از ثمن اول و به نقد از او بخرد و يا بالعكس بدهكار متاعى را بطور نسيه از طلبكار بخرد، سپس آن را به كمتر از قيمت اول و به نقد به او بفروشد. هدف اصلى متعاقدين در اين فعل و انفعالات اين است كه مقررّ به اين وسيله به مقدار سود مورد نظر خود دست يابد.^(۱)

مورد ديگر حيله اى است كه براى فرار از ربا مطرح مى شود و آن اين كه همراه معامله ربوى مقرّض مازاد را به مقرّض ببخشد، يا به همدى گير قرض داده سپس يكديگر را ابراء كنند.

۱- در فقه اماميه بر بطلان بيع عينه به شرط بازخريد ادّعاى اجماع شده است. حسيني عاملى، مفتاح الكرامه ج ۴

در همه این موارد بیع، هبه، قرض و ابراء مقصود واقعی طرفین نیست، بلکه مقصود اصلی این است که مقرض به سود مورد نظر خود که قبلاً بر آن توافق شده دست یابد. از این رو بعضی از فقهای امامیه^(۱) به این نکته کاملاً توجه داشته و این حيله را به دليل صوری و ظاهری بودن آن و نیز عدم قصد هبه یا قرض صحیح باطل دانستند. در ماده ۴۹۲ ق.ت. آمده: «در موارد ذیل قرارداد ارفاقی باطل است: ۱- در مورد محکومیت تاجر به ورشکستگی به تقلب ...»

با توجه به آنچه گذشت می توان گفت بین حيله مشروع و تقلب تفاوت است، زیرا مشخصه اصلی تقلب سوء نیت، قصد اضرار به دیگران و سوء استفاده از حق همراه با انجام کارهای صوری است ولی حيله مشروع چنین نیست.

قاعده «سدّ ذرایع» که به معنای جلوگیری از تقلب و سوء استفاده از احکام الهی است غیر از حيله مشروع است. چون حیل شرعیه تبدیل موضوع با توسّل به حلال و برای رسیدن به حلال است. بنابراین می توان گفت که حیل شرعیه از سدّ ذرایع خروج موضوعی (تخصیصی) دارد. در فقه امامیه تقلب و سوء استفاده از احکام الهی تحت عناوین دیگر از جمله «حرمت تعاون بر اثم و عدوان» و در باب «مکاسب محرّمه» مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

تا به اینجا آنچه در مورد تقلب گفته شد، تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی بود، اما نوع دیگری از تقلب در زندگی بین المللی آن است که فرد با توسّل به وسایلی که قانوناً در اختیار دارد برای رسیدن به یک هدف تقلبی استفاده کند. به عبارت دیگر، تقلب نسبت به قانون وقتی مصداق پیدا می کند که فرد به وسایل متقلّبانه از حکومت قانون متبوع خود اجتناب نماید و در نتیجه بتواند از قانون خارجی استفاده کند. در تقلب

۱- از جمله: محقق اردبیلی (مجمع الفائدة والبرهان ج ۸ ص ۴۸۸)، محقق قمی (غنائم الاثام، فصل نکاح صغیره

ص ۶۰۰ تا ۶۰۲)، آیه الله بجنوردی (القواعد الفقهیه ج ۷ ص ۲۳۹) و ...

نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی ممکن است ضرری به اشخاص وارد نیاید و همین که منظور شخص ذی نفع فرار از اجرای قانون متبوع خود باشد، کافی به نظر می رسد^(۱). بارزترین مثال همان تغییر متقلبانانه تابعیت است که مصادیق زیادی داشته است. قبل از سال ۱۸۸۴ میلادی که در فرانسه طلاق منع قانونی داشت پاره‌ای از اتباع فرانسه که در مقام رهایی از قید زناشویی و طلاق بودند از حق تغییر تابعیت که قانون به آنها داده بود استفاده می کردند و به تابعیت دولتی درمی آمدند که طلاق را قانوناً جایز می دانست. امروزه ممکن است عکس این قضیه اتفاق افتد چه در فرانسه طلاق قانوناً جایز است و حال آن که در بعضی از کشورها از جمله اسپانیا، طلاق قانوناً ممنوع است. از این رو زن و شوهر اسپانیایی که مایل به طلاق باشند ممکن است برای رسیدن به هدف یعنی استفاده از حق طلاق به تابعیت فرانسه درآیند و در فرانسه به اجرای طلاق مبادرت نمایند.^(۲)

در ارتباط با قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون بعضی از حقوقدانان معتقدند چون لازمه اعمال این قاعده آن است که حاکم قضیه در هر مورد وارد جزئیات شده و قصد افراد را احراز نماید، بنابراین صحت یا بطلان نتیجه حاصله از عمل افراد دقیقاً معلوم نیست و بسته به ذوق قاضی خواهد بود. از این رو قاعده مزبور لازم نبوده و نباید برای آن اهمیت و آثاری قایل شد. مثلاً هرگاه زن و شوهر اسپانیایی که برای طلاق به تابعیت فرانسه درآمده‌اند و در دادگاه فرانسه بخواهند از این وضعیت جدید خود استفاده کنند، قاضی اسپانیا حق ندارد دقیق شده، علت و قصد آنها را از تحصیل تابعیت فرانسه مورد جستجو قرار دهد. چرا که زن و شوهر مزبور فعلاً تبعه فرانسه هستند و قانونی که باید بر طلاق آنها حکومت کند قانون فرانسه است نه قانون اسپانیا. بنابراین

۱- دکتر الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۴۳.

۲- همان ص ۱۳۸.

دادگاه اسپانیا باید طلاق مزبور را معتبر بشناسد و آثار آن را بپذیرد ... اما به نظر عده‌ای دیگر قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون قاعده‌ای است لازم و باید در تمام قضایا اهمیت خود را حفظ کند و مؤثر باشد. در هر موردی که شخصی از حق قانونی خود برای یک مقصود و هدف تقلبی استفاده کند و در نتیجه تقلب متوسل به قانون خارجی گردد، باید به استناد حيله و تقلب از اجرای قانون خارجی خودداری نمود و نتیجه حاصله از عمل او را باطل دانست.^(۱)

البته قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در صورتی قابلیت اجرایی دارد که وسیله دیگری برای جلوگیری از تقلب موجود نباشد. مثلاً براساس ماده ۱۰۵۹ ق.م. ازدواج زن مسلمان ایرانی با غیرمسلمان جایز نیست. حال اگر او به کشوری دیگر (مثلاً انگلستان) رفته و با مرد غیرمسلمان نکاح نماید، در این مورد اگرچه قصد تقلب نسبت به قانون ایران وجود داشته ولی به استناد ماده ۶ ق.م. چنین نکاحی باطل است. از این رو توسل به قاعده مزبور لزومی نخواهد داشت، اما اگر زن مسلمان ایرانی برای ازدواج با غیرمسلمان ترک تابعیت ایران و تحصیل تابعیت انگلیس را بنماید و بعداً به ایران برگردد، قاعده مزبور درباره او قابل اجراء بوده و دادگاه ایران می‌تواند حکم به بطلان نکاح او دهد.

گفتار چهارم - تَوریه

در پایان مباحث این فصل ذکر نکته‌ای ضروری است و آن موضوع توریه است که فقهاء در بحث حیل به آن اشاره کرده‌اند. آیا توریه از حیل مشروع است یا نامشروع؟ برای پاسخ به این سؤال باید دو مسئله در اینجا مطرح شود: ۱- توریه چیست؟ ۲- در چه مواردی جایز است؟

توريه در لغت به معنای ستر، اخفاء، پوشاندن و پنهان کردن سخن باشد^(۱) و در اصطلاح «پوشاندن حقيقت و ظاهر کردن غير آن است»^(۲) به تعبير استاد ذوالمجددين: «مراد به آن در اين مورد گفتن کلامی است که برای آن ظاهری است غير مراد و مرادی است غير ظاهر»^(۳)

توريه ای مباح و مشروع است که کلام دارای دو معنا بوده و هر دو صحيح باشد. یک معنا مشهورتر است و ذهن انسان منصرف به آن می شود و معنای ديگر غير مشهور بوده و ذهن منصرف به آن نمی باشد. گوینده منظورش معنای دوم است ولی شنونده معنای اول را می فهمد. چنانچه در داستان يوسف برای اين که حضرت يوسف (ع) برادرش بنيامين را نزد خود نگه دارد دستور داد مأموران برادرانش را به اتهام سرقت بازرسی کنند. منظور او از «انکم لسارقون» اين بود که آنها قبلاً وی را از نزد پدر دزدیده و به چاه انداختند ولی برادران يوسف فکر کردند که منظور سرقت پيمانه ملک است. شيخ انصاری گوید: توريه عبارت است از اين که کسی سخنی بگوید و از آن معنایی را اراده کند که مطابق با واقع است ولی قصد گوینده اين است که مخاطب خلاف معنای مورد نظر وی را بفهمد.^(۴)

به گفته محدث بحرانی: «مراد از توريه آن است که شخص مُورّی از مدلول و معنای لفظ چیزی را قصد کند غير از آنچه که ظاهر لفظ است. مثلاً وقتی می گوید: «ما استدنت منک» از آن نفی استدانه و قرض در زمان یا مکان خاصی غير از زمان و مکانی که واقعاً عمل اقتراض در آن واقع شده، قصد کند، یا اين که به هنگام قسم یاد کردن، نوعی از مال

۱- سعيد خوری شرتونی، اقرب الموارد ج ۲ ص ۱۴۴۷.

۲- دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۲۷۵.

۳- ذوالمجددين، شرح تبصرة علامه حلی ج ۱ ص ۳۹۲.

۴- شيخ انصاری، المکاسب ج ۱ ص ۱۴۲.

را که قرض نگرفته، نیت کند»^(۱)

به نظر فقهاء توریه در سوگند آن هم در حالت اضطرار می آید، به گونه ای که همراه با دروغ نباشد. مثلاً کسی که دینش را پرداخته یا توسط طلبکار بریء الذمه شده، بترسد این که ممکن است طلبکار علیه او شکایت کرده و ادعای طلب دین کند، او نیز شاهد و یثنه ای بر اثبات مدّعی خویش نداشته باشد، در این صورت برای رهایی از این مخصصه می تواند قرض گرفتن را انکار کرده و بر آن سوگند یاد کند به نحوی که مرتکب دروغ نشود.^(۲) یا کسی را مجبور کنند که قسم بخورد عمل مشروعی انجام ندهد، در این صورت آن شخص می تواند بر آن سوگند یاد کند ولی نیتش این باشد که عمل حلال را در خراسان یا شام یا در آسمان یا زیر زمین انجام ندهد.^(۳)

در بحث ودیعه آمده اگر ظالمی بخواهد ودیعه را از ودّعی بگیرد، ودّعی می تواند برای دفع شرّ او قسم یاد کند که مودّع چیزی نزدش ندارد، ولی منظورش این باشد که جلوی چشم وی چیزی ندارد و این قسم برای دفع ظلم جایز است.

شهید اول در لمعه گوید: بر ودّعی لازم است در صورتی که ظالم به قسم خوردن وی اکتفاء نماید، سوگند خورده و به وسیله توریه و دیعه را حفظ کند^(۴) و اگر قسم یاد نکند و مال را تسلیم ضامن نماید، ضامن است.^(۵)

به نظر شهید ثانی لازم است ودّعی به نحوی توریه کند که مرتکب دروغ نشود. مثلاً سوگند یاد کند که فلانی مالی نزد او به ودیعه نگذاشته، ولی منظورش نفی مطلق آن نباشد، بلکه آن را به وقت خاص یا مکان مشخص و امثال آن اختصاص بدهد.

۱- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۵ ص ۳۸۸.

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۳ ص ۵۹۶.

۳- همان ص ۵۹۷، شیخ انصاری، المکاسب ج ۱ ص ۱۴۲.

۴- شهید اول، اللمعة الدمشقية ص ۱۴۷.

۵- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله الینایع الفقهية ج ۱۷ ص ۱۳۳.

وی سپس گوید: توره در صورتی بر ودعی واجب است که نسبت به آن عالم و آگاه باشد و الاّ از عهده اش ساقط است، زیرا توره دروغی است که به جهت ضرورت و نیاز تجویز شده و از حرمت کذب استثناء شده است. چرا که هم کذب قبیح است و هم تضییع مال مردم و هم امانت را به دست ظالم سپردن، ولی در تعارض بین دو قبیح باید اخف القبیحین را ترجیح داد و کذب را چون قبّحش کمتر است مرتکب شد و به این وسیله امانت را حفظ نمود.^(۱)

«محدث بحرانی» گوید: «در روایات توره جایز شمرده شده ولی آنچه از روایات ظاهر است این که توره در صورتی صحیح است که مورّی مظلوم باشد و بخواهد با سوگند از دست ظالم نجات یابد، چون شرعاً توره در سوگند برای دفع ظلم جایز است،^(۲) ولی اگر مورّی ظالم باشد و بخواهد با سوگند ادّعی خود را به ظلم و به ناحق اثبات کند، توره جایز نیست.»^(۳)

پس توره فقط به هنگام ضرورت و برای دفع ضرر غیر مستحق و ظلم است. البته اگر دفع ضرر و ظلم بدون ارتکاب توره ممکن باشد همان متعیّن بوده و توره جایز نیست، زیرا «الضرورات تتقدّر بقدرها».

با توجه به این توضیحات می توان گفت: اگر از توره در حالت اضطرار و برای دفع ظلم و ضرر و رهایی از مشکل و تنگنا به عنوان حيله استفاده شود حرام و نامشروع نبوده و موجب اسقاط حق و یا اثبات باطل نمی باشد.

۱- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۲۳۵.

۲- سدید بن حنظله گوید: با وائل بن حجر به قصد زیارت رسول اکرم (ص) از منزل خارج شدیم. دشمنان وائل او را دستگیر کردند. من برای نجات او قسم خوردم که برادر من است. آنگاه دشمن رهایش کرد. وقتی خدمت رسول اکرم (ص) آمدم عرض کردم من چنین سوگندی یاد کردم در حالی که او برادر من نیست. حضرت فرمود: راست گفتی، چون مسلمان برادر مسلمان است. شیخ طوسی گوید: چون این قسم برای حفظ نفس و نجات مظلوم از دست ظالم بوده است پیامبر اکرم (ص) آن را جایز دانست. المبسوط ج ۵ ص ۹۵.

۳- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۱ ص ۳۸۸ و ۴۱۰.

بخش سوم

بررسی ادله

مخالفان و موافقان

فصل اول

ادله مخالفان حیل

قبل از هر چیز باید به این نکته توجه داشت کسانی که برای ابطال حیل دلیل اقامه کرده‌اند، منظورشان نفی حیل نامشروع و حرام بوده نه ابطال مطلق حیل. از جمله ابن تیمیه که خود از مخالفان حیل است گوید: «دلایلی که برای ابطال حیل اقامه شده در خصوص حیلی است که سبب اسقاط واجبات و تحلیل محرمات گردد.»^(۱)

ابن قیم نیز در ابتدای این بحث گوید: «در شرع مقدس اسلام کسی که بخواهد با حیل حرامی را حلال کند، عمل او سخت مذموم است و دلایل زیادی بر ابطال و حرمت آن وجود دارد.»^(۲)

دلیل اول - قرآن

الف - خداوند در آیات بسیاری از قرآن خدعه‌گران و فریب‌کاران را ذم کرده است.

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۱۷.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۷۲.

یعنی کسانی که به زبان چیزی بگویند ولی در باطن و قلبشان به گونه‌ای دیگر باشند. خداوند در مورد منافقین فرمود: «إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ».^(۱)

کسی که متوسل به حيله حرام می‌شود با خدعه و مکر و ظاهر فریبی امر باطل و حرامی را جایز و مشروع نشان می‌دهد، اما فرق بین آن دو به گفته ابن قیم در این است که منافق در اصول دین نفاق دارد ولی شخص حيله‌گر در فروع دین نفاق می‌ورزد.^(۲)

در داستان اصحاب سبت خواندیم که آنها حوضچه‌هایی را در کنار دریا ایجاد کرده و ماهیها را در جمعه به آنجا سوق می‌دادند و در یکشنبه آنها را صید می‌کردند،^(۳) یا این که در جمعه طناب و قلاب ماهیگیری را به دریا می‌انداختند و در یکشنبه آن را درمی‌آوردند.^(۴) خداوند متعال در قرآن عمل آنان را حيله و خدعه قلمداد^(۵) و آنان را سخت عذاب کرد و چون دین خدا را مسخ کرده بودند، خداوند نیز مسخشان کرد: «وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ. فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَما خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ».^(۶)

شما حال آنها را که در روز شنبه گناه و نافرمانی کردند دانستید که آنها را به صورت بوزینگان طرد شده‌ای درآوردیم. ما این جریان را مجازات و درس عبرتی برای مردم آن زمان و کسانی که بعد از آنان آمدند و هم پند و اندرزی برای پرهیزکاران قرار دادیم.^(۷)

۱- نساء / ۱۴۲.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۷۳.

۳- ابن قیم، اغانة اللّٰهفان من مصاید الشّیطان ج ۱ ص ۳۴۸.

۴- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۲۶.

۵- آلوسی گوید: از این آیه برای تحریم حیل استدلال شده است. روح المعانی ج ۱ ص ۲۸۳.

۶- بقره / ۶۵ و ۶۶.

۷- مجاهد در تفسیر این آیه گوید: خداوند قلب آنها را مسخ کرد و شعورشان را همانند شعور میمون قرار داد.

تفسیر قرطبی ج ۱ ص ۴۴۲.

رسول اکرم (ص) همواره امتش را از ارتکاب حيله باز داشته و فرمود: «لَا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ فَتَسْتَحِلُّوا مُحَارِمَ اللَّهِ بِادْنَى الْحِيلِ».^(۱)

این حدیث صراحت دارد که توسل به حيله برای استحلال محارم الهی حرام است و رسول اکرم (ص) به شدت ما را از آن منع کرده است. کسی که با توسل به حيله ربا می خورد، اگرچه خداوند او را در دنیا مسخ نمی کند ولی با چیزهای دیگر عقوبت شده و در روز قیامت به شکل خوک و سگ محشور می شود.

از رسول الله (ص) روایت شده که فرمود: يَحْشُرُ أَكْلَةَ الرِّبَا يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِي صُورَةِ الْخَنَازِيرِ وَالْكِلَابِ مِنْ أَجْلِ حِيلَتِهِمْ عَلَى الرِّبَا كَمَا مَسَخَ أَصْحَابُ دَاوُدَ لِاحْتِيَالِهِمْ عَلَى اخْذِ الْحِثَانِ يَوْمَ السَّبْتِ.^(۲)

کسانی که مرتکب حیل محرمه و نامشروع می شوند در حقیقت آیات و احکام الهی را به مسخره می گیرند، چون مقصود شارع را قصد نکرده بلکه خلاف آن را در نظر دارند. خداوند فرمودند: «لَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوءًا».^(۳) آیات الهی را به مسخره نگیرید.

آن که به الفاظ و عباراتی تلفظ کند که شارع آنها را برای معانی و مقاصد معینی وضع کرده، ولی او معانی حقیقی اش را در نظر نداشته باشد، چنین شخصی در حقیقت مسخره کننده و مستهزی نسبت به آیات الهی است.

در قرآن قبل از آیه مذکور آمده: وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سِرِّ حَوْهِنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوءًا. هنگامی که زنان خود را طلاق دادید و آنها به آخرین روزهای «عده» رسیدند، یا به طور شایسته آنها را نگهداری کنید (و با آنها آشتی کنید)، و یا آنها را به نحو پسندیده ای رها سازید. هیچ گاه بخاطر زیان رسانیدن و تعدی کردن با آنها

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۷۵.

۲- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۲۹، ابن قیم، اغاثة اللّهفان من مصاید الشیطان ج ۱ ص ۳۴۶.

۳- بقره / ۲۳۱.

آشتی نکنید و کسی که چنین کند به خویشتن ستم کرده است. (و با این اعمال و سوء استفاده کردن از قوانین) آیات خدا را به استهزاء بگیرید.

در این آیه خداوند به یکی از مواردی که ممکن است مردم از قوانین الهی سوء استفاده کرده و آن را به استهزاء بگیرند یعنی طلاق اشاره می‌کند، زیرا حق رجوع برای مرد به این خاطر است که ازدواج پایدار بماند اما بعضی‌ها درست برخلاف این منظور گام برداشته و خلاف آنچه که مقصود شارع مقدس است عمل می‌کنند. یعنی با استفاده از حق رجوع در صدد انتقام‌جویی و آزار زن برآمده و در زیر نقاب عمل به قانون چهره واقعی و ستمگرانه خود را می‌پوشانند و این استهزاء به قرآن و مسخره کردن احکام و قوانین الهی است.^(۱)

«شاطبی» گوید این آیه در مورد مردانی است که قصدشان از رجوع مجدد اضرار زن است، و این‌که به این وسیله عده زن طولانی شده و بتواند با دیگران ازدواج کند.^(۲)

ب - خداوند متعال در قرآن سوره نون (قلم) از آیه ۱۷ تا ۲۲ داستان اهل باغ را که به بلای الهی دچار شدند، نقل می‌کند:

آنان ۵ برادر بودند که در یمن نزدیک شهر صنعا زندگی می‌کردند و باغی از پدرشان به آنها به ارث رسید. پدرشان هر ساله سهم و حقوق فقراء و مساکین را می‌داد ولی آنها بعد از پدر تصمیم گرفتند سهم فقراء را نپردازند. از این‌رو متوسل به حيله‌ای شدند و آن این‌که تصمیم گرفتند شبانه میوه‌ها را بچینند. خداوند بر آنها غضب کرد و چون صبح شد باغشان را «کالصریم» (قطع شده و میوه را از بین رفته) دیدند^(۳) و این مجازات الهی به خاطر حيله و نیرنگ آنها برای پرداختن حق مساکین بوده است.^(۴)

۱- فاضل مقداد، کنزالعرفان ج ۲ ص ۲۸۲، علامه طباطبائی، تفسیر المیزان ج ۲ ص ۲۳۶ و ۲۳۷.

۲- شاطبی، الموافقات ج ۱ ص ۲۰۱ و ج ۲ ص ۲۶۷.

۳- ابن عباس گوید: به واسطه غضب الهی باغشان تبدیل به خاکستر سیاه شد. آلوسی، روح المعانی ج ۱۵ ص ۳۷.

۴- زمخشری، الکشاف، ج ۴ ص ۵۸۹ و ۵۹۰، طبرسی، مجمع البیان ج ۱۰ ص ۳۳۷.

ابواسحق شاطبی گوید: در روایات آمده که خداوند صاحبان باغ را به عقوبت رساند چون قصدشان این بود که با توسل به حيله حق محرومین و فقراء را به هنگام صبح بدهند.^(۱) نکته قابل توجه این که در این داستان همان طور که ابن تیمیه نیز اشاره کرده عقوبت اهل باغ به خاطر احتیال بر ترک مستحب بوده است پس به طریق اولی کسی که نسبت به ترک واجبات حيله کند مستحق عقوبتی سخت تر نزد خداوند خواهد بود.^(۲)

ج- خداوند در مورد کسانی که با اعمالشان قصد ریا و خودنمایی دارند، می فرماید: «كَالَّذِي يَنْفَقُ مَالَهُ رِثَاءَ النَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَمَثَلُهُ كَمَثَلِ صَفْوَانٍ عَلَيْهِ تُرَابٌ فَاصَابَهُ وَابِلٌ فَتَرَكَهُ صَلْدًا لَا يَقْدِرُونَ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا كَسَبُوا وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ».^(۳) آنها همانند کسانی هستند که مال خودشان را برای نشان دادن به مردم انفاق می کنند و ایمان به خدا و روز قیامت ندارند. پس کار آنها هم چون قطعه سنگی است که بر آن قشر نازکی از خاک باشد و بذرهائی در آن افشانده شود. باران درشت به آن برسد و همه خاکها و بذرها را بشوید تا آن را صاف و خالی از خاک و بذرها کند. آنها از کاری که انجام داده اند چیزی به دست نمی آورند و خداوند جمعیت کافران را هدایت نمی کند.

شاطبی گوید: در این آیه خداوند کسانی که مالشان را از روی ریا و خودنمایی انفاق می کنند تا به ظاهر خودشان را مؤمن و نیکوکار جلوه بدهند، مذمت می کند، زیرا آنها در ظاهر اظهار اطاعت از خدا می کنند ولی در واقع قصدشان دنیا و غیر خدا بوده و نیتشان از انفاق حيله ای است برای رسیدن به منافع دنیوی.^(۴)

۱- شاطبی، الموافقات ج ۱ ص ۲۰۱.

۲- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۲۳ و ۲۴.

۳- بقره / ۲۶۴.

۴- شاطبی، الموافقات ج ۲ ص ۲۶۶.

دلیل دوم - سنت

الف - رسول اکرم (ص) فرمود: «أَتَمَّا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَلِكُلِّ أَمْرٍ مَا نَوَيْ»^(۱). این حدیث دلالت دارد بر این که اعمال تابع مقاصد و نیت افراد است و ارزش هر قول و فعلی بستگی تام به نیت و باطن افراد دارد.

حافظ محمدبن اسماعیل بخاری در صحیح خودش در شروع بحث ابطال حیل به این حدیث تمسک کرده است^(۲) و این مهمترین دلیل بر بطلان حیل نامشروع می باشد، زیرا در آن قصد انسان حیل گر سوء و فاسد است. نیت سوء به دلیل قاعده «العقود تابعة للقصد» به صحت عقد نیز خدشه وارد کرده و آن را از اعتبار می اندازد. به دلیل اهمیت این موضوع لازم است به طور مختصر پیرامون قصد و اعتبار آن در عقود بحث شود.

یکی از قواعد معروف در فقه و متداول بین فقهاء قاعده «العقود تابعة للقصد» است. به گفته ملا احمد نراقی در عوائد الایام^(۳) همه فقهای شیعه بر صحت و مفاد آن اتفاق نظر داشته و عرف و بناء عقلاء نیز مؤید آن است. منظور از این قاعده همان گونه که میرفتاح گوید این است که هر عقدی تابع قصد و نیت بوده و بدون آن تحقق نمی یابد.^(۴) چنانچه فقهاء نیز در بحث شرایط عقود بدان اشاره کرده اند. محمدجواد مغنیه پس از ذکر اقوال فقهاء در مورد اعتبار قصد در عقود می گوید: همه این اقوال دلالت دارد بر این که هر عقدی در تحققش نیازمند به قصد متعاقدين بوده و بدون آن اعتباری ندارد. به همین دلیل است که بین فقهاء مشهور شده: «العقود تتبع القصد».^(۵)

۱- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱ باب ۵ از ابواب مقدمات عبادات حدیث ۱۰.

۲- ابن تیمیه الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۳۱، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۷۶.

۳- نراقی، عوائد الایام ص ۵۲.

۴- میرفتاح، عناوین الاصول، فصل معاملات ص ۱۴.

۵- مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۳ ص ۶۶.

براساس این قاعده اگر عقد نکاح به قصد نکاح صورت گیرد، یا عقد بیع یا عاریه به قصد بیع و عاریه انجام شود، نکاح و بیع و عاریه تحقق می‌یابد.

آیه‌الله بجنوردی گوید: «عقود از امور قلبی و درونی می‌باشد، زیرا عقد همان طوری که لغوین گفته‌اند عبارت است از عهد مؤکد، و عهد امری قلبی است اگرچه برای آن باید یک مبرز خارجی باشد. مثل عقد بیعت که مبرز خارجی آن دست دادن به یکدیگر است. در حقیقت عقد عبارت است از این که متعاقدین نسبت به چیزی تعهد کنند خواه امری مالی باشد مثل معاوضات یا چیز دیگری مثل نکاح، زیرا زن با عقد نکاح تعهد می‌کند که زوجهٔ مرد مورد نظرش باشد... از طرف دیگر پر واضح است که این تعهد تحقق نمی‌یابد مگر این که متکلم در حال انشاء عقد آن را قصد کند ... پس چنان که نماز ظهر و عصر بدون قصد و نیت به صرف قرائت حمد و سوره و سایر اذکار صحیح نیست، هم چنین است عناوین معاملات و معاوضات که بدون قصد و اراده طرفین تحقق نمی‌یابد. مثلاً اگر کسی در معامله‌ای قصد تملیک مال خود به ازای دریافت عوضی به طرف مقابل نماید عنوان بیع تحقق می‌یابد، ولی اگر قصد تملیک نکند یا قصد تملیک بلاعوض نماید، در این صورت عنوان هبه بوجود می‌آید ... پس قصد علت تامه تحقق عقود و معاهدات بوده و بدون آن هیچ عقدی منعقد نمی‌شود.»^(۱)

بنابراین منظور از «العقد تابعه للقصد» این است که در هر عقدی اگر موجب یا قابل اصلاً قصد معنا را نداشته باشند، یا قصدشان معنای دیگری غیر از آن چه که مقصود اصلی شارع مقدس است، باشد عقد باطل خواهد بود.

به علاوه براساس این قاعده اگر متعاملین در معامله قصد نامشروع و حرامی داشته باشند، این قصد در معامله نیز اثر گذاشته و آن را حرام و باطل می‌کند اگرچه معامله به ظاهر صحیح و مشروع باشد، زیرا بر مبنای این قاعده قوام، روح و

عنصر سازنده عقد قصد بوده و الفاظ و کلمات فقط بیان کننده آن می باشند^(۱). پس اگر قصد نامشروع باشد عقد نیز نامشروع است هر چند که ظاهر و صورتی مشروع داشته باشد.

ممکن است اشکال شود: اگر ملاک اعتبار و صحت عقد قصد و نیت متعاقبین است پس حدیث «انما یحلل الکلام و یحرّم الکلام» چگونه قابل توجیه است؟ زیرا ظاهر روایت دلالت بر این دارد که تحقق عقد به وسیله الفاظ و کلمات است و قصد هیچ تأثیری در صحت یا عدم صحت عقد ندارد.

در پاسخ باید گفت: روایت فوق دلالت بر چنین امری ندارد، زیرا در بین احتمالات متعددی که در مورد معنا و مفهوم این روایت داده اند هیچ دلیلی بر صحت عقد صوری به چشم نمی خورد.

شیخ انصاری احتمال اول از معنای «کلام» در حدیث را که گفته اند تحریم و تحلیل هر چیزی مستند به نطق و کلام است، رد کرده و گوید: «لازمه این معنا تخصیص اکثر است، زیرا در بسیاری از موارد اسباب تحلیل و تحریم در اسلام منحصر در لفظ نمی باشد مانند عقدی که هازل و عابث و نائم منعقد می کند».

شیخ انصاری پس از بحث و بررسی پیرامون معانی مختلفی که از این حدیث ارائه شده گوید: این روایت دلالت دارد بر این که عقد علاوه بر قصد باید مستند به کلام و لفظ باشد. پس لفظ تنها بدون قصد یا قصد تنها بدون لفظ اعتباری ندارد.^(۲)

۱- ماده ۱۹۰ ق.م. برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها ...

ماده ۱۹۱ ق.م. عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

ماده ۱۹۵ ق.م. اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.

۲- شیخ انصاری، المکاسب ج ۱ ص ۲۴۳.

البته به کلیت قاعده «تبعیت» اشکالاتی شده^(۱) و پاسخ آن نیز داده شد^(۲) که به دلیل اطالعه بحث از ذکر آن خودداری می‌شود، ولی به نظر اینجانب اگر هم بعضی از این اشکالات را بپذیریم دلیلی وجود ندارد که عقد با نیت و قصد نامشروع صحیح و جایز باشد، زیرا ملاک ارزش و اعتبار اعمال و کارهای انسان نیت مشروع است نه اعمال صوری و ظاهری و نیت نامشروع. رسول اکرم (ص) فرمود: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَنْظُرُ إِلَى صَوْرِكُمْ وَلَا إِلَى أَعْمَالِكُمْ وَلَكِنْ يَنْظُرُ إِلَى قُلُوبِكُمْ».^(۳)

در اسلام آنچه اهمیت دارد رعایت مسایل اخلاقی است و اصولاً مسایل فقهی جدای از مسایل اخلاقی نبوده و مکمل یکدیگرند. درحقیقت می‌توان گفت فقه مقدمه تهذیب اخلاق است. اسلام به مسأله تزکیه نفس و تخلّق انسانها به اخلاق حمیده اهمیت زیادی داده است. خداوند در سوره شمس پس از یازده سوگند فرماید: «قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّيْهَا وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّيْهَا»^(۴) هر کس در تزکیه نفس خود بکوشد و خود را از نیات بد و اخلاق رذیله برحذر دارد سعادت‌مند است و کسی که دارای اندیشه‌های پلید باشد بدبخت و زیانکار است.

هدف بعث پیامبران نیز این بوده که مکارم اخلاقی را به کمال نهائیش رسانده و انسانها به کمالات اخلاقی نائل شوند. چنانچه رسول اکرم (ص) فرمودند: «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ».^(۵)

علی (ع) فرمود: «ذَلِّلُوا أَخْلَاقَكُمْ بِالْمَحَاسِنِ وَ قُدُّوْهَا إِلَى الْمَكَارِمِ»^(۶)

۱- همان ص ۲۳۷.

۲- رک: بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۱۲۰ و از ص ۱۲۶ به بعد.

۳- به نقل از: نهج البلاغه فیض الاسلام ص ۱۰۹۸.

۴- شمس / ۹ و ۱۰.

۵- محمدی ری‌شهری، میزان الحکمة ج ۳ ص ۱۴۹.

۶- شیخ حرّانی، تحف العقول ص ۲۲۶.

اخلاق خود را با صفات خوب و نیکو رام کنید و آن رابه سوی مکارم اخلاقی بکشانید. در اسلام جامعه‌ای مطلوب است که مردمش دارای اخلاقی خوب، رفتاری نیکو، نیاتی پاک و خالص باشند. یکی از مصادیق بارز مکارم اخلاقی نیت پاک و مشروع است. کسانی می‌توانند به حقیقت ایمان به خدا و به مقامات عالی اخلاقی نائل شوند که درویشان سالم و خالص باشد. کسی که در کارها دارای نیتی فاسد و قصدی نامشروع باشد، اعمال او هر چند در ظاهر نیکو و آراسته باشد، اما ارزش و اعتباری ندارد، زیرا شرط صحت کارها این است که عمل صالح باشد و عمل صالح جز با نیتی پاک و خالص قابل تحقق نیست.

رسول اکرم (ص) فرمود: «القول الا بعمل، والقول ولا عمل الا بنیة، والقول ولا عمل ولا نية الا باصابة السنة»^(۱). هیچ سخنی اعتبار ندارد مگر این که همراه با عمل باشد، و هیچ قول و عملی مقبول نیست جز این که همراه با نیت باشد، و هیچ قول و عمل و نیتی پذیرفته نخواهد شد مگر این که مطابق با شرع و سنت باشد. در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز لزوم قصد مشروع در عقود تحت عنوان «مشروعیت جهت معامله» و به عنوان یکی از ارکان و شروط صحت عقد مطرح است. جهت معامله عبارت از آن انگیزه و هدفی است که هر یک از متعاملین به خاطر آن معامله را منعقد می‌کنند. ممکن است عقدی از لحاظ ایجاب و قبول و اهلیت طرفین و نیز موضوع معامله صحیح باشد ولی انگیزه و هدف و به اصطلاح جهت معامله نامشروع باشد. مثلاً معامله‌ای که انجام می‌گیرد به قصد حرام، وسیله تجاوز به قانون، سبب اختلال در نظم عمومی جامعه و به قصد اضرار به دیگران باشد. مانند بیع سلاح به دشمنان دین^(۲)، فروختن انگور به کسی که از آن شراب

۱- همان ص ۴۲.

۲- حسینی عاملی، مفتاح الکرامة ج ۴ ص ۳۴. البته به نظر بعضی از فقهاء حرمت بیع مزبور در صورتی است که بین مسلمانان و دشمنان جنگی باشد (همان) ولی به نظر خوانساری فروختن اسلحه به کفار حتی در حال آشتی و صلح نیز جایز نیست زیرا سبب تقویت دشمن شده و حرام است. جامع المدارک ج ۳ ص ۸.

درست می‌کند یا فروختن چوب به کسی که از آن بت می‌تراشد یا اجاره دادن منزل برای انجام کارهای خلاف مثل زنا^(۱) و یا معاملاتی که مدیون به قصد فرار از دین انجام می‌دهد. در این موارد چنین معاملاتی مشروعیت نداشته و باطل است.

از نظر فقهاء^(۲) مهمترین دلیل بر قاعده «تبعیت» حدیث «أثم الأعمال بالنیات» است. ابن زهره می‌گوید: «منظور از این حدیث این است که احکام شرعی در صورتی بر اعمال ثابت است که همراه با نیت و قصد باشد.»^(۳)

فقهای عامه نیز با بیان دیگری این قاعده را پذیرفته‌اند. ابواسحاق شاطبی در موافقات گوید: «مقاصد شارع با استفاده از الفاظ نصوص و به همراه معانی شان شناخته می‌شوند. پس باید به گونه‌ای به الفاظ توجه شود که به معانی اخلاص و اشکالی وارد نشود و به معانی باید به گونه‌ای توجه شود که به الفاظ خللی وارد نیاید. بنابراین، الفاظ و معانی باید با هم و در ارتباط با یکدیگر مورد توجه قرار گیرند و الا توجه خاص به الفاظ بدون معانی شان که اهل ظاهر یا ظاهر به گفته‌اند و یا به معانی بدون در نظر گرفتن الفاظ که اهل قیاس بدان معتقدند، نوعی افراط و تفریط است.»^(۴)

ابن قیم نیز معتقد است صحت عقود مبتنی بر قصد و نیت واقعی متعاقدين است نه ظواهر و الفاظ. به نظر وی قصد و نیت تأثیر مستقیمی بر عقود دارند. به این معنی که اگر قصد حلال یا حرام یا صحیح یا فاسد باشد عقد نیز همان حکم را پیدا خواهد کرد.^(۵)

۱- محقق حلی، المختصر النافع چاپ در سلسله الینایع الفقهی ج ۱۴ ص ۴۴۹، محقق بکری، جامع المقاصد ج

۴ ص ۱۷، حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۳۷.

۲- از جمله: شهید اول، القواعد و الفوائد ج ۱ ص ۱۰۱ و ۱۰۲، نراقی، عوائد الایام ص ۵۲، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۲ ص ۲۶۶، شوشتری، مقابس الانوار ص ۱۱۴، مغینه، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۳ ص ۶۵.

۳- ابن زهره، غنیة النزوع چاپ در سلسله ... ج ۲۰ ص ۲۴۴.

۴- شاطبی، الموافقات ج ۲ ص ۲۷۴ و ۲۷۵.

۵- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۲۵.

وی گوید: «قصد» روح عقد و موجب صحت یا بطلان آن است. بنابراین اعتبار و ارزش قصد در عقد مهم‌تر از اعتبار الفاظ است. زیرا الفاظ در هیچ مورد ذاتاً مقصود نیستند در حالی که مقاصد و هدفهای عقود مقصود بالذات می‌باشند. حال اگر ما مقاصد و هدفها را لغو و بی‌اثر دانسته و الفاظ را معتبر بدانیم، در واقع آنچه را که اعتبار آن ضروری بوده الغاء کرده‌ایم و چیزی را که علی‌الاصول الغاء آن ممکن بوده معتبر شمرده‌ایم.^(۱)

در جای دیگر گوید: نیت و قصد، روح عمل و موجب قوام آن است و عمل تابع آن در صحت و فساد می‌باشد. یعنی اگر نیت صحیح باشد عمل نیز صحیح است و اگر نیت فاسد باشد عمل نیز فاسد است.^(۲)

به هر حال آنچه مسلم است این که قصد و نیت تأثیر مستقیمی روی عقد دارد. به این معنا که اگر قصد و نیت مشروع باشد عقد صحیح و الاّ عقد باطل است.^(۳) مهمترین دلیل بر این مطلب قول رسول اکرم (ص) است که فرمودند: «لعن الله اليهود! حرمت علیهم الشحوم فباعوها واکلوا اثماتها، وان الله اذا حرم علی قوم اکل شیء حرم علیهم ثمنه.»^(۴) خداوند یهود را لعنت کند! زیرا استفاده از دنبه بر آن حرام شده بود، ولی آن را می‌فروختند و از پولش استفاده می‌کردند. همانا خداوند هرگاه خوردن چیزی را بر قومی حرام کند، پول آن را نیز حرام می‌کند.

احمد بن حنبل گوید: وقتی خداوند استفاده از دنبه را بر قوم یهود حرام کرد، آنها برای

۱- همان ص ۱۰۶.

۲- همان ص ۱۲۳.

۳- پرواضح است که قصد و نیت مشروع با وجود سایر شروط صحت معامله، موجب صحت عقد می‌شود و قصد تنها کفایت نمی‌کند.

۴- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة ج ۳۹ ص ۲۳۴، ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۳۵، صحیح بخاری ج ۳ ص ۱۰۷ و ۱۰۸.

استفاده از آن به فکر حيله‌ای افتادند تا گفته نشود آنها از دنبه استفاده کرده‌اند. از این رو آن را آب کردند و از این عمل قصدشان این بود که اسم «شحم» را از آن زایل کنند، سپس می‌فروختند و از پولش استفاده می‌کردند تا به این وسیله به گمان خود از چیزی که خدا حرامش کرده انتفاع ببرند و مرتکب حرام نشوند، اما رسول اکرم (ص) این حيله را باطل دانسته است، چون وقتی چیزی حرام شد فرقی بین جامد و مایع آن نیست. پس خداوند استفاده از چیزی را که حرام نموده استفاده از عوض و ثمن آن را نیز حرام کرده است.^(۱) اگر حرمت دنبه فقط به دلیل ظاهر و اسم و عنوان آن باشد، با تغییر آن قوم یهود نمی‌بایست مستحق لعنت می‌شدند به دو دلیل:

۱- این که شحم (دنبه) با ذوب شدن از شحم بودن خارج شده و به صورت ودک (چربی) درآمد، همان‌گونه که ربا با حيله از لفظ ربا خارج و آن را به صورت بیع درمی‌آورند. در حالی که در شرع مقدس این عمل حرام است، چون حرمت ربا فقط به دلیل ظاهر و لفظ آن نیست، بلکه به خاطر حقیقت و معنای آن است که آن را از بیع ممتاز می‌کند.

۲- کسی که برای ظاهر و الفاظ اعتبار و ارزش قائل است عمل قوم یهود را نباید حرام بداند. در حالی که رسول اکرم (ص) آنها را لعنت کرده است و این نشان می‌دهد که ملاک ظاهر و لفظ نیست، بلکه ملاک حقیقت و معنای آن است.

رسول اکرم (ص) فرمود: زمانی بر امت من فرا می‌رسد که از حرام استفاده می‌کنند ولی اسم آن را تغییر می‌دهند. ابن عباس از رسول الله (ص) نقل می‌کند که حضرت فرمودند: «يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ يَسْتَحِلُّ فِيهِ خَمْسَةُ أَشْيَاءَ بِخَمْسَةِ أَشْيَاءَ: «يَسْتَحِلُّونَ الْخَمْرَ بِاسْمِ يَسْمُونَهَا آيَاهُ، وَالسَّحْتَ بِالْهَدْيَةِ، وَالْقَتْلَ بِالرَّهْبَةِ، وَالزَّانَا بِالنِّكَاحِ، وَالزَّيْبَ بِالْبَيْعِ.»^(۲)

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۳۵ و ۳۶.

۲- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۴۳، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۲۸.

ابن تیمیه گوید: از این حدیث استفاده می شود که عده ای محرّمات الهی را برای خود حلال کرده و از آن استفاده می برند به این دلیل که نام آنها غیر از نام و عنوانی است که شارع برای آن قرار داده است. پس نبیذ^(۱) را چون خمر می نوشند و حال آن که در واقع همان خمر است زیرا خمر در روایات شامل هر چیز سُکرآور می باشد. ربا می خورند اما به اسم بیع یا قرض، نکاح باطل را صحیح می دانند، و سُحت^(۲) را هدیه می نامند در حالی که همان رشوه است و... کارهای اینان مانند اعمال قوم یهود است، زیرا قوم یهود نیز با تغییر شکل و اسم و عنوان، محرّمات الهی را بر خود حلال کرده و از آن استفاده می بردند. در حالی که پرواضح است تبدیل اسم و تغییر شکل و هیئت شیء حرام هیچ گاه سبب تغییر حکم آن نمی شود.^(۳)

ب - دلیل دیگر بر بطلان حیل محرمه این که عمل به حيله مخالف با خلوص و خیرخواهی و بیان حق بوده و باب خیانت و دروغگویی را می گشاید. خداوند در همه کارها و امور به خصوص در معاملات خلوص و بیان حق را واجب و فریب و غش و کتمان حق و دروغگویی را حرام کرده است.

رسول اکرم (ص) فرمود: «الدّینُ النَّصیحه، الدّینُ النَّصیحه، الدّینُ النَّصیحه» اصحاب به رسول الله (ص) عرض کردند: «لِمَنْ یا رسول الله (ص)؟ قال (ص): لله ولکتابه ولرسوله و لائمة المسلمين و عامتهم»^(۴)

۱- شرابی است که از کشمش یا خرما گیرند به این ترتیب که آن را در ظرفی ریخته و آب بر روی آن می ریزند،

پس رهایش کرده تا بجوشد و شراب گردد. شرتونی، اقرب الموارد ج ۲ ص ۱۲۶۰.

۲- بخششی است که به والی و حاکم می دهند تا حکم به نفع کسی صادر کند و آن «نوعی رشوه در حکم» است.

شیخ عباس قمی، سفینه البحار ج ۱ ص ۶۰۴.

۳- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۴۳.

۴- همان ص ۱۵۰.

امام صادق (ع) فرمود^(۱): «من مشی فی حاجة اخیه ثم لم یناصحه فیها کان کمن خان الله ورسوله وکان الله خصمه»^(۲)

رسول اکرم (ص) فرمود: «لیس منا من ماکر مسلماً»^(۳)

به علاوه در روایات تأکید شده است که آنچه برای خود می‌پسندی برای دیگران هم بپسند و آنچه برای خود نمی‌پسندی برای دیگران هم نپسند و این خلاف مقتضای مکر و حیله است.

علی (ع) در وصیتش به امام حسن (ع) فرمود: «واجعل نفسک میزناً فیما بینک و بین غیرک، فأحب لغيرک ما تحب لنفسک، واکره له ما تکره لنفسک، ولا تظلم کما لاتحب ان تظلم، واحسن کما تحب ان يحسن الیک.»^(۴)

خلاصه این که تو سئل به حیل محرمه با آنچه که دین و اعتقادات و باورهای دینی بر آن مبتنی است، منافات دارد. مثل همدیگر را دوست داشتن، و نسبت به یکدیگر صاف و خالص بودن، برادر یکدیگر بودن و در کارها به همدیگر دروغ نگفتن و... بلکه سبب بغض و کینه و دشمنی و بی‌اعتمادی مردم نسبت به یکدیگر نیز می‌گردد.

دلیل سوم - اجماع اصحاب

اجماع قاطع اصحاب رسول اکرم (ص) از جمله علی (ع) و ابن عباس و ابن عمر

۱- کلینی، اصول کافی ج ۴ ص ۶۰ باب «من لم یناصح اخاه المؤمن» حدیث ۴.

۲- هرکس در برآوردن حاجت برادر مؤمن خود اقدام کند اما نسبت به او خیراندیشی و خلوص نداشته باشد، مثل کسی است که به خدا و رسولش خیانت کرده و خداوند دشمن اوست.

۳- اصول کافی، ج ۴ ص ۲۴، باب «المکرو الغدر و الخدیعة» حدیث ۳.

۴- حرّانی، تحف العقول ص ۷۲ یعنی: خودت را در آنچه بین تو و دیگران است، میزان قرار بده، پس آنچه برای خود دوست می‌داری برای دیگران دوست‌بدار و آنچه برای خود ناپسند می‌داری برای دیگران ناپسند‌بدار، و ظلم‌کنن همان‌گونه که دوست نداری به تو ظلم‌شود، و نیکی‌کن همان‌گونه که دوست داری به تو نیکی‌شود.

براین است که حیلۀ نامشروع حرام است.^(۱) حتی تابعین با اصحاب موافق بوده و در بطلان و تحریم حیل اتفاق نظر دارند. هم چنین است فقهاء و اصحاب عبد الله بن مسعود از اهل کوفه و فقهاء بصره مثل ایوب و ابی شعتاء و ابن سیرین و نیز اصحاب ابن عباس.^(۲)

از ابن عباس روایتی نقل شده که مردی نزد او آمد و گفت: عموی من زنش را سه بار طلاق داده است. آیا یا نکاح محلل (با قصد تحلیل و حلال شدن زن بر شوهر اول و طلاق او) زن بر او حلال می شود؟ ابن عباس گفت: من یخادع الله یخدعه.^(۳) هم چنین از ابن عباس و انس در مورد بیع عینه سؤال شد، گفتند: ان الله لا یخدع هذا ممّا حرّم الله و رسوله.^(۴)

فقهاء امامیه نیز چنانچه در بحث تاریخچه حیل اشاره شد بر بطلان حیلۀ نامشروع اتفاق نظر دارند. ائمه اربعه هم در تحریم حیل متفقند. ابن قیم گوید: «هیچ یک از ائمه اربعه قائل نبودند که حیلۀ های نامشروع و حرام جایز باشد. هر کس جز این به آنها نسبت بدهد، همانا او به اصول و طرز تفکر و منزلت آنها جاهل است. هر کس حکایتی نقل کند مبنی بر این که آنها طرفدار حیل نامشروع بوده اند، یا حکایت آنها باطل است یا این که امر بر ناقل مشتبّه شده است.^(۵)

ابن قیم در جای دیگر گوید: آنچه را که همه فقهای سلف مذمت کرده اند و عمل به آن را جایز ندانسته اند، توسّل به حیلی است که متضمن اسقاط واجبات و تحلیل محرمات و ابطال حق و اثبات باطل می باشد، اما اگر حیلۀ موجب نجات انسان از

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۸۵.

۲- همان ص ۱۸۶.

۳- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۲۰.

۴- همان ص ۴۷.

۵- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۹۰ و ۱۹۱.

حرام باشد، اشکالی در عمل به آن نیست.^(۱)

دلیل چهارم - عمل به حیل موجب نقض غرض شارع است

بهترین استدلال در بطلان حیل محرّمه را صاحب جواهر آورده است. به نظر او حيله متضمّن نقض غرض شارع بوده و هیچ کس آن را جایز نمی داند. او درباره حيله ای که برای فرار از خمس و زکات به کار رفته دلیل نقض غرض را مطرح کرده و گوید: «برای فرار از پرداخت وجوهی که از بابت خمس و زکات بر ذمه تعلق می گیرد، بعضی از مردم متاع کم قیمتی را به شخص فقیری که استحقاق دریافت آن وجوه را دارد به مبلغ گزافی مثلاً به هزار دینار می فروشند. وجهی که این فقیر باید از بابت ثمن بپردازد به عنوان زکات نسبت به او احتساب می کنند، و حال آن که واضح است این امر با هدف شارع از وضع خمس و زکات که همانا نظم امور مردم و تأمین حوائج جامعه از راه قرار دادن حقّی برای فقراء در اموال اغنیاء می باشد، منافات دارد. بلکه اساساً این حيله نقض غرضی است که این حقوق جهت آن وضع شده است. وی سپس می افزاید: کل شیء تضمّن نقض غرض اصل مشروعیّة الحکم بحکم بطلانه کما أوّ مألّیه غیر واحد من الا ساطین.»^(۲)

این استدلال در مورد هر حيله ای که هدف از ارتکاب آن به منظور تحلیل محرمات الهی باشد، صادق است.

نظیر همین استدلال را بعضی از فقهای عامه به بیانی دیگر مطرح کرده اند از جمله ابو اسحاق شاطبی گوید: اگر مکلف عملی را انجام بدهد که با قصد شارع مخالفت داشته باشد، چنین عملی سبب نقض غرض شارع مقدس و موجب هدم و نابودی آنچه را که او بنا کرده، می باشد.^(۳)

۱- ابن قیم، اغاثة اللهفان من مصاید الشیطان ج ۱ ص ۳۳۹ و ۳۸۳.

۲- آیه الله العظمی نجفی، جواهر الکلام ج ۳۲ ص ۲۰۲.

۳- شاطبی، الموافقات ج ۲ ص ۲۳۲.

ابن تیمیه گوید: خداوند اگر چیزی را حلال یا حرام کرده حتماً بنابر مصلحت یا مفسدت بوده است. حال اگر کسی بخواهد با توسل به حيله حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند، سبب فساد در دین خدا و نقض غرض شارع می شود.^(۱)

مثلاً شارع صید را در حال احرام حرام کرده، روشن است که مفسدت حرمت آن با قراردادن دام در مسیر حیوان قبل از احرام و گرفتن آن بعد از احرام زایل نمی شود و کسی که چنین عملی را انجام بدهد، کار او با غرض شارع حکیم مبنی بر تحریم صید در حال احرام منافات دارد.^(۲)

البته قاعده نقض غرض یک اصل عقلی و براساس بناء عقلاء است و احتیاج به مدرک و دلیل خاصی ندارد، زیرا وقتی نسبت دادن نقض غرض به انسانها قبیح باشد پس به طریق اولی اسناد آن به شارع مقدس دور از منطق و عقل است.

دلیل پنجم - قاعده لاضرر و نفی حیل محرّمه

دلیل دیگر بر بطلان حیل نامشروع قاعده «لاضرر» است. بعضی از فقهاء از جمله ملا محمد نراقی در ردّ عمل به حیل محرّمه به آن استناد کرده اند.

براساس این دلیل هر نوع عمل یا معامله ای که موجب ضرر و زیان به طرف مقابل یا گروهی از افراد بشود مشروع نبوده و باطل است هر چند آن عمل یا معامله حقّ انسان بوده و جنبه قانونی داشته باشد. مثلاً در معامله به قصد فرار از دین، بیع و هبه و صلحی که مدیون انجام می دهد ممکن است به ظاهر قانونی باشد، ولی چون به قصد اضرار به طلبکاران^(۳) است صحیح نیست.^(۴)

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۱۶۷، و نیز ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۹۲ و ۱۹۳.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۹۸ و ۱۹۹.

۳- ماده ۵۰۰ قانون تجارت.

۴- ملا محمد نراقی معتقد است معاملات و تصرّفات مدیون به قصد فرار از دین به دلیل این که موجب ضرر بر

هم چنین است در طلاق رجعی و وصیت. به این معنا که زوج می تواند در زمان عده به زوجه رجوع کند، ولی اگر این عمل به قصد اضرار و تجاوز به حقوق زن باشد جایز نیست، یا در وصیت اگر قصد موصی اضرار به ورثه باشد وصیت او پذیرفته نیست. آیات و روایاتی که در ارتباط با اثبات قاعده "لا ضرر" مورد استناد قرار گرفته نیز مؤید همین معنا است. از جمله در سوره بقره آیه ۲۳۱ آمده: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبِغْنِ أَجَلِهِنَّ فَمَسْكُوهُنَّ بَمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَاحٍ بَمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا».

در تفسیر «روح المعانی»^(۱) آمده: «مقصود از ضرار در آیه شریفه این است که مرد با توسل به حيله عده زن را طولانی کرده و او را از حق خویش (یعنی ازدواج) محروم سازد.»^(۲) خداوند این آیه را نازل فرمود تا مردان را از ارتکاب چنین حيله ای منع کند. نمونه دیگر: آیه ۱۲ سوره نساء است که در آن آمده: «... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يَوْصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ...»

در این آیه خداوند می فرماید: مایه ترک میّت باید بعد از انجام مورد وصیت و پرداخت دیونی که بر عهده متوفی است بین ورثه تقسیم شود، در صورتی که مورد وصیت یا دین، «غیر مضار» باشد.

«محقق اردبیلی» در ارتباط با معنا و مفهوم این آیه می گوید: «... وصیت و دینی که مقدم بر میراث هستند عبارتند از وصایا و دیونی که موجب ضرر برای ورثه نباشد. بنابراین اگر قصد موصی از وصیت و یا اقرار به دین محروم کردن ورثه از مال و اضرار به

طلبکار می شود حرام و باطل است. مشارق الاحکام از ص ۸۸ تا ۹۰.

۱- آلوسی، روح المعانی ج ۱ ص ۱۴۳.

۲- در زمان جاهلیت مردی بود که زنش را طلاق می داد و قبل از انقضاء عده به او رجوع کرده و مجدداً او را طلاق می داد. دوباره در زمان عده به او رجوع می کرد. قصدش از این عمل این بود که به زن اذیت و آزار رسانده و مانع از ازدواج او با دیگران شود. زمخشری، الکشاف ج ۱ ص ۲۷۷.

آنها باشد و در واقع قصدش وصیت نبوده و یا واقعاً مدیون نباشد، این گونه وصایا و دیون به دلیل این که موجب ضرر بر ورثه است مقدم بر میراث نبوده و قابل قبول نیستند»^(۱) مرحوم طبرسی در تفسیر مجمع البیان^(۲) گوید: در حدیث آمده که ضرار در وصیت از گناهان کبیره است.

«محقق اردبیلی» در توضیح جمله فوق گوید: «شاید مراد از آن وصیت به دینی است که حقیقتی نداشته و به منظور این باشد که برای ورثه مالی باقی نماند. هم چنین است در مورد وصیتی که واقعیته نداشته و به قصد اضرار به ورثه باشد یا اقرار کند به این که من فلان مبلغ به فلانی مدیونم یا از کسی طلبکارم و حال آنکه در واقع به کسی بدهکار نبوده و طلبکار هم هست و این کارها را به قصد اضرار به ورثه انجام بدهد.»^(۳)

روایاتی که دلالت بر قاعده لاضرر دارد و به تعابیر متفاوتی چون «لاضرر و لااضرار علی مؤمن»^(۴) و «لاضرر و لااضرار فی الاسلام»^(۵) و «من ضارّ مسلماً فلیس متّاً و لسنامنه فی الدنیا و الآخرة»^(۶) آمده، نیز بیانگر این نکته است که در اسلام ضرر زدن و اذیت و آزار به یکدیگر جایز نبوده و هر کاری که متضمّن چنین امری باشد حرام است.^(۷)

۱- محقق اردبیلی، زبدة البیان ص ۶۵۴ کتاب المواریث.

۲- طبرسی مجمع البیان ج ۳ ص ۱۸.

۳- محقق اردبیلی، زبدة البیان ص ۶۵۴.

۴- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۷ کتاب احیاء موات باب ۱۲ حدیث ۴.

۵- شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه ج ۴، باب میراث اهل ملل ص ۲۴۳.

۶- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۵ کتاب خلع باب ۲ حدیث ۱.

۷- داستان سمره بن جندب (وسایل الشیعه ج ۱۷ کتاب احیاء موات باب ۱۲ حدیث ۳) بهترین دلیل بر مدعای فوق است. زیرا در آن هر چند که سمره نسبت به تک درخت خود در باغ مرد انصاری حق مالکیت و استفاده از آن را داشت، ولی چون قصدش سوءاستفاده از حق یعنی ایجاد ضرر و مزاحمت بر مرد انصاری و خانواده او بود، رسول اکرم (ص) به دلیل «لاضرر» مالکیت او را بی ارزش دانسته و برای او هیچ حقی قائل نشد.

دلیل ششم - ارتکاب حیل نامشروع با روح قوانین اسلام منافات دارد

احکام اسلام مبتنی بر ارزشهای الهی و به جهت تقویت ایمان به خدا و رشد تقوی در انسانها است. پرواضح است عمل انسان یا جامعه مرتکب حیل محرمه نه تنها مورد تأیید خدا و رسول نیست بلکه با طبیعت و حقیقت احکام اسلامی نیز منافات دارد.

به عنوان نمونه حرمت ربا از ضروریات دین اسلام است. حال با آن همه تأکیداتی که اسلام در مورد حرمت ربا دارد و آن از گناهان کبیره دانسته^(۱) و یک درهم ربا را شدیدتر و بدتر از هفتاد بار زنا با محارم می داند،^(۲) و آن را به عنوان «اخبث المکاسب»^(۳) و «شر المکاسب»^(۴) و عامل اصلی نابودی جامعه^(۵) معرفی کرده است، چگونه می توان پذیرفت که با توسل به حيله مثل بيع و يا هبه صوري، اسلام ربا را جايز بدانند؟! آيا واقعاً در چنین حيله ای ربا تحقق پیدا نمی کند؟!

يا مثلاً در موردی که مدیون به قصد فرار از دین نقل و انتقالاتی انجام می دهد، صرف نظر از دلایلی که فقهاء در ردّ چنین معاملاتی اقامه کرده اند، اصولاً این گونه معاملات و تصرفات با آن همه تأکیداتی که اسلام در مورد اداء دین و وجوب آن نموده در تنافی کامل است. از جمله امام صادق (ع) فرمود: «من استدان ديناً فلم ينوقضاه كان بمنزلة السارق»^(۶).

۱- محدث نوری، مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۴۷۸ (چاپ سنگی)، رحلی.

۲- امام صادق (ع): «درهم ربا عند الله اشد من سبعين زنية كلّها بذات محرم» - شيخ حرعالملي، وسایل الشيعه ج ۱۲ باب ۱ از ابواب ربا حديث ۱.

۳- امام باقر (ع): «اخبث المکاسب کسب الربا» وسایل ج ۱۲ باب ۱ از ابواب ربا حديث ۲.

۴- قال رسول الله (ص): «شر المکاسب کسب الربا» وسایل ج ۱۲ باب ۱ از ابواب ربا حديث ۱۳.

۵- شيخ حرعالملي، وسایل الشيعه ج ۱۲ باب ۱ از ابواب ربا حديث ۱۷.

۶- شيخ حرعالملي، وسایل الشيعه ج ۱۳ از ابواب دين و قرض باب ۵ حديث ۲.

امام خمینی در مورد این گونه حیل گوید:

«این نوع حیل با کتاب و سنت (یعنی با روح قوانین اسلام) و نیز با حکمت تحریم ربا که همانا تشویق مردم به انجام کارهای خیر و تجارت مشروع است، منافات دارد.^(۱)»
و در جای دیگر گوید: «اگر هم نصّی بر جواز آن وجود داشته باشد، با کتاب و سنت مستفیضه تناقض داشته و قابل رد است.»^(۲)

۱- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۳۵۳ و ج ۲ ص ۴۰۹.

۲- همان ج ۲ ص ۴۰۹.

فصل دوم

ادله موافقان حیل

دلیل اول - آیات قرآن

خداوند در موارد متعددی توسّل به حيله را جایز دانسته است از جمله:

- ۱- خداوند به پیامبرش ایوب فرمود: «وخذ بیدک ضغثاً فاضرب به ولاتحنث»^(۱)
- حضرت ایوب در بیماری سوگند یاد کرده بود که بنا به علتی^(۲) زنش را صد ضربه شلاق بزند، اما بعد از بهبودی خواست زنش را به پاس وفاداریها و خدماتش ببخشد.

۱- ص / ۴۴.

۲- از ابن عباس نقل شده که علت سوگند ایوب در زدن صد تازیانه به زن خود این بود: شیطان به صورت طبیبی بر همسر او ظاهر شد و گفت من ایوب را مداوا می‌کنم به این شرط که وقتی بهبودی یافت بگویی که من او را شفا دادم و غیر از این مزدی از او نمی‌خواهم. زن ایوب که از ادامه بیماری شوهرش ناراحت بود پیشنهاد شیطان را پذیرفت. ایوب وقتی ماجرا را فهمید ناراحت شد و سوگند یاد کرد که همسرش را صد تازیانه بزند.

لذا اندوهگین شد که چگونه به سوگند خود عمل نکند. خداوند او را به ارتکاب حيله‌ای برای خروج از قسم و نشکستن آن راهنمایی کرد: صد چوب از ساقه‌های گندم و جو را دسته کرده و یک دفعه بر او بزند.^(۱) در ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی آمده: «هرگاه امید به بهبودی مریض نباشد یا حاکم شرع مصلحت بداند که در حال مرض حد جاری شود یک دسته تازیانه یا ترکه که مشتمل بر صد واحد باشد، فقط یک بار به او زده می‌شود هر چند همه آنها به بدن محکوم نرسند.»

۲- داستان حضرت یوسف و برادرانش در قرآن که در آیات ۵۸ تا ۷۶ سوره یوسف آمده است.

خلاصه داستان این‌که: هنگامی حضرت یوسف پادشاه مصر شد که سال قحطی و گرسنگی بر مردم مصر بود. برادران یوسف جهت گرفتن کمک و غذا به مصر آمده و به نزد یوسف رفتند. حضرت یوسف آنها را شناخت ولی آنها وی را نشناختند. وقتی که یوسف بارهای آنها را آماده ساخت، گفت: نوبت بعدی که نزد من می‌آیید آن برادری که از پدر دارید (یعنی بنیامین) را بیاورید. ... برادران یوسف این مسئله را با پدر مطرح کرده و رضایت وی را جهت به همراه خود بردن بنیامین جلب کردند. وقتی که برادران بر یوسف وارد شدند، یوسف برادرش بنیامین را نزد خود جای داد و گفت: من برادر تو هستم، از آنچه آنها می‌کنند غمگین و ناراحت مباش. در این هنگام طبق بعضی از روایات حضرت یوسف به برادرش بنیامین گفت: آیا دوست داری نزد من بمانی؟ او گفت: آری، ولی برادرانم راضی به این امر نخواهند شد زیرا به پدر قول داده و سوگند خورده‌اند که مرا به نزد او برگردانند.

حضرت یوسف گفت: ناراحت مباش، من نقشه‌ای می‌کشم تا آنها مجبور شوند تو را نزد من بگذارند. سپس هنگامی که بارهای غلات را برای برادران آماده ساخت

دستور داد پیمانۀ گران قیمتِ مخصوص ملک درون بار برادرش بنیامین قرار داده شود و این کار به طور پنهانی صورت گرفت. در این هنگام مأمورین دیدند که اثری از پیمانۀ نیست. همین که قافله آماده حرکت شد، یکی از مأمورین فریاد زد: ای اهل قافله شما سارق هستید؟ برادران یوسف ناراحت شده و گفتند: مگر چه چیزی گم کرده اید؟ گفتند: ما پیمانۀ سلطان را گم کرده ایم و نسبت به شما بدگمان هستیم. هر کس آن را بیابد و بیاورد یک بار شتر به او جایزه خواهیم داد. برادران یوسف که از این پیشامد سخت ناراحت شدند گفتند: به خدا سوگند شما می دانید که ما نیامده ایم در اینجا فساد کنیم و ما هیچ گاه سارق نبوده ایم. در این هنگام گفتند اگر شما دروغ بگویید جزایش چیست؟ آنها در پاسخ گفتند: هر کس را که پیمانۀ ملک در بار او پیدا شود توقیف کنید و به جای آن بردارید. آنگاه حضرت یوسف دستور داد بارهای برادران را قبل از بار برادرش بنیامین بازرسی کنند. سپس پیمانۀ مخصوص را از بار برادرش بیرون آوردند.

برادران وقتی به چنین صحنه ای برخوردند بنیامین را سخت مورد سرزنش قرار دادند. بنیامین که باطن قضیه را می دانست با خونسردی جواب داد: این کار را کسی کرده که وجوه پرداختی شما را در بارتان قرار داد، ولی حادثه آن چنان برای برادران ناراحت کننده بود که نفهمیدند او چه می گوید.^(۱)

سپس خداوند می فرماید: «کذلک کدنا لیوسف» ما این گونه برای یوسف طرح ریختیم و راه چاره را به او یاد دادیم.

۳- در قرآن آمده است: «و مکروا مکراً و مکرتنا مکراً و هم لایشعرون»^(۲) در این آیه خداوند برای خنثی کردن مکر و کید دشمنان متوسّل به حيله و مکر شده است و این دلیل است بر این که توسل به حيله جایز است.

۱- طبرسی، مجمع البیان ج ۵ ص ۲۵۳.

۲- نمل / ۵۰.

دلیل دوم - سنت

بخاری در صحیح خود از ابوهریره و ابوسعید روایت کرده که عامل پیامبر در باغ خیبر خواست سه صاع^(۱) خرمای نامرغوب باغ را در مقابل یک صاع خرمای مرغوب معاوضه کند. رسول اکرم (ص) فرمود: «لا تفعل، بع الجميع بالدارهم ثم ابتع بالدارهم جنباً»^(۲)

در این حدیث رسول اکرم (ص) راه فرار از ربا را با توسل به حيله به واسطه عقد دیگر به عامل خود در باغ خیبر نشان می دهد و این دلیل است بر این که عمل به حيله مشروعیت دارد.

دلیل سوم - صحت تعریض در کلام

دلیل دیگر وجود تعریض در کلام و صحت آن است. تعریض یعنی به کنایه سخن گفتن، خلاف تصریح و آن توریه است به چیزی از چیزی^(۳) و عبارت است از این که انسان به کلامی تکلم کند که دلالت بر معنای خاص داشته باشد ولی بنا به دلایلی گوینده آن را اظهار نمی کند.^(۴)

مثلاً حضرت ابراهیم (ع) وقتی بتها را قطعه قطعه کرد، تبر را بر دوش بت بزرگ گذاشت مشرکین از ابراهیم پرسیدند: آیا تو چنین کرده ای؟ ابراهیم گفت: «بل فعله کیرهم هذا فسلوهم ان كانوا ينطقون»^(۵).

۱- صاع یکی از اوزان است و تقریباً سه کیلو است. دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۰۹.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۰۲، معنای حدیث: چنین نکن، اگر می خواهی معامله ای انجام بدهی تمام خرمای باغ را به چند درهم بفروش، سپس با آن چند درهم خرمای مرغوب خریداری کن.

۳- شرتونی، اقرب الموارد ج ۲ ص ۷۶۴، صفی پور، منتهی الارب ج ۳ ص ۸۱۷.

۴- شوکانی، نیل الاوطار ج ۶ ص ۱۰۹.

۵- انبیاء / ۶۳.

در بحث نکاح آمده خواستگاری از زن در حال عده جایز نیست، اما اگر کسی با تعریض خواستگاری کند جایز است. مثلاً بگوید: انت جمیلة، رُب راغب فیک. طرفداران حیل گویند: حیله عبارت است از همان تعریض در فعل مثل تعریض در قول. پس وقتی تعریض در قول جایز باشد، تعریض در فعل نیز جایز بوده و مشروع است.^(۱)

دلیل چهارم - ملاکِ صحتِ عقد اسبابِ ظاهری آن است نه قصد و نیت

نیت و قصد تأثیری در ظاهر و اسباب ظاهری عقد ندارد. یعنی هرگاه عقدی منعقد شد و شروط صحت و نیز شرایط متعاقدين در آن کامل گردید، اگر طرفین به هنگام عقد چیز دیگری غیر از آنچه که مقصود عقد است، قصد کنند، این امر سبب بطلان عقد نمی شود، زیرا قصد و نیت خارج از آن چیزی است که عقد به وسیله آن تمام و کامل می شود. به علاوه ما بر عمل به ظواهر موظفیم و فقط خداوند به باطن امور آگاه است.

البته به نظر نمی رسد در میان فقهاء کسی صراحةً نظر مزبور را داده باشد، به جز فقهای شافعی^(۲) که در بیع تلجئه به دلیل این که معامله با تمام ارکان و شروط تحقق پیدا کرده، آن را صحیح می دانند هر چند عقد خالی از قصد باشد. در بیع عینه در صورتی که قصد واقعی ربا باشد، به نظر همه فقهای اهل سنت باطل است اما به نظر شافعی و فقهایشان صحیح می باشد زیرا به نظر آنها ظواهر الفاظ بیع که ابراز می شود ملاک صحت عقد است نه قصد واقعی طرفین که ابراز نشده است.^(۳) ممکن است از روایت «أَئِذَا يَحْلُلُ الْكَلَامُ وَيَحْرُمُ الْكَلَامُ» نیز چنین استفاده شود که عقد به وسیله الفاظ و کلمات ایجاد می شود و قصد تابع الفاظ است.

۱- ابن قیم، اغاثة اللهفان من مصاید الشیطان ج ۱ ص ۳۸۱.

۲- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۶، نووی، المجموع ج ۹ ص ۴۰۵ و ۴۰۶.

۳- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۲۰۷.

فصل سوم

پاسخ به دلایل جواز حیل

پاسخ به دلیل اول

از خداوند بسیار بدور است ابتدا احکام و تکالیفی را برای مردم وضع کند و برای هدایت آنها شریعت و پیامبر بفرستد، سپس حیلی را تشریع کند که سبب اسقاط واجبات و تحلیل محرمات گردد.

آیه شریفه: «وخذ بیدک ضغثاً فاضرب به ولا تحنت» به نظر مفسرین هیچ دلالتی بر جواز حیل به طور مطلق ندارد. درست است که زن ایوب از یک جهت مستحق صد تازیانه بود، ولی به دلیل وفاداریها و خدمات خالصانه اش در طول مدت بیماری ایوب اسحاق چنان عفوی را نیز داشت.^(۱) خداوند به این منظور ایوب را امر کرد برای حفظ احترام نام خدا و عدم اشاعه قانون شکنی یک دسته ساقه گندم یا چوبهای خوشه خرما را

۱- ابن قیم گوید: زن ایوب واقعاً نمی دانست که شخص طیب شیطان است. او فقط به دلیل احسان و نیکی به همسرش و نیز بهبودی هرچه سریعتر او پیشنهاد شیطان را پذیرفت و در واقع مستحق چنین عقوبتی نبود.

جمع کرده و بر او بزند. پس این حيله تنها در موردی جایز است که شخص مستحق عفو باشد و انسان بخواهد در این عفو ظاهر قانون را نیز حفظ کند اما اگر کسی مستحق عفو نباشد هرگز ارتکاب چنین حيله‌ای صحیح نبود و آیه دلالتی بر جواز آن ندارد.^(۱) نکته قابل تأمل دیگر این که خداوند اصلاً ضعف را موجب حنث قسم نمی‌داند.

به عبارت دیگر ایوب فکر می‌کرد متعلق نذر صد تازیانه است ولی خدا می‌خواهد به او بفهماند ضعف نیز متعلق نذر است و از دو طریق می‌توان به نذر عمل کرد. یکی اجرای سوگند با صد تازیانه و دیگری ضعف. بنابراین کار ایوب (یعنی ضعف) موجب حنث نیست.

اما حيله‌ای که در داستان حضرت یوسف به کار رفته حيله مشروع بوده نه نامشروع، زیرا همان‌گونه که قبلاً اشاره شد این حيله را خداوند به او آموخت و این مسئله با توافق و طرح قبلی برادرش صورت گرفت. لذا مفسرین گفته‌اند: وقتی یوسف خود را به بنیامین معرفی کرد به او گفت: «انی ارید ان احبسک ههنا ولا سبیل الیه الا بهذه الحيله فان رضیت بها فلا مرلک». سپس برادرش راضی شد و حضرت یوسف متوسل به این حيله شد.^(۲) خداوند نیز در سوره یوسف آیه ۶۹ می‌فرماید: هنگامی که برادران بر یوسف وارد شدند حضرت یوسف برادرش (بنیامین) را نزد خود جای داد و گفت: «آئی اخوک و لاتبتئس بما کانوا یعملون».^(۳)

براساس این آیه حضرت یوسف قبل از اجرای این طرح خودش را به بنیامین معرفی کرد و با توافق یکدیگر و با طرح قبلی چنین نقشه‌ای را چیدند. نیز حضرت یوسف خود نسبت سرقت را به برادرانش نداد، بلکه متادی ندا داد: ای اهل قافله شما سارق هستید! و این به امر یوسف نبوده بلکه حضرت یوسف فقط دستور داد پیمانۀ

۱- زمخشری، الکشاف ج ۴ ص ۹۸، آلوسی، روح المعانی ج ۱۲ ص ۲۰۸.

۲- فخر رازی، التفسیر الکبیر ج ۱۷ ص ۱۷۹.

۳- من برادر تو هستم و از آنچه آنها می‌کنند غمگین مباش.

ملک را دربارشان بگذارند، ولی چون مأموران پیمانہ را نیافتند به برادران یوسف بدگمان شده و نسبت سرقت به آنان دادند.^(۱)

البته اگر هم بر فرض حضرت یوسف آنها را سارق خطاب کرده باشد دروغی مرتکب نشده است، چون آنها او را در کودکی دزدیده و به چاه افکندند.

به هر حال در این داستان اشاره شده که خداوند متعال به بنده مؤمنش امر مباح یا واجبی را الهام می‌کند تا به این وسیله او به مقصود حسن و نیکویش برسد. با توجه به این مطلب پاسخ آیه «و مکروا مکراً و مکروا مکراً و هم لایشعرون»^(۲) نیز روشن می‌شود، زیرا اصولاً منظور از کید و مکر الهی، کید مشروع است نه کیدی که موجب ابطال حق یا احیای باطل گردد. بنابراین کیدی که در این آیه مطرح است عبارت است از کید و مکر الهی نسبت به کسی که به انبیاء و پیامبران مکر و خدعه بورزد. این کید وسیله‌ای است برای یاری مظلوم و غلبه حق بر باطل.^(۳)

البته خداوند قادر است بدون مکر مخالفان و مکاران را مؤاخذه نماید، ولی با آنها به جنس عملشان برخورد می‌کند تا به این وسیله بندگان بداندیش مکر و کیدی که به واسطه آن مکر دشمنان دین خنثی شود، قبیح نیست.

پاسخ به دلیل دوم

اما درباره حدیثی که از رسول اکرم (ص) نقل شده باید گفت نهایت چیزی که روایت بر آن دلالت دارد این است که رسول اکرم (ص) به عامل خود در باغ خیبر راه صحیح معامله را نشان می‌دهد و آن این که نخست خرمای باغ را بفروشد سپس با ثمن آن خرمای مرغوب بخرد. روشن است که چنین معامله‌ای به مقتضای بیع صحیح بوده و

۱- فخر رازی، التفسیر الکبیر ج ۱۷ ص ۱۷۹.

۲- منمل / ۵۰.

۳- طبرسی، مجمع البیان ج ۷ ص ۲۲۷.

رسول اکرم (ص) نیز امر به بیع مشروع کرده است. در این حدیث هیچ دلالتی بر جواز عمل به مطلق حیل نیست، بلکه دلالت بر تحریم و بطلان حیل نامشروع دارد. نیز در حدیثی دیگر رسول اکرم (ص) بلال را منع کرد از این که یک مد خرما را به دو مد^(۱) خرما بفروشد، و فرمود: «لا تفعل، اوه، عین الرّبا»^(۲).

پاسخ به دلیل سوم

تعریضی که طرفداران حيله برای اثبات مشروعیت عمل به مطلق حیل به آن استدلال کرده‌اند، در صورتی جایز است که سبب اسقاط واجبات و تحلیل محرمات نباشد، بلکه موجب نجات مظلوم از دست ظالم و برای یاری حق و ابطال باطل باشد. مثلاً هنگامی که حضرت ابراهیم بتها را شکست، بت بزرگ را نشکست. وقتی مردم اعتراض کردند فرمود: بل فعله کبیرهم هذا ... و به این وسیله خواست به مشرکین بفهماند که بتها چیزی جز سنگ و چوب بی جان نبوده و مستحق عبادت و پرستش نیستند. از امام صادق (ع) در مورد این که حضرت ابراهیم فرمود: بل فعله کبیرهم .. روایت شده است که فرمود: «والله ما فعلوا و ما کذب ... ائما قال «بل فعله کبیرهم هذا» ارادة الاصلاح و دلالة على اَنهم لا یفعلون»^(۳). یعنی به خدا سوگند بتها دست به چنان کاری نزده بودند و ابراهیم نیز دروغ نگفت ... همانا ابراهیم این سخن را از آن جهت گفت که می‌خواست افکار آنها را اصلاح کند و به آنها بگوید که چنین کاری از بتها ساخته نیست.

۱- مد یک چهارم صاع و هر صاع تقریباً برابر با سه کیلو است. بنابراین مد تقریباً یک چارک است. مبادی فقه و اصول ص ۳۴۴.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۴۵. در کتاب متن حدیث همان است که نقل شد ولی به نظر می‌رسد بجای «اوه» کلمه «آه» صحیح‌تر باشد.

۳- کلینی، اصول کافی ج ۴ باب الکذب حدیث ۱۷ ص ۲۸ و ص ۲۹.

پس مقصود از تعریض جایز، تعریضی است که انجام آن واجب یا مستحب یا مباح باشد. این گونه معاریض و کنایه‌گویی‌ها که نوعی توریه مشروع است هیچ ربطی به حیلی که سبب سقوط واجبات و تحلیل محرمات گردد، ندارد.

ابن تیمیه گوید: تعریض در کلام نه جزء حیل است و نه از جنس حیل، چون معاریض به هنگام نیاز و حاجت و اضطرار آمده و یا در قسم برای رهایی مظلوم از چنگال ظالم از آن استفاده می‌شود.^(۱)

وی در جای دیگر گوید: تعریض عبارت از این است که انسان به کلامی جایز تکلم کرده و از آن معنای صحیحی را قصد نماید ولی دیگران گمانشان این باشد که او معنای دیگری را قصد کرده است. علت این توهم وجود لفظ مشترک بین دو معنای حقیقی لغوی یا عرفی یا شرعی، یا یکی لغوی و دیگری عرفی یا شرعی، و یا یکی عرفی و دیگری شرعی است. قصد متکلم یکی از این معانی می‌باشد ولی شنونده به دلیل غفلت یا جهل و... می‌پندارد که وی معنای دیگری را قصد کرده است. تعریض در صورتی جایز است که برای دفع ضرر بزرگتر و غیرمستحق باشد، اما اگر تعریض در کلام سبب کتمان حق گردد مثل کتمان توصیف مبیع یا کتمان توصیف زنی که می‌خواهد به ازدواج کسی درآید و... حرام است.^(۲)

پس تعریض در هر موردی که بیانش واجب باشد حرام است، زیرا نوعی تدلیس و کتمان حق است. مثل اقرار به حق که بیانش واجب بوده و تعریض در آن حرام است، اما هرچه که بیان آن حرام باشد تعریض در آن جایز و بلکه واجب است. مانند استفاده از تعریض در مورد کسی که قصد کشتن انسان بی‌گناهی را داشته و مخفیگاهش را می‌پرسند. هم چنین است اگر کسی به ضرر غیرمستحق متضرر شود در این مورد نیز

۱- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۷۹.

۲- همان ص ۱۲۰ و ۱۲۱.

جایز است که در سوگندش تعریض به کار برد.

ابن قیم گوید: کلام به کار رفته در تعریض، مقصود واقعی خود را در خود دارد، ولی چون احتمال معنای دیگر در آن می‌رود قصد متکلم برای شنونده معلوم نیست، اما در حيله شخص محتال از عقد چیزی را قصد می‌کند که شرعاً و عرفاً و حقیقتاً به مقتضای معنای آن نیست. هم‌چنین در تعریض، قصد انسان صحیح بوده و وسیله‌ای که از آن استفاده می‌کند مشروع است، ولی در حيله قصد شخص محتال امر حرام و نامشروع است و وسیله‌ای که مورد استفاده قرار می‌گیرد نیز باطل می‌باشد^(۱)

پاسخ به دلیل چهارم

به نظر همه فقهاء ملاک اعتبار و صحت عقد قصد و نیت است و بدون آن عقد صحیح نیست. همان‌طور که قبلاً گفته شد حدیث «أَمَّا يَحْلُلُ الْكَلَامَ وَيَحْرُمُ الْكَلَامَ» نیز دلالت بر عدم تأثیر و اعتبار قصد در عقد ندارد. به گفته شیخ انصاری^(۲) نهایت دلالت این حدیث آن است که عقد علاوه بر قصد باید مستند به کلام و لفظ باشد. به بیان دیگر مفاد روایت این نیست که الفاظ و کلمات فی نفسه و بدون لحاظ قصد انشاء معتبرند، بلکه به این معنا است که ارزش و اعتبار الفاظ در عقود به لحاظ کاشفیت و مبرزیت آن از قصد انشاء است و این هیچ دلالتی بر صحت عقد صوری ندارد. پس اگر نیت و قصد نامشروع باشد قطعاً عقد نیز باطل است هر چند که ظاهرش از لحاظ ارکان و شروط تمام باشد. مصداق بارز آن حرمت و بطلان «بیع العنب للخمر» است که می‌توان مشروعیت جهت معامله را از آن استفاده کرد.

نمونه دیگر: انجام عملی است مثل هبه یا تملیک مال به دیگران که به واسطه آن انسان

۱- ابن قیم، اغاثة اللّٰهفان من مصاید الشیطان ج ۲ ص ۱۰۶.

۲- شیخ انصاری، المکاسب ج ۱ ص ۲۴۳.

به قصد فرار از زکات کاری کند تا مالش به حد نصاب نرسد. بعضی از فقهاء حيله مزبور را پذيرفته‌اند^(۱)، اما به نظر بسيارى از فقهاء اماميه^(۲) و عامه^(۳) و نيز روايات^(۴) به دليل قصد نامشروع حيله مزبور جايز نيست.

فاضل نراقى^(۵) در مستند خود رواياتى نقل مى‌کند که به موجب آن کم کردن حد نصاب اگر به قصد فرار از زکات باشد، بى اثر بوده و زکات به اعتبار خود باقى است.

نتیجه بحث

از آنچه گفته شد بر مى آید که ادله اقامه شده بر بطلان حيله ناظر به حيل محرّمه و نامشروع است نه حيل مشروع و حلال. چنانچه ابن تیمیه^(۶) و ابن قیم^(۷) نیز

۱- از جمله: شيخ طوسى، التّهایه چاپ در سلسله الينابيع الفقهيّة ج ۵ ص ۱۱۴، علامه حلى، مختلف الشيعه ۱۷۳، شهيد ثانى، شرح لمعه ج ۲ ص ۲۶، نجفى، جواهر الکلام ج ۱۵ ص ۱۸۴.

۲- از جمله: فقه الرضا، چاپ در سلسله الينابيع الفقهيّة ج ۵ ص ۵، شيخ صدوق، المقنع چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۱۱، سيد مرتضى، جمل العلم والعمل چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۶۶، شيخ طوسى، الجمل والعقود چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۱۳۸، ابن براج، المهدب چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۱۶۵، ابن زهره، غنية چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۲۳۶، ابن حمزه، الوسيلة چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۲۵۰ و ۲۵۳، صهرشتى، اصباح الشيعه، چاپ در سلسله... ج ۵ ص ۲۶۳ و ۲۶۶، اصفهاني، وسيلة النّجاة ج ۱ ص ۱۵۶ و ۱۵۹.

۳- شاطبى، الموافقات ج ۲ ص ۲۶۹، ميدانى، اللباب فى شرح الكتاب ج ۲ ص ۱۱۸، ابن قدامه، المغنى ج ۲ ص ۲۸۵، زيلعى، تبين الحقايق ج ۵ ص ۱۹۳، قفال، حلية العلماء ج ۳ ص ۳۱، ابن قيم، اعلام الموقعين ج ۳ ص ۲۵۸ و ۲۶۰.

۴- شيخ حر عاملى، وسايل الشيعه ج ۶ باب ۵ از ابواب زكاة الذهب و الفضة حديث ۳ و باب ۱۱ حديث ۶.

۵- نراقى، مستند الشيعه ج ۲ ص ۱۲.

۶- ابن تیمیه، الفتاوى الكبرى ج ۶ ص ۱۷.

۷- ابن قيم، اعلام الموقعين ج ۳ ص ۱۷۲.

به آن اشاره کرده‌اند. همان‌گونه که محدث بحرانی^(۱) گفته است کسانی که بر حرمت و عدم صحت حيله حکم کرده‌اند منظورشان مطلق حيله نبوده بلکه مقصود حيل باطله و محرمه است. حيلي که نه تنها موجب رفع مفسده و نجات از مهلكه نمی‌شود، بلکه سبب نقض غرض، ابطال حق، اثبات باطل و مخالف اوامر و نواهی شارع مقدس است. بنابراین هیچ‌کس در صحت حيله مشروع تردیدی ندارد. چنانچه دلایل شیخ طوسی در مبسوط^(۲) و نیز سرخسی در مبسوط^(۳) در ارتباط با حيل مشروع است. هم‌چنین در بررسی ادله مخالفان و موافقان حيل نیز این نکته روشن شد که ادله مخالفان در ارتباط با بطلان حيله نامشروع بوده و ادله موافقان هم هیچ دلالتی بر صحت توسل به حيله نامشروع ندارد.

۱- محدث بحرانی، الحوادث الناضرة ج ۲۵ ص ۳۷۷.

۲- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسلة الینایع الفقهیه ج ۳۹ ص ۲۳۳.

۳- سرخسی، المبسوط ج ۳۰ ص ۲۰۹ و ۲۱۰.

بخش چهارم
حیل شرعیه در عقود

فصل اول

در بیع^(۱)

پیش از این اشاره شد که موضوع حیل به گفته «شهید ثانی»^(۲) باب گسترده‌ای در فقه است. در اینجا می‌کوشم به عقود که حیل به کار گرفته شده و یا توسط فقهاء مطرح گردیده، پرداخته و پیرامون صحّت یا سقم آن بحث و بررسی بعمل آورم.

گفتار اول - بیع عُربون

کلمه عَرَبُون و عُربون و عُربان^(۳) و بقول ابن قدامه^(۴) و شربینی^(۵) اربون به معنای

۱- بیع در لغت به معنای فروختن و خریدن آمده و در اصطلاح عبارت است از «ایجاب و قبولی که بر نقل ملک

در مقابل عوض معلوم دلالت کند.» شهید اول، اللمعة الدمشقية ص ۱۰۴.

۲- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۲ ص ۲۶.

۳- در لسان العرب ذیل ماده «عَرَبَ» ج ۱ هر سه صورت آمده است.

۴- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۶۰.

۵- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۷۱.

بیعانه و پیش بها است. در عربون شش لغت است وافصح عربون و عربون است. عربون لغت عجمی معرب است.^(۱)

بیع عربون عبارت است از این که شخصی چیزی را بخرد و مبلغی را به بایع بپردازد به این شرط که اگر مبیع مورد قبول وی بود آن مبلغ جزء ثمن محسوب شود و الاّ هبه و مال بایع باشد.^(۲) این حيله‌ای است از جانب بایع تا به این وسیله معامله را قطعی کرده و حق فسخ معامله را از مشتری بگیرد.

به نظر فقهای مالکی^(۳) و شافعی^(۴) و حنفی^(۵) بیع عربون باطل است، زیرا علاوه بر حدیث نبوی: نهی التبی (ص) عن بیع العربان^(۶)، در این بیع برای بایع چیزی شرط شده که بدون عوض است، و این نوعی اکل مال به باطل بوده و حرام است. هم چنین شرطی که در بیع عربون برای بایع می شود به منزله خیار مجهول است، چون در آن شرط شده که برای مشتری ردّ مبیع ثابت باشد بدون این که مدت آن ذکر شود، و این باطل است.

احمد بن حنبل^(۷) این بیع را صحیح می داند و دلیلش روایت زید بن اسلم است که در آن آمده: «سئل رسول الله عن العربان فی البیع فاحله»^(۸)

۱- نووی، المجموع ج ۹ ص ۴۰۷، دکتر زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۴۴۸.

۲- ابن قدامه، المغنی، ج ۶ ص ۱۶۰. شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۹، نووی، المجموع شرح المذهب ج ۹ ص ۴۰۸، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۱۶۱.

۳- دردری، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ۳ ص ۵۶ و ۵۷ و ۶۳، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۱۶۱، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۷۱.

۴- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۹، نووی، المجموع ج ۹ ص ۴۰۸، رملی، نهاية المحتاج ج ۳ ص ۴۵۹.

۵- ابن قدامه، المغنی، ج ۶ ص ۱۶۰، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۴۴۹.

۶- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۱۵۳، مالک، الموطأ ج ۲ ص ۶۰۹.

۷- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۱۶۰، شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۱۵۳، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۲ ص ۳۸۹.

۸- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۱۵۳.

به نظر شوکانی^(۱) این حدیث مرسل بوده و در سند آن شخصی است به نام ابراهیم بن یحیی که از لحاظ وثاقت ضعیف است. نیز جمهور فقهاء این بیع را باطل دانستند.

به نظر علمای امامیه چنانچه در کتاب تذکرة^(۲) و مختلف الشیعه^(۳) و الحدائق الناضرة^(۴) آمده: بیع عربون صحیح است و خود عربون جزئی از ثمن محسوب می شود، ولی هرگاه مشتری از پرداخت ثمن امتناع و بایع عقد را فسخ کند، بر وی واجب است که عربون را به مشتری رد نماید، زیرا در روایت آمده که علی (ع) فرمود: «لایجوز بیع العربون الا ان یكون هذا من الثمن»^(۵). ابن جنید معتقد است اگر مشتری ثمن را نپرداخت و معامله بهم خورد به دلیل «المؤمنون عند شروطهم» بر او واجب است عربون را به بایع رد کند. به نظر علامه حلی منظور از شرط در این حدیث، شرط جایز است، ولی شرط در بیع عربون شرط باطل بوده و حدیث فوق دالالتی بر آن ندارد.^(۶)

در واقع عربون از آن جهت که به عنوان جزئی از ثمن مبیع قرار می گیرد در صورت فسخ معامله، گرفتن آن توسط بایع غیر مشروع و مصداق اکل مال به باطل است، اما اگر عربون بخشی از ثمن نباشد و جداگانه به عنوان شرط ضمن عقد بیاید اشکال ندارد. به این معنا بایع شرط کند در صورتی که معامله توسط مشتری فسخ شد او فلان مبلغ را بپردازد، این شرط جایز بوده و موجب ابطال عقد نمی گردد.

۱- همان.

۲- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۱ کتاب بیع ص ۵۸۶.

۳- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۰۰.

۴- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۰ ص ۹۹.

۵- ملا محسن فیض الوافی ج ۳ ص ۶۵ باب ۷۳ از ابواب احکام التجارة، شیخ صدوق من لایحضره الفقیه ج ۳ ص ۱۹۸.

۶- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۰۰.

گفتار دوم - بیع مرابحه

بیع مرابحه بیعی است که فروشنده کالا را به بیش از مبلغی که خریده است بفروشد. در این نوع معامله، باید مبلغی که کالا بدان خریداری شده و سودی که فروشنده می‌خواهد ببرد برای فروشنده و خریدار معلوم باشد.^(۱)

اگر کسی در بیع مرابحه برای این که مبیع را به قیمت بیشتری بفروش رساند متوسل به حيله‌ای شود و مالش را به عقد صوری به فرزند یا زنش به قیمت بیشتری بفروشد. سپس همان مال را از او بخرد و به هنگام فروش همان قیمت ساختگی را به دیگری اِخبار بدهد. به نظر بسیاری از فقهاء^(۲) این معامله به دلیل خیانت و تدلیس بایع حرام بوده و برای مشتری حق خیار ثابت است هرگاه بدان عالم شود.

به نظر شهید ثانی معامله صحیح است اما بایع معصیت کرده و مشتری بعد از علم به واقعه و اطلاع از عمل بایع بین ردّ معامله یا پذیرش آن و قبول همان ثمن مخیر است. البته به نظر شهید ثانی اگر معامله مذکور بیع حقیقی باشد نه صوری و براساس مواطاة و حيله، صحیح است و مشتری حق خیار ندارد. به این معنا اگر بایع متاعش را به بیع حقیقی به فرزند یا زنش بفروشد و آن را بدون هیچ گونه تبانی و حيله‌ای به ثمن متعارف بخرد، در این صورت می‌تواند همان قیمتی را که خریده به دیگری اِخبار بدهد، چون مانعی که در فرض قبلی بوده در اینجا منتفی است. وانگهی مجرد فروختن متاع به فرزند یا زن یا خادم بدون قصد خدعه و نیرنگ اشکالی نداشته و در مقام اِخبار، بایع می‌تواند

۱- دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۲۶۵.

۲- از جمله: شیخ طوسی در مبسوط چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۳۵ ص ۲۱۸، صهرشتی در اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۶۵، محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۹۵، علامه حلی در تلخیص المرام چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۳۴۷، شهید اول در الدروس چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۳۷۳، محقق کرکی در جامع المقاصد ج ۴ ص ۲۶۲، شیخ محمد حسن نجفی در جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۱۶.

همان ثمنی را که به آنها داده مناط و ملاک معامله قرار بدهد.^(۱)
 به نظر فقهای عامه^(۲) نیز این معامله اگر از روی حيله باشد صحيح نبوده و برای
 مشتری حق خيار فسخ معامله ثابت است و آن را «خيار خیانت» گویند.

حيله در زکات

به هر حال علت عدم نفوذ و لزوم چنین بيعی، انجام معامله‌ای صوری و فروش مبیع
 به قیمت گزاف به دیگری براساس تبانی و حيله با خریدار برای رسیدن به مقصود
 غیر شرعی است. نظیر چنین حيله‌ای به گونه دیگر ممکن است در زکات جهت فرار از آن
 نیز به کار گرفته شود به این که کسی برای فرار از پرداخت وجوهی که از بابت خمس و
 زکات بر ذمه او تعلق گرفته، متاع کم ارزشی را به شخص فقیری که استحقاق دریافت
 این وجوه را دارد، به قیمت گزافی بفروشد. آنگاه پولی که این فقیر باید از بابت ثمن
 بپردازد، از او نگرفته و او را ابراء نماید و به عنوان زکات حساب کند. در این صورت
 ظاهراً مال به حد نصاب رسیده و زکات به آن تعلق می‌گیرد. به نظر صاحب جواهر^(۳) و
 سید محمد کاظم یزدی^(۴) این حيله که در واقع برای فرار از زکات است از آنجایی که
 صوری و موجب تجاوز به تکلیف پرداخت زکات محسوب می‌شود، باطل است.

استاد محمد جواد مغنیه^(۵) در ارتباط با این گونه حیل گوید: آیا واقعاً می‌توان با
 این گونه اعمال صوری وجوب زکات را ساقط دانست؟ آیا چنین نیّتی که مالک دارد

۱- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۴۳۲.

۲- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۳۲ و ۱۳۳، میدان، اللباب فی شرح الکتاب ج ۱ ص ۲۶۱، دردیر، الشرح الکبیر
 مع حاشیه الدسوقی ج ۳ ص ۱۴۸، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۷۹، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۲۸۹ و ۲۹۰.

۳- نجفی، جواهر الکلام ج ۳۲ ص ۲۰۳.

۴- یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۳۴۵.

۵- مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۲ ص ۱۰۱.

با قصد قربتی که شرط صحت زکات است، منافات ندارد؟ آیا حکم به جواز زکات در این گونه موارد با فرموده رسول اکرم (ص) که: «لَوْ انْفَقَتِ الْحَقُوقُ عَلَى مُسْتَحَقِّهَا لَمَا بَقِيَ فَقِيرٌ» منافات ندارد؟ آیا حکم به جواز زکات در این صورت جز بدبختی برای فقیر و ازدیاد ثروت و مال برای غنی چیز دیگری به دنبال دارد؟

آنچه به نظر می‌رسد این که حيله مزبور در مورد زکات مشروعیت ندارد، زیرا اولاً معامله اول جدی نبوده و صوری است. ثانیاً معامله (یعنی فروش مال کم ارزش به قیمت گزاف) سَفَهی محسوب می‌شود و معامله سَفَهی باطل است. ثالثاً بر فرض که معامله اول درست باشد ولی نتیجه آن این است که زکات و خمس که خداوند در اموال اغنیاء قرار داد، با توسل به این گونه حیل از بین برود.

گفتار سوم - بیع نجش

نَجَش یا نَجَش در لغت برانگیختن شکار را گویند^(۱) و در اصطلاح به معنای زیادت در بیع است. به این معنا که انسان برای ترغیب دیگران به خریدن بدون این که خود قصد خریدن داشته باشد قیمت کالا را زیاد کند^(۲). خواه قبلاً با بائع تبانی و توافق کرده باشد یا نه. به نظر فقهای امامیه^(۳) بیع نجش چون موجب غش، خدعه، تدلیس و نیز سبب

۱- ابن منظور، لسان العرب ذیل ماده نجش ج ۶، طریحی، مجمع البحرین ج ۳ ص ۱۵۴، فیومی، مصباح المنیر ج ۲ ص ۸۱۵.

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۷۵، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۷، فقال، حلیه العلماء ج ۴ ص ۳۰۵ و ۳۰۶، مالک، الموطأ ج ۲ ص ۶۸۴.

۳- شیخ طوسی، المبسوط، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیّه ج ۳۵ ص ۲۳۶، شیخ طوسی، الخلاف، چاپ در سلسله ... ج ۳۵ کتاب بیوع مسئله ۲۸۰ ص ۱۱۶، ابن ادریس، السرایر، چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۲۸۸، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۱۰، هذلی، جامع الشرایع چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۴۷۸، علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۶۴، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۲۹۸، محقق ←

اغراء به جهل و اضرار می‌باشد، حرام است ولی عقد باطل نبوده و برای مشتری
خیار ثابت است. دلیل آن حدیث معروف نبوی است که فرمود: «لاتناجشوا». از فقهای
امامیه ابن جنید بیع نجش را به طور کلی باطل می‌داند.^(۱)

در فقه عامّه نیز بیع نجش به دلیل این‌که متضمّن خدعه و تدلیس است، حرام بوده و
برای مشتری حق خیار ثابت است،^(۲) امّا فقهای حنفی^(۳) آن را مکروه می‌دانند ولی بایع
به واسطه خدعه و فریب نسبت به مشتری گناهکار است.

گفتار چهارم - بیع تصریه

تصریه در لغت به معنای جمع و حبس کردن است^(۴). در اصطلاح فقهاء^(۵) ندوشیدن
گوسفند، گاو و شتری است که می‌خواهد بفروشد، تا شیر در پستان آن جمع شده و
پر شیر نماید و به قیمت گران بفروشد. خریدار نیز فریب خورده و گمان کند که همیشه

→ حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۷۵، محقق حلی، مختصر النافع ص ۱۲۰، شهید اول، الدروس چاپ در سلسله ...
ج ۳۵ ص ۴۰۶، شیخ انصاری، المکاسب ج ۱ ص ۴۵۶، بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۸ ص ۴۳، آیه الله نجفی،
جواهر الکلام ج ۲۲ ص ۴۷۶، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۴ ص ۴۰، حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴
ص ۱۰۶ و ۱۰۷.

۱- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۴۶.

۲- ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۱۶۵ و ۱۶۶، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۷۵، دردیر، الشرح الكبير مع
حاشیة الدسوقي ج ۳ ص ۶۰ و ۶۱، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۷، ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۱۴۸ و ۲۲۴
و ۲۲۵، ابن حزم، المحلّی ج ۸ ص ۴۴۸.

۳- زیلعی، تبیین الحقائق ج ۴ ص ۶۷، فقّال، حلیة العلماء ج ۴ ص ۳۰۶، مرغینانی، الهدایة شرح بدایة المبتدی
ج ۳ ص ۴۰.

۴- ابن منظور، لسان العرب ج ۷ ص ۳۳۷.

۵- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۴ ص ۳۴۷.

حیوان شیر فراوان در پستان دارد و به خرید آن رغبت نماید. به نظر فقهاء امامیه^(۱) و عامه^(۲) تصریه نوعی تدلیس بوده و به اجماع فقهاء و نیز روایات^(۳) حرام است. در این صورت خریدار اختیار فسخ معامله را دارد و این را خیار تدلیس گویند، مگر در صورتی که مشتری عالم به تصریه باشد که در این صورت حق خیار برای او ثابت نیست.^(۴)

گفتار پنجم - بیع تلجئه

بیع «تلجئه» (به فتح تاء و سکون لام و کسر جیم و فتح همزه) یا «مواضعة» یا «عقد الامانة» یا «عقد التواطؤ»^(۵) بیع صوری و ظاهری است که به منظور دفع شر و ستم ظالم انجام می شود.

به عبارت دیگر: بیعی است صوری (و نه واقعی) که فروشنده با روش «تبانی با دیگری» و برای دفع ضرر مالی غیر مستحق بر مال خود انجام می دهد.^(۶) به نظر فقهای امامیه^(۷) چون طرفین به خصوص بایع قصد بیع واقعی را ندارند،

۱- از جمله: شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسله البناهیات الفقهیه ج ۱۳ ص ۲۸، شیخ طوسی، النهایة چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۹۱، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۹۱، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۵۴۰، محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۵ ص ۱۱۳.

۲- از جمله: شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۶۳، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۱۷۴، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۰۳، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۲۸۲، قفال، حلیة العلماء ج ۴ ص ۲۲۵.

۳- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۲۱۴.

۴- صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۵۹.

۵- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۱۵۰، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۶، زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته ج ۴ ص ۱۹۳.

۶- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۱ کتاب بیع ص ۵۸۶، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله البناهیات الفقهیه، ج ۱۴ ص ۵۰۱، ابن تیمیة، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۶۲ و ۶۳، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۵۰، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۶، زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته ج ۴ ص ۱۹۳.

۷- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۱ کتاب بیع ص ۵۸۶، شهید اول، الدروس چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۴۰۶، ←

معامله نیز جنبه صوری داشته و تنها برای رهایی از ظلم ظالم است، این بیع باطل بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نیست.

از فقهاء عامه حنابله^(۱) و حنفیه^(۲) قایل به بطلان آنند، زیرا متعاقدين در این معامله قصد بیع حقیقی را ندارند. مثل موردی که دو نفر بخواهند از روی هزل و شوخی عقدی منعقد کنند.^(۳) به نظر فقهای شافعی بیع تلجئه صحیح است. زیرا معامله با تمام ارکان و شروطش تحقق یافته هرچند که خالی از قصد باشد.^(۴)

به نظر می رسد همان طوری که مشهور فقهاء گفته اند بیع تلجئه به دلیل فقدان انشاء و صوری بودن از اساس و پایه مخدوش بوده و منشأ اثر نیست، حتی متعاقدين نیز به این نکته کاملاً توجه داشته و مقصودشان بیع واقعی نیست.

گفتار ششم - بیع عینه

از جمله حیلی که برای فرار از ربا به کار می رود، بیع عینه است.^(۵) کلمه «عینه» (به کسر عین و سکون یاء و فتح نون) از ماده «عین» و به معنای مال نقد حاضر است. از آنجایی که در بیع عینه شخص چیزی را می خرد تا آن را نقداً و به کمتر از مبلغ

→ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۱۴۵.

۱- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۱۵۰، ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۶۶.

۲- زبلی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۱۹۹، ابن عابدین، حاشیه رد المحتار علی الدر المختار ج ۴ ص ۲۴۴.

۳- هزل اعم از تلجئه است. زیرا ممکن است در هزل، شخص در انعقاد عقد مضطر نباشد، ولی تلجئه فقط در صورت اضطرار است. ولی بعضی ها از جمله ابن عابدین از فقهای حنفی معتقد است که در اصطلاح فرقی بین هزل و تلجئه نیست. زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۱۹۴ پاورقی.

۴- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۶، نووی، المجموع شرح المذهب ج ۹ ص ۴۰۵ و ۴۰۶.

۵- بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۰ ص ۹۴ و ۹۵.

خریداری شده به بایع بفروشد، آن را «عینه» نامیده‌اند.^(۱)

به این ترتیب که بدهکار برای فرار از ربا کالایی را به نسیه از طلبکار (که در حقیقت مقرض است) می‌خرد، سپس آن را به کمتر از ثمن معامله اول و به نقد به او می‌فروشد تا دینش را اداء کند، یا این که طلبکار (مقرض) متاعی را به بهای مدت‌دار به بدهکار (مقترض) می‌فروشد، سپس همان را به کمتر از قیمت اول و نقداً از او می‌خرد.

بیع عینه یک معامله صوری و ظاهری بوده و مبنای آن دو معامله پی در پی و مشروط به یکدیگر است. به این معنا که کسی مبلغ هزار تومان قرض بگیرد ولی مقرض دویست تومان مطالبه نفع می‌کند. برای این که به ظاهر از ربا فرار کنند، مقترض چاقویی را مثلاً به مبلغ هزار تومان به مقرض بطور نقد می‌فروشد. سپس همان چاقو را مقرض به مبلغ هزار و دویست تومان نسیه به مقترض می‌فروشد. به این ترتیب وام دهنده به سود موردنظر خود نایل می‌شود.

نکته قابل توجه این که در اینجا مقرض به این شرط چاقو را از مقرض می‌خرد که او مجدداً همان را به مبلغ بیشتر از وی بخرد. بنابراین در بیع مذکور مقصود اصلی طرفین، معامله چاقو نیست بلکه برای فرار از ربا به آن متوسل می‌شوند.

به نظر مشهور فقهای امامیه^(۲) بیع عینه صحیح است و به گفته

۱- ابن‌ادریس، السرایر چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۴ ص ۳۹۳، شهیداول، الذّروس چاپ در سلسله... ج ۳۵ ص ۳۶۲، بحرانی، الحدائق النّاصرة ج ۲۰ ص ۹۳، طریحی، مجمع البحرین ج ۶ ص ۲۶۶، شرتونی، اقرب الموارد ج ۲ ص ۱۰۷، ابن‌قدمه، المغنی، ج ۴ ص ۱۲۷ و ۱۲۸، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۹.

۲- از جمله: شیخ طوسی در النّهایة چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۳ ص ۸۸، محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۸۰ و ۲۹۵، علامه حلی در تلخیص المرام چاپ در سلسله... ج ۳۵ ص ۳۳۹ و قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۱۴ ص ۵۲۸، شهید ثانی در شرح لمعه ج ۳ ص ۵۱۵، محقق کرکی در جامع المقاصد ج ۴ ص ۲۶۲، محدث بحرانی در الحدائق ج ۱۹ ص ۱۲۷ و ۱۲۸ و ج ۲۰ ص ۱۹۳، شیخ انصاری در المکاسب ج ۳ ص ۹۳، ←

صاحب جواهر^(۱) هیچ کس در آن اختلافی ندارد در صورتی که بیع اول مشروط به بیع دوم نباشد، اما اگر بایع از ابتداء با مشتری شرط کند که پس از خریدن، متاع را به وی بفروشد، نظر مشهور بطلان آن است. صاحب مفتاح الکرامه نیز بر آن ادعای اجماع کرده است.^(۲) آیه الله اصفهانی گوید: اگر کسی برای اداء دینش از مقرض چیزی را مدت دار بخرد، سپس آن را نقداً و به قیمت کمتر به او بفروشد، در صورتی که در بیع اول و از ابتدا شرط باز خرید نشده باشد معامله صحیح است و الاً بتأیر قول مشهور شرط فاسد بوده و معامله باطل است.^(۳)

دلیل بر بطلان شرط در بیع عینه روایاتی است که در این مورد وارد شده از جمله روایت حمیری در قرب الاسناد از علی بن جعفر که گوید: «سألت اخي موسى (ع) عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم نقداً، أيحل؟ قال (ع): ادا لم يشترط ورضيا فلا بأس.»^(۴)

حسین بن منذر گوید: به امام صادق (ع) گفتم: «يجيء الرجل فيطلب العينه، فاشترى له المتاع من اجله، ثم ابيعه آياه، ثم اشتره منه مكانى؟ فقال (ع) اذا كان بالخيار ان شاء باع وإن شاء لم يبيع، وكنت انت بالخيار ان شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري، فلا بأس.»^(۵)

→ سید جواد حسینی عاملی در مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۴۹۶، آیت الله العظمی نجفی در جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۱۰۸ تا ۱۱۰.

۱- آیه الله العظمی نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۱۰۸.

۲- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۴۹۶.

۳- سید ابوالحسن موسوی اصفهانی، وسیله النجاة ج ۲ ص ۲۹ و ص ۳۰.

۴- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۵ از ابواب احکام عقود حدیث ۶.

۵- همان، حدیث ۴، به این معنا اگر بیع دوم به گونه ای باشد که خریدار در فروش یا عدم فروش آن مختار باشد و فروشنده نیز در خرید یا عدم خرید آن اختیار داشته باشد معامله صحیح است.

علامه حلی^(۱) علت بطلان آن را لزوم دور دانسته است. به این معنا که انتقال مبیع از ملک بایع به ملک مشتری متوقف است بر حصول شرط و حصول شرط نیز متوقف است بر انتقال ملک به بایع.

استاد مغنیه در توضیح دلیل دور گوید: شرط بازخريد در بيع عینه مستلزم محال است، چون معنا و مفهوم آن این است که مشتری مالک مبیع نشود مگر این که آن را بایع برگرداند. در حقیقت مفهوم این شرط این است که کسی بگوید: این جنس را به تو نمی دهم مگر این که آن را به من بدهی.^(۲)

البته به نظر صاحب الحقائق اصلاً لزومی ندارد که ما در بطلان این شرط به دور تمسک بجوئیم، بلکه همین قدر کافی است که بگوئیم روایات چنین شرطی را باطل می دانند.^(۳)

شهید اول در دروس^(۴) در ارتباط با بطلان شرط در بيع عینه استدلال دیگری را مطرح کرده به این که با این شرط بایع واقعاً قصد بيع و اخراج ملک از ملکیت خود را نداشته و رابطه مالکیت خود بر این مال را از بین نبرده است. به نظر شهید ثانی هر دو استدلال قابل خدشه است:

اما دليل دور: باید گفت که «اصل مالکیت» مشتری در بيع اول معلق به شرط بازخريد (یعنی بيع دوم) نشده تا مستلزم دور باشد، بلکه «لزوم و ثبوتش» متوقف بر شرط است. پس صورت قضیه چنین است: لزوم بيع اول متوقف است بر بيع دوم و بيع دوم متوقف است بر بيع اول. در نتیجه متوقّف (لزوم بيع اول) غیر از متوقّف علیه (بيع اول)

۱- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۱۴ ص ۵۴۹، علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱ کتاب بيع ص ۵۴۶.

۲- مغنیه، فقه امام جعفر الصادق (ع) ج ۳ ص ۱۷۷ و ۲۴۳.

۳- بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۹ ص ۱۲۸.

۴- شهید اول، الدروس چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۳۵ ص ۳۷۱.

است و این دور نیست تا اشکالی به دنبال داشته باشد.

وی گوید: نقل مبیع از ملک مشتری به ملک بایع به واسطه بیع دوم خود قرینه روشنی است بر این که مبیع قبلاً به تملک مشتری درآمده است. بنابراین نهایت چیزی که از شرط استفاده می شود این است که تملک بایع در بیع دوم بر تملک مشتری در بیع اول متوقف است، ولی این که تملک مشتری نیز موقوف بر تملک بایع باشد، از شرط استفاده نمی شود.

وی سپس می افزاید: اگر شرط مزبور مستلزم دور باشد پس در بقیه موارد که بیع دوم در معامله شرط می شود، نیز مستلزم همین محذور بوده و در نتیجه نباید هیچ شرطی صحیح باشد. به خصوص اگر شرط بیع دوم به غیر بایع باشد. مثلاً بایع به مشتری بگوید: این کالا را به تو می فروشم مشروط بر این که تو نیز آن را به زید بفروشی. در حالی که اجماع فقهاء بر این است که شرط مزبور صحیح بوده و هر دو بیع نافذ است.

اما دلیلی که شهید اول مطرح کرده، نیز ضعیف است، زیرا چه بسا غرض بایع ممکن است این باشد که ابتداء مشتری مالک شود، سپس او آن را از طریق خریدن از مشتری تملک کند و این امر (یعنی ملکیت خود را مترتب بر مالکیت مشتری نمودن) دلالت ندارد بر این که وی قصد بیع نداشته تا در نتیجه عقد باطل باشد، بلکه باید گفت: اصولاً شرط انتقال مبیع از مشتری به بایع به واسطه عقد دوم لازمه اش این است که در عقد اول قصد نقل و انتقال تحقق پیدا کند، چون انتقال دوم متوقف بر انتقال اول است و کسی که قصد انتقال نداشته باشد نمی تواند چنین شرطی را بکند.^(۱)

به نظر می رسد اشکال شهید ثانی بر استدلال شهید اول در صورتی وارد است که معامله به نحو صوری و به قصد ربا صورت نگرفته باشد. در این مورد اثر شرط باز خرید با اثر عقد بیع اول باهم قابل جمع بوده و هیچ گونه منافاتی بین آن دو نیست، زیرا مقتضای

ذات عقد بیع آن است که مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن شود و شرط بازخرید این مقتضا را سلب نمی‌کند. نهایت این که مشتری براساس شرط بازخرید به نحو تعهد تبعی ملتزم می‌شود که مبیع را به بایع بفروشد. به خصوص این که در مواردی بر چنین شرطی فایده عقلایی نیز مترتب است. مثلاً دولت ماشین آلات کشاورزی را به کسی می‌فروشد به شرط این که بعد از استفاده از آن به او بفروشد و فایده آن این است که اگر مبیع تلف شد ضمانت آن برعهده خریدار است. حال اگر معامله به نحو صوری و به منظور رباخواری انجام پذیرد در این صورت استدلال شهید اول قوی می‌نماید. به ویژه این که غالباً بیع عینه با شرط بازخرید در موردی می‌باشد که بایع اول که در حقیقت مقرض است قصدش رباخواری است. بنابراین با اندکی دقت می‌توان دریافت هنگامی که بایع در بیع عینه شرط بازخرید می‌کند، در حقیقت به طور صوری و ظاهری بیع اول را منعقد کرده و به هیچ وجه قصد تملیک مبیع به مشتری را ندارد. چنانچه شهید ثانی در پایان بحث به این مسئله اشاره دارد.

آنچه به نظر می‌رسد این که شرط بازخرید در بیع به تنهایی باطل نیست، زیرا نه مستلزم دور است و نه منافاتی با مقتضای عقد بیع دارد و قصد بیع نیز در آن وجود دارد بلکه تحقق بطلان شرط بازخرید در مورد بیع عینه است. آنچه از مجموع روایات می‌توان استنباط کرد این که علت بطلان شرط بازخرید در بیع عینه به دلیل تحقق ربا و انجام معامله‌ای صوری برای فرار از ربا است. به خصوص این که غالباً این گونه معاملات همان طوری که گفته شد در موردی است که طلبکار برای گرفتن سود مورد نظر از بدهکار انجام می‌دهد. چنانچه در تعریفات جرجانی آمده: «بیع عینه عبارت از این است که شخصی از کسی تقاضای قرض کند اما او به جای قرض الحسنه، جنسی را به قیمت بالاتر به او بفروشد.»^(۱)

تهانوی نیز در توضیح «بیع العینه» گوید: «بیع العینه آن که شخصی از کسی ده درهم وام طلب کند اما او به علت سودجویی بگوید که من به جای پول پیراهنی را که در بازار ده درهم قیمت دارد به دوازده درهم به تو می فروشم. پس از این معامله، خریدار پیراهن مزبور را به ده درهم می فروشد و در نتیجه وام خود را به دست آورده و دو درهم سود به بازاری رسانده است. بعضی صورت این بیع را چنین بیان داشته اند که وام دهنده، پیراهن را به مبلغ دوازده درهم به متقاضی وام می فروشد. سپس شخص ثالث مجدداً پیراهن را به مبلغ ده درهم به صاحب اولی آن می فروشد و ده درهم را که از او می گیرد به متقاضی وام می دهد. در نتیجه متقاضی به مطلوب خود رسیده و وام دهنده (مقرض) که به ظاهر بایع محسوب می شود، دو درهم سود برده است.»^(۱)

بعضی از فقهاء نیز بیع عینه به شرط بازخرید را در موردی دانسته اند که زمان پرداخت دین فرا رسیده ولی وام گیرنده در اداء آن عاجز باشد. از این رو وام دهنده کالایی را به وام گیرنده به صورت مدت دار می فروشد آنگاه همان جنس را به قیمتی کمتر و به نقد از او می خرد تا به این وسیله بدهکار دینش را اداء کند^(۲)، و طلبکار نیز به سود مورد نظرش دست یابد^(۳). به نظر شیخ طوسی هرگاه طلبکار در انجام معامله مزبور، شرط بازخرید نکند و مدیون جهت اداء قرضش بتواند مال را به دیگری بفروشد، اشکالی ندارد.^(۴)

به هر حال همان گونه که محقق کرکی گفته است در مورد عدم جواز شرط بازخرید در بیع عینه بین فقهاء امامیه هیچ اختلاف نظری نیست و همه بالاتفاق قائل به بطلان

۱- تهانوی، کشف اصطلاحات الفنون ج ۱ ص ۳۵۶.

۲- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله البناهیع الفقهیه ج ۱۴ ص ۳۹۳ و ۳۹۴، محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۰ ص ۹۳، ابوجیب، القاموس الفقهیه ص ۲۷۰.

۳- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۲۰۷، زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته ج ۴ ص ۴۶۷، ابوجیب، القاموس الفقهیه ص ۲۷۰.

۴- شیخ طوسی، الاستبصار ج ۳ ص ۸۰.

آن هستند.^(۱) روایاتی^(۲) که دلالت بر جواز چنین بیعی دارد، در صورتی است که در آن شرط بازخرید توسط بایع نشود و الاً جائز نیست.

در بعضی از روایات به دلیل تحقق ربا در صحت چنین معامله‌ای اشکال شده است. مثل روایت یونس شیبانی که گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: هرگاه کسی چیزی را به دیگری بفروشد و هر دو بدانند که این معامله صوری است و به زودی فروشنده به خریدار مراجعه کرده و آن را از او می‌خرد، آیا چنین معامله‌ای صحیح است؟ امام فرمودند: یا یونس ان رسول الله (ص) قال لجابر بن عبد الله، کیف انت اذا ظهر الجور و اورثهم الذل؟ قال: فقال له جابر: لا بقیث الی ذالک الزمان، و متی یکون ذلک بابی انت و امی؟ قال (ع): اذا ظهر الربا یا یونس و هذا الربا فان لم تشتتره رده عليك. قال: قلت: نعم، قال (ع): لا تقریته فلا تقریته.^(۳)

علمای عامه^(۴) نیز در مورد بطلان شرط بازخرید در بیع عینه با علمای امامیه وحدت نظر دارند. حتی بعضی از آنان بازخرید را اگر همراه با شرط هم نباشد، باطل می‌دانند. از جمله ابن قدامه گوید: «اگر کسی متاعی را به نسیه بفروشد، جایز نیست آن را به کمتر از ثمنی که فروخته بخرد.» وی نظر مزبور را عقیده اکثر

۱- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۴ ص ۲۶۲.

۲- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۵ از ابواب احکام عقود حدیث ۴ و ۶.

۳- همان، حدیث ۵، شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۱۹. یعنی: یا یونس همانا رسول الله (ص) به جابر بن عبد الله فرمود: چگونه‌ای هرگاه جور و ستم در جامعه آشکار شود و ذلت و بدبختی میرانشان گردد؟ امام (ع) فرمود: جابر به رسول اکرم (ص) عرض کرد آیا تا آن زمان زنده‌ام؟ پدر و مادرم فدایت باد آن چه زمانی است؟ رسول اکرم (ص) فرمود: این در زمانی است که ربا در جامعه آشکار گردد. یا یونس این معامله ربا است و تو آن را انجام نده. یونس گوید: گفتم بله. امام (ع) فرمود: بدان نزدیک نشو، پس بدان نزدیک نشو.

۴- ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۱۴۰ و ۱۴۱، زیلعی، تبیین الحقائق ج ۴ ص ۵۳ و ۵۴، ابن حزم، المحلی ج ۹ ص ۴۷، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۲۷، دردیر، الشرح الكبير مع حاشیة الدسوقي ج ۳ ص ۷۹.

اهل علم از جمله احمد و مالک و اصحاب رأی می‌داند.^(۱)

دلیل بر حرمت آن روایتی است از رسول اکرم (ص) که فرمود: «اذا ضَنَّ النَّاسُ بِالْدينَارِ والدِّرْهَمِ وَتَبَاعُوا بِالْعَيْنَةِ ... انزل الله عليهم بلاءاً، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم.»^(۲) یعنی: زمانی که مردم به دینار و درهم بخل بورزند و با آنها معامله عینه کنند... خداوند بر آنها بلائی نازل می‌کند، و این بلاء باقی می‌ماند تا این که به دین خود بازگشت نمایند.^(۳)

نیز از یونس بن ابی اسحاق و او از مادرش عالیه بنت انفع (ایفغ) نقل کرده که ام ولد زید بن ارقم به عاشیه گفت: من به زید بن ارقم غلامی به هشتصد درهم فروختم، سپس آن را به ششصد درهم خریدم، عاشیه به وی گفت: بش ما شریعت و بش ما اشتريت، ابلغی زید بن ارقم انه قد ابطال جهاده مع رسول الله (ص) الا ان يتوب.^(۴)

در میان علمای عامه فقط شافعی^(۵) است که بیع عینه را تجویز کرده است. به نظر وی حدیث فوق ثابت نبوده و ضعیف است.^(۶) به علاوه مشتری با قبض مبیع مالک آن می‌شود. پس فروش آن به بایع به هر مقدار از ثمن جایز است. چنان که بایع می‌تواند آن را

۱- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۲۷.

۲- مسند احمد بن حنبل ج ۲ ص ۲۸، شاطبی، الموافقات ج ۲ ص ۲۶۸.

۳- در روایت دیگر آمده که رسول اکرم (ص) فرمود: کسی که بیع عینه انجام بدهد خداوند بدبختی بر او مسلط کند مگر این که دست از آن بردارد و به دین خود بازگردد - ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۲۷.

۴- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۱۲۷، زیلعی، تبیین الحقائق ج ۴ ص ۵۳ و ۵۴، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۱۴۱.

۵- شافعی، الام ج ۳ ص ۷۸، نووی، المجموع شرح المذهب ج ۱۲ ص ۸۲.

۶- ابن حزم نیز معتقد است این روایت ضعیف است. چون عالیه زن ابواسحاق مجهول الحال بوده و به جز شوهرش، کسی از او روایتی نقل کرده است. و فرزندش یونس را شعبه و یحیی بن قحطان و احمد بن حنبل تضعیف کرده‌اند. المحلی ج ۹ ص ۴۹.

از غیر مشتری بخرد چه به همان ثمن و یا به ثمن دیگر، به مقدار بیشتر یا کمتر.^(۱) به نظر می‌رسد که نظر شافعی درست باشد، زیرا پر واضح است بیع عینه همان‌طور که علمای امامیه گفته‌اند اگر بدون شرط بازخريد صورت گیرد اشکال ندارد، بلکه فقط در صورت شرط ابتیاع معامله حرام است.

ابن قدامه گوید: در بیع عینه بایع می‌تواند کالایش را به جنس ثمن به بیشتر از آنچه فروخته، بخرد در صورتی که این امر از روی حيله و تبانی نباشد، والا جایز نیست.^(۲) تا اینجا بحث پیرامون شرط بازخريد در بیع عینه بود که اگر صریحاً در متن عقد بیاید به دلیل قصد ربا و عدم مشروعیت جهت معامله به اتفاق همه فقهاء حرام و باطل بوده و مبطل عقد نیز می‌باشد. البته براساس ماده ۱۹۰ ق.م.عدم مشروعیت جهت معامله موجب عدم صحت عقد می‌شود و این لزوماً موجب بطلان نیست بلکه اعم است از بطلان یا عدم نفوذ، ولی با استفاده از ماده ۲۱۸ ق.م.می‌توان گفت که نامشروع بودن جهت معامله موجب بطلان عقد نیز می‌گردد. حال اگر شرط بازخريد به صراحت در ضمن عقد مطرح نشود، بلکه قبل از وقوع عقد طرفین بر آن توافق کنند، سپس عقد را بدون ذکر شرط در متن عقد ولی بر مبنای آن منعقد نمایند، در این صورت بین فقهای امامیه در مورد صحت یا عدم صحت بیع عینه اختلاف نظر است.

محقق حلی^(۳) و علامه حلی^(۴) عقد را در چنین موردی که در قصد و نیت طرفین شرط بازخريد باشد و در لفظ به آن اشاره نکنند، مکروه دانستند، اما بعضی از فقهاء مانند محقق اردبیلی^(۵) و صاحب جواهر^(۶) در این صورت نیز شرط و معامله را

۱- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۴ ص ۵۳ و ۵۴.

۲- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۱۲۸.

۳- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۹۵.

۴- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۴ ص ۵۲۸.

۵- محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان ج ۸ ص ۳۳۱.

باطل می‌دانند.

مبنای اختلاف بین فقهاء در این مورد همان گونه که شیخ انصاری در مکاسب گفته^(۷) در ارتباط با اعتبار و عدم اعتبار شرط تبانی در عقد است. به این معنا شرط تبانی که قبل از عقد می‌آید ولی عقد مبتنی بر آن است مثل شرطی باشد که در متن عقد ذکر شده و در آن تأثیر دارد، فساد آن به عقد سرایت کرده و آن را باطل می‌کند، اما اگر قائل به تأثیر شرط تبانی نباشیم عقد باطل نیست.

فقهایی که شروط تبانی را بی‌اثر می‌دانند قایل به صحت این حيله هستند. مثل محقق حلی و علامه حلی و ... ولی فقهایی که قایل به تأثیر آن هستند این حيله را جایز نمی‌دانند. مثل محقق اردبیلی و صاحب جواهر و

حال بجاست مختصری پیرامون شرط تبانی و میزان تأثیر آن در عقد بحث می‌شود. پیش از بحث از شرط تبانی خوب است شرط ابتدایی و ضمن عقد را تعریف کنیم. شرط ابتدایی - عبارت است از شرطی که با عقد هیچ‌گونه ارتباطی ندارد و در متن عقد به آن تصریح نمی‌شود. بلکه یک نوع تعهد و التزام مستقل است.^(۸)

بسیاری از فقهاء شروط ابتدایی را لازم‌الوفاء ندانسته و حتی بر این امر ادعای اجماع شده است،^(۹) ولی باید گفت که چنین اجماعی ثابت نیست. بعضی از فقهاء از جمله ملا احمد نراقی^(۱۰) و سید محمد کاظم یزدی^(۱۱) قائل به صحت شروط ابتدایی و تأثیر آن در عقد می‌باشند.

۶- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۱۵.

۷- شیخ انصاری، مکاسب ج ۳ ص ۹۶.

۸- آیه الله بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۱.

۹- شیخ انصاری، مکاسب ج ۳ ص ۲۱، بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۲ و ج ۵ ص ۱۹۱.

۱۰- نراقی، عوائد الایام ص ۴۶.

۱۱- سید محمد کاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب ص ۱۱۷.

شرط ضمن عقد - شرطی است که در متن عقد به آن تصریح می‌شود و همراه با ایجاب و قبول می‌آید. این گونه شروط در صورتی که صحیح باشد لازم‌الوفاء است. مثلاً خلاف شرع و مقتضای عقد، عقلاً یا عادتاً محال نباشد.^(۱)

شرط تبانی یا بنایی - عبارت است از شرطی که قبل از عقد طرفین بر التزام بدان توافق کرده و عقد را مشروط به آن واقع کنند ولی در متن عقد به آن تصریح نشود.^(۲) در مورد تأثیر این شروط در عقد و لازم‌الوفاء بودن یا نبودن آن بین فقهاء اختلاف است. عده‌ای از فقهاء قابل به عدم تأثیر شروط تبانی در عقد و عدم لزوم وفاء به آن هستند. از جمله شهید اول در القواعد و الفوائد گوید: «کل شرط تقدم العقد او تأخر عنه فلا اثر له ...»^(۳)

ملا احمد نراقی گوید: منظور شهید اول این است که اگر شرطی در متن عقد و بین ایجاب و قبول ذکر شود معتبر است والا اعتباری ندارد. نظر مشهور هم همین بوده و هیچ‌کس در آن اختلافی ندارد.^(۴) البته خود نراقی قایل به لزوم وفاء به مطلق شروط می‌باشد، چه ابتدایی و چه غیر ابتدایی.^(۵) شیخ انصاری نیز ضمن اعتراف به این نکته که مقتضای قواعد فقهی اعتبار شروط تبانی است، معتقد است که ظاهر قول مشهور فقهای امامیه عدم اعتبار شروط تبانی است.^(۶)

در مقابل عده‌ای دیگر از فقهاء قائل به صحت و تأثیر شروط تبانی در عقد هستند از جمله شیخ طوسی در خلاف گوید: اگر قبل از عقد طرفین شرط کنند که خیار بعد از

۱- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۱. محمد عبده، کلیات حقوق اسلامی ص ۲۰.

۲- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۲.

۳- شهید اول، القواعد و الفوائد ج ۲ ص ۲۵۹.

۴- نراقی، عوائد الایام ص ۴۶.

۵- همان.

۶- شیخ انصاری، المکاسب ج ۳ ص ۲۱.

عقد بینشان نباشد، شرط صحیح بوده و عقد با نفس ایجاب و قبول لازم می‌شود. ... دلیل ما این است که مانعی از صحّت این شرط وجود ندارد و اصل نیز جواز آن است. عموم اخبار در مورد شرط، شامل این مورد هم می‌شود.^(۱)

علامه حلی با این که در قواعد الاحکام^(۲) شرط بازخريد را که در متن عقد ذکر نشود، مکروه دانسته اما در مختلف گوید: اگر طرفین قبل از عقد شرطی بکنند و عقدشان را مبتنی بر این شرط واقع سازند، شرطشان صحیح بوده و در عقد تأثیر دارد.^(۳)

سید محمدکاظم یزدی در شرح بر مکاسب پس از نقل دلایل مخالفین شرط تبانی، همه آنها را مردود دانسته و خود قائل به اعتبار و تأثیر شروط تبانی در عقد می‌باشد.^(۴) سید ابوالحسن موسوی اصفهانی ضمن پذیرفتن اعتبار شروط تبانی در عقد در بحث قرض گوید: شرط زیادی در قرض جایز نیست. به این معنا که کسی مالی را قرض بدهد مشروط بر این که مقترض بیشتر از آنچه را که از او گرفته، به او بدهد. خواه طرفین آن را صریحاً در متن عقد شرط کنند یا به طور پنهانی و قبل از عقد بر آن توافق نمایند به گونه ای که عقد مبتنی بر آن باشد. این همان ربای قرضی بوده و حرام است.^(۵)

محقق قمی در غنائم الایام گوید: هرگاه قبل از انشاء معامله طرفین بر شرطی توافق کنند و نسبت به آن تصمیم بگیرند، سپس به هنگام اجرای صیغه آن را مسکوت بگذارند، ولی معامله شان براساس همان شرط باشد، این شرط صحیح بوده و در عقد تأثیر می‌گذارد.^(۶)

۱- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۳۵ کتاب بیوع مسئله ۲۸ ص ۱۴ و ۱۵.

۲- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۵۲۸.

۳- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۵۰.

۴- سید محمدکاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب ص ۱۱۸ و ۱۱۹.

۵- سید ابوالحسن اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۹۹.

۶- محقق قمی، غنائم الایام ص ۵۸۰.

محقق اردبیلی نیز ضمن معتبر دانستن شرط تبانی در ارتباط با عبارت علامه حلی (که گفته: و یکره لو کان قصد هما ذلک و لم یشرطاه) گوید: مراد از «قصد هما» در جمله عبارت است از موردی که اعاده مبیع در فکر و قلبشان باشد ولی آن را نه به طور لفظی شرط کنند و نه در قصد و نیتشان باشد. یعنی در فکر بایع این باشد که مشتری وقتی کالا را خرید دوباره به او بفروشد. این از باب اعتماد و اطمینان به مشتری است، نه به عنوان وفاء به شرط، در چنین صورتی معامله صحیح است ولی کراهت دارد، اما اگر قصد طرفین مبنی بر شرط بازخرید باشد و قبل از وقوع عقد بر آن توافق کرده، عقد را براساس آن واقع نمایند، ظاهر این است که معامله منعقد نمی شود^(۱)؛ هرچند که شرط را در متن عقد ذکر نکرده باشند.^(۲)

صاحب جواهر نیز در ارتباط با جمله علامه گوید: در این صورت نیز عقد باطل است، چون بنای آندو در حقیقت مبتنی بر این شرط است اگرچه لفظاً آن را ذکر نکنند. بلکه اگر واقعاً طرفین چنین شرطی را در نیت و قصدشان نداشته و بر آن توافقی هم ننموده باشند، ولی از روی اعتماد و توثیق به مشتری بایع امیدوار به بازخرید آن از او باشد. در این صورت عقد صحیح بوده ولی مکروه است؛^(۳) هرچند به نظر بعضی از فقهاء صحت این مورد نیز خالی از اشکال نیست.^(۴)

در میان علمای عامه ابن قیم نیز قایل به اعتبار و تأثیر شروط تبانی در ضمن عقد است، اما شافعی با آن مخالف بوده و معتقد است اگر شرط بر عقد مقدم باشد

۱- ممکن است گفته شود قصد و نیت امری است باطنی و امروزه امضای سند رسمی بیانگر تمام شدن معامله است. بنابراین قصد طرفین هرچه باشد تأثیری در بطلان معامله ندارد. در پاسخ باید گفت: در واقع معامله‌ای که مبتنی بر شرط بازخرید به نحو تبانی باشد باطل است و اثبات آن منوط به ارائه ادله در محکمه است.

۲- محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان ج ۸ ص ۳۳۱ و ۳۷۲.

۳- البته کراهت حکمی اخلاقی است و از لحاظ حقوقی چنین احکامی منشأ اثر نیست.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۱۵.

تأثیری در عقد ندارد.^(۱) ابن قیم گوید: جمهور اهل علم در این مورد با شافعی مخالف بوده و معتقدند که شروط تبانی در عقد مؤثرند.^(۲)

نتیجه بحث

از مجموع آنچه گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت:

- ۱- ادعای اجماع بر عدم صحت و تأثیر شروط تبانی در عقد با توجه به قول به اعتبار و تأثیر آن از سوی شیخ طوسی، علامه حلی، محقق اردبیلی، صاحب جواهر، محقق قمی، سید ابوالحسن اصفهانی و سید محمدکاظم یزدی، صحت ندارد.
- ۲- همان‌گونه که شیخ انصاری گفته مقتضای قواعد فقهی اعتبار شروط تبانی است، زیرا اگر آن را بی اعتبار بدانیم با بعضی از احکام فقهی مثل خیار رؤیت و تخلف از وصف و شرط که مبتنی بر شرط تبانی و ضمنی است، منافات دارد.
- ۳- دلیل دیگر بر اعتبار این گونه شروط این است که طرفین در صورتی به معامله و عوضین در آن راضی شده‌اند که به شرطی که قبل از عقد بر آن تبانی کرده‌اند عمل کنند. حال اگر به شرط عمل نشود پس تراضی که شرط اصلی صحت معامله است تحقق پیدا نکرده و تصرف در عوضین باطل است. هم چنین عقد مقید است به آنچه که طرفین بر آن تبانی کرده‌اند، پس وفای به عقد تحقق نمی‌یابد مگر این‌که به شرط عمل شود.^(۳)
- بنابراین با توجه به اعتبار شرط تبانی و تأثیر آن در عقد، در صورتی که شرط بازخرید در بیع عینه مقصود طرفین باشد و عقد براساس آن واقع شود ولی در متن عقد صراحتاً ذکر نشود، معامله باطل است. همانند موردی که شرط صراحتاً در متن عقد بیاید.
- شهید ثانی در مسالک گوید: اگر طرفین قبل از عقد چنین شرطی را بکنند و بدانند که

۱- شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۲۰۸.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۱۷۲ و ۱۷۳.

۳- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۳ و ۲۵۵.

شرط متقدم مؤثر در عقد نیست، بیع صحیح بوده و شرط اثر ندارد، ولی اگر شرط متقدم اثر داشته باشد بیع باطل بوده و مثل این است که شرط را در متن عقد بیاورند.^(۱) محقق قمی^(۲) نیز ضمن اعتبار و تأثیر شروط تبانی معتقد است که در این صورت شرط بازخرید (که مقصود طرفین بوده ولی در متن عقد ذکر نمی‌شود) موجب بطلان عقد می‌شود، زیرا عقد تابع قصد و تراضی طرفین است و چون قصد و تراضی طرفین در این معامله مبتنی بر آن شرط است معامله باطل می‌شود.

در قانون مدنی براساس ماده ۲۱۷ نامشروع بودن جهت معامله در صورتی موجب بطلان معامله می‌شود که به آن در متن عقد تصریح شود، اما با استفاده از مواد دیگر از جمله ماده ۱۱۲۸ ق.م. که قانونگذار شرط تبانی را پذیرفته است، می‌توان گفت تبانی طرفین بر عدم مشروعیت جهت معامله در حکم تصریح بوده و موجب بطلان معامله می‌گردد.

گفتار هفتم - ضم ضمیمه در بیع مجهول^(۳)

به نظر فقهاء بیع مجهول صحیح نیست، زیرا یکی از شروط صحت معامله این است که مبیع از لحاظ وصف و جنس معلوم باشد. در ماده ۳۴۲ قانون مدنی آمده، «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد...». برای صحت بیع مجهول بعضی از فقهاء^(۴) حيله‌ای را

۱- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۱۵۷.

۲- محقق قمی، غنائم الایام ص ۵۸۰.

۳- تذکر این نکته لازم است که فقهاء در بیع غیرمقدور نیز از ضم ضمیمه بحث کرده‌اند؛ به این معنا که با بیع غیرمقدور را با مقدور ضمیمه کرده با یک ثمن به مشتری می‌فروشد. از آنجایی که بحث ضم ضمیمه در بیع مجهول ما را از بحث ضم ضمیمه در بیع غیرمقدور بی‌نیاز می‌کند، از اشاره به آن خودداری می‌شود.

۴- از جمله: سیدمرتضی در الانتصار ص ۲۰۹، شیخ طوسی در النهایة چاپ در سلسلة البینایع الفقهیه ج ۱۳ ص ۹۴ و ۹۵، ابن زهره در غنیه چاپ در سلسلة... ج ۱۳ ص ۲۰۶، محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۷۳، شهید اول، در لمعه ص ۹۴ و شهید ثانی در شرح لمعه ج ۳ ص ۲۸۲.

مطرح کردند و آن ضمیمه کردن چیزی معلوم به مبیع مجهول است.

محدث بحرانی گوید: ضم ضمیمه از قبیل حیل شرعیّه است تا ثمن در مقابل مبیع مجهول قرار نگیرد.^(۱) «ضمّ» در لغت فراهم آوردن چیزی را به چیزی گویند^(۲) و در اصطلاح «ضمّ ضمیمه» عبارت است از افزودن چیزی معلوم که حقیقتاً مقصود طرفین نیست به مبیع مجهول برای رفع جهالت و غرر. برخی از فقهاء^(۳) این حيله را باطل می‌دانند، زیرا:

۱- جهالت جزء (یعنی مبیع مجهول) موجب جهالت کل است پس در نتیجه معامله غرری می‌شود. ابن ادریس گوید: «بیع مجهول با ضمیمه صحیح نیست زیرا به واسطه این انضمام غرر و جهل رفع نمی‌شود. رسول اکرم (ص) نیز از بیع غرری نهی فرموده است. افزون بر اینها ضمیمه شدن معلوم به مجهول سبب مجهول شدن معلوم و بطلان بیع می‌شود.»^(۴)

محقق قمی نیز گوید: «بدان که از شرایط صحّت بیع معلومیّت مبیع است و با وجود جهالت مبیع، بیع باطل است به دلیل اجماع که بر آن نقل شده ... و اخبار هم دلالت بر آن دارد و به سبب جهالت مبیع غرر هم لازم می‌آید ... اما با وجود ضمیمه (یعنی بیع غیر معین به ضمیمه معین) خلاف است و اشهر نیز در آن بطلان است، به جهت این که جهالت جزء موجب جهالت کل است.»^(۵)

۲- در این بیع همانند بیع و هبه صوری در باب ربا، ضمیمه مقصود واقعی طرفین

۱- بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۸ ص ۴۹۱.

۲- صفی‌پور، منتهی الارب ج ۳ ص ۷۳۸.

۳- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۴ ص ۳۵۲ و ۳۵۳، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۳۴۱، محقق قمی، جامع الشتات ج ۲ ص ۹۷، شیخ انصاری، المکاسب ج ۲ ص ۱۸۲.

۴- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۳۵۲ تا ۳۵۴.

۵- محقق قمی، جامع الشتات ج ۲ ص ۹۷.

نیست و فقط برای رفع جهالت به آن متوسل می‌شوند.

علامه حلی صحت یا عدم صحت این حیل را دائر مدار قصد متعاقدين دانسته است. به این معنا که اگر مبیع مجهول در واقع مقصود اصلی متعاقدين باشد و ضمیمه صوری و ظاهری باشد، بیع باطل و الاً بیع صحیح است. وی به عنوان یک قاعده کلی گوید: «کل مجهول مقصود بالبیع لایصح بیعه وان انضم الی معلوم، و يجوز مع الانضمام الی معلوم اذا كان تابعاً»^(۱)

به نوشته علامه حلی در مختلف^(۲) «تابع» در ارتباط با غرض و قصد و نیت متعاقدين سنجیده می‌شود. به این معنا که اگر در نیت و قصد آنها، شئی مجهول مقصود اصلی و واقعی در معامله باشد و ضمیمه جنبه تبعی و فرعی داشته باشد، معامله صحیح نیست، ولی اگر ضمیمه مقصود اصلی باشد و شئی مجهول تابع آن، معامله صحیح است.

صاحب مفتاح الکرامه گوید: «در این قاعده مقصود از تابع عبارت است از چیزی که بالذات مقصود طرفین نباشد. منظور علامه این است که در ضم ضمیمه شئی مجهول نباید مقصود بالذات باشد و این موافق با قواعد است.»^(۳)

روایاتی^(۴) که بر صحت بیع مجهول با ضمیمه دلالت دارد به نظر شهید ثانی مقید است به موردی که ضمیمه مقصود بالذات باشد نه تابع^(۵). یعنی آنچه که از این روایات برمی‌آید این است که ضمیمه باید مقصود اصلی طرفین در معامله قرار گیرد و شئی مجهول تابع و فرع بر آن.^(۶)

۱. علامه حلی، قواعد الاحکام جاب در سلسله الینایع الفقهیة ج ۱۴ ص ۵۰۸.

۲. علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۸۷.

۳. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۲۸۶.

۴. شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۱۰ و ۱۱ از ابواب عقد البیع.

۵. شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۱۴۰.

۶. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۲۸۶ و ۲۸۷.

شیخ انصاری نیز کلیّت روایاتی را که جواز ضمّ ضمیمه از آنها استفاده می‌شود، پذیرفته و گوید: «... به فرض این‌که قبول کنیم روایات وارده در این باب دلالت بر جواز بیع مجهول با ضمیمه معلوم دارد، اما اگر قائلین به جواز بخواهند یک قاعده کلی از آن به دست آورند مبنی بر این‌که: به طور کلی ضمّ مجهول به هر چیز معلومی که مقصود اصلی طرفین نباشد به عنوان یک حيله در معامله شئی مجهول کافی است، باید گفت از روایات چنین قاعده‌ای استفاده نمی‌شود، بلکه برعکس خلاف آن از کلمات فقهاء فهمیده می‌شود، زیرا آنها بطور مطلق قائل به عدم جواز بیع مجهول به مجرد ضمّ آن به معلوم هستند.»^(۱)

به علاوه به نظر می‌رسد مطلق دانستن روایات مبنی بر صحّت ضمّ ضمیمه در بیع مجهول، چنان‌که محدث بحرانی^(۲) و صاحب جواهر^(۳) گفته‌اند، مخالف فهم و بناء عقلاء است، چون به نظر عقلای عالم اگر در معامله مجهول، ضمیمه مقصود اصلی و واقعی طرفین نباشد، در حقیقت این در حکم معامله‌ای است که مبیع آن مجهول است و در این صورت به نظر امام خمینی انصاف این است که اصلاً به روایات عمل نشود، زیرا طرح این‌گونه روایات ساده‌تر است از توسّل به توجیهاتی که مخالف با واقع و قواعد عقلیه و شرعیه است.^(۴)

ممکن است گفته شود با توجه به قاعده انحلال می‌توان به صحّت بیع مجهول با ضمیمه معلوم حکم داد. در پاسخ باید گفت: قاعده انحلال در جایی تحقق پیدا می‌کند که مورد معامله دارای دو یا چند جزء باشد، به گونه‌ای که هر یک از آن اجزاء مقصود طرفین باشد و بتواند مستقلاً مورد معامله قرار گیرد، اما در بیع مجهول با ضمیمه معلوم،

۱- شیخ انصاری، المکاسب ج ۲ ص ۱۸۲.

۲- بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۸ ص ۴۹۱ و ۴۹۲.

۳- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۲ ص ۴۴۴.

۴- امام خمینی، البیع ج ۳ ص ۳۸۰.

در حقیقت مورد معامله دارای اجزای مستقل نیست، بلکه مقصود اصلی متعاقدين فقط مبيع مجهول است نه ضمیمه. بنابراین به دلیل وجود جهالت در مبيع مجهول، غرر حاصل، و بيع باطل می شود.^(۱)

گفتار هشتم - بيع ربوی

اگر دو چیز هم جنس مثل درهم با درهم یا گندم با گندم را بخواهند با هم معامله شوند، جهت عدم تحقق ربا نباید با هم در کیل و وزن مساوی باشند. حال برای این که بتوان دو جنس را با وجود زیادتی در یک طرف با هم معامله کرد، حیلی مطرح شده است از جمله:

- ۱- متعاقدين به یکی از عوضین چیزی را که از جنس آن نیست ضمیمه نمایند. مثلاً ۱۰۰ کیلو گندم را به اضافه یک کبریت در مقابل ۱۵۰ کیلو گندم معامله کنند. در این صورت ۱۰۰ کیلو گندم در برابر ۱۰۰ کیلو گندم و یک کبریت در مقابل ۵۰ کیلو گندم قرار گرفته و با هم معامله می شوند که به آن «مُدَّ عَجْوَة» گویند و آن عبارت است از بيع یک مد عجوه (خرمای فشرده و متراکم) و یک درهم در مقابل دو مد یا دو درهم.^(۲)
- ۲- متعاقدين به عقد بيع، عقد دیگری را که واقعاً مقصودشان نیست اضافه کنند. مثلاً ۱۰۰ کیلو گندم را با ۱۰۰ کیلو گندم معامله کرده و ۵۰ کیلو دیگر را به طرف مقابل ببخشند، یا این که ۱۰۰ کیلو گندم را به طرف مقابل ببخشند و طرف دیگر هم ۱۵۰ کیلو گندم به او ببخشند، یا این که به یکدیگر قرض داده آنگاه همدیگر را ابراء کنند یا با هم مصالحه نمایند.

به نظر فقهای عامه این دو حيله صحيح نیست. مالک و شافعی و احمد بن حنبل آن را

۱- ر.ک: مقاله «ضم ضمیمه در حقوق اسلام» از نگارنده، مجله مقالات و بررسیها، دانشکده الهیات دانشگاه

تهران، دفتر ۶۴، ۱۳۷۷ هـ.ش، ص ۴۴.

۲- شهید اول، الدروس چاپ در سلسلة البنایع الفقهيّة ج ۳۵ ص ۴۱۶.

باطل می‌دانند، اما ابوحنیفه حکم به صحت کرده است.^(۱)

گروهی از علمای امامیه این دو حيله را صحيح می‌دانند.^(۲) حتی به گفته صاحب جواهر صحت ضم ضمیمه در بیع ربوی مورد اجماع فقهاء است.^(۳)

به نظر شهید اول و شهید ثانی در صحت ضمیمه شرط نیست که شیئی منضم دارای ارزش و قیمتی باشد که صلاحیت مقابله با زیادی طرف مقابل را داشته باشد، بلکه در غیر این صورت نیز ضمیمه صحیح است. بنابراین در معامله هزار درهم به دو هزار درهم اگر به طرف ناقص (یعنی هزار درهم) یک دینار ضمیمه شود، همین موجب صحت بیع شده و آن را از ربا خارج می‌کند.^(۴)

اشکالی که به این نظریه وارد است این که ضمیمه در اینجا مقصود واقعی طرفین نیست، بلکه مقصود اصلی آنها ربا است. همان‌طور که در بحث قبلی اشاره شد به نظر بعضی از فقهاء از جمله علامه حلی و شهید ثانی در صورتی می‌توان حکم به صحت نمود که ضمیمه مقصود واقعی طرفین باشد، ولی در اینجا این‌گونه نیست، بلکه

۱- قفال، حلیۃ العلماء فی معرفة مذاهب الفقهاء ج ۴ ص ۱۷۰ و ۱۷۱، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۴۴ تا ۵۵ و ص ۱۶۸ و ۱۶۹، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۵ و ۲۸، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۳۵، زیلعی، تبیین الحقایق ج ۴ ص ۱۳۸، ابن تیمیه، الفتاوی الکبری، ج ۶ ص ۱۳۶، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۳ ص ۲۶.

۲- از جمله: شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله التناويع الفقهيہ ج ۳۵ ص ۴۲ کتاب بیوع مسئله ۹۸، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۱۵، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۵۳۱، تحرير الاحکام ج ۱ ص ۱۷۰، محقق حلی، شرایع ج ۲ ص ۳۰۲، شهید اول، الدروس چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۴۱۶، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۴۴۱ تا ۴۴۴، ملا محسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۳۳۳، آیه‌الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۹۱، حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۵۲۹ و

۳- آیه‌الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۹۱.

۴- شهید اول، الدروس چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۴۱۶، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۴۴۱ و ۴۴۲.

هدف اصلی رباخواری است.^(۱) در حقیقت این گونه حیله‌ها، نوعی «کلاه شرعی» است و به گفته امام خمینی با کتاب و سنت و نیز با حکمت تحریم ربا که همانا تشویق مردم به انجام کارهای خیر و تجارت مشروع است، منافات دارد.^(۲)

از طرف دیگر به نظر می‌رسد روایت عبدالرحمان بن حجاج^(۳) که مهمترین دلیل و مدرک بر صحت «ضم ضمیمه» در باب ربا است، هیچ دلالتی بر آن ندارد. توضیح این‌که در این روایت عبدالرحمان بن حجاج که راوی حدیث نیز هست از امام صادق (ع) در مورد صُرَافِی و تبدیل درهم به درهم سئوال کرده و گوید: به امام گفتم: دوستان من آماده سفر شده‌اند و من می‌خواهم همراه آنان بروم، ولی فرصت این‌که پول مناسب بردارم، ندارم از این رو مجبور شدم هزار و پانصد عدد از پول غیر مرغوب را به هزار عدد پول مرغوب که همان پول دمشقی و بصری است، تبدیل کنم، آیا این جایز است؟

امام (ع) در پاسخ فرمودند: «لاخیر فی هذا فلا یجعلون فیها ذهابا لمکان زیادتها» یعنی: در این کار خیری نیست و آن را انجام نده، چون در اینجا در مقابل زیاده‌ی طرف مقابل چیزی (به عنوان ضمیمه) قرار نگرفته است.

سپس راوی گوید: دوباره از امام (ع) پرسیدم که یک هزار درهم به ضمیمه یک دینار را به دو هزار درهم معامله می‌کنم، آیا این جایز است؟ امام (ع) فرمود: اشکال ندارد و پدرم همین کار را در مدینه انجام می‌داد.

نکته قابل تعمق در این حدیث آن است که ضم ضمیمه‌ای که امام (ع) آن را جایز دانسته برای فرار از ربا نیست، بلکه برای این است که بین دو چیز هم جنس که

۱- به نظر مرحوم آیه‌الله سید اسماعیل صدر حبلی که برای فرار از ربا صورت می‌گیرد از جمله ضم ضمیمه، مشکل است بتوان گفت که این گونه اعمال از روی حقیقت صورت می‌گیرد، بلکه جنبه صوری و ظاهری دارد.

جامع عباسی، حاشیه ص ۲۰۹ چاپ بمبئی سال ۱۳۲۳ هـ

۲- امام خمینی، البیع ج ۲ ص ۴۰۹ و ج ۵ ص ۳۵۳.

۳- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۶ از ابواب صرف حدیث ۱.

از لحاظ قیمت و ارزش مساوی نیستند، تعادل ایجاد شود. در حقیقت هزار و پانصد عدد پول نامرغوب از لحاظ قیمت و ارزش مساوی است با هزار عدد پول مرغوب، ولی چون هم جنس و مماثل هم هستند (مثلاً هر دو دینار یا درهمند) معاوضه آن دو جایز نیست. بنابراین برای فرار از مماثلت، امام (ع) حکم به صحت ضم ضمیمه کرده است تا به این وسیله هزار عدد پول نامرغوب با هزار عدد پول مرغوب و ۵۰۰ عدد پول نامرغوب با یک دینار معاوضه گردد. اگر کمی تأمل شود معلوم می‌گردد که در چنین معاوضه‌ای اصلاً ربایی در واقع تحقق پیدا نکرده است. چنان که وحید بهبهانی^(۱) و امام خمینی^(۲) نیز گفته‌اند ضم ضمیمه در مورد مزبور در حقیقت برای فرار از ربا نیست بلکه برای فرار از مماثلت است.

برای توضیح بیشتر ذکر مثالی لازم است: واحد پول کویت و عراق دینار است، ولی یک دینار کویتی در ارزش و قیمت با یک دینار عراقی برابر نیست و در بازار صرافی و بانک، یک دینار کویتی مثلاً با ۱۰ دینار عراقی از جهت واحد پول، ارزش اقتصادی برابر دارند و مبادله آن دو با زیادتى در یک طرف^(۳) براساس روایات و به دلیل هم جنس بودن جایز نیست. از این رو برای فرار از مماثلت می‌توان یک دینار کویتی و یک کبریت را با ۱۰ دینار عراقی مبادله نمود به گونه‌ای که یک دینار کویتی در مقابل یک دینار عراقی و ۹ دینار عراقی با یک کبریت معاوضه شود. در چنین صورتی واقعاً ربایی تحقق نیافته و حکم به صحت ضمیمه در این گونه موارد در حقیقت برای حل مشکلات

۱- وحید بهبهانی، قرض بشرط المعاملة المحابانية ص ۱۳۵ چاپ شده در مجموعه رسالات به شماره ۱۸۰۴

کتابخانه مجلس شورای اسلامی شماره ۱.

۲- امام خمینی، البیع ج ۲ ص ۴۰۴ و ۴۰۵.

۳- لازم به ذکر این نکته است که فرض ما در دینار مورد بحث، مثل دینار صدر اسلام است که فی‌نفسه مالیت داشته است. اما پرواضح است که دینار مزبور و به طور کلی پول در اقتصاد امروز اعتباری بوده و به این جهت از لحاظ احکام با درهم و دینار صدر اسلام متفاوت است.

اقتصادی مردم در مبادلات است.

نتیجه این که صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج و روایات نظیر آن هیچ دلالتی بر صحت و جواز توسّل به «ضم ضمیمه» برای رباخواری ندارد، زیرا در اینجا ربایی نیست تا برای فرار از آن، حیلہ ای انجام گیرد.

مورد دیگر از حیلہ ای که برای فرار از مطرح شده این است که متعاقدين در معاملہ دو چیز هم جنس با وجود زیادتی در یک طرف (مثل ۱۰۰ کیلوگندم به ۱۵۰ کیلوگندم) آن را موضوعاً از تحت بیع ربوی خارج کرده و در تحت عقود دیگر مثل هبه معوضه و قرض و صلح قرار بدهند. به این معنا که طرفین مال خود را به یکدیگر ببخشند یا به همدیگر قرض داده، پس از آن یکدیگر را ابراء نمایند یا با هم مصالحه کنند. صحت یا عدم صحت این حیلہ مبتنی بر این است که آیا ربا اختصاص به بیع دارد یا این که در سایر معاوضات نیز جاری است؟

به نظر بعضی از فقهاء از جمله ابن ادریس^(۱) و علامه حلی^(۲) ربا فقط در بیع ثابت است، زیرا:

۱- حقیقت ربا در عرف شرع عبارت است از بیع مثل به مثل در مکیل و موزون با وجود تفاضل در یکی از آن دو.

۲- در آیه شریفه آمده: «احل الله البيع و حرّم الربا»^(۳) و این دلالت دارد بر این که بیعی که در آن ربا باشد حرام است، ولی در معاوضه ای که بیع نباشد، ربا ثابت نیست. طبرسی در مجمع البیان در تفسیر این آیه گوید: «احل الله البيع الذی لا ربا فیہ و حرّم البيع الذی فیہ الربا»^(۴)

۱- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسلۃ الینابیع الفقھیہ ج ۱۴ ص ۲۹۸.

۲- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسلۃ ... ج ۱۴ ص ۵۲۹.

۳- بقره / ۲۷۵.

۴- طبرسی، مجمع البیان ج ۲ ص ۳۸۹.

۳- به دلیل «اصالة الحلیة» اصل در اشیاء عدم تحریم و حلیت آنها است مگر در موردی که به حرمت آن اطمینان داشته باشیم. پس در موارد مشکوکه باید به قدر متقین اکتفاء کرد. در اینجا نیز می‌گوئیم ثبوت ربا در بیع مورد اتفاق همه فقهاء است اما در سایر معاوضات این مسأله مورد تردید است. بنابراین ربا را باید در همان بیع ثابت دانست.^(۱)

اما مشهور فقهاء^(۲) معتقدند که ربا در هر نوع معاوضه‌ای ثابت است^(۳)، زیرا:

۱- این تعمیم به مقتضای معنای لغوی و عرفی ربا است، چون ربا در لغت و عرف به معنای زیادتی در مبادله دو چیز هم جنس است. در شرع نیز عبارت است از زیادتی در معامله هنگامی که عوض و معوض مکیل و موزون و مثیلین باشند و این اختصاص به بیع ندارد بلکه در همه معاوضات جاری است.

۲- روایات زیادی^(۴) وجود دارد که در آن ربا در همه معاوضات ثابت دانسته شد. این روایات دلالت دارد بر این که به‌طور کلی در هر نوع معاوضه‌ای معامله دو چیز هم جنس از لحاظ کیل و وزن جایز نبوده و اختصاصی به بیع ندارد. از جمله: محمد بن مسلم وزرارة از امام باقر (ع) روایت کرده‌اند که حضرت فرمود: «الحنطة بالذقیق مثلاً بمثل، والسویق بالسویق مثلاً بمثل، والشعیر بالحنطة مثلاً بمثل، لا بأس»^(۵).

۱- بحرانی، الحقائق المناصرة ج ۱۹ ص ۲۷۰ و ۲۷۱.

۲- صاحب جواهر معتقد است که مشهور فقهاء قائلند بر این که ربا در هر نوع معاوضه‌ای جاری است. جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۳۶ و ۳۳۷.

۳- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۴ ص ۷۶۶ مبحث غصب، شهید اول، الدروس چاپ در سلسله البناهیة الفقهیه ج ۳۵ ص ۴۱۳، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۴۴۰، محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان ج ۸ ص ۴۵۱، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۴ ص ۲۷۶، امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۵.

۴- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ از ابواب ربا باب ۶ و ۸ و ۹ و ۱۰.

۵- همان، باب ۹ از ابواب ربا حدیث ۲.

هم چنین در صحیحہ عمر بن زید از امام صادق (ع) روایت شده کہ حضرت فرمود:
 «یا عمر قد احلّ الله البيع و حرّم الرّبا، بع و اربح و لا ترهبه، قلتُ: و مال الرّبا؟ قال: دراهم
 بدراهم مثلین بمثل و حنطه بحنطه مثلین بمثل»^(۱)

اگر در بعضی روایات آمده ربا در بیع جایز نیست به این جهت است کہ در آن زمان
 بیع معامله‌ای شایع و رایج در میان مردم بوده و اکثر معاملات از طریق بیع
 صورت می‌گرفته است، و الاّ هیچ خصوصیتی در آن نیست.

به علاوه صرف کثرت وجود و مصداق نمی‌تواند دلیل بر این باشد کہ ما معامله را
 منصرف به بیع بدانیم بلکه مبادله و معاوضه اعم از بیع بوده و شامل هر نوع معاوضه‌ای می‌شود.
 ۳- روایاتی کہ دلالت بر حرمت و منع ربا دارد اختصاصی به بیع ندارد بلکه
 مطلق بوده و ربا را در هر نوع معاوضه‌ای حرام دانستند. از جمله امام صادق (ع) فرمود:
 «درهم ربا عند الله اشدّ من سبعین زئیه کلّها بذات محرم»^(۲)

هم چنین روایاتی کہ دلالت بر حکمت تحریم ربا دارد نیز عام بوده و مختصّ به بیع
 نیست.^(۳) اما مهمترین دلیل کسانی کہ قائل به عدم جریان ربا در سایر معاوضات غیر از
 بیع می‌باشند آیه شریفه «احلّ البيع و حرّم الرّبا» است.

ولی باید گفت: اولاً: ربا در این آیه مفهومی شامل و فراگیر داشته و دلیلی وجود ندارد
 کہ ما آن را مختصّ به بیع بدانیم. نظر مرحوم طبرسی نیز اگر مستند به روایتی نباشد،
 حجّیت ندارد. به علاوه این کہ این بیان مخالف با ظاهر آیه است، چون ظاهر آیه عام بوده
 و هیچ دلالتی بر اختصاص ربا به بیع ندارد. ثانیاً: با توجه با شأن نزول آیه شریفه، این آیه
 در رد قول کسانی است کہ گفتند ربا همان بیع بوده و فرقی با آن ندارد. بدیهی است کہ
 مورد خاص مخصّص عام نیست. ثالثاً: لازمه اختصاص ربا به بیع این است کہ در قرض

۱- همان، باب ۶ از ابواب ربا حدیث ۲.

۲- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۱ از ابواب ربا حدیث ۱.

۳- همان، حدیث ۳ و ۴.

جاری نشود، در حالی که روایات^(۱) ربا را در قرض جاری دانستند.

بنابراین با توجه به ادله موجود قول به تعمیم ربا در همه معاوضات قوی تر به نظر می آید. این تعمیم را می توان از روایات و نیز قاعده معروف «لَا يَكُونُ الرِّبَا إِلَّا بِمِثْلِ»^(۲) استفاده نمود، زیرا این قاعده مبین این نکته است که در تمام کالاهای و اشیاء کیلی و وزنی امکان وقوع ربا هست. خواه آن کیلی و وزنی در قالب بیع و قرض مبادله شود یا در قالب صلح و هبه معوضه.

از این رو محدث بحرانی پس از بحث و بررسی پیرامون تعمیم یا عدم تعمیم ربا گوید: «فَأَنَّ الْإِحْتِيَاظَ فِي الْقَوْلِ بِالْعُمُومِ أَنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ الْإِظْهَرُ»^(۳)

آیت الله سید ابوالحسن اصفهانی گوید: «احواط و اشهر این است که ربا علاوه بر بیع در سایر معاوضات مثل صلح و هبه نیز جاری باشد»^(۴)

نکته دیگری که باید بدان توجه داشت این که با توجه به وجود روایاتی که دال بر تعمیم ربا در همه اجناس کیلی و وزنی است، تمسک به اتفاق فقهاء مبنی بر ثبوت ربا در بیع و مردّد بودن آن در معاوضات دیگر صحیح به نظر نمی رسد.

حیله دیگری که برای فرار از ربا بدان متوسل می شوند این است که طرفین در معامله ربوی عقد دیگری مثل بیع و هبه و قرض را اضافه کنند. به این معنا که مثلاً در معامله ۱۰۰ کیلو گندم به ۱۵۰ کیلو گندم، ۱۰۰ کیلو را با ۱۰۰ کیلو معاوضه نمایند و مازاد را بایع به مشتری بفروشد یا ببخشد یا قرض داده سپس او را ابراء کند. آنچه در این حیله قابل تأمل است این که غالباً بیع و هبه و قرض صوری بوده و مقصود اصلی طرفین نیست،

۱- همان، باب ۱۲ از ابواب ربا و صرف.

۲- براساس حدیثی از امام باقر(ع) که فرمود: «لَا يَكُونُ الرِّبَا إِلَّا بِمِثْلِ الْإِظْهَرِ»، شیخ حرعاملی،

وسایل الشیعه ج ۱۲ باب ۶ از ابواب ربا حدیث ۱.

۳- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۹ ص ۲۷۶.

۴- سید ابوالحسن اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۳۰.

زیرا قصد و نیت آنها این است که رباخوار به سود مورد نظر خود که قبلاً بر آن توافق شده دسترسی پیدا کند.

بعضی از فقهای امامیه به این نکته کاملاً توجه داشته و این حيله را به دلیل صوری بودن باطل دانسته‌اند. از جمله محقق اردبیلی گوید: «این معاملات مانند بیع و هبه و... که برای فرار از ربا به آن متوسل می‌شوند، در صورتی صحیح است که در آنها قصد بیع و هبه وجود داشته باشد.»

وی سپس می‌افزاید: «ینبغی الاجتناب عن الحیل مهما امکن»^(۱)

حتی بعضی از فقهاء چون شهید اول^(۲)، شیخ یوسف بحرانی^(۳) و ملامحسن فیض‌کاشانی^(۴) معتقدند در صورتی بیع و هبه و قرض برای تخلص از ربا جایز است که طرفین از ابتدا چنین شرطی را نکرده باشند. به نظر محقق قمی^(۵) اگر از بیع به قصد فرار از ربا استفاده می‌شود، بیع باید به قصد این که بیع است انجام گیرد نه به قصد ربا و نه این که صرفاً تغییر لفظ باشد. این بدان معنا است که طرفین عقد، بیع یا قرض یا هبه را باید بطور واقعی انجام بدهند نه بطور صوری و ظاهری، ولی آنچه مسلم است و تجربه هم نشان داده این است که بیع و هبه و قرض بطور واقعی تحقق نمی‌یابد، بلکه از ابتدا رباخوار به نحو ضمنی و نه صریح در متن عقد، شرط می‌کند که در صورتی حاضر به معامله است که طرف مقابل مقدار زیادی مورد نظر را به او ببخشد یا قرض داده و سپس ابرایش کند و یا به بهای بسیار اندکی مثل یک کبریت معاوضه نماید. به تعبیر مرحوم

۱- محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان ج ۸ ص ۴۸۸.

۲- شهید اول، اللمعه ص ۱۰۵ و الدروس چاپ در سلسله النایب الفقهیه ج ۳۵ ص ۴۱۶.

۳- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۹ ص ۲۶۹.

۴- ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۶۳.

۵- محقق قمی، جامع الشتات ج ۲ ص ۱۵۳.

سید اسماعیل صدر^(۱) خیلی مشکل است که بتوان گفت این گونه عقود که مردم برای فرار از ربا بدان متوسل می شوند، حقیقی و واقعی باشد.^(۲)

شیخ انصاری گوید: اساساً در اینجا حيله‌ای که برای فرار از ربا صورت می‌گیرد جز با تبانی و توافق طرفین بر هبه زیادتی بعد از بیع و التزام واهب به آن قبل از عقد به نحو مستمر تا بعد از عقد میسر نیست.^(۳)

آیه الله بجنوردی که از طرفداران صحت حيله در باب ربا است گوید: اگر طرفین برای فرار از ربا به بیع یا هبه و... اقدام کنند ولی این عملشان صوری بوده و هدف واقعی آنها بیع و هبه نباشد بلکه برای گرفتن زیادی و به جهت رباخواری باشد، واضح است که شرط باطل بوده و معامله صحیح نیست.^(۴) البته این در صورتی است که قائل به اعتبار و تأثیر شرط تبانی در عقد باشیم، که حق هم همین است.^(۵) به هر حال مهمترین دلیل بر بطلان این گونه حیل این است که هنگام معامله بیع و هبه و قرض بطور واقعی مقصود طرفین نبوده و هدف اصلی آنها استفاده نامشروع از آن است.

شاهد ثانی در مقام دفاع از این حيله استدلال جدیدی را مطرح کرده که بعضی از فقهای متأخر نیز از او پیروی کردند از جمله صاحب حدائق^(۶)، صاحب جواهر^(۷)،

۱- از فقهای امامیه و مراجع تقلید در قرن چهاردهم هجری است. بسیاری از بزرگان از جمله میرزای نائینی و سید شرف الدین عاملی از شاگردان او می‌باشند. ریحانه الادب ج ۳ ص ۴۲۱ تا ۴۲۳.

۲- جامع عباسی، حاشیه ص ۲۰۹ چاپ بمبئی.

۳- شیخ انصاری، المکاسب ج ۳ ص ۲۱ و ۲۲.

۴- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۷ ص ۲۳۹.

۵- در مورد اعتبار و تأثیر شروط تبانی در عقد در بیع عینه بحث و بررسی بعمل آمد.

۶- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۵ ص ۳۸۵.

۷- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۹۶ و ۳۹۷.

صاحب ریاض^(۱) و ملامحسن فیض کاشانی^(۲) و....

وی گوید: بعضی اشکال کردند بر این که بیع و هبه‌ای که برای تخلّص از ربا صورت می‌گیرد مقصود اصلی متعاقدين نبوده بلکه نیت واقعی شان ربا است و فقط برای تحقّق غرض خود به آن متوسل می‌شوند، درحالی که عقود تابع قصد طرفین است، اما این ایراد مانع از صحت آن نیست، زیرا گرچه این دو عقد ذاتاً مقصود طرفین نیستند و به مقتضای قاعده «العقود تابعة للمقصود» واقع نمی‌شوند، ولی این امر نمی‌تواند سبب بطلان آن گردد، زیرا همان قصد فرار و تخلّص از ربا در تحقق مقدار قصدی که برای صحت این عقود لازم است کفایت می‌کند. به بیان دیگر برای مقصود بودن یک عقد لازم نیست کلیه نتایجی که بر این عقد مترتب خواهد شد، مورد نظر باشد، بلکه کافی است نتیجه صحیحی از نتایج متعدد آن مقصود باشد. مثلاً کسی که می‌خواهد خانه‌ای بخرد تا آن را اجاره بدهد و از اجاره آن بهره ببرد، همین مقدار قصد برای تحقق قصد و احراز صحت عقد کافی است؛ هرچند برای خریدن خانه نتایج دیگری که به نظر عقلاء مهمتر است وجود داشته باشد.^(۳)

قبل از پاسخ به استدلال شهید ثانی ذکر نکته‌ای جهت روشن شدن بحث ضروری به نظر می‌رسد و آن این که بین قصد انشاء با غرض و داعی فرق است. آنچه در تحقق عقود معتبر می‌باشد، قصد انشاء است و غرض و داعی از احکام و آثار مترتبه بر آن هستند. از این رو هنگام تحقق عقد اگر احکام و آثار آن مقصود طرفین نباشد، ضرری به صحت عقد وارد نمی‌کند. مثلاً آنچه برای تحقق نکاح معتبر است قصد انشاء زوجیت است اما در مورد احکام آن مثل نفقه و احکام ارث و... قصد هیچ گونه دخالتی ندارد، یا در تحقق بیع باید قصد انشاء مبادله عین به عوض معلوم وجود داشته باشد بدون این که

۱- طباطبائی، ریاض المسائل ج ۱ ص ۵۶۷.

۲- ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۶۳.

۳- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۴۴۴ و مسالک الافهام ج ۱ ص ۱۶۰.

لزومی داشته باشد احکام و آثار مترتب بر آن از قبیل لزوم عقد لازم و جواز عقد جایز و ملکیت ثمن توسط بایع و مثن توسط مشتری مورد قصد قرار گیرد.

دلیلش هم روشن است، چون قصد انشاء مربوط به متعاقدين بوده و عامل تحقق و قوام عقد است و تا این امر تحقق نیابد عقد موجود نمی شود، ولی احکام و آثار مترتب بر عقد چیز دیگری است که مربوط به شارع مقدس و قانونگذار بوده و به اراده او بستگی دارد نه به اراده و قصد متعاقدين. بنابراین غرض و داعی از احکام و آثار عقد بوده و نمی تواند بجای قصد انشاء که در تحقق عقود معتبر است، قرار گیرد. بنابراین به گفته ملا محمد نراقی اگر کسی با عقد نکاح قصد انشاء محرمیت مادر زن که از آثار نکاح است، داشته باشد، یا با عقد بیع قصد استحقاق منفعت را داشته باشد، نکاح و بیع او باطل است.^(۱)

البته برای تحقق عقد، قصد انشاء به تنهایی کافی نیست، بلکه باید با چیز دیگری که کاشف و مبین از حصول قصد است، یعنی الفاظ، همراه باشد.

به نظر شهید ثانی لزومی ندارد در معاملات صوری مثل بیع و هبه که برای فرار از ربا صورت می گیرد، قصد انشاء بیع و هبه بالذات وجود داشته باشد، بلکه همین که به قصد فرار از ربا که غرض و داعی آن است باشد، کافی است.

با توجه به توضیحاتی که داده شد در پاسخ به استدلال شهید ثانی می گوئیم: هیچگاه مقصود واقعی از بیع و هبه ای که طرفین برای فرار از ربا بدان متوسل می شوند، انشاء خود عقد بیع و هبه نیست، بلکه برای فرار از ربا که از آثار و احکام مترتب بر عقد است، می باشد. بنابراین آنچه لازمه صحّت عقد است (یعنی قصد انشاء عقد بیع و هبه) تحقق نمی یابد و در نتیجه آنچه تحقق می یابد بیع و هبه صوری است. شهید ثانی در مثال خانه و اجاره بین داعی و آثار عقد با قصد انشاء بیع خلط کرده و داعی

عقد را در صحت آن مؤثر دانسته است. در حالی که اگر کسی هنگام خرید خانه قصد هیچ یک از منافع و نتایج آن را ننماید، این امر ضرری به صحت عقد بیع نمی‌زند بلکه آنچه موجب صحت معامله است قصد انشاء بیع است.^(۱)

نکته جالب توجه این که محقق قمی که خود از طرفداران عمل به حیل است، با عقد صوری در باب فرار از ربا موافق نبوده و در ارتباط با استدلال شهید ثانی گوید: «اصولاً پس از این که قصد به یک عقد صحیح ایجاد شد، دیگر نیازی به ترتب اثر از آثار آن عقد نیست و علت اشتباه شهید در این مورد خلط بین آثار بیع از جهت بیع بودن و علل غایی و فاعلی و لوازم ذاتی و مقارنات اتفاقی است. ما می‌گوئیم اجاره دادن و سکونت و غیر آن در معامله خانه از آثار انتقال مطلق است. تمام اینها ممکن است نوعاً غرض و علل غایی از انجام بیع باشد، که چنین هم هست. بدون شک در تصحیح بیع مجرد قصد به نقل ملک بوجه ایجاب و قبول کافی است؛ هرچند که نسبت به تمام آثار بیع قصدی نشود...»

وی سپس می‌گوید: «در تصحیح بیع کافی نیست که فقط قصد تخلص از ربا وجود داشته باشد. به علاوه سایر آثار مترتب بر بیع و مقاصدی که از انجام معامله مورد قصد است، نیز در تحقق قصد انشاء و تصحیح بیع کفایت نمی‌کند. چیزی که ملاک صحت بیع می‌باشد قصد بیع صحیحی است که جامع آثار و شرایط باشد. بنابراین آنچه در تحقق بیع صحیح کفایت می‌کند، قصد انشاء بیع است که متضمن نفس انتقال است؛ هرچند که فرد خاصی از آثار انتقال مقصود نباشد.»^(۲)

شیخ اسدالله کاظمی شوشتری در کتاب مقایس الانوار پس از بحث پیرامون این که آنچه در صحت عقد معتبر می‌باشد قصد انشاء است، گوید: «بنابراین برای صحت عقد

۱- ملامحمد نراقی در مشارق الاحکام ص ۸۱ و ۸۲ همین مطالب را نقل کرده و بر آن تأکید دارد.

۲- محقق قمی، غنائم الایام، فصل نکاح صغیره ص ۶۰۰ الی ۶۰۴.

احتیاجی به قصد احکام و آثار مترتبه بر عقد از قبیل لزوم عقد لازم و جواز عقد جایز و حصول اثر بلافاصله بعد از عقد و یا با فاصله زمانی مدتی پس از قبض و غیر اینها نیست، زیرا امور مزبور احکام و آثاری هستند که به طور قهری به دنبال عقد صحیح می آیند چه متعاقبین آنها را قصد کرده باشند یا حتی خلافتشان را قصد نموده و یا هرگز توجهی به آنها نکرده باشند.^(۱)

نتیجه این که: وقتی برای فرار از ربا از یک بیع یا هبه صوری استفاده می شود، چون قصد نقل و انتقال و قصد هبه در آنها نیست، به مقتضای قاعده «العقد تابعه للقصد» بیع و هبه ای در واقع صورت نگرفته و تصرفات مشتری و متهب در مبیع و عین موهوبه فاقد سبب شرعی است. در نتیجه محتوای آن چیزی جز اکل ربا نبوده و این حیلہ نمی تواند مشکل حرمت ربا را حل کند.

دلیل دیگر بر بطلان حیلہ در باب ربا لزوم نقض غرض است. به این معنا که عمل به حیل محرمه موجب نقض غرض شارع در اصل تشریع حکم بوده و باطل است.^(۲) حال گوئیم: منع استفاده از ربا در اسلام از مسائل بسیار روشن و واضح است. امام صادق (ع) فرمود: «درهم ربا عند الله اشد من سبعین زئیه کلها بذات محرم»^(۳). به علاوه حکمت حرمت ربا این است که مردم به جای سرگرم شدن به معاملات ربوی که جز مفساد اقتصادی و اجتماعی چیز دیگری در پی ندارد، سرمایه های خویش را در کارهای عام المنفعه و تولیدی بکار ببرند.

در صحیح هاشم بن حکم^(۴) آمده که از امام صادق (ع) در مورد علت تحریم ربا سؤال شد، حضرت فرمود: «انه لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات و ما يحتاجون

۱. شوشتری، مقابس الانوار، کتاب بیع ص ۱۴ و ص ۱۱۵.

۲. چنان که صاحب جواهر و بسیاری از بزرگان بر این باورند. آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۲ ص ۲۰۲.

۳. شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۱ از ابواب ربا حدیث ۱.

۴. همان، حدیث ۸.

إليه، فحَرَّمَ اللَّهُ الرِّبَا لِتَنفَرِ النَّاسِ مِنَ الْحَرَامِ إِلَى الْحَلَالِ وَالْإِثْرَ مِنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ»^(۱)
 با توجه به این روایات معلوم می شود که غرض شارع منع استفاده از ربا و حرمت آن بوده و تحقق ربا به هیچ وجه مورد تأیید او نیست. حال اگر قائل به صحت حیل برای اکل ربا باشیم، این امر موجب نقض غرض شارع بوده و باطل است.

محقق اردبیلی که برای بطلان حیل در ربا به قاعده نقض غرض استدلال کرده پس از ذکر روایاتی که در مورد حکمت حرمت ربا وارد شده، گوید: «وانت تعلم أنّها تنعدم بفتح باب الحيلة كما هو المتعارف فإنهم يأخذون بها ما يؤخذ بالرّبا»^(۲).

امام خمینی نیز ضمن بررسی آیات و روایاتی که در مورد حکمت منع ربا وارد شده، گوید: «با وجود این دسته آیاتی که خداوند در آن ربا را سبب ظلم دانسته و روایاتی که علت حرمت آن را به وجود آمدن ظلم و فساد و بدبختی و ترک معروف می داند، حکم به صحت توسّل به حیل برای اکل ربا جز تهاافت و آشفتگی در جعل حکم و نقض غرض شارع مقدّس چیز دیگری نمی تواند باشد.»^(۳)

نگاهی به عملیات بانکی بدون ربا

از آنجایی که در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران «عملیات بانکی بدون ربا» مطرح می باشد و برای عده ای امر مشتبّه شده که آیا این گونه تسهیلات، ربوی است یا خیر؟ بجاست به طور مختصر و گذرا نگاهی به این موضوع داشته باشیم. در ماده ۲۱ فصل پنجم قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده:

«بانک مرکزی با هر یک از بانکها و نیز بانکها با یکدیگر مجاز به انجام عملیات بانکی

۱- و نیز از امام صادق (ع) منقول است که فرمودند: «أما حرّم الله عزّ وجلّ الرِّبَا لِكَيْلا يَمْتَنِعَ النَّاسُ مِنْ اصْطِنَاعِ

المعروف» همان، حدیث ۴.

۲- محقق اردبیلی، زبدة البیان ص ۴۳۷.

۳- امام خمینی، البیع ج ۲ ص ۴۱۵ و ۴۱۶.

ربوی نمی‌باشد»^(۱)

در عملیات بانکی که در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران جاری است برای فرار از ربا راههای متعددی مطرح شده است. از قبیل: مضاربه، سلف، مشارکت مدنی، سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار و غیره.

سؤال این است که آیا در این‌گونه عملیات حقیقه ربا جریان ندارد؟ آیا مقدار سود دقیقاً معین نمی‌شود؟ پاسخ مفصل و بررسی تک‌تک عقود به‌نظر اینجانب نیازمند به تدوین کتاب جداگانه‌ای است، اما آنچه می‌توان به اجمال گفت این‌که در اسلام نمی‌توان از ابتداء در سرمایه‌گذاری‌هایی که افراد انجام می‌دهند مقدار سود را به‌طور دقیق معین کرد. حال اگر در عملیات بانکی از ابتداء سود معین نشود اشکالی در آن نیست هر چند به‌طور تقریبی سودی را در نظر بگیرند و الا محلّ خدشه است.

مثلاً در قانون «مضاربه»^(۲) در ماده ۱۴ آمده است: «حداقل نرخ سود مورد انتظار در مورد معاملات موضوع مضاربه نسبت به سرمایه بابت سهم بانک توسط شورای پول و اعتبار تعیین می‌گردد»^(۳)

هم‌چنین در ماده ۸ «دستورالعمل اجرائی مشارکت مدنی»^(۴) آمده: «حداقل سود (بازده) مورد انتظار در مورد معاملات و یا معاملات موضوع شرکتهای مدنی که طبق این مقررات تشکیل می‌شود، توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد»^(۵)

۱- عملیات بانکی بدون ربا ص ۶.

۲- مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید این‌که طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند. عملیات بانکی داخلی- ص ۷۷.

۳- عملیات بانکی بدون ربا ص ۵۲.

۴- مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم‌الشرکه نقدی و یا غیرنقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد، بنحو مشاع، به منظور انتفاع طبق قرارداد. عملیات بانکی بدون ربا ص ۸۹.

۵- همان.

«با توجه به این که به نظر فقهاء در مضاربه و شرکت قبل از تجارت سود را نمی توان تعیین کرد، اگر منظور از این دو ماده این باشد که بانک فقط می تواند مقدار تقریبی سوددهی را معین کند و بقیه بعد از انجام سرمایه گذاری معلوم گردد، اشکالی در آن نیست، اما اگر منظور این باشد که بانک از ابتدا و قبل از تجارت توسط عامل و انجام فعالیت های تولیدی، بازرگانی و خدماتی توسط شریک، مقدار دقیق سود را معین کند، این خالی از اشکال نمی تواند باشد.»^(۱)

براساس قوانین و دستورالعمل های اجرایی که در عملیات بانکی بدون ربا صورت می گیرد، بانکها در این نوع سرمایه گذاریها از ابتداء به طور دقیق سود را معین نمی کنند. بلکه فقط مقدار سود را آن گونه که مورد نظر بانک است، پیش بینی می کنند. به این ترتیب که هرگاه کسی بخواهد از بانک تحت عنوان مثلاً مضاربه سرمایه ای دریافت کند، ابتداء بانک از طرف مقابل اطمینان می گیرد که آیا در این تجارت حداقل سود مورد نظر بانک تأمین می شود یا نه؟ اگر معامله به گونه ای باشد که این مقدار از سود به دست نیاید، پولی به او داده نمی شود و الاً سرمایه در اختیار او قرار می گیرد و شخص مشغول به کار می شود. حداقل سود مورد انتظار سودی است که پیش بینی می شود در آینده از انجام معامله حاصل گردد. مانند پیش بینی سود در مضاربه که ممکن است در عمل این حداقل سود مورد انتظار کمتر یا بیشتر گردد. حداقل نرخ سود مورد انتظار را در بانکها می توان یک معیار برای پذیرش یا رد درخواست های مشتریان در معاملات مورد نظر دانست که این خود یک ابزار سیاست اقتصادی می باشد. در ماده ۵ دستورالعمل اجرائی مضاربه آمده: «بانکها موظفند قبل از انعقاد قرارداد مضاربه، عملیات موضوع مضاربه را در حد نیاز بررسی و اطمینان حاصل نمایند که اصل سرمایه

۱- ر.ک: نگاهی به عملیات بانکی بدون ربا از نگارنده، فصلنامه علمی - پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی واحد

و سود مورد انتظار در طول مدت مضاربه قابل برگشت است.»^(۱)

با توجه به ماده فوق «اعطای تسهیلات مضاربه در صورتی مجاز است که پیش‌بینی نتیجه معامله سودآور باشد. از این رو در هنگام عقد قرارداد باید میزان یا نرخ سود مجاز یا قیمت تعیین شده توسط مراجع ذی‌ربط تعیین شود و کسر مجموع هزینه‌های مورد قبول مضاربه از مبلغ کل فروش، مبین بازدهی کافی معامله باشد.»^(۲)

نکته قابل توجه این‌که از ابتداء بانک به طور دقیق سود را معین نمی‌کند بلکه حداقل سود را جهت صدور مجوز و پرداخت سرمایه پیش‌بینی می‌کند و مقدار دقیق سود بعد از سرمایه‌گذاری و ارائه فاکتورهای فروش تعیین می‌شود.

در کتاب «عملیات بانکی داخلی - ۲» که به عنوان کتاب رسمی و مورد تأیید مرکز آموزش بانکداری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران جهت تدریس کارکنان بانک‌ها است، آمده: «در عقد مضاربه سهم سود هر یک از طرفین می‌باید به نحو مشاع و به صورت نسبت یا درصدی از کل سود یا درصد معینی از سرمایه مضاربه را به عنوان سهم سود طرفین قرار داد. از آنجا که نرخ سود تسهیلات مضاربه در تعرفه عمومی معاملات به صورت «حداقل» منعکس گردیده است، بنابراین تقسیم منافع بین بانک و مشتری به ترتیبی توافق می‌شود که حداقل سود مورد انتظار برای بانک حاصل شود. بانک می‌تواند با در نظر گرفتن عواملی بعضاً به این حداقل اکتفاء نموده و در مواردی درصد سهم خود را افزایش دهد. برخی از این عوامل عبارتند از: ارزش کار و تخصص مشتری، درجه خطر احتمالی مستتر در معامله، نوع کالا و اثرات اقتصادی، شخصیت عامل، منافع سپرده‌گذاران، اهمیت جلب و جذب مشتری.»^(۳) در تسویه حساب مضاربه می‌خوانیم: «برای انجام تسویه حساب، ابتداء سرمایه مضاربه از محل

۱- عملیات بانکی بدون ربا ص ۵۱.

۲- عملیات بانکی داخلی ۲- ص ۸۰.

۳- همان.

وجوه دریافتی برداشت می‌شود، سپس باقیمانده وجوه ناشی از فروش کالا به هر میزان و مبلغی که باشد به نسبت‌های توافق شده قبلی مندرج در قرارداد بین بانک و عامل تقسیم می‌شود و سهم سود عامل به حساب جاری وی واریز گردد. انجام هر نوع تغییرات در نسبت‌های تقسیم سود طرفین، در زمان تسویه حساب و تقسیم سود مغایر با نفس عقد مضاربه می‌باشد.^(۱)

البته اگر واقعاً عامل در تجارت ضرر کند و این امر برای بانک ثابت شود، بانک از او سودی مطالبه نکرده و فقط اصل سرمایه را می‌گیرد. در کتاب «عملیات بانکی داخلی - ۲» آمده: «در مواردی که به هنگام تسویه حساب، سهم سود بانک کمتر از میزان سود مورد انتظار حاصل می‌شود، عامل باید با ارائه ادله مثبت به بانک را متقاعد سازد که نقصان سود تحت تأثیر و عوامل خارج از کنترل وی بوده است. در صورتی که به نحوی از انحاء بر بانک ثابت گردد که عامل در زمان انعقاد قرارداد مضاربه تمامی بررسی‌های لازم را پیرامون وقوع معامله به انجام رسانده و نیز اطلاعاتی را که به بانک ارائه نموده با واقعیت مطابقت داشته است، هم چنین مشخص گردد که عامل از زمان عقد قرارداد تا زمان تسویه، با نهایت کوشش در جهت انجام موضوع مضاربه، اقدام نموده است، در این صورت عامل از بازپرداخت هر نوع وجهی مازاد بر خسارت وارد بر اصل سرمایه مبرا است.»^(۲)

در مشارکت مدنی نیز در صورتی که مشارکت منتج به زیان گردد و این امر برای بانک ثابت شود به موجب قرارداد شریک فقط ضامن اصل سرمایه بانک است و از حساب جاری وی برداشت می‌شود.^(۳)

اما در سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدّت دار، طبق قانون «عملیات بانکی بدون ربا» بانکها از طرف سپرده‌گذار وکالت دارند تا آن را در امور مشارکت، مضاربه، مزارعه،

۱- همان، ص ۸۴.

۲- همان، ص ۸۱.

۳- همان، ص ۹۳ و ۹۴، عملیات بانکی بدون ربا ص ۹۹ و ۱۰۰.

جعاله، سرمایه‌گذاری مستقیم و غیره به کار اندازند.^(۱) بانکها نیز بازپرداخت اصل سپرده سرمایه‌گذاری مدّت دار را تعهد می‌نمایند و منافع حاصل از عملیات مذکور را طبق قرارداد منعقدّه متناسب با مدت و مبالغ سپرده‌های سرمایه‌گذاری و رعایت سهم منابع بانک پرداخت خواهند نمود. به این ترتیب سپرده‌های مدّت دار به مصرف معاملات عقود شرعی می‌رسد و منافعی که خواهد داشت به نسبت مدّت و مبلغ تقسیم خواهد شد و از ابتداء میزان سود معلوم نیست.

در تبصره ۲ ماده ۱۴ دستورالعمل اجرایی قبول سپرده مصوّبه ۱۳۶۲/۱۰/۱۸ آمده است: «بانکها نمی‌توانند به هیچ یک از سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدّت دار رقم تعیین شده‌ای از قبل به عنوان سود اعلام و یا پرداخت نمایند.»^(۲)

بنابراین در سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدّت دار از نظر شرعی هیچ اشکالی نیست و اگر بانکی درصدی به عنوان سود می‌دهد، چون می‌داند که به سبب وسعت عمل و تنوع معاملات سود می‌کند، آن را علی‌الحساب پرداخت می‌کند، «اما در پایان هر سال نیز در صورتی که بانک سود اضافی داشته باشد به نسبت میزان سپرده سود اضافی به صاحبان سپرده‌ها پرداخت خواهد گردید.»^(۳)

گفتار نهم - حیل دیگر در باب بیع

۱- حبس مبیع توسط بایع تا هنگام وصول ثمن از مشتری

هرگاه بایع احتمال دهد که مشتری پس از معامله^(۴) مبیع را بگیرد و ثمن را نپردازد، از این رو از ابتداء شرط کند مبیع نزد او تا مدّت معینی بماند تا مشتری ثمن را بیاورد.

۱- ماده ۹ آئین‌نامه تجهیز منابع پولی، فصل دوم. (عملیات بانکی بدون ربا ص ۱۴).

۲- عملیات بانکی بدون ربا ص ۱۸.

۳- عملیات بانکی داخلی ۲ - ص ۲۲۷.

۴- البته این بحث در موردی است که معامله نقدی باشد.

آیا چنین شرطی صحیح است؟

به نظر علمای امامیه^(۱) حبس میبع توسط بایع جایز است، زیرا در بیع به دلیل لزوم تقدّم ایجاب بر قبول، بایع حق حبس میبع را دارد. به علاوه این که ثمن تابع میبع است و تا میبع تسلیم نشود بیع مستقر نمی شود.

شیخ طوسی گوید: «اگر بایع به مشتری بگوید: این کالا را به تو می فروشم مشروط بر این که اگر تا یک ماه ثمنش را آوردی آن را به تو می دهم والا میبع مال من است. این شرط صحیح بوده و اگر مشتری تا یک ماه ثمن را آورد میبع مال اوست. دلیل ما اجماع فرقه و نیز قول رسول اکرم (ص) است که فرمود: «الشرط جایز بین المسلمین ما لم یمنع منه کتاب ولا سنة». به علاوه کسی که ادّعی منع و عدم صحّت آن را داشته باشد باید دلیل اقامه کند.»^(۲)

به نظر نظام الدّین صهرشتی این شرط به مقتضای عقد و به مصلحت متعاقدین است^(۳) و همان طوری که امام خمینی گفته حبس عین توسط بایع نیز در چنین صورت یک حکم عقلانی است.^(۴) در ماده ۳۷۷ قانون مدنی آمده: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم میبع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر این که میبع یا ثمن مؤجل باشد. در این صورت هر کدام از میبع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.»

در میان فقهای عامه مالک و ابوحنیفه و شافعی و پیروانشان و نیز ابن قیم معتقدند که

۱- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۳۵ ص ۱۹۵، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۴۴، ابن براج، جواهر الفقه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۱۱۹ و ۱۲۰، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۲۲۵.

۲- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۱۲ و ۱۳ مسئله ۲۲.

۳- صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۴۴.

۴- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۳۸۸.

حبس عین توسط بایع جایز بوده و منافاتی با مقتضای عقد بیع ندارد. آن را «بیع الوفاء» یا «بیع الامانة» نامیدند.^(۱)

احمد بن حنبل معتقد است که این شرط صحیح نیست، زیرا مبیع با بیع به ملک مشتری داخل شده و در ذمه اوست تا ثمن آن را به بایع بپردازد. بنابراین بایع بعد از بیع هیچ حقی نسبت به مبیع ندارد.^(۲)

به نظر بعضی از حقوقدانان^(۳) نیز حبس مبیع توسط بایع صحیح نیست، زیرا نه تنها خریدار می‌تواند پیشنهاد کننده معامله و در نتیجه گوینده ایجاب باشد، بلکه پس از توافق طرفین، دو عوض در حکم مجموعه‌ای است که پاره‌ای از آن با پاره دیگر معاوضه می‌شود و تعهد هر دو طرف در برابر تعهد دیگری قرار می‌گیرد. ایجاب به تنهایی هیچ دینی را به وجود نمی‌آورد، بلکه این مجموع ایجاب و قبول است که هر دو دین را با هم می‌آفریند، دو دینی که هیچ‌کدام بر دیگری امتیاز ویژه‌ای ندارد. بنابراین در صورتی که یکی از طرفین از تسلیم آنچه بعهده دارد امتناع ورزد، طرف دیگر می‌تواند معامله به مثل کند.

حال اگر حبس عین را جایز ندانیم و بایع برای این که بتواند مبیع را نزد خود تا هنگام وصول ثمن نگه دارد، به نظر ابن قیم بایع می‌تواند متوسل به حيله‌ای شود و آن این که هنگام معامله بر مشتری شرط کند مبیع در مقابل ثمن نزد بایع رهن باشد تا این که

۱- سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۱ ص ۳۴۷، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۳۴، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۲ و ۳۴، زبلی، تبیین الحقائق ج ۵ ص ۱۸۴، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۶۴، سرخسی، المبسوط ج ۱۳ ص ۱۹۲، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۵ ص ۱۷۱ و ۲۴۹، ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار علی الدرالمختار ج ۴ ص ۴۲، شمس الدین رملی، نهاية المحتاج ج ۴ ص ۱۰۳.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۳۲ و ۳۳، ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۲۴۷.

۳- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی ج ۳ ص ۱۴۷.

مشتري ثمنش را اداء کند و هنگامی که ثمنش داده شد مبیع را به او بدهد.^(۱)

فقه‌ای امامیه در مورد صحت یا سقم این شرط دو قول دارند:

۱- شرط باطل است، چون لازمه‌اش این است که مشتری مالایملک را رهن بگذارد. توضیح این که مشتری مبیع را قبل از تمام شدن عقد و قبض کردن آن مالک نشده است، پس حقّی در به رهن گذاشتن مبیع ندارد. این قول شیخ طوسی در مبسوط^(۲) و ابن ادریس^(۳) و قاضی ابن براج^(۴) است.

۲- شرط صحیح بوده و منافاتی با کتاب و سنت ندارد. شیخ طوسی در خلاف گوید: اگر مشتری مبیع را قبل از قبض آن نزد بایع رهن بگذارد تا ثمنش را بدهد، این صحیح است، زیرا مشتری مبیع را با عقد مالک شده، و هیچ منعی در رهن گذاشتن آن نیست. وانگهی دلیلی هم بر منع آن وجود ندارد.^(۵)

آیت الله سید ابوالحسن موسوی اصفهانی گوید: اگر کسی چیزی را به ذمه (و به نسیه) بخرد، جایز است بایع مبیع را نزد خود به عنوان رهن نگهدارد تا مشتری ثمن آن را اداء کند.^(۶) از فقه‌ای عامه احمد بن حنبل و ابن قدامه معتقدند که این شرط صحیح است، اما به نظر شافعی شرط باطل است، زیرا مبیع هنگام شرط در ملک مشتری نیست تا بتواند آن را رهن بگذارد.^(۷)

به نظر می‌رسد این شرط صحیح بوده و هیچ‌گونه منافاتی با شرع ندارد، زیرا

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۳۲ و ۳۳.

۲- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۷ ص ۸۹ و ۹۰.

۳- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۱۴۹.

۴- ابن براج، المهدّب چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۱۱۷.

۵- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۵ مسئله ۳۲۱ کتاب بیوع ص ۱۳۰.

۶- سید ابوالحسن اصفهانی، وسیلة النّجاة ج ۲ ص ۱۰۳.

۷- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۲۴۷ و ۲۴۸.

واضح است با عقد بیع مشتری مالک میباید می شود. بنابراین اگر با بیع شرط کند که وقتی مشتری مالک میباید شد آن را نزد او رهن بگذارد تا ثمنش را بپردازد، این شرط بامقتضای عقد بیع منافات نداشته و به دلیل «المؤمنون عند شروطهم» باید بدان وفاء شود.

۲- مدت دار شدن ثمن به شرط اضافه شدن در مقدار آن

در عقد بیع به اتفاق فقهاء^(۱) جایز نیست با بیع در مقابل اضافه کردن ثمن میباید، اداء آن را به تأخیر بیانندازد. به این معنا اگر کسی کالایی را به ۱۰۰ تومان نقد بفروشد نمی تواند به مشتری بگوید که ثمن آن را دو ماهه بپرداز به شرط این که بجای ۱۰۰ تومان ۲۰۰ تومان بدهی، چون این امر مستلزم ربا بوده و حرام است،^(۲) ولی تعجیل ثمن با کم کردن مقداری از آن اشکالی ندارد. به این معنا که با بیع متاعی را به ۱۰۰ تومان یک ماهه فروخته ولی راضی است که مشتری ۵۰ تومان بدهد ولی به نقد باشد. این نوعی ابراء یا صلح بوده و صحیح است، زیرا همان طور که ابراء تمام ثمن صحیح است به طریق اولی ابراء بعضی از آن نیز صحیح می باشد. همچنین است در صلح که به آن «صلح حطیطة» گویند.^(۳)

حال در مورد اول که نمی توان ثمن را با اضافه کردن مقدار آن مدت دار کرد، به نظر

۱- از جمله: ابن زهره در غنیه چاپ در سلسلة الینایع الفقهیه ج ۱۳ ص ۲۱۸، محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۲۵، علامه حلی در ارشاد الازهان چاپ در سلسلة ... ج ۳۵ ص ۳۲۱، محدث بحرانی در الحدائق الناضرة ج ۱۹ ص ۱۳۴، سید ابوالحسن اصفهانی در وسیلة النجاة ج ۲ ص ۲۹، و در فقه عامه: کاسانی، بدائع الصنائع ج ۵ ص ۱۸۳، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۱۲۶، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۲ ص ۱۳۵، دکتر زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۶۷۱ تا ۶۷۵.

۲- ابن قیم گوید: این نوعی از ربای جاهلیت بوده و در آن زمان مورد استفاده قرار می گرفت. اعلام الموقعین ج ۲ ص ۱۳۵.

۳- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۱۹ ص ۱۳۷ و ۱۳۸.

بعضی از جمله «محدث بحرانی» می‌توان با توسل به حیل‌های آن را تصحیح نمود و آن این‌که کسی که کالایی را به ۱۰۰ درهم نقد خریده و می‌خواهد با زیاد کردن ۲۰ درهم، پرداخت آن را به مدت یکسال تمدید کند، راهش این است بایع مثلاً انگشتی را که قیمتش یک درهم است به ۲۰ درهم به مشتری بفروشد و ضمن این معامله تأجیل ثمن انگشت را با ۱۰۰ دره‌می که در ذمه اوست به مدت یکسال شرط نماید. این شرط صحیح بوده و به نظر محدث بحرانی هیچ اشکالی در مشروعیت آن نیست،^(۱) یا بالعکس، مشتری چیزی را که قیمتش ۲۰ درهم است به یک درهم به بایع بفروشد و ضمن معامله بایع قبول کند که مشتری ثمن را در مدت معینی بپردازد.

اشکالی که بر این حیل وارد است این‌که فروش انگشتی که قیمت واقعی آن یک درهم است به ۲۰ درهم و یا فروش کالای ۲۰ دره‌می به یک درهم، مقصود واقعی طرفین نیست، بلکه هدف واقعی رباخواری است.

ابن طی گوید: این بیع اگر بخواهد به‌طور واقعی صورت گیرد و از روی حیل و تبانی طرفین نباشد قطعاً تحقق پیدا نخواهد کرد، چون هیچ کس حاضر نیست چیزی را به ۲۰ برابر قیمت واقعی آن بخرد. بنابراین ترک چنین معامله‌ای اولی و بهتر است مگر این‌که ضرورت اقتضاء کند، که در این صورت اشکال ندارد.^(۲) به نظر «سید ابوالحسن اصفهانی» تأجیل ثمن حال بلکه مطلق دین به زیادتر از آن جایز نیست، چه به عنوان بیع باشد یا صلح یا جعالة و یا غیر آن.^(۳)

به علاوه روایت یونس شیبانی^(۴) که در بحث بیع عینه به آن اشاره شد، نیز بر بطلان

۱- همان ص ۱۳۴.

۲- ابن طی، المسایل، چاپ در سلسله النایب الفقهیه ج ۳۵ ص ۴۷۸.

۳- سید ابوالحسن اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۲۹.

۴- شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۱۹ حدیث ۸۲، شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۵ از ابواب احکام عقود حدیث ۵.

این حيله دلالت دارد، زیرا طرفین در این گونه معاملات به طور حقیقی قصد بیع ندارند. ملامحسن فیض کاشانی معتقد است که تعارضی بین روایت یونس شیبانی و روایاتی که این حيله در آن تجویز شده نیست، چون در روایت یونس متبایعین واقعاً قصد بیع را نداشته و مقصود اصلی شان ربا است، ولی در آن روایات مقصود حقیقی طرفین بیع است نه ربا.^(۱) البته اگر واقعاً طرفین قصدشان بیع باشد توجیه فوق قابل قبول است اما اگر در آن روایات تأمل کنیم درمی یابیم که مقصود اصلی متعاقدين ربا است نه بیع. به این روایت توجه کنیم: محمد بن اسحاق بن عمار گوید: به امام رضا(ع) گفتم: الرجل یکون له المال قد حلّ علی صاحبه بیعه لؤلؤة تسوی مائة درهم بالف درهم و یؤخر عنه المال الی وقت؟ قال: لا بأس، قد امرنی ابی ففعلت ذلک.^(۲)

سوالی که در اینجا مطرح است این که چرا طلبکار مالی را که قیمتش ۱۰۰ درهم است به ۱۰۰۰ درهم می فروشد؟ آیا فروش مروارید به این قیمت مقصود اصلی طرفین است؟ آیا به گفته ابن طی اگر هدف تمديد مدت دین نبود، مدیون حاضر به چنین معامله ای می شد؟ خلاصه این که آیا در شرایط عادی مدیون چنین معامله ای را انجام می داد؟ قطعاً پاسخ منفی است. بنابراین چگونه می توان گفت که در این گونه معاملات قصد طرفین بیع واقعی است؟

نکته قابل توجه این که راوی این روایت و بعضی دیگر نظیر آن محمد بن اسحاق بن عمار است که به قول شیخ صدوق واقفی مذهب است و علامه حلی در مورد او توقف دارد.^(۳) هم چنین این روایت با روایات دیگری که چنین حيله ای را جایز ندانسته و ربا را موجب ظلم و ترک معروف می داند تعارض دارد، زیرا پرواضح است که اضافه کردن ثمن به شرط زیادی در مدت پرداخت دین به هر نحو که باشد در عرف ربا

۱- ملامحسن فیض، الوافی ج ۳ باب ۱۱۲ از ابواب احکام التجاره ص ۸۹.

۲- وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۹ از ابواب احکام عقود، حدیث ۶، تهذیب الاحکام ج ۷ حدیث ۲۸ ص ۵۳.

۳- آیه الله خویی، معجم رجال الحدیث ج ۱۵ ص ۶۹ تا ۷۱.

محسوب می‌شود. افزون بر اینها این حیل با حکمت حرمت ربا در تنافی کامل است. امام خمینی گوید: «مسئله دیگری که ما را به این حدیث و امثال آن (مثل روایت مسعدة بن صدقه^(۱)) بدگمان می‌کند این است که امام (ع) ضمن تأیید حیل فرمود: «قد امرنی ابی ففعلت ذلک» یا «قد فعل ذلک ابی و امرنی ان افعل ذلک فی شئی کان علیه». به نظر می‌رسد که مضمون این جملات خود دلیل است بر این که ما در صدور این گونه احادیث از معصوم (ع) شک کنیم. به علاوه بعید نیست که این گونه احادیث از دسیسه‌ها و توطئه‌های مخالفین برای خدشه‌دار کردن شهرت و اعتبار ائمه (ع) باشد. چنان که بعید نیست روایات وارده از ائمه (ع) در مورد جواز بیع عنب و خرما به کسی که بایع می‌داند او از آن خمر درست می‌کند،^(۲) نیز از توطئه‌های مخالفین جهت بی اعتبار کردن ائمه (ع) باشد. با این که روایات زیادی^(۳) در حرمت خمر و لعن نسبت به سازندگان و حاملان و غرس‌کنندگان و... وارد شده است.»^(۴)

۳- شرط اسقاط کافه خیارات

گاه بایع برای استحکام معامله قبل از انجام آن بر مشتری شرط می‌کند در صورتی کالایش را می‌فروشد که مشتری حق هیچ‌گونه خیاری نداشته باشد. این شرط به نظر فقهای امامیه^(۵) صحیح بوده و با مقتضای عقد منافاتی ندارد،^(۶) چون اصل در عقود

۱- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۹ از ابواب احکام عقود حدیث ۳.

۲- همان، باب ۵۹ از ابواب «مایکتسب به» حدیث ۶.

۳- همان، ج ۱۷ باب ۹ و ۳۴ از ابواب الاشریة المحرمة.

۴- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۳۵۴ و ۳۵۵.

۵- از جمله: شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۵ ص ۱۴ و ۱۵ مسئله ۲۸، ابن براج،

المهذب چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۱۳۸، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۱۱، صهرشتی، → ←

لزوم است و خيار که برای فسخ عقد تشريع شده، خلاف اصل است.

به علاوه ثبوت خيار به مقتضای اطلاق عقد است نه عقدی که مشروط به شرط سقوط خيار باشد. بنابراین با وجود شرط عقد مطلق نبوده و خياری ثابت نیست.

شیخ طوسی گوید: اگر قبل از عقد طرفین شرط کنند که بعد از عقد حق فسخ نداشته باشند این شرط صحیح بوده و عقد با نفس ایجاب و قبول لازم می شود، زیرا مانعی در صحت این شرط وجود نداشته و اصل نیز جواز آن است. عموم اخبار و روایات در مورد جواز شرط شامل این مورد هم می شود.^(۷) هم چنین خيار حق متعاقدين بوده و با تراضی بر اسقاط، ساقط می شود.^(۸)

محدث بحرانی گوید: شرط اسقاط کافه خيارات نه تنها خلاف مقتضای عقد نیست بلکه عین مقتضای عقد یعنی لزوم می باشد، زیرا مقتضای بیع چنان که علامه حلی در تذکرة الفقهاء گفته، لزوم است ولی در دو صورت عقد بیع از لزوم خارج می شود: ۱- ثبوت خيار، ۲- ظهور عیب در أحد عوضین. وقتی طرفین توافق کردند که خياری بینشان نباشد، این توافق عین لزوم عقد است.^(۹) در ماده ۴۴۸ ق.م. آمده است: «سقوط تمام یا بعضی از خيارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود.»

اصباح الشیعه چاپ در سلسله... ج ۱۳ ص ۲۴۴، محق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۷۶، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۱۴ ص ۵۳۳، ابن طی، المسایل چاپ در سلسله... ج ۳۵ ص ۴۸۹، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۴۵۱ و ۴۹۸، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۴ ص ۲۸۵، حسینی عاملی، مفتاح الکرامة ج ۴ ص ۵۳۹، اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۲۶، محقق قمی، جامع الشتات ج ۲ ص ۱۵ و ۱۸. ۶- ابن زهره در غنیه (چاپ در سلسله... ج ۱۳ ص ۲۱۱) و محقق کرکی در جامع المقاصد (ج ۴ ص ۲۸۵) در مورد صحت این شرط ادعای اجماع کرده اند.

۷- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله... ج ۳۵ ص ۱۴ و ۱۵ مسئله ۲۸.

۸- شیخ انصاری، المكاسب ج ۲ ص ۲۲۵.

۹- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۱۹ ص ۴.

به نظر فقهای عامه^(۱) نیز این شرط جایز بوده و منافاتی با مقتضای عقد ندارد، زیرا
خیار برای فسخ عقد تشریع شده و نتیجه اسقاط آن لزوم و نفوذ عقد است.

نظیر همین بحث را فقهاء در باب خیار عیب نیز مطرح کرده‌اند و آن این‌که بایع هنگام
فروش بر مشتری شرط کند که کالا از هر عیب ظاهری و باطنی مبرا است چه این‌که کالا
حیوان باشد یا غیر آن، معلوم باشد یا مجهول.

به نظر فقهای امامیه^(۲) این شرط صحیح بوده و اگر عیبی پیدا شد ضمانتی بر او نیست
و بر مشتری نیز خیاری ثابت نیست اگرچه بایع عیب را نام نبرد و به تفصیل ذکر نکند.
البته بهتر و احوط این است که اگر عیبی در کالا وجود دارد بایع برای مشتری بیان کند.
ابن زهره در غنیه^(۳) بر صحّت این شرط ادّعی اجماع کرده است.

از علمای امامیه ابن جنید^(۴) و نیز ابن براج^(۵) معتقدند که در تبرّی از عیوب، بایع باید
به تفصیل عیوب را بیان کند. دلیلش این است که این بیع همراه با شرط تبرّی مجهول بوده
و اگر بایع عیوب را به تفصیل بیان نکند معامله باطل است، اما به نظر علامه حلی^(۶)

۱- سمرقندی، تحفه الفقهاء ج ۱ ص ۶۶، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۵ ص ۲۶۷ تا ۲۷۱، زحیلی، الفقه الاسلامی و
ادلته ج ۴ ص ۵۳۹ به بعد.

۲- از جمله: شیخ مفید، المقننه چاپ در سلسله النبايع الفقهيه ج ۱۳ ص ۲۸، شیخ طوسی، النهايه چاپ در
سلسله ... ج ۱۳ ص ۹۰، سلار دیلمی، المراسم چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۱۱۱، ابن حمزه، الوسيله چاپ در
سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۳۷، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۱۳، صهرشتی، اصباح الشيعه چاپ در
سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۶۱، ابن ادریس، السراير چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۳۳۲، محقق حلی، شرايع الاسلام،
ج ۲ ص ۲۹۰، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۵۳۸، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳
ص ۲۳۷، محقق قمی، جامع الشتات ج ۲ ص ۸۶.

۳- ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۱۳.

۴- علامه حلی، مختلف الشيعه ص ۳۷۱.

۵- ابن براج المهداب چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۱۶۹.

۶- علامه حلی، مختلف الشيعه ص ۳۷۱.

این استدلال صحیح نیست، چون تبرّی اجمالی شامل هر عیبی می‌شود و جزئیات نیز داخل آن است. به علاوه طرفین بر شرط تبرّی از هر عیبی توافق کرده و براساس آن معامله کردند، پس باید به دلیل: «المؤمنون عند شروطهم» براساس شرط عمل کنند. به نظر علامه حلی روایات نیز بر صحت چنین شرطی دلالت دارد.

محقق کرکی ضمن این که معتقد است تبرّی از هر عیبی ولو به نحو اجمال صحیح است، گوید: در این صورت جهالتی وجود ندارد، چون بایع به واسطه شرط برائت کالای خود را از تمام عیوب مبرا کرده و این شرط هر عیبی را شامل می‌گردد. حسنّه جعفر بن عیسی^(۱) نیز بر آن دلالت دارد، اما این که گفته شده تبرّی به نحو اجمال موجب جهالت و غرراست، درست نیست، چون مبیع مورد مشاهده مشتری بوده و او آگاهانه و بی آن که حیل و خدعه‌ای در کار باشد، معامله را انجام می‌دهد.^(۲) البته در مواردی که عیب خفی باشد مثل مخلوط شدن شیر با آب، و تشخیص آن نیز مشکل گردد بایع باید به نحو تفصیل عیوب را بیان کند.^(۳)

در ماده ۴۳۶ ق.م آمده است: «اگر بایع از عیوب مبیع تبرّی کرده باشد به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصّی تبرّی کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد».

تنها بحثی که میان علمای امامیه مطرح است این که آیا به واسطه این شرط بایع همان گونه که نسبت به عیوب موجود در وقت عقد مبرا می‌شود نسبت به عیوب متجدّده بعد از عقد و قبل از قبض مبیع توسط مشتری نیز مبرا می‌گردد؟

به نظر صاحب الکرامه بایع نسبت به عیوب متجدده بری نیست. چون مفهوم

۱- شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۶۶ حدیث ۲۸۵.

۲- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۴ ص ۳۳۱.

۳- همان ص ۳۳۳.

تبری این است که بایع از عیوب موجود در حال عقد مبرا باشد. از این رو علامه حلی در تذکره گوید عیوب متجدد داخل در شرط نیست، مگر این که بایع از ابتداء و هنگام شرط به آن تصریح کند. به این معنا که بایع تبری از عیوب باطنی و آنچه را که بعداً ایجاد می شود در عقد شرط کند. چنان که علامه حلی در تذکره و شهید اول در دروس و شهید ثانی در مسالک بدان اشاره کرده اند. علامه نیز در تذکره بر آن ادعای اجماع کرده است.^(۱)

در فقه عامه، به نظر فقهای حنفی^(۲) بیع به شرط برائت از هر عیبی هر چند به نحو اجمال صحیح است، خواه بایع جاهل به وجود عیب در مبیع باشد یا عالم به آن ولی آن را از مشتری کتمان کند. این شرط شامل هر عیب موجود قبل از بیع یا عیب حادث بعد از بیع و قبل از قبض می شود و اگر عیبی به وجود آمد برای مشتری حق خیار ثابت نیست، چون مشتری با این شرط و قبول آن حق خود را ساقط کرده است. این قول ابوحنیفه و ابویوسف است.

به نظر محمد (از اصحاب ابوحنیفه)، و مالک و شافعی شرط برائت فقط شامل عیب موجود هنگام عقد است نه عیب حادث بعد از عقد و قبل از قبض، زیرا برائت شامل چیزی می شود که موجود است. به نظر مالکیه و شافعیه شرط برائت در صورتی صحیح است که بایع نسبت به عیب عالم نباشد، اما اگر عیبی را بداند و آن را از مشتری کتمان کند، شرط برائت نسبت به آن صحیح نیست، زیرا این نوعی خدعه و تدلیس بوده و حرام است.^(۳)

۱- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۶۲۴.

۲- میدانن، الباب فی شرح الکتاب ج ۱ ص ۲۴۹، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۲ ص ۱۹۶، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۵ ص ۲۷۶ و ۲۷۷، ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار علی الدرالمختار ج ۴ ص ۹۵، ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار ج ۲ ص ۲۱.

۳- ابن جزری، القوانین الفقهیة ص ۱۷۵، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۱۸۳، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۵۳، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۲ ص ۱۹۷ و ۱۹۸.

از احمد بن حنبل دو قول روایت شده: ۱- بایع به واسطه شرط برائت از عیوب مبرّی نمی‌شود مگر این‌که مشتری عیب را بداند. ۲- مثل قول مالک و شافعی است به این‌که بایع از هر عیبی که نمی‌داند مبرّا است ولی از عیبی که بداند و آن را کتمان کند مبرّا نیست.^(۱)

به نظر ابن حزم شرط مزبور صحیح نبوده و چنین بیعی فاسد است، زیرا این شرط در کتاب خدا نبوده و باطل است. هم چنین به نظر وی این شرط نوعی غش بوده و حرام است.^(۲)

آنچه می‌توان گفت این‌که در این شرط هیچ خدعه و غشی توسط بایع بر مشتری صورت نمی‌گیرد، حتی موردی که بایع عیب را بداند و آن را از مشتری کتمان کند، زیرا وقتی بایع از ابتداء خود را از هر عیبی مبرّا می‌کند، مشتری هیچ اجباری در پذیرفتن آن نداشته و می‌تواند در مورد مبیع تحقیق و تفحص بیشتری نماید. بنابراین هیچ حيله و مکرری از جانب او صورت نگرفته است و مشتری نیز وقتی شرط را پذیرفت پس از معامله در صورت وجود عیب حق خیار برای فسخ بیع ندارد. حيله و مکرر در صورتی است که بایع ادّعا کند مبیع سالم است ولی در واقع معیوب باشد، یا ظاهر فریبی کند که در چنین حالتی اگر عیبی آشکار شد حق خیار برای مشتری ثابت است.

۴- قبض مبیع

قبض مبیع عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع (ماده ۳۶۷ قانون مدنی). اگر مشتری بعد از قبض مبیع مدّعی شد که بایع آن را به کمتر از مقدار واقعی‌اش تحویل وی داده است، به نظر شهید اوّل اگر مشتری هنگام وزن یا کیل حاضر نباشد، سوگند

۱- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۱۲۹، شیخ مرعی بن یوسف، غایة المنتهی ج ۲ ص ۲۷ به نقل از زحیلی،

الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۵۷۵.

۲- ابن حزم، المحلّی ج ۹ ص ۴۴.

یاد می‌کند و به نفع وی حکم صادر می‌شود، اما اگر در وقت وزن یا کیل حاضر بوده و بر آن نظارت داشته باشد، ادعای او مسموع نیست و در این صورت باید بایع را قسم داد و بعد از قسم به نفع او حکم می‌شود.^(۱)

شهید ثانی گوید: دلیل حکم در فرض اول این است که قول مشتری موافق با اصل عدم وصول حق به اوست، ولی ادعای بایع مخالف با اصل است. از این رو مشتری منکر است و بایع مدعی، و اگر بایع نتواند بینه اقامه کند بر مشتری است که سوگند یاد کند تا حکم به نفع وی صادر شود.

اما دلیل حکم در فرض دوم این است که به مقتضای ظاهر حال باید حق به جانب بایع باشد، زیرا اگر مشتری در موقع کیل و وزن حضور داشته باشد برای رسیدن به حَقّش احتیاط کامل و دقت لازم را کرده و مقدار حَقّش را نیز در آن هنگام ملاحظه کرده است. از طرف دیگر چون مشتری اعتراضی نکرده، معلوم می‌شود بایع به طور کامل حق را به وی داده است. از این رو اعتراض بعدی مشتری برخلاف ظاهر است و قبول نمی‌شود. بنابراین مشتری مدعی است و بایع به لحاظ این که قولش موافق با ظاهر است منکر، و اگر مشتری برای اثبات مدعایش بینه اقامه نکند، بایع قسم خورده و حکم به نفع وی صادر می‌شود.

سپس شهید ثانی می‌افزاید: ممکن است بگوئیم که در فرض دوم ادعای مشتری هم مخالف با اصل باشد و هم مخالف با ظاهر، زیرا مشتری وقتی حق خود را که مبیع باشد قبض نموده و هیچ‌گونه اعتراضی نکرده است، خود قبض به معنای اعتراف وی بر دست‌یابی به حق خود به طور کامل است. حال پس از تحقق قبض و گذشت مدتی وقتی ادعا کند که حَقّش به طور کامل به وی نرسیده، این ادعا نه تنها برخلاف ظاهر است بلکه برخلاف اصل نیز می‌باشد، زیرا به دلیل سکوت و رضایش در موقع قبض اصل مقتضی

وصول حق به طور کامل به وی است، اما اگر مشتری ادّعی خود را در فرض دوم تغییر بدهد و بگوید: بایع تمام میباید را به قبض من نداده، کلامش در این صورت مسموع بوده و باید بر آن سوگند یاد کند مشروط بر این که قبلاً ادّعی اول را نکرده باشد، چون در این صورت کلام او با اصل موافق بوده و او منکر می باشد و بایع مدّعی، زیرا بایع مدّعی است که تمام میباید را به مشتری داده و مشتری منکر آن است. اگر بایع برای اثبات ادّعی خود بینه ای اقامه نکرده، مشتری سوگند یاد کرده و قولش با قسم پذیرفته می شود. شهید ثانی گوید: علت این که ادّعی دوم مشتری را در صورت ادّعی اوّلش نمی پذیرند این است که بین این دو ادّعا تناقض است چون وقتی که مشتری در ادّعی اوّل مدّعی قبض میباید و نقصان آن شد، از آنجایی در مجلس کیل و وزن حضور داشته آن را از او نمی پذیرند، زیرا نفس حضور در مجلس به همراه اعترافش به قبض دلالت بر این می کند که بایع تمام میباید را به او داده است و این با ادّعی دوّمش که مدّعی است بایع حقّش را به طور کامل به وی نداده تناقض دارد.

بنابراین تنها راه چاره برای این که مشتری به حقّش دست یابد این است که اصلاً ادّعی اوّل را مطرح نکند و از ابتداء بگوید که بایع تمام میباید را به من نداده است و این خود یکی از حیل های شرعی است که بر آن حکم شرعی مترتب می شود.^(۱)

این حيله متضمن تحليل حرام و تحريم حلال نبوده و مشروع است، زیرا در واقع مشتری میباید را به طور کامل قبض نکرده و بایع تمام حقّش را به وی نداده است. به علاوه تعلیلی که شهید ثانی در مورد خلاف اصل بودن ادّعی مشتری در فرض دوّم مطرح کرده خود جای تأمل است، چون همان طور که محدث بحرانی^(۲) گفته ممکن است مشتری در موقع کیل و وزن حاضر باشد اما به دلیل غفلت یا سهو و یا به دلیل اطمینانی که به بایع

۱- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۵۲۹.

۲- بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۹ ص ۱۸۵.

داشته نسبت به کیل و وزن او اعتماد نموده و دقت کافی را نکرده باشد ولی بعداً متوجه شد که بایع مبیع را به طور کامل به قبض وی نداده است. از این رو برای فرار از این مخمصه و مشکل و به جهت دستیابی به حقش می تواند متوسل به چنین حیلای بشود. چنانچه اگر بدهکاری بدهی خود را پرداخته ولی هنگام اداء دین شاهد و یننه ای نداشته باشد، اگر نزد قاضی ابتداء اقرار به بدهی خود کند سپس بگوید آن را داده ام، در این صورت اقرار به دین ثابت می شود و برای پرداخت آن که ادعایی بیش نیست (به دلیل اصل عدم رد) باید یننه اقامه کند و چون یننه ندارد حرفش پذیرفته نیست. از این رو برای این که غرامت بیهوده متحمل نشود حیل شرعی این است که در نزد قاضی بگوید: من به فلانی اصلاً بدهکار نیستم و چون این کلام موافق با اصل است با قسم از او می پذیرد و این حیل مشروع است، زیرا بدهکار در واقع دینش را پرداخته و در این ادعا هیچ دروغی را مرتکب نشده است.

۵- بیع صرف و سَلَم^(۱)

در بیع صرف باید عوضین در مجلس معامله قبض و اقباض شوند و الاً به هر مقدار که قبض شد معامله در همان مقدار صحیح است.^(۲) مثلاً کسی می خواهد دیناری را که

۱- بیع صرف؛ بیع هر یک از طلا و نقره (اعم از مسکوک و غیرمسکوک) به یکدیگر را گویند. اما بیع سَلَم (سَلَف) بیعی است که در آن ثمن حال و مبیع مؤجل باشد - لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۱۱۸.

۲- به نظر بعضی از فقهاء از جمله شیخ انصاری چون در بیع صرف علاوه بر ایجاب و قبول، قبض نیز شرط صحت است. از این رو طرفین پیش از قبض خیار مجلس داشته و می توانند معامله را بهم زنند. (المکاسب ص ۲۱۹، یک جلدی) ولی بر این نظر اشکال شده به این که اگر قبض شرط صحت بیع صرف است، استفاده از خیار معنی ندارد. زیرا اعمال خیار برای فسخ عقدی به کار می رود که به درستی واقع شده است، ولی در این حالت که بنا به فرض، پیش از قبض هنوز عقد بسته نشده است، تصور وجود خیار مجلس امکان ندارد و نیازی هم به آن نیست - کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۳ ص ۴۳.

مساوی با ده درهم است، با دیناری که مساوی ۲۰ درهم است، معامله کند بدیهی است معامله به مقدار ده درهمی که داده صحیح است و نصف دینار ۲۰ درهمی را مالک می‌شود. حال برای این که صاحب دینار ۱۰ درهمی بتواند تمام دینار ۲۰ درهمی را مالک شود می‌تواند متوسل به حيله‌ای بشود: دینار ده درهمی را بدهد و با آن نصف دینار ۲۰ درهمی را بخرد، سپس همان ۱۰ درهم را که به بائع داده از او قرض کرده و در همان مجلس معامله به او بدهد و بقیه را از او بخرد. به نظر علمای امامیه^(۱) این معامله صحیح است.

به نظر ابن قدامه نیز این معامله صحیح است در صورتی که از روی تقلب و خدعه نباشد.^(۲) نظر شافعی هم همین است،^(۳) اما به نظر ابن قیم این حيله غیر مشروع و باطل است، چون در حقیقت در این معامله یک دینار با نصف دینار معامله شده و این ربا است.^(۴) به نظر می‌رسد استدلال ابن قیم درست نباشد، زیرا در این حيله در واقع یک دینار در مقابل یک دینار معاوضه شده، منتهی مشتری ۱۰ درهم را نقد می‌دهد و ۱۰ درهم دیگر را که به عنوان قرض گرفته موظف است بعد از معامله به بائع بپردازد و در این صورت هیچ ربایی لازم نمی‌آید. بله چنان که ابن قدامه گفته اگر این قرض صوری و ظاهری باشد و در واقع هدف و مقصود اصلی طرفین معامله نصف دینار به یک دینار باشد، قطعاً این معامله به دلیل این که مستلزم ربا می‌باشد حرام و باطل است.

تا به اینجا بحث در موردی بود که در بیع صرف قبض عوضین باید در مجلس عقد و پیش از جدایی طرفین انجام گیرد و نظر علمای امامیه نیز همین است. ولی در ماده ۳۶۴

۱- از جمله: صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله الینابیع الفقیه ج ۱۳ ص ۲۵۲، علامه حلی،

قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۵۱۸.

۲- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۵۴ و ۵۵.

۳- نووی، المجموع شرح المذهب ج ۱۰ ص ۱۰۲.

۴- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۰۸ و ۳۰۹.

ق.م این قید نیامده و قبض را به طور مطلق شرط صحت عقد می‌داند. بنابراین می‌توان از لحن این ماده استنباط کرد که تسلیم مبیع یا ثمن ممکن است پس از عقد انجام شود، به خصوص این‌که در ذیل ماده آمده است: «انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع عقد».

براساس این نظر اگر در بیع صرف خریدار بخشی از ثمن را در مجلس عقد و بخشی دیگر را، بدون این‌که متوسّل به حيله مزبور شود، بعداً به بايع بدهد اشکالی نداشته و جایز است.

در بیع سَلَم نیز نظیر حيله مذکور مطرح شده است: مشتری یک من گندم را به یک دینار می‌خرد ولی فقط نیم دینار دارد. برای انجام معامله به حيله‌ای متوسّل می‌شود و آن این‌که نیم دینار را در مجلس معامله به مشتری می‌دهد، سپس آن را از او قرض کرده و در همان مجلس به او می‌دهد تا به این ترتیب ثمن یعنی (یک دینار) به طور کامل تحویل بايع گردد.

ابن قیم^(۱) معتقد است که این حيله جایز نیست. چون در آن از قرض استفاده شده که مقصود شارع نیست. متعاقدين نیز از قرض سوء استفاده کرده و آن را بازیچه امیال خود قرار داده‌اند، اما باید گفت این حيله نیز مشروع بوده و قرضی که در آن به کار رفته در صورتی که صوری نباشد منافاتی با شرع ندارد.

ع- بیع میوه قبل از بُدُو صلاح

بُدُو صلاح، پدید آمدن صلاحیت میوه و ظهور چیزی است که صلاح میوه به آن پایدار می‌گردد. بُدُو صلاح در میوه‌ها مختلف است. در برخی از آنها به سرخ شدن و

در برخی به زرد شدن و در بعضی به بسته شدن دانه‌ها است.^(۱)

به نظر فقهاء شرط صحت بیع میوه این است که بُدُو صلاح پیدا کند. حال برای این که بتوان میوه را قبل از بُدُو صلاح و به مدت یک سال^(۲) فروخت بسیاری از فقهاء از جمله شیخ طوسی^(۳)، ابن براج^(۴)، ابن ادریس^(۵)، محقق حلی^(۶) و شهید اوّل^(۷) راه حلی مطرح کرده‌اند به این که آن را با چیز دیگری که بیع آن جایز است، ضمیمه کنند. در این صورت معامله صحیح است زیرا با ضمیمه شدن معامله از غرر خارج می شود. در مورد راه حل مزبور آنچه می توان گفت این که اگر ضمیمه مقصود اصلی طرفین معامله نباشد، معامله غرری محسوب شده و باطل است. از این رو محدث بحرانی^(۸) گوید: در صورتی ضمیمه در بیع ثمره قبل از بُدُو صلاح مشروع است که ضمیمه مقصود اصلی در معامله باشد و ثمره تابع آن، والا جایز نیست.

راه حل دیگری که مطرح شده این است که معامله مزبور را مشروط به رسیدن میوه و چیدن آن بنمایند.^(۹) در این صورت معامله صحیح است هر چند به نظر محدث بحرانی

۱- دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۲۶۲.

۲- اگر میوه را قبل از بُدُو صلاح و به مدت دو سال و بیشتر بفروشند، معامله صحیح است. (شیخ طوسی،

الخلاف چاپ در سلسلة النایب الفقهیة ج ۳۵ ص ۵۸، صهرشتی، اصباح الشیعة چاپ در سلسلة ... ج ۱۳

ص ۲۵۶، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۳۵۴ و ۳۵۵ و ...).

۳- شیخ طوسی، النهایة چاپ در سلسلة ... ج ۱۳ ص ۱۰۳.

۴- ابن براج، المهذب چاپ در سلسلة ... ج ۱۳ ص ۱۶۰.

۵- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسلة ... ج ۱۴ ص ۳۸۱.

۶- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۰۷.

۷- شهید اوّل، الدروس چاپ در سلسلة ... ج ۳۵ ص ۳۸۳.

۸- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۱۹ ص ۳۲۹ و ۳۳۰.

۹- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسلة ... ج ۳۵ ص ۵۸، علامه حلی، مختلف الشیعة ص ۳۷۶، شربینی،

مغنی المحتاج ج ۲ ص ۸۹.

صحت چنین شرطی محل اشکال است،^(۱) اما اگر شرط مذکور انجام نگیرد و به نحو مطلق معامله منعقد گردد، فقهاء در این مورد اختلاف نظر دارند. بعضی از جمله علامه حلی^(۲) و ابوحنیفه^(۳) قائل به صحت آن هستند، زیرا بیع میوه قبل از بُدْو صلاح به نحو مطلق، مقتضی رسیدن و چیدن آن است. به نظر فقهای شافعی^(۴) در مورد مزبور اگر میوه همراه با درخت فروخته شود، جایز است.

اما برخی از فقهاء امامیه^(۵) و نیز فقهای عامّه^(۶) قایل به بطلان آن هستند، زیرا اطلاق دلالتی بر بقاء میوه و کامل شدن و چیدن پس از آن ندارد. به نظر می رسد قول اخیر قوی تر است چون از نظر عرفی اطلاق اعم است از بقاء و عدم بقاء، و برای بقاء نیاز به دلیل خاص که همان شرط تبقیه است، می باشد.

۷- بیع شرط

حیله دیگری که در باب بیع مطرح شده «بیع شرط» یا «بیع خیاری» است که به قصد استقرار صورت می گیرد. بیع شرط عبارت است از این که متعاقدين در ضمن عقد بیع شرط کنند هرگاه بایع تمام مثل ثمن یا بعض آن را به مشتری رد کرد، خيار فسخ معامله

۱- محدث بحرانی، الحقائق المناظرة ج ۱۹ ص ۳۳۴.

۲- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۷۶.

۳- قفال، حلیه العلماء ج ۴ ص ۲۱۴.

۴- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۸۹.

۵- ابن براج، المذهب چاپ در سلسله البنا بیع الفقهیه ج ۱۳ ص ۱۶۰، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۰۶، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۵۶، شهیداول، الدروس چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۳۸۴.

۶- نووی، المجموع ج ۱۱ ص ۳۲۳ و ۳۳۲، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۷۲، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیه الدسوقی ج ۳ ص ۱۵۹، قفال، حلیه العلماء ج ۴ ص ۲۱۴، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۲۴.

نسبت به تمام مبیع یا بعض آن را داشته باشد و الاً مبیع به ملکیت قطعی مشتری درمی آید. در قانون ثبت اسناد و املاک به چنین معامله‌ای «معامله با حق استرداد» گفته می‌شود. در ماده ۴۵۸ قانون مدنی آمده: «در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد. هم‌چنین می‌توانند شرط کنند که هرگاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد. در هر حال حق خیار تابع اقرار متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.»

در ماده ۴۵۹ قانون مدنی آمده: «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. اگر بالعکس بایع به شرایط مزبور عمل نماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ، مال مشتری است.»

در معاملات بیع شرطی که به منظور استقراض صورت می‌گیرد نوعاً ثمن وجه نقد است به این معنا که بایع ملک خود را به مشتری که در واقع مقرض است می‌فروشد و پولی را که به دست می‌آورد همان وام است. به این جهت در عقد قید می‌شود که پس از فسخ، بایع (مقرض) مثل آنچه را که گرفته مسترد دارد.

آنچه در ارتباط با «بیع شرط» می‌توان گفت این‌که اگر مقصود طرفین از آن بیع حقیقی باشد، اشکالی در آن نیست و مثل سایر عقود که در آن با تراضی طرفین خیار شرط می‌شود، عقد صحیح است ولی باید مدت خیار معلوم باشد، اما اگر مقصود طرفین از بیع شرط انجام معامله‌ای صوری و به منظور گرفتن ربح توسط مقرض باشد، قطعاً

معامله مصداق «کل قرض یجز المنفعة فهو حرام»^(۱) بوده و مشروع نیست.

توضیح مطلب: در سابقه تاریخی بحث حیل اشاره شد که در زمان ناصرالدین شاه کسانی که قصد گرفتن سود در قرض را داشتند به دلیل این که طلب سود از مقرض ربا بود، از او می خواستند در قبال وامی که از مقرض دریافت می کند خانه خود را که معمولاً ارزش اقتصادی بیشتری داشت به او و به همان مبلغی که از او وام گرفته بفروشد، ولی در ضمن معامله شرط می کردند که «چنانچه در مدت معینه بایع آن مبلغ را تأدیه نکند، بیع قطعی و مبیع به ملکیت ثابت مشتری درآید. از طرف دیگر مقرض برای دریافت ربح، مال مورد معامله را به مقرض اجاره می داد و ماهیانه مبلغی دریافت می داشت.»^(۲) از آنجایی در غالب موارد وام گیرنده به علت افلاس و تنگدستی نمی توانست خود را از زیر بار دین خارج نماید زندگی و سرمایه خود را به سهولت از دست می داد و راهی برای جبران آن وجود نداشت. بیع شرط چندان رایج شد که معاملات تجاری را راکد و اقتصاد جامعه را متزلزل نمود. سرمایه داران به جای این که سرمایه خود را در تجارت و امور عمرانی به کار برند بی آن که سرمایه را به خطر اندازند، معاملات بیع شرط می نمودند.

برای جلوگیری از این رویه، فرمانی در زمان ناصرالدین شاه توسط محاکم عدلیه صادر شد که در رسیدگی به دعاوی متبایعین در معاملات شرطی حکم به مالکیت قطعی تمام مبیع برای مشتری نکنند، بلکه مشتری بایستی از قیمت مبیع یا از عین ملک به مقدار ثمن پرداختی و مال الاجاره مقرر بین طرفین استفاده کرده و بقیه از آن بایع باشد.^(۳)

در ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز آمده: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع

۱- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۲۳۲.

۲- دکتر امامی، حقوق مدنی ج ۱ ص ۵۶۷.

۳- همان.

حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.» به نظر بعضی از حقوقدانان^(۱) این ماده نمی‌تواند داروی قاطعی برای درمان این بیماری باشد، زیرا اثبات این‌که قصد فروشنده امری غیر از اطلاعات مندرج در اسناد معامله است، کاری چنان دشوار است که هر مدعی را در اقامه چنین دعوایی به تردید می‌اندازد. بنابراین ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت به کلی اثر معامله با حق استرداد را در زمره معاملات رهنی قرار داد. به موجب این ماده، در معاملات شرطی نیز، مانند معامله رهنی، خریدار تنها طلبکار فروشنده محسوب می‌شود و می‌تواند برای وصول طلب خود و زیان دیر کرد، درخواست صدور اجرائیه و فروش مبیع شرطی را بکند.^(۲) با این وصف، دیگر بیع شرط یا خیاری باعث انتقال مالکیت مبیع به خریدار نمی‌شود و تأسیس حقوقی

۱- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی ج ۳ ص ۱۳۵.

۲- ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیرمنقول در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند. دفترخانه بنا به تقاضای بستانکار اجرائیه برای وصول طلب و اجور و خسارت دیرکرد صادر خواهد کرد و به اداره ثبت ارسال خواهد داشت و بدهکار از تاریخ ابلاغ اجرائیه هشت ماه مهلت خواهد داشت که نسبت به پراخت بدهی خود اقدام نماید. بدهکار می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه درخواست نماید که ملک از طریق حراج به فروش برسد. در این صورت اجرای ثبت یا ثبت محل پس از انقضای مدت شش ماه به حراج ملک اقدام خواهد کرد. قبل از فروش ملک در صورت اعلام انصراف بدهکار حراج ملک موضوعاً منتفی خواهد بود. مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع شود و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد. در صورت نبودن خریدار و هم چنین در صورتی که تقاضای بدهکار ظرف مدت مقرر به اجرا یا ثبت محل و اصل نشود پس از انقضای هشت ماه مذکور در این قانون ملک با اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی به موجب سند انتقال رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد. هرگاه بستانکار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری ملک به او باید وجوه دریافتی را مسترد نماید ...»

ویژه‌ای است که باید جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد.

نکته قابل تأمل این‌که وقتی مقصود اصلی طرفین در «بیع شرط» استقراض باشد و نه بیع، پس اجاره دادن مبیع توسط مشتری به بایع به این معنا است که وی به میزان متعارف ربح پول خود را دریافت کند. این نیز مصداق «کل قرض یجرّ المنفعة فهو حرام» بوده و مشروعیت ندارد.

دلیل دیگر بر بطلان معاملات شرطی این است که این‌گونه معاملات در حقیقت مصداق «قرض به شرط معامله محاباتی»^(۱) بوده و به اتفاق فقهاء باطل است. «قرض به شرط معامله محاباتی» به این معنا است که مقرض در ضمن عقد شرط کند مقترض کالایی را که قیمتش مثلاً ده هزار تومان است، به پنج هزار تومان به او بفروشد که این ربا بوده و حرام است. در اینجا نیز مقرض شرط می‌کند در صورتی قرض می‌دهد که مقترض در «بیع شرط» جنسی را که قیمتش از لحاظ اقتصادی به مراتب بیشتر از وام است به همان مبلغی که از او وام گرفته به او بفروشد.^(۲)

ممکن است کسی بگوید که بیع شرط مصداق حدیث «خیر القرض ما جرّ منفعة»^(۳) بوده و اشکالی در آن نیست. در پاسخ باید گفت این حدیث شامل موردی است که مقترض به نحو تبرّعی و بدون این‌که شرطی (خواه صریح یا غیر صریح) در عقد بشود، با رضایت خاطر و تمایل قلبی چیزی اضافه‌تر به مقرض بدهد، اما در بیع شرطی که به قصد استقراض صورت می‌گیرد مسئله این‌گونه نیست، زیرا مقرض در صورتی به مقترض وام می‌دهد که وی با بیع شرط چیزی را که قیمتش بیشتر از وام است با شرایطی که مطرح شد به مقرض بدهد و الاّ وامی پرداخت نخواهد شد.

۱- در این مورد بعداً بحث خواهد شد.

۲- البته ممکن است شرط به نحو شرط ضمن عقد نبوده و از نوع شرط تبانی باشد، ولی در هر دو صورت ثابت است که صحّت یا عدم صحّت شرط در عقد اثر می‌گذارد.

۳- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۱۹ از ابواب دین و قرض، حدیث ۸.

بیع به شرط تعلیق

همان طوری که گفته شد مفاد بیع شرط، اگر به نحو صحیح و نه به قصد استقراض واقع شود، این است که بایع می تواند ملکیت مبیع را به مشتری تا هنگام وصول ثمن به تأخیر بیاورد. بیع به شرط تعلیق نیز مفادش این است که بایع در مواردی که مبیع به اقساط فروخته می شود، برای این که مطمئن به وصول طلب خود شود و نیازی به گرفتن وثیقه نیز نباشد، می تواند انتقال ملکیت مبیع به مشتری را معلق به پرداخت ثمن از جانب او نماید. بدین ترتیب که شرط کند با پرداخت آخرین قسط ثمن توسط خریدار، مبیع به او منتقل شود. این شرط صحیح بوده و موجب تحلیل حرام و تحریم حلال نیست.

۸- حيلة عقارب (معامله معارض)^(۱)

ابن قیم در اعلام الموقعین^(۲) حیلی را مطرح می کند تحت عنوان «حيلة عقارب» که صور متعددی دارد. این حيله ها به دلیل دربر داشتن خدعه، تدلیس، تقلب و کتمان واقع حرام و باطل است. به گفته ابن قیم کسی که از خداوند ترسی ندارد مرتکب آن می شود. به عنوان نمونه به بعضی از این حیل اشاره می شود:

الف- کسی زمین یا خانه اش را وقف کند و بر وقف کردن آن نیز شهادت بدهد، ولی آن را کتمان کرده و بفروشد. هنگامی که مشتری از منافع و محصول آن بهره مند شد و یا در آن سکونت گزید، وقف نامه زمین یا خانه را به او نشان داده و مدعی شود که مشتری مالک زمین یا خانه نیست و باید اجرة المثل منافع حاصله را بدهد.

ب- کسی زمین یا خانه ای را به ملک پسر یا زنش درآورد ولی این امر را کتمان کرده و آن را به دیگری بفروشد، سپس پسر یا زن مدعی شود که زمین یا خانه مال اوست و

۱- این بحث در فقه عنوان مستقلی ندارد ولی در حقوق امروز به نام «معامله معارض» معروف است.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۲۹ و ۳۳۰.

معامله بلا اثر است و در نتیجه اجرة المثل مدتی را که مال در دست مشتری بوده بگیرد.

ج- کسی خانه یا زمینش را رهن بگذارد سپس آن را فروخته و از ثمنش استفاده کند. بعد از مدتی در رهن بودن آن را آشکار کند تا مبیع را به دلیل در رهن بودن به خود برگرداند.

در همه این موارد معامله دوم بی اثر است، اما ممکن است دو معامله معارض واقع شود که از لحاظ قانونی معامله دوم مقدم بر معامله اول باشد. مثلاً شخصی مال خود را اعم از منقول یا غیر منقول با سند عادی می فروشد ولی قبل از ثبت معامله و تسلیم مبیع همین مال را به شخص دیگری به طور رسمی می فروشد و یا رهن یا اجاره می دهد.

در این گونه موارد قوانین ما برای جلوگیری از بروز تقلب به شیوه های جزایی متوسل شده اند. ماده ۱۱۷ قانون ثبت مقرر می دارد: «هر کس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی اعم از منقول یا غیر منقول حقی به شخص یا اشخاصی داده بعد نسبت به همان عین یا منفعت، به موجب سند رسمی معامله یا تعهد معارضی با حق مزبور بنماید، به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد.» البته نحوه نگارش ماده مزبور قابل انتقاد است «زیرا اولاً: به موجب این ماده معامله اول ممکن است با سند عادی و یا به طور رسمی منعقد شده باشد. در حالی که اگر معامله اول رسمی باشد دیگر امکان تحقق معامله معارض و در نتیجه تقلب وجود ندارد. اگر دو معامله معارض نسبت به عین معینی واقع شود و هر دو رسمی باشند، اصولاً معامله ای که تاریخ آن مقدم است بر معامله دوم رجحان دارد و فرصتی برای اعتبار دادن به سند دوم باقی نمی گذارد. ... ثانیاً: اگر معامله اول با سند عادی و معامله دوم با سند رسمی باشد، بر طبق آراء متعددی که از شعب و هیئت عمومی دیوان کشور صادر شده، این عمل معامله معارض و مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت نیست، چون بر طبق ماده ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد عادی در مورد معاملات املاک ثبت شده اعتبار ندارد و در محاکم قابل استناد نیست. در مقابل این آراء، بعضی از شعب دیوان کشور اظهار نظر کرده اند که صرف انجام دو معامله نسبت به عین معین که معامله اول با سند عادی و معامله دوم

با سند رسمی باشد، معامله معارض محسوب می شود و مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت می باشد. سرانجام بر اثر پیدایش اختلاف در شعب دیوان کشور، براساس ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ و به درخواست دادستان کل در تاریخ آبان ماه سال ۱۳۵۱ قضیه در هیئت عمومی دیوان کشور مطرح گردید و هیئت مزبور با تأیید رویه سابق خود چنین اظهار نظر کرد: «نظر به این که شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یک مال می باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیر منقول به موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مزبور اجباری باشد سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت. بنابراین چنانچه کسی را در این قبیل نقاط با وجود اجباری بودن ثبت رسمی اسناد، قبلاً معامله ای نسبت به مال غیر منقول به وسیله سند عادی انجام دهد و سپس به موجب سند رسمی معامله ای معارض با معامله اول در مورد همان مال واقع سازد عمل او از مصادیق ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد نخواهد بود بلکه ممکن است بر فرض احراز سوء نیت با ماده کیفری دیگری قابل انطباق باشد.» بر این نظر ایرادات متعددی وارد است: اولاً: ماده ۱۱۷ حتی در موردی که معامله اول با سند عادی واقع شده باشد بالصراحه عمل را جرم دانسته است. بنابراین چنین عقیده ای اجتهاد در مقابل نص است. ثانیاً: فرض وقوع دو معامله که هر دو با سند رسمی باشند قابل تصور نیست. حال اگر در موردی که معامله اول با سند عادی است، معامله معارض تلقی نشود دیگر معلوم نیست مصداق معامله معارض چیست؟ و تحدید ماده به مورد اموال منقول برخلاف روح ماده است ... زیرا در اموال منقول برخلاف اموال غیر منقول، ثبت معامله الزامی نیست. در اموال منقول، تصرف، سند ملکیت مال تلقی می شود و رسمی بودن و یا عادی بودن معامله هیچ تأثیری در سندیت تصرف شخص متصرف ندارد ثالثاً: در این نظر اصولاً به حکمت وضع ماده ۱۱۷ و سابقه آن توجه نشده است.

علت وضع این ماده این بوده است که افراد از مسئله ثبت و ارزش قانونی آن سوء استفاده نکنند و تعهداتی را که با سند عادی برعهده گرفته‌اند محترم شمارند. از نظر تحلیلی، وقوع یک معامله فقط وابسته به قصد و رضای طرفین معامله است و تنظیم سند رسمی و ثبت معامله جنبه تشریفاتی دارد و از جهت اثبات عمل حقوقی مؤثر است ... با توجه به این وقتی شخص ملک خود را با سند عادی می‌فروشد، ملکیت در واقع و نفس الامر منتقل شده است و اگر این معامله نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد نیست ارتباطی به نقل ملکیت ندارد. اگر بایع مجدداً همین ملک را به طور رسمی منتقل کند این دو معامله معارض است و تعارض ناشی از عدم امکان جمع بین آنها است. منظور از تعارض از نظر اثباتی و در دادگاه نیست تا اگر معامله اول عادی باشد آن را معامله معارض ندانیم.^(۱)

فصل دوم

در قرض و دین^(۱)

گفتار اول - قرض به شرط معامله محاباتی^(۲) و بالعکس

اگر کسی به دیگری مثلاً ده هزار تومان قرض بدهد و شرط کند که مقترض دوازده هزار تومان به او بدهد، به اتفاق همه فقهاء این ربا بوده و حرام است، اما اگر در عقد چنین شرطی نشود و مقترض از روی طیب نفس و رضایت خاطر چیزی اضافه‌تر

۱- هر حقی که کسی بر ذمه و عهده دیگری داشته باشد، اعم از قرض و سایر مطالبات، بر آن به‌طور کلی دین اطلاق می‌شود. مانند بهای کالا، مال‌الاجاره، مهریه و... دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۲۹۵. بنابراین دین اعم از قرض است.

۲- محابات در لغت یاری دادن، عطا کردن، بخشیدن بی‌پاداش و عوض و منت است و در فقه به معاملاتی گفته می‌شود که عوض نداشته باشد و یا ارزش آن کمتر باشد. مانند هبه کردن، یا صدقه کردن، یا بریء‌الذمه کردن کسی را از دین یا عفو از جنایت موجب دیه و ارش، یا آن که کسی چیزی را به کمتر از قیمت‌المثل بفروشد یا کمتر از قیمت‌المثل بخرد. دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۴۲.

بپردازد، این اشکالی نداشته و به نظر فقهاء^(۱) روایت «خیر القرض ما جرّ منفعة»^(۲) نیز شامل همین صورت است و روایات نیز بر آن دلالت دارد.^(۳) از جمله در صحیحہ حلبی از امام صادق (ع) روایت شده حضرت فرمود: «إذا اقترضت الدراهم ثم اتاك بخير منها فلا بأس اذا لم يكن بينكما شرط».^(۴)

حال برای این که طرفین گرفتار ربا نشوند دو حیلہ مطرح شده است:

۱- قرض به شرط معامله محاباتی ۲- معامله محاباتی به شرط قرض.

صورت اول چنین است که مقرض ضمن عقد شرط کند مقرض کالایی را که قیمتش مثلاً ۴۰۰۰ تومان است به ۲۰۰۰ به او بفروشد.^(۵) به نظر فقهای امامیه^(۶) قرض به شرط معامله محاباتی حرام است، زیرا این معامله از مصادیق زیادی در قرض بوده و مشمول حدیث نبوی است که فرمود: «کل قرض یجرّ المنفعة فهو حرام».^(۷)

۱- از جمله محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۲۴، علامه حلی در تحریر الاحکام ج ۱ ص ۱۹۹، شهید اول در الدروس چاپ در سلسلۃ الینایع الفقہیہ ج ۳۷ ص ۱۶.

۲- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۱۹ از ابواب دین و قرض حدیث ۶.

۳- همان، ج ۱۲ باب ۱۲ از ابواب صرف و ج ۱۳ باب ۱۹ از ابواب دین و قرض.

۴- همان، ج ۱۲ باب ۱۲ از ابواب صرف حدیث ۳.

۵- در معامله محاباتی تعادل بین عوض و معوض از بین می رود و طرفین نیز به آن آگاهند. فرق نمی کند که عوض بیشتر از معوض بیارزد یا به عکس. بنابراین تعریف معامله محاباتی به «معامله به اقل عوض المثل» از اغلاط است. (ماده ۴۲۳ ق.ت) جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۶۶۷.

۶- استاد کل آقا باقر بهبهانی گوید: حرمت و بطلان قرض به شرط معامله محاباتی مورد اتفاق همه فقهاء بوده و روایات زیادی نیز بر آن دلالت دارد. رساله: فی القرض بشرط المعاملة المحبابة ص ۱۳۰.

۷- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۲۳۲، بعضی گفته اند که این حدیث سندش ضعیف است ولی این اشکال وارد نیست چون اولاً: همه فقهاء به آن عمل کرده اند، ثانیاً: مستند بسیاری از فتاوی فقهاء این حدیث و مضمون آن است. (بجنوردی، القواعد الفقہیہ ج ۷ ص ۲۴۸) به علاوه در احادیث نیز مضمون این روایت آمده از جمله امام صادق (ع) فرمود: «اذا كان قرضاً یجرّ شيئاً فلا یصلح...» شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۱۹ از ابواب دین و قرض حدیث ۹.

توضیح این که اگر فرض شود که ده هزار تومان قرض دادن به مدت یک سال با ۲۰۰۰ تومان سود ربا بوده و سبب ظلم است، مسلماً اگر کسی شرط کند ضمن عقد قرض مقترض کالایی را که قیمتش ۴۰۰۰ تومان است به ۲۰۰۰ تومان به او بفروشد، این شرط نیز حرام بوده و موجب تحقق ربا است. هم چنین در اینجا معامله محاباتی یعنی فروش کالا به کمتر از ثمن المثل واقعاً مقصود طرفین نیست، بلکه هدف این است که مقرض به واسطه قرضی که داده به سود مورد نظرش برسد.

علامه حلی در تحریر ضمن تأیید قرض به شرط معامله و رد قرض به شرط معامله محاباتی، گوید: «اگر در قرض شرط شود مقترض خانه‌اش را به مقرض اجاره دهد یا چیزی را به او بفروشد و... جایز است، اما اگر شرط شود که مقترض خانه‌اش را به قیمت کم اجاره بدهد یا مقرض خانه‌اش را به قیمت زیاد به مقترض اجاره بدهد، جایز نبوده و حرام است.»^(۱)

آقا باقر بهبهانی ضمن ردّ قرض به شرط معامله محاباتی، برای بطلان آن به چند آیه و روایت که در حرمت و منع ربا وارد شده، و هم چنین به حکمت حرمت ربا که برای رواج قرض الحسنه و رشد تجارت سالم بین مردم و... است و نیز به حدیث مشهور «کل قرض یجرّ نفعاً فهو حرام» استناد می‌کند. به عقیده او صحت حدیث مزبور مورد نظر همه فقهاء بوده و کسی ادعاء نکرده که عموم این حدیث در مورد نفع به صورت معامله محاباتی تخصیص خورده است.

وی گوید: «دلیل دیگر بر این که قرض به شرط معامله محاباتی، نفع محسوب می‌شود این است که فقهاء از این روایت فقط مورد تبرّع را استثناء کرده‌اند. به این معنا که مقترض بی آن که شرطی از جانب مقرض بشود، از روی میل و رغبت و طیب نفس چیزی به او بدهد.»^(۲)

۱- علامه حلی، تحریر الاحکام ج ۱ ص ۱۹۹.

۲- بهبهانی، رساله خطی «فی القرض بشرط المعاملة المحاباتیة» ص ۱۳۰ و ۱۳۱.

به هر حال همان گونه که صاحب جواهر^(۱) گفته در حرمت و بطلان قرض به شرط معامله محاباتی شک و تردیدی نبوده و اصلاً نیازی به بحث ندارد. روایات و فتاوی فقهاء نیز بر عدم صحت آن دلالت دارد.

اما در مورد دوم یعنی معامله محاباتی به شرط قرض، مشهور فقهاء امامیه^(۲) آن را جایز دانسته و حتی به گفته صاحب مفتاح الکرامه صحت آن اجماعی^(۳) است. احادیثی که بر حرمت نفع در قرض وارد شده نیز شامل قرض به شرط معامله محاباتی است، چرا که در این گونه معاملات در خود قرض شرط نفع و سود برای مقرض می شود و این در حقیقت نوعی ربای قرضی بوده و حرام است، اما در معامله محاباتی به شرط قرض در خود قرض شرط زیادی نشده، بلکه اشتراط قرض ضمن معامله محاباتی است و این اشکالی ندارد.^(۴)

محدث بحرانی گوید: «این که بعضی گفته اند معامله محاباتی به شرط قرض باطل است به این دلیل بود که فکر می کردند در این قرض منفعت است و در نتیجه مشمول حدیث «کُلُّ قَرْضٍ یَجْزُ مَنْفَعَةً فَهُوَ حَرَامٌ» می باشد، ولی این اشکال توهّمی فاسد است، زیرا مستفاد از اخبار این است که آنچه حرام می باشد عبارت از قرضی است که در آن نفع شرط شود نه هر نفعی به طور مطلق.»^(۵)

به علاوه روایات نیز بر صحت معامله محاباتی به شرط قرض دلالت دارد. شیخ حر عاملی در وسائل الشیعه بابی را تحت عنوان «یجوز ان یشیع الشیء باضعاف

۱- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۶۳.

۲- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۹۷.

۳- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۵ ص ۳۹ و ۴۴.

۴- بجنوردی، القواعد الفقهیّه ج ۷ ص ۲۴۹.

۵- بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۰ ص ۸۳.

قیمته و یشرط قرضاً»^(۱) اختصاص داده و احادیثی در این رابطه آورده است.

علامه حلی نیز در استدلال بر جواز معامله محاباتی به شرط قرض در «مختلف» دلایل متعددی اقامه کرده است از جمله:

الف - تصریح علمای متقدم چون شیخ مفید^(۲)، سید مرتضی^(۳)، شیخ طوسی^(۴)، سلار دیلمی^(۵)، ابن حمزه (معروف به عمادالدین طوسی)^(۶)، صهرشتی^(۷) و ابن ادریس^(۸) مبنی بر این که انسان می تواند چیزی را بفروشد و در آن شرط قرض دادن یا قرض گرفتن کند.

ب - بدون شک محابات در بیع جایز است. یعنی هر انسانی می تواند اموال خود را به قیمتی کمتر به دیگری بفروشد، یا این که از روی طیب نفس و رضای خاطر جنسی را به قیمت گران از کسی بخرد. حال اگر محابات در بیع جایز است، پس باید شرط قرض ضمن آن نیز جایز باشد.^(۹)

به نظر می رسد همه این دلایل قابل خدشه است زیرا اولاً فقهای متقدم در عبارات خود فقط به «معامله به شرط قرض» اشاره کرده اند نه «معامله محاباتی به شرط قرض». به این معنا که اگر کسی معامله ای انجام دهد و چیزی را بخرد یا بفروشد و در آن شرط

۱- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۲ باب ۹ از ابواب احکام عقود.

۲- شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسله البناایع الفقهیه ج ۱۳ ص ۳۶.

۳- سید مرتضی، الانتصار ص ۲۱۴.

۴- شیخ طوسی، التهایه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۹۸.

۵- سلار، المراسم چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۱۱۴.

۶- ابن حمزه، الوسیله چاپ در سلسله البناایع الفقهیه، ج ۱۳ ص ۲۲۶.

۷- صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۳ ص ۲۶۳.

۸- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۴ ص ۳۶۰.

۹- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۹۷.

قرض دادن یا قرض گرفتن نماید، معامله صحیح است بی آنکه در مورد معامله محاباتی اشاره‌ای داشته باشند. حتی برخی از فقهای متقدم معتقدند که جمع بین بیع و قرض در یک عقد مکروه است.^(۱)

ثانیاً این‌که گفته شد در معامله مزبور در خود قرض شرط زیادی نشده بلکه اشتراط قرض ضمن معامله محاباتی است، این استدلال قابل تأمل است، زیرا براساس آن اگر کسی به دیگری مثلاً صد هزار تومان ببخشد یا مالی را که قیمت آن صد هزار تومان است به ده هزار تومان بفروشد مشروط بر این‌که خریدار (مقرض) ۵۰۰ هزار تومان به او قرض دهد، از آنجایی که شرط مزبور سبب زیادتی در خود قرض نیست، اشکالی بر آن مترتب نیست و حال آن‌که به نظر می‌رسد این مورد از بارزترین مصداق ربای قرضی بوده و مشروعیت ندارد. به نظر امام خمینی هر چند در اینجا به ظاهر در قرض شرط زیادتی نمی‌شود اما چنین قرضی ربا بوده و حرام است، زیرا از آیات و روایات این نکته استفاده می‌شود که تخلص از ربا با تغییر عبارت و عنوان در صورتی که ربا واقعاً متحقق باشد جایز نیست.^(۲)

از این‌رو بعضی از فقهای امامیه در صحت معامله محاباتی به شرط قرض تردید نموده‌اند. علامه حلی در مختلف نقل می‌کند که برخی از فقهای معاصر در صحت این‌گونه معاملات توقف کرده‌اند^(۳) و فقهای چون محقق قمی^(۴) و سید جواد حسینی عاملی^(۵) قائل به حرمت آن شده‌اند. امام خمینی نیز روایاتی^(۶) که این نوع معاملات را

۱- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله ... ج ۳۵ ص ۱۱۷ و ۱۱۸.

۲- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۳۵۱.

۳- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۹۷.

۴- محقق قمی، غنائم الایام ص ۵۷۷ و ۵۷۸، مسئله اولی.

۵- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۷۳۰. وی گوید: «اگر کسی چیزی را به دیگری بفروشد و ضمن آن»

در فقه عامه^(۱۰) قرض به شرط معامله محاباتی و معامله محاباتی به شرط قرض حرام بوده و حتی در غیر مورد معامله محاباتی نیز هرگونه شرطی به طور مطلق نفی شده است. به نظر فقهای عامه در همه این موارد این شروط سبب حصول نفع در قرض است و این را رسول اکرم (ص) نهی فرموده است، زیرا علی (ع) از رسول الله (ص) روایت کرده که :

ص ۳۳۹ به بعد.

«إِنَّ النَّبِيَّ (ص) نَهَى عَنْ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً»^(۱)

ابن قدامه گوید: «اگر کسی چیزی را بفروشد به شرط این که مشتری به او قرض بدهد یا مشتری چنین شرطی را بر بایع بکند، حرام و بیع باطل است. مالک و شافعی نیز چنین گفته اند، ولی مالک گوید: اگر طرفین از شرط صرف نظر کنند بیع صحیح است.»^(۲) وی در جای دیگر گوید: «اگر وام دهنده شرط کند که وام گیرنده خانه خود را به کمتر از مال الاجاره واقعی آن به او اجاره بدهد، یا این که خانه وام دهنده را به بیش از اجاره واقعی آن اجاره کند، یا این که وام گیرنده هدیه ای به وام دهنده بدهد و یا عملی را برای او انجام بدهد، حرمت آن آشکارتر و واضح تر است. اگر مقترض این امور را بدون شرط و قبل از اداء دین انجام بدهد، مقرض نباید قبول کند مگر این که آن را جبران نماید و یا از بابت دین احتساب کند، مگر این که عرف و عادت بر این باشد که مقترض چنین کارهایی را انجام بدهد.»^(۳)

گفتار دوم - تأجیل در قرض

از آنجایی که به نظر مشهور فقهاء^(۴) قرض عقدی جایز است از این رو شرط تأجیل (مدّت) در آن صحیح نبوده و لازم الوفاء نیست، بلکه مقرض هر موقع که بخواهد می تواند مالش را مطالبه کند هر چند وفای به مدّت تعیین شده مستحب است.^(۵) شهید ثانی در مورد عدم لزوم وفاء به این شرط گوید: «چون قرض عقدی جایز است

۱- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۲۳۲.

۲- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۱۶۲.

۳- همان، ص ۲۱۱ و ۲۱۲.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۳۰. خوانساری، جامع المدارک ج ۳ ص ۳۳۲.

۵- میرزا جواد تبریزی معتقد است که اگر در عقد قرض مدتی برای اداء آن تعیین شود، شایسته نیست مقرض

قبل از اتمام موعد مطالبه مال القرض کند - العبادات و المعاملات ص ۲۷۲ مسئله ۸۵۰.

پس هیچ یک از شروطی که ضمن آن ذکر می شود لازم الوفاء نیست، زیرا شرط ضمن این قبیل عقود از نظر حکم مانند اجزاء آنها یعنی ایجاب و قبول است. بنابراین همان طور که ایجاب و قبول آن لزوم وفاء ندارد و جایز است شرط نیز دارای همین حکم باشد.^(۱) اما بعضی از فقهاء^(۲) معتقدند اگر چنین شرطی در عقد قرض بشود، از باب فاء به شرط باید بدان عمل شود. دلیلشان عموم آیه «اوفوا بالعقود» و روایت «المؤمنون عند شروطهم» و نیز مضمرة حسین بن سعید است که گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم در مورد مردی که چند درهم به کسی قرض داده تا در مدت معین مقترض آن را بپردازد، سپس مقترض فوت کرد آیا مال قرض دهنده هنگام موت مقترض نقد می شود؟ امام (ع) فرمود: «إذا مات فقد حلّ مال القارض».^(۳)

مفهوم جمله شرطیه (در حدیث فوق) این است که اگر مقترض فوت نکرد طلب مقرض نقد نمی شود و این بدان معنا است که تأجیل در قرض لازم الوفاء است.^(۴) صاحب جواهر ضمن رد مفهوم مزبور و حمل آن بر استحباب، بسان محقق حلی^(۵) معتقد است این حدیث مهجوره و متروکه بوده و خلاف اجماع فقهاء و شهرت است.^(۶) آیه الله بجنوردی گوید: انکار مفهوم برای جمله شرطیه بدون دلیل است و در اصول فقه ثابت شده که جمله شرطیه مفهوم دارد، اما اگر مراد صاحب جواهر این باشد که حدیث دلالتی ندارد بر این که شرط تأجیل موجب لزوم قرض شود، این درست است.

۱- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۱۷.

۲- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۱۷۶ و ۱۷۷، محقق اردبیلی، مجمع الفوائد و البرهان ج ۹ ص ۸۰، ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۱۲۶، محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۰ ص ۱۳۰.

۳- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۱۲ از ابواب دین و قرض حدیث ۲.

۴- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۷ ص ۲۳۵.

۵- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۲۵.

۶- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۳۰ به بعد.

از این جهت که نهایت دلالت مفهوم جمله شرطیه در اینجا این است که در صورت عدم فوت مستقرض، دین مؤجل نقد نمی‌شود و به همان حالت خود باقی می‌ماند. اگر لازم است لازم و اگر جایز است جایز.^(۱) یعنی اگر قایل به لزوم شرط تأجیل در قرض شویم عمل به آن لازم و الاً جایز است.

به نظر صاحب مفتاح‌الکرامه^(۲) این حدیث دلالت بر صحت شرط مدت در قرض دارد نه لزوم وفاء به آن، و ثمره شرط این است که جایز است مقترض پرداخت قرض را تا مدت معین به تأخیر اندازد ولی دلالت بر لزوم آن ندارد.

البته به نظر بعضی از فقهاء^(۳) قرض عقدی لازم است پس شرط تأجیل در آن صحیح بوده و باید به آن عمل شود. به نظر امام خمینی^(۴) اقوی این است که قرض عقدی لازم است از این جهت که وام دهنده حق فسخ آن و رجوع به عین مالی را که قرض داده، ندارد و وام‌گیرنده نیز حق فسخ و برگرداندن عین را ندارد، ولی وام‌دهنده حق دارد برای اداء دین به وام‌گیرنده مهلت ندهد و هر وقت بخواهد می‌تواند مثل یا قیمتش را از او مطالبه کند.

بعضی از حقوق‌دانان^(۵) نیز قرض را عقدی لازم می‌دانند اما نه به این معنا که شرط تأجیل در آن بدون وجه ملزم لازم الوفاء شود. براساس این نظریه مفاد عقد قرض این است که مالی به مقترض تملیک شود و او ملتزم باشد که مثل آنچه را به وام گرفته پس بدهد. این آثار را هیچ یک از طرفین نمی‌تواند از بین ببرد. مورد قرض به وام‌گیرنده تملیک شده و مال اوست و به همین جهت وام‌دهنده حق ندارد عین آن را از او بخواهد. مقترض نیز حق ندارد از پرداخت مثل مالی که گرفته است خودداری کند یا تملیک انجام شده

۱- بجنوردی، القواعد الفهقیه ج ۷ ص ۲۳۵.

۲- حسینی عاملی، مفتاح‌الکرامه ج ۵ ص ۵۴.

۳- اصفهانی، وسیله‌التجاة ج ۲ ص ۹۵ و ۹۹ و ۱۰۱.

۴- امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲ ص ۱۵۱.

۵- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی ج ۳ ص ۴۹۷ و ۴۹۸.

را برهم زند. درست است که وام‌گیرنده می‌تواند عین مالی را که به او تملیک شده است در مقام تأدیه طلب به وام‌دهنده دهد ولی این اختیار به معنی امکان فسخ عقد قرض نیست، زیرا هر مدیونی در انتخاب مصداق مالی که برای ادای دین می‌پردازد آزاد است. پس می‌تواند مثل مالی را که به او تملیک شده انتخاب کند و به طلبکار بدهد. به همین دلیل است که اگر مالی که تملیک شده ناقص شود، مقتضی نمی‌تواند آن را بابت طلب به مقرض بدهد، در حالی که اگر فسخ عقد در اختیار او بود ناقص شدن مال مانع از اجرای حق او نمی‌شد. امکان رجوع وام‌دهنده برای مطالبه مثل مالی که به وام‌گیرنده پرداخته است، منافاتی با لزوم عقد قرض ندارد، زیرا مبنای پیمان طرفین این است که مقتضی، مدیون رد مثل مال شود و او نیز مانند هر مدیون دیگر باید پس از رجوع طلبکار آن را بپردازد، مگر این که مهلت ویژه‌ای برای پرداختن دین شرط شده باشد. اختیار مدیون در تأدیه دین نیز بالزوم عقد قابل جمع است، زیرا مفاد قرض این نیست که مدیون ملزم باشد تا زمانی که طلبکار می‌خواهد هم چنان مدیون باقی بماند. عقد قرض وام‌گیرنده را ملتزم به رد مثل می‌کند و ایفای به این تعهد تأیید مفاد عقد است نه فسخ آن.^(۱)

حال برای این که شرط تأجیل^(۲) در قرض لازم الوفاء شود، بعضی از فقها^(۳) راه حلی مطرح کرده‌اند، حتی در «مجمع الفائدة و البرهان» ادعای عدم خلاف در این مورد

۱- همان.

۲- به نظر امام خمینی تأجیل در قرض از آن جهت که ممکن است انسان را به ربا سوق دهد، ربا بوده اگرچه خود ربا محسوب نمی‌شود. (البيع ج ۵ ص ۳۵۱ و ۳۵۲) به نظر می‌رسد این شرط در صورتی که چیزی بدان اضافه نشود ربا نیست و روایات نیز بر آن دلالت دارد. (وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۱۸ از ابواب ربا حدیث ۱ و ج ۱۳ باب ۳۲ از ابواب دین و قرض حدیث ۱).

۳- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۲ ص ۶، و اعد الاحکام چاپ در سلسله البنایع الفقہیہ ج ۱۵ ص ۷۲، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۱۷، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۵ ص ۲۵ و ۲۶، محقق اردبیلی، مجتمع الفائدة والبرهان ج ۹ ص ۸۰، حسینی عاملی، مفتاح الکرامة ج ۵ ص ۵۴.

شده است، و آن این که تأجیل در قرض را ضمن عقد لازمی مثل بیع شرط کنند. مثلاً حسن به علی بگوید: این کالا را به تو می فروشم مشروط بر این که قرض خود را تا یک ماه دیگر پرداخت نمایی که در این صورت وفاء به آن لازم و واجب است. دلیل بر لزوم شرط جایز ضمن عقد لازم، عموم آیه «افوا بالعقود» و التزام به شروط و عدم وجود مانع است و این که این شرط جزء عقد لازم بوده و به تبع آن نیز لازم می شود. در ماده ۶۵۱ ق.م آمده: «اگر برای اداء قرض به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد، مقرض نمی تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند».

در فقه عامه، به نظر ابوحنیفه، شافعی و احمد بن حنبل تأجیل در قرض صحیح نیست، چون قرض عقدی جایز است و مقرض هر وقت بخواهد می تواند مالش را مطالبه کند.^(۱) برخی از فقهاء حنفی تأجیل در قرض را جایز نمی دانند مگر در چند مورد:

الف - این که شخصی وصیت کند به فلانی به مدت یک سال قرض بدهند. در این صورت ورثه نمی توانند قبل از حلول اجل از مقترض مطالبه دین کنند.

ب - این که قرض ممکن است بعداً مورد انکار مقترض واقع شود. از این رو مقرض می تواند آن را مؤجل کند.

ج - این که قاضی به تأجیل آن حکم کند.

د - این که مدیون داین را به کسی که از او طلبکار است، حواله دهد. در این صورت می توان پرداخت قرض به محال را تا مدت معینی مؤجل نمود.^(۲)

به نظر مالک و ابن حزم تأجیل در قرض به دلیل قول رسول اکرم (ص) که فرمود: «المؤمنون عند شروطهم» صحیح است. بنابراین اگر عقد مطلق واقع شد و مدتی در آن

۱- میدانی، اللباب فی شرح الکتاب ج ۱ ص ۲۶۴، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۳۵، شربینی، مغنی المحتاج

ج ۲ ص ۱۲۰، ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۲۰۸، ففال، حلیة العلماء ج ۴ ص ۴۰۲.

۲- زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته ج ۴ ص ۷۲۲.

معین نگردید، مدة المثلی برای مقرض جهت ادای قرض تعیین می شود.^(۱) ابن قیم ضمن تأیید قول مالک گوید: «اگر ما بر فرض قبول کنیم تأجیل در قرض صحیح نیست، برای این که بتوان برای پرداخت قرض مدتی را تعیین کرد، می توان متوسل به حيله ای شد و آن این که مقرض شهادت بدهد که تا فلان مدت مستحق دین نیست، یا این که مقرض به اندازه مبلغی که می خواهد قرض کند از مقرض چیزی را بخرد و مقرض بنویسد پول مبیعی را که مشتری قبض کرده تا فلان مدت پرداخت شود. در این صورت مقرض تا قبل از فرا رسیدن مدت مزبور حق مطالبه ثمن را ندارد. این حيله جایز و مشروع بوده و به هیچ وجه سبب ابطال حق نیست.^(۲)

گفتار سوم - جواز تقاض دین^(۳)

هرگاه کسی طلبی داشته باشد ولی مدیون منکر آن شود و او بینه ای برای اثبات طلبش نداشته باشد، در این صورت برای این که طلبکار بتواند به حَقِّش دست یابد می تواند متوسل به حيله ای شود و آن «تقاض» است. به مقداری که طلب دارد از مدیون مالی را قرض کند، سپس هنگام اداء دین آن را با طلبی که از مقرض دارد تقاض کند. این حيله مشروع بوده و موجب اثبات باطل و یا ابطال حقی نمی شود، بلکه تنها راهی است که طلبکار می تواند حَقِّش را وصول کند.

مقاصه به نظر فقهای امامیه^(۴) و عامه^(۵) جایز و مشروع بوده و به مقتضای بناء عقلاء

۱- قَال، حلیة العلماء ج ۴ ص ۴۰۲، ابن قدامة، المغنی، ج ۴ ص ۲۰۸، ابن حزم، المحلی ج ۸ ص ۸۴، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۷۲۲، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۲ ص ۳۴۳.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۷۵.

۳- تقاض دین عبارت است از تصاحب مال مدیون منکر دین و یا ممتنع از پرداخت، از طرف بستانکار و بدون مراجعه به دادگاهها اگر خوف فتنه نباشد، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۱۷۳.

۴- ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۱۳۱ و ص ۱۳۲، بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۱۸ ص ۱۴۰ و ۴۱۰ و ج ۱۹ ص ۱۳۲ و ۱۳۳.

است. آیه شریفه «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»^(۱) و نیز روایات^(۲) زیادی بر جواز آن دلالت دارد. از جمله جمیل بن دراج گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم در مورد مردی که از شخصی طلب دارد ولی مدیون منکر آن است، سپس به دلایلی مال مدیون در اختیار او قرار می‌گیرد، آیا می‌تواند از آن مال طلبش را وصول کند؟ امام (ع) فرمود: بله و این اشکالی ندارد.^(۳)

در بحث و صایت (وصیت عهدی) نیز فقهاء گفته‌اند وصی می‌تواند طلبی را که از میّت دارد و بنیّه‌ای بر اثبات آن ندارد از مال موصی که در دست اوست، حق خود را استیفاء کند.^(۴)

البته «در تقاض باید رعایت تشابه (از حیث دین: جنسی یا نقدی) را مهمّا ممکن بکند مگر این که میسرش نشود که از غیر جنس طلب می‌تواند بردارد. باید به قدر طلب بردارد مگر این که تقاض بالطبع مستلزم برداشتن زائد بر طلب باشد که زائد در دست او امانت است.»^(۵)

گفتار چهارم - انکار دین

اگر کسی بدهکار بوده و دینش را اداء یا طلبکار او را ابراء کرده باشد اما پس از مدتی طلبکار ادعای عدم وصول دین کرده و علیه او شکایت کند. مدیون نیز چون در

۵- شوکانی، نیل الاوطار ج ۵ ص ۱۵۶، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۹۲، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۱۰، تحفة المحتاج ج ۲ ص ۳۹۶ بنقل از زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۵ ص ۳۷۳.

۱- بقره / ۱۹۴.

۲- شیخ طوسی، الاستبصار ج ۳ ص ۵۱، شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۸۳ از ابواب «ما یکتسب به».

۳- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۲ باب ۸۳ از ابواب «ما یکتسب به» حدیث ۱۰.

۴- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۱ ص ۴۸۴، علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۵۱۱، جامع المقاصد ج ۱۱ ص ۲۸۵، جواهر الکلام ج ۲۸ ص ۴۲۳.

۵- محقق قمی، جامع الشتات ص ۷۰۹، یک جلدی، رحلی.

وقت پرداخت بدهی و یا ابراء طلبکار شاهد و بیّنه‌ای نداشته است، دلیلی بر اثبات کذب او ندارد.

اگر مدیون نزد قاضی ابتداء اقرار به بدهی خود کند، سپس بگوید: آن را داده‌ام و یا بگوید: طلبکار مرا ابراء کرد، اقرار به دین ثابت می‌شود و بر اداء یا ابراء باید بیّنه اقامه کند و چون بیّنه ندارد محکوم می‌شود که دین را بپردازد. بنابراین برای فرار از این مخمصه و مشکل و عدم تحمّل غرامت بیهوده می‌تواند به راه حل‌هایی توسّل جوید: الف - این‌که بگوید: من به فلانی اصلاً بدهکار نیستم و چون این کلام موافق با اصل عدم دین است با قسم از او می‌پذیرند و نیازی به بیّنه نیست.

به نظر شهید ثانی این حيله مشروع بوده و سبب ابطال حق و اثبات باطل نیست.^(۱) علامه حلی^(۲)، ملامحسن فیض کاشانی^(۳) و شیخ یوسف بحرانی^(۴) معتقدند این حيله جایز است به شرط این‌که در سوگندش توره کند تا مرتکب دروغ نشود.

به نظر صاحب حدائق همه فقهاء امامیه بر صحت این حيله تصریح کرده و اختلافی در آن نیست. وی سپس گوید: مراد از توره این است که از مدلول و معنای لفظ چیزی قصد شود که ظاهر لفظ بر آن دلالت ندارد. مثلاً از این‌که می‌گوید: «من از او قرض نگرفتم» نفی استدانه و اقتراض در مکان مخصوص یا زمان مخصوص، غیر از آن مکان و زمانی که واقعاً در آن اقتراض صورت گرفته را قصد کند، یا منظور از نفی اقتراض نفی مالی باشد که آن را قرض نکرده است. مثلاً از طلبکار درهم قرض گرفته ولی نیتش دینار باشد. البته در اینجا چون مدّعی علیه مظلوم واقع شده برای دفع ظلم شرعاً توره جایز است، اما اگر در موردی حق با مدّعی باشد و مدّعی علیه

۱- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۵۲۹.

۲- علامه حلی، ارشاد الاذهان چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۳۹ ص ۴۸۲.

۳- ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۳۳۵.

۴- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۵ ص ۳۸۱.

بخواهد با توریه در سوگند آن را منکر شود، مشروع نیست و چنین سوگندی دروغ محسوب شده و بر آن گناه و عقاب الهی مترتب است.^(۱)

ب - هرگاه کسی قصد ابراء بدهکارش را داشته باشد و بترسد از این که ورثه بعد از فوت او منکر آن شده و از مدیون مطالبه دین کنند، در این صورت طلبکار می تواند در حال صحت و سلامتی به مقداری که از بدهکار طلب دارد مالی را به او ببخشد، آن گاه بدهکار از آن مال دینش را اداء کند و به این ترتیب ذمه اش بری شود، یا طلبکار در حال صحت اقرار کند که طلبش را از بدهکار گرفته است، یا اقرار کند بدهکار را در حال صحت ابراء کرده است، یا شهادت دهد هرگاه بدهکار بر عدم وجود دین در ذمه خود یا ابراء خویش توسط طلبکار ادعا نموده وی در این ادعاء صادق بوده و ورثه حق ندارند بر علیه او اقامه دعوی کنند.^(۲)

گفتار پنجم - معامله به قصد فرار از دین^(۳)

کسی که قرض می گیرد از لحاظ شرعی و اخلاقی موظف به پرداخت آن است، اما کسانی به قصد فرار از دین با انجام معاملاتی اموالشان را به دیگران منتقل می کنند تا هنگام فرار سیدن دین ادعای اعسار کرده و طلب طلبکاران را نپردازند. در حقیقت هدف مدیون از ارتکاب چنین حيله ای این است که بر طلبکاران ضرر وارد کرده و حقشان را نپردازد. آیا این حيله مشروع است؟ آیا معاملات و نقل و انتقالی که مدیون به قصد اضرار به طلبکاران انجام می دهد، نافذ است؟

بیشتر فقهاء امامیه از معاملات به قصد فرار از دین بحث نکرده اند. از این رو

۱- همان ص ۳۸۸.

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۶۶.

۳- فرار از دین عبارت است از هر عمل حقوقی متقلبانه که منظور عامل آن فرار از پرداخت دین باشد.

دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۴۹۶.

ملا محمد نراقی در مشارق الاحکام گوید: جز من و پدرم کسی در این مورد بحثی نکرده است.^(۱) بعضی از فقهاء^(۲) معتقدند به طور کلی هرگونه معامله‌ای که مدیون قبل از صدور حکم حجر انجام بدهد صحیح است بی آن که اشاره‌ای به موضوع مورد بحث داشته باشند. اینان دو دلیل دارند: ۱- قاعدة تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) ۲- تا زمانی که حکم حجر مدیون از ناحیه حاکم شرع صادر نشود هرگونه تصرف مالی حتی اگر سبب اخراج تمامی اموال مدیون و اعسار کامل او شود، صحیح و نافذ است. لازم به تذکر است به نظر فقهاء ثبوت حجر برای مدیون به چهار شرط بستگی دارد که تا تحقق نیابد حکم حجر را نمی‌توان صادر کرد:

- ۱- دیون نزد حاکم ثابت شود. ۲- دیون حال و بدون مدت باشد. ۳- اموال مدیون کمتر از دیون او باشد. ۴- طلبکاران، حجر مدیون را از حاکم شرع درخواست کنند.^(۳)
- صاحب جواهر گوید: «مدیون قبل از صدور حکم حجر از جانب حاکم از تصرف در اموال خود ممنوع نیست و اگر به نحوی تصرف کند که اموالش از ملکیت او خارج شود، تصرفاتش نافذ و صحیح می‌باشد. دلیلش این است که ممنوعیت مدیون از تصرفات منوط به این است که حکم حجر او توسط حاکم شرع صادر شود.»^(۴)

۱- ملا محمد نراقی، مشارق الاحکام ص ۸۸.

۲- ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۱۵ ص ۱۹۳، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۱۹۵، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۴۳، هذلی، جامع الشرایع چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۲۰۹، (تذکر این نکته ضروری است که در سلسله الینایع الفقهیه نام کتاب «الجامع للشرایع» آمده ولی در

الذریعه ج ۵ ص ۶۱ و ریحانة الادب ج ۷ ص ۵۶۶ تحت عنوان «جامع الشرایع» معرفی شده است)، علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۲ ص ۵۷، محقق اردبیلی، زیدة البیان ص ۴۸۹، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۲۷۹.

۳- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۴۳، علامه حلی، تبصرة المتعلمین ص ۱۱۴.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۲۷۹.

اما برخی از فقهاء^(۱) چنین معاملاتی را صحیح نمی‌دانند. مهمترین استدلالی که این دسته از فقهاء مطرح کرده‌اند دو دلیل است: یکی استناد به قاعده لاضرر و دیگری نامشروع بودن این‌گونه معاملات.

ملاحمد نراقی معاملات و تصرفات را ضد وجوب اداء دین و در نتیجه حرام و باطل دانسته‌اند، ولی ملامحمد نراقی ضمن ایراد به این استدلال و این‌که چنین نهی‌ای مقتضی فساد نیست،^(۲) به دلیل قاعده لاضرر این تصرفات را نافذ نمی‌داند.

به نظر ملامحمد نراقی همه این بحثها همان‌طوری‌که در دیون معجله و حال مطرح است، در مورد دیون مؤجله و مدت‌دار نیز صادق است. بنابراین اگر کسی دین مؤجل بر ذمه داشته باشد ولی کاری کند که قبل از فرا رسیدن دین خود را از تمکن اداء آن خارج کند، مثلاً اموال خود را ببخشد و یا بفروشد و... ضرر در اینجا نیز صادق بوده و تصرفات او نافذ نیست زیرا ادله نفی ضرر شامل این مورد هم می‌شود.^(۳) به نظر وی بطلان معامله مزبور به دلیل نامشروع بودن جهت معامله است.

ملامحمد بارفروش در پاسخ به سوالی که از او درباره تبرعات به قصد فرار از دین می‌شود، می‌گوید: این تصرفات شبیه مکاسب محرمه مثل فروش انگور به قصد تهیه شراب می‌باشد و باطل است.^(۴) به نظر وی بطلان معامله مزبور به دلیل نامشروع بودن

۱- ملامحمد نراقی، مشارق الاحکام ص ۸۸ تا ۹۰، ملامحمد باقر بارفروش، شعائر الاسلام ص ۴۱۷، سیدمحمد کاظم یزدی، رساله السئوال و الجواب ص ۲۲۴، اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۱۱۰، امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲ ص ۱۶۸.

۲- صاحب مفتاح الکرامه گوید: هر چند در اصول به نظر اکثر فقهاء نهی در معامله مقتضی فساد نیست ولی در فقه همه بجز اندکی متفقند که نهی در معامله مقتضی فساد است. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۱۰۳. به نظر می‌رسد در صورتی که نهی مبین اجزاء و شرایط و موانع باشد، مخالفت با آن مقتضی بطلان معامله است.

۳- ملامحمد نراقی، مشارق الاحکام از ص ۸۸ تا ۹۰.

۴- ملامحمد باقر بارفروش، شعائر الاسلام ص ۴۱۷.

جهت معامله است.

سید محمد کاظم یزدی نیز در جواب سئوالی که از او در مورد صلح به قصد فرار از دین شده، به دلیل قاعده لا ضرر و یا ادله صلح و یا نامشروع بودن آن، به عدم صحّت چنین صلحی فتوا داده‌اند. عبارت وی چنین است: «اظهر عدم صحّت است إما لانصراف ادلة الصلح وإما لقاعدة الضرر وإما للاخبار الدالة على التّهي عن بيع العنب ليعمل خمراً و نحوها...»^(۱)

نکته قابل تأمل در کلام ایشان این است که قاعده لا ضرر را مقتضی عدم صحت دانسته است، در صورتی مقتضای قاعده لا ضرر عدم نفوذ معاملات به قصد فرار از دین است که با اجازه طلبکاران نافذ می‌گردد.^(۲)

برخی از فقهاء^(۳) نیز با عباراتی یکسان صحّت صلح یا هبه مدیون را که به قصد فرار از دین صورت بگیرد و در آینده هم امیدی به تحصیل مال برای او نباشد، محل اشکال قرار داده‌اند. آیه الله اراکی و آیه الله منتظری به‌طور کلی صحّت معاملات به قصد فرار از دین را اعم از معاملات تبرعی و معوض مورد تردید قرار دادند.^(۴)

فقیهان مالکی^(۵) برآنند اگر مدیون قبل از حکم حجر برای فرار از دین، خود را

۱- سید محمد کاظم یزدی، رساله السئوال و الجواب ص ۲۲۴.

۲- توضیح این‌که بین عدم نفوذ و بطلان (عدم صحّت) تلازم نیست. بدون شک معامله‌ای که باطل باشد نافذ هم نیست اما ممکن است معامله‌ای صحیح باشد ولی نافذ نباشد و نفوذ آن بستگی به تحقق علل دیگر داشته باشد. مثل معامله فضولی و بیع مکرّه که صحیح بوده و با رضایت مالک و مکرّه نافذ می‌شود.

۳- اصفهانی، وسیلة التّجاة ج ۲ ص ۱۱۰، امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲ ص ۱۶۸، وسیلة التّجاة با تعلیق آیه الله گلپایگانی ج ۲ ص ۱۹۶.

۴- فتاوی این دو فقیه در ضمیمه کتاب معامله به قصد فرار از دین از بهرام درویش خادم آمده است.

۵- دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۳ ص ۲۳۷ و ۲۵۰، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۲۸۴،

ابن جزی، القوانین الفقهیه ص ۲۱۰.

معسر کند، طلبکاران می‌توانند او را از هر نوع تصرفی که موجب ضرر بر آنها باشد منع کنند. مثل تبرّع، هبه، صدقه، وقف، قرض دادن، اقرار به دین و اقرار به نفع همسر یا فرزند، اما تصرفات معاوضی مثل بیع و شراء را نافذ دانسته‌اند.

به نظر فقهاء حنفی^(۱) و شافعی^(۲) و حنبلی^(۳) بر مدیون حجری نیست مگر این‌که به حکم قاضی باشد بنابراین تصرفاتش قبل از حکم قاضی نافذ است (چه به قصد فرار از دین باشد یا نباشد) ولی وقتی که حکم حجر صادر شد مدیون از تمام تصرفاتی که موجب ضرر بر طلبکاران بشود منع می‌شود.

اما بعضی از فقهای عامه تصرفات مدیون به قصد فرار از دین را صحیح نمی‌دانند. از جمله: ابویوسف و محمد از اصحاب ابوحنیفه گفته‌اند که قاضی می‌تواند بدهکار را از تصرف در اموال خود منع کند هرگاه سبب ضرر بر طلبکاران بشود. مثل اقرار کردن به نفع دیگران و فروش مال خود به کمترین قیمت به دیگران و...^(۴). به نظر ابن عابدین، فقیه معروف حنفی، هرگونه تصرفی که مدیون قبل از حجر برای ابطال حق طلبکاران انجام بدهد مثل هبه و هدیه اموال خود به دیگران، باطل است.^(۵)

ابن تیمیه^(۶) و ابن قیم^(۷) نیز قائل به عدم صحّت و نفوذ تبرّعات مدیون معسر قبل از صدور حکم حجر می‌باشند.

ابن قیم در مورد علّت عدم نفوذ این گونه تصرفات گوید: «مقتضای اصول و قواعد

۱- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۱۹۲ و ۱۹۹، میدانی، اللباب فی شرح الکتاب ج ۲ ص ۷۲ و ۷۳.

۲- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۴۷ و ۱۴۹، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۳۲۰.

۳- ابن قدامه، المغنی، ج ۴ ص ۲۸۳ و ۲۸۸، بهوتی، کشاف القناع ج ۳ ص ۴۱۷ و ۴۱۸.

۴- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۱۹۹.

۵- ابن عابدین، حاشیه رد المحتار ج ۶ ص ۱۵۱، از انتشارات دارالفکر چاپ دوم.

۶- ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۴ ص ۵۱۲.

۷- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۸.

شرع این است که این گونه تصرفات صحیح نباشد، زیرا در این حالت حق طلبکاران به اموال مدیون تعلق گرفته است. به همین دلیل است که در صورت درخواست طلبکاران حاکم می‌تواند حجر او را صادر کند و اگر در این حالت مدیون آزاد باشد تصرفات او موجب ضرر بر طلبکاران خواهد شد. اسلام نیز چنین چیزی را نمی‌پذیرد، بلکه کوشش اسلام در این است که حق هر کس حفظ شود».^(۱)

به هر حال با توجه به این‌که هدف مدیون از این گونه معاملات و نقل و انتقالات و تبرّعات، فرار از دین و نیز اضرار بر طلبکاران می‌باشد، به دلیل قاعده لاضرر که مقتضی عدم نفوذ آن است و یا به دلیل نامشروع بودن که مقتضی حرمت و بطلان آن است معاملات و تصرفات مدیون قبل از صدور حکم حجر جایز و مشروع نیست. البته در ماده ۵۰۰ ق.ت. معاملاتیه که به قصد اضرار به طلبکاران صورت گیرد، باطل دانسته شد.

دلیل دیگر بر حرمت و عدم صحت این گونه معاملات این‌که به نظر همه فقهاء و فاء به دین واجب است^(۲) و اگر کسی در این امر سهل انگاری کند و قصدش اداء آن نباشد، گناه بزرگی را مرتکب شده و دزد محسوب می‌گردد. روایات زیادی نیز بر این امر دلالت دارد. از جمله امام صادق (ع) فرمود: *مَنْ اسْتَدَانَ دَيْنًا فَلَمْ يَنْوَ قَضَاءَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ السَّارِقِ*.^(۳)

سماعه گوید به امام صادق (ع) عرض کردم: شخصی مقداری پول دارد ولی بدهکار هم هست. آیا با آن زندگی خود را اداره کند و برای پرداخت دین خود انتظار روزی خداوند را بکشد، یا این‌که با آن دین خود را اداء کند و برای اداره زندگی خود صبر کند و قناعت نماید و با مشکلات زندگی بسازد؟ امام فرمودند: ابتداء باید با آن مقدار پول دین خود را اداء کند و اموال مردم را نخورد، چون خداوند در قرآن می‌فرماید: اموال یکدیگر

۱- همان.

۲- صاحب جواهر بر وجوب آن ادعای اجماع کرده است. آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۴۱ و ۴۲.

۳- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ از ابواب دین و قرض باب ۵ حدیث ۲.

را به باطل نخورید مگر براساس رضایت و تجارت حلال.^(۱)

ثمامه گوید: به امام صادق (ع) گفتم: می‌خواهم به مکه و مدینه بروم و حج کنم ولی دین برعهده دارم؟ امام (ع) فرمود: ارجع الی مؤدی دینک و انظر ان تلقی الله عزوجل و لیس علیک دین، فان المؤمن لایخون.^(۲)

از این رو فقهاء فتوا داده‌اند چون وفاء به دین واجب است پس عزم و تصمیم بر اداء آن نیز از باب مقدمه واجب، واجب می‌باشد.^(۳) از جمله ابن‌ادریس گوید: بر بدهکار واجب است که در قضای دین عزم و تصمیم داشته باشد و اگر چنین عزمی را ترک کند و در اداء دینش سهل‌انگاری نماید گناهکار بوده و به منزله سارق است.^(۴)

باید توجه داشت روایات مزبور با روایاتی که دلالت بر مهلت دادن به بدهکار تا زمان تمکن دارد،^(۵) منافات ندارد، زیرا احادیث اخیر در موردی است که بدهکار واقعاً قدرت اداء دین را نداشته باشد. نه این‌که مدیون تمکن داشته باشد و با تلاش و میانه‌روی و عدم اسراف در زندگی^(۶) بتواند قرضش را بدهد ولی عمداً خود را مفلس کرده و یا از پرداخت آن امتناع ورزد. صاحب مفتاح الکرامه گوید: وفاء به دین در صورتی که طلبکار آن را مطالبه کند و مدیون متمکن باشد، واجب فوری است. طلبکار می‌تواند مدیون را از هرگونه تصرفی که منافات با اداء حقش دارد، منع کند و در این حکم هیچ شک و

۱- همان باب ۴ حدیث ۳.

۲- همان باب ۴ از ابواب دین و قرض حدیث ۲.

۳- مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۴ ص ۸.

۴- ابن‌ادریس، السرایر چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۱۵ ص ۳۵.

۵- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۳ باب ۲۵ از ابواب دین و قرض.

۶- ابوالصلاح حلبی گوید: بر بدهکار واجب است در قضای دین سعی و تلاش کرده، در خرج کردن اسراف نکند و سزاوار است که با اقتصاد و میانه‌روی در زندگی قناعت را پیشه خود کند. حلبی، الکافی فی الفقه،

چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۱۴ و ۱۵.

تردید نیست.^(۱)

محدث بحرانی گوید: نکته‌ای را در اینجا می‌خواهم بگویم که کسی به آن اشاره نکرده و آن این‌که صدور حکم حجر و زندانی کردن مدیون منوط به مفلس شدن مدیون نیست، بلکه هرگاه مدیون قصدش این باشد که دین را اداء نکند حاکم می‌تواند او را حبس کند و روایات نیز بر آن دلالت دارد.^(۲)

بنابراین از آنجایی که فقهاء اصولاً سهل‌انگاری در ایفاء دین را حرام و اداء آن را واجب می‌دانند و حتی بر این امر نیز ادعای اجماع نموده‌اند،^(۳) باید گفت حتی اگر نصّ فقهی خاصی یا دلیلی بر حرمت و بطلان معامله به قصد فرار از دین وجود نمی‌داشت، عقیده به عدم صحت معامله مزبور مانع تأخیر فعل حرام بوده و در چارچوب اهداف شریعت دایر بر نهی از اکل مال به باطل و ترویج عدالت و اخلاق، قطعاً جنبه اعتقادی مغایر با شرع نیست.

در ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی^(۴)، ماده ۶۵ ق.م.^(۵)، اصل چهارم قانون اساسی^(۶) و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۷۷/۸/۱۰^(۷) حکم به عدم نفوذ

۱- به نقل از مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۵ ص ۱۱۷.

۲- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۰ ص ۳۸۴.

۳- نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۴۱ و ۴۲.

۴- «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست».

۵- صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد، منوط به اجازه دیان است. «عقد وقف خصوصیتی ندارد که ماده ۶۵ را مختص آن نماید. در نتیجه باید گفت حکم ماده مزبور یکی از موارد اعمال این قاعده است که معامله به قصد فرار از دین منوط به اجازه طلبکاران است.

۶- «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

۷- «هر کس با قصد فرار از ادای دین و تعهدات مالی موضوع اسناد لازم‌الاجراء و کلیه محکومیت‌های مالی، مال خود را به دیگری انتقال دهد به نحوی که باقیمانده اموالش برای پرداخت بدهی او کافی نباشد عمل او جرم»

معاملات مدیون به قصد فرار از دین شده بود.

نسخ ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ موجب اعتراض بسیاری از حقوقدانان شد تا این که در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ ماده ۲۱۸ به شرح زیر اصلاح شد: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده باشد آن معامله باطل است.»

نکته قابل توجه این که در این ماده بطلان معامله به قصد فرار از دین مشروط به دو شرط شده است. یکی قصد فرار از دین و دیگری صوری بودن آن. مفهوم مخالف آن این است اگر معامله به قصد فرار از دین ولی به نحو واقعی انجام شود، غیر باطل است و این اعم است از صحیح و غیر نافذ. هر چند به نظر بعضی از حقوقدانان^(۱) معامله مزبور به دلیل تعارض با حقوق طلبکاران غیر نافذ است نه باطل، اما به نظر عده‌ای از فقهاء معامله مزبور به دلیل عدم مشروعیت قصد باطل است.^(۲)

البته قانونگذار برای جلوگیری از تضییع حق طلبکار ماده ۲۱۸ مکرر الحاقی ۱۳۷۰/۸/۱۴ را همزمان با ماده ۲۱۸ اصلاحی تصویب نمود. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده دلایل اقامه نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت.» شاید بتوان از این ماده صحت (یعنی عدم نفوذ) معامله را استنباط کرد.

در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فرانسه آمده است: «بستانکاران نیز به نام خود می‌توانند

→ تلقی و مرتکب به چهارماه تا دو سال حبس تعزیری محکوم خواهد شد. در صورتی که انتقال گیرنده نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد شریک جرم محسوب می‌گردد و در این صورت اگر مال در ملکیت انتقال گیرنده باشد عین آن و در غیر این صورت قیمت یا مثل آن از اموال انتقال گیرنده بابت تأدیه دین استیفاء خواهد شد.»

۱- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی ج ۱ ص ۳۲۴.

۲- به نظرات فقهاء در صفحات قبل اشاره شد.

اعمالی را که مدیون با تقلب به حقوق آنان انجام داده است مورد دعوی قرار دهند.» وجود کلمه تقلب (Fraude) در ماده مزبور موجب اختلاف در مفهوم آن بین آن حقوقدانان فرانسوی شده است. برخی از حقوقدانان تمام معوضات یا تبرّعاتی را که مدیون با علم به منجر شدن آنها به اعسار یا افزایش اعسار و با آگاهی از مضر بودن آنها به حقوق طلبکاران انجام می‌دهد، با قطع نظر از قصد یا عدم قصد فرار از دین، متقلبانه و قابل ابطال شمرده‌اند. عده‌ای دیگر صرف آگاهی مدیون را از ضرری بودن تصرف، کافی دانسته‌اند و احراز قصد فرار از دین را در هر موردی ضروری شمرده‌اند. این عقیده رایج‌ترین تئوری در دکترین و رویه قضایی فرانسه است و بر مبنای آن آراء زیادی از دادگاهها و دیوان تمیز فرانسه صادر شده است. گروه دیگر بین معاملات معوض و تبرعی بدهکار تفاوت گذاشته‌اند. به این معنا که در معاملات معوض برخلاف تبرعات قصد تقلب و فرار از تأدیه دین را ضروری دانسته‌اند.^(۱)

گفتار ششم - حيله در تقسيم دين

به نظر مشهور فقهاء^(۲) تقسیم دین بین شرکاء صحیح نیست، بلکه هر مقدار از دین که وصول شد بینشان تقسیم می‌شود و به هر مقدار که تلف شد یا وصول نگردید، به همه ضرر وارد می‌شود و روایات نیز بر آن دلالت دارد.^(۳) به نظر بعضی از فقهاء از جمله علامه حلی^(۴) و شهید ثانی^(۵) برای تقسیم دین

۱- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲ ص ۲۸۵ و ۲۸۶.

۲- شیخ طوسی و ابن حمزه بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۵۴.

۳- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۶ از ابواب شرکت و باب ۲۹ از ابواب دین و قرض، شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۱۸۵ و ۱۸۶ حدیث ۸۰۷.

۴- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله البناهیة الفقهیه ج ۱۵ ص ۷۱.

۵- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۱۸ و ۱۹.

از طریق مشروع و صحیح می‌توان به حیل شرعیه متوسل شد و آن این‌که هر کدام از شرکاء دیگری را به بدهکارش حواله دهد و بدهکاران نیز آن را بپذیرند. در این صورت هر مقدار که قبض شد بنابر اصل شرکت بین شرکاء تقسیم می‌شود.

به نظر شهید ثانی این حیل در صورتی صحیح است که حواله نمودن از شخص برئ الذمه صحیح باشد والا حواله باطل بوده و قهراً تقسیم نیز باطل می‌شود، اما علامه حلی در تذکره^(۱)، شهید اول در دروس^(۲) و صاحب جواهر^(۳) صحت این حیل را مورد اشکال و تردید قرار داده و معتقدند در اینجا حواله، در واقع حواله نیست بلکه نوعی وکالت است. صاحب جواهر گوید: همه فقها بجز شهید ثانی با این حیل مخالفند.^(۴)

بعضی از فقهاء از جمله شهید اول در دروس^(۵) راه حل دیگری را برای صحت تقسیم دین مطرح کرده‌اند و آن این‌که هر کدام از شرکاء با دیگری مصالحه کند. مثلاً محمد و علی با هم در سرمایه‌ای شریک هستند و بعد از مدتی تصمیم می‌گیرند از یکدیگر جدا شده و مال خود را تقسیم کنند. پس از تقسیم پولهای نقد بین خود، هر کدام مقداری طلب از دیگران دارند. مثلاً ده هزار تومان از حسن و ده هزار تومان از حسین، در اینجا محمد به علی می‌گوید: با تو صلح می‌کنم که ده هزار تومان حسن مال من باشد و ده هزار تومان حسین مال تو. اگر شریکش علی نیز به این مصالحه راضی شد، صلح صحیح بوده و دین تقسیم می‌گردد.

۱- علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۲ ص ۴.

۲- شهید اول، الدروس چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۷ ص ۱۲.

۳- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۵۹.

۴- همان.

۵- شهید اول، الدروس چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۷ ص ۱۲.

به نظر شهید ثانی^(۱) و محقق کرکی^(۲) این حيله صحيح و مشروع است. بايد توجه داشت اين حيله در صورتي صحيح است كه دين توسط شركاء قبض شود. بنابراين اگر حواله يا مصالحه در تقسيم دين صورت پذيرد ولي قبض تحقق نيايد، به نظر مي رسد تقسيم دين محل اشكال است. از اين رو بعضي از فقهاء^(۳) به طور كلي تقسيم دين را به هر نحوي كه باشد صحيح نمي دانند مگر بعد از حصول ملكيت و ملكيت نيز حاصل نمي شود مگر پس از قبض. از اين جهت در روايات آمده كه آنچه به دست آمده يا تلف شده بين آن دو تقسيم مي گردد.

گفتار هفتم - شرط برابري ارزش اسكناس با کالا يا طلا هنگام اداء قرض

اگر كسي مالي را به ديگري قرض بدهد به اتفاق همه فقهاء مقتض اين بايد عين يا مثل يا قيمت آن را بپردازد.^(۴) در ماده ۶۴۸ ق.م. آمده: «قرض عقدي است كه به موجب آن احد طرفين مقدار معيني از مال خود را به طرف ديگر تملك مي كند كه طرف مزبور مثل آن را از حيث مقدار و جنس و وصف رد نمايد و در صورت تعذر رد مثل قيمت يوم الرد را بدهد.» مثلاً كسي درهم يا دينار يا كالايي به ديگري قرض بدهد موظف است عين يا مثل همان را بگيرد و اگر چيزي مازاد بر آن شرط كند، ربا بوده و حرام است.

باتوجه به اين كه در جهان امروز پول رايج در كشورها درهم و دينار نيست و به جاي آن اسكناس آمده است، از طرف ديگر پول هم في نفسه ماليت نداشته و جنبه اعتباري دارد و به دليل تورم، ارزش اقتصادي آن ثابت نمي باشد بلكه به علت افزايش نامنظم قيمتها همواره در حال كاهش است، مسلماً اگر كسي مثلاً مبلغ ۱۰۰ هزار تومان به مدت

۱- شهيد ثاني، شرح لمعه ج ۴ ص ۱۹.

۲- محقق كركي، جامع المقاصد ج ۵ ص ۱۹.

۳- بجنوردی، القواعد الفقهية ج ۷ ص ۱۷۱ تا ۱۷۳.

۴- امام خميني، تحرير الوسيله ج ۲ ص ۱۴۹.

دو سال قرض بدهد، قطعاً در موعد مقرر مقرض از لحاظ ارزش اقتصادی همان پولی را که داده، نمی‌گیرد و این موجب ضرر بر وام‌دهنده است. کسی که قرض می‌دهد همین قدر که پولش را که می‌توانست خود از آن استفاده کرده و بهره ببرد در اختیار دیگری می‌گذارد از بزرگترین ثواب و اجر برخوردار می‌شود، اما چرا ضرر کند و عین یا مثل یا قیمت همان پولی را که مثلاً دو سال قبل قرض داده، نگیرد. به علاوه این که قاعده لاضرر نیز در اینجا صادق بوده و تحقق هرگونه ضرر را نفی می‌کند.

از این رو به نظر می‌رسد برای جلوگیری از ضرر و برای این که مردم در قرض دادن به یکدیگر تشویق شوند مقرض می‌تواند هنگام قرض دادن متوسل به حيله‌ای شود و آن این که بگوید: من فلان مقدار از اسکناس را که ارزش آن معادل با فلان مقدار طلا یا کالا است قرض می‌دهم مشروط بر این که مقرض هنگام اداء قرض باید همان مبلغی را بدهد که دارای چنین ارزشی باشد. مثلاً: الآن این صد هزار تومان معادل ۱۰ مثقال طلا است. موقع اداء قرض باید همان پولی داده شود که معادل ۱۰ مثقال طلا باشد و طرفین هم بر آن رضایت داشته باشند. در این نوع قرض با شرط مزبور که از ابتداء صورت می‌گیرد هیچ ربایی تحقق پیدا نمی‌کند و سودی برای وام‌دهنده به وجود نمی‌آید، بلکه او واقعاً همان پول با همان ارزش اقتصادی که قرض داده از وام‌گیرنده می‌گیرد. در حقیقت شرطی ربا محسوب می‌شود که در آن نفع وام‌دهنده ملحوظ شود در حالی که مقرض در اینجا هیچ سود و نفعی را مطالبه نمی‌کند، بلکه خواهان پرداخت مثل مالش از لحاظ ارزش می‌باشد و این به جهت رعایت مصلحت وام‌دهنده است نه به وجود آمدن سود و زیادتی برای او.

آیه الله سید ابوالحسن موسوی اصفهانی گوید: «کُلُّ شرط سائِع لا یكون فیهِ النِّفَع للمقرض ولو كان مصلحة له»^(۱)؛ یعنی هر شرطی که ضمن عقد قرض صورت گیرد و

برای مقرض نفع و سودی به همراه نداشته باشد، جایز است هرچند که به مصلحت او باشد.

به بیان دیگر از آنجا که اسکناس از نظر مالی فی نفسه مالیت ندارد و همانند درهم و دینار مسکوک در زمانهای گذشته نیست و اعتبار آن به ذخایر ارزی و طلای یک کشور بستگی دارد، از این رو در یک میلیون تومان قرضی که داده می شود که مثلاً معادل ۱۰۰ مثقال طلا است، اگر شرط شود وام گیرنده به همان مقدار طلا اداء کند، ربایی تحقق پیدا نمی کند. چنانچه بعضی از فقهاء^(۱) نیز گفته اند: «در زمان قرض دادن می تواند مالیت آن را با طلا یا چیز دیگر معلوم کند و مالیتش را قرض بدهد. مانند این که بگوید: مالیت این مبلغ که نیم مثقال طلاست به شما قرض می دهم که در مواقع پرداخت، همین مقدار مالیت را در ضمن پول و نقد رایج به من برگردانید». به علاوه این که در تعریف قرض - چنانکه گفته شد - آمده است که مقترض باید عین یا مثل یا قیمت آنچه را که قرض گرفته بپردازد. پرواضح است که در اسکناس عینیت یا مثلیت یا قیمت به خود اسکناس نیست بلکه به اعتبار و پشتوانه طلا و ذخایر ارزی یک کشور است. به همین دلیل است که هرگاه دولتی عوض می شود پول آن دوره از اعتبار می افتد و اسکناس آن فقط به عنوان یک کاغذ محسوب شده و به درد بازی بچه ها یا نصب در کلکسیونها می خورد و یا اگر سطح روشنی داشته باشد به عنوان فیش مطالعاتی و چکنویس قابل استفاده است.

از طرف دیگر اقتصاددانان در تعریف جدیدی که از «پول» ارائه داده اند، معیار آن را قدرت و توان اقتصادی دانسته اند. در این تعریف نیز آنچه قابل تأمل است این که آنها برای اسکناس فی نفسه مالیت و ارزش اقتصادی قایل نشده اند. بنابراین کسی که به میزان یک میلیون تومان قرض می دهد، درحقیقت به همان مقدار قدرت و توان اقتصادی خود را

۱- آیه الله صانعی، شیخ یوسف، منتخب الاحکام ص ۱۵۶.

که در زمان قرض دادن دارا بود به وام‌گیرنده می‌دهد. در نتیجه وام‌گیرنده هم باید - براساس تعریف قرض - عین یا مثل یا قیمت همان قدرت اقتصادی وام‌دهنده در روز قرض‌دادن را محاسبه کرده و بپردازد. وام‌دهنده نیز می‌تواند به‌هنگام دریافت طلب خود همان پولی را بگیرد که از لحاظ «توان اقتصادی و قدرت خرید» با زمانی که پول به وام‌گیرنده به‌عنوان قرض داده، تفاوتی پیدا نکرده باشد. مثلاً یک میلیون تومانی را که سال قبل قرض داده و توان خرید او با آن ۲۰ سکه طلا بوده، امسال براساس شرطی که از ابتداء می‌شود همان پولی را بگیرد که قدرت و توان خرید ۲۰ سکه طلا را برای او حفظ کند. در غیراین صورت نه وام‌گیرنده بدهی خود را اداء کرده و نه وام‌دهنده به حق خود دست می‌یابد.

در اینجا لازم است این نکته را مطرح کنم این‌که بعضی از فقهاء^(۱) قرض دادن اسکناس به شرط زیادتی را مطلقاً ربا و حرام دانسته‌اند، به نظر می‌رسد هیچ منافاتی با آنچه ما گفته‌ایم ندارد، زیرا نظر ایشان بر حرمت قرض در اسکناس به شرط زیادتی در مقدار آن از ابتداء است. مثلاً وام‌دهنده بگوید: من یک میلیون تومان قرض می‌دهم مشروط براین‌که وام‌گیرنده سال بعد یک میلیون و سیصد هزار تومان پرداخت کند، ولی نظر ما در موردی است که به‌هنگام قرض‌دادن اسکناس - چون بذاته مالیت ندارد - باید برابری آن با پشتوانه‌اش از لحاظ ارزش اقتصادی مورد توجه قرار گیرد و بر مبنای آن دین پرداخت گردد. البته بدیهی است همه آنچه که در مورد محاسبه برابری ارزش اسکناس با طلا یا کالا به‌هنگام قرض دادن بیان کرده‌ایم، در زمان پرداخت دین، وام‌گیرنده باید آن مقدار از اسکناس را بپردازد که با آن طلا یا کالا از لحاظ ارزش اقتصادی برابر باشد، چه قیمت آن بالا برود یا کاهش پیدا کند.

راه حل دیگر تعیین نرخ تورم است. به این معنا که بانک مرکزی هر هفته یا هر ماه

مقدار تورم و به دنبال آن نرخ تورم را اعلام کند. در نتیجه وام‌دهنده هنگام قرض دادن می‌تواند به مقتضی بگوید: من الان صد هزار تومان به مدت دو سال به تو قرض می‌دهم مشروط بر این‌که موقع پرداخت قرض شما باید براساس اعلان نرخ تورم از جانب بانک مرکزی مقدار تورم را محاسبه کرده و براساس آن طلبم را پرداخت کن.^(۱) این نیز ربا نبوده و مستلزم هیچ‌گونه زیادتی و سود برای وام‌دهنده نیست.

۱- تصویب قانون محاسبه مهریه به نرخ روز می‌تواند مؤید مطلب مذکور باشد. در قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ ق.م.د در خصوص مهریه مصوب ۷۶/۵/۸ آمده: «چنانچه مهریه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و پرداخت خواهد شد. مگر این‌که زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند ...» در تأخیر تأدیه نیز به دلیل این‌که ارزش پول به واسطه تورم نسبت به ماقبل کاهش می‌یابد، جبران خسارت مشروعیت پیدا می‌کند. در قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب مورخ ۷۶/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز آمده است: «ماده واحده: منظور از عبارت «کلیه خسارات و هزینه‌های وارد شده ...» مذکور در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۷۶/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارات تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک جمهوری اسلامی ایران اعلام شده و هزینه دادرسی و حق الوکاله براساس تعرفه‌های قانونی است. تفسیر فوق مشتمل بر ماده واحده در جلسه روز شنبه ۷۷/۹/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است.» در فتوای مقام رهبری در پاسخ به رئیس دادگستری تهران مورخه ۷۵/۹/۲۷ آمده: «اگر ثابت شود خسارت تأخیر تأدیه مستند به تأخیر تأدیه است در ضمان بدهکار است و حکم ربا ندارد.» براساس این فتوا جبران خسارت تأخیر تأدیه در واقع از باب قاعده تسبیب است. یعنی به دلیل تقصیری است که بدهکار در اداء دین مرتکب شده و از این راه به طلبکار خسارت زده است نه عوض اضافی در برابر دین. «وانگهی پول کاغذی و اعتباری کنونی در واقع نماینده مقداری «قدرت خرید» است. تجربه نشان می‌دهد که این قدرت گاه تند و گاه آرام، روبه کاستی می‌رود. از دیرباز همه دریافته‌اند که نه تنها عهدشکنی مدیون طلبکار را از انتفاعی مسلم محروم می‌کند، بلکه از ارزش واقعی پول می‌کاهد. بنابراین اگر گفته می‌شود که خسارت تأخیر مقداری پول زیاده بر اصل طلب نیست و وسیله جبران خسارت و کمبودارزشی است که بدهکار می‌دهد، نباید موجب شگفتی باشد.» (کاتوزیان، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) ج ۴ ص ۲۷۲).

گفتار هشتم - خرید و فروش اسکناس

از جمله حیل فرار از ربا خرید و فروش اسکناس است. به این ترتیب که قرض را به صورت خرید و فروش پول انجام می دهند که این درحقیقت فرار از ربای قرضی به صورت بیع است. بعضی از فقهاء از جمله سید محمدکاظم یزدی^(۱) و آیه الله بجنوردی^(۲) به دلیل این که اسکناس فی نفسه مالیت داشته و جزء معدودات است و ربای معاملی در آن جاری نمی باشد، خرید و فروش آن را با زیادتی در یک طرف جایز دانسته اند.^(۳)

آیه الله میلانی گوید: از آنجا که اسکناس از موضوعات خارجیّه است تشخیص آن به عهده مکلفین است. پس اگر اسکناس عیناً مالیت دارد نه سندیت، خرید و فروش آن با زیاده مانعی ندارد چون معدود است و موزون نیست.^(۴) وی سپس گوید: تمام پولهای کاغذی اعم از اسکناسهای روسی یا دینارهای عراقی ... یا ربالهای ایرانی مالیت دارد، زیرا از طرف هر یک از دولتها نسبت به کاغذهای پولی خود قیمتی معین شده که در تمام دوائر دولتی قبول و رایج است. به همین جهت مالیت پیدا نموده و هر موقعی بخواهند مَهر باطله زده و از اعتبار ساقط می نمایند. نیز این پولهای کاغذی غیر مکیل و غیر موزون می باشند و به این جهت معاوضه عین این پولهای کاغذی به هم جنس خود به زیاده، ربا نیست.^(۵)

۱- یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۴۸ مسئله ۵۶.

۲- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۵ ص ۱۲۳.

۳- هرچند که به نظر بعضی از فقهاء از جمله شهید اول (الدّروس ۴۱۴/۳۵) قول مشهورتر بر کراهیت ربا در معدودات است، ولی برخی دیگر از فقهاء از جمله ابن جنید، شیخ مفید و سلار دبلمی قایل به حرمت آن هستند (جواهر الکلام ۳۵۹/۲۳).

۴- آیه الله میلانی، خلاصه المسایل ص ۲۰۷.

۵- همان ص ۲۲۴.

امام خمینی نیز گوید: در اوراق نقدی (مثل اسکناس) جز ربای قرضی، ربای دیگری تحقق نمی‌یابد. پس جایز است مبادله بعضی از آنها به بعضی دیگر به زیاد و کم، خواه عوضین از پول دو کشور باشد مثل تبدیل دینار به اسکناس یا از یک کشور مثل تبدیل اسکناس به اسکناس و دینار به دینار. در این مسئله فرقی نیست که پشتوانه آن طلا باشد یا نقره و یا غیر این دو.^(۱) وی در جای دیگر گوید: اگر معامله به منظور رهایی از ربا باشد، فزونی جایز نیست. بنابراین کسی که قصد او از قرض دادن، گرفتن سود باشد و بخواهد با خرید و فروش اوراق نقدی با افزایش آن از ربا رهایی یابد، فعل حرامی مرتکب شده و آن بیع نیز باطل است.^(۲) به اعتقاد برخی از فقهاء اساساً خرید و فروش اسکناس همان وام توأم با ربا است که نام بیع بر آن گذارده شده است.^(۳)

به نظر عده‌ای دیگر از فقهاء از جمله سید ابوالحسن موسوی اصفهانی^(۴) اسکناس به دلیل این‌که فی نفسه مالیت و ارزش اقتصادی ندارد، لذا معامله آن با زیادتی در یک طرف ربا است.

شهید مطهری گوید: یکی از راههای فرار از ربا خرید و فروش اسکناس است. یعنی به جای قرض دادن که ربا است، آن را بیع می‌کنند و چون محدود است بیع آن را جایز شمرده‌اند و این مبنی است بر این‌که اسکناس را فی نفسه دارای اعتبار بدانیم.^(۵)

وی می‌افزاید: در مسئله اسکناس بحث است که آیا ارزش آن واقعی است یا قراردادی؟ چون از نظر عینی، اسکناس یک کاغذ است و یک کاغذ چرا باید ارزش داشته باشد؟ از این رو بعضی گویند: اسکناس فقط حکم یک سند را دارد و در واقع

۱- امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲ ص ۶۱۳، مسایل مستحدثه، مسئله ۶.

۲- همان ج ۲ ص ۴۸.

۳- آیه‌الله مکارم، مجموعه استفتائات جدید، ص ۱۹۵.

۴- اصفهانی، وسیله النجاة ج ۲ ص ۱۲۳.

۵- شهید مطهری، ربا، بانک، بیمه ص ۲۰۸.

سندی است که دولت امضاء کرده، پشتوانه اش هم قول دولت است یا مثلاً طلاهایی است که در بانک مرکزی هست. مثل تمبر که پنج تومانی و سه تومانی و دو ریالی آن وجود دارد، ولی اگر واقعیتش را نگاه کنیم همه یک کاغذ و نقش است که ارزشی اعتباری دارد. پس اینها هم مالیت دارند ولی مالیت اعتباری.^(۱)

به نظر می‌رسد در ارتباط با جواز یا عدم جواز معامله اسکناس اساساً باید این نکته معلوم شود که آیا اسکناس مثل طلا و نقره فی نفسه مالیت دارد یا امری اعتباری و قراردادی است؟ آنچه می‌توان گفت و قبلاً هم به آن اشاره شد این که اسکناس ذاتاً مالیتی نداشته و به خودی خود دارای ارزش اقتصادی نیست، بلکه به واسطه دولتها و براساس پشتوانه طلا یا ذخایر ارزی یک کشور اعتبار مالی پیدا می‌کند. پرواضح است که این امر به اسکناس عیناً مالیت نمی‌بخشد و بهترین گواه بر آن این که اگر به دلایلی اعتبار آن از بین برود^(۲) در این صورت ارزش اقتصادی خود را از دست می‌دهد، به خلاف طلا و نقره مسکوک رایج در زمانهای قدیم که الان نیز اگر یافت شوند هم چنان مالیت دارد. بنابراین خرید و فروش اسکناس که در واقع همان معامله طلا به طلا و یا معامله دو قدرت و توان اقتصادی برابر با یکدیگر است، معامله هم جنس محسوب شده و با زیادتیی در یک طرف حکم ربای معاملی را پیدا می‌کند؛ هرچند که انجام آن برای فرار از ربا یعنی به منظور قرض دادن و گرفتن سود نباشد. افزون بر اینها معدود بودن اسکناس مثل گردو و تخم مرغ، به طور واقعی نبوده بلکه آن هم به اعتبار و قرارداد است.

گفتار نهم - خرید و فروش چک

خرید و فروش چک معامله‌ای است که امروزه بین مردم و در بانکها رایج است

۱- همان ص ۶۵ و ۷۶.

۲- مانند اسکناسهای رایج در زمان حکومت پهلوی.

به این صورت که چک مدت دار را به کمتر از مبلغ مندرج در آن معامله کرده و پول آن را نقداً می‌پردازند. آیا چنین معامله‌ای صحیح است؟

در پاسخ به سؤال مزبور مقدّماتاً ذکر نکته‌ای لازم است و آن این‌که به نظر فقهاء - چنانکه قبلاً اشاره شد - اگر طلبکار بخواهد دین مدت دار را به مبلغی کمتر و به نقد با بدهکار مصالحه کند جایز است که به آن «صلح حطیّطه» گویند^(۱) و آن عبارت است از تعجیل ثمن با کم کردن مقداری از آن^(۲). به این معنا که کسی کالایی را به ۱۰۰ هزار تومان یک ماهه بفروشد ولی با مشتری به مبلغ ۸۰ هزار تومان نقداً مصالحه کند و این درحقیقت نوعی ابراء دین است که طلبکار انجام داده و از حق خود با رضایت خاطر و طیب نفس بدون داشتن انتظار عوض به اختیار صرف نظر می‌کند که در اصطلاح «اسقاط حق» نامند. با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد در خرید و فروش چک به مبلغ کمتر و به نحو مصالحه، اگر شخص ثالثی مطرح نباشد و فقط خریدار و فروشنده طرفین معامله باشند اشکالی ندارد. به این معنا کسی مالی را به دیگری بفروشد و خریدار چکی مدت دار به او بدهد، آنگاه فروشنده (که طلبکار است) با خریدار (مدیون) مصالحه کرده و با ابراء بخشی از دین چک مدت دار را به مبلغ کمتر و نقداً به او بفروشد، اما اگر خریدار چک شخص ثالثی باشد که هیچ نقشی در معامله ندارد در این صورت خرید و فروش چک مدت دار به مبلغ کمتر ربا محسوب می‌گردد.^(۳)

نکته قابل تأمل این که در فروش چک مدت دار به مبلغ کمتر از طرف داین به مدیون،

۱- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۹ ص ۱۳۷ و ۱۳۸.

۲- در دیر، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ۳ ص ۲۸۰.

۳- حضرت آیه الله خامنه‌ای: «خرید و فروش چک به مبلغ کمتر از چک به شخص ثالث ربا و حرام است». حضرت آیه الله سیستانی: «اگر نویسنده چک واقعاً بدهکار آن کسی باشد که چک برای او نوشته است، فروش آن به مبلغ کمتر اشکال ندارد ولی اگر برای کمتر فروختن نوشته باشد جایز نیست» (محمودی، مسایل جدید ص ۹۹ و ۱۰۰).

علت جواز و مشروعیت آن صرف مصالحه طرفین نیست، بلکه علاوه بر آن فروشنده چک که در واقع طلبکار محسوب می شود در حقیقت عمل حقوقی ابراء دین را انجام می دهد. به این معنا که داین نسبت به بخشی از حق خود با اختیار و طیب نفس صرف نظر کرده و به مدیون می بخشد و این در مورد شخص ثالث صادق نیست.

گفتار دهم - وام قرض الحسنه در نظام بانکداری اسلامی و مسئله اوراق قرضه و مشارکت

با توجه به آئین نامه اجرائی «قرض الحسنه»، وامی که بانکها به عنوان قرض الحسنه جهت رفع حوائج ضروری افراد و مؤسسات تولیدی پرداخت می کنند به گونه ای است که مستلزم ربا نمی باشد. در ماده ۱۳ آمده است: «میزان کارمزدی که بانکها در هر مورد قرض الحسنه از متقاضیان دریافت می نمایند تابع ضوابطی است که به تصویب شورای پول و اعتبار می رسد. این درصد برای رفع احتیاجات، یک درصد و برای شرکتهای تعاونی و مؤسسات تولیدی ۱/۵ درصد در سال می باشد.»^(۱)

اما اوراق قرضه ای که دولتها برای حل مشکلات اقتصادی کشور از آن استفاده می کنند، در حقیقت نوعی استقراض دولت از مردم است. این اوراق را دولت چاپ می کند و به مؤسسات دولتی و افراد می فروشد و به آن بهره ای معین می پردازد. می توان پرسید آیا در اینجا «ربای قرضی» تحقق پیدا نمی کند؟

آنچه می توان گفت این که اگر مردم این اوراق را بخرند و دولت به آنان سود بدهد، قطعاً ربا تحقق پیدا می کند، اما اگر مؤسسات دولتی آن را خریداری کنند و دولت به آنها بهره بدهد، اشکالی ندارد. چون در حقیقت دولت بهره را به خودش می دهد و به یک معنی از جیبی به جیب دیگر واریز کردن است.

البته در شرایط اضطرار و مشکلات اقتصادی از قبیل کسری بودجه، تورم، بازسازی کشور پس از جنگ و غیره شاید بتوان گفت که استفاده از اوراق قرضه جهت استقراض دولت از ملت اشکالی نداشته باشد. همان طور که به نظر بعضی از فقهاء^(۱) در حالت اضطرار ربا مباح است.

اما اوراق مشارکتی که از طرف دولت صادر می شود، ماهیتاً هیچ ارتباطی با اوراق قرضه ندارد، زیرا در اوراق مشارکت دولت مردم را به شرکت در طرحهای اقتصادی اعم از کشاورزی، صنعتی، مدنی و خدماتی دعوت می کند و این نوعی مشارکت مدنی است. مشارکت مدنی اولاً مشارکت در تأمین سرمایه است ثانیاً مشارکت مدنی در تأمین منابع مالی مورد نیاز در امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی مورد استفاده قرار می گیرد.^(۲)

۱- علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱ ص ۴۸۴، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۳۳۳.

۲- جهت اطلاع بیشتر می توانید رجوع کنید به کتاب عملیات بانکی داخلی-۲ (تخصیص منابع) از ص ۸۸ تا ۹۴.

فصل سوم

در شفعه^(۱)

با توجه به شروطی که فقهاء در باب اخذ به شفعه مطرح کرده‌اند راههای متعددی وجود دارد که طرفین (یعنی شریک و مشتری) می‌توانند از ایجاد حق شفعه برای شریک دیگر جلوگیری کنند. این راهها و حیل را بهتر است تحت عنوان حیل فرار از ایجاد حق

۱- شفعه عبارت است از «استحقاق شریک نسبت به سهمی که در شراکتش فروخته شده است.» (شهید اول، اللّٰمعة الدمشقیة ص ۱۶۱).

به عبارت دیگر: حق تملک یکی از دو شریک است در مال غیرمنقول، سهم شریک دیگر را که آن را به شخص ثالث فروخته، با پرداخت بهای آن به خریدار. (دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۲۸۵).

در ماده ۸۰۸ قانون مدنی تحت عنوان اخذ به شفعه آمده است: هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصّه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصّه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.

شفعه نام برد نه حیل اسقاط شفعه. این که بعضی از فقها^(۱) از آن به حیل اسقاط شفعه تعبیر کرده‌اند، به گفته صاحب مفتاح الکرامه^(۲) نوعی مسامحه در تعبیر است. محقق کرکی^(۳) گوید: تعبیر به اسقاط در حیل برای سقوط شفعه مجازی است، چون شفعه‌ای ثابت نشده تا اسقاط شود.^(۴) اما نمونه‌هایی از این حیل‌ها: ^(۵)

گفتار اول - واگذاری از طریق صلح و هبه و...

اگر شریک سهمش را از طریق صلح یا هبه و یا مهریه به دیگری واگذار کند برای شفیع حق شفعه ایجاد نمی‌شود. این مورد اتفاق همه فقهاء است. در ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز آمده: در صورتی حق شفعه ثابت است که یکی از دو شریک حصّه خود را به وسیله عقد بیع به شخص ثالثی منتقل کند. بعضی از فقهاء^(۶) بر آن ادعای اجماع کرده‌اند و شهید ثانی^(۷) آن را قول مشهور بین

۱- از جمله: شیخ طوسی در المبسوط چاپ در سلسلة البنايع الفقهيه ج ۳۶ ص ۴۰۰، محقق حلی در شرایع ج ۴ ص ۷۸۹، علامه حلی در تحریر الاحکام ج ۲ ص ۱۵۲، صاحب جواهر در جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۴۴۱ و نیز ابن قدامه، المغنی، ج ۵ ص ۲۰۳.

۲- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۴۰۰.

۳- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۶ ص ۴۴۴.

۴- بعضی از فقهای حنفی نیز معتقدند حیل برای اسقاط شفعه در صورتی جایز است که شفعه واجب نشده باشد و الا جایز نیست. ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار ج ۲ ص ۴۸.

۵- از آنجایی که شفعه زمانی تحقق می‌یابد که سهم شریک با عقد بیع به دیگری واگذار شده باشد و راه تخلّص از آن هم غالباً به واسطه عقود مثل صلح، هبه، مهریه در نکاح و... صورت می‌پذیرد، از این رو بهتر آن دیدیم حیل‌های مطرح شده در شفعه در عنوان کلی «حیل شرعیه در عقود» بحث شود.

۶- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسلة البنايع الفقهيه ج ۳۶ کتاب شفعه مسئله ۸ ص ۳۳۵ و مسئله ۳۳ ص ۳۴۷، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسلة... ج ۱۶ ص ۳۳۴، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۶ ص ۳۵۸ و ۴۴۳ و ۴۴۴، بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۴ ص ۲۶۲ و ج ۲۰ ص ۲۹۸ و ۳۴۱.

۷- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۲ ص ۲۱۸.

فقهای امامیه می‌داند.

دلیل این دسته از فقهاء روایاتی است که در آن شفعه فقط در بیع ثابت شده نه در سایر معاملات مثل صلح یا هبه معوضه و... از جمله امام صادق (ع) فرمود: «الشفعه فی البیوع»^(۱) که مفهوم آن دلالت بر انحصار شفعه در معاملات ناقله از طریق بیع دارد نه سایر معاملات. نیز روایت ابوبصیر در حدیث صحیح از امام باقر (ع) که گوید: از امام در موردی مردی که با زنی ازدواج کرده و مهریه آن زن بخشی از خانه‌ای که میان او و دیگری مشترک بوده است، قرار داده شد. آیا صحیح است؟ امام (ع) فرمودند: جایز له و لها ولاشفعة لاحدٍ من الشركاء علیها.^(۲)

اما ابن جنید معتقد است در کلیه عقود حتی هبه، چه معوضه و چه غیر معوضه شفعه جاری است. استدلال وی چنین است: آنچه موجب تشریع حق شفعه در بیع شده عبارت است از دفع ضرر که در سایر عقود مثل صلح و هبه و... نیز وجود دارد والا ثبوت شفعه در بیع و عدم آن در غیر بیع ترجیح بلامرجح است.^(۳)

شهید ثانی ضمن ردّ قول ابن جنید در ارتباط با ثبوت شفعه در هبه غیر معوضه گوید: اگر او نیز همانند بعضی از فقهای عامّه شفعه را به عقود معاوضی اختصاص می‌داد بهتر و شایسته‌تر بود، زیرا اگر شفعه را در هبه غیر معوضه جاری بدانیم لازم می‌آید که شفیع بدون عوض نسبت به مال موهوب اخذ به شفعه کند که صحت آن بعید است. نیز این امر با مقتضای «اخذ» منافات دارد، زیرا چگونه ممکن است شارع مقدس شریک را از هبه

۱- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۷ باب ۲ از ابواب شفعه حدیث ۱. و در روایت دیگر امام صادق (ع) در صورتی برای شفیع حق شفعه را ثابت می‌داند که شریک سهمش را به شخص ثالثی بفروشد. حدیث چنین است: «اذا كان الشیء بین شریکین فباع احدهما نصیبه فشریکه احقّ به من غیره». همان، باب ۷ از ابواب شفعه حدیث ۲.

۲- همان، باب ۱۱ از ابواب شفعه حدیث ۲.

۳- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۰۴.

غیرمعوّضه و بخشش به دیگری منع کند ولی اگر شریک چنین کرد شفیع بتواند بدون پرداخت چیزی سهم شریک را از مشتری بگیرد؟ هم چنین این امر با اصل شفعه که برای جلوگیری از ضرر وضع شده منافات دارد، زیرا خود ضرر آشکاری است بر شریک دیگر و شارع مقدّس هرگز به آن راضی نیست.

شهید ثانی با این که اشکال فوق را بر نظریه ابن جنید وارد کرده ولی قول او را قابل قبول دانسته و معتقد است که مشهور دلیل صریحی بر قول خود ندارند، زیرا هر چند که در روایات شفعه اختصاص به بیع داده شد ولی از آن استفاده حصر نمی شود و این روایات دلالتی بر عدم ثبوت شفعه در غیر بیع ندارد. به علاوه حکمت تشریع شفعه که عبارت است از جلوگیری از ضرر برای شریک دیگر، در عقود دیگر نیز وجود دارد و مختص به بیع نیست.^(۱)

به نظر می رسد استدلال شهید ثانی در ردّ قول مشهور صحیح نباشد، زیرا به نظر فقهاء^(۲) شفعه موضوعی خلاف اصل است.^(۳) مقتضای دلیل عقلی و نقلی چه در کتاب و چه در سنت و نیز اجماع فقهاء عدم جواز تصرف در مال غیر است و اخذ به شفعه که شارع برای شریک دیگر قائل شده، استثنایی است که بر اصول اولیه (یعنی قاعده تسلیط و عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت او) وارد شده است. از آنجا که بسیاری از فقهاء از جمله محقق حلی در شرایع الاسلام بحث شفعه را بلافاصله پس از کتاب غصب مطرح نموده اند، لذا صاحب جواهر در شرح شرایع برای توجیه این تقارن می گوید: این نکته بدان جهت است که اخذ به شفعه همانند استثنایی می باشد که بر عموم حرمت اخذ مال غیر به صورت قهری آمده است. بنابراین هرگاه بخواهیم شفعه را در موردی

۱- شهید اول، مسالک الافهام ج ۲ ص ۲۱۸، و نیز آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۲۶۷.

۲- از جمله: سیدمرتضی، الانتصار ص ۲۱۶، علامه حلی، مختلف ص ۴۰۴، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۴۰۴.

محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۰ ص ۲۹۹، آیه الله العظمی نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۲۴۷.

۳- سید مرتضی گوید: حق شفعه یک حکم شرعی بوده و اصل انقضاء آن است. الانتصار ص ۲۱۶.

ثابت بدانیم باید دلیل متقن و محکمی از کتاب و سنت و اجماع بر آن اقامه شود و الا نمی توان از حدّ متیقن خارج شد و حکم به ثبوت شفعه در آن مورد داد. از این رو فقهاء در موارد متیقّنه به اخذ به شفعه فتوا داده اند و در موارد مشکوکه طبق اصول و قواعد اولیه عمل کرده و اخذ شفعه را جایز نمی دانند.

از طرف دیگر آنچه از روایات برمی آید و اجماع هم بر آن قائم می باشد این است که شفعه فقط در انتقالی که از طریق بیع صورت بگیرد، ثابت است. چنانچه در روایت آمده: «الشفعة فی البیوع» و از نظر ادبی هرگاه نهاد قضیه به صورت معرفه یعنی با الف و لام بیاید، ظهور در حصر دارد. بنابراین کسی که مدّعی ثبوت شفعه در انتقالات دیگر است، باید دلیل اقامه کند تا به واسطه آن شفعه که موضوعی خلاف اصل است از تحت عمومات و اصول اولیه که دلیل قاطع و محکم بر ثبوت آن وجود دارد، خارج شود. اما این که ابن جنید و نیز شهید ثانی گفته اند: حکمت جعل شفعه مختص به بیع نبوده و در عقود دیگر هم جاری است. باید بگوئیم:

اولاً در روایات باب موردی که صراحتاً به این مسئله اشاره شده باشد، وجود ندارد، بلکه این موضوع ضمن روایاتی که شفعه را به بیع اختصاص داده اند، استنباط می شود. لذا علامه حلی گوید: «لایجوز التعلیل بها لعدم انطباطها»^(۱)

ثانیاً: بر فرض قبول آن، جریان شفعه در غیر مورد بیع نوعی قیاس است، چون در روایات حکمت جعل شفعه اختصاص به موردی دارد که سهم شریک از طریق بیع به دیگری منتقل شود، پس حمل آن در غیرمورد بیع قیاس محض است. همان طور که صاحب حدائق^(۲) گفته ممکن است در بیع خصوصیتی باشد که انتقال سهم شریک به شخص ثالث سبب ضرر بر شفیع باشد و ما آن را ندانیم. بنابراین چگونه می توان گفت

۱- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۰۴ و ۴۰۵.

۲- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۰ ص ۳۰۰.

به مجرد این‌که در روایات به چنین چیزی اشاره شده آن را بتوان در مورد هر انتقالی صادق دانست؟! از این رو شهید ثانی در شرح لمعه ضمن پذیرش قول مشهور گوید: دلیل این حکم آنست که شفعه صرفاً در بیع آمده و مختص به آن است و چون انتقال به عناوینی مانند هبه و مهریه و حتی صلح بیع نمی‌باشد، پس دلیلی بر جریان و مشروعیت شفعه در این موارد وجود ندارد.^(۱)

پس با توجه به خلاف اصل بودن شفعه و عدم وجود دلیلی متقن مبنی بر ظهور روایات باب در مورد ثبوت شفعه در هر انتقال و معاوضه‌ای، کافی است که برای ما در این مورد تردید ایجاد شود، زیرا در این صورت نمی‌توان به ثبوت شفعه در هیچ عقدی غیر از بیع حکم نمود و دایره شفعه را از حدّ متیقّن توسعه داد.

البته عدم جریان شفعه در صلح در صورتی است که صلح را فرع بیع ندانسته و آن را عقد مستقلی بدانیم. به نظر مشهور فقهای امامیه^(۲) صلح فی نفسه عقد مستقلی بوده و فرع بر عقود دیگر نیست اگرچه مفید فائده آن عقود باشد.^(۳)

در فقه عامه بعضی از فقهاء از جمله ابن حزم^(۴) موافق نظر مشهور امامیه هستند و

۱- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۴۱۴.

۲- علامه حلی در تذکرة گوید: صلح نزد علمای ما عقدی مستقل است. (تذکرۃ الفقهاء ج ۲ ص ۱۷۷) و در سرایر (چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۵ ص ۳۲۵) بر آن ادعای اجماع شده است. در مختلف ص ۴۷۵ و شرح لمعه ج ۴ ص ۱۷۵ آمده که این قول اشهر میان فقهاء است. زیرا اصل در عقود این است که هر عقدی اصالت داشته و مستقل است. حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۵ ص ۴۵۷.

۳- بعضی از فقهاء امامیه از جمله راوندی (در فقه القرآن چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۵ ص ۳۱۵) معتقدند صلح یک عقد تبعی است و استقلال ندارد. بنابراین در قالب هر یک از عقود معین درآید نتیجه همان عقد را می‌دهد. پس اگر عین مالی به عوض معلوم صلح شود کلیه نتایج بیع از جمله حق شفعه در آن جاری است. در این صورت توسل به عقد صلح نمی‌تواند حق شفعه را از شریک دیگر ساقط کند.

۴- ابن حزم، المحلی ج ۹ ص ۸۸ و ۸۹.

معتقدند که شفعه فقط در بیع ثابت است، اما فقهای حنفی^(۱) و حنبلی^(۲) معتقدند که معاملات مالی معاوضه‌ای مثل صلح و هبه در حکم بیع بوده و شفعه در آنها ثابت است، ولی در مهریه یا صلح دیه شفعه را ثابت نمی‌دانند.

فقهای شافعی^(۳) و مالکی^(۴) فقط در انتقالات بلاعوض مثل وصیت وارث و صدقه شفعه را نفی می‌کنند، اما در سایر معاملات چه مالی و چه غیر مالی آن را ثابت می‌دانند.

نکته‌ای که ذکرش در انتهای این بحث ضروری است این‌که اگر در واقع مشتری سهم شریک را بخرد ولی در ظاهر با تبانی قبلی اظهار کنند که این انتقال به غیر بیع و با صلح و هبه بوده است در این صورت به دلیل تدلیس و عدم مشروعیت حيله، شفعه ساقط نبوده و شفیع می‌تواند اخذ به شفعه کند.

علامه حلی در تحریر^(۵) و صاحب مفتاح الکرامه^(۶) نیز معتقدند که چنین حيله‌ای نامشروع و حرام است.

۱- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۳۱ و ۲۳۹ و ۲۵۲ و ۲۵۳، سرخسی، المبسوط ج ۱۴ ص ۱۴۵، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۵ ص ۱۲.

۲- ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۱۸۲ و ۱۸۳.

۳- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۵۳ و ۳۰۲، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۳۷۷، رملی، نهاية المحتاج ج ۵ ص ۱۹۸، نووی، المجموع شرح المذهب ج ۱۵ ص ۷۸.

۴- دردیر، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ۳ ص ۴۲۶ و ۴۳۳، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۲۵۸، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۸۹.

۵- علامه حلی، تحریر الاحکام ج ۲ ص ۱۵۲.

۶- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۴۰۰.

گفتار دوم - سقوط شفعه با ثمن قیمی

به نظر گروهی از فقهاء^(۱) در صورتی شفیع می‌تواند اخذ به شفعه کند که ثمن «مثلی»^(۲) باشد، اما اگر شریک سهمش را با ثمن «قیمی»^(۳) مثل حیوان و لباس و فرش و... بفروشد، شفعه ساقط است و شیخ طوسی در خلاف بر آن ادعای اجماع کرده است، زیرا در این صورت شفیع موظف است مثل همان ثمنی را که مشتری به شریک داده به وی بپردازد و این در موردی که ثمن قیمی باشد ممکن نیست. مثلاً اگر مشتری به شریک گوسفند یا فرشی بدهد، شفیع نمی‌تواند مماثل آن را به او بپردازد، چون ممکن است مشتری یا فروشنده برای حیوان یا فرش مزبور ویژگیها و خصوصیات در نظر داشته باشد که با پرداخت مماثل نتوان آن را جبران کرد. حال اگر ما شفعه را در چنین صورتی ثابت بدانیم لازم می‌آید معاوضه به چیزی که مورد رضایت مشتری نیست واقع شود و این باطل است، زیرا مشمول آیه شریفه «الآن تكون تجارة عن تراضٍ منكم» نیست. و انگهی روایت علی بن رثاب از امام صادق (ع) نیز دلالت دارد بر عدم ثبوت شفعه در موردی که ثمن قیمی باشد. در این روایت امام صادق (ع) در مورد مردی که خانه‌ای را در مقابل مقداری آرد و متاع و لباس خرید، فرمود: «لیس لاحل فیها شفعه».^(۴)

۱- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۶ مسئله ۷ ص ۳۳۵، ابن حمزه، الوسیله چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۳۹، علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۰۴ و تحریر الاحکام ج ۲ ص ۱۵۲، محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان ج ۹ ص ۳۰، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۶ ص ۴۰۴ و ۴۰۵، محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۰ ص ۳۰۹.

۲- مثلی آن است که دارای اجزای متساوی باشد و آن اجزاء در قیمت برابر و مساوی هم باشند مثل شیر و روغن که بهای یک‌کیلو از آن مساوی بهای کیلوی دیگری از آن است. دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۴۱.

۳- قیمتی آن است که افراد و اجزای آن در صفات مطلوب و ارزش، متفاوت باشند. چیزی که اجزای آن در قیمت و منفعت مساوی هم نباشند مثل حیوان و سلاح و پارچه. دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۴۱.

۴- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه ج ۱۷ باب ۱۱ از کتاب شفعه حدیث ۱، شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ کتاب شفعه حدیث ۱۷ ص ۱۶۷.

در مقابل به نظر عده‌ای دیگر از فقهاء^(۱) شفعه هم در ثمن مثلی ثابت است و هم در قیمی. به نظر این دسته از فقهاء در صورتی که ثمن قیمی باشد، اگر شفیع نتواند مثل ثمن را به مشتری بپردازد، شفعه ساقط نمی‌شود، بلکه قیمت متاع یا حیوان را محاسبه کرده و به مشتری می‌دهد. دلیلشان علاوه بر عموم و اطلاق ادله ثبوت شفعه که هم شامل مثلی است و هم قیمی، ضعف سند و قصور در دلالت روایت علی بن رثاب است. شهید ثانی در حاشیه شرح لمعه گوید: اما ضعف سند به واسطه حسن بن سماعه است که واقفی مذهب می‌باشد و قصور در دلالتش به خاطر این است که در حدیث نیامده مال فروخته شده (یعنی خانه) آیا مشترک بوده است؟^(۲)

البته در اینجا بعضی از فقهاء قیمت وقت عقد را معتبر دانستند و عده‌ای قیمت هنگام اخذ به شفعه و برخی اعلی‌القیم از وقت عقد تا زمان اخذ را معین نمودند.^(۳) به نظر صاحب جواهر قول اول مشهورتر است. به نظر فقهای عامه نیز شفعه هم در ثمن مثلی ثابت است و هم در ثمن قیمی.^(۴)

قبل از نقد و بررسی نظریه طرفداران سقوط شفعه با ثمن قیمی مقدماً ذکر نکته‌ای

۱- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسلة النایب الفقهیه ج ۳۶ ص ۳۵۵، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسلة ... ج ۱۶ ص ۳۳۴، ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسلة النایب الفقهیه ج ۱۶ ص ۳۴۴، شهید اول در لمعه ص ۱۴۹، شهید ثانی در شرح لمعه ج ۴ ص ۴۰۳، محقق حلی در شرایع ج ۴ ص ۷۸۱ و ملامحسن فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۸۱.

۲- شهید ثانی، شرح لمعه (دو جلدی)، رحلی، ج ۲ ص ۱۹.

۳- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۳۳۴.

۴- دردری، الشرح الکبیر مع حاشیه الدسوقی ج ۳ ص ۴۲۸ و ۴۳۳ و ۴۴۴، زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۲۴۹، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۰۱، میدانی، اللباب فی شرح الکتاب ج ۲ ص ۱۱۶، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۲۵۸، ابن قدامه، المغنی، ج ۵ ص ۲۰۱، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۳۷۸، بهوتی، کشاف الفناع ج ۴ ص ۱۵۹، رملی، نهایة المحتاج ج ۴ ص ۲۰۲.

خالی از فایده نیست و آن این که در ارتباط با مثلی و قیمی تعاریف متعددی توسط فقهاء مطرح شده است. در بعضی از این تعاریف مثالهایی برای مثلی و قیمی آمده که شاید امروزه کاربردی نداشته باشد. در ماده ۹۵۰ ق.م.تعیین مثلی و قیمی موکول به عرف است. چنانچه مقرر می‌دارد: «مثلی عبارت از مالی است که اشیاء و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است. معذالک تشخیص این معنی با عرف می‌باشد.» به نظر می‌رسد در ارتباط با مثلی و قیمی برای این که بتوان به ملاک مشخصی دست یافت بهتر است تعریفی دیگر داشته باشیم به این که اشیاء از دو حالت خارج نیستند: یا دارای اوصاف هستند و یا اوصافی ندارند. قسم دوم که به عنوان فرض بیان شده مورد نظر نیست، اما اشیایی که دارای اوصافند یا اوصافشان در ارزش آن شیئی مؤثرند یا تأثیری ندارند. قسم دوم مورد بحث نیست و آنچه مورد نظر است قسم اول است. حال اگر چیزی که به عنوان ثمن قرار می‌گیرد مثل آن از لحاظ اوصاف و ویژگیها موجود باشد مثلی است و الا قیمی است. پس از ذکر این مقدمه به اصل بحث می‌پردازیم: به نظر می‌رسد استدلال مخالفان سقوط شفعه با ثمن قیمی در رد حدیث علی بن رئاب صحیح نباشد، زیرا: اولاً: با دقت در روایت علی بن رئاب به خوبی معلوم می‌شود که مال فروخته شده (یعنی خانه) مشترک بوده است. بهترین دلیل بر آن این است که امام (ع) در آخر فرمود: «لیس لاحد فیها شفعه». واضح است که در خانه غیر مشترک دلیلی بر حکم به نفی شفعه نیست، زیرا هر کس می‌تواند خانه‌اش را در مقابل مقداری امتعه و لباس بفروشد بنابراین حدیث در دلالت قاصر نیست.

ثانیاً: در مورد ضعف سند باید گفت که وقتی بسیاری از فقهاء به آن عمل کرده‌اند، عمل فقهاء همان طور که محقق کرکی گفته^(۱) ضعفش را جبران می‌کند. طرفداران عدم سقوط شفعه در موردی که ثمن قیمی باشد به روایت دیگری نیز

استدلال کرده‌اند و آن روایت هارون بن حمزه غنوی از امام صادق (ع) است که حضرت فرمود: «الشفعة فی البیوع اذا کان شریکاً فهو حق بها بالثمن».^(۱) در این حدیث امام (ع) فرمود که شریک به پرداخت ثمن از دیگران سزاوارتر است و ثمن اعم از مثلی و قیم است. به نظر می‌رسد ثمن در این حدیث همان‌گونه که علامه حلی^(۲) گفته است ظهور در ثمن مثلی دارد، زیرا به نظر عرف در صورتی ثمن به مشتری تحویل می‌شود که شفیع مثل همان ثمن راپردازد، ولی در ثمن قیمی این امر بسیار مشکل است.

بنابراین با وجود روایت علی بن رثاب و با توجه به این‌که شفعه موضوعی خلاف اصل بوده و فقط در مواردی که دلیلی متقن و قاطع از کتاب و سنت و اجماع بر آن اقامه شود، ثابت است. لذا در مورد ثبوت شفعه با ثمن قیمی نه تنها دلیل محکمی از کتاب و سنت وجود ندارد، بلکه عده‌ای از فقهاء نیز با آن مخالفند و همین امر کفایت می‌کند در ثبوت شفعه در موردی که ثمن قیمی باشد برای ما تردید ایجاد شود و در این صورت به قول علامه حلی^(۳) اصل عدم ثبوت شفعه و حاکمیت قاعده تسلیط است. در نتیجه باید به اصول اولیه عمل کرد و شفعه را ساقط دانست.

گفتار سوم - عدم ثبوت شفعه در منقولات

راه دیگری که متعاقدين می‌توانند از ثبوت شفعه برای شفیع جلوگیری نمایند این است که ثمن را در مقابل چیزهای غیرمنقول مثل بنا یا اشجار قرار داده و شریک زمین را به مشتری هبه کند، زیرا شفعه به نظر بسیاری از فقهای امامیه در غیرمنقول ثابت است نه در منقول. بنابراین وقتی شریک بنا یا اشجار را بدون زمین می‌فروشد، به دلیل این‌که منقول محسوب می‌شود شفعه در آن ثابت نیست و در زمین نیز چون

۱- شیخ حرعاملی، الشیعه ج ۱۷ باب ۲ از کتاب شفعه حدیث ۱.

۲- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۰۴.

۳- همان.

از طریق بیع به مشتری منتقل نشده، شفعه منتفی است. در ماده ۸۰۹ ق.م آمده: «هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود.» البته ذکر این نکته ضروری است که براساس ماده ۱۳ و ۱۶ قانون مدنی بنا و اشجار تا زمانی که بریده نشده اند غیر منقول محسوب می شوند، اما در شفعه قانون گذار آن را در صورتی که بدون زمین فروخته شود، منقول دانسته است. نظر مشهور فقهای امامیه^(۱) نیز همین بوده و استدلالشان این است که غیر منقول اشیایی هستند که ذاتاً و نه به وسیله عمل انسان غیر منقول باشد.^(۲)

عدم ثبوت شفعه در مورد مزبور را شیخ طوسی در خلاف^(۳) به اکثر علمای امامیه و علامه حلی در تذکرة^(۴) آن را به مشهور فقهاء نسبت داده و محقق حلی در شرایع^(۵) بر آن ادعای اجماع کرده است. به گفته صاحب جواهر روایات متواتر و مستفیضه ای نیز بر آن دلالت دارد.^(۶)

مستند این دسته از فقهاء روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) است که حضرت فرمود: «قضی رسول الله (ص) بالشفعة بین الشرکاء فی الارض والمساکن وقال لا ضرر ولا ضرار...»^(۷)

در مقابل به نظر عده ای دیگر از فقهای امامیه^(۸) شفعه هم در غیر منقول ثابت است و

۱- نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۲۴۷.

۲- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۱ ص ۵۸۸ و ۵۸۹.

۳- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۶ ص ۳۳۱ مسئله ۱.

۴- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۱ کتاب شفعه ص ۵۸۸.

۵- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۴ ص ۷۷۶.

۶- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۲۴۷.

۷- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۷ باب ۱۵ از ابواب شفعه حدیث ۱.

۸- شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۶ ص ۳۰۷، سید مرتضی، الانتصار ص ۲۱۵، شیخ

صدوق، المقنعه چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۰۴، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۳۶ و ۳۳۷،

ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۴۷.

هم در منقول. مهمترین دلیشان یکی روایت یونس از امام صادق(ع) است که حضرت فرمود: «الشفعه جائزة فی کل شی من حیوان او ارض او متاع...»^(۱) و دیگری حکمت جعل شفعه که عبارت است از دفع ضرر از شریک و این عام است. یعنی هم شامل منقول می شود و هم شامل غیرمنقول.

به نظر می رسد استدلال این دسته از فقهاء نمی تواند شفعه را در منقول ثابت کند زیرا: اولاً: روایت یونس به جهت مرسله بودنش ضعیف بوده و قابل استناد نیست. به گفته صاحب حدائق^(۲) و صاحب مفتاح الکرامه^(۳) بعضی از متأخرین این روایت را حمل بر تقیه کرده اند. به علاوه با روایاتی که در آنها شفعه اختصاص به غیرمنقول داده شده نیز تعارض دارد. از جمله روایت عقبه بن خالد که در آن شفعه فقط در زمین و خانه ثابت دانسته شده است.

ثانیاً: حکمت جعل شفعه به طور صریح در روایات مطرح نشد مگر در روایت عقبه بن خالد، که با دقت در آن به خوبی می توان دریافت که رسول اکرم(ص) فلسفه تشریع شفعه را فقط در غیرمنقول (یعنی زمین و مسکن) مطرح کرده نه در منقول^(۴). بنابراین تعمیم آن به منقولات نیاز به دلیل دارد.

محقق حلی در شرایع ضرر متحمل را تعمیم داده و آن را شامل منقولات هم دانسته است، زیرا مشتری یعنی شریک جدید ممکن است از حق مالکیت خویش استفاده کرده و درخواست تقسیم و افراز نماید و این موجب ورود ضرر بر شریک دیگر می شود. از این رو شارع مقدس با وضع اخذ به شفعه از این ضرر متحمل جلوگیری نموده است. بدیهی است که این جهت در اموال منقول و غیرمنقول مشترک الوجود است.

۱- شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۱۶۴، شیخ حر عاملی، وسایل الشیعه ج ۱۷ باب ۷ از ابواب شفعه حدیث ۲.

۲- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة جلد ۲۰ ص ۲۸۹.

۳- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۳۱۸ و ۳۱۹.

۴- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۰۲.

آنچه می‌توان گفت این‌که حق درخواست افراز و تقسیم از لوازم شرکت است نه از لوازم انتقال و فروش حصّه یکی از شریکین به شخص ثالث، تا شفعه بخواهد از چنین ضرری جلوگیری نماید. بنابراین ضرر ناشی از درخواست افراز نمی‌تواند ملاک جعل و وضع حق شفعه باشد، بلکه ضرر مورد نظر رسول اکرم (ص) به احتمال بسیار قوی همان پدیدار شدن شریک جدید برای شریک سابق است. آنچه این احتمال را تقویت و تأیید می‌کند این است که حق شفعه به انتقال ملک از شریک به مشتری به وجود می‌آید و ضرری که ملاک جعل شفعه می‌تواند باشد باید ناشی از همین جهت باشد. حال آن‌که احتمال درخواست تقسیم مورد نظر، سابق بر انتقال بوده و نه ناشی از انتقال، زیرا همان شریک سابق هم قبل از انتقال می‌توانست چنین درخواستی را بنماید.^(۱)

ثالثاً: گفته شد چون شفعه خلاف است، پس باید به موارد متیقّنه اکتفاء کرده و در موارد تردید به اصول و قواعد اولیه رجوع نمود. صاحب جواهر گوید: «درست این است که چون شفعه خلاف اصل است باید به قدر متیقّن اکتفاء کرد و آن عبارت است از اخذ به شفعه در غیر منقول. روایاتی که در مورد ثبوت شفعه در حیوان و مملوک وارد شده^(۲) نیز باید حمل بر استحباب شود.»^(۳)

صاحب حدائق گوید: «ثبوت شفعه در منقولات خالی از اشکال نیست. قدر متیقّن جواز شفعه است در غیر منقول که متفقّ علیه فقهاء است و ما عداى آن (منقول) محلّ توقف و اشکال است.»^(۴)

حتی محقّق اردبیلی معتقد است که ادله از کتاب و سنّت و نیز اجماع فقهاء دلالت دارد بر عدم جواز و مشروعیت شفعه هم در منقولات و هم در غیر منقولات، ولی

۱- محقّق داماد، اخذ به شفعه از ص ۳۸ تا ۴۰ با تلخیص و اقتباس.

۲- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۷ از ابواب شفعه باب ۷.

۳- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۲۴۷.

۴- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة جلد ۲۰ ص ۲۹۰.

به دلیل اجماع غیر منقولات خارج می شود و شفعه در آنها ثابت است و بقیه تحت ادله منع باقی می ماند؛ آن ادله عبارت است از اصول مقررّه و قواعد مسلّمه مبنی بر عدم جواز تسلّط بر مال مسلمان مگر با رضایت و طیب نفس او.^(۱)

بنابراین برای اثبات شفعه خلاف اصل در منقولات باید دلیل متقنی بر آن اقامه شود، ولی عدم دلیل و مخالفت مشهور فقهاء با آن در ایجاد تردید برای ما در مورد ثبوت شفعه در امور منقول و رجوع به اصول اوّلیّه و عمل به آنها کافی است.

در فقه عامه^(۲) نیز فقهاء اتفاق دارند بر این که شفعه به دلیل حدیث «قضی رسول الله بالشّفعه فی ارض او ربع او حائط» فقط در غیر منقول ثابت است، ولی ظاهریه معتقدند که شفعه هم در منقول ثابت است و هم در غیر منقول.^(۳)

گفتار چهارم - فروش مال به چند برابر قیمت واقعی

برای این که شفیع از اخذ به شفعه صرف نظر کند به نظر فقهای امامیه^(۴) شریک

۱- محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان ج ۹ ص ۱۳.

۲- زیلعی، تبیین الحقائق ج ۵ ص ۲۵۲، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۹۶، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیه الدسوقی ج ۳ ص ۴۳۳، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۲۵۶ و ۲۵۷، ابن قدامه، المغنی، ج ۵ ص ۱۸۰، رملی، نهاية المحتاج ج ۵ ص ۱۹۴، میدانن، الباب فی شرح الکتاب ج ۲ ص ۱۰۹، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۳۷۶، کاسانی، بدایع الصّنائع ج ۵ ص ۱۲، بهوتی کشف القناع ج ۴ ص ۱۴۰.

۳- ابن حزم، المحلّی ج ۹ ص ۸۲.

۴- از جمله: شیخ طوسی در خلاف چاپ در سلسله البیان فی الفقه ج ۳۶ کتاب شفعه مسأله ۲۹ ص ۳۴۵ و در مبسوط چاپ در سلسله ... ج ۳۶ ص ۴۰۰، ابن براج در جواهر الفقه چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۲۳، صهرشتی در اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۴۲، ابن ادریس در سرائر چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۵۱، محقق حلّی در شرایع ج ۴ ص ۷۸۹، علامه حلّی در قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۷۶، شیخ ابو زکریای هذلی در جامع الشرایع چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۶۴، شهید اول در الدروس چاپ در سلسله ... ج ۳۶ ص ۴۴۱، محقق کرکی در جامع المقاصد ج ۶ ص ۴۴۳ و ۴۴۴، شیخ محمدحسن نجفی در جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۴۴۱، حسینی عاملی در مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۴۰۰.

می‌تواند متوسّل به حیل‌های بشود و آن‌این‌که سهمش را به چند برابر قیمت واقعی آن بفروشد ولی پس از معامله قیمت واقعی را از مشتری بگیرد و بقیه را به او بخشیده یا ابراء کند. دلیلشان این است که این هبه یا ابراء بعد از بیع تحقق یافته و ربطی به اصل معامله ندارد. توضیح این‌که اگر این هبه یا ابراء قبل از لزوم عقد و تحقّق بیع توسط بایع صورت گیرد، در این صورت شفیع نیز همان ثمنی را که معامله براساس آن صورت گرفته و عقد بر آن استقرار یافته باید بدهد، ولی اگر بایع بعض یا تمام ثمن را بعد از معامله از مشتری ساقط کند، این ملحق به عقد نیست، بلکه ابراء یا هبه‌ای است جداگانه و مجدّد از جانب بایع بر مشتری، و از شفیع ساقط نمی‌شود و او باید با همان ثمنی که معامله براساس آن واقع شده، اخذ به شفعه کند.

ابن ادریس گوید: این با اصول و مقتضای مذهب موافق بوده و دلیلی وجود ندارد که چنین ابراء یا هبه‌ای را ملحق به اصل عقد بدانیم.^(۱)

فقه‌های شافعی و حنبلی نیز معتقدند در صورتی که بایع قبل از لزوم عقد بخشی از ثمن را به مشتری هبه یا او را ابراء کند، هبه یا ابراء ملحق به عقد بوده و شفیع با همان ثمنی که معامله بر آن واقع شده می‌تواند اخذ به شفعه کند، ولی اگر بعد از تحقق عقد باشد، این ابراء یا هبه در حق شفیع ثابت نیست.^(۲)

فقه‌های حنفی^(۳) معتقدند اگر بایع مقداری از ثمن را از مشتری ساقط کند، این در حق شفیع ثابت است، چون اسقاط بعض ثمن ملحق به اصل عقد است و در این صورت شفیع با همان ثمنی که مشتری داده می‌تواند اخذ به شفعه کند، اما اگر بایع تمام ثمن را

۱- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله التنایب الفقهیه ج ۱۶ ص ۳۵۱.

۲- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۰۲، رملی، نه‌ایة المحتاج ج ۵ ص ۲۰۳، ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۲۰۱، بهوتی، کشاف القناع ج ۴ ص ۱۶۰.

۳- میدان، اللباب فی شرح الکتاب ج ۲ ص ۱۱۵ و ۱۱۶، زیلعی، تبیین الحقائق ج ۵ ص ۲۴۸ و ۲۴۹، سرخسی، المبسوط ج ۱۴ ص ۱۰۷، کاسانی، بدایع الصنایع ج ۵ ص ۲۷.

از مشتری ساقط کند، این در حق شفیع ثابت نیست چون اسقاط کل ثمن به هیچ وجه ملحق به اصل عقد نیست، بلکه عقد در چنین صورتی از موضوع خودش خارج شده و هبه می شود.

در ارتباط با این حيله چند نکته ضروری است:

نکته اول: همان طور که در ابتدای این بحث اشاره شد به نظر فقهاء صحت این حيله در صورتی است که معامله واقعاً براساس چند برابر قیمت واقعی مبيع تحقق یابد و هبه یا ابراء بعد از بيع به وجود آید. در این صورت هبه یا ابراء ملحق به اصل معامله نبوده و اگر شفیع بخواهد اخذ به شفعه کند باید با همان ثمنی باشد که معامله براساس آن واقع شده است. حال اگر بايع و مشتری در واقع بر ثمنی توافق کرده و عقد را براساس آن منعقد کنند ولی برای این که شفیع رغبتی در اخذ به شفعه نداشته باشد ثمن آن را بیشتر اظهار کنند. آیا این حيله صحيح و مشروع است؟ به نظر صاحب مفتاح الکرامه^(۱) چنین حيله ای حرام و نامشروع بوده و علامه حلی در تحریر الاحکام^(۲) بر آن ادعای اجماع کرده است، زیرا پرواضح است که چنین موردی متضمن مکر و خدعه و تدلیس بوده و جایز نیست.

به علاوه اگر طرفین بر ثمنی توافق کرده و معامله را براساس آن واقع کنند ولی در ظاهر عقد را براساس ثمنی که چند برابر قیمت واقعی مبيع است منعقد نمایند، چنین عقدی جنبه صوری و ظاهری داشته و اعتباری ندارد.

نکته دوم: به نظر شهید ثانی^(۳) و صاحب جواهر^(۴) اگر بايع از مشتری همان ثمنی را که چند برابر قیمت واقعی مبيع است و بيع براساس آن تحقق یافته، مطالبه کند مشتری موظف است آن را بپردازد، زیرا عقد براساس آن واقع شده است اگرچه بین آن دو

۱- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۴۰۰.

۲- علامه حلی، تحریر الاحکام ج ۲ ص ۱۵۲.

۳- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۲ ص ۲۲۹.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۴۴۱.

بر ثمنی دیگر توافق شده باشد. به علاوه اگر شفیع بخواهد اخذ به شفعه کند باید براساس ثمنی باشد که عقد براساس آن استقرار یافته نه ثمن مورد توافق بین شریک و مشتری. به نظر صاحب جواهر گرفتن مازاد از ثمن واقعی توسط بایع از مشتری حرام نیست و او گناهی نکرده است. وی سپس می افزاید: انصاف این است که توسل به چنین حيله ای باید بیشتر مورد تأمل قرار گیرد زیرا معروف بین علماء عدم جواز صلح در حقوق است به نحوی که بتوان با این گونه حیل حقوق افراد را ساقط کرد.^(۱)

نکته ای که در اینجا باید گفت این که اگر شریک و مشتری قبل از عقد بر ثمنی توافق کرده باشند و معامله را براساس آن منعقد نمایند، ولی به طور صوری و ظاهری برای بی رغبت کردن شفیع در اخذ به شفعه، مشتری سهم شریک را به چند برابر قیمت واقعی بخرد، در این صورت معامله دوم به دلیل صوری و غیر واقعی بودن اعتباری ندارد، چون در حقیقت هبه یا ابراء مشتری توسط شریک نسبت به مازاد قیمت مبیع قبل از معامله صورت گرفته است.

بنابراین می توان گفت معامله براساس همان قیمت واقعی مبیع صورت گرفته و بایع اگر بخواهد مطالبه ثمن کند مشتری موظف است همان ثمن مورد توافق را بدهد نه ثمن صوری و ظاهری، و اگر شفیع هم بخواهد اخذ به شفعه کند باید براساس ثمن واقعی باشد نه ثمن صوری و ظاهری.

از این رو علامه حلی معتقد است که اگر بایع ثمن صوری را از مشتری مطالبه بکند باطناً استفاده از آن بر او حرام است، چون مشتری به این شرط به معامله راضی شده که بعد از بیع، بایع همان ثمن مورد توافق را از او بگیرد و مازاد را به او ببخشد یا ابراء کند، اما گرفتن آن ثمن ظاهراً اشکال ندارد.^(۲)

۱- همان ص ۴۴۱ و ۴۴۲.

۲- علامه حلی، تحریر الاحکام ج ۲ ص ۱۵۲.

به نظر می‌رسد استفاده از ثمن ظاهراً نیز محل اشکال است، زیرا تخلف از مورد تبانی را نمی‌توان صرفاً یک خلف وعده اخلاقی تلقی نمود بدون این‌که هیچ‌گونه اثر حقوقی بر آن مترتب نگردد؛ مگر این‌که بگوئیم آنچه در عقود معتبر است ظاهر آن است نه اراده باطنی و قصد و توافق طرفین، ولی در جای خود ثابت شده که آنچه در عقود معتبر است قصد و اراده طرفین است نه فقط ظاهر الفاظ و عبارات،^(۱) بلکه الفاظ کاشف از آن هستند. قاعده «العقود تابعة للقصد» نیز بیانگر همین مطلب است. از طرف دیگر فرار از اجرای قانون در صورتی مجاز است که شخص با انتخاب عنوانی دیگر بتواند موضوع حکم را تغییر دهد. مثلاً شریک سهم خود را به صلح یا هبه به دیگری انتقال دهد، اما با تقلب و خدعه و ظاهرسازی نمی‌توان حق دیگران را ضایع و موجب انحراف قانون از هدفهای آن شد.^(۲) بنابراین به دشواری می‌توان پذیرفت که خریدار و فروشنده با تظاهر به گزاف بودن ثمن و توسل به ابراء یا بخشش فروشنده، بتوانند مانع اجرای حق شفعه و فریفتن شریک دیگر شوند. اگر بپذیریم که اعمال حقوقی تابع اراده واقعی است، شفیع می‌تواند با پرداخت ثمن واقعی (نه ظاهری) حق خود را اعمال کند. از مفاد اصل ۴۰ قانون اساسی نیز که اعمال حق شخصی را به منظور اضرار به دیگری ممنوع کرده است، می‌توان برای بطلان این‌گونه نیرنگها استفاده کرد.^(۳) نکته قابل توجه این‌که به نظر علامه حلی متعاملین نمی‌توانند ثمن واقعی را به مقدار ثمن‌المثل قرار بدهند ولی در ظاهر برای فریب مشتری به دروغ ثمن را غیرحقیقی نام ببرند که در این صورت با روشن شدن حقیقت و اثبات آن شفیع می‌تواند به همان ثمن حقیقی اخذ به شفعه کند.^(۴)

۱- در قوانین موضوعه نیز همین مبنا ملاک است. (مواد ۱۹۱ تا ۱۹۴ ق.م. و ماده ۴۲۶ ق.ت)

۲- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۲۹۷ به بعد.

۳- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی (ایقاع) ص ۲۸۶.

۴- علامه حلی، تحریر الاحکام ج ۲ ص ۱۵۲.

گفتار پنجم - ازدیاد شرکاء به بیش از دو نفر

به نظر مشهور فقهای امامیه هرگاه مال غیر منقولی بین دو نفر مشترک بوده و یکی از آن دو سهمش را به شخص ثالثی بفروشد، برای شریک دیگر حق شفعه ثابت است و او می تواند با پرداخت ثمنی که مشتری داده، حصّه شریک را تملّک کند. برخی از فقهاء^(۱) نیز بر آن ادّعی اجماع کرده اند، اما در صورتی که شرکاء بیش از دو نفر باشند به نظر مشهور فقهاء و نیز روایات^(۲) مبنی بر عدم ثبوت شفعه، در ثبوت شفعه برای شفیع تردید ایجاد می شود و همین مقدار کافی است که در این حالت به اصول و قواعد اوّلیه عمل نموده و شفعه را ساقط بدانیم.^(۳)

افزون بر اینها چون شفعه خلاف اصل بوده و اصل، انتفاء آن و تسلط هرکس بر مال خود است، در موردی که دلیل محکم و متقنی بر ثبوت شفعه وجود نداشته باشد، شفعه منتفی است. حال برای این که شرکاء بیش از دو نفر شوند، به نظر بعضی از فقهاء^(۴) می توان متوسّل به حيله ای شد و آن این که با یع ابتداء $\frac{1}{2}$ از سهم مشاع خود را به $\frac{9}{10}$ ثمن مورد توافق بفروشد و $\frac{9}{10}$ بقیه را به $\frac{1}{2}$ ثمن معامله کند. مثلاً دو نفر در دو هکتار زمین شریکند و یکی از آن دو بخواهد سهم خود را که یک هکتار است به صد میلیون تومان معامله کند. شریک با توافق قبلی با مشتری هزار متر را به نود میلیون تومان و سپس نه هزار متر را به ده میلیون تومان به او می فروشد. در این صورت شریک دیگر (شفیع) قطعاً نسبت به بیع اوّل اشتیاقی ندارد چون مبیع ناچیز است و ثمن زیاد. در بیع دوم نیز

۱- سید مرتضی، الانتصار ص ۲۱۶، ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسلة الینایع الفقہیہ ج ۱۶ ص ۳۴۵، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۲۷۲.

۲- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۷ باب ۷ از ابواب شفعه.

۳- در ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز آمده شفعه در صورتی ثابت است که مال فقط مشترک بین دو نفر باشد.

۴- شهید ثانی در مسالک ج ۲ ص ۲۲۹، شیخ یوسف بحرانی در حدائق ج ۲۰ ص ۳۱۴، سید جواد عاملی در مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۴۰۰، ابوالقاسم بن احمد یزدی در ترجمه شرایع ج ۳ ص ۱۳۳۲.

حق شفعه ثابت نیست، زیرا تعداد شرکاء در این هنگام از دو نفر بیشتر است و با تعدد شرکاء حق شفعه ساقط می‌گردد.

نکته‌ای که در ارتباط با این حيله بايد بدان توجه داشت اين است كه معامله اول صوري بوده و باطل است، زيرا در آن قصد مشتري كه $\frac{1}{10}$ سهم شريك را به $\frac{9}{10}$ ثمن می‌خرد، در واقع معامله مبيع ناچيز به ثمن گران نیست، چراكه هيچ عاقلی دست به چنين معامله‌ای نمی‌زند، بلكه قصدش اين است كه بايع $\frac{9}{10}$ بقيه را به $\frac{1}{10}$ ثمن به او بفروشد. ابن قيم معتقد است معامله‌ای كه در اين حيله بين بايع و مشتري صورت می‌گیرد، چون مبتنی بر توصيف صوري است باطل بوده و مشروعيت ندارد.^(۱) اگر گفته شود هر دو بيع (فروش $\frac{1}{10}$ سهم به $\frac{9}{10}$ ثمن و بالعكس) به نحو واقعي تحقق می‌يابد، در اين صورت بايد گفت معامله مزبور عنوان سَفَهی پيدا کرده و باطل است، زيرا هيچ انسان عاقلی در موردی كه مثلاً قيمت واقعي زمين متری ده هزار تومان است، حاضر نیست هزار متر زمين را به نود ميليون تومان خريداري كند و يا نه هزار متر زمين را به ده ميليون تومان بفروشد.

گفتار ششم - جهل به ثمن

يکی از مواردی كه به نظر فقهای اماميه^(۲) و عامه^(۳) شفعه در آن ثابت نیست اين كه

۱- ابن قيم، اعلام الموقعين ج ۳ ص ۳۰۹.

۲- از جمله: شيخ طوسي در مبسوط چاپ در سلسله الينابيع الفقهيه ج ۳۶ ص ۴۰۱، قاضي ابن براج در جواهر الفقه چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۲۵، علامه حلی در قواعد الاحكام چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۷۶، محقق حلی در شرايع الاسلام ج ۴ ص ۷۸۸، شهيد اول در لمعه ص ۱۵۰، شهيد ثانی در شرح لمعه ج ۴ ص ۴۱۳، محقق کرکی در جامع المقاصد ج ۶ ص ۴۴۳، ملا محسن فيض کاشانی در مفاتيح الشرايع ج ۳ ص ۸۱، صاحب جواهر در جواهر الكلام ج ۳۷ ص ۴۳۵ و ۴۳۶ و ...

۳- شرييني، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۰۲ و ۳۰۳، ابن قدامة، المغنی ج ۵ ص ۲۰۶، ابن عابدین، حاشيه

رد المحتار ج ۶ ص ۲۴۵، از انتشارات دارالفکر چاپ دوم.

مشتري و شفيع نسبت به قدر و اندازه ثمن جاهل باشند، زیرا در این صورت تسلیم آن ممکن نبوده و در نتیجه اخذ به شفعه نیز امکان ندارد. به نظر صاحب جواهر^(۱) جهل آن دو نسبت به ثمن در صورتی تحقق می‌یابد که به طور واقعی و یا به دلیل غفلت، فراموشی و... باشد. قاضی ابن براج گوید: اگر ثمن مجهول باشد و مشتری سوگند یاد کند که مبلغ آن را نمی‌داند، در این صورت شفعه ثابت نیست زیرا اخذ به شفعه با شیئی مجهول ممکن نیست.^(۲) حال برای این که شفيع بتواند اخذ به شفعه کند شریک متوسل به حيله‌ای شود و آن این که قبل از معامله با مشتری بر مقدار ثمن توافق کند ولی هنگام عقد طرفین ثمن را معین نکنند تا به این وسیله ثمن مجهول باشد و شفيع بتواند اخذ به شفعه نماید.^(۳) این حيله مشروع نیست چون در واقع مشتری مقدار ثمن را می‌داند و جهل او ظاهری و غیر واقعی بوده و برای فریب مشتری است. از این رو فقهاء در این مورد شفعه را در صورتی منتفی می‌دانند که مشتری واقعاً نسبت به ثمن جاهل باشد. اگر شریک متوسل به حيله‌ای دیگر شود و آن این که از ابتداء با مشتری بر یک ثمن مجهول معامله را منعقد کند، به نظر محقق کرکی^(۴) و صاحب مفتاح الکرامه^(۵) سقوط شفعه در صورتی صحیح است که واقعاً مشتری به قیمت مبيع جاهل باشد، اما اگر واقعاً مقدار ثمن را بداند ولی ظاهراً ادعای جهل کند، یا ثمن به گونه‌ای باشد که بعداً بتواند بر آن آگاهی یابد، در این صورت به هر مقدار که مشتری سهم شریک را خریده، برای شفيع حق شفعه ثابت است و از نظر عقل و نقل و اجماع دلیلی بر منع آن وجود ندارد.

سپس صاحب مفتاح الکرامه گوید: منظور از جهل به ثمن که در کلام فقهاء مطرح است

۱- نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۴۳۵ و ۴۳۶.

۲- قاضی ابن براج، جواهر الفقه چاپ در سلسله النایب الفقهیه ج ۱۶/۳۲۵.

۳- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۰۹.

۴- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۶ ص ۴۴۳.

۵- سید جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۳۵۷ و ۳۵۸.

و آن را مانع ثبوت شفعه می‌دانند، جهلی است که با وجود آن استعلام قیمت و ثمن مبیع ممکن نباشد، ولی اگر بتوان بعداً نسبت به ثمن معامله آگاهی یافت، حق شفعه برای شفیع ثابت است.^(۱)

در ارتباط باحیله مزبور ذکر نکته‌ای لازم به نظر می‌رسد و آن این است که یکی از شرایط اساسی صحت معامله، علم طرفین به مقدار، جنس و وصف ثمن از وقوع عقد است.^(۲) در ماده ۳۳۹ ق.م.آمه: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود.» از این ماده فهمیده می‌شود که توافق درباره ثمن باید پیش از ایجاب و قبول انجام شود و نمی‌توان بیع را با ثمنی مورد اختلاف یا مبهم واقع ساخت. بنابراین در صورتی که عقد واقعاً براساس ثمن مجهول منعقد گردد، از آنجایی که معامله‌ای تحقق پیدا نمی‌کند به نظر می‌رسد بحث از ثبوت یا عدم ثبوت شفعه برای شریک وجهی ندارد.

گفتار هفتم - حیل دیگر در باب شفعه

فقهاء در باب شفعه حیل دیگری نیز مطرح کرده‌اند از جمله:

الف - اگر شفیع از حق شفعه خود مطلع شود ولی به خاطر غرض صحیح و با رضایت و طیب نفس آن را اخذ نکند، شفعه ساقط می‌شود. در ماده ۸۲۲ ق.م.آمه: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود.» اما اگر خدعه و تدلیسی در ارتباط با ثمن از جانب مشتری به کار رود در این صورت شفعه ثابت است.

شیخ طوسی گوید: هرگاه مشتری بگوید: من سهم شریک را مثلاً به ۱۲۰ درهم

۱- همان.

۲- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۲۶۴.

خریدم و شفیع از آن صرف نظر کند ولی بعداً معلوم شود که آن را به ۱۰۰ درهم خریده است، یا این که مشتری بگوید من سهم شریک را به ۱۰۰ درهم نقد خریدم ولی معلوم شود آن را یک ساله خریده است، یا بگوید من نصف سهم شریک را به ۱۰۰ درهم خریدم ولی معلوم شود که او تمام سهم را به ۱۰۰ درهم خریده است، در تمام این موارد حق شفعه ساقط نمی شود، زیرا صرف نظر کردن شفیع از حق شفعه خود به واسطه ثمن زیاد، دلالت نمی کند بر ترک آن اگر با ثمن کم باشد و این که آنچه مشتری به او خبر داده از روی تدلیس و خدعه بوده است، اما اگر مشتری بگوید من سهم شریک را به ۱۰۰ درهم خریدم سپس معلوم شود که ثمن آن ۱۲۰ درهم بوده است، یا بگوید من آن را به ۱۰۰ درهم به مدت یک سال خریدم ولی معلوم شد که ثمن آن نقدی بوده است، یا بگوید من نصف خانه را به ۱۰۰ درهم خریدم ولی معلوم شد که $\frac{1}{4}$ آن را به این قیمت خریده است، در تمام این موارد اگر شفیع از حق شفعه خود صرف نظر کند، حق شفعه او ساقط می شود چون ترک شفعه به واسطه ثمن کم به طریق اولی سبب ترک شفعه به واسطه ثمن کثیر است.^(۱) به علاوه این که در این جا تدلیس هم نیست.

ب - حیلۀ دیگر این که شریک سهم خود را به مدت طولانی و با اجاره بهایی اندک به کسی اجاره دهد، سپس آن را به ثمنی که بر آن توافق و تراضی نموده اند بفروشد؛^(۲) در این صورت شفیع از اِعمال حق خود صرف نظر می کند چون هیچ کس تمایل پیدا نمی کند چیزی را بخرد که مدت مدیدی مسلوب المنفعه و در اجاره دیگری باشد.^(۳)

ج - هرگاه مشتری با شفیع نسبت به حق شفعه اش مصالحه کند، اگر شفیع آن را پذیرفت و از حق شفعه خود صرف نظر کرد شفعه ساقط می شود.^(۴)

۱- شیخ طوسی، المبسوط ج ۳ ص ۱۵۲ و ۱۵۳.

۲- سید جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۶ ص ۴۰۰.

۳- ابوالقاسم بن احمد یزدی، ترجمه شرایع الاسلام ج ۳ ص ۱۳۳۲.

۴- زیلعی، تبیین الحقائق ج ۵ ص ۲۶۱.

د- هرگاه شفیع از طرف شریک خود وکالت پیدا کند که سهمش را به دیگری بفروشد به نظر حنفیه و بعضی از فقهاء حنبلی و شافعی حق شفعه او ساقط می شود،^(۱) چون او راضی به این معامله شده است و یکی از موارد سقوط شفعه رضایت شفیع به بیع است، اما اگر شفیع از طرف مشتری وکیل شود حق شفعه ثابت است. زیرا وکالت او موجب نقض اخذ به شفعه برای او نیست. ولی برخی دیگر از فقهاء شافعی و حنبلی در هر دو مورد شفعه را ثابت دانستند.^(۲) به نظر می رسد وکالت شفیع در هر دو مورد نمی تواند دلیلی بر رضایت او به بیع باشد مگر این که از طریق قرائن و امارات دیگر بدست آید.

۱- زحیلی، الفقه الاسلامی وادلّته ج ۵ ص ۸۴۱ و ۸۴۲.

۲- همان.

فصل چهارم

در نکاح^(۱)

در بحث نکاح حیلی مطرح شده که بعضی از آنها مشروع است و بعضی نامشروع. حیلی که با مقتضای عقد نکاح منافات نداشته باشد، جایز است مثل شرط سکونت در خانه یا محلّ خود توسط زن، اما شرط خیار توسط زن جهت فسخ نکاح دائم یا شرط طلاق محلّله در نکاح محلل، یا ارتداد ظاهری زن برای فسخ نکاح دائم، به دلیل مخالفت با مقتضای عقد (که دوام است) و صوری بودن آن باطل می باشد. در اینجا به مهمترین حیل در نکاح اشاره می شود:

گفتار اول - نکاح با زن پدر و مادر زن و ...

اگر زنی بخواهد مانع ازدواج همسرش یا زنی دیگر شود، می تواند متوسّل به حيله ای شود

۱- نکاح به نظر مشهور در لغت به معنی «وطی» و در اصطلاح شرع به مفهوم «عقد» است و بسیاری از فقهاء

بر آن ادّعی اجماع کرده اند. جواهر الکلام ج ۲۹ ص ۶.

«علامه حلی» گوید: اقرب این است که نکاح حقیقت در «عقد ازدواج» و مجاز در «وطی» است. (تحریر الاحکام ج ۲ ص ۲)

به این‌که پسرش را وادار کند تا با آن زن ازدواج کند. این حیل مشروع بوده و او مرتکب فعل حرامی نشده است، اما اگر پسرش را وادار کند تا با آن زنا کند، در این صورت زن کار حرامی مرتکب شده است ولی پدر نمی‌تواند با مدخولهٔ پسر ازدواج کند بنابر قولی که قائل به نشر حرمت با زنا هستند.^(۱) این عقیدهٔ مشهور فقهای امامیه^(۲) و بعضی از فقهای عامه^(۳) است.

در ماده ۱۰۴۵ ق.م.آمه: «نکاح با ارقاب نسبی ذیل ممنوع است اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد: ۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدّات هر قدر که بالا برود. ۲- نکاح با اولاد هر قدر که پائین برود. ۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پائین برود. ۴- نکاح با عمّات و خالات خود و عمّات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدّات.»

حال هرگاه زنی بخواهد برای فسخ عقد نکاح خود با شوهرش متوسل به حیل‌ای شود به این‌که با پسر همسرش که از زن دیگری است نزدیکی کند، یا این‌که پسر با زن پدر خود نزدیکی نماید و یا مرد برای این‌که عقد نکاحش را با زن خود فسخ کند با مادرزنش نزدیکی کند، در همه این موارد توسل به حیل حرام است، ولی بنا به قول مشهور عقد قبلی فسخ نشده و نکاح باقی است، زیرا به نظر فقهای امامیه^(۴) زنا قبل از عقد موجب

۱- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۵ ص ۳۷۹، ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۳۳۴.

۲- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۵۲۵، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۱۲ ص ۲۸۶.

۳- از جمله: فقهای حنفی (زلیعی، تبیین الحقایق ج ۲ ص ۱۰۶، سرخسی، المبسوط ج ۳ ص ۲۰۴) و حنبلی (مغنی ابن قدامة ج ۷ ص ۹۰) است. اما به نظر فقهای شافعی با زنا حرمت نشر نمی‌یابد و پدر می‌تواند با زنی که پسرش با او زنا کرده ازدواج کند و بالعکس. چون با زنا خویشاوندی ثابت نمی‌شود (شریبی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۱۲۳) از مالک نیز دو قول روایت شده که در یکی قایل به نشر حرمت است و در قول دیگر قائل به عدم آن. (ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۳۴).

۴- شیخ طوسی در الخلاف (چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۸ کتاب مسئله ۷۰ ص ۳۳) و المبسوط (چاپ در سلسله ... ج ۳۸ ص ۱۸۱) در این مورد ادّعی اجماع کرده است.

نشر حرمت است. بنابراین اگر کسی با زنی زنا کرد، پدر و پسر او نمی توانند آن زن را به عقد خود در آورند، ولی اگر آن زن به عقد پدر یا پسر درآمده باشد و بعد زنا صورت گیرد، این موجب تحریم زن بر شوهر شرعی اش نمی شود. نیز اگر کسی با مادر زن خود زنا کند یا کسی با زن پدر خود زنا نماید، در این صورت زن بر شوهر خود حرام نمی شود. همچنین است هرگاه پدر با عروس خود زنا کند که بر پسرش حرام نمی شود.^(۱) در ماده ۱۰۵۵ ق.م.آمه: «نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست.» روایات نیز بر آن دلالت دارد. از جمله از ابن عباس روایت شده که شخصی نزد رسول اکرم (ص) آمد و عرض کرد: زن من زنا کرد! حضرت فرمود او را طلاق بده. مرد گفت من او را دوست دارم. حضرت فرمود می توانی او را نزد خود نگهداری و از او جدا نشوی.^(۲)

روایت دیگر صحیح محمد بن مسلم از امام باقر یا امام صادق (ع) است که از حضرت در مورد مردی که با زنی زنا کرد سؤال شد که آیا می تواند با دخترش ازدواج کند؟ امام فرمود: نه، ولی اگر قبلاً با دخترش ازدواج کرده باشد، سپس با مادرش یا خواهرش زنا کند دختر بر او حرام نبوده و نکاح باقی است.^(۳)

ابن قدامه گوید: به نظر بسیاری از فقهای عامه از جمله علمای شافعی و اصحاب رأی (حنفی) در چنین مواردی با زنا نکاح زن با شوهرش فسخ نمی شود ولی شخص زناکار مرتکب کار حرام و گناه بزرگی شده است^(۴) ابن حزم نیز معتقد است که وطی حرام سبب تحریم و فسخ نکاح حلال نیست^(۵) مگر در مواردی که انسان با مادرزنش زنا کند

۱- محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة ص ۳۱۱.

۲- شیخ طوسی الخلاف چاپ در سلسله البنايع الفقهية ج ۳۸ کتاب نکاح مسئله ۷۰ ص ۳۳.

۳- شیخ طوسی، الاستبصار ج ۳ ص ۱۶۵ و ۱۶۷ حدیث ۴ و ۵، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۲۳۹ حدیث ۱۳۵۲ و ۱۳۵۳.

۴- ابن قدامه، المغنی، ج ۷ ص ۱۰۸ و ۱۰۹.

۵- ابن حزم، المحلی ج ۹ ص ۵۳۲.

که در این صورت زنش بر او حرام می شود.^(۱)

گفتار دوم - ارتداد جهت فسخ نکاح

به نظر فقهاء یکی از اسباب فسخ نکاح ارتداد یکی از زوجین است. به این معنا که زن یا مرد منکر یکی از ضروریات دین گردند. حال اگر زنی که قصد جدا شدن از همسر خود را دارد برای انحلال عقد نکاح به طور ظاهری مرتد گردد، سپس بعد از انقضای عده مسلمان شود. آیا این حيله مشروع است؟

به نظر شهید ثانی^(۲) حيله مزبور مشروع بوده و زن از شوهرش جدا می شود، اما به نظر ملا محسن فیض کاشانی^(۳) و محدث بحرانی^(۴) این حيله مشروع نیست، زیرا ارتدادی موجب فسخ نکاح است که واقعاً و قلباً موجب ازاله اعتقاد به اسلام شود و کفر جایگزین آن گردد نه این که مجرد لفظ و اظهار کفر باشد. توضیح مطلب این که در تحقق ارتداد علاوه بر بلوغ، عقل و اختیار قصد نیز شرط است. بنابراین اگر از کسی بدون قصد و توجه، قول و فعل کفرآمیز صادر گردد ارتداد تحقق نمی یابد.^(۵) به بیان دیگر در ثبوت ارتداد علاوه بر صدور گفتار و فعل کفرآمیز، نیت کفر نیز باید تحقق یابد. در نیت کفر قصد جدی معتبر است نه قصد استعمالی^(۶)، که در این صورت فقط گناهکار محسوب می شود.^(۷)

۱- همان، ج ۱۰ ص ۱۱۶.

۲- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۲ ص ۲۶.

۳- ملا محسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۳۳۴.

۴- محدث بحرانی، الحداث الناضرة ج ۲۵ ص ۳۷۹.

۵- آیه الله نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱ ص ۶۱۰.

۶- قصد استعمالی آن است که گوینده در تلفظ به الفاظ فقط اراده معانی آن نماید به قصد شناسایی و بزرگی لفظی آن، نه این که منشأ مدلول در خارج محقق شود.

۷- موسوی سبزواری، عبداً اعلی، مهذب الاحکام، ج ۲ ص ۱۱۰، ۱۱۱، ۱۱۴.

بنابراین حيله مزبور به دليل فقدان قصد مشروع نيست. به نظر فقهای عامه نيز اين حيله مشروع نبوده و با اين ارتداد ظاهري و صوري نکاح فسخ نمی شود.^(۱)

گفتار سوم - ازدواج کوتاه مدت چند مرد با یک زن

به اتفاق فقهاء جایز نيست چند نفر در مدت کوتاهی مثلاً یک شب با یک زن ازدواج کنند، اما ممکن است برای تحقق آن به حيله ای متوسل شوند به این معنا که یکی از این افراد زن را عقد کند و پس از نزدیکی طلاقش بدهد و چون طلاق رجعی است در زمان عده^(۲) به او رجوع کرده و او را عقد کند ولی بدون این که نزدیکی صورت گیرد او را اطلاق بدهد. در طلاق دوم چون زن به علت غیرمدخوله بودن عده ندارد، شخص دیگر می تواند او را عقد کرده و با او ازدواج کند.

بر این حيله اشکالاتی وارد است:

۱- از آنجا که مطلقه رجعیه در حکم زوجه است، لذا ازدواج با او در زمان عده در حکم رجوع است و چون در طلاق رجعی زوجیت منقطع نشده، عقد در زمان عده تحصیل حاصل بوده و رجوع فقط رافع حکم طلاق است. بنابراین اگر زن قبل از طلاق اول مدخوله باشد، بعد از رجوع نیز مدخوله است. در چنین صورتی مطلقه غیرمدخوله (در طلاق دوم) موظف است عده نگه دارد.

ملا محسن فیض کاشانی گوید: در طلاق رجعی عده زن ساقط نمی شود مگر نسبت به شوهر اول، زیرا او صاحب فراش است و می تواند در زمان عده با زن ازدواج کند، ولی

۱- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۱۹۳، دردیر، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ۲ ص ۲۴۱، ابن تیمیه، الفتاوى الكبرى ج ۶ ص ۸۳ و ۸۶، جزیری، الفقه على المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۲۲۴ و ۲۳۰، ابن قیم، اغائة اللهفان من مصاید الشیطان ج ۱ ص ۳۷۵.

۲- عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است، نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند. (ماده ۱۱۵۰ ق.م).

در مورد دیگران دلیلی بر سقوط آن وجود ندارد. بنابراین زن حق ازدواج با دیگران را ندارد^(۱) و در این صورت براساس ماده ۱۰۵۴ ق.م.نزدیکی دیگران با چنین زنی که در عده رجعیّه است، موجب حرمت ابدی است. از این ماده استفاده می‌شود که مطلقه رجعیّه در قید زوجیت شوهر اوّل است. در ماده ۸ قانون امور حسبی بند ۲ نیز آمده: زوجه‌ای که در عده طلاق رجعی است در حکم زوجه است.

به نظر بعضی از فقهاء از جمله شیخ طوسی^(۲) و علامه حلی^(۳) اگر کسی زنش را طلاق بدهد و در عده رجوع کند، سپس او را قبل از نزدیکی طلاق بدهد زن باید از نو عده را شروع کند، حتی شیخ طوسی بر آن ادعای اجماع کرده است.

نظر فقهای عامه هم همین است، مگر مالک که معتقد است بر زن در طلاق دوم عده جدید واجب نیست ولی موظف است عده اوّل را کامل کند.^(۴)

فقهای شافعی در این مورد دو قول دارند: الف - زن همان عده اوّل را باید کامل کند. ب - زن باید از نوع عده را شروع کند.^(۵)

۲- به نظر فقهاء از شروط طلاق این است که در طهر غیرموقعه^(۶) صورت گیرد. بنابراین برای این که بتوان زن را پس از نزدیکی طلاق داد باید برای فرا رسیدن طهر

۱- ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۳۳۵.

۲- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۹ کتاب عده مسئله ۱۷ ص ۱۲۴ و ۱۲۵.

۳- علامه حلی، ارشاد الاذهان چاپ در سلسله ... ج ۳۹ کتاب طلاق ص ۴۸۴.

۴- ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۴۰۹ و ۴۱۰، ابن جزی، القوانین الفقهیه ص ۱۵۷، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۳ ص ۱۹۰، بهوتی، کشاف القناع ج ۵ ص ۴۲۸، شیخ مرعی، غایة المنتهی ج ۳ ص ۲۱۵ به نقل از زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلّته ج ۷ ص ۶۴۹.

۵- شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۳۹۱ و ۳۹۳، شیرازی، المذهب ج ۲ ص ۱۵۲.

۶- در طلاق دادن زن شرط است که زن از حیض پاک باشد. به علاوه در آن طهری طلاق داده شود که شوهر نزدیکی نکرده باشد و همین را طهر غیرموقعه نامند. دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۱۴.

غیرمواقعه صبر کرد والاّ طلاق باطل است.^(۱) بنابراین چگونه می‌توان فرض کرد که در یک شب چند نفر بتوانند با زنی ازدواج کند و ازدواج همه آنها صحیح باشد^(۲)، مگر این‌که زن یائسه باشد.

برای فرار از این اشکالات حيله را به شکل دیگری فرض کردند و آن این‌که مرد به وسیله نکاح منقطع با زنی ازدواج کند، اما قبل از پایانِ مدتِ عقد، بذلِ مدت کرده و مجدداً زن را به عقد دائم خود درآورد و قبل از نزدیکی طلاق بدهد، در این صورت زن می‌تواند بدون سپری شدن عده با مرد دیگری ازدواج کند.

به نظر بعضی از فقهاء از جمله میرداماد^(۳) و صاحب جواهر^(۴) این حيله صحیح است، اما شیخ بهایی و محدث بحرانی صحت این حيله را مخدوش دانسته و آن را برای فرار از عده مؤثر نمی‌دانند.^(۵) دلیلش هم واضح است، چون حکمت تشریع عده برای جلوگیری از اختلاط میاه و نسب است. پس اگر شوهر بخواهد قبل از انقضاء عده زن منقطعه‌اش را به نکاح دائم خود درآورد جایز بوده و بر زن لازم نیست عده نگه دارد، اما حکم عده نسبت به غیر شوهر ساقط نمی‌شود. افزون بر این روایات نیز بر وجوب عده و

۱- ماده ۱۱۴۱ ق.م.

۲- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۵ ص ۳۸۰، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۲ ص ۲۰۴.

۳- به نقل از الحقائق الناضرة ج ۲۰ ص ۳۸۳.

میرمحمد باقر بن شمس‌الدین محمد معروف به میرداماد، نوه دختری محقق کرکی و از علمای امامیه در قرن یازدهم هجری است. از تألیفات اوست: شرح استبصار، حاشیه من لایحضره الفقیه، شارح النجاة (در فقه)، ضوابط الرضاع، حاشیه کافی، حاشیه مختلف علامه، سدره المنتهی (در تفسیر قرآن) وی در سال ۱۰۴۰ یا ۱۰۴۱ یا ۱۰۴۲ ه. ق وفات یافت و در نجف مدفون است. ریحانة الادب ج ۶ ص ۵۶ تا ۶۱.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۲ ص ۲۰۴.

۵- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۰ ص ۳۸۲ و ۳۸۳.

عدم سقوط آن نسبت به دیگران در چنین موردی دلالت دارد.^(۱)

گفتار چهارم - شرط سکونت و زندگی در شهر یا خانه خود توسط زن

به نظر بسیاری از فقهای امامیه^(۲) زن می تواند هنگام عقد نکاح بر مرد شرط کند در صورتی با او ازدواج می کند که در خانه یا شهر خود زندگی کند و مرد حق نداشته باشد او را به جای دیگر منتقل کند. این شرط صحیح بوده و شیخ طوسی^(۳) بر آن ادعای اجماع کرده است. به نظر علامه حلی^(۴) شرط جایز بوده و مطلوب عقلاء است.

شهید ثانی گوید: این شرط مخالف شرع نیست، زیرا وطن به واسطه انس و الفت انسان با آن امر مطلوب نزد عقلاء است، پس اشتراط آن ضمن عقد نیز جایز است.^(۵)

روایات نیز بر جواز آن دلالت دارد. از جمله روایت ابی العباس از امام صادق (ع) که از حضرت در مورد مردی سؤال شد که با زنی ازدواج کرده مشروط بر این که زنش را از شهرش خارج نکند؟ امام فرمود: «یفی لها بذلک» یا «یلزمه ذلک»^(۶)

ابن ابی عمیر گوید: به جمیل بن درّاج گفتم: شخصی با زنی ازدواج کرد و در آن شرط شد که زن در کنار خانواده اش یا در شهر معلومی زندگی کند. جمیل بن درّاج گوید: اصحاب ما از امام باقر (ع) یا امام صادق (ع) روایت کردند که فرمودند: «انّ ذلک لها و آئنه

۱- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه ج ۱۴ باب ۲۳ از ابواب متعه حدیث ۲ و ۳.

۲- محدث بحرانی، الحقائق الناصرة ج ۲۴ ص ۵۳۶ و ۵۳۷.

۳- شیخ طوسی، النهایة چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۸ ص ۱۱۰.

۴- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۵۴۶.

۵- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۵ ص ۳۶۴.

۶- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه ج ۱۵ باب ۴۰ از ابواب مهوور حدیث ۱، شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷

ص ۳۷۲ حدیث ۶۹.

لا یخرجها اذا شرط لها»^(۱)

اما ابن ادریس معتقد است که شرط باطل بوده ولی عقد صحیح است، زیرا به نظر او استمتاع از زوجه در هر مکان و زمان حق زوج بوده و شبرطی که مخالف با آن باشد باطل است. روایات نیز حمل بر استحباب می شود.^(۲)

به نظر می رسد استدلال مزبور صحیح نباشد، چون اولاً این که گفته شد استمتاع از زن در هر مکان و زمانی حق زوج است، در صورتی است که خلاف آن در عقد شرط نشود، اما وقتی زن شرط کرد که باید در شهر یا خانه خودش باشد و مرد هم پذیرفت، در این صورت مرد حق خود را به زن تفویض کرده و هیچ حقی نسبت به آن ندارد چنانچه در ماده ۱۱۱۴ ق.م.آمه: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی نماید مگر آن که اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد» و قبلاً نیز در مورد این نکته بحث کردیم که حق برخلاف حکم قابل اسقاط و یا تفویض است. به علاوه اگر استدلال فوق صحیح باشد پس باید در سایر شروط که به مقتضای عقد نیست مثل تأجیل مهریه، قابل به بطلان شد چون زن در هر زمان و مکان به دلیل شرع مستحق مطالبه مهریه خود است و التزام زن بر عدم مطالبه آن در مدت معین، مخالف با شرع است، در حالی که چنین نیست. در ماده ۱۰۸۳ ق.م.آمه: «برای تأدیه تمام یا قسمتی از مهر می توان مدت یا اقساطی قرار داد».

ثانیاً: حمل روایات بر استحباب خلاف حقیقت و ظاهر است و با امکان حمل آنها بر حقیقت نباید برخلاف آن حمل کرد.^(۳) به گفته صاحب حدائق ضعف چنین استدلالی واضح و روشن است.^(۴)

۱- وسائل الشیعه ج ۱۵ باب ۴۰ از ابواب مهر حدیث ۳، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۳۷۳ حدیث ۷۲.

۲- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۹ ص ۴۱۰.

۳- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۵ ص ۳۶۴ تا ۳۶۶.

۴- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۴ ص ۵۳۸.

فقه‌های عامه جز حنابله و مالکیه معتقدند که این شرط فاسد بوده ولی عقد صحیح است چون به نظر آنان این شرط با مقصود اصلی نکاح یعنی «وطی» منافاتی ندارد ولی با مقتضای عقد منافات دارد، اما به نظر فقهای حنبلی و مالکی این شرط با مقتضای عقد منافاتی نداشته و موجب اسقاط حقی نیست.^(۱)

حال زن برای این که مطمئن شود شوهرش به شرط عمل می‌کند متوسل به حيله‌ای شود به این که شرط کند هرگاه شوهرش او را از شهر یا خانه‌اش خارج کرد و به جای دیگر منتقل نمود مهریه‌اش ۱۰۰ دینار و الاً ۵۰ دینار است یا شرط کند اگر شوهرش بعد از ازدواج او را از شهر یا خانه‌اش بیرون کند علاوه بر مهرالمسمی، مهرالمثل او را نیز بپردازد و شوهرش نیز قبول کند.

این حيله به نظر گروهی از فقهاء^(۲) مشروع بوده و مرد در صورت عدم وفاء به شرط باید به آن عمل کند. روایت علی بن رثاب از امام هفتم (ع) نیز بر صحت آن دلالت دارد،^(۳) اما به نظر محقق کرکی^(۴) و صاحب جواهر^(۵) این شرط چون سبب جهالت در مهر می‌شود، صحیح نیست.

۱- ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۷۱، زیلعی، تبیین الحقائق ج ۲ ص ۱۴۹، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۵۵، ابن حزم، المحلی ج ۹ ص ۴۹۱، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۴۵، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۵۸، شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۲۲۶، شیرازی، المذهب ج ۲ ص ۴۷، زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته ج ۴ ص ۲۰۹ و ج ۶ ص ۵۶ و ۵۷.

۲- شیخ طوسی، النهایة چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۸ ص ۱۱۰، ابن براج، المذهب چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۱۷۴، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۳۴۲، هذلی، جامع الشراعی چاپ در سلسله ... ج ۱۹ ص ۵۶۲.

۳- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۵ باب ۴۰ از ابواب مهوور حدیث ۲.

۴- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۱۳ ص ۴۰۰.

۵- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۳۱ ص ۱۰۲.

به نظر می‌رسد استدلال مزبور درست نباشد، چون اولاً: مهریه از ابتداء مشخص بوده و آن ۵۰ دینار است و اگر مرد به شرط عمل نکرد موظف است ۱۰۰ دینار بدهد. ثانیاً: این استدلال نوعی اجتهاد در مقابل نص است، زیرا روایت علی بن رثاب صراحت دارد که چنین شرطی صحیح است و به دلیل «المؤمنون عند شروطهم»^(۱) مرد باید به آن عمل کند و اگر خواست زنش را به شهر دیگر ببرد باید ۱۰۰ دینار به او بدهد یا به نحوی او را راضی کند.

فقه‌های حنفی با این که اصل شرط را فاسد می‌دانند در اینجا معتقدند که مرد باید به این شرط عمل کند و الاً برای زن مهرالمثل ثابت است، چون زن راضی به ازدواج نشده مگر به این شرط که شوهرش او را در خانه یا شهرش نگهدارد. اگر شوهر به آن عمل نکرد، نکاح از روی تراضی نبوده و بر مرد واجب است مهرالمثل زن را بپردازد.^(۲) ابن قیم نیز نظر فوق را اختیار کرده است^(۳)، اما به نظر ابویوسف و محمد دو فقیه معروف حنفی این شرط صحیح است و اگر مرد به آن عمل نکرد باید مهریه دوم (یعنی ۱۰۰ دینار) را بدهد.^(۴)

گفتار پنجم - عدم پرداخت نفقه‌ای^(۵) که زن مستحق آن نیست

اگر مرد ادعا کند که نفقه زن را در زمان گذشته داده ولی زن منکر آن شود،

۱- شیخ طوسی، الاستبصار ج ۳ ص ۲۳۲ حدیث ۸۳۵.

۲- زیلعی، تبیین الحقائق ج ۲ ص ۱۴۲ و ۱۴۹، میدانی، اللباب فی شرح الکتاب ج ۳ ص ۲۰، قفال، حلیه العلماء ج ۶ ص ۴۵۰، مرغینانی، الهدایة شرح بدایة المبتدی ج ۱ ص ۱۵۱.

۳- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۵۶.

۴- قفال، حلیه العلماء ج ۶ ص ۴۵۰.

۵- نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیّت زن متناسب باشد...

(ماده ۱۱۰۷ ق.م.)

در این صورت به نظر بعضی از فقهاء^(۱) بر مرد است که برای اثبات مدّعی خود بیّنه اقامه کند.

در فقه عامه به نظر ابوحنیفه انکار زن قابل قبول نمی باشد، چون حرف او مربوط به زمان گذشته است و با مرور زمان^(۲) دعوای او ساقط می شود، مگر این که حاکم او را به پرداخت نفقه موظف کند، اما بقیه فقهاء معتقدند که با مرور زمان ادعای زن ساقط نمی شود و اگر شوهر بیّنه ای نداشت قول زن مقدم است.^(۳)

حال اگر مرد واقعاً نفقه را داده ولی بیّنه ای بر اثبات آن نداشته باشد، برای فرار از این مخمصه و مشکل به نظر بعضی ها،^(۴) وی می تواند متوسل به حیل ای شود و آن این که منکر تمکین زن که موجب ثبوت ادّعی اوست، بشود. مرد در این صورت در انکارش صادق است، زیرا اگر زن در گذشته تمکین کرده باشد نفقه اش را گرفته است، و تمکینی که موجب اثبات ادعای او بشود هنوز تحقق پیدا نکرده و واقعیته ندارد.

این حیل مشروع بوده و موجب تحلیل حرام و تحریم حلال نیست. البته مرد باید در

۱- از جمله ابن براج در المذهب چاپ در سلسله البینایع الفقهیه ج ۱۸ ص ۱۷۵.

۲- مرور زمان گذشتن مدتی است که به موجب قانون پس از انقضای آن مدت، دعوی شنیده نمی شود (ماده ۷۳۱ آئین دادرسی مدنی) در فقه قدام از فقهاء از جمله شیخ مفید در مقنعه مرور زمان را مُسقط دعوی دانسته اند ولی پس از او فقهاء عموماً این نظر را رد کرده اند. (دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۶۳۸) شورای نگهبان در نظریه شماره ۷۲۵۷ مورخه ۶۱/۱۱/۲۷ منتشره در مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳ مقررات مرور زمان را در خصوص امور حقوقی غیر شرعی دانسته است ولی محاکم در امور کیفری آن را مطاع می دانند. (کلانتری، اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها ص ۱۹۶).

۳- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۲ ص ۵۵ و ۵۶، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۵۷۱، ابن قدامه، المغنی ج ۸ ص ۱۶۵ و ۱۶۶، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۶۳ و ۳۶۴، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۰۰، ابن جزّی، القوانين الفقهیه ص ۱۴۸، شیرازی، المذهب ج ۲ ص ۱۶۰، ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار ج ۴ ص ۴۰۶ و ۴۰۷.

۴- از جمله ابن قیم در اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۶۵.

سوگندی که یاد می‌کند توریه نماید. یعنی منکر آن تمکینی بشود که موجب ثبوت نفقه برای زن بوده و واقعاً وجود پیدا نکرده است.

شیخ طوسی^(۱) معتقد است که در چنین صورتی زن باید بیّنه اقامه کند که مرد نفقه‌اش را نداده است، چون اصل و عادت بر این است که زن خود را تسلیم مرد نمی‌کند مگر این که مرد نفقه او را داده باشد و اگر زن خلاف اصل و عادت ادّعا کند بر اوست که برای اثبات آن بیّنه اقامه کند. وی در این مورد ادّعای اجماع کرده و معتقد است که روایات نیز بر آن دلالت دارد. به نظر علامه حلی اگر مرد مدتی غایب باشد، در این صورت از او بیّنه می‌خواهند و الاً بیّنه خواستن از مرد محل اشکال می‌باشد، زیرا اصل این است که مرد نفقه زن را داده است.^(۲)

گفتار ششم - نکاح صغیره

یکی از حیل‌هایی که امروزه در عرف مردم برای حصول محرّمیت انجام می‌گیرد، این است که کسی دختر شیرخوارش را به مدت کوتاهی مثلاً یکسال به نکاح مردی که می‌خواهد با زن او (مادر طفل) محرم شود، درآورد. آنچه مسلم است این که در اینجا قصد نکاح واقعی وجود نداشته و صرفاً به منظور حصول محرّمیت مادر طفل صورت می‌گیرد.

به نظر محدث بحرانی^(۳) این حيله صحيح است به این دلیل که در صحّت نکاح لزومی ندارد نکاح واقعی قصد شود، بلکه اگر یکی از آثار و اغراض آن (یعنی محرّمیت) قصد شود کافی بوده و قصد فی الجمله تحقق می‌یابد. ما پاسخ این استدلال را در بحث ربا مطرح کردیم و در اینجا به طور خلاصه به آن اشاره می‌کنیم.

۱- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۸ مسئله ۱۲ کتاب النفقات ص ۱۱۰.

۲- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۹ ص ۶۶۷.

۳- محدث بحرانی، الحقائق النّاضرة ج ۲۴ ص ۱۴۷ و ۱۴۸ و ج ۲۵ ص ۳۸۳.

آنچه در تحقق عقود معتبر می‌باشد قصد انشاء است نه آثار و اغراض مترتبه بر آن. اگر در عقدی آثار و اغراض مترتب بر آن قصد نشود ضرری به صحت عقد نمی‌زند. دلیلش هم روشن است زیرا قصد انشاء عامل تحقق و قوام عقد بوده و به اراده متعاقدين وابسته است و تا این امر تحقق نیابد عقد موجود نمی‌شود، ولی احکام و آثار مترتبه بر عقد چیزی است که مربوط به شارع مقدس بوده و به اراده او بستگی دارد. لذا در اینجا آنچه که در تحقق نکاح معتبر است قصد انشاء است و حصول حریمت از آثار و احکام مترتب بر آن بوده و اگر هم کسی آن را قصد نکند به طور قهری به دنبال عقد صحیح می‌آید.

نتیجه این‌که در نکاح صغیره که صرفاً به منظور حصول حریمت مادر او انجام می‌گیرد، چون قصد نکاح واقعی وجود ندارد صحت آن محل اشکال و تأمل است و به نظر ملامحمد نراقی این عقد باطل است.^(۱) آقا باقر بهبهانی نیز چنین عقدی را بی‌اثر دانسته و حکم به بطلان آن کرده است. وی در این مورد رساله‌ای مستقل تحت عنوان «فی بطلان العقد علی الصغیره لاجل المحرمیه»^(۲) نگاشته و در این مورد بحث کرده است. محقق قمی^(۳) نیز در پاسخ به سئوالی که از او در مورد صحت نکاح صغیره شده گوید: «اقرب نزد من عدم صحت نکاح صغیره است، زیرا اصل عدم صحت است و نیز صحت یک حکم شرعی بوده و احتیاج به دلیل شرعی دارد و در این مورد دلیلی بر آن موجود نیست.»

وی سپس گوید: «در نکاح صغیره قصد نکاح صحیح نشده تا کلیه آثار یا بعض آثار نکاح بر آن مترتب شود نه این‌که قصد نکاح صحیح شده و نکاح واقع گشته ولی از آثار آن فقط پاره‌ای مورد قصد بوده‌اند. از طرف دیگر مفروض این است که از طرف شارع

۱- ملامحمد نراقی، مشارق الاحکام ص ۸۱.

۲- این رساله به شماره ۵۴۱۸/۱۱ در کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران موجود است.

۳- محقق قمی، غنائم الاثام، فصل نکاح صغیره ص ۶۰۰ الی ۶۰۴.

حقیقتی برای متعه تعیین نشده جز این که متعه عقدی است که موجب تملک انتفاع به بضع زوجه و نیز سایر استمتاعات معهوده در زنان است و در ما نحن فیه یعنی نکاح صغیره این امر موجود نیست. عقد متعه فقط نفس ایجاب و قبول که خالی از قصد باشد، نیست والا گوینده الفاظ ایجاب و قبول به منزله هازل و عابث است ... و بالجمله ترک اغراضی که از وضع عقود مورد قصد هستند و اکتفاء به آثار غیرطبیعی، مخالف حکمت وضع و حکمت واضع است».

گفتار هفتم - نکاح محلّل

هرگاه کسی زن دائم خود را سه بار طلاق دهد، که مستلزم سه بار نکاح دائم هم می باشد و بین این نکاحها زن به عقد نکاح دائم یا منقطع کسی در نیامده باشد و شوهر هم در این بین با او نکاح منقطع نکرده باشد، پس از طلاق سوم آن زن بر مرد خود حرام است، مگر این که به عقد ازدواج دائم شخص دیگری که او را «محلّل» گویند درآید و در صورتی که زن توسط محلّل طلاق داده شد بر شوهر اوّل حلال می شود. در ماده ۱۰۵۷ ق.م.آمه: «زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده، بر آن مرد حرام می شود مگر این که به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس از وقوع نزدیکی با او به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد».

حال برای این که زن مطمئن شود محلّل او را طلاق می دهد و او نزد شوهر اوّلش برمی گردد، متوسّل به حيله ای شود به این که ضمن عقد نکاح شرط کند پس از تحلیل نکاحی بین آنها نباشد.

به نظر بسیاری از فقهاء امامیه^(۱) بلکه مشهور متأخرین^(۲) این حيله مشروع نیست.

۱- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله النایع الفقّه ج ۳۸ ص ۲۲۴، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۳۴۲، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۵۲۶، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۹ ص ۶۲۰، محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۴ ص ۹۶.

در نتیجه هم شرط باطل است و هم نکاح^(۱)، زیرا اولاً این شرط با مقتضای عقد نکاح محلّل که دوام است، منافات دارد. ثانیاً تراضی طرفین مبتنی بر تحقق این شرط بوده است، پس با بطلان شرط تراضی که شرط صحّت عقد است نیز منتفی می‌گردد. اما اگر در عقد شرط شود که محلّل پس از نکاح زن را طلاق بدهد، به نظر همه فقهاء^(۲) شرط باطل است ولی در بطلان عقد اختلاف اقوال است. بعضی از فقهاء از جمله شیخ طوسی^(۳) و ابن ادریس که به طور کلی بطلان شرط را در بطلان عقد مؤثر نمی‌دانند،^(۴) معتقدند که عقد باطل نیست، ولی بعضی دیگر از جمله محقق حلی^(۵) و علامه حلی^(۶) نظریه فوق را تحت عنوان «قیل: صحّ العقد دون الشرط» مطرح کرده‌اند. این شاید بدان معنا باشد که آنها قائل به صحّت عقد نیستند. شهید ثانی^(۷) نیز عقد را در چنین صورتی باطل می‌داند.

در فقه عامّه نیز به نظر بسیاری از فقهاء نکاح محلّل به شرط تحلیل در هر دو صورت باطل است.^(۸) به دو دلیل: ۱- در حدیث نبوی (ص) است که: «لعن رسول الله (ص)

۲- الحدائق الناضرة ج ۲۴ ص ۹۶.

۱- به نظر شیخ طوسی بطلان شرط و نکاح مورد اجماع فقهاء است. المبسوط چاپ در سلسله... ج ۳۸ ص ۲۲۴.

۲- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۳۹۹.

۳- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله... ج ۳۸ ص ۲۲۴، الخلاف چاپ در سلسله... ج ۳۸ ص ۵۶.

۴- به نقل از: علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۶۳ و سید جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۵۶۱.

۵- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۵۲۶.

۶- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۱۹ ص ۶۲۰.

۷- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۳۹۹.

۸- ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۱۳۷ تا ۱۳۹، ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۸ و ۹ و ۱۴، قفال، حلیه العلماء ج

۶ ص ۴۰۰ و ۴۰۱، دردری، الشرح الکبیر مع حاشیه الدسوقی ج ۲ ص ۲۳۰، شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۱۸۳ و

۲۲۷، ابن حزم، المحلّی ج ۱۰ ص ۱۸۰، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۵۸ و ۸۶ و ۸۷، جزیری،

الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۷۷ به بعد.

المحلّل والمحلّل له»^(۱) ثانیاً: شرط است نکاح محلّل دائمی باشد،^(۲) ولی با این شرط نکاح دائم تحقق پیدا نمی‌کند، اما ابوحنیفه معتقد است که نکاح صحیح بوده ولی شرط باطل است.^(۳)

نکته‌ای که در این جا ذکرش ضروری است این که به نظر اکثر فقهای امامیه اگر در نکاح محلّل قصد و نیت باطنی طرفین (بدون این که آن را برای همدیگر اظهار کنند) این باشد که پس از تحلیل، نکاح فسخ شود یا محلّل زن را طلاق بدهد، در این صورت اشکالی نداشته و مبطل عقد نیست، زیرا شرطی تحقق پیدا نکرده تا عقد را باطل کند. سؤال این است اگر در واقع و قبل از عقد زن شرط فسخ نکاح یا طلاق را بنماید ولی در متن عقد آن را اظهار نکند. در این صورت آیا عقد باطل می‌شود؟

پاسخ به این پرسش مبتنی بر این است که آیا صحّت یا فساد شرط تبانی^(۴) موجب صحّت یا فساد عقد می‌شود یا نه؟ اگر قائل به تأثیر شروط تبانی در عقد باشیم که حق هم همین است - چنان که قبلاً ثابت شد - بدون شک نکاح باطل والا نکاح صحیح است.

گفتار هشتم - نکاح شغار

شغار در لغت به معنای بلند کردن و خالی بودن است و چون نکاح شغار خالی از مهریه و صداق است، به این نام خوانده‌اند.^(۵)

۱- شوکانی، نیل الاوطار ج ۶ ص ۱۳۸.

۲- روایات نیز بر آن دلالت دارد. وسایل الشیعه ج ۱۵ باب ۹ از ابواب اقسام طلاق، الاستبصار ج ۳ ص ۲۷۱ تا ۲۷۵.

۳- قفال، حلیة العلماء ج ۶ ص ۴۰۰، ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار ج ۳ ص ۱۵۱.

۴- یعنی شرطی که قبل از عقد طرفین بر آن توافق می‌کنند ولی عقد براساس آن واقع می‌شود بدون این که در متن عقد ذکر آن به میان آید.

۵- طریحی، مجمع البحرین ج ۳ ص ۳۵۱، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۵ ص ۲۴۴، محدث بحرانی،

الحدائق الناضرة ج ۲۴ ص ۹۹، ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۱۳۴ و ۱۳۵، قفال، حلیة العلماء ج ۶ ص ۳۹۶،

شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۱۴۷.

نکاح شغار به نظر فقهای امامیه حرام و باطل است. شیخ طوسی در خلاف^(۱) بر آن ادّعی اجماع کرده و ابن زهره معتقد است که هیچ کس در حرمت آن شک و تردیدی ندارد.^(۲) فقهای عامه نیز در حرمت و بطلان آن اتفاق نظر دارند.^(۳) جز فقهای حنفی که به نظر آنها عقد صحیح است ولی مهریه فاسد بوده و مهرالمثل واجب می شود.^(۴) دلیل بر حرمت آن حدیث نبوی است که حضرت فرمود: «لا شغار فی الاسلام»^(۵) و نیز در روایت دیگر آمده: «نهی رسول الله (ص) عن نکاح الشغار»^(۶).

نکاح شغار از رسوم جاهلیت بوده و به این معنا است که کسی دختر یا خواهرش را به ازدواج دیگری درآورد مشروط بر این که او نیز دختر یا خواهرش را به عقد او درآورد، به این ترتیب که نکاح و بُضع هر یک مهر دیگری بوده و صداقی در میان نباشد.^(۷)

-
- ۱- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله التناهیات الفقهیّه ج ۳۸ کتاب نکاح مسئله ۱۱۸ ص ۵۴.
 - ۲- ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۲۷۷.
 - ۳- دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدّسوقی ج ۲ ص ۲۲۹، ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۷۳ و ۱۳۴ و ۱۳۵، شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۱۴۷، قفال، حلیه العلماء ج ۶ ص ۳۹۶ و ۳۹۷، ابن حزم، المحلّی ج ۹ ص ۵۱۴، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۵۷، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلّته ج ۷ ص ۱۱۶ و ۱۱۷، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۱۲۶ و ۱۲۷.
 - ۴- قفال، حلیه العلماء ج ۶ ص ۳۹۷، زیلعی، تبیین الحقایق ج ۲ ص ۱۴۵، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلّته ج ۷ ص ۱۱۶ و ۱۱۷، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۱۲۷، سرخسی، المبسوط ج ۵ ص ۱۰۵، مرغینانی، الهدایة شرح بدایة المبتدی ج ۱ ص ۱۵۰.
 - ۵- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۴ باب ۲۷ از ابواب عقد النکاح حدیث ۲، شوکانی، نیل الاوطار ج ۶ ص ۱۴۰.
 - ۶- همان، حدیث ۳، نیل الاوطار ج ۶ ص ۱۴۰.
 - ۷- طریحی، مجمع البحرین ج ۳ ص ۳۵۱، شیخ مفید، المقننه چاپ در سلسله التناهیات الفقهیّه ج ۱۸ ص ۳۸، شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله ... ج ۳۸ ص ۲۲۲، ابن براج، المذهب چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۱۶۶، ابن ادریس، السرائر چاپ در سلسله ... ج ۱۹ ص ۴۰۲، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۵ ص ۲۴۴، اصفهانی، ←

بنابراین ملاک حرمت و بطلان نکاح شغار که روایات نیز بر آن دلالت دارد^(۱) این است که نکاح هر یک صدق دیگری است و مهریه‌ای در آن معین نمی‌شود.

حال برای این که کسی گرفتار حرمت آن نشود، متوسل به حيله‌ای بشود به این که بگوید: دخترم را با ۱۰۰ درهم به ازدواج تو درمی‌آورم به شرط این که دخترت را به ۱۰۰ درهم به ازدواجم درآوری.

به نظر بسیاری از فقهای امامیه^(۲) و نیز فقهای مالکی^(۳) و حنبلی^(۴) نکاح صحیح است، زیرا علت بطلان نکاح شغار عدم تعیین مهریه می‌باشد، ولی در اینجا مهریه معین شده است، اما مهرالمسمی (یعنی مهریه‌ای که در عقد معین شده) باطل است، زیرا مهریه در اینجا به همراه تزویج هر یک با دیگری شرط شده و هیچ یک از طرفین به ازدواج دختر یا خواهرشان راضی نیستند مگر این که طرف مقابل دختر یا خواهرش را به ازدواج او در آورد و این شرط باطل است. وقتی شرط تزویج باطل شد پس باید مقداری از مهریه را بخاطر بطلان شرط رد کرد و این مقدار هم مجهول است. مجهول وقتی به معلوم اضافه شود تمام را مجهول می‌کند. در نتیجه مهرالمسمی به دلیل جهالت

→ وسیلة التجارة ج ۲ ص ۲۷۲، بحرانی، الحدائق ج ۲۴ ص ۹۹، زیلعی، تبیین الحقائق ج ۲ ص ۱۴۵، ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۱۳۵، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۴۷، ابوجیب، القاموس الفقهی ص ۳۶۱، قفال، حلیه العلماء ج ۶ ص ۳۹۷، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۱۲۶.

۱- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۴ باب ۲۷ از ابواب عقد النکاح، شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۳۵۵ حدیث ۱۴۴۶.

۲- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۸ ص ۲۲۲، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله... ج ۱۸ ص ۳۴۱، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۱۹ ص ۶۱۹ و تلخیص المرام چاپ در سلسله... ج ۱۸ ص ۴۷۴، محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۱۲ ص ۴۱۹، اصفهانی، وسیلة التجارة ج ۲ ص ۲۷۸.

۳- ابن رشد، بدایة المجتهد و نهاية المقتصد ج ۲ ص ۵۷.

۴- ابن قدامه، المغنی، ج ۷ ص ۱۳۵.

باطل شده و مهرالمثل واجب می‌شود، ولی نکاح صحیح است چون نکاح با فساد و بطلان مهریه باطل نمی‌گردد^(۱) و این به نظر شیخ طوسی^(۲) مورد اتفاق همه فقهاء است. به نظر ابن حزم^(۳) نکاح شغار چه با ذکر صداق و چه بدون آن باطل است.

گفتار نهم - مهریه پنهان^(۴) و آشکار

برای این که زن خود را با ارزش و با حَسَب و نَسَب معرفی کند متوسل به حیل‌ای شود به این که پنهانی با شوهرش توافق کند که مهریه‌اش مثلاً ۱۰۰ درهم باشد ولی در ظاهر و آشکارا عقد را بر مبنای ۲۰۰ درهم منعقد کنند.

به نظر فقهاء از جمله شیخ طوسی^(۵) اگر براساس مهریه پنهانی (یعنی ۱۰۰ درهم) عقد نکاح منعقد شود، سپس عقد نکاح دیگری به طور صوری براساس ۲۰۰ درهم منعقد گردد، آنچه معتبر است همان مهریه پنهانی است، زیرا درحقیقت نکاح براساس آن واقع شده و مهریه ظاهری مقصود طرفین نیست، اما اگر نکاح براساس مهریه پنهانی منعقد نشود و توافقی هم بر آن صورت نگیرد، در این صورت مهریه دوم که آشکار است

۱- مهریه در نکاح از ارکان و شرط صحت عقد نیست، لذا به نظر همه فقهاء اگر مهریه فاسد شود، عقد

صحیح می‌باشد ولی مهرالمثل برای زن ثابت است. مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة ص ۳۴۲.

۲- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۸ مسئله ۱ کتاب صداق ص ۶۷ و المبسوط چاپ در سلسله ... ج ۳۸ کتاب صداق ص ۲۵۰.

۳- ابن حزم، المنحلی ج ۹ ص ۵۱۵.

۴- این بحث در بعضی از کتب فقهی تحت عنوان «تلجته درمهر» آمده است. سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۱ ص ۱۴۶.

۵- از جمله شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۸ کتاب صداق مسئله ۱۱ ص ۷۱ و ۷۲ و المبسوط چاپ در سلسله ... ج ۳۸ ۲۷۰، ابن براج، المهذب چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۸ ص ۱۷۲ و جواهر الفقه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۱۴۴، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۳۳۹،

ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۹ ص ۴۱۲.

اعتبار دارد. به نظر می‌رسد مهریه همان است که نکاح واقعاً و نه به طور ظاهری، براساس آن واقع شده است، زیرا اعتبار مهریه همان است که مورد توافق اصلی طرفین قرار گرفته است.

در فقه عامه به نظر فقهای شافعی و مالکی و حنفی آنچه اعتبار دارد مهریه پنهانی است، چون عقد واقعی براساس آن منعقد شده و عقدی که براساس مهریه آشکار می‌باشد، صوری و ظاهری است، اما به نظر حنابله مهریه آشکار معتبر است اگرچه نکاح براساس مهریه پنهان منعقد شود.^(۱)

در ارتباط با بحث تلجئه در مهر (مهریه صوری) بعضی از فقهاء تلجئه در نکاح را نیز مطرح کرده‌اند. به این معنا که زن و مرد پنهانی با هم تبانی کنند بر این‌که به طور صوری به نکاح یکدیگر درآیند ولی در واقع نکاحی صورت نگیرد، سپس عقد نکاح را به طور آشکار منعقد کنند. به نظر بعضی از فقهاء عامه^(۲) نکاح صحیح است، اما به نظر می‌رسد نکاح مزبور به دلیل عدم قصد و به جهت صوری بودن باطل است. در ماده ۱۰۶۲ ق.م.آ آمده «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید».

گفتار دهم - نکاح متعه بدون ذکر مدت

به نظر فقهاء شرط صحّت نکاح متعه این است که علاوه بر مهریه باید مدت هم معلوم شود^(۳) و الاّ نکاح تبدیل به دائم می‌شود، اما اگر کسی در نکاح متعه مدت را

۱- زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۷ ص ۲۵۸، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۱ ص ۱۴۶، شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۲۲۸، ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۲۰۱ و ۲۰۲، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۲ ص ۲۷۸، ابن تیمیه، الفتاوی الکبری ج ۶ ص ۶۹.

۲- ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۶۱ فصل ۵۲۹۵، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۱ ص ۱۴۶.

۳- البته اگر در نکاح متعه مدت ذکر نشود ولی مهریه تعیین نگردد نکاح باطل است ماده ۱۰۹۵ ق.م. (شیخ طوسی)، الخلاف چاپ در سلسله البناایع الفقهیه ج ۳۸ ص ۵۵، علامه حلی، تبصره چاپ در سلسله ... ج ۳۸ ص ۴۲۴.

معلوم نکند، برای این که نکاح تبدیل به دائم نشود متوسّل به حيله‌ای شود به این که بگوید مقصود من از نکاح در واقع موقت بوده ولی به دلیل فراموشی، غفلت و... آن را ذکر نکردم. از طرفی براساس قاعده «العقود تابعة للمقصود» آنچه در عقود معتبر است، قصد است نه ظواهر الفاظ. بنابراین نکاح موقت بوده و تبدیل به دائم نمی‌شود. آیا این توجیه قابل قبول است؟

در این مورد فقهاء نظرات متفاوتی را مطرح کرده‌اند: به نظر بسیاری از فقهاء^(۱) نکاح تبدیل به دائم می‌شود. در مکاسب این قول را به مشهور فقهاء نسبت داده‌اند.^(۲) آیه الله بجنوردی که معتقد است قول مشهور موافق قاعده است، گوید: زوجیت دائم به واسطه انشاء صیغه عقد نکاح از طرف کسی که اهلیت آن را داشته باشد، منعقد می‌شود و در تحقق آن احتیاجی به دلیل و قید دیگر نیست، اما در زوجیت منقطع علاوه بر انشاء صیغه باید مدت نیز ذکر شود. بنابراین اگر عاقد مدت را معلوم نکند، نکاح موقت در مقام انشاء متحقق نمی‌گردد و نکاح دائم محسوب می‌شود و این به دو دلیل است: اولاً اطلاق عقد نکاح مقتضی آن است که زوجیت به نحو دائم باشد. ثانیاً روایاتی^(۳) وجود دارد که سخن ما را ثابت می‌کند. از جمله روایت ابان بن تغلب در حدیث «صیغه متعه» که گوید به امام صادق (ع) عرض کردم من در عقد متعه شرمم می‌آید مدت را شرط کنم. امام (ع) فرمود: این بر ضرر توست. گفتم: چگونه؟ حضرت فرمود: «لأنک إن لم تشرط کان تزویج مقام ولزمتک التّفقة فی العدة وکان وارثاً و

۱- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله ... ج ۳۸ ص ۵۵، التّهایه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۹۷ و ۱۱۸، سلاز دیلمی، المرام العلویة چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۱۳۶، ابن براج، المذهب چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۱۵۴ و ۱۹۲، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۲۸۲، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۸ ص ۳۳۶، محدث بحرانی، الحقائق النّاضرة ج ۲۵ ص ۳۸۶ و ۳۸۷.

۲- شیخ انصاری، المكاسب ص ۸۴، یک جلدی، رحلی.

۳- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۴ باب ۲۰ از ابواب متعه.

لم تقدّر علیّ أنّ تطّلقها إلّا طلاق السّنة»^(۱) اگر مدّت را شرطی نکنی او زن دائم تو محسوب می‌شود و در زمان عدّه نفقه او بر عهده تو بوده و از تو وارث می‌برد. او را نمی‌توانی طلاق بدهی مگر به طلاق سنّت.^(۲)

اما به نظر برخی دیگر از فقهاء^(۳) نکاح باطل است، زیرا شرط صحت نکاح متعه این است که مدت در آن ذکر شود. در ماده ۱۰۷۵ ق.م آمده است: نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد.

علامه حلّی گوید: در صورتی نکاح موقت تبدیل به دائم می‌شود که شخص قصد نکاح دائم داشته باشد، در حالی که چنین نیست و اساساً نکاح به نحو منقطع و به قصد موقت است ولی بنا به دلایلی مدت در آن ذکر نشده است. بنابراین نکاح از آنجایی که مقصود طرفین دوام نبوده، تبدیل به دائم نمی‌شود. عقد منقطع نیز تحقق نمی‌یابد چون تعیین مدت معلوم که شرط صحت آن است، انجام نگرفته است.^(۴)

شهید ثانی نیز نظر مشهور را صحیح نمی‌داند و استدلالش این است: مقصود عاقد در این عقد نکاح، وقوع متعه است و ذکر مدّت شرط در آن بوده و فوت شدن شرط مستلزم فوت مشروط است. به علاوه روایت موثقه عبدالله بن بکیر از امام صادق (ع) که فرمود: «ان سَمی الاجل فهو متعة وان لم یسم الاجل فهو نکاح بات»^(۵) نیز برای استدلال قول مشهور کافی نیست، زیرا حدیث با قطع نظر از سندش دلالتی ندارد بر این که هر کس

۱- همان، حدیث ۲.

۲- طلاق سنّت عبارت است از هر طلافی که شرعاً جایز است و آن را در مقابل طلاق حرام است - شهید اوّل، اللمعة الدمشقیة ص ۱۹۴.

۳- ابن ادریس، السرائر چاپ در سلسله ... ج ۱۹ ص ۳۸۰ و ۴۳۳، علامه حلّی، مختلف ص ۵۵۹ و تبصرة چاپ در سلسله ... ج ۳۸ ص ۴۲۴، شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۰۳، محقق سبزواری، کفایة الاحکام ص ۱۷۰.

۴- علامه حلّی، مختلف الشیعة ص ۵۵۶ و ۵۵۹.

۵- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعة ج ۱۴ باب ۲۰ از ابواب متعه حدیث ۱.

قصد متعه داشت ولی مدت را ذکر نکرد، عقد نکاح تبدیل به دائم می شود، بلکه حدیث فقط دلالت دارد بر این که اگر در عقد نکاح مدت ذکر نشود، نکاح دائم به حساب می آید. وی سپس نتیجه می گیرد که اقوی بر بطلان عقد است.^(۱)

گفتار یازدهم - عدم تحقق محرمت رضاعی

به نظر فقهاء اگر زنی بچه ای را به مدت یک شبانه روز کامل یا ۱۵ مرتبه شیر دهد، حرمت رضاعی به وجود آمده و زن شیرده مادر رضاعی و بچه های او، برادر و خواهر رضاعی و شوهر زن شیرده پدر رضاعی طفل شیرخوار محسوب می شوند.^(۲) حال برای این که محرمت مزبور به وجود نیاید می توان متوسل به حيله ای شد به این که بین دفعات شیردادن در یک شبانه روز کامل، زن دیگری بچه را شیر دهد یا طفل شیرخوار ۱۵ مرتبه کامل به طور پشت سرهم از یک زن شیر نخورد.^(۳) در ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی آمده «قربت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قربت نسبی است، مشروط بر این که ... ثالثاً طفل لا اقل یک شبانه روز و یا ۱۵ دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون این که در بین غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد».

البته راه حل های دیگری نیز وجود دارد از جمله: شیر مستقیماً از پستان مکیده نشود، یا مقدار شیری که طفل می خورد از یک زن و از یک شوهر نباشد. بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد، در این صورت موجب نشر حرمت نمی شود هر چند شوهر آن دوزن یکی باشد و هم چنین اگر یک زن، یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر متعلق به شوهر دیگر، شیر داده باشد، آن پسر و یا آن دختر برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آنها

۱- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۵۰۳.

۲- همو، شرح لمعه ج ۵ ص ۱۵۷.

۳- ملامحسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۳۳۴.

از این حیث ممنوع نمی‌باشد. (ماده ۱۰۴۷ ق.م.)

گفتار دوازدهم - در طلاق

هر چند بحث پیرامون حیلی که در طلاق به کار رفته، از آن جهت که طلاق جزء ایقاعات است، نیاز به تدوین بخش مستقلی است و در تحت عنوان «حیل شرعیه در عقود» نمی‌گنجد، اما تأمل در پاره‌ای از آنها که ضمن مباحث نکاح نیز به بعضی موارد اشاره شده، خالی از فایده نیست.

زنی که طلاق بائن داده شد، نه نفقه او بر شوهر واجب است و نه تهیه مسکن او مگر در صورتی که زن حامله باشد. حال اگر شوهر بترسد از این که ممکن است زن نزد حاکم جهت مطالبه نفقه شکایت نماید و حاکم نیز حکم به وجوب نفقه و مسکن او کند، می‌تواند متوسل به حيله‌ای شود و آن این که طلاق را معلق کند بر براءت صحیحه خود از وجوب نفقه و مسکن، در این صورت به نظر ابن قیم زن حقی بر او ندارد^(۱)، یا این که مرد زن را طلاق خلع دهد، به این معنا که مرد وجوب نفقه، سکنی و یا هر چیز دیگری که ممکن است بر او واجب گردد از زن خلع کند. پس اگر زن ادعای نفقه و حقوق دیگر نمود و حاکم به نفع او حکم صادر کرد، هر چه را که زن مستحق آن شود، مرد نیز مثل آن را مستحق می‌گردد و زن باید آنچه را که از شوهر می‌گیرد به او بدهد یا این که همدیگر را تقاص کرده و معامله به مثل کنند.^(۲)

یا این که مرد در مدت عده زن غایب شود و سپس برگردد. در این صورت وقتی عده تمام شد حاکم نمی‌تواند حکم به وجوب نفقه و مسکن زن بر مرد نماید زیرا وجوب آن دو با گذشت زمان ساقط می‌شود.^(۳)

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۹۰.

۲- همان.

۳- همان ص ۴۱۰ و ۴۱۱.

آنچه که در مورد حیل‌های مزبور می‌توان گفت این‌که الف - به نظر فقهای امامیه^(۱) و بلکه به اجماع فقهاء^(۲) و نیز فقهای عامه^(۳) زنی که طلاق بائن داده شد نفقه او در زمان عده بر شوهر واجب نیست، زیرا اصل بر برائت ذمه مرد از پرداخت نفقه است و اگر بخواهیم نفقه را بر مرد لازم بدانیم نیاز به دلیل است که وجود ندارد مگر در صورتی که زن حامله باشد. در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی آمده: «... اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت.» بنابراین با توجه به توضیحات فوق شکایت زن نزد حاکم مشروعیت نداشته و اثر حقوقی بر آن مترتب نیست.

از طرف دیگر این‌که گفته شد مرد برای فرار از حیل زن، طلاق را معلق به شرط برائت خود از وجوب نفقه و مسکن کند، به نظر می‌رسد این راه حل صحیح نیست، زیرا اولاً نیاز به چنین شرطی نیست. ثانیاً به نظر فقهای امامیه^(۴) و نیز فقهای عامه^(۵) جز حیفه^(۶) طلاق باید منجز واقع شود. در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی آمده: «طلاق باید

۱- ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه چاپ در سلسله البیان فی الفقّه ج ۲۰ ص ۸۹، ابن زهره، غنیة چاپ در

سلسله... ج ۲۰ ص ۲۵۱، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۲۹۶، ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۳۵۹، علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۶۱۳، قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۴۷۲.

۲- راوندی، فقه القرآن چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۲۰۹.

۳- دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۲ ص ۴۵۸، ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۳۵۶ و ۳۵۷، ابن حزم، المحلّی ج ۱۰ ص ۲۸۲، زیلعی، تبیین الحقایق ج ۲ ص ۶۰، شربینی، مغنی المحتاج ج ۳ ص ۴۴۰.

۴- شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسله البیان فی الفقّه ج ۲۰ ص ۳۰، سید مرتضی، الانتصار چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۴۳، حلبی، الکافی فی الفقه چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۸۷، ابن براج، جواهر الفقه چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۱۲۸، ابن زهره، غنیة چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۲۴۸، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۲۰ ص ۴۵۲، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۶ ص ۱۶.

۵- ابن حزم، المحلّی ج ۱۰ ص ۲۱۱ و ۲۱۳، ابن رشد، بدایة المجهّد ج ۲ ص ۷۸، زیلعی، تبیین الحقایق ج ۲ ص ۲۳۲.

۶- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۲ ص ۲۳۱ و ۲۳۲ و ۲۳۵، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلّته ج ۴ ص ۲۴۹.

منجَز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.»

ب - این که گفته شد مرد برای رهایی از حیلۀ زن می تواند او را طلاق خلع دهد، به نظر فقهای امامیه^(۱) و نیز فقهای عامه^(۲) هرگاه مرد زن را طلاق خلع دهد، نفقه او بر مرد واجب نیست حتی اگر زن در عده باشد، زیرا طلاق خلع از اقسام طلاق بائن است (ماده ۱۱۴۵ ق.م)، اما به نظر ابوحنیفه و احمد بن حنبل اگر مرد زن را طلاق خلع بدهد مشروط بر این که در زمان عده نفقه او را بدهد، شرط صحیح است؛^(۳) گرچه به نظر احمد بن حنبل در طلاق خلع اگر زن حامله باشد، نفقه او بر مرد واجب است.^(۴)

ج - هر چند به نظر بعضی از فقهای عامه از جمله ابوحنیفه^(۵) با مرور زمان نفقه زن ساقط می شود، اما به نظر برخی دیگر از فقهای عامه از جمله مالک و احمد بن حنبل^(۶) و نیز فقهای امامیه^(۷) با مرور زمان حق نفقه زن ساقط نمی شود. در ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی نیز آمده: «زوجه در هر حال می تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامۀ دعوی نماید...»، پس در اینجا نیازی به چنین حیلۀ ای نیست، زیرا گفته شد که در طلاق بائن زن حق هیچ گونه نفقه ای بر مرد ندارد مگر در صورتی که حامله باشد.

حیلۀ دیگر سوگند در طلاق دادن است.^(۸) از آنجایی به نظر فقهاء^(۹) اساساً در طلاق

۱- از جمله شیخ صدوق، المقنع چاپ در سلسله ... ج ۲۰ ص ۱۳، شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسله ... ج ۲۰

ص ۳۱، ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه چاپ در سلسله ... ج ۲۰ ص ۹۱.

۲- ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۳۵۶.

۳- قفال، حلیة العلماء ج ۶ ص ۵۶۱.

۴- ابن قدامه، المغنی ج ۷ ص ۳۵۶ و ۳۵۷.

۵- قفال، حلیة العلماء ج ۷ ص ۴۰۶ و ۴۰۷.

۶- همان.

۷- دکتر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۶۳۸.

۸- شیخ طوسی، المبسوط ج ۵ ص ۹۶.

قسم منعقد نمی‌شود، چنین حیل‌های مشروع نبوده و طلاق واقع نمی‌گردد. در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز گاه به مواردی برخورد می‌کنیم که فرد برای این‌که بتواند همسرش را طلاق بدهد متوسل به حیلی می‌شود. از جمله آن تغییر متقلبانۀ تابعیت است که در بحث «فرق حیلۀ مشروع با تقلب» به آن اشاره شد. این قضیه مربوط است به زنی به نام دوبرفرمن (deBauffremant) که پس از جدایی از شوهرش و قصد طلاق، چون قانون فرانسه طلاق بین زوجین را منع کرده بود، او به تابعیت آلمان درآمد و برای طلاق به دادگاه آلمان مراجعه کرد و موفق به گرفتن طلاق شد. آنگاه با یک نفر اهل رومانی ازدواج کرد و با شوهر دوم به فرانسه مراجعت نمود. شوهر اول این خانم به استناد این‌که طلاق او باطل است علیه او اقامۀ دعوای زوجیت کرد. دادگاه فرانسه حکم به بطلان طلاق و در نتیجه حکم به بطلان نکاح ثانوی را صادر کرد. دیوان کشور فرانسه حکم دادگاه تالی را به استناد این‌که به دست آوردن تابعیت آلمان به قصد تقلب نسبت به قانون فرانسه و فرار از مقررات قانون دولت متبوع خود بوده است، ابرام نمود.^(۱۰)

۹- از جمله: شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسلۀ الینابیع الفقہیة ج ۲۰ ص ۳۰، شیخ طوسی، المبسوط ج ۵ ص ۹۷،

ابن حزم، المحلی ج ۱۰ ص ۲۱۱.

۱۰- دکتر الماسی، تعارض قوانین ص ۱۴۴.

فصل پنجم

حیل شرعیه در عقود دیگر

در عقود دیگر نیز به مواردی برخورد می‌کنیم که در آن به نظر بعضی از فقهاء امکان توسل به حيله وجود دارد. در اینجا به اهم آنها اشاره می‌نمائیم.

گفتار اول - در رهن^(۱)

۱- شرط رهن جهت تمدید مدت اداء دین

بدهکاری که می‌خواهد در زمان معین دین خود را نپردازد نزد طلبکار می‌آید و می‌گوید: من چیزی نزد تو رهن می‌گذارم تا مدت وصول طلبت را بیشتر کنی. آیا این شرط صحیح است؟

۱- رهن در لغت به معنای ثبوت و دوام و حبس است (طریحی، مجمع البحرین ج ۶ ص ۲۵۸) و در اصطلاح عبارت است از وثیقه دین (اللمعة ص ۱۲۹) که به موجب آن مدیون در مقابل دینی که بر عهده اوست مالی را به عنوان وثیقه به داین می‌دهد تا در صورت عدم وصول از آن استیفاء شود.

به نظر شیخ طوسی^(۱) و قاضی ابن براج^(۲) شرط صحیح نبوده و همان مدت معین برای اداء دین ثابت است. ابن قدامه^(۳) نیز چنین شرطی را ناصحیح و شبیه ربای جاهلیت می‌داند که به مقدار دین چیزی می‌افزودند تا مدت آن زیاد شود. اما به نظر علامه حلی این شرط به دلیل عدم مخالفت با کتاب و سنت جایز است^(۴) و حق هم همین است، زیرا در صورتی شرط باطل است که موجب ربا و سود بیشتر برای قرض دهنده باشد، ولی این شرط مستلزم چنین امری نیست. از سوی دیگر تشبیه آن به ربای جاهلیت درست نمی‌نماید، زیرا در ربای جاهلیت در قبال ازدیاد مدت به مقدار دین چیزی اضافه می‌شد، ولی در این حیل چیزی به مقدار طلب طلبکاران اضافه نمی‌شود. البته در یک صورت این شرط صحیح نیست و آن این که طلبکار شرط کند به ازای اضافه شدن مدت پرداخت دین، از رهن استفاده کند. چنین شرطی چون مصداق «کل قرض یجرّ فیه منفعة فهو حرام» می‌باشد، جایز نبوده و حرام است.

۲- جواز تقاص از وثیقه

هرگاه رهن فوت کند ولی ورثه او منکر دین شوند، یا رهن منکر دین شود و مرتهن دلیلی بر اثبات طلب خود از او نداشته باشد، مرتهن برای گرفتن حشش می‌تواند متوسل به حیل‌ای شود و آن این که از عین مرهونه تقاص کند. یعنی عین مرهونه را بفروشد و حشش را از آن استیفاء نماید و بقیه را به رهن یا ورثه او برگرداند.^(۵)

این حیل جایز و مشروع و سبب ابطال حق و اثبات باطل نیست. روایات نیز بر جواز

۱- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۷ کتاب رهن ص ۹۰.

۲- ابن براج، جواهر الفقه چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۵ ص ۹۶.

۳- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۲۴۹.

۴- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۲۲.

۵- شهید اول، الدروس چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۷ ص ۱۳۶، محدث بحرانی، الحقائق ج ۲۰ ص ۲۶۴.

تقاص دلالت دارد.^(۱) در قانون مدنی در مورد تقاص از وثیقه ماده‌ای نیامده است. اما در ماده ۷۷۹ ق.م.آمه: «هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و راهن هم برای فروش آن و اداء دین حاضر نگردد، مرتهن به حاکم رجوع می‌نماید تا اجبار به بیع یا اداء دین به نحو دیگر بکند.» براساس این ماده در صورتی که مدیون از پرداخت امتناع ورزد یا معسر شود، مرتهن برای استیفاء طلب خود از راه فروش عین مرهونه سه راه دارد: الف - اقدام به فروش عین مرهونه در صورتی که برای انجام این کار وکالت داشته باشد. ب - رجوع به راهن و فروش مال مرهون به وسیله او. ج - رجوع به حاکم و اجبار راهن به فروش.

به نظر می‌رسد ماده مزبور ناظر به موردی است که راهن از اداء دین امتناع ورزیده یا معسر شود، اما در صورت انکار دین و عدم اثبات آن توسط طلبکار، حق تقاص برای مرتهن مشروع و ثابت است.^(۲)

۳- شرط ضمانت مرتهن در عقد رهن

اگر راهن به امین بودن مرتهن نسبت به عین مرهونه مطمئن نباشد و بترسد از این که ممکن است بعداً او ادعای هلاک و از بین رفتن آن را بکند، می‌تواند متوسل به حيله‌ای شود به این که در عقد رهن شرط ضمانت مرتهن را نماید چه در صورت تقصیر یا عدم آن. در ارتباط با صحت این حيله باید این نکته روشن شود که آیا شرط ضمان بر مرتهن صحیح است؟ به نظر بعضی از فقهاء از جمله ابوحنیفه،^(۳) مالک،^(۴) و آیه الله بجنوردی^(۵)

۱- شیخ طوسی، الاستبصار، ج ۳ ص ۵۱ و تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۱۷۸ حدیث ۴۱.

۲- رجوع کنید به مبحث جواز تقاص دین.

۳- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۲۵۷ فصل ۳۳۸۵، فقال، حلیة العلماء ج ۴ ص ۴۵۸ و ۴۵۹.

۴- همان.

۵- بجنوردی، القواعد الفقہیة ج ۳ ص ۲۴۰.

این شرط صحیح است، اما به نظر بسیاری از فقهاء امامیه^(۱) و عامه^(۲) مرتهن امین است و ید او امانی محسوب می شود. بنابراین اگر عین مرهونه بدون تعدی و تفریط در دست او تلف شود، ضامن نیست. ماده ۷۸۹ قانون مدنی نیز مقرر می دارد: «رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود مگر در صورت تقصیر.»

شیخ انصاری در استدلال بر آن به دو دلیل تمسک جسته است: الف - این که شرط مخالف با کتاب است. ب - این که شرط مخالف با مقتضای عقد رهن که عدم ضمان است، می باشد.^(۳)

به نظر می رسد هر دو دلیل قابل خدشه است زیرا اولاً: در آیه شریفه ۲۸۳ سوره بقره عبارت «فرهان مقبوضه» به این معنا است که رهن نزد مرتهن وثیقه است و این مقتضای عدم ضمان او نیست. نیز عبارت «فان امن بعضکم بعضاً فلیؤد الذی او تمن امانته» دلالت دارد بر این که اگر طلبکار رهن گرفت، عین مرهونه نزد او امانت است و ید او امانی است، ولی مفهوم آن این نیست که شرط ضمان بر او مخالف با کتاب است.

به عبارت دیگر: ید امانی موجب ضمان نیست نه این که موجب عدم ضمان هم باشد تا گفته شود که شرط ضمان مخالف با امانی بودن ید مرتهن است. بنابراین اگر در عقد رهن شرط ضمان نشود مرتهن ضامن نیست ولی این بدان معنا نیست که اگر شرط ضمان شود، خلاف شرع است. ثانیاً: مقتضای عقد رهن همان گونه که در تعریف آن آمده

۱- شیخ طوسی، المبسوط چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۳۷ ص ۱۰۲، ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله... ج ۱۶ ص ۳۱، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۳۴، شهید اول، لمعه ص ۱۳۲، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۱۷۴ به بعد.

۲- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۳۷، قفال، حلیه العلماء ج ۴ ص ۴۵۸، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۲۴۹ فصل ۳۳۶۴.

۳- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۴۰.

عبارت است از وثیقه دین که «به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می دهد» (ماده ۷۷۱ ق.م) و هر چیزی که رهن را از این اقتضاء خارج کند خلاف مقتضای عقد محسوب می گردد. به علاوه عقد رهن فی نفسه مقتضی ضمان مرتهن نسبت به عین مرهونه نیست ولی مقتضی عدم ضمان هم نیست. بنابراین شرط ضمان منافاتی با مقتضای عقد رهن نداشته و صحیح است.

۴- شرط مبیع شدن وثیقه ...

هرگاه طلبکار در اداء دین توسط مدیون تردید نماید، برای این که در استیفاء حق خود مطمئن شود متوسل به حيله ای شود به این که شرط کند اگر بدهکار طلبش را تا فلان مدت پرداخت نکرد وثیقه نزد او به عنوان مبیع از بابت دین محسوب گردد، یا رهن چنین شرطی بنماید. به نظر فقهاء^(۱) و فقهای عامه^(۲) شرط صحیح نبوده، در نتیجه هم رهن باطل است و هم بیع.

بطلان رهن به این دلیل است که نمی توان آن را موقت به وقتی نمود و بطلان بیع از این روست که تعلیق آن بر انقضاء اجل و فرا رسیدن زمان پرداخت دین سبب فساد آن می شود. به تعبیر صاحب جواهر: رهن باطل است چون معلق بر زمان شده و این با وثیقه بودن آن منافات دارد اگرچه مدت آن بیشتر از مدت دین باشد. از طرف دیگر بیع باطل است چون صحت بیع متوقف است بر تحقق سبب آن یعنی صیغه ایجاب و قبول

۱- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسلة الینایع الفقهیه ج ۱۵ ص ۱۴۷ و ۱۵۰، ابن براج، المذهب چاپ در سلسلة ... ج ۱۵ ص ۱۰۲، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسلة ... ج ۱۵ ص ۱۷۴ و ۱۷۵، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۳۷، شهید اول، الدروس چاپ در سلسلة ... ج ۳۷ ص ۱۲۷، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۸۸، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۲۲۶ و ۲۲۷.

۲- سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۴۳.

به نحو منجز. (۱)

به نظر بعضی از حقوقدانان (۲) اگر در عقد رهن شرط شود هرگاه طلب مرتهن تا موعد معین پرداخت نکرده، مورد رهن از آن او باشد یا به صورت شرط نتیجه در برابر طلب به ملکیت او درآید، مفاد چنین شرطی همان نتیجه‌ای است که سرمایه‌داران و رباخواران در بیع شرط می‌گرفتند و در برابر وامی که به صاحب ملک می‌دادند، ملکی را که چندین برابر آن ارزش داشت به طور صوری می‌خریدند و در واقع تصاحب می‌کردند. تدوین مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و ایجاد عنوان «معامله با حق استرداد» و سلب اثر تملیکی از «بیع شرط» برای جلوگیری از چنین تقلبی نسبت به قانون صورت گرفت.

حال اگر مرتهن یا رهن شرط کند در صورتی که دین پرداخت نشد مرتهن عین مرهونه را بفروشد و طلب خود را استیفاء نماید، به نظر همه فقهاء (۳) جایز است. در ماده ۷۷۷ ق.م.آمه: «در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علیحده ممکن است رهن مرتهن را وکیل کند که اگر در موعد مقرر رهن قرض خود را اداء ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند...»

در ماده ۷۷۸ ق.م.آمه: «اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد، باطل است.» زیرا هدف اصلی از عقد رهن این است که مرتهن بتواند در صورت عدم تأدیه دین، با فروش عین مرهونه طلب خود را استیفاء کند و شرط خلاف آن مخالف مقتضای عقد است.

حیله دیگر این که رهن ابتداء مالی را که می‌خواهد گرو بگذارد، به همان مبلغی که

۱- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۲۲۶ و ۲۲۷.

۲- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی (دوره عقود معین - ۳) ج ۳ ص ۵۲۹.

۳- از جمله شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله... ج ۳۷ ص ۳۷ و المبسوط چاپ در سلسله... ج ۳۷ ص ۷۱،

ابن براج، المذهب چاپ در سلسله... ج ۱۵ ص ۱۱۰، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۵۵، فقال، حلیه العلماء ج ۴

ص ۴۶۲، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۷۵.

می‌خواهد از کسی قرض کند، به او بفروشد. آنگاه به او بگوید: اگر تا فلان مدت ثمن آن را پرداخت نمودم میباید را مسترد کن والا میباید از آن توست. در این صورت اگر مدیون دینش را تا مدت معین شده اداء نکرد میباید به ملکیت خریدار (مقرض) درمی‌آید. ابن قیم معتقد است این حیلۀ مشروع بوده و متضمن تحریم حلال و تحلیل حرام نیست.^(۱) در واقع حیلۀ مزبور را می‌توان این‌گونه فرض کرد: کسی می‌خواهد مبلغی را قرض کند، ابتداء مالی را به مقرض به همان مبلغی که می‌خواهد قرض کند می‌فروشد مشروط بر این‌که اگر تا فلان مدت ثمن آن را مسترد نکرد، میباید از آن خریدار (مقرض) باشد. به نظر می‌رسد این حیلۀ شبیه بیع شرط است و در صورتی مشروع است که مقصود طرفین از آن انجام معامله‌ای صوری و به منظور گرفتن سود از مقرض نباشد.

گفتار دوم - در شرکت^(۲)

۱- در سود و ضرر

به اتفاق همه فقهاء در شرکت باید سود و ضرر بین شرکاء مشترک باشد، چون اطلاق عقد شرکت مقتضی آن است که سود و ضرر نسبت به مال شرکاء تقسیم شود. در ماده ۵۷۵ ق.م. آمده: «هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهم می‌باشد، مگر این‌که برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد.» بنابراین اگر در شرکت برای یکی از شرکاء در مقابل انجام عملی بیشتر، سهم زیادتری از سود شرط شود، اشکالی ندارد.

حال با فرض تساوی سرمایه و کار ممکن است یکی از دو شریک برای دستیابی به سود بیشتر و یا ضرر کمتر متوسل به حیلۀ ای شود به این‌که از ابتداء سود بیشتر و

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۷۵ و ۳۷۶.

۲- شرکت عبارت است از اجتماع حقوق چند نفر در یک چیز به نحو مشاع. محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۴ ص ۳۷۴.

ضرر کمتر را شرط کند. در مورد صحّت یا عدم صحّت این شرط بین فقهای امامیه اختلاف نظر است. برخی از فقهاء^(۱) معتقدند که هم شرکت باطل است و هم شرط، بلکه ابن زهره بر آن ادعای اجماع کرده است.^(۲)

دلیلشان این است که در شرکت باید سود و ضرر به مقدار رأس المال و سرمایه طرفین تقسیم گردد و مقتضای عقد شرکت نیز همین است. به علاوه شرط مزبور که به دنبال خود سود زیادتری را برای شریک می آورد، نوعی اکل مال به باطل می باشد چون این زیادی در مقابل عوض نیست. فقهای عامه نیز جزابوحنیفه باین شرط مخالفند.^(۳) بعضی از فقهاء^(۴) معتقدند که شرکت صحیح ولی شرط باطل است.

عده ای دیگر از علماء^(۵) معتقدند که هم شرکت صحیح است و هم شرط. مستندشان علاوه بر اجماعی که سیدمرتضی در الانتصار^(۶) و علامه حلی در تذکرة^(۷)

۱- شیخ طوسی، التّهایه چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۷ ص ۱۱ و الخلاف چاپ در سلسله ... ج ۳۷ کتاب شرکت مسئله ۹ ص ۶ و ۷، ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۰، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۲۱، ابن براج، جواهر الفقه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۱۵، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۷۵، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۸ ص ۲۴ و ۲۵.

۲- ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۲۱.

۳- ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۱۸ و ۱۹، ابن حزم، المحلّی ج ۸ ص ۱۲۴ و ۱۲۵، زیلعی، تبیین الحقائق ج ۳ ص ۳۱۸، جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۳ ص ۷۸ تا ۸۴، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۷۸.

۴- حلبی، الکافی فی الفقه چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۷ ص ۹، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۲۶، هذلی، جامع الشرایع چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۴۳.

۵- سید مرتضی، الانتصار ص ۲۲۷ و ۲۲۸، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۴۷ و مختلف، ۴۷۹ و ارشادالاذهان چاپ در سلسله ... ج ۳۷ ص ۳۳، فخر المحققین، ایضاح الفوائد ج ۲ ص ۳۰۱، ملامحسن فیض، مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۸۴.

۶- سید مرتضی، الانتصار ص ۲۲۸.

۷- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۲ ص ۲۲۵.

ادعا کرده‌اند، عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منکم» است. در اینجا نیز طرفین بر این شرط تراضی کردند و به دلیل «المؤمنون عند شروطهم»^(۱) باید به آن عمل شود.

افزون براین عقد شرکت اساساً بر مبنای توافق و تراضی طرفین شکل می‌گیرد. بنابراین اگر یکی از دو طرف سود بیشتر یا ضرر کمتری را شرط کردند، شرط صحیح بوده و خلاف مقتضای عقد شرکت نیست و به گفته صاحب مفتاح الکرامة^(۲) این شرط به اصول مذهب شبیه‌تر است.

حال اگر یکی از دو شریک به حيله‌ای متوسل شود به این‌که شرط کند در سود با هم مشارکت داشته باشند ولی ضرر به عهده او نباشد. در این مورد نیز اقوال مختلف است. به نظر برخی از فقهاء^(۳) این شرط صحیح است. مستندشان علاوه بر آنچه که قبلاً مطرح شد، صحیحه رفاعه است. روایت چنین است: «سألت ابالحسن موسی (ع) عن رجل شارك رجلاً فی جاریة له وقال: ان ربحنا فیها فلک نصف الربح وان کانت وضیعة فلیس علیک شیء، فقال (ع): لا یری بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجاریة»^(۴)

محقق حلی ابتداء در مورد این شرط تردید می‌کند ولی می‌گوید: روایت بر جواز آن دلالت دارد،^(۵) اما ابن ادریس^(۶) معتقد است این شرط مخالف با اصول مذهب است زیرا خسران و ضرر باید به مقدار سرمایه طرفین باشد.

۱- شیخ طوسی، الاستبصار ج ۳ ص ۲۳۲ حدیث ۸۳۵ و تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۳۷۱ حدیث ۱۵۰۳.

۲- حسینی عاملی، مفتاح الکرامة ج ۷ ص ۴۰۶.

۳- سیدمرتضی، الانتصار ص ۲۲۸، شیخ طوسی، التّهایة چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۱۳ ص ۱۰۱، آیه‌الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۶ ص ۳۰۲ و ۳۰۳.

۴- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۳ کتاب الشریکه باب ۱ حدیث ۸.

۵- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۳۷۵.

۶- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۱۴ ص ۳۷۳.

به نظر فقهای عامه نیز شرط باطل است و به گفته ابن قدامه هیچ کس از اهل علم در این مورد مخالفتی ندارد.^(۱)

با توجه به روایاتی که صراحتاً دلالت دارد بر این که در عقد شرکت سود و ضرر بر هر دو شریک وارد می شود،^(۲) آنچه در ارتباط با صحت یا عدم صحت این دو شرط^(۳) می توان گفت این که اگر منظور از این شروط این باشد که با وجود تساوی شرکاء در مقدار سرمایه، یکی از آن دو سود بیشتری را بدست آورد و یا ضرر کمتری را تقبل کند و یا اصلاً هیچ ضرری را متقبل نشود، قطعاً چنین شرطی صحیح نیست، زیرا سود و ضرری که ایجاد می شود شرعاً و عقلاً و عرفاً تابع مال بوده و متعلق به صاحب سرمایه است و اگر شرطی خلاف آن بشود، باطل است، چون خلاف مقتضای عقد شرکت که مبتنی بر مشارکت شرکاء در سود و ضرر مال الشریکه است، بوده و به تعبیر امام خمینی با عقل و حکم عقلاء و بلکه با شرع منافات دارد.^(۴)

اما اگر منظور از دو شرط مزبور این باشد که یکی از دو شریک (یعنی مشروط علیه) بارضایت خاطر و طیب نفس مقداری از سود را که در مال او به وجود آمده به شریک دیگر منتقل کند و یا از مال خودش خسارت شریک را جبران نماید، اشکال و مانعی در صحت این شروط نبوده و با مقتضای عقد شرکت و نیز حکم عقلاء مخالفتی ندارد. صحیحه رفاعه نیز دلالت بر همین معنا دارد، زیرا امام (ع) فرمود: اگر صاحب جاریه راضی به این شرط بشود و حاضر باشد که از مال خودش خسارت را جبران کند، اشکالی ندارد.

۱- ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۲۲.

۲- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ کتاب الشریکه باب ۱ حدیث ۱ و ۳ و ۴ و ۶ و ۷.

۳- یکی تفاوت در سود و ضرر با وجود تساوی مالها و دیگری شراکت در سود و عدم تحمل خسارت توسط یکی از آن دو.

۴- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۱۸۹ و ۱۹۰.

۲- شرط تأجیل

از آنجایی که شرکت عقدی جایز است به نظر فقهاء شرط تأجیل در آن جایز نیست و هریک از شرکاء هر موقع که بخواهند می‌توانند عقد را فسخ کرده و از یکدیگر جدا شوند. علامه حلی گوید: شرط تأجیل در عقد شرکت آن را «لازم» نمی‌کند، بلکه اثرش فقط این است که هریک از آن دو بعد از مدت معین اجازه تصرف در مال مشترک را ندارند مگر با اذنی جدید، هر چند که قبل از آن مدت نیز هریک از آن دو می‌توانند عقد شرکت را فسخ کنند.^(۱)

محقق کرکی^(۲) و شیخ یوسف بحرانی^(۳) نیز با نظر علامه حلی موافقت. حال برای این که بتوان شرط تأجیل را در عقد شرکت لازم‌الوفاء کرد، بعضی از فقهاء از جمله سید ابوالحسن اصفهانی^(۴) راه حلی را مطرح کرده‌اند و آن این که طرفین شرط مزبور را ضمن عقد لازمی مثل بیع و اجاره و غیره قرار داده و به این وسیله لازمش کنند. در این صورت باید به این شرط عمل کرد و طرفین تا مدتی که عقد باقی است، حق فسخ شرکت را ندارند، زیرا به نظر بسیاری از فقهاء شرط جایز در ضمن لازم، لازم می‌شود، جز شهید اوّل که معتقد است شرط جایز عقد لازم را نیز جایز می‌کند.^(۵) در ماده ۵۷۸ ق.م.آمه: «شرکاء همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند مگر این که اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در این صورت مادام که شرکت باقی است حق رجوع ندارند.»^(۶)

۱- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۸۰.

۲- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۷ ص ۲۳ و ۲۴.

۳- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۱ ص ۱۶۸.

۴- اصفهانی، وسیلة التّجاة ج ۲ ص ۸۳.

۵- شهید اوّل، الدروس چاپ در سلسله الینابیع الفقهیّه ج ۳۷ ص ۱۹ کتاب دین و اللّمعه ص ۱۳۱.

۶- البته حکم مزبور در مورد شرکتهای مدنی است و در شرکتهای تجاری از این قاعده دقیقاً پیروی نمی‌شود.

ر.ک: ماده ۱۱۴، ۱۳۶، ۱۶۱ ق.ت و نیز ماده ۱۹۹ اصلاحیه قانون تجارت.

در ماده ۵۸۶ ق.م.آمه: «اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هر یک از شرکاء هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند.» مفهوم مخالف این ماده لزوم وفاء به شرط مدت در شرکت ضمن عقد لازم است.

گفتار سوم - در ودیعه^(۱)

الف - هرگاه وَدَعی منکر ودیعه شود، قولش با قسم مورد قبول است چون وی منکر بوده و اصل برائت مقتضی آن است که چیزی بر عهده او نباشد، اما اگر قبل از سوگند او مودِع بینه اقامه کند که ودیعه نزد وَدَعی بوده است، در این صورت به اتفاق همه فقهاء امامیه^(۲) و عامه^(۳) وَدَعی ضامن است چون با انکار خود خیانت کرده و متعدی و متجاوز است و ید امانی او به ید عدوانی تبدیل می شود.

هرگاه بعد از اقامه بینه وَدَعی بگوید که ودیعه پیش از انکار من تلف شده، حرف او شنیده نمی شود زیرا این ادعاء با انکار او منافات دارد مگر آن که وَدَعی از استدعاء چنین بگوید: اصلاً مالک چیزی نزدش ندارد یا بگوید: نزد من ودیعه ای که بتواند مرا ملزم به ردّ عوض آن کند ندارد و... در این صورت اگر هم مودِع بینه اقامه کند براین که ودیعه نزد وَدَعی بوده است، وَدَعی ضامن نیست زیرا در اینجا او در حکم مدعی

۱- ودیعه عبارت است از «نائب گرفتن در حفظ» (شهید اول، اللّٰمعة الدمشقیة ص ۱۴۷) به این معنا که کسی چیزی را به عنوان امانت نزد دیگری بگذارد تا آن را حفظ کند.

۲- از جمله: شیخ طوسی در المبسوط چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۳۷ ص ۱۲۸، محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۴۰۶ و ۴۰۷، علامه حلی در قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۱۷ ص ۱۵۲، ابن براج در جواهر الفقه چاپ در سلسله... ج ۱۷ ص ۱۱۹، شهید اول در لمعه ص ۱۴۸، شهید ثانی در شرح لمعه ج ۴ ص ۲۴۸ و ۲۴۹ و محقق کرکی در جامع المقاصد ج ۶ ص ۴۰.

۳- سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۱۷۳، زلیعی، تبیین الحقائق ج ۵ ص ۷۹، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۳ ص ۳۸۲، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۵ ص ۴۸ و ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۷۳.

تلف بوده و چون امین است قولش با قسم پذیرفته می شود. چرا که ممکن است در واقع بدون تعدی و تفریط مال نزد وی تلف شده و صاحب مال هیچ حقی بر وی نداشته باشد. بنابراین در فرض مزبور کلام وی با بینه ای که مالک اقامه می کند، منافاتی ندارد. در ماده ۶۱۴ ق.م.آمه: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی باشد مگر در صورت تعدی یا تفریط.»

حال اگر در موردی که وَدعی منکر ودیعه شده و مودع نیز بینه اقامه کرد بر این که ودیعه نزد او بوده است برای این که وَدعی ضامن نشود متوسل به حيله اش شود به این معنا که برای انکارش تأویلی ذکر کند. مثلاً بگوید: مقصودم از این که گفتم ودیعه ای نزد من نیست این بود: ودیعه ای که بتواند مرا ملزم به رد آن کند یا مرا ضامن آن قرار بدهد، نزد من ندارد. در این صورت به نظر علامه حلی^(۱) و شهید ثانی^(۲) تأویلش پذیرفته می شود. به گفته شهید ثانی، شهید اول نیز همین رأی را در برخی از تحقیقاتش اختیار کرده است. آنچه در خصوص این حيله می توان گفت این است که تأویل فوق در صورتی از وَدعی قابل قبول است که وی واقعاً منکر ودیعه نشده باشد اما وقتی که صراحتاً و از ابتداء منکر ودیعه شود، چگونه می توان این گونه تأویلهای و توجیهات را از او پذیرفت؟! و به چه دلیل می توان گفت که این گونه تأویلهای دلیلی است بر عدم انکار اصل ودیعه؟؟؟ به علاوه وقتی کسی منکر اصل ودیعه شود دیگر ابهامی نمی ماند تا برای انکار او تأویل و توجیهی قائل باشیم. صاحب جواهر گوید: بعد از این که ودعی اصل ودیعه را منکر شد نمی توان تأویل او را پذیرفت.^(۳)

ب - به نظر فقهاء امامیه^(۴) اگر وَدعی ادعا کند که ودیعه را به مالک رد کرده، قولش

۱- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله البناهی الفقهیه ج ۱۷ ص ۱۵۲.

۲- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۲۴۸ و ۲۴۹.

۳- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۱۵۰.

۴- از جمله: محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۴۰۶، شهید اول و شهید ثانی در شرح لمعه ج ۴ ص ۲۵۰ و

۲۵۱، آیه الله نجفی در جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۱۴۸.

با سوگند پذیرفته می‌شود، هرچند او مدّعی رد و مالک منکر آن است. دلیل آن این است که وَدّعی براساس آیه شریفه «و ما علی المحسنین من سبیل...»^(۱) محسن بوده و فعلش نسبت به مالک صرفاً احسان و به مصلحت وی می‌باشد. از این رو در چنین موردی دلیلی وجود ندارد که او مال را به مالک رد نکرده باشد و اگر هم شکمی وجود داشته باشد اصل مقتضی آن است که ذمه وی از آن بری باشد. البته همان‌طوری که شهید ثانی^(۲) و صاحب جواهر^(۳) گفته‌اند حکم مذکور در صورتی است که وَدّعی ادّعا کند و دیعه را به مالک که او را امین دانسته رد کرده است اما اگر مدعی شود مال را به غیر او مانند وارث مالک رد کرده و وارث منکر آن باشد، وَدّعی موظف است برای اثبات ادّعایش بینه اقامه کند زیرا اصل عدم رد است، به علاوه این‌که وارث او را امین قرار نداده است. حال اگر در مورد مزبور وَدّعی واقعاً و دیعه را به وارث رد کرده باشد ولی چون بر آن شاهد نگرفته بترسد از این‌که ممکن است بعداً وارث منکر رد شود، به نظر ابن‌قیم^(۴) می‌تواند متوسّل به حيله‌ای شود به این‌که ادعا کند و دیعه بدون تفریط تلف شده است و اگر او را سوگند داده‌اند به نحو توریه بر آن قسم یاد کند.

به نظر می‌رسد حيله فوق از آنجایی که متضمّن تدلیس و نیرنگ نیست، شرعاً اشکالی نداشته و موجب تحریم حلال و تحلیل حرام نمی‌باشد. هم‌چنین است در موردی که اگر وَدّعی به وجود و دیعه نزد خود اقرار کند ممکن است ظالمی آن را از دستش برباید، در این صورت می‌تواند به نحو توریه سوگند یاد کند که نزد او و دیعه‌ای نیست.^(۵) به نظر ابن‌ادریس^(۶) و آیه‌الله سید ابوالحسن اصفهانی^(۷) اگر سوگند یاد نکنند و مال را

۱- توبه / ۹۱.

۲- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۲۵۱.

۳- آیه‌الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۱۴۸.

۴- ابن‌قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۸.

۵- صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله البناایع الفقهیه ج ۱۷ ص ۱۳۱، علامه حلی، قواعد الاحکام

چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۱۵۲.

تسلیم ظالم نماید، ضامن است. البته همان طوری که قبلاً هم گفته شد کسی که توریه می‌کند باید به گونه‌ای باشد که از کذب در امان بوده و آگاه به شرایط سوگند توریه‌ای باشد.

گفتار چهارم - در وکالت^(۸)

۱- خریدن مال موکل برای خود

هرگاه کسی وکیل شود تا برای موکل خود معامله‌ای نماید اما موکل بترسد از این که ممکن است وکیل در غیاب او از وکالت استعفاء داده^(۹) و به نفع خود معامله کند.^(۱۰) راه چاره چیست؟ و چگونه موکل می‌تواند خود را از این مخمصه نجات دهد؟ به نظر این قیم موکل می‌تواند از ابتداء با وکیل خود شرط کند و حق خریداری کالا برای خود را از او سلب نماید و وکیل هم بپذیرد. این شرط جایز و مشروع بوده و موجب

۶- ابن ادریس، السرایر، چاپ در سلسله... ج ۱۷ ص ۱۳۳.

۷- اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۶۸.

۸- وکالت اسم است از ماده توکیل و در لغت به معنای تفویض و واگذاری کار به دیگری است (طریحی، مجمع البحرین ج ۶ ص ۴۹۶) و در اصطلاح فقهاء عبارت است از «نایب گرفتن در تصرف» (شهید اول، اللمعة ص ۱۵۹) که به موجب آن انسان دیگری را برای انجام کاری نایب خود می‌کند.

۹- براساس ماده ۶۷۸ ق.م وکالت با استعفای وکیل مرتفع می‌شود.

۱۰- به نظر فقهاء امامیه (آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۳۵۶) و عامه (ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۱۲۳، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۳ ص ۳۵۶، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۳۲) وکالت عقدی جایز است و وکیل هر موقع که بخواهد چه در حضور و چه در غیاب او می‌تواند خود را از وکالت عزل کند اما به نظر فقهای حنفی (زیلعی، تبیین الحقایق ج ۴ ص ۲۶۳ و ۲۸۷، ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار علی الدر المختار ج ۴ ص ۴۱۶، ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار ج ۲ ص ۱۶۳، میدان، اللباب فی شرح الکتاب ج ۲ ص ۱۴۹) وکیل نمی‌تواند در غیاب موکل خود را از وکالت عزل کند. به نظر آنها کسی که وکیل شده تا چیزی را برای موکل خود بخرد، نمی‌تواند آن برای خود خریداری کند زیرا این امر سبب تغیر و فریب موکل که به او اعتماد کرده، می‌باشد.

ابطال حق یا اثبات باطل نیست.^(۱)

در ماده ۶۶۳ ق.م.آمه: «وکیل نمی‌تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد.» برای این‌که موکل مطمئن شود وکیل از وکالت استعفا نمی‌دهد، می‌تواند در ضمن عقد لازمی شرط عدم عزل او را بنماید.

اگر کسی شخصی را وکیل کرد تا مالی را از طرف او بفروشد، آیا وکیل می‌تواند آن را به‌خودش بفروشد؟ به‌نظر بسیاری از فقهای امامیه^(۲) و عامه^(۳) چنین معامله‌ای جایز نیست چون وکیل متهم است به این‌که تلاش لازم و کافی در فروش کالای موکل خود نمی‌کند و نمی‌تواند مصلحت او را رعایت کند. به‌علاوه این‌که وکالت ناظر به معامله با دیگران است، اما به‌نظر بعضی از فقهاء^(۴) با توجه به روایات و این‌که اطلاق وکالت شامل معامله با خود وکیل نیز می‌شود، عقد را نافذ دانسته‌اند.

بعضی از فقهاء از جمله محقق حلی^(۵) و آیه الله اصفهانی^(۶) در این‌که وکیل بتواند دوطرف عقد را عهده‌دار شود تردید کرده‌اند. صاحب جواهر در مورد علت تردید گوید: آنچه از ادله استفاده می‌شود این است که باید بین موجب و قابل تغایر باشد که در این جا

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۶۰.

۲- محقق اردبیلی معتقد است که این قول مشهور فقهاء امامیه است. (مجمع الفائدة و البرهان ج ۹ ص ۵۶۱).

۳- ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۱۲۳، دردیر، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ۳ ص ۳۴۸، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۲۴، فقال، حلیة العلماء ج ۵ ص ۱۲۷، نووی، المجموع شرح المذهب ج ۱۴ ص ۲۳۳،

کاسانی، بدایع الصنائع ج ۶ ص ۲۸، ابن عابدین، حاشیه ردالمحتاب علی الدر المختار ج ۴ ص ۴۰۸.

۴- علامه حلی، تذکرة الفقهاء ج ۲، کتاب وکالت، نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ از ص ۴۲۹ تا ۴۳۰، یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۱۳۱ و ۱۴۹.

۵- محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۴۳۸.

۶- اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۲۵۶.

چنین امری تحقق پیدا نمی‌کند.^(۱) برخی از فقهاء از جمله شهید اوّل در دروس نیز در این مورد قائل به کراهت شده‌اند.^(۲)

اما به نظر بعضی از فقهاء از جمله علامه حلی^(۳)، شهید ثانی^(۴) و به گفته صاحب جواهر به اجماع فقهاء متأخر^(۵) وکیل می‌تواند دو طرف عقد را به عهده گیرد و تغایر در موجب و قابل اعتباری است. بنابراین وکیل می‌تواند هم فروشنده باشد و هم خریدار و این هیچ اشکالی به عقد وارد نمی‌کند. البته این در صورتی است که موکل به وکیل اجازه دهد که می‌تواند مال خود را به خودش بفروشد، در این صورت معامله نافذ است.^(۶) چنانچه در ماده ۱۰۷۲ ق.م. به عنوان مصداقی از قاعده کلی مقرر می‌دارد: «در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود، وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند، مگر این که اذن صریحاً به او داده شده باشد.»

حال در موردی که وکیل اذن صریح از موکل ندارد برای این که بتواند آن را به خودش بفروشد به نظر برخی از جمله مالک^(۷) وی می‌تواند آن را به دیگری بفروشد سپس از او بخرد. به نظر می‌رسد این حيله جایز و مشروع نباشد، زیرا وکیل در این صورت چون می‌داند که بعداً همان را از او می‌خرد، متهم بوده و در فروش مال موکل تلاش لازم و کافی را

۱- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۴۲۹ و ۴۳۰.

۲- بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۱۸ ص ۳۳، بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۶ ص ۳۲.

۳- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۱۶ ص ۶۳.

۴- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۳۸۵ و ۳۸۶.

۵- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۴۲۹ و ۴۳۰.

۶- به نظر بعضی از حقوقدانان بیم خارج شدن وکیل از حدود امانت و حمایت از حقوق موکل ایجاب می‌کند که معامله وکیل با خود محدود به موردی شود که موکل به او اجازه داده یا شخصیت و ابتکار وکیل مؤثر در عقد نباشد. کانونیان، حقوق مدنی (عقود معین - ۳) ج ۳ ص ۱۶۸.

۷- ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۳۰۱.

نمی‌کند و مال را به قیمت واقعی‌اش نمی‌فروشد. احمد بن حنبل^(۱)، شافعی^(۲) و ابن قیم^(۳) نیز معتقدند این حيله مشروع نیست. به علاوه این عمل وکیل عرفاً نوعی خدعه و نیرنگ نسبت به موکل است مگر این‌که مال را به قیمت واقعی بفروشد و مراعات مصلحت موکل را بنماید تا در معرض تهمت نباشد.

۲- شهادت وکیل

به نظر فقهای امامیه^(۴) و عامه^(۵) شهادت وکیل به نفع موکل خود صحیح نیست زیرا متهم است که به حق شهادت ندهد، اما برای تجویز آن فقهاء^(۶) راه حلی را مطرح کرده‌اند به این‌که موکل وکیلش را قبل از خصومت از وکالت عزل کند و پس از شهادت او را دوباره وکیل خود نماید. در این صورت وکیل متهم نیست زیرا با عزل وکیل از وکالت نه دشمن موکل دشمن اوست تا به ضرر او شهادت دهد و نه این‌که شهادتش نفعی برای او دارد. البته صحت حيله مزبور در صورتی است که عزل وکیل به نحو صوری و به تبانی با موکل نباشد. در ارتباط با بحث فوق بجاست به این مورد هم اشاره شود که بعضی از فقهاء از جمله شیخ طوسی در نهایت در بحث شهادت پدر به نفع فرزند یا شهادت برادر به نفع برادر یا شهادت زن به نفع شوهر و بالعکس، برای این‌که شاهد از اتهام بدور باشد، «ضمیمه عدل» را شرط کرده‌اند ولی به نظر شهید اول،

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۶۰.

۲- به نقل از ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۳۰۱.

۳- اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۶۰.

۴- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۷ ص ۵۸۶ و ۵۸۷.

۵- زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۱۵۷.

۶- محقق کرکی معتقد است که این راه حل مورد اتفاق همه فقهاء است. جامع المقاصد ج ۸ ص ۲۴۷، ابن قیم

نیز این حيله را مشروع می‌داند. اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۸۲.

ضمیمه شرط نیست.^(۱)

۳- تأخیر تصرف وکیل

به نظر فقهای امامیه و شافعیّه^(۲) صیغه وکالت باید منجزاً واقع شود و صاحب حدائق^(۳) و صاحب جواهر^(۴) بر آن ادعای اجماع دارند.^(۵) حال اگر موکل به هر دلیل بخواهد تصرف وکیل را به تأخیر اندازد، می تواند وکالت را به طور منجز واقع کند ولی تصرف وکیل را معلق به شرط یا صفت نماید. مثلاً بگوید: تو وکیل من در زمان فروش خانه ای زمانی که فلانی از سفر برگردد، یا بگوید: تو را وکیل کردم در فروش خانه در ماه خرداد. در این صورت اصل صیغه یعنی ایجاب و قبول منجز می باشد ولی تصرف وکیل معلق است به آمدن فلان شخص یا رسیدن ماه خرداد. به نظر فقهای امامیه^(۶) و شافعیّه^(۷) این حيله جایز و مشروع بوده و موجب بطلان

۱- شهید اول، الدرر الشریعیه فی فقه الامامیه، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، ج ۲ ص ۱۴۴.

۲- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۲۳، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۳۵۰، نووی، المجموع (شرح المذهب) ج ۱۴ ص ۲۰۱.

۳- بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۲ ص ۱۰.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۳۵۲.

۵- البته به نظر علمای حنفی و حنبلی در عقد وکالت تنجیز شرط نبوده و تعلیق وکالت بر شرط صحیح است. (قفال، حلیه العلماء ج ۵ ص ۱۱۹، مغنی ابن قدامه ج ۵ ص ۵۴ و ۵۵، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۶ ص ۲۰، شیخ مرعی، غایه المنتهی ج ۲ ص ۱۴۷ به نقل از زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۵ ص ۷۳).

۶- از جمله: محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۴۲۵ و مختصر النافع ص ۱۵۴، علامه حلی در قواعد الاحکام چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۱۶ ص ۵۹، شهید اول در لمعه ص ۱۴۷، شهید ثانی در شرح لمعه ج ۴ ص ۳۶۹، محقق کرکی در جامع المقاصد ج ۸ ص ۱۸۰، ملامحسن فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع ج ۳ ص ۱۸۹، سیدجواد عاملی در مفتاح الکرامه ج ۷ ص ۵۲۷، و... .

۷- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۲۳، قفال، حلیه العلماء ج ۵ ص ۱۱۸ و ۱۱۹، زحیلی، الفقه الاسلامی و

وکالت نمی‌شود. صاحب حدائق^(۱) و صاحب جواهر^(۲) معتقدند که همه فقهاء در صحت و مشروعیت این حيله اتفاق نظر دارند، زیرا آنچه معلق شده «تصرف» است نه «وکالت»، هرچند اثر آن تعلیق وکالت باشد. افزون بر این تصرف زاید بر امر وکالت بوده و شرط تأخیر تصرف، اخلاقی به صحت آن که همان تنجیز است، وارد نمی‌کند. از طرف دیگر شرط تأخیر تصرف، شرطی است جایز ضمن عقد وکالت صحیح که بدون تعلیق واقع شده است.

۴- لزوم عقد وکالت

به اتفاق همه فقهاء عقد جایز وکالت را نمی‌توان لازم کرد، اما برای لزوم آن راه حلی وجود دارد: به نظر مشهور فقهاء می‌توان آن را به صورت شرط ضمن عقد لازمی مثل بیع و صلح و غیره قرار داد. در این صورت شرط صحیح و لازم الوفاء است. سید محمد کاظم یزدی طباطبائی در ملحقات عروة الوثقی گوید: مشهور فقهاء معتقدند که وکالت لازم می‌شود هرگاه ضمن عقد لازمی شرط شود.^(۳)

به نظر فقهای حنفی نیز وکالت با شرط لزوم ضمن عقد لازم، لازم می‌شود. در ماده ۶۷۹ ق.م.آمه: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر این که وکالت وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد»، اما شهید اول قائل به تفصیل است.

→ ادلته ج ۴ ص ۱۵۲ و ۱۵۳، نووی، المجموع شرح المذهب ج ۱۴ ص ۲۰۱، شیرازی، المذهب، ج ۱ ص ۳۵۰، دکتر وهبة الزحیلی گوید: به نظر همه فقهاء اگر وکالت منجز باشد ولی تصرف وکیل مشروط شود، جایز است و اشکالی در عقد ایجاد نمی‌کند. الفقه الاسلامی و ادلته ج ۵ ص ۷۳ و ۷۴.

۱- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۲ ص ۱۰.

۲- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۳۵۲.

۳- به نقل از مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۴ ص ۲۴۴ و ۲۴۵.

وی گوید: اگر شرط ضمن عقد لازم از نوع «شرط نتیجه»^(۱) باشد، به مجرد اجرای عقد بیع، لازم الوفاء می شود. مانند این که وکالت را ضمن عقد لازمی شرط کنند. مثلاً بایع به مشتری بگوید: این متاع را به تو می فروشم به این شرط که در فروش خانه ات وکیل باشم. به مجرد گفتن «قبلت» توسط مشتری هم «بیع» واقع می شود و هم «وکالت»، بدون این که به انشای صیغه وکالت نیازی باشد، اما اگر شرط از نوع «شرط فعل»^(۲) باشد، تحقق وکالت نیازمند به انشاء عقد دیگری است. مثل این که بایع ضمن عقد بیع بر مشتری شرط کند که وی را از جانب خود وکیل کند. در این صورت اگر مشروط علیه (مشتری) به شرط عمل نکرد مشروط له (بایع) به دلیل خیار تخلف شرط حق فسخ معامله را دارد.

«شهید اول» در بیان علت این تفصیل گوید: شرط نتیجه که عقد در تحققش کافی است جزئی از ایجاب و قبول بوده و در لزوم و جواز تابع آن دو است. به این معنا که اگر عقد لازم باشد عمل به آن نیز لازم است و الا وفای به آن لزومی ندارد. به خلاف شرط فعل که عقد در تحقق آن کافی نبوده و جدای از عقد سبب دیگری هم لازم دارد. در این صورت شرط کردن آن ضمن عقد لازم، آن را لازم الوفاء نمی کند، بلکه در صورت عدم وفاء به شرط به دلیل خیار تخلف شرط عقد لازم نیز جایز می شود.^(۳) سید محمدکاظم یزدی^(۴) نیز مفاد شرط فعل را فقط لزوم وکالت دادن می داند نه حفظ آن، پس اگر موکل پس از اعطای نیابت وکیل را عمل کند بر خلاف شرط کاری نکرده است. برخی از

۱- شرطی است که انشاء عقد بیع در تحقق یافتن آن کافی است، و به انشاء دیگری نیاز نیست. دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۰۶.

۲- شرط فعل عبارت است از شرطی که ضمن عقد بیع بر یکی از متعاقدین شرط شود، و انشاء عقد بیع برای تحقق یافتن آن شرط کافی نباشد و به انشاء دیگری نیاز افتد. دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۰۶.

۳- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۳ ص ۵۰۷.

۴- یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۱۲۲ مسئله ۱۴.

حقوقدانان^(۱) نیز معتقدند اگر قرینه خاصی بر قصد طرفین نسبت به حفظ وکالت وجود نداشته باشد، نظر فوق قابل تأیید است، زیرا آنچه ضمن عقد لازم شرط شده و از آن کسب لزوم می‌کند اعطای نیابت است نه ابقای آن. وکالت در خارج از عقد و به صورت مستقل واقع می‌شود و طبیعت خود را حفظ می‌کند؛ وکیل می‌تواند استعفاء دهد و موکل نیز حق دارد او را عزل کند.

به نظر شهید ثانی اگرچه تفصیل شهید اول نیکوست ولی اقوی این است شرطی که ضمن عقد لازم می‌شود، مطلقاً لازم‌الوفاء است چه شرط نتیجه باشد چه شرط فعل.^(۲) آنچه می‌توان گفت این‌که نظر اخیر صحیح‌تر است زیرا شرط فعل همان‌گونه که شیخ انصاری^(۳) گفته به خلاف شرط نتیجه که به تبع تحقق عقد اصلی واقع می‌شود، از خصوصیاتش این است که ضمن عقد بر یکی از متعاقدين یا شخص ثالثی انجام یا عدم انجام کاری شرط می‌شود، ولی هنگامی که به صورت شرط ضمن عقد بیاید بر مشروط علیه واجب است آن را وفاء کند. به علاوه شرط فعل نیز مانند شرط نتیجه هرگاه ضمن عقد بیاید جزئی از ایجاب و قبول است و بالزوم عقد لازم می‌شود. یعنی مشروط علیه ملزم و متعهد است عقد وکالت را، هر چند با انشاء دیگر منعقد نماید و حق تخلف از آن را ندارد. به عبارت دیگر به واسطه شرط ضمن عقد مشروط علیه حق ندارد به شرط وفاء نکند تا برای بایع خیار تخلف شرط ثابت شود. بنابراین «شرط توکیل در عقد لازم نشانه این است که طرفین می‌خواسته‌اند وکالتی که داده می‌شود الزام‌آور باشد و گرنه دلیلی نداشت که آن را ضمن عقد لازم شرط کنند»^(۴)

به هر حال به نظر مشهور فقهاء اگر وکالت ضمن عقد لازمی شرطی شود لازم می‌گردد

۱- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی (عقود معین - ۳) ج ۳ ص ۲۰۵ و ۲۰۶.

۲- شرح لمعه ج ۳ ص ۵۰۸.

۳- شیخ انصاری، المکاسب ج ۳ ص ۳۳.

۴- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی ج ۲ ص ۲۳۲.

خواه شرط از نوع شرط فعل باشد یا شرط نتیجه، ولی شهید اول قائل به تفصیل شده و معتقد است وکالت هنگامی لازم می شود که به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد بیاید نه شرط فعل.

شایان ذکر است که شهید اول در دروس^(۱) چنین تفصیلی را قائل نشده و به طور کلی معتقد است که اشتراط عقد جایز ضمن عقد لازم، موجب جواز عقد لازم می گردد. از نظر فقهای حنفی نیز وکالت با شرط لزوم ضمن عقد لازم، لازم می شود.^(۲)

۵- شرط ضمان بر وکیل

هرگاه موکل احتمال دهد که ممکن است مال او در دست وکیل تلف شود و از ابتداء شرط ضمان بر او نماید، آیا چنین شرطی صحیح است؟ به نظر فقهای امامیه^(۳) و عامه^(۴) وکیل امین است و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست. به گفته شهید ثانی این حکم مورد اجماع فقهاء امامیه است.^(۵) از ماده ۶۶۶ ق.م نیز استفاده می شود که هرگاه بدون تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود، مسئول نخواهد بود.

شیخ انصاری در ارتباط با عدم صحت شرط ضمان بر وکیل گوید: وکیل همانند ودعی است از آن جهت که نایب موکل در حفظ مال او است و ید وکیل به منزله ید موکل است. همان گونه که اگر مال در دست موکل تلف شود ضمانی نیست، هم چنین است

۱- شهید اول، الدروس چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۳۷ کتاب دین ص ۱۹ و اللّمع ص ۱۳۱.

۲- زیلعی، تبیین الحقایق ج ۴ ص ۲۸۸.

۳- از جمله شیخ طوسی در المبسوط چاپ در سلسله ... ج ۳۶ ص ۱۷، ابن ادریس در السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۳۱، علامه حلی در قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۶ ص ۶۶، محقق حلی در شرایع الاسلام ج ۲ ص ۴۳۷، محدث بحرانی، در الحدائق الناضرة ج ۲۲ ص ۸۳.

۴- ابن قدامه، المغنی، ج ۵ ص ۶۰ فصل ۳۷۵۸، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۳۰، ففال، حلیه العلماء ج ۵ ص ۱۵۵.

۵- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۳۸۳.

هرگاه مال در دست وکیل تلف شود.^(۱) بنابراین وکیل بسان وَدَعی محسن محسوب شده و شرط ضمان بر او صحیح نیست.

به نظر می‌رسد استدلال فوق قابل خدشه است، زیرا وکیل به خلاف وَدَعی می‌تواند در قیال اخذ اجرت کارکند چنانچه در ماده ۶۵۹ ق.م.آمه: «وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت» که در صورت اطلاق محمول بر اجرت است. از این رو محسن محسوب نمی‌شود و شرط ضمان بر او صحیح است. در ماده ۶۷۵ قانون مدنی آمده: «موکل باید تمام مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است و هم چنین اجرت وکیل را بدهد مگر این‌که در عقد وکالت طور دیگر مقرر شده باشد». در ماده ۶۷۷ ق.م.آمه: «اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد».

با توجه به سه ماده مزبور اصل در وکالت بر عدم تبرع است زیرا کار هیچ کس نباید بدون اجرت باشد و وکالت نیز بر مبنای تعهد موکل به پرداخت اجرت وکیل محسوب می‌شود، مگر این‌که وکیل مجاناً و به قصد احسان برای موکل خود کار کند که در این صورت مثل وَدَعی محسوب می‌شود و شرط ضمان بر او جایز نیست.

گفتار پنجم - در اجاره^(۲)

۱- هرگاه عین مستأجره از آن دیگری باشد

براساس ماده ۴۷۶ ق.م. مؤجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع، مؤجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار مستأجر خیار فسخ دارد». حال اگر شخصی خانه‌ای را برای مدتی معین با اجرتی معلوم اجاره کند ولی از خیانت و فسخ

۱- به نقل از: بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۴۱.

۲- اجاره در لغت به معنای مزد، اجرت و پاداش عمل است. (ابن منظور لسان العرب ج ۱ ماده «أجر») و در اصطلاح فقهاء عبارت است از «تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم». شهید اول، اللّٰمعة الدّمشیّة ص ۱۵۵.

اجاره توسط موجر بترسد که مثلاً بگوید: من اختیاری در اجاره دادن نداشتم و عین مستأجره مال دیگری است، یا این که بگوید: این خانه قبل از این که به او اجاره داده شود، در اجاره دیگری بوده است و... تا به این وسیله موجر اجرة المثل مدتی را که مستأجر از عین مستأجره استفاده کرده، بگیرد.

مستأجر برای رهایی از این مخمصه و مشکل می تواند متوسل به حيله ای بشود به این که از ابتداء شرط کند هرگاه عین مستأجره مال دیگری در آمد یا عقد اجاره فاسد گردید مؤجر ضامن است آنچه از مستأجر گرفته به او برگرداند. یا این که وی مستحق اجرة المثل نباشد.^(۱) این حيله مشروع بوده و موجب تحلیل حرام و تحلیل حلال نیست، زیرا اولاً براساس ماده ۴۷۷ ق.م «مؤجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفاده مطلوبه از آن را بکند». ثانیاً به نظر فقهاء هرگاه در عین مستأجره عیبی به وجود آید یا مستأجر مغبون شود، برای او حق خیار ثابت است.^(۲) در ماده ۴۷۸ ق.م آمده: «هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده مستأجر می تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند، ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.» و در ماده ۴۷۹ ق.م آمده: «عیبی که موجب فسخ اجاره می شود عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد.» به علاوه این شرط منافاتی با مقتضای عقد اجاره ندارد، زیرا مقتضای عقد اجاره انتفاع و بهره‌وری مستأجر از عین مستأجره در مدت معین است. حال اگر بنا به دلایلی مستأجر نتواند از آن استفاده کند به نظر همه فقهاء^(۳) خیار فسخ اجاره برای او ثابت است.

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۴۹.

۲- اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۵۵.

۳- ابن زهره در غنیه و علامه حلی در تذکرة بر آن ادعای اجماع کرده است. جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۳۱۳.

شایان ذکر است این که فقهاء گفته‌اند در موردی که عقد اجاره باطل شود یا عین مستأجره مال دیگری درآید، مستأجر باید اجرة المثل بپردازد، در صورتی است که مؤجر قصد فریب مستأجر و خیانت نسبت به او را نداشته باشد، اما اگر مؤجر از ابتداء بدانند عین مستأجره از آن دیگری و یا در اجاره دیگری است، در این صورت بدون شک گناهکار بوده و هیچ‌گونه حقی نسبت به اجرة المثل ندارد، بلکه وی نسبت به آنچه از مستأجر گرفته ضامن نیز خواهد بود.

۲- گرفتن اجاره بیشتر از مستأجر هنگام حبس عین مستأجره

هرگاه موجر خانه یا حیوانش را برای مدتی معلوم به کسی اجاره بدهد ولی بترسد از این که ممکن است مستأجر پس از پایان مدت اجاره عین مال را نزد خود نگه داشته و تسلیم آن را به تعویق اندازد، می‌تواند از ابتداء به مستأجر بگوید: بعد از انقضاء مدت اجاره تا هر موقعی که عین مال را حبس کردی و آن را نزد خود نگه‌داشتی ضامن اجرة المثل آن هستی، یا بگوید: اجاره آن در مقابل هر روز فلان مقدار است.

به نظر ابن قیم این حيله جایز و مشروع بوده و سبب تحریم حلال و تحلیل حرام نیست^(۱) و حق هم همین است، زیرا به نظر فقهاء امامیه^(۲) و نیز فقهاء عامه^(۳) اگر

در فقه عامه نیز همه فقهاء بر این امر اتفاق نظر دارند. (زبلی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۱۴۳ و ۱۴۴، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۵۵، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۲۲۹، ابن قدامة، المغنی، ج ۵ ص ۲۶۳ و ۲۶۴، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۷۵۴ و ۷۵۵).

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۵۳.

۲- شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۷ ص ۲۷۲، شیخ طوسی، النهایة چاپ در سلسله ... ←

→ ج ۱۷ ص ۲۸۳ و المبسوط چاپ در سلسله ... ج ۳۷ ص ۲۵۹، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۲۳،

ابن ادریس، السرائر چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۳۷، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۷

کسی حیوانی را اجاره کرده تا مدتی معین از آن استفاده کند ولی بیشتر از آن مدت حیوان را نزد خود نگه داشته و از آن بهره ببرد، در این صورت مستأجر غاصب بوده و ضامن اجرة المثل آن است و اگر عیبی در حیوان به وجود آید نیز ضامن است.

شیخ طوسی در خلاف^(۴) در این مورد ادعای اجماع کرده و معتقد است که احتیاط مقتضی آن است، زیرا با پرداخت اجرة المثل قطعاً ذمه مستأجر از آنچه که بر عهده اوست بری می شود. ابن زهره در غنیه^(۵) و ابن ادریس در السرائر^(۶) نیز بر آن ادعای اجماع کرده اند. افزون بر اینها روایات نیز بر آن دلالت دارد. از جمله صحیح ابی حمزه که گوید: از امام باقر(ع) سؤال کردم در مورد مردی که حیوانی را تا مدتی معین کرایه کرد، سپس به مؤجر گوید: اگر بیشتر از آن مدت نزد خود نگه داشتم برای تو فلان مقدار اجرت زیاده تر از آنچه که معین شده، باشد. آیا این صحیح است؟ امام فرمود: اشکالی ندارد.^(۷)

حسین صیقل گوید: از امام صادق(ع) پرسیدم در مورد مردی که حیوانی را کرایه کرده تا مسافت معلومی از آن استفاده کند ولی از آن مکان تجاوز کرده است؟

ص ۳۲۹، ابن براج، المذهب چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۰۴، حلبی، الکافی چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۲۸۳، علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۶۸، بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۱ ص ۵۹۴، یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۰۵.

۳- در دیر، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ۴ ص ۳۸ و ۳۹، ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۲۳۱، ابن قدامة، المغنی ج ۵ ص ۲۹۰ و ۲۹۱ و ۲۵۹، قفال، حلیة العلماء ج ۵ ص ۴۳۵.

۴- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله ... ج ۳۷ مسئله ۸ کتاب اجاره ص ۳۲۹.

۵- ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۲۳.

۶- ابن ادریس، السرائر چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۳۷.

۷- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۸ از ابواب احکام اجاره حدیث ۱. صحیح ابی ولاد الحنات نیز بر صحت آن دلالت دارد. وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۱۷ از ابواب احکام اجاره حدیث ۱.

امام فرمود: «یحسب له الاجر بقدر ما جاوزَه»^(۱).

در ماده ۴۹۴ قانون مدنی آمده است: «عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می شود و اگر پس از انقضاء آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد مؤجر برای مدت مزبور مستحق اجرة المثل خواهد بود، اگرچه مستأجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرة المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر این که مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید». در ماده ۷ قانون مالک و مستأجر آمده: «در مواردی که بین مؤجر و کسی که ملک را به عنوان مستأجر در تصرف دارد اجاره نامه تنظیم نشده یا اگر تنظیم شده مدت آن منقضی گشته و طرفین راجع به تنظیم اجاره نامه یا تعیین اجاره بها و شرایط آن اختلاف داشته باشند، هر یک می توانند برای تعیین اجاره بها (در مواردی که اجاره نامه در بین نباشد) و تنظیم اجاره نامه به دادگاه مراجعه کند. دادگاه میزان اجاره بها را از تاریخ تقدیم دادخواست تعیین می کند. ولی این امر مانع صدور حکم نسبت به اجرة المثل زمان قبل از تقدیم دادخواست و خسارت تأخیر تأدیه آن نخواهد بود.

البته براساس ماده ۵۰۱ قانون مدنی به موافقات حاصله می توان اجرة المسمی گرفت. بنابراین اگر مؤجر از ابتداء شرط کند هرگاه مستأجر پس از انقضاء مدت اجاره، عین مستأجره را مدتی نزد خود نگهدارد به ازاء هر روز فلان مقدار باید بپردازد، این شرط صحیح بوده و لازم الاجراء است.

با توجه به توضیحات فوق حیل ای که در ابتداء این بحث مطرح شده هیچ گونه منافاتی با مقتضای عقد اجاره نداشته و صحیح است، زیرا وقتی که براساس روایات و به نظر فقهاء اگر مستأجر عین مستأجره را بیشتر از آن مدتی که اجاره کرده نزد خود نگه دارد و از آن استفاده کند ضامن اجرة المثل آن است، پس اگر مؤجر از ابتداء

بر مستأجر شرط کند که به هنگام حبس عین نزد خود وی فلان مقدار اجرت را بپردازد، این شرط مشروع بوده و موجب تحلیل حرام و تحریم حلال نیست، اما محقق کرکی^(۱) معتقد است که شرط مزبور باطل است، زیرا مشتمل بر جهالت و تعلیق عقد می باشد. به نظر می رسد استدلال فوق صحیح نباشد، زیرا روایات آن را صحیح دانسته و از آن استفاده نمی شود که تعیین اجرت در بقیّه مدّت موجب جهالت و تعلیق عقد اجاره می گردد. به علاوه این استدلال همان طوری که صاحب جواهر^(۲) گفته است نوعی اجتهاد در مقابل نصّ می باشد.

۳- اجاره عین مستأجر در هر ماه

اگر کسی بخواهد خانه یا مغازه ای را اجاره کند ولی نداند چه مدت آنجا خواهد ماند. برای این که بتواند در زمان دلخواه اجاره را فسخ کند متوسل به حيله ای می شود: خانه یا مغازه را اجاره می کند به هر ماه به فلان مقدار. در ارتباط با حيله فوق الذکر سه نظریه مطرح شده است :

نظریه اوّل : عده ای از فقهاء^(۳) معتقدند که اجاره در ماه اول صحیح است و در بقیه ماهها در صورتی که مستأجر در آن سکونت کرده و از آن استفاده نماید بر اوست که اجرة المثل آن را بپردازد. دلیلشان این است که وقتی گفته می شود: «آجرتک کلّ

۱- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۷ ص ۱۰۹.

۲- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۲۳۱ و ۲۳۲.

۳- شیخ مفید، المقنعه چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۱۷ ص ۲۷۲، شیخ طوسی، التهایه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۲۸۲ و الخلاف چاپ در سلسله ... ج ۳۷ کتاب اجاره مسئله ۵ ص ۲۳۸ و المبسوط چاپ در سلسله ... ج ۳۷ ص ۲۵۷، حلبی، الکافی فی الفقه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۲۸۱، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۲۲، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۲۸، ابن براج، المذهب چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۲۹۴، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۴۱۵.

شهر بکذا» در اینجا ماه اول معلوم است و در عرف نیز اجاره به ماه اول منصرف است ولی نسبت به بقیه ماهها انصراف ندارد. بنابراین عقد اجاره نسبت به ماه اول صحیح بوده و بر مستأجر است که اجرة المسمی را بپردازد ولی در بقیه ماهها اجرة المثل بر او لازم می شود. البته در چنین صورتی عقد اجاره در ماه اول لازم می شود ولی در بقیه ماهها قبل از دخول ماه طرفین می توانند اجاره را فسخ کنند.

نظریه دوّم: برخی دیگر از فقهاء^(۱) معتقدند عقد اجاره در چنین صورتی به طور کلی باطل است، زیرا مدت در آن معین نبوده و موجب جهالت اجرت می شود.

نظریه سوّم: بعضی دیگر^(۲) معتقدند در صورتی عقد اجاره در ماه اول صحیح است که بگوئیم: «أجرتك هذه الدّار من هذا الوقت کل شهر بکذا». در این صورت با اضافه شدن جمله «من هذا الوقت» ابتداء و انتهاء اجاره در ماه اول معلوم است. در نتیجه اجاره صحیح بوده و بر مستأجر اجرة المسمی لازم می شود، ولی در بقیه ماهها چون اجاره مجهول است اجرة المثل باید پرداخت گردد.

ظاهراً نظریه سوّم صحیح تر است، چون شرط صحّت اجاره این است که ابتداء و انتهاء آن مشخص باشد. از این رو وقتی مؤجر بگوید: خانه را به تو اجاره دادم از الان هر ماه به فلان مقدار، با اضافه شدن کلمه «الان» یا «من هذا الوقت» ابتداء و انتهاء اجاره نسبت به ماه اوّل مشخص است. در نتیجه عقد در ماه اوّل صحیح بوده و اجرة المسمی لازم می شود ولی در بقیه ماهها چون ابتداء و انتهاء مشخص نیست عقد اجاره باطل بوده و بر مستأجر است که در صورت استفاده از عین مستأجره اجرة المثل بپردازد. در ماده ۵۰۱ قانون مدنی آمده است: «اگر در عقد اجاره مدت به طور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره برای یک روز

۱- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۲۵۵، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۷ ص ۱۰۸ و ۱۰۹، یزدی،

عروة الوثقی ج ۲ ص ۵۷۹.

۲- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۳۶، علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۶۱.

یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت‌های مزبوره در تصرف خود نگاه دارد و موجر هم تخلیه ید او را نخواهد موجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.» همان‌طوری که قبلاً گفته شد براساس ماده مزبور موجر با موافقت مستأجر می‌تواند همان اجرة المسمی را دریافت کند و الاّ اجرة المثل پرداخت می‌شود. شاید مقصود کسانی که نظریه اوّل را برگزیده‌اند همین باشد. به این معنا که وقتی کسی می‌گوید: «آجرتک هذه الدار کل شهر بكذا»، منظور اجاره خانه از همین الان باشد. از این‌رو شیخ طوسی که قول اوّل را اختیار کرده در خلاف^(۱) گوید: اگر جمله «آجرتک کل شهر بكذا» به‌طور مطلق ذکر شود و قید «الان» آورده نشود اجاره به دلیل جهالت مدت باطل است.

در فقه عامه به‌نظر مالک، ابوحنیفه و احمد بن حنبل در یک قولش و نیز جمهور فقهاء اجاره در ماه اوّل صحیح بوده و لازم می‌شود ولی در ماه‌های بعدی لازم نیست و هر یک از موجر و مستأجر می‌توانند در آخر هر ماه اجاره را فسخ کنند،^(۲) اما به‌نظر احمد بن حنبل در قولی دیگر و شافعی این اجاره باطل است، زیرا هر ماه احتیاج به عقد جدید دارد و مدت اجاره نیز مجهول است.^(۳)

نتیجه: باتوجه به آنچه گفته شد حیلۀ مورد بحث مشروع بوده و اشکالی در آن نیست. نهایت این‌که نسبت به ماه اول مستأجر باید اجرة المسمی و در بقیه ماه‌ها در صورت استفاده از عین مستأجره اجرة المثل آن را بپردازد.

۱- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله... ج ۳۷ کتاب اجاره ص ۲۴۲ مسئله ۱۳.

۲- زیلعی، تبیین الحقائق ج ۴ ص ۵ و ۱۰۹ و ۱۲۲، قفال، حلیة العلماء ج ۵ ص ۳۹۱ و ۳۹۲، ابن قیم،

اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۵۸ و ۳۵۹، ابن جزی، القوانين الفقهیه ص ۱۸۲ و ۱۸۳، ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۲۵۲،

ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۲۲۶، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۴ ص ۱۸۲.

۳- ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۲۵۲، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۴۰، شیرازی، المذهب ج ۲ ص ۳۹۶.

۴- اجاره دادن عین مستأجره به بیشتر از آنچه که اجاره کرده است.

به نظر عده‌ای از فقهاء^(۱) اگر کسی زمینی اجاره کرد می‌تواند آن را به مقدار بیشتر به دیگری اجاره بدهد، زیرا فرض این است مستأجر که مالک منافع است مانند کسی که مالی را می‌خرد و آن را به قیمت بیشتری می‌فروشد، می‌تواند به مبلغ بیشتر به دیگری اجاره بدهد، حتی اگر طرف مقابل خود مؤجر باشد. روایات نیز بر آن دلالت دارد.^(۲) شیخ طوسی در استبصار^(۳) پس از ذکر روایاتی که دلالت بر صحّت چنین اجاره‌ای دارد، گوید: این گونه روایات دلالت دارد بر این‌که جایز است انسان زمینی را که اجاره کرده به مبلغ بیشتر از آنچه که اجاره کرد به دیگری اجاره بدهد.

در ماده ۴۷۴ ق.م.آمه: «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد مگر این‌که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد» ولی در ماده ۱۰ قانون مالک و مستأجر آمده: «مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید مگر این‌که کتباً این اختیار به او داده شود». به نظر بعضی از فقهاء^(۴) در صورتی که جنس دو اجاره یکی باشد^(۵) مستأجر نمی‌تواند

۱- ابن‌ادریس، السرائر چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۱۷ ص ۳۳۸، ابن‌طی، المسایل چاپ در سلسله... ج ۳۷ کتاب اجاره ص ۳۰۳، علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۶۱ و قواعد الاحکام چاپ در سلسله... ج ۱۷ ص ۳۶۸، شهید اول، اللّٰمه ص ۱۴۵، شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۳۵۶، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۷ ص ۱۱۹.
۲- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۳ کتاب اجاره باب ۲۰ حدیث ۳، شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۲۰۳ حدیث ۸۹۵.

۳- شیخ طوسی، الاستبصار ج ۳ ص ۱۲۹.

۴- ابن‌جنید، نقل از: علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۴۶۱، شیخ صدوق، المقنع چاپ در سلسله البنایع الفقهیه ج ۱۷ ص ۲۷۱، سید مرتضی، الانتصار ص ۲۳۱، شیخ طوسی، النهایه چاپ در سلسله... ج ۱۷ ص ۲۸۳، از جمله: ابوالصلاح حلبی، الکافی چاپ در سلسله... ج ۱۷ ص ۲۷۹، سلار دیلمی، المراسم چاپ در سلسله... ج ۱۷ ص ۲۸۶، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۱۸۱، سید محمدکاظم یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۰۸ و...
۵- مثلاً هر دو دینار یا درهم باشد.

عین مستأجره را به بیش از آنچه اجاره کرده، به دیگری اجاره بدهد، زیرا مستلزم ربا است. این دسته از فقهاء برای تصحیح چنین اجاره‌ای دو راه حل مطرح کرده‌اند:

۱- نوع مال الاجاره مختلف باشد. مثلاً مستأجر خانه‌ای را که به یک دینار اجاره کرده به ۳۰ درهم اجاره بدهد، زیرا با اختلاف نوع جنس ربا به وجود نمی‌آید و روایات نیز بر صحت آن دلالت دارد.^(۱)

۲- مستأجر بر روی عین مستأجره کاری انجام بدهد. در این صورت نیز می‌تواند آن را به مبلغ بیشتر از آنچه که اجاره کرده به دیگری اجاره بدهد؛ اگرچه نوع مبلغ دو اجاره یکی باشد.

بسیاری از فقهاء این راه حل را صحیح دانسته و شیخ طوسی در خلاف^(۲) و ابن زهره در غنیه^(۳) بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. روایات نیز بر جواز آن دلالت دارد.^(۴) از جمله در حسنه حلبی از امام صادق(ع) در مورد مردی سؤال شد که خانه‌ای را اجاره کرده، سپس آن را به مبلغ بیشتر به دیگری اجاره داد، آیا این جایز است؟ امام فرمود: «لا یصلح ذلک الا ان یمحدث فیها شیئاً».^(۵)

به نظر فقهای عامه مستأجر می‌تواند مالی را که اجاره کرده به مبلغ بیشتر به دیگری اجاره بدهد، زیرا قبض منافع مثل قبض عین بوده و همان‌گونه که مشتری می‌تواند مبیع را به قیمت بیشتر از آنچه خریده به دیگری اجاره بدهد مستأجر نیز می‌تواند چنین کند، اما از احمد بن حنبل و ابوحنیفه قول دیگری هم نقل شده و آن این که اگر مستأجر در عین مستأجره کار تازه‌ای انجام بدهد می‌تواند آن را به مقدار زیادتر اجاره بدهد و الاً

۱- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۲۱ از ابواب احکام اجاره.

۲- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله البیابیع الفقهیه ج ۳۷ کتاب اجاره مسئله ۱۱ ص ۲۴۰ و ۲۴۱.

۳- ابن زهره، غنیه چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۲۲.

۴- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ کتاب اجاره باب ۲۰ و ۲۱ و ۲۲ از ابواب احکام اجاره.

۵- شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ج ۷ ص ۲۰۴ حدیث ۸۹۹.

جایز نیست.^(۱)

۵ - ضم ضمیمه در اجاره منفعت غیر مقدور

از شرایط صحت اجاره این است که تسلیم منفعت در قدرت مؤجر باشد.^(۲) بنابراین اگر حیوان گریزپایی اجاره داده شود به گونه‌ای که نه موجر قادر به تسلیم آن باشد و نه مستأجر قادر بر گرفتن و قبض آن، به اتفاق همه فقهاء اجاره باطل است، زیرا اجاره در این صورت غری و بلکه سفهی محسوب شده و بر این معامله عنوان «تجارة عن تراض» صادق نیست.

تا به اینجا مطلب روشن بوده و به گفته صاحب حدائق شک و تردیدی در آن نیست.^(۳) فقهای عامه نیز در عدم صحت چنین اجاره‌ای متفق القولند^(۴)، اما بعضی از فقهاء از جمله شهید اول^(۵) برای تصحیح چنین معامله‌ای راه حلی مطرح کرده‌اند به این معنا که مؤجر چیز دیگری را که دارای منفعت محلّه مقصوده نزد عقلاء بوده و قادر بر تسلیم آن است به عین مستأجره ضمیمه کند.

برخی از فقهاء از جمله محقق حلی در شرائع^(۶) و علامه حلی در تحریر^(۷) در صحت این حیل تردید کرده‌اند. در وجه تردید چنین گفته‌اند: «از یک طرف ضم ضمیمه

۱- قفال، حلیه العلماء ج ۵ ص ۴۰۱، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۲۲۸، ابن حزم، المحلی ج ۸ ص ۱۹۷، ابن قدامه، المغنی ج ۵ ص ۲۷۸.

۲- در ماده ۴۷۰ قانون مدنی آمده: «در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است».

۳- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۱ ص ۵۵۴.

۴- زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۷۴۱ و ۷۴۲.

۵- شهید اول، اللمعه ص ۱۴۴.

۶- محقق حلی، شرائع الاسلام ج ۲ ص ۴۲۱.

۷- علامه حلی، تحریر الاحکام ج ۱ ص ۲۴۸.

در بیع غیرمقدور موجب صحت آن بوده و آن را از غرری بودن خارج می‌کند. پس در اجاره به طریق اولی باید چنین باشد. اما از طرف دیگر صحت بیع غیرمقدور با ضم ضمیمه به دلیل تعبّدی (و وجود نص) است ولی در اجاره دلیلی بر صحت آن نیست. به علاوه قیاس بیع با اجاره باطل است و اگر هم صحیح باشد مفید ظنّ غیرمعتبر است»^(۱). علامه حلی در تذکره^(۲) قائل به منع است به این دلیل که عدم قدرت بر تسلیم عین مستأجره با مقصود و هدف اصلی اجاره منافات دارد، زیرا مقصود اصلی در اجاره این است که موجر عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند ولی اجاره‌ای که با ضمّ ضمیمه باشد، چنین نیست، بلکه مقصود اصلی خود ضمیمه بوده و عین مستأجره تابع و فرع آن است.

محقق کرکی ضمن اصح دانستن قول علامه می‌افزاید: «حکم ضمّ ضمیمه در بیع خلاف اصل بوده و فقط به دلیل روایت و تعبداً در همان مورد خاص قابل قبول است و نمی‌توان از آن مورد تعدّی کرد»^(۳).

نکته دیگر این که ضمّ ضمیمه اگر مقصود اصلی باشد نمی‌تواند جهالت را که در نفس عین مستأجره وجود دارد، رفع کند. البته ضمیمه ممکن است سفاقت را رفع کرده و معامله را از سفهی بودن خارج نماید ولی جهالت را برطرف نمی‌کند.

ع- شرط رهن در عقد اجاره

اصولاً در هر معامله‌ای می‌توان شرط رهن کرد. چنانچه در ماده ۲۴۱ ق.م.آ آمده: «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله مشغول الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد». در عقد اجاره نیز موجر می‌تواند در قبال

۱- شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۱ ص ۲۶۰، بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۷ ص ۱۳۱ و ۱۳۲.

۲- علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۲ ص ۲۹۶.

۳- محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۷ ص ۱۳۴.

اجاره بها در صورتی که به ذمه مستأجر باشد و او بخواهد پس از اتمام مدت اجاره آن را بپردازد، شرط رهن نماید^(۱). از طرف دیگر به نظر فقهاء^(۲) رهن اختصاصی به دین نداشته و می تواند وثیقه عین هم باشد. به گفته شهید ثانی^(۳) در مورد هر چیزی که امکان عروض ضمان در آن باشد مانند مبیع و ثمن در بیع سلف و نسیه، گرفتن رهن جایز است. با توجه به این توضیحات موجر می تواند در قبال عین مستأجره ای که در اختیار مستأجر قرار می گیرد، از او بخواهد چیزی به عنوان رهن نزد او بگذارد. شرط رهن در مورد مزبور به دلیل صحت شرط ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره هیچ گونه منافاتی با مقتضای عقد اجاره ندارد^(۴) و روایات نیز بر آن دلالت دارد.^(۵) البته مؤجر حق استفاده از عین مرهونه را ندارد مگر این که راهن به او اجازه بدهد.^(۶) در فقه شافعی نیز گرفتن رهن در عقد اجاره جایز است.^(۷)

امروزه در میان مردم معامله ای رایج است تحت عنوان «رهن و اجاره» که در اشکال متعددی ممکن است تحقق یابد. در اینجا به اهم آنها اشاره می شود:

الف - این که مؤجر به کسی که می خواهد مثلاً خانه اش را اجاره کند بگوید: «اجاره خانه ۲۵ هزار تومان است ولی اگر ۵۰۰ هزار تومان پول در اختیار من قرار بدهی

۱- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۱۴۳.

۲- همان ص ۱۴۵ و ۱۴۶.

۳- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۵۳ و ۷۵.

۴- جهت اطلاع بیشتر می توانید به بحث «شرط ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره» که در صفحات بعدی می آید، مراجعه کنید.

۵- شیخ حرعاملی، وسایل الشیعه ج ۱۳ باب ۱ از ابواب رهن حدیث ۳.

۶- به نظر مشهور فقهاء مرتهن نمی تواند از عین مرهونه استفاده کند مگر این که به اجازه راهن باشد. بحرانی،

الحدائق الناضرة ج ۲۰ ص ۲۶۱.

۷- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۲۷.

اجاره آن ۵ هزار تومان است.» در حقیقت مؤجر این‌گونه محاسبه می‌کند که هر ۱۰۰ هزار تومان سودش ۴ هزار تومان است پس سود ۵۰۰ هزار تومان ۲۰ هزار تومان می‌شود. با این حساب با «پیش پولی» که از مستأجر می‌گیرد خانه را به ۵ هزار تومان اجاره می‌دهد. این معامله اساساً به دلیل تعیین سود ربا بوده و حرام است، مگر این‌که واقعاً پیش پولی که موجر می‌گیرد براساس تعیین سود نباشد که در این صورت اجاره از طرف موجر نوعی معامله محاباتی^(۱) بوده و صحیح است. البته فرض مزبور (قسم اول رهن و اجاره) با مسئله سرقفلی که در ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر^(۲) مندرج در روزنامه رسمی شماره ۱۵۲۹۹ مورخه ۱۳۷۶/۶/۱۷ آمده، فرق دارد، زیرا سرقفلی پولی است که مستأجر به موجر بلاعوض در موقع انتقال اجاره می‌دهد^(۳) و یا حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود^(۴) و این غیر از موضوع پیش پول در «رهن و اجاره» است.

ب- این‌که مؤجر بگوید: «اجاره خانه ۲۵ هزار تومان است، اما اگر ۵۰۰ هزار تومان به من قرض بدهی، خانه را به ۵ هزار تومان به شما اجاره می‌دهم.» از این‌رو مستأجر ابتداء به او ۵۰۰ هزار تومان قرض می‌دهد به شرط این‌که مؤجر (مقترض) خانه را به کمتر از اجرة المثل آن اجاره بدهد. از آنجایی که معامله مزبور در حقیقت مصداق «قرض بشرط معامله محاباتی» است، به اتفاق فقهاء حرام و باطل است.^(۵)

۱- اگر کسی در عقد اجاره عین مستاجره را به کمتر از اجرة المثل اجاره دهد، معامله محاباتی صورت گرفته است. بجنوردی، القواعد الفقهية ج ۷ ص ۲۴۷.

۲- «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت کند ...»

۳- دکتر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۳۷۵.

۴- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی ج ۳ ص ۴۰۴.

۵- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۶۳.

ج - این که مؤجر ابتداء خانه را به مبلغی کمتر از اجرة المثل، اجاره دهد ولی ضمن عقد اجاره شرط شود که مستأجر پولی به عنوان قرض به مؤجر بدهد و به عبارتی دیگر موجر به این شرط خانه اش را به کمتر از اجرة المثل اجاره می دهد که مستأجر به او فلان مقدار قرض دهد. این معامله از مصادیق «معامله محاباتی به شرط قرض» بوده و به نظر مشهور فقهاء^(۱) که قایل به صحت معامله مزبور هستند صحیح است؛ هر چند بعضی از فقهاء در صحت معامله محاباتی به شرط قرض تردید کرده^(۲) و برخی دیگر قایل به حرمت آن شده اند.^(۳) در ماده ۴ قانون روابط مؤجر و مستأجر آمده: «در صورتی که موجر مبلغی به عنوان ... قرض الحسنه ... از مستأجر دریافت کرده باشد، تخلیه و تحویل مورد اجاره موکول به استرداد وجه مذکور به مستأجر است ...» این مورد نیز با فرض مورد بحث (معامله محاباتی به شرط قرض) فرق دارد. زیرا ماده ۴ مصداق «معامله به شرط قرض» است که به نظر همه فقهاء جایز است.

آنچه می توان گفت این که در معامله مزبور (معامله محاباتی به شرط قرض) حقیقتاً در خود قرض شرط زیادتى و نفع می شود. از این رو ربای قرضى محسوب شده و نامشروع است.^(۴) البته در مواردی رهن و اجاره می تواند صحیح باشد از جمله این که در عقد اجاره ابتداء معلوم شود مثلاً اجاره خانه هر ماه ۲۵ هزار تومان است و موجر آن را به مدت یک سال اجاره دهد. آنگاه مستأجر بگوید: هر ماه ۵ هزار تومان به تو می دهم و بقیه در ذمه من باشد که پس از اتمام مدت اجاره پرداخت می کنم. در این صورت مؤجر می تواند به ازاء آنچه که در ذمه مستأجر است از او چیزی به عنوان رهن مطالبه کند.

۱- علامه حلی، مختلف الشیعه ص ۳۹۷.

۲- همان.

۳- از جمله: محقق قمی در غنائم الایام ص ۵۷۷ و ۵۷۸، حسینی عاملی در مفتاح الکرامه ج ۴ ص ۷۳۰،

امام خمینی در البیع ج ۲ ص ۴۱۲ و ۴۱۳.

۴- به نظر حضرت آیه الله سیستانی اگر اجاره به شرط قرض باشد به احتیاط واجب جایز نیست. سید محسن

محمودی، مسایل جدید از دیدگاه علماء و مراجع تقلید، ص ۸۸.

هم چنین است در رهن کامل، با این فرق که مستأجر تمام اجاره بهاء را که در عقد معین می شود به ذمه گرفته تا پس از اتمام مدت اجاره پرداخت کند، یا این که موجر شرط ضمان مستأجر کرده و در برابر عین مستأجره شرط رهن نماید. در تمام این موارد شرط رهن صحیح است ولی استفاده از عین مرهونه منوط به اجازه مرتهن (موجر) از راهن (مستأجر) است. ممکن است راه حل دیگری نیز ارائه داد به این که مؤجر خانه اش را به کمتر از اجرة المثل اجاره دهد و مستأجر مبلغی را به عنوان عاریه به او بدهد. در این صورت این مورد از تحت عنوان واقسام «رهن و اجاره» خارج بوده و مشروع است، مشروط بر این که مؤجر قصد اجاره و مستأجر قصد عاریه داشته و هدف اکل ربا نباشد. به علاوه مورد عاریه نیز باید از اموالی باشد که با بقاء عین بتوان از آن استفاده کرد که مطمئناً پول نمی تواند باشد.

به نظر بعضی از فقهاء^(۱) راه حل دیگر بیع با شرط است. «یعنی این که صاحب خانه قسمتی از خانه را به شخص بفروشد به همان قیمت که پول پیش می گیرد و مابقی آن را اجاره بدهد و شرط کند که اگر تا سر سال مثلاً پول را (همان پول پیش را) به او پس داد قسمت فروخته شده را پس بگیرد». در مورد این راه حل باید گفت اگر بیع شرط به نحو صوری باشد صحّت آن محل اشکال و تأمل است.

۷- شرط ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره

هرگاه در عقد اجاره شرط شود که مستأجر در صورت تعدی یا تفریط ضامن عین مستأجره باشد، بدون شک شرط صحیح بوده و مستأجر ضامن است. در ماده ۴۹۳ ق.م. آمده است: «مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست به این معنا که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود مسئول نخواهد بود، ولی اگر

مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.»

اما اگر مؤجر احتمال دهد که ممکن است پس از اجاره به دلایلی عین مستأجره تلف شود و او نتواند تعدی یا تفریط مستأجر را ثابت کند، از این رو از ابتداء شرط ضمان عین مستأجره بر مستأجر نماید. به نظر ابن قیم^(۱) شرط صحیح بوده و لازم الوفاء است. در ارتباط با صحت یا عدم صحت حیل مزبور باید این نکته روشن شود که آیا شرط ضمان بر مستأجر در صورت عدم تعدی و تفریط صحیح است یا نه؟

به نظر بعضی از فقهاء امامیه^(۲) و نیز فقهاء عامه^(۳) عین مستأجره امانتی است در دست مستأجر و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست و صاحب جواهر بر آن ادعای اجماع کرده است،^(۴) اما به نظر عدّه‌ای دیگر از فقهاء^(۵) شرط ضمان مستأجر صحیح است.

فقهایی که قائل به عدم صحت شرط هستند، استدلالشان این است که شرط ضمان مستأجر اولاً: با مقتضای عقد اجاره منافات دارد. «از این جهت که اگر در مفهوم و مدلول عقد اجاره، تسلیط مستأجر بر عین مستأجره، لحاظ شده باشد، پس این تسلیط که از سوی مالک در عین ملکش به عمل آمده، عبارت آخری از استیمان مستأجر نسبت به عین مستأجره است و بنابراین شرط ضمان وی با مدلول تضمینی عقد اجاره،

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۵۰.

۲- ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۶ ص ۳۱، محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۲ ص ۴۱۴، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۷ ص ۳۸۰، شهید اول، اللمعة الدمشقیة ص ۱۵۵.

۳- ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۳۱۲.

۴- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۲۱۵.

۵- از جمله سید علی طباطبایی و محقق اردبیلی (به نقل از آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۲۱۷)،

محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۱ ص ۵۴۵، سید محمد کاظم یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۰۰.

منافات خواهد داشت و اگر مفهوم و مدلول عقد اجاره را تملیک منفعت عین به مستأجر بدانیم، از آنجا که تملیک منفعت مستلزم تسلیط وی و در نتیجه استیمان او نسبت به عین مستأجره بوده و لازم بین آن می باشد بنابراین شرط ضمان منافی با مدلول التزامی عقد خواهد بود و تنافی مدلول عقد و شرط در هر دو صورت یاد شده انشای معامله را دچار اختلال و تناقض ساخته و شرط و عقد در عرض یکدیگر فاسد خواهند بود.^(۱)

ثانیاً: شرط ضمان مستأجر با کتاب و سنت مخالف بوده و مشروع نیست، زیرا روایات دلالت بر عدم ضمان امین دارد. به نظر صاحب جواهر^(۲) و امام خمینی^(۳) اگرچه شرط ضمان مستأجر با مقتضای عقد اجاره که مقتضی عدم ضمان نیست منافات ندارد ولی با مقتضای ادله ای که دلیل بر عدم ضمان امین است و نیز با روایاتی^(۴) که دلالت بر عدم ضمان مستأجر جز در صورت تعدی یا تفریط دارد، منافات پیدا می کند.

به نظر می رسد دلایل مطرح شده قابل نقد و بررسی است زیرا:

الف - شرط ضمان هیچ گونه منافاتی با مقتضای عقد اجاره ندارد زیرا نهایت مقتضای اجاره این است که مستأجر ضامن نیست نه این که مقتضی عدم ضمان وی باشد. به تعبیر محدث بحرانی عدم ضمان مستأجر در صورتی است که در عقد اجاره شرط ضمان نشود نه این که به طور مطلق مستأجر ضامن نباشد.^(۵)

به علاوه همان گونه که سید محمد کاظم یزدی گفته است ماهیت اجاره را نمی توان استیمان مستأجر دانست، زیرا در مواردی ممکن است اجاره منعقد شود ولی تسلیطی

۱- علی اکبر صادقی، شرط ضمان مستأجر، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۴-۱۳ ص ۱۴ و ۱۵.

۲- آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۲۱۷.

۳- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۱۹۲ تا ۱۹۴.

۴- شیخ خرغاملی، وسایل الشیعه ج ۱۳ باب ۳۲ از ابواب احکام اجاره حدیث ۱ و ۲.

۵- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۱ ص ۵۴۵.

نسبت به عین مستأجره و در نتیجه استیمان مستأجر تحقق نیابد.^(۱)

ب - شرط ضمان مستأجر مخالف با شرع نیست زیرا:

اولاً: روایاتی وجود دارد که شرط ضمان مستأجر را جایز دانسته‌اند. از جمله روایت موسی بن بکر^(۲) که گوید از امام پرسیدم شخصی ملاحی را برای حمل گندم‌های خود اجیر کرده و براو شرط کرده‌است در صورت تلف شدن گندم‌ها ضامن باشد. امام (ع) فرمود: شرط جایز بوده و اگر نقصانی در گندم‌ها پیدا شد جبران آن بر عهده ملاح است.^(۳)

ثانیاً: در روایاتی که به آن بر عدم صحّت شرط ضمان استناد شده تصریحی نشده به این‌که اگر شرط ضمان صورت گیرد باطل است، بلکه روایات مطلق بوده و مفاد آن این است که عین مستأجره امانتی است در دست مستأجر و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست.

ثالثاً: روایاتی که دلالت بر عدم ضمان امین می‌کند مفادش این است که در این گونه ایادی به خلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست نه این‌که در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا شرط ضمان مخالف با شرع باشد.^(۴) به تعبیر شیخ انصاری شرط ضمان مخالفتی با احکام اقتضایی شرع نداشته و صحیح است. وی گوید: اگر حکم شرع به موضوعی با قطع نظر از عوارضی که ممکن است بر آن وارد شود، تعلق یابد، در این صورت عروض حکم دیگر بر آن به لحاظ عنوانی دیگر

۱- سید محمد کاظم یزدی، حاشیه مکاسب ص ۱۱۵.

۲- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۲۷ از ابواب احکام اجاره حدیث ۱.

۳- صاحب جواهر معتقد است استدلال به این‌گونه روایات برای اثبات صحّت شرط ضمان مستأجر کافی نیست زیرا مفاد آن در ارتباط با شرط ضمان اجیر است نه مستأجر (جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۲۱۷). ولی این اشکال وارد نیست زیرا ملاک در این مسئله استیمان است که دپ اجیر و مستأجر وجود دارد و از این لحاظ در اجیر خصوصیتی نیست که مستأجر از آن خارج شود.

۴- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۴۱.

منافاتی با حکم ذاتی آن موضوع ندارد. مثلاً حلیّت ذاتی گوشت گوسفند منافاتی با حرمت آن در صورت غضب ندارد. در این گونه موارد شرط خلاف آن حکم، مخالف شرع نیست. مانند آن که در عقد بیع دوختن لباسی را بر مشروط علیه شرط کنند که اباحه ذاتی این کار منافاتی با عروض وجوب بر آن، به دلیل این که مورد اشتراط در عقد واقع شده است، نخواهد بود، اما اگر حکم شرع با توجه به تمام عوارضی که ممکن است بر موضوع وارد شود، تعلق یابد، در این صورت عروض حکم دیگر بر آن با حکم شرعی منافات داشته و شرط مخالف با آن، خلاف شرع است. مانند امور محرّمه یا واجبه که نمی توان خلاف حرمت و وجوب آنها را در ضمن عقدی شرط کرد.^(۱)

رابعاً: عموم ادله لزوم وفاء به شرط از قبیل «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره نیز می شود. به خصوص این که گفته شد شرط ضمان مستأجر مخالف با شرع نیست و در صورت شک به کمک اجرای اصل عدم مخالفت، باید حکم به عدم مخالفت شرط ضمان با کتاب و سنت کرده و آن را مشمول عمومات لزوم وفاء به شرط دانست.^(۲)

افزون بر اینها به نظر بعضی از حقوقدانان^(۳) با قیاس عاریه و اجاره، می توان شرط ضمان مستأجر را صحیح دانست، زیرا عاریه هیچ خصوصیتی ندارد تا حکم ماده ۶۴۲ ق.م استثنایی و ویژه آن باشد و این حکم بر اجاره نیز حکم فرماست. در رویه قضایی نیز همین نظر پذیرفته شده است و شرطی را که معمولاً درباره ضمان مستأجر در نگهداری در و پنجره و شیشه در اجاره نامه ها نوشته می شود، محاکم نیز پذیرفته اند. با توجه به توضیحات فوق می توان گفت عقد اجاره ذاتاً مقتضی ضمان نیست

۱- شیخ انصاری، المکاسب ج ۳ ص ۱۴.

۲- همان ص ۱۷.

۳- دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی ج ۳ ص ۲۹۵. وی این نظر را به برخی از فقهای امامیه از جمله محقق اردبیلی، صاحب کفایه، صاحب ریاض و سید محمدکاظم یزدی نیز نسبت داده است.

نه این که مثل ودیعه مقتضی عدم ضمان باشد و شرط ضمان مستأجر منافاتی با شرع ندارد. بنابراین در صورت عدم اشتراط ضمان، اگر عین مستأجره در دست مستأجر تلف شود، ضامن نیست ولی با اشتراط آن مانعی در ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره وجود ندارد.

شرط عدم ضمان مستأجر در صورت تعدی یا تفریط

آیا در عقد اجاره مستأجر می تواند شرط کند که در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست؟ در مورد مشروعیت این شرط که به «شرط عدم مسئولیت» مشهور است حقوقدانان نظرات متفاوتی را مطرح کرده اند. بعضی از نویسندگان این شرط را مخالف با قانون «مسئولیت ناشی از تسبیب» دانسته و صحیح نمی دانند. برخی دیگر آن را در قلمرو حاکمیت اراده قرار داده و مشروع دانسته اند. به نظر دکتر کاتوزیان چنین شرطی صحیح است اما در جایی که مشروط له به عمد باعث ضرر دیگری می شود، این شرط مسئولیت او را از بین نمی برد، زیرا ظاهر این است که طرفین خواسته اند خطاهای متعارف را برای مستأجر ضمان آور نشناسند و این توافق، اضرار به عمد یا خطاهایی را که عرف در حکم عمد می شمارد و هر انسان متعارفی می تواند نتیجه زیان بار آن را حدس بزند، در بر نمی گیرد. به اضافه، آزادی مستأجر در ارتکاب چنین اعمال زیان بار، به ویژه در قراردادهای حمل و نقل، مخالف اخلاق و نظم عمومی است و رویه قضایی باید چاره ای برای محدود ساختن آن بیاندیشد. در واقع اگر عدالت اقتضاء دارد که هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند و اگر مخالف نظم عمومی است که اشخاص بتوانند آزادانه و بی هیچ مکافاتنی به دیگران ضرر بزنند، باید مانع از آن شد که متصدی حمل و نقل، یا هر اجیر دیگر، بتواند در پناه «شرط عدم مسئولیت» که در نتیجه موقعیت ممتاز اقتصادی یا انحصاری خود به دست آورده است، تنها در اندیشه سودجویی خود باشد و بی اعتنا به احکام مربوط به مسئولیت مدنی باعث اضرار صاحب کالا یا مستأجر شود. به همین جهت است که گفته شد این گونه شروط درباره تخلف های عمدی یا آنچه

در حکم عمد است اثر ندارد و نفوذ آن با اخلاق و نظم عمومی مخالف است.»^(۱)

۸- اخذ اجرت در عبادات استیجاری

بجاست در آخر این گفتار به یکی از مسائلی که در ارتباط با بحث اجرت در عبادات استیجاری مطرح است، اشاره شود. هرچند که این موضوع در باب عبادات آمده اما از آنجایی که بی ارتباط با بحث اجاره نیست به طور مختصر در مورد آن بحث و بررسی خواهیم داشت.

یکی از مکاسب محرّمه گرفتن اجرت در انجام کارهای واجب است.^(۲) مثلاً کسی که فوت می کند بر مسلمان دیگر واجب است که او را غسل و کفن و دفن نماید. همچنین است اجرت گرفتن برای یاد دادن تکالیف واجب، چه این که تکلیف واجب عینی باشد مثل تعلیم نماز و احکام عبادات، یا واجب کفایی باشد مانند تعلیم علم فقه. علت حرمت اخذ اجرت این است که با قصد قربت منافات دارد، اما در عبادات استیجاری که نیابت بردار است مثل حج و روزه و نماز، آیا گرفتن اجرت با قصد قربت از طرف نائب برای «منوب عنه» منافات پیدا نمی کند؟ به بیان دیگر: عبادت قصد قربت می خواهد ولی استیجار اخذ اجرت است و قصد قربت در آن وجود ندارد. حال چگونه باید این تضاد برطرف شود؟ شیخ انصاری معتقد است که این مورد از محل بحث خارج است، زیرا محل بحث گرفتن اجرت است بر آنچه که بر اجیر واجب می باشد نه اخذ اجرت بر نیابت در چیزی که بر اجیرکننده واجب است.^(۳) وی گوید: نیابت در اموری که ذکر شد اگرچه مستحب است لیکن ترتب ثواب برای منوب عنه و حصول این نفع متوقف بر این نیست که نایب

۱- همان ص ۲۹۶.

۲- محقق حلی، المختصر النافع، چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۱۴ ص ۴۵۰. علامه حلی، تبصرة المتعلمین ج ۱ ص ۲۳۳. شهید ثانی، شرح لمعه ج ۲ ص ۷. محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۴ ص ۳۵.

۳- شیخ انصاری، المكاسب ج ۱ ص ۱۸۹.

در نیابت خویش قصد اخلاص کرده باشد، بلکه هرگاه شخص نایب خود را به منزله غیر (منوب عنه) قرار دهد و عمل را به قصد تقرّب و نزدیکی به خدا انجام دهد، منوب عنه از نیابت بهره‌مند خواهد شد.^(۱)

توضیح این‌که به نظر شیخ انصاری عبادت استیجاری دارای دو جزء است: یک جزء آن نیابت است و جزء دیگرش عبادت است. نیابت امر توصّلی است و قصد قربت نمی‌خواهد اما جزء دیگرش (انجام حج، خواندن نماز و گرفتن روزه) که عبادت است تعبدی بوده و قصد قربت می‌خواهد و آن مربوط به منوب عنه است. بنابراین دهنده پول قصد قربت دارد ولی گیرنده پول (نایب) قصد مادی دارد و این دوتا است، پس تضادی میان آن‌دو وجود ندارد.

در ارتباط با نظریه شیخ انصاری دو اشکال به نظر می‌رسد: یکی این‌که تجزیه عبادت استیجاری در عالم ذهن درست است ولی در خارج آن‌دو یکی هستند، پس نیابت از عبادت در خارج جدای از عبادت نیست. دوم این‌که منوب عنه به واسطه پرداخت اجرت و با عمل عبادی که نایب انجام می‌دهد تقرب به خدا پیدا می‌کند و مستحق ثواب می‌گردد، پس عمل عبادی که نایب از طرف منوب عنه قصد قربت می‌کند با عدم قصد قربت نایب همراه می‌شود. بنابراین نمی‌توانیم متعلق قربت را از متعلق غیر قصد قربت جدا کنیم و در نتیجه تضاد بین آن‌دو وجود دارد.

سید محمد کاظم یزدی راه حل دیگری مطرح کرده است. به نظر او با استناد به امر «اوفوا بالعقود» و وفای به عقد اجاره، اخذ اجرت در عبادت استیجاری نیز جنبه قصد قربت پیدا می‌کند. به این معنا که نایب به دلیل امر الهی بر وجوب وفاء به عقد اجاره و اداء دین به قصد قربت عبادت را بجا می‌آورد هر چند که او بخاطر گرفتن اجرت عمل عبادی را انجام دهد.^(۲) اشکال این راه حل این است که موجب تحقق دور می‌گردد، زیرا

۱- همان ص ۱۹۳.

۲- یزدی، العروة الوثقی ج ۱ ص ۷۴۵.

می‌گویند به دلیل امر «اوفوا...» قصد قربت را درست می‌کنیم، ولی این درست نیست چون اول باید عمل صحیح داشته باشیم تا اجاره درست شود. یعنی صحت اجاره فرع بر صحت نماز است. از طرف دیگر صحت نماز هم فرع بر صحت اجاره است. به بیان دیگر اجاره وقتی صحیح است که قصد قربت درست شود و قصد قربت وقتی می‌آید که اجاره درست شود و این دور بوده و باطل است.

راه حل دیگری که برای حل مشکل می‌توان ارائه داد بحث داعی بر داعی است.^(۱) گاه می‌شود انسان برای انجام کاری داعی و انگیزه‌ای دارد و این داعی، داعی و محرکی دیگر دارد. در عبادات ما غالباً دواعی متعدد است. مثلاً پس نماز شب می‌خواند برای وسعت روزی یا نماز باران می‌خواند برای آمدن باران و این تعدد داعی در طول همدیگر است. محرک اصلی در عبادات قصد قربت است و محرک بر قصد قربت رسیدن به حوائج مادی است. بنابراین در مورد عبادات استیجاری می‌توان گفت که اخذ اجرت در طول قصد قربت است، پس باهم منافات ندارند. یعنی نماز می‌خوانم و حج را بجا می‌آورم برای خدا و به قصد قربت ولی محرک در این نماز و حج اخذ اجرت است. براساس این نظریه برای رفع تنافی باید انگیزه‌ها را متعدد دانست نه عمل را که در نظریه شیخ انصاری آمده است.

گفتار ششم - در ضمان و كفالت^(۲)

می‌دانیم که «ضمانت» و «كفالت» عقود «لازم» اند و امکان ندارد ضامن و كفیل هر موقع که بخواهند خود را از ضمانت و كفالت خارج کنند، اما برای رهایی از لزوم عقد

۱- همان، ص ۷۴۴.

۲- ضمان عبارت است از تعهد مال توسط شخص برئ الذمه (شهید اول، اللعنة ص ۱۳۵) ولی كفالت عبارت است از تعهد نفس (بدن) (همان ص ۱۳۹) که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند (ماده ۷۳۴ ق.م).

به نظر ابن قیم^(۱) می‌توان متوسّل به حیلی شد از جمله :

الف - این که ضمانت و کفالت را به مکانی خاص و معین مقید کنند. مثلاً بگویند: او را ضمانت یا کفالت می‌کنم تا در این شهر یا در این بازار یا در این محلّه هست. (۲) به نظر مشهور فقهاء امامیه (۳) تقیید مزبور صحیح بوده و باید به آن وفاء شود. فقهاء عامه نیز چنین تقییدی را صحیح دانسته و معتقدند که منافاتی با مقتضای عقد ندارد. (۴)

ب - این که ضمانت و کفالت را معلق بر شرط کنند. مثلاً بگویند: او را ضمانت یا کفالت می‌کنم اگر فلانی راضی باشد. یا ماه فلان فرا رسد و ...

به نظر فقهای امامیه (۵) و اکثر فقهای عامه (۶) تعلیق عقد ضمان و کفالت بر شرط صحیح نیست، چون شرط صحت آن دو این است که به طور منجز واقع شوند. به علاوه ضمانت و کفالت مثل عقد بیع بوده و تعلیق نمی‌پذیرد. البته در عقد ضمان التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد. مثلاً بگویند: من ضامن فلانی هستم و اگر او دین خود را اداء نکرد من پرداخت می‌کنم. در ماده ۶۹۹ ق.م.آمه: «تعلیق در ضمان مثل این که ضامن قید کند اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.» و در ماده ۷۰۰ ق.م.آمه: «تعلیق ضمان به شرط صحت آن مثل این که ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم، موجب بطلان آن نمی‌شود.»

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۲۷.

۲- در ماده ۷۴۰ ق.م.آمه: «کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید و الا باید از عهده حقّی که برعهده مکفول ثابت می‌شود برآید».

۳- محدث بحرانی، الحقائق الناضرة ج ۲۱ ص ۷۶، اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۱۲۰.

۴- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۳۵۹، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۰۴، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۲۴۵.

۵- حسینی عاملی، مفتاح الکرامة ج ۵ ص ۳۵۲.

۶- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۳۶۰، رملی، نهاية المحتاج ج ۴ ص ۴۴۰، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۳۴۱،

شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۰۷.

اما به نظر فقهای حنفی^(۱) تعلیق عقد کفالت و ضمانت بر شرط جایز است در صورتی که شرط با مقتضای عقد ملائمت و تناسب داشته باشد.^(۲) مثلاً شرط سبب وجوب حق یا وسیله ای جهت اداء حق باشد. مثلاً کفیل بگوید: «هرگاه فلانی بیاید یا مستحق مبیع باشد من کفیل او می شوم.» در غیر این صورت تعلیق جایز نیست. مثل این که کفالت یا ضمانت معلق باشد به وزیدن باد یا آمدن باران.

گفتار هفتم - در حواله^(۳)

در حواله به اتفاق فقهاء امامیه اگر محال علیه در وقت عقد معسر و مفلس بوده و محتال نسبت به این امر آگاهی نداشته باشد، برای او حق رجوع به محیل جهت احقاق حقش ثابت است. به نظر ابن زهره در این مورد هیچ اختلافی میان فقهاء نیست.^(۴) در ماده ۷۲۹ ق.م.آمه: «هرگاه در وقت حواله محال علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد محتال می تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.»^(۵)

اما اگر محال علیه هنگام عقد متمکن باشد ولی بعداً مفلس شود حق خیار برای محتال وجود نداشته و نمی تواند به محیل رجوع کند، زیرا شرط صحت عقد که یسار و

۱- سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۲۴۱، زیلعی، تبیین الحقایق ج ۴ ص ۱۵۳، زحیلی، الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۳ ص ۲۳۳ و ۲۳۴، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۶، ص ۴، ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار ج ۲ ص ۱۷۱.
 ۲- شرط ملائمت شرطی است که عرفاً یا شرعاً با مقتضای عقد مناسب داشته باشد. به این که سبب تحقق عقد یا ثبوت حق باشد. مثلاً بگوید: اذا اقرضت فلانا فانا کفیله» بخلاف شرط غیر ملائمت که با مقتضای عقد تناسبی نداشته و غرض صحیحی بر آن مترتب نیست. مثلاً بگوید: ان انزل المطر فقد کفلت فلاناً. زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته ج ۴ ص ۲۴۹.

۳- حواله عبارت است از تعهد مال توسط شخص مشغول الذمه، تا مثل مالی را که به محیل بدهکار است به محتال بپردازد. شهید اول اللّمعه ص ۱۳۷.

۴- ابن زهره، غنیه، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۱۵ ص ۲۷۱.

۵- نظیر این ماده در ضمان نیز آمده است. (ماده ۶۹۰ ق.م.)

تمکن مالی محال علیه است هنگام عقد وجود داشته است.^(۱) هم چنین است در موردی که محتال هنگام عقد نسبت به اعسار محال علیه آگاهی داشته است. در این صورت نیز حق خیار ندارد زیرا او آگاهانه اعسار محال علیه را پذیرفته و در حقیقت خود به ضرر خویش اقدام کرده است.

بسیاری از فقهاء عامّه نیز بر این عقیده اند.^(۲) ولی در فقه شافعی اگر محال علیه هنگام عقد حواله مفلس و محتال نسبت به آن جاهل باشد، بعد از حواله وی حق رجوع به محیل را ندارد چون محتال به واسطه عدم تحقیق و تفحص از وضع و حال محال علیه خود مقصر است، ولی بعضی از فقهاء حق رجوع را برای محتال در صورت افلاس و اعسار محال علیه ثابت دانسته اند.^(۳)

حال به توجه به مباحث مطرح شده، اگر محتال بترسد از این که ممکن است مالش در اثر حواله به واسطه انکار یا افلاس محال علیه تلف شود و فرض بر این باشد که او نتواند به محیل رجوع کند، به نظر ابن قیم^(۴) می تواند متوسل به حيله ای بشود به این که از ابتداء با محیل شرط کند به شرطی حواله را می پذیرد که محال علیه متمکن بوده و حقش را بدهد و الا در صورت افلاس یا انکار محال علیه او حق فسخ حواله و رجوع به محیل را داشته باشد. به نظر شیخ طوسی^(۵) شرط مزبور صحیح است. وی گوید: « دلیل ما بر صحّت

۱- شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۱۳۷ و ۱۳۸.

۲- سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۲۴۷، فقال، حلیه العلماء فی معرفة مذاهب الفقهاء ج ۵ ص ۳۶ و ۳۷، میدانی، اللباب فی شرح الكتاب ج ۲ ص ۱۶۱، زبلی، تبیین الحقایق ج ۴ ص ۱۷۱ تا ۱۷۳، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۳۳۹، دردیر، الشرح الكبير مع حاشیة الدسوقي ج ۳ ص ۲۹۳، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۲۲۹، کاسانی، بدائع الصنائع ج ۶ ص ۱۸، ابن مودود، الاختیار لتعلیل المختار ج ۳ ص ۴، زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته ج ۴ ص ۳۰۵.

۳- شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۹۵ و ۱۹۶.

۴- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۳۸.

۵- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه ج ۳۷ کتاب حواله مسأله ۶ ص ۲۷۵.

این شرط اجماع علمای امامیه بر آن است، زیرا علمای ما در حواله ملائت و تمکن مالی محال علیه را معتبر دانسته‌اند.^(۱) حتی به نظر بعضی از فقهاء از جمله سید ابوالحسن موسوی اصفهانی^(۲) اگر محتال در عقد حواله خیار فسخ را شرط کند، جایز است. به نظر فقهای عامه^(۳) نیز این شرط صحیح بوده و منافاتی با مقتضای عقد ندارد و به دلیل «المؤمنون عند شروطهم» باید به آن وفاء شود. به گفته ابن رشد^(۴) هیچ کس با این شرط مخالفتی ندارد.

به هر حال آنچه می‌توان گفت این که شرط صحیح بوده و خلاف شرع و مقتضای عقد حواله نیست. البته اگر محیل محتال را فریب داده و او را به شخص مفلسی حواله بدهد، ولی هنگام حواله آن را کتمان کند، بدون هیچ گونه شک و تردیدی محتال به دلیل تدلیس، خدعه و خیانت محیل می‌تواند به اورجوع کند و حقش را بگیرد، چه شرط رجوع کرده یا نکرده باشد.

گفتار هشتم - در مضاربه^(۵)

۱- شرط ضمان بر عامل در خسارت وارده به تجارت و اصل سرمایه

آیا می‌توان در مضاربه شرط کرد که سود بین عامل و مالک مشترک بوده ولی ضرر و

۱- شرط ملائت و تمکن مالی محال علیه در حواله منافاتی با ماده ۷۲۸ ق.م که مقرر داشته: «در صحت حواله ملائت محال علیه شرط نیست» ندارد. زیرا ماده مزبور در صورت اطلاق است.

۲- اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۱۱۹.

۳- ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۲۹۹، ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۳۳۹، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة اللّسوفی ج ۳ ص ۲۹۳ و ۲۹۵، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۲۴۷، شربینی، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۱۹۵ و ۱۹۶، ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۴ ص ۳۸ و ۳۹، شیرازی، المذهب ج ۱ ص ۳۳۸، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلّته ج ۴ ص ۳۰۵ و ج ۵ ص ۱۷۶.

۴- ابن رشد، بداية المجتهد ج ۲ ص ۲۹۹.

۵- مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. ماده ۵۴۶ قانون مدنی.

خسارت در تجارت و اصل سرمایه برعهده عامل باشد؟

به نظر برخی از فقهاء^(۱) شرط ضمان بر عامل در عقد مضاربه صحیح نیست، چون او امین بوده و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست. امام خمینی علت بطلان را در این می داند که شرط مزبور مخالف با عقل و حکم عقلاء و شرع است.^(۲) در فقه حنفی نیز شرط ضرر بر مضارب باطل است.^(۳) در ماده ۵۵۶ ق.م آمده: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی». منظور از تفریط این است که مثلاً مضارب (عامل) به جای این که وجه سرمایه را در محل امنی مانند بانک نگهداری نماید، اقدام به این کار نکرده و به علت قصور مزبور به سرمایه خسارت وارد شده یا تلف گردد. منظور از تعدی نیز این است که مثلاً عامل قسمتی از مال مضارب را برای خود بردارد و یا چیزی را برای خودش خریده و پول آن را از مال مضارب پرداخت کند.

در مقابل به نظر بعضی از فقهاء از جمله صاحب جواهر^(۴) و سید محمدکاظم یزدی^(۵) شرط مزبور صحیح بوده و منافاتی با مقتضای عقد مضارب ندارد. محقق یزدی گوید: شرط ضمان بر عامل فقط با اطلاق عقد مضارب منافات دارد، زیرا اطلاق عقد مضارب مقتضی این است که خسارت برعهده مالک باشد و عامل ضامن نیست مگر

۱- ابن ادریس، المرار، چاپ در سلسلة التناهیات الفقهیه ج ۱۶ ص ۳۱ و ج ۱۷ ص ۷۵، صهرشتی، اصباح الشیعه چاپ در سلسلة ... ج ۱۵ ص ۲۹۷، ابن زهره، غنیه چاپ در سلسلة ... ج ۱۷ ص ۶۸، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسلة ... ج ۱۵ ص ۲۶۱ و ج ۱۷ ص ۹۳، امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۱۹۰، خویی، خوانساری و گلپایگانی (نقل از باورقی عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۴۶).

۲- امام خمینی، البیع ج ۵ ص ۱۹۰.

۳- زیلعی، بین الحقایق ج ۳ ص ۳۱۸.

۴- به نقل از شافعی، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۴ ص ۱۶۱.

۵- یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۴۶.

در صورت تعدی و تفریط.^(۱)

به بیان دیگر: شرط ضمان با عقد مضاربه به نحو مطلق و در صورتی که قید ضمان نشود، منافات دارد نه با مطلق عقد مضاربه و روایاتی که دلالت بر عدم ضمان مضارب (عامل) دارد نیز در صورت اطلاق است.

با توجه به توضیحات فوق و به دلیل حدیث «المؤمنون عند شروطهم» شرط ضمان بر عامل صحیح بوده و مشروعیت دارد، اما نکته‌ای که باید بدان توجه داشت این‌که شرط مزبور در صورتی جایز است که عامل با رضایت خاطر و طیب نفس از مال خود خسارت را جبران کند و این با مقتضای عقد مضاربه و نیز بناء عقلاء منافاتی ندارد. ماده ۵۵۸ ق.م.مقر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجّه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر این‌که بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجّاناً به مالک تملیک کند.»

در نظام بانکداری اسلامی آمده است: مسئولیت عامل در حفظ سرمایه همان مسئولیتی است که قانوناً بر عهده‌ء امین است جز در صورت تفریط و تعدی. به این ترتیب عامل ضامن سرمایه و یا مسئول خسارات حاصله از تجارت نخواهد بود مگر این‌که به طور لزوم در قرارداد شرط شده باشد که عامل از مال خود به مقدار خسارت یا زیان به طور رایگان به مالک تملیک کند.^(۲)

در توجیه این امر می‌توان چنین استدلال کرد که شرط مذکور مانع از توجه ضرر به مالک نمی‌شود بلکه در صورت ورود ضرر و زیان، این ضرر و زیان به عهده مالک و متوجه سرمایه می‌شود لیکن چون هر فردی که واجد اهلیت باشد می‌تواند اموال خود را

۱- همان.

۲- عملیات بانکی داخلی - ۲ ص ۷۸.

مجاناً به دیگری هبه و صلح نماید، در شرط مزبور عامل به میزان زیان وارد شده از اموال خود مجاناً به مالک تملیک می‌کند و این منافاتی با احکام قوانین ندارد. ~

۲- لزوم مدت در عقد مضاربه

به نظر فقهاء مضاربه عقدی جایز بوده و طرفین هر وقت بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند. بدون شک به دلیل جواز عقد مضاربه اگر در آن شرط لزوم وفاء به مدت در زمان معین شود، صحیح نیست و به نظر فقهاء^(۱) با بطلان شرط عقد نیز باطل می‌گردد. به نظر سید محمد کاظم یزدی^(۲) شرط مزبور صحیح بوده و منافاتی با مقتضای عقد ندارد هر چند که با اطلاق عقد مضاربه منافات دارد، اما به نظر امام خمینی^(۳) اشتراط عدم فسخ مضاربه در مدت معین با اطلاق عقد نیز منافات ندارد، زیرا اقتضاء و اطلاق عقد فسخ و عدم فسخ نیست، بلکه مقتضای عقد یا مقتضای اطلاق مضاربه جواز عقد در مقابل لزوم است و شرط عدم فسخ مقتضی لزوم نیست تا منافاتی با مقتضای آن دو داشته باشد. بنابراین تا زمانی که عقد باقی است باید به شرط عمل شود ولی اگر مضاربه فسخ شد شرط نیز منفسخ می‌گردد.

در ماده ۵۵۲ قانون مدنی آمده: «هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود لیکن پس از انقضاء مدت مضارب نمی‌تواند معامله کند مگر به اجازه جدید مالک.»

حال برای این که مضارب مطمئن شود در مدت معین شده عقد باقی است تا با آرامش خاطر به تجارت بپردازد، می‌تواند متوسل به حيله‌ای شود و آن این که عقد جایز مضاربه را تا مدتی لازم الوفاء کرده به گونه‌ای که طرفین حق فسخ آن را

۱- علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسلة البنايع الفقهيہ ج ۱۷ ص ۹۳.

۲- یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۴۴.

۳- همان مدرک، پاورقی.

نداشته باشند، اما چگونه؟

بعضی از فقهاء^(۱) راه حلی مطرح کرده‌اند به این که طرفین شرط لزوم مدت را ضمن عقد لازم دیگری مثل بیع، اجاره، صلح و... قرار دهند، در این صورت شرط لازم و باید به آن وفاء شود. مثلاً ضمن عقد بیع مقرر گردد که ده میلیون تومان از بهای ملک مثلاً به مدت یکسال نزد فلانی به عنوان مضاربه باشد. در این صورت عقد مضاربه فقط به مدت همین یکسال لازم می‌گردد و بعد از آن بخودی خود منحل می‌شود و اگر طرفین بخواهند قرارداد مضاربه ادامه یابد یعنی مثلاً آن را به مدت شش ماه دیگر تمدید نمایند این توافق آنها در واقع عقد مضاربه جدیدی محسوب خواهد شد و تابع ماده ۵۵۰ ق.م.ا است. یعنی عقدی جایز بوده و طرفین هر وقت بخواهند می‌توانند آن را فسخ نمایند.

راه حل دیگر قرارداد عدم فسخ مضاربه تا مدت معین به صورت شرط ضمن عقد لازم دیگر است.^(۲) در این صورت شرط عدم فسخ عقد مضاربه تا مدت معین (مثلاً یکسال) به تبع عقد لازم دیگر (مثل بیع) لازم می‌گردد. از ملاک ماده ۶۷۹ ق.م. نیز می‌توان استفاده کرد با آوردن عقد جایز ضمن عقد لازم یا با آوردن شرط عدم فسخ ضمن عقد لازم، می‌توان آثار لزوم را به عقد جایز بخشیده و مانع برهم زدن آن شد.^(۳) اما آنچه که در ماده ۹ قانون مضاربه در نظام بانکداری اسلامی آمده مبنی بر این که «مدت قرارداد مضاربه حداکثر یکسال می‌باشد ...»^(۴)

۱- اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۷۴، یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۴۴ و ۶۴۵، امام خمینی، (نقل از پاورقی عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۴۴).

۲- یزدی، عروة الوثقی ج ۲ ص ۶۴۴، دکتر امامی، حقوق مدنی ج ۲ ص ۱۰۶، سیدعلی حائری، شرح قانون مدنی ج ۴ ص ۱۱۹ و ۱۲۰.

۳- البته معنی لزوم عقد جایز در فرض مزبور این نیست که تمامی آثار عقد لازم بر آن بار شود بلکه با موت و حجر لزوم عقد جایز بهم می‌خورد.

۴- عملیات بانکی بدون ربا ص ۵۲.

در صورتی می‌توان آن را لازم و غیر قابل فسخ کرد که ضمن عقد لازم دیگری شرط شود. از این رو در کتاب "عملیات بانکی داخلی" آمده: «در معاملات بانکی معمول است متن قراردادهای مضاربه را به ترتیبی تنظیم نمایند که عامل با امضای قرارداد شرط ترک فسخ قرارداد را تا زمان تسویه کامل آن از جانب خود بپذیرد».^(۱)

گفتار نهم - در عاریه^(۲)

الف - از آنجا که عاریه عقدی است جایز، از این رو شرط مدت در آن لازم الوفاء نبوده و معیر هر وقت بخواهد می‌تواند از مستعیر عین عاریه را مطالبه کند.^(۳) حال برای این که مستعیر بتواند عدم فسخ عاریه در مدت معین را لازم کند می‌تواند آن را ضمن عقد لازم دیگری مثل بیع شرط نماید، در این صورت به تبع آن شرط مدت نیز لازم می‌گردد. ابن قیم^(۴) حیلای دیگر مطرح کرده و آن این که مستعیر عین را تا مدت مورد نظر که می‌خواهد از آن استفاده کند از معیر اجاره کرده، آنگاه معیر مستعیر را از پرداخت اجرت ابراء نماید.

به نظر می‌رسد حیل مزبور به دلیل این که اجاره جنبه صوری دارد مشروع نبوده و باطل است. البته اگر واقعاً کسی مالی را اجاره کند و مؤجر مستأجر را از پرداخت اجاره بها ابراء نماید. در این صورت تصرف در آن مال تا مدتی که معین می‌شود صحیح است ولی این از موضوع عاریه خارج است.

ب - در عقد عاریه مستعیر امین بوده و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست،

۱- عملیات بانکی داخلی - ۲ ص ۷۷.

۲- عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. ماده ۶۳۵ ق.م.

۳- محدث بحرانی، الحقائق المناظرة ج ۲۱ ص ۴۸۶.

۴- ابن قیم، اعلام الموقعین، ج ۳ ص ۳۷۵.

«اما در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوک و غیرمسکوک مستعیر ضامن است هرچند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی نکرده باشد.»^(۱)

هرگاه معیر بترسد از این که ممکن است عین عاریه در دست مستعیر تلف شود به گونه ای که نتواند تعدی یا تفریط وی را ثابت کند، می تواند در عقد عاریه شرط ضمان بر مستعیر نماید.^(۲) بر اساس این شرط مستعیر ضامن می شود چه در صورت تعدی و تفریط و یا عدم آن. در ماده ۶۴۳ ق.م.آمه: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگرچه مربوط به عمل او نباشد».

صاحب جواهر گوید: صحت شرط مزبور به دلیل نص و اجماع معتبر است.^(۳) افزون بر اینها شرط ضمان مستعیر با مقتضای عقد عاریه نیز منافات ندارد و صرف این که عین عاریه امانت مالکیه در دست مستعیر است، این امر مقتضی عدم ضمان او نمی باشد. البته ید امانی موجب ضمان نیست نه این که موجب عدم ضمان هم باشد تا گفته شود شرط ضمان مخالف با مقتضای عقد است.^(۴)

وانگهی اگر شرط ضمان مستعیر بخواهد با مقتضای عقد منافات داشته باشد، به طور کلی نباید بر او شرط ضمان کرد در حالی که چنین نیست.

روایات نیز بر صحت چنین شرطی دلالت دارد. از جمله روایت حلبی از امام صادق (ع) که فرمود: «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون

۱- ماده ۶۴۵ قانون مدنی.

۲- شیخ طوسی، التهایة چاپ در سلسله الینایع الفقهیه ج ۱۷ ص ۱۶۱، ابن ادریس، السرایر چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۲۴۹ و ج ۱۶ ص ۳۱، علامه حلبی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۲۶۲ و ج ۱۷ ص ۱۸۹ و مختلف الشیعه ص ۴۴۷، شهید اول و ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۲۶۰ و ۲۶۴، آیه الله نجفی، جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۱۶۲ و ۱۶۳، محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۲۱ ص ۵۰۴ تا ۵۱۸، اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۶۵.

۳- جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۱۶۲ و ۱۶۳.

۴- بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۴۱.

اشترط علیه». ^(۱) بنابراین با توجه به دلایل مطرح شده و عموم ادله وفاء به شرط، شرط ضمان مستعیر صحیح بوده و باید به آن وفاء شود.

گفتار دهم - در صلح ^(۲)

صلح عبارت است از این که کسی با دیگری سازش کند که بخشی از مال خود، یا سود خود را ملک دیگری کند، یا از طلب و حق خود بگذرد و دیگری هم در عوض آن بخشی از مال خود یا سود مال خود را به او واگذارد یا از طلب یا حق خود بگذرد. حتی کسی هرگاه بدون عوض، مقداری از مال یا منفعت مال خود را به دیگری واگذارد یا از طلب یا حق خود بگذرد صلح بوده و صحیح است. ^(۳) در ماده ۷۵۲ ق.م.آمه: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود». در باب صلح حیلی مطرح شده که به چند مورد اشاره می شود:

الف - هرگاه کسی از دیگری مثلاً صد هزار تومان طلبکار باشد و بخواهد با او مصالحه کرده و به ۵۰ هزار تومان اقرار کند. ^(۴) آیا مصالحه صحیح است؟

آنچه می توان گفت این که چنین صلح مبتنی بر اقرار است و به نظر فقهای امامیه ^(۵) و

۱- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ باب ۱ از ابواب احکام عاریه حدیث ۱.

۲- صلح در لغت به معنای، آشتی، توافق، تعهد به سازش، تراضی طرفین دعوا و رفع خصومت است. (طریحی، مجمع البحرين ج ۲ ص ۳۸۸، ابن منظور، لسان العرب ج ۷ ص ۳۸۴، صفی پور، منتهی الارب ج ۲ ص ۶۹۶، لویس معلوف، المنجد ص ۴۳۲).

۳- دکتر فیض، مبادی فقه و اصول ص ۳۱۰.

۴- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۶۹.

۵- از جمله: شهید اول و شهید ثانی، شرح لمعه ج ۴ ص ۱۷۳، محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۵ ص ۴۱۰،

حسینی عاملی، مفتاح الکرامه ج ۵ ص ۴۵۸.

عامه^(۱) صلح هم بر اقرار صحیح است و هم بر انکار^(۲) و صاحب مفتاح الکرامة^(۳) بر آن ادّعی اجماع کرده است. البته صحت حيله مزبور در موردی است که طلبکار واقعاً صاحب حق باشد و الاً مشروعیت ندارد. در ماده ۷۶۷ قانون مدنی آمده است: «اگر بعد از صلح معلوم گردد که موضوع صلح منتفی بوده است، صلح باطل است».

ب - این که طلبکار بخواهد دین مدت دار را به مبلغی کمتر و به نقد با بدهکار مصالحه کند.^(۴) به نظر فقهای امامیه^(۵) که به آن «صلح حطیطة» گویند و نیز به نظر فقهای عامه^(۶) جایز است و این در حقیقت نوعی ابراء است که داین از حق خود به اختیار صرف نظر می کند. (ماده ۲۸۹ ق.م.)

سید ابوالحسن موسوی اصفهانی گوید: اگر کسی به عوض چند درهم که به نحو مؤجل از کسی طلب دارد، به نصف آن و به طور نقد مصالحه کند، اشکالی ندارد، هرگاه مقصودش اسقاط زیادی و ابراء از آن و اکتفاء به ناقص باشد. نه این که قصدشان معاوضه بین زاید و ناقص باشد^(۷) و یا این که مصالحه به مبلغ بیشتر باشد،^(۸) زیرا در این صورت صلح منجر به ربا شده و حرام و باطل است.^(۹) قبلاً نیز ثابت شد که ربا تعمیم داشته و

۱- ابن قدامه، المغنی ج ۴ ص ۳۰۸ فصل ۳۴۹۲، دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۳ ص ۲۷۸ و ۲۸۱، ابن رشد، بدایة المجتهد ج ۲ ص ۳۱۸، فقال، حلیة العلماء ج ۵ ص ۱۰.

۲- به نظر فقهای شافعی صلح در صورتی که مبتنی بر اقرار باشد، صحیح است. (زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۳۰ و ۳۱)

۳- حسینی عاملی، مفتاح الکرامة ج ۵ ص ۴۵۸.

۴- ابن قیم، اعلام الموقعین ج ۳ ص ۳۷۲.

۵- محدث بحرانی، الحدائق الناضرة ج ۱۹ ص ۱۳۷ و ۱۳۸.

۶- دردیر، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی ج ۳ ص ۲۸۰، سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۲۵۲.

۷- اصفهانی، وسیلة التجارة ج ۲ ص ۴۹.

۸- ابوحنیفه چنین صلحی را مشروع می داند - زیلعی، تبیین الحقایق ج ۵ ص ۳۸.

۹- شیخ طوسی، الخلاف چاپ در سلسله ... ج ۳۷ ص ۲۹۷ و المبسوط ج ۲ ص ۳۰۸، محقق کرکی، ←

اختصاص به بیع ندارد. از این رو همه فقهاء در آغاز بحث صلح به این حدیث شریف تمسک جسته‌اند که «الصلح جایز بین المسلمین ما لم یؤدّ الی تحلیل حرام او تحریم حلال».^(۱) در ماده ۷۵۴ قانون مدنی آمده: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد».

ج - مورد دیگر از صلح این که در عقد شرکت هرگاه دو شریک بخواهند اموال خود را تقسیم نمایند، با یکدیگر مصالحه کنند بر این که سود و ضرر از آن یکی از آن دو و سرمایه مال دیگری باشد. به نظر بعضی از فقهاء^(۲) صلح مزبور مشروعیت دارد. به نظر می‌رسد از آنجایی که به مقتضای عقد شرکت شرکاء در سود و ضرر مشترکند، از این رو مصالحه مزبور جایز نیست، مگر در یک صورت و آن این که یکی از دو شریک با رضایت خاطر و طیب نفس سودی که به وجود می‌آید و حق اوست به دیگری به وسیله مصالحه منتقل کند یا از مال خود خسارت شریک را جبران نماید و صحیحه رفاعه^(۳) نیز بر همین مطلب دلالت دارد، چنانچه در مبحث شرکت به آن اشاره شد.

اَللّٰهُمَّ وَفَّقْنَا لِمَا تُحِبُّ وَ تَرْضٰی

→ جامع المقاصد ج ۵ ص ۴۱۴، اصفهانی، وسیلة النجاة ج ۲ ص ۴۸، مفتاح الکرامه ج ۵ ص ۴۶۵ و از فقهای عامه: سمرقندی، تحفة الفقهاء ج ۳ ص ۲۵۲.

۱- شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه ج ۳ ص ۲۱.

۲- راوندی، فقه القرآن چاپ در سلسله البناهیة الفقهیة ج ۱۵ ص ۳۱۵. ابن ادریس، السرائر چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۳۲۸، علامه حلی، قواعد الاحکام چاپ در سلسله ... ج ۱۵ ص ۳۳۸.

۳- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه ج ۱۳ کتاب الشریکه باب ۱ حدیث ۸.

فهرست منابع (۱)

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- آلوسی، ابوالفضل شهاب الدین محمود، روح المعانی، بیروت، دارالفکر ۱۴۰۸ ق.
- ۳- ابن ادريس، ابو منصور محمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة، علی اصغر مروارید، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- ۴- ابن تیمه، الفتاوی الكبرى، بیروت، دارالکتب العلمیة.
- ۵- ابن جُزّی، القوانين الفقهیة، بیروت، المكتبة الثقافیة.
- ۶- ابن حزم اندلسی، المحلّی، بیروت، دارالافاق الجديدة.
- ۷- ابن حمزه، عمادالدین ابوجعفر محمد بن علی بن حمزه طوسی، الوسيلة الى نیل الفضیلة، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۸- ابن حنبل، احمد، مسند احمد، بیروت، دار صادر.
- ۹- ابن رشد، شیخ الامام ابوالولید محمد بن احمد رشد القرطبی، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، قم، الشریف الرضی.

۱- لازم به ذکر است در مواردی از چندین چاپ یک کتاب استفاده شده است به دلیل آن که برخی یادداشتها مربوط به سالهای گذشته و برخی دیگر جدیدتر بوده است و فرصت مراجعه و یافتن مطالب نقل شده از چاپهای جدید وجود نداشت.

- ۱۰- ابن زهره، حمزة بن علی بن زهرة حسینی، غنية النزوع الى علمى الاصول والفروع، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۱۱- ابن طی عاملی، شیخ ابوالقاسم علی بن ... محمد، المسایل، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۱۲- ابن عابدین، حاشیة ردالمحتار علی الدرالمختار، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ۱۳- همان، بیروت، دارالفکر، چاپ دوم.
- ۱۴- ابن قدامة، عبدالله بن احمد، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل، بیروت، دارالفکر.
- ۱۵- ابن قیم، محمد بن ابی بکر بن سعد، أعلام الموقَّعين، بیروت، دارالجلیل.
- ۱۶- همو، اغائة اللّٰهفان من مصاید الشیطان، بیروت، دارالمعرفة.
- ۱۷- ابن منظور، لسان العرب، قم، آذب الحوزة، ۱۴۰۵ ق.
- ۱۸- همان، بیروت، داراحیاء التراث العربی و مؤسسة التاریخ العربی، ۱۴۱۸ ق.
- ۱۹- ابن مودود حنفی، عبدالله بن محمود، الاختیار لتعلیل المختار، چاپ مصر.
- ۲۰- ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهیة لغة و اصطلاحاً، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- ۲۱- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، الکافی فی الفقه، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۲۲- اسد حیدر، الامام الصادق والمذاهب الاربعة، بیروت، دارالکتاب العربی، چاپ سوم.
- ۲۳- اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیة کتاب المکاسب، قم، مجمع الذخائر الاسلامیة.
- ۲۴- اصفهانی، راغب، مفردات الفاظ القرآن، المكتبة المرتضویة.
- ۲۵- اصفهانی، سید ابو الحسن موسوی، وسیلة النجاة، نجف، المكتبة المرتضویة، چاپ ششم.
- ۲۶- افغانی، ابو الوفاء، مقدّمة کتاب اصول سرخسی، مصر، دارالکتاب العربی، ۱۳۷۲ ق.
- ۲۷- الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۶۸ ش.
- ۲۸- امام خمینی، روح الله الموسوی، البیع، مؤسسة مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
- ۲۹- همو، تحریر الوسیلة، تهران، مكتبة العلمیة الاسلامیة.
- ۳۰- همو، قم، مؤسسة دارالعلم، چاپ دوم.
- ۳۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة.

- ۳۲- انصاری، شیخ مرتضی، المكاسب، بیروت، مؤسسة النعمان، ۱۴۱۰ ق.
- ۳۳- همان، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۴ ش.
- ۳۴- ایزدی فرد، علی اکبر، ضم ضمیمه در حقوق اسلام، مجله مقالات و بررسیها، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، دفتر ۶۴، ۱۳۷۷ ش.
- ۳۵- همو، نگاهی به عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی - پژوهشی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل، سال چهارم، شماره سوم، بهار ۱۳۷۷ ش.
- ۳۶- همو، شرط رهن در عقد اجاره، مجله مقالات و بررسیها، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، دفتر ۶۷، ۱۳۷۹ ش.
- ۳۷- همو، بررسی موضوع «سود» در مضاربه بانکی، مجله مقالات و بررسیها، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، دفتر ۶۸، ۱۳۷۹ ش.
- ۳۸- همو، تأملی در راههای فرار از ایجاد حق شفعه، نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد، شماره ۴۵ و ۴۶، ۱۳۷۸ ش.
- ۳۹- بارفروش، ملا محمدباقر، شعائرالاسلام فی مسایل الحلال والحرام، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۱۲ ق.
- ۴۰- بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقہیة، قم، دارالکتب العلمیة، ۱۳۸۹ ق.
- ۴۱- بحرانی، شیخ یوسف، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، بیروت، دارالاضواء، چاپ دوم ۱۴۰۵ ق.
- ۴۲- بحیری، عبدالوهاب، کشف النقاب عن موقع الحیل من الحدیث والکتاب (بخشهایی از آن در کتاب الحیل المحظور منها والمشروع آمده است).
- ۴۳- بخاری، امام ابو عبدالله محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، دارالفکر، ۱۴۰۱ ق.
- ۴۴- بروجردی، محمد عبده، کلیات حقوق اسلامی، تهران، دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۰ ق.
- ۴۵- بهبهانی، آقاباقر، رساله «فی القرض بشرط المعاملة المحاباتیة» چاپ در مجموعه رسالات، چاپ سنگی، وزیری، موجود در کتابخانه مجلس شورای اسلامی، شماره ۱۸۰۴.

- ۴۶- بهوتی، منصورین یونس بن ادريس، كشاف القناع، رياض، مكتبة النص الحديث.
- ۴۷- تهانوی، محمد علی، كشاف اصطلاحات الفنون، بيروت، مكتبة اللبان، چاپ اول، ۱۹۶۶ م.
- ۴۸- تهرانی، شیخ آقازرگ، الذريعة الى تصانيف الشيعة، بيروت، دارالاضواء، چاپ دوم.
- ۴۹- جرجانی، میرسید شریف، التعريفات، تهران، انتشارات ناصر خسرو، چاپ اول، ۱۳۰۶.
- ۵۰- جزیری، عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الاربعة، بيروت، داراحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۶ ق.
- ۵۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲ ش.
- ۵۲- حائری، سید علی (معروف به شاهباغ)، شرح قانون مدنی، چاپخانه آفتاب تهران.
- ۵۳- حرّانی، ابو محمد حسن بن شعبه، تحف العقول، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۹۸ ق.
- ۵۴- حسینی عاملی، سید جواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، مؤسسة آل البيت (ع).
- ۵۵- حکیم، محمد تقی، الاصول العامة للفقهاء المقارن، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم ۱۹۷۹ م.
- ۵۶- خضری بک، شیخ محمد، تاریخ التشریع الاسلامی، بیروت، دارالقلم، چاپ اول.
- ۵۷- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ناشر: مولف، ۱۳۶۹ ش.
- ۵۸- خوئی، ابوالقاسم، معجم رجال الحديث، قم، مرکز نشر آثار الشيعة.
- ۵۹- خوری شرتونی، سعید، اقرب الموارد، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- ۶۰- دُر دیر، ابوالبرکات سیدی احمد، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بیروت، دارالفکر.
- ۶۱- درویش خادم، بهرام، معامله به قصد فرار از دین، تهران، انتشارات کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۰ ش.
- ۶۲- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۲ ش.
- ۶۳- ذوالمجدین، ترجمه و شرح تبصرة علامه حلّی، تهران، دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۶ ش.
- ۶۴- زهنی بک، عبدالسلام، الحیل المحظور منها و المشروع، مصر، شركة مساهمة مصرية، ۱۹۴۶ م.
- ۶۵- راوندی، قطب الدین، فقه القرآن، چاپ در سلسله الينابيع الفقهية.

- ۶۶- رملى، شمس الدّين، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، مصر، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابى الحلبي و اولاده، ۱۳۵۷ ق.
- ۶۷- زحيلي، وهبة، الفقه الاسلامى و ادلّته، دمشق، دارالفكر، چاپ سوم، ۱۴۰۹ ق.
- ۶۸- زرکلى، خير الدّين، الأعلام، بيروت، دارالعلم للملایين، ۱۹۹۲ م.
- ۶۹- زمخشري، امام محمود بن عمر، الکشاف عن حقایق غوامض التّنزيل، بيروت، دارالكتاب العربى، ۱۴۰۶ ق.
- ۷۰- زيلعى حنفى، فخر الدّين، تبیین الحقایق، مصر، چاپ اول، ۱۳۱۳ ق.
- ۷۱- سرخسى، ابوبکر محمد بن ابى سهل، المبسوط (فقه حنفى)، بيروت، دارالمعرفة، ۱۴۰۶ ق.
- ۷۲- سلّار ديلمى، حمزة بن عبدالعزيز، المراسم العلویّة، چاپ در سلسله الينابيع الفقهیّة.
- ۷۳- سمرقندى، علاء الدّين، تحفة الفقهاء، بيروت، دارالکتب العلمیّة.
- ۷۴- سيد مرتضى، ابوالقاسم على بن الحسين الموسوى، الانتصار، قم، الشريف الرضى.
- ۷۵- همو، جمل العلم والعمل، چاپ در سلسله الينابيع الفقهیّة.
- ۷۶- همو، المسایل النَّاصِریّات، چاپ در سلسله الينابيع الفقهیّة.
- ۷۷- شاطبى، ابواسحاق، الموافقات، بيروت، دارالفکر.
- ۷۸- شافعى، محمد بن ادريس، الأم، بيروت، دارالمعرفة.
- ۷۹- شربینى، محمد خطيب، مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج، بيروت، دارالفکر.
- ۸۰- شوکانى، محمد بن على بن محمد، نیل الاوطار من احاديث سيّد الاخيار، بيروت، دارالقلم.
- ۸۱- شهيد اول، محمد بن جمال الدّين مكّى عاملى، القواعد والفوائد، قم، مكتبة المفيد.
- ۸۲- همو، اللّمعنة الدّمشقيّة فى فقه الاماميّة، بيروت، دارالتّرات والذّار الاسلاميّة، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- ۸۳- همو، الدّروس الشّرعیّة فى فقه الاماميّة، چاپ در سلسله الينابيع الفقهیّة.
- ۸۴- همان، مشهد، بيناد پژوهِشهاى اسلامى آستان قدس رضوى.
- ۸۵- شهيد ثانى، زين الدّين الجبعى العاملى، شرح لمعه (الرّوضة البهيّة فى شرح اللّمعنة الدّمشقيّة)، بيروت، دارالعالم الاسلامى.

- ۸۶- همان، چاپ سنگی، رحلی (۲ جلدی).
- ۸۷- همان، قم، انتشارات اسماعیلیان ۱۳۷۴ ش.
- ۸۸- همو، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، قم، دارالهدی للطباعة والنشر، چاپ سنگی، رحلی (۲ جلدی).
- ۸۹- شیخ بهائی، جامع عباسی، چاپ بمبئی، سال ۱۳۲۳ ق.
- ۹۰- شیخ صدوق، ابوجعفر محمد بن بابویه قمی، المقنع فی الفقه، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۹۱- همو، مَنْ لَا یَحْضُرُهُ الْفَقِیْه، قم، جامعه مدرّسین حوزه علمیّه.
- ۹۲- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الاستبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۹۰ ق.
- ۹۳- همو، تهذیب الاحکام، بیروت، دارصُغْب و دارالتعارف، چاپ دوم.
- ۹۴- همو، الجمل والعقود، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۹۵- همو، الخلاف، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۹۶- همو، المبسوط فی فقه الامامیة، تهران، المکتبة المرتضویة لاحیاء الاثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
- ۹۷- همان، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۹۸- همو، النّهایة، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۹۹- شیخ مفید، ابوعبدالله محمد بن نعمان، المقنعه فی الاصول والفروع، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۱۰۰- شیرازی، ابواسحاق، المهدّب فی فقه الامام الشّافعی، شركة مكتبة احمد بن سعد بن بنهان.
- ۱۰۱- صادقی، علی اکبر، شرط ضمان مستأجر، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۴-۱۳، پاییز ۷۲ و تابستان ۷۳.
- ۱۰۲- آیه الله صانعی، شیخ یوسف، منتخب الاحکام، قم، انتشارات میثم تمار، چاپ اول، ۱۳۷۹ ش.
- ۱۰۳- صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم، منتهی الارب فی لغة العرب، انتشارات کتابخانه سنایی.

- ۱۰۴- صهرشتی، نظام‌الدین ابوالحسن، اصباح‌الشیعة بمصباح‌الشريعة، چاپ در سلسله‌الینابیع الفقهیة.
- ۱۰۵- طباطبایی، سیدعلی، ریاض‌المسایل و حیاض‌الدلائل، تهران، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۰۷-۸ ق.
- ۱۰۶- طبرسی، ابوعلی‌الفضل بن‌الحسن، مجمع‌البیان فی تفسیرالقرآن، تهران، مکتبه‌العلمیة الاسلامیة.
- ۱۰۷- طریحی، شیخ‌فخرالدین، مجمع‌البحرین، تهران، المکتبه‌المرتضویة، چاپ دوم، شهریور ۱۳۶۲ ش.
- ۱۰۸- عاملی، شیخ حرّ، وسایل‌الشیعة الی تحصیل مسایل‌الشريعة، بیروت، داراحیاء‌التّرات العربی، چاپ پنجم، ۱۴۰۳ ق.
- ۱۰۹- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، ارشاد‌الاذهان، چاپ در سلسله‌الینابیع الفقهیة.
- ۱۱۰- همو، تبصرة‌المتعلّمین فی احکام‌الدین، قم، مجمع‌الدّخائر الاسلامیة.
- ۱۱۱- همان، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۹ ش.
- ۱۱۲- همو، تحریر‌الاحکام موسّسة آل‌البيت، مشهد، موسّسه طوس، چاپ سنگی، رحلی.
- ۱۱۳- همو، تذکرة‌الفقهاء، تهران، مکتبه‌المرتضویة‌الاحیاء‌الاثر‌الجعفریة، چاپ سنگی، رحلی.
- ۱۱۴- همو، تلخیص‌المرام، چاپ در سلسله‌الینابیع الفقهیة.
- ۱۱۵- همو، قواعد‌الاحکام، چاپ در سلسله‌الینابیع الفقهیة.
- ۱۱۶- همو، مختلف‌الشیعة، تهران، مکتبه‌نینوی‌الحدیثه، چاپ سنگی، رحلی.
- ۱۱۷- علامه طباطبایی، سید محمدحسین، تفسیر‌المیزان، بیروت، موسّسة‌الاعلمی للمطبوعات.
- ۱۱۸- عملیات بانکی بدون ربا، بانک جمهوری اسلامی ایران، اداره آموزش و مطالعات نیروی انسانی، مرداد ۱۳۶۴.

- ۱۱۹- فاضل مقداد، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله السیوری، کنز‌العرفان فی فقه القرآن، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۴ ق.
- ۱۲۰- فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۹ ق.
- ۱۲۱- فقه الرضا، منسوب به امام رضا(ع)، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۱۲۲- فیض، ملا محسن، مفاتیح الشرایع، قم، مجمع الذخائر الاسلامیة، ۱۴۰۱ ق.
- ۱۲۳- همو، الوافی، قم، مكتبة آية الله مرعشی، نجفی، چاپ سنگی، رحلی، ۱۴۰۴ ق.
- ۱۲۴- فیض، علیرضا، مبادئ فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
- ۱۲۵- فیومی، احمد بن محمد بن علی المقرئ، مصباح المنیر، مصر، مطبعة البهیة المصریة، ۱۳۰۲ ق.
- ۱۲۶- قاضی ابن براج، عبدالعزیز بن تحریر، جواهر الفقه، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۱۲۷- همو، المهدب، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۱۲۸- قانون تجارت، با اصلاحات جدید، تهران، انتشارات گنج‌دانش، چاپ ششم، ۱۳۶۹ ش.
- ۱۲۹- قانون مجازات اسلامی، تدوین: هوشنگ ناصرزاده، تهران، نشر دیدار، چاپ چهارم ۱۳۷۴ ش.
- ۱۳۰- قُرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد انصاری، تفسیر قُرطبی (الجامع لاحکام القرآن)، مصر، دارالکتب المصریة، ۱۳۵۴ ق.
- ۱۳۱- قفال، سیف‌الدین ابوبکر محمد بن احمد الشاشی، حلیة العلماء فی معرفة مذاهب الفقهاء، مکه، دارالباز.
- ۱۳۲- قمی، شیخ عباس، سفینه البحار و مدینه الحکم و الآثار، بیروت، دارالتعاریف للمطبوعات.
- ۱۳۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ سوم، ۱۳۶۳ ش.
- ۱۳۴- همو، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، چاپ بهنشر، ۱۳۶۹ ش.
- ۱۳۵- همان، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶ ش.
- ۱۳۶- کاسانی حنفی، علاء‌الدین ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع، مصر، شركة المطبوعات العلمیة، چاپ اول، ۱۳۲۷ ق.

- ۱۳۷- کاشانی، سید محمود، تقلب نسبت به قانون، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، چاپ دوم، ۱۳۵۴.
- ۱۳۸- کاظمی شوشتری، شیخ اسدالله، مقابس الانوار فی احکام النبی المختار، تبریز، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۲۲ ق.
- ۱۳۹- کلانتری، کیومرث، اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها، بابلسر، دانشگاه مازندران، ۱۳۵۷ ش.
- ۱۴۰- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، اصول کافی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۹۲ ق.
- ۱۴۱- کیهانی، منصور، حقوق رم (تعهدات)، تهران، چاپ تابان، شهریور ۱۳۴۲ ش.
- ۱۴۲- گلپایگانی، آیه الله سید محمد رضا موسوی، مجمع المسایل، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ دوم.
- ۱۴۳- همو، وسیلة النجاة با تعلیقات بر آن، قم، چاپخانه مهر استوار، چاپ اول، ۱۳۹۳ ق.
- ۱۴۴- مالک بن انس، الموطأ، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۱۴۵- مجموعه قوانین اساسی - مدنی، تدوین: غلامرضا حجتی اشرفی، تهران، کتابخانه گنج دانش، با آخرین اصلاحات و الحاقات، ۱۳۷۵ ش.
- ۱۴۶- مجموعه کامل قوانین و مقررات مالک و مستاجر، تدوین: فرج الله قربانی، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ هفتم، ۱۳۷۵ ش.
- ۱۴۷- مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی، تدوین: غلامرضا حجتی اشرفی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دهم، ۱۳۷۰ ش.
- ۱۴۸- مجموعه کال قوانین و مقررات ثبتی، تدوین: غلامرضا حجتی اشرفی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۷۴ ش.
- ۱۴۹- محدث نوری، میرزا محمد حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسایل، تهران، چاپ سنگی، رحلی (۳ جلدی).
- ۱۵۰- محقق اردبیلی، احمد، زیدة البیان فی احکام القرآن، تهران، المكتبة المرتضویة.
- ۱۵۱- همو، مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ۱۵۲- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تهران، انتشارات استقلال، چاپ سوم، ۱۴۰۳ ق.

- ۱۵۳- همو، المختصر النافع، مصر، دارالكتاب العربی.
- ۱۵۴- همان، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیة.
- ۱۵۵- محقق داماد، سید مصطفی، اخذ به شفعه، تهران، نشر علوم اسلامی، چاپ اول، بهار ۱۳۶۵ ش.
- ۱۵۶- محقق سبزواری، محمد باقر، کفایة الاحکام، تهران، چاپ سنگی، رحلی، ۱۲۶۹ ق.
- ۱۵۷- محقق قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، انتشارات کیهان، چاپ اول، بهار ۱۳۷۱ ش.
- ۱۵۸- همو، غنائم الایام فی مسایل الحلال والحرام، تهران، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۱۹ ق.
- ۱۵۹- محقق کرکی، شیخ علی بن الحسین، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ۱۶۰- محمدی ری شهری، میزان الحکمة، بیروت، الدار الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- ۱۶۱- محمضانی، صبحی، فلسفة التشریع فی الاسلام، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ پنجم، ۱۹۸۰ م.
- ۱۶۲- محمودی، سید محسن، مسایل جدید از دیدگاه علماء و مراجع تقلید، قم، انتشارات ناصر، ۱۳۷۹ ش.
- ۱۶۳- مدرس، میرزا محمد علی، ریحانة الادب، انتشارات کتابفروشی خیام، چاپ سوم.
- ۱۶۴- مرغینانی، شیخ الاسلام ابوالحسن رشدانی، الهدایة شرح بداية المبتدی، مصر، مکتبة و مطبعة محمد علی صحیح و اولاده.
- ۱۶۵- مطهری، مرتضی، ربا - بانک - بیمه، قم، انتشارات صدرا، چاپ اول، ۱۳۶۴ ش.
- ۱۶۶- مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، ۱۹۷۷ م.
- ۱۶۷- همو، الفقه علی المذاهب الخمسة، کانون الثانی (ینایر)، چاپ هفتم، ۱۴۰۲ ق.
- ۱۶۸- آية الله مکارم، ناصر، مجموعه استفتائات جدید، قم، مدرسه الامام علی (ع)، ۱۳۷۵ ش.
- ۱۶۹- موسوی سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، النجف الاشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۶ ق - ۱۹۷۶ م.

- ۱۷۰- میدانى، شيخ عبدالغنى الغنيمى الدمشقى، اللّباب فى شرح الكتاب، بيروت، دارالحديث.
- ۱۷۱- ميرعبدالفتاح، ابن على حسینی مراغی، عناوین الاصول، تبریز، چاپ سنگی، وزیری، ۱۲۹۷ ق.
- ۱۷۲- آیه الله میلانی، محمد هادی، خلاصة المسایل، مشهد، انتشارات کتابفروشی جعفری.
- ۱۷۳- نائینی، میرزا محمد حسین، منیة الطالب، چاپ سنگی، رحلی، موجود در کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران.
- ۱۷۴- آیه الله نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیة، چاپ دوم، ۱۳۶۵ ش.
- ۱۷۵- نراقی، ملا احمد، عوائد الاّیام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ سنگی، وزیری، ۱۲۶۶ ق.
- ۱۷۶- همو، مستند الشّیعة، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۲۶ ق.
- ۱۷۷- نراقی، ملا محمد، مشارق الاحکام، تهران، چاپ سنگی، وزیری، ۱۲۹۴ ق.
- ۱۷۸- نَوَوِی، امام ابوزکریّا محیی الدّین بن شرف، المجموع شرح المهدّب، جدّه، مکتبة الارشاد.
- ۱۷۹- نهج البلاغه، ترجمه و شرح فیض الاسلام، چاپ دوم.
- ۱۸۰- هدایتی، علی اصغر- سفری، علی اصغر- کلهر، حسن، عملیات بانیک داخلی - ۲، (تخصیص منابع)، مؤسسه بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، بهار ۱۳۷۰ ش.
- ۱۸۱- هذلی، شیخ ابوزکریّا، جامع الشّرایع، چاپ در سلسله الینابیع الفقهيّة.
- ۱۸۲- همدانی، رشید الدّین فضل الله، جامع التّواریخ، تهران، انتشارات اقبال، ۱۳۳۸ ق.
- ۱۸۳- یزدی، ابوالقاسم بن احمد، ترجمه فارسی شرایع الاسلام، تهران، دانشگاه تهران، مهر ۱۳۶۱ ش.
- ۱۸۴- یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، چاپ سنگی، رحلی، ۱۳۱۶ ق.
- ۱۸۵- همو، رساله السّؤال والجواب، نجف، مطبعة حیدریّة، ۱۳۴۰ ق.
- ۱۸۶- همو، العروة الوثقی، تهران، المکتبة العلمیّة الاسلامیّة.
- ۱۸۷- همو، العروة الوثقی، قم، انتشارات مکتبة الدّاوری.

[illegible]