فصل دوم: تقسیمات معاملات با تکیه بر نظام اغراض و ارزش‌ها

- تمهید: جایگاه اغراض و قیم در عقود
- ۱. اغراض و ارزش‌های بسیط ==»» معاملات بی نام
- ۲. بسته اغراض و ارزش ها ==»» عقود رایج

تمهید: جایگاه اغراض و قیم در عقود

سؤال: چطور می گوییم وکالت در طول مضاربه است و مضاربه یک جزء و نوعی از آن است؟ خوب برعکس بگوییم!

این حرف تا زمانی است که شما تعریف را دقت نکرده باشید ، تعریف، جوهره ی عقد را دارد بیان می‌کند؛ آن چیزی هایی که شما از عقد انتظار دارید. وقتی به جوهره عقد نگاه می‌کنید، می فهمید این نوعی ازآن است نه برعکس.

چرا جایگذاری نمی‌کنید و بگویید آن نوعی از این است؟ به خاطر این که اساس عقود، به دوچیز برمی‌گردد: اغراض، ارزش‌ها[1]. الان هم که می‌خواهیم به عقود یک ساختار درختی بدهیم - درخت یعنی چه؟ یعنی یک ریشه‌ای دارد، شاخ وبرگ‌ها از آن می‌آید - در این جا هم این دوتا - غرض و ارزش- نقش ایفا می‌کند.

---

[1] در این زمینه به مقاله«تبیین اعتباریات با تکیه بر دیدگاه اغراض و ارزش ها» مراجعه فرمایید.

۱. اغراض و ارزش‌های بسیط ==»» معاملات بی نام

اگر در یک جایی باشد که غرضی در کار است، ارزشی هم آمده، اما خیلی ساده و بسیط، به گمانم عرف اصلاً برایش لفظ نمی‌گذارد؛ یعنی نیازی ندارد.

مثال

۱. اطعام مهمان؛ عقد؟

شما همه مهمانی رفته اید ومهمانی هم داشته اید.مهمان که می آید یک چای برایش می‌آورید. این چای گذاشتن اسمش چیست؟ عقد است یا نیست؟ اطعام است؟ یک عقد شرعی است[1]؟

سؤال دیگر اینکه آیا می‌تواند به دیگری تعارف کند که برای من آورده‌اند، تو بخور؟ علمایی بودند که شبهه می کردند که وقتی چیزی جلویشان می گذاشته اند می‌گفتند اباحه کرده است برای من درحالیکه مال خودش است؛ با اباحه که ازملک خارج نمی‌شود. یعنی الان اگر مثلاً پرتقال برداشته بودی می توانستی بخوری، اما اگر برنداشتی و نخوردی، ملک شما نیست؛ ملک خودش است .مالک وقتی میوه‌ها می‌ماند ، نمی‌گویی اینها را بگذارم کنار؛ ملک آقای فلانی است[2].

آیا می‌تواند به دیگری تعارف کند یا نه؟ آیا حتما باید احراز کنید که مالک راضی است به دیگری بدهد ، یا همین اندازه که احراز نکردید راضی نیست به دیگری بدهید کافی است؟ سیره متشرعه بر کدام است[3]؟

۲. نفقه اقارب

یا مثلاً نفقه‌ی واجب‌الزوجه، ملک اوست. نه آن نفقه ی انتفاعی. یعنی سکنی نه مسکن؛ سکنی ملک اوست.لذا آن را اجاره نباید بدهد. اصلاً نمی تواند از زن اجاره بگیرد. سکنی ملکش است.

تفاوت نفقه اقارب با زوجه در همین است که زوجه، مالک شرعی نفقه است، اما اقارب ،مالک نمی‌شوند؛ فقط تکلیفی دارد که به اقارب نفقه بدهد. لذا قضا هم ندارد.اگر عصیان کرد و نفقه اقارب را نداد ، آنها از او طلبکار نیستند. اما اگر عصیان کرد و نفقه زوجه را نداد ،دین است.

حال در چنین فضایی بگوییم الان که شخص، نفقه پدر یا پسرش را داده این پدر یا پسر دارد ملک خودش را می‌خورد یا ملک منفق را مصرف می‌کند؟[4]

۳. حجّ بذلی

مثال دیگری بگویم. حج بذلی چیست؟ می‌گوید خرج حجّت را من می‌دهم؛ تو برو[5]. می گوید پول، مال خودم است؟ اگر قبول کند که می‌شود حج هبه ای که قبول نیاز دارد و می تواند قبول نکند؛ با همان بحث و اختلاف[6] .اما حجّ‌بذلی قبول نیاز ندارد که بگوید من قبول ندارم .می‌گوید دست تو نیست. مال خود باذل است.می‌گوید هر کاری می‌کنی بکن و هر خرجی می‌کنی بکن که من می‌دهم. لذا از نظر شرعی خیال می‌کنم صاف است که ما مواردی داریم که تلف و اتلاف پیش می‌آید امّا لا فی ملکٍ یعنی متلِف مالک نیست، ولو مجاز است.

مقصود من یک کلمه است. خیلی چیز ها در عرف عام هست که مانند یک شاخه ی گل است از عقد، اما نزد عرف چون خیلی ساده است، اسم ندارد.

تحلیل این دسته از معاملات

الان که می‌روید می‌همانی، همه ی عرف می‌بینند که یک چیزی جلویش می‌گذارند و او می‌خورد، اما چون غرض و ارزش، بسیط است -دسته‌ی گل نیست، بلکه یک شاخه است.- عرف نیازی نمی‌بیند که برایش اسم جدا بگذارد؛ عملیّه‌ای است بسیط و روشن که غرض آن معلوم و ارزش هم معلوم است. چیزی را جلویش می‌گذارند و او هم برمی‌دارد و می‌خورد. اسمش چیست؟ اسم عرفی‌اش «تعارف» است، ولی اسم حقوقی ندارد. چرا؟ چون محل دعوا نیست؟!

این «تعارف» ساده چون یک شاخه ی گل است و آثار ولوازم ندارد، اسمی برایش نمی‌گذاریم.وضع باید حکمت داشته باشد. حکمتی برایش نبود. لذا اسم حقوقی ندارد. اگر هم بذل می‌گوییم، به عنوان کلمه ی حقوقی نمی‌گوییم .به عنوان اسم عرفی می‌گوییم که بخشید. در فارسی برای بذل چه می‌گوییم؟اباحه و بذل عربی است.

---

[1] مسألة ٩١: لمّا كان الأصل في الأموال العصمة، لم يُبَحْ إلّا بالرضا منه، و لمّا كان الرضا من الأُمور الباطنة الخفيّة تعذّر التوصّل إليه قطعاً، فاكتفي فيه بالظنّ المستفاد من العبارات و الألفاظ و ما يقوم مقامها.

و لا يختصّ لفظٌ بعينه، بل المعتد به في هذا الباب كلّ لفظٍ يدلّ على الإذن في الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدّة معيّنة، كقوله: أعرتُك، أو أذنتُ لك في الانتفاع به، أو انتفع به، أو خُذْه لتنتفع به، و ما أشبه ذلك.

و لا يشترط القبول نطقاً، فلو قال: أعرتُك، جاز له الانتفاع به و إن لم يتلفّظ بالقبول؛ لأنّه عقد ضعيف، لأنّه يثمر إباحة الانتفاع، و هي **قد تحصل بغير عقدٍ، كما لو حسن ظنّه بصديقه، ففي في الانتفاع عن العقد، و كما في الضيف،** بخلاف العقود اللازمة، فإنّها موقوفة على ألفاظٍ خاصّة اعتبرها الشرع.(تذكرة الفقهاء، ج ١۶، ص ٢۴۶)

[2] علامه حلی اطعام ضیف را صرفاً موجب اباحه در اکل می داند و تصرفاتی از قبیل دادن غذا به سائل یا به گربه را مجاز نمی شمارد:

مسألة القرب ان **الضيف لا يملك ما يأكله**

و به قال بعض الشافعية بل وه التالف مباح باباحة المالك ان يرجع ما لم يأكل لأصالة و للمالك و ان يرجع ما لم يأكل بقاء الملك و استصحابه كما كان وا ل و قال اكثر الشافعية انه يملك و اختلفوا في وقت تملكه و سببه فقال بعضهم يملك بالوضع بين يديه و ليس بشيء و الا لكان للضيف بيعه و حرم على المضيف التصرف فيه ولو لم يأكل الضيف و قال بعضهم بالاذن و قال آخرون بوضعه في الفم و قال بعضهم بالازدراد يتبين حصول الملك قبيله فعلى قولنا للمالك الرّجوع فيه ما لم يبلعه لبقاء الملك على مالكه و اختلف الآخرون و التمكين من الرجوع يبتنى على وقت التمليك

مسألة **انما يتصرف الضيف في الطعام بالاكل فليس له التصرف فيه بما عداه**

الى يجوز له ان يأخذ منه مع نفسه شيئا الا اذا علم ان المالك يرضى بنقله و يختلف ذلك بتقدير المأخوذ و جنسه و بحال المضيف و الدعوة فان شك في انه هل يسامح المالك بذلك أم ال يجز له النقل و للشافعيّة وجهان هذا احدهما و الثاني التسويغ و ليس بجيد عملا باستصحاب الحال **و ليس للضيف ان يطعم السائل و لا ان يلقى اللقمة الى الهرة الا مع ظن الاباحة** و يجوز ان يلقم الضيف ان بعضهم بعضا الا اذا فاوت بينهم في الطعام فليس لمن خصصهم بنوع اطعام غيرهم منه و يكره للمضيف ان يفعل ذلك و ال يجوز التطفل لان الغالب كراهة المالك له و لو كان في الدار ضيافة جاز لمن بينه و بين صاحب الدار انبساط ان يدخل و ال يأكل اذا علم انه ال يشق عليه و اعلم ان الخالف في انه لم تحصل الملك مخصوصة بما يأكله و ال يقول بانه يملكه بما يضع بين يديه او ما يأخذه مجال لأنه ولو ملك بذلك لما متع من النقل و اطعام سائل و الهر و ساير التصرفات و هى ممتنعة اجماعا(تذكرة الفقهاء(ط القديمة: الاجارة الى النكاح)، ص ٥٨٠)

مسألة من التقط شيئا من النثار السائغ التقاطه لم يؤخذ منه و له يملكه القرب ذلك اعتبارا بالعادة

و هو احد وجهى الشافعى و الثانى انه ال يملك بذلك لأنه لم يوجد لفظ يملك و ال تمليك معين لمعين و اصل الخالف المعاطاة لكن ثبوت الملك هنا اولى لأنه يشبه التقاط المباحات فان قلنا بالاول فيخرج عن ملك النانثر بالنثر او أخذ المتلقط او بالتالفه القرب الاخير و هو قريب من اباحة الطعام المقدم الضيف و للشافعية الوجوه الثلاثة و ان قلنا بالثانى فللنانثر الاسترجاع قال بعض الشافعية على تقدير عدم الملك ان له الاسترجاع ما لم يخرج المتلقط عن الدار و عليه الغرم ان تلفه

مسألة ولو حصل في حجره شيء من النثار فان بسطه لذلك لم يؤخذ منه و نزل بمنزلة الاخذ باليد

فان سقط كما وقع فهل يبطل حقه لأنه لم يستقر او ال يبطل و يمنع الغير من اخذه للشافعية وجهان مبنيان على ما اذا وقع في الشبكة و افلت في الحال و قال بعضهم الظاهر ان حقه يبقى بحاله و يمنع الغير من اخذه و فيه نظر و ان لم يبسط حجره لذلك لم يملكه بوقوعه فيه لأنه لم يوجد منه قصد تملك و ال فعل فلو نقضه فهو كما لو وقع على الارض و ان لم ينفضه فهو اولى به من غيره فال ينبغى لغيره اخذه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره فان اخذه الغير فهل يملكه للشافعية وجهان مبنيان على ما اذا عشش الطائر في ملكه فاخذ الفرخ غيره و ام اذا دخل السمك مع الماء حوضه و حكى عن بعض الشافعية انه كالخالف فيما اذا أحيا ما حجره غيره

لكن الأصح ّعندهم ان المحيى يملك و في هذه الصورة ميلهم الى المنع اكثر و فرقوا بان المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفا في ملك الغير و في صورة التعشش الاخذ متصرف في ملك الغير بدخول و غيره و فيه نظر فان عصيان الدخول لا يزيد الملك الحاصل بالاستيلاء و لو سقط من حجره قبل ان يقصد اخذه او قام فسقط بطل اختصاصه كما لو ملك الفرخ جناحه و طار يجوز لصاحب الدار اخذه ثم اولوية من وقع في حجره مخصوصة بما اذا كان ممن يأخذه فاما من يعلم منه انه لا يأخذه و لا يرغب فيه فلا اختصاص له به و يجوز لغيره اخذه منه و يكره اخذ النثار من الهواء بالملاحف و الازر المربوطة برءوس الخشب فان اخذه كذلك استحقه على ما تقدم من التفصيل(تذكرة الفقهاء(ط القديمة: الاجارة الى النكاح)، ص ۵۸۱)

ولو أمر المالك بالعتق عن الآمر بعوض أو غيره أجزأ، والنيّة هنا من الوكيل.

وفي وقت الملك الضمني هنا تردّد، هل هو بالشروع في الإعتاق، أو بتمام الإعتاق بملكه آناً ثم يعتق، أو يتبيّن بالإعتاق أ نّه ملكه بالأمر؟ ومثار هذه قول النبي ّصلى الله عليه و آله: «لا عتق إلاّفيما تملك».

وطرّد البحث في ملك الضيف الطعام بالأخذ، فله إطعام غيره، أو بالوضع في الفم، أو بالمضغ، أو الازدراد. ولا ضرورة هنا إلى الملك؛ إذ يكفي إباحة التناول.(موسوعة الشهيد الاول، ج ۱۰، ص ۱۴۵)

قوله: «الهبة هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكا منجّزا مجرّدا عن القربة».

(۱) قد تقدّم الكلام في إطلاق [المعنى المطلوب من] هذه الألفاظ على العقد الدال ّعليها في نظائره من البيع و غيره، و أنّه مجاز من باب إطلاق اسم السبب على المسبّب، أو حقيقة. و العقد هنا بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود، و خرج به الفعل الدال ّعلى ذلك، كنثار العرس و إحضار الطعام بين يدي الضيف، فإنه لا يسمّى هبة بل إباحة، و الموت المقتضي لتملّك الأعيان بالإرث، و حيازة المباحات كالاحتطاب و الاحتشاش.(مسالک الافهام، ج ۶، ص ۷)

شهید ثانی نیز در این زمینه با علامه هم نظر است:

و مثله إذا قال (۱) له: كل هذا الطعام، فقد اختلف أيضا في الوقت الذي يملكه الآكل. و الوجه عندي أنه يكون إباحة للتناول، و لا ينتقل إلى ملك الآكل.

قوله: «و مثله إذا قال. إلخ».

(۱) هذه المسألة تشبه السابقة في اشتباه وقت انتقال الملك إلى الآكل، فقيل إنه ينتقل إلى ملك المأذون له في الأكل بتناوله بيده، و قيل بوضعه في فيه، و قيل بازدراد اللقمة. و اتّفق الكل ّعلى أنه لا يملك بوضعه بين يديه.

و يتفرّع على الأقوال جواز إطعامه لغيره على الأول لا على الباقي. و لا فرق في ذلك بين الإذن صريحا كما ذكره المصنّف، و بقرائن الأحوال كوضع الطعام بين يدي الضيف. **و الأقوى ما اختاره المصنّف من أن المأذون لا يملكه مطلقا، و إنما يستبيح الأكل بالإذن**، لأصالة بقاء الملك على مالكه، و عدم حصول شيء من الأسباب الناقلة عنه شرعا، بل هو إباحة محضة من غير تمليك، لكنّها مختصّة بالنوع المأذون فيه لفظا أو بقرينة الحال. **فيرجع في تلقيم الضيفان بعضهم بعضا، و وضع شيء منه بين يديه، و إطعام غيرهم من السائل و الهر ّو غيرهما، إلى الإذن المستفادة من اللفظ أو القرينة، و مع الشك يحرم التصرّف بغير الأكل مطلقا**، عملا بالمتيقّن من الإباحة، و للنهي عن أكل مال الناس بالباطل. و مثله القول في أخذ شيء منه للمأذون له في الأكل لغلامه أو ليأكله في وقت آخر. (مسالک الافهام، ج ۱۰، ص ۶۰)

[3] از مسائل دیگری که با اطعام مهمان شبیه است، می توان از نثار العرس یاد کرد.در این زمینه نیز میان فقها اختلاف نظر وجود دارد:

نثر السکر و اللوز فی الولائم و غیر ذلک جائز،

غیر أنه ال یجوز لأحد أخذه إال بإذن صاحبه، إما قوال أو شاهد حال أنه أباحه، و ینبغی أن ال ینتهب و ترکه أولی علی کل حال، و قال قوم وه مباح إن کانت تؤخذ بخلسة، و یملک الناثر کما یملک الطاعم إذا قدم إلی قوم و قیل فیه ثالثة أوجه و ذکرناها فی کتاب الأطعمة **أقواها أنه یملکها باألخذ و الحیازة**.(المبسوط، ج ۴، ص ۳۲۳)

و یجوز أکل نثار العرس ال أخذه، إال بإذن أربابه نطقا أو بشاهد الحال.

و یملک - حینئذ - باألخذ علی إشکال.(قواعد االحکام، ج ۳، ص ۶)

مسألة ٦٥٦: یجوز أکل ما ینثر فی الأعراس

مع علم اإلباحة إما لفظا أو بشاهد الحال. و یکره انتهابه.

فإن لم یعلم قصد اإلباحة، حرم، ألن االصل عصمة مال المسلم.

قال إسحاق بن عمار: قلت للصادق علیه السالم: الإمام یکون و العرس فینثر علی القوم، فقال: «حرام، و لکن کل ما أعطوک منه».

و قال أمیر المؤمنین علیه السالم: «ال بأس بنثر الجوز و السکر»

و عن الکاظم علیه السالم، قال: سألته عن النثار من السکر و اللوز و أشباهه أ یحل أکله؟ قال: «یکره أکل ما انتهب»(تذکرة الفقهاء، ج ۱۲، ص ۱۴۹)

و علی کل حال **أکل ما ینثر فی الأعراس جائز بال خالف، و ال إشکال عمال بشاهد الحال الذی علیه السیرة فی سائر الأعصار و الأمصار من غیر فرق فی النثر بین جعله عاما و خاصا بفریق معین،** و إن اختص الجواز حینئذ فی الثانی بذلک الفریق، کما لو وضع بین یدی القری و نحوهم، فال یجوز لغیرهم الأکل منه إال باذن المالک.

کما أنه **ال یجوز أخذه علی وجه النقل إال بإذن أربابه نطقا أو بشاهد الحال** الحاصل من نحو رمیه علی جهة العموم من غیر وضعه علی خوان و نحوه، و إال لم یجز حتی مع اشتباه الحال، ألن االصل المنع من التصرف فی مال الغیر إال باإلذن، فما عن التذکرة من جواز أخذ ما لم یعلم الکراهة ال یخفی ما فیه، و ما روی عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم«انه حضر فی أموالک فأتی بإطباق علیها جوز و لوز فنثرت، فقبضنا أیدینا، فقال: ما لکم ال تأخذون؟ قالوا: ألنک نهیت عن النهب، قال: إنما نهیتکم عن نهب العساکر، خذوا علی اسم الله، فجاذبناه و جاذبنا» غیر ثابت، و علی تقدیره غیر دال علی ذلک، کما هو واضح.

و کیف **کان فهل یملک المباح** آخذه باألخذ الذی هو بمنزلة الحیازة للمباح االصلی من المالک الحقیقی؟ **الأظهر نعم** کما عن المبسوط و المهذب و اإلرشاد و التذکرة، **للسیرة القطعیة فی الأعصار و الأمصار علی معاملته معاملة المملوک بالبیع و الهبة و اإلرث و غیرها**، بل هی کذلک فی کل مال أعرض عنه صاحبه فضال عما أباحه مع ذلک، سیما اباحة التملک التی هی متحققة فیما نحن فیه، خالفا لثانی الشهیدین فی المسالک فجعله باقیا علی ملک مالکه،

للأصل حتى يحصل سبب يقتضي النقل، و ام وقع إنما يعلم منه إفادة الإباحة، قال: «و الفرق بينه و بين مباح الأصل واضح، لأن ذلك ال ملك لأحد عليه، فإثبات اليد عليه مع نية التملك كاف في تملكه، بخلاف المملوك إذا أبيح بالإذن، فإن ذلك ال يخرج عن أصل الملك و إثبات يد المأذون له فيه ليس من الأسباب الناقلة شرعا، فيتمسك باستصحاب إلى أن يعلم المزيل» و فيه أن الأصل مقطوع بما عرفت، و لعل منه الأنفال التي أباحوها عليهم السلام لشيعتهم، فإنه لا ريب في تملكهم لها بالحيازة بهذه الإباحة، و من تسلط المالك على ملكه اباحة تملكه.

ثم إنه بعد أن ذكر التفريع على القولين جوز الرجوع به ما دامت عينه باقية في يد الأخذ، ولو أتلفه و لو بالأكل زال ملك المالك عنه، قال: «و لو نقله الأخذ عن ملكه ببيع و نحوه فالأقوى لو زال ملك المالك عنه» و فيه أنه مع فرض بقائه على ملك المالك ال يزيله البيع، بل مقتضاه انتقال الثمن إليه، لأن الفرض عدم حصول سبب يقتضي ملكه له، و الثمن يقوم مقام المبيع للمالك، بل مقتضى ذلك أنه بالموت يرجع الى ورثة المالك أيضا، الى غير ذلك من الأحكام المعلوم خلافها فيما نحن فيه و في نظائره، من المال الذي غرق في البحر و غيره.

ثم قال: «و الكلام في أكل الحاضر منه الذي حكم بجوازه في أنه هل يباح الأكل من غير أن يحكم بالملك أم يملك؟ القولان، و على المختار ال يزول ملك المالك إال بالازدراد، و مثله الطعام المقدم للضيف و يزيد الضيف عن هذا أنه ال يجوز له التصرف بغير الأكل طلقا إال بإذن المالك، نعم يترجح في نحو إطعام السائل و الهرة و إطعام بعضهم بعضا الى قرائن الأحوال، و هي مما تختلف باختلاف الأشخاص و الأحوال و الأوقات، و جنس الطعام» و فيه أن المباح أكله ال يجري فيه هذا الكلام، ضرورة كون الفرض اختصاص الإباحة بالأكل الذي ال يتوقف على الملك و ال يزيد هذا عن الضيف، **و إطعام السائل و الهرة و غيرها مما ذكره مما جرت السيرة به و قامت القرائن القطعية على تناول الذان له.**

و كيف كان فبناء على عدم الملك فال ريب في أولويته بما يأخذه، فليس لغيره أخذه منه قهرا بل و لو بسط حجره لذلك فوقع فيه شيء منه لم يبعد أولويته به أيضا، نعم لو سقط منه قبل أخذه ففي سقوط حقه منه وجهان، كما لو وقع في شبكته شيء ثم أفلت، و لو لم يبسط حجره لذلك، ففي المساكل لم يملك ما يسقط فيه قطعا، و له يصير أولى به؟ وجهان أيضا فيما يعشش في ملكه بغير اذنه و يقع في شبكته بغير قصد، و فيه أنه يمكن المناقشة فيما ذكره من القطع بناء على عدم اعتبار نية التملك في الحيازة، ضرورة إمكان دعوى الملك هنا و لو لم يبسط حجره له، بل هو غير بعيد إذا نوى به التملك بعد وقوعه فيه بناء على ما سمعته من التملك بالحيازة، لمثل هذا المباح، كالأصلي و الله العالم.(جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٥١-٥٤)

[4] الثامنة نفقة الزوجة مقدمة على الأقارب? فما فضل عن قوته صرفه إليها ثم الى دفع إلى الذمة(شرائع الأقارب إلا ما يفضل عن واجب نفقة الزوجة لأنها نفقة معاوضة و تثبت في الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج2، ص: 296)

و القيضي نفقة الأقارب لأنها مواساة لسد الخلة فال يستقر في الذمة و لو قدرها الحاكم نعم و لو أمره بالاستدانة عليه فاستدان وجب القضاء له.(همان،ص ٢٩٧) و هنن طوروجواهر الكلام،ج ٣٥،ص ٣٦٥)

سيد يزدي در عروه مي‌فرمايند: 35 - مسأله يجوز ضمان نفقة الماضية للزوجة لأنها دين على الزوج و كذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة في صبيحته لوجوبها عليه حينئذ و إن لم تكن مستقرة الا بمضي اليوم و كذا نفقة الأقارب في الماضي لا في المستقبلة فال يجوز ضمانها عندهم لأنه من ضمان ما لم يجب و لكن ال يبعد صحته لكفاية وجود المقتضي و هو الزوجية و أما نفقة الأقارب فال يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى لعدم كونها دينا على من كانت عليه إال إذا أذن للقريب أن يستقرض و ينفق على نفسه و أذن له في ذلك إذ حينئذ يكون دينا عليه و أما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب

مضافا إلى أن وجوب الإنفاق حكم تكليفي و ال تكون النفقة في ذمته و لكن مع ذلك ال يخلو عن إشكال(العروة الوثقى و التعليقات عليها، ج ١٥، ص ٧٩-٨١)

[5] 34 - مسألة إذا لم يكن له زاد و راحلة و لكن قيل له حج و على نفقتك و نفقة عيالك وجب عليه فتحصل الاستطاعة بذلك و قال حج بهذا المال و إياب و عيالك فاي له ذهابا و إيابا و العيال كانوا كافين له و أمكنه إيابه و ال يبين أن يبذل النفقة كما تحصل بملكها من غير فرق بين أن يبيحها له و أمكنه إيابه و ال بين أن يكون عينها أو ثمنها و ال بين أن يكون البذل واجبا عليه بنذر أو يمين أو نحوها أو ال و ال بين كون البذل موثوقا به أو ال على الأقوى و القول بالاختصاص بصورة التمليك ضعيف كالقول بالاختصاص بما إذا وجب عليه أو بأحد الأمرين من التمليك أو الوجوب و كذا القول بالاختصاص بما إذا كان موثوقا به كل ذلك لصدق الاستطاعة و إطلاق المستفيضة من الأخبار و لو بعض النفقة فبذل له البقية وجب أيضا و لو بذل له نفقة الذهاب فقط و لم يكن عنده نفقة العود النفقة فبذل له البقية وجب أيضا و لو بذل له نفقة الذهاب فقط و لم يكن عنده نفقة العود لم يجب و كذا لو لم يبذل نفقة عياله إلا إذا كان عنده ما يكفيهم إلى أن يعود أو كان ال يتمكن من نفقتهم مع ترك الحج أيضا(العروة الوثقى و التعليقات عليها، ج ١٢، ص ٣٣٩-٣٤٢)

[6] سيد در عروه قبول راه رب شخص واجب ميدانند:

37 - مسألة إذا وهب ما يكفيه للحج لأن يحج وجب عليه القبول على الأقوى بل و كذا لو وهبه و خيره بين أن يحج به أو ال و أما لو وهبه و لم يذكر الحج ال تعيينا و ال تخييرا فالظاهر عدم وجوب القبول كما عن المشهور

اما در مقابل برخي از بزرگان در وجوب قبول مناقشه نموده اند:

(3) بل الأقوى خلافه؛ لعدم وجوب تحصيل مقدّمات الاستطاعة، نعم، لو قصد بذله بإعطائه كيفما اتّفق يجب عليه أخذه وإن لم يقبل إيجابه العقدي. (آقا ضياء).

* لو لم تكن منّة واستهانة فالأحوط القبول، وكذا لو وهبه ولم يذكر الحجّ. (عبدالهادي الشيرازي).

* على الأحوط. (أحمد الخونساري).

* لإطلاق نصوص البذل الشامل لصورة الإباحة والتمليك، والبذل يتحقّق بمجرّد إيجاب التمليك للحجّ، ويجب الحجّ بمجرّده، والقبول في المقام مقدّمة للعمل بالواجب، ال مقدّمة للوجوب حتّى يقال بعدم وجوبه؛ لعدم وجوب تحصيل الاستطاعة، كما ال يخفى. (الشريعتمداري)

* الأقوى عدم الوجوب. (الفاني).

* وجوب القبول محلّ تأمّل، خصوصاً لو كانت هناك مَهانة، والأقوى عدم اعتبار العود إلى الكفاية، وعدم الدَين في هذا المورد. (المرعشي).

* مع عدم المَهانة والمنّة. (السبزواري).

(4) بل الأحوط. (النائيني، جمال الدين الگلپايگاني).

* فيه إشكال وتأمّل، نعم، هو الأحوط. (البجنوردي).(العروة الوثقى و التعليقات عليها، ج ١٢، ص ٣٤٤-٣٤٥)

۲. بسته اغراض و ارزش ها ==»» عقود رایج

میخواهیم از این جا شروع کنیم. عقودی که برایش کتاب نوشته شده است و عرف برایش اسم گذاشته است، قابل تبدیل به بسیط ها و شاخه هاست؛ اغراض وارزش هایی که عرف در توافق جمعی و اجتماعی با همدیگر میبینند.

بیع و اجاره و اینها را چرا گفته اند؟ به خاطر این که اغراضی بوده و ارزشهایی. شاخه ی گل باد ستهی گل فرق دارد. عرف وقتی اغراض و ارزشهایی داشته، آمده اینها را بسته کرده و یک دسته ی گل درست کرده و اسمی روی آن گذاشته و میگوید عقد است؛ مثل چند شاخه ی گل که کنار هم میگذاری و طناب دورش میبندی. هر عقدی را شما تحلیل بکنید، میبینید عجب! در دلش اغراض است و ارزشها. بعداً چون خود عرف متفاهم بین خودشان میدانستند که یک سلسه اغراض ویک سلسه ارزشهایی باهم ارتباط دارند و برای این بسته نامی گذاشتهایم، اسم اینها را گذاشته ایم: «عقد».

عقود؛ بسته ای از عهود

پس هر عقدی عهود است، رابطه ی بین ارزشها و غرضها.الان تا میگوید رفتم خریدم، ببینید ذهن عرفی چه میفهمد؟ تا میگوید این کتاب را خریدم، یک چیزهایی همراهش است: میتوانم بفروشمش وهرکاری بخواهم میتوانم انجام بدهم. این بسته ای ازآثار است، از لوازم و اغراض. غرضی داشتم که خریدم؛ نه این که عاریه گرفتم.

مثال: نفی ارث و نفقه در نکاح متعه

خاطرات طلبگی بگویم. درست وغلطش را هم نمیدانم، اما مسیر ذهن خودم را عرض میکنم. شروع این که ذهن من برخورد کرد به این که اساساً عقدها بستهای از این چیزهاست، تأکید امام علیه السلام بود در کتاب النکاح در باب عقد متعه.

الف) در فضای فتاوا

ما الآن طبق رسالهها میگوییم، وقتی موجِب میخواهد صیغه ی متعه را بخواند، میگوید «مَتّعت نَفسی»، یا «أنکحتُ فی المدّة المعینه». چیزی بیشتر از این نمیگوید. بعداً شما در رساله میگویی وقتی متعهاش کردی ومدت را ذکر کردی و أجل را گفتی «لا توَارث َبینکما»، حکم شرعیاش این است که ارث نمیبرید، وجوب نفقه هم ندارد، یعنی چون متعه هست وجوب نفقه ندارد. اینها را به عنوان حکم میگویید. صیغهی متعه اجرا شد، آن هم احکامش است،

ب) در فضای روایات

اما وقتی میروی در روایات باب متعه میبینی (این نکتهی ظریف از روایت به ذهن من آمد) چند تا روایت میفرماید، حضرت میخواهد به او یاد دهد چگونه متعه کند- یک نوع نکاح است دیگر- میفرماید این گونه بگو:

«علی ان لا تثینی و لا ارثک»

بگو من نکاح میکنم تو را «**عَلی اَن لا تَرِثینی و لا اَرِثَکَ** و لا نَفَقَة علی[1]». گفتیم آیا عقود را تعریف می کنند یا نمی کنند[2]؟ اینجا یکی از جاهایی است که به او یاد میدهند که وقتی میگویی نکاح، در معاهدهی عرفیه تواریث هست[3].

-[4]

در نکاح عرفیه تواریث نیست؟ یعنی فقط مسلمانها ارث میبرند؟

-

در نکاح عرفی نفقه نیست؟!یعنی الان به عنوان مصداق مسیحیها، یهودیها، کمونیستها، برهماییها، بوداییها ازدواج میکنند، میگویی تو خرج خودت و من هم خرج خودم و این عرف عام است؟!

-

این مطلب بعد از نهضت فمینیستی فرق میکند. اصلاً فمینیسم با یک اغراض صنعتی رایج شد. آنها برای اغراض کارهای صنعتی و گستردگیِ استفاده از زنها به عنوان کارگرهایی که مزد کمتری به آنها بدهند، این نهضت را با اغراض خاص خودشان به پا کردند. بعداً دیگر اینطور شد، یعنی وقتی زن کاسب شد، خب میگویی تو پول خودت، من هم پول خودم. اما فضایی را در نظر بگیری که این نهضتِ فمینیسم نیست.

این روایت، کلیدی شد در ذهن من. گفتم حضرت میفرماید ببین! وقتی نکاح میکنی در ضمیر ناخودآگاه طرفین، احکام دارد بار میشود. تو اگر این شرطها را نکنی، بار میشودها! چون میخواهی ارث نباشد، میخواهی که نفقه نباشد، به او بگو «عَلی اَن لا ...» با این که ما رسمهان این نیست که بگوییم. خود روایت، ذهن من را به تحلیل واداشت، که در عقد نکاح وقتی موجب میگویی «انکحتک» و او میگوید «قبلت» یعنی «انکحتک علی ان ترثینی و أرثک» و حضرت میفرماید در متعه بگو «علی ان لا ترثینی و لا ارثک». یعنی اصل قید به صورت مطویّه موجود است. عجب! پس نکاح یعنی مجموعه ی عقود. ما میگوییم نکاح یک عقد است، یک عهد است؛ نه، در دلش به صورت ارتکازی عهود است. در دلش هست که «ترثینی و ارثک»، «لک علیّالنفقه» و امثال اینها.

امتدادات بحث

۱. شرط عدم ولد در نکاح

ولذا بعدها بعضی فقهاء اشکال می‌کنند. می‌تواند کسی که نکاح کرده بگوید من بچه نمی‌خواهم؟ می‌گویند یکی از عقودی که در نکاح است استیلاد است، مگر این که اول شرط کنی، بگویی به شرطی نکاح می‌کنیم که بچه در کار نباشد[5]. شرط نکردی، حق زوج و زوجه است، حق نکاح است که بگوید من ولد می‌خواهم.

۲. شرط ارث و نفقه در نکاح متعه

ای شما ببینید یکی از بحث‌های خیلی خوب در جواهرکه نکات علمی خیلی خوب دارد این است که آیا می‌شود در عقد متعه شرط ارث و نفقه می‌شود بکنند یا نه؟ اختلاف است. بحث دقیق خوبی است [6].

خوب از این جا ذهنمان آماده شد برای این تحلیل.حال تحلیل را ببینیم با این نشانه امام علیه السلام می توانیم ادامه بدهیم یا نه.ادامه اش را در چند مثال عرض می‌کنم شما بروید ادامه بدهید [7].

---

[1] محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين و عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن عثمان بن عيسى عن سماعة عن أبي بصير قال: لا بد من أن تقول في هذه الشروط أتزوجك متعة كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما نكاحا غير سفاح على كتاب الله عز و جل و سنة نبيه ص و **على أن لا ترثيني و لا أرثك** و على أن تعتدي خمسة و أربعين يوما و قال بعضهم حيضة.

علي بن إبراهيم عن أبيه عن عمرو بن عثمان عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب و علي بن محمد عن سهل بن زياد عن إسماعيل بن مهران و محمد بن أسلم عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبد الله ع كيف أقول لها إذا خلوت بها قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه ص **لا وارثة و لا موروثة** كذا و كذا يوما و إن شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تسمي من الأجر ما ترا ضيتما عليه قليلا كان أم كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها قلت فإني أستحيي أن أذكر شرط الأيام قال هو أضر عليك قلت و كيف قال إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتك النفقة في العدة و كانت وارثة و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة.

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نصر عن ثعلبة قال: تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه ص نكاحا غير سفاح و **على أن لا ترثيني و لا أرثك** كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما و على أن عليك العدة.(الكافي (ط - الإسلامية) ؛ ج5 ؛ ص455)

[2] در مقدمه دوم و در مقام بررسی این که آیا عقود حقیقت شرعیه دارند یا خیر؟

[3] و به این خاطر برای مثل نکاح متعه باید آن را استثنا کنی تا بسته جدیدی متفاوت با بسته معاهده عرفی نکاح پدید آید.

[4] اشکال یکی از دوستان حاضر در جلسه درس

[5] 1671- 43- الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما ع أنه سئل عن العزل فقال أما الأمة فلا بأس و أما الحرة فإني أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها.(تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان) ؛ ج7 ؛ ص417)

25278- 1- محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما ع أنه سئل عن العزل فقال أما الأمة فلا بأس و أما الحرة فإني أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها.(وسائل الشيعة ؛ ج20 ؛ ص151)

المستفاد من كلمات بعضهم أنّ إنجاب المرأة الحرّة و حصولها على ولد حقّ من حقوقها الزوجية الثابتة لها في النكاح الدائم، بل قيل: هو الحكمة من منع الرجل من عزل مائه عن حليلته في نكاح الحرائر بناء على ما ذهب إليه جماعة من حرمة العزل؛ لما روي عن الإمام الصادق عليه السّلام أنّه قال: «الوأد الخفي... فقد نهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها، و أنّه نهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عن عزل الحرّة إلا بإذنها. و روي أيضا أنّ الوأد الخفي .

و إن ذهب الأكثر إلى كراهته ؛ لورود روايات اخر من طرقنا دالّة على الكراهة، كصحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام حيث سئل عن العزل، فقال: «أمّا الأمة فلا بأس، و أمّا الحرّة فإنّي أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يتزوّجها» . و أمّا الروايتان فلم تردا من طرقنا، فلا يعوّل عليهما في مقام الاستدلال، و لو اتّضح سندهما لوجب حملهما على الكراهة؛ جمعا بين الأدلّة .

و يمكن استفادة حقّ الاستيذان للزوج من حرمة عزلها عنه، بمعنى منعها من إنزاله في رحمها بناء على أنّ الحكمة من التحريم هو الإنجاب، و كونه غرضا مهمّا من أغراض النكاح.(موسوعة الفقه السامي، ج ۱۲، ص ۴۳۱-۴۳۲)

[6] أما **لو شرط التوارث أو شرط أحدهما قيل و القائل به جماعة من الأصحاب يلزم بالشرط**، و قيل و القائل جماعة أيضا، بل هو المحكي عن أكثر المتأخرين، بل عن الفاضل في أنه المشهور ال يلزم لأنه أي الإرث ال يثبت إلا شرعا، فيكون اشتراطا لغير وارث، كما لو شرط أجنبي و من المعلوم بطلانه، ضرورة كون الشرط ملزما لما هو مشروع ال أنه شارع، و لكن مع ذلك **الأول أشهر بل في الرياض كاد يكون مشهورا**، لصحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في حديث «و إن اشترط الميراث فهما على شرطهما» وصحيح البزنطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث، إن اشترطت الميراث كان، و إن لم تشترط لم يكن» قيل و نحوه الصحيح الآخر المروي عن قرب الاسناد للحميري و الظاهر أنه وهم، فان الحميري إنما رواه عن البزنطي أيضا بهذا اللفظ على ما حكي عنه.

و على كل حال **فهذان الخبران لم كان اعتبار سنديهما قد اغتر بهما جماعة من المتأخرين** منهم الشهيدان، حتى قال ثانيهما: «إنه بهما يجاب عن أدلة الفريقين، لدلالتهما على كون اشتراط الميراث سائغا لازما، فيثبت به، و على أن أصل الزوجية ال يقتضيه، فتكون الآية مخصوصة بهما، كما خصت في الزوجة الذمية برواية «إن الكافر ال يرث المسلم» و ظهر أن سببية الإرث مع اشتراطها تصير ثابتة وضع الشارع و إن كانت متوقفة على أمر من قبل التوارث كما لو أسلم الكافر، و قيل: إنه ال مقتضي للتوارث هنا إلا الزوجية، و ال يقتضي ميراث الزوجة إلا الآية، فان اندرجت هذه في الزوجة في الآية ورثت و إن لم يشترط ثبوته، و بطل شرط نفيه، و إن لم يندرج في الزوجة في الآية لم يثبت الشرط، لأنه شرط توريث من ليس بوارث، و هو باطل، و وجه الجواب عنه بعد تسليم اندراجها في الآية أنها بدون الشرط مخصوصة بالروايتين المعتبرى الاسناد، و بالشرط داخلة في العموم، لعدم المقتضي للتخصيص».

و فيه أن ذلك غريب في النظائر، بل في كشف اللثام عديم النظير، بل يبعد رجحانهما على صحيح ابن يسار المؤيد بالمرسل في الكافي و بظاهر ما سمعته من النصوص المزبورة الظاهرة و المصرحة بعدم اقتضاء عقد المتعة الإرث و إنما هو كالإجارة بالنسبة إلى ذلك، بل ربما ظهر من خبر هشام بن سالم منها اقتضاؤه عدم الإرث و أن ذلك من حدودها نحو حد العادة بما تسمعه، فشرط إرثها حينئذ مع كونه من شرط إرث غير الوارث المعلوم بطلانه سبب مخالفته للكتاب و السنة منافٍ لما اقتضاه عقد المتعة أيضا، و دعوى كون الإرث بالزوجية حال الشرط لا به كما ترى، خصوصا بعد القطع من الأدلة السابقة أن زوجيتها الحاصلة منها ليست سبب إرث، بل سبب منع منه. و حمل خبر ابن يسار على اشتراط سقوط الإرث ليس بأولى من حمل الخبرين على إرادة الوصية من الإرث فيهما، بل هذا أولى لما عرفت، و لأنه مقتضى إفادة الشرط الإرث أن يكون ذلك على حسب ما يقع منه، و لذا لو اختص الشرط بأحدهما كان الإرث له خاصة، هي بمكان الشرط مع غلبة التوارث من الجانبين، و حينئذ فيتجه صحة اشتراط إرثهما لا على حسب إرث الزوجة و الزوج، و هو من المستغربات.

و أغرب منه التزام صحة شرطية إرث الزوجة و الزوج على حسب حالهما من وجود الولد و عدمه بالنسبة إلى النصف و الثمن و الربع، و إرث العقار و عدمه، من غير فرق بين مقارنة مقتضيات ذلك و تجدده، بمعنى أن الشرط يصيرها كذلك و لا ينبغي لمن رزقه الله معرفة مذاق الشرع أن يحتمل ذلك، فضلا عن أن يكون فتوى، و خصوصا بعد معلوميته عقد المتعة بالموت، و أنه بمنزلة الهبة، بخلاف عقد الدوام، فلا زوجية حينئذ بينهما كي يقتضي التوارث، بل يكون بالموت كمن وهبت المدة، بل لعل ذلك هو السبب في عدم اقتضاء المتعة الإرث، ضرورة كونها حينئذ كموت العين المستأجرة الذي من المعلوم بطلان الإجارة به، و يتفرع عليه عدم جواز تغسيلها و النظر إليها و عدم أولويته به، فمن الغريب بعد ذلك جرأة من عرفت على الفتوى بذلك، **فالتحقيق عدم إرثها مطلقا بل ولو اشترطا ذلك في العقد على غير جهة الوصية بطل العقد بناء على اقتضاء بطلان الشرط بطلانه، و الله هو العالم.**(جواهر الكلام، ج ۳۰، ص ۱۹۳-۱۹۵)

[7] استناد به اغراض در کلمات اصحاب پردامنه است و در یکی از پیوست های مقاله گردآوری« تبیین اعتباریات با تکیه بر نظام اغراض و ارزش ها» به آن پرداخته شده است. اما اشاره به برخی کلمات در این زمینه خالی از لطف نیست. مرحوم آیت الله سید عبدالاعلی سبزواری در مبحث جعاله پس از اشاره به معنای معهود، آن را یکی از مصادیق و نه معنای منطبق می دانند و قائل به توسعه می شوند:« و يمكن توسعة الأمر في الجعالة بأكثر مما هو المشهور من التوسعة بأن يقال: **الجعالة متقومة بوجود غرضين صحيحين** فيها:

أحدهما: للجاعل و هو وصوله إلى مقصوده.

و الآخر: للطرف و هو حصول نفع له فهي من هذه الجهة تشبه البيع و الإجارة و سائر المعاوضات في ان كلا من الطرفين يبذل شيئا لأجل أن يستفيد شيئا، فلو قيل: كل من حفظ القرآن فله عليّ كذا يكون ذلك جعالة، و كذا لو قيل: كل من سكن داري فلي عليه كل ليلة دينار مثلا، فكل ذلك جعالة لغة و عرفا لأنها في اللغة و العرف عبارة عن: (جعل شيء لاستيفاء غرض صحيح)، بل و شرعا أيضا، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» و قاعدة السلطنة. »(مهذب الاحكام، ج ۱۸، ص ۲۰۱)