

The position of ambiguity Given the role of words and meanings in contracts in the five denominations

جایگاه توریه در عقود با رویکردی به تجمیع لفظ با معنا در مذاهب خمس

J. Ghahremani^{۱*}, A. Deylami^۲

سید مهدی نژادهاشمی^{۱*}، علی بهرامی نژاد^۲، محمد رضا امام^۲

1- PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law and Thoughts of Imam Khomeini, Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Faculty of Literature and Humanities, Tehran, Iran.

2- Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Faculty of Literature and Humanities, Tehran, Iran.

3- Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Faculty of Literature and Humanities, Tehran, Iran.

Received Date: 2019/04/08

Accepted Date: 2019/09/13

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۰۱/۱۹

پذیرش مقاله: ۱۳۹۸/۰۶/۲۲

Abstract

From the viewpoint of some popular jurists (al-Maliki and Han'ablah), if one considers the al, The principle in contracts is the terms of the contract, not its words or its root word what is attributed to the Ima'im and Shafi'i is the validity of the contract and the principles. Not in its intentions and meanings, but in fact, in the Imamiyyah jurisdiction, on the one hand, it is one of the prestigious terms in the contract, and on the other hand, the rule of al-Aqud is a subsidiary of Laqsud, which holds the heart of the covenant. It means that the word is literal in the same sense, and in order to be bold it wants to use the word, whether it is sex or news that testifies Rejection, if there is no intention, there will be no contracts in worship or transactions, and the rhetoric alone will not be in the Imamiyyah jurisprudence according to the rationale and the principle of corruption in the contract, from various Shafi'is, indicating various beliefs. The literal sufficiency alone is the examination of the citation of Torah in contractual terms which is apparently inaccurate and in the context of the intentions and meanings of the validity of the contract, and it has led us to consider what position the Torah in the plural between literal and meaning will have in the contract. If there was a conflict, how would this conflict, and how to respond to it, be avoided? Law, and as permitted by half-truth be blocked.

Keywords: Dowry, Autonomic transfer, Certain Essence, Replaced contract, Gratuitous Contract, Moral value

چکیده

جواز توریه به جهت رهایی از ظلم کفار صادر شده علمای امامیه و اهل سنت به مواردی در خصوص توریه، تحت عنوان تقیه و معارض اشاره می نمایند از آنجا که توریه سخنی است که ظاهر کلام آن درست است ولی در باطن مراد گویند امر دیگری است که از شنونده پنهان مانده تعمیم آن به موارد دیگر از جمله معاملات و عبادات دلیل خاص می خواهد، فقهای از جمله امام محمد غزالی توریه را بصورت مطلق مجاز می دانند سوال مطرح می شود با توجه به قاعده ی العبرة فی العقود، چگونه ممکن است سخن دوپهلوی در عقود یا عبادات مجاز باشد و صور ارتباط لفظ با معنا چگونه است؟ از طرفی امامیه و شافعیان از طرف حنابله و مالکیان متهم شده اند به اینکه ظاهریه هستند و فقط به ظاهر اعمال توجه دارند که مویداتی در آراء امامیه دارد ما در این تحقیق روشن نمودیم نه تنها برخی از علمای امامیه ظاهر را کافی نمی دانند بلکه نظر تجمیع ظاهر با باطن اعمال و هماهنگی بین لفظ و معنا در عقود مراد ایشان می باشد لذا توریه بغیر از موارد جواز خاص، نمی تواند، در عقود مورد استفاده یا مرجع استناد جواز حیل شرعی در عبادات یا معاملات باشد.

کلیدواژه‌ها: توریه، نقض غرض، تجمیع لفظ و معنا، عقود.

طرح مسأله

توریه در لغت به معنای پنهان کاری، پوشاندن مقصود، افشا نکردن راز، است و در معنای اصطلاحی در فقه به سخنی گفته می شود که مراد متکلم خلاف آنچه است که بر زبان می آورد^۱ (سیوطی، ۱۹۷۳، ۲ / ۲۲۶ و جرجانی، ۱۴۰۵، ۱ / ۹۷) توریه علاوه بر کلام به نظر برخی از فقهای اسلام می تواند با عمل باشد، فقهای اهل سنت و امامیه تحت عناوین متفاوت. مانند معاریض، تاویل و تقیه قائل به جواز توریه اند (ابن قیم، بی تا، ۳ / ۲۳۱، عسقلانی، ۱۳۷۹، ۳ / ۴۷۰، شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۱ / ۲۹۳) در خصوص جواز توریه در مواردی خاص، به آیات و روایاتی^۲ استناد شده که کمتر مورد اختلاف فقها می باشد، آنچه مراد ما در این بحث می باشد جواز تعمیم توریه به موارد دیگر از جمله صحت عقودی که در آن قصد با عقد از یک طرف یا لفظ با معنا، از جهاتی دیگر دارای تعارض می باشد و همخوانی ندارد که مورد مناقشه قرار می گیرد تا روشن شود جایگاه توریه در تجمیع بین لفظ و معنا در عقود به چه صورت خواهد بود در این جایگاه، از توریه نمی توان در جواز صحت یا، عدم صحت عقود یا ایقاعات بهره برد زیرا اگر در عقود و ایقاعات مانع تحقق عقد یا ایقاع خواهد شد و در صورت اکره، همین که مکره باشد کفایت می کند و نیازی به وجوب توریه نیست (انصاری، ۱۴۱۶، ۵۲ / نووی بی تا، ۳ / ۲۹۰) در حالی که در موارد حفظ جان در صورتی که می توان از کذب یا توریه بهره برد ارجحیت با توریه می باشد هر چند فرد مضطر از دروغ نیز می تواند بهره برد (انصاری، پیشین / ۵۰)، لذا در مواردی از جمله طلاق در صورت اکره، نمی شود حکم به وجوب استفاده از توریه داد لذا خود اکره جلوی عقد را خواهد گرفت مگر اینکه لفظ را جدا از معنا در نظر بگیریم و به آن اعتبار بدهیم آن قولی که برخی از شافعیان معتقد به آنند، که در اینصورت حکم به بطلان طلاق دشوار خواهد شد، از این جهت اگر ما

۱ - ظاهر سازی کلام و نقل چند پهلو که بر داشت های متفاوتی در باطن خواهد داشت و شنونده را مجاب به اینکه گوینده با او همراهی و هم عقیده ای دارد می نماید

۲ - از جمله آیات مورد استناد توریه، فَنَظَرْنَا نَظْرَةً فِي النُّجُومِ، فَقَالَ إِنِّي سَقِيمٌ (صافات / ۳۷) در باره ی سخن دوپهلوی حضرت ابراهیم با بت پرستان، (بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا) انبیاء ۴۹ که حضرت ابراهیم می فرماید کار شکستن بتها کار بزرگترین بتهاست، و موارد متعددی از روایات که پیامبر توریه را در جهاد و سفر در جهت پناه ماندن از شر کفار جایز می داند (عسقلانی، ۱۳۰۱، ۸ / ۱۱۷)

عقود را با الفاظ و معانی توامان در نظر بگیرم و قائل به صحت ظاهر و باطن عقود باشیم ، مسائلی از جمله تعمیم توریه در عقود و مبحث اکراه در آن به جهت اضطراب خارج از موضوع سوء استفاده از قوانین قرار می‌گیرد و در شریعت هیچ مجوزی برای تعمیم توریه به مواردی که نیت آن ، نیل به اهداف ، اغراض و سود شخصی است ، داده نمی‌شود و اگر قائل باشیم لفظ به تنهایی می‌تواند مبرز باشد و همین که ظاهر افعال درست باشد، دست مکلفین و طرفین عقد در ظاهر سازی افعال و استناد به توریه در جهت توجیه اقوال و افعال خویش باز خواهد شد و این مورد خلاف مقاصد ، اهداف و اغراض شاعر مقدس به جهات مقاصد الشریعه خواهد بود نظیر قول مشهور فقهای امامیه در آنچه تحت عنوان باب مشروعیت حیل شرعی به آن استناد می‌نمایند از جمله این تعبیر در بکارگیری حیل شرعی «هی حفظ ظواهر قوانین الشرع و ان كان روحها غير موجوده» حيله عبارت است از حفظ ظاهر قوانین شرع اگر چه روح قانون وجود نداشته باشد . (مکارم شیرازی ، ۱۳۸۰ / ۱۴) ، در این باب می‌بایست در صدد توجیه برآیم که منظور موارد خاصی است که جواز آن به استناد به روایات امامیه صادر شده و تحت عنوان راهکارهایی در جهت برون رفت از تنگناها و مضایق بوجود آمده و به لحاظ مفهومی ، موضوعی و مصداقی خارج است از مباحثی که تحت عنوان ظاهر سازی در جهت عکس اهداف شریعت عمل می‌کند ، لذا اگر ظاهر و باطن الاعمال طبق حدیث نبوی الاعمال بالنیات ، توامان با هم مد نظر باشد و قاعده‌ی این باشد که عقد توامان باید با قصد ، نیت ، الفاظ و مبانی در کنار هم در نظر گرفته شود ، و اینها شرط در ، صحت عقد باشد ، از طرفی هر راه برون رفتی که بر مفاد معانی و مقاصد عقد یا از طرفی دیگر بر لفظ یا مبانی عقد لطمه وارد نماید از لحاظ شرعی و قانونی در حکم جواز آن می‌بایست تجدید نظر شود.

جنبه ی نوآوری تحقیق

جنبه ی نوآوری تحقیق از این منظر است که از توریه نمی توان در جواز استفاده از برخی حیل استفاده کرد، توریه در اثبات حد، یا عقود، محل استناد قرار نمی گیرد آنچه مهم است الفاظ بعلاوه ی صحت نیت است و با سخن به تعریض گفتن نمی شود حکم به جواز یا عدم جواز اعمال، عبادات، یا معاملات داد.

وجه اختلاف تجمیع لفظ با معنا در عقود در مذاهب خمس

عمده ی اختلافات فقهای اهل سنت در خصوص قصد و معنا در عقود مربوط می شود به تعبیرات آنها از عقود و در وجه اعتبار بخشی از لحاظ معنا و لفظ، تقریباً هم نظرند، از جمله:

احناف: اعتبار عقود بخاطر مقاصد و معانی آنهاست نه بخاطر الفاظ و مبانی آنها (هواوینی، بی تا، ۱ / ۱۶، حموی، بی تا، ۲ / ۲۶۸) ارزش عقود به معنای آنهاست نه به لفظ (سرخسی، ۷ / ۱۶۴)، ارزش در عقود به معنای آنهاست بدون در نظر گرفتن الفاظ می باشد (ابن نجم، ۱ / ۲۰۷)، اعتبار در عقود از معنای آنها نشأت می گیرد نه از صور ظاهری الفاظ (کاسانی، ۱۹۸۶م، ۱۱ / ۴).

مالکیه: در احکام شرعی ترتب اثر در معاملات و عبادات بدون قصد و نیت صورت نمی گیرد (شاطبی، ۱۴۱۸، ۲ / ۲۵۳ و ۳۲۳)، در این تعبیر عبادات نیز وارد می شود بخاطر شمول الامور بمقاصدها، جمع بین نیت و مقصد می باید جمعی حسنه باشد اگر تعارض در قصد و لفظ پیش بیاید سوال می شود که کدام یک ارجحیت دارد و مقدم می شود مالکیه قائل به این هستند که قصد و معنا ارجحیت پیدا می کند (خرشی مالکی، بی تا، ۱۹ / ۲۴۸)

حنابله: ارزش و اعتبار عقود به مقاصد آنهاست (ابن تیمیه، ۲۰ / ۵۵۱ و ۵۵۲)، اعتبار عقود به معنای آنهاست نه به الفاظ، اعتبار عقود به معنای و مقاصد آنهاست نه به مجرد لفظ (ابن تیمیه ۱۹۸۷م، ۳۳ / ۱۵۴)، ابن تیمیه و ابن قیم بر این نظرند قصد در عقود معتبر است و کل این معانی برمی گردد به اینکه قصد و معانی عقود صحیح باشد (ابن قیم، پیشین ۵ / ۱۰۱)، ابن تیمیه تصریح می کند عقود صحیح است که

دلالت قول، فعل و مقصود آن صحیح باشد نکته‌ی مشترک بین تمامی این تعابیر این است که آنچه دارای اهمیت است در عقود قصد و معنای آن می‌باشد و با فعل و قصد صحیح عقد به سرانجام می‌رسد، و با لفظ فقط عقد آغاز می‌شود ولی صحت داشته باشد نافذ باشد یا نباشد بستگی به قصد و نیت طرفین دارند و قبول رکن اساسی بحساب می‌آید که نشانگر قصد، نیت و عمل است.

شافعیه: اختلاف شافعی و دیگر مذاهب بر سر مسئله‌ی رضا در عقود است، در عقد برخی از فقهای عامه علاوه بر ایجاب و قبول رضا را شرط می‌دانند برخی از فقهای شافعی بر این باورند رضا از امور خفیه است و فقط خداوند از آن آگاهی دارد و دو طرف عقد ممکن است نسبت به آن بی‌اطلاع باشند (انصاری شافعی، بی تا ۲/ ۳) مخالفین این نظر می‌گویند عقود زیادی با افعال بدون لفظ صورت می‌گیرد در این باره سرخسی می‌گوید عقد باید با لفظ صورت بگیرد و عقد باید تصریح شود (سرخسی، پیشین، ۱۱/ ۱)، عمل همراه با قصد به عبادات تکلیفی تعلق می‌گیرد به اشیاء بیرونی تعلق نمی‌گیرد (شاطبی، پیشین، ۲/ ۳۲۴) در مقابل ایشان ابن تیمیه حنبلی می‌گوید، می‌بایست تمام ارکان عقد از قول، فعل و مقصود در جهت صحت عقد باشد و قاعده‌ی^۱ «اعتبار عقود به اهداف و معانی آن است نه به الفاظ و مبانی آن» به آن تعلق می‌گیرد (ابن تیمیه، ۱۳۹۹، ۱/ ۱۰۵).

ابن قیم می‌گوید، ارزش عقود به افعال حقیقی آن است و مقصود آن و آنچه قصد کرده اند ملاک اعتبار می‌باشد و مقاصد بدون در نظر گرفتن ظواهر الفاظ مهم اند و نقش تعیین کننده در صحت و بطلان دارند (ابن قیم، پیشین، ۳/ ۹۵)، پس باید نیت در عقود با لفظ آن جمع شود آیا ارزشی در عقود می‌توان بدون در نظر گرفتن قصد و حقیقت معنای آن در نظر گرفت،؟ چه کسی می‌تواند بگوید عقد بدون قصد صحیح است، در این مورد اگر لفظی با کنایه یا من باب توریه بر زبان آورده شود چگونه می‌توان برای آن قائل به

۱- العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی لا للألفاظ والمبانی.

جواز شد؟ چگونه می شود آن معنا و مقصودی که تغییر یافته است و امکان دارد فسادى در آن رخ داده باشد قائل به صحت آن شد، این موضوع فساد عقد را در بر دارد و نمی شود به آن استناد کرد. (ابن قیم، پیشین / ۱۲۷ و هماو، ۱۳۹۵، ۲ / ۴۵)

در نزد فقهای شافعی برخی از ایشان در خصوص ارتباط لفظ با معنا موضوع را بصورت سوالی مطرح کرده اند (سیوطی شافعی، ۱۴۰۳ هـ / ۱۶۶) و از سیاق کلام ایشان برداشت می شود که فقهای شافعی اعتبار ویژه ای برای لفظ در مبرز بودن آن قائل اند و تلازمی حتمی بین لفظ و معنا در عقود را قبول ندارند مویذ این سخن اینکه گفته اند: اعتبار عقود به لفظ است نه به معنای آن (سلیمان جمل، بی تا، ج ۶ ص ۵۶۹) ولی برخی دیگر اذعان دارند اعتبار عقود به قصد است یا اینکه اعتبار عقود به معناست نه به لفظ به تنهایی (بافولولو، بی تا، ص ۹۷) ولی عمده ی فقهای شافعی اعتبار عقد را به صیغه و معنای آن می دانند (الشربینی، ۱۴۰۱، ج ۲ ص ۶۸)

امامیه: در خصوص مقاصد الشریعه، اهداف و اغراض شارع مقدس و متشرعین در عقود، امامیه از قاعده ای استفاده می نمایند تحت عنوان عقود از قصد و نیت پیروی می کند^۱، این قاعد در بردارنده ی دو نکته است اول آنکه عقد و قرار داد نمی تواند بدون قصد تحقق یابد، و بر همین اساس عقد، غافل، مست، فراموشکار، خواب و خوابزده، شوخ طبع که دارای قصد نیستند باطل می باشد (محقق حلی، ۱۴۰۲، ۳ / ۴، علامه حلی، ۱۳۹۱ ش، ۱۲ / ۵۵۴) نکته ی دوم، عقد با هر قصدی دارای آثار خاص خود می باشد و تفاوت آن با دیگر موارد در نحوه ی بکارگیری قصد مشخص می شود و متعاقدین هر قصدی بنمایند حکم و اثری متناسب با قصدشان بوجود می آید از جمله تملیک، تعهد، زوجیت، فورو تراخی، تعلیق، تقیید و... تابع قصد خاص طرفین می باشد (نراقی، بی تا / ۱۵۹)

صور متفاوت ارجحیت مقاصد نسبت به لفظ در عقود از نظر علمای اهل سنت

در شرع و عرف هنگامی که ما به مقاصد و الفاظ توجه می‌نماییم در عقود الفاظ و معانی مورد استفاده در داد و ستد، جلوه‌های متفاوتی بخود می‌گیرد، گاه در این صور مقاصد اهمیت بیشتری پیدا می‌نمایند از این منظر در مبحث مقاصد هنگامی که ما لغت، قصد و معنا را در شرع و عرف در نظر می‌گیریم آنچه مناسبت با داد و ستد دارد، این مورد است که لفظ به تنهایی از لحاظ تمامیت و میرز بودن در انجام معاملات ناکافی می‌باشد تا بتوان استدلال کرد لفظ همراه با معانی و مقاصد مورد نظر است در این مورد چند صور به شرح ذیل بوجود می‌آید

۱- احتمال بدهیم مراد از لفظی که اتمام کننده ی عقد است، استعمال لفظ در معنای لغوی جدیدی باشد تا آن را بپذیریم، وقتی می‌گوییم اعتبار عقود به معنا و قصد است نه به الفاظ و میانی، یعنی اعتباری برای لفظ به تنهایی قائل نیستیم در این صورت اگر بگویید اگر این کتاب قیمتش ۵ هزار تومان باشد می‌خرم و قصد بیع را داشته باشد و طرف رضایت بدهد بیع می‌بایست مورد قبول واقع می‌شود در صورتی که اینطور نیست و صراحت در فروختن و خریدن لازم می‌آید (ابراهیم حریری، ۱۴۱۲/۷۷)

۲- ظاهر و باطن لفظ و معنا متناسب باهم در نظر گرفته شود مثلا این لباس را برای همسرم می‌خرم که قصد و لفظ ظهور در خرید و تسلیم ثمن دارد و با قرائن می‌شود فهمید که قصد در این صور ارجحیت به لفظ دارد و اگر بگوید ۵ هزار تومان به تو هبه کرد و ۵ هزار تومان را بدهد به طرف مقابل ۵ درهم به عنوان قرینه ی خارجی وجود دارد که بیانگر هبه می‌باشد و قصد طرف را می‌رساند که مراد او هبه بوده نه عقد بیع (عمر بافولولو، پیشین / ۹۸)

۳- زمانی که حکم قصد از حکم ظاهر لفظ پایین تر است در این صور معامله باطل است، طرفین قصد خرید و فروش را دارند ولی مقدار ثمن مشخص نیست که باطل کننده

ی عقد می باشد این مورد هبه را در بر نمی گیرد بخاطر اینکه هبه مالکیت متزلزل دارد و پایین تر از عقد بیع است و مالک می تواند قبل از تصرف در هبه ، از هبه رجوع کند و مال را پس بگیرد ، پس هبه تحقق نمی یابد مگر اینکه قبض صورت گرفته باشد یا عقدی معاوضتی همراه با هبه باشد

۴- اعتبار مقاصد و معانی در عقود به عدم تعارض با مانع شرعی مشروط شده است مثلا اگر عقدی از لحاظ لفظ درست خوانده نشود به عنوان نمونه در نکاح الفاظ به اشتباه خوانده شود عقدی صورت نگرفته است یا در طلاق از باب کراهت ، طرف با توره سخن دو پهلو بگوید « اگر شما اینطور می خواهید ، طلاق می دهم » در این صورت طلاقی صورت نگرفته است زیرا مانع شرعی هم به لحاظ لفظ ، هم به لحاظ دلالت دارد ، همینطور متصور است در داد و ستد فاسد که مشروع رد عقد می باشد واجب شرعی است که عقد فاسد رد شود اگر مال را رد کند ضمان واجب نمی آید در غیر اینصورت نسبت به مال ضامن خواهد بود در این جا نمی توان گفت چون الفاظ عقد کامل خوانده شده و لفظ کفایت می کند عقد صحیح باشد اینجا اعتبار لفظ و عقد زیر سوال است و در فسخ معانی و مقاصد ارجحیت دارد بر لفظ (تاج الدین سبکی ، ۲۰۱۵ ، م ، ۱ / ۱۷۵)

استثنائاتی که قصد با عقد هماهنگ نیست در فقه امامیه

در برخی موارد در فقه امامیه ، عقد از قصد تبعیت نمی کند، بخاطر تضاد ظاهری با قاعده ی عقود از «قصد و نیتها پیروی می کند» درگفتار ذیل به آن اشاره می شود

۱- عقد مکره که صحت آن منوط به رضایت طرفین عقد می باشد ، برخی عقد مکره را مصداق اکل مال به باطل می دانند (عاملی ، بی تا ، ۸ / ۱۵۶) و برخی از علمای شیعه ادعای اجماع نموده اند که عقد مکره باطل است ، نراقی می گویند : شکی نیست که اکراه منافی با قصد می باشد و با وجود آن حکم به تحقق عقد نمی توان داد (نراقی، ۱۴۱۵ ، ۱۴ / ۲۶۶ و ۲۶۷) اما مشهور فقهای امامیه بر این نظر عقد مکره غیر نافذ

است زمانی که کراهت رفع شود همانند عقد فضولی، جایز می شود (حلی، پیشین، ۲، ۸/).

شیخ انصاری نظر متفاوتی دارد و می گوید در عقد مکره هم قصد و هم لفظ وجود دارد عنصر سوم که رضا است غایب است در صورت رضا عقد صحیح می باشد (شیخ انصاری، پیشین، ۳ / ۳۰۹ و ۳۱۰)

۲- در ازدواج موقت مشهور فقها می گویند اگر چه قصد ازدواج موقت باشد ولی اگر ذکر مدت به هر دلیلی نباشد تبدیل به ازدواج دائم می شود (علامه حلی، پیشین، ۳، ۵۱/ و ۵۲) و برخی دیگر از جمله علامه حلی می گوید اگر در ازدواج موقت زمان ذکر نشود خطبه ی خوانده شده باطل است زیر رکن چهارم عقد که زمان می باشد اجرا نشده است اگر خللی به این رکن وارد شود ازدواج باطل است (پیشین ۳ / ۵۳) آیت الله بجنوردی نظر اول را قبول ندارد و میگوید امکان ندارد قصد در عقد موقت، زمان موقت است و تبدیل به ازدواج دائم شود زیرا ازدواج دائم را قصد نکرده است ولی درعین حال عقد تبدیل به دائم می شود بخاطر اینکه حکم وضعی ازدواج چه دائم چه موقت مورد قبول زوجین بوده و زمان منافاتی بر اصل حکم عقد به دلیل اطلاق وارد نمی کند و نظر مشهور به این سبب تطابق دارد (بجنوردی ۳، / ۱۵۰ و ۱۵۲) ولی در عین حال اگر تعیین وقت را از ارکان ازدواج موقت بدانیم حکم به صحت آن دشوار به نظر می رسد و تبعیت عقد از قصد را با مشکل مواجه می نماید.

۳- بیع غاصب، حتی اگر صاحب مال اجازه بدهد و غاصب بخواهد مال را برای خود بردارد، باطل است بخاطر اینکه وقتی مال را غاصب می فروشد قصدش این است که اکل مال به باطل نماید و ثمن را برای خود بردارد که کاری حرام و باطل است و منافات با قصد شارع از یک سو، و قصد صحت عقد از طرفین متعاملین از سوی دیگر

دارد، جواز فقها در صورتی است که مالکین رضایت کامل و براساس بیع داشته باشند نه غصب، اینجا اگر چه غاصب الفاظ عقد بیع را به درستی بیان کند ولی به اعتبار قصد درونی بیع واقع نخواهد شد بخاطر عدم صحت و تبعیت عقد از قصد، (شیخ انصاری، پیشین ۴۸/ ۳ عبدالفتاح، ۱۳۸۲، ۲. ۶۵ و ۶۶)

۴- در معاطات علمای شیعه بر دوگروهند برخی معاطات را مفید اباحه ی تصرف می دانند برخی دیگر مانند عقد کامل از آن یاد می کنند، آنها که معاطات را مفید اباحه ی تصرف می دانند، با مشکل تبعیت عقد از قصد روبرو می شوند چون نظر ایشان فاقد عنصر قصد بیع می باشد (شیخ مفید، ۱۴۱۳ / ۵۹۱ و شیخ انصاری، پیشین، ۳ / ۲۳ و ۲۴).

جایگاه توریه در مذاهب خمس

به لحاظ مشخص شدن ارتباط توریه با الفاظ و معانی در این گفتار به جایگاه توریه در مذاهب

خمس می پردازیم.

امامیه

محقق اصفهانی توریه را دروغ نمی داند و دیدگاه فقهایی که توریه را دروغ می دانند رد می نماید ایشان می گوید «ما در سخنی که بر زبان می آوریم یک معنا داریم که مراد متکلم است و یک لفظ داریم که متکلم برای بیان مقصودش بکار می برد که لفظ مدلول دلالت آن معنا و کلام است دلالت کلام پس از ایجاد لفظ بوجود می آید، لذا لفظ به غرض و هدف وابسته به وجود معناست در این منظر تحقق خارجی و وجودی لفظ می شود مراد معنا، پس اظهار و ظهور معنا وابسته به وجود لفظ می باشد از آنجا که بکارگیری لفظ بدون قصد متکلم محال است، در توریه فرض بر این است که متکلم «لفظ» را در معنایی غیر از آنچه مخاطب از ظاهر کلامش می فهمد و استعمال کرده، پس این معنای ظاهری لفظ متصف به صدق و کذب نمی شود، زیرا خود لفظ واقعی را در بر ندارد و از این جهت از قبیل انشائیات است. آنچه متصف به صدق و کذب می شود، واقعی است که در باطن کلام نهفته است، معنایی است که متکلم قصد بکارگیری، لفظ در آن را داشته است» (محقق اصفهانی، پیشین، ۲ / ۴۳ و ۴۴)

شیخ انصاری نیز توریه را کذب نمی داند دلیل ایشان این است که توریه خبری است به اعتبار معنای آن ، آن معنایی که در توریه نهفته است ، مخالف واقع نیست. و همانا مخاطب است که از کلام متکلم امری خلاف واقع فهمیده است که متکلم آن را اراده نکرده بود. بله ممکن است توریه از جهت اینکه مفسده‌ای بر آن مترتب شود، حرام گردد (شیخ انصاری، پیشین ۱ / ۱۵۰)

آیت الله خویی می گوید مشهور فقهای امامیه توریه را حرف کذب می داند زیرا آنچه مراد متکلم است با ظاهر الفاظ تفاوت دارد عدم مطابقت ظاهر کلام با واقع دلیل بر کذب بودن آن است اما در نهایت استدلال می نماید توریه کذب نیست و جواز مطلق برای آن قائل است^۱ (خویی، ۱۳۷۴، ۱ / ۶۱۱)

امام خمینی (ره) توریه را کذب نمی داند و فقط جواز توریه را در حد همان روایات یاد شده می پذیرد و در آن موارد چه اثباتاً چه فعلاً جواز مطلق می دهد^۲ (امام خمینی (ره) ۱۴۱۰، ۲ / ۴۷ و ۶۵ و ۶۴)

مخالفین توریه از امامیه

ملا صالح مازندارنی ، پس از استدلال های می گوید توریه چون به لحاظ معنایی مخالف لفظ و کلام بکار گرفته شده است مصداق کذب می باشد و کذب و توریه فقط در سه موردی که شارع مجوز داده مجاز می باشد انسان اگر توریه کند زبانش به کذب عادت می کند (مازندارنی ، ۱۴۲۵ ، ۹ / ۴۰۶).

^۱ - دلالت لفظ بر معنایش بر حسب یک علقه وضعیه است که یک امر ضروری است و انفکاک بین آنها در مرحله استعمال معقول نمی باشد، و... لا شبهة فی خروج التوریة عن الکذب موضوعاً. وقتی توریه موضوعاً کذب نبود، حکم آن نیز جواز خواهد بود. از این رو، توریه را مطلقاً جایز می دانند، حتی در موارد غیر ضروری و غیر اضطراری حکم به جواز توریه می دهند

^۲ - فتحصل من جمیع ذلک عدم قیام دلیل علی الحاق ما لیس بکذب به توریه کان او انشاء او فعلاً مع أنه قد وردت التوریة فی روایات ظاهرة فی جوازها مطلقاً»

همدانی، توره را جایز نمی داند و دلالت الفاظ را در توره مبهم می داند و این ابهام سبب می شود مخاطب الفاظ را حمل بر معنای دیگری کند که جز کذب نیست (همدانی، بی تا ۵۶۵/۱)

ملا مهدی نراقی: ایشان توره را مصداق کذب می دانند و توره و تعریض به کلام را فقط منحصر در موارد که حکم به جواز آن در روایات داده شده می داند، لذا ایشان توره را تفهیم امر خلاف واقع می داند که باعث فریب مخاطب می شود، ایشان توره را سبب و وسیله ای برای فریب مخاطب دانسته و در نهایت می فرماید «خود صدق و راست گویی مقصود لذاته نیست، بلکه صدق به خاطر هدایت و دلالت مخاطب به حق موضوعیت دارد. بنابراین، به قالب و صورت خبر صادق توجه نمی شود، بلکه به معنا و حقیقتش توجه می شود» (نراقی ۱۳۷۹ ش، ۲ / ۱۰۰)

نظریه ی تنقیح مناط در توره

اگر ما با عنایت به مقاصد الشریعه توره را قسم بندی نماییم سه صورت متصور می شود، صورت اول اگر توره را مصداق کذب بدانیم خروج موضوعی از جواز استفاده پیدا می نماید و فقط می بایست قائل به مواردی باشیم که نصی در خصوص آن موجود است مثل فرار از ظلم و ستم کافران. صورت دوم: توره را حرف کذب ندانیم و جواز مطلق برای آن قائل باشیم که این جواز مطلق مفسده های عدیده ای را به دنبال خواهد داشت، امام محمد غزالی قائل به جواز مطلق توره است (امام غزالی، ۱۳۷۹ / ۴۶۳) صورت سوم به تنقیح مناط در توره پردازیم اگر بر اساس مقاصد الشریعه برای دفع ضرر جانی و مطابق با روایات خاصه باشد حکم به جواز آن داد اگر بر مبنای فریب مردم

و مخالف اغراض شارع مقدس باشد حکم به بطلان آن داد زیرا مصداق فریب و اعمال

ناپسند می باشد.^۱

ممنوعیت توریه در عقود برمنای دیدگاه اهل سنت

از دیدگاه علمای اهل سنت تمامی مقاصد در شریعت اسلام در جهت صحت قرار ندارند همانگونه که الفاظ ممکن است مبطل عقود باشند مقاصد نیز ممکن است مبطل عقود باشند از جمله در امور غصبیه، کراهت و غیره، این نظر را حنابله و مالکیان دارند (ابن قیم، پیشین، ۳ / ۱۰۲، ابن ماجه، ۱۴۱۰، ۱ / ۶۵۸) اما احناف، اکراه را مبطل عقد نمی دانند مثلا اگر کسی در حالت اکراه صیغه ی طلاق را جاری نماید حکم به صحت طلاق می دهند (کاسانی، پیشین ۱۸۲/۷ و ۱۸۶) ولی جمهور فقهای اهل سنت، عمل مکره را فاقد قصد می دانند و صحتی برای آن قائل نمی باشند (دسوقی، بی تا، ۲ / ۳۶۹) از طرفی علمای حنبلی و مالکی، به قاعده ای استناد می نمایند که مبطل هر عقدی که منافات باقصد دارند می شود و در این باب توریه را نیز در عقود مخل می دانند و هر عقدی را که از باب توریه با اکراه باشد باطل می دانند بنا بر قاعده ی «دلیل بر چیزی در امور باطنی، در حکم خود آن چیز است»^۲ (زحیلی ۱/۱۴۲۷/۵۷۶) که سنگ محکی است برای سنجش باطن و ظاهر عقود، در صحت و عدم صحت شفافیت و هماهنگی بین لفظ و معنای که عقد، قائم بر آن می باشد است در این منظر شارع مقدس احکام را بر اساس باطن آن تشریح نموده است و حکم حق آن است که هماهنگی بین ظاهر و باطن اعمال مدنظر باشد بخاطر اینکه تمامی افعال بر روح و باطن آن استوار اند پس وصول و تحقق ظاهری در افعال کفایت نمی نمایند و اگر ظاهرا حکم به صحت، داده شده، بخاطر اعتبار باطن آن عمل می باشد و دلیلی بر تحقق، حق افعال می باشد در غیر این صورت حتی حکم به درستی ظاهر افعال دشوار بود (علی حیدر، ۱۴۱۰، ۶۸۱)

۱- بنا بر نظر نویسنده

۲- دلیل النبیء فی الأمور الباطنة یقوم مقامه

ادله ی تجمیع لفظ با معنا در عقود از نگاه اهل سنت و ارجحیت معنا و مقاصد در این گفتار به ادله ای استنادی هماهنگی عقود با معنا و مقاصد می پردازیم که در ارتباط با مبحث نتیجه گیری که توریه نمی تواند مورد استناد عقود یا حیل شرعی واقع شود مرتبط می باشد

آیات شریفه ی وَبَعُولْتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا (بقره ۲۲۸) و

(وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لْتَعْتَدُوا) (بقره / ۲۳۱)

اینگونه استدلال می شود، این آیه صراحت دارد بر اینکه قصد می باید قصد اصلاح باشد نه قصد اضرار رساندن به همسران طلاق داده شده و این دلیلی است برهماهنگی بین قصد و نیت با آنچه در عقود انجام می گیرد و اعتبار قصد در عقود را تاکید می نماید

در این منظر قصد زوج از طلاق اصلاح زوجه می باشد و اگر قاضی علم پیدا کند که قصد اصلاح زوجه را ندارد و می خواهد به وی آزار برساند می تواند حکم به عدم رجوع زوج بدهد، (قرطبی، ۲۰۰۳، م ۳،

۱۲۲ /

فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (سوره بقره / ۲۲۹)، و (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ) (سوره بقره / ۲۳۰)

اینگونه استدلال می شود: طلاق خلع مباح نشده است مگر اینکه به قصد اجرای احکام و حدود الهی باشد (ابن قیم، پیشین، ج ۳ ص ۹۱) بازگشت به قصد اجرای حدود الهی دلیلی است که می بایست در عقود رعایت شود و این قصد اقامه ی حدود الهی خوب دلیل اعتبار قصد در اعمال و عقود می باشد

(مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ) (النساء / ۱۲)

اینگونه استدلال می شود، عدم ضرر رساندن موصی به ارث برنده می باشد در این آیه صراحت دارد نباید موصی به قصد ضرر رساندن به مورث اقدام به وصیت نماید و اگر اینکار را کند وصیت باطل است و این دلیلی بر اعتبار قصد در عقود می باشد که می بایست قصد در وصیت حتما صحیح و بدور از اخلاق حسنه نباشد (ابن قیم، پیشین، ۳ / ۹۶، ابن عربی، بی تا، ۱ / ۴۲۵).

سنت

حدیث نبوی الاعمال بالنیات

اعمال به نیت است، و هر کس را آن چیزی است که نیت کرده است؛ هر که هجرتش به سوی خدا و رسول او بوده، هجرتش به خدا و رسول اوست، و هر که هجرتش به سوی دنیایی بوده است که بدان رسد یا زنی که با او همسر شود، هجرتش به همان چیزی است که آهنگ آن کرده است^۱ (بخاری، ۱۴۰۱، ۳۰/۱،

اینگونه استدلال می شود حدیث نبوی در این است که جمیع احوال و اعمال مسلمین با نیت آنها پذیرفته می شود در این راستا اگر ظاهر عمل با نیت عمل منافات داشته باشد حکم به صحت عمل دشوار و ناممکن است به عنوان مثال همانگونه که در باب توریه گفته شد وقتی ظاهر عمل یک مطلب و باطن عمل حکمی دیگر را در بر داشته باشد این عمل از ریشه دچار تزلزل و حکم به بطلان آن صحیح است و ثوابی حتا به عبادات بدون قصد و نیت الحاق نمی شود چه برسد به معاملات که قوام دهنده ی نظام اقتصادی مسلمین می باشد این شمول صحت قصد با ظاهر اعمال شامل عبادات، معاملات و سایر عقود و تصرفات نیز می شود در این مورد ترتب اثر ظاهری بعد از اینکه باطن الامور صحت داشته باشد مورد پذیرش می باشد (زحیلی، بی تا، ۱/۱۳۳)

حدیث نبوی «صید البر لکم حلال و أنتم حرّم ما لم تصیدوه أو یصد لکم»، شکار برای شما حلال است، اما وقتی شما در حال احرام هستید نباید شکار کنید یا برای شما شکار شود، (مسلم نیشابوری، ۱۹۹۰م، ۱، ۶۲۱)

اینگونه استدلال می شود که :

^۱ «أَمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَ إِنَّمَا لِكُلِّ أَمْرٍ ۛ

ابن قیم می گوید چگونه ممکن است عملی که قصد آن حرام باشد با نگره داری زمان ، یا حيله هايي ديگر تبديل به حرام شود اين قصد ، نشانگر حرام است و در احكام شريعت تبديلي صورت نمي گيرد پس بايد توجه داشت اگر حتما ظاهر عمل را درست كنيم و خلاف باطن عمل باشد آن عمل باطل است (ابن قيم ،پيشين ، ۳ / ۹۸)

مفهوم آن اين است كه حق نداريد شكار كنيد تا موقعي كه حكم به شكار بدهم و شكار براي شما حلال نيست تا موقعي كه جواز يابيد (طحاوي، ۱۳۹۹، ۲ / ۱۷۲)

بنای عرف در هماهنگی بین اعمال با قصد و نیت

تمامی تخصیص ها ، تقیید ها ، تفسیر الفاظ ، عام و خاص و ... بیانگر وجود قصد در اعمال و عبادات است همین که شرح می دهند عبادتی یا معاملی دچار فساد شده است بیانگر این مورد که عرف جامعه مقاصد و اهداف الشریعه را مد نظر قرار داده است (قراله ، ۲۰۰۹م، / ۳۴۴) فقط حنفیان هستند که می گویند ظاهر اعمال یا عقود درست باشد کفایت می کند (کاسانی ،پیشین ، ۱۱ / ۲)

بنای عقل در هماهنگی بین اعمال و قصد و نیت

هیچ عقدی صورت نمی گیرد مگر قصد در آن وجود داشته باشد و اینکه از باطن اعمال فقط خداوند خبر دارد و به این لحاظ قائل به درستی یکجانه ی ظاهر اعمال باشیم سخنی نارواست بخاطر اینکه هر چند باطن اعمال مخفی باشد ولی قرائن و شواهدی وجود دارد که صحت نیت و مقصد را نمایان می کند ابن قیم مواردی را از این مقوله استثناء می نماید از جمله ، فراموشی ، سهو و خطا از شدت شادی یا غضب ، اکراه ، جهل به معانی ، درست نبودن حرف شاهدین ، اینها را فاقد قصد و فاقد هماهنگی لفظ با معنا در عقود می داند (ابن قیم ،پیشین ، ۳ / ۱۰۶)

نظر ابن قیم در بطلان قصد یا عدم بطلان قصد

ابن قیم بر این نظر است اگر قصد از عبادات و معاملات رسیدن به عملی فاسد باشد آن قصد غیر مشروع و باطل است هر چند الفاظ آن درست باشد قصد اعتبارش از الفاظ بیشتر است و هماهنگی بین آنها لازم و ضروری است اگر قرائنی بر صحت هر باشد عمل به آن واجب است اگر الفاظ یا معانی ابهام داشته باشد چگونه می توان دلیلی بر اعتبار آن قائل شده ،؟! (ابن قیم ، پیشین ، ۳ / ۹۲)

ابن تیمیه بر این نظر است مصحح فعل و الفاظ در عقود قصد می باشد هم فعل و هم لفظ باید تحت عنوان قصد درست باشد اگر نه موجب فساد عمل می باشد و اصالت اطلاق در عقود بر عقدهایی است که ناظر بر صحت قصد و مقصد آن در عبادات و معاملات می باشد (ابن تیمیه ، پیشین ، ۲ / ۳۰۳ و ۳۰۷)

نظر شافعیان

علت اینکه شافعیان قائل به عدم تاثیر قصد در عقودند به این علت است که نهی را دال بر کراهت می گیرند و عمل هماهنگ با قصد را بر استحباب می گذارند که ضرری به عقد وارد نمی آورد (نوی شافعی ، ۱۹۹۷م ، ۹ / ۱۶۳)

ادله ی شافعی ها بر کفایت الفاظ و ظواهر در عقود

همانطور که اشاره شد شافعیان از اهل سنت به قائل به کفایت ظواهر و الفاظ در عقود و صحت عقود بر این مبنا هستند (زرکشی ، ۲ / ۳۷۴ ، شروانی ، بی تا ۴ / ۴۰۲) همچنین بر این اعتقادند ، اعتبار عقود به ظاهر آن است نه آنچه متعاقدين در ذهن و نیت خود دارند (نوی ، پیشین ، ۹ / ۲۴۸) «عقدی صحیح نیست مگر اینکه صیغه و ظاهر آن درست باشد» (رجب حنبلی ، بی تا ۱ / ۵۵)

ادله ی کفایت الفاظ و ظواهر در عقود (قرآن کریم)

وَلَا أَقُولُ لَكُمْ عِنْدِي خَزَائِنُ اللَّهِ وَلَا أَعْلَمُ الْغَيْبَ (هود / ۳۱) وقوله تعالى (وَلَا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَنْ يُؤْتِيَهُمُ اللَّهُ خَيْرًا اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنْفُسِهِمْ إِنِّي إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ (هود / ۳۱))

اینگونه استدلال می شود که ، تنها خداوند به باطن اعمال آگاه است و کسی از باطن عقود خبر دار نمی شود الا خداوند متعال ، پس اعتبار لفظ باقی می ماند و آنچه پنهان است قصد و باطن اعمال است (جزیری ، ۱۴۱۲ / ۲۵۱) و حقیقت ایمان ، معاملات و عبادات برکسی روشن نیست الا خداوند متعال پس الفاظ و ظاهر عقد قرینه ای است برای صحت عقد ، و قصد ها بدون در نظر گرفتن الفاظ راه بجایی نمی برند ولی لفظ بدون قصد ظاهرا صحت دارد

وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ از آنچه به آن آگاهی نداری، پیروی مکن، چرا که گوش و چشم و دل، همه مسؤولند. (اسراء/۳۶)

اینگونه استدلال می شود که ، از آنچه به آن علم ندارید پیروی نکنید شما که به نیت و مقاصد عقود آگاهی ندارید چگونه قصد را در عقود اصل می دانید شما چگونه در این دنیا به مقاصد و نیت افراد پی می برید اینها را فقط خداوند می داند و بس ، (جزایری ، پیشین / ۲۵۱)

ادله ی کفایت الفاظ و ظواهر در عقود (حدیث نبوی)

"إِنِّي لَم أُمِرَ أَنْ أُتَقَبَ عَنْ قُلُوبِ النَّاسِ، وَلَا أُشَقَّ بِطُونِهِمْ (بخاری ۴ / ۱۵۸۱)

اینگونه استدلال می شود :

مقصود انسان از عمل امور باطنی است که به غیر خداوند از آن کسی آگاهی نمی یابد پس عمل به ظاهر صحیح واجب است زیرا ما قدرتی و توان پی بردن به باطن اعمال را نداریم و احادیث دیگر^۱ که به همین مطلب اشاره دارند که خداوند از باطن اعمال آگاهی دارد

مرد اعرابی نزد رسول خدا آمد و گفت همسر من فرزندی سیاه بدنیا آورده است « إِنَّ امْرَأَتِي وُلِدَتْ غُلَامًا أَسْوَدًا»

بر شرط بودن صحت ظاهر عقود از جانب شافعیه ، اینگونه استدلال می شود:

۱- ۲. أخرج البخاری فی صحیحہ بسندہ عن أبي هريرة -رضی الله عنه- قال لما توفي رسول الله -صلی الله علیه وسلم-، وكان أبو بكر -رضی الله عنه-، وكفر من كفر من العرب، فقال عمر -رضی الله عنه-: كيف تقابل الناس وقد قال رسول الله -صلی الله علیه وسلم-: أمرت أن أقابل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فمن قالها فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله (بخاری ، پیشین ، ج ۲ ، ص ۵۰۷)

فردی نزد پیامبر (ص) آمد و با تعریض و توریه سخن گفت که همسر من فرزندی سیاه به دنیا آورده ، پیامبر فرمودند تعریض و توریه قصد خفی است یعنی قول ایشان این است که ظاهر کلام توریه را نشان می دهد و به توریه نمی شود برای حد قذف استناد کرد ، سخن به توریه صراحتی در وجوب حد قذف ندارد حکم پیامبر به ظاهر الفاظ تعلق گرفت نه به باطن الفاظ ، و اراده ی پیامبر به آن تعلق گرفت که این حرف مرد اعرابی دلالتی و صراحتی بر وجوب حد قذف ندارد پس به سخن با توریه حد قذف وارد نمی شود ، ولی همین مورد با لفظ توریه در زمان عمر اتفاق افتاد و مردی دیگر گفت من زنا زاده نیستم و مادرم نیز زنا زاده نبوده عمر بر او حد جاری کرد هرچند با توریه سخن گفته و حد ندارد و توریه قصد خفی است و غیر ظاهر و صراحت ندارد تا حد جاری شود (ابن قیم ، پیشین ، ۳ / ۱۲۸)

ادله ی عقلی کفایت الفاظ در عقود

همانا اصل در عقود الفاظ ظاهری ان است تا صحت داشته باشد و الفاظ است که اعتبار به مراد و معانی می دهد و از مراد و معانی اطلاق و شمول فهمیده نمی شود بلکه از الفاظ اطلاق برداشت می شود پس نمی شود ظواهر عقود را ترک کرد اعتبار معانی موید ترک الفاظ می باشد ، زیرا الفاظ در عالم وضع برای عمل خاصی وضع شده اند و ارتباطی به بازگشت معانی از مقصود الفاظ ندارند برای اینکه در ظاهر عقود اگر شرط مفسدی باشد عقد باطل می شود اگر در باطن امور باشد مخفی است و خللی به عقد وارد نمی کند (نووی ، ۱۹۷۷م ، ۹ / ۱۶۳ ، سبکی ، بی تا ، ۱ / ۱۷۵)

و مراد از آنچه گفته شد این است که همانا لفظ اعتبار دارد در مقایسه با معنا مراد از لفظ آن چیزی است که برای مقصود وضع شده است و اعتبار قصد از قرائن و ظواهری است که در الفاظ آشکار می باشد

جایگاه توریه در عقود از منظر قانون مدنی

در خصوص عقود از لحاظ قانون مدنی ، طریقه ی انشاء عقد می بایست بصورتی باشد که خللی در صراحت عقد بوجود نیاید و مواد قانونی متعددی دلالت بر صراحت الفاظ عقد می نماید که از این منظر

توریه در عقود از لحاظ قانون مدنی ایران، جایگاهی در جهت جواز ندارد، ماده ۱۹۱۱ ق.م. ماده ۱۹۳ ق.م. ماده ۱۹۶ ق.م. ماده ۴۶۳ ق.م. ۴، و در صورت اختلاف بین دو طرف عقد، تفسیر عقد با توجه به الفاظ مندرج در عقد نامه صورت می گیرد لذا، هماهنگی بین الفاظ، قصد و نیت عقود در جهت صحت آن لازم و ضروری می باشد، مطابق مواد ۱۲۹۲ و ۱۳۰۹ ق.م. اراده اعلام شده در سند رسمی، معتبر است هر چند این اراده با اراده باطنی معارض باشد. در این مورد، می توان گفت: عدم پذیرش تردید در مفاد اسناد رسمی، به دلیل اصیل بودن اراده ظاهری نیست، بلکه به خاطر چگونگی تنظیم آنهاست. حضور در دفتر اسناد رسمی و امضای سند نزد سردفتر سبب می شود که شخص در ابراز اراده باطنی دقت کافی نماید و از طرف دیگر به دلیل حکم قانون در این موارد نمی توان بر خلاف اراده ظاهری عمل کرد (قشقایی، ۱۳۷۸/۹۲) و مواد قانونی ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م. تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضا باشند، مسقط خیار و یا فسخ فعلی قرارداد شده اند، هر چند که با اراده باطنی مطابقت ننمایند، ۲۴۵ و ۲۴۸ ق.م. نیز اثر حقوقی را بر لفظ مترتب نموده، و کاشفیت آن از اراده واقعی را مد نظر قرار نداده است، آنچه در عقود، اراده ی باطنی و ظاهری را توأمان باهم در قوانین مدنی ایران مدنظر دارد ماده ی ۱۹۱ ق م، ۴۳۶ ق م، می باشد ولی در قوانین مدنی اهل سنت، اگر طرفین عقد مدعی شوند اراده ی آنها مطابق با الفاظ عقد نیست، قاضی می بایست به تحقیق در خصوص نیت عقد بپردازد تا شبهه ای در آن عقد وجود نداشته باشد^۵، لذا مشخصاً، توریه نه

۱- «عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». این ماده، اصالت را با قصد و اراده می داند و لفظ را وسیله ابراز آن تلقی می کند

۲- م انشاء عقد را، بوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد ممکن دانسته است، این ماده نیز به اصالت قصد و مبرز بودن عمل تصریح کرده است. (اکتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۸۵)

۳- اگر ثابت شود شخص معامله را برای غیر انجام داده معامله برای غیر خواهد بود. در اینجا نیز اثبات و تفسیر عقد، بر اساس اراده باطنی شکل گرفته است

۴- بیع شرطی را که احراز شود، قصد بایع، حقیقت بیع نبوده است، مشمول احکام بیع نمی داند. در اینجا نیز در تعارض اراده ظاهری و باطنی، قصد واقعی شخص مقدم شده است.

۵- مطابق این ماده، اگر متعاقدين بر امری توافق کنند، ولی آن را با عبارتی واضح بیان نکنند و اراده ظاهری با اراده باطنی متعارض شود، باید عقد را صحیح دانست و نباید به اراده ظاهری توجه شود و تفحص برای کشف اراده باطنی لازم است (سنهوری، ۱۹۹۸/۶۷۷) قانون «الموجبات والعقود» لبنان، ارجحیت با اراده باطنی است و قاضی مکلف شده است که به ظاهر توجه نکند و در پی کشف اراده واقعی باشد. به شرط اینکه عدول از اراده ظاهری، مدلل و منطقی باشد (الباس ناصیف، ۱۹۹۸، ۲/۲۲۰).

در فقه امامیه نه در فقه اهل سنت، جایگاهی ندارد، در فقه امامیه در خصوص ابهام در عقود به عرف رجوع می شود و شرایط با عرف سنجیده می شود و این مسئله بین فقهای امامیه اجماعی می باشد^۱

نتیجه

اگر در شرایط عقد اگر عملی صورت بگیرد که با قصد منافات داشته باشد، از منظر علمای امامیه آن عمل باطل می باشد، در این خصوص می بایست تمامی صورتی که مغایرت قصد و عقد را چه از لحاظ الفاظ، چه از لحاظ معنا در بر می گیرد حکم به بطلان آن داد، در باب توریه از باب دوپهلوی یا چند پهلوی و مراد گویند یا عمل گویند آنچه بر نظر می رسد نیست، ظاهر آن با قصد فاعل تفاوت ماهیتی دارد و جواز آن بواسطه ی رهایی از چنگال آزار و اذیت کافران صادر شده و جزء موارد خاص می باشد لذا تعمیم آن به اینکه مجوزی باشد برای موارد دیگر از جمله حیل های شرعی یا صحت عقود دور از واقعیت می نماید بخاطر اینکه «کلشیء تضمن نقض غرض اصل مشروعه الحکم، یحکم بطلانه، هرآنچه باعث و در برگیرنده ی نقض غرض اصلی تشریح یک حکم گردد، حکم به بطلان آن می گردد» (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۲/۲۰۲) ما در تجمیع لفظ با معنا در عقود به این نتیجه رسیدیم براساس اصل صحت و صحت افعال مسلمین می بایست اعمال از لحاظ ظاهر و باطن حمل بر صحت شود که این امر، استفاده از توریه چه در جهت توجیه، حیل شرعی، چه معاملات و عبادات مگر در موارد خاص را ممنوع می نماید و می بایست در جواز استفاده از آن به تنقیح مناط پرداخت.

^۱ - برای مطالعه ی بیشتر رجوع شود به د (کرکی، ۱۴۰۸/۳۷۶: حلی، بی تا، ۵۷: شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ۲۲۷/، خویی ۱۴۱۲ق، ۳۹۷: نجفی، ۱۳۶۵/۱۲۶).

منابع

- ابن منظور ، محمد بن مكرم بن على. (۱۴۱۴). لسان العرب ، بيروت : دار صادر.
- انصاری شافعی ، زکریا .(بی تا). أسنى المطالب شرح روض الطالب. بی جا.
- ابن عربی ، محمد احكام القرآن.(بی تا) . تحقیق محمد عبد القادر عطا. دون نشر . بيروت: دار الفكر.
- ابن تیمیه ، احمد بن عبدالحلیم.(۱۴۱۸). بیان الدلیل علی بطلان التحلیل.بیروت: چاپ حمدي عبدالمجید سلفی.
- ابن نجیم الحنفی ،زین الدین . (بی تا). البحر الرائق شرح كنز الدقائق .بیروت: دار المعرفة
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بكر.(۱۹۷۳) اعلام الموقعین عن رب العالمین. بیروت: چاپ طه عبدالرؤف سعد
- اردبیلی ،احمدین محمد مقدس . (۱۴۱۱).مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. ترجمه : حسین یزدی اصفهانی .قم : چاپ مجتبی عراقی.
- بخاری ، علاء الدین عبدالعزیز . (۱۴۱۸).كشف الأسرار عن أصول البزدوی.تحقیق عبدالله محمود محمد عز. بیروت :دار الكتاب العلمیة.
- بحیری ، محمد عبدالوهاب . (۱۳۷۶).حیله های شرعی ناسازگار با فلسفه فقه. ترجمه :حسین صابری.
- مشهد
- بهوتی ،منصور بن یونس إدريس .(۱۴۰۱) . كشاف القناع علی متن الإقناع. تحقیق هلال مصیلحی مصطفی هلال. بیروت :دار الفكر.
- بخاری، محمدبن اسماعیل.(۱۴۰۱).صحیح البخاری . استانبول: چاپ محمد ذهنی افندی
- بغدادی ،خطیب .(۲۰۰۲ م).تاریخ مدینة السلام. بیروت
- حراغلی ،محمد بن حسن .(۱۴۰۹ ق). وسائل الشیعة . قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث
- حلی ، ابن ادريس .(۱۴۱۱).كتاب السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى. قم

- طحاوی ، أحمد . (١٣٩٩). شرح معانی الآثار. تحقيق محمد زهري النجار. بيروت: دار الكتب العلمية
- علامه حلّي، حسن بن يوسف. (١٤١٤). تذكرة الفقهاء. قم
- غزالي، محمد. (١٣٦١). كيمياى سعادت. بی جا: طلوع و زرین.
- جزائری، عبد المجید. (١٤٢١ هـ). القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للعلامة ابن قيم الجوزية. رياض: دار ابن عفان السعودية.
- زحيلي، محمد. (٢٠٠٤ م). القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي. كويت: مجلس النشر العلمي.
- زحيلي، محمد مصطفى. (١٤٢٧). قواعد الفقيه وتطبيقاتها في المذاهب الاربعه. دمشق: دار الفكر .
- بافولولو، عمر. (٢٠٠٦). القواعد الفقهية في كتاب الغيائي لامام الحرمين. اردن: الجامعة الاردنية.
- خوئي، ابوالقاسم. (١٣٧٤). المصباح الفقاهه. تقرير ميرزا محمد علي توحيدى تبريزى. نجف: المطبعة الحيدريه،
- خمينى ، سيد روح الله . (١٤٠٧). تحرير الوسيلة، ، چاپ اول . قم: مؤسسه دارالعلم
- خمينى، سيدروح الله . (١٣٧٩ ش). كتاب البيع. قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى
- خرشى ، محمد عبد الله . (بى تا). شرح مختصر خليل. طبع. بيروت: دار الفكر بديون
- زركشى شافعى، محمد بهادر أبو عبد الله . (١٤٠٥). المنثور فى القواعد. تحقيق تيسير فائق أحمد محمود. كويت: دار وزارة الأوقاف
- سرخسى، محمد بن احمد شمس الاثمه. (ق ١٤٠٦). كتاب المبسوط. بيروت
- سيوطى ، جلال الدين. (١٤١٤). الإيتقان فى علوم القرآن. بيروت
- سبكي، على عبدالكافى . (١٤٠٤). الإبهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول
- للبضاوى. بيروت: دار الكتب العلمية
- سهنورى ، عبدالرزاق . (١٩٩٨ م). الوسيط فى القانون المدنى. بيروت: منشورات الحلبيه الحقوقيه.
- سرخسى ، شمس الدين أبو بكر. (بى تا) . المبسوط. بيروت: . دار المعرفة.

سبکی ، عبد الوهاب تاج الدین .(۱۹۹۱). الأشباه والنظائر. تحقیق عادل عبد الموجود والشیخ علیعوض.

بیروت: دار الکتب العلمیة.

سیوطی ، عبد الرحمن بن أبی بکر .(۱۴۰۳). الأشباه والنظائر. بیروت : دار الکتب العلمیة.

قرطبی، محمد.(۲۰۰۳). الجامع لأحكام القرآن. تحقیق: هشام سمیر البخاری.ریاض :دارالکتب

قشقای، حسین.(۱۳۷۸ش). شیوه تفسیر قرارداهای خصوصی.قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی

حوزه علمیه.

شاطبی ،ابراهیم بن موسی .(۱۴۱۷ق). الموافقات. عربستان سعودی :چاپ مشهورین حسن آل سلمان.

شاطبی، أبو إسحق .(بی تا). الموافقات فی أصول الشریعة . عبد الله دارز. ریاض: المكتبة التجارية الكبرى.

شیبانی ، ابو بدالله احمد. (بی تا). مسند الامام احمد بن حنبل. مصر: مؤسسه قرطبه.

عاملی ،زین الدین بن علی.(شهید ثانی). (۱۴۱۳). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم

عسقلانی ، ابن حجر .(۱۳۰۱). فتح الباری.شرح صحیح البخاری.بیروت: چاپ افست.

حنبل، ابن رجب ،عبد الرحمن. (۱۹۹۹م). القواعد فی الفقه الإسلامی. مکه: مكتبة نزار مصطفى

کاسانی الحنفی ، علاء الدین .(۱۹۸۶). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت : دار الکتب العلمیة..

کاتوزیان ،ناصر.(۱۳۸۱ش). عقود معین.تهران: شرکت سهامی انتشار.

حیدر ،علی.(بی تا). درر الحکام فی شرح مجلة الأحكام. تعریب المحامی: فهمی الحسینی. بیروت: دار

الکتب العلمیة.

شافعی، محمد ادريس .(۱۳۹۳). الأم.بیروت:دار المعرفة.

شهید ثانی، زین الدین .(۱۴۱۴). مسالک الافهام .قم:موسسه معارف الاسلامیه.

مکارم شیرازی ،ناصر.(۱۳۸۶). حیلله های شرعی و چاره جوئی های صحیح. گردآوری ابوالقاسم علیان

نژادی. قم

مکارم شیرازی، ناصر.(۱۳۸۵). بررسی فرار از ربا. تدوین ابوالقاسم لیان نژاد . قم:مدرسه الامام علی بن

ابی طالب.

- نجفی، محمد حسن بن باقر. (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت
نووی، یحیی بن شرف. (١٩٣٠). المنهاج فی شرح صحیح مسلم. قاهره: المطبعة المصرية .
نووی، یحیی. (١٣٩٢ هـ). شرح النووی علی صحیح مسلم. بیروت: دار احیاء التراث
مقدسی الحنبلی إبراہیم. (بی تا). المبدع فی شرح المقنع. بیروت: بیت المقدس
هیثمی، أحمد بن حجر. (بی تا). تحفة المحتاج فی شرح المنهاج. بیروت: دار احیاء التراث
هواوینی، نجیب. (بی تا). المجلة جمعیه المجلة. ریاض: دار کارخانه تجارت
محقق کرکی، علی بن حسین. (١٤١٨). جامع المقاصد. قم: موسسه آل البيت.
مصری، ابن نجیم. (١٤٠٥ق). غمز عیون البصائر. بیروت: دارالکتب العلمیه.
نجفی، محمد حسن. (١٣٦٥ش). جواهر الکلام. قم: دارالکتب الاسلامیه.

مجالات :

- ١- قرالہ، أحمد. (٢٠٠٤م). قاعدة " دلیل الشیء فی الأمور الباطنة یقوم مقامه. دراسة تحليلیة تطبیقیة.
مجلة دراسات علوم الشریعة والقانون. المجلد ٣١ عدد ١.