



فصلنامه
علمی- پژوهشی
(مطالعات اسلامی سابق)

انفقه و اصول

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۰، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵
زمستان ۱۳۹۷



عناوین مقالات

- تحلیل ضمان بر مبنای «معاوضه قهری» و آثار آن در دعاوی مسئولیت مدنی
دکتر محمدمهدی الشریف - سمیه سعیدی
- بررسی دلالت قاعده «لزوم امساک به معروف یا تسریح به احسان» بر طلاق در صورت امتناع
و یا ناتوانی زوج از ادای حقوق زوجیت
دکتر محمدحسن جوادی - دکتر سید مهدی قریشی - ام البنین اله مرادی - دکتر سیامک جعفرزاده
- معیار ادای حق در قرض و دین در شرایط افزایش قدرت خرید پول در سرسید تعهد
دکتر سید رحمت‌اله دانش میرکهن - دکتر محمدحسن حائری - دکتر احمدعلی یوسفی
- بازخوانی مبانی مؤثر در نظریه انقلاب نسبت
بلال شاکری
- بررسی انتقادی قاعده لا دِیَةَ لِمَنْ قَتَلَهُ الْحَدَّ
سیدحسین قندیلی - دکتر علیرضا عابدی سرآسیا
- گونه شناسی فتوا مستند به سد ذرایع در انگاره فقیهان امامیه
دکتر داود گوهری - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر حسین صابری
- نگرش تاریخی به تشریح جهاد ابتدایی در پرتو تحلیل مواجهه حضرت سلیمان (ع) با ملکه سبا
دکتر حمید نادری قهفرخی
- بررسی فقهی حقوقی تبدیل موقوفات به احسن
هادی نورالدینی - دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال ۵۰ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۱۵ - زمستان ۱۳۹۷

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: احمد رضوانی

هیئت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ۱۳۹۰، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word

از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

چاپ و صحافی: چاپخانه دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۳۰۰۰۰ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد).
- ۲- اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳- بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود می‌شود).
- ۴- در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵- نتایج داورها در جلسات هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیئت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیئت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.

۲- زبان غالب نشریه فارسی است؛ ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۵۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

۴- چکیده مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

- ۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) الزامی است.
- ۶- هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
- ۷- شکل لاتینی نام‌های خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.
- ۸- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- ۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () بیاید.
- ۹-۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتاب‌ها و گزارش‌ها و سایر مراجع به شرح زیر است:
- ۱۰-۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.
- ۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ، سال انتشار.
- ۱۰-۳- گزارش‌ها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.

- ۱۱- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر:۲).
- ۱۴- پرانتز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:). نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرانتز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عَرَضه/عَرَضه؛ حَرَف/ حَرَف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیئت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. دکتر احسان علی اکبری بابوکانی (استادیار دانشگاه اصفهان)
۲. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۳. حجت الاسلام حمید درایتی (مدرس حوزه علمیه مشهد)
۴. حجت الاسلام محمد حسن ربانی (عضو هیئت علمی دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۵. دکتر محمد ساردوئی نسب (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۶. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر مریم صباغی ندوشن (دانش آموخته دکتری دانشگاه فردوسی مشهد، مدرس حوزه و دانشگاه)
۹. دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۳. دکتر سعید محسنی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)
۱۵. دکتر علی محمدیان (دانش آموخته دکتری دانشگاه فردوسی مشهد و مدرس دانشگاه)
۱۶. دکتر محسن ملک افضلی اردکانی (استادیار دانشگاه قم)
۱۷. دکتر سید احمد میرخلیلی (استادیار دانشگاه میبد)
۱۸. دکتر ناصری مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

| صفحه | عنوان |
|------|---|
| ۹ | تحلیل ضمان بر مبنای «معاوضه قهری» و آثار آن در دعاوی مسئولیت مدنی دکتر محمدمهدی الشریف - سمیه سعیدی |
| ۲۵ | بررسی دلالت قاعده «لزوم امساک به معروف یا تسریح به احسان» بر طلاق در صورت امتناع و یا ناتوانی زوج از ادای حقوق زوجیت دکتر محمدحسن جوادی - دکتر سید مهدی قریشی - ام‌البنین الهمرادی - دکتر سیامک جعفرزاده |
| ۴۵ | معیار ادای حق در قرض و دین در شرایط افزایش قدرت خرید پول در سرسید تعهد دکتر سید رحمت‌اله دانش میرکهن - دکتر محمدحسن حائری - دکتر احمدعلی یوسفی |
| ۵۹ | بازخوانی مبانی مؤثر در نظریه انقلاب نسبت بلال شاکری |
| ۷۵ | بررسی انتقادی قاعده لا دیه لمن قتلته الحد سیدحسین قندیلی - دکتر علیرضا عابدی سرآسیا |
| ۹۹ | گونه شناسی فتوا مستند به سد ذرایع در انگاره فقیهان امامیه دکتر داود گوهری - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر حسین صابری |
| ۱۱۷ | نگرش تاریخی به تشریح جهاد ابتدایی در پرتو تحلیل مواجهه حضرت سلیمان (ع) با ملکه سبا دکتر حمید نادری قهفرخی |
| ۱۳۵ | بررسی فقهی حقوقی تبدیل موقوفات به احسن هادی نورالدینی - دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی |
| ۱۷۰ | چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts) |

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4, Issue 115

Winter 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.46720>



انفوسور

سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵

زمستان ۱۳۹۷، ص ۲۴-۹

تحلیل ضمان بر مبنای «معاوضه قهری» و آثار آن در دعاوی مسئولیت مدنی*

دکتر محمد مهدی الشریف

دانشیار دانشگاه اصفهان

Email: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

سمیه سعیدی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان

Email: ssaeedi88@yahoo.com

چکیده

در تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه اصلی در فقه وجود دارد. یک دیدگاه ضمان را بر مبنای غرامت صرف و دیدگاه دیگر بر مبنای معاوضه قهری تحلیل می‌کند. مراد از معاوضه قهری در حوزه ضمان قهری آن است که مال تلف شده به حکم شارع به ملکیت عامل زیان و بدل آن به ملکیت زیان دیده در می‌آید. با این تحلیل، ضمان قهری معاوضه بین بدل و مبدل به حکم شارع است که پذیرش آن آثار مهمی در حوزه مسئولیت مدنی دارد. مثلاً بر اساس این نهاد اجزاء باقیمانده از مال تالف و حقوق متعلق به آن، از آن عامل زیان است و یا در مواردی که مال مغبوب در جایی به کار رفته و در فرض جدایی فاقد ارزش است، زیان دیده صرفه مستحق مطالبه بدل آن خواهد بود و نمی‌تواند علاوه بر خسارت، انتزاع عین را از مال غاصب درخواست کند. همچنین پذیرش معاوضه قهری می‌تواند منجر به ارائه نظریه جدیدی در خصوص ماهیت بدل حیلوله تحت عنوان معاوضه بین منافع مال دور از دسترس و بدل گردد.

کلیدواژه‌ها: معاوضه قهری، غصب، مسئولیت مدنی، غرامت، اتلاف.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۲/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۵/۱۴.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

در فقه در خصوص ماهیت و حقیقت ضمان یا مسئولیت مدنی، موشکافی‌ها و ژرف‌نگری‌های بسیار شده ولی متأسفانه به دلیل غلبه فضای مسئولیت مدنی غربی بر ادبیات حقوقی مسئولیت مدنی ایران، این میراث ارزشمند چندان مورد توجه قرار نگرفته است. البته نمی‌توان انکار کرد که نحوه طرح اینگونه مباحث در کتب فقهی و پراکندگی، فقدان عنوان و نظم مألوف در کتب دانشگاهی، در این بی‌مهری و غفلت بی‌تأثیر نبوده و پژوهشگر برای یافتن این تحلیل‌های فقهی راه همواری در پیش رو ندارد. فقها باب ویژه‌ای را به موضوع تحلیل ماهیت ضمان اختصاص نداده‌اند بلکه به مناسبت برخی از فروع که بعضاً به حسب ظاهر خود هیچ ارتباطی به ضمان قهری و مسئولیت مدنی ندارند، برای یافتن پاسخ مسأله به تحلیل ماهیت ضمان پرداخته‌اند. به عنوان مثال یکی از این مواضع که به حسب ظاهر خود هیچ ارتباطی با مسئولیت مدنی و ماهیت ضمان ندارد، مسأله صحت وضو با آب غصبی است که فقها برای پاسخ به این مسأله به بحث کلی حقیقت ضمان قهری پرداخته‌اند. یکی دیگر از فروعی که فقها در آن به مناسبت به تحلیل ماهیت ضمان پرداخته‌اند و جای آن در مباحث مسئولیت مدنی ایران خالی است، موضوع تعیین کسی است که اجزاء باقیمانده از مال تالف به وی متعلق است. به بیان روشن‌تر وقتی مالی مثلاً یک ماشین در نزد غاصب یا در اثر فعل فاعل زیان، تلف می‌گردد و غاصب یا متلف (سبب زیان) مجبور به پرداخت قیمت یا مثل ماشین به زیان‌دیده می‌شوند، آیا اجزای باقیمانده ماشین همچنان متعلق به زیان‌دیده است یا اینکه او با دریافت بدل مال خود، دیگر حقی بر بازمانده مال تالف نداشته و این حق به ضامن خسارت (عامل زیان) تعلق دارد و یا اینکه این اجزاء نه ملک مالک سابق است و نه ملک ضامن (غاصب یا متلف) بلکه مانند اموال مباح بلا مالک است و نسبت ضامن قهری و مالک سابق به این اجزاء یکسان است؟ (نانینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۱). از دیگر مواردی که فقیهان به بحث از حقیقت ضمان پرداخته‌اند، مسأله بدل حیلوله و تعیین تکلیف مالک مالی است که بدل آن به عنوان بدل حیلوله به مالک پرداخته شده و اکنون مجدداً دسترسی به مال میسر گردیده است. مورد دیگری که از قضا بسیار مهم و مبتلا به است و فقیهان پاسخ مسأله را در گرو تعیین ماهیت ضمان دانسته‌اند موردی است که شخصی از مال دیگری در مال خود استفاده نموده و اکنون اگر حکم به لزوم رد عین مال داده شود، مال مغضوب مالیت و ارزش خود را از دست می‌دهد. مثلاً غاصب با نخ‌های متعلق به دیگری، لباس خود را دوخته و اکنون اگر قرار باشد نخ‌ها را از لباس جدا سازند، تکه‌های به دست آمده هیچ ارزشی ندارد. همین مسأله در مورد استفاده از چوب متعلق به دیگری در بنای متعلق به غاصب نیز مطرح شده است. فقها پاسخ خود به این مسائل را در گرو تعیین ماهیت ضمان دانسته‌اند. برای تبیین آثار تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری، در این مکتوب ابتدا

به بررسی دو دیدگاه فقهی در خصوص ماهیت ضمان پرداخته شده است. پس از آن آثار تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری به تفکیک نسبت به انواع بدل بررسی می‌گردد.

دیدگاه‌های فقهی در خصوص ماهیت ضمان

در بین فقها در خصوص تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه وجود دارد این در حالی است که متأسفانه از این بحث مهم و دارای آثار عملی جدی، در ادبیات حقوقی ایران خبری نیست. گروهی از فقها ماهیت ضمان قهری را نوعی «معاوضه» و برخی دیگر «غرامت» دانسته‌اند. باورمندان به دیدگاه نخست معتقدند وقتی شارع در اثر اتلاف، تسبیب یا ید (استیلاء بر مال غیر)، حکم به «ضمان» می‌دهد معنایی جز این ندارد که معاوضه‌ای قهری را بر عامل تلف یا متصرف تحمیل می‌کند به این معنا که مال تلف‌شده را از دارائی مالک خارج و به ملکیت متلف یا متصرف در می‌آورد و بدل آن اعم از مثل یا قیمت را به عنوان عوض به ملکیت زیان‌دیده داخل می‌کند. بر بنیاد این تحلیل، لزوم پرداخت مثل یا قیمت از آثار این معاوضه ناخواسته و از باب عوض چیزی است که قانونگذار به ملکیت ضامن درآورده است. در واقع طرفداران تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری (کاشف الغطاء، ۸)، بر آنند که با وقوع سبب ضمان آور شارع دو هدف را مد نظر قرار می‌دهد و با دو اعتبار به آن‌ها دست می‌یابد که در نهایت به معاوضه قهری می‌انجامد:

۱- از آنجا که عامل زیان مستحق تحمل خسارت است این ضرر باید به دارایی عامل زیان وارد گردد. به همین دلیل در عبارات برخی از فقها در خصوص مفهوم ضمان به «از کیسه ضامن رفتن» اشارت شده است (رشتی، ۶۴؛ غروی نائینی و عراقی، ۵۷۲) و گروهی از فقها بر آنند که در این راستا شارع فرض می‌کند که مال تلف‌شده یک لحظه قبل از تلف وارد کیسه دارایی عامل زیان گردیده است و در زمان تلف، این، مال عامل زیان است که از بین می‌رود^۱ (رشتی، ۱۲۲). گروه دیگر بر این عقیده‌اند که مال تلف‌شده در زمان دادن بدل وارد کیسه دارایی عامل زیان می‌گردد. در واقع این دسته از فقها ضمان را سبب معاوضه نمی‌دانند بلکه تأدیبه است که معاوضه را سبب می‌شود.^۲ (خویی، موسوعة الامام الخویی، ۱۷۷/۶ - ۱۷۸). میرزای نائینی از جمله مخالفان معاوضه قهری است. وی ماهیت ضمان را غرامت و جبران خسارت

۱ «توضیحه ان الضمانه كما عرفت عبارة عن التعهد بالخسارة فالمال ما دام كونه في يد المضمون له يكون خسارته عليه و تلفه من كيسة و ان حصل بيد الضامن انستقل تلك الخسارة إليه و ألا لم يكن عليه خسارة المال فمعنى انتقال الخسارة من المالك الى الضامن أنه لولاه لفاتت الخسارة من كيسة ضرورة ان مال الشخص متى لم يغرض عليه سبب ضمان يكون تلفه خسارة على المالك لا على غيره و اذا طرا عليه سبب ضمان من يد و نحوه انتقل تلك الخسارة الى من يقوم به ذلك السبب»
 ۲ «مقتضى السيرة و بناء العقلاء عدم ثبوت حق الاختصاص للمالك في تلك الموارد لأن رد البديل عندهم معاوضة قهرية حينئذ و بتلك المعاوضة تنتقل الأجزاء الباقية و المواد الى الضامن دون المالك و ليس في ذلك حق الاختصاص بها»

می‌داند و مالکیت عامل زیان نسبت به مال مورد ضمان را نمی‌پذیرد. وی اشاره می‌کند که در تلف حقیقی زمان حصول ملکیت برای عامل زیان از دو حال خارج نیست: حالت اول آنکه گفته شود مال مورد ضمان، یک لحظه قبل از تلف، وارد کیسه دارایی عامل زیان گشته و بر همین اساس در زمان تلف، از دارایی او کسر می‌گردد و حالت دوم آنکه پذیرفته شود که قبل از اداء غرامت، مال تألف به دارایی عامل زیان می‌پیوندد و این، هر دو فرض، غیرقابل قبول و نادرست است. فرض اول نادرست است زیرا ملکیت فرضی عامل زیان یک لحظه قبل از تلف، ابزاری برای جبران خسارت مالک است در حالیکه قبل از تلف خسارتی وجود ندارد و جبران خسارت، ناشی از تلف و منقطعاً متأخر از آن است. در نتیجه ناگزیر باید ملکیت بعد از تلف رخ دهد وگرنه تقدم معلول بر علت لازم می‌آید که البته محال است. فرض دوم نیز اشتباه است زیرا مالی که متعلق ملکیت است به سبب تلف از صفحه خارج معدوم گشته است و معنایی برای اعتبار ملکیت چیزی که وجود خارجی ندارد متصور نیست و فرض وجود آن قبل از اداء غرامت نیز اگرچه ممکن است اما چون خلاف قاعده است نیاز به دلیلی قوی دارد که چنین دلیلی موجود نیست (نائینی، المکاسب و البیوع، ۳۸۱/۱ - ۳۸۲).

در مقابل، برخی از فقها معتقدند که اولاً مالکیت از مقولات حقیقی نیست بلکه یک مقوله اعتباری است و اگرچه عرف مالکیت افراد را نسبت به مال تألف نمی‌پذیرد اما اعتبار مالکیت مال تلف‌شده ممکن است و زمانی که بر این اعتبار اثر صحیحی مترتب گردد، شرعاً و عرفاً ایرادی وارد نخواهد بود (اصفهانی، ۳۲۵/۱). ثانیاً در باب خيارات بین فقها مسلم است که امکان فسخ معامله حتی بعد از تلف عین نیز وجود دارد که در این موارد مالک قبلی به مثل یا قیمت مالش رجوع خواهد نمود. این در حالی است که فسخ از زمان وقوعش تأثیر می‌کند و بنابراین ملکیت عین تلف‌شده برای مالک اولش اعتبار می‌گردد و وی به بدل آن رجوع می‌کند. پس برای این اعتبار وقتی که اثر صحیحی بر آن مترتب می‌گردد مانعی وجود ندارد کما اینکه در ضمان نیز چنین است (طباطبایی یزدی، ۱/۱۸۶).

۲- اعتبار اول خسارت زیان‌دیده را جبران نمی‌کند و در راستای جبران خسارت زیان‌دیده، وی باید به جای مال از دست داده‌اش، مالک مالی معادل آن گردد.^۳ این هدف نیز با اعتبار دیگری تأمین می‌گردد و آن اینکه شارع به محض تلف، ذمه عامل زیان را به مالی معادل مال تلف‌شده مشغول می‌گرداند. از این روست که در لسان اکثر فقها ضمان با «اشتغال ذمه» گره خورده است (رشتی، ۱۲۱؛ همدانی، ۸۴). ذمه، از جمله مفاهیم وضع شده در فقه اسلامی و ظرف اموال کلی و دیون است که توسط عقلاً اعتبار می‌شود^۴

۳. «فإن مقتضى تدارك التالف و كأنه لم يتلف، اعتبار بقائه في يد من تلفت عنده العين ... فهذه الخصوصية تقتضي اعتبار بقائها في ذمة من تلفت عنده...»

۴. «فالذمة: هو الوعاء الذي صاغه العقلاء و اعتبروه ظرفاً للامور الكلية...»

(هاشمی شاهرودی، ۱۴/۵۶). توضیح آنکه در بسیاری از موارد برای عقلا پیش می‌آید که در مقام تملیک و تملک‌اند ولی اعیان خارجی ای وجود ندارد تا موضوع این تملیک و تملک قرار گیرد. یکی از این موارد حوزه الزامات قانونی است، همچون زمانی که شارع به ایفاء مثل مال به کسی که مالش تلف گشته است حکم می‌کند، این در حالی است که مثل آن مال نزد عامل تلف وجود ندارد. پس در این موارد - که عقلا احتیاج به تملیک اموالی دارند بدون آنکه آن اموال یا اعیان خارجی را مالک باشند- ظرفی به نام ذمه اختراع گردیده است تا اموال در آن فرض گردد و ملکیت به آن‌ها الصاق شود. این اموال ذمی، آینه اموال خارجی هستند و آثار مربوط به اموال خارجی بر آن‌ها مترتب خواهد شد. همین تملک ذمی است که در کلمات فقها به اشتغال ذمه و از مال، به دین و از مالک، به دائن تعبیر شده است (همان، ۵۷ - ۵۸). به بیان دیگر، اینکه در اثر ضمان ذمه ضامن مشغول می‌گردد یعنی وی بدهکار مالی معادل مال تلف‌شده می‌شود و بدیهی است که روی دیگر این بدهکاری، طلبکاری و مالکیت زیان‌دیده نسبت به مال ذمی است و اینکه این مال ذمی که معادل مال تلف‌شده است آینه آن است بدین معنا است که هر اثر حقوقی بر مال تلف‌شده خارجی مترتب بود از این پس بر این مال ذمی بار می‌گردد. مثلاً مالک این مال تلف‌شده زیان‌دیده بوده است اکنون نیز مالک این مال ذمی وی خواهد بود.

با وجود عباراتی همچون از کیسه ضامن رفتن و اشتغال ذمه عامل زیان در تعریف ضمان، گو اینکه ضمان فرآیندی است که به موجب آن دو اثر اعتباری غیر قابل انکار ایجاد می‌گردد: یکی مالکیت عامل زیان بر مال تلف‌شده و دیگری مالکیت زیان‌دیده بر مال ذمی و این آثار هستند که معاوضه‌ای قهری را سبب می‌شوند. صاحب مقابیس را از باورمندان به دیدگاه معاوضه قهری یادکرده‌اند (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۸۰). از نظر او در تمام موارد تلف اعم از تلف حقیقی، حکمی و بدل حیلولہ، مال تالف در لحظه تلف به مالکیت عامل زیان در می‌آید. او حکم برخی از اساطین فقه به جریان ربا در موردی که مال تلف‌شده از جنس طلا یا نقره بوده و بدل آن نیز از همان جنس باشد را مؤیدی بر پذیرش دیدگاه معاوضه قهری از سوی این دسته از فقها دانسته است. زیرا ربا اختصاص به موردی دارد که در آن مبادله بین دو مال صورت گیرد و اگر مال تالف را ملک ضامن نشماریم و اداء بدل صرفه از باب غرامت باشد نه از باب معاوضه قهری، طبعاً حکم به ربا به دلیل فقدان مبادله امکان نخواهد داشت.

اما همان‌گونه که گفته شد، فقها در خصوص تصویر ارائه شده از ضمان که به معاوضه قهری منجر می‌شود اتفاق نظر ندارند. در واقع جمع دیگری از فقها، تحلیل ضمان بر مبنای معاوضه را نمی‌پذیرند و ضمان را صرفه غرامت و جبران خسارت می‌دانند (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۸۰). شیخ انصاری را باید از زمره مخالفان دیدگاه معاوضه قهری به شمار آورد (انصاری، ۳/۲۶۴). بر بنیاد این دیدگاه، ماهیت

حکم ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ید، چیزی جز حکم به پرداخت «خسارت» به مالکی که مال «متعلق به وی» در اثر فعل دیگری (اتلاف و تسبیب) یا نزد دیگری (غصب و شبه غصب) تلف شده، نیست. هر چند هر دو دیدگاه در تحمیل تلف بر عامل تلف مشترک‌اند اما اختلاف در تحلیل این مسئولیت است. در دیدگاه معتقد به معاوضه قهری، مال تألف در اثر یک معاوضه فرضی و قهری، به ملکیت عامل تلف وارد شده و از کیسه دارائی او خارج می‌شود و آنچه به مالک قبلی می‌پردازد، عوض چیزی است که در اثر معاوضه قهری به مالکیت وی درآمده اما در تحلیل دوم، مال تألف در لحظه تلف همچنان در ملکیت مالک آن بوده و مال از کیسه دارائی وی خارج می‌شود و آنچه عامل تلف به وی می‌پردازد، از باب غرامت و به جبران خسارتی است که بر مالک به دلیل تلف مالش، وارد کرده است.

بر اساس آنچه گفته شد می‌توان مقصود شیخ انصاری از دو تعبیر مختلف در معنای ضمان را دریافت. شیخ انصاری در بیان معنای ضمان در قاعده مایضمن دو احتمال را ذکر می‌کند. نخست اینکه مراد از ضمان این است که تدارک و «خسارت» مال مضمون بر عهده شخص است^۵ و احتمال دوم اینکه مراد از ضامن بودن شخص این است که در لحظه تلف، مال در ملکیت ضامن درآمده و در ملکیت وی تلف می‌شود^۶ (انصاری، کتاب المکاسب، ۳/۱۸۳). بنابر احتمال نخست، خسارت «مترتب» بر تلف مال است و در دیگری خسارت «نفس» مال تألف است (اصفهان، ۱/۳۰۵).

اگرچه پذیرش معاوضه قهری به عنوان ماهیت ضمان اجماعی نبوده و با موانعی روبروست اما دست کم پذیرفتن این نهاد در حل برخی از مسائل و فروع فقهی مبتنی بر سیره عرف و عقلا دانسته شده است و فقها اشاره نموده‌اند که اگر این سیره را تا زمان پیامبر (ص) جاری بدانیم با عدم ردع ایشان، دلیل قابل قبولی بر پذیرش معاوضه قهری خواهد بود (کوه‌کمری، ۲۱۶؛ خوئی، موسوعة الامام الخوئی، ۶/۳۷۶).^۷ بنابراین صرف نظر از تحلیل ضمان بر اساس معاوضه قهری توسط برخی از فقها، پذیرش این نهاد به استناد سیره عقلا نیز امکان‌پذیر است. در ادامه به نقش معاوضه قهری در حل مسائل مربوط به انواع بدل پرداخته می‌شود. زیرا چنانکه اشاره شد اهمیت این بحث صرفه نظری نبوده و آثار عملی زیادی بر آن مترتب است. در واقع پذیرش یا عدم پذیرش معاوضه قهری - خواه بر اساس تحلیل ضمان بر این مبنا و خواه بر اساس حکم قطعی عقلا - در برخی از مسائل مسئولیت مدنی منجر به جواب‌های متفاوتی برای مسائل مطروحه

۵- «کون درک المضمون علیه بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الاصلی»

۶- «کون تلفه فی ملکه بحیث یتألف مملوفاً له»

۷- «مقتضی السیره و بناء العقلاء عدم ثبوت حق الاختصاص للمالك فی تلك الموارد لأن رد البديل عندهم معاوضة قهرية حينئذ و بتلك المعاوضة تنتقل الأجزاء الباقية و المواد الی الضامن دون المالك و لیس فی ذلك حق الاختصاص بها».

در این زمینه می‌گردد (طباطبایی بروجردی، ۱۵۷؛ حکیم، ۵۴۸/۲؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۳/۲۱۸). به منظور بیان منظم مطالب می‌توان، انواع بدل را بر اساس مواضع کاربرد آن به سه نوع بدل حقیقی، بدل حکمی و بدل حیلولة تقسیم کرد. بدل حقیقی زمانی مورد حکم قرار می‌گیرد که مال زیان‌دیده حقیقتاً تلف گشته است مانند کتابی که سوخته است اما بدل حکمی در دو موضع (تلف به حکم عرف و تلف به حکم شرع) کاربرد دارد که در هیچ یک از آن دو، مال حقیقتاً تلف نشده بلکه به حکم عرف یا شرع تلف شده محسوب می‌شود و در نهایت بدل حیلولة نیز زمانی متعلق حق زیان‌دیده قرار می‌گیرد که مال وی نه حقیقتاً و نه حکماً تلف شده به حساب نمی‌آید بلکه مال از دسترس خارج گشته است و هنوز امید به دستیابی به آن وجود دارد.

نقش معاوضه قهری در بدل حقیقی

همان‌گونه که اشاره گردید در زمانی که مال زیان‌دیده به واقع - نه به حکم شرع یا عرف - از بین می‌رود تلف حقیقی رخ می‌دهد، در نتیجه شارع برای جبران خسارت زیان‌دیده به بدل حقیقی اعم از مثل یا قیمت حکم می‌نماید. اثر پذیرش معاوضه قهری در تلف حقیقی را در حل دو مسئله زیر می‌توان مشاهده نمود:

مسئله اول: چنانچه برای مال تلف‌شده ارزشی هرچند ناچیز باقی مانده باشد با پذیرش معاوضه قهری این ارزش وارد دارایی عامل زیان می‌گردد. مثلاً اگر کتاب تلف‌شده را به قیمت ۲۰۰ تومان برای بازیافت کاغذهای آن بتوان فروخت مالک این ۲۰۰ تومان عامل زیان است نه زیان‌دیده زیرا با معاوضه قهری بین بدل و مال تألف، مال تلف‌شده از آن عامل زیان گشته است. مثال جالب دیگری که در فقه اشاره شده است، آن است که اگر کسی حیوانی که مرکب قاضی بوده است را معیوب کند ملزم به پرداخت قیمت آن است (مجلسی اول، ۱۲۶). حال سؤالی که مطرح می‌گردد آن است که آن حیوان معیوب از آن کیست؟ آیا باید بر اساس اصل استصحاب و عدم وقوع سبب مملک، به مالکیت زیان‌دیده قائل شد یا آنکه قاعده ممنوعیت جمع عوض و معوض اقتضای مالکیت عامل زیان را دارد؟ اگر معاوضه قهری پذیرفته گردد دیگر استناد به عدم وقوع سبب مملک و جهی نخواهد داشت و در نتیجه عین یا حیوان معیوب در ملکیت عامل زیان محسوب خواهد شد.

مسئله دوم: چنانچه به عین تلف‌شده حقیقی تعلق داشته باشد، پس از وقوع سبب ضمان‌آور این حق به چه کسی اختصاص دارد؟ تصور این فرض در جایی ممکن است که مثلاً مالک عین تلف‌شده حق رجوع به مسئول دیگری را داشته باشد. پاسخ این مسئله است که مطابق نظر برخی از فقها چرایی امکان رجوع ایادی متعاقبه در غصب را توجیه می‌کند. در مباحث مربوط به غصب یکی از مسائل بحث‌برانگیز آن است

که چرا غاصبی که از عهده پرداخت مثل یا قیمت مال تلف شده برآمده است حق مراجعه به ایادی بعدی خود را دارد؟ پاسخ‌های زیادی ارائه شده است (اصفهانی، ۱/ ۳۳۲-۳۱۶). اما از این میان دو پاسخ با توسل به نهاد معاوضه قهری مطرح گشته است. پاسخ اول را صاحب جواهر می‌دهد. بدین توضیح که از آنجا که ایشان اشتغال دو یا چند ذمه به مال واحد را نمی‌پذیرد در بحث تعاقب ایادی تنها ذمه کسی که مال نزد وی (ید اصلی) تلف گشته است را مشغول و به اصطلاح «مدیون» می‌شمارد و بقیه ایادی (ایادی فرعی) را «مکلف» به دادن بدل می‌دانند. سپس در امکان رجوع ید سابقی که بدل را تأدیه نموده است به ید لاحق، بیان می‌دارند؛ این امکان بدان علت است که ایادی فرعی، بدل یدی هستند که مال نزد وی تلف شده است و مقتضای بدل بودن آن است که با ادای ید مکلف (ید فرعی)، وی مالک ما فی الذمه ید اصلی گردد و این یک معاوضه قهری همچون معاوضه اختیاری است که بین تأدیه‌کننده و کسی که مال نزد وی تلف گشته است رخ می‌دهد (اصفهانی، ۱/ ۳۲۳). پاسخ دوم با کمی تفاوت متعلق به سید یزدی است بدین بیان که حق مطالبه از ایادی غاصبه به عین تلف شده تعلق دارد و هر کس مالک این عین باشد، حق مذکور به وی اختصاص می‌یابد (طباطبایی یزدی، ۱/ ۱۸۶). فرض کنید الف، ب، ج و د به ترتیب بر مال مغضوبه مسلط بوده‌اند و در نهایت مال در دست «د» تلف گشته است. حال اگر مالک به «الف» رجوع کند و مثل یا قیمت مال خود را دریافت کند از آنجا که «الف» مالک مال تلف شده می‌گردد حق رجوع نیز به وی تعلق می‌گیرد. در نتیجه این که غاصبی که مثل یا قیمت مال تلف شده را می‌پردازد حق مراجعه به ایادی مابعد خود را دارد ریشه در معاوضه قهری بدل پرداخت شده و مال تلف شده دارد که پیامد آن تعلق حقوق متعلق به عین تلف شده به مالک آن است و حق مراجعه، به غاصبی اختصاص می‌یابد که خسارت را جبران کرده و بدل مال تالف را به مالک اصلی تأدیه نموده است. همان‌گونه که مشخص است سید یزدی معاوضه را بین تأدیه‌کننده و مالک تصور کرده است چرا که اگر عوض داده شود ولی معوض یعنی عین تلف شده در کیسه مالک باقی بماند جمع بین عوض و معوض رخ می‌دهد که منافی جانشینی عوض به جای معوض است. ایشان معتقدند مالک عین تالف شدن به اعتبار تلف شده بودن آن نیست بلکه به اعتبار موجودیت آن در عهده ضامن است و زمانی که تأدیه‌کننده به جای مالک، مالک عین موجود در عهده می‌شود حق رجوع به ایادی لاحق را می‌یابد زیرا اثر ملکیت شیء موجود در عهده غیر، جواز مطالبه بدل آن است وگرنه قائم مقامی وی از مالک محقق نمی‌شود (اصفهانی، ۱/ ۳۲۵).

نقش معاوضه قهری در بدل حکمی

فقها به سه قسم ملک از حیث شدت و ضعف اشاره نموده‌اند: مالکیت عین، مالکیت منفعت و ملک

انتفاع (بحر العلوم، ۱/۳۰۴؛ شهید اول، ۱/۳۴۸). از آنجا که منظور ایشان از قسم اخیر، حق انتفاع است (الشریف، ۶۴۳) و با توجه به آنکه حق و ملک قسیم یکدیگرند مال تألف ممکن است عین باشد یا منفعت. برای تلف شدن عین دو صورت قابل تصور است. اولین فرض، تلف حقیقی عین است که اشاره گردید و دومین صورت، تلف حکمی عین است که خود، دو حالت دارد:

مورد اول حالتی است که عین مال باقی است ولی به نحوی از دسترس خارج شده است که عادتاً امید دستیابی مالک به آن وجود ندارد. در نتیجه عرف مال را در حکم تلف می‌داند مثل آنکه مال در دریا بیفتد یا در خزانه سلطانی قرار گیرد که امکان بازگرفتن از وی وجود ندارد (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۲). در این موارد فقها متفق‌اند که عین، مورد ضمان قرار می‌گیرد و عامل زیان به دادن بدل ملزم می‌گردد. حال سؤال آن است که مال غرق‌شده در دریا یا موجود در خزانه سلطان از آن کیست؟ نائینی در خصوص تلف حکمی عرفی نیز معاوضه قهری را منتفی می‌داند ولی اشاره می‌کند که در این موارد بر خلاف تلف حقیقی به لحاظ ثبوتی محذوری برای ملکیت ضامن نسبت به مال غیرقابل دسترس وجود ندارد زیرا محتاج فرض وجود مال معدوم نیستیم اما در مرحله اثبات دلیلی بر آن وجود ندارد و قائل شدن به ملکیت ضامن بر مال خارج از دسترس، قولی است که دلیلی از کتاب و سنت برای آن نمی‌یابیم (المکاسب و البیع، ۱/۳۸۲). در نتیجه مطابق نظر ایشان همچنان زیان‌دیده مالک مال دور از دسترس خواهد بود. اما مطابق نظر موافقان معاوضه قهری، مال خارج از دسترس و در حکم تألف، از اموال عامل زیان محسوب خواهد شد. یکی دیگر از فروع فقهی در خصوص تلف حکمی عرفی، مسأله تعیین مالک مال مغضوبی است که غاصب از آن در ساخت کالای دیگر استفاده نموده است. در واقع در این موارد مال غصب‌شده هنوز باقی است اما تحویل آن به مالک مستلزم نقص یا عدم مالیت آن خواهد بود. مثل نخ‌های مغضوبی که غاصب با آن‌ها لباس دوخته و یا چوب‌های مغضوبی که غاصب از آن‌ها در ساخت کالای دیگر استفاده نموده است. آیا مالک می‌تواند انتزاع آن‌ها از لباس یا کالای ساخته شده را مطالبه کند؟ فقیهانی که معتقدند حکم به ضمان، ماهیتی جز غرامت و جبران خسارت ندارد، دریافت خسارت و بدل را مانع از استحقاق مالک نسبت به مطالبه و انتزاع نخ‌های مغضوب نمی‌دانند هرچند این نخ‌ها پس از انتزاع از لباس غاصب، ارزشی نداشته باشد (شهید ثانی، ۱۲/۱۷۵ - ۱۷۸؛ نائینی، الرسائل الفقهیه، ۶۰۰). روشن است که این دیدگاه بر بقاء مالکیت مال مغضوب در ملکیت مالک اولیه حتی پس از دریافت خسارت، استوار است. در مقابل این دیدگاه فقیهانی که با تحقق غصب یا با دفع بدل و جبران خسارت، مال را در پی یک معاوضه فرضی و به حکم قانونگذار، از ملکیت مغضوب‌منه خارج و داخل در ملکیت غاصب می‌شمارند، چنین حقی را برای صاحب نخ‌ها قائل نبوده و رابطه مالکیت او با مال مغضوب را گسیخته و صرفه وی را مستحق مطالبه

مثل یا قیمت نخها می‌دانند (صاحب جواهر، ۳۷/۸۰).

مورد دوم نیز صورتی است که عین مال باقی است و حتی در دسترس نیز می‌باشد ولی به حکم شارع مقتضای و ویژگی ذاتی آن از بین رفته است در نتیجه این مال نیز شرعاً در حکم تلف است کما اینکه برخی از فقها از این تلف، به تلف شرعی یاد کرده‌اند و مثال معروف آن مسأله دابه موطوئه است (سبزواری، ۲۸/۱۴۸). ویژگی اصلی و یا مقتضای ذاتی عین به عنوان یکی از اقسام مال، آن است که مالک بتواند آن را بفروشد. به تعبیر دیگر مالی که خرید و فروش آن را قانون کشوری منع کرده است در نظر قانون ارزشی ندارد اگرچه در خارج از کشور آزادانه فروش برود زیرا مال مزبور از دید قانون در حکم چیزی است که مالیت ندارد (امامی، ۱/۴۱۸). بنابراین قابل تصور نیست کسی را مالک عین، ولی حکم امکان فروش آن را برای وی منتفی بدانیم. از آنجا که هرگاه مقتضای ذاتی امری منتفی گردد گویی خود آن امر منتفی شده است، در مواردی که شارع امکان فروش مالی را از مالک آن سلب می‌کند ولو آنکه اقتضانات دیگر آن مال هنوز قابل دسترسی باشد آن مال را باید تلف شده دانست.

مطابق نظر برخی از فقها در این موارد مقتضای قاعده آن است که چنانچه منفعت از بین رفته واجد مالیتی جدای از مالیت عین باشد، آن منفعت مورد ضمان قرار می‌گیرد ولیکن عین مورد ضمان نیست زیرا عین، متعلق تلف قرار نگرفته است. این در حالی است که مفاد نصوص وارده در این زمینه با مقتضای مذکور منافعی است و بر ضمان خود عین دلالت دارد^۸ (کوه کمری، ۲۱۷؛ سبزواری، ۲۸/۱۴۸؛ نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۳).

حال برای آنکه منظور نویسنده از تلف حکمی شرعی روشن گردد به این مثال توجه کنید: اگر قانونگذار به موجب حکمی چنین مقرر کند: «داروهای وارد شده در سال ۸۵ پس از پایان سال ۸۷ قابل فروش در ایران نیست.» صرف نظر از علت وضع چنین مقرره‌ای - که مثلاً ممکن است به علت آن باشد که قانونگذار قصد حمایت از تولیدات داخلی را داشته باشد در حالیکه تولیدات سال ۸۵ خارجی‌اند - اگر شخصی داروهای متعلق به داروفروش را در اواسط سال ۸۵ از وی غصب نماید آیا دادگاه با حکم به رد عین در سال ۸۸ ضرر وارده به مالک را جبران نموده است؟ یا این که عین اگرچه موجود است و حتی به حسب فرض تاریخ انقضایش منقضی نشده است اما به دلیل عدم قابلیت فروش در حکم تلف است و باید به قیمت آن حکم نمود؟ باید خاطر نشان ساخت که در حوزه مسئولیت مدنی ضرر با در نظر گرفتن شرایط

۸. «مقتضی القاعدة ضمان المنفعة الفائتة، لو كانت واجدة لمالية وراء مالية العين بحيث تقابل بالمال في نفسها. و اما العين و غير الفائتة من منافعتها فلا تكون مضمونة بالبدل، و إنما يضمن به خصوص المنفعة الفائتة، لعدم وقوعها في حيز التلف و الفوات، و كون الفائت خصوص منفعة من منافعتها، فالمضمونة بالقيمة هي وحدها إذا حازت شرائط التضمن. و لكنه ينافيه مفاد النصوص الواردة حيث تدل على ضمان نفس الدابة الموطوئة بأداء قيمتها.»

مالک سنجیده می‌شود (الشریف و سعیدی، ۱۸۲) و استدلال به اینکه مالک مثلاً می‌تواند داروهایش را در ترکیه به فروش برساند و در نتیجه هیچ ضرری نکرده است موجه نیست زیرا بی‌گمان فروش مال واقع در ایران در یک کشور بیگانه، مستلزم هزینه بسیار بوده و چه بسا هزینه اولیه و قیمت خرید نیز به دست نیاید یا دست کم سود مورد انتظار در ایران، برآورده نمی‌شود. بنابراین در این موارد (تلف حکمی شرعی) دادگاه باید حکم به پرداخت قیمت داروها نماید کما اینکه در روایتی از معصوم (ع) نیز که فعل عامل زیان باعث گردیده تا مالک نتواند مالش را در شهر خود به فروش برساند امام (ع) در مقام جبران خسارت حکم می‌فرمایند که غاصب باید قیمت مال را به صاحبش پرداخت نماید (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۳). با این اوصاف سؤال بعدی به ذهن خطور می‌کند و آن، اینکه آیا داروها نیز باید به زیان‌دیده مسترد گردد؟ پاسخ این سؤال با توجه به پذیرش یا عدم پذیرش معاوضه قهری متفاوت خواهد بود. نظر مرحوم نائینی در خصوص تلف حکمی شرعی متفاوت است. ایشان علی‌رغم مخالفت با معاوضه قهری در تلف حقیقی و حکمی عرفی، آن را در خصوص این قسم از تلف به دلیل وجود نص خاص می‌پذیرند زیرا در روایت مذکور امام (ع) اشاره می‌کنند که پس از فروش مال در شهر دیگر، غاصب مالک ثمن خواهد بود. در مثال مطرح شده نیز بین داروهای در حکم تلف و قیمت آن‌ها که پرداخت گردیده است معاوضه رخ داده، پس همانگونه که زیان‌دیده مالک قیمت گشته، عامل زیان نیز مالک داروهایش و اگر به حسب فرض در ازای فروش آن‌ها در ترکیه ثمنی دریافت دارد از آن خود اوست.

نقش معاوضه قهری در بدل حیلولة

موضع کاربرد بدل حیلولة زمانی است که عین مال باقی است ولی رد آن به مالک به دلایلی غیر از تلف ممکن نیست با این وجود هنوز امید به بازگشت آن به مالک وجود دارد^۹ (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۷۳). به عبارت دیگر در مواردی بین مالک و مالش فاصله ایجاد می‌شود این در حالی است که امکان تسلط دوباره وی بر مالش وجود دارد. حال چنانچه تا زمان فراهم آمدن این امکان، مالک بدل مال خود را تقاضا نماید، بدل مذکور، بدل حیلولة خواهد بود. در خصوص جواز یا عدم جواز مطالبه این نوع بدل اختلاف آراء وجود دارد. مرحوم خوئی پس از رد دلالت قاعده لاضرر، اصل سلطه مردم بر اموالشان، قاعده ضمان اتلاف و علی‌البدل بر جواز مطالبه بدل حیلولة، ادعای اجماع بر این جواز را نفی کرده و می‌نویسد: اگر بپذیریم اجماعی در این زمینه وجود دارد حتمه مستند به یکی از این قواعد یا اصول بوده است وگرنه اجماع تبعیدی وجود ندارد (مصباح الفقاهه، ۳/۲۰۹). نائینی نیز پس از بررسی اصول متفاوت بیان

۹- «ما إذا زالت سلطنة المالك زوالا يرجع عودها اليه»

می‌دارند: «فظهر من جميع ما ذكرناه ان الأقوى عدم قيام دليل على ثبوت بدل الحيلولة وانه كما قال المحقق الثاني مما لم يتضح معناه.» (المكاسب و البيع، ۱/ ۳۷۶). شیخ انصاری احتمال می‌دهد که امکان تقاضای بدل حیلولة به دلیل جبران سلطنت از میان رفته مالک باشد (انصاری، ۳/ ۲۶۱)، ولی شارح مکاسب ایراد می‌کند؛ سلطنت یک حکم شرعی است و جبران آن بی معنا است چرا که جبران باید ناظر به مال باشد در حالی که سلطنت مال تلقی نمی‌شود (نائینی، المكاسب و البيع، ۱/ ۳۷۴). به نظر می‌رسد که تقاضای بدل حیلولة در جهت جبران منافی است که هر لحظه از مالک در حال تقویت است و منفعت قطعاً یکی از اقسام مال است. همان‌گونه که در جبران عین تلف‌شده درخواست بدل مثلی عین بر دریافت قیمت آن تقدم عقلی دارد برای مالک منافع نیز دریافت بدل مثلی منافع در قالب بدل حیلولة بر دریافت اجرت‌المثل منافع اولویت دارد. در نتیجه به دلیل ترتب عقلی مثل بر قیمت حق زیان‌دیده است که منتظر تلف منافع و دریافت اجرت‌المثل نمانده و بدل حیلولة تقاضا کند. حال با فرض جواز مطالبه آيا در خصوص بدل حیلولة نیز تصور معاوضه قهری ممکن است؟ توضیح آنکه برای اثبات معاوضه قهری در مورد بدل حیلولة دشواری بیشتری پیش روی محقق است زیرا در سایر موارد جبران خسارت در اینکه بدل ملک زیان‌دیده می‌گردد شکی نیست و برای تصور معاوضه قهری فقط باید مالکیت ضامن نسبت به عین تلف‌شده را توجیه کرد اما در خصوص بدل حیلولة هم در مورد مالکیت زیان‌دیده بر بدل حیلولة و هم در خصوص مالکیت غاصب بر عین مغصوبه اختلاف نظر وجود دارد.

اختلاف مربوط به مالکیت یا عدم مالکیت زیان‌دیده بر بدل حیلولة، همان مبحث مشهور به ماهیت حقوقی بدل حیلولة است (کوه‌کمری، ۲۱۴). برخی از فقها به اباحه انتفاع زیان‌دیده بدون ایجاد مالکیت گرایش دارند. یکی از ایشان در خصوص رابطه زیان‌دیده با بدل حیلولة بدون پذیرش معاوضه قهری دو احتمال را مطرح می‌کنند: ۱- عدم پذیرش معاوضه قهری اما پذیرش مالکیت بدل حیلولة برای مالک مال اصلی خواه موقتی یا دائمی. در واقع مطابق این نظر بدون آنکه غاصب، مالک مال اصلی باشد، مالک مال اصلی، مالک بدل حیلولة نیز می‌گردد. ایراد این نظر آن است که هیچ اقتضائی برای ملکیت نه از جانب مالک و نه از جانب شارع وجود ندارد زیرا مفروض عدم انشاء ضامن و مالک بر تملیک و تملک بدل است و از ناحیه شارع نیز چیزی که دلالت بر تحقق ملکیت قهری کند وجود ندارد و منافاتی بین قول به اباحه و اجازه جمیع تصرفات حتی تصرفات متوقف بر ملکیت نخواهد بود زیرا می‌توان همانند باب معاطات به ملکیت یک لحظه قبل از تصرف ملتزم گردید (نائینی، المكاسب و البيع، ۱/ ۳۷۷). ۲- عدم پذیرش معاوضه قهری و پذیرش اباحه تصرف و مالکیت آنکه ما مثل معاطات. مطابق این نظر مالک مال اصلی، مالک بدل نمی‌گردد و صرفاً تصرف برای او مباح است. نهایت آنکه چنانچه قصد تصرف ناقل ملک را نمود

یک لحظه قبل از تصرف، مالک بدل می‌شود (نائینی، المکاسب و البیوع، ۱/۳۷۶). ولی بجنوردی بین دو نظر مالکیت بدل حیلوله و اباحه جمیع تصرفات بدون حصول ملکیت، اولی را قبول می‌کند و بیان می‌دارد که بدل حیلوله به صورت موقت به ملکیت زیان‌دیده وارد می‌شود. سپس با توجه به اینکه ایشان عین مغضوبه را نیز در ملکیت زیان‌دیده می‌دانند ایراد می‌کنند که با این تعبیر عوض و معوض در ملکیت زیان‌دیده جمع می‌شود و پاسخ می‌دهند که دادن بدل حیلوله از باب غرامت و جبران خسارت است نه معاوضه. در نتیجه ایراد مذکور وارد نیست. همان‌گونه که میرهن است ایشان برای رد این ایراد از معاوضه قهری دست می‌شویند (بجنوردی، ۴/۸۷). در حالی که به نظر می‌رسد حتی اگر به معاوضه نیز قائل شویم ایراد جمع عوض و معوض وارد نخواهد بود زیرا همان‌گونه که با معاوضه، بدل به ملکیت زیان‌دیده وارد می‌شود مبدل یعنی عین مغضوبه نیز به دارایی غاصب می‌پیوندد و این دو در یک دارایی جمع نخواهند شد. ایراد اصلی پذیرش معاوضه بین اعیان در خصوص بدل حیلوله همان عدم وجود اقتضاء برای این امر است که نائینی اشاره کرد.

در خصوص اختلاف مربوط به مالکیت یا عدم مالکیت غاصب نسبت به عین مغضوبه نیز برخی از فقها اشاره کرده‌اند؛ از آنجا که در این مورد معاوضه‌ای (اعم از مالکی یا قهری) رخ نداده است در نتیجه مالک، همچنان مالک عین مغضوبه باقی می‌ماند چرا که معاوضه مالکی احتیاج به قصد مالک و غاصب دارد که در این مورد اشخاص چنین اراده‌ای ندارند و معاوضه قهری هم نیاز به دلیل دارد که چنین دلیلی نیز وجود ندارد (بجنوردی، ۴/۸۹). امام خمینی نیز از جمله فقهای مخالف معاوضه قهری هستند که معتقدند ضمانات نه در عرف و نه در شرع از باب معاوضه نیستند بلکه از باب غرامت و جبران خسارت‌اند (۲/۴۸۳ - ۴۸۴). لکن برخی از فقها اشاره کرده‌اند که سیره عرف بر آن است که عین مغضوبه ملک غاصب شود و با وجود عدم ردع شارع این سیره دلیل خواهد بود^{۱۰} (کوه‌کمری، ۲۱۶). برخی نیز مالکیت ضامن نسبت به عین مغضوبه را مقتضای ادله ضمانات می‌دانند^{۱۱} (حاتری یزدی، ۳/۳۳۳). با این حال به نظر می‌رسد الزامی به تصور معاوضه قهری بین بدل حیلوله و مال مغضوبه نیست زیرا با توجه به عدم تلف عین نیازی به جبران در این خصوص وجود ندارد. مضافاً آنکه معاوضه اعیان نظر درستی نیست چرا که فقها معتقدند پس از تمکن نسبت به مال اصلی غاصب باید آن را به صاحبش برگرداند بدون آنکه نیاز به ایجاد

۱۰. «لکن المعهود من العرف صیرورة العین المتعذرة ملکا للغاصب برد بدله الی المالك، نظیر بقایا العین التالفه كقطععات الزجاجه المنكسرة، فإنها تصیر ملکا للغاصب بعد رد بدلهای الی مالک العین التالفه فلو أمكن تلقيه سیره مستمرة إلى زمن النبى صلى الله عليه و آله تكون ذلك مع عدم ردع ثابت منه حجة متبعة»
 ۱۱. «أن مقتضى أدلة الضمانات: حصول المعاوضة العرفية أو الشرعية بين المالك و الضامن بصرف الحكم بلزوم أداء البديل سواء أذاه إلى المالك أو لا»

سببی برای تملیک باشد و این بدان علت است که مال مغضوبه هنوز در ملکیت مالک اصلی است^{۱۲} (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۳۸۶).

با این حال به نظر می‌رسد تصور معاوضه قهری در این مورد نیز امکان‌پذیر است. البته معاوضه بین منافع بدل حیلوله و مال مغضوبه خواهد بود نه اعیان آن‌ها. اینکه در خصوص بدل حیلوله اقتضائی برای ملکیت اعیان نیست سخن حقی است ولی اینکه با این دلیل معاوضه قهری را به کلی منتفی بدانیم و به اباحه انتفاع حکم کنیم نادرست است. زیرا با ایجاد صرفه اباحه تصرف در قالب دادن بدل حیلوله، جبران کاملی برای مالک مال اصلی رقم نخواهد خورد زیرا اباحه تصرف النهایه به خود او امکان انتفاع می‌دهد در حالی که باید فرصتی را فراهم نمود که به موجب آن، مالک بتواند بدل حیلوله را اجاره دهد و این ممکن نیست مگر با جعل مالکیت منافع برای وی. در نتیجه به نظر می‌رسد پذیرش معاوضه قهری در خصوص منافع بدل و مبدل و مالکیت آن‌ها معین، تحلیل صائب‌تری در خصوص ماهیت بدل حیلوله خواهد بود.

نتیجه‌گیری

در میان فقها در خصوص تحلیل ماهیت ضمان قهری دو دیدگاه وجود دارد: برخی ماهیت ضمان را نوعی معاوضه و گروه دیگر غرامت می‌دانند. باورمندان به دیدگاه نخست معتقدند که حکم شارع به ضمان به معنای معاوضه‌ای قهری است که بر عامل تلف تحمیل می‌گردد و به موجب آن مال تلف شده از دارائی مالک خارج و به ملکیت متلف در می‌آید. در مقابل، بدل اعم از مثل یا قیمت به دارائی زیان‌دیده داخل می‌شود. البته برخی از فقها زمان تحقق این معاوضه را زمان وقوع سبب ضمان و برخی دیگر پس از پرداخت خسارت به زیان‌دیده می‌دانند اما در هر حال تحلیل ضمان بر این اساس دارای آثار عملی و حائز اهمیت است. از جمله آنکه به واسطه این معاوضه در موارد تلف حقیقی اموال، ارزش هر چند ناچیز مال تلف شده یا معیوب از آن عامل زیان می‌شود و یا اینکه چنانچه به مال تالف حقیقی همچون حق رجوع به سایر مسئولین تعلق داشته باشد این حق به عاملان زیان اختصاص می‌یابد. دیگر اثر پذیرش معاوضه قهری در تلف حکمی نمودار می‌گردد. جایی که مال عرفه به گونه‌ای از دسترس خارج است که در حکم تلف محسوب می‌شود با پذیرش معاوضه، این مال دور از دسترس جزء اموال عامل زیان محسوب می‌شود. همچنین چنانچه انتزاع مال مغضوب از مال دیگر منجر به نقص یا عدم مالیت مال مغضوب شود همچون نخ‌هایی که در دوخت لباس استفاده شده‌اند، با استناد به معاوضه قهری، زیان‌دیده حق مطالبه مال را

۱۲. «إذا تمكن الغاصب من العين بسبب زوال العذر، فهل يجب عليه الرد إلى المالك أو أنه خرج عن عهده ضمانه بواسطة أداء بدله فلا شيء عليه بعد التمكن (وجهان) أقواهما الأول، وذلك لأن العين كانت للمالك»

نخواهد داشت و فقط می‌تواند بدل آن را مطالبه کند. در تلف حکمی شرعی نیز با توجه به وجود نص و روایت بدون هیچ اختلاف نظری مالی که به حکم شرع در حکم تألف است، از آن فاعل زیان است. اثر دیگر پذیرش معاوضه قهری در بدل حیلولة، ارائه نظریه جدیدی در خصوص ماهیت حقوقی آن است. با پذیرش معاوضه قهری در ضمان و از آنجا که قول به معاوضه بین اعیان صحیح نخواهد بود نظر دیگری تحت عنوان معاوضه بین منافع بدل و مبدل و مالکیت یک لحظه قبل از تصرف در عین طرح می‌شود که از ایرادات سایر نظریات میراست.

منابع

- اصفهانى، محمد حسين، *حاشیه کتاب المكاسب*، قم، أنوار الهدى، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- امامى، حسن، *حقوق مدنى*، تهران، اسلامیه، چاپ بیست و ششم ۱۳۸۵.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين، *کتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصارى، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردى، حسن، *القواعد الفقهية*، قم، نشر الهادى، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقى، *بلغة الفقيه*، تهران، منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.
- حائرى ىزدى، مرتضى بن عبد الکریم، *شرح العروة الوثقى (للحائرى)*، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک عروه الوثقى*، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- خمينى، امام روح الله، *کتاب البيع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، بی‌تا.
- خویى، ابو القاسم، *مصباح الفقاهة (المکاسب)*، چاپ سنگى، بی‌تا.
- _____، *موسوعة الامام الخویى*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویى، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- رشتى، حبيب الله، *کتاب الغصب*، چاپ سنگى، بی‌تا.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام*، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
- الشريف، محمد مهدى، *منطق حقوق*، تهران، شرکت سهامى انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
- الشريف، محمد مهدى، و سميہ سعیدی، «مکان ارزیابی میزان خسارت در دعاوی مسئولیت مدنی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران»، *پژوهش‌های فقهی*، دوره دهم، ۱۹۶-۱۶۷، (۱۳۹۳).
- شهید اول، محمد بن مکى، *القواعد والفوائد*، قم، کتابفروشى مفید، چاپ اول، بی‌تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه. چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فى شرح شرايع الاسلام*، لبنان، دار الاحیاء التراث العربی،

چاپ هفتم، بی تا.

طباطبایی بروجردی، حسین، *تقریرات ثلاث (للبروجردی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب (للیزدی)*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، *أنوار الفقاهة - کتاب الغصب*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

کوه کمری، محمد بن علی حجت، *کتاب البیع (للكوه کمری)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *یک دوره فقه کامل فارسی*، تهران، مؤسسه و انتشارات فراهانی، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.

نائینی، محمد حسین، *الرسائل الفقهیه*، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

_____، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

نائینی، محمد حسین، و آقا ضیاء عراقی، *الرسائل الفقهیه (تقریرات، للنجم آبادی)*، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، *مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعربية)*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام. چاپ اول، بی تا.

همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، مؤلف، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.

بررسی دلالت قاعده «لزوم امساک به معروف یا تسریح به احسان» بر طلاق در صورت امتناع و یا ناتوانی زوج از ادای حقوق زوجیت*

دکتر محمدحسن جوادی^۱

استادیار دانشگاه ارومیه

Email: mh.javadi@urmia.ac.ir

دکتر سید مهدی قریشی

استادیار دانشگاه ارومیه

Email: sm.ghoreishi@urmia.ac.ir

ام البنین اله مرادی

دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه ارومیه

Email: oalahmoradi@gmail.com

دکتر سیامک جعفرزاده

استادیار دانشگاه ارومیه

Email: s.jafarzadeh@urmia.ac.ir

چکیده

اینکه طلاق حقی است که شرعاً و قانوناً استیفای آن در اختیار مردان است و قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۳۳ به این امر تأکید کرده است، به شرط آن است که روابط مرد با زن جریان طبیعی خود را طی کند. چنانچه مردی پیدا شود که، نه وظایف زوجیت را اداء کند و نه به طلاق رضایت دهد، چه باید کرد؟ آیا زن در چنین شرایطی تا آخر عمر باید ناظر تعدیات و ظلم شوهر باشد؟ در این صورت آیا می‌توان با استناد به قاعده «لزوم امساک به معروف و تسریح به احسان» حکم به الزام زوج بر طلاق داد؟ آیا قاعده مزبور شامل موردی که تخلف زوج از ادای وظایف زوجیت ناشی از عجز و ناتوانی باشد نیز می‌شود؟

این نوشتار با به‌کارگیری روش تحلیلی توصیفی در پی یافتن پاسخ به این پرسش‌هاست. با بررسی و ارزیابی دیدگاه‌های مختلف فقها این نتیجه حاصل شده که قاعده دلالت بر این دارد که در زندگی زناشویی، بر شوهر لازم است که در برابر همسرش یکی از دو راه را اختیار کند، یا تمام حقوق و وظایف را به خوبی و شایستگی انجام دهد و یا او را رها سازد، و این قاعده عام است و تمام حقوق زوجه را در بر می‌گیرد، و تفاوتی بین تقصیر اختیاری و یا قهری زوج نیست.

کلیدواژه‌ها: امساک، حقوق زوجه، تسریح، امتناع، طلاق.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۱۱/۰۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۷/۱۲.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

در مباحث مربوط به حقوق زن، مسأله حق طلاق برای زنان یکی از پرسش‌های اساسی است مطابق حکم شرع و تصریح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، حق طلاق از حقوق قانونی شوهر است ولی با این وجود، در بعضی موارد، زنان نیز می‌توانند از دادگاه درخواست طلاق نمایند این موارد عبارت‌اند از: غایب مفقودالاثربودن شوهر، استتکاف شوهر از پرداخت نفقه و عدم امکان الزام وی به انفاق، ناتوانی و عجز شوهر از پرداخت نفقه و نیز در عسر حرج بودن زوجه در صورت ادامه زندگی زناشویی (مواد ۱۱۲۹ و ۱۲۰۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی) ولی سوالی که مطرح می‌شود این است که حقوق زوجه منحصر در نفقه نیست بلکه حقوق متعددی دارد از جمله؛ حق حسن معاشرت، قسم، واقعه و استمتاع، اگر زوج از ادای این حقوق استتکاف کند و یا عاجز باشد در اینجا چه باید کرد، آیا این موارد را نیز می‌توان به مورد نفقه ملحق کرد یا نه؟ و به طور کلی گفت در مواردی که زوج وظایف و تکالیفی که به موجب پیمان ازدواج بر عهده او نهاده شده است رعایت نکند، حاکم (قاضی) می‌تواند به درخواست زن، وی را علی‌رغم میل و اراده شوهر طلاق دهد؟

این مسأله‌ای است که از دیرباز اندیشه فقهای امامیه را به خود مشغول داشته است، برخی در چنین موارد شوهر را تنها مستحق تعزیر و تأدیب از ناحیه حاکم دانسته‌اند و عده‌ای نیز ابتدا به الزام شوهر به طلاق و در صورت سرپیچی از این امر، به طلاق اجباری از سوی حاکم، فتوی داده‌اند. به عقیده این گروه از فقها، تخلف شوهر از ادای وظایف زوجیت، به زن حق می‌دهد که برای طلاق به حاکم شرع مراجعه کرده و حاکم شرع نیز ابتدا وی را ملزم به رعایت حقوق همسر و سپس به طلاق اجبار خواهد نمود، و در صورت سرپیچی شوهر، حاکم به عنوان ولی ممتنع زن را طلاق خواهد داد. از جمله دلایلی که به آن استناد شده، قاعده «لزوم امساک به معروف و تسریح به احسان» است.

میرزای قمی در کتاب جامع الشتات می‌نویسد: شکی نیست در این‌که زوج را حقوق چند بر زوجه است که در تخلف از آن‌ها، زوجه ناشزه است، همچنین زوجه را بر زوج حقوقی چند هست که در تخلف آن، زوج ناشز می‌شود و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه او را بر طبق شریعت مقدس بدهد با او بدون وجه شرعی، کج خلقی نکند و او را اذیت نکند. پس هر گاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع می‌کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم، او را الزام و اجبار می‌کند بر وفای حقوق بر طلاق دادن زوجه، هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به این‌که زوج، سلوک به معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار می‌کند بر طلاق و این اجبار منافی صحت طلاق نیست.» (جامع الشتات، ۵۰۸، به نقل از صفایی و امامی ۲۱۲ و حلی، ۲۱۰).

وظایف زوج در زندگی مشترک

- بر طبق ماده «۱۱۰۲» ق.م. در اثر نکاح دائم، رابطه زوجیت بین زن و شوهر ایجاد می‌گردد و تکالیف و حقوقی برای هر یک نسبت به دیگری بوجود می‌آید. از جمله وظایف زوج در زندگی مشترک عبارت است:
۱. انفاق- شوهر در اثر نکاح دائم، ملزم است که به زن خود نفقه بدهد. ماده «۱۱۰۶» ق.م. می‌گوید: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است». در صورتی که زوج نفقه را پرداخت نکند، زن می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و از محکمه تقاضای رسیدگی به وضعیتش را بنماید و محکمه نیز پس از بررسی و احراز تمکین زوجه میزان نفقه را تعیین و به زوج دستور پرداخت آن را صادر می‌نماید (ماده ۱۱۱۱ ق.م.).
 ۲. حسن معاشرت - به دستور ماده «۱۱۰۳» ق.م.: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند» منظور ماده از حسن معاشرت زوجین با یکدیگر در حدود عرف و عادت زمان و مکان است تا بدین وسیله محیط آرام خانوادگی به وجود آید. بنابراین زن و شوهر باید با خوش‌روئی و مسالمت با یکدیگر زیست نمایند و بدون داد و فریاد و یا ناسزا و مجادله روزگار بگذرانند.
 ۳. حق قسم - در ازدواج دائم زن حق «قسم» دارد؛ یعنی مرد باید حداقل در هر چهار شب یک شب نزد زن دائم خود بماند، مگر این که او از حق خود بگذرد؛ منظور از حق القسم فقط بی‌توته کردن نزد زن است، اما مواقعه غیر از آن است (محقق حلی، شرائع، ۲/۲۷۹؛ مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۶/۱۲۸). قانون مدنی به تکلیف مزبور تصریح نکرده است و از افراد حسن معاشرت شوهر نسبت به زن دانسته و به ماده «۱۱۰۳» اکتفا کرده است (امامی، ۴/۴۴۶).
 ۴. حق مواقعه- در نکاح دائم شوهر مکلف است که هر چهار ماه یک مرتبه با زن خود نزدیکی جنسی نماید، و آن حق زن به شمار می‌رود و می‌تواند از آن صرف‌نظر کند (ابن ادریس حلی، ۲/۶۰۶؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳/۴۲۶). این حکم مورد اتفاق فقهاء امامیه است (صاحب جواهر، ۲۹/۱۱۵). قانون مدنی در ماده‌ای به تکلیف مزبور تصریح ننموده است و به عبارت حسن معاشرت مذکور در ماده «۱۱۰۳» اکتفا کرده است. در مواردی که قانون ساکت و یا به اجمال برگزار نموده است، به دستور ماده «۳» قانون آئین دادرسی مدنی باید طبق عرف و عادت مسلم رفتار شود، و عرف و عادت مسلم مذهبی آن است که در بالا ذکر گردید (امامی، ۴/۴۳۰).

ضمانت اجرای حقوق زوجه

الف- از نظر قانون

نسبت به حق نفقه چنانچه نتوان شوهر را به دادن نفقه الزام نمود و یا آنکه شوهر عاجز از تأدیه آن باشد، بر طبق ماده «۱۱۲۹» ق. عمل می‌شود: «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم

محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

اما نسبت به سایر حقوق، از قبیل حسن معاشرت، مواقعه، قسم و استمتاع، قانون ضمانت اجرایی در نظر نگرفته این در حالی که گفته شده ماده ۱۱۳۰ ق.م. می‌تواند ضمانت اجرایی برای این حقوق باشد (دیانی، ۲۴۸). حسن امامی می‌نویسد: در صورتی که شوهر با زن خود بدرفتاری نماید و از خود سوء خلق نشان دهد و نصایح و منع زن او را وادار به حسن معاشرت نکند، قانون چاره نیاندیشیده، مگر آنکه سوء معاشرت شوهر به حدی برسد که ادامه زندگانی زن را غیر قابل تحمل سازد، که در این صورت به دستور ماده (۱۱۳۰) ق.م. زن می‌تواند از دادگاه درخواست کند که شوهر او را به طلاق اجبار کند (امامی، ۴۳۰/۴).

در این ماده آمده است: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.» ممکن است عدم رعایت حقوق زوجه، او را در وضعیت عسر و حرج قرار دهد، بنابراین در اینجا با استناد به ماده ۱۱۳۰ ق.م. قاضی می‌تواند به درخواست زن حکم به طلاق دهد. از طرف دیگر ممکن است در وضعیت عسر و حرج قرار ندهد، بنابراین این ماده نمی‌تواند ضمانت اجرایی مناسبی برای حقوق زوجه باشد. از این رو ضروری است، به بررسی و تحقیق در این زمینه پرداخته که آیا همانطور که بر طبق ماده ۱۱۲۹ ق.م. ضمانتی برای اجرای حق نفقه در نظر گرفته شده، می‌توان سایر حقوق زوجه نیز به این مورد ملحق کرده و در صورت عدم رعایت آن قاضی به درخواست زوجه، وی را علی‌رغم میل و اراده شوهر طلاق دهد؟ که در ادامه بحث با بررسی دیدگاه فقها و دلایل و مستندات که ارائه شده به این پرسش پاسخ داده می‌شود.

ب- نظر فقها

در صورت نشوز زوج و امتناع او از ادای حقوق زوجه، اینکه فقها چه دیدگاهی را دارند و چه ضمانت اجرایی برای این امر در نظر گرفته‌اند، نظریات متفاوت است. از طرف دیگر عدم انجام وظایف زوجیت ممکن است، به خاطر عجز و عدم توانایی زوج باشد، آیا فقها این مورد را نیز به امتناع و نشوز ملحق کرده و حکم مربوط به نشوز را به این مسئله هم سرایت داده‌اند، یا در هر مورد نظریه متفاوتی دارند؟ در اینجا به بیان دیدگاه‌ها می‌پردازیم.

مفهوم نشوز

نشوز از «نشز» به معنای ارتفاع، بلند شدن و خیز برداشتن است (ابن فارس، ۴۳۰/۵؛ فیومی، ۲/۶۰۵).

نشوز زن به معنی عصیان و سرکشی و خشم گرفتن او بر شوهر و سرپیچی از اطاعت او است. با توجه به اینکه نشوز به معنای ارتفاع آمده؛ گویی که زن نسبت به اطاعت شوهر که خداوند بر او واجب کرده برتری جویی کرده است و نشوز مرد به معنای، ستم و آزار او نسبت به زن است (ابن فارس، ۴۳۰/۵؛ فیومی، ۲/۶۰۵؛ جوهری، ۳/۸۹۹؛ ابن منظور، ۵/۴۱۸؛ طریحی، ۴/۳۸).

اما نشوز در اصطلاح فقهی: به معنایی خروج هر کدام از زن و مرد از اطاعت دیگری است، - و از ارتفاع گرفته شده است - ممکن است این خروج یا از طرف زن باشد یا مرد (ابن بابویه، ۳/۵۲۰؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲/۲۸۲؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳/۵۹۶؛ صاحب جواهر، ۳۱/۲۰۰؛ خمینی، ۳/۵۴۳).

عقد ازدواج نیز مانند سایر عقود موجد حقوق و تکالیفی است که بر عهده طرفین آن قرار می‌دهد، هر گاه یکی از زوجین از انجام وظایف و تکالیفی که نسبت به طرف مقابل دارد امتناع کند نشوز، محقق می‌شود.

در آیه ۱۲۸ سوره نساء^۱ نیز به نشوز مرد اشاره شده است در این آیه آمده است: اگر زنی از نشوز و عصیان و اذیت مردش بترسد گناهی بر آن‌ها نیست که میانشان صلحی بکنند (با اغماض زن از بعضی حقوق خویش).

بر اساس این آیه هر گاه مرد از زنش کراهت دارد و می‌خواهد وی را طلاق دهد پس زن به مرد پیشنهاد می‌دهد که؛ از بعض حقوق خود که بر شوهر واجب است از جمله مهریه می‌گذرد بشرط اینکه او را طلاق ندهد، پذیرش این صلح برای مرد گوارا و بی‌اشکال خواهد بود (ابن بابویه، ۳/۵۲۰).

۱- امتناع زوج از ادای حقوق زوجیت

در صورتی که زوج از ادای حقوق زوجه از قبیل نفقه، قسم و مواقعه امتناع کند، فقها معتقدند که زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه و درخواست مطالبه حقوق خویش را داشته باشد، و اگر حاکم بر نشوز مرد و تعدی او اطلاع پیدا کند، از طریق علم خویش، اقرار زوج یا شهادت شهود، حکم به الزام زوج به ادای حقوق زوجه می‌کند، و اگر اصرار بر امتناع داشت می‌تواند شوهر را در چنین مواردی تعزیر کند. حاکم شرع هم حق دارد از مال شوهر- در صورت امتناع از آن- او را انفاق نماید و لو اینکه مزرعه او را بفروشد در صورتی که متوقف بر آن باشد (شهید ثانی، ۸/۳۶۲؛ موسوی خمینی، ۳/۵۴۵؛ بهجت، ۴/۸۸؛ مکارم شیرازی، استفتاءات جدید، ۳/۲۶۰).

۱ «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»

اما بعضی دیگر از فقها معتقدند به اینکه چنانچه زوج به حکم الزام دادگاه، مبنی بر انجام وظایف زوجیت، اعتنا نکند و به نشوز خویش ادامه دهد، دادگاه او را به طلاق الزام می‌نماید؛ و در صورت امتناع شوهر از طلاق، حاکم زن را طلاق می‌دهد. از جمله محقق قمی در جامع الشتات، گلپایگانی در مجمع المسائل^۱، لنکرانی در جامع المسائل، بحرانی در سند عروه، حلی در بحوث فقهیه (گلپایگانی، ۲/۲۶۴، لنکرانی، ۲/۴۰۹؛ بحرانی، ۲/۳۴۳ و ۱/۱۱۳، حلی، ۱۸۷ و ۲۱۲-۲۱۱).

فاضل لنکرانی در جامع المسائل می‌نویسد: اگر زوج اصرار بر نشوز خود دارد و بر خلاف وظایف شرعیه با زوجه رفتار می‌کند، چنانچه حاضر به اصلاح نباشد، زوجه می‌تواند به حاکم شرع و دادگاه مراجعه کند و پس از احراز موضوع و عدم نشوز زن حاکم شرع و دادگاه زوج را ملزم به رعایت وظایف شرعیه یا طلاق می‌کند و اگر امتناع کرد حاکم شرع و دادگاه با تقاضای زوجه، وی را مطلقه می‌کند (لنکرانی، ۲/۴۰۹).

۲- عجز زوج از ادای حقوق زوجه

در صورتی که زوج تمکن و توان ادای حقوق زوجیت ندارد، و به علت فقر یا ناتوانی جسمی نمی‌تواند این حقوق را ادا کند، در اینجا تکلیف چیست؟ آیا زوجه باید بر فقر و عجز شوهر صبر کند، و حق فسخ و یا طلاق ندارد؟ آیا این مورد را نیز می‌توان به حالت استتکاف ملحق کرده و حکم به اجبار زوج بر طلاق داد؟

اما بعضی از فقها از جمله بحرانی در سند عروه الوثقی و حلی در بحوث الفقهیه، معتقدند نه تنها در صورت امتناع بلکه در صورتی که زوج از ادای حقوق زوجیت عاجز باشد، نیز می‌توان با استناد به قاعده «فإمساک بمعروف أو تسریح بإحسان» زوج را الزام به طلاق کرد، و این مختص حق نفقه نیست بلکه قاعده عام است و شامل تمام حقوق زوجیه از جمله حق وطی می‌شود (بحرانی، ۲/۳۳۷ و ۳۴۶-۳۴۵ و ۳۴۱؛ حلی، ۱۸۷ و ۲۱۲-۲۱۱).

بعضی از فقها فقط در مورد حق نفقه چنین حکمی را داده‌اند و به سایر حقوق سرایت نداده‌اند و معتقدند در صورت عجز شوهر از پرداخت نفقه، همانند صورت استتکاف، حاکم زوج را الزام به پرداخت نفقه و یا طلاق می‌کند، در صورت میسر نشدن خود اقدام به طلاق خواهد نمود. از جمله آیه الله خویی، حکیم و سیستانی، سید یزدی، یحیی بن سعید، سید صادق حسینی، عبدالکریم حائری، سبزواری، اراکی، صافی گلپایگانی و محقق داماد (خویی، ۲/۲۸۹؛ حکیم، ۲/۳۰۵؛ سیستانی، ۳/۱۰۹؛ یزدی، تکملة

۲. همچنین گلپایگانی در إرشاد السائل معتقد است: «در صورتی که، زوج نزدیکی با همسر خویش را بیشتر از چهار ماه قطع کند، حاکم زوجه را به مقاربه یا طلاق اجبار می‌کند، در صورت میسر نشدن طلاق می‌دهد.» (ص ۱۰۵).

العروة الوثقی، ۱/ ۷۵؛ ابن سعید، ۴۸۸؛ روحانی، ۶/ ۵۴؛ سبزواری، ۵۷۴؛ اراکی، ۲۸۷؛ صافی گلپایگانی، ۲/ ۳۷؛ محقق داماد، ۳۶۷).

صافی گلپایگانی می‌نویسد: «به طور کلی در صورتی که زوج نفقه زوجه را ندهد زوجه می‌تواند به حاکم شرع جامع الشرائط مراجعه کند تا حاکم شرع زوج را وادار نماید که یا نفقه بدهد و یا او را مطلقه نماید.» ظاهر این حکم اعم است، و شامل هر دو صورت عجز و استتکاف می‌شود (صافی گلپایگانی، ۲/ ۳۷).

قاعده امساک به معروف یا تسریح به احسان

فقهها برای دیدگاه خود به دلایلی استناد کرده‌اند از جمله قاعده «امساک به معروف أو تسریح به احسان» است، از این رو ضروری است در مورد قاعده و دلالت آن بحث شود.

در اینجا آیاتی که دلالت بر قاعده دارند می‌آوریم:

قرآن کریم در سوره بقره آیه ۲۲۹ چنین می‌فرماید: حق طلاق (و رجوع) دو نوبت بیش نیست. از آن پس یا نگهداری به شایستگی و یا رها کردن به نیکی.

آیه ۲۳۱ سوره بقره: یعنی هرگاه زنان را طلاق دادید و موقع عده آن‌ها رسید، یا از آن‌ها به خوبی نگهداری کنید و یا به خوبی آزادشان بگذارید. مبدا برای این‌که به آن‌ها ستم کنید آن‌ها را به شکل زیان‌آوری نگهداری کنید.^۳

در آیه ۲۳۰ سوره بقره: «اگر بعد از طلاق و رجوع، بار دیگر او را طلاق دهد از آن به بعد، زن بر او حلال نخواهد بود، مگر اینکه زن، همسر دیگری انتخاب کند. اگر (همسر دوم) او را طلاق دهد: گناهی ندارد که بازگشت کند، در صورتی که امید داشته باشند که بتوانند حدود را محترم شمرند. این‌ها حدود الهی است که خدا آن را برای گروهی که آگاه‌اند، بیان می‌نماید». منظور از اقامه حدود که رجوع- که همان عقد ازدواج- را بر آن معلق کرده همان امساک به معروف و تسریح به احسان است (بحرانی، محمد سند، سند العروة الوثقی - کتاب النکاح، ۲/ ۳۳۵).

آیه ۲ سوره طلاق: پس چون به پایان زمان عده نزدیک شدند یا آنان را به خوبی نگه‌دارید یا به خوبی از آنان جدا شوید.^۴

در آیه ۲۱ سوره نساء آمده: چگونه آن (مهریه) را پس می‌گیرید؟ در حالی که شما با هم تماس کامل

۳. «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسکوهن ضارا لتعتدوا»

۴. «فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف»

داشته‌اید و زنان از شما پیمان محکمی گرفته‌اند»^۵. در تفسیر قمی و تبیان آمده است: این پیمان همان سخن خداوند «امساک به معروف یا تسریح به احسان» است و این از امام صادق (ع) روایت است. (شبییری زنجانی، ۲۹۶۴/۹). امام صادق (ع) در روایت مذکور می‌فرماید: وقتی که مردی می‌خواهد ازدواج کند بگوید اعتراف می‌کنم به پیمانی که خداوند از من گرفته است و آن پیمان «فامساک بمعروف أو تسریح بإحسان» است (حرعاملی، ۱۱۷/۲۰).

نظر فقها و مفسران در مورد مفهوم آیات

کلمه تسریح دراصل به معنای رها کردن در چریدن است و در آیه شریفه، به عنوان استعاره در رها شدن زن مطلقه استعمال شده، البته رها شدنی که شوهر نتواند رجوع کند، بلکه او را ترک بگوید، تا عده‌اش سر آید (طباطبائی، ۳۴۹/۲).

همچنین شبیری زنجانی می‌نویسد: در مورد قید «بإحسان» باید گفت که این عبارت تأکید بر این معناست که مرد نباید آن قدر زن را آزار دهد که مجبور شود برای خلاص شدن خود از مهریه و هر چه دارد بگذرد و از مرد در خواست طلاق کند، بلکه تسریح باید همراه با احسان باشد (شبییری زنجانی، ۲۹۶۷).

فیض کاشانی می‌گوید: «زوج باید یکی از این دو کار را انجام دهد یا از زن نگهداری کند و حقوقش را اداء کند یا بدون اذیت و آزار طلاقش دهد، نه اینکه او را بدون طلاق رها کند که نه بشود گفت شوهر دارد و نه بشود گفت شوهر ندارد، غرض از آیه ۲۱ سوره نساء این است که موقع ازدواج یادآوری کند تا پایبند به این میثاق باشد» (کاشانی، ۳۷۹/۲۱).

همچنین محقق اردبیلی در ذیل آیه ۲۱ نساء می‌نویسد: از زوجات مکرراً این عهد و میثاق گرفته شده که به عقد نکاح و لوازم آن پای‌بند باشند، مانند قول «فأمسکوهن بمعروف» و «فامساک بمعروف أو تسریح بإحسان» و از حدود الهی تجاوز نکنند و اوامر الهی را اطاعت کنند (مقدس اردبیلی، ۵۳۱).

فقها و مفسران از جمله یزدی در فقه قرآن، و محقق اردبیلی در «زبدة البیان فی أحكام القرآن» آقا جمال در «تعلیقات علی الروضة البهیة»، میرزای قمی در رسائل و فیض کاشانی در وافی معتقدند به اینکه آیه «امساک به معروف یا تسریح به احسان» زوج را مخیر کرده به اینکه از زن به خوبی و با حسن معاشرت نگه‌داری کند و حقوقش را اداء کند یا بدون اذیت و آزار و طلاقش دهد (یزدی، ۳/۶۶ و ۶۹؛ مقدس اردبیلی، ۶۰۱ و ۳۳۸؛ موسوی خوانساری، ۴۱۹؛ میرزای قمی، رسائل، ۱/۵۸۰؛ کاشانی، ۳۷۹/۲۱).

۵. «وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا».

در مجمع البحرین آمده است: منظور از «فَامَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» امساک است که همراه با حسن معاشرت و دادن نفقه مناسب باشد، و منظور از «فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» آن‌ها را ترک کنند تا از عده خارج شوند، «عدم رجوع» نباید به غیر معروف باشد، به اینکه رجوع کنند سپس طلاق دهند، به قصد طولانی کردن عده و اضرار به زوجه (طریحی، ۹۴/۵).

آیات مذکور بخصوص آیه ۲۲۹ بقره: «فَامَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» در مقام بیان یک اصل کلی است و آن این که هر مردی در زندگی خانوادگی یکی از دو راه را باید انتخاب کند: یا تمام حقوق و وظایف را به خوبی و شایستگی انجام دهد (امساک به معروف نگهداری به شایستگی) و یا علقه زوجیت را قطع و زن را رها نماید (تسریح به احسان رها کردن به نیکی) (مقدس اردبیلی، ۶۰۱؛ بحرانی، ۳۳۳/۲؛ حلی، ۱۸۷). شق سوم یعنی این که زن را طلاق ندهد و به خوبی و شایستگی هم از او نگهداری نکند، از نظر اسلام وجود ندارد (حلی، ۱۸۷).

بررسی عمومیت قاعده «فَامَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»

دیدگاهی مطرح شده بدین گونه که؛ منظور از «فَامَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ» رجوع مرد در عده طلاق است اما «تسریح باحسان» به معنی طلاق سوم است. از این رو معنای آیه چنین خواهد بود: «مرد پس از آنکه همسرش را دوبار طلاق داد، دو راه در مقابلش قرار دارد: یکی این که او را به نحو شایسته‌ای نگاه دارد و ادامه زندگی دهد و دیگر این که او را با طلاق سومی، به نحو شایسته‌ای رها سازد». بنابراین دیدگاه، عبارت «أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» به طلاق سوم که در آن رجوعی نیست، اشاره دارد و مطابق این دیدگاه، تسریح به معنای «طلاق سوم» است. در حالی که محل بحث در مورد طلاق است، نه فقط طلاق سوم. بنابراین باید گفت که آیه شریفه در مقام بیان و جعل یک قاعده کلی در روابط بین زوجین نیست، بلکه تنها در صدد تشریح حکمی خاص در مورد، احکام بعد از طلاق دوم است.

از معتقدان این نظریه، ابن عباس (طوسی، خلاف، ۴/۴۴۵)، طبری (راوندی، ۱۷۶/۲) و شبیری زنجانی (شبیری زنجانی، ۲۹۷۲/۹) را می‌توان برشمرد.

از جمله دلایلی برای این دیدگاه ذکر شده روایات است، از جمله: روایت موثقه ابن فضال از امام رضا (ع): به درستی که خداوند تبارک و تعالی در مورد طلاق دو بار اذن داده و آیه «الطَّلَاقُ مَوْتَانِ فِإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» به طلاق سوم اشاره دارد (کاشانی، ۱۰۲۴/۲۳).

پاسخ: هر چند در این روایت‌ها (تسریح باحسان) به طلاق سوم تفسیر شده است اما این تفسیر حصری نیست بلکه ائمه اطهار غالباً از آیه «فَامَسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» در غیر مورد عده و طلاق

سوم نیز استدلال و استشهاد کرده‌اند، از جمله این احادیث:

در تفسیر عیاشی آمده است ابی قاسم فارسی از امام رضا (ع) در مورد معنی آیه «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» پرسیدند که امام (ع) فرمودند امساک به معروف به معنی خودداری از آزار و اذیت و دادن نفقه است، و تسریح به احسان به معنای طلاق بر طبق شرایط شرعی است (حرعاملی، ۵۱۲/۲۱). بحرانی در مورد این روایت می‌نویسد: مفاد این روایت به رغم ضعف سند صراحت در عمومیت قاعده دارد (بحرانی، ۳۳۸/۲).

عمر بن حنظله از امام صادق (ع) نقل می‌کند: در مورد مردی که به مرد دیگر وکالت داده بود که زنی برای او عقد کند و از جانب او مهر معین کند و وکیل این کار را کرد اما موکل، وکالت خود را انکار کرد، امام فرمود: بر آن زن حرجی نیست که برای خود شوهر دیگری انتخاب کند. اما اگر آن مرد واقعه وکالت داده و عقدی که صورت گرفته است از روی وکالت بوده است، بر او واجب است فی ما بینه و بین الله این زن را طلاق بدهد. نباید این زن را بلا طلاق بگذارد، زیرا خداوند در قرآن می‌فرماید: فامساک بمعروف او تسریح باحسان و اگر این کار را انجام ندهد گناهکار است (حرعاملی، ۱۶۵/۱۹؛ طوسی، التهذیب، ۶/۲۱۴). از این روایت استفاده می‌شود که آیه بیانگر اصل کلی است و اختصاص به زنی که دو بار طلاق داده شده ندارد، چرا که در این روایت، این آیه در مورد شخصی به کار رفته که نه تنها یک طلاق از او صادر نشده چه برسد به دو طلاق.

گلپایگانی و فاضل لنکرانی در پاسخ به این مسأله که، اگر زوج با زوجه خود بر خلاف امساک به معروف رفتار کند و حاضر به طلاق هم نشود، آیا در صورت درخواست طلاق توسط زوجه از دادگاه، دادگاه می‌تواند زوج را محکوم به تطلیق زوجه‌اش کند و در صورت امتناع، خود طلاق بدهد یا نه؟ جواب می‌دهند: در صورتی که با رسیدگی کامل، احراز شود که با رعایت حقوق زوج از طرف زوجه و عدم نشوز او با تمکین از مرد، زوج امساک به معروف ندارد. حاکم شرع او را ملزم به یکی از دو امر از امساک به معروف یا تسریح به احسان، می‌کند و در صورت امتناع، زوجه را به تقاضای خودش، مطلقه می‌کند (گلپایگانی، مجمع المسائل، ۲/۲۶۴؛ لنکرانی، ۴۳۱/۱) که این باز تأیید دیگری بر این مطلب است که آیه اختصاص به طلاق سوم ندارد.

حلی می‌نویسد: بعضی ادعا کرده‌اند که این آیات اختصاص به طلاق سوم دارد، به خاطر روایاتی که بر این دلالت دارد، اما هیچ کدام از این ادعاها نمی‌تواند موجب اختصاص آیات به مورد خاص باشد، آنچه از این آیات استفاده می‌شود حکم کلی است، مبنی بر اینکه زوج چاره‌ای جز اختیار یکی از این دو مورد، که آن ادای حقوق زوجه به صورت کامل و یا و یا علقه زوجیت را قطع و زن را رها نماید، ندارند (حلی،

(۱۸۸).

ما در تفسیر آیه هر معنایی بکنیم، خواه امساک بمعروف را به معنای رجوع یا ازدواج مجدد، یا تسریح باحسان را به معنای عدم رجوع در ایام عده و یا طلاق ثالث بدانیم، اما متفاهم عرفی این است که چون ضرر زدن و ظلم کردن جایز نیست، بنابراین امساک که از روی اضرار باشد، و موجب تضییع حقوق زن باشد، حال چه امساک در حال عده چه در حال زوجیت باشد، جایز نیست و همچنین است تسریح باحسان، که نباید تسریح از روی اضرار باشد همچنانکه آیه «ولا تمسکوهن ضرارا لتعتدوا» صراحتاً بر این مطلب دلالت دارد (شبییری زنجانی، ۹/۲۹۷۵؛ بحرانی، ۲/۳۳۵).

بررسی شمول قاعده نسبت به شخص عاجز

در اینجا در مورد این مطلب بحث می‌شود که آیا قاعده شامل شخصی هم می‌شود که قادر به انجام وظایف زوجیت نیست یا فقط شخص مستکف را شامل می‌شود؟

عبدالکریم حائری به منظور اثبات حق مطالبه طلاق، برای زنی که شوهرش به سبب اعسار از پرداخت نفقه عاجز شده است، ضمن طرح دو مقدمه به آیه استدلال کرده است: هر چند خطاب (امساک بمعروف او تسریح باحسان) متوجه فردی است که متمکن از پرداخت نفقه است ولی به دلیل اطلاق ماده خطاب، تکلیف به یکی از دو امر (امساک بمعروف و تسریح باحسان)، به صورت واجب تخییری، به موسر اختصاص ندارد و شامل معسر نیز خواهد بود، و چون یکی از دو فرد واجب تخییری (امساک بمعروف) متعذر شده است لذا فرد دیگر واجب تخییری (تسریح باحسان طلاق) در حق معسر متعین خواهد بود و از آنجایی که این تکلیف (وجوب تخییری امساک بمعروف یا تسریح باحسان) به منظور رعایت حال زوجه صادر شده است، پس باستناد مقدمه دوم، در این میان حقی نیز برای زوجه ایجاد خواهد شد. یعنی زوجه در صورت تمکن شوهر از انفاق حق مطالبه نفقه و در فرض اعسار وی (شوهر) حق درخواست طلاق را خواهد داشت.» (آشتیانی، نکاح، ۱۶۷ به نقل از قزوینی علوی، ۱۳۰-۱۳۱).

همچنین روحانی در مورد تجدد عجز زوج از پرداخت نفقه، می‌فرماید: قائلان فسخ، به این آیه استدلال کرده‌اند بدینگونه که هر چند خطاب به «امساک به معروف» متوجه شخص قادر است همانند سایر تکالیف، اما آنچه از اطلاق ماده کشف می‌شود این است که اختصاص به قادر ندارد، هر فردی مخیر بین دو امر است؛ هر وقت امساک به معروف متعذر شد، تسریح به احسان متعین می‌شود، آنچه از آیه استفاده می‌شود این است که؛ حق زن یکی از این دو امر است: انفاق و طلاق، پس اگر انفاق متعذر شد، حق طلاق برای زن ثابت می‌شود (روحانی، ۲۱/۴۸۱).

علاوه بر این فقها در موارد و موضوعات متفاوت در شخص عاجز به آیه استناد کرده، و بر اساس آن حکم داده‌اند، این بیانگر این مطلب است که آیه اختصاص به شخص قادر ندارد و شامل شخص عاجز هم می‌شود، از جمله:

شیخ طوسی در کتاب خلاف پس از این که درباره «عنن» یعنی ناتوانی جنسی نظر می‌دهد و می‌گوید پس از آن که ثابت شد که مرد «عنین» است زن خیار فسخ دارد، با استناد به آیه می‌گوید، عنین چون قادر نیست از زن به خوبی و شایستگی نگهداری کند، پس باید او را رها نماید^۱ (۴/۳۵۵).

همچنین محقق حلی در مورد زنی که مردش او را نسبت اظهار داده فرموده اگر مرد عاجز از کفاره دادن باشد - زن درخواست طلاق داشته باشد- به استناد به آیه حاکم مرد را مجبور به طلاق می‌کند. ایشان می‌فرماید: اگر مرد ملزم به طلاق نشود، پس حق موافقه زن چه می‌شود! آیه دلالت بر الزام مرد بر طلاق دارد چون در اینجا که امساک به معروف صورت نمی‌گیرد - چون مرد مظاهر یا باید با دادن کفاره به زندگی برگردد که عاجز از دادن آن است یا باید زن را طلاق دهد - پس تسریح به احسان متعین می‌شود (نکت النهایه، ۲/۴۶۲).

در مورد تجدد عجز زوج از پرداخت نفقه، نظریات متفاوتی از سوی فقها ارائه شده؛ یکی از نظریات این است که زوج باید بر این فقر و عجز صبر کند (طوسی، الخلاف، ۵/۱۱۷؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۳/۱۱۱)، نظریه دیگر این است که برای زوجه حق فسخ وجود دارد یا ابتدا در صورتی که حاکم نباشد و گرنه حاکم فسخ می‌کند، ابن جنید، محقق یزدی و فاضل هندی (شهید ثانی، ۷/۴۰۷؛ فخر المحققین، ۳/۲۸۰؛ فاضل هندی، ۷/۹۰)، این نظریه را پذیرفته‌اند و به آیه استناد کرده‌اند، چرا که امساک بدون نفقه امساک معروفی نیست، بنابراین فسخ متعین می‌شود.

بر این استدلال ایراد کرده‌اند که؛ امساک با اعسار، امساک بغیر معروف نیست (فاضل هندی، ۷/۹۰) جعفر سبحانی جواب می‌دهد: «این ایراد غیر تام است، صبر بر این زندگی موجب حرج است از طرف دیگر زوج قادر است که زن را رها کند (عقد را فسخ و یا او را طلاق دهد)، پس امساک بدون انفاق امساک معروفی نیست (سبحانی تبریزی، ۲/۲۴).

علاوه بر این روایتی ابی قاسم فارسی از امام رضا (ع): امام (ع) فرمودند امساک به معروف به معنی خوداری از آزار و اذیت و دادن نفقه است، و این صراحت در این دارد که امساک بدون انفاق،

۶. بله درست است که ادعای ما در مورد طلاق است، در حالی در این مسئله شیخ در مورد حق فسخ به آیه استناد کرده‌اند، پس این استناد نمی‌تواند تأییدی بر ادعا باشد؛ اما باید گفت که تسریح اعم از فسخ و طلاق است بله فرد اظهار به اذعان بسیاری همان طلاق است، وقتی در مورد فسخ بتوان به آیه استناد کرد و به طریق اولی می‌توان در مورد فرد اظهار نیز همین استناد را داشت. فسخ خصوصیت خاصی ندارد تا استناد به آیه، برای فرد عاجز اختصاص به آن داشته باشد.

امساک معروفی نیست.

ایراد دیگری که گرفته شده این است که بفرض قبول کنیم امساک بدون نفقه امساک معروفی نیست، اما این حق فسخ را ثابت نمی‌کند. چرا که مراد از تسریح در این آیه و آیات مشابه آن طلاق است (روحانی، ۴۸۱/۲۱؛ موسوی خوانساری، ۲۷۵/۴؛ شبیری زنجانی، ۵۸۱۵/۱۸). بنابراین آیه می‌تواند مستند این قول باشد که در اعسار زوج از پرداخت نفقه، زن حق مطالبه طلاق را دارد و می‌تواند به حاکم مراجعه کند و حاکم، شوهر را مجبور به طلاق نماید، هم‌طور که بعضی از فقها با استناد به آیه و روایات نظر به این دیدگاه داده‌اند، از جمله بحرانی، سید صادق حسینی و محقق داماد (بحرانی، ۳۴۶-۳۴۵؛ محقق داماد، ۳۶۸).

«معیار برای جواز طلاق، تعذر انفاق است، فرقی نمی‌کند سبب آن عجز و فقر زوج باشد یا عصیان و عناد او، زوج حاضر باشد یا غایب چرا که سبب جواز طلاق عدم وصول زوجه به حق نفقه‌اش است و از طرف دیگر روایت ابی بصیر عام است شامل هر زوجی که نفقه زوجه را ندهد می‌شود چه معسر باشد یا موسر.» (مغنیه، ۵۳/۶). مطابق این بخش از آیه قرآن که می‌فرماید: «ولا تمسکوهن ضاررا لتعتدوا»، زنان خود را بگونه‌ای زیان آور نگهداری نکنید تا به ایشان ستم روا دارید، هر نوع نگهداری همسر که باعث ضرر و زیان زوجه شود مشروع نیست خواه این ضرر ناشی از تقصیر اختیاری شوهر باشد از قبیل ترک انفاق، عدم حسن معاشرت و و یا ورود ضرر قهری و غیر اختیاری باشد مانند عنن طاری شوهر، یا عجز و عدم قدرت بر انفاق. شایان ذکر است که کلمه «لتعتدوا» در آیه مورد بحث - که در واقع به منزله تعلیل حکم مزبور است - نیز صرفه به معنای تعدی و ستم اختیاری نیست تا مواردی که ورود ضرر بر زوجه ناشی از امور غیر اختیاری بوده (از قبیل عنن طاری، عجز از انفاق و) از شمول آیه خارج شود؛ زیرا اطلاق کلمه «لتعتدوا» بر ستم و تعدی غیر اختیاری به مثابه اطلاق آن بر ستم و تعدی اختیاری، صحیح و شایسته است (حلی، ۱۸۷).

بررسی شمول قاعده نسبت به تمام حقوق زوجه

ممکن است گفته شود که؛ مراد از «امساک معروف» خصوص نفقه است نه مطلق حقوق زوجیت، بنابراین آیه شامل حق استمتاع، موافقه و مضاجعه نمی‌شود.

اما باید گفت که فقها در استناد به قاعده به مورد نفقه اقتصار نکرده‌اند، بلکه در کلیه مواردی که حقوق زوجه رعایت نمی‌شود با استناد به قاعده، حکم به الزام حاکم به طلاق داده‌اند از جمله:

۱. فقها (علامه حلی، قواعد، ۷۱/۳؛ فخرالمحققین، ۱۸۷/۳؛ فاضل هندی، ۳۹۲/۷؛ کاشف الغطاء،

أنوار الفقاهة - كتاب النكاح، ۱۹۶) در مورد دو مردی که با دو زن ازدواج می‌کنند، اما هیچ کدام زوجه خود را معین نمی‌کنند در نتیجه زوجه آنها مشتبه می‌شود به خاطر قاعده مذکور، حکم به طلاق در مورد هر دو عقد داده‌اند، چرا که هیچ کدام از این دو مرد نمی‌توانند با این دو زوجه نزدیکی کنند و این امساک، امساک معروفی نخواهد بود بنابراین باید تسریح به احسان را انتخاب کنند.

۲. علامه حلی در قواعد در مورد مردی که با دو خواهر ازدواج می‌کند و مشخص نبودن عقد متقدم می‌فرماید: اقرب این است که باید زوج را الزام به طلاق کرد (۳/۳۵). فخر المحققین در شرح عبارت علامه یکی از دلایلی که برای این حکم بیان می‌کنند، استناد به قاعده است، اما الزام حاکم به طلاق به خاطر این است که هر گاه که تکلیفی بر عهده کسی باشد و آن را انجام ندهد بر حاکم است او را بر این امر مجبور کند (فخر المحققین، ۳/۸۲).

۳. سید یزدی، محقق کرکی، کاشف الغطاء، صیمری و شبیری زنجانی (یزدی، العروة الوثقی، ۵/۵۵۶؛ جامع المقاصد، ۱۲/۳۴۳؛ أنوار الفقاهة - كتاب النكاح، ۱۱۰؛ غایة المرام، ۳/۵۵؛ شبیری زنجانی، ۹/۲۹۷۵) نیز در این مسئله قائل به این دیدگاه‌اند، همان دلایلی که فخر المحققین بیان کرده که از جمله آیه شریفه می‌باشد، آورده‌اند.

۴. اگر دو ولی (مثلاً هم پدر هم جد) زنی را به عقد دو مرد در آورند و مشخص نباشد کدام عقد متقدم بوده، علامه حلی در قواعد حکم به اجبار طلاق در مورد هر دو عقد داده (محقق کرکی، ۱۲/۱۷۲) محقق ثانی در شرح عبارت علامه قاعده را به عنوان مستند این دیدگاه ذکر می‌کند (همان، ۱۷۲).

۵. یا همانطور که قبلاً گفته شد، شیخ طوسی در مورد مردی که دچار «عنن» شده با استناد به قاعده، حکم به حق فسخ برای زن داده است (الخلاف، ۲/۱۵۸).

از طرف دیگر روایت‌های که در باب‌های متفاوت وارد شده از جمله، روایت‌های که در موردظهار^۷ و ایلاء وارد شده که تصریح دارد مرد مظاهر و ایلاء کننده در انتخاب یکی از این دو امر که یکی «فی»، که همان رجوع و اقامه حقوق زوجیت و حدود الله است و دیگری طلاق است مخیر می‌کند (طوسی، تهذیب الأحکام، ۸/۲۵). همچنین اخباری که بر عدم جواز ترک وطی بیشتر از چهار ماه دلالت دارند، بیانگر این مطلب است که لزوم رعایت قاعده مقید به خصوص نفقه نیست.

ممکن است ایراد شود به اینکه اخبار وارده مختص باب ایلاء و به خاطر سوگندی است که مرد خورده بنابراین این حکم را نمی‌توان به سایر مواردی که مرد زندگی زناشویی و روابط جنسی را ترک می‌کند سرایت

۷. تشبیه شوهر، همسر خویش را به پشت برخی محارم خود همچون مادر به گفتن «أنت علی کظهر أُمی» ظهار به شمار می‌رود و موجب حرمت آمیزش با همسر می‌شود مگر آنکه کفاره آن پرداخت گردد (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۲/۴۸۸).

داد.

جواب: اولاً حکم را به غیر ایلاء هم سرایت می‌دهیم، به خاطر قرینه‌ای که در روایات باب ایلاء وجود دارد که از آن استنباط می‌شود امام در مقام بیان حکم کلی هستند (حلی، ۱۹۵). حکمی که در باب ایلاء است اختصاص به ایلاء ندارد، بلکه این حکم به خاطر حق وطی است که زن دارد (بحرانی، ۳۳۷/۲).

ثانیاً: در صحیح‌ه ابی مریم از امام باقر (ع) فرمود: ایلاء کننده پس از چهار ماه اجباراً باید قسم خود را بشکند و کفاره بدهد و یا زن خود را طلاق دهد، زیرا خداوند می‌فرماید: امساک بمعروف او تسریح باحسان (طوسی، تهذیب الأحکام، ۵/۸). در این روایت امام (ع) امساک به بمعروف را در مقابل «فی» قرار داده و تسریح به احسان را در مقابل طلاق. و این صحیح‌ه صراحت در عمومیت قاعده دارد و بیانگر این است که اختصاص به نفقه و وطی ندارد و مورد ایلاء از باب تطبیق است (بحرانی، ۳۳۹/۲) و همچنین این روایت بهترین شاهد است بر اینکه آیه اختصاص به امساک در عده یا امساک بعد از رجوع از طلاق دوم ندارد و همچنین تسریح تنها به طلاق سوم اختصاص ندارد (حلی، ۱۸۹). همچنین روایت عمر بن حنظله از امام صادق (ع) نقل کرده تأیید دیگری بر این مطلب است.

ثالثاً: روایاتی که دلالت بر این مطلب دارند که هرگاه شوهر در اثر خشمناکی بر همسر و بدون قسم خوردن بر ترک نزدیکی، روابط جنسی خود را با او به مدت چهار ماه یا بیشتر ترک کند. در حکم مولی (ایلاء کننده) خواهد بود (با این تفاوت که پرداخت کفاره بر وی لازم نیست)^۸ (حر عاملی، ۳۴۲/۲۲).

گر عیبی از قبیل عنن و جب و مانند آن قبل از عقد یا بعد از عقد و قبل از نزدیکی، حاصل شود قبول مشهور این است که حق فسخ برای زوجه ایجاد می‌شود، اما اگر این عیوب بعد از نزدیکی حاصل شود زوجه حق فسخ ندارد، (مکارم شیرازی، کتاب نکاح، ۱۱۰/۵؛ بحرانی، ۱۱۸/۱ و ۳۴۰/۲) و روایت‌های زیادی وجود دارد که دلالت بر این مطلب دارد که از نظر سند صحیح هستند، بحرانی در مورد این روایت‌ها می‌گوید: احتمال تقیه در آن‌ها وجود دارد چرا که، اهل سنت این روایت‌ها را نقل کرده‌اند از طرف دیگر این روایت‌ها حق فسخ برای زوجه را، نفی می‌کند نه اجبار مرد بر طلاق. اگر این امور بعد وطی باشد، موجب اخلال به حقوق زوجه است بنابراین تطبیق می‌کند بر قاعده «لزوم امساک بمعروف او اجبار بر طلاق» که منظور از امساک بمعروف، أداء حقوق الزوجة است (بحرانی، ۳۴۰/۱ - ۳۴۱).

همچنین حلی می‌نویسد: فقها حکم «اجبار بر طلاق» بر مورد نفقه اختصاص نداده‌اند، چرا که نفقه خصوصیتی ندارد بلکه حکم آیه، در کلیه حقوق زوجه جاری است، که از جمله مضاجعه و وطی بعد چهار

۸ «کالصحیح، عن حفص بن البختری، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: إذا غاضب الرجل امرأته فلم یقر بها من غیر یمین أربعة أشهر استعدت علیه فإما أن ینفیء و إما أن یطلق، فإن ترکها من غیر مغاضبة أو یمین فلیس بمؤل علیه»

ماه، یا در در موردی که بعد یکبار وطی، زوج دچار عنن شود، هر چند گفته‌اند زن باید صبر کند و حق فسخ ندارد اما این فقط صبر از فسخ را شامل می‌شود، و این منافاتی با وجوب طلاق بر زوج ندارد، چرا که وقتی امساک به معروف که، به معنی ادای کامل حقوق- که از جمله وطی یکبار در چهار ماه است - میسر نشد پس طرف دیگر که، تسریح باحسان است متعین می‌شود. پس وقتی زوج یکی از این دو امر را انتخاب نمی‌کند، پس حاکم شرع دخالت می‌کند تا خودش طلاق را جاری کند (حلی، ۲۱۱).

نتیجه‌گیری

با بررسی‌هایی که صورت گرفت این نتیجه حاصل شد که آیاتی که دلالت بر قاعده دارند تنها در صدد تشریح حکمی خاص در مورد، احکام بعد از طلاق دوم و یا رجوع ندارد، بلکه در مقام بیان و جعل یک قاعده کلی در روابط بین زوجین است.

همچنین با توجه به مطالب مذکور این نتیجه حاصل می‌شود که، قاعده اختصاص به فرد قادر ندارد هر چند خطاب به «امساک به معروف او تسریح باحسان» متوجه شخص قادر است، اما آنچه از اطلاق ماده خطاب کشف می‌شود، این است که این تکلیف اختصاص به شخص قادر ندارد، همچنین در آیه «ولاتمسکوهن ضارارا لتعتدوا» اطلاق کلمه «لتعتدوا»، بر ستم و تعدی غیر اختیاری به مثابه اطلاق آن بر ستم و تعدی اختیاری، صحیح و شایسته است. از این رو هر نوع نگهداری همسر که باعث ضرر زوجه شود مشروع نیست خواه این ضرر ناشی از تقصیر اختیاری شوهر باشد و یا قهری و غیر اختیاری مانند عنن طاری شوهر.

علاوه بر این همانطور که ذکر شد فقها در موارد و مسائل متفاوت در مورد شخص عاجز با استناد به قاعده حکم به فسخ و یا طلاق داده‌اند، که باز تأیید دیگری بر این مطلب است.

با آنچه که گفتیم روشن گردید، مراد از «امساک معروف» مطلق حقوق زوجیت است نه خصوص نفقه، چرا که علاوه بر دلایل بیان شده، فقها در غیر مورد نفقه نیز با استناد به قاعده، حکم به الزام زوج به طلاق داده‌اند، همچنین اخباری که در باب‌های مختلف وارد شده، دلالت بر این مطلب دارد، در مورد عیوبی که مجوز حق فسخ است، هر چند روایت‌ها دلالت بر آن دارد که بعد وطی این حق وجود ندارد، اما این منافاتی با اجرای طلاق ندارد، اگر این عیوب بعد وطی باشد موجب اخلال به حقوق زوجه است، بنابراین بر قاعده تطبیق می‌کند.

از این رو پیشنهاد می‌شود: همانطور که در ماده ۱۱۲۹ ق.م. در صورت عدم رعایت حق نفقه حاکم می‌تواند به درخواست زوجه، وی را طلاق دهد. با توجه به این قاعده، اگر این حکم به سایر حقوق زوجه

نیز سرایت داده شود و در آنجا همان حکم صادر شود، در این صورت خلاف شرع و موازین اسلامی رفتار نگردید بلکه همان چیزی است که قاعده بر آن دلالت دارد.

منابع

قرآن کریم.

- آقا جمال خوانساری، محمد بن حسین، *التعلیقات علی الروضة البهیة*، قم، منشورات المدرسة الرضویة، چاپ اول، بی تا.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- اراکي، محمد علی، *رسالة فی نفقة الزوجة*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامیة، بی تا.
- بحرانی، محمد سند، *سند العروة الوثقی - کتاب النکاح*، قم، مکتبه فدک، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.
- بهجت، محمد تقی، *جامع المسائل*، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- جهانگیر منصور، *قوانین و مقررات مربوط به خانواده*، تهران، نشر دوران، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۷.
- حو عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- حکیم، محسن، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- حلی، حسین، *بحوث فقهیه*، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، مترجم: علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۵ ق.
- خویی، ابو القاسم، *منهاج الصالحین*، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- دیانی، عبد الرسول، *حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

- سبحانی، جعفر، *نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء*، قم، چاپ اول، بی تا.
- سبزواری، عبد الأعلى، *جامع الأحکام الشرعیة*، قم، مؤسسه المنار، چاپ نهم، بی تا.
- شبییری زنجانی، موسی، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ اول، ١٤١٩ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ١٤١٣ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، *جامع الأحکام*، قم، حضرت معصومه (س)، چاپ چهارم، ١٤١٧ ق.
- صفایی، حسین و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، چاپ شانزدهم، ١٣٨٧.
- صیمیری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار الهادی، ١٤٢٠ ق.
- طباطبائی، محمد حسین، *تفسیر المیزان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٣٨٥.
- طریحی، فخر الدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ١٤١٦ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤٠٧ ق.
- _____، *تهذیب الأحکام*، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.
- _____، *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٣ ق.
- فاضل موحّدی لنگرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم، انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم، بی تا.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٦ ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ١٣٨٧ ق.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، *الوافی*، کتابخانه امام علی (ع)، اصفهان، چاپ اول، ١٤٠٦ ق.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الرضی، بی تا.
- قطب راوندی، سعید بن هبة الله، *فقه القرآن*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ دوم، ١٤٠٥ ق.
- قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*، تهران، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ١٤١٣ ق.
- _____، *رسائل*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ١٤٢٧ ق.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *أنوار الفقاهة - کتاب النکاح*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء،

چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

گلپایگانی، محمد رضا، *إرشاد المسائل*، در یک جلد، بیروت، دار الصفوة، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

_____، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

_____، *نکت النهایه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،

چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

محقق داماد، مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *زیادة البیان فی أحكام القرآن*، تهران، المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ اول، بی تا.

مکارم شیرازی، ناصر، *استفتاءات جدید*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.

_____، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.

_____، *تکملة العروة الوثقی*، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.

یزدی، محمد، *فقه القرآن*، قم، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4, Issue 115

Winter 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.43193>



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵

زمستان ۱۳۹۷، ص ۵۸-۴۵

معیار ادای حق در قرض و دین در شرایط افزایش قدرت خرید پول در سرسید تعهد*

دکتر سید رحمت‌اله دانش میرکهن

استادیار گروه معارف اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

Email: d_mirkohan@pnu.ac.ir

دکتر محمدحسن حائری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

دکتر احمدعلی یوسفی

دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

Email: economy.islamic@gmail.com

چکیده

ارزش پول اعتباری، در طول زمان غالباً رو به کاهش است؛ اما به عللی نیز ممکن است افزایش یابد. در فرض کاهش ارزش پول، نظریات فقهی روشنی درباره مبلغ بازپرداخت دین در سرسید، وجود دارد؛ اما در فرض افزایش ارزش پول، مدیون باید چه مبلغی پرداخت کند؟ پاسخ به این پرسش مهم از سویی نیازمند بررسی دقیق ابعاد موضوع پول اعتباری و از دیگر سو، رایه ادله فقهی روشن است. فرضیه‌ای که این مقاله در پی تحقق آن است عبارت است از اینکه قدرت خرید پول در دین، معیار ادای حق در فرض افزایش و کاهش ارزش پول است. بنابراین در صورت افزایش شدید ارزش پول، پرداخت مبلغ اسمی کمتر از مبلغ دریافت شده، بلا مانع است؛ ولی در صورت افزایش خفیف ارزش پول، پرداخت مبلغ اسمی ادای کامل حق محسوب می‌شود.

کلیدواژه‌ها: پول اعتباری، دین، ادای حق، ارزش پول.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۰/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۲/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

در منابع علمی اقتصادی وقتی درباره پول بحث می‌کنند در خصوص «معیار تعیین ارزش کالاها و خدمات به عنوان یکی از وظایف پول» اختلافی مشاهده نمی‌شود (توتونچیان، ۹۹). اما قدرت خرید و ارزش پول در تحولات اقتصادی دستخوش تغییراتی می‌شود. در موارد فراوانی به جهت شرایط اقتصادی، قدرت خرید پول کاهش می‌یابد. اما در مواردی هم شرایط اقتصادی به گونه‌ای رقم می‌خورد که قدرت خرید پول ملی در برابر ارزش کالاها و خدمات و نیز پول سایر کشورها افزایش می‌یابد. به این پدیده، تورم منفی یا فروکش قیمت‌ها گفته می‌شود. در شرایط تورم منفی یا فروکش قیمت‌ها شاخص قیمت کالاها و خدمات کاهش می‌یابد و میزان تورم به زیر صفر می‌رسد. در این شرایط، ارزش هر واحد پول افزایش پیدا می‌کند؛ در نتیجه قیمت‌ها به سمت پایین حرکت می‌کنند. بنابراین در بازه‌ای که تورم منفی است ارزش کالا کاسته نشده بلکه ارزش پول افزایش یافته است (prechter, ۲۰۱۲). فروکش قیمت‌ها یا تورم منفی معمولاً پس از اتمام شرایط جنگی روی می‌دهد. تغییرات ارزش پول در شرایط جنگ عراق با ایران و نیز جنگ عراق با کویت مثال روشنی برای این موارد است که ارزش پول ایران و کویت پس از اتمام جنگ افزایش یافت. همچنین اگر محاصره اقتصادی و تحریم و معارضة کشورهای غربی با ایران برطرف شود، پیش‌بینی می‌شود که قدرت خرید پول ایران در برابر ارزش کالاها و خدمات و نیز در برابر سایر ارزها افزایش یابد. تاریخ نشان می‌دهد که تجربه فروکش قیمت‌ها در برخی کشورهای دیگر نیز اتفاق افتاده است.

در بازه زمانی ۱۸۴۳-۱۸۳۷ میلادی با شروع بحران مالی در اروپا و آمریکا قیمت‌ها با کاهش روبه‌رو شد. اقتصاددانان دلیل آن را جنگ بانکی یا واردات زیاد گندم بیان می‌کنند. در این دوره کاهش قیمت و تورم منفی به حدود ۵/۶٪ در آمریکا رسید (Bordo & Filard, ۲۰۰۵). همچنین، در اواخر قرن ۱۹ و در سال‌های ۱۸۷۳-۱۸۹۶ قیمت‌ها در کشورهای مختلف از جمله آمریکا با کاهش روبه‌رو شد (Bordo & Haubrich, 2004).

از موارد فروکش قیمتی مهمی که در سال‌های اخیر بسیار مورد توجه قرار گرفته، در کشور ژاپن بوده است. تورم منفی در ژاپن از اواسط دهه ۱۹۹۰ آغاز شد (Hetzl, ۲۰۰۴). همچنین در میانه‌های دهه ۱۹۹۰ بانک مرکزی ژاپن نرخ بهره را کاهش داد و به نزدیک صفر رساند. با توجه به شواهد تاریخی وقتی نرخ بهره و تورم نزدیک صفر می‌شود، احتمال وقوع تورم منفی افزایش می‌یابد (Alan, Gagnon, ۲۰۰۲). (& Haltmaier,

در اوایل دهه ۹۰ میلادی نخست وزیر وقت چین سیاست‌های جدیدی را در بانک‌های عمومی و

تجاری اعمال کرد. در سال ۱۹۹۶ که شتاب اصلاحات اقتصادی شدت گرفت و آسیا دچار بحران مالی گسترده شد، همراه با کاهش رشد صادرات خارجی در چین، تورم منفی در این کشور به وجود آمد. تورم منفی در چین همراه با رشد اقتصادی بود که این رشد اقتصادی حاصل افزایش پس انداز عمومی و افزایش بهره‌وری در این کشور است (Thomas, ۲۰۰۴).

موارد فوق نشان می‌دهد که همانگونه که قدرت خرید پول ممکن است کاهش یابد؛ امکان افزایش قدرت خرید پول نیز وجود دارد. تحقیقات فراوانی درباره جبران کاهش ارزش پول در قرض و دیون از منظر اسلامی صورت گرفته و نظرات فقهی و حقوقی روشنی درباره این موضوع ارائه شده است. اما با توجه به نظر متخصصان پولی که یکی از وظایف پول را معیار تعیین ارزش کالاها و خدمات در روابط مالی و اقتصادی می‌دانند، با پرسش‌هایی مهمی مواجه می‌شویم که دستگاه فقه و حقوق اسلامی باید به آن‌ها پاسخ دهد:

۱. اگر قدرت خرید پول افزایش یابد و مدیون در سررسید، اقدام به پرداخت دین خود نماید آیا می‌تواند مقداری کمتر از مبلغ اسمی پولی را که دریافت کرده، بپردازد؟ آیا اگر کمتر از مبلغ اسمی و به مقدار قدرت خرید پولی که دریافت کرده بود، بازپرداخت کند، ادای کامل حق نموده است؟ از باب مثال شخصی ۱۰۰ میلیون به فردی قرض داد. هنگام سررسید ادای قرض، قدرت خرید پول به مقدار ۲۰ درصد افزایش می‌یابد، در این شرایط مدیون باید مبلغ اسمی دین را بپردازد یا می‌تواند ۲۰ درصد کمتر از آن را بازپرداخت نماید؟ اگر ۲۰ درصد کمتر از مبلغ اسمی را بازپرداخت کند ادای حق دائن نموده است؟

۲. اگر مدیون مبلغ اسمی دریافت شده را بازپرداخت کند، مواجه با ضرر نشده است؟

۳. آیا دائن و مدیون می‌توانند در ضمن عقد شرط کنند که در صورت افزایش قدرت خرید پول، مدیون

به اندازه قدرت خرید پول و کمتر از مبلغ اسمی دریافت شده؛ به دائن بدهد؟

البته، این مسأله ابعاد و شقوق مختلفی دارد که در این تحقیق تنها مسأله بیان شده در موضوع تحقیق، بررسی می‌شود و بررسی سایر ابعاد به نوشتار دیگری موکول می‌گردد.

با توجه به مطالب و پرسش‌های مطرح شده، فرضیه این تحقیق چنین بیان می‌شود: معیار ادای حق در دین و قرض در فرض افزایش قدرت خرید پول در سررسید تعهد، همانند معیار ادای حق در فرض کاهش ارزش پول است. به عبارت دیگر در هر دو فرض، قدرت خرید پول در قرض و دین، معیار ادای حق است.

یافتن پاسخ پرسش‌های پیش‌گفته و نیز اثبات فرضیه تحقیق، به روش توصیفی - تحلیلی و گردآوری

اطلاعات کتابخانه‌ای و با بهره‌گیری از روش‌های عقلایی، دنبال می‌شود.

پیشینه تحقیق

بیشتر کشورها با کاهش ارزش پول ملی خود مواجه هستند، اما گاهی ارزش پول ملی آن‌ها در برابر ارزش سایر کالاها و خدمات و نیز پول سایر کشورها افزایش می‌یابد. البته، موارد کاهش قدرت خرید پول از موارد افزایش قدرت پول بیشتر است؛ اما از آنجایی که در هر دو فرض ادای حق مطرح است، باید حکم فقهی و حقوقی چنین امری در هر دو فرض مورد بررسی دستگاه فقه و حقوق قرار گیرد.

پرسش‌ها و پاسخ‌های متعددی که از دهه ۱۳۶۰ هجری شمسی میان بانک‌ها و شورای نگهبان و فقهاء صورت گرفته؛ همچنین پرسش‌های متعددی که از سوی مراکز مختلف به فقهاء ارائه شده؛ در مورد جریمه تأخیر تأدیه و یا در مورد جبران کاهش ارزش پول بوده است. در حالی که عملاً در دنیای امروز کشورهای وجود دارند که قدرت خرید پول آن‌ها افزایش می‌یابد. این امر در کشورهای اسلامی که مسلمانان می‌خواهند در بازپرداخت دیون خود، قوانین اسلام را دقیق اجرا کنند و اطمینان به ادای حق دائن پیدا نمایند، امر مهم‌تری تلقی می‌شود. اما به رغم اهمیت این مسأله هنوز هیچ تحقیقی در این زمینه صورت نگرفته است. این تحقیق درصدد است تا چنین بررسی‌ای داشته باشد.

ادای حق در سررسید تعهد با فرض افزایش قدرت خرید پول

با اشاره مختصری به مفهوم دین و رابطه آن با قرض، مسأله بیان شده مورد بررسی قرار می‌گیرد. در جامع الشرائط آمده است: «دین هر مالی است که به سبب قرض، خرید و فروش، تلف مال دیگری، وارد کردن جنابیتی یا ازدواج... بر عهده شخصی می‌آید و هر فرضی دین شمرده می‌شود؛ ولی عکس آن درست نیست؛ یعنی هر دینی قرض نیست.» (حلی، ۲۸۳). دین، هر مالی است بر ذمه شخصی برای شخص دیگر لازم شده باشد (امام خمینی، ۱/ ۴۶۷). اما قرض هر مالی است که با شرط ضمان به تملیک کسی در آورده می‌شود به گونه‌ای که برعهده گیرنده قرض است تا عین مال و یا مثل و یا قیمت آن را به قرض دهنده بپردازد.» (امام خمینی، ۱/ ۶۵۱ - ۶۵۲).

اختلاف خاصی بین فقهاء در تعریف ارائه شده وجود ندارد. تعریف مذکور نشان می‌دهد که اگر مال مثلی است باید مثل و اگر قیمی است باید قیمت آن پرداخته شود. همچنین، مال مقروض اگر مثلی باشد باید امکان ضبط ویزگی‌ها و اوصافی که در تفاوت رغبت و قیمت آن دخیل است وجود داشته باشد» (امام خمینی، ۱/ ۶۵۱).

زمانی که قرض و دین در سررسید تعهد پرداخت می‌شود، با فرض وجود افزایش قدرت خرید پول، آیا مدیون می‌تواند مبلغ اسمی کمتر از آنچه دریافت کرده، بپردازد یا اینکه لازم است مبلغ اسمی دریافت شده

را پرداخت نماید؟ در بررسی این مسأله، ابتدا از ادله کسانی که حکم جبران کاهش ارزش پول را با آن‌ها بررسی کرده‌اند، استفاده می‌شود، آن‌گاه با استفاده از شرط ضمن عقد؛ مسأله، مورد دقت قرار می‌گیرد.

۱- ضمان ارزش پول به طور مطلق

در صورتی که قدرت خرید پول افزایش یافته باشد و شخص در سرسید، تعهد خود را می‌پردازد باید دید ضمان ارزش پول مقتضای پرداخت ارزش اسمی را دارد یا بر این اساس متعهد ضامن در پرداخت ارزش حقیقی پول می‌باشد؟

عده‌ای از فقهاء مطلقاً معتقد به ضمان ارزش حقیقی پول هستند. نوری همدانی با اعتقاد به این که فلسفه وجودی پول بیان ارزش‌ها و مشخص کردن نسبت‌های مختلف بین کالاها و خدمات است، اظهار می‌دارد: «در باب دیون و جنایات و ضمانات باید ارزش‌ها و قدرت خریدها در نظر گرفته شود» (پاسخ به نامه شماره ۵۶/۶۱۹/۸ د) موسوی اردبیلی با اعتقاد به این که وظیفه پول حفظ مالیت و ارزش است و خاصیت دیگری ندارد، معتقد به ضمان ارزش حقیقی پول شده‌اند (پاسخ به نامه شماره ۴۵۳، مورخ ۱۳۷۵/۷/۱۸). عده‌ای مثلی بودن پول را بر ارزش مبادله‌ای و توان خرید آن استوار می‌دانند (شاهرودی، ۲/ ۶۱). از منظر این دسته از فقهاء می‌توان گفت که پول اعتباری به لحاظ قدرت خرید و ارزش مبادله‌ای مثلی است و ادای حق زمانی محقق می‌شود که قدرت خرید در دین و قرض معیار باشد. بنابراین، همان‌گونه که در فرض کاهش ارزش پول باید قدرت خرید هنگام پرداخت قرض و دین معیار بازپرداخت باشد، هنگام افزایش قدرت خرید پول نیز قدرت خرید دریافت شده باید معیار بازپرداخت باشد. بنابراین، از منظر این گروه از فقهاء اگر قدرت خرید پول افزایش یابد، در بازپرداخت اگر همان قدرت خرید پرداخت گردد و کمتر از مبلغ اسمی دریافت شده باشد، تعهد دین و قرض، انجام شده و مدیون برئ‌الذمه گشته است. ادله فقهاء برای اثبات وجوب بازپرداخت دین و قرض به میزان قدرت خرید پول در فرض کاهش ارزش پول ارائه شده است؛ اما ادله آن‌ها به گونه‌ای ارائه شده است که برای فرض افزایش قدرت خرید پول نیز قابل استفاده است. از آنجایی که وقوع کاهش ارزش پول در رفتارها و روابط اقتصادی بیشتر اتفاق می‌افتد، بحث‌های فقهی و حقوقی عمدتاً به سمت وجوب یا عدم وجوب جبران کاهش ارزش پول مطرح شده است. در حالی که در فرض کاهش ارزش پول، با بازپرداخت مبلغ اسمی، مسأله به این نحو مطرح می‌شود که آیا حق دائن ادا شده و مدیون برئ‌الذمه گشته است یا نه؟ در فرض افزایش قدرت خرید پول، مسأله به این نحو است که آیا با بازپرداخت قدرت خرید پول، مدیون برئ‌الذمه شده است یا نه؟ به عبارت دیگر در فرض کاهش ارزش پول، با ادای مبلغ اسمی، تردید در ادای حق دائن پیش می‌آید و در فرض افزایش قدرت خرید پول، با

بازپرداخت مبلغ اسمی، تردید از این ناحیه است که آیا مدیون بیش از دین خود پرداخت نکرده است؟ اگر معیار در بازپرداخت قرض و دین، قدرت خرید پول باشد، پس در فرض افزایش یا کاهش قدرت خرید پول، باید همان قدرت خرید پول، معیار مراعات شود؛ در غیر این صورت نسبت به یک طرف ظلمی صورت می‌گیرد.

این تحقیق نیز معتقد است که برای هر دو فرض؛ معیار بازپرداخت در دین و قرض، قدرت خرید پول است، اما با این فرق که کاهش یا افزایش قدرت خرید پول باید از منظر عرف و عقلا، محسوس و معنادار باشد و آنان در برابر تغییرات قدرت خرید پول از خود واکنش نشان دهند. زیرا سیرة عقلا و تحولات تاریخی پول^۱ نشان دهنده آن است که عقلای عالم می‌کوشند مصادیقی از پول را در مبادلات بکار گیرند که هزینه آن کمتر باشد. آنچه در مبادلات با انواع پول‌ها برای عرف و عقلای عالم اهمیت داشت، انتقال ارزش مبادله‌ای عام از طرف مشتری به فروشنده کالا و خدمت بود. بنابراین، نگاه و دید عرف و عقلا به پول، همیشه نگاه و دید آلی و طریقی بوده است. از این رو وقتی یک شیء فیزیکی مانند اسکناس و یا یک شیء غیر فیزیکی مانند پول‌های الکترونیکی وارد مبادلات می‌شوند، آنچه از نظر عرف و عقلا اهمیت دارد، ارزش مبادله‌ای آن است و اگر عرف در مقابل پول، از خود واکنش نشان می‌دهد در واقع این واکنش به خاطر ارزش مبادله‌ای آن است نه ارزش استعمالی و یا فایده مصرفی آن.

از نظر اقتصاد دانان، پول دارای سه وظیفه اصلی معیار ارزش، واسطه مبادله، و ذخیره ارزش است (یوسفی، ۱۴۷-۱۴۲).

ذخیره ارزش بودن پول و نیز نگاه آلی و طریقی عرف به پول باعث شده است تا هنگام تورم و کاهش ارزش پول، آنان از خود واکنش نشان داده و برای حفظ ارزش پول خود، آن را به انواع دارای‌های دیگر تبدیل کنند (قبادی و رئیس دانا، ۲۲). همچنین به هنگام افزایش ارزش پول در حفظ نقدینگی خود بکوشند. این رفتار عرف نشان می‌دهد که شکل ظاهری پول و عدد و رقم روی آن در روابط اقتصادی اهمیت چندانی نداشته و اهمیت اصلی در پول، از آن ارزش مبادله‌ای و قدرت خرید پول است. بنابراین، در بازپرداخت دین و قرض باید همان قدرت خرید معیار قرار گیرد. این امر بدان معنا است که هم در فرض کاهش قدرت خرید پول و هم در فرض افزایش آن، معیار در باز پرداخت یکسان است.

گروهی دیگر از فقهاء مطلقاً قائل به ضمان ارزش اسمی پول هستند. طرفداران این نظریه آن را به صورت مختلف بیان می‌کنند. تبریزی در پاسخ به کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس می‌نویسد: «پول مال مثلی است و افزایش یا کاهش قدرت خرید، تأثیری در این حکم ندارد» (پاسخ شماره ۲۵۲۸ مورخه

۱. جهت آشنایی بیشتر با تاریخچه تحولات پول به کتاب ماهیت پول نوشته احمد علی یوسفی صص ۶۲-۲۷ مراجعه شود.

سیستانی می‌نویسد: «پول از مثلیات است، و میزان همان مبلغی است که در عقد تعیین شده و با افزایش شاخص قیمت‌ها تغییر نمی‌کند» (پاسخ مورخ ۷/ج ۱۴۱۷/۲ ق). عده‌ای دیگر بدون این‌که بین پول‌های حقیقی (درهم و دینار) و پول‌های اعتباری فرقی قائل شوند، معتقدند که قدرت خرید مقوم مثلیت پول نیست (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۷۷ و ۷۸). از منظر این گروه در صورت افزایش و یا کاهش ارزش پول، شخص ضامن، متعهد به بازپرداخت مبلغ اسمی پول است و بازپرداخت افزون بر مبلغ اسمی یا کمتر از آن، جایز نیست. این دسته از فقهاء اگرچه پول را مال مثلی معرفی می‌کنند؛ اما ملاک مثلیت پول را عدد و رقم روی آن می‌دانند.

در تعریف مال مثلی فقیهان اقوال مختلفی دارند. تعدادی از فقهاء گفته‌اند؛ مثلی آن است که اجزای آن از نظر قیمت با هم مساوی باشد (محقق کرکی، ۶/۲۴۳ - ۲۴۴؛ بحر العلوم، ۳/۴۲۲؛ حائری، ۱۴/۲۳). عده‌ای دیگر از فقهاء مالی را مثلی می‌دانند که اجزاء و منفعت آن متساوی و صفات آن متقارب باشد (شهید ثانی، ۳۷/۴۴۷؛ نجفی، ۲۵/۱۸؛ بحرانی، ۱۸/۴۷۰). شیخ انصاری می‌نویسد: «هر شیئی که بر مثلی بودن آن اجماع گردد، مثلی است.» (شیخ انصاری، ۳/۲۱۴).

برخی از فقهاء ارتکازات ذهنی عرف عام در تعریف مثلی را لحاظ نموده و تعریف نزدیک‌تر به واقع ارائه داده‌اند. محسن حکیم می‌نویسد: «مثلی آن شیئی است که رغبت و تمایل مردم نسبت به افراد آن بر اثر صفات موجود در افراد آن تغییر پیدا نکند.» (حکیم، ۱۳۹). همچنین محمد کاظم طباطبایی یزدی با لحاظ این‌که عنوان مثلی یک عنوان عرفی است در حاشیه مکاسب می‌نویسد: «مثلی آن است که افراد آن، دارای ویژگی‌هایی باشند که میزان رغبت مردم به افراد آن و قیمت افرادش به واسطه آن ویژگی‌ها اختلاف نیابد. هر چیزی که اغلب این‌گونه باشد، نه نادر، مثلی است و این مطلب به حسب زمان‌ها، مکان‌ها و کیفیت‌ها، اختلاف می‌یابد.» (یزدی طباطبایی، ۱/۹۶).

افراد یک شیء هنگامی در نظر عرف و عقلا مثل هم محسوب می‌شوند که عرف و عقلا حاضر باشند، افراد آن را به جای هم بپذیرند و این امر در صورتی محقق می‌شود که خصوصیات افراد آن شیء به نحوی باشند که باعث تفاوت در رغبت، مطلوبیت و در نتیجه تفاوت در مالیت آن‌ها نگردد. با این بیان به نظر می‌آید که از تعاریف ارائه شده، دو تعریف اخیر نزدیک‌تر به واقع باشند. بر این اساس اموال مثلی، به اعتبار صفاتی مثلی هستند که میزان مطلوبیت و مالیت آن، از آن صفات نشأت گرفته باشد؛ به علاوه، مقدار آن مطلوبیت و مالیت در افراد آن مال، متفاوت نباشد و در صورت تفاوت، مثلی محسوب نمی‌شود.

پول به حسب قدرت خرید مثلی است. زیرا در پول اعتباری، تنها صفتی که منشأ مطلوبیت و مالیت است، ارزش مبادله‌ای اعتباری آن است. چون همین ارزش مبادله‌ای در پول اعتباری برای عرف و عقلا

منشأ مطلوبیت و موجب رغبت آنان به سوی پول است. اگر ارزش مبادله‌ای از پول کاغذی الغاء گردد، کاغذ پاره رنگی و اعداد باقیمانده روی آن هیچ‌گونه مطلوبیتی نخواهد داشت. در نگاه عرف مقدار مطلوبیت و مالیت واحدهای مساوی پول اعتباری همسان و مثل هم هستند و عقلاً واحدهای مساوی پول اعتباری را به جای هم می‌پذیرند. هزار ریال، ارزش مبادله‌ای است که ممکن است در یک کاغذ پاره رنگی با رقم ۱۰۰۰ ظاهر شود یا در دو قطعه کاغذ پاره رنگی با رقم ۵۰۰ ریالی آشکار گردد. بنابراین، تمام قطعات هزار ریالی مثل هم محسوب می‌شوند، کما اینکه هر دو قطعه ۵۰۰ ریالی با یک قطعه ۱۰۰۰ ریالی مثل هم هستند. این تحلیل، تردیدی برای مثلی بودن اسکناس به حسب قدرت خرید آن باقی نمی‌گذارد. بنابراین پول اعتباری کاغذی به اعتبار ارزش مبادله‌ای و قدرت خرید، مثلی محسوب می‌شود. این امر در پول‌های تحریری و الکترونیکی که هیچ‌گونه ماده فیزیکی ندارند، بسیار واضح‌تر است. چون در این نوع پول اعتباری تمام ماهیت پول، همان قدرت خرید و ارزش مبادله‌ای خالص آن است و چیز دیگری در این نوع پول‌ها وجود ندارد تا به اعتبار آن‌ها مثلی باشند. بنابراین پول اعتباری کاغذی به اعتبار ارزش مبادله‌ای و قدرت خرید، مثلی محسوب می‌شود، نه به اعتبار عدد و رقم نوشته شده روی آن. پس، با توجه به این که این گروه از فقها پول را مثلی می‌دانند اگر تلقی آن‌ها از مثلی بودن پول‌های اعتباری اصلاح شود به یقین نظرشان با آنچه گروه اول بیان کردند، یکسان خواهد شد. یعنی آنان نیز می‌پذیرند که هنگام بازپرداخت دین، باید قدرت خرید پول را پرداخت کرد تا براثت ذمه حاصل شود. این امر در فرض کاهش یا افزایش قدرت خرید یکسان است.

۲- ضمان ارزش پول با توجه به شدت تغییر آن (قول به تفصیل)

به نظر می‌رسد که ضمان ارزش پول در فرض افزایش ارزش آن را می‌باید با توجه به شدت تغییر آن در سه حالت شدید، متوسط و خفیف مورد بررسی قرار داد. این مطلب در سه فرض ذیل پی‌گیری و ادله آن بیان می‌شود:

۲-۱- ضمان ارزش پول در فرض تغییر شدید آن

اگر افزایش ارزش پول به گونه‌ای باشد که عرف عام و عقلاً در مقابل آن، در دین و قرض به طور محسوس و آشکار از خود واکنش نشان دهند، می‌توان گفت که در بازپرداخت دین و قرض باید قدرت خرید پول را در نظر گرفت. این امر در فرض افزایش یا کاهش شدید ارزش پول فوقی ندارد. بنابراین، در فرضی که ارزش پول از نظر عرف و عقلاً افزایش شدید پیدا کند بازپرداخت قدرت خرید پولی که دریافت شده، هرچند کمتر از مبلغ اسمی دریافت شده باشد، بلامانع است و مدیون بری‌الذمه می‌شود. ادله این

مدعی عبارت‌اند از:

الف - پول‌های اعتباری به حسب قدرت خرید، مثلی هستند.

پیش‌تر روشن شد که پول‌های اعتباری به حسب قدرت خرید، مثلی هستند. بنابراین هنگام ادای دین باید همسانی در قدرت خرید زمان دریافت پول اعتباری را ملاحظه کرد و مدیون باید مقدار قدرت خرید پول را به دائن بپردازد. اقتصاددانان پول را معیاری برای سنجش ارزش اقتصادی کالاها و خدمات می‌دانند. معیاری که با آن، ارزش مبادله‌ای کالاها و خدمات با هم مقایسه و مبادله می‌شوند، بنابراین، اگر ارزش پول در دیون و مطالبات مدت‌دار، به طور شدید افزایش پیدا کند، به گونه‌ای که برای عرف محسوس باشد و در مقابل آن از خود واکنش نشان دهد، در این صورت باید قدرت خرید پول، به مقتضای قاعده «المثلی یضمن بالمثل» به عنوان معیار در بازپرداخت باشد. یعنی، ارزش حقیقی به ذمه مدیون می‌آید و فرقی ندارد که ارزش پول افزایش یافته و یا کاهش یابد.

ب- ادای کامل دین، با بازپرداخت قدرت خرید پول، محقق می‌شود.

ادای دین، امری عرفی است. یعنی باید دید عرف چه چیزی را ادای دین می‌داند؟ اگر افزایش ارزش پول شدید باشد به یقین عرف؛ وقتی که مدیون ارزش حقیقی پول را به دائن بپردازد؛ او را برئ‌الذمه می‌شمارد و معتقد است که ادای کامل دین صورت پذیرفته است. در شرایط کاهش شدید ارزش پول اگر مدیون ارزش اسمی را بپردازد؛ اعتقاد عرف بر آن خواهد بود که دین ادا نشده است و مقداری کمتر از آنچه واقعه دریافت کرده، بازپرداخت نموده است. در صورتی که ارزش پول افزایش شدید پیدا کند، همین داوری عرف باید تبعیت شود. یعنی باید قدرت خرید دریافت شده پول را بازپرداخت نمود. با بازپرداخت قدرت خرید پول، عرف و عقلا مدیون را برئ‌الذمه می‌داند هر چند قدرت خرید پرداخت شده کمتر از مبلغ اسمی پول باشد. بنابراین، وقتی به لحاظ داوری عرف، قدرت خرید معیار در بازپرداخت دین و قرض باشد، عرف در این امر فرقی بین کاهش یا افزایش شدید قدرت خرید پول نمی‌بیند. همان‌گونه که در فرض کاهش شدید ارزش پول، اگر مبلغ اسمی بازپرداخت شود، ادای دین دائن نشده است؛ در فرض افزایش قدرت خرید پول اگر مبلغ اسمی پول بازپرداخت شود، مازاد به دائن پرداخت شده است. بنابراین، در هر دو فرض باید قدرت خرید پول معیار در بازپرداخت باشد.

این که در تغییرات شدید ارزش پول، معیار در بازپرداخت دین، قدرت خرید پول است از گفتار مکارم شیرازی که در شرایط تغییر شدید کاهش ارزش پول، معیار در بازپرداخت دین و قرض را قدرت خرید پول می‌داند (پاسخ به نامه شماره ۵/۶۱۹/۵/د موخ ۱۳۷۵/۷/۱۸)، کاملاً قابل استفاده است.

ج- لزوم رعایت قاعده عدل و قسط

لزوم رعایت قاعده عدل و قسط و عدم ظلم در حق دیگران از اموری است که عرف، عقل، اجماع، آیات و روایات بر آن تأکید و تصریح دارند و از امور ضرور و بدیهی دین اسلام است (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۴/۴۱ - ۴۲). در هر مورد از امور زندگی از جمله در باب قرض و دین این قاعده باید مراعات شود. رعایت این قاعده، هنگامی که ارزش پول به شدت افزایش می‌یابد، در صورتی امکان دارد که ملاک در بازپرداخت، قدرت خرید پول باشد؛ وگرنه از قلمرو عمل به عدل و انصاف خارج شده و دچار ستم می‌شویم. زیرا با پرداخت مبلغ اسمی دریافت شده در شرایط افزایش شدید قدرت خرید پول، مدیون متضرر می‌گردد و وادار نمودن او به بازپرداخت مبلغ اسمی در واقع وادار نمودن او به پرداخت مبلغی بیشتر از آن چیزی است که دریافت کرده.

ضابطه مثلی و قیمی در باب دین و قرض به جهت عمل به قاعده عدالت، جعل و اعتبار شده است؛ چرا که اصل قاعده عدالت و قسط به ادله اربعه از ناحیه شرع جعل شده است اما جهت تطبیق آن در موارد متعدد، ضابطه مثلی و قیمی را جعل و اعتبار کرده‌اند. اگر در مواردی در بازپرداخت دیون تردید شود که به مقتضای قاعده عدالت عمل شده، داور، عرف عام است. گذشت که پول‌های اعتباری به حسب قدرت خرید، مثلی هستند؛ بنابراین جهت رعایت قاعده عدالت باید قدرت خرید پول پرداخت شود. در فرض افزایش شدید ارزش پول‌های اعتباری، به نظر می‌رسد طبق داوری عرف عام و عقلا، بازپرداخت مبلغ اسمی عادلانه نباشد. زیرا عرف این عمل را وادار کردن مدیون به پرداخت مبلغی بیشتر از آن چیزی که دریافت کرده، می‌داند.

۲-۲- ضمان ارزش پول در فرض تغییرات خفیف آن

در صورتی که تغییر ارزش پول خفیف باشد، به گونه‌ای که عرف و عقلا در مقابل آن در دین و قرض هیچ‌گونه واکنش محسوس و آشکاری از خود بروز ندهند، به عبارت دیگر مدیون هنگام پرداخت مبلغ اسمی، احساس خسارت نمی‌کند، در نتیجه الزام مدیون به پرداخت مبلغ اسمی پول مانعی ندارد؛ چرا که مدیون، عرفه مثل آن چیزی را که از طلبکار گرفته بود، بازپس داد، و ادای دین نیز تحقق پیدا کرده است. این امر در فرض کاهش یا افزایش خفیف فرقی ندارد.

مکارم شیرازی در مورد کاهش خفیف ارزش پول می‌نویسد: «اگر تووم در زمان کوتاه و مقدار معمولی باشد، محاسبه نمی‌شود؛ چرا که همیشه تغییراتی در اجناس و قدرت خرید پول پیدا شده و می‌شود و سیره مسلمین و فقهاء بر عدم محاسبه تغییرات جزئی بوده است» (پاسخ به نامه شماره ۵/۶۱۹/۵/د مووخ ۱۳۷۵/۷/۱۸) دلیل ایشان عام است و شامل فرض افزایش خفیف ارزش پول نیز می‌شود.

۲-۳ - ضمان ارزش پول در فرض تغییرات متوسط آن

در صورتی که افزایش ارزش پول، متوسط باشد به عبارت دیگر مقدار افزایش ارزش پول به گونه‌ای است که نوع واکنش عرف عام در مواجهه با آن قابل تشخیص نیست. با پرداخت مبلغ اسمی کمتر، این پرسش امری منطقی و معقول است که آیا ادای حق به طور کامل صورت گرفته است؟ منشأ این تردید از آن جا ناشی می‌شود که آیا حق دائن در این فرض کمتر از مبلغ اسمی است یا نه؟ در حالت اول، تردیدی نبود که با استفاده از داوری عرف عام می‌توانستیم حکم کنیم که با بازپرداخت مبلغ اسمی کمتر، حق دائن به صورت کامل ادا شده است. همچنین با بازپرداخت قدرت خرید پول، به عمل به ضابطه مثلی در پول یقین حاصل می‌شد؛ اما در حالت سوم، شک در این امر است که آیا از دید عرف، حق دائن مبلغ اسمی است یا کمتر از آن؟ به عبارت دیگر، در این امر، تردید داریم که آیا عرف عام بین مبلغ اسمی، هنگام باز پرداخت دین، و قدرت خرید زمان تحقق دین، تفاوتی می‌بیند یا خیر؟

مدیون می‌داند که معادل قدرت خرید پول به دائن بدهکار است و از طرفی با پرداخت مبلغ اسمی پول به هنگام افزایش قدرت خرید پول، تردید می‌شود که آیا مازادی به دائن پرداخت شده است یا خیر؟ از طرفی مدار اینکه مدیون چنین حقی دارد که کمتر از مبلغ اسمی به دائن بپردازد یا خیر، عرف است که واکنشش به چنین حقی مشخص نیست. لذا با فقدان دلیل اجتهادی به اصول عملیه رجوع می‌شود. مدیون می‌داند که معادل قدرت خرید دریافت شده، بدهکار است و «اشتغال یقینی مستدعی برائت یقینی است» لذا مدیون در فرض افزایش قدرت خرید پول فقط با پرداخت مبلغی معادل مبلغ اسمی یقین به برائت ذمه پیدا می‌کند.

۳- لحاظ نمودن شرط ارزش پول در ضمن عقد

اگر در ضمن قرارداد صحیح، شرطی قرار داده شود که مشروط علیه قدرت بر وفا داشته باشد، غرض و فائده عقلایی داشته باشد، مخالف کتاب و سنت نباشد، منافات با مقتضای عقد نداشته باشد، شرط مجهول نبوده، مستلزم امری محال نباشد و شرط در متن عقد ذکر شده باشد، شرط صحیح و همانند اصل قرارداد، لازم‌الوفا است (انصاری، ۱۵-۵۷/۶؛ بهجت، ۵۸۰-۵۸۲).

اگر دائن و مدیون شرط کنند که در سر رسید تعهد مدیون می‌باید ارزش حقیقی پول را بپردازد؛ در این حال به مقتضای «المؤمنون عند شروطهم» و آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (۱/۵) اگر در سر رسید تعهد ارزش پول افزایش یافته باشد، مدیون می‌تواند قدرت خرید پول، که کمتر از مقدار اسمی پول دریافت شده است، به دائن بدهد. زیرا چنین شرطی صحیح بوده، مخالف مقتضای قراردادهایی چون دین و قرض نیست و از

طرف دیگر مورد توافق و امضای طرفین قرارداد است. تنها نکته‌ای که در صحت شرط چنین شرطی باقی می‌ماند، مخالفت با کتاب و سنت است. مخالفتی که ممکن است با کتاب و سنت در پرداخت قدرت خرید پول که کمتر از مبلغ اسمی است، متصور باشد، عدم ادای کامل حق به دائن است که مشخص گردید که با پرداخت قدرت خرید پول در فرض افزایش ارزش پول، ادای حق تحقق می‌یابد. لذا چنین شرطی مخالف با کتاب و سنت نیز نخواهد بود.

در صحت چنین شرطی سبحانی می‌نویسد: «این‌که وام دهنده، به هنگام دادن قرض، شرط کند که من این مبلغ از اسکناس را که ارزش آن معادل است با فلان مقدار پول ثابت یا کالا به تو قرض می‌دهم و به هنگام بازپرداخت باید این جهت را رعایت کنید و مبلغی را بدهید که دارای چنین ارزشی باشد، بلا مانع است.» (مجله رهنمون، ۹۲)

نتیجه‌گیری

۱- در صورتی که شخص در سررسید دین خود را می‌پردازد، بر اساس ضمان ارزش پول، اگر افزایش ارزش پول به گونه‌ای است که عرف عام و عقلا در مقابل آن، در دین، قرض و سایر داد و ستدهای مالی مدت‌دار به طور محسوس و آشکار از خود واکنش نشان می‌دهند، و پرداخت مبلغ اسمی کمتر از آنچه اخذ شده را ادای کامل دین می‌دانند؛ لازم است مدیون مبلغ اسمی کمتر، معادل افزایش ارزش پول به دائن بپردازد.

۲- در صورتی که افزایش ارزش پول خفیف باشد، به گونه‌ای که عرف و عقلا در مقابل آن در دیون و مطالبات مدت‌دار هیچ‌گونه واکنش محسوس و آشکاری از خود بروز ندهند، مدیون ملزم به پرداخت مبلغ اسمی خواهد بود؛ چرا که مدیون، عرفه مثل آن چیزی را که از طلبکار گرفته بود، بازپس می‌دهد.

۳- اگر واکنش عرف در مقابل تغییر افزایش قدرت خرید پول معلوم نباشد؛ اصل احتیاط است. و باید مبلغ اسمی دریافت شده به دائن پرداخت گردد.

۴- در صورتی که شخص در سررسید تعهد، دین یا قرض خود را می‌پردازد؛ پرداخت مبلغی کمتر از ارزش اسمی پول دریافت شده، در صورت شرط نمودن در ضمن عقد، الزامی است.

منابع

- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، منشورات مکتبة الصادق، تهران - ایران، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم - ایران، ۱۴۰۵ ق.

بهجت، محمد تقی، *جامع المسائل*، قم - ایران، دفتر معظم له، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.

تبریزی، جواد، پاسخ شماره ۲۵۲۸ مورخه ۱۳۷۵/۷/۲۴، به نامه شماره ۵۶/۶۱۹/۱۳/د مورخ ۱۳۷۵/۷/۲۴ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی.

توتونچیان، ایرج، *پول و بانکداری و اسلامی و مقایسه آن با نظام سرمایه داری*، تهران - ایران، انتشارات توانگران، چاپ اول، ۱۳۷۹.

حکیم، محسن، *نهج الفقاهة*، قم - ایران، انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی تا.

حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، قم - ایران، مؤسسه سید الشهداء العلمية، ۱۴۰۵ ق.

خمینی، روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم - ایران، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، بی تا.

دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، *پول در اقتصاد اسلامی*، تهران - ایران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۳.

سبحانی، جعفر، *فصلنامه رهنمون*، مدرسه عالی شهید مطهری، شماره ۶، ۱۳۷۲.

سیستانی، پاسخ مورخ ۱۴۱۷/۲ ج ۷/۱۴۱۷ ق، به نامه شماره ۵۶/۶۱۹/۱۳/د مورخ ۱۳۷۵/۷/۲۴ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم - ایران، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب (للیزدی)*، قم - ایران، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل (ط - الحدیثة)*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)*، محقق/مصحح: ابراهیم بهادری، قم - ایران، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.

قبادی، فرخ، و پرویز رئیس دانا، *پول و تورم*، انتشارات پیشبرد، چاپ اول، ۱۳۶۸.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، پاسخ به نامه شماره ۵۶/۶۱۹/۵/د مورخ ۱۳۷۵/۷/۱۸ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی ایران.

_____، **کتاب النکاح**، قم - ایران، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

موسوی اردبیلی، پاسخ به نامه شماره ۴۵۳، کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس، مورخ ۱۳۷۵/۷/۱۸.

نوری همدانی، پاسخ به نامه شماره ۵۶/۶۱۹/۸/د کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس.

یوسفی، احمد علی، **ماهیت پول**، قم - ایران، نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۷.

Ahearne, A., Gagnon, J., Haltmaier, J. & Kamin S., **Preventing Deflation: Lessons from Japan's Experience in the 1990s.**, Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, (2002).

Bordo, M., & Haubrich, J. **The Yield Curve, Recessions and the Credibility of the Monetary Regime: Long-run Evidence 1875-1997**, Washington: NBER Working Paper No. 10431, Issued in April 2004.

Cargill, T. & Parker E. "Price deflation, Money Demand, and Monetary Policy Discontinuity: a Comparative View of Japan, China, and the United States." **The North American Journal of Economics and Finance.**, vol. 15, issue 1, pages 125-147. (2004).

Hetzel, Robert, **Price Stability and Japanese Monetary Policy**, Richmond: Federal Reserve Bank of Richmond, (2004).

Prechter, Robert, **The Guide to Understanding Deflation**, New York: Elliottwave, 2012.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4, Issue 115

Winter 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.55942>



انفهور

سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵

زمستان ۱۳۹۷، ص ۷۳-۵۹

بازخوانی مبانی مؤثر در نظریه انقلاب نسبت *

بلال شاکری

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد و استاد سطح عالی حوزه علمیه خراسان

Email: b.shakeri@iran.ir

چکیده

در کلمات اصولیان پنج مسأله اصولی به عنوان مبانی مؤثر در نظریه انقلاب نسبت مطرح شده است. ادعای مطرح شده درباره مسائل مورد نظر، این است که نوع مبنای مورد پذیرش در هر مسئله در قبول یا رد نظریه انقلاب نسبت مؤثر است. از نظر نگارنده دو مسأله از موارد مورد ادعا تنها در ضابطه‌مهندسازی نظریه انقلاب نسبت مؤثرند نه در اصل نظریه، و سه نظریه دیگر نیز بر اساس هر مبنایی که در آن اتخاذ شود، می‌توان نظریه انقلاب نسبت را پذیرفت و نوع مبنای متخذ در آن مسائل تأثیری در رد نظریه انقلاب نسبت ندارد، لذا اشکالات مبنایی که در کلمات اصولیان به این نظریه وارد شده، ناتمام است.

کلیدواژه‌ها: انقلاب نسبت، جمع عرفی، تعارض ادله.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۲/۲۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۵/۰۸.

مقدمه

برخی مبانی در علم اصول علاوه بر تأثیرات فقهی، در مباحث اصولی نیز تأثیرگذار هستند و یک اصولی باید به مبانی اتخاذ شده در مباحث اصولی دیگر توجه داشته باشد که با سایر مبانی و نظریات اصولی وی در تهافت و تعارض نباشد. نکته‌ای که گاه مغفول واقع شده و موجب می‌شود اصولیان در برخی مباحث به خطا رفته و سایر اصولیان به تعارض مبانی یک اصولی به عنوان اشکال پردازند. از جمله مسائلی که در علم اصول باید به مبانی پیشین آن توجه داشت، نظریه انقلاب نسبت در بحث تعارض ادله است.

نظریه انقلاب نسبت در جایی مطرح می‌شود که بیش از دو دلیل متعارض با یکدیگر وجود داشته باشد. به عنوان مثال اگر از مولا سه بیان صادر شود: ثمن العذره سحت، لآبأس بثمان العذره، لآبأس بثمان عذره المأکول. رابطه دلیل اول با دوم تباین است و رابطه دلیل سوم و اول با دلیل دوم عموم مطلق است. حال اگر در این مثال ابتدا ثمن العذره سحت با لآبأس بثمان عذره المأکول تخصیص بخورد، آن گاه نتیجه با لآبأس بثمان العذره سنجیده شود، رابطه نتیجه تخصیص دلیل اول به سوم، با دلیل دوم عموم خصوص مطلق می‌شود، لذا دلیل لآبأس بثمان العذره با نتیجه رابطه دلیل اول و سوم تخصیص می‌خورد (این نتیجه بر اساس نظریه انقلاب نسبت است). یا باید ادله با یکدیگر سنجیده شوند بدون این که نتیجه سنجش یکی با دیگری در سنجش آن با دلیل سوم تأثیرگذار باشد، لذا دلیل ثمن العذره سحت با دلیل لآبأس بثمان العذره تباین داشته و تساقط می‌کنند.

با توجه به این که، نظریه انقلاب نسبت فرع بر تعارض ادله است و همچنین تعارض ادله نیز در میان ادله لفظی عموملاً مطرح می‌شود، رتبه مبانی مطرح در اصل تعارض بین دو دلیل و همچنین مبانی مطرح در مسائل لفظی اصول، می‌تواند در اصل پذیرش نظریه انقلاب نسبت یا محدوده آن دخالت داشته باشد. بر اساس مبانی پیشین بر نظریه، در کلمات علما گاه اشکال و جواب‌هایی مطرح می‌شود که علی‌المبنی است و هر یک بر اساس مبنای مورد پذیرش خود در این باره سخن گفته‌اند.

نوشتار پیش‌رو به شناسایی این مبانی و چگونگی تأثیر آن‌ها بر این نظریه خواهد پرداخت.

مبانی مؤثر در نظریه انقلاب نسبت

با بررسی‌های صورت گرفته پنج سؤال و مسئله در اصول شناسایی شده است که نوع مبنای مورد پذیرش در آن‌ها به صورت مستقیم یا غیر مستقیم در نظریه انقلاب نسبت تأثیرگذار هستند. البته برخی از این مبانی آن گونه که از سوی علما ادعا شده است در پذیرش یا رد اصل نظریه انقلاب نسبت مؤثرند، و

برخی دیگر در ضابطه‌مندسازی این نظریه تأثیرگذار خواهند بود. این مباحث عبارت‌اند از:

۱. تعارض ادله در چه ناحیه‌ای و به چه لحاظی است؟
 ۲. آیا عام مخصص، حکم خاص را دارد؟
 ۳. تقدیم دلیل خاص بر عام بر اساس قوت ظهور است یا قرینیت؟
 ۴. منشأ جمع عرفی چیست؟
 ۵. آیا در عام و خاص متوافقین باید قائل به تخصیص شد؟
- در ادامه نحوه تأثیرگذاری مبانی مورد پذیرش در مسائل فوق بر نظریه انقلاب نسبت مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

مسئله اول: تعارض ادله در چه ناحیه‌ای و به چه لحاظی است؟

با توجه به این که تعارض همیشه بین دو دلیلی واقع می‌شود که شأنیت حجیت را دارا باشند و تعارض بین حجیت و لاجت بی‌معناست (کاظمی خراسانی، ۷/۴۷؛ هاشمی شاهرودی، محمود، ۷/۲۸۸-۲۸۹؛ هاشمی شاهرودی، علی، ۴/۳۷۵-۳۷۷؛ طباطبایی قمی، ۳/۱۹۸؛ حسینی شیرازی، ۹/۱۹۷-۱۹۸؛ مؤمن قمی، ۲/۵۰۸-۵۰۹)؛ ابتدا باید بتوان تشخیص داد تعارض ادله در چه ناحیه‌ای و به چه لحاظی است. از دیدگاه برخی (فرحی، ۴۳۶-۴۳۷) اختلاف در این باره از مواردی است که تأثیر مستقیم در پذیرش یا عدم پذیرش نظریه انقلاب نسبت نزد علما داشته است. ایشان درباره چگونگی تأثیر مبانی مختلف در نظریه انقلاب نسبت، می‌گویند: سه نظریه درباره این که تعارض ادله در چه ناحیه‌ای است مطرح شده است: ۱- تعارض بین ادله به لحاظ ظهورات ادله است (شیخ انصاری و محقق نائینی)؛ ۲- تعارض به لحاظ مراد جدی متکلم است، نه ظهور دلیل (مؤمن قمی، ۲/۵۰۸-۵۰۹)؛ ۳- تعارض بین ادله در ناحیه حجیت است، نه ظهور یا مراد جدی متکلم (فرحی، ۴۳۷-۴۳۶).

وی قائل است، با توجه به این اختلاف مبنا، توضیح و تبیین نظریه انقلاب نسبت نیز متفاوت خواهد بود، بدین صورت که:

۱. بنا بر مبانی اول که تعارض را در مرحله ظهور ادله تصویر می‌کند، باید گفت: همچنان که ظهور عام با وجود مخصص متصل تمام نیست، با وجود دلیل منفصل نیز این ظهور ناتمام است. در نتیجه وقتی عام با یک دلیل خاص ملاحظه می‌شود، ظهورش در ماعدای خاص شکل گرفته و این ظهور باید با عام دیگر سنجیده شود.
۲. تعارض بین ادله نسبت به ظهورشان نیست، بلکه در ناحیه مراد واقعی متکلم تعارض شکل

می‌گیرد. بنابراین دلیل عام با وجود خاص، کاشف از مراد واقعی متکلم نسبت به فرد خاص است، لذا این مراد واقعی باید با مراد واقعی دلیل عام دیگر سنجیده شود.

۳. تعارض بین ادله در ناحیه حجیت آن‌هاست نه ظهور یا مراد واقعیشان. بنابراین دلیل عام با وجود خاص در ماعدای خاص حجیت نیست تا قدرت معارضه با دلیل عام دیگر داشته باشد، بلکه این تعارض در ناحیه ماعدای خاص است (فرحی، ۴۳۶-۴۳۷).

اما به نظر می‌رسد در این سه احتمال و نظریه‌ای که مطرح شده است، خلطی صورت گرفته و نکته‌ای مغفول مانده است. زیرا این‌که بیان شده است ظهور ادله تعارض می‌کنند، دقیقاً مشخص نیست مراد کدام قسم ظهور است، ظهور تصویری؛ ظهوری تصدیقی اولی یا ظهور تصدیقی ثانی؟ زیرا اگر مراد کسی‌که می‌گوید تعارض در ظهور است، همان ظهور تصدیقی ثانی باشد، چیزی جز نظریه دوم نخواهد بود و ظهور تصدیقی ثانی همان مراد جدی و واقعی متکلم است. همچنین وقتی گفته می‌شود تعارض در حجیت است، یعنی نمی‌شود هر دو مراد جدی متکلم باشند. لذا نظریه سوم نیز با نظر دوم یکسان به نظر می‌رسد.

بنابراین اگر بخواهد صورت مسئله دقیق‌تر مطرح شود، باید این‌گونه پرسید:

تعارض بین ادله در کدام‌یک از اقسام ظهور شکل می‌گیرد؟ (ظهور تصویری، ظهور تصدیقی اولی، ظهور تصدیقی ثانی)

پاسخ به این سؤال در سه بخش متفاوت از علم اصول مورد بررسی قرار گرفته است. بخشی از مطالب، ذیل مباحث تعارض ادله مطرح شده است؛ برخی مطالب ذیل اصول لفظیه و اصاله الظهور بیان شده است و بخش دیگر در مباحث عام و خاص، که دلیل خاص منفصل در چه ناحیه‌ای از دلیل عام خدشه وارد می‌کند؟

درباره ظهور تصویری ظاهراً هیچ‌گونه اختلافی نیست که ارتباطی با مسئله تعارض و حجیت نداشته و محل سخن در دو مرحله ظهور تصدیقی است.

برخی موضوع حجیت در اصاله الظهور و همچنین محل تعارض ادله را ظهور استعمالی می‌دانند (حائری یزدی، ۱۶۸۲)^۱؛ و برخی ظهور جدی یا مراد واقعی متکلم (خراسانی، ۴۵۲؛ آشتیانی، ۴۸۴؛ قدسی، ۵۱۲/۳؛ صافی، ۳۳۲-۳۳۳؛ مؤمن قمی، ۵۰۸/۲-۵۰۹؛ فرحی، ۴۳۶-۴۳۷). این اختلاف در مسئله تخصیص دلیل عام به وسیله خاص نیز تأثیر مستقیم داشته و اختلاف مشهور بین شیخ انصاری و

۱ ایشان قائل است که دلیل منفصل تنها ظهور تصویری را از بین نمی‌برد، اما ظهور در اراده متکلم را از بین می‌برد. (این کلام ایشان مطلق است و ظاهراً شامل هر دو قسم ظهور تصدیقی در برابر ظهور تصویری می‌شود.) (حائری یزدی، ۶۸۲).

محقق خراسانی را منجر شده است.^۲ به گونه‌ای که شیخ قائل است تخصیص، ظهور دلیل عام را مطلقاً از بین می‌برد (انصاری، ۹۵/۴؛ کلاتری، ۱۳۳/۲)؛^۳ در برابر محقق خراسانی قائل است ظهور دلیل عام بعد از تخصیص نیز باقی است و تنها حجیت آن از بین می‌رود (خراسانی، ۴۵۲)؛^۴ به تعبیری از دیدگاه شیخ انصاری تخصیص حتی ظهور استعمالی عام را از بین می‌برد، لذا دلیل عام بعد از تخصیص دیگر ظهوری در عمومیت ندارد؛^۵ اما محقق خراسانی قائل است ظهور استعمالی عام باقی است و آنچه به وسیله تخصیص مرتفع می‌شود ظهور جدی و حجیت دلیل عام در مراد جدی متکلم است.

نتیجه این اختلاف مبنا نسبت به نظریه انقلاب نسبت چنین است:

اگر تعارض در ناحیه ظهور استعمالی ادله باشد، با نسبت سنجی بین دو دلیل مثلاً عام و خاص، دیگر ظهوری برای دلیل عام باقی نمی‌ماند تا بخواهیم ظهور عام را با دلیل سوم بسنجیم، بلکه آنچه باقی مانده نتیجه نسبت سنجی اول است که باید این نتیجه را با دلیل سوم سنجید، که همان انقلاب نسبت خواهد بود؛ اما بر اساس باقی ماندن ظهور دلیل عام و تنها مخدوش شدن حجیت آن؛ می‌توان آن ظهور را با دلیل سوم نیز سنجید، لذا دیگر نظریه انقلاب نسبت صحیح نخواهد بود.

بنابراین مشخص می‌شود اشکالی که محقق خراسانی به نظریه انقلاب نسبت مطرح کرده است، اشکالی مبنایی است و ایشان بر اساس مبنای فوق به نظریه انقلاب نسبت چنین اشکال می‌کند:

نسبت سنجی میان ادله بر اساس ظهورات است. با توجه به این‌که مخصص منفصل، ظهور (استعمالی) دلیل عام را از بین نمی‌برد، بلکه تنها حجیت آن را مخدوش می‌کند؛ نمی‌توان گفت نسبت دلیل عام پس از تخصیص با یکی از ادله خاص، با دلیل خاص دیگر متفاوت شود (خراسانی، ۴۵۲؛ آشتیانی،

۲ ممکن است ریشه این اختلاف، بازگشت به مبانی علما در مسئله اصول لفظیه داشته باشد؛ که اصول لفظی به چه اصلی باز می‌گردند؟ آیا اصلی‌ترین اصل لفظی اصاله الظهور است یا اصاله عدم قرینه؟ اگر تمام اصول به اصل اصاله عدم قرینه بازگشت داشته باشند، مشخص است که با وجود قرینه دیگر اصل عدم قرینه جاری نیست لذا اصل ظهور منتفی است و نقش قرینه منفصله از بین بردن اصل ظهور است اما بر اساس مبنای دیگر ظهور باقی است و تنها حجیت منتفی شده است.

البته مبدع این سخن کلام علامه مظفر است که هر چند اصل‌ترین اصل لفظی را اصاله الظهور می‌داند اما با این وجود قائل است قرینه اصل ظهور را با مشکل مواجه می‌کند نه حجیت آن را (رک: مظفر، ۱۴۵/۲ و ۱۵۱).

۳ علامه مظفر نیز با توجه به این‌که ظهور را تنها یک قسم (ظهور تصدیقی ثانی که دیگران مطرح کرده‌اند) می‌داند قائل است که قرینه هر چند منفصله اصل ظهور را از بین می‌برد. (مظفر، محمدرضا، ۱۴۳/۱ و ۱۴۶/۲).

۴ از دیگر کسانی که این نظریه را پذیرفته‌اند می‌توان به آقایان عراقی، محقق نائینی، آیت الله خویی و شهید صدر اشاره کرد (رک: بروجردی، ۵۱۵/۲ و ۴۲۴/۳؛ کاظمی خراسانی، ۵۷۹/۲؛ فیاض، ۳۲۰/۴؛ خویی، مصباح الأصول (مباحث الفاضل)، ۲/۳۵۸-۳۵۷؛ عبدالسائر، ۱۳۱/۷ و ۱۶۱ و ۱۶۶؛ حسینی حائری، ۶۲۵/۴).

۵ بر اساس این نظریه که دلیل خاص (متصل یا منفصل) ظهور عام را از بین می‌برد و به عام عنوان بدهد، حتی تفصیل بین مخصص متصل و منفصل در انقلاب نسبت بی‌معناست (رک: اسماعیل پور، ۴/۴۱۲).

۴۸۴؛ قدسی، ۵۱۲/۳؛ صافی، ۳۳۲-۳۳۳/۳؛ مؤمن قمی، ۵۰۸/۲^۶

نسبت به اشکال فوق می‌توان اشکالاتی را بیان کرد:

۱. این اشکال بنا بر مبنای شیخ که قائل است مخصص منفصل ظهور عام را مخدوش می‌کند، وارد نیست؛
۲. با فرض پذیرش مبنای محقق خراسانی، نیز می‌توان گفت بر اساس این مبنا ظهور تصدیقی ثانی یا همان مراد جدی مخدوش می‌شود و آنچه در مقام تعارض ادله مد نظر است، مراد جدی است. لذا با مخصص منفصل نیز ظهور دلیل عام در مقام معارضه منتفی است و دیگر قابل سنجش با دلیل دیگر نیست (آشتیانی، ۴۸۸؛ اراکی، ۴۷۲/۲؛ روحانی، ۳۸۰/۶).
۳. در ضمن چگونگی است که در مقام استنباط در پی کشف مراد جدی شارع هستید، اما در چنین مواردی به مراد استعمالی وی تمسک کرده و نسبت سنجی می‌کنید. وقتی دلیل خاصی مثلاً نسبت به یکی از دو دلیل عام قرینیت یا اظهریت دارد و بر آن مقدم می‌شود، کاشف از مراد جدی آن دلیل عام خواهد بود. وقتی مراد جدی شارع از دلیل عام مشخص شده است، به چه دلیل در نسبت سنجی میان آن دلیل عام با دلیل سوم، سراغ مراد استعمالی شارع می‌روید؟! به تعبیری دیگر وقتی تعارض را در مقام مراد جدی می‌دانید، دیگر نسبت سنجی در مقام مراد استعمالی بی‌معناست.^۷
۴. نکته دیگر این که دلیل اخص از مدعاست؛ چون این اشکال تنها در مخصصات منفصل مطرح است نه متصل، بنابراین با فرض وارد دانستن اشکال، باید درباره نظریه انقلاب نسبت قائل به تفصیل بین مخصص متصل و منفصل شد.^۸

۶ ظاهراً کسانی که استدلال فوق را مطرح کرده‌اند، نظریه انقلاب نسبت را در مخصص متصل پذیرفته‌اند. بنابراین استدلال ذکر شده خود مؤید این نکته است که تفصیل بین مخصص متصل و منفصل در نظریه انقلاب نسبت مورد قبول علماست و اختلاف در مخصص منفصل است.

۷ البته ممکن است با توجه به این که معلوم نیست کدام نسبت سنجی مقدم است، مراد جدی شارع کشف نمی‌شود لذا دلیل عام با هر دو دلیل خاص به صورت یکسان تخصیص می‌خورد تا مراد جدی کشف شود. اما در پاسخ باید گفت این مشکل به خاطر ضابطه‌مند نبودن انقلاب نسبت است و اگر بتوان این نظریه را ضابطه‌مند کرد، دیگر چنین اشکالی مطرح نیست. زیرا با تخصیص ابتدایی مراد جدی شارع کشف شده و دیگر نمی‌توان به ظهور استعمالی برای نسبت سنجی با دلیل سوم اخذ کرد.

۸ البته به نظر می‌رسد نظریه انقلاب نسبت در صورت وجود مخصص متصل مورد پذیرش همگان باشد و آنچه محل نزاع است مخصص منفصل است. در این صورت دیگر اشکال آخر مطرح نخواهد بود. شاهد بر این که نظریه انقلاب نسبت در صورت وجود مخصص متصل مورد پذیرش است دو کلام زیر است:

۱. مکارم شیرازی تصریح می‌کند که نزاع در انقلاب نسبت تنها در مخصص منفصل است و انقلاب نسبت در صورتی که یکی از دو مخصص متصل باشد مورد پذیرش همه است. لذا ایشان در پایان بحث می‌گویند حق این است که نظریه انقلاب نسبت مطلقاً مورد پذیرش نیست (رک: قدسی، ۵۱۱/۳ و ۵۱۳).

۲. شهید صدر نیز به این نکته تصریح می‌کند که بحث انقلاب نسبت در مخصص منفصل مطرح است و الا در مخصص متصل شکی نیست که ابتدا این مخصص اثر می‌گذارد و نتیجه با منفصل سنجیده می‌شود (رک: عبدالساتر، ۳۷۳/۷). علت این که در مخصص متصل این مسئله مطرح نمی‌شود این است که:

نظر نگارنده

با توجه به این که در این نوشتار در پی داوری میان مبانی نیستیم و تنها تأثیر مبانی مختلف در پذیرش و عدم پذیرش نظریه انقلاب نسبت را بیان می‌کنیم، به نظر می‌رسد اختلاف مبانی بین شیخ انصاری و محقق خراسانی در این بحث تأثیری نداشته و بر اساس هر دو مبنا می‌توان نظریه انقلاب نسبت را صحیح دانست، هر چند بر اساس مبانی شیخ انصاری تصویر و توضیح این نظریه آسان‌تر خواهد بود.

مسئله دوم: آیا عام مخصص حکم خاص را دارد؟

بر اساس پذیرش مخدوش شدن ظهور یا حجیت دلیل عام با تخصیص، سؤال دیگری مطرح می‌شود که پاسخ به آن نیز به عنوان یک مبنا و پیش فرض تأثیرگذار در پذیرش یا رد نظریه انقلاب نسبت از سوی برخی مطرح شده است: (هاشمی، ۸۰۶)

آیا دلیل عام پس از تخصیص، در حکم دلیل خاص است؟ یعنی تمام احکام و آثاری که بر دلیل خاص ابتدایی بار می‌شود، بر عام مخصص نیز تطبیق می‌شود؟

برخی قائل اند پذیرش و عدم پذیرش نظریه انقلاب نسبت مبتنی بر این پیش فرض است که آیا عام مخصص همان خصوصیات دلیل خاص را دارد یا خیر؟ اگر عام مخصص را مانند دلیل خاص بدانیم نظریه انقلاب نسبت صحیح است و الا فلا. (هاشمی، ۸۰۶)

از نظر ایشان اگر عام مخصص احکام دلیل خاص را داشته باشد، می‌تواند موجب تغییر نسبت دلیل اول با دلیل سوم شود. چون دلیل خاص بر دلیل عام از باب اقوانیت ظهور یا قرینیت مقدم است و با توجه به این که دلیل عام مخصص همچون دلیل خاص است، بر دلیل عام دیگر مقدم شده و موجب تخصیص آن می‌شود. اما اگر عام مخصص احکام دلیل خاص را نداشته باشد، و وجه تقدیم دلیل خاص بر عام اقوانیت ظهور باشد، برخی قائل اند نظریه انقلاب نسبت ناتمام خواهد بود. چون تقدم دلیل خاص بر عام به خاطر اقوانیت ظهور، از احکام دلیل خاص است و در دلیل عام مخصص چنین تقدیمی ثابت نیست (هاشمی، ۸۰۶).

با توجه به مطالب مطرح شده، مشخص شد برای نتیجه‌گیری درباره مبانی مطرح شده، می‌بایست به یک مبانی دیگر در علم اصول اشاره کرد و بر اساس نظریه مورد اتخاذ در آن، ادامه سخن را پی گرفت.

تعارض ادله بین ظهور آن‌هاست حال چه تعارض را در مرحله ظهور استعمالی بدانیم یا ظهور جدی، اما با وجود قرینه متصله برای دلیل ظهوری در غیر آن شکل نمی‌گیرد که بخواهد با ادله دیگر سنجیده شود (رک: خمینی، ۳۳/۲؛ روحانی، ۳۸۳/۶؛ ایروانی، ۳۲۹/۴).

به عبارت دیگر دلیل عام و مخصص متصل، دو دلیل محسوب نمی‌شوند که تعارض بین سه دلیل مطرح شود، بلکه این دو دلیل در واقع یک دلیل بوده و با دلیل دیگر تعارض می‌کنند (رک: تبریزی، ۶۱۸).

مسئله سوم: تقدیم دلیل خاص بر عام بر اساس قوت ظهور است یا قرینیت؟

از جمله مبانی مطرح در رابطه عام و خاص، وجه تقدیم دلیل خاص بر عام است. در این باره دو مبنای معروف و مشهور وجود دارد (هاشمی شاهرودی، محمود، ۱۹۰/۷-۱۹۳؛ فرحی، ۴۱۱؛ لجنه تألیف القواعد الفقهیه و الأصولیه التابعه لمجمع فقه اهل البیت علیهم السلام، ۴۵۶-۴۵۷). برخی وجه تقدیم دلیل خاص را اظهاریت آن نسبت به دلیل عام می‌دانند^۹ و برخی وجه تقدیم را قرینیت دلیل خاص دانسته‌اند.^{۱۰} تفاوت این دو مبنا در این است که بنابر مبنای دوم همیشه دلیل خاص بر دلیل عام مقدم است، زیرا همیشه قرینه بر ذوالقرینه تقدم دارد. اما بنابر مبنای اول اگر در مواردی ظهور دلیل عام اقوای از ظهور دلیل خاص باشد دیگر دلیل خاص نمی‌تواند موجب تخصیص دلیل عام شود.^{۱۱}

چگونگی تأثیر دو مبنا در پذیرش یا رد نظریه انقلاب نسبت چنین بیان شده است:

اگر ما دلیل عام مخصص را همچون دلیل خاص ندانیم، وجه تقدیم دلیل خاص بر عام را نیز اقوایت ظهور بدانیم، نظریه انقلاب نسبت ناتمام خواهد بود. چون اقوایت ظهور تنها بین دو دلیل عام و خاص مطرح است و چنین ضابطه و مبنایی نسبت به عام مخصص جاری نیست. به تعبیری دلیل عامی که با یک دلیل خاص، تخصیص زده شود، نمی‌تواند بر مبنای اظهاریت بر دلیل دیگر مقدم شود. لذا نظریه انقلاب نسبت ناتمام خواهد بود. (هاشمی، ۸۱۴)^{۱۲}

نظر نگارنده

ادعای ملازمه بین سرایت احکام دلیل خاص به عام مخصص و پذیرش نظریه انقلاب نسبت و بالعکس ملازمه بین عدم سرایت احکام دلیل خاص به عام مخصص و رد نظریه انقلاب نسبت، به نظر ناتمام است. در میان علما کسانی وجود دارند که دو نظریه متفاوت را در دو بحث فوق قائل شده‌اند. محقق خراسانی که به ادعای مطرح کننده این دو مبنا قائل است، دلیل عام مخصص تمام خصوصیات دلیل خاص

۹ از نظر وحید بهبهانی (بهبهانی، ۱۹۶)، شیخ انصاری (انصاری، ۴/ ۱۴-۱۵)، محقق خراسانی (خراسانی، ۲۱۸ و ۴۳۸-۴۳۹)، آغاضیاء عراقی (بروجردی، ۲/ ۵۱۵ و ۴ قسم ۱۳۵/۲ و ۱۴۲)، حائری (حائری یزدی، ۶۴۰)، بروجردی (طباطبایی، ۲/ ۲۸۰) و برخی دیگر از اصولیان (حلی، ۱۲/ ۲۷؛ خرازی، ۴/ ۲۲۸)، ملاک تقدیم دلیل خاص بر عام، اقوایت ظهور خاص نسبت به عام است.

۱۰ این نظریه منسوب به محقق نائینی (خویی، ۲/ ۵۰۹؛ کاظمی خراسانی، ۴/ ۷۲۰؛ تقوی اشتهاردی، ۴/ ۴۶۴)، علامه مظفر (مظفر، ۲/ ۲۳۳)، خویی (مصباح الأصول (مباحث الفاظ)، ۲/ ۵۱۷؛ مصباح الأصول (مباحث حجج و امارات)، ۲/ ۳۵۲)، شهید صدر (صدر، ۲/ ۵۵۴) و برخی دیگر از اصولیان (جزایری، ۸/ ۲۹۱) است.

۱۱ این تفاوت در نتیجه، در ضابطه‌مندسازی نظریه انقلاب نسبت مؤثر خواهد بود، که در جای خود توضیح آن خواهد آمد.
۱۲ این مبنا از کلمات برخی دیگر نیز به دست می‌آید که قائل‌اند عام مخصص به نسبت دلیل عام دیگر اقوایت ظهور ندارد (رک: ایروانی، ۴/ ۳۳۱).

را دارد (هاشمی، ۸۰۶)، با این وجود نظریه انقلاب نسبت را نپذیرفته است. زیرا از نظر محقق خراسانی تقدیم تخصیص یکی از دو عام بر دیگری ترجیح بلامرجح و بدون ضابطه است (خراسانی، ۴۵۲). اما درباره وجه تقدیم دلیل خاص بر عام نیز به نظر می‌رسد چه این تقدیم از باب اقوانیت ظهور باشد یا به خاطر قرینیت دلیل خاص باشد، بازهم دلیل عام مخصص نسبت به دلیل عام دیگر مقدم خواهد بود. توضیح مطلب: چنانچه بیان شد تعارض بین دو دلیل در مقام مراد جدی و ظهور تصدیقی ثانی است. بنابراین اگر وجه تقدیم دلیل خاص بر عام را اقوانیت ظهور بدانیم این مبنا در عام مخصص نیز جاری است. چون دلیل عام مخصص ظهور در مراد جدی خاص پیدا می‌کند و غالباً چنین ظهوری از ظهور دلیل عام دیگر قوی‌تر است. و از نظر عرف این اقوانیت بین هر مضمون خاصی نسبت به مضمون عام، غالباً وجود دارد. نتیجه این که چه احکام و خصوصیات دلیل خاص را در عام مخصص جاری بدانیم یا خیر، اقوانیت ظهور خاص (خاص ابتدایی یا عام مخصص) از نظر عرف ثابت است. لذا نظریه انقلاب نسبت حتی بر اساس این مبنا قابل طرح و پذیرش است.

اما اگر وجه تقدیم خاص بر عام، قرینیت خاص برای عام باشد نیز ظاهر! باید نظریه انقلاب نسبت را ممکن دانست، هر چند قائل شویم احکام دلیل خاص نسبت به عام مخصص جاری نیست. وجه آن نیز روشن است. زیرا از نظر عرف هر دلیل خاصی (خاص ابتدایی یا عام مخصص) نسبت به دلیل عام مقابل، نقش قرینیت را داراست و در قرینیت بین عام مخصص و دلیل خاص از دیدگاه عرف تفاوتی وجود ندارد. اما برخی بر اساس مبنای قرینیت چنین اشکال کرده‌اند:

بافرض تعارض بین دو حجت (مراد جدی) باشد، نه بین ظهورات (مراد استعمالی)، اما قرینه بودن یک دلیل نسبت به دلیل دیگر، به لحاظ ظهور استعمالی آن است نه ظهور حجت آن، بنابراین دلیل سوم نیز باید با ظهور استعمالی دو دلیل دیگر سنجیده شود، نه با ظهور حجت آن. و این مطلب مطابق با مرتکزات عرف است (ایروانی، ۴ / ۳۳۰). به عنوان مثال اگر سه دلیل «صل خلف کل مسلم»؛ «لاتصل خلف الفاسق» و «لاتصل خلف شارب الخمر» داشته باشیم، هر چند دلیل سوم موجب می‌شود که مراد جدی از دلیل دوم، فاسق شارب خمر باشد، اما قرینه بودن دلیل دوم به نسبت دلیل اول در مرحله حجیت نیست تا این نتیجه اخص را با دلیل عام اول بسنجیم، بلکه قرینیت دلیل دوم در مقایسه با دلیل اول به لحاظ ظهور استعمالی آن است که آن هم در مثال ظهور همان فاسق است نه فاسق شارب خمر. لذا فاسق در دلیل دوم قرینه بر این است که مراد جدی از مسلم در دلیل اول همان مسلم غیر فاسق یا به تعبیری مسلم عادل است. در پاسخ باید گفت: آنچه در تقدیم دلیل خاص بر دلیل عام مهم است، اقوانیت یا قرینیت دلیل خاص به لحاظ مراد جدی و مقام حجیت است و الا در مقام ظهور استعمالی دو دلیل هیچ‌گونه تفاوتی با یکدیگر

نخواهند داشت. چون علت اقوانیت ظهور یا قرینیت دلیل خاص نسبت به دلیل عام، این است که می‌دانیم متکلم حصه خاص را مد نظر داشته است و این در مقام مراد جدی است. بنابراین زمانی که از مراد جدی متکلم در دلیل دوم کشف کردیم که وی عالم نحوی فاسق را اراده کرده است، این مراد جدی در حصه خاص، بر دلیل اول از باب اظهریت یا قرینیت مقدم است و موجب تخصیص آن خواهد شد.^{۱۳}

البته این نکته که عرف چنین مسئله‌ای را نمی‌پذیرد (ایروانی، ۳۳۱/۴)، ریشه در عدم ضابطه‌مندی نظریه انقلاب نسبت و ترجیح بلامرجح یک نسبت‌سنجی در برابر نسبت‌سنجی دیگر دارد. لذا به نظر می‌رسد اگر این نظریه را بتوان ضابطه‌مند کرد، چنین تقدیم و ترجیحی از سوی عرف نیز مورد قبول واقع شود.

مسئله چهارم: منشأ جمع عرفی چیست؟

ممکن است بتوان عمده نکته درباره پذیرش یا رد نظریه انقلاب نسبت را جمع عرفی دانستن آن دانست. به تعبیری اگر نظریه انقلاب نسبت را از مصادیق جمع عرفی بدانیم، بر اساس قاعده الجمع مهما ممکن اولی من الطرح، می‌بایست این نظریه را پذیرفت. اما نکته‌ای در این باره مطرح است که، صرف جمع عرفی دانستن نظریه انقلاب نسبت ممکن است مشکلی را حل نکند. زیرا یکی از عمده اشکالاتی که به این نظریه مطرح شده است، ترجیح بلامرجح بودن تقدیم نسبت‌سنجی بین دو دلیل بر سایر نسبت‌سنجی‌های ممکن است (آشتیانی، ۴۸۴؛ حسینی شیرازی، ۱۹۱/۹؛ صافی، ۳۳۳/۳؛ فرحی، ۴۳۸) و این مشکل در صورتی بر طرف می‌شود که بتوان این نظریه را ضابطه‌مند کرد.

از نگاه برخی اصولیان ضابطه‌مندسازی این نظریه متوقف بر این مبنا است که منشأ جمع عرفی را چه بدانیم. ایشان برای جمع عرفی، دو منشأ را بیان می‌کنند: ۱- منشأ جمع عرفی بین ادله، اقوانیت ظهور است؛ ۲- منشأ جمع عرفی، شاهد جمع خارجی است.

۱۳ تعبیر دیگری که ممکن است بر اساس آن این مسئله را در کلمات اصولیان ردیابی کرد، چنین است: آیا دلیل خاص (متصل یا منفصل) به دلیل عام عنوان می‌دهد یا خیر؟ اگر بپذیریم که دلیل خاص مطلقاً به دلیل عام عنوان می‌دهد نظریه انقلاب نسبت قابلیت طرح خواهد داشت، و بالعکس اگر عنوان‌دهی دلیل خاص به عام را مطلقاً نپذیریم، ممکن است به نظریه انقلاب نسبت ایراداتی را وارد دانست. صورت سومی که متصور است تفصیل بین مخصص متصل و منفصل است. اگر قائل شویم دلیل مخصص متصل به عام عنوان می‌دهد اما دلیل منفصل چنین ویژگی را ندارد، می‌بایست در نظریه انقلاب نسبت بین مخصص متصل و منفصل قائل به تفصیل شد و این نظریه را در مخصصات متصل پذیرفت، اما در مخصصات منفصل اشکالاتی به آن مطرح است.

برخی دانشیان اصول به این نکته اشاره کرده و چنین گفته‌اند: اگر دلیل خاص (متصل و منفصل) ظهور دلیل عام را از بین ببرد و به عام عنوان بدهد دیگر در نظریه انقلاب نسبت تفصیل بین مخصص متصل و منفصل بی‌معناست (اسماعیل پور، ۴/۴۱۲).

به گفته این اصولیان اگر منشأ جمع عرفی، شاهد خارجی باشد، ضابطه مند کردن نظریه انقلاب نسبت بسیار دشوار و سخت بوده و به تشخیص فقیه بر می‌گردد؛ اما اگر منشأ، اقوانیت ظهور باشد، می‌توان آن را ضابطه مند کرد و مواردی که انقلاب نسبت در آن صحیح است را شناسایی کرد (آشتیانی، ۴۸۸).

نظر نگارنده

به نظر می‌رسد اگرچه بنا بر مبنای اقوانیت ظهور، شناسایی ضوابط برای تعیین تقدیم و تأخیر یک نسبت سنجی آسان تر است، اما این بدان معنا نیست که بنا بر مبنای شاهد خارجی دیگر امکان چنین ضابطه مندسازی وجود نداشته باشد. چنانچه در کلام بالا نیز به دشواری این ضابطه مندسازی بر اساس مبنای شاهد خارجی تصریح شده است نه استحاله و عدم امکان آن. بنابراین صرف دشواری مسئله، نمی‌تواند موجب شود که از سعی و تلاش نسبت به شناسایی ضوابط و شواهد خارجی برای نسبت سنجی دقیق، کاسته شود. زیرا به نظر می‌رسد دو مبنای مطرح شده در برابر یکدیگر نباشند؛ بلکه برای جمع عرفی به هر دو روش و بر اساس هر دو مبنا می‌بایست عمل شود، چنانچه همین گونه نیز عمل شده است (رک: انصاری، ۳۱۰/۱؛ آشتیانی، ۴۷۴؛ لجنه تألیف القواعد الفقهیه و الأصولیه التابعه لمجمع فقه اهل البیت علیهم السلام، ۴۷۰؛ موسوی بجنوردی، ۱/۱۵۹). به تعبیری در موارد جمع عرفی، یا باید نوع جمع بین ادله به گونه‌ای باشد که عرف آن را بپذیرد و یا اگر چه جمع از نظر عرف مورد پذیرش نیست، اما قرائن و شواهدی بر جمع ارائه شده وجود دارد که عرف با توجه به قرائن موجود، چنین جمعی را می‌پذیرد. مثلاً گاهی علما بین دو روایت جمع می‌کنند که عرف بخودی خود چنین جمعی را نمی‌پذیرد، اما با توجه به وجود روایت سومی که شاهد جمع (شاهد خارجی) بین دو روایت است، چنین جمعی مقبول و مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

بنابراین بر اساس هر دو مبنا باید در پی کشف ضابطه‌هایی جهت تعیین اولویت در نسبت سنجی باشیم، که اگر چنین ضابطه‌هایی به دست آید، عمده اشکال نظریه انقلاب نسبت که همان ترجیح بلا مرجح است بر طرف خواهد شد.

مسأله پنجم: آیا در عام و خاص متوافقین باید قائل به تخصیص شد؟

از دیگر مبانی پر فایده در ضابطه مندسازی نظریه انقلاب نسبت، این است که آیا با دو دلیل عام و خاص متوافقین نیز همچون مطلق و مقید متوافقین، تعامل می‌شود یا خیر؟
دو نظریه در این باره مطرح شده است:

۱. مشهور اصولیان قائل اند که دلیل خاص موافق با دلیل عام تنافی نداشته و موجب تخصیص آن نمی‌شود، بلکه دلیل خاص حمل بر استحباب و تأکید نسبت به فرد خاص می‌شود. بر این مسئله ادعای اجماع نیز شده است (رک: طباطبایی حکیم، ۵۵۲/۲؛ اراکی، ۴۷۲-۴۷۳؛ مؤمن قمی، ۵۱۴/۲-۵۱۵، قمی، ۱۸۹/۱؛ میرزای قمی، ۱۹۰/۲؛ جابلقی، ۱۷۳/۱ و ۳۰۹/۲؛ موسوی قزوینی، ۲۵۲؛ حیدری، ۱۶۹؛ کرباسی، ۳۸۸). البته برخی این قید را اضافه کرده‌اند که اگر قرینه‌ای بر تخصیص و اراده متکلم وجود داشته باشد که مد نظر وی فرد خاص بوده است، تخصیص دلیل عام به وسیله خاص موافق را می‌پذیریم (قمی، ۱۸۹/۱).

۲. برخی در مسئله تفصیل داده‌اند که اگر وحدت مطلوب بین دلیل عام و خاص احراز شود، دلیل عام حمل بر خاص می‌شود، اما اگر وحدت مطلوب احراز نشود، حمل بر استحباب و تأکید می‌شود (اسماعیل پور، ۴۱۳/۳).

نتیجه این اختلاف مبنا در ضابطه مند کردن نظریه انقلاب نسبت، بروز می‌کند. زیرا اگر قائل شویم در چنین مواردی دلیل خاص حمل بر استحباب و تأکید می‌شود و تنافی و تعارضی با دلیل عام ندارد، باید رابطه بین دلیل خاص با عام مخالف را سنجید یا اگر دو خاص داریم ابتدا رابطه دلیل خاص مخالف را با عام سنجید، سپس رابطه نتیجه با دلیل خاص موافق؛ اما اگر دلیل خاص موافق را همچون خاص مخالف، مخصص دلیل عام بدانیم، نسبت دلیل خاص با دو عام موافق یا مخالف یا دو دلیل خاص موافق و مخالف با دلیل عام یکسان خواهد بود و از این حیث تفاوتی در نسبت سنجی بین ادله ایجاد نخواهد شد.

به تعبیری بر اساس نظریه عدم تخصیص، ضابطه‌ای خواهیم داشت که ابتدا دلیل عام مخالف با خاص تخصیص می‌خورد و نتیجه با دلیل عام موافق سنجیده می‌شود؛ اما بنابر نظریه تخصیص، چنین ضابطه‌ای نبوده و باید بر اساس سایر ضوابط شناسایی شده نسبت به تقدیم یک نسبت سنجی بر نسبت سنجی دیگر اقدام کرد.

نتیجه‌گیری

از میان مبانی مطرح شده، سه مبناي اول از سوی برخی دانشیان اصولی به عنوان مبانی تأثیرگذار در پذیرش یا رد نظریه انقلاب نسبت مطرح شده بود، که به نظر می‌رسد این سخن ناتمام باشد و بر اساس هر یک از مبانی متخذ در سه مبحث مطرح شده، می‌توان قائل به نظریه انقلاب نسبت شد. بر این اساس اشکالات مبانی مطرح شده به نظریه انقلاب نسبت، ناتمام بوده و از حیث مبانی و پیش فرض‌ها این نظریه با مشکل مواجه نیست. بنابراین باید به سایر اشکالات مطرح شده درباره این نظریه توجه ویژه کرد که آیا

اشکالات دیگر بر آن وارد است یا خیر؟

اما دو مبنای اخیر چنانچه بیان شد در اصل پذیرش این نظریه تأثیرگذار نیستند، بلکه در مقام پاسخ به این سؤال که آیا می‌توان نظریه انقلاب نسبت را ضابطه‌مند کرد یا خیر، مؤثرند. البته چنین تأثیری بسیار قابل توجه است و نمی‌توان به راحتی از کنار آن گذشت. زیرا عمده اشکال این نظریه که موجب شده است، مورد اقبال دانشجویان اصول قرار نگیرد و اشکالاتی را متوجه این نظریه کند، ضابطه‌مند نبودن نظریه انقلاب نسبت و اشکال ترجیح بلا مرجح است. حال آن‌که مشخص شد بر اساس پذیرش این مبنا که منشأ جمع عرفی، اقوانیت ظهور است می‌توان ظوابطی را برای تسهیل امر نسبت‌سنجی بین ادله، شناسایی کرد. و بر اساس مبنا دیگری که منشأ جمع عرفی را شاهد جمع خارجی می‌داند هر چند این ضابطه‌مندی با مشکلاتی مواجه خواهد کرد، و وظیفه اصولیان را در شناسایی ظوابط سنگین‌تر و شناسایی خود ضوابط را سخت‌تر خواهد کرد؛ اما همچنان این ضابطه‌مندی ممکن خواهد بود.

همچنین اگر در عام و خاص متوافقی قائل به تخصیص شویم، دایره ضابطه‌های شناسایی شده کوچک‌تر خواهد شد و یکی از ضابطه‌های معرفی شده در این باره قابلیت جریان خود را از دست خواهد داد.

بنابراین پذیرش هر یک از مبانی مطرح در دو مسئله اخیر، در اصل ضابطه‌مندی یا دایره ضابطه‌های شناسایی شده برای نظریه انقلاب نسبت تأثیرگذار خواهند بود.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایه الأصول*، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
 آشتیانی، محمود، *حاشیه علی درر الفرائد*، قم، مؤلف، چاپ اول، بی‌تا.
 اراکی، محمد علی، *أصول الفقه*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۳۷۵.
 اسماعیل‌پور، محمد علی، *مجمع الأفكار و مطرح الأنظار*، قم، المطبعة العلمیه، چاپ اول، ۱۳۹۵ ق.
 انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چاپ نهم، ۱۴۲۸ ق.
 ایروانی، باقر، *الحلقه الثالثه فی أسلوبها الثانی*، تهران، قلم، چاپ اول، ۲۰۰۷ م.
 بروجردی، محمد تقی، *نهاية الأفكار*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
 تبریزی، موسی، *أوثق الوسائل فی شرح الرسائل*، قم، کتابی نجفی، چاپ اول، ۱۳۶۹ ق.
 تقوی اشتهاردی، حسین، *تقیح الأصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
 جابلقی، محمد شفیق، *القواعد الشریفه*، قم، مؤلف، چاپ اول، بی‌تا.
 حائری یزدی، عبدالکریم، *درر الفوائد*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.

- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الأصول* (مباحث الفاظ)، قم، مكتبة الداوری، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.
- _____، *مصباح الأصول* (مباحث حجج و امارات)، قم، مكتبة الداوری، چاپ پنجم، ١٤١٧ ق.
- حسینی حائری، كاظم، *مباحث الأصول*، قم، مطبعة مركز النشر - مكتب الإعلام الإسلامي، چاپ اول، ١٤٠٨ ق.
- حسینی شیرازی، صادق، *بیان الأصول*، قم، دار الأنصار، چاپ دوم، ١٤٢٧ ق.
- حلی، حسین، *أصول الفقه*، قم، مكتبة الفقه و الأصول المختصة، چاپ اول، ١٤٣٢ ق.
- حیدری، علی نقی، *أصول الاستنباط*، قم، لجنة إداره حوزة العلمیه، چاپ اول، ١٤١٢ ق.
- خرازی، محسن، *عمدة الأصول*، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.
- خمینی، روح الله، *الرسائل*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، ١٤١٠ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *أجود التقریرات*، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ١٣٥٢.
- روحانی، محمد صادق، *زیده الأصول*، تهران، حدیث دل، چاپ دوم، ١٣٨٢.
- صافی، لطف الله، *بیان الأصول*، قم، دائرة التوجیه و الارشاد الدینی فی مكتب المرجع الدینی آیه الله العظمی الشیخ لطف الله الصافی الكلیپاگانی، چاپ اول، ١٤٢٨ ق.
- صدر، محمد باقر، *دروس فی علم الأصول*، قم، مؤسسه النشر الإسلامي، چاپ پنجم، ١٤١٨ ق.
- طباطبایی حکیم، محمد سعید، *الكافی فی أصول الفقه*، بیروت، دار الهلال، چاپ چهارم، ١٤٢٨ ق.
- طباطبایی قمی، تقی، *آراؤنا فی أصول الفقه*، قم، محلاتی، چاپ اول، ١٣٧١.
- طباطبایی، محمد حسین، *حاشیة الكفایة*، قم، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، چاپ اول، بی تا.
- عبدالساتر، حسن، *بحوث فی علم الأصول*، بیروت، الدار الإسلامیه، چاپ اول، ١٤١٧ ق.
- فرجی، سید علی، *تحریر الأصول*، قم، مكتبة الداوری، چاپ اول، ١٣٨٦ ق.
- فیاض، محمد اسحاق، *محاضرات فی أصول الفقه*، قم، مؤسسة احیاء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.
- قدسی، احمد، *أنوار الأصول*، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ١٤٢٨ ق.
- قمی، ابوالقاسم، *قوانین المحکمه فی الأصول*، قم، أحیاء الكتب الإسلامیه، چاپ اول، ١٤٣٠ ق.
- قمی، غلامرضا، *قلائد الفرائد*، قم، مؤسسه میراث نبوت، چاپ اول، ١٤٢٨ ق.
- کاظمی خراسانی، محمد علی، *فوائد الأصول*، قم، جامعه مدرسین حوزة علمیه قم، چاپ اول، ١٣٧٦.
- کرباسی، محمد ابراهیم، *إشارات الأصول*، چاپ اول، بی تا.
- کلاتری، ابوالقاسم، *مطرح الأنظار*، قم، مجمع الفكر الإسلامی، چاپ دوم، ١٣٨٣.
- لجنة تألیف القواعد الفقهیه و الأصولیه التابعه لمجمع فقه اهل البيت علیهم السلام، *قواعد أصول الفقه علی مذهب الإمامیه*، قم، مجمع العالمی لاهل البيت علیهم السلام، مركز الطباعة و النشر، چاپ دوم، ١٤٢٧ ق.
- مروج جزائری، محمد جعفر، *منتهی الدراییة فی توضیح الكفایة*، قم، مؤسسه دار الكتاب، چاپ چهارم، ١٤١٥ ق.
- مظفر، محمد رضا، *أصول الفقه*، قم، اسماعیلیان، چاپ پنجم، ١٣٧٥.

- موسوی بجنوردی، محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، موسسه چاپ و نشر عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ق.
- موسوی قزوینی، ابراهیم، *ضوابط الأصول*، قم، مؤلف، چاپ اول، ۱۳۷۱ ق.
- مؤمن قمی، محمد، *تسلید الأصول*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل، *الفوائد الحائریة*، قم، مجمع الفكر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- هاشمی شاهرودی، علی، *دراسات فی علم الأصول*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *بحوث فی علم الأصول*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- هاشمی، سید هاشم، *تعارض الأدله و اختلاف الحدیث*، نسخه الکترونیک.

بررسی انتقادی قاعده لا دية لمن قتلته الحد*

سید حسین قندیلی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghandilihosein@gmail.com

دکتر علیرضا عابدی سرآسیا^۱

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: a-abedi@um.ac.ir

چکیده

یکی از قواعد فقهی که در حوزه فقه جزایی دارای کاربرد است قاعده «لا دية لمن قتلته الحد» است. طبق نظر مشهور فقهای شیعه و همچنین ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی مفاد قاعده بر نفی کلی ضمان نسبت به کسی که بر اثر اجرای حد شرعی کشته شده دلالت می‌کند. مهم‌ترین ادله قول مشهور روایاتی است که صراحت در نفی کلی ضمان دارد. بر این اساس، روایات مطرح شده ادله حرمت خون مسلمان را تخصیص می‌زنند. چنانچه ادله حرمت خون مسلمان آبی از تخصیص شناخته شود و همچنین در صراحت روایات مطرح از سوی قائلان به نفی کلی ضمان خدشه شود، در این صورت می‌توان مستندات قاعده را به وسیله ادله حرمت خون مسلمان تخصیص زد و ضمان را صرفاً از عهده مجری حد برداشت و دیه چنین فردی را از بیت المال پرداخت کرد. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی به بررسی این احتمال و ادله آن، نقد نظر مشهور و سایر اقوال، قلمرو و ضوابط اجرای قاعده و نیز رابطه آن با قواعد مشابه پرداخته است.

همچنین مطابق با هر دو دیدگاه این قاعده را می‌توان به قصاص سرایت داد ولی سرایت آن به تعزیرات براساس دیدگاه مشهور مبنی بر این که مفاد قاعده، نفی کلی ضمان می‌باشد قابل خدشه و مورد اختلاف است. با توجه به نظریه مطرح شده در این نوشتار، در همه حدود و تعزیرات چنانچه اجرای مجازات منجر به مرگ شود بیت المال ضامن خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: حدود، قاعده لا دية لمن قتلته الحد، قصاص، ضمان، تعزیرات، ضمان قتل.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۹/۰۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۰۷.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از قواعد فقهی باب حدود، قاعده «لا دية لمن قتله الحد» است که می‌توان از آن به قاعده «نفی دیه از کشته مجازات» تعبیر کرد. این قاعده با وجود اینکه بسیار مهم و مربوط به جان انسان‌ها است اما در کتب قواعد فقهی به عنوان یک قاعده کمتر مورد بحث قرار گرفته است. لذا ضروری به نظر می‌رسد تا به عنوان یک قاعده فقهی و به صورت مستقل مطرح شود و اقوال موجود، مستندات، قلمرو و ضوابط اجرای این قاعده و نیز رابطه آن با قواعد مشابه مورد بررسی قرار بگیرد.

از این قاعده با عناوین مختلفی تعبیر شده است؛ از جمله: «لا دية لمن قتله الحد» (مصطفوی، ۲۳۵) و «من قتله الحد فلا دية له»، (شیرازی، ۲۰۵) در تسهیل المسالک آمده است: «من قتله الحد فلا دية له ... و من قتله القصاص بأمر الإمام فلا دية له فی قتل و لا جراحة.» (کاشانی، ۱۷).

همچنین این قاعده در کتب فقهی به عنوان یک مسئله شرعی و با عناوین تقریباً مشابهی بیان شده است. مثلاً ابن زهره حلّی بیان می‌کند: «لا دية لمقتول الحدود و الآداب المشروعة» (ابن زهره، ۴۲۰) و علامه حلّی می‌نویسد: «من قتله الحد أو التعزیر فلا دية له» (علامه حلّی، ۱۵۸/۴) و یا شهید اول می‌فرماید: «من قتله الحد أو التعزیر فهدر.» (اللمعه، ۲۶۰). در تحریر الوسیله آمده است: «سرایة الحد لیست مضمونة لا علی الحاكم و لا علی الحداد» (امام خمینی، ۴۸۹/۲) و سید عبد الاعلی سبزواری می‌نویسد: «کل من قتله الحد فلا ضمان.» (سبزواری، ۲۹۱/۲۷).

مفاد قاعده

همان طور که از نام این قاعده پیداست، مفاد آن، مربوط به جایی است که فردی بر اثر اجرای حدود شرعی بمیرد بنابراین نظر مشهور فقهای شیعه این قاعده، دلالت بر هدر بودن خون او داشته، هیچ گونه دیه و یا قصاص نفس در کار نخواهد بود (صاحب جواهر، ۴۱/۴۷۰). یکی از فقه‌پژوهان معاصر این قاعده را چنین بیان فرموده‌اند: «هرگاه قتلی در نتیجه اقامه حد رخ دهد، برای آن، دیه‌ای وجود ندارد.» (مصطفوی، ۲۳۵)؛ یعنی هیچ کسی ضامن خون مقتول نیست. اگر چه روایات و نیز عبارات فقها دیه را به طور کلی و اجمالی نفی کرده‌اند اما امام خمینی تصریح می‌کنند که نه حاکم شرع و نه مجری حد، هیچ یک، ضامن نیستند (۴۸۹/۲). همچنین همان گونه که گذشت، در برخی تعابیر، عنوان تعزیر و قصاص نیز ذکر شده است. بنابر پذیرش این نکته می‌توان مفاد قاعده را این گونه بیان داشت که اگر کسی بر اثر اجرای یکی از مجازات‌های اسلامی (حد، تعزیر، یا قصاص) کشته شود، خون وی هدر است. با بررسی آثار فقها می‌توان مفاد این قاعده را به دو صورت ایجابی یعنی هدر بودن، و سلبی یعنی عدم ضمان بیان کرد: (۱) کسی که بر

اثر اجرای حد، تعزیر، یا قصاص بمیرد، خورش هدر است؛ ۲) هیچ کس ضامن خون کسی که بر اثر اجرای حد، تعزیر، یا قصاص کشته شده نیست. البته مراد از حد، حدود پایین تر از سلب حیات است. ظاهر این مسئله در عبارات فقها به صراحت نیامده اما از این که برای اجرای قاعده قیودی همچون عدم تجاوز و عدم غفلت ذکر شده معلوم می شود محل بحث حدود پایین تر از سلب حیات است زیرا مطرح نمودن چنین قیودی در سلب حیات معنا ندارد. همچنین در ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی این قید به صراحت بیان شده است.

توضیح مفردات قاعده

۱. لا

لا برای نفی جنس است پس معنای عبارت، نفی مطلق دیه از کسی است که بر اثر اجرای حد شرعی کشته شده است.

۲. دیه

دیه در اصل از مصدر ودی است که «ها» جانشین «واو» در اول کلمه شده است و به حقی که به مجتبی علیه پرداخت می شود اطلاق می گردد (مشکینی، ۲۴۸). همچنین در قرآن کریم به عنوان خون بهای مقتول مطرح شده است (النساء: ۹۲). در اصطلاح فقهی مالی است که به جنایت بر حر در نفس یا پایین تر از آن، واجب می شود، چه مقرر باشد یا نه (شهید ثانی، مسالک، ۳۱۵/۱۵). مراد از مقرر بودن یا نبودن این است که میزان آن در شرع تعیین شده باشد یا نشده باشد.

۳. حد

حد در لغت به معانی «منع»، «منتهای یک چیز» و «آن چه که بین دو شیء فاصله ایجاد می کند» است (جوهری، ۴۶۲/۲). در اصطلاح فقهی، حد، در مقابل تعزیر به کار می رود که عبارت است از: مجازات مقرر و مخصوص که نوع و مقدار آن از سوی قانونگذار اسلامی دقیقاً معین شده است (محقق داماد، ۷۵/۴). اما در لسان روایات معنای گسترده تری دارد و شامل قصاص نیز می شود چنانکه در روایت معاویه بن عمار در مورد کسی که مرتکب قتل شده و به داخل حرم گریخته، آمده است که وقتی از حرم خارج شد، حد بر او اقامه می شود (کلینی، ۲۲۸/۴).

همچنین در روایات متعددی بر تعزیرات اطلاق حد شده است؛ نظیر مجازات خوردن گوشت خوک (همان، ۲۶۶/۷)، مجازات کودکان و زدن قسمتی از شلاق (مقدس اردبیلی، ۹۸/۱۳)، و به تصریح برخی فقیهان، چنین کاربردی زیاد و شایع است (همان، ۹۹/۱۳). با این توضیح می توان گفت که واژه حد در

روایات، هنگامی که به طور مطلق و خالی از قرینه به کار می‌رود، به معنای مطلق عقوبت است و شامل تمامی مجازات‌های اسلامی می‌شود.

۴. تعزیر

معنای لغوی تعزیر تأدیب است (جوهری، ۲/۷۴۴) و معنای شرعی آن مجازات یا نکوهشی است که مقدار آن از طرف شرع تعیین نشده است (شهید ثانی، مسالک، ۲/۴۲۳). همچنین با بررسی کلمات گروه زیادی از فقیهان چنین استفاده می‌شود که معنای تعزیر، ضرب با تازیانه به میزان کمتر از حد است (محقق داماد، ۴/۲۰۳). به نظر می‌رسد اصطلاح روایی تعزیر نیز با معنای فقهی آن یکی باشد چنانکه از امام صادق (علیه السلام) نقل شده امیر المؤمنین (علیه السلام) اجرای حد را بر دو تن که یک دیگر را قذف نمودند بخشید و آن‌ها را تعزیر نمود (ابن بابویه، ۴/۵۵). در مجموع می‌توان نتیجه گرفت تعزیر در اصطلاح فقهی و لسان روایات، عقوبتی است که از حد، کمتر بوده و میزان آن مشخص نباشد.

اقوال موجود در مسئله

در میان فقهای شیعه سه قول در مورد قاعده مطرح شده است.

قول اول که مختار مشهور فقها است (صاحب جواهر، ۴۱/۴۷۰) قاعده را مطلقاً چه در حق الناس و چه در حق الله جاری می‌داند و معتقد است که هیچ کس ضامن خون فردی که بر اثر اجرای حد کشته شده نیست. حتی بیت المال هم ضامن خون چنین فردی نمی‌باشد. در میان فقها بسیاری همچون علامه حلی (علامه حلی، ۹/۳۴۷) صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۴۱/۴۷۰)، امام خمینی (۲/۴۸۱) و خوئی (خوئی، ۴۱/۳۷۷) این قول را می‌پذیرند.

قول دوم اصل قاعده را می‌پذیرد ولی آن را مختص به حق الله مثل حد شرب خمر می‌داند و بیت المال را در حق الناس ضامن می‌داند (منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه، ۲/۳۶۷).

قول سومی هم در میان فقها وجود دارد که در اصل قاعده خدشه می‌نماید. این قول را سید احمد خوانساری در جامع المدارک مطرح می‌فرماید. ایشان عمل به قاعده را مشکل دانسته و آن را منافی با ادله حرمت خون مسلمان می‌داند که ظاهر آن‌ها ابا از تخصیص دارند (خوانساری، ۷/۱۶۱).

نویسندگان این مقاله در صدد طرح و تقویت قول چهارمی هستند که بر اساس آن با ایجاد جمع عرفی بین ادله حرمت خون مسلمان و قاعده لا دیه ثابت می‌شود که قاعده در مقام نفی دیه از مجری حد است و دیه مقتول باید از بیت المال پرداخت شود. در این صورت اشکال مطرح شده در قول سوم هم دفع خواهد شد.

در ادامه هریک از این اقوال به همراه ادله آن‌ها بیان خواهد شد.

این تفصیل مربوط به حدود که بخش اصلی قاعده را تشکیل می‌دهد، است. اما برای هر یک از قول اول و دوم و چهارم می‌توان چهار صورت در نظر گرفت. صورت اول شمول قاعده در قصاص و تعزیرات؛ صورت دوم شمول قاعده در تعزیرات و عدم آن نسبت به قصاص؛ صورت سوم شمول قاعده در قصاص و عدم آن در تعزیرات؛ صورت چهارم عدم سرایت قاعده به قصاص و تعزیرات.

نظر فقهای عامه

در میان علمای عامه عده‌ای قائل به هدر بودن خون کسی هستند که بر اثر اجرای حد شرعی کشته شده و ظاهر دلیل آن‌ها مشروعیت حدود و تعزیرات است؛ یعنی چون مقتول بر اثر اجرای یک حکم شرعی کشته شده کسی ضامن نیست. همچنین ابوحنیفه و مالک قائل به هدر بودن خون کسی هستند که بر اثر اجرای تعزیر کشته شده است (ابن قدامه، ۱۰/۳۴۹). نکته دیگر آنکه در این مورد روایتی در کتب روایی اهل سنت نقل شده که می‌تواند از مستندات این قول باشد. بر اساس این روایت از امیر المومنین علیه السلام نقل شده «من مات فی حد، فإنما قتله الحد، فلا عقل له...» (الألبانی، ۷/۲۹۷) با همین مضمون از ابابکر و عمر هم روایتی نقل شده است (متقی هندی، ۱۵/۷۰). همچنین برخی قاعده را نسبت به تادیبات هم جاری می‌دانند و در این مورد به روایتی که از ابوطالب نقل شده و دلالت بر عدم ضمان در تادیبات معلم و شوهر نسبت به همسر انجام داده‌اند استناد شده است (ماوردی، ۲۸۲). در مقابل شافعی قائل است به جز حد شرب خمر در سایر حدود، خون مقتول هدر است و به روایتی استناد می‌کند که بر اساس آن حضرت علی علیه السلام می‌فرمایند: لیس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد في نفسي شيئا، إن الحق قتله إلا حد الخمر، فإن رسول الله «صل الله عليه وآله وسلم» لم يسنه لنا^۱ (ابن حجر عسقلانی، ۲/۱۵۴). اما نسبت به تعزیرات، شافعی امام را ضامن می‌داند (ابن قدامه، ۱۰/۳۴۹). همچنین در میان عامه این نظر هم مطرح شده که ممکن است عاقله ضامن دیه باشد (مبسوط، ۸/۶۶).

ادله اقوال

مستندات قول اول

فقهای که قاعده «لا دية لمن قتلته الحد» را در تمامی حدود پذیرفته‌اند به ادله‌ای استناد نموده‌اند؛ که

۱ کسی که در اثر اجرای حد بمیرد تصور نمی‌کنم که چیزی به عهده کسی بیاید زیرا این کار حق یعنی اجراء حد بوده که او را کشته، البته جز حد خمر زیرا از پیامبر (ص) در این مورد چیزی بمان نرسیده است.

به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

أ. قرآن

خداوند در آیه ۹۱ از سوره توبه می‌فرماید:

«ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله ما على المحسنين من سبيل والله غفور رحيم»^۲

در میان فقها برخی همچون ابن ادریس حلی (ابن ادریس حلی، ۳/۳۶۱) به این آیه استناد نموده‌اند و بیان داشته‌اند کسی که اجرای حد می‌کند در واقع مصداقی از همین آیه است لذا ضمانتی در این رابطه بر او نخواهد بود. صاحب جواهر نیز به قاعده احسان استناد نموده‌اند که در واقع مصداق همین آیه است (صاحب جواهر، ۴۱/۴۷۱).

نقد استدلال به قاعده احسان

در این میان اشکالی مطرح شده و آن این که پرداخت دیه از بیت المال منافاتی با قاعده احسان ندارد بلکه جمع بین این قاعده با قاعده «دم المسلم لا يذهب هدرًا» اقتضا می‌کند دیه مقتول از بیت المال پرداخت شود. یعنی از یک طرف متولیان اجرای حد محسن‌اند و نباید ضامن باشند و از طرف دیگر هیچگاه خون یک مسلمان نباید پایمال شود لذا باید دیه مقتول از بیت المال پرداخت شود (مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۳۹۲). همچنین صاحب جامع المدارک صرف محسن بودن را سبب عدم ضمان نمی‌دانند چنانچه در برخی موارد مشابه صرف احسان سبب نفی ضمان نمی‌شود مثل باب لقطه (خوانساری، ۷/۱۶۱).

ب. سنت

روایات موجود در این مورد به دو دسته تقسیم می‌شوند. دسته اول که مورد استناد قول اول است شامل روایاتی است که قاعده را در تمامی حدود جاری می‌داند؛ خواه حق الناس باشد یا حق الله. دسته دوم مواردی را در برمی‌گیرد که دلالت بر شمول قاعده در حق الله و عدم شمول آن در حق الناس دارد و مورد استناد قول دوم است.

روایات دسته اول

یکی از مهم‌ترین روایات دسته اول روایت صحیح‌ه حلبی است. در این روایت راوی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که حضرت فرمودند:

۲ نه بر افراد ناتوان و نه بر بیماران و نه بر کسانی که چیزی برای انفاق (در راه جهاد) ندارند، گناهی نیست (که در میدان جهاد شرکت نجویند)، به شرط آن‌که برای خدا و پیامبرش خیرخواهی کنند؛ (و از آنچه در توان دارند مضایقه نمایند؛ زیرا) بر نیکو کاران راهی برای مواخذه نیست؛ و خداوند آمرزنده و مهربان است (ترجمه مکارم شیرازی).

«أیما وجل قتلته الحد فی القصاص فلا دية له» (کلینی، ۲۹۱/۷).

در هر حال این روایت از دوره فقهای متقدم تا کنون مورد استناد بسیاری از فقها قرار گرفته است (علامه حلی، ۳۴۷/۹)، (شهید اول، غایة المراد، ۳۰۰/۴)، (مقدس اردبیلی، ۳۶۳/۱۳)، (فیض کاشانی، ۱۲۶۸/۲)، (مرعشی نجفی، ۳۷۷)، که از جمله آن‌ها می‌توان شهید ثانی (شرح لمعه، ۳۷۴/۲)، صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۴۷۱/۴۱) و خویی (خویی، ۳۷۷/۴۱) را نام برد. ظاهره خویی سند روایت را می‌پذیرد و تعبیر صحیح‌ه حلی را در مورد آن به کار می‌برد. علاوه بر این روایت هفت روایت دیگر با مضمونی مشابه در کتب روایی نقل شده است که مورد استناد بسیاری از فقها قرار گرفته است.^۳

نقد و بررسی روایات

روایات نقل شده ضمان را به طور مطلق (از عهده مجری حد و بیت المال) بر می‌دارد؛ و بر هدر بودن خون کسی که بر اثر اجرای حد شرعی کشته شده دلالت دارد. در صورت اعتقاد به قطعی بودن دلالت این روایات می‌توان آنها را سبب تخصیص ادله حرمت خون مسلمان دانست. اما به نظر می‌رسد نمی‌توان این روایات را نص دانست؛ زیرا شاید منظور «لم یکن له دية علی القاتل یا لم یکن له دية علی غیر بیت المال» باشد. این فرض اگر چه مخالف با ظاهر و اصل عدم تقدیر است لکن ادله حرمت خون مسلمان که ظاهره ابناء از تخصیص دارند (خوانساری، ۱۶۱/۷) و همچنین اهمیت بسیار بالای بحث دماء و نفوس نزد شارع مقدس می‌تواند مبین این امر باشد. براین اساس باید روایات را ظاهر بدانیم نه نص. شواهدی بر این امر وجود دارد که در مستندات قول مختار خواهد آمد.

۳- زید حشام از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که بر اثر اجرای قصاص کشته شده سؤال می‌کند که آیا دیه دارد، حضرت می‌فرماید: «لَوْ كَانَ ذَلِكَ لَمْ يَقْتَصَّ مِنْ أَحَدٍ وَمَنْ قَتَلَهُ الْخُدُّ فَلَا دِيَّةَ لَهُ» (کلینی، ۲۹۱/۷).

۲- ابی صباح کنانی از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که به علت اجرای قصاص می‌میرد سؤال می‌کند که آیا دیه‌ای دارد و حضرت می‌فرماید اگر این گونه باشد هیچ کس اجرای قصاص نمی‌کند سپس می‌فرماید: «مَنْ قَتَلَهُ الْخُدُّ فَلَا دِيَّةَ لَهُ» (کلینی، ۲۹۲/۷).

۳- از امیر المومنین منقول است: «مَنْ أَقَمْنَا عَلَيْهِ حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَمَاتَ فَلَا ضَمَانَ» (طوسی، مبسوط، ۶۳/۸).

۴- از امیر المومنین علیه السلام نقل شده: «مَنْ مَاتَ فِي حَدٍّ أَوْ قُضِيَ فُتِيلُ الْقُرْآنِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ» (محدث نوری، ۱۸/۲۳۳).

۵- حضرت امیر المومنین علی علیه السلام فرمودند: «مَنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ حَدٌّ فَمَاتَ فَلَا دِيَّةَ وَلَا قَوْلَ» (محدث نوری، ۲۳۳/۱۸).

۶- ابو عباس از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ مَنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَمَاتَ أَوْ يَقَادُ مِنْهُ أَوْ يُؤَدَّى دِيَّتُهُ قَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَزَادَ عَلَى الْقَوْلِ» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۷۸/۱۰؛ عاملی، ۶۵/۲۹).

۷- معلی بن عثمان از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «مَنْ قَتَلَهُ الْقِصَاصُ أَوْ الْخُدُّ لَمْ يَكُنْ لَهُ دِيَّةٌ» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۹۱).

ج. مشروعیت اجرای حد

در میان استدلال‌های فقها مبنی بر هدر بودن خون فردی که بر او حد جاری شده، برخی به جایز بودن این امر استدلال نموده‌اند. یعنی کسی که بر اثر اجرای حد شرعی می‌میرد در واقع فعلی عامل مرگ او شده که انجام آن را شارع مقدس جایز دانسته است لذا ضمانی نباید در کار باشد (شهید ثانی، شرح لمعه، ۲/۳۷۴).

نقد دلیل مشروعیت

البته مواردی وجود دارد که صرف جایز بودن عمل، سبب هدر بودن خون مقتول نمی‌شود؛ مثلاً در تأدیب کودک چنین امری جریان ندارد؛ یعنی اگر ولیّ کودک، با رعایت موازین شرعی، اقدام به تأدیب او کند و اتفاقاً سبب قتل او شود، در عین حال که ولیّ، فعلی جایز انجام داده و در تأدیب، افراطی صورت نگرفته باز هم ضامن خواهد بود (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۳/۵۵۵). مشهور فقهای شیعه قائل به این قول هستند (مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۵۵).

صاحب جامع المدارک نیز این دلیل را نپذیرفته‌اند زیرا صرف جایز بودن را منافی ضمان نمی‌دانند چنانچه فرد مضطر اگر برای حفظ جان، مال غیر را بدون اذن صاحبش بخورد در عین آن که کار جایزی را انجام داده باز هم ضامن است (خوانساری، ۱۶۱/۷).

از طرفی، در صورت پذیرش این دلیل، آن چه که به وسیله آن ثابت می‌شود عدم ضمان مجری حد است اما عدم پرداخت دیه از بیت المال ثابت نمی‌شود چرا که عموم ادله هدر نبودن خون مسلمان، حالتی را که مسلمان بر اثر فعل جایز کشته شده را هم در بر می‌گیرد^۴ (کلینی، ۷/۲۹۵). به عبارتی می‌توان گفت میان این دلیل و ادله حرمت خون مسلمان تنافی نیست زیرا بنا بر جایز بودن فعل، مجری حد ضامن نیست، از طرفی چون خون مسلمان محترم است بیت المال باید دیه او را بپردازد.

د. انتفای موضوع دیه

در این رابطه یکی از فقه پژوهان معاصر بیان داشته‌اند، موضوع دیه منتفی است با این استدلال که قصاص و دیه در جایی تعلق می‌گیرد که فعلی از روی عمد یا خطا موجب قتل شده باشد؛ اما در جایی که حد جاری شده، فعل قتل به هیچ شکلی، از کسی سر نزده است و آنچه در خارج محقق شده، چیزی نیست جز حدی که مترتب بر عمل جانی بوده است؛ پس در اینجا موضوع دیه منتفی است و قضیه از قبیل سالبه به انتفای موضوع خواهد بود (مصطفوی، ۲۳۵).

۴ عَنْ أَبِي بصير قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا مُنْعَمًا ثُمَّ هَرَبَ الْقَاتِلُ فَلَمْ يَقْدَرْ عَلَيْهِ قَالَ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُخِذَتْ الدِّيَةُ مِنْ مَالِهِ وَإِلَّا فَمِنَ الْأَقْرَبِ فَأَلْقَرِبِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَرَابَةٌ وَدَاهُ الْإِيمَانُ فَإِنَّهُ لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ.

این دلیل برخلاف دلیل چهارم علاوه بر اثبات عدم ضمان مجری حد، ضمانت بیت المال را نیز رد می‌کند زیرا اگر آن را بپذیریم دیگر موضوعه ادله حرمت خون مسلمان شامل فردی که بر اثر اجرای حد کشته شده است را در بر نخواهد گرفت.

نقد دلیل انتفای موضوع دیه

به نظر می‌رسد این دلیل، با توجه به اینکه از نگاه عرف، موضوع قتل (هرچند به صورت غیر عمد)، محقق شده است، قابل خدشه باشد. همچنین آنچه که بر معنی علیه تعلق گرفته صرفاً اجرای حدی مادون نفس بوده است و کسی که کشته شده مقحون الدم بوده است. مضاف بر این که اگر این دلیل را بپذیریم باید عین آن را در تادیبات شرعی هم مطرح کنیم یعنی بگوییم آن چه که سبب فوت معنی علیه شده صرفاً تأدیب شرعی بوده و موضوع قتل منتفی است در حالی که در میان فقها کسی ملتزم به چنین استدلالی نشده است.

و. اصل برائت

محل جریان اصل برائت جایی است که مکلف شک در اصل تکلیف داشته باشد (مظفر، ۲/ ۲۷۰). در ما نحن فیه نیز بعد از آن که حد شرعی جاری شد و اتفاقاً منجر به مرگ شد شک داریم آیا ضمانی وجود دارد یا نه؟ اصل برائت جاری می‌کنیم. این دلیل مورد استناد شهید اول واقع شده است (غایة المراد، ۴/ ۳۰۰).

نقد اصل برائت

البته بر این دلیل اشکالی مطرح شده و آن این که با وجود ادله معتبری که دلالت بر هدر نبودن خون مسلمان دارند محل جریان اصل عملی نیست (خوانساری، ۷/ ۵۱). مگر در فرض تعارض و تساقط امارات. از طرفی، اصل برائت در امور مهمه جاری نمی‌شود و در امور مهمه باید به اصل احتیاط استناد کرد (محمد علی الأنصاری، ۱/ ۵۴۴). اصل احتیاط در محل بحث اقتضا می‌کند که مجری را ضامن ندانیم اما برای جلوگیری از تضییع احتمالی حق ورثه مقتول، دیه را از بیت المال پرداخت نماییم. مگر اینکه گفته شود، احتمال تضییع حق ورثه با احتمال تضییع اموال بیت المال تعارض و تساقط می‌کنند.

مستندات قول دوم

دیدگاه دوم شمول قاعده را محدود به حق الله می‌داند. ظاهر: تمامی ادله قول اول، قول دوم را هم در بر می‌گیرند؛ ولی معتقدان به قول دوم به دو روایت صالح ثوری و مرسله صدوق عمل نموده‌اند که سبب تخصیص ادله مذکور می‌شود. بر اساس این دو روایت، اگر اجرای حد در حدود مربوط به حق الناس منجر به مرگ شود، دیه بر عهده امام (بیت المال) است.

روایت دسته دوم

روایتی است که حسن بن صالح ثوری از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که مضمون این روایت، دلالت بر عدم ضمان خون کسی است که بر اثر اجرای حدود الهی و ضمان خون کسی که بر اثر اجرای حدود مربوط به حق الناس کشته شده است می‌کند. حضرت در این روایت به نقل از امیر المؤمنین (علیه السلام) می‌فرماید:

«من ضربناه حداً من حدود الله فمات له علينا و من ضربناه حداً فی شیء من حقوق الناس فمات فإن دینه علينا.» (کلینی، ۲۹۲/۷).

«هرکس را که به او حدی از حدود الهی بزنیم و بمیرد، دیه‌ای بر عهده ما نیست و بر هرکس که حدی در موردی از حقوق مردم بزنیم و بمیرد، دیه او بر ماست.»

این روایت را برخی دیگر از محدثان در کتب روایی خود نقل نموده‌اند که از جمله آن‌ها شیخ طوسی (تهذیب الاحکام، ۲۰۸/۱۰) و شیخ حر عاملی (عاملی، ۶۴/۲۹) هستند. همچنین مورد استناد برخی فقها از جمله شیخ مفید (مفید، ۷۴۳) واقع شده است. به نظر می‌رسد شیخ طوسی در استبصار نیز قائل به همین نظر باشند (۲۷۹/۴).

در میان معاصران ظاهر آیت الله منتظری این روایت را پذیرفته‌اند. ایشان قایل اند زیدی بودن صالح، عامل کنار گذاشتن حدیث نیست و وجود ابن محبوب در بین سلسله حدیث، که از اصحاب اجماع است، مؤید قابل استناد بودن حدیث است. بر این اساس روایات دسته اول که دلالت بر هدر بود خون مقتول در تمامی حدود دارد حمل بر روایت صالح ثوری می‌شود به این معنی که فقط در حق الله خون مقتول هدر است. بنابر این نظر قول بهتر تفصیل بین حق الله و حق الناس است (منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه، ۳۶۷/۲).

علاوه بر این روایت شیخ صدوق در من لا یحضره الفقیه مرسل‌های را با همین مضمون نقل نموده‌اند (ابن بابویه، ۷۲/۴).

نقد ادله قول دوم

برای استناد به این دو روایت دو اشکال مطرح است. یک اشکال از حیث سندی و دیگری از حیث دلالتی. اشکال اول آن که این دو روایت مشکل سندی دارند. در سلسله روایت اول فردی به نام صالح ثوری^۵ قرار دارد که زیدی مذهب است و همین امر سبب ضعف سندی آن شده لذا بسیاری از فقها به این

۵ مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَجْلُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحِ الثَّوْرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ كَ «أَنَّ عَلِيَّ ع يَقُولُ مَنْ ضَرَبْنَا حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَمَاتَ فَلَا دِيَةَ...»

روایت استناد نموده و آن را کنار گذاشته‌اند (موسوی اردبیلی، ۶۹۵/۲). روایت دوم هم مرسل بوده و برای جبران این ضعف نیازمند دلیلی است که جبران ضعف کند در حالی که مشهور فقها از آن اعراض نموده‌اند لذا مجالی برای استناد به آن باقی نمی‌ماند (فاضل لنکرانی، ۶۱۲). در نتیجه همان طور که صاحب جواهر بیان فرموده‌اند مشهور فقها قائل به هدر بودن خون کسی که بر او حد جاری شده هستند و تفاوتی میان حق الله و حق الناس نمی‌گذارند (صاحب جواهر، ۴۷۰/۴۱).

همچنین اشکال دیگری که از حیث دلالتی بر این دو روایت وارد شده آن‌که می‌توان روایت را بر مطلق رجحان (غیر از وجوب یا استحباب شرعی) و خواست شخصی حضرت حمل نمود (سبزواری، ۲۷/۲۹۱). به این معنا که حضرت، میل و نظر شخصی خود را بیان کرده، خود را ملتزم به یک حکم اخلاقی و امتنانی کرده، و فرمودند که اگر ما در حق الناس حدی را اجرا کردیم و منجر به مرگ شخص شد، خودمان (از باب تفضل و لطف)، دیه او را تقبل می‌کنیم. با وجود چنین احتمالی استدلال بر اساس این روایت خدشه‌دار می‌شود چرا که: اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

البته به اشکالات مطرح شده می‌توان این گونه پاسخ داد که حمل بر این معنا (مطلق رجحان به خاطر نظر شخصی و التزام اخلاقی) خلاف ظاهر است. از طرفی تشکیک در نص بودن ادله قول اول و مخالفت آن قول با اصول و قواعدی نظیر احترام خون مسلمان، و لزوم اکتفا به قدر متیقن (حق الناس) باعث می‌شود که قول دوم قابل قبول‌تر از قول اول باشد زیرا توانسته است لا اقل در بخشی از مدلول، بین دو دسته روایات و ادله (هدر بودن کشته حد و احترام خون مسلمان) جمع نماید از این رو اگر وجه جمع بهتری ممکن نباشد، این قول، قابل قبول‌تر است.

مستندات قول سوم

همان طور که بیان شد در مورد این قاعده قول سوم هم وجود دارد که از سوی سید احمد خوانساری در جامع المدارک مطرح شده است. ایشان اصل قاعده را نمی‌پذیرد. مبنای ایشان این است که ظاهر روایاتی که دلالت بر عدم هدر بودن خون مسلمان دارند ابای از تخصیص دارند لذا عمل به روایات مطرح شده که لازمه اش تخصیص ادله هدر نبودن خون مسلمان است مشکل می‌باشد. ایشان در این زمینه که چه کسی ضامن است صراحتاً اظهار نظر نکرده‌اند لکن به نظر می‌رسد ایشان بیت المال را ضامن بدانند (خوانساری، ۱۶۱/۷).

نقد قول سوم

با توجه به نکات پیش گفته مبنی بر تردید در صراحت ادله لا دیه و نیز با توجه به قاعده عقلایی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح»، می‌توان با اعتقاد به نفی دیه از معجری و لزوم پرداخت آن از بیت المال بین دو

دلیل جمع عرفی کرد و اشکال مطرح شده را دفع نمود.

مستندات قول چهارم

با توجه به نکاتی که در نقد مستندات سه قول اول بیان شد می‌توان قول به «نفی دیه از مجری مجازات و لزوم پرداخت از بیت المال» را بهترین نظر در این زمینه دانست. در بررسی ادله نشان داده شد که ادله غیر روایی قاعده لادیه، دلالتی بر نفی مطلق دیه (از مجری و بیت المال) ندارند و نهایتاً می‌توان به عموم روایات استناد جست که این عموم، قابل تخصیص است. با توجه به این نکته می‌توان ادله قول مختار را این گونه برشمرد:

أ. تخصیص روایات قاعده لادیه توسط ادله احترام خون مسلمان. همان گونه که بیان شد، عمومیت ادله حرمت خون مسلمان بقدری قوی است که به گفته برخی فقها ابای از تخصیص دارد. با توجه به مبنای برگزیده مبنی بر تردید در نص بودن روایات مطرح شده قاعده لادیه، می‌توان روایات این قاعده را به وسیله ادله حرمت خون مسلمان تخصیص زد و بین این دو دسته از روایات جمع عرفی نمود. بدین نحو که بگوییم عموم نفی ضمان شامل بیت المال و غیر بیت المال می‌شود لکن ادله حرمت خون مسلمان بیت المال را از این حکم خارج می‌کند. بر این اساس، مقصود از لادیه و لا قود که در روایات آمده نسبت به مجری حد بوده و در مقام نفی کلی نیست. فقهای بزرگی نظیر صاحب جواهر (۴۱/۲۳۷-۲۳۸)، این وجه از جمع را در موارد مشابه پذیرفته‌اند. علت این نحو از تعبیر در روایات لادیه هم این است که در این موارد، شبهه پرداخت دیه یا قصاص نسبت به مجری مطرح است و معصومان (علیهم السلام) با این سخن، قصد نفی آن شبهه را دارند و این خود قرینه دیگری است که مقصود، نفی کلی دیه نیست. مؤید دیگر این وجه، روایت دیگری است که در آن قصاص نیز نفی شده است «من أقيم عليه حد فمات فلا دية ولا قود» (محدث نوری، ۱۸/۲۳۳). توجه به این نکته که قصاص فقط قابل نفی از مجری حد است و نفی آن از بیت المال بی‌معناست، نشان می‌دهد که به قرینه وحدت سیاق، امام در مقام نفی دیه و قصاص از مجری حد بوده‌اند و اگر از بیت المال هم قصد نفی می‌داشتند آمدن قصاص و دیه در کنار هم معنی نمی‌داشت.

ب. علت منصوصه در روایت زید الشحام. از باب قاعده «العله تعمم و تخصص» از آنجاکه علت ذکر شده یعنی عبارت «لو كان ذلك لم يقتض من أحد» (کلینی، ۷/۲۹۱) اختصاص به مجری حد دارد «اگر مجری را ضامن بدانیم دیگر کسی جرأت اجرای حد پیدا نمی‌کند» پس حکم نفی دیه نیز، اختصاص به مجری می‌یابد و این علت و به تبع، حکم، شامل بیت المال نمی‌شود.

ت. قاعده اقتصار: نفی دیه، خلاف اصل و قاعده است و باید به قدر متیقن آن عمل شود؛ قدر متیقن،

همان نفی دیه از مجری است.

ث. احتیاط در امور مهمه. اصل احتیاط در محل بحث اقتضا می‌کند که اگرچه مجری را ضامن ندانستیم اما برای جلوگیری از تضییع احتمالی حق ورثه مقتول، دیه را از بیت المال پرداخت نماییم. البته ممکن است گفته شود، احتمال تضییع حق ورثه با احتمال تضییع اموال بیت المال تعارض و تساقط می‌کنند؛ مگر آنکه بگوییم اساساً یکی از فلسفه‌های تشکیل بیت المال این است که از تضییع حقوق افراد جلوگیری کند.

همچنین می‌توان مؤیداتی را بر این نظر لحاظ کرد؛ از جمله:

أ. قاعده لاضرر: حدیث لاضرر نیز بر این مبنا که دلالت بر لزوم تدارک ضرر دارد، مؤید دیگر این مطلب می‌تواند باشد؛ زیرا مجرم مستحق قتل نبوده و با این اتفاق متضرر شده و باید این ضرر با دیه جبران شود. البته می‌توان اشکال نمود که شارع مقدس از قبل به مکلف فرموده است مثلاً شرب خمر حرام است و اگر مرتکب شوی تازیانه می‌خوری و اگر بر اثر تازیانه کشته شوی خونت هدر است؛ اما مکلف بر اثر اقدام و سوء اختیار، خود را در چنین وضعیتی قرار داده است. به شیعه همین دلیل لاضرر به عنوان مؤید ذکر شد.

ب. قاعده خطا القاضی من بیت المال (عاملی، ۲۷/۲۲۶) نیز می‌تواند مؤید دیگری برای این نظر باشد. البته با این توضیح که «قاضی» در این مورد خصوصیتی ندارد و با الغای خصوصیت، شامل مجری هم می‌شود. مگر آنکه گفته شود، کلمه «خطا» ظهور در غفلت دارد و یکی از شرایط اجرای قاعده لادیه، عدم غفلت مجری در اجرای مجازات است.

قلمرو شمول قاعده

۱. اجرای قاعده در قصاص

در این مورد در روایتی از امام صادق علیه السلام نقل شده که صراحتاً ضمان را از مجری قصاص نفی می‌کند، حضرت می‌فرمایند اگر قرار باشد که از مجری قصاص، دیه گرفته شود، دیگر هیچ کس، اقدام به اجرای قصاص نمی‌کند، حکم قصاص، در مورد کسی اجرا نمی‌شود و تعطیل می‌گردد: «... لو كان ذلك لم يقتص من أحد...» (کلینی، ۷/۲۹۱). روشن است که این تعلیل، نه تنها اختصاص ندارد بلکه فراتر از آن به حکم «العله تعمیم»، حدود و تعزیرات و به طور کلی تمامی مجازات‌ها را در بر می‌گیرد.

همچنین در بین روایات وارد شده در این مورد، لفظ قصاص نیز وجود دارد که دلالت بر عدم ضمان در اجرای قصاص می‌کند. لذا اگر نظر مشهور را (مبنی بر این که مفاد قاعده نفی کلی ضمان است) بپذیریم، می‌توان شمول قاعده را در اجرای قصاص نیز جاری دانست. چنانچه بسیاری از فقها از جمله شیخ مفید

(مفید، ۷۴۳)، شیخ طوسی (تهذیب الاحکام، ۲۰۶/۱۰)، ابن ادریس حلی (ابن ادریس، ۳/۳۶۱)، علامه حلی (علامه حلی، ۹/۳۴۷) و شهید ثانی (مسالك، ۱۵/۲۳۷) قائل به عدم ضمان به صورت کلی در اجرای قصاص هستند. همچنین می توان به ادله مطرح شده برای سرایت قاعده به قصاص مطابق با مبنای مورد پذیرش استناد جست.

۲. سرایت قاعده به تعزیرات

یکی از سؤالات مطرح شده پیرامون قاعده این است که آیا قاعده فوق شامل تعزیرات نیز می شود یا خیر؟

در واقع اصل اولیه بر حرمت خون مسلمان است لذا باید برای عدول از این اصل در تعزیرات دلیل مستحکمی داشته باشیم. مشهور فقهای شیعه قاعده را در تعزیرات جاری می دانند (صاحب جواهر، ۴۱/۴۷۰).

با توجه به نظر مشهور مبنی بر نفی کلی ضمان برای سرایت قاعده به تعزیرات این گونه استدلال شده است: در لسان روایات حد به صورت مطلق استعمال شده است در این حالت به معنی مطلق عقوبت بوده و شامل تعزیر هم می شود لذا روایاتی که دال بر هدر بودن خون کسی که بر اثر اجرای حد کشته شده است، شامل تعزیر هم می شود. اما همه فقها چنین استعمالی را قبول ندارند (موسوی اردبیلی، ۲/۶۹۸). همچنین به الغاء خصوصیت و سرایت حکم هم استناد شده است (مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۳۹۳). لکن ادله حرمت خون مسلمان بسیار مستحکم است و با توجه به مبنای مطرح شده مبنی بر آبی از تخصیص بودن آن ها با چنین استدلالی تخصیص زدن آن ادله، مخدوش است. همچنین در میان فقها برخی تعزیر را نوعی تأدیب می دانند (منتظری، نظام الحکم فی الإسلام، ۳۱۸). در این صورت نمی توان الغاء خصوصیت را مطرح نمود زیرا باید قاعده را در تادیبات هم جاری بدانیم در حالی که چنین امری مورد پذیرش فقهای شیعه نیست (مکارم، تعزیر و گستره آن، ۱۵۵).

نکته دیگر آنکه برخی از فقها به اصل براءت و قاعده احسان نیز تمسک کرده اند (موسوی اردبیلی، ۲/۶۹۸) که پاسخ آن ها در قسمت حدود بیان شد. همچنین شیخ طوسی قائل به عدم سرایت قاعده به تعزیرات شده (مبسوط، ۸/۶۳). ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی نیز قاعده را در تعزیرات جاری نمی داند.

لکن توجه به مبنای مورد پذیرش مشکلی از ناحیه ادله حرمت خون مسلمان به وجود نخواهد آمد. در واقع مهم ترین اشکال نسبت به مبنای مشهور از ناحیه ادله حرمت خون مسلمان مطرح می شد اما بر اساس مبنای اتخاذ شده به مفاد این ادله عمل شده است. لذا می توان قاعده را در تعزیرات هم جاری نمود و چنین

استدلال کرد: با توجه عقوبت بودن حد و تعزیر از ناحیه شارع و سایر خصوصیات مشترک و همچنین با توجه به علت منصوبه‌ای که پیش‌تر اشاره شد، نیازی به الغای خصوصیت نباشد، و تعزیر، حتی اگر بپذیریم که مشمول عنوان حد نیست، مشمول علت آن بوده و از این رو این حکم، به تمامی مجازات‌ها از جمله تعزیرات، تعمیم می‌یابد.

۳. عدم سرایت قاعده به تأدیب

همان‌طور که در مفردات قاعده بیان شد تعزیر در لغت به معنای تأدیب است اما در فقه دو امر متفاوت می‌باشند و مورد هر یک با دیگری فرق دارد. تعزیر در قبال عملی که ذاتاً حرام است جاری می‌گردد. در حالی که تأدیب در قبال عملی اجرا می‌گردد که صدور آن از نظر عرف و عادت شایسته نبوده و ذاتاً به حد حرمت شرعی نرسیده است. همچنین مقدار ضربات در آن نیز به مقدار ضربات در تعزیر نمی‌رسد (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۳/ ۵۵۰). نکته دیگر آن که تعزیر بیشتر جنبه مجازات دارد اما تأدیب جنبه تربیتی دارد (مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۴۱).

از ظاهر کلام ابن زهره حلبی بر می‌آید که ایشان، قاعده لای دیه را در مورد تأدیب هم جاری می‌دانند: «لا دية لمقتول الحدود والآداب المشروعة» (ابن زهره، ۴۲۰) اما مشهور فقهای شیعه قائل به ضمان در تأدیب هستند (مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۵۵).

مهم‌ترین دلیل مبنی بر ضمان در تأدیب، اطلاق ادله‌ای است که دلالت بر وجوب دیه قتل خطا دارد که تأدیب را هم در بر می‌گیرد و از طرفی دلیل خاصی که این مسأله را استثنا کند وجود ندارد (مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۵۸-۱۵۷). همچنین تأدیب به شرط حفظ سلامتی جایز است (شیخ طوسی، مبسوط، ۶۶/۸). البته شاید بتوان این ادعا را مطرح نمود که تعزیر و تأدیب در لسان روایات به یک معنا هستند لذا می‌توان قاعده را در تأدیب هم جاری دانست لکن از آنجایی که این قاعده بر خلاف ادله اولیه مبنی بر حرمت خون مسلمان است لذا باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن تأدیب را شامل نمی‌شود. لذا نمی‌توان قاعده را در تادیبات جاری دانست.

ضوابط اجرای قاعده

اجرای این قاعده مقید به ضوابطی است که با توجه به آنچه در منابع فقهی موجود است به ترتیب زیر می‌باشد:

۱. صحت شرعی تعلق مجازات

مقصود از این مورد، صحیح بودن اجرای حد از نظر شرعی، و به تعبیری، عدم خطا در مجازات، و به

عبارت سوم، استحقاق متهم نسبت به حد است؛ مثلاً اگر بعد از اجرای حد، معلوم شود شاهدان دروغ گفته‌اند، در این صورت قاعده جاری نخواهد شد و آن‌ها ضامن هستند (شهید ثانی، شرح لمعه، ۱/۲۵۸-۲۵۹).

همچنین این مورد می‌تواند ناظر به سایر مواردی که اجرای حکم، غیر شرعی بوده نیز باشد؛ مثلاً جایی که جرم به واسطه شهادت شهود، جاری شود و بعداً فسق آن‌ها کشف گردد. در این مورد، فقها بیت المال را ضامن دیه مقتول می‌دانند (امام خمینی، ۲/۴۸۱).

بنابراین، با بررسی موارد مختلف در این رابطه می‌توان به این نتیجه رسید که اگر اجرای حدی منجر به مرگ شده باشد، در صورتی قاعده اجرا خواهد شد که بر اساس حکمی صحیح و شرعی اجرا شده باشد.

۲. عدم تعدی و تجاوز

در این رابطه در متون شرعی ضوابطی مطرح شده مثلاً در روایتی از امام صادق علیه السلام نقل شده است.

«عن أبي العباس عن أبي عبد الله ع قال: سألته عن أقيم عليه الحد فمات أيقاد منه أو يؤدى ديته قال لا إلا أن يزداد على القود»^۶ (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/۲۷۸).

این روایت به صراحت دلالت می‌کند بر این که نباید در اجرای حدود تعدی نمود و اگر تعدی شود قطعه از دایره شمول قاعده خارج می‌شود. صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۴۱/۴۷۱) و امام خمینی نیز این حکم را مشروط به عدم تجاوز می‌دانند (۲/۴۸۱).

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که یکی از ضوابط اجرای قاعده، عدم تجاوز و تعدی در اجرای حد است.

۳. اشتراط اذن حاکم شرع

این قید ناظر به مجری حد است.

فقهای شیعه به استثنای برخی حدود مثل حد سباب النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) (شهید ثانی، شرح لمعه، ۲/۳۷۰) معتقداند که در دوره غیبت امام معصوم (علیه السلام) به جز حاکم شرع و شخص مأذون از ناحیه او، کسی حق اقامه حدود را ندارد. لذا یکی از شرایط هدر بودن خون فردی که بر اثر اجرای حد شرعی کشته شده است آن است که حد با اذن حاکم شرع جاری شده باشد.

۶ ابوالعباس گوید: «از امام صادق علیه السلام درباره کسی که حد بر او جاری شده و مرده است، پرسیدم که: آیا به‌خاطر مرگ او قصاص صورت می‌گیرد یا دیه او را می‌پردازند؟ حضرت فرمود: نه (نه قصاص نه دیه)، مگر اینکه بر قصاص افزوده شده باشد (بروجردی، ۳۱/۱۸۱)».

۴. عدم صدق قتل عمد

در صورتی که فرد رو به موت باشد یا علم کشته شدن فرد در صورت اجرای حد وجود داشته باشد اجرای حد از مصادیق قتل عمد خواهد بود (خوانساری، ۱۶۱/۷؛ مکارم شیرازی، أنوار الفقاهة، ۳۹۵). نکته دیگر آنکه برخی فقها در بحث شرایط قتل عمد، صرف وجود قصد کشتن را ولو در جایی که فعل، عرفاً کشنده نباشد کافی می‌دانند؛ به این معنا که مرتکب با انجام کاری، قصد قتل فردی را داشته باشد و در عمل نیز قتل واقع شود، خواه کار ارتكابی نوعاً موجب قتل بشود، خواه نشود (شهیدثانی، مسالک، ۲/۳۹۷). قانون مجازات اسلامی نیز همین نظر را پذیرفته است (ماده ۲۹۰ ق.م.آ.). لذا بر این اساس شاید بتوان این قید را هم جزو شرایط اجرای قاعده دانست.

بررسی حقوقی قاعده

این قاعده در لایحه اولیه قانون مجازات اسلامی و نیز در قانونی که در سال ۱۳۹۰ به رئیس جمهور ابلاغ گردیده و دوباره مسترد شد، نیامده بود. اما در ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ به صراحت بیان شده است. در این ماده آمده است:

«هرگاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیر مستوجب سلب حیات در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنانچه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم، حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حد، ضمان منتفی است و در تعزیرات، دیه از بیت المال پرداخت می‌شود.»

نظر قانون‌گذار در این ماده در مورد حدود و قصاص، مطابق با مشهور فقهای شیعه است. که اصل قاعده را پذیرفته آن را در تمامی حدود جاری می‌دانند و تفاوتی میان حق الله و حق الناس قائل نیستند. البته بر این ماده خدشه‌ای وارد شده است. مطابق با این دیدگاه دیه فردی که بر اثر اجرای حدود حق الله کشته شده را باید از بیت المال پرداخت نمود. مبنای شرعی آن هم تخصیص روایاتی که به صورت عام نفی ضمان می‌کنند به وسیله روایاتی که صرفاً در حق الله نفی ضمان می‌کنند، است. بر این اساس فلسفه چنین حکمی آن است که در اجرای حدود حق الله برای تمامی جامعه منفعت دارد لذا تبعات آن از جمله تلف شدن محکوم علیه قابل توجیه است اما در حق الناس صرفاً افراد محدودی از این حکم بهره می‌برند (زراعت، ۱/۳۴۰-۳۴۱).

همچنین بنابر این ماده قاعده در قصاص نیز جاری است اما شمول آن تعزیرات را در بر نمی‌گیرد و بیت المال را ضامن می‌داند. نکته دیگر آنکه در تبصره این ماده آمده چنانچه ورود آسیب اضافی مستند به

محکوم علیه باشد ضمان منتفی است. ظاهراً چنین قیدی در کلام فقها نیامده است اما به نظر می‌رسد این نکته مفروض آن‌ها باشد.

در این ماده نسبت به تادیبات نکته‌ای بیان نشده اما بر اساس ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی تأدیب کودک توسط اولیاء مشروط بر این که در حد متعارف و حدود شرعی باشد جزو مستثنیات جرم است. لکن از مقید نمودن این ماده به رعایت موازین شرعی به دست می‌آید که اگر منجر به مرگ شود ضمان آور است زیرا یکی شرایط شرعی تأدیب حفظ سلامتی است (شیخ طوسی، مبسوط، ۶۶/۸).

نکته دیگر آن که در ماده ۴۷۳ قانون مجازات اسلامی آمده: «هرگاه مأموری در اجرای وظایف قانونی، عملی را مطابق مقررات انجام دهد و همان عمل موجب فوت یا صدمه بدنی کسی شود، دیه برعهده بیت المال است.» عموم این ماده شامل حدود و قصاص و تعزیرات می‌شود لکن به نظر می‌رسد ماده ۴۸۵ آن را تخصیص بزند و قصاص و حدود را از شمول آن خارج کند. البته اگر بخواهیم در مفاد قاعده خدشه نموده و آن را نپذیریم با توجه به این ماده ضمانتی بر عده مجری مجازات نخواهد بود و نهایتاً این بیت المال است که ضامن است.

رابطه قاعده با سایر احکام و قواعد

۱. ضمان قتل

بر اساس حکم اولیه، قتل، اعم از عمد و غیر عمد، موجب ضمان است مگر آن که مقتول، مهدور الدم باشد؛ فردی که حد بر او جاری شده مهدور الدم نبوده، مستحق سلب حیات نیست. از طرفی با توجه به مبنای مشهور به موجب قاعده لادیه، فردی که بر اثر اجرای حد شرعی کشته شده، خونش هدر است. لذا میان این دو حکم در نگاه اولیه تعارض وجود دارد.

به نظر می‌رسد با توجه به آن که یکی از شرایط قصاص، در قتل عمد، عدوانی بودن قتل است (شهید ثانی، شرح لمعه، ۳۹۶/۲) و از طرفی بر اجرای حد، عنوان عدوان صدق نمی‌کند، شرایط قصاص منتفی است. قبلاً نیز بیان شد که یکی از شرایط اجرای قاعده، عدم صدق قتل عمد است و از این رو، بحث قصاص منتفی است.

اما در رابطه با دیه، با توجه به استدلال سید محمد کاظم مصطفوی، این دو حکم موضوعاً جدای از هم هستند و رابطه آن‌ها تخصص است. ایشان یکی از علل هدر بودن را منتفی بودن موضوع قتل می‌دانستند. یعنی اجرای حد و قتل، موضوعاً جدای از هم هستند. به عبارت دیگر، در بحث قاعده لادیه، حقیقتاً نمی‌توان گفت که مجری حد، شخص را کشته است؛ بلکه اساساً قتل، نتیجه اجرای حد و عمل

خود شخص بوده است؛ در نتیجه لا دیه از موضوع ضمان قتل، تخصصاً خارج است. البته همان طور که بیان شد استدلالی که در رابطه با انتفاء موضوع دیه مطرح شده قابل خدشه است. بر این اساس رابطه تخصص منتهی خواهد بود. اما با توجه به مبنای مشهور ظاهر امر، نشان از رابطه عام و خاص و تخصیص دارد، به این شکل که ادله قاعده لادیه، قاعده ضمان قتل را تخصیص می‌زنند. اما اگر ادله حرمت خون مسلمان را غیر قابل تخصیص بدانیم و در نص بودن ادله لا دیه خدشه وارد کنیم، ادله حرمت خون مسلمان، ادله لا دیه را تخصیص می‌زنند که در این صورت دیگر تعارضی بین ادله لا دیه و ضمان قتل نخواهد بود. در ادامه به این امر مفصلاً پرداخته خواهد شد.

۲. قاعده دم المسلم لا یذهب هدره

این قاعده که میان فقها مشهور است، بر اهمیت خون مسلمان از نظر حکم وضعی دلالت دارد. بنابر نظر برخی فقها مورد این قاعده جایی است که قتلی صورت گیرد لکن قاتل مشخص نباشد (مصطفوی، ۱۲۹). اما با بررسی ادله قاعده روشن می‌شود که اختصاص به این مورد ندارد؛ بلکه مورد آن، هر جایی است که کسی کشته شود و امکان گرفتن دیه از قاتل وجود نداشته باشد؛ خواه قاتل او مشخص نباشد یا دسترسی به او و نزدیکان وی نباشد و یا به جهت فقر مالی وی و نزدیکانش، امکان اخذ دیه وجود نداشته باشد. در این صورت، طبق این قاعده باید دیه او از بیت المال پرداخت گردد چراکه: خون مسلمان، هدر نمی‌رود.

با این توضیح روشن می‌شود، عدم امکان اخذ دیه از قاتل و نزدیکان وی صرفه مورد (شان نزول) این حکم است و اینکه حضرت در مواردی نظیر عدم شناخت قاتل، یا معسور بودن وی این قاعده را بیان کرده‌اند از باب تعلیل حکم به علت عام است و موارد مذکور، صرفه مصادیق و فروعات آن علت کلی هستند.

برای نمونه، دو مورد از روایات مربوط به این بحث را ذکر می‌کنیم:

روایت اول: ابی بصیر از امام صادق علیه السلام در مورد مردی می‌پرسد که مرتکب قتل عمدی شده و گریخته است. حضرت در پاسخ فرمودند: اگر قاتل، مالی دارد، دیه از مال او اخذ می‌شود وگرنه از نزدیکان او به ترتیب قربابت اخذ می‌شود و اگر خویشانی ندارد، امام دیه او را می‌پردازد چراکه: «لا یبطل دم امرئ مسلم» (کلینی، ۳۶۵/۷).

روایت دوم: از امام باقر علیه السلام در مورد مردی پرسیده شد که مرتکب قتل عمد شده ولی حد، بر او اقامه نشده و شهادتی علیه او صورت نگرفته است تا اینکه دچار جنون می‌شود، سپس گروهی دیگر، علیه او شهادت به قتل می‌دهند. حضرت فرمودند: اگر آن‌ها شهادت دادند که وی هنگام ارتکاب قتل، از

صحت عقل برخوردار بوده است، باید قصاص شود؛ وگرنه ... از مالش به ورثه مقتول، دیه پرداخت می‌شود و اگر مالی نداشته باشد، دیه از بیت المال پرداخت می‌شود: «ولا يبطل دم امرئ مسلم» (کلینی، ۲۹۵/۷).

حال که مفاد قاعده خون مسلمان روشن شد باید رابطه این دو قاعده را بررسی کنیم. در این خصوص، دست کم سه احتمال می‌توان مطرح کرد:

(۱) قاعده خون مسلمان، عام است و قاعده لادیه آن را تخصیص می‌زند. این وجه جمع، مورد توجه مشهور واقع شده است.

(۲) اگر محل اجرای قاعده خون مسلمان را جایی بدانیم که قاتل مشخص نباشد شاید بتوان گفت موضوع این دو قاعده متفاوت است؛ زیرا در لادیه در ظاهر امر، قاتل مشخص است که البته همان طور که بیان شد این مبنا مورد پذیرش نیست.

(۳) قاعده خون مسلمان، غیر قابل تخصیص است و قاعده لادیه را تخصیص می‌زند؛ در نتیجه طبق قاعده لادیه، دیه از مجری مجازات برداشته می‌شود و طبق قاعده خون مسلمان، دیه بر عهده بیت المال قرار می‌گیرد. با توجه به نکات پیش گفته این وجه جمع، بهترین راه حل خواهد بود و به کمک آن، در بیشترین حد، به مضمون دو قاعده عمل شده است. جالب است که مشابه این جمع در موارد دیگری توسط فقها صورت پذیرفته و برخی روایات نیز ظاهر در آن است؛ مثلاً صاحب جواهر پس از ذکر حدیثی مبنی بر حکم حضرت علی علیه السلام به پرداخت دیه از بیت المال در مورد زن حامله‌ای که به خاطر ترس از مشاهده فراریان جنگ جمل، ابتدا فرزندش مرده بود، و به تبع آن خودش هم جان داده بود، معتقدند که این حدیث مبین آن است که منظور از «لیس فی الهیاشات^۷ عقل و لا قصاص» این است که بر غیر بیت المال چیزی نیست (ای علی غیر بیت المال) و شاهد دیگر آن را روایت دیگری می‌داند که متصل به روایت اول در کافی نقل شده (کلینی، ۳۵۵/۷) که حضرت علی علیه السلام دیه چنین شخصی را در بیت المال قرار دادند (صاحب جواهر، ۴۱/۲۳۷-۲۳۸).

نتیجه‌گیری

قاعده «لا دية لمن قتله الحد» از جمله قواعد فقه جزا است. می‌توان گفت اصل قاعده را تقریباً مشهور فقهای شیعه پذیرفته‌اند؛ لکن شمول و مفاد آن مورد اختلاف است. بر اساس نظر مشهور فقهای شیعه این

۷ - فتنه‌هایی (مثل جنگ جمل) که در شب یا روز واقع شده و شخصی در اثر آن کشته یا مجروح می‌شود، در حالی که قاتل یا جراح معلوم نیست.

قاعده دلالت بر هدر بودن خون کسی می‌کند که بر اثر اجرای حد شرعی کشته شده است. مهم‌ترین ادله‌ای که در این مورد به آن‌ها استناد شده روایاتی است که بنابر نظر مشهور دلالت بر نفی کلی ضمان می‌کند. لکن بر اساس برخی شواهد و قرائن از جمله تردید در صراحت روایات مطرح شده مبنی بر نفی کلی ضمان و از طرفی ابراء از تخصیص داشتن ادله حرمت خون مسلمان می‌توان ادله مطرح شده را تخصیص زد و نتیجه گرفت که قاعده دلالت بر نفی ضمان از مجری حد می‌کند و در واقع روایات مطرح شده در مقام نفی ضمان از افرادی که در اجرای حد نقش داشته‌اند، است. که در این صورت دیه کسی که بر اثر اجرای حد کشته شده باید از بیت المال پرداخت شود. چنین جمعی در مورد مشابه مورد پذیرش صاحب جواهر قرار گرفته است. همچنین با توجه به مبنای مشهور سرایت قاعده به تعزیرات خالی از اشکال نیست و در میان فقها برخی سرایت آن را به تعزیرات نپذیرفته‌اند. اما اگر مفاد قاعده را نفی ضمان از مجری حد بدانیم می‌توان قاعده را به تعزیرات هم سرایت داد. همچنین طبق هر دو مبنا می‌توان قاعده را در قصاص جاری دانست لکن سرایت آن به تأدیب مورد پذیرش نیست.

قانون‌گذار در ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی نسبت به مفاد قاعده از نظر مشهور فقهای شیعه پیروی نموده و قایل به نفی کلی ضمان است. اما شمول آن را در تعزیرات نمی‌پذیرد. لکن بر اساس نظریه مطرح شده این قاعده دلالت بر نفی ضمان از مجریان مجازات نموده و دیه فردی که بر اثر اجرای حدود و مجازات‌های اسلامی کشته شده باید از بیت المال پرداخت شود.

منابع

قرآن کریم (ترجمه: ناصر مکارم شیرازی)

ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، *التلخیص الحبیر*، بی‌جا، مؤسسه قرطبه، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المقنن*، مکه، مکتبه المکیه، چاپ اول، ۱۹۹۷ م.

الآلبانی، محمد ناصر، *ارواء الغلیل*، بیروت، المکتب الإسلامی، ۱۴۰۵ ق.

بروجردی، حسین، *منابع فقه شیعه*، ترجمه مهدی حسینیان قمی و دیگران، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول،

١٤٢٩ ق.

جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية**، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ١٤١٠ ق.

حراعلی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعة**، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

خمینی، امام روح الله، **تحریر الوسيلة**، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، بی تا.

خویی، ابو القاسم، **مبانی تکملة المنهاج**، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.

زراعت، عباس، **شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مبحث دیات**، تهران، انتشارات جاودانه، چاپ اول، ١٣٩٣.

سبزواری، عبد الأعلى، **مهذب الأحكام**، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، چاپ چهارم، ١٤١٣ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، **اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية**، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٠ ق.

_____، **غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٤ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - سلطان العلماء)**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٢ ق.

_____، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣ ق.

شیرازی، محمد حسینی، **الفقه، القواعد الفقهية**، بی جا، معهد التعالیم الاسلامیة، چاپ اول، ١٤١٤ ق.

صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.

طوسی، محمد بن حسن، **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، تهران، دار الکتب الإسلامية، ١٣٩٠ ق.

_____، **الخلافا**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٧ ق.

_____، **المبسوط فی فقه الإمامية**، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ١٣٨٧ ق.

_____، **تهذیب الأحكام**، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، **مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ١٤١٣ ق.

فاضل موحدي لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الحدود**، قم، مرکز فقهی انمہ اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، **الشافی فی العقائد و الأخلاق و الأحكام**، تهران، دار نشر اللوح

- المحفوظ، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- کاشانی، حبیب‌الله بن علی مدد، *تسهیل المسالك إلى المدارک*، قم، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- ماوردی، علی بن احمد، *الاحکام السلطانية*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶ ق.
- متقی هندی، علی بن حسام الدین، *کنز الاعمال*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ق.
- مرعشی نجفی، شهاب الدین، *السرقه علی ضوء القرآن والسنة*، قم، انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- مشکینی، علی، *مصطلحات الفقه*، بی‌جا، بی‌نا، چاپ اول، بی‌تا.
- مصطفوی، محمد کاظم، *مئة قاعدة فقهية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ق.
- مظفر، محمد رضا، *أصول الفقه*، قم، اسماعیلیان، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله علیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الفقاهة - کتاب الحدود والتعزیرات*، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *تعزیر و گستره آن*، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- منتظری، حسین علی، *دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية*، قم، نشر تفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، مترجم: محمود صلواتی، و ابوالفضل شکوری، قم، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *نظام الحکم فی الإسلام*، قم، نشر سرایی، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق.
- موسوی اردبیلی، عبد‌الکریم، *فقه الحدود والتعزیرات*، قم، مؤسسة النشر لجامعة المفید رحمه الله، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.
- موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

منابع اینترنتی:

انصاری، محمد علی، *الموسوعة الفقهية الميسرة*، قابل دسترسی در وبسایت:

<http://lib.eshia.ir/10193/1/544>

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4, Issue 115

Winter 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.46202>



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵

زمستان ۱۳۹۷، ص ۹۹-۱۱۶

گونه شناسی فتوا مستند به سد ذرایع در انکاره فقیهان امامیه*

دکتر داود گوهری

استادیار دانشگاه رازی

Email: davodgohari@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم^۱

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

دکتر حسین صابری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

مسئله اعتبار سد ذرایع از مسائل اختلافی دیرین فقه و اصول مذاهب است. در این بین فقهای امامیه در علم اصول نسبت به حجیت آن رویکرد منفی داشته‌اند. مطلب قابل توجه اینکه صرف نظر از دیدگاه‌های اصولی فقهای امامیه در بین فتاوی‌ای ایشان به مواردی بر می‌خوریم که با توجه به بیان تعلیل در آن‌ها به نظر می‌رسد مصادیقی از مصادیق سد ذرایع باشند و این مطلب نشان دهنده ناهم‌سویی رویکرد اصولی و فقهی فقیهان امامیه در مسئله مورد بحث است. با وجود عناوین مشابهی همچون مقدمه حرام در اصول فقه امامیه می‌توان اختلاف موجود را یکسره نزاع لفظی دانست و در مقام عمل فرقی بین آن‌ها قرار نداد. مقاله پیش‌رو در مقام احصای شواهد و مصادیق فقهی در راستای مدعای خود برآمده و کوشیده است با عنایت به تعلیل مذکور در این مصادیق، عنوان سد ذرایع را بر آن‌ها قابل انطباق یابد.

کلیدواژه‌ها: سد ذرایع، مقدمه حرام، تعلیل در احکام، ملازمات عقلیه.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۲/۰۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۱۰/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

بسیاری از علمای اهل سنت معتقدند هر عملی که به حسب عادت سرانجام به مفسده‌ای منتهی گردد، به استناد اصل «سد ذرایع» باید ممنوع اعلام گردد؛ یعنی هر عملی که وسیله حرام گردد، باید ممنوع شود. این قیّم در بیان دلیل عقلی سد ذرایع می‌گوید: «از آنجایی که تنها راه رسیدن به مقاصد، از طریق اسباب و طرّقی است که موجب رسیدن به مقاصد می‌شوند، لذا اسباب و طرّقی، تابع مقاصد بوده و به اعتبار آن‌ها معتبرند؛ بنابراین، وسایل (مقدمات و ذرایع) محرّمات و معاصی، در کراهت و حرمتشان، به حسب ارتباطشان با معاصی و افضای آن‌ها به غایاتشان است. نیز وسایل طاعات و قربات، در جواز و محبوبیتشان، به حسب افضای آن‌ها به غایاتشان است. پس وسیله مقصود، تابع مقصود است و هر دو مقصودند با این تفاوت که غایت، مقصود اصلی است و وسیله، مقصود تبعی. لذا وقتی خداوند متعال چیزی را حرام می‌کند که برای رسیدن به آن وسایل و طرّقی وجود دارد، آن وسایل و طرّقی را هم به سبب حرمت آن چیز، حرام می‌کند و از آن طرّقی، به جهت جلوگیری از نزدیک شدن به حریم آن حرام، نهی می‌کند و حال آن‌که اگر وسایل و ذرایعی که به آن حرام، منجر می‌شوند را مباح می‌کرد این، نقض تحریم و نوعی تشویق مردم به فعل حرام بود ولیکن حکمت و علم خداوند، از چنین کاری ابا دارد؛ بلکه سیاست ملوک دنیا هم آن‌را بر نمی‌تابد. اگر یکی از ایشان سپاه یا افراد و یا اهل بیتش را از چیزی منع کند، سپس طرّقی و اسباب و ذرایع رساننده به آن چیز را مباح کند، سر از تناقض در می‌آورد و از افراد و سپاهش، ضد مقصودش حاصل خواهد شد. نیز پزشکان زمانی که بخواهند مرضی را ریشه کن کنند، صاحب آن بیماری را از طرّقی و ذرایع رساننده به آن بیماری، منع می‌کنند و گرنه تلاششان بیهوده خواهد بود. حال نسبت به این شریعت کاملی که در اعلی درجات حکمت، مصلحت و کمال است چه می‌توان گفت؟ هر کس که در مصادر و موارد این شریعت کامله، تأمل کند خواهد دانست که خداوند متعال و رسولش تمام ذرایع رساننده به محارم را منع کرده‌اند» (۱۴۷/۳). فقیهان امامی در مباحث اصولی و در ضمن بحث «مقدمه واجب»، بحث مقدمات حرام را مطرح کرده و با تفکیک اقسام و صورت‌های مختلف آن، به اظهار نظر پرداخته‌اند که با آن چه علمای اهل سنت با عنوان «سد ذرایع» عنوان می‌کنند، بی‌شبهت نیست. از باب نمونه آخوند خراسانی در پایان بحث مقدمه واجب، ضمن نفی ملازمه میان حرمت یک چیز و حرمت مقدمه آن می‌گوید: «... چیزی که شخص با وجود آن، قادر به ترک حرامی که مقصود شارع است، نمی‌شود، ترک آن نیز مطلوب خواهد بود و از طلب ترک حرام، طلب خصوص این مقدمه هم به دست می‌آید...» (ص ۱۲۸)

سیر تاریخی «سد ذرایع» مانند «مصلح مرسله» به نیمه قرن دوم هجری بر می‌گردد و اصولیان معتقدند نخستین کسی که آن را به عنوان منبع شناخت احکام معرفی کرد، «مالک بن انس» بود و پس از

وی این اعتقاد به عنوان منبع اجتهاد گسترش یافت. برخی در این مساله به قدری پیش رفته‌اند که ذرایع را یک چهارم تکلیف دانسته‌اند؛ ابن قیم در این خصوص چنین می‌گوید: «و باب سد ذرایع یک چهارم تکلیف است چرا که تکلیف بردو قسم است: امر و نهی. خود امر هم دو نوع است: یکی خودش مقصود است و دیگری وسیله‌ای است برای مقصود. نهی نیز دو نوع است: یکی مفسده‌اش در خودش است لذا خودش منهی‌عنه است و یکی هم وسیله‌ای است به مفسده‌ای دیگر و گرنه در خودش مفسده‌ای نیست. بنابراین، سد ذرایعی که به حرام منجر می‌شود یک چهارم دین است» (۱۷۱/۳). هر چند ممنوعیت عمل به سد ذرایع به عنوان یک دلیل مستقل، از سوی فقیهان امامی، تلقی به قبول شده است ولی با نگاهی دقیق به مهم‌ترین أدله استنباطی فقه شیعه یعنی کتاب و سنت، به مواردی بر می‌خوریم که حاکی از لزوم سد وسیله و ذریعه فساد است که آن کبرای کلی ممنوعیت را زیر سؤال می‌برد؛ از قبیل آیه ۱۰۸ سوره مبارکه انعام «ولاتسبوا الذین یدعون من دون الله فیسبوا الله عدوا بغير علم» و یا روایت نبوی «من الکبائر شتم الرجل والدیه» که در توضیح مقصودشان فرمودند: «یسب ابا الرجل فیسب اباه یسب امه» و ده‌ها مورد دیگر که در ادامه متعرض آن‌ها خواهیم شد، همگی دال بر رضایت شارع مقدس به لزوم سد وسیله فساد است و حداقل، چنین چیزی استشمام می‌گردد. لیکن ضرورتی که ما را به تحقیق واداشته است، شهرتی است مبنی بر این که امامیه به سد ذرایع عمل نمی‌کند، در حالی که به نظر می‌رسد در باور آنان، حرمت مقدمه حرام، امر مسلمی است. در این مقاله نمی‌خواهیم جنبه اصولی بحث سد ذرایع را از قبیل تعریف سد ذریعه، انواع سد ذریعه، أدله موافقان و مخالفان سد ذریعه را مطرح نماییم بلکه نمونه‌ای از گونه‌های فقهی فقهای امامیه را به همراه بیان تعلیل آن‌ها ذکر می‌نماییم که این تعلیل ذکر شده در کلام فقهاء، متناسب با بحث سد ذریعه است یعنی علت جعل این احکام توسط شارع مقدس از بین بردن زمینه‌های فساد و بستن باب مفسد بوده است. به جهت رعایت نظم مطالب، این موارد را در چهار بخش عبادات، عقود، ایقاعات و احکام به صورت جداگانه آن هم در دو قسمت احکام الزامی و غیر الزامی ذکر می‌نماییم.

گونه‌های استفاده از سد ذرایع عبادات

احکام الزامی

۱. روزه گرفتن مستحبی فرزند بدون إذن والدین اگر موجب اذیت ایشان شود حرام است. در مورد علت حرمت این روزه صاحب کتاب مصباح الهدی می‌نویسد: «أمر دوم: روزه فرزند اگر در آن اذیت و آزار پدر باشد از جهت دلسوزی پدر بر فرزندش این روزه حرام است چرا که اذیت نمودن پدر حرام است پس روزه‌ای که سبب این امر باشد آن هم حرام خواهد بود» (۹۰/۹). همانگونه که ملاحظه شد شارع حکیم

با نهی از صوم ولد بدون إذن والد، در صدد از بین بردن زمینه ایذاء والدین بوده است.

۲. در جهاد با کفار حربی کشتن صبیان، مجانین، نساء ایشان جایز نیست. حال چنانچه کفار از این افراد به عنوان سیر استفاده نمایند (ترس) کشتن این افراد جایز است. تا جایی که اگر این سپر، آسرای مسلمان باشند کشتن مسلمانانی هم که سپر واقع شده‌اند، جایز است. در خصوص فلسفه و علت جواز قتل صبیان، مجانین، نساء و مسلمانانی که در جنگ سپر کفار واقع شده‌اند. علامه حلی در کتاب منتهی می‌فرماید: «به خاطر اینکه رها کردن این سپرها و ترک تیراندازی به سوی آن‌ها به قتل مسلمانان منجر می‌شود، چرا که کفار به سوی مسلمانان تیراندازی می‌کنند ولی مسلمانان تیراندازی نمی‌کنند؛ و منع قتل زنان و کودکان در صورت انفراد و تنها بودن آن‌هاست نه به همراه کفار؛ و در ترک تیراندازی به سوی آن‌ها تعطیلی جهاد خواهد بود چرا که در صورت إراده جهاد توسط مسلمانان آن‌ها از این سپر استفاده خواهند نمود» (۹۴/۱۴).

۳. در روز جمعه بعد از زوال، مسافرت کردن بر کسی که مکلف به نماز جمعه است قبل از اقامه نماز جمعه حرام است. در خصوص علت حرمت این سفر صاحب کشف اللثام می‌فرماید: «و مسافرت بعد از زوال قبل از اقامه نماز جمعه بر کسی که نماز جمعه بر او واجب است حرمت دارد به غیر جهت نماز جمعه چرا که سببی که به اقامه نماز جمعه إخلال برساند حرام است مثل إخلال به خود نماز جمعه. و به خاطر قول أميرالمؤمنین (ع) که در نهج البلاغه روایت شده: روز جمعه مسافرت نکن تا زمانی که نماز جمعه را اقامه نمایی مگر در کار خیری باشی یا معذور باشی؛ و در کتاب تذکره و منتهی بر این حکم إجماع وجود دارد» (۲۸۴/۴).

۴. إقامت در سرزمین شرک برای کسی که نمی‌تواند شعائر اسلامی را إظهار کند، حرام است و مهاجرت به سرزمین اسلامی واجب. در خصوص علت حرمت إقامت در سرزمین شرک و وجوب مهاجرت مرحوم سبزواری در کتاب مهذب پس از استناد به کتاب، سنت و إجماع، مهاجرت را مقدمه واجب (إظهار شعائر) می‌داند یعنی إقامت هم می‌شود مقدمه حرام (إخفاء شعائر دین): «... و به خاطر إجماع علاوه بر وجوب مقدمه واجب» (۱۰۰/۱۵).

۵. به کارگیری ظروف طلا و نقره در اکل و شرب و وضو و غسل و ... حرام است. علامه حلی در کتاب تذکره پس از ادعای إجماع بر اصل مسئله، به بیان علت حکم می‌پردازد: «و استفاده از ظروفی که از طلا و نقره ساخته شده‌اند در خوردن و آشامیدن و سایر مصارف به اتفاق همه علمای ما حرام است ... و به خاطر قول امام صادق (ع) که فرمود: «در ظرف طلا و نقره نخور» و نهی هم مفید تحریم است و به خاطر اینکه استفاده از آن‌ها موجب فخر فروشی، کبر، عجب و شکستن قلوب فقراء می‌شود» (۲۲۵/۲).

۶. یکی از مصارف زکات بدهکارانی هستند که از پرداخت بدهی خویش عاجزند. البته به شرط اینکه قرض و بدهیشان در راه معصیت نبوده باشد. در خصوص علت شرط عدم معصیت دین غارم، علامه در تذکره می‌نویسد: «و اگر برای معصیت قرض کرده باشد زکات پرداخت نزد همه علمای ما نمی‌شود چرا که آن، بدهی‌ای است که برای معصیت قرض گرفته شده است پس مالی به این مدیون پرداخت نمی‌شود همچنانکه اگر دینی ثابت نبود چیزی پرداخت نمی‌شد. و به خاطر اینکه پرداخت زکات به دین در راه معصیت تشویق و تحریک به معصیت است زیرا فاسق اگر بداند بدهی در راه معصیتش پرداخت می‌شود بر انجام فعل معصیت و فسق اصرار می‌کند، پس، از پرداخت زکات منع شده تا ماده فساد ریشه کن شود» (۲۵۷/۵).

۷. در باب نماز جماعت اگر مأمومین در انتخاب امام جماعت اختلاف نمایند یا مختار اکثر مقدم می‌شود و یا به مرجحات مراجعه می‌شود و اقتداء هر گروه به امام مختار خویش و برگزاری جماعت متعدد جایز نیست. صاحب جواهر در خصوص علت عدم جواز می‌فرماید: «به هر حال پس اگر اختلاف کنند یعنی مأمومین، چه برابر باشند و چه بعضی از بعض دیگر بیشتر باشند - به خاطر آنچه که آموختی که کثرت افراد مدخلیتی ندارد در نصوص هر چند در تذکره بوسیله کثرت ترجیح داده شده است به خاطر بعضی وجوه - به سوی مرجحات منصوصه پناه برده می‌شود، نه اینکه امامان را تقسیم نمایند پس هر گروهی پشت سر امام مختار خویش نماز بخوانند چرا که سر از اختلاف موجب کینه و کدورت در می‌آورد و برخلاف مقتضای نصوص است» (۳۵۷/۱۳).

۸. در باب جهاد، کافری که در زمان برپایی جنگ اسیر می‌شود اگر از راه رفتن عاجز باشد در خصوص حکم کشتن ایشان دو قول وجود دارد. طرفداران وجوب قتل از جمله شهید ثانی در کتاب مسالک علت حکم را اینگونه بیان می‌نمایند: «پس همانا احتمال دارد در اینجا گفته شود: کشتن این اسیر عاجز واجب است زیرا قتل بر مجاهد مسلمان متعین و واجب است، پس جایز نیست مسلمان او را ترک کرده و از کشتن او صرف‌نظر کند چراکه در این صورت مسلمان اخلال به واجب نموده و رها کردن اسیر موجب تقویت کفار خواهد شد زیرا اسیر عاجز استراحت کرده به سوی کفار خواهد رفت، و نیز عدم قتل اسیر عاجز و رها نمودن وی وسیله‌ای خواهد بود به سوی خلاصی اسرای کافر با این ترفند و حيله» (۴۱/۳-۴۲).

۹. در باب جهاد فرار از جنگ حرام و یکی از گناهان کبیره است بلکه بایستی در برابر دشمن ایستادگی و از کیان اسلام محافظت کرد. و اما در خصوص علت حرمت فرار از جنگ شیخ صدوق در کتاب علل شرایع می‌فرماید: «... همانا ابوالحسن، امام رضا (ع) در جواب سؤالاتی که از حضرت شده بود

نوشت: خداوند متعال فرار از جهاد را حرام کرد به خاطر مفاسدی که در آن است از قبیل وهن دین، کاهش منزلت رسولان و امامان عادل و یاری نکردنشان علیه دشمنان و در برابر مجازات کفار بر انکار آنچه که کفار به آن فراخوانده شده‌اند مثل اقرار به ربوبیت پروردگار و اظهار عدل و ترک ظلم و ستم و از بین بردن فساد و نیز در فرار از جهاد جرأت پیدا کردن دشمن بر مسلمانان و در نتیجه اسارت و کشتار و از بین رفتن دین خداوند متعال و دیگر فسادها نهفته است» (۴۸۱/۲).

أحكام غير الزامی

۱. گنج کاری و ساخت بناء بر قبور طبق نظر فقهای امامیه مکروه است. به تصریح قرطبی در احکام القرآن فقهای اهل سنت فلسفه نهی از تخصیص قبور را جلوگیری از بت پرستی و بت قراردادن قبرها می‌دانند (۵۸/۲) اما علامه حلی در منتهی هدف از این نهی را جلوگیری از تبعیت اهل دنیا در زینتشان و در نتیجه بی‌توجهی و کاستن از احترام اموات می‌داند (۴۰۱/۷-۴۰۲).

۲. امامت جماعت در نماز بر شخص ابرص و جذام جایز نیست. صاحب کتاب الإلتصار در مقام بیان تعلیل این حکم می‌فرماید: «و دلیل در این حکم اجماع طائفه است و نیز ممکن است علت منع امامت ایشان برای دیگران نفرت پیدا کردن مردم از این شخص و عدم رفاقت با او و ترک وی باشد» (۱۵۸).

۳. بول کردن در آب جاری و راکد منهی عنه است. مرحوم اشتهاودی در مدارک العروة در مقام تعلیل این حکم می‌نویسد: «همانا روایاتی که در خصوص نهی از بول در آب وارد شده نزدیک به تواتر است و در بعضی از آن‌ها اینچنین علت آورده شده که همانا آب دارای ساکنانی است و در بعضی از آن‌ها اینگونه آمده است که پس ساکنان آب را اذیت نکنید که نیازی به نقل آن اخبار نیست چه آب جاری باشد چه راکد، آب کم باشد یا زیاد» (۵۹۱/۳).

۴. نماز خواندن در بعضی از مکان‌ها کراهت دارد مثل نماز خواندن در خانه‌های آتش (آتشکده‌ها). و اما در خصوص تعلیل این حکم، علامه حلی در نهاییه می‌فرماید: «نماز خواندن در آتشکده‌ها مکروه است به خاطر دوری از شباهت به آتش پرستان» (۳۴۶/۱).

۵. در باب احکام تخلی از جمله مکروهات: تخلی در راه عبور و مرور، راه آب، حریم خانه، محل اجتماع مردم، زیر درختی که میوه می‌دهد و در سایه‌گاه عابران، مسافران و محل فرود آن‌ها است. شهید اول در ذکری در مقام تعلیل حکم می‌فرماید: «و نشستن برای تخلی در راه‌ها و راه آب و زیر درخت میوه دهنده و محل اجتماع مردم (کراهت دارد) به خاطر تصریح امام سجاد (ع) و ملاعن را به درب منازل تفسیر کرد. و گفته شده: محل اجتماع ندا دهندگان، چرا که متخلی در معرض لعن مردم واقع می‌شود. و از نبی مکرم (ص) روایت شده: «از ملاعن بپرهیزید» و حریم خانه‌ها مخصوصاً حریم مساجد و در محل فرود

مسافران، به خاطر تصریح امام کاظم (ع) و قول پیامبر (ص) که فرمود: «کسی که در محل فرود مسافران و سایه‌بان آن‌ها و جایی که موجب اذیت مردم می‌شود غائط و تخلی کند ملعون است» زیرا خود را در معرض حرام قرار داده است» (۱/۱۶۵).

۶. نماز اول وقت مستحب و دارای فضیلت فراوانی است ولیکن این فضیلت در برخی موارد منتفی است از جمله نماز اول وقت شخص روزه‌داری که دیگران منتظر افطار او هستند. میرزای قمی در غنائم الایام در بیان علت این حکم می‌نویسد: «و بر استحباب تأخیر نماز دلالت می‌نماید به جهت رفع انتظار منتظر علاوه بر روایات، عمومات آنچه که دلالت می‌کند بر فضیلت اجابت دعوت مؤمن و إدخال سرور و شادی در قلب او و دفع ناراحتی و اذیت از قلبش، به درستی که کمتر چیزی در بین اعمال هست که بتواند با آن در ثواب برابری نماید» (۵/۳۵۱).

۷. یکی از افعالی که بر زن صائمه کراهت دارد نشستن در آب است. مرحوم نراقی در کتاب مستند پس از ذکر این مورد و نسبت کراهت آن به شهرة، علت آن را بیان نموده است: «و از جمله مکروهات: نشستن زن روزه‌دار در آب است بنابر نظر ظاهرتر و مشهورتر به خاطر شهرت و موثقه حنان که در آن از شخص روزه‌داری که به جهت خنکی وارد آب شده سؤال شد؟ حضرت فرمود: «اشکالی ندارد ولیکن در آب فرو نرود و زن روزه‌دار هم وارد آب نشود زیرا با رحمش آب حمل می‌کند...» و توجیه تعلیل در روایت برای اثبات کراهت کفایت می‌کند زیرا نشستن در آب موجب رفع عطشی که در روزه مطلوب است می‌شود و از طرف دیگر هر رسیدن آبی به شکم بدون صدق خوردن و آشامیدن مفسد روزه نیست و إجماع منقول هم که حجت نیست» (۱۰/۳۰۳-۳۰۴).

۸. در باب جهاد جنگیدن به شیوه‌هایی که موجب پیروزی مسلمین است جایز است ولیکن به کارگیری بعضی از این روش‌ها مورد پسند شارع مقدس نبوده کراهت دارد، مثل إلقاء سم بر کفار. و اما در خصوص علت کراهت به کارگیری این روش (إلقاء سم) در جنگ با کفار، شیخ طوسی در کتاب الإقتصاد می‌فرماید: «و در جنگ با کفار به کارگیری انواع روش‌ها جایز است مگر إلقاء سم در بلاد کفار که کراهت دارد زیرا با استفاده از آن کودکان، زنان و دیوانگانی که قتلشان جایز نیست به هلاکت می‌رسند» (۳۱۳-۳۱۴).

۹. انجام برخی از کارها در مسجد جایز نبوده انجامشان کراهت دارد مثل امضای احکام و اجرای حدود. شهید ثانی در کتاب روض الجنان علت حکم را اینگونه تقریر می‌نماید: «(و امضای احکام) در مساجد مکروه است زیرا این فعل در بر دارد مجادله، مخاصمه و ادعاهای باطلی که مستلزم معصیت در مسجدند که به خاطر وقوع در مسجد عقوبتشان مضاعف خواهند بود» (۲/۶۲۸).

۱۰. در پرداخت زکات به فقیر لازم نیست به ایشان گفته شود که مدفوع زکات است، بلکه مستحب است به عنوان صلّه و هدیه به ایشان داده شود. و اما در خصوص علت عدم وجوب اعلام زکات بودن مال مدفوع به فقیر، علامه در تذکره می‌فرماید: «مسأله ۲۰۳: واجب نیست به کسی که زکات را می‌دهد اعلام کند که این از باب زکات است، پس اگر فقیر حیا می‌کند از گرفتن زکات به طور آشکار مستحب است زکات را با عنوان هدیه به او برساند در حالی که نداند که زکات است زیرا اعلام نمودن اینکه مدفوع زکات است موجب دلیل و حقیر شدن مؤمن خواهد بود» (۲۸۷/۵).

گونه‌های کاربرد سد ذرایع در معاملات (عقود)

أحكام إلزامی

۱. بر شخص محرم إنشاء و اجرای عقد نکاح جایز نیست چه برای خود و چه برای دیگران. هدف از جعل تحریم برای عقد در حال إحرام، جلوگیری از وقوع نزدیکی در حال إحرام بوده است چرا که عقد زمینه‌ای برای نزدیکی می‌شود. أهل سنت هم فلسفه جعل این حرمت را بستن راه نزدیکی در حال إحرام می‌داند که این قیم در أعلام الموقعین به آن تصریح می‌کند (۱۵۳/۳).
۲. خواستگاری کردن از زنی که قبلاً توسط مرد دیگری خواستگاری شده و به آن پاسخ مثبت داده بنا به نظر فقهاء امامیه حرام است. شهید ثانی در شرح لمعه پس از بیان این مطلب به فلسفه جعل حرمت آن هم اشاره نموده می‌فرماید: «خواستگاری کردن از زنی که خواستگاری دیگری را إجابت نموده حرام است چه این إجابت غیر توسط خود زن باشد چه وکیلش و چه ولیش به خاطر فرمایش پیامبر صلی الله علیه و آله: یکی از شما بعد از إجابت نمودن زن خواستگاری دیگری را، از آن زن خواستگاری نکند. چرا که نهی ظهور در تحریم دارد و نیز این کار موجب ایذاء مؤمن است و سبب برانگیختن عداوتی که حرمت دارد پس چیزی هم که وسیله آن باشد آن هم حرام خواهد بود» (۲۴۱/۵).
۳. مرد حق ندارد بین زن و عمه او یا زن و خاله او جمع کند مگر با إذن عمه یا خاله. علامه حلی در تذکره در بیان علت حرمت این نکاح می‌نویسد: «زیرا علت حرمت جمع بین دو خواهر ایجاد دشمنی همیشگی بین دو زن یک مرد (یعنی هووها) است و این جمع مقتضی بغض و کینه بین أقارب است و قطع رحمی که حرام است را در بر دارد و این معنی در آنچه که در ذکر کردیم (جمع بین زن و عمه‌اش یا خاله‌اش) وجود دارد. زمانیکه این را شناختی پس در تحریم جمع بین زن و عمه‌اش یا خاله‌اش عدم رضایت این دو را به نکاح شوهرش با دختر برادر یا دختر خواهرش شرط می‌کنیم. پس اگر رضایت دادند به نکاح شوهرش با دختر برادر یا دختر خواهرش در این صورت جمع بین آنها نزد تمامی علمای ما حرام

نخواهد بود» (۶۳۸).

۴. بیع مصحف شریف به کفار جایز نیست و معامله باطل است. محقق اردبیلی در کتاب مجمع الفائدة علت عدم جواز را اینگونه بیان می‌کند: «و شاید دلیل عدم جواز بیع مصحف به کفار و عدم جواز خریدن مصحف توسط کفار تعظیم و بزرگداشت کتاب خداوند عزیز (و از بین بردن زمینه تحقیر آن) است» (۱۶۱/۸).

۵. تکسب از طریق حفظ کتاب‌های گمراه کننده و نیز نگهداری آن‌ها حرام است. شیخ انصاری در کتاب مکاسب علت حکم را اینگونه بیان می‌کند: «و به تحقیق حاصل می‌شود از آن، که همانا نگهداری کتاب‌های گمراه کننده حرام نیست مگر به جهت اینکه مفسده گمراهی شخص حافظ قطعه وجود داشته یا به احتمال زیاد واقع خواهد شد» (۲۳۴/۱).

۶. فروش خرما چیده شده در مقابل خرما روی نخل (مزابنه) و نیز فروش سنبل در مقابل دانه‌های چیده شده (محاقله) حرام است. شیخ طوسی در مبسوط برای حرمت این دو نوع معامله ادعای عدم خلاف نموده در مقام تعلیل حرمت می‌فرماید: «پس نزد ما بیع محاقله... و أحوط این است که جایز نیست فروش سنبل به دانه خودش به هر صورت، چرا که این بیع مأمون از ربا نیست و نیز بیع مزابنه... و أحوط این است که این هم جایز نیست به خاطر اینکه تعلیلی که در بیع سنبل گفته شد در اینجا هم جاری است» (۱۱۷-۱۱۸/۲).

۷. از جمله شرایط مبیع طلق و رها بودن آن است؛ لذا فروختن مال وقفی صحیح نیست. اما اگر میان صاحبان وقف اختلافی باشد که بقاء وقف منجر به خرابی آن شود مشهور فقهاء قائل به جواز بیع این مال وقفی اند. و اما در رابطه با علت جواز بیع وقف در صورت اختلاف، شهید ثانی در کتاب شرح لمعه می‌نویسد: «و قول آقوی در مسأله قولی است که بر آن روایت صحیح علی بن مهزیار از امام جواد (ع) دلالت دارد که عبارت است از جواز بیع مال موقوفه زمانی که بین صاحبان وقف اختلاف شدید باشد و امام (ع) برای جواز بیع اینچنین استدلال نمودند که چه بسا در آن تلف مال‌ها و جان‌ها نهفته باشد و ظاهر فرمایش ایشان این است که خوف منجر شدن بقاء مال موقوفه به تلف مال و جان و یا یکی از این دو، شرط نیست بلکه اختلاف مذکور مظنه این تلف است» (۲۸۳/۱).

۸. رهن گذاشتن قرآن یا بنده مسلمان نزد کافر صحیح نیست. محقق اردبیلی در کتاب مجمع الفائدة در مقام تعلیل عدم صحت رهن می‌فرماید: «و در جواز رهن مصحف و عبد مسلمان نزد کافر تأمل و إشکال است... و نفی سلطه و سبیل و لزوم تسلط کافر بر مصحف - تسلطی که با تعظیم واجب کتاب خداوند عزیز منافات دارد - دلالت بر ممنوعیت رهن می‌نماید و این منع را قول به عدم جواز بیع مصحف

به کافر تأیید می‌کند» (۹/۱۴۳).

أحكام غير إلزامی

۱. داخل شدن در معامله دیگران کراهت دارد. علامه حلی در کتاب منتهی تعلیل حکم را اینگونه بیان می‌کند: «به جهت آنچه که در این فعل است از فساد و ضرر زدن به مسلمانان و فاسد کردن معامله آن‌ها و ایجاد نزاع و درگیری بین آن‌ها» (۱۵/۳۱۴).

۲. برتری دادن بعضی از فرزندان بر بعضی دیگر در عطیه و هبه مذموم بوده و شارع مقدس از آن نهی فرموده است. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه در بیان تعلیل کراهت این فعل می‌فرماید: «و برتری دادن بعضی از فرزندان بر بعضی دیگر کراهت دارد هر چند در پسر و دختر بودن مختلف باشند چرا که موجب شکسته شدن قلب بچه‌ای می‌شود که دیگری بر او برتری داده شده است و آن‌ها را در معرض دشمنی قرار می‌دهد» (۳/۱۹۳).

۳. یکی از اقسام تجارت به جهت موضوع آن تجارت مکروه است مثل بیع صرف، بیع کفن، قصابی، بیع طعام، بیع عبد، نساجی، کسب صبیان و ... صاحب کتاب المذهب البارع علت کراهت هر یک از فقرات را اینگونه تقریر می‌کند: «و کراهت تجارت یا به خاطر این است که غالباً به حرام می‌انجامد مثل بیع صرف، بیع کفن، طعام، آرد، رنگریزی، قصابی و بیع ابزار دفاعی به أهل کفر مثل چکمه و زره؛ و یا به خاطر پستی آن فعل است مثل بافندگی و حجامت به شرط اجرت و جهانندن نر ولی ختنه کردن پسر و دختر ایشکالی ندارد؛ و یا به خاطر راه پیدا کردن شبهه کراهت دارد مثل کسب صبی و کسب کسی که از محارم پرهیز نمی‌کند» (۲/۳۵۲).

۴. در باب نکاح از جمله احکام استحبابی علاوه بر دادن ولیمه و دعوت از مؤمنین، خوردن از ولیمه عروسی است هر چند شخص روزه‌دار باشد البته روزه مستحبی. شهید ثانی در کتاب مسالک در مقام تعلیل حکم می‌فرماید: «أمر پنجم: همانگونه که أصل إيجابت مستحب است خوردن از ولیمه هم مستحب است چرا که هدف از دعوت خوردن است و در صورت نخوردن، شخص در معرض وحشت و نفرت قرار می‌گیرد و نیز با خوردن، إکرام دعوت کننده را کامل کرده و قلب او را به دست آورده است و فرمایش پیامبر (ع) که فرمود: «و اگر روزه نیست پس بخورد» (۷/۲۷-۲۸).

۵. از جمله آداب بیع و مستحبات خرید و فروش این است که احکام کارهایی را که عهده‌دار می‌شود بداند و نسبت به احکام تجارت عالم باشد. در رابطه با علت استحباب این فعل مرعشی نجفی در کتاب منهاج المؤمنین می‌فرماید: «در خرید و فروش اموری مستحب است: اول: تفقه در آنچه که از کسب و کار برعهده می‌گیرد پس صحیح عقد را از فاسدش باز شناسد تا از ربا و دیگر عناوین حرام در امان بماند.

بنابراین سزاوار است انسان احکام بیع را فراگیرد. و گاهی این یادگیری بر بعضی از اشخاص واجب می‌شود مثل جایی که بدانند در بیع و معامله‌اش معامله‌ای صورت می‌گیرد که اگر حکم آن را بلد نباشد در حرام سقوط می‌کند و به تحقیق امیرالمؤمنین علی (ع) فرمود: «هرکس بدون علم تجارت نماید قطعه در ربا فرو می‌رود سپس در ربا فرو می‌رود» (۵/۲).

۶. به کار گرفتن اجیر بدون تعیین اجرت کراهت دارد بلکه مستحب است قبل از شروع به کار، میزان اجرت او را مشخص نمود. محقق کرکی در جامع المقاصد علت کراهت را این چنین بیان می‌کند: «قول مصنف که فرمود: و مکروه است به کارگرفتن اجیر قبل از توافق بر مقدار اجرت به خاطر این است که عدم تعیین غالباً اختلاف و منازعه و کشمکش را در بردارد» (۱۲۱/۷).

۷. ازدواج با مرد فاسق به ویژه شرابخوار مکروه است. صاحب کشف اللثام علت کراهت این تزویج را اینگونه بیان می‌کند: «و مکروه است ازدواج با فاسق چرا که او به خاطر فسقش سزاوار دوری نمودن از او و إهانت است. در حالی که ازدواج إکرام و مودت است و نیز زن ایمن نیست از متضرر شدن و إجبار شدن به فسق و کمترین مقدار ضرر، تمایل زن به سوی فسق و ساقط شدن جایگاه او از حرام نزد زن است» (۷/۹۳).

۸. نزدیکی با زن زناکار و نیز نزدیکی با زنی که فرزند زناست، مکروه است. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه در بیان علت کراهت می‌نویسد: «و نیز وطی کنیز فاجره مکروه است مثل زن آزاد فاجره زیرا در آن عیب و مذمت و خوف إختلاط آب‌ها نهفته است و نیز وطی زن متولد از زنا به وسیله عقد» (۱۱۴/۲).

گونه‌های کاربرد سد ذرایع در ایقاعات

در بین ایقاعات از نوع احکام الزامی مورد نیافته و از نوع غیر الزامی هم یک مورد حاصل شد: طلاق دادن مرد مریض کراهت دارد و اگر طلاق دهد صحیح است و زن و شوهر در ایام عده رجعی از یکدیگر ارث می‌برند. در طلاق بائن و رجعی تا گذشت یک سال از زمان طلاق، زن از شوهر ارث می‌برد، البته در صورتی که با دیگری ازدواج نکند و برای طلاق دهنده بهبودی حاصل نگردد. صاحب کتاب التتقیح الرائع پس از بیان اصل مسأله در قالب ذکر فوایدی، علت حکم را اینگونه بیان می‌کند: «در اینجا فائده‌هایی است: اول: همانا این طلاق کراهت دارد چرا که برخلاف استمرار ازدواج مستحب است و نیز مقصود مریض از آن طلاق، محروم نمودن زن از ارثی است که شرعاً برای او ثابت شده است. دوم: أصحاب ما إجماع دارند بر ثبوت ارث زن از مرد در صورت حصول شرائط مذکوره در حالی که آن را از إمامان علیهم السلام نقل کرده‌اند به سبب تهمتی که ذکر شد و به خاطر معارضه نمودن با نقیض مطلوب مریض

همچنان‌که با قاتل به نقیض مطلوبش معارضه شده ارث او منتفی می‌گردد. به درستی که اگر زن فقط در عده رجعی ارث می‌برد، هر مردی برای محروم کردن همسرش از ارث به طلاق دادن زن در مرض مرگ خود متوسل می‌شد» (۳/۳۲۳).

گونه‌های کاربرد سد ذرایع در احکام

احکام الزامی

۱. بر قاضی، تلقین دلیل یکی از طرفین به ایشان حرام است. در خصوص علت حرمت تلقین قاضی گفته‌اند: «همانا در این فعل، تهمت و اتهام به عدم عدالت قاضی وجود دارد لذا ترک تلقین لازم است. می‌گویم: از تلقین‌های غیر جائز تلقینی است که اگر باشد، موجب ترجیح یک طرف بر طرف مقابلش می‌شود و قاضی را از عدالت لازمه خارج نموده او را به وکیل مدافع یک طرف تبدیل می‌کند و طرف دعوا برای دیگری. و این فعل از مواردی است که صحیح نیست قاضی به سوی آن متمایل شود و مناسب شأن و مقام ایشان هم نیست چرا که موجب تهمت بر قاضی است» (۱۹/۲).

۲. در اضطرار فقهاء حکم به جواز تناول از محرّمات می‌کنند مثل شخص مضطری که خوف تلف دارد و یا مریض. نکته‌ای که قابل توجه است اینکه مقصود از جواز تناول محرّم، جواز به معنای اباحه است یا جواز به معنای وجوب؟ صاحب مستند در ادامه در این خصوص قول به وجوب را برگزیده به علت آن اشاره می‌فرماید: «به تحقیق اشاره کردیم که همانا خوردن در موضع ضرورت واجب است (نه جایز) چرا که نخوردن موجب یاری بر ضرر خودش می‌شود و به تحقیق در کتاب و سنت از آن نهی شده است. و بر این وجوب دلالت می‌کند قول امام (ع) که فرمود: «فأمره» در روایت مفضل و نیز روایت مرسله صدوقی که گذشت» (۱۵/۲۳-۲۴).

۳. اگر کسی پس از ارتکاب جنایتی به حرم پناه آورد، إخراج او حرام است. البته در خوردن و آشامیدن و ... بر او سخت گرفته می‌شود تا خود بیرون بیاید. ولی اگر در محدوده حرم مرتکب جنایتی شود در همانجا با او مقابله به مثل می‌شود. گلپایگانی در کتاب درالمنصود می‌نویسد: «و شاید دستور به سخت‌گیری بر جانی با اینکه او آمان و پناه به حرم آمده تنبیه به این امر باشد که جانب حدود را هم بایستی مراعات نمود چرا که اگر این سخت‌گیری نبود حدود الهی تعطیل می‌شد و این (به حرم پناهنده شدن) وسیله‌ای می‌شد برای نشر فساد و ارتکاب معاصی و محرّمات الهی» (۱/۳۹۲).

۴. در باب قضاء بر قاضی واجب است در صورت تساوی متخاصمین در اسلام و کفر، نسبت به طرفین متخاصم در سخن گفتن، جواب سلام، نگاه کردن، گوش دادن به سخنان ایشان و رعایت انصاف در

حق آنان و... از انواع إکرام، به برابری رفتار نماید. شهید ثانی در مقام تعلیل حکم می‌فرماید: «از جمله وظایف قاضی این است که بین متخاصمین با مساوات رفتار نماید در سلام دادن به آن‌ها، جواب سلام دادن، نشاندن آن‌ها و ایستادنشان، نگاه کردن به آن‌ها، گوش دادن، سخن گفتن، گشاده رویی و در انواع دیگر إکرام. و یکی از آن‌ها را به چیزی از این موارد اختصاص ندهد چرا که به واسطه این کار قلب دیگری می‌شکند و او را از اقامه دلیلش باز می‌دارد» (مسالک، ۱۳/۴۲۷).

۵. بر قاضی حرام است که شاهد را در شهادت به تردید بیندازد از این طریق که در شهادت او دخالت کند و یا به دنبال سخنان او چیزی اضافه کند. علت این حکم این چنین تقریر شده: «حاکم حق ندارد شاهد را به تردید بیندازد به اینکه در بیان شهادت شاهد دخالت نماید یا پشت سر او کلامی را بیاورد بلکه واجب است بر قاضی که تا اتمام شهادت شاهد دست نگه دارد. چرا که هدف از این مداخله و ایجاد تردید یا أخذ إقرار است زمانی که شاهد قصد إنکار را دارد یا إنکار است هنگامی که شاهد إرادة إقرار دارد پس حرام است زیرا در آن زنده کردن باطل یا از بین بردن حق وجود دارد» (۱/۲۹۹).

۶. در باب لقطه اگر آنچه که پیدا شده، إنسان باشد (لقیط)، برداشتن او واجب کفایی است. شهید ثانی علت وجوب را این چنین بیان می‌کند: «و مخفی نماند که همانا آن در لقیط تمام است یعنی إنسان پیدا شده، همانا برداشتن او واجب کفایی است چرا که آن در بردارد صیانت از نفس در برابر هلاکت را و در ترک آن إتلاف نفس محترمه وجود دارد پس بر خلاف تقوی است» (۳/۱۰۰).

۷. یکی از أقسام حد زنا شلاق زدن و سر تراشیدن و تبعید کردن است. این حد بر مرد آزاد غیر محصن اجرا می‌شود ولیکن سر زن زانیه را نه می‌تراشند و نه او را تبعید می‌کنند. صاحب کشف اللثام دلیل عدم تبعید زن زانیه را تفصیلاً بیان می‌کند: «و به خاطر اینکه شهوت در زنان زیاد است و غالب زنان به سبب حیاء از بستگان و آبرویشان و وجوب محافظانی در برابر مردان از زنا نفرت دارند درحالی که با تبعید از دست محافظان خارج شده و حیانشان به سبب دوری از بستگان و اقوام کم می‌شود و چه بسا فقرشان در غربت زیاد شده در نتیجه همه این‌ها موجب باز شدن راه این گناه بزرگ بر زنان می‌شود و گاهی هم در صورت دوری از بستگان و اقوام مجبور به این فعل می‌شوند» (۱۰/۴۴۶).

۸. در باب قصاص وسیله‌ای که با آن قصاص صورت می‌گیرد به‌ویژه در قصاص عضو، باید بررسی شود تا مبادا زهر آگین و سمی بوده باشد. تبریزی در کتاب تنقیح مبانی الأحکام در کتاب القصاص علت حکم را در هریک از قصاص نفس و قصاص عضو جداگانه بیان می‌نماید: «و به هر حال إشکالی در إلتزام به عدم جواز استعمال آلت مسموم در قصاص نیست اگر موجب هتک حرمت جسد مقتول قبل از دفن گردد و این در قصاص نفس بود. اما در قصاص عضو پس اگر سم موجب سرایت جراحت شود جایز نیست

زیرا این کار تعدی و تجاوز به جانی است لذا اگر قصاص کننده تعدی نماید به ضمان وی حکم می‌شود و نیز زمانی که سم سرایت نماید قصاص کننده ضامن است» (۲۵۱).

۹. در باب قصاص - و نیز باب حدود - اگر جانی زن باردار باشد تا زمان وضع حمل، اجرای قصاص و حدود به تأخیر می‌افتد. شهید ثانی در کتاب مسالک در مقام بیان علت تأخیر اجرای قصاص تا زمان وضع حمل می‌فرماید: «بر زن حامل قصاص نفس اجرا نمی‌شود و نه قصاص عضو و نه حدی از حدود خداوند متعال قبل از وضع حمل چرا که در صورت اجرای قصاص جنین به هلاکت رسیده یا خوف هلاکت وجود دارد و جنین هم بی‌گناه است نباید به خاطر گناه دیگری هلاک شود» (۱۵/۲۵۲).

احکام غیر الزامات

۱. برداشتن مال گمشده (لقطه) توسط شخص فاسق و معسر کراهت شدید دارد. شهید ثانی در کتاب مسالک در مقام تعلیل این حکم می‌فرماید: «و کراهت در شخص فاسق شدیدتر است زیرا از اینکه مال گمشده را بدون حقیقت تصاحب نماید ایمن نیست. و از آن، کراهت بیشتر زمانی است که فاسق تنگدست باشد زیرا به فرض برداشتن به حق یا ناحق و پیدا شدن مالک آن گاهی به خاطر تنگدستی اش پرداخت قیمت آن مال بر او امکان ندارد و همچنین کراهت در حق معسر مؤکد است هر چند فاسق نباشد زیرا علت مذکور در مورد معسر هم صادق است و در صورتی که شخص هم فاسق باشد هم معسر کراهت شدیدتر خواهد بود» (۱۲/۵۲۲). ایشان در ادامه استجاب شاهد گرفتن بر أخذ لقطه را مطرح می‌نماید و علت آن را اینگونه تقریر می‌کند: «زیرا در شاهد گرفتن بر أخذ لقطه، (منافعی همچون) مراقبت نفس از طمع کردن در آن مال، محافظت مال از وراثت خود در جایی که بمیرد و نیز از طلبکارانش زمانی که ورشکست شود وجود دارد» (همان).

۲. برای قاضی قضاوت کردن در بعضی از احوال از جمله: در حالت غضب، گرسنگی، تشنگی، خواب آلودگی، مرض، خوشحالی، ناراحتی، غم و اندوه و... کراهت دارد. صاحب جواهر علت کراهت قضاوت در این احوال را این چنین بیان می‌کند: «و قضاوت کردن در حالی که خشمگین است کراهت دارد به خاطر روایت نبوی که فرمود: «قاضی در حالیکه خشمگین است قضاوت نکند» و به سبب اینکه در این حالت خطر وقوع در اشتباه و خطا وجود دارد و نیز مکروه است قضاوت نمودن با هر صفتی که با غضب در مشغول نمودن نفس برابر است مثل گرسنگی، تشنگی، ناراحتی و شادی، فشار بول و غائط و فشار خواب» (۴۰/۸۱).

۳. در باب قصاص مستحب است هنگام قصاص، حاکم دو شاهد عادل را حاضر سازد. محقق سبزواری در کتاب مهذب الأحکام پس از طرح اصل مسأله، به بیان علت آن می‌پردازد: «شایسته است بر

حاکم شرع حاضر نمودن دو شاهد عادل آگاه به خصوصیات و شرائط معتبره شرعی هنگام اجرای قصاص تا در صورتی که بین قصاص کننده و ولی قصاص شده نزاعی واقع شد به آن شهادت دهند... اما حضور دو فرد آگاه با بصیرت به خصوصیات موضوع به خاطر این است که از پیدایش منازعه و اختلاف و فساد بین بندگان در چیزی که آن مهم ترین منشأ خصومت و سختی و اختلاف است اجتناب شود. بنابراین سزاوار است از منشأ نزاع پیشگیری نمود تا احتیاجی به دفع و درمان آن بعد از وقوع نباشد» (۲۸/۲۸۶).

۴. از جمله مکروهات باب قضاء این است که قاضی در وقت قضاوت، حاجب و دربان بگیرد به گونه‌ای که مراجعه کنندگان بدون اجازه ایشان حق ورود نداشته باشند. البته برخی از فقهاء در صورت تداوم، این موضوع را محکوم به حرمت دانسته‌اند. بحرانی در کتاب أنوار اللوامع قول به حرمتی که فخرالمحققین برگزیده را با بیان تعلیل نزدیک به واقع می‌داند: «و این حرمت نزدیک به واقع است در صورت مداومت بر قراردادن دربان به گونه‌ای که مانع ورود صاحبان نیازها به نزد قاضی شده و مردم به واسطه آن متضرر شوند و نیز به این جهت که در آن، تعطیل کردن حقی که واجب است فوراً آدا شود وجود دارد» (۱۴/۴۴). بر قاضی کراهت دارد که عهده‌دار بیع و شراء برای خودش شود یعنی مستقیمه خود وارد معاملات شود، بلکه شایسته است برای انجام معاملات وکیل و نائب بگیرد. صاحب مفتاح الکرامه در مقام بیان علت حکم می‌نویسد: «و به خاطر اینکه گاهی به او بخشش می‌شود در نتیجه قلب قاضی متمایل می‌شود به سوی کسی که به او عطا نموده زمانی که در کاری به سوی او مرافعه برده شود و گاهی هم خصم کسی که با قاضی معامله نموده می‌ترسد که قاضی به سوی معامله کننده متمایل شود در نتیجه از، بردن مرافعه نزد آن قاضی امتناع ورزد» (۱۰/۲۹).

۵. بر قاضی مکروه است که یکی از طرفین دعوا را به مهمانی دعوت کند و یا در مهمانی یکی از آنها شرکت نماید. صاحب کتاب البراهین الواضحات در مقام تعلیل حکم می‌فرماید: «مسأله شانزدهم: کراهت مهمانی قاضی یکی از دو خصم را بدون طرف مقابلش. قول ایشان که فرمود: کراهت دارد قاضی یکی از دو طرف خصومت را بدون حضور دیگری مهمان نماید. می‌گوییم: دلیل این قول اولاً ناپسندی أمثال این از اموری که موجب تهمت به قاضی و میل ایشان به شخصی نه شخص دیگر در حکم دادن می‌شود بعد از آنکه بنای قضاوت اسلام بر رفع نزاع و اختلاف و حفظ اعتقاد مردم به عدالت واقعی در امور قضایی است زیرا این اعتقاد موجب رفع تهمت از نظام اسلامی شده حتی نسبت به منافع شخص و از آن بازداشته نشده بلکه مورد تأیید هم واقع شده است» (۱/۲۴۵).

۶. مستحب است کسی که توانایی قیام به وظایف قضاوت را در خود می‌بیند عهده‌دار منصب قضاوت شود ولی در صورت وجود من به الکفایه، بهتر این است که شخص منصب قضاوت را رها نماید.

صاحب کتاب مبانی تحریر الوسیله در کتاب القضاء و الشهادات در بیان علت اولویت ترک منصب قضاوت با وجود من به الکفایه می‌فرماید: «این اولویت احتیاط مستحبی است تا در مفسده حکم نمودن به غیر آنچه که خداوند نازل نموده هرچند به صورت خطایی، واقع نشود همانگونه که بر اراده این معنا دلالت می‌کند قول مصنف مد ظله در استدلال بر این اولویت ترک که فرموده: «چرا که در آن خطر و تهمت وجود دارد» (۲۷).

نتیجه‌گیری

آنچه ذکر شد نمونه‌هایی از استفاده سد ذرایع در فقه امامیه بود اگرچه فقهای امامیه این عنوان را در ادبیات فقهی خویش به کار نبرده‌اند ولیکن چیزی که حائز اهمیت است اینکه تعلیل ذکر شده در کلام فقهاء در موارد فوق همگی بر این مطلب گواه‌اند که شارع مقدس به جهت سد باب مفسد در بین بندگان و جامعه، درصدد از بین بردن زمینه‌ها و راه‌های منتهی به مفسد بوده تا ارتکاب مفسد به حداقل برسد. در این بین هرچند برخی منکر استقلال سد ذرایع در کنار دیگر أدله احکام شده‌اند ولیکن بایستی قبول نمود که این روش یکی از روش‌های دریافت عقلی در پرتو احکام منصوص شرعی است بدین گونه که اگر شارع مقدس فعلی را ناپسند دانست و از آن نهی نمود زمینه‌هایی که غالباً به آن فعل منتهی می‌شود امکان ندارد محبوب ایشان باشند لذا بایستی از آن زمینه‌ها اجتناب کرد. به نظر می‌رسد این حکم عقل مورد قبول همگان باشد اما اینکه آیا حکم شرع هم از آن حکم عقل کشف می‌شود یا نه یعنی متعلق حرمت شرعی به معنای داشتن عقاب اخروی است یا نه؛ این بحث کلامی است و در فقه جایی ندارد زیرا آنچه که بر شارع مقدس مهم است تبعیت از دستورات و عدم مخالفت با آنهاست حال چه این بازدارندگی به تشخیص عقل باشد یا به جهت عقاب اخروی داشتن. بنابراین به نظر می‌رسد قول مرحوم حکیم در کتاب الأصول العامة للفقهاء المقارن سخنی موافق با واقع و قابل دفاع است در آنجایی که می‌فرماید: «عمده اصولیانی که ما می‌شناسیم چه از شیعه و چه از اهل سنت همگی از معتقدان به فتح و سد ذرایع هستند اگرچه در حد و مرز ذریعه‌هایی که به آنها استناد می‌کنند و ذریعه‌هایی که رها می‌کنند با هم اختلاف نمایند» (۴۱۴-۴۱۵). اگر به أدله نقلی فراوانی که به حرمت مقدمه دلالت می‌کنند توجه کنیم به این حکم عقل رهنمون خواهیم شد که هرگاه امری نزد شارع یا قانون‌گذار محبوب باشد مقدمات و زمینه‌های آن هم محبوبیت خواهند داشت و در جهت مبعوضیت هم مطلب به همین منوال است که مقدمات و زمینه‌های امر مبعوض نزد شارع یا قانون‌گذار مبعوض ایشان خواهد بود چرا که هدف این است که زمینه‌های ارتکاب مخالفت به حداقل مقدار خود برسد. همانگونه که در عرف جامعه و در بین عقلاء هم شاهد این مطلوبیت و مبعوضیت مقدمات و زمینه‌ها هستیم؛ مثلاً پدری که تحصیل علم توسط فرزندش مطلوب اوست نه تنها

مقدمات این کار برای او مطلوب است بلکه خود مقدمات و زمینه آن را فراهم می‌نماید و از طرف دیگر پدری که اعتیاد فرزندش برای او زجرآور و مبعوض اوست زمینه‌های ارتکاب آن از قبیل مصرف دخانیات، ارتباط با افراد لاابالی و رفقای ناباب و دوری از خانواده توسط فرزند و ... هم مورد نهی پدر و مبعوض اوست لذا با توصیه‌های دلسوزانه و پدران خود فرزندش را از ارتکاب این مقدمات باز می‌دارد تا باب مفسد به روی ایشان بسته شود. بنابراین می‌توان در دستگاه استنباط و اجتهاد احکام شرعی این مسلک و روش را به کار برد و به مبعوضیت اسباب و زمینه‌ها و مقدمات محرمات و مفسد فتوا داد چرا که نمی‌شود امری مبعوض مولا باشد ولیکن مقدمات آن محبوب ایشان باشد و یا اهمیتی برای ایشان نداشته باشد.

منابع

قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت لإحياء التراث، ۱۴۰۹ ق.
- آل‌عصفور، حسین بن محمد، *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیة، ۱۴۲۱ ق.
- آملی، محمد تقی، *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی*، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۸۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *علل الشرائع*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۳۸۶ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، مصر، دارالسعادة، ۱۹۵۵ م.
- إشتهاردی، علی پناه، *مدارک العروة*، تهران، دار الأسوة للطباعة والنشر، ۱۴۱۷ ق.
- أنصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم أنصاری، ۱۴۱۵ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *تنقیح مبانی الأحکام - کتاب القصاص*، قم، دار الصدیقة الشهیدة، ۱۴۲۶ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الأصول العامة للفقہ المقارن*، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت، ۱۳۸۴ ق.
- سبزواری، عبد‌الاعلی، *مهذب الأحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *ذکری الشیعة فی أحکام الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت علیهم السلام، ۱۴۱۹ ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (المحشی - کلاتر)، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۲ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الإقتصاد الهادی إلى طریق الرشاد*، تهران، انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون،

١٣٧٥ق.

_____، *المبسوط في فقه الإمامية*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ ق.
 عاملى غروى، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه
 مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٩ ق.

علامه حلى، حسن بن يوسف، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤١٤ ق.

_____، *منتهى المطلب في تحقيق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، ١٤١٢ ق.

_____، *نهاية الأحكام في معرفة الأحكام*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤١٩ ق.

علم الهدى، على بن حسين، *الانتصار في انفرادات الإمامية*، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين
 حوزه علميه قم، ١٤١٥ ق.

فاضل جواد، جواد بن سعيد، *مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤٢٠ ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التفريح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى ره،
 ١٤٠٤ ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به
 جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٦ ق.

قرطبي، محمد بن احمد، *جامع أحكام القرآن*، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢١ ق.

قمشه‌ای، محمد علی اسماعیل پور، *البراهین الواضحات - دراسات في القضاء*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی،
 ١٤٢٢ ق.

قمی، محمد مؤمن، *مبانی تحریر الوسیلة - کتاب الحدود*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره،
 ١٤٢٢ ق.

گلبایگانی، محمد رضا، *الدر المنضود في أحكام الحدود*، قم، دارالقرآن الکریم، ١٤١٢ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤١٤ ق.

مرعشى نجفى، شهاب الدين، *منهاج المؤمنین*، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى ره، ١٤٠٦ ق.

مقدس أردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامى
 وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤٠٣ ق.

ميرزاي قمی، أبو القاسم بن محمد حسن، *غنائم الأيام في مسائل الحلال والحرام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات
 اسلامى حوزه علميه قم، ١٤١٧ ق.

نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشيعة في أحكام الشريعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام،
 ١٤١٥ ق.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4, Issue 115

Winter 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.64694>



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵

زمستان ۱۳۹۷، ص ۱۳۳-۱۱۷

نگرش تاریخی به تشریح جهاد ابتدایی در پرتو تحلیل مواجهه حضرت سلیمان (ع) با ملکه سبا*

دکتر حمید نادری قهفرخی

استادیار گروه معارف دانشگاه شهر کرد

Email: hamid.nadery1@gmail.com

چکیده

یکی از مباحث مطرح شده در فقه اسلامی «جهاد ابتدایی» است. این جهاد دارای چهار مولفه «جنگیدن با اذن امام معصوم»، «علیه کفار»، «ابتداء بدون هیچ حرکت ایذائی از جانب کفار نسبت به مسلمانان»، «برای دعوت آنان به اسلام» است. محققان در تحلیل این جهاد دو رویکرد متفاوت دارند. فقهای زیادی آن را در سطح ضروری دین و از مسلمات فقه می‌دانند. اما از نظر برخی متفکران، اثبات این جهاد علاوه بر نداشتن مقتضی، مبتلا به موانع عقلی و نقلی است. بررسی دو رویکرد نشان می‌دهد هیچ‌کدام از آن‌ها در مباحث خود نفی یا اثبات اشاره‌ای به داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبا نداشته‌اند. این در حالی است که به نظر می‌رسد این داستان قابلیت زیادی را برای زدودن موانع و ابهامات تئوریک این‌گونه جهاد، دست کم در نگاه تاریخی در خود دارد.

بررسی مولفه‌های جهاد ابتدایی نشان می‌دهد این داستان می‌تواند سندی برای نفی استبعاد و استظهار اصل مشروعیت این جهاد به منظور رفع موانع دعوت به اسلام باشد؛ زیرا چهار مولفه این جهاد در آن وجود دارد و موانع عقلی و نقلی مورد ادعا هم با توجه به عملکرد حضرت سلیمان (ع) قابل رفع هستند.

کلیدواژه‌ها: جواز جهاد ابتدایی، جهاد ابتدایی برای رفع موانع دعوت، حضرت سلیمان (ع)، ملکه

سبا، سوره نمل.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۳/۰۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۵/۱۵.

مقدمه

یکی از مباحث مطرح شده در فقه اسلامی «جهاد» است. این واژه از مصدر «جهد» به معنای «مشقت یا توان و نیرو» است (ابن منظور، ۱۳۳/۳؛ راغب اصفهانی، ۲۰۸)، از این رو می‌توان «جهاد» را به معنای «پذیرش مشقت با به کارگیری توان و نیرو برای انجام کاری» دانست. شاید نخستین بار در قرآن کریم این واژه به معنای «جنگ با دشمنان» به کار گرفته شد (توبه: ۷۳) و پیش از آن استعمال این واژه در این معنا سابقه نداشته است (ایازی، ۳۲۵). جهاد در فقه اسلامی به دو دسته تقسیم می‌شود: (صاحب جواهر، ۲۱/۱۸)

الف: جهاد دفاعی، مبارزه با کفاری است که به قصد تسلط بر سرزمین، اموال و نوامیس مسلمانان یا از بین بردن اصل اسلام به کشور اسلامی حمله کرده‌اند (شهید ثانی، الروضة، ۲۱۶/۱، صاحب جواهر، همان).

ب: جهاد ابتدایی، «مبارزه مسلمانان با مشرکین، ابتداءً، برای دعوت آنان به اسلام» است (شهید ثانی، همان). در ادامه توضیحات بیشتری راجع به مولفه‌های اصلی این جهاد خواهد آمد.

بررسی آثار محققان نشان می‌دهد تحلیل «جهاد ابتدایی» با دو رویکرد متفاوت مواجه است. بسیاری از فقهاء با استناد به آیاتی از قرآن کریم (بقره: ۲۱۶)^۱ منظور اصلی از جهاد را همین نوع می‌دانند (شافعی، ۲۰۰/۴؛ صاحب جواهر، ۴/۲۱). براساس این دیدگاه این جهاد در فقه اسلامی امر پذیرفته شده‌ای است (شهید ثانی، مسالک، ۳/۷-۹؛ علامه حلی، تذکره، ۹/۱۹). اصل وجوب آن همانند ضروری دین است که مسلمانان در آن اختلافی ندارند (صاحب جواهر، ۸/۲۱) و وجوب آن در صورت وجود امام یا نائب وی از مسلمات فقه شیعه است (همان، ۱۱).

اما در مقابل برخی بر این باورند که در قرآن چیزی به نام «جهاد ابتدایی» وجود ندارد و جهاد قرآن چیزی جز جنگ دفاعی نیست (سید سابق، ۱۱۳/۳؛ دروزه، ۲۲۹؛ صالحی نجف‌آبادی، ۱۶-۳۹). از نظر این دیدگاه تقسیم جهاد به ابتدایی و دفاعی در فقه شیعه متأثر از فقه اهل سنت است (ایازی، ۳۶۲) و اثبات این جهاد علاوه بر نداشتن مقتضی مبتلا به مانع هم هست. توضیح این که اثبات این جهاد مقتضی ندارد؛ زیرا: در برخی آیات جهاد به صورت مطلق واجب شده است، مثل: «ای پیامبر! با کافران و منافقان جهاد کن و بر آنها سخت بگیر.» (توبه/۷۳) اما در برخی دیگر وجوب جهاد به حرکات ایذایی کفار مقید شده است، مثل: «و در راه خدا با کسانی که با شما می‌جنگند، نبرد کنید.» (بقره: ۱۹۰) با توجه به قانون اطلاق و تقیید، منظور از آیات مطلق جهاد دفاعی است (ایازی، ۳۴۵). بنابراین، «هیچ‌یک از آیات قرآن چنین

۱. جنگ [با دشمن] بر شما مقرر و لازم شده و حال آنکه برایتان ناخوشایند است.

مفهومی را بیان نمی‌کند.» (ایازی، ۳۲۷) روایات مورد استدلال هم صرف نظر از ضعف سندی، دلالتی ندارند (همان، ۳۵۶). همچنین در سیره پیامبر اکرم (ع) چنین جهادی گزارش نشده است (همان، ۳۶۲). از طرف دیگر اثبات این جهاد مبتلا به دو مانع بزرگ است: ۱. مخالفت جهاد ابتدایی با عقل؛ زیرا هدف این جهاد مؤمن کردن کفار است. این درحالی است که ایمان از مقوله‌های اجباربردار نیست (مطهری، جهاد، ۷۷؛ ایازی، ۳۴۸). ۲. مخالفت این جهاد با آیاتی از قرآن کریم مثل «در قبول دین، اکراهی نیست» (بقره: ۲۵۶)، «آیا تو می‌خواهی مردم را مجبور سازی که ایمان بیاورند؟» (یونس: ۹۹؛ ایازی، ۳۴۸).

بررسی این دو رویکرد نشان می‌دهد هیچ‌یک از آن‌ها در مباحث خود هیچ اشاره‌ای به داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبا نکرده‌اند. این در حالی است که به نظر می‌رسد این داستان قابلیت زیادی برای نفی استبعاد از این‌گونه جهاد و اثبات ریشه مشروعیت آن ولو در نگاه تاریخی در خود دارد. باید توجه داشت تحلیل یک مسأله زمانی کامل و جامع خواهد بود که همه جوانب، مستندات و موانع آن با دقت ملاحظه شده باشند. غفلت از یک جنبه یا مؤلفه به میزان اهمیت آن، از ارزش آن تحلیل می‌کاهد. از این‌رو هر دو رویکرد باید به میزان دلالت این داستان بر جهاد ابتدایی توجه کافی می‌کردند. بدیهی است ضرورت این توجه برای رویکرد مخالف بسیار بیشتر است؛ زیرا اگر این داستان بر این جهاد دلالت داشته باشد، تحلیل آن‌ها به طور کامل باطل خواهد بود. بنابراین هر دو رویکرد از این بعد دارای کاستی و نقصان هستند. بر همین اساس جبران این کاستی و روشن نفی استبعاد از این‌گونه جهاد و اثبات ریشه مشروعیت آن موارد ذیل را در ضمن چند فصل مورد بررسی قرار می‌دهیم: استخراج مولفه‌های جهاد ابتدایی (تیین موضوع مدعا)؛ استخراج مولفه‌های مؤثر داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبا در اثبات اصل مشروعیت جهاد ابتدایی (ارائه دلیل بر مدعا)؛ بررسی اثبات اصل مشروعیت جهاد ابتدایی با توجه به عملکرد حضرت سلیمان (ع) (نحوه دلالت دلیل بر مدعا) و در انتها هم به شبهات مطرح در این زمینه با توجه به عملکرد حضرت سلیمان (ع) پاسخ می‌دهیم (رفع موانع).

الف) مؤلفه‌های جهاد ابتدایی

قبلاً اشاره شد جهاد ابتدایی «مبارزه مسلمانان با مشرکان، ابتداءً برای دعوت آن‌ها به اسلام» است. این تعریف با تعابیر مشابهی در فقه سنتی بیان شده است؛ تعابیری مثل «أن یكون ابتداء من المسلمین للدعاء إلى الإسلام» (شهید ثانی، مسالک، ۳/ ۷-۸)؛ «جهاد المشرکین إبتداءً لدعائهم إلى الإسلام» (همو، الروضة، ۱/ ۲۱۶)؛ «أن یكون للدعاء إلى الإسلام» (علامه حلی، تذکره، ۹/ ۱۹)؛ «قتال الکفار ابتداء علی الإسلام» (صاحب جواهر، ۴/ ۲۱). با بررسی این تعابیر می‌توان چهار مؤلفه اصلی برای این جهاد به دست

آورد:

۱. شروع کننده جهاد مسلمانان هستند. البته بنابر تصریح فقهاء شیعه مشروعیت این جهاد در گروی وجود امام ميسوط الید یا فرد منصوبی از جانب امام در امر جهاد است (شهید ثانی، مسالک، ۹/۳؛ همو، الروضه، ۲۱۷/۱؛ علامه حلی، تذکره، ۱۹/۹؛ صاحب جواهر، ۱۱/۲۱).

۲. طرف مقابل جهاد کفار و مشرکان هستند.

۳. کیفیت شروع جهاد ابتداء است. با توجه به قرینه مقابله «ابتداء» به معنای «بدون هیچ حرکت ایزدایی از جانب کفار» است؛ زیرا معمولاً فقهاء این جهاد را مقابل جهاد دفاعی ذکر می کنند. در جهاد دفاعی حرکتی ایزدانی از طرف کفار یا مشرکین باعث واکنش مسلمان می شود. این حرکات ایزدایی گاهی مواقع حمله کفار به کشور اسلامی برای تسلط بر سرزمین، اموال و نوامیس مسلمانان یا از بین بردن اصل اسلام است (شهید ثانی، الروضه، ۲۱۶/۱، صاحب جواهر، ۱۸/۲۱). به نظر می رسد این مورد شامل طرح و برنامه ریزی کفار برای حمله هم بشود. گاهی مواقع هم مصداق این حرکت ایزدایی آزار و اذیت انسانها و به استضعاف کشیدن آنها است (مطهری، جهاد، ۴۷).

۴. هدف این جهاد در دیدگاه سنتی به طور مستقیم دعوت کفار به اسلام است. در این دیدگاه کفار از همان ابتدا میان اسلام آوردن و کشته شدن مخیر قرار داده می شوند (طوسی، ۲۹۱-۲۹۲؛ ابن براج، ۱/۲۹۸؛ حلبی، ۲۴۶؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱/۴۷۷؛ خوبی، ۱/۳۶۰). ظاهر این دیدگاه با دو حق مسلم انسانی و اسلامی در تغایر است: حق حیات و حق آزادی عقیده (فخلعی، ۱۲۰). از این رو در دوران اخیر به دنبال رشد عقلانی دینی و جاری شدن شبهات خاورشناسان منتقد، اهداف جایگزین دیگری از جمله رفع موانع دعوت کفار به اسلام (آل کاشف الغطاء، ۴۶؛ مطهری، مجموعه، ۲۵۱/۲۰) برای این جهاد مطرح شده است (فخلعی، ۱۲۰-۱۲۲).

اگر ثابت شود این چهار مؤلفه در داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبا وجود داشته باشد، این داستان می تواند شاهد خوبی برای اثبات مشروعیت این قسم از جهاد ولو با خوانشی ویژه از آن در مقاطعی تاریخی باشد.

ب) مولفه های مؤثر داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبا در اثبات جهاد ابتدایی

در مقدمه اشاره شده داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبا قابلیت زیادی برای استبعاد از جهاد ابتدایی و اثبات ریشه مشروعیت آن ولو در نگاه تاریخی در خود نهفته دارد. به نظر می رسد مهم ترین و مؤثرترین مولفه های این داستان در اثبات جهاد ابتدایی را می توان در چند محور بیان کرد:

۱. عدم وجود تهدید از جانب ملکه سبأ برای حکومت حضرت سلیمان (ع)

با توجه به گزارش اولیه هدهد می‌توان اذعان کرد که وجود ملکه سبأ هیچ تهدیدی برای امنیت سرزمین‌های تحت فرمانروایی حضرت سلیمان به حساب نمی‌آمد؛ زیرا در گزارش خود تصریح کرد: «من بر چیزی آگاهی یافته‌ام که تو بر آن آگاهی نیافتی من از سرزمین «سبأ» یک خبر قطعی برای تو آورده‌ام. من زنی را دیدم که بر آنان حکومت می‌کند و همه چیز در اختیار دارد و (به خصوص) تخت عظیمی دارد. او و قومه‌اش را دیدم که برای غیر خدا- خورشید- سجده می‌کنند...» (نمل: ۲۳-۲۴). اگر وجود ملکه قابلیت تهدید امنیتی داشت، قطعه به نحوی در گزارش هدهد منعکس می‌شد.

از طرف دیگر تا زمان ارائه این گزارش، فرمانروای سبأ به قدری کشور خود را آرام اداره کرده بود که حضرت سلیمان (ع) نسبت به اصل وجود او بی‌اطلاع بود. اگر ملکه تا آن زمان به سرزمین‌های تحت فرمانروایی آن حضرت تجاوزی کرده بود، قطعه گزارش آن می‌رسید.

۲. نحوه تعامل ملکه سبأ با قوم خویش

هدهد در گزارش خود تصریح کرد: «إبني وجدت امرأة تملكهم» (نمل: ۲۳) برخی مفسران این فقره را به معنای پادشاهی ملکه تفسیر کرده و هیچ اشاره‌ای به کیفیت آن نکرده‌اند (مصطفوی، تفسیر روشن، ۱۴/۱۶۵) برخی دیگر با کمی توضیح بیشتر اظهار کرده‌اند که ملکه تنها مدیریت و سرپرستی آن‌ها را در دست داشت و مالک خود مردم نبود (حقی بروسی، ۶/۳۳۹) عده‌ای دیگر نیز گفته‌اند: «تتصرف فیهم بحیث لا یعترض علیها أحد؛ در مورد آن‌ها تصرفاتی انجام می‌داد به گونه‌ای که کسی به او اعتراض نمی‌کرد» (طبرسی، مجمع، ۷/۳۴۱؛ آلوسی، ۱۰/۱۸۳).

از نظر برخی دیگر کلمه «تملكهم» در این فقره هم به معنای مالکیت و هم به معنای پادشاه بودن است؛ زیرا اگر فقط پادشاهی مراد بود، باید لفظ خاصی مثل «امراة ملکه» آورده می‌شد و سلطه مالکانه بر یک ملت چیزی جز استبداد نیست. از این رو ملکه سبأ حاکم مطلق العنانی بود که گویا مردم سبأ برده وی بودند (صادقی تهرانی، ۲۲/۱۸۴). به نظر می‌رسد این دیدگاه از قوت چندانی برخوردار نباشد؛ زیرا ریشه «تملك» ماده «ملک» است. اصل در این ماده «تسلط [یک فرد] بر چیزی است به گونه‌ای که اختیار آن در دست او باشد.» (مصطفوی، التحقیق، ۱۱/۱۷۷). این تسلط گاهی مواقع نسبت به اصل و فرع آن چیز است مثل مالکیت خداوند نسبت به مخلوقات؛ گاهی مواقع نسبت به ذات آن چیز به صورت اعتباری است، مثل تسلط بر یک کالا؛ گاهی مواقع نسبت به منافع آن چیز است مثل تسلط بر یک خانه در اجاره؛ گاهی مواقع نسبت به امور و وظایف اجتماعی افراد است مثل تسلط حاکم یا گونه‌های دیگر تسلط (همان). بدیهی است که تعیین یکی از این تسلط‌ها به عنوان معنای «تملك» محتاج قرینه است. به نظر

می‌رسد جمله «اگر فقط پادشاهی مراد بود، باید لفظ خاصی مثل «امراة ملكة» آورده می‌شد.» در این دیدگاه به دنبال تعیین این قرینه است. این در حالی است که در برابر این استدلال این سؤال مطرح می‌شود که اگر واقعه مفهوم جمله «زنی بر آنان پادشاهی می‌کرد» مراد خداوند باشد، چه ترجمه‌ای را می‌توان برای آن در نظر گرفت؟ روشن است که «امراة ملكة» به خاطر ساختار اسمی خود ترجمه دقیقی نخواهد بود، اما «تملكهم» به خاطر ساختار جمله‌ای خود به خوبی مفهوم مورد نظر را منتقل می‌کند. از طرف دیگر خداوند بعد از ذکر عبارت «تملكهم» هیچ عبارتی اضافه نمی‌کند و با سکوت از کنار آن می‌گذرد. این در حالی است که قرآن کریم وقتی سخن یا رفتاری را نقل کند که اعتراضی به آن وارد است، بلافاصله تذکر می‌دهد (طباطبایی، ۱۰۶/۲). اگر ملکه مردم سباً را به بردگی گرفته بود، شایسته بود همانند موارد مشابه (به‌عنوان نمونه: نحل/ ۵۷) بلافاصله با عبارتی کوتاه تذکر می‌داد.

در یک جمع‌بندی می‌توان گفت: دلیل محکمی برای اثبات سلطه مالکانه ملکه بر مردم سباً وجود ندارد و ظهور متیقن عبارت «تملكهم» با توجه به سیاق داستان فقط در فرمان‌روایی ملکه است.

۳. نحوه تعامل حضرت سلیمان (ع) با ملکه سبأ

حضرت سلیمان (ع) بعد از دریافت گزارش هدهد، در مرحله اول به‌صورت آمرانه از ملکه و اطرافیانش خواست: «ألا تلعوا علی وأتونی مسلمین؛ (نمل: ۳۱) بر من برتری مجوید و همه با حالت تسلیم نزد من آید». برخی از مترجمان قرآن کریم قید «توصیه من این است که...» را ابتدای ترجمه مضمون این نامه ذکر کرده‌اند، (مکارم شیرازی، ترجمه) اما از آنجایی که در این نامه فعل نهی «لا تلعوا» و فعل امر «أتونی» هر دو در وجوب امثال ظهور دارند (مکارم شیرازی، انوار، ۱/ ۵۰۷-۵۰۸، ۲۶۳-۲۶۴؛ آخوند خراسانی، ۱۴۹ و ۷۰؛ مظفر، ۱/ ۹۲ و ۶۲)، به نظر می‌رسد افزودن این قید جایی ندارد.

در مرحله بعد وقتی به جای دریافت جواب صریح به نامه با هدایای ملکه مواجه شد، با قاطعیت تمام فرمودند: «اوجع إلیهم فلنأتیهم بجنود لا قبل لهم بها ولنخرجنهم منها أذلة وهم صاغورون (نمل: ۳۷)؛ به سوی آنان بازگرد که ما حتمه با سپاهسانی به سوی آنان خواهیم آمد که قدرت رویارویی با آن را ندارند و آنان را در حالی که [در آن منطقه] بی‌ارزش شده‌اند با خواری و ذلت از آنجا بیرون می‌کنیم» به نظر می‌رسد مرجع ضمیرهای «هم» در این آیه ملکه و اطرافیان وی باشند، نه تمامی مردم سباً؛ زیرا: اولاً: فرستاده از طرف ملکه و اطرافیان وی آمده بود، نه از جانب تمام مردم سباً، ثانیاً: دعوت یا تهدیدی از آن حضرت به مردم سباً ابلاغ نشده بود. به همین خاطر اگر این تهدید متوجه مردم سباً باشد، نوعی عقاب بدون بیان است که قبح آن بر هر عاقلی واضح است؛ ثالثاً: در تمامی فقرات قبل و بعد این تهدید سخن از ملکه و اطرافیان وی است نه مردم سباً.

خداوند بعد از ذکر تهدید حضرت سلیمان (ع) هیچ عبارتی اضافه نمی‌کند و با سکوت از کنار آن می‌گذرد. این در حالی است که قرآن کریم وقتی سخن یا رفتاری را نقل کند که اعتراضی به آن وارد است، بلافاصله تذکر می‌دهد (طباطبایی، ۱۰۶/۲). اگر آن حضرت در این مورد مرتکب خطا یا گناهی شده بود، شایسته بود همانند موارد مشابه (به‌عنوان نمونه: نحل: ۵۷) بلافاصله با عبارتی کوتاه تذکر می‌داد (طباطبایی، ۱۰۶/۲). از این رو هم بر مبنای عصمت مطلق انبیاء (علامه حلی، کشف المراد، ۱۵۵) و هم بر مبنای اثبات درجاتی از خطا یا گناه برای آنان (ایجی، ۲۶۴/۸)، این تهدید کاملاً به حق و خالی از هرگونه شانیه خطا و گناه است.

در این واقعه، با پیش قدم شدن ملکه سبأ زمینه عملی شدن این تهدید از بین رفت. شاید بتوان گفت حتی با فراهم بودن زمینه، باز هم ممکن بود آن حضرت بر طبق تهدید خود عمل نکند؛ زیرا در عرف عقلاء عمل نکردن به تهدید و وعید در همه موارد امر ناپسند و قبیحی شمرده نمی‌شود (برخلاف عمل نکردن به وعده). به نظر می‌رسد اگر ملکه از روی اختیار پیش قدم نمی‌شد، حضرت سلیمان (ع) تهدید خود را عملی می‌کرد و با آنان می‌جنگید؛ زیرا در یک دسته‌بندی تهدیدها به سه دسته تقسیم می‌شوند: دسته اول: تهدیدهایی که از همان ابتدا روشن است که حتماً عملی خواهند شد، مگر اینکه خود تهدیدکننده به دلایلی از انجام آن صرف نظر کند. تهدید کفار و گناه‌کاران به انواع عذاب‌های دنیوی و اخروی توسط خداوند بهترین مثال برای این نمونه است (سجده: ۲۰).

دسته دوم: تهدیدهایی که از همان ابتدا (به‌خاطر وجود قرینه‌ای) روشن است که به هیچ وجه عملی نخواهد شد و در حد تهدید باقی خواهند ماند. به‌عنوان مثال، وقتی پدری به فرزند خود می‌گوید «اگر فلان کار را نکردی، تو را می‌کشم» برداشت همه از این تهدید شدت برخوردار در حد کشتن است. دسته سوم: تهدیدهایی که معلوم نیست جزء دسته اول یا دوم قرار دارند. این دسته از نظر نتیجه همانند دسته اول است؛ زیرا در مواردی که اراده معنای حقیقی یا مجازی یک کلام مشکوک باشد «اصالة الحقیقه»، معنای حقیقی کلام را به عنوان مدلول کلام تعیین می‌کند (مظفر، ۳۱/۱).

به نظر می‌رسد تهدید حضرت سلیمان، جزء دسته اول قرار داشته باشد، زیرا چیزی که از شنیدن این تهدید به ذهن متبادر می‌شود این است که عملی خواهد شد. از طرف دیگر در قسمت پاسخ به شبهات ثابت می‌شود قرینه‌ای برای دست کشیدن این معنا وجود ندارد؛ بنابراین جزء دسته دوم نخواهد بود. اگر هم معلوم نشود جزء دسته اول است یا دوم، در دسته سوم قرار می‌گیرد و از نظر نتیجه همانند دسته اول است.

۴. هدف حضرت سلیمان (ع) از تهدید ملکه سبأ

قبلاً اشاره شد حضرت سلیمان (ع) بعد از مشاهده هدایای ملکه آن‌ها را حمله سنگین نظامی تهدید

کرد. از آنجائی که خداوند به آن حضرت نعمت‌های مادی و معنوی زیادی عطا کرده بود (برای نمونه: ص: ۳۵-۳۹؛ نمل: ۳۶)، قطعاً هدف آن حضرت از این تهدید کشورگشایی، اذیت کردن و برده گرفتن مردم سباً، اثبات قدرت برتر خود، ناامن کردن سرزمین سباً یا مسائل مادی نبود. ضمن اینکه همه این اهداف با شخصیت پیامبری ایشان کاملاً در تضاد بود. از طرف دیگر ایمان یعنی مجذوب شدن به یک اندیشه و پذیرش آن و این مجذوب شدن دو رکن دارد: رکن اول آن علمی است که عقل انسان باید آن فکر را بپذیرد و رکن دیگر جنبه احساساتی است که دل انسان باید به طرف آن گرایش پیدا کند. از طرف دیگر هیچ کدام از این‌ها در قلمرو زور نیست، نه جنبه فکری آن و نه جنبه احساساتی آن (مطهری، جهاد، ۷۷). بنابراین عقلاً نمی‌توان عقیده را با اجبار پدید آورد. از این‌رو با قاطعیت می‌توان گفت که هدف حضرت سلیمان (ع) از این تهدید اولاد و بالذات موحد کردن ملکه نبود.

به نظر می‌رسد برای روشن شدن هدف حضرت سلیمان (ع) از تهدید ملکه سباً باید به جایگاه پیامبری ایشان توجه کرد؛ زیرا هدف از بعثت انبیاء، دعوت و هدایت مردم به سوی معرفت الهی و یکتاپرستی بود و آنان نیز در انجام وظیفه خود کوتاهی نکردند (سیدرضی، خطبه ۳۸/۱). از این‌رو از هر فرصتی برای رساندن پیام الهی به گوش مردم استفاده می‌کردند. اما با این حال وجود برخی موانع مثل استکبار مردم، (نوح: ۷) تقلید از سنت‌های غلط گذشتگان (بقره: ۱۶۹) و غیره باعث می‌شد که در کار خود موفقیت چندانی به دست نیاورند. در این داستان آن حضرت بعد از شنیدن گزارش هدهد دریافت که مردم سباً به جای خدای یگانه خورشید را می‌پرستند (نمل: ۲۳-۲۶) از این‌رو زمینه و محلی فراهم شده بود تا پیام یکتاپرستی را به گوش آن‌ها برساند. اما براساس گزارش هدهد احتمالاً این کار با موانعی روبرو بود؛ زیرا اولاد: ملکه سباً فرمان‌روایی بود که اموال و قدرت فراوانی داشت که می‌توانست با آن‌ها یک کشور را اداره کند (نمل: ۲۳). این حکومت، ثروت و قدرت هر کدام به تنهایی می‌توانستند مانع بزرگی بر سر هدایت ملکه و مردم سباً پدید آورند، چنان‌چه نمرود، قارون و قوم عاد هر کدام به خاطر داشتن ملک، مال و قدرت چنان دچار غرور شدند که در برخورد با انبیاء اصلاً به سخنان آن‌ها گوش ندادند (بقره: ۲۵۸؛ قصص: ۷۶-۷۹؛ فصلت: ۱۵)، ثانیاً: شیطان اعمال ملکه و مردم سباً در نظرشان تزیین کرده بود (نمل: ۲۴) لازمه این سخن آن است که آن‌ها به زشتی کارهای خود مثل خورشیدپرستی نه تنها توجهی نداشتند، بلکه آن‌ها را زیبا می‌دیدند؛ از این‌رو در صورت دعوت آن‌ها به توحید احتمال داشت اصلاً محتوای پیام را نفهمند.

در این‌گونه شرایط عقل حکم می‌کند که قبل از انجام هر اقدامی در جهت اصلاح در صورت امکان باید موانع برداشته شود. به نظر می‌رسد نامه حضرت سلیمان (ع) با محتوای تهدیدآمیز و همچنین تهدید بعدی ایشان در همین راستا باشد؛ زیرا یکی از راه‌های ریشه‌کنی موانع، استفاده از خود آن موانع یا علت

آن‌هاست. در این بحث اگر قدرت (نظامی یا مالی) ملکه و اطرافیان می‌توانست مانعی در راه هدایت آن‌ها به وجود آورد، خود حضرت سلیمان (ع) هم فرمان‌روای مقتدری بود. از این‌رو اگر آن حضرت با قدرت خود حکومت آن‌ها را به چالش می‌کشید و در برابر آنان قدرت‌نمایی می‌کرد، غرور احتمالی ناشی از این موارد هم از بین می‌رفت. در نتیجه ضمن بیدار شدن روح خضوع در ملکه، موانع درونی ایمان آوردن او و تسلیم شدن در برابر حقیقت کنار می‌رفت. با از بین رفتن این موانع، فضایی برای استدلال و اقامه برهان بر توحید و یکتاپرستی نیز فراهم می‌شد. مویذ این برداشت را می‌توان در ادامه داستان مشاهده کرد. بنا بر گزارش قرآن کریم حضرت سلیمان (ع) در دو اقدام اولیه خود (نوشتن نامه و تهدید) هیچ معجزه‌ای ارائه نکرد، اما بعد از تسلیم شدن ملکه با احضار تخت وی، زمینه را برای نشان دادن معجزه فراهم کرد (نمل: ۳۸-۴۴). از این‌رو می‌توان گفت: استدلال‌ها و معجزه‌های حضرت سلیمان (ع) بعد از تسلیم شدن ملکه در برابر آن حضرت و از بین رفتن موانع احتمالی هدایت ارائه شد. به نظر می‌رسد همین اقدام در مقیاس کوچک‌تری توسط حضرت ابراهیم (ع) در مواجهه با بت‌پرستان انجام شد. آن حضرت با شکستن بت‌ها تلاش کرد که زمینه‌ای برای بیدار کردن آن‌ها فراهم کند، اگرچه در نهایت موفقیتی در این زمینه به‌دست نمی‌آورد (انبیاء: ۵۷-۶۷).

ج) دلالت داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبأ بر اثبات ریشه مشروعیت جهاد ابتدایی و نفی استبعاد از آن

جمع‌بندی دو قسمت گذشته نشان می‌دهد این داستان به‌خوبی می‌تواند اصل مشروعیت جهاد ابتدایی ولو در نگاه تاریخی را ثابت کند؛ زیرا در قسمت «مؤلفه‌های جهاد ابتدایی» ثابت شد که این جهاد دارای چهار مؤلفه است: جنگ مسلمانان با اجازه امام، با کفار و مشرکین، بدون هیچ حرکت ایدئالی از طرف آنان، برای دعوت یا رفع موانع دعوت آنان به اسلام. از طرف دیگر این چهار مؤلفه به‌طور کامل در این داستان وجود دارد:

۱. جنگ با اجازه امام معصوم (ع). بدیهی است عصمت از گناه، خطا، نسیان و سهو تنها شاخصه مشروعیت بخش به گفتار و کردار امام معصوم (ع) است. معصوم (ع) با توجه به دارا بودن مقام عصمت قطعاً در جهاد ابتدایی بدون انجام حرکات ظالمانه، دقیقاً مطابق حق و مصلحت رفتار می‌کند. این شاخصه نیز در حضرت سلیمان (ع) وجود دارد؛ زیرا ایشان جزء پیامبران الهی است (نساء: ۱۶۳؛ انعام: ۸۴) و براساس مبنای پذیرفته شده در کلام شیعی همه انبیا به‌طور مطلق معصوم هستند (علامه حلی، کشف المراد، ۱۵۵). از طرف دیگر در قسمت «نحوه تعامل حضرت سلیمان (ع) با ملکه سبأ» ثابت شد در این

واقعه اگرچه آن حضرت فقط ملکه را به جنگ تهدید کرد، اما قرینه‌ای وجود ندارد که ثابت کند این تهدید هیچ‌گاه عملی نمی‌شد. از این‌رو جنگ احتمالی بعد از آن تهدید قطعاً از جانب فردی معصوم صورت می‌گرفت.

۲. مشرک یا کافر بودن طرف مقابل: در این داستان بنابر گزارش هدهد ملکه سبأ و قوم وی به‌جای خدا خورشید را می‌پرستیدند و همین برای اثبات مشرک بودن آنان کافی است.

۳. ابتداء و بدون هیچ حرکت ایدانی از جانب مشرکان: قبلاً ثابت شد ملکه سبأ هیچ‌گونه تهدیدی برای حضرت سلیمان (ع) محسوب نداشت و مردم خویش را هم به استضعاف نکشیده بود. بنابراین هیچ حرکت ایدانی از جانب وی صورت نگرفته بود.

۴. دعوت به اسلام: در قسمت «هدف حضرت سلیمان (ع) از تهدید ملکه سبأ» ثابت شد که هدف اصلی آن حضرت بیدار کردن روح خضوع در ملکه و کنار زدن موانع درونی ایمان آوردن وی بود.

د) بررسی چند شبهه پیرامون جهاد ابتدایی با توجه به عملکرد حضرت سلیمان (ع)

در قسمت قبل ثابت شد عملکرد حضرت سلیمان (ع) برای دعوت ملکه سبأ به اسلام اقتضای اثبات مشروعیت جهاد ابتدایی و لو در نگاه تاریخی را دارد. در این میان ممکن است شبهاتی مانع تأثیر این اقتضاء شوند. از این‌رو لازم است در این مجال به شبهات مطرح در این زمینه به بهترین شکل جواب داده شود. مهم‌ترین این شبهات عبارت‌اند از:

۱. قبلاً اشاره شد در برخی آیات جهاد به صورت مطلق واجب شده است، مثل: «و جاهدوا فی الله حق جهاده» (حج: ۷۸) اما در برخی دیگر وجوب جهاد به حرکات ایدایی کفار مقید شده است، مثل: «و قاتلوا فی سبیل الله الذین یقاتلونکم و لا تعتدوا إیّ الله لا یحبّ المعتدین» (بقره: ۱۹۰). در اصول فقه ثابت شده است بین دو حکم مطلق و مقیدی که ناظر به یک تکلیف هستند، تنافی وجود دارد و برای رفع این تنافی باید مطلق را بر مقید حمل کرد (آخوند خراسانی، ۲۴۹-۲۵۱؛ مظفر، ۱/ ۱۶۶-۱۶۸). بر همین اساس مخالفان جهاد ابتدایی آیات مطلق را با توجه به آیات مقید به حرکات ایدایی کفار مقید می‌کنند. از این‌رو بر این باورند که آیات قرآن دلالتی بر جواز این جهاد ندارند. به نظر می‌رسد به‌کارگیری این روش در این مورد جایگاهی ندارد؛ زیرا مطلق و مقید وقتی متنافی هستند که موضوع هر دو یکی باشد و نتوان همزمان به هر دوی آن‌ها ملتزم شد، اما در این بحث این ملاک وجود ندارد. علت این مطلب آن است که در آیات مورد استناد برای اثبات جهاد دفاعی یا ابتدایی از دو عنوان «جهاد»، «قتال» و مشتقات این دو استفاده شده است. آیاتی که در آن‌ها از عنوان «قتال» و مشتقات آن استفاده شده دوگونه هستند؛ برخی از

آن‌ها مطلق، مثل: «و قاتلوا فی سبیل الله و اعلموا ان الله سمیع علیم» (بقره: ۲۴۴) و برخی دیگر مقید هستند (مثال این مورد کمی قبل بیان شد). اما آیاتی که در آن‌ها از عنوان «جهاد» استفاده شده همگی مطلق هستند (برای نمونه: مانده: ۳۵؛ توبه: ۴۱). از طرف دیگر «جهاد» در فرهنگ اسلامی مفهومی فراتر از جنگیدن با کفار و دشمنان دارد و در برخی روایات بر مبارزه با نفس هم «جهاد» اطلاق شده است (کلینی، ۱۲/۵) لذا «تلاش طاقت فرسا، خستگی ناپذیر، عمل مقدس دینی که در بیرون یا درون انجام می‌گیرد و شخص را ملزم به مقاومت و ایستادگی می‌کند» در مفهوم جهاد جای دارد (ایازی، ۳۲۶). از این رو می‌توان ادعا کرد موضوع آیات مورد استناد برای اثبات جهاد ابتدایی دقیقاً یکی نیست؛ لذا وجود تنافی و مقید کردن یکی به دیگری جایگاهی ندارد. بنابراین برای رفع تنافی بین آیات مطلق و مقیدی که در آن‌ها از عنوان «قتال» و مشتقات آن استفاده شده است، می‌توان از حمل مطلق را بر مقید بهره گرفت، اما چه اشکالی دارد برای اثبات «جهاد ابتدایی» به اطلاق آیاتی که در آن‌ها از عنوان «جهاد» و مشتقات آن استفاده شده، استناد کرد؟ برخورد حضرت سلیمان (ع) با ملکه هم می‌تواند شاهی مهم برای صحت این استناد باشد؛ زیرا براساس آیات سوره نمل هیچ حرکت ایذائی از جانب ملکه صورت نگرفته بود.

ممکن است گفته شود این توجیه مناسب نیست و کسانی که در باب حمل یا عدم حمل مطلق بر مقید نظر داده‌اند، همه این آیات را در نظر گرفته‌اند. اصولاً در عرف قرآن کریم در اغلب استعمالات از لفظ «جهاد» همان «قتال و کارزار» مد نظر است. در جواب این اشکال باید گفت: اولاً: (همانگونه که گذشت) «جهاد» در فرهنگ اسلامی و قرآن مفهومی فراتر از «قتال» دارد. از همین رو در برخی آیات جهاد با «کفار» و «منافقان» در کنار هم ذکر شده‌اند: «یا ایها النبی جاهد الکفار والمنافقین و اغلظ علیهم و ملأواهم جهنم و بئس المصیر» (توبه: ۷۳؛ تحریم: ۹)؛ ای پیامبر، با کفار و منافقان جهاد کن و بر آن‌ها سخت بگیر، جایگاهشان جهنم است که بد سرانجامی است.» روشن است که جهاد با منافقان به خاطر زندگی در بین مسلمانان و ظاهر اسلامی آنان نمی‌تواند به معنای «قتال و جنگ» باشد، بلکه باید معانی دیگری مثل تلاش علمی برای آشکار کردن ماهیت آنان، برنامه‌ریزی برای خنثی کردن نقشه‌های آن‌ها، تهدید، توبیخ و غیره را در نظر گرفت (طبرسی، ۷۷/۵؛ طباطبایی، ۳۳۹/۹؛ مکارم شیرازی و همکاران، ۴۱/۸)؛ ثانیاً: بر فرض اینکه حمل آیات مطلق جهاد بر آیات مقید صحیح باشد، عملکرد حضرت سلیمان (ع) در برابر ملکه سبأ را چگونه باید توجیه کرد؟ در قسمت‌های قبل ثابت شد که هیچ‌گونه حرکت ایذایی از جانب ملکه صورت نگرفته نبود، اما با این حال با تهدید سنگین حمله نظامی آن حضرت مواجه شد.

۲. عقیده و فکر پدید آمدن یک ادراک تصدیقی در ذهن انسان است. به این جهت از نظر عقلی ممکن نیست چنین چیزی را با اجبار یا از ترس در درون کسی به وجود آورد. همان طوری که خوش آمدن یا بد

آمدن امری درونی و مربوط به قلب و دل است و با تحمیل نمی‌توان آن را در کسی ایجاد کرد؛ عقیده هم یک عمل اختیاری نیست که بتوان آن را منع کرد یا به آن اجازه داد. لذا می‌توان کسی را به عقیده‌ای دعوت یا برای عقیده‌ای برهان و دلیل ذکر نمود تا افراد قانع شوند یا از عقیده‌ای دست بردارند، اما به زور و جبر نمی‌توان عقیده‌ای را سلب کرد (ایازی، ۳۴۸). بنابراین اگر عقلاً نمی‌توان با اجبار عقیده‌ای را پدید آورد، پس چگونه ممکن است خداوند برای مسلمان شدن عده‌ای و برگشت آنان از شرک و کفر، جنگ و کشتن آن‌ها را مجاز بداند. محال است خداوند به امر نشدنی و محال عقلی فرمان دهد (همان).

جواب: اجبار به کارگیری حرکاتی مادی و مکانیکی است که تنها در اعمال ظاهری کاربرد دارد، اما ادراک و اعتقاد قلبی علل و اسبابی از سنخ خود اعتقاد و ادراک دارد و محال است با استفاده از زور و تهدید جهل، علم یا تصدیق علمی پدید آورد (طباطبایی، ۳۴۲/۲؛ همچنین فخر رازی، ۱۵/۷). از این‌رو تمام مطالب مطرح در این اشکال امری صحیح و مسلم است و به نظر می‌رسد تطبیق این مطالب بر جهاد ابتدائی دعوت صحیح باشد، اما مطرح کردن این اشکال در جهاد ابتدایی برای رفع موانع دعوت جایی ندارد؛ زیرا در این نوع جهاد هیچ اجباری برای ایمان آوردن وجود ندارد. مستند این جواب را می‌توان در عمل کرد حضرت سلیمان (ع) پیدا کرد؛ زیرا آن حضرت به هیچ وجه ملکه را برای ایمان آوردن مجبور نکرد، بلکه بنابر تصریح قرآن کریم خود ایشان بعد از مشاهده معجزات و دلایل بدون هیچ اکراه و اجباری اسلام آورد (نمل: ۴۴).

۳. آیاتی در قرآن کریم مثل «در دین هیچ اکراه و اجباری نیست» (بقره: ۲۵۶) «آیا تو می‌خواهی مردم را مجبور سازی که ایمان بیاورند؟» (یونس: ۹۹) تصریح می‌کند که در دین هیچ اکراه و اجباری نیست. از این‌رو این آیات با فلسفه جهاد ابتدائی (مسلمان کردن کفار) منافات دارد.

جواب: اولاً: قبلاً توضیح داده شد هدف جهاد ابتدایی بر اساس عملکرد حضرت سلیمان (ع) بیدار کردن روح خضوع در ملکه و کنار زدن موانع درونی ایمان آوردن وی بود، نه مسلمان کردن کفار.

ثانیاً: اگر واقعه معنای این آیات همان معنای مورد اشاره در اشکال است، پس چرا حضرت سلیمان (ع) برای مسلمان کردن ملکه و اطرافیان وی از تهدیداتی سنگین استفاده کرد؟ باید توجه داشت آیه اول از دیدگاه مفسران علاوه بر معنای مورد نظر مستشکل هشت معنا و تفسیر دیگر دارد (رضایی اصفهانی، ۱۰۴-۱۰۷). چه اشکالی دارد با توجه به عمل کرد حضرت سلیمان (ع) یکی دیگر از آن تفاسیر به عنوان معنای آیه در نظر گرفته شود؟ ضمن اینکه براساس برخی این تفاسیر اشکال مذکور اصلاً وارد نیست؛ به عنوان مثال از نظر برخی «دین» در آیه اول به معنی «جزاء» و معنای آیه این‌گونه است: «خداوند هرگونه بخواهد با افراد رفتار می‌کند و آنان را پاداش می‌دهد و کسی نمی‌تواند چیزی را بر خدا تحمیل کند.» (راغب اصفهانی،

۷۰۸). در این صورت این آیه اصلاً به جهاد مربوط نمی‌شود.

ثالثاً: بر فرض قبول معنای مورد نظر اشکال در آیه اول، بنابر تصریح هر دو آیه پیامبر نمی‌تواند کسی را برای ایمان آوردن مجبور کند، اما در عین حال براساس آیات زیادی وظیفه اصلی پیامبر ابلاغ معارف دینی معرفی شده است: «ما علی الرسول إلاّ البلاغ» (مانده: ۹۹؛ همچنین: رعد: ۴۰؛ نحل: ۳۵ و ۸۲). گاهی اوقات موانعی مثل کینه‌توزی‌های افرادی سرکش انجام این وظیفه را بسیار مشکل و حتی غیرممکن می‌کند. به نظر می‌رسد دفع یا رفع این موانع به وسیله جهاد ابتدایی با استناد به عمل کرد حضرت سلیمان (ع) و رعایت سایر موازین شرعی و عقلی هیچ اشکالی نداشته باشد.^۱

۴. پیامبر گرامی اسلام (ص) در هیچ یک از غزوات و سریه‌های خود به خاطر مسلمان کردن مشرکان با آن‌ها جهاد نکرد (ایازی، ۳۵۰). اگر جهاد ابتدایی جایز بود، پیامبر (ص) این کار را انجام می‌داد.

جواب: وقوع یک امر در خارج غیر از جواز آن است. در بسیاری موارد کارها مجاز به خاطر موانع یا مصالحی مهم‌تر انجام نمی‌شوند. به همین دلیل از عدم وجود جهاد ابتدایی در سیره پیامبر گرامی اسلام (ص) منطقی نمی‌توان عدم جواز این جهاد را ثابت کرد؛ زیرا ممکن است پیامبر اکرم (ص) به خاطر شرایط آن زمان یا برای رسیدن به مصالحی مهم‌تر از آن چشم‌پوشی کرده باشد. بنابراین به نظر می‌رسد اگر پیامبر اکرم (ص) از نظر قدرت نظامی در موقعیتی همانند حضرت سلیمان (ع) قرار می‌گرفت، با استناد به عمل کرد آن حضرت حق داشت و می‌توانست برای دعوت منطقه‌ای مانند سبأ از جهاد ابتدایی استفاده کند. باید توجه داشت این شیوه استناد در سیره برخی معصومان نیز دیده می‌شود. به‌عنوان مثال، امام رضا (ع) در جواب مردی که گویا پذیرش ولایت‌عهدی مأمون را برای امام ناروا می‌دانست، فرمود: کدام افضل است: پیامبر یا وصی آن؟ مرد در جواب گفت: پیامبر افضل است. امام [دوباره] فرمود: کدام افضل است: مسلم یا مشرک؟ آن مرد در جواب گفت: مسلمان. امام فرمود: عزیز مصر فردی مشرک بود و حضرت یوسف پیامبر بود (ولی در مقابل) مأمون مسلمان است و من وصی (پیامبر) و یوسف زمانی که فرمود: «مرا سرپرست خزانن سرزمین (مصر) قرار ده که نگهدارنده و آگاهم» (یوسف: ۵۵) از عزیز مصر درخواست کرد که وی را سرپرست و متولی امور کند، اما من بر این کار مجبور شدم (ابن بابویه، ۱۳۸/۲-۱۳۹).^۲ در این روایت امام (ع) به خاطر تشابه موقعیتی خود و حضرت یوسف (ع) برای اثبات صحت عمل خود به رفتار آن حضرت استناد کرد. این در حالی است که سایر ائمه (ع) به خاطر نبود این تشابه چنین استنادی نداشته‌اند.

۱. این نوشتار فقط به دنبال اثبات اصل جواز جهاد ابتدایی است. مشخص کردن موازین شرعی و عقلی آن نیازمند نوشتار دیگری است.

۲. در موارد دیگری هم اهل بیت (ع) به همین شیوه استدلال کرده‌اند (طبرسی، الاحتجاج، ۱/ ۱۷۱-۱۷۲).

۵. مهم‌ترین مسئله مرتبط به موضوع این مقاله اثبات اصل مشروعیت جهاد ابتدایی با توجه به دلالت عمل کرد حضرت سلیمان (ع) در مواجهه با ملکه سبا است. از طرف دیگر براساس همین مقاله یکی از مولفه‌های جهاد ابتدایی جنگ با اجازه معصوم (ع) است؛ از این‌رو عملاً این مسأله در عصر حاضر کاملاً بدون موضوع و بی‌فایده است و حتی ممکن است طرح آن وسیله‌ای برای سوء استفاده برخی از ظاهرگرایان اسلامی باشد.

جواب: مطهری در انجمن اسلامی پزشکان چهار جلسه سخنرانی پیرامون بردگی و نظر اسلام درباره آن در سال ۱۳۴۶ ایراد کردند (مطهری، بردگی در اسلام، مقدمه). دلیل این مطلب هم چیزی جز طرح مسائل برده‌داری در برخی از احکام اسلامی نبود. ایشان در این جلسات تلاش کرده‌اند توجیهی معقول و خردپذیر برای برده‌داری در اسلام و لو در ظرف زمانی گذشته ارائه کنند. این در حالی است که با گذر تاریخ و تحولات زندگی بشر و مواجه شدن با معنای جدیدی از انسان قرن حاضر امروزه کسی جرأت نمی‌کند از جواز برده‌داری سخن گوید، اگرچه در عصر خود عمل ناموجهی نبوده و قواعد حقوقی و عقلایی مربوط به خود را داشته است. به نظر می‌رسد موضوع این مقاله هم این‌گونه باشد؛ زیرا خداوند عملکرد حضرت سلیمان (ع) در مواجهه با ملکه سبا را بدون هیچ انتقادی در قرآن کریم نقل کرده است. اگر با بررسی و تحلیل این عملکرد در قالب‌های پذیرفته شده دینی آن را «خردپذیر»^۳ و یا حداقل با ارائه یک احتمال قابل توجه، «خردگریز»^۴ نکنیم، ظاهراً «خردستیز»^۵ باقی خواهد ماند. در این صورت زبان دشمنان قرآن هم تیزتر و برنده‌تر خواهد شد.

از طرف دیگر در هر پژوهش علمی باید تمام مستندات احتمالی آن نفی یا اثباته مورد بررسی قرار گیرد و الا تحقیق کامل نخواهد بود. قبلاً اشاره شد که اگرچه عملکرد حضرت سلیمان (ع) در مواجهه با ملکه سبا قابلیت زیادی برای اثبات اصل مشروعیت جهاد ابتدایی و نفی استبعاد از آن دارد، اما مخالفان این جهاد در نوشتار خود هیچ اشاره‌ای به آن نکرده‌اند (ایازی، ۳۲۲ به بعد؛ فخلعی، ۱۱۷-۱۵۵). از این‌رو برای تکمیل تحقیقات علمی چاره‌ای نیست جز اینکه این عمل کرد در ابعاد مختلف مورد بررسی قرار گیرد. در پایان هم این نکته باید افزوده شود که هدف مقاله حاضر اثبات قابلیت‌ها و ظرفیت‌های عمل به جهاد ابتدایی نیست؛ بلکه صرفاً رفع شبهاتی است که ریشه این قسم از جهاد و در نتیجه همه اقسام آن را

۳. باورها و احکام «خرد پذیر»، آن‌هایی هستند که از راه عقل مستقل از شرع یا تجربه متعارف بشری قابل توجیه‌اند و دلیل عقلی با تجربی به سود آن‌ها وجود دارد که اعتقاد به آن‌ها را معقول می‌کند (فنائی، ۴۸۰).

۴. باورها و احکامی «خردگریز» هستند که راه مستقلاً برای توجیه عقلی یا تجربی به سود یا زیان آن‌ها وجود ندارد (همان).
۵. باورها و احکامی «خردستیز» هستند که دلیل عقلی یا تجربی مستقلاً به زیان آن‌ها یا به زیان پذیرش تعبدی آن‌ها، وجود دارد. پذیرفتن این احکام و باورها خلاف عقل، عقلانیت و ناقض ارزش‌ها و هنجارهای عقلانی است (همان).

نشانه گرفته است. از طرف دیگر به تبع دگرگونی‌های تاریخی و مناسبات بشری و اجتماعی و غیره درک‌های متفاوتی از موضوعات احکام پدید آمده است. توجه به این درک متفاوت چند نکته مهم را روشن می‌کند:

۱. نمی‌توان واقعیت‌های دوران گذشته (چه در ساحت معرفتی یا حقوقی یا غیره) را به همان شکل به دوران جدید سرایت داد، بلکه باید تلاش کرد تا با توجه به قابلیت‌های متون دینی تصویری خردپذیر مطابق با درک جدید از موضوعات ارائه شود؛
۲. واقعیت‌های گذشته مثل جهاد ابتدایی دعوت یا برده‌داری را نباید صرفاً با استانداردها و شاخصه‌های فکری دوران جدید ارزیابی کرد؛ زیرا بسیاری از وقایع و اعمالی که امروزه هیچ‌گونه توجیه عقلانی و زمینه عملی ندارند، در دوره‌های پیشین تاریخی، خردپذیر و بی‌ابهام بوده‌اند.

نتیجه‌گیری

جهاد ابتدایی دارای چهار مولفه اصلی جنگیدن با اذن امام، با کفار، ابتداء بدون هیچ حرکت ایدئانی از جانب کفار نسبت به مسلمانان است. هدف این جهاد در دیدگاه فقه سنتی دعوت کفار به اسلام و در برخی دیدگاه‌های جدید، رفع موانع دعوت آنان به اسلام معرفی شده است. بررسی تطبیقی داستان حضرت سلیمان (ع) و ملکه سبا و مولفه‌های جهاد ابتدایی نشان می‌دهد این جهاد در مقاطعی از تاریخ انبیای گذشته علاوه بر دارا بودن اصل مشروعیت از کارایی و تأثیر لازم هم برخوردار بوده است. از این‌رو این داستان می‌تواند سندی قرآنی برای نفی استبعاد و استظهار اصل مشروعیت جهاد ابتدایی به‌منظور رفع موانع دعوت به توحید باشد؛ زیرا چهار مولفه این جهاد بطور دقیق بدون هیچ مانع عقلی یا نقلی در این داستان وجود دارد.

منابع

قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البيت لاحیاء التراث، ۱۴۲۶ ق.
- آل‌کاشف الغطاء، محمد حسین، *المثل العلیا فی الاسلام لا فی یحمدون*، نجف اشرف، الحیدریه، ۱۹۵۴ م.
- آلوسی، محمود بن عبدالله، *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *عیون أخبار الرضا*، بی‌جا، انتشارات جهان، ۱۳۷۸ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، ۱۴۰۶ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم، *الکافی فی الفقه*، تحقیق رضا استادی، اصفهان، مکتبه امیرالمؤمنین علی

(ع)، بی تا.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۶ ق.
- ایازی، محمدعلی، *آزادی در قرآن*، تهران، مؤسسه نشر و تحقیقات ذکر، ۱۳۸۰.
- حقی بروسوی، اسماعیل، *تفسیر روح البیان*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- دروزه، محمد عزت، *الدستور القرآنی فی شؤون الحیاة*، دمشق، بی تا، ۱۹۵۶ م.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، دمشق - بیروت، دارالعلم، الدار الشامیة، ۱۴۱۲ ق.
- رضایی اصفهانی، محمدعلی، «رابطه قرآن و آزادی و چالش های آن»، *دوفصل نامه قرآن و علم*، شماره ۴، سال سوم، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش، صص ۹۵-۱۱۶.
- سابق، سید، *فقه السنة*، قاهره، الفتح للاعلام العربی، ۱۴۱۰ ق.
- شافعی، محمد بن ادريس، *کتاب الام*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ ق.
- شريف رضى، محمد بن حسين، *نهج البلاغه*، تحقيق و ترجمه محمد دشتی، قم، الهادی، ۱۳۷۹.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة*، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.
- _____، *مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۲۵ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام فی شرح شرايع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- صادقی تهرانی، محمد، *الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن*، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۵.
- صالحی نجف آبادی، نعمت الله، *جهاد در اسلام*، تهران، نشر نی، ۱۳۸۲.
- طباطبائی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۰.
- طبرسی، أحمد بن علی، *الإحتجاج*، تعلیقات وملاحظات: محمدباقر خراسان، مشهد، نشر مرتضی، ۱۴۰۳ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
- طوسی، محمد بن حسن، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، قم، انتشارات قدس محمدی، بی تا.
- عضدالدين ایجی، عبدالرحمان بن احمد، *شرح المواقف*، الشریف الرضی، افسست قم، ۱۳۲۵ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق.
- _____، *قواعد الاحکام*، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، قم، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*، تعلیقه: جعفر سبحانی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۸۲.
- فخر رازی، محمد بن عمر، *مفاتیح الغیب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ ق.

زمستان ۱۳۹۷ نگرش تاریخی به تشریح جهاد ابتدایی در پرتو تحلیل مواجهه حضرت سلیمان (ع) ... ۱۳۳

فخلعی، محمدتقی، «تأملی در جهاد ابتدایی دعوت»، *دو فصل نامه مطالعات اسلامی*، شماره ۷۷، پاییز ۱۳۸۶ ش، صص ۱۱۷-۱۵۵.

فناپی، ابوالقاسم، *اخلاق دین پژوهی*، تهران، نشر نگاه معاصر، ۱۳۸۹.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.

مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.

_____، *تفسیر روشن*، تهران، مرکز نشر کتاب، ۱۳۸۰.

مطهری، مرتضی، *بردگی در اسلام*، تهران، صدرا، ۱۳۷۷.

_____، *جهاد*، تهران، صدرا، ۱۳۸۹.

_____، *مجموعه آثار*، تهران، صدرا، ۱۳۸۱.

مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۰.

مکارم شیرازی، ناصر و همکاران، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالمکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴.

مکارم شیرازی، ناصر، *انوارالاصول*، مقرر: احمد قدسی، قم، مدرسه الامام علی ابن ابیطالب (ع)، ۱۴۲۴ ق.

_____، *ترجمه قرآن*، قم، دارالقرآن الکریم (دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی)، ۱۳۷۳.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4, Issue 115

Winter 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v50i4.50415>



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵

زمستان ۱۳۹۷، ص ۱۵۸-۱۳۵

بررسی فقهی حقوقی تبدیل موقوفات به احسن*

هادی نورالدینی

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، دانشگاه یاسوج

Email: nooradini@yahoo.com

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۱

دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج

Email: alishahi@yu.ac.ir

چکیده

وقف، نهادینه سازی نوع دوستی و یکی از یادگاران بزرگ انبیاء الهی است که در شریعت اسلامی نیز از اهمیت به‌سزایی برخوردار شده است. با تشکیل ادارات و سازمان‌های اوقاف، این نهاد با اهدافی گوناگون از جمله مصلحت‌اندیشی درباره موقوفات، تحت کنترل قانون و حکومت در آمده است. از این رو تبدیل موقوفات به احسن، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مسائل وقف در میان فقهاء مورد بحث قرار گرفته است. برخی تبدیل یا بیع موقوفات را در شرایط غیر عادی مجاز و بعضی به‌طور کلی هرگونه تغییر، تحول و تبدیل را منع کرده‌اند. در این مقاله، نخست به جواز یا عدم جواز بیع یا تبدیل به احسن موقوفات پرداخته شده است. در ادامه با ارائه دلایل، مستندات و مسوغات از این بحث به میان آمده که تبدیل موقوفات به احسن و در نتیجه، استفاده مطلوب‌تر از آن، منطبق بر نظر اصلی واقف است و توجه به این مهم، به مصلحت موقوفات و یکی از عوامل مهم حفظ، گسترش و استمرار آن‌ها در سطح جامعه خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: وقف، حبس، بیع، تبدیل کردن به احسن، فقه و حقوق.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۷/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۲/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

بی تردید، مال موقوفه همچون سایر اموال، دچار گذر زمان شده و تاریخ انقضا دارد. منفعت و مصلحت وقف با بقاء عین موقوفه ممکن است و با سپری شدن عمر موقوفه به هر دلیل، انقضاء انتفاع، طبیعی خواهد بود. اصل اولیه بر عدم خرید و فروش، تغییر و تبدیل موقوفات است، چرا که در این صورت مساوی با انتقال عین موقوفه به دیگران است که جایز نیست. ولی در شرایط و وضعیتی که عدم بیع و یا تبدیل مال منجر به هدر رفتن منافع و دور شدن از نظر واقف شود، مصلحت ایجاب می کند که از باب تقدم اهم بر مهم و متناسب با مقتضای مصالح وقف و منافع موقوف علیهم، با فروش، ابدال و استبدال موقوفات، زمینه اجرای نیت واقف را منطبق بر عقل و شریعت اسلامی فراهم آورد. لذا باید بررسی گردد که ادله جواز تبدیل موقوفات به احسن چیست؟ چرا و چگونه چنین ضرورتی به اثبات می رسد؟

مفهوم «تبدیل کردن به احسن»^۱

تبدیل در لغت برای تغییر دادن، دگرگون کردن، بدل کردن می آید (فراهیدی، ۴۵/۸؛ صاحب بن عباد، ۳۱۸/۹؛ ابن منظور، ۴۸/۱۱؛ معین، ۳۴۴) و «ابدال، تبدیل، تبدل و استبدال» همه به معنای عوض گرفتن و قراردادن چیزی بجای چیزی (راغب اصفهانی، ۱۱۱) و تغییر از شکلی به شکلی دیگر است (۴۵/۱۴). در قرآن، آیه «ثم بدلنا مكان السيئة الحسنة» (اعراف: ۹۵) به معنای عوض کردن آمده است (قرشی، ۱/۱۷۱). احسن در لغت یعنی نیکوتر، بهتر، به بهترین شیوه و طرز است (همان، ۱۳۴/۲). در اصطلاح تبدیل به احسن، عبارت است از اینکه از وضعیت موجود به وضعیت دیگری روی آوردن به گونه ای که بدلالی وضعیت جدید از سابق نیکوتر باشد. یعنی اگر عین موقوفه ای خراب و بایر شود به طوری که دیگر از آن انتفاعی موافق با غرض اولی واقف حاصل نشود با تشریفات، سازمان اوقاف با فروش آن موافقت می کند، وجهی که از فروش این گونه موقوفات عاید می شود، باید به مصرف خرید رقبه دیگر برسد و بر

۱- عناوین مشابه با تبدیل کردن به احسن با عبارات متعدد در کلام فقهاء از گذشته تاکنون وجود داشته، ولی عبارت «التبدیل بالاحسن» در لسان برخی از فقهاء معاصر وجود دارد (خویی، ۲۸۷/۱؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۸۳ و جامع المسائل، ۳۰۱). برخی از متقدمین فقهاء، این مهم را تحت عنوان «صرف فی...» در کلام خویش آورده اند «اگر بر مصلحتی وقف کرد سپس رسم آن باطل گردید در وجوه بر صرف می شود (ابن حمزه طوسی، ۳۷۱؛ محقق حلی، ۱۶۹/۲؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۳۰۹/۳؛ شهید اول، الدرر، ۲۷۶/۲؛ محقق کرکی، ۵۴/۹؛ شهید ثانی، مسالک، ۳۴۶/۵). شیخ انصاری در مکاسب از عبارت، «تبدیلها بعین اخری» استفاده کرده و در جایی کلمه «استبدال» را بکار برده است (انصاری، ۱۰/۱۵۶ و ۲۳۷) البته عبارت «بدلت» و «صرف منافعها» در نظر برخی دیگر از فقهاء همین منظور را می رساند (یزدی طباطبایی، ۲۵۴/۱؛ نراقی، ۱۴/۲۱۷). عبارت فارسی «تبدیل به احسن» در آثار بعضی فقهاء معاصر مشهود است (شعرانی، ۲/۴۶۳؛ خمینی، استفتانات، ۲/۳۶۹ تا ۳۸۷؛ گلپایگانی، ۱/۱۴۲؛ تبریزی، ۱/۳۰۳؛ بهجت، ۴/۲۷۷).

مصارفی که در موقوفه فروخته شده، واقف معین کرده بوده است وقف گردد، این عمل را تبدیل کردن به احسن می‌گویند (محمدی، ۵۸). به نظر می‌رسد، این تعریف کامل نیست، چرا که منظور از تبدیل کردن به احسن منحصر به خرابی یا بایر شدن موقوفات نیست، بلکه عوامل متعددی می‌تواند سبب تبدیل موقوفات به احسن شود، همچنان‌که در کلام فقهاء اسلامی به بعضی از آن‌ها پرداخته شده است، از جمله: رفع اختلاف از میان موقوف علیهم، انفع بودن، تعطیلی رسم موقوفه و قلت یا عدم منفعت. بهتر است گفته شود: هرگاه موقوفه‌ای به هر دلیل منطقی از جمله: خرابی، بایر شدن، بروز اختلاف میان موقوف علیهم، قلت یا عدم منفعت، تعطیلی رسم موقوفه و... از حیز انتفاع بیفتد، سازمان اوقاف با اجرای تشریفات قانونی، در خصوص بیع، استبدال، تغییر کاربری و از این قبیل متناسب با شرایط زمان و مکان، موافقت کرده به گونه‌ای که اقرب به غرض واقف باشد. در بحث منظور، تبدیل به احسن یعنی اینکه، مال موقوفه مانند دیگر اموال ممکن است در گذر زمان و یا به جهت تغییرات، بدلالی قابل انتفاع یا وضعیت فعلی آن چندان به مصلحت نباشد و لازم است به گونه‌ای دیگر که انتفاع از آن شایسته‌تر باشد تبدیل گردد.

ارتباط تبدیل کردن به احسن با بیع

آیا منظور از تبدیل، همان بیع است یا اینکه فقهاء، بیع را یکی از طرق تبدیل کردن به احسن می‌دانند؟ به تعبیری دیگر، فقیهان، در مباحث مربوط به وقف، فقط از بیع سخن گفته‌اند یا اینکه مقصودی غیر از آن را هم بیان نموده‌اند؟ به نظر می‌رسد بیع، یکی از طرق تبدیل کردن به احسن است، هر چند فقهاء اسلامی در مباحث خویش به آن بیشتر پرداخته‌اند، لیکن برخی با الفاظ، اصطلاحات و یا جملات متفاوت در کنار بیع، موضوع تبدیل را مطرح کرده‌اند. شیخ طوسی آورده است که، اگر مسلمانی چیزی را به مصلحتی وقف نمود و رسم آن باطل گشت، «جعل فی وجه البو» یعنی، تبدیل به وجه دیگر از امور نیک می‌گردد؛ چرا که قبل از آن به صراحت از موارد جواز بیع سخن گفته است اما اینجا به موضوعی علاوه بر بیع پرداخته است (النهایه، ۶۰۰). برخی دیگر، چنین نظر داده‌اند که اگر نخلی موقوفی خشکید و یا شکسته شد، بیع آن جایز نیست؛ زیرا منفعت دیگری دارد و آن اجاره یا مشابه آن است. پس در واقع اجاره را یکی از صور تبدیل کردن به احسن ذکر نموده‌اند که با بیع فرق دارد (محقق حلی، ۱۷۴/۲؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۲/۳۹۵). برخی دیگر از فقهاء، جملاتی از قبیل: «التبديل أصلح و أنفع» (یزدی، ۲۶۴/۱) و «تبدل إلی ما هو قابل للانتفاع به» (قمی طباطبایی، ۵۴۳/۷) را در مباحث وقف ذکر نموده‌اند. نهایت اینکه، موضوع تبدیل به احسن در وقف، تنها اختصاص به بیع ندارد بلکه بیع یکی از شیوه‌های آن است همچنانکه مواردی از آن

به عنوان نمونه و مثال آورده شد.

پیشینه پژوهش

مسئله بیع وقف، توسط فقهایی مانند ابن جنید، علم الهدی، شیخ طوسی، ابن زهره، ابن ادریس، محقق حلّی، علامه حلّی، شهید اول، محقق ثانی، شهید ثانی، مجلسی اول، حر عاملی، مجلسی دوم، بحرانی، حسینی عاملی، کاظمی، صاحب جواهر، شیخ انصاری و برخی معاصران به صورت گذرا بحث شده است. محمد علی کاشانی آرانی بخشی از کتاب نفائس المسائل خود را تحت عنوان «رسالة فی جواز بیع الوقف» (۱۴۲۶ ق) به موضوع فروش وقف اختصاص داده و با آوردن روایات و نظرات فقهاء، به آن پرداخته است. بعضی حقوقدانان از جمله کاتوزیان (۱۳۹۰، ج ۳) و امامی (۱۳۹۲، ج ۱) در خصوص بیع وقف و جایگاه حقوقی آن در کتب خویش مباحثی را به آن اختصاص داده‌اند. محمد حسن حائری در کتاب «وقف در فقه اسلامی»، بخشی از کتاب را به بیع و استبدال وقف اختصاص داده است (۱۳۸۰). فهیمه ملک زاده در کتاب «بررسی بیع وقف از دیدگاه فقه و حقوق» به موضوع بیع وقف پرداخته است (۱۳۸۵). برخی محققان در مقالاتی، مختصراً به این مهم نگریسته و مطالبی ذکر نموده‌اند، از جمله مقاله «کنکاشی فقهی حقوقی در استبدال موقوفات» نگارش مسجد سرایی می‌باشد (۱۳۹۱). مقاله بررسی جنبه فقهی حقوقی تغییر کاربری موقوفات اثر نگارنده که در سال ۱۳۹۱ در همایش ملی وقف با تأکید بر آموزش عالی ارائه گردیده، مختصراً به این موضوع پرداخته است. همچنین مقاله‌ای با عنوان «جواز بیع و تبدیل وقف در حقوق ایران» از قماش‌ی و آخوند زاده، (۱۳۹۱) منتشر گردیده است. در این پژوهش سعی بر آن است که، علاوه بر بیع، دیگر صور تبدیل وضعیت موقوفات و ضرورت تبدیل کردن به احسن، با ذکر ادله موافقان و مخالفان جواز آن، و نهایتاً تکلیف بدل به لحاظ فقهی - حقوقی بررسی شود.

ضرورت تبدیل کردن به احسن

۱- اجتناب از تبذیر

خداوند در قرآن می‌فرماید: «بی‌تردید اسراف کنندگان و ولخرجان، برادران شیاطین‌اند، و شیطان همواره نسبت به پروردگارش بسیار ناسپاس است»^۱ (اسراء: ۲۷). تبذیر، انفاق مال در جایی که حقیقت نیست (طبرسی، مجمع البیان، ۴۶۹/۶) یا، تزیین و اتلاف است (بیضاوی، ۲۵۳/۳) و مصرف کردن مال به صورت غیر منطقی و در غیر مورد خود است (مکارم شیرازی، ۸۶/۱۲). پس اگر موقوفه، عرفاً یا

۱- «إِنَّ الْمُبْتَدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا».

عقلا در وضعیت بدون مصلحت باشد و عدم اقدام، باعث تصبیح موقوفه یا دور شدن از نظر و نیت واقف گردد، در این صورت، عدم بیع یا تبدیل، تبذیر است.

۲- استمرار انتفاع از موقوفه و اجرای غرض واقف

یکی از عوامل فروش موقوفه، زمانی است که مطلقه از انتفاع ساقط شود که در جهت غرض واقف است (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۳/۲۵۳). فقیهان بر این باورند که شروط واقف، همچون نص شارع بوده و الفاظ او مانند الفاظ شارع و پیروی از آن واجب است (مغنیه، ۲/۵۹۹). غرض از قید دوام و تأیید در وقف، همان استمرار است به گونه‌ای که جریان و سریان آن به سمت نسل آینده است (آخوند خراسانی، ۲۹).

۳- مصلحت وقف

تدوین احکام مبتنی بر تأمین مصلحت و منافع مردم و دوری جستن از ضرر و مفاسد از آنان، جزء مقاصد شرع اسلام بوده و واضح است که نهاد وقف وسیله‌ای در تأمین منافع و مصلحت برای مردم است.^۲ بنابراین چون محور فعالیت بشر طبق این تفسیر، «احتیاجات» است و بخشی از نیازهای اولیه بشر ثابت و بخشی دیگر از آن‌ها که حاجات ثانوی می‌باشد، متغیر است، صحیح بوده، زیرا انسان برای رسیدن به هدف‌های واقعی که در زمان و مکان دارد به اموری احتیاج پیدا می‌کند که آن امور احتیاجات دوم بشر است (مجلسی اول، ۲۰۸/۷).

دیدگاه فقیهان شیعه در خصوص بیع و تبدیل املاک موقوفی

فقیهان شیعه در خصوص تغییر یا عدم تغییر وضعیت اموال و املاک وقفی اختلاف نظر دارند، برخی مطلقه هرگونه تبدیل را منع کرده و برخی قائل به تفصیل شده‌اند و در شرایط خاص آن را مجاز دانسته‌اند (مفید، ۶۵۲؛ طوسی، النهایه، ۶۰۰؛ شهید اول، الدروس، ۲/۲۷۹؛ یزدی، ۱/۲۶۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۳/۱۲۳). برخی فقهاء در شرایط خاص، بیع و تبدیل موقوفات را مجاز کرده‌اند. شیخ صدوق به استناد روایتی از عباس بن معروف از علی بن مهزیار از ابو جعفر علیه السلام آورده است: «اگر از وجود اختلاف

۲- مصلحت آن چیزی است که سازگار با مقاصد انسان، دنیایی، آخرتی یا هر دو باشد» (محقق حلی، معارج الاصول، ۲۲۱) و یا آنچه باعث خیر و صلاح و نفع و آسایش انسان باشد (محمدی، ۲۴۵). مصلحت یعنی بررسی شرایط و تصمیم‌گیری متناسب با آن. البته معنای آسان‌گیری به عنوان یکی از مصالح، هم از آن برداشت می‌شود. یکی از چیزهایی که مذاق شریعت را تشکیل می‌دهد، آسان‌گیری در احکام اسلامی است، چنانچه از آن به مصلحت تسهیل تعبیر شده است (علیشاهی، ۵۴) مصلحت و مفاسد دارای شمول و وسعت بوده و به نحو بارزی مبین صفات الهی است و عقل در این زمینه می‌تواند به شکل مستقل عمل کند، به عبارت دیگر، هر گاه عقل در راهی به شناخت کامل این واقعیت‌ها و حقایق و مصالح و مفاسد نائل گردد، مؤید شرع خواهد بود (عمید زنجانی، ۳/۱۰۹).

میان صاحبان وقف اطلاع دارد و فروختن وقف را بهتر می‌داند، آن را بفروشد؛ زیرا بسا که اختلاف، تلف اموال و نفوس را در پی داشته باشد» (۱۰۵/۶). سید مرتضی، در خصوص مخالفت ابن جنید با بیع وقف، نظر او را فاقد اعتبار دانسته به دلیل اینکه قبل از او اجماع صورت گرفته و معتقد است که، هرگاه وقف خراب شد، به گونه‌ای که برای موقوف علیه نفعی نداشته و همچنین ارباب وقف نیاز شدیدی به آن پیدا کنند، جایز است که آن را بفروشند (علم الهدی، ۴۶۸). شیخ طوسی در نهاییه، در صورت ترس از فساد و هلاک وقف یا نیاز ضروری موقوف علیه و یا وجود اختلاف میان موقوف علیهم بیع آن را جایز دانسته است (۶۰۰). شهید اول در دروس در صورت ترس از خرابی و یا اختلاف منجر به فساد میان موقوف علیهم، بیع را مجاز کرده است (۲۷۹/۲). برخی اینگونه گفته‌اند: «بعد از خرابی و یا در مسیر خیابان و... قرار گرفتن مسجد، آب گرفتگی و مانند این‌ها، عرف ملکیت را زایل می‌داند، از این رو در مثل مساجد و اماکن مانند آن نیز موضوع استصحاب منتفی می‌شود» (حایری، ۳۰۲). تعداد دیگری از علماء با اندک تفاوتی چنین نظری دارند (مفید، ۶۵۲؛ حلبی، ۲۹۸؛ محقق حلی، ۱۷۴/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳۹۵/۲؛ فاضل مقداد، تنقیح الرائع، ۳۳۰/۲؛ محقق کرکی، ۶۷/۹ - ۶۸؛ کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، ۴۴ - ۴۵). از کلام بعضی فقهاء چنین مستفاد می‌شود که، جواز بیع وقف خاص چه بر شخص معین وقف شده باشد و چه بر عنوان عام، در جایی که خراب شود و تعمیر آن و برگشت به حالت اولیه ممکن نباشد، نزد فقهاء امامیه مشهور است (شمس الدین، ۲۷۳).

به نظر می‌رسد فقهاء در توضیح مسئله وقف و بیع و تبدیل آن مبالغه و سختگیری کرده‌اند، در حالی که از روایات تا این حد استفاده نمی‌شود، لذا چه مانعی وجود دارد که کارشناسان با رعایت و ملاحظه حقوق تمام مستحقان و تصدیق اذن حاکم شرع، تبدیل را انجام دهند (یزدی، ۲۶۴/۱).

مخالفتان بیع یا تبدیل وضعیت موقوفات

برخی از فقهاء، بیع و استبدال وقف را به هیچ وجه جایز نمی‌دانند چرا که حبس اصل مال در وقف، عدم جواز فروش و تبدیل وقف را جزء ماهیت وقف قرار می‌دهد (ابن ادریس، ۱۵۳/۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۸۶/۳؛ حر عاملی، ۱۸۶/۱۹؛ طباطبایی، ۱۷۲/۱۰). از این منظر، فروش وقف، هبه و انتقال آن صحیح نیست و اگر خانه خراب شد عرصه از وقفیت خارج نمی‌شود و بیع آن جایز نمی‌باشد؛ زیرا عرصه از جمله موقوفات بوده و پابرجاست (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳۹۵/۲؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۱۰۰؛ جواهر الکلام، ۱۰۹/۲۸ - ۱۱۰). حتی برخی، عدم جواز فروش اموال وقفی را از قطعیات ضروریات دین دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۶۷۹/۲۱). بنابراین، امکان تبدیل و یا بیع موقوفه با

مقتضای عقد وقف و اراده واقف در تعارض است، چرا که اراده واقف، حبس دائم و تسبیل منفعت است و دوامی که در بعضی روایات آمده، از مقتضیات و مقومات وقف است (جواهر الکلام، ۳۵۸/۲۲). کلاه، حتی اگر خرابی مال موقوفه موجب کاهش شدید منافع آن شود، به گونه‌ای که منافع آن در حکم عدم (مسلوب المنفعه) باشد، فقها قائل به عدم جواز بیع هستند (مظفری، ۳۷۱).

ادله مخالفان تبدیل وقف به احسن

۱- آیات

ای اهل ایمان! اموال یکدیگر را در میان خود به باطل [و از راه حرام و نامشروع] مخورید، مگر آنکه تجارتی از روی خشنودی و رضایت میان خودتان انجام گرفته باشد»^۳ (نساء: ۲۹). واژه «اکل»، به هر نوع خرج و صرف مال، اطلاق می‌شود، و کلمه «باطل» یعنی مال به وجه نامشروع گرفته شده و در راه حرام صرف گردد (طبرسی، ۵/۱۱۴) هرگونه، تصرف باطل و نامشروع، مشمول منع این آیه محسوب شده است (فاضل مقداد، کنزالعرفان، ۲/۵۱۳). چون تبدیل و تصرف در موقوفات باید با مجوز شرعی باشد، هرگونه بیع و استبدال بدون مجوز شرعی، در واقع تصرف و خوردن مال به باطل و حرام محسوب می‌شود. در پاسخ می‌توان گفت: جایی که اذن باشد چه با اجازه اشخاص در ملک خصوصی و چه با مجوز شرعی در اموال و املاک عمومی و از جمله موقوفات، حرمتی وجود ندارد که برای اثبات آن به این آیه از قرآن استناد شود. بنابراین، در جایی که یکی از عوامل و مسوغات بیع یا استبدال ظهور نماید، تبدیل وقف به احسن جایز است همچنان که در کلام موافقان روشن می‌گردد.^۴

۲- روایات

فقیهان به روایاتی در خصوص بیع و یا تبدیل موقوفات استدلال کرده‌اند:

روایت اول: ربیع بن عبدالله از حضرت امام صادق (ع) در مورد وقفنامه امام علی (ع)، نقل شده است: «این صورت مالی است که علی بن ابی طالب علیه السلام آن را صدقه قرار داده است، خانه خود در بنی زریق را صدقه قرار داد تا به هیچ وجه فروخته نشود و همه نگردد تا آنگاه که وارث آسمان‌ها و زمین آن را به ارث برد»^۵ (کلینی، ۱۳/۴۲۲؛ صدوق، ۴/۲۴۸؛ حر عاملی، ۱۹/۱۸۷).

۳- «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینهکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم».

۴- در واقع تبدیل به احسن و فروش موقوفه به معنای پایان کار وقف نیست بلکه با وجه فروش موقوفه یا قسمتی از موقوفه، عین ملک دیگری به عنوان جایگزین یا تبدیل ملک موقوفی به احسن، خریداری و در جهت اهداف واقف به کار گرفته می‌شود (علیشاهی و زکی خانی، ۷۲۳ - ۷۲۴).

۵- «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * هَذَا مَا تَصَدَّقَ بِهِ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَهُوَ حَى سَوَى تَصَدَّقَ بِدَارِهِ الَّتِي فِي بَنِي زُرَيْقٍ صَدَقَةً لَنَا تَبَاعٌ وَ لَأُتُوهَبَ وَ لَأُتُورَثَ حَتَّى يَرْتَهَا اللَّهُ الَّذِي يَرِثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ».

روایت دوم: از ابو علی بن راشد منقول است که در مورد خریدن موقوفه‌ای بدون اطلاع از وقفیت آن، از امام ابوالحسن (ع) سؤال نموده است و امام فرمود: «خریدن وقف جایز نیست، و درآمد آن را به مال خود داخل مکن. آن را بکسانی که زمین بنفع ایشان وقف شده است، تسلیم کن»^۶ (کلینی، ۴۱۷/۱۳؛ صدوق، ۴/۲۴۲). وجوب وفای به عقود و شروطی را که واقف منظور نموده، لازم است و این شروط، مقتضای اصل حبس ابدی است. در این رابطه، به قاعده «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» استناد می‌گردد (کلینی، ۴۱۷/۱۳؛ صدوق، ۴/۵۷۰؛ طوسی، تهذیب، ۱۳۰/۹). همچنانکه عرفه، اقتضای وفای به عقد و شرط، عدم بیع و تبدیل آن است. در پاسخ می‌توان گفت: این روایات و بخصوص قاعده مذکور، به کیفیت ارائه شده از واقف در وقف و ضرورت رعایت آن پرداخته است، در حالی که موضوع تبدیل کردن به احسن، از احکام وقف است که بحث اظهار نظر درباره آن به شارع بر می‌گردد، و حکم شرع، همه امور وقف را در بر می‌گیرد، چه در وقف‌نامه از طرف واقف انشاء شده باشد و چه نباشد، و مهم‌تر اینکه این روایات در حالت عادی از هرگونه تبدیل و تغییر در وقف منع می‌کنند نه در شرایط خاص و به هنگام اضطرار.

۳- عدم وجود شرایط عوضین

برای صحیح بودن هر عقدی، لازم است مورد معامله دارای شرایطی باشد که فقدان یکی از آن‌ها موجب بطلان عقد می‌گردد. از جمله این شروط، قابلیت نقل و انتقال است. بنابراین ممکن است مورد معامله دارای مالیت و منفعت عقلایی و مشروع بوده و حتی از نظر مادی مقدر تسلیم و همچنین معلوم و معین باشد ولی قابل انتقال نباشد، بدیهی است در اینگونه موارد، چون قانونه و شرعه قابل نقل و انتقال نیست، پس عقد باطل است (اسدی نژاد، ۲۲۵). فخر المحققین به نقل از ابن ادریس «دوام الأصل مع بقاء منفعت» را اقتضاء وقف دانسته و خود تأیید را مانع جواز بیع می‌داند (۲۹۲/۲ - ۲۹۳). صاحب‌جواهر نیز عقیده دارد که جواز بیع با وقف در تضاد است، و این دو متعارضند و قابل جمع نیستند، چون وقف از دوام و تأیید برخوردار است پس نفی معاوضات، در مفهوم وقف وجود دارد (۳۵۷/۲۲ - ۳۵۸). این استدلال مشکل دارد، زیرا در اینکه در بیع شرط است که عوضین مال باشند، اختلافی نیست، و ایشان با این شرط می‌خواهند احراز نمایند که بعضی چیزها عقلاً منفعت مقصوده را ندارند و بعضی هم شرعاً حلال نیستند، پس هر چیزی که عقلاً منفعت نداشت و عرفاً مسلوب المنفعه باشد مانند حشرات و فضله انسان، و یا شرعاً مال محسوب نشود، مانند خمر و خنزیر، مال محسوب نمی‌شوند. و هر چیزی که عرفاً و شرعاً مال نباشد نمی‌تواند از شرایط عوضین در بیع برخوردار باشد، لهذا اصل عدم جواز بیع آن است، و

۶- قَالَ: «لَا یَجُوزُ شِرَاءُ الْوَقْفِ، وَ لَئِنْ تُدْخِلَ الْعَلَّةَ فِي مَالِكَ، ادْفَعَهَا إِلَى مَنْ أَوْقَفْتَ عَلَيْهِ».

اگر یکی از عوضین مال باشد و دیگری نباشد، بیع باطل و مصداق «اکل المال بالباطل» است و اینکه اصل در موقوفات، عدم جواز بیع است، درست می‌باشد، لیکن در زمانی که یکی از عوامل صدور مجوز بیع و تبدیل بروز دهد، و شرعه بیع و تبدیل مجاز گردد، این کار باطل و حرام نیست، بلکه، نه تنها شرایط عوضین را دارا خواهد بود که، حلال است. علی ای حال، وقتی عاملی باعث تبدیل و بیع وقف گردید و حاکم اسلامی یا نماینده او، به آن مجوز داد، در واقع جهتی از جهات صلاح و مصلحت جامعه چنین چیزی را ایجاب کرده است و اگر شارع اجازه تبدیل کردن به احسن نمی‌داد، چه بسا موقوفاتی که امروزه قابل بهره‌برداری نبوده، بلا استفاده می‌ماند و از تعدی و تجاوز و فروش بدون علت موقوفات در امان نمی‌ماند (علیشاهی و زکی‌خانی، ۷۲۳).

۴- حقوق مترتب بر موقوفه

برای تبدیل وضعیت وقف، سه مانع حق واقف، حق بطون و نسل بعدی و حق خداوند وجود دارد (نابینی، ۱/۳۴۶؛ انصاری، ۴/۳۵ - ۳۶؛ ملک زاده، ۶۶ - ۶۷). این حقوق سه گانه در عرض یکدیگرند، بدین منظور که رعایت آن‌ها باید در طول مدت وقف باشد و در حالت بیع، حقوق سه گانه و حداقل حق خداوند از بین خواهد رفت. در پاسخ می‌توان گفت در صورت تبدیل این حقوق باقی خواهد ماند.

ادله موافقان تبدیل کردن به احسن

اصل اولیه در موقوفات، عدم تغییر و تبدیل است، لیکن در شرایط غیر عادی و خروج موقوفات از منافع، در موارد خاص موقوفات قابل تبدل بوده که برای اثبات این نظریه به ادله‌ای استناد شده است:

۱- روایات

روایت اول: امام جواد (ع) به منظور منع از اختلاف و تلف مال و جان، بیع وقف را مجاز نموده است^۷ (طوسی، الاستبصار، ۴/۹۸) در این روایت حفظ جان و مال مردم اولی و حتی بر موقوفه ارجح است و این از باب قاعده «تقدیم اهم بر مهم» است که در نتیجه آن، بیع و تبدیل موقوفات جایز است.

روایت دوم: روایت حمیری که در خصوص خبر رسیده از امام صادق (ع) راجع به بیع موقوفه گروهی که همگی بر آن متفق‌اند و فروش را برای خود سودمندتر می‌دانند، مکاتبه کرده است: امام (ع) فرمودند: در صورتی که موقوف علیه، امام مسلمین باشد، فروش وقف جایز نیست، اما اگر موقوف علیه گروهی از مسلمین باشند، هر یک می‌توانند چه به صورت دسته جمعی و چه به صورت انفرادی سهم خود را

۷- «عن علی بن مهزیار قال: کتبتُ إلى أبي جعفر (ع)... «فکتبَ بخطه إلی و أعلمه أن رأی لهُ إن کان قلة علم الاختلاف ما بین أصحاب الوقف أن بیع الوقف أمثل فإنه ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال و النفوس».

بفروشدند»^۸ (حر عاملی، ۱۹۱/۱۹).

۲- حق بطون

در شرایطی که وقف خراب شود به گونه‌ای که با بقاء عین، انتفاع غیر ممکن باشد، امر دائر بین سه مورد است: یا تعطیلی موقوفه که خود به خود تلف شود و از بین برود، یا موقوف علیه موجود از آن منفعت برده تا نهایت منجر به اتلاف آن شود (حق بطون لاحقاً از بین برود) و یا تبدیل به چیزی شود که با بقاء آن همگان از استفاده منتفع گردند. مورد اول تزییع حقوق بوده که با حق الله، حق واقف و موقوف علیهم منافات دارد، زیرا فقط موقوف علیهم موجود حق انتفاع از وقف را ندارند (محقق کرکی، ۷۹/۹؛ تستری کاظمی، ۱۵۵؛ انصاری، ۶۱/۴ - ۶۲، کاشف الغطاء، عباس بن حسن، ۲۱۰؛ آخوند خراسانی، ۶۵؛ حکیم، نهج الفقاهه، ۳۴۵).

۳- حکم عقل

با بررسی اجمالی مبانی فقهی و اصولی، تلازم بین عقل و شرع نزد امامیه مشهود است. و این ملازمه عقلاً ثابت است. چرا که عقل وقتی به حسن یا قبح چیزی حکم کرد- یعنی وقتی آراء جمیع عقلاء از آن حیث که عقلاء هستند بر حسن چیزی در جهت حفظ نظام و بقاء نوع (بشر) و یا بر قبح چیزی به خاطر اخلال در حفظ و بقاء نوع متفق باشد- این حکم حکایت از رأی همه عقلاء خواهد داشت، و شارع نیز لزوماً بر طبق آن حکم می‌کند چرا که شارع نیز از عقلاء و بلکه رئیس آنان است. پس شارع از آن حیث که عاقل- بلکه خالق عقل- است مانند سایر عقلاء بایستی به طبق حکم عقلاء حکم کند و اگر فرض کنیم که شارع با عقلاء در حکم مزبور شریک نباشد، آن حکم نمی‌بایست نشانگر رأی همه عقلاء باشد و این خلاف فرض است (مظفر، ۴۱۵/۱). توسل به عقل در خصوص اثبات دلیل، به منظور تبدیل و بیع موقوفات در شرایط غیر عادی پسندیده است، چرا که تمسک و اعتماد به عقل و گشودن باب اجتهاد، یکی از وجوه تمایز قابل توجه امامیه نسبت به عامه است حکم عقل مختصری در این باره توضیح داده شود

۴- قاعده «ما لا یدرک کله لا یترک کله»

منظور از قاعده این است که، آنچه تمامش دست یافتنی نیست، نباید تمامش را رها کرد. به تعبیری دیگر، اگر چیزی یا مصلحتی را به دلایلی نمی‌توان بطور کامل انجام داد ولی بخشی از آن قابل انجام است، به همان مقدار می‌توان بسنده کرد و شایسته نیست که تمام آن مصلحت بخاطر زوال قسمتی، ترک شده و کنار گذاشته شود. چیزی که همه آن بدست نیاید بلکه بعضی دست به دست هم دهد همه را ترک نمی‌توان

۸- «إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى إِمَامِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِذَا كَانَ عَلَى قَوْمٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَبِعْ كُلُّ قَوْمٍ مَا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ - مُجْتَمِعِينَ وَ مُتَفَرِّقِينَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ».

کرد. لهدا، آنچه باعث توهم برخی از متأخرین شده که عقودی که از رهگذر این قاعده شکل گرفته را باطل اعلام نموده‌اند، به مقتضای قاعده اصل ندارد (جرجانی، ۳۴۸/۲). این قاعده نوعی عنایت و توجه به شأن مطلوب آمر است و عرفاً خلاف آن نوعی عدم عنایت است، این جایی است که واجبی متعذر است و باقی جهات نسبت به آن مساوی است و اولی، مراعات عمل می‌باشد (بهبهانی، ۹۷/۶).

از برخی فقهاء آمده است: در هر جایی که رسم موقوفه باطل شد بر اساس لا یسقط المیسور بالمعسور و ما لا یدرک کله لا یترک کله در وجوه بو صرف می‌شود (بهایی عاملی، ۶۳۶/۲۱ و ۷۰/۹) و یا این عبارت که در وجوب صرف وقف در اقرب به مصلحت این است که بر اساس قاعده مذکور باشد (طباطبایی، ۱۵۶/۱۰؛ کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، ۵۵) و آنچه از قاعده «ما لا یدرک کله، لا یترک کله» استنباط می‌شود همین است که در شرایطی که نمی‌توان بطور کامل از موقوفه منفعت برد لاجرم باید شیوه دیگری جایگزین نمود و مناسب‌ترین طرق، تبدیل است. خلاصه این که، در مجموع از نظرات اکثر فقهاء اسلامی چنین مستفاد می‌شود که در صورت ظهور و بروز اتفاقات یا ایجاد شرایط غیر عادی و استثنایی، در وقف‌های موقت، خاص و منفعت تبدیل وضعیت موقوفات مجاز است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳۹۴/۲؛ فاضل مقداد، تنقیح الرائع، ۳۱۱/۲؛ انصاری، ۵۳/۴ - ۵۴؛ کاشانی، ۶۱۲؛ حکیم، منهج، ۲۳۷/۳ - ۲۳۹؛ مغنیه، ۶۱۸/۲؛ خمینی، کتاب البیع، ۱۳۷/۳). البته در وقف‌های مؤبد، عام و انتفاع، بر عدم جواز بیع و تغییر و تبدیل نظر داده‌اند، هر چند برخی از فقهاء دیدگاه خاص خود را داشته تا جایی که بعضاً بین آن‌ها و موقوفات موقت، خاص و منفعت در زمانی که از وضعیت عادی خارج شوند، چندان تفاوتی قائل نبوده‌اند (کاشانی، ۶۱۲؛ طباطبایی یزدی، ۲۵۷/۱ - ۲۶۰).

مسوغات تبدیل وضعیت وقف

شهید اول دو صورت، کاشانی سیزده صورت، صاحب جواهر دوازده صورت، شیخ انصاری، ده صورت و شیخ طوسی، کاشف الغطاء و امام خمینی هر کدام چهار صورت از عوامل و صور تبدیل یا بیع موقوفات را در کتب خویش آورده‌اند (طوسی، المیسوط، ۳۰۰/۳؛ شهید اول، الدرر، ۲۷۹/۲؛ کاشانی، ۶۲۹ - ۶۳۱؛ جواهر الکلام، ۳۶۶ - ۳۶۷؛ انصاری، ۶۱/۴ - ۸۹؛ کاشف الغطاء، محمد حسین، ۹۲/۲ - ۹۳؛ خمینی، البیع، ۱۸۷/۳ - ۲۵۵). با بررسی عوامل مزبور در کتب فقهاء مذکور در می‌یابیم که بعضی، موارد را با هم ادغام و برخی به صورت جزئی‌تر تفکیک و احصاء نمودند.

۱- تأمین نشدن غرض و نیت واقف

غرض واقف در وقف مال، تحقق خیریه جاری و ساری است و وقتی موقوفه‌ای خراب شود که از انتفاع

ساقط گردد و امید بازگشت آن نباشد، در واقع، مراد و مقصود واقف زائل گردیده است، چون وقف، تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه است و با بروز چنین شرایطی، غرض اصلیش منتفی گردید، لهذا اقرب، بیع و تبدیل آن است تا با این کار بتوان غرض واقف را تحصیل کرد (محقق ثانی، ۷۰/۹؛ جواهر الکلام، ۲۸/۱۱۳ - ۱۱۴).

۲- اختلاف شدید میان موقوف علیهم

حفظ نفوس از حفظ اموال در نزد شارع مهم تر است و او با جعل قوانین در این راستا نه تنها از اختلاف و سفک دماء جلوگیری می نماید بلکه باعث اتحاد آن ها شود، لذا در شرایطی که علم یا ظن قوی حاصل شود بر اینکه اختلاف بر سر موقوفه به قتل و خون ریزی می انجامد، تبدیل وضعیت، راه گشاست. همچنان که امام (ع) در جواب علی بن مهزیار در صورت وجود اختلاف و تلف مال و جان، بیع وقف را مجاز نموده است (کلینی، ۴۱۲/۱۳؛ صدوق، ۲۴۱/۴). شیخ طوسی، در صورت وجود اختلاف میان موقوف علیهم بیع آن را جایز دانسته است (طوسی، النهایه، ۶۰۰) جایی که بین موقوف علیهم، اختلاف شدید بیفتد که با چنین اختلافی از تلف اموال و نفوس، ایمنی نباشد و این اختلاف سبب خرابی یا هلاک موقوفه گردد و قطع نمی شود مگر اینکه وقف فروخته شود، پس باید بفروش برسد و ثمن آن تقسیم شود. ولی اگر با فروش و خریدن عین دیگری از ثمن آن، یا تبدیل آن به عین دیگری، اختلاف برطرف می شود، پس با بهای آن، عین دیگری خریده و یا عین آن تبدیل به عین دیگری می شود یعنی استبدال و معاوضه صورت گرفته و وقف قرار داده می شود (محقق سبزواری، ۲۰/۲؛ خمینی، کتاب البیع، ۱۴۲/۳).

۳- انفع بودن تبدیل وضعیت موقوفه

واقف در وقف خویش غالباً بدنبال انتفاع موقوف علیه است، و دوست دارد تا ابد، این انتفاع جریان داشته و روز به روز از ارزش و بازده بیشتری برخوردار گردد، اما گاهی این وضعیت متوقف می شود و آن طور که غرض و نیت اصلی واقف است به موقوف علیه یا جهت معین منفعت نمی رساند و یا اینکه در شرایط خاص و وفق برنامه های اقتصادی زمان، استفاده از موقوفه به نحو سابق چندان سودمند نیست، بنابراین در صورتی که تبدیل وضعیت سبب سود بیشتر شود، اقدام می گردد، (البته اگر سودآوری اقتصادی را در موقوفات یک اولویت بدانیم) همچنانکه شیخ مفید آن را جایز نموده است (۶۵۲). در روایتی از جعفر بن حنان از امام صادق (ع) آمده است، که اگر ورثه واقف نیازمند باشند یا اینکه محصول زمین موقوفه کافی نباشد، هرگاه همگی راضی باشند و فروختن موقوفه برای همه آن ها انفع باشد، می توانند آن را بفروشند (صدوق، ۲۴۳/۴؛ حر عاملی، ۱۹۱/۱۹). برخی فقهاء یکی از موارد بیع وقف را در صورتی می دانند که بیع موقوفه سودمندتر باشد (محقق حلی، ۱۱/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲۳/۲).

۴- خرابی موقوفه

کاروان‌سرای جهت آسایش و آسودگی کاروان‌ها وقف شد اما پس از سال‌ها نه تنها در شرف خرابی واقع شده که اصلاً بدلیل تغییرات سریع در زندگی مردم، مورد استفاده هیچ کاروانی نخواهد بود، طبیعتاً تبدیل وضعیت به طرق ممکن هم باعث نجات موقوفه از خرابی شده و هم می‌تواند منافع خود را که همان جاری شدن غرض خیر واقف است به مردم سرازیر نماید، پس وقتی موقوفه از منفعت افتاد، تماشای آن تا اینکه خود بخود از بین برود با اعتدال سازگار نیست لیکن می‌تواند بین ایجاد منفعت و زوال آن حد وسطی منظور نمود که، تبدیل شاید نیکوترین باشد. البته صرف بیم و خوفی که منجر به خرابی موقوفه شود از موارد بیع شناخته نشده است، بلکه آنچه موجب جواز فروش یا تبدیل شده این است که امکان انتفاع ساقط، و آبادانی و عمران مال وقفی متعذر یا کسی جهت تعمیر حاضر نشود (مفید، ۶۵۲؛ علم الهدی، ۴۶۸ - ۴۷۰؛ طوسی، النهایه، ۵۹۹ - ۶۰۰؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۲۸۸/۶).

۵- قلیل المنفعه یا متعذر المنفعه بودن وقف

انتفاع ناچیز جزء شرایط بیع و تبدیل وقف محسوب می‌گردد (مفید، ۶۵۲؛ علم الهدی، ۴۶۸؛ طوسی، المبسوط، ۳/۳۰۰)؛ یعنی منفعت موقوفه چندان کم باشد که نه تنها امیدی به اعاده و اصلاح به حالت اولیه نیست، بلکه این منفعت ناچیز در حکم عدم منفعت باشد (مغنیه، ۲/۶۲۱-۶۲۲). گاهی اوقات موقوفه از انتفاع برخوردار است لیکن برای استفاده، عذری وجود دارد، یعنی سبب یا عاملی باعث عدم استفاده از وضعیت جاری وقف می‌شود. مثل این که موقوفه، مدرسه‌ای در روستایی بوده که، اهالی آن ترک محل نموده و کسی یا دانش‌آموزی در آن روستا وجود ندارد که تحصیل کند، به تعبیر دیگر متعذر المنفعه شده است. و یا اینکه، موقوفه در کشوری قرار دارد و موقوف علیهم در کشور دیگر، و اکنون میان دو کشور ارتباط نیست. فقهای بسیاری، تعذر الانتفاع وقف را یکی از اسباب عدم جریان و استمرار منفعت مقصوده دانسته و نسبت به بیع و تبدیل آن در شرایط مقتضی تصریح نموده‌اند (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۶/۲۹۰؛ شهید اول، الدرر، ۲/۲۸۰؛ شهید ثانی، حاشیه الارشاد، ۲/۴۵۱؛ حسینی عاملی، ۱۱۳/۱۱۳؛ کاشف الغطاء، جعفر، ۲۳۲؛ حکیم، منهاج، ۲/۲۶۰-۲۶۲).

۶- انقضاء رسم موقوفه

غالبه واقفان با رعایت شرایط زمان و نوع نیاز جامعه، اقدام به وقف می‌کنند و بیشتر، از نیازمندان با توجه به زمان و مکان حیات خودشان رفع نیاز می‌کنند، اما با گذر زمان و تحقق شرایط زمانی و مکانی جدید ممکن است که آن نیاز یا مورد منظور او، باطل شده یا از بین برود. مانند اینکه آب انباری را در شهر معینی وقف کرده که پس از سالیان هم اکنون چنین رسمی وجود ندارد، بنابراین متناسب با شرایط جدید

باید تبدیل وضعیت نمود (طوسی، النهایه، ۶۰۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۵/۳۴۶). بنابراین، هرگاه مسلمان مالی را بر مصلحتی وقف نماید و به طور کلی جهت آن از بین برود، چنان که مشهور فقهاء بیان کرده‌اند، منافع آن در وجوه بر مصرف می‌گردد (جواهر الکلام، ۲۸/۴۵).

۷- عوامل ثانویه

گاهی برخی از موقوفات به دلیل اضطرار، مصالح و مفساد اجتماعی و رعایت حقوق جامعه، نیازمند تبدیل وضعیت هستند، مثل اینکه موقوفه‌ای در مسیر تردد خیابان واقع شده و یا اینکه مانع تعریض و آبادانی خیابان آن شهر است، و خیابان هم برای عموم از اهمیت برخوردار و جزء مصالح شهروندان است. بنابراین عدم تبدیل وضعیت به طرق مختلف، نوعی اجحاف در حق آن‌ها محسوب شده و در واقع صلاح عمومی نادیده گرفته شده است. اگر صرف غرض واقف و رعایت منظور او شود، در حقیقت، مصالح و منافع عموم دچار ضرر و زیان گردیده که عقل سلیم با آن ناسازگار است. یا اینکه واقفی بستانی را وقف عزاداران روز اربعین سرور و سالار شهیدان کربلا (ع) نموده به شکلی که هر ساله محصول را میان آن‌ها توزیع نماید ولی مثلاً بدلیل شیوع بیماری واگیری، وزارت بهداشت اعلام کرده در حال حاضر توزیع محصول به روش سابق ممنوع است، بنابراین آیا نباید به شیوه دیگری عمل نمود تا هم منافع به موقوف علیهم رسیده و هم نیت واقف اجرایی گردد؟

اقسام و صور تبدیل کردن به احسن

از رهگذر عوامل ذکر شده، صورت‌هایی برای تبدیل وضعیت موقوفات مطرح می‌شود که به مهم‌ترین آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱- استبدال

استبدال جایگزین کردن و قرار دادن چیزی در جای چیز دیگر است (فراهیدی، ۴۵/۸؛ راغب اصفهانی، ۱۱۱) و به معنای تغییر دادن چیزی و گرفتن بدل بجای آن نیز آمده است (عبد المنعم، ۱/۳۹). در اصطلاح، معاوضه عین موقوفه با ملک دیگر و جایگزین نمودن موقوفه را گویند (ریاحی سامانی، ۱۳۷). غالباً در کنار استبدال، اصطلاح ابدال هم کاربرد دارد. یعنی هر وقت موقوفه‌ای طبق شرایط و ضوابط فروخته شده و از محل ثمن آن ملک دیگری خریداری شود و این بدل جایگزین عین اول شود، در واقع ابدال شده است، و هر گاه عین موقوفه با عین دیگری معاوضه شود، می‌گوییم استبدال صورت گرفت. لذا در واقع این یکی از این دو اصطلاح، مستلزم دیگری است. یعنی هنگامی که توجه به بیع عین موقوفه باشد، ابدال و هنگامی که توجه به گرفتن بدل باشد استبدال موقوفه است (درجی، ۵۵). در هنگام ابدال و استبدال

موقوفات، به منظور پرهیز و جلوگیری از تصبیح حقوق واقف و بطون لاحق، حتی الامکان به گونه‌ای عمل شود که به صفت موقوفه اول و یا به غرض واقف نزدیک باشد (محقق کرکی، ۷۱/۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴۰۰/۵).

۲- بیع وقف

بیع در لغت به معنی فروختن است (صاحب بن عباد، ۱۷۷/۲؛ قرشی، ۲۵۳/۱؛ معین، ۲۴۸) بیع یعنی دادن جنس و گرفتن قیمت (راغب اصفهانی، ۱۵۵) که در اوقاف به منظور تبدیل به احسن نمودن موقوفات می‌باشد (آذر پی، ۶۱). بیع در اصل به معنای تملیک عین به عوض و مبادله مال در مقابل مال است (خمینی، کتاب البیع، ۱۱/۱). فروش مال وقفی می‌تواند متعدد باشد؛ یا از طرف خود واقف در وقف‌نامه آن لحاظ می‌شود به گونه‌ای که اگر موقوفه دچار خرابی شد و یا به هر دلیلی از انتفاع ساقط گردید، متولی می‌تواند آن را بفروشد، یا اینکه گذر زمان و یا حدوث عوامل طبیعی باعث خرابی و سقوط انتفاع موقوفه شده است، لیکن بیع آن یک ضرورت بوده و در راستای استمرار غرض واقف اقدام می‌گردد.

۳- تغییر کاربری

به هر گونه تغییر در نوع بهره‌برداری، تغییر کاربری گویند، مثلاً از کشاورزی به تجاری، از مسکونی به صنعتی، از بهداشتی به آموزشی و از این قبیل، برای مثال؛ مزرعه‌ای وقفی در حاشیه یک شهر جهت کمک به سالمندان آن شهر وجود داشت که بعد از چند سال و با توسعه شهر در درون محدوده طرح هادی شهر قرار گرفت، با این شرایط جدید نه تنها آبیاری مزرعه هزینه بر شده که به دلیل واقع شدن در کنار میدان شهر یا واقع شدن روی یکی از خیابان‌های اصلی از وضعیت تجاری بسیار مناسبی برخوردار گشته است، در این صورت تغییر کاربری از کشاورزی (زراعت) به تجاری قطعاً به صلاح موقوفه بوده و مطمئناً در کمک رسانی به جامعه هدف مفیدتر خواهد بود. زیرا همچنان که قبلاً بیان شد «انفع» بودن برای تبدیل و یا بیع موقوفه یکی از عواملی بود که فقهاء بعضاً جهت تبدیل کردن به احسن بر آن نظر داشتند (محقق حلی، ۱۱/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲۳/۲؛ انصاری، ۷۸/۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۲۳۲/۳).

۴- ادخال و اخراج

ادخال یعنی به درون بردن، داخل کردن و در مکان و زمان هر دو کاربرد دارد (ابن منظور، ۲۴۰/۱۱؛ معین، ۹۰) و اخراج به معنای بیرون کردن، بیرون کشیدن و آشکار کردن و ضد دخول آمده است (ابن منظور، ۲۴۹/۲؛ قرشی، ۲۳۴/۲؛ معین، ۸۶). در وقف و بویژه در وقف خاص، غالباً موقوف علیهم قابل احصاء و بعضاً قابل شناسایی هستند. لذا وقتی واقف بگوید منافع این باغ صرف اهالی فلان روستا شود، بعد از مدتی بعضی اهالی روستای مورد نظر به دلیل شاغل شدن و یا... در شرایط مال خوبی قرار می‌گیرند

که نه تنها چندان به این گونه کمک‌ها محتاج نبوده که احتمالاً دریافت آن را نوعی تحقیر بپندارند در حالی که در روستای همجوار و یا حتی در همان روستا کسانی باشند که نیاز مبرم داشته باشند، بنا براین به نظر می‌رسد آن‌هایی که نیازمند نیستند از لیست موقوف علیهم (منافع بگیران) خارج و نیازمندان دیگر جایگزین شوند. به این شیوه، ادخال و اخراج می‌گویند.^۹

تکلیف وقف پس از تبدیل وضعیت

۱- وضعیت فقهی حقوقی موقوفه تبدیل به احسن شده

یک سؤال این است که، بعد از بیع یا تبدیل موقوفه، ثمن یا بدل آن چه حکمی دارد؟ جایگزین، اعم از ثمن یا بدل، همانند همان عین وقف است یا خیر؟ البته این در صورتی است که بتوان از راه تبدیل، منفعت را مجدد جاری و یا افزایش داد و این زمانی است که موقوفه همچنان باقی بوده و با تبدیل، انتفاع بازیابی شود، اما در زمانی که موقوفه کلاً از بین رفته و تلف شود، مشخص است که اثر تلف، اضمحلال وقف و در نتیجه بطلان آن خواهد بود و در نتیجه با زوال مال موقوف، بطور کلی موضوعیتی برای وقف پا برجا نیست. زیرا، ماهیت وقف وابسته به موقوفه است و لذا با این اوضاع و احوال هیچ فرقی بین موقوفات عام و خاص در ترتب اثر بطلان نخواهد بود (آقاچانی قناد و موسوی زاده، ۸۷). وقتی موقوفه مشمول بیع یا استبدال گشت نیازی به صیغه عقد نیست، و استدلال شده که با نفس انتقال، بدل در حکم مبدل است و در حد ملک اول مملوک شد حق وقف به عوض تعلق گرفته است (محقق کرکی، ۷۹/۹؛ تستری کاظمی، ۱۵۹). شیخ انصاری معتقد است که، ثمن حکم وقف را دارد و متعلق به جمیع بطون بر اساس ترتیب آن‌هاست، اگر بقاء آن به مصلحت بطون باشد که باید عین باقی بماند و در غیر این صورت، به آن چه برای آن‌ها مصلحت دارد جایگزین می‌شود. به همین دلیل نیاز به اجرا و انشای صیغه جدید ندارد، زیرا نفس بدل اقتضای مبدل منه را دارد. بنابراین، وقف مادامی که عین باقی است جزء غرض واقف و مدلول کلام او چیزی در آن راه ندارد اما زمانی که فروخته شد و ثمن به موقوف علیهم منتقل گردید، حتماً باید مصلحت‌اندیشی شود (انصاری، ۶۶/۴-۶۸). پس آنچه در مبدل جریان داشت در بدل هم جریان دارد و نیازی به صیغه ندارد بلکه نفس بدل به کفایت می‌کند، در اینکه همچون مبدل وقف باشد (کاشف الغطاء، عباس، ۲۱۰). این حقیقت قابل انکار نیست که، با ایجاد جواز بیع عین موقوفه، جوهر وقف بر هم

۹- به تعبیری دیگر، ادخال در وقف یعنی قرار دادن کسی در زمره موقوف علیهم که تاکنون جزء آن‌ها نبوده است و اخراج یعنی، بیرون کشیدن کسی یا کسانی از لیست و دایره موقوف علیهم. موضوع ابدال، استبدال و بیع و دیگر اقداماتی که برای استمرار، بهره‌دهی بیشتر و حفاظت موقوفه انجام می‌شود، اقتضائاتی است که بر سبب تأثیر گذاری زمان و مکان ایجاد می‌گردد.

نمی خورد و نهادی را که واقف بر پا داشته دچار فروپاشی نمی شود. بلکه زمینه ای تغییر یافته از همان وقف سابق که اصل آن فعلاً موجود نیست، به وجود آمده است، ولی جوهره حبس را همچنان با خود دارد. به همین خاطر نیز گفته می شود که، در صورت از بین رفتن عین موقوفه، بدل آن خود بخود وقف است (کاتوزیان، ۲۶۳/۳). البته برخی از حقوقدانان گفته اند که مال خریداری شده را باید وقف نمود؛ زیرا موجبی ندارد که ملک به خودی خود وقف گردد همچنان که ثمن وقف نبوده است (امامی، ۱۱۷/۱). بنابراین، بعد از بیع و استبدال موقوفه به مورد بهتر، وقفیت در بدل مانند اصل خود جاری است و حکم آن از جهت موقوفه بودن مانند اصل و عین خود است و دیگر نیازمند انشای صیغه جدید نیست. در غیر این صورت معلوم نیست که اگر واقف یا متولی و یا موقوف علیهم مجدداً مال بدل را وقف نکنند، تکلیف آن چه خواهد شد. در فقه نیز، حق همان است که شیخ انصاری و شهید اول گفته اند که در وقف، بین بدل و مبدل منه فرقی نیست و بدل حکم مبدل منه را دارد (مغنیه، ۶۲۴/۲).

۲- دیدگاه‌ها درباره کیفیت بطلان وقف

دسته ای از فقهاء بر این نظرند که با ظهور زمان جواز بیع موقوفه، با اینکه هنوز به فروش نرسیده وقف باطل می شود و معتقدند وقف مادامی که وقف است، بیع آن جایز نیست. با جواز بیع، وقف از بین می رود. در واقع جواز بیع با بودن وقف در تضاد است، چون که جمع بین جواز و عدم جواز بیع امکان پذیر نیست (جواهر الکلام، ۳۵۸/۲۲؛ خمینی، کتاب البیع، ۱۷۴/۳).

دسته دیگر، عقیده دارند که با بطلان مصلحت، بطلان وقف لازم نمی شود بلکه در دیگر مصالح مسلمین و یا در اقرب به مصلحت صرف می گردد (مجاهد طباطبایی، ۵۱۰) پس با ظهور زمان جواز بیع، وقف باطل نشده بلکه وقفیت تا زمان فروش به قوت خود باقی است و هرگونه دخل و تصرف منافی وقفیت قبل از بیع، جایز نیست (انصاری، ۳۶/۴؛ نایینی، ۳۴۷/۱). از دیدگاه آخوند خراسانی، آنکه معتقد به بطلان وقف است نظرش این است که عدم جواز جزء مقومات و احکام وقف است، و آن کس که معتقد به عدم بطلان است، عدم جواز را جزء مقومات وقف نمی داند، بلکه جزء مراتب وقف می داند. بنابراین، وقف با نفس بیع باطل می شود نه با جواز بیع، همچنان که بدل هم چنین است (آخوند خراسانی، ۱۰۸).

دیدگاه دوم به نظر قوی تر است، چون هنوز فروشی اتفاق نیفتاده که موجب زوال و از بین رفتن عین وقف باشد و جواز آن بدون تحقق بیع نمی تواند موجب زوال وقفیت شود، زیرا سبب جواز بیع موقوفه هر گاه موجود شد و فروش آن مدتی به تأخیر افتاد تا آن که سبب مزبور مرتفع گردید باید گفته شود که با پیدایش سبب فروش، مال موقوفه از وقفیت خارج و ملک می گردد و پس از زوال سبب مجدداً از ملکیت به وقفیت عودت می یابد و حال آنکه این امر بر خلاف منطق حقوقی به نظر می رسد (امامی، ۱۱۶/۱).

تبدیل موقوفات به احسن در قانون

هر چند قانون مدنی فروش مال موقوفه را فی حد ذاته جایز نمی‌داند، اما در شرایط غیر عادی برای حفظ منافع موقوف علیهم در مواردی از قبیل: خرابی موقوفه، خوف از خرابی آن، متعذر المنفعه، مجهول المصرف، بیم سفک دماء ناشی از اختلاف موقوف علیهم و غیره، فروش را با کسب موافقت کتبی سازمان اوقاف مجاز دانسته است. در ایران مواد ۸۸ تا ۹۰ و ۳۴۹ قانون مدنی و ماده ۸ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب سال ۱۳۶۳ و مواد ۴۳، ۴۴ و ۴۵ آیین نامه اجرایی قانون مذکور مصوب ۱۳۶۵/۲/۱۰ به این مهم اختصاص یافته است.

در مجموعه قوانین و مقررات اوقاف (نظریه مشورتی ۷/۹۸۲۲-۱۳۷۹/۹/۲۶) آمده است: «فروش مال وقف، اعم از وقف عام یا خاص به استثنای موارد مذکور در مادتين ۸۸ و ۸۹ قانون مدنی باطل است و اداره اوقاف به لحاظ وظایفی که در حفظ موقوفات دارد می‌تواند ابطال آن را بخواهد» (میرزایی، ۲۱) این دستور قانونی در شرایط عادی است ولی خود، فروش وقف را وفق مادتين ۸۸ و ۸۹ مجاز نموده است.

ماده ۸۸ قانون مدنی تصریح دارد که: «بیع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود». در تأیید مفاد این ماده می‌توان گفت، برای بقای وقف حبس عین و تسبیل منفعت باید همراه با یکدیگر باشد و انتفاع از عین ممکن باشد. ولی اگر نگاهداری آن از تلف به خطر افتد، وقف را نباید بصورتی که وجود دارد حفظ کرد، همچنان که اگر حبس عین ممکن باشد ولی امکان انتفاع از بین برود، مال موقوف را باید فروخت. این سازمان حقوقی و اقتصادی تنها با تعادل دو مفهوم «حبس عین» و «تسبیل منفعت» باقی می‌ماند» (کاتوزیان، ۳/۲۶۶). پس در ماده ۸۸ قانون مدنی دو شرط ملحوظ است: خرابی موقوفه و بیم خرابی موقوفه، البته صرف خرابی یا بیم خرابی موقوفه مجوز اصلی بیع هم نیست، لیکن دو شرط دیگر، قابل اغماض نخواهد بود: عمران متعذر باشد و کسی جهت این عمران اعلام آمادگی نکند.

در ماده ۸۹ نیز آمده است که: «هرگاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد همان بعض فروخته می‌شود مگر اینکه خرابی بعض سبب سلب انتفاع قسمتی که باقیمانده است بشود، در این صورت تمام فروخته می‌شود». روح حاکم بر این ماده قانونی گویای این واقعیت است که، چنان که وقف از منفعت افتاد چه با خرابی جزئی که مؤثر در سلب تمام منافع کلی باشد و یا خرابی همه، ضرورتاً بیع موقوفه نه تنها راهگشاست که در واقع تجدید عمر وقف به حساب می‌آید، چرا که با فروش آن، بدل جایگزین شده و حکم همان وقف پیشین را دارد. البته به استناد مواد ۸۸، ۸۹ و

۳۴۹ قانون مدنی، به نظر می‌رسد که مقنن بین وقف عام و خاص فرقی نگذاشته و به همین دلیل شرایط تبدیل و بیع در مورد هر دو نوع وقف اعمال می‌گردد.

همچنان که ماده ۹۰ قانون مدنی نیز به «اقرّب به غرض واقف» تصریح نموده است. ماده ۳۴۹ ق. م در واقع دلیل دیگری را تحت عنوان «بیم سفک دماء» میان موقوف علیهم را به دو مورد سابق یعنی خرابی و یا بیم خرابی، افزوده است، آن چنان که ملاحظه می‌گردد، قانونگذار زمانی اختلاف بین موقوف علیهم را از مسوغات بیع موقوفه محسوب می‌کند که بیم از خونریزی و قتل میان آن‌ها محسوس و یقینی شود نه فقط وجود اختلافی که عادتاً در میان سایر مردم وجود دارد. آنچه از فحوا و محتوای نص قانون و نظر فقهاء بدست می‌آید این است که چنین موردی یعنی، بیم سفک دماء، در وقف خاص پدید می‌آید در حالی که ممکن است وجود یک موقوفه عام در نقطه‌ای از یک منطقه به دلایل عرف و رسوم حاکم بر آن محل، موجب کشمکش و نزاع و نهایتاً ناامنی در میان مردم آن دیار شود، پس لابد، چاره را باید به همان شیوه پیش بینی شده (بیع موقوفه) منظور، و نباید در این حالت بین وقف خاص و عام تفاوت گذاشت. چرا که صراحت ماده ۳۴۹ ق. م خود مؤید این برداشت است: «بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است». با این تصور، اختلاف می‌تواند در مورد موقوفه عام هم لحاظ گردد. اما اینکه در صورت تبدیل یا بیع، بدل چگونه خواهد بود، از منظرگاه قانون پنهان نمانده است، زیرا در ماده ۹۰ قانون مدنی در مورد تبدیل چنین آمده است: «عین موقوفه در مورد جواز بیع با قرب به غرض واقف تبدیل می‌شود». در ماده یک آیین‌نامه قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی نیز به مصلحت موقوفه اشاره شده و چنین آمده است: «مصلحت وقف- عبارت است از تأمین نظر واقف، تأمین منافع موقوفه و موقوف علیهم و کلاً رعایت غبطه وقف» (میرزایی، ۷۵ - ۷۶). بنابراین از منظر حقوق تبدیل کردن به احسن در مال موقوفات با شرایطی پذیرفته شده است.

نتیجه‌گیری

وقف از مختصات نظام حقوقی و اقتصادی اسلام و دارای ویژگی‌هایی است. مال موقوفه مانند دیگر اموال ممکن است در گذر زمان و یا به جهت تغییرات در شکل زندگی انسان‌ها، قابل انتفاع و بهره‌وری نباشد و یا اینکه در آستانه خراب شدن و از بین رفتن واقع شود، که لاجرم باید چاره‌اندیشی گردد. بنابراین، تبدیل موقوفات به احسن در چنین شرایطی یکی از شیوه‌های مؤثر است، اما فقهاء، در خصوص بیع و تبدیل وقف اختلاف نظر دارند، برخی بر عدم جواز بیع و تبدیل و بعضی آن را بنا به ضرورت مجاز دانسته‌اند، که

قانون، در شرایط خاص، با دسته دوم همراه شده است. در حالت اولیه که شخص مالی را وقف می‌کند فروش و تبدیل مجاز نیست، ولی در حالت ثانویه که مال موقوفه از شرایط عادی خارج می‌شود یا در آستانه ضایع شدن و بی‌منفعت است و عنوان اولیه را از دست می‌دهد و بقای آن عملاً ممکن یا مفید نبوده، که شرع و عقل سالم، راه مفید و عقلایی در پیش گرفته و در این اوضاع عدم بیع یا تبدیل را مساوی تذبذیر و دون شأن نیت و نظر واقف می‌داند و به تبدیل یا فروش آن حکم می‌کند. همچنین مشخص شده است، مادامی که تبدیل و بیع صورت نگیرد وقف از وقفیت خود ساقط نشده و باطل نمی‌گردد. پس از بیع موقوفه و دریافت ثمن و تبدیل آن، وقف در بدل، همانند اصل خود جاری و ساری می‌شود، بنابراین حکم بدل همان حکم اصل بوده که نیازی به اجراء و انشاء صیغه جدید ندارد.

منابع

- قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *حاشیة المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- آذر پی، سعید، *مروری بر اصطلاحات وقف*، شرکت چاپ و انتشارات اسوه، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- آقاجانی قناد و همکاران، «کاوشی پیرامون بررسی آثار اتلاف مال وقفی در آینه فقه جعفری»، در *مجموعه مقالات همایش ملی وقف*، کاشان، ۱۳۹۱.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجلة*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویة، چاپ اول، ۱۳۵۹.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، تهران، نشر صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن سعید حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- اسدی نژاد، سید محمد، «تبدیل موقوفات»، در *مجموعه مقالات همایش بین المللی وقف و تمدن اسلامی*، ج ۱، اصفهان، ۱۳۸۷.

- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ سی و چهارم، ۱۳۹۲.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بهبایی عاملی، محمد بن حسین، *جامع عباسی*، قم، دفتر انتشارات حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.
- بهبهانی، محمد باقر، *مصابیح الظلام*، قم، مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- بهجت، محمد تقی، *استفتائات*، قم، دفتر حضرت آیت الله بهجت، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
- بیضاوی، عبدالله بن عمر، *انوار التنزیل و اسرار التأویل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *استفتائات*، قم، چاپ اول، بی تا.
- تستری کاظمی، اسدالله، *مقابسات الانوار و نقائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الأطهار*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، بی تا.
- جرجانی، امیر ابوالفتح حسینی، *تفسیر شاهی*، تهران، انتشارات نوید، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- حایری، محمد حسن، *وقف در فقه اسلامی و نقش آن در شکوفایی اقتصاد اسلامی*، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حکیم، محسن، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *نهج الفقاهه*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی تا.
- خمینی، روح الله، *استفتائات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *صراط النجاة*، قم، مکتب نشر المنتخب، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- درجی، حسن، *بهبه سازی موقوفات*، مشهد، مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان، دارالعلم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- ریاحی سامانی، نادر، *وقف و سیر تحولات قانون گذاری در موقوفات*، شیراز، انتشارات نوید، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- زکی خانی، نجمه «پایان نامه بررسی تطبیقی حقوق فطری در فقه امامیه و حقوق طبیعی از دیدگاه توماس آکویناس»، دانشگاه یاسوج، استاد راهنما: علی رضا فاضلی (استاد مشاور اردوان ارژنگ)، یاسوج، ۱۳۹۲.
- شمس الدین، محمد جعفر، *الوقف و احکامه فی الفقه الاسلامی و القوانين اللبنانیة*، بیروت، دار الهادی، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشریعه فی فقه الاسلامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *اللمعة الدمشقیة*، بیروت، دار التراث - دار الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۰ ق.

_____، *حاشیه الإرشاد*، قم، انتشارات دفتر حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

_____، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، *المحیط فی اللغة*، بیروت، عالم الكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الكلام فی شرح شرايع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲ ق.
طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۹۰.
_____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷.

_____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

عبد المنعم، محمود عبدالرحمان، *معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهيّة*، بی تا.
علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

_____، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

علم الهدی، علی بن حسین، *الاتصاف فی انفرادات الامامیه*، قم، انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
علیشاهی، ابوالفضل، *مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی*، قم، مؤسسه بوستان کتاب، چاپ اول، ۱۳۹۰.

علیشاهی، ابوالفضل، و نجمه زکی خانی، «بررسی جنبه فقهی حقوقی تغییر کاربری موقوفات»، در *مجموعه مقالات همایش ملی وقف*، کاشان، ۱۳۹۱.

عمید زنجانی، عباس علی، *فقه سیاسی*، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ق.

فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة*، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار، چاپ اول، ۱۴۲۴ق.

_____، *جامع المسائل*، قم، انتشارات امیر قلم، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله، *تنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

_____، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، قم، انتشارات مرتضوی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.

فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم، نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.

قرشی، علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۴۱۲ ق.

قماشی، سعید و محدثه آخوند زاده، «جوایز بیع و تبدیل وقف در حقوق ایران»، در *مجموعه مقالات همایش ملی وقف*، کاشان، ۱۳۹۱.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (عقود معین)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۹۰.

کاشانی، محمد بن علی بن ملا مهدی آرانی، *رسالة فی جواز بیع الوقف*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر*، ۱۴۲۰ ق.

_____، *انوار الفقاهة (کتاب البیع)*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

کاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر، *الفوائد الجعفریة*، مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.

گلپایگانی، محمد رضا، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

مازندرانی، محمد صالح بن احمد، *شرح الکافی*، تهران، المكتبة الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۸۲ ق.

مجاهد طباطبایی، محمد، *کتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، بی تا.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفاية الأحكام*، قم، دفتر انتشارات حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث،

- چاپ دوم، ۱۴۲۹ ق.
- محمدی، جلیل، *فرهنگ لغت و اصطلاحات وقف*، همدان، همسفر، ۱۳۸۸.
- مظفری، مصطفی، «تبدیل مال موقوفه در حقوق ایران و فقه امامیه»، *همایش بین المللی وقف و تمدن اسلامی*، ج ۱، اصفهان، ۱۳۸۷.
- معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، انتشارات میلاد، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- مغنیه، محمد جواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، بیروت، دار التیار الجدید- دار الجواد، چاپ دهم، ۱۴۲۱ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *المقننه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- ملک زاده، فهیمه، *بررسی بیع وقف از دیدگاه فقه و حقوق*، تهران، انتشارات دبیزش، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- منصور، جهانگیر، *قانون مدنی*، تهران، نشر دوران، چاپ نهم، ۱۳۸۰.
- میرزایی، علیرضا، *مجموعه قوانین و مقررات اوقاف*، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- نابینی، محمد حسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، چاپ اول، ۱۳۷۳.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

one of the significant factors for their preservation, development, and perpetuation in the society level .

Keywords: endowment, Һabs (mortmain), sale, change for the better, jurisprudence and law.

**Legal-Jurisprudential Study of Changing the Endowment
Properties for the Better**

Hadi Nooradini, M.A. Graduate, Yasuj University

Dr. Abulfazl Alishahi Qal'ajuqi, (Corresponding Author), Associate Professor, Department of Theology, Yasuj University

Endowment is the institutionalization of a kind of friendship and one of the great memorials of Divine Prophets, which is highly important in Islamic religious law. With the establishment of endowment bureaus and organizations, this institution has been brought under control of the law and state with various objectives, including expediency for the endowment properties. Thus, change of the endowment properties for the better has been a subject of discussion among the jurists as one of the most important issues of endowment. Some have permitted change or sale of the endowment properties in special circumstances and yet others have in general prohibited any kind of sale or change of them. In this article, first the permissibility or impermissibility of sale or change for the better of the endowment properties is dealt with. In continuation, by presentation of proofs, evidences, and permissions for this discourse, it is brought up that change of the endowed properties for the better and consequently more desirable use of them conforms to the endower's main intention and paying attention to this important issue is in the interest of the endowed properties and

Department, Shahrekord University

One of the discourses posited in Islamic jurisprudence is “preliminary jihad”. This jihad comprises of four components of “fighting with the permission of the Infallible Imam”, “against the infidels”, “primarily, without any vexing by the infidels toward the Muslims”, “to call them to Islam”. The researchers have four approaches in analysis of this jihad. Many jurists consider it as of a necessary level in religion and among the indisputable principles of jurisprudence. However, from some thinkers’ point of view, proving this jihad besides having no exigencies suffers from rational and scriptural obstacles. Examining the two approaches indicates that none of them have had any reference, either positively or negatively, to the story of Prophet Solomon (A.S.) and Queen Sheba. In the meantime, it seems that this story contains much ability to remove the theoretical obstacles and ambiguities of this kind of jihad, at least in a historical perspective. Some of the components of preliminary jihad show that this story can be a document for the negation of improbability and implication of legitimacy principle of this jihad in order to remove the obstacles to the call to Islam; because, the four components of this jihad exist in it and the claimed rational and scriptural obstacles are removable with respect to Prophet Solomon’s (A.S.) function.

Keywords: preliminary jihad permission, preliminary jihad for removing obstacles to call to Islam, Prophet Solomon (A.S.), Queen Sheba, Sūrat al-Naml .

The validity of *sad al-dharāyi'* (evasive legal devices) is among the age-old controversial problems of jurisprudence and principles of jurisprudence of legal schools. In the meantime, the Imāmī jurists have had a negative approach in methodology of Islamic jurisprudence (*'ilm al-uṣūl*) toward its validity. What is noteworthy is that irrespective of the *uṣūlī* viewpoints of the Imāmī jurists, we find instances from among their fatwas that by way of causal inference in them they seem to be one of the referents of *sadd al-dharāyi'* and this indicates the non-homogeneity of the *uṣūlī* and jurisprudential viewpoints of the Imāmī jurists in the problem in question. Despite similar designations such as unlawful premise in Imāmīya's principles of jurisprudence, the existing discrepancy can be a totally verbal dispute and resolve no difference between them in practice. The present article is intended to enumerate the jurisprudential evidences and referents in respect to its claim and tries to find *sadd al-dharāyi'* as applicable to them by way of causal inference in these referents.

Keywords: *sad al-dharāyi'*, unlawful premise, causal inference in ordinances, rational correlations .

Historical Attitude toward Legislation of Preliminary Jihad in Light of Analysis of Prophet Solomon's (A.S.) Encounter with Queen Sheba

Dr. Hamid Naderi Qahfarkhi, Assistant Professor, Ma'arif

arguments, the critique of the generally accepted view and other views, the realm and executive rules of the principle, and its relation to the similar principles.

Furthermore, according to both viewpoints, this principle can be applied to retribution (qīṣāṣ), but its application to canonical punishment on the basis of generally accepted view is apt to be tainted and controversial based on the fact that the content of the principle is the general negation of ḍamān. Given the view posited in this writing, in all the legal and canonical punishments if the implementation of punishment leads to death, the public treasury undertakes ḍamān .

Keywords: legal punishments, the principle, “No blood money for the one killed due to legal punishment”, qīṣāṣ, ḍamān, canonical punishments, ḍamān of homicide.

Typology of Fatwā Documented by Prohibition of Sadd al-Dharāyi‘ (Evasive Legal Devices) in Imāmiya Jurists’ Supposition

Dr. Dawod Gohari, Assistant Professor, Razi University of Kermanshah

Dr Husayn Naseri Moqaddam, (Corresponding Author), Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Husayn Saberi, Professor, Ferdowsi University of Mashhad

**Critical Review of the Principle, “No Blood Money for the
One Killed Due to Legal Punishment”**

Sayyid Husayn Qandili, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr Alireza Abedi Sarasia, (Corresponding Author) Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad

One of the legal principles which is applied in penal jurisprudence is the principle, “No blood money for the one killed due to legal punishment”. According to the generally accepted view of the Shī‘a jurists and also article 485 of Islamic Penal Code, the content of the principle denotes the general negation of ḍamān (liability) for the one killed by implementation of legal punishment. The most important arguments of the generally accepted view is the traditions that assert the general negation of ḍamān. Accordingly, the related traditions specify the arguments of the inviolability of the Muslim’s blood. In case the inviolability of the Muslim’s blood is recognized as refusal from particularization and the explicitness of the traditions related by the believers in the general negation of ḍamān is tainted, then the evidences of the principle can be particularized by the arguments of the inviolability of the Muslim’s blood, ḍimān can be merely removed from the responsibility of the implementer of legal punishment, and the blood money of such a person be paid from the public treasury. With the analytical-descriptive method, this research has dealt with the study of this probability and its

Reappraisal of the Principles Influential in the Theory of Relation Change

Bilal Shakeri, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad and Higher Level Instructor in Hawza Ilmiyya of Khorasan

There are five legal (uṣūlī) issues posited in legal theorists' (uṣūlīs) statements as principles effective in theory of the relation change (inqilāb-i nisbat = change of relation between two conflicting reasons in the face of the third). The claim brought up about the issues in question is that the kind of principle accepted in any issue is effective in acceptance or rejection of the theory of relation change. In the author's opinion, two issues from among the claimed instances are effective in systematization of the theory of relation change and not of the main theory; and the other three theories can, on any basis in which they are adopted, accept the theory of relation change and the kind of basis adopted in those issues have no effect on rejecting the theory of relation change. Therefore, the basic objections made in the legal theorists' statements on this theory are incomplete .

Keywords: theory of relation change, conventional combination, conflict of arguments .

**The Criterion for Fulfilling Rights in Debts in Case of
Increasing the Purchase Power of Money on Due Date of
Obligation**

Dr. Sayyid Rahmatollah Danesh Mirkohan, Assistant Professor,
Department of Islamic Knowledge, Payame Nour, Tehran, Iran

Dr. Muhammad Hasan Haeri, (Corresponding Author) Professor,
Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Ahmad Ali Yusefi, Associate Professor, Islamic Research
Institute for Culture and Thought

The value of credit money decreasing over time; but for some reason it may be increasing, as well. Given the decrease of the money value, there are clear jurisprudential views about amount of payment of the debt on due date; however, given the increase of the money value, what amount should the debtor pay? Answer to this important question is on one hand subject to accurate study of the dimensions of credit money and on the other hand to providing clear jurisprudential proofs.

The hypothesis that this article is seeking to prove is that the purchase power of money in debt is the criterion for fulfillment of right in case of increase and decrease of money value. Therefore, in case of substantial increase of money value, payment of less nominal amount of money than the money received is unobjectionable; but in case of slight increase of money value, payment of the nominal amount is considered as full settlement of a debt .

Keywords: credit money, debt, settlement of a debt, money value.

The fact that divorce is a right, vindication of which is legally granted to men and which the Iranian civil law has asserted in article 1133, is on the condition that man's relation to the woman follows its natural procedure. In case there is a man who would neither fulfill marital duties nor consent to divorce, then what is to be one? Does the woman have to tolerate her husband's transgression till the end of her life? In this case, can a judgment be made obligating the husband to divorce her with reliance on the rule, "Necessity of abstention by virtue and repudiation by benevolence"? Is the above principle also applicable to the case in which the husband's evading his marital duties is out of impotence and disability?

Using the analytical-descriptive method, this article is intended to find answers to these questions. With a survey of the jurists' various viewpoints, the conclusion is made that the principle denotes that in married life, it is necessary for the husband to choose one of the following two ways toward his wife: either fulfill all rights and duties in a properly and competent way or leave her. This principle is general and comprises all the wife's rights and there is no difference between the husband's voluntary or natural shortcoming .

Keywords: abstention, the wife's rights, repudiation, refusal, divorce.

approval has significant impacts in the field of civil responsibility. For instance, according to this disposition, the components left over from the wasted property and the due rights belong to the perpetrator of damage, or in some instances that the usurped property is utilized somewhere and is valueless due to separation, the person who has incurred a loss merely deserve demanding its substitute and cannot ask for the very usurped property besides the damage. Similarly, acceptance of delictual exchange can be resulted in presentation of a new theory concerning the nature of ḥaylūla (lit. break or separation) substitute under the title of exchange of the inaccessible property's benefits and the substitute .

Keywords: delictual exchange, usurpation, civil responsibility, damage, waste.

Examining the Denotation of the Principle, “Necessity of Abstention...” for Divorce in Case of Avoidance or Inability of the Husband in Fulfilling Marital Rights

Dr. Muhammad Hasan Javadi, (Corresponding Author), Assistant Professor, Urmia University

Dr. Sayyid Mahdi Ghoreishi, Assistant Professor, Urmia University
Ommolbanin Allahmoradi, Ph.D. Student of Jurisprudence and Islamic Law, Urmia University

Dr. Siyamak Jafarzadeh, Assistant Professor, Urmia University

ABSTRACT

Analysis of Liability (Ḍamān) Based on “Delictual Exchange” and its Impact on Lawsuits of Civil Responsibility

Dr. Muhammad Mahdi al-Sharif, Associate Professor, Isfahan University

Sumayya Saeedi, Ph.D. Student in Private Law, Isfahan University

There are two major viewpoints in jurisprudence concerning the analysis of the nature of delictual liability (Ḍamān-i qahrī). One viewpoint analyzes liability based on mere damage and the other based on delictual exchange. What is meant by delictual exchange in regard to delictual liability is that the ownership of the wasted property is, by order of the judge, handed over to the perpetrator of the damage and the ownership of its substitute (badal) to the person who has incurred the loss. With this analysis, the delictual exchange of badal and mubaddal (substituted) is by the judge's order, whose

Table of Contents

| | |
|--|-----|
| Analysis of Liability (Ḍamān) Based on “Delictual Exchange” and its Impact on Lawsuits of Civil Responsibility | 9 |
| Dr. Muhammad Mahdi al-Sharif - Sumayya Saeedi | |
| Examining the Denotation of the Principle, “Necessity of Abstention...” for Divorce in Case of Avoidance or Inability of the Husband in Fulfilling Marital Rights | 25 |
| Dr. Muhammad Hasan Javadi - Dr. Sayyid Mahdi Ghoreishi – Ommolbanin Allahmoradi - Dr. Siyamak Jafarzadeh | |
| The Criterion for Fulfilling Rights in Debts in Case of Increasing the Purchase Power of Money on Due Date of Obligation | 45 |
| Dr. Sayyid Rahmatollah Danesh Mirkohan - Dr. Muhammad Hasan Haeri - Dr. Ahmad Ali Yusefi | |
| Reappraisal of the Principles Influential in the Theory of Relation Change | 59 |
| Bilal Shakeri | |
| Critical Review of the Principle, “No Blood Money for the One Killed Due to Legal Punishment” | 75 |
| Sayyid Husayn Qandili - Dr Alireza Abedi Sarasia | |
| Typology of Fatwā Documented by Prohibition of Sadd al-Dharāyī‘ (Evasive Legal Devices) in Imāmiya Jurists’ Supposition | 99 |
| Dr. Dawod Gohari - Dr Husayn Naseri Moqaddam - Dr. Husayn Saberi | |
| Historical Attitude toward Legislation of Preliminary Jihad in Light of Analysis of Prophet Solomon’s (A.S.) Encounter with Queen Sheba | 117 |
| Dr. Hamid Naderi Qahfarkhi | |
| Legal-Jurisprudential Study of Changing the Endowment Properties for the Better | 135 |
| Hadi Nooradini - Dr. Abulfazl Alishahi Qal’ajuqi | |
| Abstracts of the Papers in English Language | 170 |

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 4: Issue 115, Winter 2019

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla‘

Editorial Board

Dr. A. A. zad fard

Prof, Dept of Law, M zandar n Univ

Dr. . Baqir

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehr n Univ

Dr. M. H. H ’ir

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. S bir

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla‘

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jal l Qanav t

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. S M. Muhaqqiq D m d

Prof, Dept of Law, shah d Bihisht Univ

Dr. H. Mihrp r

Prof, Dept of Law, shah d Bihisht Univ

Dr. H. N sir

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Ahmad Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University of Mashhad Press

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies

Ferdowsi University of Mashhad Campus

Azadi Sq. Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 38803873



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



**The Research Journal
of the faculty of Theology and Islamic Studies**

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 50, No. 4: Issue 115, Winter 2019