

عنوان: فصلنامه علمی نسیم کوثر

مدیر مسئول و سردبیر: سید محمد حسینی دره صوفی

ویراستار: سیده نیلوفر حسینی

گرافیسیت: سیده زهرا حسینی

شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۶۰,۰۰۰ تومان

صاحب امتیاز: بنیاد فرهنگی خدماتی امام حسن عسکری (ع)

شماره تماس: ۰۰۹۸۹۳۵۳۹۶۹۷۷۶

سایت فصلنامه: nasimekosar.blog.ir

ایمیل: nasimkosar1399@gmail.com

دفتر مرکزی و محل چاپ: قم

راهنمایی نویسندگان و شیوه نامه نگارش فصلنامه علمی نسیم کوثر

۱. مقاله قبلا در نشریه دیگری به چاپ نرسیده یا همزمان برای سایر مجلات ارسال نشده باشد.
۲. مقاله دارای عنوان، چکیده به زبان فارسی، واژگان کلیدی، مقدمه، متن اصلی، نتیجه گیری، منابع و مأخذ باشد.
۳. مقاله در برنامه word و باقلم IR lotus و اندازه ۱۴ نازک بوده و عنوان مقاله با قلم B Titr و اندازه ۱۴ تایپ شود.
۴. حجم هر مقاله حداقل ۱۲ و حداکثر ۲۲ صفحه باشد.
۵. کلمات کلیدی بین ۴-۷ کلمه و بصورت فارسی باشد.
۶. چکیده فارسی، از ۱۵۰ تا ۲۰۰ کلمه باشد.
۷. معادل انگلیسی اصطلاحات و مفاهیم علمی رایج، پانویس شود.
۸. ارجاع به منابع درون متنی باشد. داخل پرانتز، نام خانوادگی، سال انتشار و شماره صفحات ذکر شود. مثال (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۶، ۱۰۰).
۹. فهرست منابع و مأخذ، به ترتیب الفبای نام خانوادگی نویسندگان، باشد (الف) کتابها: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، سال انتشار، عنوان کتاب، (بصورت توپر)، نام خانوادگی مترجم یا مصحح، نام مترجم یا مصحح، شماره جلد، محل انتشار و ناشر. مثال: هارت، هربت، ۱۳۹۰، مفهوم قانون، راسخ، محمد، تهران، نشر نی.
- ب) مقالات: نام خانوادگی، نام، سال انتشار، عنوان مقاله، (بصورت توپر)، نام مجله، شماره مجله و شماره صفحات اول و آخر مقاله. مثال: رضایی، محسن، ۱۳۸۵، روش تجربی، فرهنگ مدیریتی، سال چهارم، شماره دوازدهم، ۱۷۲-۱۸۹.
۱۰. در زیر عنوان مقاله اسم نویسنده یا نویسندگان و در قسمت پاورقی ایمیل و سمت پژوهشگر و همچنین مشخص نمودن نویسنده مسئول. (به عنوان مثال حسینی، سید محمد، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، قم).
۱۱. مقالات بیانگر آرا و نظرات نویسندگان است و فصلنامه نسیم کوثر مسئولیتی در قبال محتوا و نویسنده آن ندارد.

اعضای هیأت تحریریه:

۱. سید محمد حسینی دره صوفی، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی،
نخبه و پژوهشگر برتر در دانشگاه بین المللی المصطفی. قم
۲. دکتر سید رضی قادری، دکتری فلسفه اخلاق از دانشگاه باقر العلوم،
سطح چهار فقه و اصول حوزه، استاد سطوح عالی حوزه. قم
۳. محمدعلی علیدادی، دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی، جامعه
المصطفی العالمیه. قم
۴. سید مهدی نقوی، ارشد رشته ادیان ابراهیمی، قم جامعه المصطفی
۵. سید طالب زکی، دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و معارف اسلامی،
جامعه المصطفی العالمیه، قم.

فهرست مطالب

۷	واکاوی مفهوم واژه «قرآن» با دو رویکرد بیرون متنی و درون متنی
۲۳	ازدواج و تشکیل خانواده در ادیان اسلام و یهودیت
۴۳	بررسی شرایط و مبانی فقهی مسئولیت کیفری ومدنی طیب، در حقوق ایران وافغانستان.
۷۹	نقش مدیریت مشارکتی منابع آبی در توسعه پایدار دهات افغانستان
۱۰۵	کیفیت معاد و بقای نفس انسانی در فلسفه اسلامی با تاکید بر دیدگاه ملا صدرا
۱۳۷	عوامل جرایم مالی اطفال و راهکارهای مقابله با آن
۱۷۳	نقدی بر نظریه وحی نفسی از منظر عقل، قرآن و روانشناسی
۱۹۵	اندیشه ضد اسلامی برنارد لوئیس به عنوان نماینده شرق شناسان غربی
۲۱۷	مبارزه با استکبار و استقامت در مقابل ظلم با تاسی از مکتب عاشورا
۲۳۵	عوامل شناختی پرورش محبت الهی از منظر قرآن، با تأکید بر نظرات آیت الله مجتبی تهرانی
۲۵۷	معیار تعذر در خیار تعذر تسلیم: تحلیل فقهی و کاربردی

سال چهارم، پاییز ۱۴۰۳، شماره ۱۶

معیار تعذر در خیار تعذر تسلیم: تحلیل فقهی و کاربردی

محمد حقانی^۱

چکیده

با روشن شدن مناط و ملاک تعذر و معیار تحقق آن در خارج می توان هر چه بهتر و دقیق تر حول احکام خیار تعذر تسلیم صحبت کرد چرا که اساسی ترین و محوری ترین بحث در خیار تعذر تسلیم تبیین و تنقیح این مهم است که مراد از تعذر چیست و چگونه محقق می شود از همین رو بر آن شدیم در پژوهش پیش رو بعد از تبیین مفاهیم، مقاله خویش را در دو محور سامان بخشیم. در محور اول در صدد تبیین این مهم هستیم که آیا ملاک تعذر عقلی است یا عرفی و یا شرعی می باشد لذا در گام اول کار کرد عقل و عرف در فقه را مقدماتاً بیان کردیم تا بعد از روشن شدن نوع نگرش عقل و عرف در فقه به نتیجه مطلوب برسیم و سپس به واسطه بررسی و نقد ادله طرفین به این نتیجه رسیدیم که مناط در تعذر عرف است نه عقل. در محور دوم بعد از بررسی و به دست آوردن مناط تعذر حال در پی آن بودیم که تحقق خارجی آن به چه نحو است که بحث مذکور مباحث مشهور فقهی «اعواز» سامان بخشیدیم تا بتوانیم با بررسی اقوال مختلف به نتیجه مطلوب برسیم هر چند در نتیجه کار به یک کلام واحد (به علت اختلاف مبانی) نرسیدیم اما با تنقیح اطراف مسئله توانستیم راه را برای عزیزانی که حول مسئله خیار تعذر تسلیم بحث می کنند هموار کنیم.

کلیده واژه: تعذر، تعسر، خیار تعذر تسلیم، عقل، عرف، اعواز

۱. - محمد حقانی، طلبه سطح چهارحوزه علمیه قم، موسسه فقهی اصولی کریم اهل بیت علیه

۱. مقدمه

گاهی اتفاق می افتد که پس از انعقاد عقد به نحو صحت و متعهد شدن متعاقدین به تعهدات ناشی از قرارداد حادثی رخ می دهد که باعث می گردد ایفای تعهدات قراردادی ناممکن گردد از همین رو شارع مقدس احکامی را ذیل خیار تعذر تسلیم تدارک دیده تا راهی باشد برای جلوگیری از زیان طرفین.

برای این که بحث خیار تعذر تسلیم به صورت کامل و جامع منقح شود می بایست محوری ترین بحث آن که «تعذر» باشد پرداخت از همین رو بر آن شدیم پژوهش پیش رو را در سه ساحت سامان بدهیم.

۱. در گام اول بحث مفهومی و لغوی تعذر را طرح کردیم و سپس اقسام تعذر را متذکر شدیم.

۲. درگام دوم ملاک و مناط تعذر را که آیا عرفی است یا عقلی یا شرعی را به تحریر کشیدیم تا تمامیہ اطراف مسئله منقح شود که مبادا دچار مغالطاتی ناشی از برداشتهای سطحی رخ دهد.

۳. درگام سوم به نحو تحقق خارجی تعذر پرداختیم که در خارج به چه جهتی تعذر محقق می شود آیا صرف کم یاب شدن تعذر رخ می دهد و یا می بایست اساسا نایاب شود و از طرفی مراد از تعذر نوعی است یا شخصی.

۲. مبانی نظری

در ابتداء در صدد تبیین مفاهیمی هستیم که ما را در پیش برد اهدافمان کمک می کند چرا که گاه غفلت از معانی یک امر موجب خلط مباحث و دچار مغالطات لفظی می شود، فلذا بر آن شدیم برای رهایی از این اشتباهات و تشخیص صحیح مسئله، مفاهیم ذیل را، هم از نظر لغوی و هم از نظری اصطلاحی تبیین کنیم که مفاهیم مذکور عبارت انداز: خیار، تعذر، تسلیم.

۱-۲. معنای لغوی خیار

خیار اسم مصدر از اختیار است و اکثر علمای لغت خیار را به همین معنا گرفته‌اند مثلاً در کتاب الصحاح اللغة و لسان العرب آمده است: «الخیار اسم من الاختیار و هو الاصطفاء» بنابراین اختیار مصدر باب افتعال و خیار نتیجه آن خواهد بود (جوهری، ۳، ۱۴۰۷، ۶۵۲/ ابن منظور، ۴، ۱۴۱۴۴، ۲۶۵).

۲-۲. معنای اصطلاحی خیار

صاحب ایضاح الفوائد می‌فرماید: «ملک فسخ العقد» یعنی مالکیت بر فسخ، مرحوم شیخ اعظم انصاری، تعریف ایضاح (ملک فسخ العقد) را می‌پذیرد و در ادامه به این تصریح دارد که متبادر عرفی از استعمال لفظ خیار در کلمات متأخرین از فقها همان تعریف ایضاح است؛ اما متبادر از استعمال آن در اخبار معنای لغوی خیار است (فخر المحققین، ۱۳۷۸، ۱، ۴۸۲/ انصاری، ۱۴۱۱، ۵، ۱۲).

صاحب جواهر در تعریف خیار می‌فرماید: «ملک اقرار العقد و ازالته» یعنی مالکیت در استقرار عقد و یا ازاله آن. امام خمینی «رضوان الله علیه» معتقد است خیار اسم مصدر اختیار است و اختیار هم در لغت به معنای اصطفاء (انتخاب خوب) است در ادامه می‌فرماید: اختیاری که به معنای اصطفاء باشد فعل نفس است که مستلزم مبادی تصویری و تصدیقی است. در ادامه می‌فرماید آنچه که در خیارات مجعول است حق الاصطفاء و اختیار است و حال آنکه این معنا مباین با معنای لغوی می‌باشد چرا که معنای لغوی نفس الاصطفاء است و مجعول خیارات «حق اصطفاء است» (نجفی، ۱۴۲۱، ۲۲، ۳/ امام خمینی، ۱۳۹۲، ۴، ۱۱).

محقق خوئی می‌فرماید: اختیار مصدر است و اسم مصدر آن خیار است فلذا اختیار در لغت به معنای طلب خیر است پس صحیح است تعلق آن به امور تکوینی و اعتباری نظیر کسب و اکتساب، محقق خوئی در ادامه هنگام نتیجه‌گیری از بحث خود می‌فرماید: مراد از خیار همان معنای لغوی است در جمیع موارد استعمال حتی در باب عقود که اخذ خیر برای خود و انتفاع برای دیگران است فلذا به معنای ملکیت نیست؛ بنابراین اختیار و خیار در مقابل اضطرار و الاتجاء است (خوئی،

۲-۳. معنای لغوی تعذر

تعذر مصدر باب تفعل بوده و ریشه آن عذر است در کتب لغت عذر به (ضم عین) به معنای مشکل و دشوار شدن کار، ممتنع بودن، عذر خواستن و خودداری کردن است (طریحی، ۱۳۷۵، ۳، ۳۹۷). در اقرب الموارد آمده است که عذر، حجتی است که با آن گناه خویش را محو می‌کند (شرتونی، ۱۳۷۴، ۲، ۷۳۷).

تعذر نیز در کتاب‌های لغوی در معانی متفاوتی به کار رفته است. کاربرد کلمه تعذر با هر یک از حروف اضافه گاه معنای آن را به طور کامل دگرگون می‌کند مثلاً «تعذر علیه الامر» یعنی امر بر او دشوار و گاه به معنای امتناع کرد هم به کار می‌رود در «تعذر عن الامر» یعنی در آن کار سستی کرد یا به آن کار نرسید که کنایه از دیر کردن است در «تعذر فی الامر» به مفهوم کوتاهی کردن است (قریشی، ۱۴۱۲، ۳۱۰). برخی می‌فرمایند واژه عذر در لغت به معنای حجت و چیزی است که به وسیله آن اعتذار و دفاع می‌شود و کسی را که حقش ملامت است را از آن می‌رهاند. (ابن منظور، ۴۱۴، ۴، ۵۴۵)

۲-۴. معنای اصطلاحی تعذر

تعذر در اصطلاح یعنی از دسترس خارج شدن مبیع یعنی بین مبیع و بایع و مشتری مانعی عارض شود که امکان وصول آنها به مبیع نباشد؛ مانند جایی که بایع کبوتری را می‌فروشد؛ ولی قبل از تحویل، کبوتر پرواز کرده و از دسترس آنها خارج می‌شود.

۲-۵. اقسام تعذر

تعذر به اعتبارات مختلف به انواع گوناگونی تقسیم می‌گردد، عبارتاند از:
به اعتبار زمان تحقق، تعذر به تعذر اصلی و طاری و به اعتبار دوام، تعذر به تعذر دائم و موقت و به اعتبار وسعت موضوعی، به تعذر کلی و جزئی و به اعتبار گستره شخصی، به تعذر مطلق و نسبی و به اعتبار منشأ تحقق، به تعذر واقعی و اعتباری تقسیم می‌گردد.

۲-۵-۱. تعذر اصلی و طاری

هنگامی که در لحظه انعقاد قرارداد تعذر محقق شده است و وجود دارد، عدم امکان اجرای قرارداد در این نوع تعذر، اصلی یا بدوی خوانده می‌شود. این نوع تعذر، اجرای قرارداد در لحظه انعقادش ناممکن است، بیان گردید در هنگام انعقاد تعذر محقق است؛ مثل تسلیم و فروش مالی که در دریا افتاده است و امکان بازیابی مجدد آن میسر نمی‌باشد. در مقابل این نوع تعذر نوع دیگری از تعذر وجود دارد که تعذر طاری یا آتی نامیده می‌شود. در این نوع تعذر، تعذر به هنگام انعقاد قرارداد وجود ندارد و قرارداد به نحو صحت منعقد می‌شود و در آن هنگام، اجرای قرارداد منعقد می‌مکن است، ولی پس از انعقاد آن به واسطه حدوث حوادثی که قابلیت انتساب به متعاقبین را نداشته، اجرایش ناممکن می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲، ۳۰۰).

۲-۵-۲. تعذر دائمی و موقتی

از حیث گستره زمانی، تعذر محقق شده را می‌توان به دو گونه تقسیم نمود: یکی تعذر دائمی و دیگری تعذر موقتی است. تعذر دائمی موردی است که عدم امکان اجرای تعهدات ناشی از قرارداد همیشگی باشد. مانند جایی که موضوع قرارداد تلف گردد و باعث شود که دسترسی به آن برای همیشه ناممکن گردد. از طرفی ممکن است تعذر و عدم امکان اجرا، جنبه موقتی داشته باشد؛ یعنی اینکه تعذر موجود همیشگی نبوده و عدم امکان اجرا صرفاً برای دوره محدودی از زمان باشد و پس از گذشت آن امکان ایفاء تعهد موجود باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۱۱۵).

۲-۵-۳. تعذر کلی و جزئی

تعذر در اجرای قرارداد از حیث گستردگی موضوع، خود به دو نوع تعذر کلی و جزئی تقسیم می‌گردد. یعنی تعذر محقق شده، گاهی صرفاً جزئی از قرارداد را در بر می‌گیرد و شامل باقیمانده قرارداد نمی‌شود و قسمت باقی مانده کماکان قابل اجرا است. در مقابل تعذر جزئی نوع دیگری از تعذر وجود دارد که تعذر کلی نامیده می‌شود؛ یعنی با تحقق تعذر کل تعهدات ناشی از قرارداد غیر قابل اجرا گردد (توکلی، ۱۳۹۳، ۲، ۳۰۰).

۲-۵-۴. تعذر مطلق و تعذر نسبی

تعذر را می‌توان به تعذر مطلق و نسبی نیز تقسیم نمود. هنگامی که تعذر محقق شده باعث می‌شود که علاوه بر متعهد شخص دیگری نیز اعم از متعهدله و ثالث نتواند اقدام به ایفای تعهد نماید، تعذر موصوف مطلق و فراگیر است. پس در تعذر مطلق، امکان ایفای تعهد از تمامی افراد سلب می‌شود؛ اما در مقابل تعذر مطلق، نوعی دیگری از تعذر قرار می‌گیرد که تعذر نسبی نامیده می‌شود. در این نوع تعذر عدم امکان اجرای قرارداد صرفاً توسط متعهد قرارداد ناممکن می‌گردد در حالی که اجرای قرارداد به وسیله دیگران کماکان ممکن است. در این نوع تعذر امکان بهره‌گیری از توانایی دیگران برای متعهد قرارداد ممکن است. در نتیجه تحقق تعذر نسبی مسؤولیت متعهد قرارداد در اجرای مفاد آن زایل نمی‌گردد (همان)

۲-۵-۵. تعذر واقعی و اعتباری

این تقسیم بندی بر مبنای چگونگی و علل عدم امکان اجرا است که به تعذر واقعی و اعتباری تقسیم خواهد شد. تعذر حادث شده گاهی باعث می‌گردد که اجرای قرارداد به طور فیزیکی و مادی ناممکن گردد؛ مانند تلف شدن موضوع تعهد به واسطه عارض شدن قوه قاهره. در تعذر واقعی با گونه‌های از تعذر مادی مواجه هستیم که تفوق ناپذیر است در مقابل این نوع تعذر یعنی واقعی گونه‌هایی دیگر از تعذر وجود دارد که تعذر اعتباری نامیده می‌شود. تعذر اعتباری هنگامی رخ می‌دهد که اجرای قرارداد از نظر مادی و فیزیکی کماکان امکان دارد، ولی از نظر قانونی اجرای قرارداد با مانع روبرو می‌گردد؛ به این معنا که قانون‌گذار متعاقدين را از ایفای تعهد منع می‌نماید. به طور مثال می‌توان گفت هنگامی که قانون‌گذار موضوع تعهد متعاقدين را ممنوع نموده و غیرقانونی اعلام می‌کند یا زمانی که جنگ رخ می‌دهد و قانون‌گذار تجارت با کشور متخاصم را ناممکن می‌سازد و یا اینکه قانون‌گذار به دلیل وضعیت اقتصادی خاص محدودیت‌های صادراتی و وارداتی وضع می‌نماید ما با گونه‌های از تعذر اعتباری روبرو هستیم علل تعذر مادی و واقعی عمدتاً جنبه فیزیکی دارند، ولی تعذر اعتباری، ریشه در عوامل انتزاعی و

خارجی دارند؛ مانند ممنوعیت ایجاد شده توسط دولت برای صدور کالایی خاص که اعتباری هستند. از نظر اثرگذاری بر قرارداد این دو نوع تعذر اثری یکسان خواهند داشت که همان انحلال قرارداد و در نتیجه سقوط تعهدات متعاقبین است. به نظر می‌رسد که چنین تفسیری را می‌توان با تتبع در مواد قانونی تأیید نمود (همان)

۲-۶. تسلیم

تسلیم، مصدر باب تفعیل و مشتق از سلم است، کلمه تسلیم به معنای متعددی به کار رفته است از جمله: گردن نهادن، سلام گفتن، رضایت دادن، رام شدن، واگذار کردن و تحویل دادن است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۲، ۲۸۹).

فیومی در مصباح المنیر می‌گوید: «سلم» که مصدرش «تسلیم» است. به معنای واگذار کردن چیزی به دیگری و برداشتن مانع از سر راه تسلط آن دیگری بر این چیز است: خواه متاعی را واگذار کند و یا اختیار خود را (فیومی، ۱۳۸۶، ۲، ۲۸۷). قرشی در قاموس قرآن تسلیم را در معنای انقیاد (گردن نهادن) و طاعت و تسلیم شدن به فرمان حق آورده است (قرشی ۱۳۸۴، ۲، ۱۶۳).

راغب در مفردات می‌گوید: تسلیم به معنای فرمانبری داشتن و متواضع بودن است (راغب، ۱۴۰۴، ۴۲۱).

طریحی در مجمع البحرین و مصطفوی در التحقيق فی کلمات القرآن تسلیم را به معنای انقیاد و خضوع و گردن نهادن به اوامر و نواهی الهی آورده‌اند (طریحی، ۱۳۶۲، ۶، ۸۴/مصطفوی ۱۳۶۸، ۵، ۱۸۸).

بین فقها در مناط کلی تسلیم اختلاف وجود دارد برخی به این باور هستند که تسلیم وقتی تحقق پیدا می‌کند که مالک رفع ید کند از کالای مورد معامله، برخی تحقق تسلیم را در گرو احاطه می‌دانند یعنی تسلیم وقتی شکل می‌گیرد که شخص به مبیع و یا مضمن احاطه داشته باشد به هر حال بحث تفصیل و تعیین مناط کلی را حواله می‌دهیم به بخش آتی چرا که در این بخش هدف بررسی مفهومی تسلیم بود که به قدر حاجت محقق شد.

۳. ملاک و مناط تعذر:

سوالی که اذهان را به خود مشغول می کند و جواب آن می تواند زوایای بحث را روشن کند این است که ملاک تعذر عقلی است یا عرفی و یا شرعی فلذا برای تدقیقه مسئله لازم است مقدمتاً نوع کارکرد عقل و عرف در فقه روشن شود.

۳-۱. کارکرد عقل در فقه:

محقق حلی معتقد است دلیل عقلی دو گونه است:

۱. دلیلی که متوقف بر خطاب شرعی است. این گونه دلیل عقلی یا لحن خطاب است (یعنی قرینه عقلی ای که بر حذف لفظی دلالت دارد مانند آیه دوم سوره بقره «واضرب بعصاک الحجر فانفجرت» که واژه ضرب به قرینه عقلی در آیه حذف شده است.) یا فحوای خطاب.
۲. دلیلی که عقل به تنهایی بر آن دلالت دارد، مانند قبح ظلم و حسن عدل (محقق حلی، ۱۳۶۴، ۱، ۳۱ و ۳۲).

برخی بر این باورند که عقلی ای که به عنوان منبعی از منابع احکام شرعی در ردیف کتاب و سنت قرار گرفته، عبارت است از هر حکم عقلی ای که موجب قطع به حکم شرعی می شود. به تعبیر دیگر، هر قضیه عقلی ای که به واسطه آن، علم قطعی به حکم شرعی حاصل می گردد (رازی، ۳، ۱۳۸۷، ۴۹۶ / علامه مظفر، ۱۳۸۱، ۲، ۱۱۲).

شهید صدر در مورد حکم عقل می فرماید: «ینبغی ان یعلم بان المراد بالحکم العقلی لیس هو حکم القوه العاقله بمعناها الفلسفی بل حکم یصدره العقل علی نحو العزم و الیقین غیر مستند الی کتاب او سنة»

یعنی مراد از حکم عقلی، حکم قوه عاقله به معنای فلسفی اش نیست، بلکه مراد حکمی است که عقل به طور جزم و یقین بدون استناد به قرآن و سنت صادر می کند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ۴، ۱۱۹).

عقل نظری یا عملی

چنانچه مقصود از عقل به عنوان منبعی از منابع استنباط احکام، عقل نظری باشد، ادراک احکام شرعی بدون یاری گرفتن از ملازمه، برای آن امکان پذیر نیست؛ زیرا احکام شرعی توقیفی است و علم به آن ها جز از راه شنیدن از حجت خدا ممکن

نخواهد بود. بنابراین مقصود از دلیل عقلی، حکم عقل نظری به ملازمه میان حکم ثابت شرعی یا عقلی و میان حکم شرعی دیگر است، مانند حکم عقل به ملازمه در مسئله اجزاء. این نوع ملازمه امری حقیقی و واقعی است که عقل نظری به طور بدیهی یا اکتسابی آن را درک می کند.

اگر مقصود از عقل، عقل عملی باشد، این نوع عقل نیز به تنهایی نمی تواند به حکم شرعی علم پیدا کند؛ بلکه تنها می تواند درک کند که این عمل فی نفسه، سزاوار است انجام و یا ترک شود، بدون آن که آن را به شارع مقدس و یا حاکمی دیگر نسبت دهد (علامه مظفر، ۱۳۸۱، ۲، ۱۱۵).

۳-۱- اقسام دلیل عقلی

احکام عقلی به دو قسم مستقلات و غیر مستقلات تقسیم می شود. قسم نخست را مستقلات عقلی گویند؛ زیرا عقل به تنهایی و بدون کمک گرفتن از شرع به حکم شرعی دست می یابد، مانند حکم عقل به حسن عدل و یا قبح ظلم.

قسم دوم را غیر مستقلات عقلی گویند؛ زیرا عقل با کمک حکم شرع، علم به حکم شرعی پیدا کرده است، مانند حکم عقل به وجوب مقدمه هنگام وجوب ذی المقدمه و یا مسئله اجزاء و مسئله ضد.

در هر دو قسم «مستقلات و غیر مستقلات» تنها راه دستیابی به احکام شرع راه ملازمه است و اگر ملازمه پذیرفته نشود، عقل به عنوان مرجعی مستقل برای استنباط حکم شرعی، پذیرفته نخواهد شد (فاضل تونی، ۱۴۱۲، ۱۷۱ تا ۱۷۷).

۳-۲. کارکرد عرف در فقه:

عرف در لغت معانی مختلفی دارد که عبارت است از: تتابع اتصال و پیوستگی، سکون، شناخت (ابن فارس، ۱۳۹۹، ۴، ۱۸۱) لیکن در اصطلاح تعاریف مختلفی از آن کرده اند که بیشتر آنها خالی از اشکال نیست شاید بهترین تعریف ارائه شده از آن این باشد که بگوییم: عرف شیوه و روشی است که مردم آن را پذیرفته و بر اساس آن حرکت می کنند؛ خواه در گفتار باشد یا در کردار. از عرف به عادت نیز تعبیر کرده

اند. برخی هم معتقدند عرف روش و شیوه مستمر عملی یا گفتاری است که در میان همه یا بیشتر مردم، یا قوم خاص شناخته شده و مرسوم می باشد. این تعریف، سیره عقلایی، متشرعی و غیر آنها را شامل می شود (سبحانی، ۱۴۱۹، ۱، ۳۳۹).

۱-۲-۳. کاربردهای عرف

۱. تبیین موضوع حکم شرعی

گاهی عرف، موضوع حکم شرعی را تبیین می نماید، مثل: تبیین معنای لفظ «صعید» در آیه (فیمواصعیدا طیباً) در این کاربرد عرف به طور مستقل حجیت دارد.

۲. تنقیح ظهور الفاظ

گاهی عرف، برای تنقیح و روشن ساختن ظهور الفاظ به کار می رود، مانند: کشف مراد متکلم اعم از شارع و غیر شارع. این کاربرد از عرف در ابواب مختلفی از فقه مثل اقرار، وصیت، وقف و غیر... دارای ثمره است.

۳. استنباط حکم شرعی

گاهی عرف سبب استنباط حکم شرعی می گردد و این در مواردی است که در مسئله نصی وجود نداشته باشد.

حجیت در دو مورد اخیر به استمرار عرف تا زمان معصوم علیه السلام بستگی دارد، اما مورد آخر علاوه بر آن، به امضا و یا عدم ردع وی نیز نیاز دارد و در حقیقت، تحت عنوان حجیت سنت قرار می گیرد.

۲-۲-۳. موارد حجیت عرف

عرف به خودی خود حجت شرعی و منبعی از منابع استنباط احکام شرع نیست؛ لیکن در موارد زیر به عنوان مرجع می توان به آن رجوع و حکم شرعی را از این راه کشف کرد:

۱. در فقدان نص: در موارد فقدان نص از جانب شارع. با وجود عرف عام متصل به زمان معصوم علیه السلام، می توان مشروعیت آن را از راه تقریر معصوم علیه السلام کشف کرد؛ بدین معنا که این عرف در عصر معصوم علیه السلام وجود داشته و از سوی ایشان ردع و منعی هم صورت نگرفته است. در نتیجه معصوم علیه السلام با

سکوت خود آن را امضا تایید کرده است.

۲. در صدق عرفی: موارد تشخیص موضوعاتی که شارع تعریف آن‌ها را به عرف واگذار کرده است، مانند بیع و اجاره. بنابراین، هرگاه مفاهیمی چون بیع و اجاره موضوع حکم شرعی واقع شوند، سپس دخیل یا مانع بودن چیزی از نظر شرع در صدق موضوع مشکوک باشد، در این صورت، صدق عرفی آن وضوح با وجود یا عدم آن چیز، دلیل آن است که همان، موضوع نزد شارع است.

۳. در تشخیص مصادیق: در شرع مقدس، مفاهیم بسیاری موضوع احکامی قرار گرفته‌اند. گاهی در برخی مصادیق آن مفاهیم، اجمال پدید می‌آید و مصداق بودن چیزی محل تردید و شک واقع می‌گردد، مانند وطن، معدن و حرز که فقیه در برخی مصادیق آن‌ها دچار تردید می‌شود. ر این گونه موارد، برای تطبیق مفاهیم بر مصادیق، به عرف عنوان مرجع تشخیص رجوع می‌شود.

۴. در مقام قضاوت:

در مقام قضاوت به عرفهای خاص به عنوان مرجع تشخیص رجوع می‌شود؛ زیرا برای هر شهری و قومی عرفهای ویژه‌ای وجود دارد که در چارچوب آن با یکدیگر داد و ستد و تعامل و در همه عقود و ایقاعات بر اساس آن حرکت می‌کنند. این عرفها قرینه و شاهی است برای رفع بسیاری از ابهامها و اجمالهایی که ممکن است در گفتار و رفتار آنان پدید آید؛ زیرا عرف خاص به منزله نطق و بیان است، مانند این که کسی دیگری را وکیل می‌کند که برایش گوشت بخرد، بدون آن که نوع آن را مشخص کند. در این صورت عنوان گوشت به گوشت قرمز منصرف می‌شود و اگر وکیل گوشت سفید بخرد موکل می‌تواند آن را نپذیرد؛ زیرا عرف قرینه و شاهد بر آن است؛ و یا این که پدر مالی را برای وکد خود وصیت می‌کند. در این صورت، مرجع در تفسیر «ولد» عرف است که آیا تنها برپسراطلاق می‌شود یا شامل دختر نیز می‌گردد (همان)

۳-۲-۳. ملاک تعذر

با حفظ مقدمات مذکور حال باید ملاک تعذر را روشن کنیم که آیا مراد از تعذر، تعذر عقلی است یا عرفی و یا شرعی.

بررسی ادله کسانی که معتقدند مناط تعذر عقل است:

۱. کلمه تعذر در تعذر عقلی ظهور دارد محقق خوبی می فرماید برخی از فقها به جای عدم وصول به عین، عنوان تعذر را به کار برده‌اند. بی شک این عنوان در تعذر عقلی ظهور دارد.

در جواب به این نظریه می فرماید: تعذر در مفهوم اعم از عقلی و عرفی ظهور دارد بسیاری از فقها می گویند: اطلاق ادله وجوب بدل حیلوله، شامل تعذر عقلی و عرفی می شود (خویی، ۱۳۷۱، ۳، ۱۶۲).

۲. دلیل وجوب رد بدل اجماع است و اجماع دلیل لبی می باشد پس باید به قدر متیقن آنکه تعذر عقلی است اکتفا شود.

در جواب باید بگوییم که ادله لفظی نیز دلالت دارد و اطلاق ادله بدل حیلوله شامل تعذر عرفی نیز می باشد.

۳. آیت الله روحانی در کتاب فقه الصادق می فرماید:

مالک قبل از تحقق تعذر، حق مطالبه عین را دارد و فقط مورد تعذر عقلی خارج شده است؛ پس با تعذر عرفی حق مطالبه عین باقی است.

ایشان در ادامه این گونه پاسخ می دهد که اطلاق ادله بدل حیلوله شامل تعذر عرفی نیز می شود (روحانی، ۱۴۳۵، ۱۶، ۱۹).

۴. دلیل دیگری که برای اثبات تعذر عقلی اقامه شده این است که در غیر تعذر عقلی ضامن مکلف به رد عین است و اگر تعذر عرفی موضوع بدل حیلوله باشد، لازم می آید جمع میان بدل و مبدل چون که از طرفی مکلف است به رد بدل زیر موضوعش اعم از تعذر عقلی و عرفی است (همان، ج ۱۶).

پاسخی که می شود طرح کرد این است که موضوع وجوب رد بدل، زمان اشتغال به مقدمات رد مبدل و زمان رد مبدل بعد از اشتغال به مقدمات است افزون بر نقد و رد ادله اختصاص تعذر به عقلی ادله ای بر اثبات تعمیم هست فلذا بین بدل و مبدل در زمان واحد جمع نشده است.

بعد از بررسی ملاک تعذر در نگاه عقل، حال نوبت به بررسی آن در نگاه شرع است که آیا ملاک تعذر شرعی است؟ به عبارتی آیا شریعت حدود و ثغور آن را معین

کرده و یا به عرف وا گذاشته است.

آنچه که در این مقام می شود به آن متذکر شد این است که هر چند ماهیات اموری مانند عبادات به اختراع و جعل خود شرع است ولی الفاظ و مفاهیم در حیثه و حریم جعل شارع نیست یعنی این طور نیست که شریعت در صدد جعل الفاظ باشد خصوصاً در معاملات و اموری که مربوط به معاملات است فلذا می شود به این نتیجه رسید که شارع در خصوص مناط و معیار تعذر تبیین تعیینی نداشته است.

بررسی ادله کسانی که معتقدند مناط تعذر عرف است:

۱. محقق کرکی در جامع المقاصد می فرماید مرجع و مناط تعذر عرف است (کرکی، ۱۴۱۴، ۶، ۲۴۵).

۲. محقق نائینی در مورد مناط تعذر می فرماید:

معیار و مناط صدق تعذر عدم تمکن از ادای مثل است منتهی به حسب عرف ولو این که تمکن عقلی داشته باشد. در ادامه می فرماید در تعذر مثل فرقی نمی کند که آن مثل تکوینی باشد مانند جایی که مثل در خارج یافت نمی شود و یا اعتباری باشد مانند جایی که وجودش فرض شود لکن هنگام سقوط مالیت آن مثل به حسب عرفی در حکم تعذر است (انصاری، ۱۴۱۱، ۱، ۳۴۷)

۳. امام خمینی آن طور که در بحث اعواز طرح بحث می کند معتقد است برای تشخیص تعذر و اعواز باید به عرف رجوع شود (امام خمینی، ۱۳۹۳، ۱، ۵۵۹).

برخی از معاصرین هم معتقد هستند که مناط تعذر عرف می باشد زیرا ادله ای که آن را ثابت کند در دست ما نیست فلذا برای روشن شدن مسئله سزاوار است به عرف رجوع شود (خمینی، ۱۳۷۶، ۱، ۲۳۵/ شیرازی، ۱۴۵، ۱۸۲).

با توجه به این که ادله کسانی که معتقد بودن مناط تعذر عقلی است باطل شد فلذا امر متعین می شود در رجوع به عرف.

۳-۲-۴. ملاک تحقق تعذر در خارج:

قبل از این که بحث را آغاز کنیم سزاوار است یک نکته را گوشزد کنیم که در لسان فقها منظور از اعواز همان کمیاب شدن است و مرادشان از تعذر در این مقام یعنی

معدوم شدن به گونه‌ای که دیگر امید به دست آوردن آن نمی‌رود. در اینجا اعواز عام مطلق و تعذر خاص مطلق است.

علامه در تذکره می‌فرماید که مراد از اعواز این است که آن شیء در بلد و اطراف بلد پیدا نشود و این معنای اعواز است (علامه حلی، ۲۱۴۱۴، ۳۸۳)

در مسالک هم یک اضافه‌ای بر این بیان کرده و می‌فرماید که در بلد و اطراف بلد مثلش پیدا نشود و عادتاً هم انتقالش به پیش شخص و تحویل گرفتنش غیر عادی باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲، ۲۰۸).

در باب سلم هم می‌گویند که اعواز به این است که عادتاً و به حسب معمول متعارف انتقال شیء به آن بلدی که شخص در آنجاست، ممکن نباشد.

جامع المقاصد هم تعریفی برای اعواز نکرده و گفته است که اعواز عرفی است و آن را محدود به اینکه میزان بلد یا اطراف بلد باشد، نکرده است.

بعد هم شیخ می‌فرماید که اگر دلیل خارج در کار نباشد، باید بگوییم که اعواز اصلاً حکمی ندارد. وقتی شخص به صورت غضب یا غیر غضب، ضامن مال دیگری است، باید هر طوری که باشد، این مال را به مضمون له برساند ولو اینکه آن را به اضعاف مضاعف تهیه کرده و به او برساند. طبق قاعده‌ی اولی، اعواز موضوع حکم نیست، ولی چون دعوی اجماع در این مسئله هست که عند الاعواز، ایصال «معوذ» به مالک لزومی ندارد، لذا باید از مقتضای قاعده قطع نظر بکنیم (انصاری، ۱۴۱۱، ۳، ۲۳۴ تا ۲۴۰).

بعد هم ایشان اینطور تعبیر می‌کنند که بعضی از مجمعین تعبیر به اعواز کرده‌اند، بعضی هم تعبیر به تعذر. اعواز به معنای کمیابی و تعذر هم به معنی نایابی است و چون هر دو بر خلاف قاعده است، ما باید اکتفاء به اخص کرده و کمتر رفع ید از قاعده بکنیم.

معنای متعذر این نیست که تا روز قیامت پیدا نشود، بلکه فعلاً پیدا نمی‌شود و تا مدت‌ها بعد متعذر است مثل اینکه فلان میوه تا رسیدن فصلش پیدا نمی‌شود و باید فصلش برسد تا به دست بیاید و بالاخره تعذر یک معنایی است که دیرتر از اعواز حاصل می‌شود و چون مسئله‌ی ما بر خلاف قاعده است در اینجا به صورت تعذر

اقتضار می‌کنیم.

حال تعبیر به إعواز باشد، یا تعبیر به تعذر باشد، ایشان می‌فرماید: در بعضی از روایاتی که سلم در صورت تعذر یا إعواز تبدیل به قیمت می‌شود، اینطور تعبیر شده است که اگر شخص مالک قدرت بر تحویل مسلم‌فیه به مشتری را نداشت، مشتری این حق را پیدا می‌کند که معامله را فسخ کند، یا صبر بکند تا وقتی که آن شیء به دست مالک بیاید و او هم به مشتری تحویل بدهد.

ایشان می‌فرماید: مراد از «لایقدر» این نیست که آن شیء در تمام عالم در هیچ کجا پیدا نشود، مراد عجز عقلی نیست که در هیچ بلدی پیدا نشود، بلکه مراد این است که شخص قادر نیست در جاهایی که با آنها سروکار دارد (مثل بلد و اطراف آن) جنس را به مشتری تحویل بدهد. در اینجا مشتری اختیار فسخ یا صبر را خواهد داشت.

بعد هم شیخ انصاری می‌فرمایند: بنابراین تفسیری که ما بیان کردیم، همان تفسیری که علامه کرده است، معیار خواهد بود که شیء در بلد و اطراف آن پیدا نشود. عبارتی هم که در روایات وارد شده است، مناسب با تفسیری است که علامه از إعواز بیان فرموده است.

این فرمایش ایشان است، ولی به نظر می‌رسد آن چیزی که تحت قاعده است، عبارت از حرج است، به عبارت دیگر معیار در إعواز، حرج است و در باب سلف و سلم هم اگر تحویل دادن جنس حرجی باشد، مشتری حق فسخ یا صبر خواهد داشت. قهراً اگر شخص بتواند در هر جایی جنس را به مشتری تحویل بدهد و حرجی در کار نباشد، اشکالی در معامله نخواهد بود و مشتری حق فسخ نخواهد داشت و در زمان گذشته هم برای بعضی‌ها تهیه جنس از غیر بلد و اطراف آن حرجی نبوده است و این‌طور نبوده است که به طور عمومی غیر بلد و اطراف آن حرجی باشد.

و خلاصه اینکه چرا ما «لم‌يقدر» را در روایات وارده راجع به سلم، تفسیر به بلد و اطراف آن بکنیم، بلکه مراد از «لم‌يقدر» این است که تهیه‌ی آن برای شخص حرجی باشد و حتی ممکن است که تهیه‌ی یک شیء در بلد و اطراف آن هم برای شخص حرجی باشد، ولی برای شخص دیگری حرجی نباشد. پس بنابراین معیار در إعواز

حرجی بودن است، نه آن تفسیرهایی که بیان شده است.

شاید هم مقصود محقق کرکی (که معیار را عرف دانسته است) همین باشد که موارد حرج و عدم قدرت مختلف است و مقصود از حرج، چیزی است که قابل تحمل نیست و به حسب اطلاعات عرفی به آن عدم التمكن گفته می‌شود. در باب حج هم می‌گویند که فشار مازاد بر اصل طبیعت معیار است و در نتیجه ما باید در اینجا عرف را معیار قرار بدهیم و مراد از «لم یقدر» و امثال آن، قدرت عقلی نیست و حرج مراد است.

یک بحث دیگری که در اینجا هست، عبارت از این است که اگر قرار شد قیمت مثل پرداخت شود، این مثل را که معدوم شده است، باید چطور قیمت‌گذاری بکنیم؟ آیا باید قیمت لحظه‌ی تحویل را در نظر بگیریم؟

مثلاً شخصی یک چیزی را در وقتی غصب کرده است که در آن وقت قیمت این شیء خیلی گران بوده است، مانند میوه که در اول و آخر فصلش به جهت کم بودن خیلی گران است، در این صورت باید قیمت چه زمانی در نظر گرفته شود؟ آیا قیمت هر وقتی که مالک مطالبه می‌کند باید در نظر گرفته شود، یا باید متوسط قیمت را در نظر بگیریم؟ مثلاً در یک زمان قیمت آن شیء یک تومان بوده است و در زمان دیگر قیمتش ده تومان بوده است و ما باید مثلاً پنج تومان را در نظر بگیریم. کدام یک از اینها معیار در تقویم و ارزش‌گذاری است؟

شیخ انصاری می‌فرماید که ظاهر عبارت از این است که همان وقتی که شخص مطالبه می‌کند، اگر خود شیء موجود است باید خودش را تحویل بدهد و اگر خود شیء موجود نیست، باید قیمتش را بدهد. البته ایشان می‌فرمایند که در بعضی از فروض این حکم عقلانی نیست مثل اینکه در تابستان که آب خیلی نادر است، یک ملکی آب را در مقابل چند ده مهم بخواهد معاوضه بکند. قیمت‌گذاری در چنین فروضی که بر خلاف متعارف است، عقلانی نیست و متعارف اشخاص چنین چیزی را در ازای این قیمت نمی‌خرند.

یک بحث دیگری که ایشان به آن پرداخته است

این است که ایشان می‌فرمایند یکی از مواردی که مورد بحث است که از مصادیق

تعذر مثل است یا نه، این مسئله است که شخص مثلاً آب را در زمان و مکانی که آن آب ارزشمند بوده است، غصب کرده یا ضامن شده است و بخواهد در جایی که مالیت ندارد مانند کنار فرات یا شط آب آن را به مالکش تحویل بدهد.

شیخ انصاری می‌فرماید باید این مسئله را بررسی بکنیم که آیا این تعذر مثل است تا تبدیل به قیمت شود، یا تعذر مثل نیست و همان آبی که در ذمه‌ی اوست را باید به مالکش بدهد و با این کار از ذمه‌اش فارغ می‌شود؟

نظر شیخ انصاری عبارت از این است که اقوی بلکه متعین این است که این نوع موارد حکم تعذر را دارد و این قول را به اصحاب هم نسبت داده است. ایشان می‌فرماید که شخص ضامن یک شیء قیمت‌دار است، نه ضامن یک شیئی که هیچ ارزشی ندارد و بنای عقلاء هم چنین چیزی را قبول نمی‌کند و برای رفع ضمان باید قیمت آب در همان موقعیتی که تلف شده است در نظر گرفته شده و به مالکش پرداخت شود. البته شیخ انصاری یک احتمالی هم می‌دهند که بسیار بعید است و آن احتمال عبارت از این است که رفع ضمان با پرداخت قیمت پایین‌ترین مرحله‌ی مالیت (که در این مثال عبارت از مکان قبل از شط و فرات است) حاصل بشود.

مثلاً اگر ارزش یک چیزی در بیابان صد هزار تومان بوده است، در اینجا یک تومان است و این احتمال بر حسب بنای عقلاء خیلی بعید است که بگوییم جبران آن خسارتی که به مالک در بیابان وارد شده است، با پرداخت این یک تومان باشد و چه بسا مالک برای تهیه‌ی چیزی که از او تلف شده است، صد هزار تومان هم هزینه کرده باشد و اگر بخواهیم آن خسارتی که به او وارد شده است را با یک تومان جبران بکنیم، احتمال بسیار بعیدی است.

مرحوم امام خمینی هم معتقد است که باید به عرف رجوع شود ایشان در بحث اعوازه و تعذر مثل می‌فرمایند: «اما الرجوع الی العرف فی تشخیص الموضوع و العنوان فصحیح لا محیص عنه» (امام خمینی، ۱۳۹۲، ۱، ۵۵۹).

محقق خوئی در کتاب مصباح الفقاهة می‌فرماید:

ظاهراً معیار و میزان در تعذر مثل و اعوازه؛ تعذر شخصی و عدم امکان وصول شخصی می‌باشد پس هنگامی که ضامن تمکن داشته باشد از وصول به مثل ولو

اینکه آن مثل در شهر دور دست باشد در این صورت اعواز صدق نمی‌کند بلکه واجب است ضامن آن مثل را تحصیل کند کما این که وقتی تمکن از تحصیل مثل را ندارد ولو در شهر موجود باشد در این هنگام بر او دفع قیمت واجب است نه مثل (خویی، ۱۳۷۱، ۳، ۱۶۷).

ایشان در ادامه می‌فرمایند: چون مرجع و دلیل خاصی در تعیین تعذر مثل نداریم ناچارا باید در فرض تعذر، به اعتبار عقلی رجوع شود در حالی که اعتبار عقلی مساعدت نمی‌کند آن چیزی که ما بیان کردیم (تعذر شخصی) پس اگر انتقال مثل از بلد دور دست به بلد ضامن نیازمند هزینه زائد می‌باشد به گونه‌ای که ضامن دچار ضرر می‌شود در این صورت نقل بر او واجب نیست به خاطر قاعده نفی ضرر از همین رو است تفاوت ما نحن فیه (تعذر مثلی) با سلم روشن می‌شود چرا که در باب سلم ضامن به واسطه عقد ثابت است و بعید نیست انصراف پیدا کند به مبیع ثابت در بلد معامله و اطراف آن بلد علاوه بر آن از ظاهر روایت روشن می‌شود که مناط در باب سلم وجود مبیع در بلد معامله و اطراف آن بلد است بنابراین نمی‌شود سلم را با مانحن فیه (تعذر مثلی) مقایسه کرد (همان). از بیانات مرحوم خویی روشن می‌شود که ایشان مناط تعذر و اعواز را شخصی می‌دانند یعنی ملاک تعذر برای خود شخص

۱. عن ابن فضال، قال: كتبت إلى أبي الحسن (ع): الرجل يسلفني في الطعام، فيجيء الوقت، و ليس عندي طعام أعطيه بقيمة دراهم؟ قال: نعم، ضعيف بسهل بن زياد و عن العيص بن القاسم عن أبي عبد الله (ع) قال: سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام، و وجد عنده دوا با و رقيقا، و متاعا يحل له ان يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: نعم. صحيح. و عن ابن، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (ع) في الرجل يسلف الدرهم في الطعام إلى أجل، فيحل الطعام، فيقول: ليس عندي طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه قال: لا بأس بذلك، مرسل. الوافي ج ۱۰ باب السلف في الطعام ص ۷۵. و عن الحلبي، عن أبي عبد الله (ع): انه سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان و جذعان و غير ذلك إلى أجل مسمى؟ قال: لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه ان يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها، و يأخذ رأس مال ما بقي من الغنم دراهم، و يأخذون دون شروطهم، و لا يأخذون فوق شروطهم. قال: و الأكسية أيضا مثل الحنطة و الشعير و الزعفران و الغنم. حسن بإبراهيم بن هاشم الوافي ج ۱۰ باب السلف في المتاع ص ۷۷ و إلى غير ذلك من روايات السلم

است ولو این که نوعاً دست پیدا کردن به آن متعذر نباشد.

محقق نائینی در مورد اعواز و تحقق تعذر می فرماید:

ایشان در بحث قیمت مثلی می گوید زیادت قیمت یا به خاطر تفاوت قیمت بازار است و یا به خاطر اعواز و نایاب شدن مثل است و عدم وجود آن، بنا بر اولی (تفاوت قیمت بازار) هیچ اشکالی نیست در دفع مثل و یا قیمتش اما بنا بر دومی (به خاطر کمیاب و یا عدم مثل) اختلاف است که مثل را بدهند و یا قیمت آن را ایشان معتقد است دومی اقوی است یعنی پرداخت قیمت زیرا مناط کار در مثلی بودن و ادای آن عرف است (انصاری، ۱۴۱۱، ۱، ۳۴۷).

بنا بر فرمایشات ایشان روشن می شود که مناط کار را به انعدام نمی دانند چرا که نظر به معدوم شدن یک نگاه کاملاً عقلی است ولی محقق نائینی بحث را به عرف متوجه می کنند.

برخی معتقدند که معیار تعذر عرف است نه عقل. (جزایری، ۳، ۱۴۱۴، ۵۶۲).

ایشان در بحث بدل حیلولة می فرماید: مراد از تعذر امتناعی نیست که از مسقطات تکلیف شمرده شود نظیر امتثال و انتفاء موضوع مثلاً سقوط یکی از متزاحمین که ملاکشان مساوی است فلذا اگر تعذر در ما نحن فیه به این معنا باشد (مسقط تکلیف) دیگر موضوعی برای بدل حیلولة باقی نمی ماند پس مراد از تعذر در این جا چیزی است که با تکلیف به اداء عین اجتماع می کند حتی اگر وصول آن به مقدماتی متوقف باشد. بنابراین روشن می شود تعبیر مصنف (شیخ اعظم انصاری) از تعذر مساوق با وجه اول (یاس از وصول) نیست چون تعذر عقلی مسقط تکلیف است که اخص از یاس می باشد پس عدم قدرت بر تحصیل عین منافاتی با قطع به حصول در ما بعدش ندارد تا چه رسد به رجاء حصول آن، کما این که اعتبار تعذر عرفی در سقوط تکلیف به رد عین است که مساوق با صورت اخیر نمی باشد بلکه تعذر عرفی اعم از تعذر فعلی و تعذر در مدت کوتاه است.

شیخ انصاری بر این باور است که مستفاد از قاعده سلطنت و احترام مال مؤمن، این است که با اخذ مال دیگران باید عین آن، و اگر متعذر شد، مثل آن داده شود. در این مطلب فرقی نمی کند تهیه آن در محل و اطراف ممکن باشد، یا در مکان های دور

و با صرف هزینه زیاد امکان داشته باشد.

به نظر می‌رسد اصل سخن شیخ صحیح باشد، ولی اطلاق آن یعنی وجوب تهیه مثل به هر قیمت ممکن، مورد اشکال است؛ زیرا اگر تهیه مثل از مکان‌های دور موجب هزینه بسیاری باشد، ضرر بر ضامن است و قاعده لاضرر آن را برمی‌دارد. بنابراین تهیه مثل محدود به حدی نیست مگر این که موجب ضرر زیاد باشد.

۴. جمع بندی:

بعد از بررسی کلمات فقها می‌توان در مورد معیار تحقق تعذر هفت وجه را تصویر کرد:

۱. ملاک این است که در شهر و اطراف شهر پیدا نشود (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۲، ۳۸۳).

۲. در بلد و اطراف بلد مثلش پیدا نشود و عادتاً هم نقلش به پیش شخص و تحویل گرفتنش غیر عادی باشد (مسالک، ج ۲، ص ۲۰۸).

۳. ملاک این است که عرف تهیه مثل را غیر ممکن و آن را نایاب بداند (کرکی، ۱۴۱۴، ۳، ۱۶۷).

۴. حکم عموم وجوب اداء مال مردم و تسلط آنها بر اموالشان (چه عین و چه در ذمه) مثل باید تهیه و به مالک پرداخت شود همان‌طور که عین مال مالک، در هرکجا که باشد (حتی اگر با هزینه زیادی تحصیل شود) باید اخذ و به مالک عودت شود. بر این اساس، باید مثل به قیمتی که محاسبه شده، تهیه و به مالک عودت شود، مگر آنکه بگوئیم عند الاعواز، ضمان مثل بالاجماع تبدیل به ضمان قیمت می‌شود (انصاری، ۱۴۱۱، ۳، ۲۳۴ تا ۲۴۰).

۵. نا امید و مایوس از یافتن کالا باشد.

۶. کالا در حکم تلف باشد.

۷. معیار تعذر شخصی است ولو این که در شهر باشد (خویی، ۱۳۷۱، ۳، ۱۶۷).

مآل همه این تفاسیل به عرف و عقل بر می‌گردد یعنی یا به دید عقلی ارزیابی شده است که نتیجه‌اش تعذر عقلی بوده که همان انعدام می‌باشد که در عنوان بحث ذکر

شده است یعنی به گونه‌ای که به هیچ وجه امید تحصیل آن نمی‌رود. و یا به نگرش عقلایی و عرفی ملاحظه شده است که نتیجه‌اش همان اعواز می‌باشد یعنی همان کمیاب بودن کالا که قاطبه فقها مایل به نگاه عرفی هستند که برخی مانند محقق کرکی به صراحت آن را بازگو کرده است.

به هر حال آنچه که به نظر می‌رسد قول ثواب در تعیین مناط تعذر و اعواز همان نگاه عرفی است. زیرا امور این چنینی که از اعتباریات و قانون‌هایی هستند که در زندگی عملی بشر دخیل اند سزاوار است با میزان عقل عمل سنجیده شود نه عقل نظر چون که جاری کردن دقت‌های عقلی در امور اعتباری عقلانی مستلزم اختلال نظام اجتماعی بشری است. بنابراین روشن می‌شود که مناط تحقق تعذر انعدام کالا نیست چرا که این نوع نگاه، نگاه عقلی است فلذا مناط در تحقق تعذر نیاب شدن کالا است که از آن به اعواز تعبیر می‌کنند یعنی با یک دیده کاملاً عرفی وقتی کالای کمیاب شد می‌توان احکام تعذر را جاری کرد.

۵. نتیجه گیری

با توجه به مطالب ارائه شده می‌توان نتیجه بحث را در دو محور ارائه داد:

محور اول: مرجع و مناط تعذر

به موجب حجیت رجوع به عرف در مواردی همچون فقدان نص و صدق عرفی و تشخیص مصادیق می‌بایست معترف شویم که مناط تعذر عرفی است کما این که محقق کرکی و محقق نائینی و امام خمینی تصریح دارند که مرجع و مناط تشخیص تعذر عرف است علاوه بر آن ادله کسانی که قائل به مرجعیت عقل بودن از اساس باطل بود (کما این که مفصلاً به آن پرداختیم)

محور دوم: کیفیت تحقق تعذر

بعد از این که روشن شد مرجع و مناط فهم تعذر عرف است حال در ادامه باید خاطر نشان شویم که تحقق تعذر به این نیست که کالا معدوم شود و عقلاً دیگر نتوان به آن دست پیدا کرد بلکه صرف کم یاب شدن موجب تعذر است زیرا طبق مباحث گذشت ثابت کردیم مرجع فهم تعذر عرف است نه عقل فلذا صرف کم یاب شدن

کافی است احکام تعذر اجرا شود حال نکته آخر که حائز اهمیت است این است که تعذر مد نظر نوعی می باشد بخلاف محقق خوئی که شخص می داند چرا که عرف تعذر نوعی را ملاک می داند.

۶. منابع

قرآن کریم

۱. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین محمد بن مکرّم، (۱۴۱۴ هـ ق) لسان العرب، بیروت، دارالفکر، چاپ سوم.
۲. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، (۱۴۱۲ هـ ق) مفردات الفاظ قرآن، لبنان، درالعلم، چاپ اول.
۳. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، (۱۴۱۸ هـ ق) حاشیه کتاب المکاسب، قم، انوارالمهدی، چاپ اول.
۴. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۶ هـ ق) فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر السلامی، چاپ اول.
۵. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ هـ ق) کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
۶. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، (۱۴۰۶ هـ ق) حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ ارشاد اسلامی، چاپ اول.
۷. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، (۱۴۱۹ هـ ق) القواعد الفقہیہ، قم، نشر الہادی، چاپ اول.
۸. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶ هـ ق) ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم.
۹. جزائری، سید محمد جعفر مروج، (۱۴۱۶ هـ ق) ہدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، دار الکتب.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۴۰۱ هـ ش) دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، گنج دانش، چاپ دوم.

۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ ه.ق). الصحاح، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ه.ق) وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
۱۳. حلی فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷ ه.ق) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
۱۴. حلی، محقق، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ ه.ق) المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم، موسسه المطبوعات الدینیّه، چاپ ششم.
۱۵. حلی، محقق، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ه.ق) شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۷ قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۶. خراسانی آخوند، محمد کاظم بن حسین، (۱۳۲۹ ه.ق) درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
۱۷. خراسانی آخوند، محمد کاظم بن حسین، (۱۴۰۹ ه.ق) کفایه الاصول، قم، موسسه آل البيت علیه السلام، چاپ اول.
۱۸. خراسانی آخوند، محمد کاظم بن حسین، (۱۴۰۶ ه.ق) حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
۱۹. خمینی موسوی، شهید سید مصطفی، (۱۴۱۸ ه.ق) الخیارات، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۲۰. خمینی موسوی، شهید سید مصطفی، (۱۴۱۸ ه.ق) کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۲۱. سعدی، ابوجیب، (۱۴۰۸ ه.ق) القاموس الفقهی لغه و اصطلاح، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم.
۲۲. شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۱۹ ه.ق) القواعد الفقهیّه، قم، مدرسه امام امیرالمومنین علیه السلام، چاپ سوم.
۲۳. شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۲۵ ه.ق) قم انوار الفقاهه کتاب البیع، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.

۲۴. صاحب بن عباد، (۱۴۱۴ هـ ق) المحيط في اللغة بيروت، عالم الكتاب، چاپ اول،

۲۵. صفایی، سید حسین، (۱۴۰۱ هـ ش) حقوق مدنی، میزان

۲۶. طریحی، فخر الدین، (۱۳۷۵ هـ ش) مجمع البحرين، مرتضوی،

۲۷. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ هـ ق) المبسوط فی فقه الامامیه،

تهران، المكتبة المرتضویه لاحیاء الاثار الجعفریه، چاپ سوم،

۲۸. عاملی شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۰ هـ ق) العمه دمشقیه فی فقه الامامیه،

بیروت، درا التراث، چاپ اول،

۲۹. عاملی شهید ثانی، زین الدین، (۱۴۱۷ هـ ق) الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه،

قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ

دوم،

۳۰. عاملی شهید ثانی، زین الدین، (۱۴۱۳ هـ ق) مسالک الافهام الی تنقیح شرائع

الاسلام، قم، موسسه معارف الاسلامیه، چاپ اول،

۳۱. عاملی شهید ثانی، زین الدین، (۱۴۱۲ هـ ق) الروضه البهیة فی شرح العمه

الدمشقیه، المحشی سلطان العلماء، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ اول،

۳۲. عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۶ هـ ق) جامع المقاصد فی شرح

القواعد، قم، موسسه آل البيت علیه السلام، چاپ دوم.

۳۳. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، (۱۳۷۴ هـ ش) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد

العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،

چاپ اول.

۳۴. علامه حلی، حسن بن مطهری اسدی، (۱۴۲۰ هـ ق)، تحریر الاحکام الشرعیه علی

مذهب الامامیه، محقق ابراهیم بهادری، قم، موسسه امام صادق علیه السلام،

چاپ اول.

۳۵. علامه حلی، حسن بن مطهری اسدی، (۱۴۱۳ هـ ق) قواعد الاحکام فی معرفه

الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه

علمیه قم، چاپ اول،

۳۶. علامه حلی، حسن بن مطهری اسدی، (۱۴۱۹ هـ ق)، نهایه الاحکام فی معرفه الاحکام، قم، موسسه آل البيت عليه السلام، چاپ اول.
۳۷. علامه حلی، حسن بن مطهری اسدی، (۱۴۱۴ هـ ق) تذکره الفقها، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
۳۸. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۹ هـ ش) مصادر فقه، قم، مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی، چاپ سوم.
۳۹. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰ هـ ق) العین، قم، نشر هجرت، چاپ دوم.
۴۰. فیومی، احمد بن محمد مقری، (۱۳۷۴ هـ ش) المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير، قم منشورات دار الرضی، چاپ اول.
۴۱. قریشی سید علی اکبر، (۱۴۱۲ هـ ق) قاموس قرآن، تهران، دار الکتب الاسلامیه چاپ ششم.
۴۲. قمی، حسینی روحانی، سید صادق، ۱۴۱۲ هـ ق فقه الصادق علیه السلام، قم، دارالکتاب، چاپ اول.
۴۳. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ هـ ق)، الکافی، تهران، دار الکتب، چاپ چهارم.
۴۴. مجله فقه اهل بیت عليهم السلام، (۱۳۸۷ هـ ش) قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، چاپ اول.
۴۵. مصطفوی، حسن، (۱۳۶۸ هـ ش) التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
۴۶. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۴۱۳ هـ ق) المکاسب و البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامع مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۴۷. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۳۷۳ هـ ق) منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران، المكتبه المحمديه، چاپ اول.
۴۸. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، (۱۴۲۲ هـ ق) شرح خيارات العمه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.

۴۹. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ هـ ق) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار ایاء التراث العربی، چاپ هفتم.
۵۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ هـ ق) مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، موسسه آل البيت علیه السلام، چاپ اول.
۵۱. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر، (۱۴۱۳ هـ ق) معتمد الشیعه فی حکام الشریعه، قم، کنگره بزرگ داشت نراقی، چاپ اول.
۵۲. یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۸ هـ ق) العروه الوثقی مع التعليقات، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی الطالب، چاپ اول.
۵۳. یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱ هـ ق) حاشیه المکاسب، قم، موسسه اسماعیلیون، چاپ دوم.
۵۴. یزدی محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ هـ ق) قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم