**جلسه42-45**

# وجه پنجم مشروعیت حق تالیف: تمسک به دلیل لاضرر

تقریب این وجه، شبیه تمسک به ادله حرمت ظلم است. با توجه به این که مولف مدت ها زحمت کشیده و تالیفی را ايجاد کرده، اگر دیگری بخواهد آن را بدون اجازه او تکثیر کند موجب ضرر به مولف شده است؛ چون اگر خود مولف آن را تکثیر می کرد به قیمت بیشتری می فروخت، اما بعد از این که دیگری آن را نشر داده وبا قيمت پايين در دسترس قرار گرفته، به قیمت کمتری می تواند بفروشد و این مصداق اضرار به مولف است. این ضرر از اینجا ناشی شده که شارع حق تالیف را به عنوان حق شرعی قبول نکرده است، و از آن جایی که شارع موقف ضرری ندارد از دلیل لاضرر استفاده می شود که شارع حتما حق تالیف را اعتبار کرده است. این استدلال، شبیه تمسک به دلیل لاضرر برای اثبات حق خیار در موارد غبن، یا شبیه اثبات حق طلاق برای زوجه به وسیله دليل لاحرج است در جایی که زن از ادامه زندگی به حرج می افتد؛ چون اگر زن حق طلاق نداشته باشد، این موقف شارع (عدم ثبوت حق طلاق برای زن در این فرض) موجب حرج بر اوست.

مناقشاتی به این وجه مطرح است.

## مناقشه اول

گفته شده قاعده لاضرر در احکام وجودیه جاری میشود و نتیجه جریان آن عدم الحکم است مثل نفی وجوب وضوء ضرری، اما نسبت به احکام عدمیه، لاضرر جاری نمی شود تا نتیجه دهد ثبوت حکم را. در مانحن فیه نتیجه مطلوب، اثبات وجود حق التالیف است و تمسک به لاضرر، مصداق جریان لاضرر در احکام عدمیه است تا اثبات الحکم را نتیجه بدهد، در حالی که در تنبیهات قاعده لاضرر، بیان شده است که لسان لاضرر، لسان رفع حکم است نه اثبات حکم.

اثبات اختصاص لاضرر به احکام وجودیه، وجوه و تقریبات مختلفی دارد که عمده آن دو وجه است:

وجه اول: محقق نائینی فرموده لاضرر ناظر به مجعولات شریعت است و نسبت به مجعولات جاری می شود، اما عدم الحکم مجعول نیست تا شارع آن را بردارد. جواب این وجه این است که در دلیل لاضرر، لفظ جعل نداریم بلکه لاضرر و لاضرار ناظر به موقف تشریعی شارع است و بیان می کند که هیچ موقف تشریعی از ناحیه شارع، موجب وقوع مکلف در ضرر نمی شود. پس هرجا موقف تشریعی شارع موجب ضرر باشد، لاضرر آن را برمی دارد ولو موقف تشریعی شارع، عدم الجعل باشد چون عدم الحکم هم یک نحو موقف داشتن و موضع گیری از طرف شارع است.

وجه دوم عدم جریان لاضرر در احکام عدمیه : عبارت است از این که: هرچند مفاد قاعده لاضرر این است که موقف تشریعی شارع وجودا و عدما موجب وقوع در ضرر نمی شود، اما اگر با قطع نظر از موقف شارع، ضرر وجود داشته باشد و موقف و موضع گیری شارع بخواهد موجب رفع الضرر و تدارک ضرر شود لاضرر چنین قدرتی ندارد که اثبات تدارک ضرر کند. بله طبق مبنای فاضل تونی که «لاضرر فی الاسلام» به معنای «لاضرر غیرَ متدارک فی الاسلام» است، بحث دیگری است. اما طبق مبنای مشهور، اشکال این است که در عدمیات، ضرر و حرج با قطع نظر از موقف تشریعی شارع ثابت است و موقف تشریعی شارع، رفع و تدارک ضرر می کند. مثلا در بحث خیار غبن آن چه موجب ضرر است خود معامله مشتمل بر غبن است در حالی که معامله غبنی را باطل نمی دانید و فقط آن را قابل فسخ می دانید. در مثال دوم هم لاحرج نمی تواند اثبات کند که حق طلاق با زوجه است؛ چون با قطع نظر از موقف شارع، حرج محقق است و آنی که زوجه را در حرج انداخته سوء اختیار زوج است. شارع زوج را از ایذاء و سخت گیری بر زوجه نهی کرده بود و این حرج، با قطع نظر از حق طلاق برای زن ثابت است و حق طلاق باعث می شود که زوجه از حرج خلاص شود در حالی که لاحرج برای اثبات خلاصی از حرج نیامده است، و مفاد لاحرج صرفا این است که موقف شارع موجب وقوع مکلف در حرج نمی شود.

### جواب از مناقشه

این تقریب دوم برخلاف تقریب اول تمام است اما آیا این تقریب، در مانحن فیه تطبیق می شود و این اشکال در مانحن فیه پیاده میشود تا تمسک به لاضرر از جهت عدمی بودن حکم مشکل شود یا نه؟

ممکن است گفته شود بله به طور کلی صحیح است که قاعده لاضرر، موجب تدارک ضرر نیست و می گوید موقف تشریعی شارع ولو عدمی باشد موجب ضرر نمی شود، اما این مطلب دلیل نمی شود که در هیچ موردی نتوانیم به لاضرر برای اثبات الحکم تمسک کنیم. در برخی موارد به لاضرر برای اثبات حکم تمسک شده که در کلمات اعلام هم مطرح است. یکی از مواردی که به لاضرر برای اثبات الحکم تمسک شده، در کلام آقای خوئی بیان شده است در این بحث که آیا اضرار به غیر حرام است یا نه. ایشان برای اثبات حرمت اضرار به غیر، به لاضرر تمسک کرده اند به این بیان که اگر شارع منعی از اضرار به غیر نکرده باشد و مردم از این جهت آزاد باشند، این عدم منع، موجب وقوع ضعفاء در ضرر می شود. نفس این موقف تشریعی و عدم جعل التحریم للاضرار، موجب وقوع مکلفین در ضرر است؛ چون چنین نیست که ضرر از قبل محقق شده باشد، بلکه شخص به خاطر نبودن حکم تحریمی، به دیگران ضرر میزند. لذا می توانیم لاضرر را در امر عدمی تطبیق کنیم و نتیجه بگیریم ثبوت حکم را.

در محل بحث هم اشکالی از این جهت وجود ندارد؛ چون اگر شارع حق تالیف را برای مولف امضاء و اعتبار نکند، ناشرین آزاد در تکثیر و نشر تالیف دیگران خواهند بود. اگر موقف شارع، عدم امضاء حق تالیف باشد، ناشرین ولو افراد متدینی باشند، می توانند به مولف ضرر بزنند و از مواردی است که موقف تشریعی شارع بعدم الجعل، موجب این شده است که دیگران به مولف ضرر بزنند.

لذا مناقشه اول به تمسک به لاضرر وارد نیست.

## مناقشه دوم

در دلیل لاضرر، عنوان ضرر موضوع قرار گرفته است و طبعا تمسک به آن متوقف بر این است که مصداقیت مورد، برای آن موضوع احراز شده باشد والا تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه خود دلیل جائز نیست. اشکال این است که ضرر عبارت است از «سلب مال یا سلب حق یا ایراد نقص به مال یا عرض شخص»، لذا عنوان ضرر در جایی صادق است که حق بودن و اختصاص داشتن شیء به شخص قبلا احراز شده باشد. اگر چیزی ملک یا حق شخص باشد، سلب آن ضرر به شخص حساب می شود اما اگر مال یا ملک یا حق نباشد و هیچ رابطه وضعی بین شخص و شیء نباشد، سلب شیء از شخص و بهره گیری از آن شیء، مصداق ضرر به آن شخص نیست. اگر هم در ثبوت این امر وضعی بین شخص و شیء شک کنیم، در حقیقت شک در صدق ضرر است. پس اگر وجه دیگری برای مشروعیت حق تالیف نباشد، حق بودنِ آن محل تردید است و بالطبع صدق ضرر محل تردید است و نمی توان به لاضرر تمسک کرد.

## مناقشه سوم

آن چه در محل بحث اتفاق می افتد مصداق ضرر نیست تا به لاضرر تمسک کنید، بلکه مصداق منع نفع شخص است. اگر دیگران تالیف مولف را نشر نمی دادند، مولف آن را تکثیر میکرد و به نفع زیادی می رسید لذا عمل چاپ کننده موجب عدم حصول نفع برای مولف شده است نه موجب ضرر او؛ چون ضرر به معنای کم شدن مال موجود است. لذا گفته اند اگر کسی مغازه ای دارد و شخص دیگری در کنار او مغازه دومی دائر کند، اگر موجب شود که مال موجود مغازه اول کم شود مصداق ضرر به اوست، اما اگر باعث شود که مشتری های مغازه اول کم شود و طبعا سود کمتری ببرد، مصداق عدم نفع اکثر است نه مصداق ضرر، و لاضرر نسبت به موارد عدم النفع جاری نمی شود.

# وجه ششم: تمسک به دلیل اختلال نظام

اگر حق تالیف مورد امضاء شارع نباشد اختلال نظام لازم می آید و از آن جایی که اختلال نظام، محذوری است که نمی توان به آن ملتزم شد، از بطلان اختلال نظام کشف می کنیم که شارع حق تالیف را امضاء کرده است.

این وجه را در قالب یک قیاس استثنائی می توان توضیح داد: اگر حق التالیف معتبر نباشد اختلال نظام لازم می آید وچون اختلال نظام باطل است پس عدم اعتبار وعدم مشروعيت حق التأليف هم باطل است . از بطلان تالی نتیجه می گیریم نفی عدم اعتبار حق التالیف را یعنی اثبات امضاء آن را.

صحت این قیاس، اولا متوقف بر ثبوت ملازمه و ثانیا بر بطلان تالی است.

**وجه بطلان تالی** واضح است چون عقل مستقل به این است که نباید نظام معیشت مسلمین اختلال پیدا کند و شارع هم نسبت به این قاعده ردعی ندارد و حتی اگر طبق آن حکمی هم جعل نکرده باشد اما مورد قبول شارع است. بلکه از ادله شرعیه هم میتوان استفاده کرد که شارع هم اختلال نظام را قبول ندارد بلکه برای اثبات بعضی از احکام، از دلیل بطلان اختلال نظام استفاده شده است. مثلا در روایت حفص در بحث حجیت ید برای اثبات ملکیت و این که ید اماره ملکیت است، آمده است «لولا ذلک لما قام للمسلمین سوق» یعنی اگر ید معتبر نباشد و نتوان به آن اعتماد کرد، لازمه اش این است که نظام مالی مسلمین مختل شود و بازار اقتصادی مسلمین از گردش ساقط شده و خرید و فروش تعطیل شود. یعنی از بطلان اختلال نظام نتیجه می گیریم که ید اماره ملکیت قرار داده شده است. ولو قاعده ید حکم ظاهری در فرض شک است، اما حکمی از احکام شریعت است که امام علیه السلام برای اثبات آن، به دلیل بطلان اختلال نظام استناد کرده اند.

پس بطلان تالی هم به حکم عقل و هم با توجه به روایت حفص قابل اثبات است.

**اما اثبات ملازمه** بین عدم امضاء حق تالیف و اختلال نظام، برای تقریب این ملازمه در برخی کلمات توضیح داده شده است: در مواردی که افراد کار فکری انجام می دهند و مالکیت عرفی و عقلائی نسبت به نتیجه عمل خود پیدا می کنند، احتیاج به حمایت دارند و این که از نظر قانونی تایید شوند، والا عدم قبول حق تالیف و عدم احترام و حمایت از این حق، موجب از بین رفتن زندگی آنها و ورشکستگی می شود. اگر موسسه ای بخواهد نرم افزاری را در قالب سی دی تولید کند، متوقف بر این است که افراد محقق و خبره ای را استخدام کند و خرج های زیادی انجام دهد تا به این مرحله برسد. اگر در این مورد حق شرعی برای او ثابت نباشد و دیگران بتوانند این نرم افزار را تکثیر کنند و به قیمت کم در اختیار مردم قرار دهند، هرچند تکثیر کنندگان هم به سود اندکی می رسند اما اين تکثير از ناحيه غير موسسه باعث می شود تا هزینه هایی که موسسه انجام داده جبران نشود ودر نتيجه موجب استیصال و ورشکستگی موسسه می شود.

توجه به این نکته لازم است که برای تمسک به دلیل اختلال نظام، احتیاجی نیست که نظام همه مسلمین مختل شود. عدد مخترعین عددی معتنی به است و اگر نسبت به همین تعداد اختلال نظام شود کافی است پس دلیل اختلال نظام اگر در موردی نسبت به عدد معتنا بهی تحقق پیدا کند، حکم می آید.

## مناقشه

آن چه در مورد بطلان تالی گفته شد یعنی بطلان اختلال نظام، تمام است اما تمسک به دلیل اختلال نظام متوقف بر این است که نبود حکم شرعی موجب اختلال نظام شود همان طور که در روایت حفص از عدم حجیت قاعده ید اختلال نظام لازم می آمد. اما اگر در جایی اختلال نظام منشأ دیگری داشته باشد و به امر دیگری غیر از حکم شرعی مستند باشد، تمسک به دلیل اختلال نظام صحیح نیست.

مناقشه این است که حتی اگر صغرویا قبول کنیم که اگر دیگران مجاز به تکثیر تالیف مولفین باشند استیصال و اختلال نظام مولفین لازم می آید اما منشأ این اختلال، شارع نیست بلکه سوء تدبیر خود مولف است. شخص باید تدبیر معیشت داشته باشد و سرمایه خود را در جهتی که سود دارد و در معرض استیصال نیست وارد کند. اگر شارع حق تالیف را معتبر نداند و شخص از اول ملتفت به این بوده که این اختراع در معرض استفاده دیگران است، اگر در چنین موردی دست به اختراع و تالیف بزند و موجب ورشکستگی و استیصال شود، مستند به اختیار خود اوست که سرمایه خود را وارد در کاری کرده است که سود آن تضمینی نیست. پس منشاء این استیصال، نبود حکم شارع نیست، بلکه منشأ آن این است که شخص راه صحیح سوددهی را انتخاب نکرده است. این که پیشرفت در علم و صنعت امر مطلوبی است، مطلب صحیحی است اما ربطی به بحث ندارد و غیر از این است که اختلال نظام لازم آید.

حاصل مناقشه به وجه ششم این است که اولا در نوع موارد چنین نیست که رسیدن به نتیجه فکری، متوقف بر هزینه و خرج کردن اموال باشد تا اختلال نظام معیشت مولف لازم آید، بلکه متوقف بر زحمت و کار فکری شخص است. ثانیا در مواردی هم که متوقف بر هزینه است، این اختلال و استیصال نتیجه سوء تدبیر اشخاص است نه نتیجه نبود حکم شرعی.

# وجه هفتم: تمسک به ادله ولایت فقیه

وجه هفتم این است که با توجه به ولایتی که برای فقیه در امور عامه و مصالح مربوط به مجتمع قرار داده شده، می توان آثار متوقّع در مورد حق التالیف را اثبات کرد. دو تقریب برای استدلال به ولایت فقیه برای اثبات اعتبار حق تالیف (مثل بحث شخصیت حقوقی) وجود دارد:

## تقریب اول

با توجه به این که از ناحیه شارع ولایت بر امور عامه به فقیه داده شده است طبق ادله ای که در جای خود مطرح است، یکی از موادری که از امور عامه است و از باب مصلحت جای تدخل و مداخله فقیه است، همین مورد است. در مواردی که افراد تالیف یا اختراعی می کنند ولو فی نفسه و به حسب احکام ابتدائی شریعت برای مولف حقی قرار داده نشده، اما فقیه می تواند این حق را برای مولف اعتبار کند؛ چون مصلحت عامه اقتضاء می کند که مولفین، نتیجه اثر خود را در اختیار داشته باشند و دیگران زحمت آنها را هدر ندهند. این امری است که افراد زيادی در جامعه مبتلی به آن هستند و برای این مصلحت عامه، فقیه ثبوت این حق را برای مولف اعتبار می کند از راه جعل حق برای مولف. همان طور که در بحث شخصیت حقوقیه گفته شد فقیه می تواند اعتبار کند شخصیت حقوقیه را برای بانک یا شرکت خاص به خاطر ولایتی که دارد.

پس تقریب اول، از راه اعمال ولایت روی خود جعل حق و اعتبار امر وضعی برای مولف تطبیق می شود.

## تقریب دوم

تقریب دوم این است که فقیه به لحاظ آثاری که در حق تالیف مورد نظر است دخالت کند. مثلا اثر ثبوت حق تالیف این بود که ناشر بدون اجازه مولف تالیف او را تکثیر نکند. گفته می شود ولو حق تالیف شرعا ثابت نباشد، فقیه دیگران را نهی می کند از تکثیر کتاب مولف بدون اجازه او، یا ازجهت اثر ديگرمشروعيت حق تأليف (همان طور که در فقه العقود آمده است) ممکن است بگوید معامله ای که در مورد حق التالیف انجام می شود ولو فی نفسه معامله شرعی نباشد، اما بعد از معامله ، فقیه ناشر را امر می کند که در صورت تکثیر تالیف، این مبلغ را به مولف بدهد. پس در تقریب دوم، فقیه نسبت به آثار حق تالیف امر و نهی می کند، از باب مصلحت عامه یا ضرورت.

### مناقشه تقریب اول

مناقشاتی که به تقریب اول در بحث شخصیت حقوقی مطرح شد اینجا هم مطرح می شود.

یکی از مناقشات که در فقه العقود هم مطرح شده بود، این است که: ولایتی که برای فقیه ثابت است به هر دلیلی که ثابت شده باشد، نسبت به مواردی که مخالف با حکم ابتدائی شریعت باشد اطلاق ندارد. به تعبیر فقه العقود، ولایتی که از نظام تشریع به فقیه داده شده، سعه ندارد به طوری که شامل موارد نقض احکام خود شریعت شود و خروج علی نظام الشریعه باشد. این امر اختصاص به شریعت اسلام ندارد و در هر شریعتی اگر در کنار قوانین و تشریعات اولیه، ولایت به شخص دیگری داده شود، متفاهم عرفی از اعطاء ولایت این است که شخص در محدوه احکام شریعت ولایت دارد نه در حدی که شامل فرض تصادم با احکام شریعت شود. نکته عقلائی این مطلب، این است که اطلاق ولایت موجب نقض غرض می شود؛ چون احکام ابتدائی شریعت طبق مصالح و مفاسد جعل شده است و اگر در کنار این جعل احکام، امر به اطاعت از شخص خاصی مثل پدر و زوج یا امر به وفاء به التزامات مثل نذر و عهد کند، این امر نسبت به موارد تصادم اغراض اولیه اطلاق ندارد والا معنایش این است که مولی اغراض خود را نقض کرده است. البته بیان فقه العقود در همین حد است که مفهوم عرفی اعطاء ولایت، این است که اطلاق ندارد، اما این بیان قابل توجیه است به این که اطلاق ولایت به نقض غرض برمیگردد.

پس طبعا ولایت فقیه منحصر می شود به جایی که مورد حکم الزامی نباشد بلکه از امور ترخیصی باشد که در کلام آقای صدر تعبیر به منطقه الفراغ شده است، یا اگر مورد حکم الزامی است، تزاحم بین احکام الزامیه وجود داشته باشد به طوری که تزاحم مربوط به امور عامه و مصالح عامه مکلفین بوده و علاج این تزاحم به ید فقیه باشد که مصلحت عامه را در نظر بگیرد، مثل این که امر به تعطیلی حج کند به خاطر وهن مسلمین. اما در امور شخصیه مثل تزاحم حرمت غصب با انقاذ غریق، متصدی علاج تزاحم خود اشخاص هستند.

بر اساس این محدودیت در دلیل ولایت فقیه، اگر مثلا شارع بانک را به عنوان شخصیت حقوقیه قبول نداشته باشد، اگر فقیه این شخصیت حقوقیه را اعتبار و امضاء کند، از موارد تصادم با احکام اولیه شریعت است.

در مانحن فیه هم اگر از راه های دیگر نتوانستیم اعتبار شرعی حق تالیف را اثبات کنیم، جعل و اعتبار فقیه نسبت به حق تالیف، از مواردی خواهد بود که فقیه دخالت کرده در حالی که تصادم دارد با احکام اولیه شریعت، لذا از دلیل ولایت فقیه نمی توان چنین استفاده ای کرد.

ولایتی که برای فقیه قائل شده اند ولو ولایت مطلقه باشد، ولایت در اجراء است نه ولایت در تشریع به نحوی که پیامبر(ص) چنین ولایتی داشت. ولایت تشریع در مورد پیامبر ثابت بوده و واقع هم شده، و در مورد ائمه (سلام الله علیهم) هم امکان چنین ولایتی وجود دارد هرچند ازنظر مقام اثبات دليلی بر وقوع آن نباشد.

ثانیا حتی اگر برای شخصی ولایت بر تشریع قرار داده شود، ولایت بر تشریع اطلاق ندارد به نحوی که شامل موارد تصادم با احکام اولیه شریعت شود به خاطر ادله عامی مثل «لاطاعه لمخلوق فی معصیه الخالق» و به خاطر خصوص روایت میثمی که بیان می کند ولایت بر تشریعی که برای پیامبر(ص) وجود داشت، مخصوص مواردی است که از ناحیه خداوند امر یا نهی وجود نداشته باشد والا دائره ولایت رسول الله هم ضیق است فضلا عن الفقیه.

حاصله مناقشه تقریب اول این شد که اولا ولایت فقیه نسبت به موارد تصادم با احکام شریعت اطلاق ندارد و ضیق است ذاتا، ثانیا به خاطر ادله منفصله ضیق می شود.

### مناقشه تقریب دوم

تقریب دوم این بود که در ناحیه آثار حق تالیف، فقیه دیگران را منع کند از تکثیر بدون اذن مولف و اگر تکثیر کند او را امر کند به دفع مبلغی به مولف. این دفع مبلغ، از محرمات ابتدائی نیست تا گفته شود این اعمال ولایت، تصادم با احکام اولیه شریعت دارد بلکه فقیه امر می کند ناشر را به عملی که مباح است، به همان تقریبی که اخذ مالیات توسط حکومت را تصحیح می کنیم.

این تقریب اشکال کبروی ندارد با توجه به ثبوت ولایت برای فقیه لااقل در منطقه الفراغ، اما مناقشه این تقريب اين است که:

اولا تمام غرض با این تقریب تامین نمی شود. این تقریب، نهایتا اقتضاء حکم تکلیفی می کند، اما از نظر وضعی اثری ندارد در حالی که در حق التالیف غرض به حکم وضعی هم تعلق می گیرد. توضیح این که بعد از نهی فقیه از باب اعمال ولایت، ناشر نباید تالیف دیگران را تکثیر کند و اگر این کار را انجام دهد معصیت کرده، اما اگر مرتکب این معصیت شد و تکثیر کرد، این کتاب ها ملک خود ناشر است و تصرف در ملک خودش است. اگر فقیه دوباره نهی کند که نباید این نسخه های چاپ شده را بفروشد، باز این نهی فقط موجب حرمت تکلیفی این معامله می شود و موجب فساد معامله نمی شود لذا دیگران که این کتاب ها را می خرند مالک می شوند. پس تمام غرض از حق التالیف، با تقریب ثانی تامین نمی شود.

شبیه این بحث نسبت به سی دی ها و چیزهای دیگری که از این قبیل است هم می آید. اگر مثلاً فقیه نهی بکند از کپی کردن بدون اجازه صاحبش ولی شخص مخالفت بکند و سی دی را کپی بکند و مطالب را در سی دی مملوک خودش بریزد ، الان آن سی دی که مملوک او است اگر آن را به دیگری بفروشد در اینجا ادله صحت بیع این بیع و فروش را شامل میشود و نهی ای از فروش هم باشد این نهی در حد حکم تکلیفی اثر دارد ولی از لحاظ حکم وضعی اثری نخواهد داشت.

ثانیا نسبت به کسانی که مبالات به امر شارع ندارند یا اصلا مذهب را قبول ندارند، این اثر حتی در حد حرمت تکلیفی مطرح نمیشود. همچنین نسبت به کسانی که حق ولایت را برای فقیه قائل نیستند اجتهادا یا تقلیدا این تقریب اثر ندارد.

# وجه هشتم: تمسک به ادله شروط

وجه هشتم این است که هرچند فی حد نفسه برای مولف حق التالیف ثابت نیست، اما مولف می تواند نسخه ای از تالیف خود را به ناشر بفروشد اما مشروط به این که آن را تکثیر نکند و در ضمن عقد شرط کند که مشتری آنرا تکثیر نکند مگر این که مولف رضایت دهد. با این شرط در ضمن عقد، اثر متوقع از حق تالیف مترتب می شود.

## مناقشه

بله اگر عدم جواز تصرف در ضمن عقد شرط شده باشد چنین شرطی صحیح است، اما اشکال این است که ما یحصل بالشرط فقط حکم تکلیفی است نه این که وضعا تقیدی در شیء حاصل شود که معامله باطل باشد. لذا اگر در ضمن معامله ای شرط شود که مشتری یا بائع فلان کار را انجام ندهد، انجام آن عمل حرام است، اما اگر انجام داد و آن امر، موضوع معامله ای بود، آن معامله دلیلی بر بطلان ندارد. مثلا اگر در ضمن عقد نکاح شرط کنند که زوج، زوجه ثانیه اختیار نکند، اگر زوج به شرط عمل نکرد نکاح او با زوجه ثانیه صحیح است.

این در جایی بود که بحث شرط فعل باشد که گفتیم اثر شرط فعل، فقط حکم تکلیفی است. اما اگر شرط حکم باشد یعنی شرط اعتبار خاص مثل این که شرط کنند که ناشر حق فروش نداشته باشد، این شرط باطل است چون این مضمون (حق نداشتن ناشر)، خلاف کتاب و سنت است. اگر هم به نحو شرط نتیجه باشد یعنی شرط ملکیت کنند نه شرط تملیک، اشکال این است که هرچند در برخی مضامین مثل وکالت، شرط ماذونیت به عنوان شرط نتیجه صحیح است اما در عناوینی مثل ملکيت نیاز به سبب خاص دارد و با شرط نتیجه حاصل نمی شود هرچند می توان اشکال شرط نتیجه را هم به مخالفت با کتاب و سنت ارجاع داد. گاهی هم مشکل شرط نتیجه این است که شرط نتیجه موجب تعلیق در معامله می شود و تعلیق در معامله باطل است. لذا بعض الاعلام شرط نتیجه را مطلقا باطل نمی دانند اما در عین حال در نوع موارد شرط نتیجه، حکم به بطلان می کنند چون موجب تعلیق معامله بر حصول امری می شود.

حاصل مناقشه این که در باب شرط سه عنوان داریم: شرط فعل، شرط حکم و شرط نتیجه. شرط فعل طبق نظر مشهور اثری بیش از حکم تکلیفی ندارد. شرط حکم خلاف کتاب و سنت است. شرط نتیجه هم عمده اشکال آن این است که در باب ملکیت، نیاز به سبب خاص داریم.

بله اگر در بحث شرط، قائل شویم به این که در مورد شرط اثر آن فقط امر تکلیفی نیست، بلکه مشروط علیه اصلا ملکیت نسبت به شرط ندارد و شرط، ملک مشروط له است، بحث دیگری است. مرحوم آقای حکیم فرموده در موارد شرط و نذر، فائده آن، مجرد حکم تکلیفی نیست بلکه اصلا مشروط علیه مالک نسبت به مورد نیست و وقتی مالک نبود از موضوع ادله صحت معاملات خارج است. لذا در شرط عدم تزويج با زوجه ديگر اگر به نحو شرط فعل هم باشد اما چون زوج ملتزم به عدم تزویج زوجه ثانیه شده، این فعل (تزویج) مملوکِ مشروط له (زوجه) است و ملک زوج نیست و وقتی زوج مالک نبود این ازدواج صحیح نخواهد بود؛ چون ازدواج در جایی صحیح است که زوج مالکیت و حق نسبت به تزویج داشته باشد. ایشان این استفاده را از لام مالکیت می کند؛ چون قوام شرط به این است که له شخصی باشد (مشروط له) و علیه شخص دیگر (مشروط علیه) ولذا فرموده اثر شرط الفعل بالاتر از حکم تکلیفی است و تضییق ملکیت است.[[1]](#footnote-1) طبق این مبنی، عمل (مثل بیع) به وسیله شرط از مالکیت مشروط علیه خارج می شود و وقتی شخص مالک بیع نبود، بیع او صحیح نخواهد بود ولو مالک مبیع است. اما طبق نظر مشهور، شرط فقط موجب حکم تکلیفی می شود.

1. -مستمسک العروة ج13ص178-180 [↑](#footnote-ref-1)