



فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸، بهار ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - شعبه خراسان رضوی
(مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین نصری مقدم

جانشین سردبیر: بلال شاکری

اعضای هیئت تحریریه:

ابوالقاسم علیدوست (مدرس خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

احمد مبلغی (مدرس خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

مهدی مهریزی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)

سعید ضیائی فر (مدرس خارج حوزه و دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

حسین نصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

مجتبی الهی خراسانی (مدرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیر اجرایی و دبیر تحریریه: سیدمصطفی اختراعی طوسی

ویراستار: عبدالله غلامی (استادیار دانشگاه رازی کرمانشاه)

برگردان چکیده (عربی): سلیمان سلیمان

برگردان چکیده (انگلیسی): ابراهیم داودی شریف آباد (استادیار دانشگاه باقرالعلوم)

صفحه آرا: حامد امامی

چاپ و صحافی: مؤسسه بوستان کتاب

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، به استناد مصوبه ۳۳۷ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات

حوزوی، در تاریخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ تمدید اعتبار رتبه علمی پژوهشی گردید.

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC) پرتال جامع علوم انسانی (Ensani)

مرجع دانش (سیولیکا)، CIVILICA.com مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری (RICEST)

بانک نشریات کشور (مگجیران)، Magiran پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (Journals.dte.ir)

نورمگز (Nootmags.ir) و Google Scholar سامانه جامع رسانه‌های کشور (E-rasaneh)

پایگاه (DRJI) و پایگاه (Road)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت‌الله خزعلی، دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی

مرکز تخصصی آخوند خراسانی، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی؛

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

رایانامه: jostar.feqhi@gmail.com | سامانه الکترونیکی: jostar-fiqh.maalem.ir

ISSN: 2476-7565

ارزیابان علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

روح الله آخوندی (استادیار دانشگاه پیام نور تهران)

مجتبی الهی خراسانی (مدرس خارج حوزه علمیه مشهد، استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی علیه السلام)

سید علی جبار گل‌باغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان)

مصطفی رجایی پور (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی مشهد)

علی رحمانی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

مصطفی رفسنجانی (استادیار مؤسسه آموزش عالی غیرانتفاعی تابران)

عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

بلال شاکری (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

موسی صدر (مدرس خارج حوزه علمیه مشهد)

محمدتقی فخلعی (استاد تمام دانشگاه فردوسی مشهد)

محمدباقر گرایلی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)

سید مصطفی محقق داماد (استاد تمام دانشگاه شهید بهشتی تهران)

حسین ناصری مقدم (استاد تمام دانشگاه فردوسی مشهد)

سید ابوالقاسم نقیعی (استادیار دانشگاه شهید مطهری تهران)

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۲

اولویت‌های جستارهای فقهی و اصولی

۱. فلسفه فقه و اصول فقه: به خصوص: ساختار و روابط درونی اصول فقه، تعاملات و کارکردهای بیرونی اصول فقه؛
۲. فقه و اصول فقه مقارن؛ به ویژه: بازشناسی و نقد فقه سلفیه، قواعد فقهی مقارن؛
۳. فقه فرهنگ و تمدن؛ با تأکید بر: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛
تذکر: صرفاً مقالاتی دریافت و ارزیابی می‌شود که مطابق «ضوابط مقالات» (صفحات بعد) تدوین و ارسال شده باشد.
نقل و اقتباس از مقاله‌های فصلنامه، با ذکر منبع آزاد است.

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

ضوابط محتوا:

۱. مقاله باید نتیجه تحقیقات نوآمد نویسنده، و برخوردار از محتوا و یافته‌های غنی علمی در یکی از انواع زیر باشد:
الف) نظریه جدید؛ ب) تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛ ج) اثبات و استدلال جدید برای یک نظریه؛ د) ارزیابی و نقد جدید از یک نظریه؛ ه) مقایسه دو یا چند نظریه؛ و) کاربرد و تطبیقات جدید برای یک نظریه.
۱. مقاله، فقط برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشد.
۲. مقاله، پیشتر یا همزمان به مجله‌های دیگر ارائه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.

۳. مسؤلیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسؤلیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسنده اول اختصاص دارد.

ضوابط نشر:

۱. نویسنده مسئول لازم است مقاله خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maalem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.
۲. حق قبول، رد و ویرایش مقاله برای مجله محفوظ است. هر مقاله ارسالی به مجله، به صورت ناشناس توسط دو داور متخصص، داوری هم‌تراز (peer review) می‌شود و در صورت اختلاف نظر داوران، توسط داور سوم ارزیابی می‌شود. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در فصلنامه، پس از نظر داوران با هیئت تحریریه است.
۳. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضانات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارش:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است.
۲. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.
۳. مقاله روی کاغذ A4 با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم IRZAR ۱۳، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌هادر اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان سطور ۱cm باشد.
۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۳

- **عنوان:** به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.
- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجه تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائه چکیده انگلیسی الزامی است.
- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامه علوم اسلامی (به نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.

- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع و کارهای انجام شده و ویژگی‌های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره‌ها و حرکت به سمت یافته‌های نوین.
- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسأله، استدلال‌ات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله‌وار.

- **نتیجه‌گیری:** یافته‌های نهایی تحقیق و کاربردهای آن، و احیاناً طرح نکات مبهم و پیشنهاد گسترش تحقیق به زمینه‌های دیگر.

- **منابع:** فهرست کامل منابع مورد ارجاع در متن اصلی، به ترتیب حروف الفبا (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی).

۱. منابع در انتهای مقاله، به شیوه زیر (بسته به نوع منبع) درج شود:

- **کتاب:** نام خانوادگی / لقب، نام. (سال انتشار). عنوان کامل اثر شامل عنوان اصلی و فرعی (ایتالیک). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.

- **مقاله:** نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد / دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

- **پایان نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان‌نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان‌نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.

- **سایت اینترنتی:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و سیاه). عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.

ضوابط استناددهی:

۱. ارجاعات استنادی مطالب به کتاب یا مقاله بصورت درون متنی و در پرانتز، به ترتیب شامل: (نام مؤلف، سال انتشار، جلد / صفحه) آورده شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۲/۴۰) در صورت استناد مقاله به دو یا چند اثر از یک نویسنده با تاریخ یکسان انتشار، نام خلاصه اثر نیز آورده شود.

۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آن‌ها نیز، مثل متن مقاله روش درون متنی درج شود.

۳. در صورت تکرار ارجاع، باید مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان و پیشین خودداری گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

فهرست

- ۹ واكأوى قاعده تبعض در حجيت
بلال شاكرى / محمدتقى فخلعى
- ۳۷ بازخوانى ادله و مستندات قاعده «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»
مریم غلامى زیناباد / حسین صابرى / محمدتقى فخلعى
- ۷۱ حق محورى یا تکلیف مدارى زبان فقه از دیدگاه فریقین با تأکید بر اندیشه‌هاى
استاد جوادى آملی
ابراهیم جوانمرد فرخانى
- ۹۷ «اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ربا و نقش آن در ارزیابى عملیات بانکى
(مطالعه تطبیقى در قرآن، روایات و فقه امامیه)
سیدام‌الله حسینی
- ۱۲۷ صحت خیار شرط در وقف در فقه اسلامى
غلامرضا یزدانى
- ۱۵۳ شناسایى مفهوم اعسار و افلاس و تأثیر آن در تفسیر قانون
احمد مبلغى / محسن وائقى / محمد مهربار
- ۱۸۳ نسبت دو اصل صحت و فساد با ماده ۱۰ قانون مدنى و اصل آزادى قراردادى
جلیل قنوتى / اسفندیار صفرى
- ۲۰۷ چکیده‌هاى عربى

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۵

Jostar- Hay Fiqhi va Usuli
(Jurisprudence and Principles of Jurisprudence) (JFU)

Vol 6 ; No 18 ; Spring 2020

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

An analysis of Discrimination Rule in Authority¹

Doi: 10.22081/jrj.2019.53393.1630

Belal Shakeri

(Ph.D. student of juresprudence and basis of low Ferdowsi university; Mashhad ;Iran);
(Corresponding Author); E mail: b.shakeri@mail.um.ac.ir

Mohammad Taqi Fakhlae

(Department of Jurisprudence, Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad
(FUM), Mashhad, Iran); E mail: fakhlaei@ferdowsi.um.ac.ir

Received in: 2019/01/24

Accepted in: 2019/09/15

Abstract

The rule of discrimination in the authority of hadith is one of the rules mentioned by jurists, the various aspects of which are not well explained. In the present article, various perspectives on the rule in the two positions of affirmation and proof are examined. In the present article, it is proved that the rule of discrimination in authority is acceptable in terms of the proof, and as an affirmative rule, there are seven folded reasons for its validity. The rule applies to narrations that have a non-analytical implication and whose clauses are independent and have independent rulings, but if the implication implies an analytical or non-analytical continuum and has a plays a significant role in proving the principle or it mea at least be dubious.

An analysis of
Discrimination Rule
in Authority
7

1 . Shakeri , B (2020);An analysis of Discrimination Rule in Authority; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 7-33 - doi: 10.22081/jrj.2019.53393.1630

As the reason of conduct is non-verbal and plays an important role in proving the rule and determining its scope, this rule is not applicable in dubious cases. Such a detail accords with the seven folded reasons of rules authority as well.

Keywords: Solitary hadith authority, discrimination of authority, compliance of implication reasoning from confirmative implications, non- Dissolutive guaranteed implications.

واکاوی قاعده تبعیض در حجیت^۱

بلال شاکری^۲

محمدتقی فخلعی^۳

چکیده

قاعده تبعیض در حجیت خبر از جمله قواعد مطرح در کلمات فقهاست که جوانب مختلف آن به خوبی تبیین نشده است. در نوشتار پیش رو، دیدگاه‌های مختلف درباره قاعده در دو مقام ثبوت و اثبات بررسی شده است. در نوشتار حاضر روشن شده است که قاعده تبعیض در حجیت مشکل ثبوتی ندارد و در مقام اثبات، ادله هفت‌گانه بر اعتبار آن وجود دارد. قاعده نسبت به روایاتی که دلالت تضمینی غیر تحلیلی دارند و فقرات آن مستقل و دارای احکام مستقل باشند، جاری است، اما اگر دلالت تضمینی تحلیلی باشد یا غیر تحلیلی پیوسته و دارای حکم واحد باشد، قاعده جاری نیست یا لااقل مشکوک است. با توجه به لَبّی بودن دلیل سیره که نقش پررنگی در اثبات قاعده و تعیین محدوده آن دارد، نمی‌توان در موارد مشکوک، قاعده را جاری ساخت. این تفصیل با ادله هفت‌گانه حجیت قاعده نیز سازگار است.

کلید واژه‌ها: حجیت خبر واحد، تبعیض در حجیت، تبعیت دلالت تضمینی از دلالت مطابقی، دلالت تضمینی انحلالی و غیرانحلالی.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۰۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴؛

۲. مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد و دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد- ایران؛ رایانامه: b.shakeri@mail.um.ac.ir

۳. استاد تمام فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد- ایران؛ رایانامه: fakhlaei@ferdowsium.ac.ir

مقدمه

حجیت خبر واحد، یکی از اصلی‌ترین مباحث مطرح نزد دانشیان اصول است و جنبه‌های مختلف آن واکاوی شده است. از جمله نکاتی که جای بحث مستقل آن نزد اصولیان خالی می‌نماید، تبعیض در حجیت است. درباره این قاعده، سؤالات و نکات فراوانی وجود دارد. این نوشتار در پی امکان‌سنجی قاعده و همچنین قابلیت اثبات یا انکار آن بر آمده، به تبیین دقیق قاعده از منظر دانشیان اصول می‌پردازد.

پیشینه و خاستگاه قاعده

تبعیض^۱ در حجیت، اصطلاحی است که در کتاب‌های فقهی و اصولی مطرح شده است، اما دانشوران این دو علم به صورت مستقل بدان نپرداخته‌اند، بلکه به مناسبت در هر مورد به بیان نکاتی درباره آن اکتفا کرده‌اند. چه بسا نکاتی که درباره این قاعده، تنها ذیل مسائل بیان شده است. به نظر می‌رسد، تبعیض در حجیت می‌تواند به عنوان یک قاعده مستقل^۲ در علم اصول مطرح شود؛ هر چند تاکنون جایگاه اصلی خود را در این علم نیافته است. این قاعده نیز همچون سایر قواعد اصولی باید روند تکاملی را پیموده، به عنوان قاعده‌ای مستقل در علم اصول، مطرح و جایگاه خود را در ساختار آن بیابد. نوشتار پیش‌رو را می‌توان اولین گام در بیان مستقل این قاعده با واکاوی جوانب مختلف آن دانست.

برای تبیین مراد از قاعده، باید به موارد کاربرد آن در اصول فقه توجه کرد؛ زیرا تبعیض در حجیت در جایگاه‌های مختلفی از اصول فقه مطرح شده است. هر چند بین موارد مختلف، تشابه اسمی وجود دارد و از عنوان تبعیض در حجیت استفاده شده، تفاوت‌های اساسی میان این موارد وجود دارد که وجود چند قاعده مختلف در

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۰

۱. تبعیض وصف عمل فقیهان و تبعیض وصف حجیت دلیل است. اگر آنچه در قاعده مد نظر است عمل فقیهان در پذیرش حجیت بخشی از روایت باشد، باید گفت قاعده تبعیض در حجیت؛ اما اگر وصف حجیت دلیل مد نظر باشد، باید گفت تبعیض در حجیت. با توجه به کاربرد بیشتر واژه «تبعیض» در کلمات اصولیان و فقیهان، در این جستار از واژه تبعیض در حجیت استفاده می‌شود.

۲. از آنجا که این قاعده، قابلیت دارد در کبرای قیاس استنباط قرار گیرد، باید آن را به عنوان مسئله اصولی دانست. در صورت پذیرش قاعده، می‌توان در استدلال به روایات مختلف برای کشف حکم شرعی از آن بهره جست.

جای جای علم اصول فقه را القا می کند. وجه اشتراک تمام این کاربردها، تبعیض در حجیت است، اما کارکرد و ضابطه هر بخش با دیگری متفاوت است؛ بنابراین، ابتدا باید مشخص شود که در این جستار کدام معنا در حال بررسی است و خاستگاه آن کدام بخش از اصول فقه است.

موارد کاربرد قاعده تبعیض در حجیت عبارت است از:

۱. تبعیض به لحاظ دلالت مطابقی و تضمینی^۱

این تبعیض به این معناست که اگر دلالت مطابقی از حجیت ساقط شود، موجب سقوط حجیت دلالت تضمینی نمی شود؛ مثلاً اگر بینه ای گواهی دهد، ده درهم دست زید از اموال عمرو است و بینه دیگری اقامه شود که پنج درهم آن از اموال علی است، پنج درهم به عمرو داده می شود و در پنج درهم دیگر، بین دو بینه تعارض واقع می شود (ر.ک: حسینی شیرازی، ۱۴۲۷، ۲۳۰/۹).

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

۲. تبعیض به لحاظ دلالت مطابقی و التزامی

تبعیض بین دلالت مطابقی و التزامی در حجیت نیز به این معناست که با سقوط دلالت مطابقی از حجیت، دلالت التزامی همچنان حجت است. لذا در تعارض ادله، هر چند دو دلیل به لحاظ مطابقی از حجیت ساقط می شوند، نفی حکم ثالث (دلالت التزامی) بر جای خود باقی است (ر.ک: حلی، ۱۴۳۲، ۱۳۹/۱۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰، ۴۲۹/۴؛ مصطفوی، ۱۴۲۶، ۱۶۹/۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۲، ۳۰۲/۱-۳۰۳؛ حسینی میلانی، ۱۴۲۸، ۱۹۰/۳-۱۹۲).

۳. تبعیض به لحاظ ملازمات

از جمله موارد تفکیک در حجیت، تفکیک بین ملازمات است؛ مثلاً وقتی بینه بر سرقت قائم شود، این بینه تنها ضامن را ثابت می کند نه قطع دست را؛ زیرا برای

۱. مراد از دلالت تضمینی، بخش های مختلف یک روایت یا متن است که ممکن است به لحاظ محتوایی و مضمونی با سایر بخش ها مرتبط باشد و مضمونی پیوسته ایجاد کنند یا چنین پیوستگی موجود نباشد و هر بخش عبارت دارای مضامینی مستقل از سایر بخش های روایت و متن باشد.

قطع دست چهار شاهد لازم است (طباطبایی حکیم، ۱۴۳۱، ۲/۲۲۳).

۴. تبعیض در حجیت اصول لفظیه به لحاظ اصل و عکس

از جمله موارد تبعیض در حجیت، مسئله اصول لفظیه است که علما حجیت در اصل را قائل شده‌اند، ولی در عکس نقیض آن قائل نشده‌اند؛ مثلاً وقتی مولا گفته است: اکرم العلماء، اصالة العموم می‌گوید: اکرام تمام علما واجب است. عکس نقیض این اصل، عالم نبودن هر کسی است که اکرامش واجب نیست (عراقی، ۱۴۱۱، ۲/۳۰۴؛ حلی، ۱۴۳۲، ۵/۱۳۶-۱۳۷).

۵. تبعیض به لحاظ صدور

معنای تبعیض به لحاظ صدور آن است که پذیرفته شود بخشی از روایت موجود، کلام معصوم علیه السلام است و از ایشان صادر شده است و بخشی از روایت، کلام ایشان نیست و از معصوم علیه السلام صادر نشده است.^۱ به برخی نسبت داده شده است که این نوع تبعیض را پذیرفته‌اند (ر.ک: حسینی روحانی، ۱۴۱۳، ۷/۴۴۰)، اما برخی این گونه تبعیض را غیر معقول دانسته و آن را نپذیرفته‌اند (ر.ک: خویی، ۱۴۲۲، ۲/۵۱۵؛ آملی، ۱۴۰۶، ۳/۳۰۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۳۱، ۶/۳۶۷؛ صالحی مازندرانی، ۱۴۲۴، ۴/۳۹۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳، ۷/۴۳۹-۴۴۱؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۷، ۹/۲۳۰).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۲

۶. تبعیض در حجیت اجماع منقول

شیخ انصاری تبعیض در حجیت را در بحث فائده اجماع نیز مطرح می‌کند که قول ناقل اجماع در آن میزان که حسّی است، پذیرفته می‌شود (انصاری، ۱۴۱۶، ۱/۱۰۳).

۷. تبعیض در حجیت علم اجمالی

از دیگر موارد کاربرد قاعده، مسئله علم اجمالی است؛ بدین صورت که تفکیک

۱. البته چنانچه در ادامه می‌آید، این نوع از تبعیض در کلمات برخی به عنوان تالی فاسد بحث تبعیض در حجیت مطرح شده است (ر.ک: آملی، ۱۴۰۶، ۳/۳۰۰) هر چند به نظر می‌رسد چنین تالی فاسدی وجود نخواهد داشت.

بین حرمت مخالفت قطعیه و وجوب موافقت قطعیه را تفکیک در حجیت علم دانسته و آن را محال عقلی شمرده‌اند (اراک، ۱۳۷۵، ۹۶/۲).

هر یک از موارد هفت گانه بالا به صورت مستقل جای بحث جدی دارد تا مشخص شود آیا قاعده تبعیض در حجیت در آن‌ها جاری و معتبر است یا خیر؟ آنچه در این نوشتار مورد واکاوی و بررسی قرار می‌گیرد، تبعیض حجیت به لحاظ مدلول تضمینی است. به عبارتی، اگر یک روایت دارای شرایط حجیت، وجود داشته باشد که برخی از مضامین و فقرات آن به علت مانعی همچون تعارض از حجیت ساقط شود، آیا سایر فقرات روایت به حجیت خود باقی است؟ بنابراین، تبعیض در حجیت چنین تعریف می‌شود: «ثبوت حجیت برای بخشی از روایت و سقوط حجیت از بخش دیگر آن» (صنقور، ۱۴۲۸، ۴۴۱/۱).

تبعیض حجیت در مدلول تضمینی، علاوه بر کارکردها و آثار فقهی، در مباحث مختلف اصولی نیز کاربرد دارد؛ چنان که در مباحثی همچون حجیت عامّ مخصص در باقی افراد (ر.ک: صدر، ۱۴۱۷، ۱۲۱/۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۴، ۶۹/۲ و ۱۴۵/۴) و تعارض عامین من وجه (ر.ک: خویی، ۱۴۲۲، ۵۱۷/۲؛ خرازی، ۱۴۲۲، ۲۵۴-۲۵۳/۳؛ جزایری، ۱۴۱۵، ۱۷۴/۸) از آن استفاده شده است.

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

دیدگاه‌ها

نسبت به قاعده تبعیض در حجیت، دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است. این دیدگاه‌ها را می‌توان به صورت زیر دسته‌بندی کرد:

۱. مقام ثبوت

به لحاظ امکان عقلی این قاعده، دو فرضیه مطرح شده است:

- ۱- استحاله تبعیض در حجیت (آملی، ۱۴۰۶، ۳۰۰/۳؛ خرازی، ۱۴۲۲، ۲۵۴-۲۵۳/۳).
- ۲- امکان تبعیض در حجیت (حکیم، ۱۴۱۶، ۴۱۰/۳ و ۳۸۹/۹؛ آملی، ۱۳۸۰، ۱۱۹/۲ و ۴۵۸/۴؛ حکیم، ۱۴۲۵، ۱۷۴).

۲. مقام اثبات

کسانی که به لحاظ ثبوتی، محذوری برای قاعده ندیده‌اند، در مقام اثبات و

دلالت، نظرهای متفاوتی بیان کرده‌اند:

۱- پذیرش قاعده به صورت مطلق و ادعای وقوع تبعیض (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۴، ۳۰۴/۱ و ۳۷۳/۳، خویی، ۱۴۲۸، ۷۹۵/۲؛ حکیم، ۱۴۳۱، ۳۶۷/۶؛ جزایری، ۱۴۱۵، ۱۷۴/۸؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۷، ۲۳۰/۹).

۲- عدم پذیرش مطلقاً و نبود دلیل اثباتی بر آن (صدر، ۱۴۱۷، ۳۱۵/۵ و ۲۹۳/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ۲۵۹/۳).

۳- تفصیل در مسئله:

۱) تفصیل بر اساس مبنای حجیت خبر واحد (مجدد شیرازی، ۱۴۰۹، ۳۱۲/۴؛ بروجردی، ۱۴۱۶، ۲۴۸؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۲۷۳/۲؛ منتظری، بی تا، ۶۸؛ خمینی، ۱۴۱۸، الخلل فی الصلاة، ۲۱۶).

۲) تفصیل بر اساس دلالت تضمینی تحلیلی و غیر تحلیلی^۱ (صدر، ۱۴۱۷، ۲۵۰/۷-۲۵۱).

۳) تفصیل بر اساس مرتبط یا نامرتب بودن بخش‌های یک دلیل (حکیم، بی تا، ۳۲۸/۵؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۱۴۰/۱۱-۱۴۱؛ مختاری و صادقی، ۱۴۲۶، ۱۰۳۶/۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۴

نقد و بررسی دیدگاه‌ها

با توجه به دیدگاه‌های مطرح شده درباره این قاعده باید ادله مختلف هر دیدگاه مورد کنکاش قرار گیرد تا نظر حق مشخص شود. با توجه به اشکالات ثبوتی و اثباتی نسبت به قاعده، در گام نخست باید قاعده در مقام ثبوت و سپس در مقام اثبات بررسی شود.

بررسی ثبوتی قاعده

قائلان به عدم امکان تبعیض در حجیت مدلول یک دلیل گفته‌اند: پذیرش تبعیض در دلالت، مستلزم تالی فاسدی است که باطل و غیر معقول است. پس تبعیض در

۱. دلالت تضمینی تحلیلی در واقع یک تحلیل عقلی است (تعدد و استقلالی وجود ندارد) و تنها یک مدلول وجود دارد، اما دلالت تضمینی غیر تحلیلی، دلالتی است که دارای افراد واقعی، متعدد و مستقل است و تفکیک بین آن‌ها معنا دارد. از نظر عقلاً تفکیک در این موارد مشکلی ندارد.

دلالت هم ممکن نیست؛ زیرا تبعیض در دلالت به تبعیض در سند (تبعیض صدور) باز می‌گردد؛ یعنی بنا بر تبعیض در دلالت باید گفت، کلام راوی از جهتی صادق و از جهتی کاذب باشد. چون چنین تبعیضی معقول نیست، پس تبعیض در دلالت هم معقول نیست (آملی، ۱۴۰۶، ۳/۳۰۰).

در پاسخ باید گفت:

۱. تبعیض در صدور غیر معقول نیست^۱ تا بازگشت تبعیض در دلالت بدان با مشکل مواجه شود؛ چون:

۱- تبعیض واقعی محال است، اما محل کلام، امور تعدی و مسئله قانون‌گذاری است که از امور اعتباری هستند؛ در امور اعتباری تبعیض حتی در ناحیه صدور مشکلی ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰، ۴/۴۲۳).

۲- تبعیض در صدور اگر به معنای عدم صدور (کذب) باشد، اشکال وارد است؛ اما اگر به معنای صدور تقیه‌ای^۲ یا خطا و اشتباه راوی باشد، دیگر تبعیض مشکلی ندارد و ممکن است بخشی از روایت به لحاظ صدور حجت باشد و بخشی حجت نباشد (همدانی، ۱۳۷۷، ۲/۱۲۶). بنابراین، نمی‌توان مطلق تبعیض در صدور را غیر معقول دانست.

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

۱۵

۲. با فرض اینکه تبعیض در صدور نیز غیر معقول باشد، بازگشت تبعیض در دلالت به تبعیض در صدور پذیرفتنی نیست؛ چون بنا بر حجیت خبر از باب تعدد، شارع می‌تواند ما را تنها به بخشی از روایات متعبد کند. این تفکیک منجر به تبعیض در حجیت صدور هم نمی‌شود که دارای اشکال باشد. بلکه به معنای ترتیب آثار راجح در بخش دارای تعارض است (مجدد شیرازی، ۱۴۰۹، ۴/۳۱۲).

۱. برخی اگرچه تبعیض در صدور را غیر معقول ندانسته‌اند، اما آنرا از ظاهر اخبار بسیار بعید دانسته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۳۱، ۶/۳۶۷).

بنابر این سخن، اشکال مطرح شده اثباتی است نه ثبوتی. اما پاسخ همان است که تفکیک در دلالت بازگشتی به تفکیک در صدور ندارد. بنابراین با فرض ناتمام بودن تبعیض در سند و از حیث صدور، تبعیض در دلالت دچار اشکال نخواهد شد.

۲. باید توجه داشت که اگر احتمال تقیه مطرح شود، دیگر ارتباطی به تبعیض از نظر سند و صدور نخواهد داشت بلکه مربوط به جهت صدور است. لذا این احتمال نمی‌تواند تفکیک در صدور را تصحیح کند. اما احتمال خطا و اشتباه راوی این تفکیک را امکان‌پذیر می‌کند.

از نظر نگارندگان، تالی فاسد ادعایی در تبعیض حجیت مدلول یک روایت، ناتمام است و تبعیض در حجیت به لحاظ ثبوتی بی‌اشکال است؛ زیرا تبعیض در صدور به معنای صدق و کذب راوی نیست، بلکه به معنای این است که به سبب مانع بیرونی، تنها قابلیت تمسک وجود ندارد. در ضمن، اثبات این نکته که تبعیض در دلالت قطعاً به تفکیک در صدق و کذب بر می‌گردد، نیز ادعایی بدون دلیل است؛ زیرا بر اساس مبانی مختلف در حجیت خبر واحد باید گفت، بنابر تبعیض دانستن حجیت خبر واحد چنانچه در اشکال دوم بیان شد، واضح است که شارع می‌تواند چنین تبعیضی را لحاظ کرده و مکلف را بدان متعبد کند و در بحث استحاله و امکان عقلی، اثبات امکان حتی در یک فرد و بر اساس یک مبنا کافی است که در مقام ثبوت قاعده ممکن دانسته شود. هر چند بر اساس مبنای حجیت عقلایی نیز می‌توان گفت تبعیض در حجیت امکان‌پذیر است؛ چون ممکن است عقلاً به چنین تبعیضی تن دهند و مانع عقلی از آن وجود ندارد.

بررسی اثباتی قاعده

چنان که گذشت، درباره قاعده تبعیض در حجیت در مقام اثبات، اختلاف بسیاری میان دانشیان اصول و فقه واقع شده است و دیدگاه‌های مختلفی در این باره مطرح شده است. در ادامه ادله، هر دیدگاه به لحاظ دلالتی بررسی می‌شود.

ادله منکران قاعده

منکران قاعده استدلال‌ها و اشکال‌هایی را در نفی قاعده مطرح کرده‌اند:

۱. عدم دلالت ادله حجیت خبر واحد (سیره عقلا)

با توجه به این که موضوع سخن، تفکیک در دلالت خبر واحد است، باید برای اثبات جواز تبعیض در حجیت مدالیل، به ادله حجیت خبر واحد مراجعه کرد که آیا شامل تبعیض در حجیت می‌شوند؟ با مراجعه به ادله حجیت خبر واحد باید گفت، این ادله شامل تبعیض در حجیت نمی‌شوند (خمینی، ۱۴۱۸، تحریرات فی الأصول، ۸/۳۴۰). این کلام اگر چه به صورت مطلق بیان شده است، اما مستشکل در جای دیگر

می گوید: با توجه به این که دلیل حجیت خبر واحد بنای عقلاست، این دلیل چنین تفکیکی را ثابت نمی کند؛ لذا تبعیض در حجیت ناتمام است (خمینی، ۱۴۱۸، الخلل فی الصلاة، ۲۱۶).

به نظر می رسد اصل اشکال در دلالت سیره و بنای عقلا نسبت به چنین تبعیضی است؛ چنان که دیگرانی نیز همین اشکال را به لحاظ عدم دلالت سیره و بنای عقلا بر تبعیض در حجیت مدلول یک دلیل مطرح کرده اند (ر.ک: بروجردی، ۱۴۱۶، ۲۴۸؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۲۷۳/۲؛ منتظری، ۱۴۲۸، ۱۴۱). برخی نیز مرتبه ای بالاتر را ادعا کرده و نبود بنای عقلا بر تفکیک را مطرح نکرده اند، بلکه بنا و ارتکاز عقلایی را بر عدم تفکیک دانسته اند: تبعیض در حجیت مدالیل پذیرفتنی نیست؛ زیرا بر خلاف مرتکرات عقلایی است و از نظر عقلا، اماره بودن یک دلیل به نسبت تمام مدالیلش به یک اندازه است و قابل تفکیک و تبعیض نیست (صدر، ۱۴۱۷، ۳۱۵/۵ و ۲۹۳/۷).

۲. تمسک به قدر متیقن سیره عقلا

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

وقتی بخشی از یک روایت از حجیت ساقط شود، نسبت به سایر فقرات از نظر عرف و عقلا، شک حاصل می شود و دیگر قابل تمسک نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ۲۵۹/۳). در حقیقت، بنای عقلا دلیل لئی است و در مواردی که نسبت به شمول دلیل لئی شک و تردید وجود دارد، باید به قدر متیقن آن اخذ کرد. درباره قاعده تبعیض در حجیت نیز اگر عدم دلالت یا دلالت بر عدم بنای عقلا نسبت به تبعیض را نپذیریم، لا اقل نسبت به شمول چنین بنایی بر تفکیک در حجیت مدالیل، شک داریم و باید به قدر متیقن یعنی جایی که تمام مدلول های یک دلیل معتبر و حجت هستند، تمسک کرد.

۳. غیر معقول بودن تفکیک و زوال وثوق و اطمینان نسبت به روایت

سقوط حجیت نسبت به بخشی از روایت، یا به سبب تعارض با یک دلیل قطعی است که در این صورت عرفاً تفکیک غیر معقول است؛ یا به سبب وجود اماره عرفی بر خلل در بخشی از روایت است که در این فرض وثوق و اطمینان از روایت زائل

شده و آن روایت دیگر حجت نیست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۸، ۳/۳۴۲).

۴. وجود موارد نقض

مواردی در فقه وجود دارد که در آن‌ها کسی تبعیض در حجیت را نپذیرفته است؛ مانند وقف و وصیت که اگر حجیت و اعتبار در بخشی از آن‌ها ساقط شود، شک به سایر بخش‌ها نیز سرایت می‌کند و دیگر قابل تمسک نیست. وجود این موارد نشان از نقض قاعده دارد؛ در نتیجه، قاعده تبعیض در حجیت پذیرفتنی نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ۳/۲۵۹).

در پاسخ به این استدلال‌ها و اشکال‌ها باید گفت:

۱. درباره سیره و بنای عقلا اختلاف نظر وجود دارد و طرفداران تبعیض در حجیت، در برابر منکران آن، دقیقاً به وجود سیره عقلایی بر تفکیک استناد کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۸، ۲/۷۹۵)؛ بنابراین، استدلال به سیره عقلا به نحو مطلق برای هر دو گروه ناتمام است. حال آیا وجود دو ادعای مختلف درباره سیره و دلالت آن، موجب شک در دلالت سیره و اخذ به قدر متیقن می‌شود یا خیر؟ پس از بررسی استدلال قائلان به تبعیض در حجیت، مفصل به این پرسش می‌پردازیم.

۲. سقوط حجیت کل روایت به سبب وجود معارض قطعی در بخشی از روایت، یک ادعای نیازمند به اثبات است؛ زیرا نظر مخالف، ادعای سقوط حجیت تنها در همان مدلول دارای معارض را دارد و سایر مدالیل روایت را همچنان معتبر و حجت می‌داند.

۳. شک در حجیت به دلیل وجود اماره عرفی بر سقوط بخشی از مدلول نیز ناتمام است؛ زیرا:

۱- این اشکال تنها بنابر مبنای وثوق خبری قابلیت طرح داشته و موجب زوال اطمینان نسبت به روایت می‌شود، اما بنابر مبنای وثوق مخبری، وجود قرینه عرفی

۱. روایت مظنون الصدور باشد هر چند راوی ضعیف باشد (آملی، ۱۳۹۵، ۳/۱۸۲؛ محمدی، ۱۳۸۷، ۲/۱۰).

۲. حصول وثوق و اطمینان از ناحیه راوی باشد (آملی، ۱۳۹۵، ۳/۱۸۲؛ محمدی، ۱۳۸۷، ۲/۱۰).

هیچ خللی از نظر حجیت، به روایت وارد نمی‌کند.

۲- در ضمن بنابر مبنای وثوق خبری نیز اشکال وارد نیست؛ چون این روایت فی نفسه شرایط حجیت را داشته و مضمون و مدلول آن مورد وثوق بوده است، اما به سبب مانعی، بخشی از آن قابلیت تمسک را از دست داده است؛ بنابراین، نسبت به باقی فقرات روایت، اگر شک شود که قابلیت استدلال دارد یا خیر، ممکن است گفته شود، با توجه به این که حالت سابقه روایت حجیت بوده و حجیت از جمله احکام وضعی شرعی است، با شک در سقوط آن می‌توان حجیت را استصحاب کرد. هر چند درباره چنین استصحابی ممکن است اشکال شود که حجیت، قابل استصحاب نیست.^۱

۳- اشکال دیگر به چنین استصحابی این است که، صورت مسئله از موارد شک در مقتضی است و جریان استصحاب در آن محلّ اختلاف است.

به هر حال، بنابر نظر کسانی که استصحاب را در فرض شک در مقتضی جاری می‌دانند، حجیت بخش‌های بدون معارض روایت با استصحاب حجیت قابل اثبات است.

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

۱. درباره دو احتمال مطرح شده درباره جریان استصحاب نسبت به حجیت که از جمله احکام وضعی است، می‌توان گفت:

چنان که معروف است، اصل هنگام شک در حجیت، عدم حجیت است (انصاری، ۱۴۱۶، ۵۰/۱؛ صدر، ۱۴۱۷، ۲۲۱/۴)؛ بنابراین، استصحاب در موارد شک در حجیت جاری نیست و اصل عدم حجیت جاری است. اما به نظر می‌رسد این مسئله تأمل و بررسی بیشتری می‌طلبد. به تعبیری دیگر، یکی از مسائلی که می‌توان و باید درباره آن به پژوهش پرداخت، این نکته است که آیا حجیت قابلیت استصحاب دارد یا خیر؟ به تعبیر دیگر، آیا اصول عملیه چنان که در مسائل فقهی قابل تمسک هستند، در مسائل اصولی نیز چنین قابلیت را دارند و می‌توان مسئله اصولی را با تمسک به آنها ثابت دانست؟ مانند این سؤال و مسئله درباره امارات نیز مطرح است و از جمله مسائلی که در علم اصول محلّ مناقشه و معرکه آرا قرار گرفته، تمسک به امارات در مسائل اصولی است (رک: حلی (محقق حلی)، ۱۴۲۳، ۲۲۷؛ قمی (میرزای قمی)، ۱۴۳۰، ۴۴۹/۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۹، ۴۶۷/۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۶، ۷۳/۱؛ صرامی، ۱۳۹۲: ۴-۲۰). این نکته درباره اصول علمیه نیز قابل طرح است و نیازمند بررسی مستقل است که آیا تمسک به اصول عملیه در گزاره‌های اصولی جایز است؟ ممکن است گفته شود، وقتی اعتبار یک دلیل و اصل به صورت یقینی ثابت شد، تمسک بدان در مسائل فقهی و اصولی جایز است؛ بنابراین، تمسک به استصحاب نیز در مسائل اصولی همچون حجیت صحیح است. درباره اصل عدم حجیت نیز باید گفت، این اصل مربوط به مواردی است که اصل حجیت یک دلیل از ابتدا محل تردید است. اما اگر دلیلی حجیت آن ثابت شده است، اما به دلیل شک در وجود مانع یا مانعیت موجود و... در استمرار حجیت متقین سابق شک شود، دیگر اصل عدم حجیت جاری نخواهد بود. بلکه مسئله جدیدی مطرح می‌شود که نیازمند به بررسی دارد. آن مسئله عبارتست از تمسک به استصحاب یا سایر اصول علمیه در مسئله اصولی همچون حجیت.

۴. موارد نقض مطرح شده نیز کارآیی چندانی نداشته، نهایتاً اعتبار مطلق قاعده را با خدشه مواجه می‌کند، اما توان نفی مطلق را ندارد و نظریه تفصیل می‌تواند جمع بین موارد نقض و سایر موارد باشد. علاوه بر این که محل کلام، مقام اثبات است و در مقام اثبات، ما تابع میزان دلالت دلیل هستیم، اگر دلیلی قاعده را در برخی موارد ثابت بداند یا برخی موارد را استثنا کند، اصل قاعده با خدشه مواجه نمی‌شود. تا حال مشخص شد، اشکالات وارده به قاعده تبعیض در حجیت ناتمام است، اما صرف ناتمام بودن اشکالات دلیلی بر اثبات قاعده نیست و برای اعتبار بخشیدن به یک قاعده می‌بایست دلیل بر آن اقامه کرد. در ادامه به بررسی ادله اثبات کننده تبعیض در حجیت می‌پردازیم.

ادله قائلان به تبعیض در حجیت

درباره قاعده تبعیض در حجیت، در دو مرحله باید سخن گفت. ابتدا اعتبار فی‌الجمله قاعده و در صورت پذیرش قاعده، محدوده آن بررسی می‌شود که آیا به صورت مطلق و در همه موارد ممکن، تبعیض در حجیت جاری است یا تنها در برخی موارد خاص می‌توان به این قاعده تمسک کرد؟

برای اثبات فی‌الجمله اعتبار قاعده به ادله زیر می‌توان تمسک کرد:

۱. سیره عقلا

از آنجا که دلیل اعتبار خبر واحد سیره عقلایی است، سیره، خود دلیل بر تبعیض در حجیت است و عقلا در همه شئون خود این تبعیض را قائل‌اند (خوبی، ۱۴۲۸، ۷۹۵/۲).

۲. مبنای تعبدی بودن حجیت خبر واحد

بنابر اینکه دلیل حجیت خبر واحد تعبد شرعی باشد، تبعیض در حجیت محذوری ندارد و هر بخشی از روایت به‌عنوان یک خبر تلقی می‌شود و اعتبار و حجیت خود را می‌تواند داشته باشد (ر.ک: مجدد شیرازی، ۱۴۰۹، ۳۱۲/۴؛ صالحی مازندرانی، ۱۴۲۴، ۳۹۰/۴؛ منتظری، بی تا، ۶۸).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۲۰

۳. قیاس اولویت

وقتی در عامین من وجه قائل به حجیت هر یک در ماده افتراق شوید، به طریق اولی، تبعیض در فقرات یک روایت مشکلی ندارد؛ چون تبعیض در عامین من وجه اشد محذوراً است (جزایری، ۱۴۱۵، ۱۷۴/۸).

۴. مقتضای پذیرش جمع عرفی

مقتضای پذیرش جمع عرفی، پذیرش قاعده تبعیض در حجیت است؛ چون از جمله موارد جمع عرفی تصرف در بخشی از روایت یا کنار گذاشتن بخشی از آن و باقی ماندن بخش دیگر بر حجیت است. برخی نیز به این نکته تصریح کرده‌اند که تخصیص عام همان تفکیک در حجیت مدلول مطابقی و مدلول تضمینی است (حکیم، ۱۴۱۴، ۶۹/۲).

۵. فقدان محذور عقلی، عرفی و شرعی

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

۲۱

تفکیک در حجیت مدالیل یک روایت، هیچ‌گونه محذور عقلی، عرفی و شرعی ندارد (حکیم، ۱۴۳۱، ۳۶۷/۶). با توجه به این که روایتی که قرار است قاعده در آن جاری شود، شرایط حجیت را داشته است، صرف نداشتن محذور نسبت به تفکیک بین فقرات آن، دلیل بر حجیت بخشی از آن است و تبعیض در حجیت صحیح است. به تعبیر دیگر، وقتی دلیلی، شرایط حجیت را دارد، برای کنار گذاشتن کامل آن نیازمند به دلیل هستیم و تا زمانی که امکان تبعیض در حجیت وجود دارد، نمی‌توان کل روایت را کنار گذاشت.

۶. قاعده آن الضرورات تقدر بقدرها

در باب تعارض بین دو خبر که رابطه عموم من وجه دارد، با توجه به وجود شرایط حجیت، باید به میزان ضرورت از دو روایت متعارض رفع ید کرد؛ بنابراین، حجیت تنها در ماده اجتماع یعنی محل تعارض، ساقط و در ماده افتراق همچنان باقی است (ر.ک: حسینی میلانی، ۱۴۲۸، ۱۹۰/۳).

۷. وقوع موارد فراوان در فقه

در فروع فقهی موارد فراوانی وجود دارد که تبعیض در حجیت در آن اتفاق افتاده است و فقها بر اساس تبعیض فتوا داده‌اند؛ مانند اقامه بینه بر ملکیت خانه برای زید و اقرار زید به مالکیت نصف خانه برای عمرو، یا مواردی که علما به صدر روایت تمسک کرده و به ذیلش تمسک نکرده‌اند (خوبی، ۱۴۲۸، ۷۹۵/۲).

۸. عدم تبعیت مدلول تضمینی از مدلول مطابقی

با توجه به این که محل کلام در دلالت تضمینی یک روایت است، باید گفت دلالت بخشی از الفاظ روایت بر مدلول خود، تابع دلالت روایت بر بعض مدلول دیگرش نیست، پس تبعیض در حجیت مشکلی ندارد (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷، ۲۳۰/۹).

۹. تبدیل و انحلال یک روایت به دو روایت

حجیت به اعتبار کشف مراد جدی است. پس در موارد تبعیض در حجیت، مشخص می‌شود که یک خبر متضمن دو خبر است (کشف از دو مراد جدی) و یک خبر از آن دو به سبب معارض حجت نیست و خبر دیگر حجت است (خوبی، ۱۴۲۸، ۷۹۵/۲).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹
۲۲

درباره استدلال‌های مطرح شده نکاتی قابل تأمل است:

۱. تمسک به سیره عقلا چنانچه گذشت، از سوی هر دو گروه مثبتین و نافین قاعده مطرح شده است که می‌تواند نشان از نادرستی استدلال هر دو گروه به سیره باشد.

در توضیح استدلال به سیره باید گفت:

نسبت به چگونگی جریان سیره عقلائی، سه احتمال مطرح است: ۱- سیره با تبعیض در حجیت همراه است؛ ۲- سیره با چنین تفکیکی مساعدت ندارد؛ ۳- سیره در برخی موارد مساعد با تبعیض و در برخی موارد مخالف تبعیض است (صدر، ۱۴۰۸، ۶۸۵/۲). وجود سیره عقلائی مطابق با تبعیض در مدلول تضمینی یک سخن، انکارناپذیر

است. وجود چنین برخوردی از سوی عقلا در زندگی روزمره به خوبی مشاهده می‌شود. دیدگاه‌های مطرح شده از سوی اصولیان نیز شاهد بر این مدعاست؛ زیرا از میان دیدگاه‌های چندگانه مطرح شده، تنها بر اساس یک دیدگاه، وجود چنین سیره‌ای به صورت مطلق انکار شده است، اما دیگر دیدگاه‌ها وجود چنین سیره‌ای را فی‌الجمله پذیرفته‌اند. اما درباره محدوده جریان سیره نمی‌توان به این سادگی اظهار نظر کرد و دیدگاه‌ها در این باره مختلف است. با توجه به اختلاف نظر مطرح شده، به نظر می‌رسد وجود سیره بر اثبات قاعده فی‌الجمله مورد پذیرش بوده و باید پذیرفت سیره در برخی موارد با تفکیک همراهی دارد و در برخی موارد چنین مساعدتی ندارد. وجود اقوال تفصیلی در مسئله که عموماً نیز دلیل حجیت خبر واحد را سیره عقلا می‌دانند، مؤید این تفاوت و تفصیل است.

۲. استدلال بر اساس مبنای تبعیدی بودن حجیت خبر واحد نیز علاوه بر این که استدلالی علی‌المبناست و مشکل را بر اساس نظر مشهور که حجیت را از طریق سیره عقلایی قائل‌اند، حل نمی‌کند؛ استدلالی ناقص است و نتیجه مدّ نظر را به اثبات نمی‌رساند؛ زیرا این استدلال تنها ثابت می‌کند که شارع می‌تواند تبعیض در حجیت را بپذیرد و بیان کند که بخشی از روایت حجت باشد، اما آیا چنین کرده است؟! برای اثبات تبعیض در حجیت نیاز به تکمیل استدلال و اثبات خارجی چنین تفکیک می‌باشد. به تعبیر دیگر، این استدلال امکان را به لحاظ ثبوتی ثابت می‌کند، اما وقوع خارجی و در مقام اثبات را، حتی به صورت فی‌الجمله ثابت نخواهد کرد.

۳. قیاس اولویت نیز تنها برای کسانی تمام است که تبعیض در حجیت را در عامین من‌وجه پذیرفته‌اند؛ به تعبیری این استدلال محدوده قاعده را توسعه می‌دهد و آن را به تعارض عموم من‌وجه منحصر نمی‌داند و موارد دیگر را مشمول آن می‌داند؛ اما اگر کسی قاعده تبعیض در حجیت را در عامین من‌وجه پذیرفته باشد، این استدلال چیزی را اثبات نمی‌کند؛ بنابراین، استدلال به قیاس اولویت برای بحث تعیین محدوده قاعده مفید خواهد بود، ولی برای اثبات اصل قاعده حتی به صورت فی‌الجمله مفید نیست.

۴. جمع عرفی نیز صرفاً اعتبار قاعده را فی‌الجمله ثابت می‌کند، نه اعتبار مطلق

آنرا؛ چون همین عرفی که خود قائل به جمع در برخی موارد است، ممکن است در مواردی تفکیک در مدلول روایت را نپذیرد یا موارد مشکوک باشد که در این صورت باید به قدر متیقن اکتفا کرد.

۵. فقدان محذور عقلی مورد پذیرش است؛ زیرا بیان شد از نظر ثبوتی مشکلی برای قاعده وجود ندارد. اگر منظور از فقدان محذور عقلی همان بحث ثبوتی است که خارج از محل کلام است. ممکن است گفته شود که مراد، عدم محذوریت وقوعی است که در این صورت، با مقام اثبات مرتبط شده و می تواند در صورت نبود محذور عرفی و شرعی،^۱ قاعده را فی الجمله ثابت کند. فقدان محذور شرعی هم اگرچه بنا بر مبنای تبعیدی بودن حجیت خبر واحد مفید است و بر قاعده دلالت دارد، بیان شد که مبنای مشهور بر حجیت از باب سیره عقلائیه است. البته بنا بر مبنای مشهور، عدم محذور شرعی، مفید فایده و برای اثبات حجیت سیره، لازم است؛ چون محذور شرعی مانع حجیت و اعتبار سیره یا به تعبیری امضای سیره است. در این صورت، بحث در اثبات سیره است که بیان شد چنین سیره‌ای بر اثبات یا نفی به صورت مطلق وجود ندارد. پس باید به محدوده وجود و دلالت سیره پرداخت. فقدان محذور عرفی هم چیزی جز همان سیره عقلائیه نیست.

در هر حال، به نظر می‌رسد این استدلال نیز اعتبار قاعده تبعیض در حجیت را فی الجمله در پی دارد.

۶. نتیجه قاعده ضرورت نیز اثبات اعتبار مطلق برای قاعده نیست؛ چرا که ممکن است در پاره‌ای موارد، سیره عقلایی بر ترک تمام فقرات یک روایت در صورت وجود مشکل در بخشی از روایت باشد. در این صورت، با نبود سیره عقلائیه، حجیت کل روایت مخدوش است و قاعده کاربردی در لاجت ندارد؛ به بیان دیگر، ابتدا باید محدوده سیره عقلائیه بررسی شود و در مواردی که حجیت و اعتبار از دیدگاه سیره ثابت شد، این قاعده می‌تواند به عنوان دلیلی در برابر منکران، بر تقویت قاعده

۱. علت این که محذور عرفی یا شرعی نیز نباید باشد، این است که بحث در اعتباریات است و در امور اعتباری، مانع شرعی و در امور واگذار شده به عرف، مانع عرفی، بازگشت به مانع عقلی دارند؛ لذا اگر محذور عرفی یا شرعی موجود باشد، به معنای وجود محذور شرعی است (ر.ک: خراسانی، ۱۴۰۹، ۹۱).

جاری و ساری شود.

۷. وقوع موارد فراوان از تفکیک در فقه، هر چند به عنوان یک دلیل نمی تواند در مقام اثبات قاعده نقش ایفا کند، می تواند مؤیدی بر قاعده باشد؛ زیرا تنها در صورتی بر مدعا دلالت دارد که در تمام موارد یادشده به اتفاق فقها (موافقان و مخالفان) بر اساس تبعیض در حجیت، مورد حکم و فتوا قرار گرفته باشند. در ضمن این استقراء ناقص است؛ بنابراین، چنین مواردی در فقه تنها می تواند مؤید اثبات قاعده به صورت موجبه جزئی باشد.

۸. عدم تبعیت مدلول تضمینی از مدلول مطابقی نیز فی الجمله اعتبار قاعده را ثابت می کند نه مطلقاً؛ زیرا ممکن است موانع دیگری وجود داشته باشد که مانع بقای اعتبار و دلالت بخشی از روایت شود.

۹. تبدیل و انحلال یک روایت به دو روایت هم قاعده را به صورت مطلق ثابت نمی کند، بلکه در مواردی که این انحلال مورد پذیرش عقلا باشد، کاربرد دارد. اما اعتبار فی الجمله از آن به دست می آید.

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

با توجه به بررسی های صورت گرفته می توان گفت از میان ادله نه گانه اقامه شده بر اعتبار قاعده تبعیض در حجیت، هفت دلیل آن بر اعتبار فی الجمله دلالت دارند و تنها دو دلیل اعتبار تبعیدی خبر واحد و قیاس اولویت، مفید نیست.

۲۵

محدوده قاعده

با توجه به پذیرش اعتبار فی الجمله قاعده، نوبت به بررسی محدوده قاعده می رسد؛ یعنی در چه مواردی می توان قاعده تبعیض در حجیت را جاری کرد. ابتدا به نظر می رسد مروری بر دیدگاه های تفصیلی درباره قاعده لازم باشد؛ زیرا این دیدگاه ها در واقع، نشان دهنده محدوده های مختلفی است که برای جریان قاعده از سوی فقها مطرح شده است.

۱. تفصیل بر اساس مبنای حجیت خبر واحد

در این دیدگاه، اگر دلیل حجیت خبر واحد سیره عقلایی باشد، تفکیک در

حجیت ناتمام است، اما بنابر تعبدی دانستن حجیت خبر واحد، تفکیک صحیح است؛ چون بنابر مبنای تعبد، دایره قاعده تبعیض در حجیت فراخ بوده و شامل تمام موارد می شود (مجدد شیرازی، ۱۴۰۹، ۳۱۲/۴؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۶، ۲۴۸؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۲۷۳/۲؛ منتظری، بی تا، ۶۸؛ خمینی، ۱۴۱۸، الخلل فی الصلاة، ۲۱۶).

این تفصیل ناتمام است؛ چون کنار گذاشتن قاعده بر اساس سیره عقلا ناتمام است؛ زیرا بر اساس سیره باید پذیرفت که در مواردی این قاعده جاری است و برای تعیین محدوده آن باید به سیره مراجعه کرد و موارد جریان قاعده را از موارد عدم جریان آن شناسایی نمود. همچنین بنابر مبنای تعبد، این گونه نیست که محدوده قاعده به صورت مطلق ثابت باشد؛ زیرا گذشت که این مبنا در اصل اعتبار قاعده کاربرد ندارد، چه برسد به تعیین محدوده آن، بلکه تنها مقام ثبوت و امکان را ثابت می کند. برای مقام اثبات و تعیین محدوده قاعده باید به ادله ای که ما را به حجیت خبر واحد متعبد کرده، مراجعه شود. ابتدا باید دید آیا ادله شامل حجیت در فرض تفکیک بین فقرات روایات هم می شود؟ اگر پاسخ مثبت است، ظهور ادله به چه میزان است؟

در هر حال، بنابر مبنای تعبد نیز باید به سیره مراجعه کرد؛ زیرا در این مبنا، سر و کار با ظهور ادله است که برای تعیین ظهور و میزان آن باید به عرف و عقلا مراجعه کرد که آیا ایشان، تفکیک در حجیت را از ادله برداشت می کنند؟ در صورت برداشت قاعده از ادله، ظهور ادله چه محدوده ای را شامل می شود؟

بنابراین، به نظر می رسد بنابر هر دو مبنا، نیازمند تعیین محدوده سیره عقلایی هستیم؛ چون عقلا بر اساس محدوده سیره خود، ادله را تحلیل و برداشت می کند.

۲. تفصیل بر اساس دلالت تضمینی تحلیلی و غیر تحلیلی

این تفصیل ناظر به این است که در دلالت تضمینی تحلیلی، تبعیض در حجیت صحیح نیست، اما در دلالت تضمینی غیر تحلیلی این قاعده جاری است (صدر، ۱۴۱۷، ۲۵۰/۷-۲۵۱). به علت این که دلالت تضمینی تحلیلی در واقع یک تحلیل عقلی است (تعدّد و استقلالی وجود ندارد) و تنها یک مدلول وجود دارد، لذا تبعیض در آن

بی معناست.^۱ اما دلالت تضمینی غیرتحلیلی، دلالتی است که دارای افراد واقعی، متعدد و مستقل است و تفکیک بین آنها معنا دارد. از نظر عقلا تفکیک در این موارد مشکلی ندارد.

۳. تفصیل بر اساس پیوسته یا ناپیوسته بودن بخش‌های یک دلیل

تفاوت این تفصیل با دیدگاه قبل این است که این نظر بر اساس وجود واقعی بخش‌های مختلف در روایت مطرح است؛ بدین گونه که آیا بخش‌های مختلف، از نظر دلالتی با یکدیگر مرتبط و پیوسته هستند یا خیر؟ اگر پیوسته‌اند، تفکیک بین آنها در حجیت صحیح نیست و با سقوط حجیت بخشی از روایت، تمام فقرات روایت دچار شک و اجمال می‌شود و از حجیت ساقط می‌گردد. اما اگر فقرات روایت مستقل و از نظر دلالتی بی‌ارتباط با یکدیگر باشند، سقوط حجیت از بخشی به بخش دیگر سرایت نمی‌کند و فقرات بدون اشکال، همچنان بر حجیت خود باقی می‌باشند (ر.ک: طباطبایی حکیم، بی تا، ۳۲۸/۵؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۱۴۰/۱۱-۱۴۱؛ مختاری و صادقی، ۱۴۲۶، ۱۰۳۶/۲) اما در تفصیل قبل به پیوستگی و ناپیوستگی بخش‌ها بی تفاوت و تنها به وجود واقعی بخش‌ها ناظر است؛ برای مثال، در روایتی از امام رضا علیه السلام درباره نفاس آمده است ((وَالنَّفَسَاءُ لَا تَقْعُدُ عَنِ الصَّلَاةِ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ يَوْمًا، فَإِنْ طَهَّرْتَ قَبْلَ ذَلِكَ صَلَّتْ)) (شیخ صدوق، ۱۳۷۸، ۱۲۵/۲). این روایت مشتمل بر دو بخش است که به لحاظ دلالتی پیوستگی با یکدیگر ندارند. بخشی از روایت، زمان حداکثری و بخشی دیگر زمان حداقلی را برای نفاس بیان می‌کند که می‌توان بین این دو بخش تفکیک کرد و هر چند نسبت به زمان حداکثری، روایت را معتبر ندانسته و ملتزم بدان نشده است، اما در بخش حداقلی، می‌توان روایت را معتبر دانست (طباطبایی حکیم، بی تا، ۳۲۸/۵).

واکاوی قاعده تبعیض
در حجیت

۱. مثلاً اگر شخص نقه‌ای خبر بدهد که زید در خانه است و ما یقین داریم که زید در خانه نیست، نمی‌توان گفت، به تحلیل عقلی، زید کلی انسان نیز هست. پس هر چند این خبر درباره وجود زید حجت نیست، اما نسبت به وجود کلی انسان در خانه، همچنان حجت است (صدر، ۱۴۱۷، ۲۵۰/۷-۲۵۱).

دیدگاه مختار

به نظر می‌رسد برای داوری میان انظار مطرح شده، می‌بایست به تحلیل سیره عقلایی پرداخت؛ زیرا دیدگاه حق در مسئله مبتنی بر شناسایی دقیق سیره است و تمام دیدگاه‌های مرتبط با قاعده تبعیض در حجیت، با سیره عقلایی مرتبط‌اند، حال، چه پیش‌فرض و مبنای آن‌ها حجیت خبر واحد از باب سیره عقلایی باشد که نظر مشهور بر این است یا چون سیره در تعیین مدلول و ظهورات ادله تبعیدی حجیت خبر واحد نقش ایفا می‌کند، بدان محتاجیم.

نسبت به سیره عقلایی چند نکته باید مورد توجه قرار گیرد:

۱. سیره عقلایی چه به‌عنوان دلیل بر حجیت خبر واحد و چه به‌عنوان ابزاری جهت استفاده از ادله تبعیدی، هیچ‌گونه پذیرش مطلق یا رد مطلق قاعده را به اثبات نمی‌رساند؛ چون هر چند وجود چنین سیره‌ای قطعی بوده و قابل انکار نیست، اما وجود اقوال مختلف در محدوده جریان سیره نسبت به قاعده، نشان می‌دهد اثبات یا رد مطلق به‌وسیله آن ناتمام است؛ در نتیجه، باید به قدر متیقن از سیره که برخی موارد به‌صورت فی‌الجمله است، اکتفا کرد؛ بنابراین، سیره عقلا - به‌صورت فی‌الجمله - وجود چنین قاعده‌ای را ثابت می‌کند. دیگر این که، وجود مواردی همچون جمع عرفی که نشان می‌دهد این تفکیک به هر حال در مواردی به‌صورت موجب جزئیة اتفاق افتاده است.

سیره به‌عنوان ابزار نیز مثبت و نافی قاعده به‌صورت مطلق نیست؛ چون با وجود ادله به‌ظاهر مطلق در حجیت خبر واحد که شامل موارد تفکیک در حجیت هم می‌شود، عرف و عقلا چنین اطلاقی را از ادله استفاده نکرده‌اند. اختلاف موجود بین علما در این بحث خود مؤید نبود برداشت اطلاقی از ادله است.

۲. سیره عقلایی دلیلی لئی است، و بر اساس قانون جاری در ادله لئی، باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و در موارد شک قابل تمسک نیست؛ لذا در تعیین محدوده قاعده تنها می‌توان به مواردی که قطعاً سیره در آن جاری است، تمسک کرد. با توجه به نکات بیان شده به نظر می‌رسد قدر متیقن از سیره عقلایی آن است

که اگر دلالت تضحی، غیرتحلیلی باشد و فقرات یک روایت نیز مستقل و دارای احکام مستقل باشند، تبعیض در حجیت پذیرفتنی بوده و این قاعده جاری است. برای مثال در نامه امام رضا^{علیه السلام} به مأمون تحت عنوان محض الاسلام، فقرات متعدد و احکام مختلفی در زمینه نماز، حج، غسل و... مطرح است (شیخ صدوق، ۱۳۷۸، ۱۲۱/۲-۱۲۷). این روایت دارای فقرات و مضامین متعددی است که هر یک مستقل و دارای احکام مستقلی است؛ لذا اگر بخشی از این روایت به هر دلیلی از اعتبار ساقط شود، بخش‌های دیگر روایت که مستقل هستند بر اعتبار و حجیت خوب باقی است و قابلیت تمسک را دارند.

اما اگر دلالت تضمینی تحلیلی باشد یا غیرتحلیلی مرتبط و دارای حکم واحد باشند، جریان سیره بر تفکیک اگر معلوم‌العدم نباشد، لااقل مشکوک است و با توجه به لُبّی بودن سیره، نمی‌توان در موارد مشکوک قاعده را جاری ساخت. این تفصیل با ادله هفت‌گانه اعتبار قاعده تبعیض در حجیت سازگار است؛ مثلاً در روایت «إِذَا تَطَوَّقَ الْهَلَالَ فَهُوَ لِلْيَلْتَنِ وَإِذَا رَأَيْتَ ظِلَّ رَأْسِكَ فِيهِ فَهُوَ لِثَلَاثَ لَيَالٍ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۱۲۴/۲). دو معیار برای تشخیص روز دوم و سوم ماه بیان شده است. درباره هر دو معیار مطرح شده اشکالاتی مطرح است. عده‌ای فقره اول را دچار اشکال دانسته و قائل‌اند این معیار به اجماع مورد پذیرش نیست (ر.ک: شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۱۲۴/۲ پاورقی) برخی نیز فقره دوم را خلاف واقع دانسته‌اند (مختاری و صادقی، ۱۴۲۶، ۱۰۳۶/۲).

با توجه به این که دو معیار مطرح شده در روایت مرتبط با یکدیگر و مترتب بر هم هستند (چون دو معیار برای دو روز پشت سر هم از ماه است)، تفکیک بین دو فقره جایز نیست و نمی‌توان برای مثال، بخش اول را که خلاف اجماع است، حجت ندانست و معیار دوم را حجت دانست یا بر عکس، معیار دوم را ناتمام دانست اما همچنان بر اعتبار روایت درباره معیار اول پای فشرده.

البته توجه به نکته زیر درباره قاعده تبعیض در حجیت نیز لازم است:

تبعیض در حجیت جایی صحیح است که متعلق حجیت، قابلیت تفکیک‌پذیری را داشته باشد؛ بنابراین، مثلاً این که در اخبار من بلغ بین لزوم انجام و منع از ترک تفکیک قائل شده و قائل شویم اخبار من بلغ تنها بخش اول را ثابت می‌کند

(استحباب)، در صورتی معنا دارد که معنای وجوب مرکب فرض شود. اما اگر وجوب دارای معنای بسیط باشد، دیگر متعلق، قابلیت تبعیض را ندارد (نورمفیدی، ۱۳۸۴، جلسه ۲۲).

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با بررسی‌های صورت گرفته نتایج ذیل نسبت به قاعده تبعیض در حجیت حاصل می‌شود.

۱. قاعده دارای خاستگاه‌های مختلفی در علم اصول است که یکی از آن‌ها تبعیض به لحاظ مدلول تضمینی ادله است.

۲. قاعده دارای هیچ‌گونه محذور عقلی و ثبوتی نیست.

۳. به لحاظ دلالتی، ادله هفت‌گانه‌ای بر اثبات قاعده وجود دارد که حجیت آن‌را فی‌الجمله ثابت می‌کند.

۴. سیره عقلا در تعیین محدوده قاعده بر اساس تمامی دیدگاه‌ها نقش بسزایی داشته و کلید اصلی تعیین محدوده این قاعده است.

۵. دیدگاه حق درباره قاعده تبعیض در حجیت مدلول تضمینی، دیدگاه تفصیلی است؛ بدین صورت که اگر دلیل دارای دلالت تضمینی غیرتحلیلی بوده و فقرات آن نیز مستقل و دارای احکام جداگانه باشند، چنین تبعیضی صحیح و پذیرفتنی است، اما اگر دلالت تضمینی تحلیلی بوده یا فقرات با یکدیگر پیوسته باشند، قاعده جاری نیست.

۶. قابلیت تبعیض‌پذیری دلیل نیز از دیگر نکات مورد توجه در جریان قاعده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۳۰

منايع و مأخذ

١. آخوندخراساني، محمدكاظم، (١٤٠٩ق). كفاية الأصول، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
٢. آملی، ميرزا محمدتقی، (١٣٨٠ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران: مؤلف.
٣. آملی، ميرزاهاشم، (١٣٩٥ق). مجمع الأفكار و مطرح الأنظار، مقرر: محمدعلی اسماعیل پور قمشه ای، قم: المطبعة العلمية.
٤. —، (١٤٠٦ق). المعالم المأثورة، مقرر: محمدعلی اسماعیل پور قمشه ای، قم: مؤلف الكتاب.
٥. ابن بابويه (شيخ صدوق)، محمد بن علی، (١٤١٣ق). من لا يحضره الفقيه، مصحح: علی اكبر غفاری، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
٦. اراکی، محمدعلی، (١٣٧٥). أصول الفقه، قم: مؤسسه در راه حق.
٧. اصفهانی، محمدتقی، (١٤٢٩ق). هداية المسترشدين، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
٨. انصاری، مرتضی، (١٤١٦ق). فرائد الأصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين بقم.
٩. بروجردي، سيدحسين طباطبائي، (١٤١٦ق). البدر الزاهر في صلاة الجمعة والمسافر، مقرر: حسين علی منتظري، قم: دفتر حضرت آية الله.
١٠. جزايری، محمدجعفر، (١٤١٥ق). منتهی الدراية في توضيح الكفاية، قم: مؤسسه دار الكتاب.
١١. جمعی از پژوهشگران، (١٤٢٣ق). موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليه السلام، زیر نظر سيد محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت عليه السلام.
١٢. حسینی روحانی، سيد محمد، (١٤١٣ق). منتقى الأصول، مقرر: عبدالصاحب حکيم، قم: دفتر آيت الله سيد محمد حسینی روحانی.
١٣. حسینی شیرازی، سيدصادق، (١٤٢٦ق). بيان الفقه في شرح العروة الوثقی: الاجتهاد و التقليد، قم: دار الانصار.
١٤. —، (١٤٢٧ق). بيان الأصول، قم: دار الانصار.
١٥. حسینی میلانی، سيدعلی، (١٤٢٨ق). تحقيق الأصول، قم: الحقائق.
١٦. حکيم، سيد محمد سعيد طباطبائي، (١٤١٤ق). المحکم في أصول الفقه، قم: مؤسسة المنار.
١٧. —، (١٤٢٥ق). مصباح المنهاج: كتاب الصوم، قم: دار الهلال.
١٨. —، (١٤٣١ق). التنقيح، بيروت: مؤسسه الحكمة الثقافه الاسلاميه.

۱۹. —، (بی تا). **مصباح المنهاج: کتاب الطهارة**. قم: مؤسسة المنار.
۲۰. حکیم، سید محسن طباطبائی، (۱۴۱۶ق). **مستمسک العروة الوثقی**، قم: مؤسسة دار التفسیر.
۲۱. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن، (۱۴۲۳ق). **معارج الأصول**، لندن: مؤسسة إمام علی علیه السلام.
۲۲. حلی، حسین، (۱۴۳۲ق). **أصول الفقه**، قم: مکتبه الفقه و الاصول المختصه.
۲۳. خرازی، محسن، (۱۴۲۲ق). **عمدة الأصول**، قم: مؤسسه در راه حق.
۲۴. خمینی، سیدروح الله موسوی، (۱۴۲۱ق). **کتاب الطهارة**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۵. خمینی، سیدمصطفی، (۱۴۱۸ق). **الخلل فی الصلاة**، مصحح: گروه پژوهش مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۶. —، (۱۴۱۸ق). **تحریرات فی الأصول**، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۷. خویی، سیدابوالقاسم موسوی، (۱۴۲۸ق). **غایة المأمول**، مقرر: محمدتقی جواهری، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۸. خویی، سیدابوالقاسم موسوی، (۱۴۲۲ق). **مصباح الأصول**، مقرر: محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی علیه السلام.
۲۹. شیخ صدوق، محمد بن علی، (۱۳۷۸ق). **عیون أخبار الرضا علیه السلام**، مصحح: مهدی لاجوردی، تهران: نشر جهان.
۳۰. صالحی مازندرانی، اسماعیل، (۱۴۲۴ق). **مفتاح الأصول**، قم: صالحان.
۳۱. صدر، سیدمحمدباقر، (۱۴۰۸ق). **مباحث الأصول**، مقرر: کاظم حسینی حائری، قم: مطبعة مرکز النشر - مکتب الإعلام الإسلامی.
۳۲. —، (۱۴۱۷ق). **بحوث فی علم الأصول**، مقرر: حسن عبد الساتر، بیروت: الدار الاسلامیه.
۳۳. —، (۱۴۱۷ق). **بحوث فی علم الأصول**، مقرر: سید محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۳۴. صرامی، سیف الله، «استناد به ادله ظنی در اصول فقه»، **کاوشی نو در فقه**، ۱۳۹۲، سال ۲۰، شماره ۱، بهار، صص ۴-۲۰.
۳۵. صنقور، محمد، (۱۴۲۸ق). **المعجم الأصولی**، بی جا: منشورات الطیار.
۳۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، (۱۴۱۴ق). **غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد**، محقق: رضا مختاری، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۳۲

۳۷. عراقی، ضیاء الدین، (۱۴۱۱ق). **منهاج الأصول**، تقریر: محمدابراهیم کرباسی، بیروت: دار البلاغة.
۳۸. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۳۰ق). **دراسات في الأصول**، مقرر: صمدعلی موسوی، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار عليه السلام.
۳۹. قمی (میرزای قمی)، ابوالقاسم، (۱۴۳۰ق). **القوانين المحكمة في الأصول**، قم: إحياء الكتب الإسلامية.
۴۰. مجدد شیرازی، محمدحسن، (۱۴۰۹ق). **تقريرات آية الله المجدد الشيرازي**، تقریر: مولی علی روزدری، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۴۱. محقق داماد، سیدمحمد، (۱۳۸۲). **المحاضرات (مباحث اصول الفقه)**، تقریر: سید جلال الدین طاهری اصفهانی، اصفهان: مبارک.
۴۲. محمدی، علی، (۱۳۸۷). **شرح رسائل**، قم: دار الفکر.
۴۳. مختاری، رضا و صادقی، محسن، (۱۴۲۶ق). **رؤیت هلال**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۴. مصطفوی، محمدکاظم، (۱۴۲۶ق). **القواعد الفقهية**، قم: مرکز العالمی للدارسات الاسلامیه.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸ق). **انوار الأصول**، مقرر: احمد قدسی، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب عليه السلام.
۴۶. منتظری، حسین علی، (۱۴۲۸ق). **کتاب الصوم**، قم: انتشارات ارغوان دانش.
۴۷. منتظری، حسین علی، (بی تا). **کتاب الحدود**، قم: دار الفکر.
۴۸. نورمفیدی، سیدمجتبی، (۱۳۸۴). **درس خارج: جلسه ۲۲**، به آدرس: <http://www.m-noormofidi.com/print2.asp?id=2854>
۴۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۰۸ق). **بحوث في شرح العروة الوثقى**، قم: مجمع الشهيد آية الله الصدر العلمي.
۵۰. همدانی، رضا، (۱۳۷۷ق). **الفوائد الرضوية على الفرائد المرتضوية**، تهران: کتاب فروشی جعفری تبریزی.

Jostar- Hay Fiqhi va Usuli
(Jurisprudence and Principles of Jurisprudence) (JFU)

Vol 6 ; No 18 ; Spring 2020

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

Revisiting the Reasons and Documentations for the Rule of “Alwilāyatol Khāsah Aqwā minanwilāyatol ‘Āmah” from a Comparative Perspective¹

Doi:10.22081/jrj.2019.53023.1600

Maryam Gholami Zeynabad

(M.A Student of Jurisprudence and Islamic Law at Ferdowsi University of Mashhad, Iran); E mail: ma.gholamizainabad@mail.um.ac.ir

Hossein Saberi

(Professor of Jurisprudence and Islamic Law at Ferdowsi University of Mashhad (FUM), Mashhad, Iran) (Corresponding Author). E mail: saberi@um.ac.ir

Mohammad Taqi Fakhlaei

(Professor of Jurisprudence and Islamic Law at Ferdowsi University of Mashhad (FUM), Mashhad, Iran) E mail: fakhlaei@ferdowsi.um.ac.ir

Received in: 2018/12/23

Accepted in: 2019/05/04

Revisiting the Reasons and Documentations for the Rule of “Alwilāyatol Khāsah Aqwā minanwilāyatol ‘Āmah” from a Comparative Perspective

35

Abstract

The Rule of “Alwilāyatol Khāsah Aqwā minanwilāyatol ‘Āmah” is among the jurisprudential rules based on which some Sunni scholars have cited in secondary jurisprudential rules. By virtue of this rule, there is a relationship between the guardian and what is under his guardianship that enjoys such solidarity and dominance that in spite of his presence there would be no right of interference and oc-

1. Saberi , H (2020) ;Revisiting the Reasons and Documentations for the Rule of “Alwilāyatol KhāsahAqwā minanwilāyatol ‘Āmah” from a Comparative Perspective; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 35-68 – doi: 10.22081/jrj.2019.53023.1600

cupation for the general guardian in the realm of special guardian's guardianship. In the present study, first, the hadiths cited by Sunni jurists have been analyzed and examined as evidence of this rule, then other arguments have been expressed as customary confirmations and some have been criticized. Likewise, this paper has stated and proved the rule of "Al-aqrabo Yamnaol Ab'ad", a rule which is stated by Imamiyah jurists on the heritage issue and no one has criticized this rule. Finally, the narrations of "Lahmeh" and "Assoltan walion man lâ waliya lah" and the rule of "Al-aqrabo Yamnaol Ab'ad" have been the approved reasons for proving this rule.

Keywords: Guardianship, special guardianship, general guardianship.

بازخوانی ادله و مستندات قاعده «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»^۱

مریم غلامی زیناباد^۲

حسین صابری^۳

محمدتقی فخلعی^۴

چکیده

بازخوانی ادله و مستندات
قاعده «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

قاعده «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة» از جمله قواعد فقهی است که برخی از علمای اهل تسنن در فروع فقهی به آن استناد نموده‌اند. به موجب این قاعده ارتباط بین ولی خاص و آنچه تحت ولایتش است، از چنان قوت و استیلائی برخوردار است که با وجود او حق هیچ‌گونه دخل و تصرفی برای ولی عام در محدوده ولایت ولی خاص وجود ندارد. در جستار حاضر، ابتدا به تحلیل و بررسی احادیث مورد استناد فقهای اهل تسنن به‌عنوان ادله قاعده مزبور پرداخته شده، سپس سایر ادله تحت عنوان مؤیدات عرفی بیان شده و برخی مورد نقد قرار گرفته است. همچنین این مقاله به قاعده «الأقرب يمنع الأبعد» که از سوی فقهای امامیه در باب میراث بیان شده و کسی به‌عنوان دلیلی بر این قاعده متعرض آن نشده تبیین شد و در پی اثبات آن برآمده است. در نهایت، روایت «لحمه» و

۳۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۰۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۱۴ (متخذ از پایان‌نامه کارشناسی ارشد)

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی. مشهد-ایران؛ رایانامه: ma.gholamizainabad@mail.um.ac.ir

۳. استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی. مشهد-ایران، (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: saberi@um.ac.ir

۴. استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی. مشهد-ایران؛ رایانامه: fakhlaei@um.ac.ir

روایت «السلطان ولیّ من لا ولیّ له» و نیز قاعده «الأقرب یمنع الأبعد» به‌عنوان دلایلی پذیرفتنی برای اثبات قاعده معرفی شده است.

کلید واژه‌ها: ولایت، ولایت خاصه، ولایت عامه.

مقدمه

قواعد فقهی از جایگاه ارزشمندی در آموزش و پژوهش‌های فقهی برخوردارند و نقش مهمی در فرایند استخراج حکم شرعی دارند. تقدم ولایت خاصه بر عامه به‌مثابه قاعده فقهی است که تعدادی از علمای اهل تسنن آن را تحت عنوان «الولاية الخاصة أقوی من الولاية العامة» در زمره قواعد فقهیه گنجانده‌اند. این قاعده بیان می‌دارد در تعارض رأی و نظر صاحب ولایت خاصه و ولایت عامه، امر و فرمان ولیّ خاص صائب است و رأی او مقدم بر رأی و نظر ولیّ عام است، و ولی عام تا زمانی که ولیّ خاص وجود دارد یا به دلیلی ولایت از او ساقط نشده است، حق ندارد در محدوده ولایت ولیّ خاص اعمال ولایت کند. فقهای شیعه از این قاعده به نحو مستقل بحث نکرده و به‌عنوان یک قاعده کمتر بدان توجه نموده‌اند، اما به‌صورت یک گزاره فقهی و با تقریر «الأقرب یمنع الأبعد» مورد عنایت آن‌ها بوده است. همچنین در فروع فقهی مانند بحث تجهیز میت، تصرف در اموال و دارایی محجوران، نکاح، قصاص و دیات به‌ویژه در مبحث وقف، به مضمون آن تمسک کرده‌اند. پرسش اصلی این است که آیا دلیل محکم و قوی وجود دارد تا توانایی اثبات این گزاره را به‌عنوان یک قاعده فقهی داشته باشد؟ در نوشتار حاضر، مدارک و مستندات این قاعده جمع‌آوری و بررسی شده است و با تحلیل مدارک و مستندات این قاعده که افزون بر واکاوی مسئله، ادبیات شیعی نیز تقویت می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۳۸

مفاهیم و تعاریف

ریشه لغوی «ولایت» از «ولی» به‌معنای قرب، اتصال و پیوند دو یا چند شیء است که از پیوند عمیق دو شیء ولایت پدید می‌آید (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۸۸۵). در تعریف لغوی ولایت، برخی بین ولایت به کسر «واو» با ولایت به فتح «واو»

تمیز قائل شده‌اند. علامهٔ بحر العلوم با استناد به دو کتاب لغت معتبر قاموس و مجمع‌البحرین ولایت را مصدر به معنای «نصرت و ربوبیت» و ولایت را به معنای «امارت و سلطنت» دانسته و معنای اصطلاحی را با معنای دوم سازگارتر دانسته است. وی می‌نویسد: «ولایت عبارت است از سلطه‌ای که شخص بر جان یا مال دیگری پیدا می‌کند و تفاوتی نمی‌کند که این سلطه عقلی باشد یا شرعی و یا بر جان باشد یا مال یا هر دوی آن‌ها و اینکه این سلطه به واسطه اصل باشد یا عارضی (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۲۱۰/۳). ولایت از جهات مختلف تقسیم‌بندی شده است؛ به این صورت که به اعتبار اصلی که از آن صادر شده، به ولایت ذاتیه و ولایت مکتسبه (حمیدانی، ۱۴۱۳، ۱۳۸) و به اعتبار موضوع یا متعلق به ولایت بر اشخاص و ولایت بر اشیا، و به اعتبار مولی‌علیهم یا از جهت تولیت به ولایت عامه و ولایت خاصه تقسیم می‌شود (واصل، ۱۴۲۲، ۱۰). از آنجایی که تقسیم‌بندی به جهت مولی‌علیه محل و بحث این نوشتار است، فقط به تعریف آن می‌پردازیم و از ذکر بقیه خودداری می‌کنیم.

اگر ولایت از جهت مولی‌علیهم عمومیت داشته باشد یا اینکه همه شئون مولی‌علیهم را شامل شود، «ولایت عامه» نام دارد (حمیدانی، ۱۴۱۳، ۱۳۸-۱۳۹).

اگر ولایت به مولی‌علیهم خاصی منحصر باشد یا ولایت مختصّ به شأن خاصی از شئون مولی‌علیهم باشد، «ولایت خاصه» گویند؛ بنابراین، صاحبان این ولایات چهار دسته‌اند:

۱. کسی که ولایت عامه در عموم امور (مولی‌علیه) دارد؛ مانند ولایت امام، سلطان و حاکم؛
 ۲. کسی که ولایت عامه در اعمال خاصه دارد؛ مانند ولایت قاضی و ولایت حاکم بنا بر قول کسانی که ولایت حاکم را فقط مختص امور حسبیه می‌دانند؛
 ۳. کسی که ولایت خاصه در عموم امور (مولی‌علیه) دارد؛ مانند پدر و جد پدری؛
 ۴. کسی که ولایت خاصه در امور خاصه دارد؛ مانند ولایت ولد اکبر نسبت به فوت پدر، وصی و نقیب (حمیدانی، ۱۴۱۳، ۱۳۸-۱۳۹).
- با توجه به تقسیم‌بندی بالا می‌توان ولی خاص و عام را این چنین تعریف کرد: ولی

خاص کسی است که اداره تمام امور یا بعضی از امور اشخاص معین را در چارچوب قانون بر عهده دارد؛ برای مثال، پدر و جد پدری اداره تمام امور فرزندان صغیر، مجنون یا سفیه خود را بر عهده دارند. ولد اکبر تنها نسبت به نماز و روزه فوت شده میت ولایت دارد. ولی عام کسی است که اداره تمام امور یا بعضی از امور مربوط به عموم افراد را در حد قانون انجام می‌دهد. از آن جمله حفظ حقوق صغار، مجانین و افراد سفیه در صورت نداشتن ولی خاص بر عهده اوست.

پیشینه قاعده

خاستگاه این قاعده فقه اهل تسنن است که در اشباه و نظایر و کتب قواعد فقهی به عنوان قاعده‌ای مستقل مطرح شده است و فقهای عامه در فروع مهم فقهی با ذکر این قاعده و استناد به آن به استنباط احکام پرداخته‌اند. این قاعده برای اولین بار از سوی بدرالدین محمد بن بهادر شافعی معروف به زرکشی (۱۴۰۵، ۳/۳۴۵) به صورت نص بیان شده است. بعد از او سیوطی (۱۴۱۱، ۱/۱۵۴)، ابن نجیم (۱۴۱۹، ۱/۱۳۳) مفصل‌تر به شرح و توضیح آن پرداخته‌اند. ابن عابدین (۱۴۱۲، ۴/۳۷۴ و ۳۸۳) نیز با تعبیر «الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة» به آن فتوا داده است. از دیگر فقهای اهل تسنن و نویسندگان قواعد فقه که به این قاعده پرداخته‌اند، می‌توان شیخ احمد زرقا (۱۴۰۹، ۱/۳۱۱)، زحیلی (۱۴۲۷، ۱/۴۸۶) و خواجه امین‌افندی (۱۴۱۱، ۱/۵۸) را نام برد؛ بنابراین، شیوع و شهرت آن در میان فقهای اهل تسنن انکارناپذیر است، اما با جست‌وجو و دقت در منابع فقه شیعه به شواهد اندکی از آن دست می‌یازیم. محقق ثانی در جامع المقاصد در باب اولیای عقد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱۲/۱۰۳) به این قاعده اشاره کرده است. کاشف‌الغطاء نیز در تحریرالمجلة در ماده ۵۹ (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ۱/۴۱) آن را ذکر کرده است.

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۴۰

مستندات قاعده

مدارک و مستندات که برای اثبات قاعده مورد بررسی قرار گرفته در دو دسته کلی روایات و دلایل عرفی به شرح ذیل جای می‌گیرند. ناگفته نماند که بیشتر این

ادله از سوی فقهای اهل تسنن در اثبات قاعده مورد تصریح قرار گرفته است.

۱. روایات

در مستندات قاعده از سنت، علمای اهل تسنن به روایاتی استناد کرده‌اند که در ادامه هر یک را به‌طور مشروح بررسی می‌کنیم.

روایت اول

روایت معروف به روایت «کلکم راع» روایتی است که عمر بن خطاب آن را از پیامبر اکرم ﷺ بیان کرده است. این روایت در کتب روایی اهل تسنن به دو صورت زیر آورده شده است:

«حَدَّثَنِي نَافِعٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «كُلُّكُمْ رَاعٍ فَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ».

(بخاری، ۱۴۲۲، ۳/۱۵۰؛ مسلم بن حجاج، بی تا، ۳/۱۴۵۹)؛ همه شما نگهبان و زمامدارید و نسبت به زیردستان خود مسئول هستید. پس امیر و امام نسبت به اهل مملکت خود مسئولیت دارد، مرد رئیس و سرپرست خانواده است و نسبت به اهل خانه مسئولیت دارد، زن نگهبان خانه شوهر و فرزندان اوست و نسبت به آنها مسئولیت دارد، عبد نسبت به اموال مولای خود نگهبان و مسئول است.

این روایت به گونه‌ای دیگر و با همین مضمون نیز در صحیح بخاری آمده است و تنها تفاوت مهم آن در سلسله راویان حدیث است. این روایت در منابع حدیثی دیگری مانند سنن ابی داود (ابوداود، بی تا، ۳/۱۳۰)، سنن ترمذی (ترمذی، ۱۹۹۸، ۳/۲۶۰) با چنین مضمونی وارد شده است.

بررسی سند حدیث

در کتاب تطریز ریاض الصالحین نویسندگان بعد از بیان حدیث در ابواب مختلف مانند حقوق زوج بر زوجه، مشروعیت تأدیب و تعلیم کودک توسط ولی و فرمان به

ولایة امر بر وفق و مدارا نسبت به رعایا بر اتفاق نظر علما بر این حدیث خبر می‌دهد (آل‌المبارک، ۱۴۲۳، ۲۰۷/۱، ۲۱۵ و ۴۲۵). سیوطی بعد از بیان این مطلب که احمد، بخاری، مسلم، ابوداود و ترمذی این حدیث را از ابن عمر نقل کرده‌اند، می‌نویسد: «و قال: حسن صحیح» (سیوطی، بی‌تا، ۳۸۲/۱۵). در شرح سنن ابی داود نیز راویان حدیث در طریقه دوم یعنی مالک بن انس، عبدالله بن دینار و عبدالله بن عمر ثقه و مورد اعتماد معرفی شده‌اند (شرح سنن ابی داود، بی‌تا، ۴/۳۴۵). بحرانی از فقهای امامیه نیز می‌گوید: «این حدیث نبوی ﷺ بین فریقین مشهور است و فریقین بر ثبوت آن اتفاق نظر دارند» (آل‌عصفور، بی‌تا، ۲۳۸/۱۱). علاوه بر این، ذکر حدیث در صحیح بخاری، صحیح مسلم، سنن ابی داود و سنن ترمذی می‌تواند دلیلی بر صحت سندی حدیث باشد.

مفاد حدیث

دو کلمه «راعی» و «رعیت» از ریشه «رعی» است و مصدر آن «رعایت» می‌باشد که در لغت عربی در اصل به معنای مراقبت و نگهداری، غذا دادن و رسیدگی یا تیمار و سرپرستی حیوان در جهت حمایت از اوست. به کسی که این وظیفه را بر عهده دارد، راعی گفته می‌شود. در لسان‌العرب «الرعی» مصدر رعایا به معنای حفاظت کردن، مراقبت کردن، مواظبت کردن آمده است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ۱۴/۳۲۵). در شرح حدیث گفته شده است که «کلکم راع» به معنای حافظ و امانت‌دار است و اصل کلمه «راع»، راعی بوده از رعی، رعی، رعایت گرفته شده، ولی به دلیل ثقل ضممه بر یاء، ضممه تبدیل به ساکن شده و بعد یاء به دلیل التقاء ساکنین حذف شده است (بدر العینی، بی‌تا، ۱۶۸/۲۰؛ قسطلانی، ۱۳۲۳، ۷۹/۸). به نظر می‌رسد منظور از رعایت همان ولایت است همان‌گونه که آمده است: «و راعی القوم من ولی علیهم» یعنی راعی قوم همان کسی است که بر آن‌ها ولایت دارد (مجلسی، ۱۴۰۳، ۸۲/۳۴) خطاب پیامبر ﷺ در بیان این روایت عام است؛ چرا که لفظ «کل» بر عموم و استغراق دلالت دارد و برای عموم وضع شده است؛ لذا «کلکم راع» لفظی عام است که طبق آن بر هر راعی واجب است که در جلب مصالح رعیت خود بکوشد و ضرر را از او دور نماید و امور دینی و دنیایی آن‌ها را اقامه نماید؛ زیرا مقصود از امارت، خلافت و ولایت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۴۲

رعایت مصلحت است. لفظ «امام» و «امیر» نیز خلیفه و تمام امرایی که خلیفه برای نواحی و سرزمین‌های مختلف تعیین کرده را شامل می‌شود؛ بنابراین، لفظ راعی و رعیت نسبی هستند؛ یعنی افراد می‌توانند از سویی در مرتبه راع و از سویی در مرتبه رعیت قرار گیرند؛ یعنی انسان از طرفی دارای نفوذ و ولایت نسبت به دیگران است و از طرف دیگر خود نیز در جایگاه مولی علیه قرار می‌گیرد. مرد خانواده نیز که ولایت خاصه دارد در برابر همسران و اولاد خود مسئول است. زن نیز در خانه شوهر و عبد نسبت به مال سید خود مسئول‌اند؛ بنابراین، بین رعایت و مسئولیت پیوند برقرار است، به این صورت که اگر راعی نسبت به آنچه تحت ولایتش قرار داده شده، خیانت ورزد روز قیامت مؤاخذه خواهد شد. تفصیل بیان شده در وسط روایت به‌منظور ذکر نمونه و مصادیقی از اولیاست و اصناف چهارگانه هیچ‌گونه دلالتی بر کلیت و انحصار در این موارد ندارند؛ لذا به تمام افرادی که مسئولیتی بر عهده دارند، تعمیم داده می‌شود. «فکلکم راع» در ذیل حدیث جواب شرط است. حدیث با لفظ عام «کلکم راع» شروع شده، سپس تفصیل موارد بیان شده و به همین جمله تعمیم نیز ختم شده است. این تکرار بر تأکید امر ولایت دلالت دارد (شرح سنن ابی داود، بی‌تا، ۳/۳۴۵).

بازخوانی ادله و مستندات
قاعده «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

۴۳

استناد به حدیث

حدیث راع در باب امر به معروف و نهی از منکر (منتظری، ۱۴۰۹، ۲/۲۳۳)، ولایت حاکم (سبحانی، ۱۴۲۳، ۳/۴۳۷)، ولایت مؤمنین (منتظری، ۱۴۰۹، ۱/۷۷)، ولایت پدر بر تربیت و تأدیب فرزند (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۱/۱۳۰؛ انصاری، ۱۴۲۹، ۳/۲۸۱ و ۴۳۰؛ عثیمین، ۱۴۲۲، ۱۴/۱۰۳؛ زحیلی، بی‌تا، ۹/۶۸۵۴) و ... مورد استناد فریقین قرار گرفته است. امام خمینی (۱) در صحیفه هر جا سخن از سرپرستی و مسئولیت است، در موارد بسیاری به این حدیث استناد کرده است (خمینی، ۱۳۸۹، ۱۰/۱۱۰؛ ۱۲/۴۱۶؛ ۲۱/۴۸۳). علامه جعفری نیز یکی از مدارک و مستندات مسئولیت افراد مورد اجتماع جامعه را حدیث راع ذکر می‌کند و می‌نویسد: «برای مثال، عدم پیشگیری از بزهکاری کودکان خود جرمی است که یکی از مقامات سه‌گانه (رئیس خانواده، حاکم و افراد مورد اجتماع جامعه) به‌ترتیب مسئول خواهند بود». (جعفری تبریزی، ۱۴۱۹، ۲۸۴).

عبدالعزیز مطرودی برای اثبات قاعده به این روایت تمسک جسته است، اما کیفیت استدلال به حدیث را مطرح نمی‌کند، تنها بیان می‌دارد که صاحب ولایت خاصه، راعی و نگهبان است و او در برابر مولی‌علیهم مسئول است؛ لذا تصرف در محدوده ولایتی که به او اختصاص دارد نافذ نیست (مطرودی، ۱۴۱۷، ۱/۷۷).

با تتبع در کتب فقهی فریقین، روشن شد که کسی جز عبدالعزیز برای اثبات قاعده به این روایت تمسک نکرده است. به‌زعم نویسندگان، این روایت می‌تواند دلیلی برای اثبات انواع ولایت‌های شرعی قرار گیرد و مطالب زیر از آن استنتاج شود:

- نوعی تعهد و مسئولیت مشترک میان افراد؛

- تعریفی از مسئولیت هر فرد؛

- امکان قرار گرفتن هر فرد در جایگاه راعی یا رعیت؛

- تفاوت محدوده مسئولیت بر حسب اختلاف راعی و رعیت؛ یعنی ممکن است

مسئولیت دایره وسیعی را در برگیرد یا محدود باشد. این روایت، به هیچ وجه در مقام بیان رتبه راعیان نسبت به یکدیگر نیست تا از آن اقوی بودن و تقدم استخراج شود.

«کلکم راع» به لحاظ ظاهر ادبی، مضمون، محتوا و استناد عمومیت دارد؛ ولایت

خاصه و ولایت عامه هر دو را شامل می‌شود و اولیای خاص و عام هر کدام مصداقی

از راعی به‌شمار می‌روند؛ به عبارت دیگر، بحث ما درباره محدوده خاصی از ولایت

یعنی اولویت ولی خاص بر ولی عام است؛ مانند اولویت پدر بر فرزند نسبت به

ولایت حاکم بر این فرزند، اما روایت «کلکم راع» مطلق ولایت‌های شرعی را ثابت

می‌کند، خواه این ولایت، ولایت خاصه یا ولایت عامه باشد، ولی اقوی بودن و مقدم

بودن ولی خاص بر ولی عام را ثابت نمی‌کند؛ بنابراین، استدلال اعم از مدعاست و به

درد اثبات این مدعا نمی‌خورد؛ چرا که به لحاظ منطقی دلیل نباید اعم از مدعا باشد؛

لذا ایشان تا زمانی که نتوانند اثبات کنند به چه دلیلی این روایت می‌تواند مستند قاعده

قرار گیرد، این استناد محل بحث است.

روایت دوم

«أَخْبَرَنَا أَبُو يَعْلَى، قَالَ: قُرِيَ عَلَى بَشْرِ بْنِ الْوَلِيدِ، عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ إِبرَاهِيمَ، عَنْ

عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ إِبْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كُلِّحِمَّةٍ النَّسَبِ، لَا يَبِيعُ وَلَا يُوْهَبُ» (ابن بلبان، ۱۴۱۴، ۱۱/۳۲۶؛ حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱، ۴/۳۷۹)؛ پیوند و خویشی ناشی از ولاء همانند پیوند و خویشی ناشی از نسب است؛ نه فروخته می شود و نه بخشیده می شود.

بررسی سند حدیث

این روایت در کتب حدیثی اهل تسنن از جمله مسند شافعی (شافعی، ۱۴۰۰، ۱/۳۸۸؛ صحیح ابن حبان (ابن بلبان، ۱۴۱۴، ۱۱/۲۵)؛ مستدرک علی الصحیحین (حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱، ۴/۳۷۹) آمده است. ابو عبد الله حاکم معروف به «ابن البیع» بعد از بیان روایت بر صحت سند حدیث تصریح می کند (حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱، ۴/۳۷۹). در منابع مهم حدیثی شیعه نیز در من لایحضر الفقیه (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۳/۱۳۳)، الاستبصار (طوسی، ۱۳۹۰، ۴/۲۴) و تهذیب الاحکام (طوسی، ۱۴۰۷، ۸/۲۵۵)؛ الوافی (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ۲۵/۹۴۱) و وسائل الشیعه (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۳/۷۵) از سکونی به نقل از امام محمد باقر علیه السلام ذکر شده است.

بازخوانی ادله و مستندات
قاعده «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

۴۵

مفاد حدیث

کلمه «الولاء» همانند ولایت، ولی، والی، مولا، از ریشه «و-ل-ی» است. ولاء خود بر دو نوع است: ولاء عتق که سبب این نوع ولایت به نظر جمهور فقها آزادی بنده (اعتاق) است و دیگر ولاء موالات که سبب آن عقدی است که بین دو نفر جاری می شود و وقتی گفته می شود بین دو نفر ولاء است؛ یعنی بین این دو نفر قرابتی وجود دارد که حاصل از عتق یا موالات است (قونوی، ۱۴۲۴، ۱/۹۸). لحمه به ضم آن به معنای قرابت است (فیومی، بی تا، ۲/۵۵۱). در تاج العروس نیز چنین آمده است: «می گویند: بین دو نفر پیوند نسبی است یعنی قرابت و این معنای مجازی است مثل حدیث: «الولاء لحمه کلحمه النسب» (زبیدی، ۱۴۱۴، ۳۳/۴۰۳). «لایباع و لایوهب» ولاء در اینجا به منزله قرابت است که همان طور که انفصال از قرابت ممکن نیست، انفصال از ولاء نیز امکان پذیر نیست (مناوی، ۱۴۰۸، ۲/۴۸۶). گفته شده

است که پیامبر ﷺ با این روایت شرعاً حقیقت ولاء را بیان کرده است؛ بدین معنا که بین معتق و عتیق نسبتی است شبیه ارتباط نسبی و وجه شبه این است که عبد تا هنگامی که رق و دربند مولای خود است، فی نفسه معدوم است و مولای معتق با آزاد کردنش به او وجود می‌بخشد، همان‌طور که فرزند معدوم است و پدر سبب وجود اوست (زرقانی، ۱۴۲۴، ۱۶۳/۴).

استناد به حدیث

حدیث لحمه یکی از احادیث نبوی است که بیشتر در باب استحقاق ارث مورد استناد قرار گرفته است و مسائل مربوط به ولاء عتق، ولاء ضمان جریره و... را شامل می‌شود. فقهای شیعه و اهل تسنن در اسباب استحقاق ارث، با استناد به روایت یادشده یکی از سه سبب ارث بردن را ولاء بر شمرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، ۷۹/۴؛ شافعی، ۱۴۱۰، ۸۱/۴؛ ابن نجیم، بی‌تا، ۵۵۶/۸؛ صاوی، بی‌تا، ۵۷۵/۴؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۴۰۹/۶؛ ۴۳۲/۱۶).

محمد خرسی از فقهای مالکی تنها کسی است که برای اثبات قاعده به این روایت استناد کرده است. او در شرحی که بر مختصر خلیل دارد، در باب نکاح، ابتدا اولیای خاص بر نکاح را رتبه‌بندی می‌کند، سپس در بحث از ولایت حاکم می‌نویسد: «ولایت حاکم یعنی قاضی به لحاظ رتبه از ولایت خاصه متأخر است. در صورتی که یکی از اولیای خاص موجود نباشد، قاضی بعد از احراز تمام مواردی که اثبات آن لازم است، دختر را تزویج می‌کند. مرتبه حاکم از مرتبه مولا متأخر است، به دلیل این سخن پیامبر ﷺ که فرمودند: «پیوند ناشی از ولاء همانند پیوند ناشی از نسب است». وی در ادامه از قول جزولی و دیگران تزویج دختر توسط حاکم را منوط به احراز شرایطی می‌داند که یکی از این شرایط عدم وجود ولی یا وجود ولی عاضل یا غایب برای دختر است». (خرسی، بی‌تا، ۱۸۱/۳).

همان‌طور که ملاحظه شد خرسی به این روایت استناد کرده، اما درباره کیفیت و نحوه استناد سخنی نگفته است. وجه استناد می‌تواند این باشد که وقتی ولایت قاضی به لحاظ رتبه از ولایت مولای معتق متأخر باشد، به طریق اولی از ولایت اولیای خاص مثل پدر، جد و وصی نیز متأخر است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۴۶

روایت سوم: «السلطان ولی من لا ولی له»

روایت «السلطان ولی من لا ولی له» ذیل دو روایت در کتب روایی اهل تسنن آمده است. نص روایات چنین است: «عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يُنْكَحْهَا الْوَلِيُّ، فَانْكَاحَهَا بَاطِلٌ، فَانْكَاحَهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا، فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، إِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»». (ابن ماجه، بی تا، ۶۰۵/۱)؛ هر زنی که ولیش او را ازدواج ندهد، ازدواجش باطل است، پس اگر شوهرش با او نزدیکی کرد، باید مهریه اش را به سبب نزدیکی با او پرداخت کند و اگر با هم مشاجره کردند، حاکم ولی و سرپرست کسی است که ولی ندارد.» این روایت با مضامین مشابهی در کتب روایی دیگری (ابوداود، بی تا، ۲۲۹/۲؛ ترمذی، ۱۹۹۸، ۳۹۸/۲؛ بیهقی، ۱۴۲۴، ۱۷۹/۵؛ شافعی، ۱۴۰۰، ۲۷۵/۱) نیز ذکر شده که ذیل همه آنها عبارت «السلطان ولی من لا ولی له» آمده است. عبارت روایت دیگر نیز چنین است: «عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ، وَالْسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»» (سعید بن منصور، ۱۴۰۳، ۱۷۶/۱؛ حرانی، بی تا، ۳۸/۱؛ ابن فیل، ۱۴۲۱، ۸۲/۱).

بازخوانی ادله ومستندات
قاعده «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

۴۷

بررسی سند حدیث

بسیاری از فقهای اهل تسنن این روایت را حسن (ترمذی، ۱۹۹۸، ۳۹۸/۲؛ ابویعلی، ۱۴۰۴، ۱۹۱/۸؛ ابن عساکر، ۱۴۲۱، ۲۰۴/۱؛ خطابی، ۱۳۵۱، ۱۹۷/۳) و برخی نیز آن را صحیح دانسته اند (ابن عبدالبر، ۱۴۲۱، ۳۹۲/۵؛ مدینی الاصفهانی، ۱۴۲۰، ۲۸۲/۱). ابن جوزی می گوید: «این روایت، روایت صحیحی است. رجال آن نیز همه ثقه اند و ابو عبدالله حاکم نیز آن را در کتاب مستدرک آورده است.» (ابن جوزی، ۱۴۱۵، ۲۵۵/۲).

روایت دوم به دلیل وجود حجاج بن ارطاة در سلسله راویان حدیث، ضعیف دانسته شده است (ابن جوزی، ۱۴۱۵، ۲۵۶/۲؛ ابویعلی، ۱۴۰۴، ۱۹۱/۸؛ ابن عبدالهادی الفووی، ۱۴۲۸، ۲۸۸-۲۹۳)، اما نسبت به ذیل حدیث یعنی «السلطان ولی من لا ولی له» بین فقهای اهل تسنن اختلافی وجود ندارد؛ به گونه ای که ابن بطال بر آن ادعای اجماع می کند (ابن بطال، ۱۴۲۳، ۲۴۸/۷-۲۴۹)؛ هر چند در منابع روایی شیعه ظاهراً این روایات یا روایتی با

چنین مضمونی بیان نشده است، از آنجایی که این روایت مورد استناد فقهای بسیاری (فیض کاشانی، بی تا، ۱۳۹/۲-۲۶۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۷/۷۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۱/۱۰۰) قرار گرفته، پذیرش سند آن می تواند مورد ادعا قرار گیرد. حتی بسیاری از فقهای امامیه روایت را مشهور دانسته اند و قائل شده اند که ضعف سند حدیث با شهرت جبران شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ۳/۵۵۹؛ نراقی، ۱۴۱۵، ۱۶/۱۴۳؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ۳/۲۳۵؛ موسوی خوانساری، ۱۴۰۵، ۳/۱۰۰). صاحب جواهر می نویسد: «اینکه سلطان ولی و سرپرست کسی است که ولی و سرپرست ندارد، امری معلوم و مشخص است» (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۲/۹). با توجه به عدم وجود روایت در منابع حدیثی شیعه ظاهراً مراد فقها از شهرت، شهرت عملی است نه شهرت روایی. البته محقق ثالث می نویسد: «این اشکال وارد شده است که سند روایت ضعیف است، اما جواب این است که علاوه بر شهرت روایی مشهور فقها به مضمون آن عمل کرده اند» (کاشف الغطاء، ۱۳۸۱، ۱/۳۵۹). از این عبارت چنین برمی آید که ایشان به هر دو شهرت (روایی و عملی) قائل شده اند. شهرت صورت گرفته پیرامون روایت عملی و در میان متأخران است و چنین شهرتی برای بسیاری از اصولیان جابریت ندارد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۴۸

مفاد حدیث

الف) سلطان

در اینجا باید دید مقصود از سلطان چه کسی هست و چه کسانی از مصادیق سلطان شمرده می شوند؟ تعبیر «السلطان» به گونه های متفاوتی در ابواب مختلف فقهی مورد استناد فقهای فریقین قرار گرفته است. گروهی از فقها در استناد خود به جای واژه «سلطان» واژه «امام» را در عبارت «الامام ولیّ من لا ولیّ له» را به کار برده اند (ماوردی، ۱۴۱۹، ۱۲/۵۸؛ میدانی، بی تا، ۳/۱۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۴۷۳). در تسهیل المسالک به عنوان قاعده فقهی ذکر شده است (کاشانی، ۱۴۰۴، ۱۳). بسیاری از فقها از کلمه «حاکم شرع» برای سرپرستی کسی که ولی ندارد استفاده کرده اند و به این حدیث «السلطان...» استناد نموده اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ۳/۲۳۵؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ۶/۲۵۴؛ مرعشی، ۱۴۰۶، ۲/۲۲۶؛ خرسی، بی تا، ۳/۳۳؛ صعیدی، ۱۴۱۴، ۱/۵۶۷). برخی از فقهای

امامیه واژه «عالم» را به کار برده‌اند و عالمان را بر کسی که ولیّ و سرپرست ندارد، والی قرار داده‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱، ۳۵۸/۱، جزیری، ۱۴۱۶، ۱۸۶/۶). عده‌ای از فقهای اهل تسنن نیز با استناد به نبوی مشهور، عبارت «القاضی ولیّ من لا ولیّ له» را به کار برده و ولایت قاضی را بر شخص بدون سرپرست ثابت دانسته‌اند (خطاب، ۱۴۱۲، ۴۳۲/۳؛ مناوی، ۱۴۰۸، ۴۱۱/۱؛ مالک بن انس، ۱۴۱۵، ۱۱۳/۲؛ حمد، بی‌تا، ۸/۲۴۶). به نظر می‌رسد تمام این واژه‌ها (امام، حاکم، عالم و قاضی) می‌تواند مصداق سلطان قرار گیرد. به این صورت که در زمان حضور امام علیه السلام این مهم بر دوش امام است تا ولایت بی‌سرپرستان را بر عهده بگیرد و در زمان غیبت امام معصوم علیه السلام این وظیفه را جانشینان ائمه علیهم السلام انجام می‌دهند. فقها نیز در برخی از نصوص به این مطلب تصریح کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۸، ۱۴۱/۲۴؛ زرقانی، ۱۴۲۴، ۱۹۲/۳؛ بابرستی، بی‌تا، ۲۷۸/۳). به‌طور خلاصه می‌توان گفت، بنا بر ظاهر اطلاق روایت منظور از سلطان، هر کسی است که برای او سلطنتی وجود دارد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱، ۳۵۹/۱).

(ب) من لا ولیّ له

برای درک بهتر معنا و مفهوم حدیث باید دید منظور از «من لا ولیّ له» چه کسانی هستند و اطلاق آن بر چه اشخاصی صدق می‌کند؟ منظور از این عبارت، مطلق اشخاص فاقد ولی نیست و چنین معنایی به‌هیچ‌وجه اراده نشده، بلکه مراد از «من لا ولیّ له» تنها کسانی است که قابلیت و شأنت نصب ولی برای آن‌ها وجود داشته باشد؛ چراکه اگر بگوییم مطلق افرادی که ولی و سرپرست ندارند، مصداق من لا ولیّ له قرار می‌گیرند. در این صورت، عاقل رشید نیز فاقد ولیّ است و باید حاکم شرع بر او ولایت داشته باشد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱، ۳۵۸/۱؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۵۷۶)، درحالی که این مطلب صحیح نیست. توضیح اینکه تقابل بین «من له ولیّ» و «من لا ولیّ له» یا عدم و ایجاب^۱ است یا عدم و ملکه^۲. اگر بگوییم این تقابل بر عدم

۱. تقابل عدم ایجاب بر نفی مطلق دلالت می‌کند؛ مانند اینکه بگوییم فلان شخص علم یا فرزند ندارد.

۲. تقابل عدم ملکه تقابلی است که شأنت و صلاحیت موضوع برای داشتن آن صفت مورد نظر است؛ مانند اینکه انسان صلاحیت برخورداری از بینایی را دارد، اما نابینا باشد.

ایجابی دلالت می کند، به طور مطلق در تمام مواردی که انسان ولی ندارد، سلطان بر او ولایت دارد؛ اما اگر بگوییم تقابل عدم ملکه است، سلطان تنها ولی کسانی خواهد بود که شأنیت برخورداری از ولی را دارند، لکن فاقد ولی هستند. شیخ انصاری در این باره بیان می دارد: «منظور از من لا ولی له در مرسله، مطلق کسی که ولی ندارد، نیست؛ بلکه تقابل عدم ملکه است یعنی کسی که به طور طبیعی شایسته بهره مندی از ولی را داشته باشد و ولی و سرپرست داشتن از شئون وی محسوب گردد» (انصاری، ۱۴۱۵، ۳/۵۵۹).

استناد به حدیث

هر چند صدر حدیث در باب نکاح و درباره ولایت بر ازدواج دختر وارد شده و ازدواج دختر را بدون اذن ولی با تأکید باطل اعلام می کند، ذیل حدیث به صورت مطلق و عام ولایت حاکم را در تمام مواردی که ولی دیگری نباشد، ثابت می داند. شهرت حدیث در بین علمای فریقین و استناد فقها به ذیل آن در ابواب مختلف فقهی مانند وقف (کاشف الغطاء، ۱۳۸۱، ۱/۴۴۲-۴۴۳؛ حَمَد، بی تا، ۸/۲۴۶)، بیع (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۲/۲۹۸؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۲/۶۵۳)، نکاح (فیض کاشانی، بی تا، ۲/۲۶۶؛ علامه حلی، ۱۳۸۸، ۵۹۵؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۷/۷)، حجر (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶/۱۰۴ و ۲۷/۱۲۶؛ انصاری، ۱۴۱۴، ۱/۲۴۳)، قصاص و اخذ دیه (علامه حلی، ۱۴۱۰، ۲/۲۴۶؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ۴/۵۶۲؛ بهوتی، بی تا، ۵/۵۳۵) و ... بیانگر این مطلب است.

قلمرو و شمول این حدیث مواردی است که ولایت دیگری در میان نباشد؛ مانند فقدان ولی خاص یا ساقط شدن ولایت اولیای خاص به هر سببی. همچنان که در ابواب فقهی نیز ولایت حاکم متأخر از ولایت اولیای دیگر است و تنها در مقام جبران فقدان ولی خاص برای اعمال اختیارات منبث از مقام ولایت ورود می کند؛ برای مثال، شافعیه ولایت قاضی را که عام است، متأخر از اولیای خاص (پدر، جد پدری و وصی) ذکر می کند و به حدیث «السلطان ولی من لا ولی له» استناد می کند (حصنی، ۱۹۹۴، ۱/۲۵۸؛ زحیلی، بی تا، ۶/۴۴۷).

موسوعه فقهیه تدوین و چاپ شده وزارت اوقاف کویت ولایت قاضی را متأخر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۵۰

از اولیای خاص (حتی متأخر از وصی وصی) بیان می کند و برای این قول دلایلی ذکر می کند که یکی از آنها استناد به حدیث مورد نظر است (وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ۱۴۰۴، ۱۴۴/۳۴). به نظر می رسد از طریق مفهوم مخالف حدیث بتوان دلالت حدیث بر قاعده را به اثبات رساند. به این صورت که هر جایی که امکان تصور جانشینی کسی به جای سلطان باشد، آن فرد بر سلطان اولویت دارد؛ به عبارت دیگر، هر کسی که ولی خاصی بر او ولایت داشته باشد، سلطان حق تصرف در امور او را ندارد؛ زیرا ولی خاص برای او وجود دارد و این وظیفه را ولی خاص به انجام می رساند. به هر حال، بنا به تحلیل و بررسی انجام گرفته این روایت می تواند دلیل محکم و خوبی برای قاعده باشد.

۲- قواعد و مؤیدات عرفی

فقه‌های اهل تسنن در اثبات تقدم ولايت ولي خاص بر ولي عام به دلايل ديگري نيز استناد کرده اند. برخی از این دلایل ممکن است ذیل عنوان استحسان قرار گیرد و برخی دلایل عرفی باشد؛ چرا که فقهای اهل تسنن به رغم اختلاف نظرها، ادله احکام را منحصر به ادله اربعه نمی دانند و اصول دیگری را در طریق استنباط به کار بسته اند. قیاس، استحسان، مصالح مرسله، اجماع اهل مدینه، سد ذرایع و عرف از آن جمله است. به هر حال، ما تمام این ادله را به طور کلی ذیل عنوان «قواعد و مؤیدات عرفی» بیان می کنیم. اینکه هر دلیل تحت کدام یک از این عناوین می گنجد، به عهده خواننده می گذاریم. ناگفته نماند که اولین مورد یعنی قاعده اقریبیت که یک قاعده فقهی است، فقهای امامیه نیز به آن قائل اند، اما سایر موارد از ادله ای است که از سوی مذاهب اهل تسنن بیان شده است.

الف) قاعده الأقرب يمنع الأبعد

تقریر دیگری که می توانیم از قاعده «تقدم ولايت خاصه بر ولايت عامه» داشته باشیم و آن را به عنوان یکی از ادله این قاعده ذکر کنیم، قاعده «الأقرب يمنع الأبعد» است که با الفاظ دیگری نیز ذکر شده است؛ برای مثال، در کتاب زبدة الفقهيہ این قاعده با تعبیر «تقديم الأقرب على الأبعد» بیان شده است (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷،

۱۲۲/۹). این قاعده عقلی که فقهای امامیه (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۳۵۴/۱۴، نجفی، ۱۴۰۴، ۱۲۱/۳۹؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ۸۴۰/۲؛ حسینی عاملی، بی تا، ۱۲۷/۸) به کزار در کتاب ارث آن را بیان داشته‌اند، برگرفته از این آیه است: ﴿... وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...﴾ (انفال/۷۵)؛ «... و خویشاوندان نسبت به یکدیگر در احکامی که خداوند مقرر داشته (از دیگران) سزاوارترند...».

فقهای اهل تسنن نیز در بحث ارث با الفاظ «الأقرب یحجب الأبعد» (ابن حاجب مالکی، ۱۴۲۱، ۵۵/۱؛ عثیمین، ۱۴۲۲، ۲۸۵/۱۱؛ ابن رشد، ۱۴۰۸، ۱۴۳/۳) و «الأقرب یقدم علی الأبعد» (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۴۳/۲۹ و ۱۴۸؛ ابن نجیم، بی تا، ۵۸۵/۸؛ علاء‌الدین ابن عابدین، بی تا، ۳۷۷/۷) به آن استناد کرده‌اند.

نحوه استناد

با توجه به اینکه این قاعده بیشتر در مبحث ارث مورد استناد قرار گرفته، باید بگوییم که اولاً در تفسیر آیه چنین بیان شده است: «در آیات گذشته سخن از اولویت مسلمانان نسبت به یکدیگر بود و در این آیه تأکید می‌شود که این ولایت و اولویت نسبت به خویشاوندان قوی‌تر و جامع‌تر است؛ زیرا خویشاوندان مسلمان علاوه بر ولایت ایمان و هجرت، ولایت خویشاوندی نیز دارند، به همین جهت از یکدیگر ارث می‌برند، در حالی که غیر خویشاوندان از یکدیگر ارث نمی‌برند؛ بنابراین، آیه تنها حکم ارث را بیان نمی‌کند، بلکه معنای وسیعی دارد که ارث هم جزء آن است و اگر مشاهده می‌کنیم که در احکام ارث در روایات اسلامی و در کتب فقهی به این آیه و آیات مشابه آن در سوره احزاب استدلال شده، دلیل بر این نیست که منحصر به مسئله ارث باشد، بلکه می‌تواند روشن‌گر یک قانون کلی که ارث هم بخشی از آن است، بوده باشد» (مکارم‌شیرازی، بی تا، ۷۵). پس با توجه به اینکه قاعده اقربیت از این آیه و آیات مشابه استخراج شده و آیه تنها دلالت بر مبحث ارث ندارد، می‌تواند قاعده را نیز به سایر مباحث سرایت داد. ثانیاً فقهای فریقین در مباحث زیادی مانند بحث نماز بر میت (خطیب‌شیرینی، ۱۴۱۵، ۲۹/۲)، ولایت در نکاح (ابن‌قده، ۱۳۸۸، ۳۲/۷؛ کاشانی، ۱۴۰۶، ۲۵۰/۲ و ۲۵۱؛ ماوردی، ۱۴۱۹، ۱۱۱/۹؛ سدیس، ۱۴۲۵، ۲۷۸/۱)، حضانت، (دسوقی،

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۵۲

بی تا، ۵۲۸/۲؛ خن، ۱۴۱۳، ۱۹۳/۴، نفقه (خویی، ۱۴۱۰، ۲/۲۸۸؛ سبزواری، بی تا، ۵۷۷؛ وجدانی فرخ، ۱۴۲۶، ۱۲/۳۳۵؛ حمد، بی تا، ۲۰/۳۴) و پرداخت دیه از سوی عاقله (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۱۸۱) از این قاعده استفاده کرده‌اند.

نحوه دلالت قاعده «الأقرب يمنع الأبعد» بر بحث جاری

«الأقرب» اسم تفضیل از ریشه «قَرَّبَ» به معنای دنا یعنی نزدیک است (جوهری، ۱۴۱۰، ۱/۱۹۸) که اسم تفضیل آن بسیار نزدیک‌تر معنا می‌شود. «یمنع» فعل مضارع از ریشه «مَنَعَ» به معنای حائل شدن بین کسی و چیز مورد اراده او است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۸/۳۴۳). واژه «الأبعد» از ریشه «بُعِدَ» و ضد «الأقرب» (خلیل بن احمد، ۱۴۱۰، ۲/۵۳) به مانند «الأقرب» اسم تفضیل به معنای بسیار دورتر است. مفهوم موافق جمله این است که شخص نزدیک‌تر مانع شخص دورتر می‌شود، حال می‌خواهد در رسیدن به ارث، حق ولایت، حق حضانت یا هر حق دیگری باشد و مفهوم مخالف جمله چنین است که «الأبعد لاحق (لا میراث، لا ولایة) له مع الأقرب». به عبارت دیگر، خویشاوند ابعد با وجود خویش اقرب در ارث بری و اعمال ولایت مانند اجنبی و بیگانه است. تعیین مصادیق ابعد می‌تواند متفاوت باشد؛ به این صورت که واژه «الأبعد» به‌طور عام هم بر خویشاوندان دور و هم بر کسانی که هیچ‌گونه خویشاوندی نسبی و سببی ندارند، دلالت می‌کند، اگر این تحلیل درست باشد، می‌توان گفت که در مورد بحث، اولیای خاص مشمول عنوان «الأقرب» و مصادیق اولیای عام زیر مجموعه واژه «الأبعد» می‌باشند. هر چند فقهای اهل تسنن در مبحث ولایت بر نکاح در صورت عضل یا غیبت ولی - به دلیل اختلافی که در این زمینه وجود دارد - انتقال ولایت را به ابعد و سلطان مطرح کرده‌اند - در حالی که منظورشان از ابعد خویشاوندان دور است - و ولایت سلطان و قاضی را تحت عنوان ابعد قرار نداده‌اند (کاشانی، ۱۴۰۶، ۲/۲۵۰؛ غزنوی، ۱۴۰۶، ۱/۱۳۴؛ دسوقی، بی تا، ۲/۲۳۰؛ بکری، ۱۴۱۸، ۳/۳۶۳؛ کلودانی، ۱۴۲۵، ۱/۳۸۵؛ این قدامه، ۱۳۸۸، ۷/۳۰)، در مواردی واژه «أبعد» را بر حاکم اطلاق کرده‌اند؛ مانند مالکیه که در نکاح توسط ابعد در صورت وجود اقرب و با این شرط مجبور نبودن این ولی اقرب، معتقد به صحت نکاح است و می‌نویسد: «وَلَوْ كَانَ الْأَبْعَدُ هُوَ الْحَاكِمُ» (خطاب،

بازخوانی ادله و مستندات
قاعده «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

۱۴۱۲، ۴۳۲/۳). کاشف الغطاء و فاضل هندی نیز بیان می‌دارند: «حین زوال الولاية عن الأقرَب يتولى الولي الأبعد كالحاكم» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۳۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۶۷/۷). بنابراین، با عنایت به این مطالب می‌توان برای واژه «الأبعد» معنایی عام قائل شد که شامل هر دو معنا شود؛ یعنی هم بر خویشاوندان دورتر دلالت کند و هم بر سایر افرادی که قرابت نسبی یا سببی ندارند، اما به گونه‌ای می‌توانند در جایگاه وارث یا ولی قرار گیرند؛ مانند ضامن جریره و مولای معتقد در مبحث ارث یا حاکم و عدول مؤمنین در مسئله ولایت. حتی اگر این معنای عام پذیرفته نشود و بگوییم واژه «ابعد» تنها بر خویشان نسبی و سببی در مراتب دور دلالت دارد، می‌گوییم می‌توان از طریق دلیل اولویت، دلالت قاعده اقریب را بر مورد بحث اثبات کرد؛ به این صورت که اگر خویشاوند قریب مانع خویشاوندان دورتر می‌شوند، به طریق اولی مانع اجنبی و بیگانه می‌شوند. چنان‌که در مبحث ولایت در نکاح در صورت عضل یا غیبت ولی قریب، فقهای مذهب مالکی، حنفی و حنبلی (شیبانی، ۱۴۲۳، ۱۳۶/۲) قائل به ولایت ابعد هستند: «إذا غاب الأقرَب انتقلت الولاية إلى الأبعد» (ابن جزی، بی‌تا، ۱/۱۳۴)، «الولي الأبعد أولى من السلطان» (حداد، ۱۳۲۲، ۱۰/۲)، «ففوضناه إلى الأبعد و هو مقدم على السلطان» (مرغینانی، بی‌تا، ۱/۱۹۵؛ زیعلی، ۱۳۱۳، ۱۲۷/۲)، «فاذا عضل الأقرَب تنتقل إلى الولي الأبعد و هكذا حتى تصل إلى السلطان» (حمد، بی‌تا، ۲۰/۳۴) «ولایته متأخر عن ولاية الولي الأبعد» (سرخسی، ۱۴۱۴، ۴/۲۲۱؛ عوفی، ۱۴۲۳، ۲/۱۴۶) بیان کرده‌اند حتی فقهای شافعیه که در صورت عضل یا غیبت ولی در مبحث نکاح برای ابعد ولایتی قائل نیستند و معتقدند در این مسئله حاکم تزویج می‌کند در مبحث حضانت می‌گویند: «لو عضل أو غاب انتقل إلى الأبعد لا إلى السلطان» (غزالی، ۱۴۱۷، ۶/۲۳۸)، با این تفصیل می‌توان قاعده اقریب را به عنوان فرع دیگری از قاعده که توسط فقهای امامیه در کنار سایر ادله بیان شده ذکر کرد و به عنوان دلیلی قابل اعتنا و حتی معتبر از آن یاد کرد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۵۴

ب) قاعده «کل ماکان أقل اشتراكاً کان أقوى تأثيراً»

دلیل دیگر برای اثبات قاعده «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة» قاعده «کل ماکان أقل اشتراكاً کان أقوى تأثيراً و امتلاکاً» است. معنای قاعده این است که در

هر مجموعه‌ای که تعداد افراد و شرکت‌کننده‌های داخل آن کمتر باشند، رسیدگی، اشراف و تأثیرگذاری بر افراد داخل در آن مجموعه مشترک قوی‌تر است؛ برای مثال پدر به‌عنوان متولی بر فرزندان صغیر خود نسبت به حاکم که متولی تمام ایتم است، تأثیرگذاری و مالکیتش بر فرزندانش بسیار قوی‌تر از مالکیت حاکم بر ایتم است؛ به عبارت دیگر هر چیزی که ولایتش به امور خاص (مثلاً به یک وقف خاص یا یک یتیم خاص) محدود باشد، به دلیل ارتباطش فقط و فقط به همان شیء، قوی‌تر از موردی است که دایره وسیع‌تری را در برمی‌گیرد و عام‌تر است؛ مانند ولایت بر تمام اوقاف بدون متولی یا تمام ایتم بدون ولی. به این معنا که اثرگذاری ولایتی که به امر خاص تعلق گرفته، در همان مورد خاص، قوی‌تر از ولایتی است که بالاتر از این ولایت است اما عمومیت دارد. می‌توان گفت ولایت عامه از مواردی که به صورت خاص و معین تحت سرپرستی اولیای خاص قرار گرفته‌اند منفک و جدا شده است و ولایت عامه به این موارد تعلق نگرفته، بلکه اشراف و نظارت بر این امور به ولیّ عام تعلق می‌گیرد. بر این اساس، ولیّ عام تا زمانی که ولیّ خاص وجود داشته باشد یا به سببی ولایت از او ساقط نشده باشد، بر ولیّ عام مقدم است (زرقا، ۱۴۰۹، ۳۱۱/۱؛ زحیلی، ۱۴۲۷، ۴۸۸/۱).

اشکالی که بر این قاعده وارد است اینکه این مورد تنها برای مقایسه و تطبیق با دو مجموعه‌ای که بین آن‌ها رابطه تباین وجود دارد درست است، اما در محل بحث که بین ولیّ خاص و ولیّ عام، رابطه عام و خاص مطلق است نمی‌توان به این اصل قائل شد؛ چرا که در اینجا حکم خاص از حکم عام جدا و مجزا نیست و حکم خاص داخل حکم عام است. به این صورت که خود ولیّ خاص تحت اشراف و ولایت ولیّ عام است.

ج) الاعتبار بالخصائص

در بحث ولایت، فقهای اهل تسنن برای ولیّ خاص خصوصیات بیانی کرده‌اند و بر مبنای همین خصوصیات ولایت ولیّ خاص را مقدم بر ولیّ عام دانسته‌اند؛ خصوصیات از قبیل: شفقت و دلسوزی، شناخت و آگاهی ولیّ خاص از اوضاع مولی‌علیه.

۱- کثرت شفقت

فقه‌های اهل تسنن در باب اولیای عقد، وفور شفقت و محبت را یکی از ملاک‌های مهم رتبه‌بندی اولیا قرار داده‌اند و بر اساس درجه شفقت و رأفت مراتب آن‌ها را تعیین کرده‌اند، با این اعتقاد که کمال شفقت یکی از خصیصه‌های ولی خاص و دلیل بر وجود مصلحت است (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۵۷۳/۳؛ قرافی، ۱۹۹۴، ۲۱۷/۴ و ۲۲۳). شیبانی، از شاگردان ابوحنیفه، در باب ولایت بر نکاح، ولایت پدر را بر پسر به علت وفور شفقت و دلسوزی مقدم اقوی می‌داند (کاشانی، ۱۴۰۶، ۲۵۰/۲). کاشانی در باب ترتیب اولیا ولایت پدر را در مرتبه اول، بعد از پدر، وصی او را در مرتبه بعد، سپس جد پدری و وصی جد در مرتبه سوم و در مرتبه آخر ولایت قاضی و نائب قاضی را ثابت می‌داند. او علت این ترتیب را درجه شفقت اولیا بیان می‌کند. همچنین در مورد ولایت پدر بر معاملات فرزند می‌نویسد: «رابطه پدری (ابوت) به دلیل وفور شفقت پدر نسبت به فرزند انگیزه‌ای است بر نظارت کامل و بی‌عیب و نقص در انجام امور فرزند. پدر به دلیل برخورداری از عقل و درایت می‌تواند بر صغیر نظارت تام داشته باشد؛ چرا که صغیر از انجام امورش ناتوان است و ثبوت ولایت شخص قادر بر شخص عاجز معقول و مشروع است» (کاشانی، ۱۴۰۶، ۱۵۲/۵ و ۱۵۵). حنفیه نیز ملاک رتبه‌بندی اولیا را درجه شفقت و محبت اولیا ذکر می‌کند و در مورد غیبت ولی قائل به این است که در صورت غیبت ولی أقرب، ولایت به أبعد منتقل می‌شود و ولی أبعد بر سلطان مقدم می‌شود؛ زیرا شفقت ولی أبعد به دلیل پیوند خویشاوندی بیشتر از شفقت سلطان است (زحیلی، بی‌تا، ۴۴۷۶-۴۴۷۷؛ غزنوی، ۱۴۰۶، ۱۳۴/۱؛ امام الحرمین، ۱۴۲۸، ۴۵/۱۲). در باب ولایت بر نماز میت از قول شافعیه چنین بیان شده است: «خویشاوند میت در نماز بر میت بر سلطان اولویت دارد این امر مبنی بر ولایت است و خویشاوند در مثل این مورد مقدم بر سلطان است همان‌طور که در نکاح و سایر تصرفات این گونه است؛ زیرا این نماز برای دعا و شفاعت در حق میت تشریح شده و انتظار می‌رود دعای خویشاوند برآورده شود؛ چرا که او به سبب وفور شفقت در دعایش مخلص‌تر است و با حضور قلب دعا می‌خواند. بنابراین چنین دعایی به اجابت نزدیک‌تر است» (کاشانی، ۱۴۰۶، ۳۱۷/۱). از این مطالب متوجه می‌شویم که در فقه شافعی به درجه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۵۶

شفقت به عنوان دلیلی برای تقدم اولیای خاص بر عام اشاره شده است. موسوعه فقهیه نیز وفور شفقت پدر، جد و وصی را به عنوان دومین دلیل بر تأخر ولایت قاضی بیان می کند (وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ۱۴۰۴، ۱۴۴/۳۴).

باید گفت این دلیل، در نهایت ضعف قرار دارد؛ زیرا اولاً اگر شفقت و دلسوزی ولی بر مولی علیه علت بر حکم (تقدم اولیا بر یکدیگر) باشد، چرا جمهور فقهای اهل تسنن معتقدند ما در هیچ گونه ولایتی بر مال و حتی نکاح صبی ندارد (وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ۱۴۰۴، ۶/۲۶۰) همچنین نظریه مشهور فقهای امامیه (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲/۵۵۷؛ خمینی، بی تا، ۱۳/۲). این است که در شرع مقدس اسلام برای مادر هیچ گونه ولایتی قرار داده نشده است و حتی برخی از فقها بر عدم ولایت مادر ادعای اجماع نموده اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۹/۲۳۱) با اینکه مادر نیز یکی از والدین است. درجه قربت او همانند پدر است و وفور شفقت مادر بر فرزند را کسی نمی تواند انکار کند؛ چنانکه زیادت شفقت و مهر مادر نسبت به فرزند در اثبات ولایت مادر از سوی برخی از فقهای حنبلیه^۱ مورد ادعا قرار گرفته است (وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ۱۴۰۴، ۶/۲۶۰؛ عمری، ۱۴۲۴، ۱/۱۹۹-۲۰۰). اگر گفته شود که شفقت یکی از دو شرط اساسی است و شرط دیگر درایت و قدرت بر امور مولی علیه است و مادر از چنین قدرتی برخوردار نیست، می گوئیم: این دو شرط اساسی هر دو در جد وجود دارد، در صورتی که برخی از فقهای اهل تسنن (بهوتی، بی تا، ۳/۴۴۶؛ ابن حاجب، ۱۴۲۱، ۱/۳۸۶) برای جد هیچ گونه ولایتی قائل نیستند و بنا بر عقیده برخی دیگر (کاشانی، ۱۴۰۶، ۵/۱۵۵) ولایت جد در مرتبه بعد از وصی و وصی پسر قرار دارد با اینکه جد به دلیل درجه قربتش از شفقت بیشتری نسبت به وصی و وصی پسر برخوردار است.

ثانیاً شفقت و دلسوزی فقط در مورد ولایت پدر و جد پدری صدق می کند، لکن به سبب قربت و ارتباط خونی که بین پدر و فرزند وجود دارد، نمی توان این دلیل را به تمام اولیای خاص تعمیم داد؛ چرا که مثلاً متولی وقف ممکن است هیچ گونه قرباتی با واقف یا ارتباطی با مال موقوفه نداشته باشد تا دلسوز موقوفه باشد و حتی می توان

بازخوانی ادله و مستندات
قاعده «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

۵۷

ادعا کرد که اتفاقاً در موارد این چنینی حاکم و رهبر جامعه به دلیل نظارت و ولایت بر امور حسبه و بیت المال دلسوزتر بر این امور است. همین طور در مورد وصی ای که هیچ قرابتی با مولی علیه ندارد جز اینکه مرضی پدر یا جد پدری است چطور می توان شفقت و دلسوزی او را بر مولی علیه ثابت دانست؛ بنابراین، این شفقت و دلسوزی را نمی توان دلیل محکم و قوی برای اثبات قاعده دانست.

ثالثاً جدای از اشکالات وارده، این دلیل، مورد استحسان است که تنها برخی از فقهای اهل تسنن به آن قائل اند و آن را در شمار ادله احکام قرار می دهند.

۲- شناخت و آگاهی از اوضاع مولی علیه

خصوصیت دیگری که برای ولی خاص و به عنوان دلیلی بر این قاعده ذکر شده است، شناخت و آگاهی از اوضاع مولی علیه است. با این شرح که بدون تردید، کسی که از حال مولی علیه با خبر باشد بیشتر می تواند منافع او را تحصیل و مضرات را از او دور نماید. این امر به طریق اولی از سوی ولی خاص به دلیل قرابت و نزدیکی که به مولی علیه دارد، حاصل می شود. در فقه اهل سنت این امر چنین بیان شده است: در هنگام تعارض رأی ولی خاص با ولی عام، رأی و نظر صاحب ولایت خاص مقدم است و امر او اجرا می شود؛ زیرا ولی خاص ملصق به این ولایت است و مولی علیه و آنچه مناسب و شایسته اوست را بهتر می شناسد، در حالیکه صاحب ولایت عامه ممکن است بعضی از مواردی را که مراعات آن لازم است از دست دهد؛ لذا فقها با استفاده از این قاعده بر تقدم ولی خاص تصریح کرده اند (مطرودی، ۱۴۲۷، ۷۸/۱). این مورد نیز مانند مورد قبل محل اشکال است و همان اشکالاتی که بر کثرت شفقت اولیای خاص گرفته شد در اینجا نیز وارد است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۵۸

نتیجه

برای قاعده مورد بحث که از سوی علمای اهل تسنن در عداد قواعد فقه قرار گرفته است، مستنداتی مانند روایات و مؤیدات عرفی ذکر شده است. در بررسی این مدارک، روایت «کلکم راع» مقبول واقع نشد؛ چراکه مستدل، کیفیت و نحوه

استدلال را مطرح نکرده است. نگارندگان به استدلالی شایع در بین فقهای فریقین نیز دست نیافتند و در بررسی مفاد حدیث روشن شد که روایت قاصر از این است که تقدم ولایت از آن استخراج شود.

روایت لحمه هرچند تنها از جانب فقهای عامه مطرح شده و استدلال کننده به آن یک تن است، می توان آن را به دلیل اولویت اولیای خاصی مانند پدر و جد بر مولای معتق پذیرفت؛ به این صورت که اگر ولایت مولای معتق مقدم بر ولایت حاکم است، به طریق اولی ولایت پدر و جد و وصی مقدم بر ولایت حاکم است.

روایت «السلطان ولیّ من لا ولیّ له» به دو دلیل مهم ترین مستند قاعده است: اول اینکه برخی از فقهای اهل تسنن بر آن تصریح کرده اند و اینکه این عبارت در مباحث فقهی بسیاری مورد استناد فقهای امامیه نیز قرار گرفته است می توان آن را به عنوان دلیلی مشترک بین شیعه و سنی پذیرفت. دوم اینکه عبارت مورد نظر ذیل حدیث به صورت عام و مطلق بیان شده و مفهوم مخالف آن به روشنی بر قاعده دلالت دارد؛ بنابراین، هرچند این حدیث به عنوان مدرک بر قاعده از سوی فقهای اهل تسنن مطرح شده، اما شهرت دارد و با معیارهای شیعی نیز پذیرفتنی است. «قاعده الاقرب یمنع الابدع» که فقهای امامیه قائل به آن اند، هر چند به عنوان مستند، کسی متعرض آن نشده می تواند تقریر دیگری از قاعده مورد بحث باشد مؤیدات عرفی (دایره محدود وظایف و اشتراکات ولی خاص، کثرت شفقت و دلسوزی ولی خاص و شناخت از اوضاع مولی علیه) که در بین فقهای اهل تسنن بسیار مطرح است و در موارد زیادی پیرامون آن سخن رانده اند، بنا بر دلایلی که مطرح شد، نمی تواند مستند محکم و قوی بر قاعده باشد. نهایت اینکه می توان این موارد را استحسان دانست که در حجیت آن حتی بین خود مذاهب اهل سنت اختلاف است؛ بنابراین، با تتبع فراوان در تبیین و نقد ادله روشن شد:

- روایت «کلکم راع» و دلایل عرفی بیان شده با معیارهای شیعی نمی تواند دستاویزی برای اثبات قاعده باشد.

- مفاد روایت «لحمه» و «السلطان ولیّ من لا ولیّ له» و نحوه استدلال با مبنای شیعه نیز مطابقت دارد و می توان به عنوان دلیلی مشترک این دو را تلقی به قبول نمود.

- قاعده «الأقرب...» هرچند به عنوان یک مستند در منابع اهل تسنن اثری از آن نیست و از فقهای امامیه نیز کسی به عنوان برهان بر قاعده به آن اشاره نکرده، می توان آن را در شعاع ادله قرار داد.

- ادله ارائه شده برای اثبات قاعده، براهینی هستند که در فهم چارچوب و مراد قاعده بسیار مؤثرند و می توانند دلیلی بر ارزش و مفاد قاعده باشند.

منابع

• قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.

۱. آل عصفور، محسن، (بی تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمیة.
۲. آل مبارک، فیصل بن عبدالعزیز، (۱۴۱۳). تطریز ریاض الصالحین. ریاض: دارالعاصمة.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی بن حسین شیخ صدوق، (۱۴۱۳)، من لایحضر الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن بطلال، علی بن خلف، (۱۴۲۳). شرح صحیح البخاری به تحقیق یاسر بن ابراهیم، ریاض: مکتبة الرشد.
۵. ابن جزی، محمد بن احمد، (بی تا). القوانین الفقهیة. بی جا.
۶. ابن حاجب، عثمان بن عمر، (۱۴۲۱). جامع الامهات. الیمامة للطباعة.
۷. ابن حبان، محمد بن احمد، (۱۴۱۴). صحیح ابن حبان بترتیب ابن بلبان. به تحقیق شعیب الأرنؤوط، بیروت: مؤسسة الرسالة.
۸. ابن رشد، محمد بن احمد، (۱۴۰۸). المقدمات الممهدة. به تحقیق محمد حجبی، بیروت: دارالغرب الاسلامی.
۹. ابن زهره، حمزة بن علی، (۱۴۱۷). غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع. قم-ایران: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. ابن عابدین، محمد امین بن عمر، (۱۴۱۲). رد المحتار علی الدر المختار. دارالفکر.
۱۱. ابن عبدالبر، یوسف بن عبدالله، (۱۴۲۱). الاستذکار. بیروت: دارالکتب العلمیة.
۱۲. ابن عبدالهادی مقدسی، محمد بن احمد، (۱۴۲۸). تنقیح التحقیق فی احادیث التعلیق. ریاض: أضواء السلف.
۱۳. ابن عساکر، علی بن حسن، (۱۴۲۱). معجم الشیوخ. دمشق: دار البشائر.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۶۰

١٤. ابن فيل، حسن بن احمد بن ابراهيم، (١٤٢١). جزء ابن فيل. به تحقيق موسى السيط. قدس: مطبعة مسودي.
١٥. ابن قدامه مقدسي، عبد الله بن احمد، (١٣٨٨). المغني. مكتبة القاهرة.
١٦. ابن ماجه، محمد بن يزيد، (بي تا). سنن ابن ماجه. به تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار احياء الكتب العربية.
١٧. ابن منظور، محمد بن مكرم، (١٤١٤). لسان العرب. به تصحيح احمد فارس صاحب بيروت-لبنان: دار الفكر.
١٨. ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، (١٤١٩). الأشباه و النظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية.
١٩. ———، (بي تا). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. به تصحيح محمد بن حسين الطوري. دار الكتاب الاسلامي.
٢٠. ابوداود، سليمان بن اشعث، (بي تا). سنن ابي داود. به تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، صيدا-بيروت: المكتبة العصرية.
٢١. ابويعلی، احمد بن علی، (١٤٠٤). مسند ابي يعلى. دمشق: دار المأمون للتراث.
٢٢. افندي، على حيدر، (١٤١١). درر الحکام في شرح مجلة الأحكام. دار الجليل.
٢٣. امام الحرمین، عبد الملك بن عبد الله، (١٤٢٨). نهاية المطلب في دراية المذهب. دار المنهاج.
٢٤. انصاری، زكريا بن محمد، (بي تا). اسنى المطالب في شرح روض الطالب. ٤١. دار الكتاب الاسلامي.
٢٥. ———، (١٤١٤). فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. دار الفكر للطباعة.
٢٦. انصاری، قدرت الله، (١٤٢٩). مؤسسه أحكام الأطفال وأدلتها. مركز فقهی ائمة اطهار عليهم السلام.
٢٧. انصاری، مرتضى بن محمد امين، (١٤١٥). كتاب المكاسب الحرمة والبيع والخيارات. قم-ایران: كنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری.
٢٨. ———، كتاب النكاح. قم-ایران: كنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری.
٢٩. بابر تي، محمد بن محمد، (بي تا). العناية شرح الهداية. دار الفكر.
٣٠. بجنوردی، حسن، (١٣٧٧). القواعد الفقهية. قم: نشر الهادي.
٣١. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، (١٤٠٣). بلغة الفقيه. تهران-ایران: منشورات مكتبة الصادق عليه السلام.
٣٢. بخاری، محمد بن اسماعيل، (١٤٢٣). الجامع المسند الصحيح المختصر = صحيح

- البخارى. به تحقيق محمدزهير بن ناصر الناصر، دارالطوق النجاة.
٣٣. بدرالعيسى، محمود بن احمد، (بى تا). عمدة القارى شرح صحيح البخارى. بيروت: داراحياء التراث العربى.
٣٤. بكرى، عثمان بن محمد، (١٤١٨). اعانة الطالبين عن حل ألفاظ فتح المعين. دارالفكر.
٣٥. بهوتى، منصور بن يونس، (بى تا). كشف القناع عن متن الإقناع. دارالكتب العلمية.
٣٦. بيهقى، احمد بن حسين، (١٤٢٤). السنن الكبرى. به تحقيق محمد عبدالقادر عطا، بيروت- لبنان: دارالكتب العلمية.
٣٧. ترحينى عاملى، محمد حسن، (١٤٢٧). الزبدة الفقهية فى شرح الروضة البهية. قم- ايران: دارالفقه.
٣٨. ترمذى، محمد بن عيسى، (١٩٩٨م). الجامع الكبير؛ سنن الترمذى. به تحقيق بشار عواد معروف، دارالغرب الإسلامى.
٣٩. جزايرى، محمد جعفر، (١٤١٦). هدى الطالب فى شرح المكاسب. قم- ايران: مؤسسة دارالكتاب.
٤٠. جعفرى تبريزى، محمد تقى، (١٤١٩). رسائل فقهي. تهران- ايران: مؤسسه منشورات كرامت.
٤١. جوهرى، اسماعيل بن حماد، (١٤١٠). الصحاح؛ تاج اللغة و صحاح العربية. به تحقيق احمد عبدالغفور عطار، بيروت- لبنان: دار العلم للملايين.
٤٢. حاكم نيشابورى، محمد بن عبدالله، (١٤١١). المستدرک على الصحيحين. بيروت: دار الكتب العلمية.
٤٣. حداد، ابوبكر بن على، (١٣٢٢). الجوهرة النيرة. المطبعة الخيرية.
٤٤. حر عاملى، محمد بن حسن، (١٤٠٩). تفصيل الوسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة. قم- ايران: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٥. حرّانى، ابو عروبة حسين بن محمد، (بى تا). جزء أبى عروبة برواية الأنطاكى. به تحقيق عبدالرحيم محمد احمد القشقرى، مكتبة الرشد.
٤٦. حسيني عاملى، محمد جواد بن محمد، (بى تا). مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة. به تصحيح محمد باقر حسيني شهيدى. بيروت- لبنان: دار احياء التراث العربى.
٤٧. حسيني مراغى، عبدالفتاح بن على، (١٤١٧). العناوين الفقهية. قم- ايران: دفتر انتشارات اسلامى.
٤٨. حصنى، ابوبكر بن محمد، (١٩٩٤م). كفاية الأخيار فى حل غابة الإختصار.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۶۲

به تصحيح على عبدالحميد بلطحي . دمشق: دارالخير .

٤٩ . خطاب، محمد بن محمد، (١٤١٢) . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل . دارالفكر .

٥٠ . حمد، حمد بن عبدالله، (بي تا) . شرح زاد المستقنع . بي نا .

٥١ . حميداني، نمر بن محمد، (١٤١٣) . ولاية الشرطة في الإسلام . رياض: مطابع دارالعلم الكتب .

٥٢ . خرشي، محمد بن عبدالله، (بي تا) . شرح مختصر خليل للخرشي . بيروت: دارالفكر .

٥٣ . خطابي، حمد بن محمد، (٣٥١) . معالم السنن و هو شرح سنن أبي داود . حلب: المطبعة العلمية .

٥٤ . خطيب شربيني، محمد بن احمد، (١٤١٥) . معنى المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . دارالكتب العلمية .

٥٥ . خليل بن احمد، (١٤١٠) . كتاب العين . به تصحيح مهدي مخزومي و ابراهيم سامرائي . قم - ايران: نشر هجرت .

٥٦ . خميني، سيد روح الله، (بي تا) . تحرير الوسيلة . قم - ايران: مطبوعات دارالعلم .

٥٧ . ———— ، (١٣٨٩) . صحيفه امام . ايران - تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني .

٥٨ . ———— ، (١٤٢١) . كتاب البيع، تهران - ايران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني .

٥٩ . خن، مصطفى سعيد، (١٤١٣) . الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي . به تحقيق مصطفى خن، مصطفى بغاء، على شريجي، دمشق: دار القلم .

٦٠ . خويي، سيد ابوالقاسم (موسوي)، (١٤١٠) . منهاج الصالحين . قم - ايران: نشر مدينة العلم .

٦١ . ———— ، (١٤١٨) . موسوعة الامام الخوئي . قم - ايران: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي .

٦٢ . دسوقي، محمد، (بي تا) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . دارالفكر .

٦٣ . راغب اصفهاني، حسين بن محمد، (١٤١٢) . مفردات ألفاظ القرآن . به تحقيق صفوان عدنان داودي، لبنان - سوريه: دارالعلم .

٦٤ . زحيلي، محمد، (١٤٢٧) . القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة . دمشق: دارالفكر .

٦٥ . زحيلي، وهبه، (بي تا) . الفقه الاسلامي وادلته . سورية - دمشق: دارالفكر .

٦٦ . زرقا، احمد، (١٤٠٩) . شرح القواعد الفقهية . دمشق: دارالقلم .

٦٧ . زرقاني، محمد بن عبد الباقي، (١٤٢٤) . شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك . قاهره: مكتبة الثقافة الدينية .

٦٨ . زركشي، محمد بن بهادر، (١٤٠٥) . المنشور في القواعد الفقهية . كويت: وزارة الاوقاف .

٦٩ . زيعلي، عثمان بن علي، (١٣١٣) . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق و حشية الشبلي . به

- تحقيق شهاب الدين الشبلي. بولاق - قاهره: المطبعة الكبرى الأميرية.
٧٠. سبحاني تبريزي، جعفر، (١٤٢٣). الانصاف في مسائل دام فيها الخلاف. قم - ايران: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
٧١. سبزواري، سيد عبدالأعلى، (بي تا). جامع الأحكام الشرعية. قم - ايران: مؤسسة المنار.
٧٢. _____، (١٤١٣). مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام. قم - ايران: مؤسسة المنار.
٧٣. سديس، محمد بن عبدالعزيز، (١٤٢٥). مقدمات النكاح. الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
٧٤. سعيد بن منصور، (١٤٠٣). سنن سعيد بن منصور. به تصحيح حبيب الرحمن الأعظمي. هند: دارالسلفية.
٧٥. سيوطي، عبد الرحمن بن ابي بكر، (١٤١١). الأشباه والنظائر. دارالكتب العلمية.
٧٦. _____، (بي تا). جامع الاحاديث. به تصحيح حسن عباس زكي، بي تا.
٧٧. شافعي، محمد بن ادريس، (١٤١٠). الأم. بيروت: دارالمعرفة.
٧٨. _____، (١٤٠٠). المسند. بيروت - لبنان: دارالكتب العلمية.
٧٩. شريف الرضي، محمد بن حسين، (بي تا). شرح نهج البلاغة المقتطف من بحار الأنوار. به تصحيح علي انصاريان و مرتضى حلجلى فرد، بي تا.
٨٠. شمس الأئمة سرخسي، محمد بن احمد، (١٤١٤). المبسوط. بيروت: دارالمعرفة.
٨١. عاملي، محمد بن مكي (شهيد اول)، (١٤١٤). غاية المراد في شرح نكت الارشاد. قم - ايران: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي.
٨٢. شيباني، يحيى بن محمد، (١٤٢٣). اختلاف الأئمة العلماء. به تصحيح سيد يوسف احمد، لبنان - بيروت: دارالكتب العلمية.
٨٣. صاوي، احمد بن محمد، (بي تا). بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير. دارالمعارف.
٨٤. صعيدى، على بن احمد، (١٤١٤). حاشية العدوى. بيروت: دارالفكر.
٨٥. طباطبائي، على بن محمد على، (١٤١٨). رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل. قم - ايران: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٨٦. طريحي، فخر الدين بن محمد، (١٤١٦). مجمع البحرين. به تصحيح سيد احمد حسيني. تهران - ايران: كتابفروشي مرتضوي.
٨٧. طوسي، محمد بن حسن، (١٣٩٠). الاستبصار فيما اختلف من الاخبار. تهران - ايران: دارالكتب الإسلامية.
٨٨. _____، (١٤٠٧). تهذيب الأحكام. تهران - ايران: دارالكتب الإسلامية.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ١٨

بهار ١٣٩٩

٦٤

٨٩. — (١٣٨٧). **المبسوط في الفقه الامامي**. به تصحيح سيد محمد تقى كشفى . تهران- ايران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
٩٠. عباد البدر، عبدالله بن حمد، (بى تا). **شرح سنن ابى داود**. بى نا.
٩١. عثيمين، محمد، (١٤٢٢). **الشرح الممتع على زاد المستقنع**. دار ابن الجوزى.
٩٢. علاء الدين ابن عابدين، (بى تا). **قرة عين الأخيار لتكملة على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**. بيروت- لبنان: دار الفكر للطباعة.
٩٣. علامه حلى، حسن بن يوسف، (١٤١٠). **ارشاد الأذهان إلى أحكام الايمان**. به تصحيح فارس حسون. قم- ايران دفتر انتشارات اسلامى.
٩٤. — (١٣٨٨). **تذكرة الفقهاء**. قم- ايران: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٩٥. عوفى، عوض بن رجاء، (١٤٢٣). **الولاية فى النكاح**. البحث العلمى بالجامعة الاسلامية المدينة المنورة.
٩٦. غزالى، محمد بن محمد، (١٤١٧). **الوسيط فى المذهب**. به تصحيح احمد محمود ابراهيم. قاهره: دار السلام.
٩٧. غزنوى، عمر بن اسحاق، (١٤٠٦). **الغرة المنيفة فى تحقيق بعض مسائل الإمام أبى حنيفة**. مؤسسة الكتب الثقافية.
٩٨. فاضل هندى، محمد بن حسن، (١٤١٦). **كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام**. قم- ايران: دفتر انتشارات اسلامى.
٩٩. فيض كاشانى، محمد بن شاه مرتضى، (بى تا). **مفاتيح الشرائع**. قم- ايران: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى عليه السلام.
١٠٠. فيومى، احمد بن محمد، (بى تا). **المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى**. قم- ايران: منشورات دار الرضى.
١٠١. قرافى، احمد بن ادريس، (١٩٩٤م). **الذخيرة**. بيروت: دار الغرب الاسلامى.
١٠٢. قسطلانى، احمد بن محمد، (١٣٢٣). **إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى**. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية.
١٠٣. قونوى، قاسم بن عبدالله، (١٤٢٤). **أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**. به تصحيح يحيى حسن مراد. دار الكتب العلمية.
١٠٤. كاشانى، ابوبكر بن مسعود، (١٤٠٦). **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع**. دار الكتب العلمية.
١٠٥. كاشانى، حبيب الله بن على مدد، (١٤٠٤). **تسهيل المسالك إلى المدارك فى رءوس القواعد الفقهية**. قم- ايران: المطبعة العلمية.

بازخوانى ادله ومستندات
قاعدة «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

١٠٦. كاشف الغطاء، علي، (١٣٨١). النور الساطع في الفقه النافع. نجف اشرف-عراق: مطبعة الآداب.
١٠٧. —، محمد حسين بن علي، (١٣٥٩). تحرير المجلة. نجف اشرف-عراق: المكتبة المرتضوية.
١٠٨. كلوداني، محفوظ بن احمد، (١٤٢٥). الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله احمد بن محمد بن حنبل. به تحقيق عبد الطيف هميم. بي جا.
١٠٩. مالك بن انس، (١٤١٥). المدونة. دار الكتب العلمية. بي جا.
١١٠. ماوردي، علي بن محمد، (١٤١٩). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي و هو شرح مختصر المزني. به تحقيق علي محمد معوض. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية.
١١١. مجلسي، محمد باقر بن محمد تقى، (١٤٠٣). بحار الأنوار. تحقيق ابراهيم ميانجي و محمد باقر بهبودي. دار الإحياء التراث
١١٢. محقق سبزواري، محمد بن باقر بن محمد مؤمن، (١٤٢٣). كفاية الأحكام. دفتر انتشارات اسلامي.
١١٣. محقق كركسى، علي بن حسين، (١٤١٤). جامع المقاصد في شرح القواعد. قم-ايران: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
١١٤. مديني اصفهاني، ابي موسى محمد بن عمر بن محمد، (١٤٢٠). اللطائف من دقائق المعارف في علوم الحفاظ الأعارف. به تحقيق ابو عبد الله محمد علي سمك. بي جا. دار الكتب العلمية.
١١٥. مرادوى، علي بن سليمان، (بي تا). الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف. بي جا. دار احياء التراث العربى.
١١٦. مرتضى زبيدي، محمد بن محمد، (١٤١٤). تاج العروس من جواهر القاموس. به تصحيح علي شيرى. بيروت: دار الفكر.
١١٧. مرعشى، شهاب الدين، (١٤٠٦). منهاج المؤمنين. به تصحيح سيد عادل علوى. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى عليه السلام.
١١٨. مرغيناني، علي بن ابي بكر، (بي تا). الهداية في شرح بداية المبتدى. به تحقيق طلال يوسف. بيروت-لبنان: دار احياء التراث العربى.
١١٩. مزني، اسماعيل بن يحيى، (١٤١٠). مختصر المزني. بيروت: دار المعرفة.
١٢٠. مسلم بن حجاج، (بي تا). المسند الصحيح المختصر بنقل العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. به تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار احياء التراث العربى.
١٢١. مطرودى، علي بن عبد العزيز، (بي تا). بحوث ودراسات من موقع الاسلام. (بي تا، بي جا).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ١٨
بهار ١٣٩٩

٦٦

١٢٢. مغنيه، محمد جواد، (١٤٢١). **الفقه على المذاهب الخمسة**. بيروت-لبنان: دارالتبليغ الجديد- دارالجواد.
١٢٣. مقدس اردبيلي، احمد بن محمد، (١٤٠٣). **مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان**. به تصحيح: عراقي، مجتبي، اشتهاودي، علي پناه، يزدي اصفهاني، حسين، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
١٢٤. مكارم شيرازي، ناصر، (١٤٢٥). **انوار الفقاهة: كتاب النكاح**. قم-ايران: انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام.
١٢٥. مكارم شيرازي، ناصر، (بي تا). **تفسير نمونه**. مركز تحقيقات رايانه اي حوزه علميه اصفهان.
١٢٦. مناوي، محمد عبدالرؤوف بن تاج العارفين، (١٤٠٨). **التيسير بشرح الجامع الصغير**. رياض: مكتبة الإمام الشافعي.
١٢٧. منتظري، حسين علي، (١٤٠٩). **دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الاسلامية**. قم-ايران: نشر تفكر.
١٢٨. وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، (١٤٠٤). **الموسوعة الفقهية**. دار السلاسل.
١٢٩. موسوي خوانساري، احمد، (١٤٠٥). **جامع المدارك في شرح مختصر النافع**. قم-ايران: مؤسسه اسماعيليان.
١٣٠. ميداني، عبدالغني، (بي تا). **اللباب في شرح الكتاب**. به تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد. بيروت-لبنان: المكتبة العلمية.
١٣١. نجفي، محمد بن حسن بن باقر، (١٤٠٤). **جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام**. به تصحيح عباس قوجاني و علي آخوندي. بيروت: دار احياء التراث العربية.
١٣٢. نراقي، احمد بن محمد مهدي، (١٤١٥). **مستند الشيعة في احكام الشريعة**. قم-ايران: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
١٣٣. _____، (١٤١٧). **عوائد الايام في بيان قواعد الاحكام ومهمات مسائل الحلال والحرام**. قم: انتشارات دفتر تبليغات حوزه علميه.
١٣٤. واصل، نصر فريد، (١٤٢٢). **الولايات الخاصة بالولاية على النفس والمال في الشريعة الاسلامية**. دار الشروق.
١٣٥. وجداني فرخ، قدرت الله، (١٤٢٦). **الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية**. قم: انتشارات سماء قلم.

بازخواني ادله ومستندات
قاعدة «الولاية الخاصة
أقوى من الولاية العامة»

Jostar- Hay Fiqhi va Usuli
(Jurisprudence and Principles of Jurisprudence) (JFU)

Vol 6 ; No 18 ; Spring 2020

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

Right-orientation or Duty- orientation of Jurisprudence from Fariqayn Point of views with Emphasis on Javadi Amoli Thoughts¹

Doi: 10.22081/jrj.2019.48269.1203

Ibrahim Javanmard Farkhani

(Assistant Professor of Gonbad Kavous University; Iran);

E mail: javanmardebrahim@yahoo.com

Received in: 2017/08/19

Accepted in: 2019/09/21

Right-orientation or
Duty- orientation of
Jurisprudence from
Fariqayn Point of
views with Empha-
sis on Javadi Amoli
Thoughts

69

Abstract

Some believe that Islamic jurisprudence, rather than focusing on human rights, leads human beings to carry out their duties. They have raised misgivings such as the fact that Islamic jurisprudence is based on the Western intellectual system on the right and the conflict of religious do's and don'ts with the right in proportion to right-fulfillment. Accordingly, in this study, it is intended to analyze the right-orientation or duty-orientation of Islamic jurisprudence from the perspective of Sunni scholars and Imami jurists, namely Professor Javadi Amoli, as a reviver of religious thought. The results of the research show that by combining the religious scholars' thoughts and expanding and combining their opinions,

1 . Javanmard Farkhani, I (2020) ;Right-orientation or Duty- orientation of Jurisprudence from Fariqayn Point of views with Emphasis on Javadi Amoli Thoughts; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli ; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 69-94 - doi: 10.22081/jrj.2019.48269.1203

important commonalities can be achieved. They agree that not only is the language of jurisprudence the language of duty, but also when Islamic jurisprudence seems to speak through a compelling language, it has made its best to ensure human rights. In fact, jurisprudential *dos* are means of preserving and protecting jurisprudence, while jurisprudential *don'ts* indicate the harms of fulfilling rights; therefore, if Islamic jurisprudence is reflected to precisely nothing but right and expediency can be seen, an ideology which refers to all duties and rights.

Keywords: Right-orientation, duty-orientation, language of jurisprudence, Javadi Amoli, human rights.

حق محوری یا تکلیف مداری زبان فقه از دیدگاه فریقین با تأکید بر اندیشه‌های استاد جوادی آملی^۱

ابراهیم جوانمرد فرخانی^۲

چکیده

برخی معتقدند فقه اسلامی بیش از آنکه به حقوق انسانی توجه کند، انسان را به وظیفه مداری سوق داده، مکلف بار می‌آورد. آن‌ها شبهاتی از قبیل مبتنی بودن فقه اسلامی بر تکلیف و ابتنای نظام فکری غرب بر حق و تعارض بایدها و نبایدهای دینی با حق محوری را مطرح نموده‌اند. بر این اساس، در این پژوهش بر آن هستیم تا حق محوری یا تکلیف مداری فقه اسلامی را از دیدگاه علمای اهل تسنن و فقهای امامیه، به‌ویژه استاد جوادی آملی، به‌عنوان احیاگر فکر دینی مورد تحلیل و واکاوی قرار دهیم. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که با درآمیختن افق دید عالمان دینی و بسط و تلفیق آرای آنان می‌توان به اشتراکات مهمی دست یافت. آنان بر این نظر اتفاق دارند که زبان فقه نه تنها زبان تکلیف نیست، بلکه در مواقعی هم که فقه اسلامی به ظاهر زبان تکلیفی دارد، در راستای تأمین حقوق انسان سخن به‌میان آورده است. در واقع، بایدهای فقهی، راه‌های حفظ و حمایت از حقوق و نبایدهای فقهی، نشان‌دهنده آسیب‌های تأمین حقوق هستند؛ از این رو، اگر با

حق محوری یا

تکلیف مداری زبان فقه از
دیدگاه فریقین با تأکید بر
اندیشه‌های استاد
جوادی آملی
۷۱

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۵/۲۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۳۰

۲. استادیار گروه هیات دانشگاه گنبد کاووس، رایانامه: javanmardebrahim@yahoo.com

نگاهی دقیق به فقه اسلامی نگریسته شود، چیزی جز حق و مصلحت مشاهده نمی‌شود و با این نگرش می‌توان گفت همه وظایف به حقوق برمی‌گردند.

کلیدواژه‌ها: حق‌محوری، تکلیف‌مداری، زبان فقه، جوادی آملی، حقوق انسان.

درآمد

امروزه یکی از اصلی‌ترین و در عین حال مهم‌ترین موضوعاتی که از منظرهای گوناگون مورد بحث و گفت‌وگو قرار می‌گیرد، حق‌محوری یا تکلیف‌مداری فقه اسلامی است. این مسئله از آن جهت اهمیت می‌یابد که انسان امروزی که بر مدار مسئولیت‌گریزی و حق‌خواهی، حرکتی خودکامه و تنها بر ابتدای یک رشته حقوق انسانی فعالیت می‌کند و زیر بار تکلیف نمی‌رود، محدودیت‌هایی را که فقه اسلامی برای او به‌وجود می‌آورد، مخالف حقوق انسانی خویش می‌پندارد. وضع قوانین نیز بر اساس باور انسان‌ها شکل می‌گیرد؛ لذا تفاوت بسیاری از نظام‌های بینشی و مکاتب بشری نیز به همین نگاه از مسئله حق و تکلیف بر می‌گردد (Campbell, 2006, 189). این مسئله توجه بسیاری از روشن‌فکران عصر جدید و اندیشمندان اسلامی را به خود جلب کرده است (سارتر، ۱۳۸۰، ۳۵؛ سروش، ۱۳۷۴، ۹؛ جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۲۲۶؛ غزالی، ۲۰۰۵، ۵۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸، ۱۵۵). در این میان، از نظر شیعه و اهل سنت، انسان به‌عنوان عضو جامعه علاوه بر آنکه مسئول خویشتن است، در برابر اجتماع و افراد دیگر نیز مسئول است و همین مسئولیت تکالیفی را بر عهده او گذاشته است؛ از این رو، هیچ کس نمی‌تواند در زمینه‌ای ادعای حق کند، مگر آنکه به تناسب آن، تکلیفی معادل آن را نیز بپذیرد؛ همان‌طور که در هیچ موردی نمی‌توان فردی را به امری مکلف کرد مگر آنکه حقی متناسب با آن تکلیف برایش در نظر گرفته شود (مطهری، ۱۳۷۳، ۳۱۹/۱؛ حماد، ۱۴۰۸، ۷۳).

در نظام فکری فلسفی غرب، حیات انسان صرفاً در چارچوب زندگی دنیایی معنا می‌شود (Tadros & Tierney 402; 2004)؛ بنابراین، جز زندگی دنیوی و لذایذ آن، هیچ زیر بنای ارزشی بر جای نمی‌ماند که متفکران غربی بر آن تکیه کنند (ر.ک: جریسی، ۱۴۳۴، ۳۹-۴۱). بر همین اساس، آنان معتقدند دایره تکالیف در اسلام وسیع‌تر از دایره حقوق است. اسلام به حقوق انسانی توجهی ندارد و محتوای آن فقط الزام‌های

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۷۲

شرعی است، اما بیرون از شریعت اسلامی، انسان‌ها از حقوق کامل برخوردارند. صاحبان این رأی ادعا می‌کنند که آدمی یک موجود محق است نه مکلف؛ در نتیجه از هرگونه باید و نباید آزاد است (Webber, 1982, 42). در مقابل، انسان دین‌گرا صرفاً باید تبعیت کند و به تکالیف معین عمل نماید. بر اساس این نظریه، زبان فقه، زبان اجبار، اکراه و امر و نهی است، در حالی که زبان عصر جدید زبان حق، اختیار و آزادی است. پس در دوران مدرن سخن از تکالیف نیست، بلکه سخن از حقوقی است که یک انسان داراست و می‌تواند آن‌ها را استیفا کند یا از استیفای آن‌ها صرف نظر نماید. به نظر آنان، انسان مدرن و امروزی کاملاً اختیار دارد تا در خصوص اعمال و رفتار خویش آزادانه تصمیم بگیرد و از طبیعت، خدا و دین، حق خود را درخواست می‌کند، از این رو، پابندی به وجود هرگونه تکلیفی که انسان نوگرای امروز را نسبت به انجام اعمال و رفتاری مجبور کند، با اختیار و آزادی او در تنافی است و شرافت و کرامت انسانی او را پایمال می‌سازد؛ بنابراین، نسبتی که انسان جدید با دین برقرار می‌کند، به امر خدا نیست، بلکه به خواست خود اوست (ر.ک: عوض عبده، ۲۰۱۰، ۱۰).

با توجه به مراتب مذکور، آنچه در این مقاله مورد پژوهش قرار می‌گیرد، پاسخ به این سؤالات است که آیا فقه اسلامی بیشتر بر وظایف و تکالیف انسان تأکید دارد یا به حقوق انسان‌ها توجه بیشتری دارد؟ آیا فقه اسلامی، تکلیف‌مدار و حقوق‌مدار، حق‌محور است؟ آیا بهتر نیست بگوییم تکلیف‌گرایی مناسب با انسان‌های پیشین و قرن‌های گذشته است نه متناسب با انسان مدرن امروزی؟ چگونه رویکردهای وظیفه‌مدارانه فقه اسلامی با حقوق و آزادی‌های انسانی سازگار است؟

نوآوری‌های بحث

تحقیق در کتب فقهی نشان می‌دهد که حق و تکلیف پیوند عمیقی با مباحث فقهی دارد. با این حال، فقه نسبت به زوایا و دایره وسعت حقوق و تکالیف دینی کاری انجام نداده و به‌طور جدی به آن نپرداخته‌اند. در این میان، بسیاری از متفکران عصر مدرنیسم و تمدن جدید گمان کرده‌اند که فقه تنها علمی تکلیف‌مدار است و به دنبال مشخص کردن وظیفه مکلفان در عرصه عمل است و از حقوق افراد سخنی نمی‌گوید

(سروش، ۱۳۷۴، ۹؛ گریس، ۱۳۸۴، ۴۸). در این میان، برخی از اندیشمندان مسلمان همچون استاد مؤمن قمی^۱ نیز معتقدند در فقه اسلامی اصالت با تکلیف است و حقوق نسبت به تکالیف وجود تبعی و اشتقاقی دارد و در مقام توجیه اشکال برآمده اند (ر.ک: صرامی، ۱۳۸۵، ۱۱۸). با وجود این، استاد جوادی آملی از اندک اندیشمندانی است که با ژرف‌اندیشی و جامع‌نگری عقلایی بر پایه گزاره‌های قرآنی و دید دقیق فلسفی در آثار مختلف خود مانند حق و تکلیف در اسلام، جامعه در قرآن و انتظار بشر از دین به رابطه تضایف و تلازم بین حق و تکلیف پرداخته و معتقد است تکلیف تابع حق است نه حق تابع تکلیف؛ همچنان که نور و خورشید متلازم‌اند، ولی عقل، نور را تابع و خورشید را متبوع می‌بیند. از این منظر، تکلیف در مقام ثبوت و واقع همواره تابع و فرع بر حقوق است، اما در مقام اثبات و شناخت واقعیت، هیچ‌گونه تقدم و تأخیری بین حق و تکلیف نیست و از هر یک می‌توان دیگری را شناخت.

نوشتار حاضر با نگرش به این مسئله، به تبیین تکلیف‌مداری یا حق‌محوری فقه اسلامی از منظر شیعه و اهل سنت پرداخته و استدلال موافقان و مخالفان را بررسی کرده است. لازم به ذکر است که پیرامون این مسئله آثار ارزشمندی نگاشته شده است، ولی آنچه خلأ وجودی آن محسوس است، بحثی مستقل و منسجم با تبیین ابعاد دیدگاه استاد جوادی آملی می‌باشد. بر این اساس، می‌توان گفت بررسی استدلال موافقان و مخالفان تکلیف‌مداری یا حق‌محوری فقه اسلامی و تحلیل مبنای فکری آن‌ها ضرورت دارد، به ویژه آنکه این بحث مورد توجه علمای اهل تسنن و فقهای امامیه است. افزون بر آن، پرداختن به موضوعات و مباحثی که به تبیین دیدگاه‌های مذاهب و طرح ادله هر یک می‌پردازد، خود موجب تقریب اندیشمندان و وحدت هر چه بیشتر امت اسلامی می‌گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۷۴

الف) مفهوم‌شناسی

زبان فقه

شریعت یعنی آنچه خدای سبحان برای بندگانش خود تدوین و تشریح کرده است. زبان شریعت نیز یعنی راه و روشی خاص که خداوند با آن با امتی یا پیامبری سخن

گفته است. فقه نیز دانش و مجموعه‌ای از مسائلی است که کاشف و بیانگر شریعت است؛ به دیگر سخن، فقه آینه‌ای است که شریعت در آن منعکس می‌گردد. زبان فقه نیز به معنای سبک، شیوه و اسلوب ارائه گزاره‌های فقهی توسط فقیه است. در حقیقت، فقه حاصل اجتهاد است و اجتهاد اعم از این است که مجتهد را به حکم الهی واقعی برساند و آن را منجز نماید، یا به حکم ظاهری معتبر در زمان شک رهنمون سازد و موجب تعذیر گردد و از عتاب و عقاب ایمن گرداند (علیدوست، ۱۳۸۴، ۱۲۵). پس دانش فقه ساخته دست فقهاست که حالت استکشافی نسبت به آنچه در شریعت بیان شده دارد. شریعت، فعل خداوند و فقه، فعل فقیه است که می‌کوشد شریعت را بشناسد؛ به عبارت دیگر، شریعت گستره وسیعی دارد و تمامی حوزه‌ها را در بر می‌گیرد، ولی فقه دایره‌اش تنگ‌تر از دایره شریعت است. خطا در شریعت معنا ندارد؛ زیرا خداوند آن را تشریح کرده است، ولی فقه به این دلیل که فهم از شریعت است، گاهی فقها در رسیدن به احکام الهی به خطا می‌روند (مبلغی، ۱۳۹۳، ۱).

ب) مبانی و اصول

تردیدی نیست که میان این بحث از حق‌محوری یا تکلیف‌مداری فقه اسلامی با مبانی معرفت‌شناسی و هستی‌شناسی، ارتباطی وثیق و رابطه‌ای عمیق وجود دارد. بر این اساس، اگر فقه اسلامی مورد نقد و چالش برخی قرار گرفته است، باید در پی علل و عوامل آن بود و منشأ آن را جست‌وجو کرد.

۱. معناداری و اثبات‌پذیری گزاره‌های فقهی

استاد جوادی آملی همانند سایر متفکران مذاهب اسلامی به‌طور گسترده وارد این مبحث بسیار مهم شده است و خطوط کلی این بحث را ارائه کرده است (جوادی آملی، ۱۳۸۷، ۱۱۰). از نظر ایشان، در مباحث معرفت‌شناسی آرا و نظریه‌های فراوانی وجود دارد، اما همه آن‌ها را می‌توان تحت دو دیدگاه کلی تبیین کرد:

الف) دیدگاهی که ابزار معرفت و شناخت را در حس و تجربه منحصر دانسته، هیچ معیار دیگری را نمی‌پذیرد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ۹۷). این تفکر بعد از عصر رنسانس

در غرب از سوی «اگوست کنت» پایه‌گذار مکتب پوزیتیویسم، ایجاد شد. از این منظر، عقل در معرفت‌شناسی کنار زده شده و اصالت از آن حس و تجربه است؛ هستی در وجود مادی خلاصه شده و به ماورای ماده ایمانی وجود ندارد (Kurtz, 1994, 190). «جان لاک»، «دیوید هیوم» و «ایمانوئل کانت» از شخصیت‌ها و نمایندگان بزرگ این مکتب هستند. «یوسف کرم»، مورخ و فیلسوف مصری در بیان عقاید «کانت» چنین می‌نویسد: «بی‌تردید اندیشه انسان تنها قضایای محسوس و روابط یا قوانین مادی را درک می‌کند و همانا یقین در گزاره‌های تحقیق‌پذیر تجربی تحقق می‌یابد» (کرم، ۱۹۸۶، ۳۱۷). نتیجه آنکه بر پایه این رویکرد، حق و تکلیف و همه مسائل حقوقی در قلمرو تجربه حسی و شواهد تجربی معنادار و مطابق با واقع است و گزاره‌های مابعدالطبیعه به دلیل آنکه قابل اثبات تجربی نیست، فاقد معناست (هیگ، ۱۳۷۲، ۲۴۰).

ب) بنابر نظر استاد جوادی آملی، دیدگاه دیگری وجود دارد که معتقد است معرفت‌شناسی منحصر به معارف حسی و تجربی نیست، بلکه معیارهای مختلفی وجود دارد که از حس و تجربه شروع شده و به مرحله عالی یعنی مکاشفه و مشاهده و عالی‌تر یعنی منبع لایزال و حیاتی ختم می‌شود. بر پایه این مبنا، انسان موجودی ماورایی و متافیزیکی است؛ لذا نظام‌های بینشی نباید تنها تأمین‌کننده گرایش‌های مادی انسان باشند، بلکه باید نیازهای جسمانی و روحانی وی را با هم در نظر بگیرند. از این منظر، حقوق انسان مطابق با وحی الهی تنظیم می‌شود که از خطا، آسیب غفلت و نسیان، آفت سهو و لغزش محفوظ است؛ چون خاستگاه حقوق، یعنی خدای متعال منزّه از ماده و طبیعت است (جوادی آملی، ۱۳۷۵، ۵؛ ر.ک: عوض عبده، ۲۰۱۰، ۵۹).

با توجه به مبانی معرفت‌شناسی استاد جوادی آملی (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۶۵)، چنانچه کسی ابزار شناخت را فقط در مادیات بداند، حقوق و تکالیف انسان را تنها می‌تواند در قلمرو آن به اثبات رساند و ماورای آن را نمی‌تواند ثابت کند. بر این اساس، اندیشمندان غربی که اصول فکری آن‌ها فقط به امور دنیوی و طبیعی متکی است، به کژراهه می‌روند (ر.ک: فتحی عثمان، ۱۴۰۲، ۱۱۹). در این میان، کسی که آفرینش خدا را

نسبت به انسان پذیرفته، او را به اطاعت از تکالیف شرعی مکلف می‌داند، اما کسی که هستی‌بخشی خداوند را پذیرفته و سپس ربوبیت او را انکار می‌کند، در واقع، امیال انسان و خواست او را بر هر چیزی ترجیح می‌دهد.

۲. انسان‌شناسی و فقه اسلامی

در نظام اندیشه‌ای استاد جوادی آملی، مهم‌ترین مسئله در درک صحیح حقوق و تکالیف حاکم بر همه ساحت‌های زندگی بشر، فهم دقیق انسان و معرفت درست از کیستی اوست. به نظر ایشان، نوع تلقی ذهنی ما از انسان در تشکیل دیدگاه‌های گوناگون تأثیرگذار است. روشن است که با دو جهان‌بینی و دو نگاه متفاوت به انسان و هویت واقعی او می‌توان دو گونه مواد حقوقی تنظیم و ارائه نمود؛ لذا، اگر در اصول انسان‌شناسی سعادت ابدی وی مورد التفات قرار نگیرد، واضح است که دین در این زمینه ضعیف است و نمی‌تواند جولان دهد (جوادی آملی، ۱۳۸۱، ۲۱؛ ر.ک: احمد مفتی و دیگران، ۱۴۱۳، ۱۱). به هر ترتیب، دو دیدگاه مخالف در این زمینه مطرح است:

الف) در این دیدگاه که قرآن کریم آن را به ما آموخته است، کرامت انسان به استناد مقام خلیفه‌اللّٰهی وی است و موجودی دو بعدی است که تمام هویتش در همین حیات مادی دنیا خلاصه نمی‌شود و از توانایی ادراک لازم نه کافی برای رسیدن به سعادت ابدی برخوردار و محتاج هدایت الهی است؛ بنابراین، نیازمند تکالیف و احکام الهی است؛ چرا که در نهان انسان، مراتب و درجات غیرمادی و ناشناخته‌ای وجود دارد که جز از طریق ندای الهی، راهی برای شناخت و حرکت در مسیر کمال آن‌ها وجود ندارد (ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۳، ۵۱؛ حقیل، ۱۴۱۴، ۸۷-۸۹؛ زحیلی، ۱۴۳۰، ۶۷۲).

برخی از متفکران اهل سنت در این زمینه نوشته‌اند: «همانا بُعد روحی انسان که سبب تمایز او از دیگر موجودات می‌شود حاصل از دمیده شدن روح الهی در انسان است ...؛ زیرا روح حقیقتی ماورایی است و عقل انسان که محدود به نظام عالم طبیعت است، قدرت شناخت آن را ندارد» (جریسی، ۱۴۳۴، ۳۳).

ب) دیدگاه مقابل، رویکرد الحادی رایج در کشورهای غربی و بسیاری

از کشورهای دیگر است که بر اساس آن، انسان موجودی کاملاً آزاد، مستقل و واگذاشته شده به خویش است تا هویت خود را با اعمال و کردار خویش بسازد و وجود هرگونه الزام که او را نسبت به انجام عملی مکلف کند، آسایش و آزادی او را از بین می‌برد و با اختیار او در تعارض است؛ بنابراین، به هیچ‌وجه نمی‌توان به وجود تکالیف دینی معتقد بود و از آن طرفداری نمود (جوادی آملی، ۱۳۸۶، ۱۵). طبق این نظریه، بسیاری از متفکران غربی، اصالت بشر و انسان‌گرایی را بر خدامحوری مقدم نموده‌اند و معتقدند انسان ملاک سنجش و ارزیابی در همه چیز است (هایدگر، ۱۳۸۱، ۲۸۷؛ دیویس، ۱۳۷۸، ۱۷۰).

به پندار این اندیشمندان هیچ‌کس حق ندارد انسان را محدود به تکالیفی نماید؛ چرا که انسان می‌تواند راه رسیدن به خوشبختی یعنی موفقیت در همین دنیای مادی را با تکیه بر عقل خودبنیاد خود بدون نیاز به دین باز یابد (Donnelly, Kant, 1956, 88). شالوده این نظریه را این فلسفه تشکیل می‌دهد که انسان از هرگونه تکالیفی رها است و علائق، آمال و امیال طبیعی انسان باید مبنای قوانین قرار بگیرد. در این نظریه ادعا می‌شود (Hobbes, 1990, 153; Hick, 1989, 30) عقل انسان که سرچشمه قانون طبیعت است، در دستیابی به قواعد طبیعی زندگی بشر نقش اساسی دارد نه خداوند: «نظام حقوق غرب، حقوق انسانی را به طبیعت و عقل مستند می‌کند» (احمد مفتی و دیگران، ۱۴۱۳، ۸؛ ر.ک: فتحی عثمان، ۱۴۰۴، ۷۴). آنان بر اساس اصالت دادن به انسان به عنوان موجود خردگرا به جای خداگرا (Abbagnano, 1973, 131) معتقدند انسان امروزی به رشد عقلایی رسیده و در چنین دورانی اصلاً به خدا نیاز ندارد. دوران تکلیف‌گرایی و اطاعت از دستورات دینی نیز گذشته است؛ چه این امر مربوط به عصر برده‌داری بشر است.

با توجه به دیدگاه مزبور، روشن است که افراط در خودکفایی عقل، نادیده انگاشتن محدودیت‌های عقل و آزادی بی‌قید و بند بشر، جایی برای تحقق جامعه دینی باقی نمی‌گذارد. بنابر نظر استاد جوادی آملی، چیزی می‌تواند ریشه و منشأ حق باشد که مالک آن باشد و طبیعت مالک چیزی نیست. همه هستی ملکِ طلق باری تعالی است و اوست که حق مالکیت دارد. پس حق تصرف و ایجاد حق نیز دارد؛

چنانچه در قرآن کریم بیان شده است: (الحق من ربك) (بقره/۱۹۷)؛ یعنی مبدأ و منشأ حق خداوند است.

همچنین باید توجه داشت که در نگاه استاد جوادی آملی، عقل با تمام قدرت و توانایی که دارد، در دریافت همه عوامل سعادت ابدی انسان عاجز است. از این منظر عقل بریده از وحی که در اسارت هوا و هوس و غریزه‌های نفسانی افسار گسیخته است، هرگز نمی‌تواند مؤلفه‌های فلاح و رستگاری انسان را بازشناسد و راه صحیح تعالی و کمال را به او نشان دهد (ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۲۲۸). شاهد درستی این سخن، تصویب قوانین و مقرراتی برای به رسمیت شناختن آزادی روابط جنسی، همجنس‌بازی و مانند آن در بیش از بیست کشور اروپایی و امریکایی مانند انگلستان، فرانسه، آرژانتین، امریکا، برزیل و... است (هارت، ۱۳۸۹، ۴۴) که جز آسیب‌های مادی و معنوی سودی ندارد.

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان گفت که در نگرش اسلامی، عقل نه مطلقاً نادیده گرفته می‌شود و نه به‌طور کامل پذیرفته می‌گردد، بلکه در بخشی از احکام و مسائل از عقل یاری می‌جوید و در بخش دیگر که عقل توانایی وصول به آن را ندارد، از وحی کمک می‌گیرد؛ یعنی عقل و نقل به کمک هم راه سعادت ابدی را برای انسان می‌گشایند.

حق محوری یا
تکلیف‌مداری زبان فقه از
دیدگاه فریقین‌بنا کید بر
اندیشه‌های استاد
جوادی آملی
۷۹

ج) زبان فقه: تکلیف‌مدار یا حق‌محور

بر پایه مبانی پیش گفته که خطوط کلی و خط‌مشی‌های فکری‌اند در این بخش از تحقیق به شبهه تکلیف‌محور بودن زبان فقه پرداخته، آن را نقد و بررسی می‌کنیم.

۱. شبهه تکلیف‌مدار بودن زبان فقه

عده‌ای معتقدند زبان فقه، زبان جبر و تکلیف است و به هیچ‌وجه، حق در آن جایگاهی ندارد؛ چون نگاهی که فقه اسلامی به انسان دارد، نگاه یک موجود مکلف است. صاحبان این رأی ادعا می‌کنند که فقه اسلامی قبل از آنکه از حقوق و آزادی‌های آدمیان سخن بگوید، تکالیف آنان را در قبال خداوند، خود و دیگران

یادآور می‌شود. از منظر این دیدگاه، اصل در فقه اسلامی بر تکلیف است و بحث از حقوق انسان‌ها در درجهٔ دوم اهمیت قرار دارد. این دسته از اندیشمندان بر این باورند که دین با این هدف تأسیس شده که تکالیف گوناگون و متعدّد بشر را مشخص کند؛ از این رو، در متون دینی از جایگاه یک صاحب قدرت و اختیار به انسان‌ها فرمان داده می‌شود و همیشه افراد به مسئولیت خود توجه داده می‌شوند. به‌عنوان مثال، در فقه اسلامی از انسان خواسته شده است که نماز را برپا دارد، زکات را بپردازد و در امر ازدواج، طلاق و سایر روابط خود به نحوی خاص رفتار کند و از محدوده‌ای مشخص تخطی نکند. همواره نیز به او هشدار داده می‌شود که نسبت به حدود الهی تخلف نرزد تا مورد عقاب و مؤاخذه قرار نگیرد. پس اساساً فقه اسلامی به دنبال ایجاد مشقت و دشواری در زندگی بشر است و آنچه بیشتر توجه فقه اسلامی معطوف به آن است، باید و نباید است.

در راستای همین گرایش‌ها، صاحب‌نظران غربی معتقدند تکلیف، آزادی را از انسان می‌گیرد و او را به یک حیوان شبیه می‌سازد. حرّیت انسانی اقتضا می‌کند که او را مکلف ندانیم (Donnelly, 2003, 114). با این نگرش، اگر انسان مقید به فقه اسلامی باشد، به موجودی تبدیل می‌شود که صرفاً باید اطاعت کند و به وظایف از پیش مشخص شده عمل کند. از نظر آنان، فقه اسلامی به دنیای مدرنیته اختصاص ندارد؛ زیرا دوره سخن گفتن از بایدها و نبایدها و امر و نهی سپری شده است و اینک در عصر مدرن و امروزی، باید به امیال و خواسته‌های انسان توجه کرد؛ چرا که «سرچشمهٔ تنظیم حقوق در غرب منفعت‌طلبی است» (بویوش، ۱۴۳۲، ۱؛ ر.ک: جودت الیوسف، ۲۰۱۱، ۱؛ نعمان، ۱۴۳۴، ۱).

آنان بر این باورند که دین به انسان‌ها نه به‌عنوان انسان، بلکه تنها به‌عنوان بردگانی می‌نگرد که بایستی برای رعایت حقّ مولویت مولا، اعمال و رفتار خاصی را انجام دهند. حال آنکه در حقوق مدرن، انسان فارغ از هر نوع پیش‌داوری و تبعیض فقط به‌عنوان انسان بودن محترم است (ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۱۱۵). بر این اساس، فقه اسلامی تکلیف‌مدار است و حقوق مدرن چون از آزادی و اختیار انسان‌ها سخن می‌گوید و حقوق آن‌ها را بررسی می‌کند، حق‌محور است (ر.ک: سروش، ۱۳۷۴، ۹).

گریس، ۱۳۸۴، ۴۸).

در راستای همین گمان‌های واهی، مدعیان تکلیف‌مداری فقه اسلامی تصور می‌کنند که اجبار و الزام به نظام تکلیف‌مدار اختصاص دارد؛ زیرا بارزترین ویژگی حق، آزادی و انتخاب عمل است و نظامی که مبنای آن اجبار و الزام است، نمی‌تواند مبتنی بر حق باشد، بلکه تکلیف‌مدار است. این اندیشمندان تلاش دارند جوامع غربی را حق‌مدار و عقل‌محور جلوه دهند (Luik, 1998, 530) و در مقابل، جوامع دینی را وظیفه‌مدار محض و در بند تکالیف غیر عقلایی معرفی کنند؛ بنابراین، زبان فقه را به این جهت که بر مسئولیت و تکلیف انسان‌ها تأکید ویژه‌ای دارد، نقد می‌کنند. از نگاه ایشان، اگر فقه اسلامی بخواهد در عصر کنونی کارآمد باشد، نباید سخن از وظیفه، مسئولیت و انتظار از بشر بزند، بلکه باید به انتظار بشر و حقوق گوناگون او توجه کند. البته به نظر آن‌ها در فقه اسلامی از حقوق انسان‌ها نیز سخن رفته است، اما این تعالیم در قیاس با تکالیف تعیین شده فوق‌العاده استثنایی و اندک‌اند (ر.ک: سروش، ۱۳۷۹، ۳۶۵).

قرائن و شواهدی که می‌توان به‌طور مختصر از منظر این دیدگاه بیان کرد، عبارت است از:

الف: ترکیب احکام پنج‌گانه

تمرکز و دقت در تقسیم مرسوم بین فقها در خصوص احکام شرعی مؤید نظریه تکلیف‌گرایی فقه اسلامی است. با این توضیح که فقهای اسلامی احکام شرعی را به وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه تقسیم نموده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۶/۱۹۶). در این میان، اباحه را نمی‌توان تکلیف به‌شمار آورد؛ زیرا تکلیف عملی است که مورد طلب و مستلزم رنج و دشواری است و در مباح به لحاظ اختیار در فعل و ترک، نه الزامی وجود دارد و نه سختی، از این‌رو، نمی‌توان آن را تکلیف تلقی نمود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ۲/۶۰۹). به هر حال، از مقایسه اباحه با سایر احکام شرعی می‌توان دریافت که تعداد احکام محدودیت‌آور بیشتر از اباحه و مباحات است؛ این امر مؤید دیدگاه کسانی است که ادعا می‌کنند تکالیف در فضای فقه اسلامی موجود، غالب و فرجه است و به حقوق انسان‌ها کمتر توجهی می‌شود.

ب) عدم توجه به مباح در فقه اسلامی

بررسی و دقت نظر در فقه اسلامی و مسائل اساسی آن، مبین این واقعیت است که فقه اسلامی از اعمال مباح و اموری که انجام و ترک آنها یکسان است، بحث نموده یا کمتر بحث نموده است، بلکه بسیاری از مباحث خود را در چارچوب سایر احکام دنبال نموده است. همچنین در بین چهار حکم شرعی دیگر (وجوب، حرمت، استحباب، کراهت) بیشتر بر احکام الزامی یعنی وجوب و حرمت تأکید شده است و آنچه در متون دینی بحث می‌شود، اغلب در مورد واجبات و محرمات است. این امر مؤید دیدگاه کسانی است که تصوّر می‌کنند فقه اسلامی تنها درصدد تعیین قوانین و مقرراتی است که در رفتار و کردار انسان تنگنا ایجاد می‌نماید و از حقوق افراد سخنی نمی‌گوید. بر این پایه، ایده تکلیف‌مداری فقه اسلامی تقویت می‌گردد.

۲. تکلیف‌مداری فقه اسلامی در بوته نقد

پس از بیان شبهه تکلیف‌مداری فقه اسلامی، در ادامه با توجه به دیدگاه علمای اهل تسنن و فقهای امامیه به‌ویژه استاد جوادی آملی، به نقد و بررسی این شبهه می‌پردازیم و اثبات می‌کنیم که این طرز تلقی ناشی از درک نادرست از معنای فقه اسلامی یا تفسیر ظاهری از فقه اسلامی است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۸۲

الف) ملازمه و تقابل میان حق و تکلیف

از نظر استاد جوادی آملی، اگر کسی نگاه ابتدایی به فقه اسلامی بیندازد، ممکن است بگوید زبان فقه بیشتر تکلیف‌مدار است تا حق محور، اما در واقع می‌توان گفت زبان فقه نه تنها زبان تکلیف نیست، بلکه در مواقعی هم که فقه اسلامی به ظاهر، زبان تکلیفی دارد، در حقیقت بازگشت به حق دارد؛ برای نمونه، حق آموختن و آموزش از مصادیق حقوق هر شهروندی شمرده می‌شود، لکن روش رسیدن به آن توأم با یکسری تکالیف است؛ مثلاً آموزگار از شاگرد خود می‌خواهد که مشق بنویسد که در حقیقت اینجا وظیفه‌ای بر عهده شاگرد آمده است، ولی این تکلیف

به یک حق باز می‌گردد؛ زیرا فردی که بخواهد در آموزش و یادگیری موفق شود یا از حق آموختن خود بهره‌گیرد، راهی ندارد، مگر آنکه مشق شب را نیز انجام دهد. دستورالعمل‌ها و تکالیف دینی نیز از همین نوع است؛ بنابراین، باید توجه نمود که اگر چه ظاهر اوامر و نواهی دینی محدودیت‌زاست، اما در واقع مصونیت‌آورست و در راستای حفظ حقوق انسانی و منافع افراد قابل ارزیابی می‌باشد؛ لذا باید گفت درست برخلاف تصور متفکران غربی - که بر این باورند انسان مکلف با یک جهان پر از تکالیف و مسئولیت‌ها مواجه است - فقه اسلامی در ورای این مشق‌ها و سختی‌های امور و تکالیف، تأمین حق و مصلحت انسان را جست‌وجو می‌کند و با این نگرش می‌توان گفت همه وظایف به حقوق بازگردد (ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۱۱۷).

محمد مصطفی زحیلی، استاد فقه مقارن دانشگاه الازهر مصر، در این زمینه می‌فرماید: «همانا شریعت پایدار اسلام برای تحقق بخشیدن به منافع ضروری و مورد احتیاج مردم آمده است و بی‌شک همه تکالیف شرعی برای اجرای همین منافع از مشروعیت برخوردار شده‌اند... و با انجام همین تکالیف، حقوق انسان مصون و محفوظ می‌ماند» (زحیلی، ۱۴۳۰، ۶۸۳).

ناگفته نماند از مطالعه آیات الهی و روایات اسلامی و کتبی که در زمینه حقوق و فقه اسلامی با الهام از تعالیم وحیانی و عقلی نگارش یافته است، این حقیقت را به‌روشنی می‌توان یافت که در فقه اسلامی نه اصالت با حق است و نه با تکلیف، بلکه حقوق و تکالیف دو روی یک سکه و ملازم یکدیگرند؛ به دیگر سخن، حق و تکلیف دو موضوع متضایف و متلازم‌اند و از یکدیگر قابل تفکیک نیستند؛ به این معنا که هر جا حقی باشد، تکلیفی هم در مقابل آن وجود دارد و هر جا تکلیفی باشد، در کنار آن حقی نیز مطرح است. ذی‌حق مطلق و مکلف مطلق در هیچ نظام حقوقی وجود ندارد. تنها خدا ذی‌حق مطلق است و تکلیفی متوجه او نیست؛ یعنی اگر انفکاک‌ی فرض شود، فقط در ارتباط با خداوند سبحان، قابل فرض است (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ۲۵۵)؛ بنابراین، نمی‌توان دایره تکلیف را وسیع‌تر تلقی نمود و آن را مخالف حق و ناسازگار با آن دانست و خواهان حذف آن شد؛ زیرا سخن از حق بدون تکلیف، ادعایی تناقض‌آمیز است.

مطابق این تقریر، حقوق انسان بر تکالیف وی در مقام ثبوت و واقع مقدم است؛ بدین معنا که اگر از علم و جهل و ادراکات ما از واقعیت صرف نظر کنیم، انسان در مقام واقع و نفس الامر، بر اساس اصل غایت‌مندی هستی نسبت به همه موجودات عالم، یک سلسله حقوق مبنایی و ابتدایی دارد که از دل آن‌ها، تکالیف بیرون می‌آید؛ چنان‌که قرآن کریم می‌فرماید: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾؛ «او خدایی است که همه موجودات زمین را برای شما خلق کرد» (بقره/۲۹). از این منظر، خدای سبحان آنچه را در آسمان و زمین است، با رعایت اصل مصلحت در جهت تحقق نظام احسن، به گونه‌ای خلق نموده که انسان بتواند از آن‌ها بهره ببرد. پس انسان نسبت به آن‌ها حق دارد. به رسمیت شناخته شدن حقوق فطری مانند حق حیات، حق آزادی و ... در اسلام مؤید این نظریه است. با این توضیح، تکلیف در مقام ثبوت و واقع، همواره تابع و فرع بر حقوق است، اما باید دقت نمود که در مقام اثبات و شناخت واقعیت، هیچ‌گونه تقدّم و تأخیری بین حق و تکلیف نیست و از هر یک می‌توان دیگری را شناخت؛ چنان‌که ما از بیان تکالیف دولت در مقابل ملت، حقوق ملت را می‌شناسیم و از بیان حقوق همسایه‌ها، تکالیف خودمان را درک می‌کنیم. نتیجه سخن مزبور این است که دامنه حقوق در نظر گرفته شده برای انسان در اسلام بسیار وسیع‌تر و توسعه یافته‌تر از مکاتب غربی است؛ زیرا خدای سبحان به انسان کرامت ذاتی داده و یک سلسله توانایی‌ها و سلطه‌های حقوقی برای بهره‌برداری انسان از مواهب طبیعت و عالم هستی برای بشر جعل نموده است (مصباح‌یزدی، ۱۳۸۸، ۱۳۴). بنابراین، طبیعی است که انسان می‌تواند از تمامی حقوق در ابعاد مختلف حقوق عمومی، مالکیت، شهروندی، آزادی، حق خصوصی، بین‌الملل و ... بهره‌مند شود. در واقع، انسانی که دارای کرامت ذاتی است، ناخودآگاه مستلزم حق و حقوق می‌شود و کرامت ذاتی بدون حقوق معنایی ندارد. خلاصه آنکه در اسلام حقوق نسبت به تکالیف وجود فرعی و تبعی ندارد، بلکه اگر بتوان یکی از این دو را نسبت به دیگری ثانوی و تبعی فرض کرد، آن تکلیف است. میان حق و تکلیف ملازمه وجود دارد و تکالیف زاییده و مولود حقوق است.

ب) پیش‌انگاری آزادی انسان در فقه اسلامی

با بررسی محتوای فقه اسلامی، روشن می‌گردد که عدم بحث از مباحات و تأکید بر بایدها و نبایدها در دین، نشانه تقدم رتبی تکالیف بر حقوق نیست، بلکه خود نشانه پیش‌انگاره و مفروض بودن اصل اباحه و آزادی در دین است؛ زیرا اساس هستی و آفرینش بر اختیار و آزادی انسان پایه‌ریزی شده است. پس دیگر به بیان اعمالی که انجام و ترک آن بر انسان یکسان است، نیازی نیست و باید تنها واجبات و محرّمات را بیان نمود. در واقع، می‌توان گفت اصل با انتخاب عمل و اختیار انسان است و فقه اسلامی با بیان تکالیف، آن‌ها را محدود نموده و هر چیز به غیر از تکالیف را حق انسان می‌داند؛ به دیگر سخن، تکلیف محتاج بیان زاید است و تا هنگامی که نص صریحی بر آن دلالت نکند، اصل بر اباحه و برائت است نه تکلیف؛ از این رو، به مباحات پرداخته نمی‌شود (انصاری، ۱۴۲۸، ۱۴؛ سیوطی، ۱۴۱۱، ۶۰). به همین دلیل، با یک نگاه دقیق به کتاب فقهی مختلف الشیعه به چهارصد و هفتاد مورد استناد به اصل برخورد می‌کنیم که در مقام نفی تکلیف ذکر شده است؛ چنانچه در کتاب «تذکره الفقهاء»، کتاب «الخلافا» و دیگر جوامع اصیل و معتبر فقهی نیز موارد استناد به اصل در مقام نفی تکلیف بسیار دیده می‌شود. پس چگونه ادعا می‌شود که فقه اسلامی تکلیف‌محور است و حق جنبه تبعی و ثانوی دارد؟

بنابر نظر استاد جوادی آملی، انجام تمامی تکالیف و احکام، سهل و آسان است و در مرحله تشریح و قانون‌گذاری، به مردم تخفیف داده شده است. بر همین اساس، خدای سبحان در بخش‌های زیادی مکلفان را در وسعت و گشادگی قرار داده است و به غیر از محدوده محرّمات و واجبات آن‌ها را آزاد گذاشته است؛ چه محدوده مکروهات و مستحبات و چه محدوده مباحات واقعی و ظاهری (ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۷، ۲۰۱). شهید صدر^{علیه السلام} نیز معتقد است این محدوده و منطقه (منطقة الفراغ) خالی از حکم الزامی است و حکم شرعی معینی ندارد (صدر، ۱۳۹۲، ۳۷/۲)؛ بنابراین، اینکه گفته می‌شود بیشتر فقه اسلامی در مورد احکام الزامی است، سخن صحیحی نیست؛ زیرا اگر در فقه اسلامی مباحات بیان می‌شد بخش‌های زیادتری را به خود اختصاص می‌داد (جوادی آملی، ۱۳۸۴، ۱۸۳).

حق محوری یا

تکلیف‌مداری زبان فقه از

دیدگاه فریقین با تأکید بر

اندیشه‌های استاد

جوادی آملی

۸۵

براساس رهیافت مزبور، دقت در مباحات و اعمالی که مکلف در انجام یا ترک آن‌ها مخیر است، کاملاً نشانگر کثرت آن‌هاست و اگر کثرت علامت تقدم و اهمیت است، باید این اهمیت و اصالت را به کارهای مباح داد؛ در نتیجه، مطرح نشدن مباحات در فقه اسلامی نمی‌تواند مبین اصالت تکلیف باشد، بلکه خود از علائم پیش‌انگاری اصل آزادی است.

ج) بازگشت تکالیف به احیای حقوق انسانی

ملاک جعل تکالیف در اسلام وجود مصالح و مفاسد است. پس اگر کسی به تکلیف خود عمل نکرد، حق خود را تزییع کرده است. در حقیقت، تکالیف الهی کاملاً عقلانی است و گزاره‌های دستوری که همه در جهت رعایت مصالح و مفاسدند، الطافی می‌باشند که ما را هر چه بهتر و بیشتر به مصالح و کمال نزدیک می‌سازند. پس روح تکالیف، همان حق کمال‌یابی انسان‌هاست؛ به این معنا که احکام و تکالیف بدان جهت تنظیم شده‌اند که انسان با عمل به آن‌ها به رشد و کمال خود - که اصل و ریشه حقوق اوست - دست یابد (ر.ک: زلمی، ۱۳۷۵، ۴۸۸). استاد جوادی آملی تأکید می‌کند: «ابن‌نوبخت در یاقوت، سید مرتضی در جمل‌العلم و العمل، خواجه نصیر طوسی در تجریدالاعتقاد، علامه حلی در شرح تجرید، مرحوم لاهیجی در گوهر مراد و سید شریف جرجانی در شرح مواقف معتقدند تکالیف دینی خالی از غرض نیست و گرنه لازم می‌آید افعال الهی بیهوده و عبث باشد، در حالی که غرض از ارسال رسل و انزال کتب رساندن انسان به منفعتی عظیم است» (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۴۱). عزالدین بن عبدالسلام ملقب به سلطان العلماء، فقیه و خطیب شافعی در این زمینه می‌فرماید: «بدان همانا خدای سبحان حکمی از احکامش را به رسمیت نشناخته مگر به سبب وجود مصلحتی زود و دیر یا مصلحتی هم‌اکنون و در آینده از باب لطف بر بندگانش... و از آثار لطف و رحمت خدای سبحان این نیست که بندگانش را به سختی و رنج بدون فایده مکلف گرداند و لکن آن‌ها را فراخوانده به سوی هر عملی که موجب نزدیکی بندگان به او شود» (عزالدین بن عبدالسلام، ۱۴۲۴، ۳۰۰: ر.ک: شاطبی، ۱۴۱۷، ۹/۲؛ شلبی، ۱۹۴۷، ۱۱).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۸۶

امام محمد باقر علیه السلام در این زمینه می‌فرماید: «اوامر و نواهی و تحریم‌های خدا بر اساس میل و علاقه او نیست. خدای سبحان انسان را آفریده است و می‌داند چه چیزی مایه قوام بدن وی و به مصلحت اوست؛ لذا آن‌ها را حلال کرده و می‌داند چه چیزی به زیان اوست، از این رو آن‌ها را حرام کرده است» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۹۹/۲۴).

در قرآن کریم نیز موارد متعددی از معارف بیان شده که نمایانگر آن است که جمیع تکالیف الهی به سود خود انسان است و هیچ کدام علیه انسان نیست؛ مانند آیه شریفه **﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰ أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾** (بقره/۲۱۶) «و ما سألکم من أجر فهو لکم»^۲ (سبأ/۴۷). پیام مشترک همه این آیات ارجاع تکلیف به حق است. پس فرق است میان چیزی که «بر انسان» باشد یا «برای انسان». اگر چیزی «بر انسان» باشد، می‌تواند منافی با «حق انسان» قلمداد گردد، ولی اگر چیزی «برای انسان» بود، نمی‌توان گفت منافی و مباین با حق اوست (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ۱۱۶).

با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد که بایدها و نبایدهای فقهی، عنصر اساسی در ایجاد انگیزه برای انسان است. از آنجا که خدای سبحان کمال و سعادتِ بندگان خود را دوست دارد، بعد از بیان مصالح و مفاسد، آن‌ها را در قالب دستگاه تکلیف ارائه می‌کند تا مردم انگیزه بیشتری برای پیمودن راه سعادت پیدا کنند. اگر تکالیف و وظایف شرعی را این گونه بیان نمی‌کرد، رغبتی برای عمل در انسان ایجاد نمی‌شد و حق هدایت وی تحقق پیدا نمی‌کرد. شاهد بر درستی این مطلب آن است که ما به صورت روزمره در زندگی عادی خویش به مزایا یا آسیب‌های بسیاری از چیزها علم داریم، اما به این علم خود اهمیت نمی‌دهیم. همه ما مطلعیم که حرکات ورزشی گوهر سلامتی است و عافیت انسان را حفظ و نگهبانی می‌کند و کشیدن سیگار و دیگر انواع دخانیات موجب ضرر و آسیب رساندن به بدن است، با این

۱. قتال بر شما واجب شده در حالی که آن را مکروه می‌دارید و چه بسا چیزها که شما از آن کراهت دارید در حالی که خیرتان در آن است و چه بسا چیزها که دوست می‌دارید در حالی که شر شما در آن است و خدا خیر و شر شما را می‌داند و خود شما نمی‌دانید.

۲. هر اجر و پاداشی از شما خواسته‌ام پس آن به نفع شماست.

حال، بیشتر مردم رغبت و تمایل زیادی برای ورزش کردن ندارند و افراد زیادی نیز سیگار می‌کشند. از این رو، اگر به انسان گفته می‌شود: ورزش نمودن واجب و کشیدن سیگار حرام است، اشتیاق بیشتری حاصل می‌شود. بنابراین، می‌توان گفت بایدها و نبایدهای فقهی همانند دستورهای صاحب برده نیست که از این طریق نفع و فایده‌ای را کسب نماید، بلکه دستگاه تکلیف، امر و نهی شرعی و اعتبار واجب و حرام، ناشی از لطف الهی است و زمینه رشد و تعالی معنوی بیشتر را برای انسان‌ها فراهم می‌سازد.

خلاصه آنکه از منظر اندیشه‌ای استاد جوادی آملی، انسان خادم خداوند نیست که به سود او کار کند، بلکه خادم خویش است که نتیجه تلاش‌های او به خود او بر می‌گردد (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۱۱۹). محمد مصطفی زحیلی نیز در این زمینه می‌نویسد: «احکام شرعی برای فراهم نمودن منافع و دفع مفاسد از مردم آمده است... این احکام با عزت و تعالی انسانی عجین شده و او را از سقوط در گمراهی و کجروی و باورهای نادرست و هوس‌های گوناگون و میل‌های حیوانی نجات می‌دهد» (زحیلی، ۱۴۳۰، ۶۷۲-۶۷۳).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۸۸

با دقت در مباحث یادشده می‌توان چنین برداشت نمود که دیدگاه اندیشمندان مذاهب اسلامی در این زمینه بسیار به هم نزدیک است و آنان بر این نظر اتفاق دارند که احکام و فرائض دینی در نهایت به مصالح و منافع خود انسان‌ها باز می‌گردد. خدای سبحان از طریق هدایت و نشان دادن راه خوب و بد، آدمیان را به حقوقشان آشنا کرده تا با قبول آن‌ها از خطر لغزش و سقوط در گرداب تباهی نجات یابند و با ایفای آن حقوق به هدف خود برسند. پس تکالیف یا برای حفاظت از حقوق خود دارنده آن هستند یا برای حمایت از حقوق دیگران یا در جهت زمینه‌سازی برای بهره‌مندی بیشتر از حقوق.

د) تکلیف؛ نشانه‌تکریم

در نظام فکری استاد جوادی آملی، تشریح احکام شرعی برای انسان به جهت توصیف جایگاه انسانی و تبیین مقام خلیفه‌اللّهی وی است. انسان، خلیفه خداست و

این مقام والاترین و بالاترین مقامی است که یک موجود می‌تواند به آن نایل شود. پر واضح است که لازمه حفظ و صیانت از چنین جایگاهی ایفای تکالیف و اطاعت از اوامر الهی است. از نظر استاد جوادی آملی، وجود هر مزیتی در پرتو پذیرش وظایف و تکالیف، امکان‌پذیر است و به اندازه هر درجه‌ای که به فرد می‌دهند از او مسئولیت طلب می‌کنند. پس حکمت تکلیف با کرامت انسانی آمیخته شده و کمالات و شایستگی‌های انسان مرهون مکلف بودن اوست. به دیگر سخن، فصل مقوم و ممیز انسان، عقل اوست و لازمه عقل داشتن، مسئولیت داشتن و پذیرش قانون است. بر این اساس، وظایف و مسئولیت‌ها نه تنها توهین به انسان نیست، بلکه او را به سوی سعادت ابدی سوق می‌دهد (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ۱۶۴). از این منظر، همان‌گونه که هیچ کس تکلیف مشق شب از سوی معلم را جز برای ارشاد و راهنمایی دانش‌آموزان تلقی نمی‌کند و آن را توهین و بی‌احترامی نمی‌شمارد، تکالیف شرعی نیز که در پرتو آن انسان می‌تواند به کمال حقیقی خود دست یابد، نباید توهین به او به‌شمار آورد. اگر خدای سبحان دست انسان را می‌گرفت و بدون قدرت و آزادی به آن مقام رفیع می‌رساند، چه فرقی با ملائک و فرشتگان می‌داشت و چه فضیلتی بر آنان می‌یافت؟ بنابراین، باید برداشت‌های اشتباه را در زمینه بندگی و تکلیف از اندیشه خود پاک کنیم و بدانیم که قبول تکلیف نه تنها تحقیر یا توهین به انسان نیست، بلکه نشانه شایستگی فرد مکلف، احترام، تجلیل و ارج نهادن به اوست. چنانچه برخی از صاحب‌نظران اهل سنت در این زمینه می‌نویسد: «تکلیف، پایه و اساس تمیز انسان از دیگر موجودات و مایه شرافت اوست» (جریسی، ۱۴۳۴، ۳۳). همچنین باید بدانیم که اگر تنها با دستورهای فقهی می‌توان به سعادت و رستگاری دست یافت، پس باید به جای عبارت «دین حق انسان است»، از جملاتی مانند «واجب است» یا «بایسته است» استفاده کرده، بگوییم: انسان‌ها موظف‌اند که به تکالیف فقهی عمل کنند؛ همان‌گونه که موظف‌اند خود را از مخاطره و مهلکه نجات دهند. درست مانند فردی که دنبال طبیب متخصص است، اما بعد از مراجعه و گرفتن نسخه، مکلف است به دستورالعمل‌های او عمل نماید. از این رو، برخی بر این باورند که «حقوق انسان در اسلام صرف حقوق نیست که بشر آن را استیفا کند یا نکند بلکه اسلام آن

را واجبات و تکالیف شرعی به شمار می‌آورد که به هیچ عنوان نمی‌تواند نقض آن را برتابد» (عماره، ۱۴۰۵، ۱۵؛ قرضاوی، ۱۹۸۸، ۲/۱۸۷).

از مطالب پیش گفته روشن شد که این دو رویکرد در واکاوی حقوق و تکالیف انسان تأثیر مهمی دارد؛ زیرا تفکر غرب مدرن در جوامع الحادی بر سود و لذت‌جویی استوار است و همواره به سوی الغای همه جانبه مناسک و سنن دینی در پیوند اجتماعی و فردی انسان‌ها پیش می‌رود، لکن نگاه و اندیشه تئوریسین‌های اسلامی در جوامع توحیدی بر محور حق و عدل است نه سود، از این رو، گستره دیدشان بسیار وسیع است، ماورای ماده و نیز عالم ابدی را هم در بر می‌گیرد. بر همین مبنا مدعیان تکلیف‌مداری زبان فقه می‌گویند:

۱. هر نوع آموزه فقهی مانند حجاب، ممنوعیت رابطه با نامحرم، شرب خمر، ممنوعیت سقط جنین و احکام مربوط به خانواده و باورهای دینی را به‌عنوان مصادیق ظلم و ستم بر حقوق انسان‌ها دانسته که باید به هر صورت ممکن منحل شود.

۲. به جای اندیشه تعالی انسان، امیال و لذت‌های نفسانی را بر همه چیز ترجیح داده، رهنمودهای عقل سکولار را بر فرامین خدا و دستورات دینی اش مقدم می‌دارند. براین اساس، احکام اسلام مربوط به ممنوعیت ازدواج با همجنس، مخالف حقوق انسانی خویش پنداشته و به گونه‌ای در تلاش‌اند تا همجنس‌بازی را علمی جلوه دهند.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۹۰

نتیجه‌گیری

با امعان نظر و پس از بحث و بررسی پیرامون حقوق و تکالیف در فقه اسلامی از دیدگاه اندیشمندان اسلامی و با تکیه بر آرای استاد جوادی آملی مشخص گردید:

۱. بحث حقوق و تکالیف انسان رابطه‌ای معنادار با مبانی هستی‌شناسانه و انسان‌شناسانه دارد و از آنجا که مبانی فکری اسلام با مبانی فکری جوامع غربی کاملاً متعارض است، این تعارض، نه تنها ظاهری و بنیایی که مبانی و ریشه‌ای است؛ زیرا تدوین حقوق بشر مدرن مبتنی بر تفکر انسان‌محوری است اما حقوق در متون و گزاره‌های دینی بر مبنای خدا‌محوری است.

۲. براساس طراحی نظام حقوق انسان در غرب، نسبتی که انسان امروزی با دین

برقرار می‌کند به امر خدا نیست، بلکه به خواست خود اوست؛ یعنی اجازه دارد که متدین باشد یا نباشد، اما براساس رویکرد شریعت‌گرا آنچه غرب آن را حق می‌داند، اسلام آن را وظیفه و مسئولیت به‌شمار می‌آورد؛ یعنی عقل پس از درک اینکه رشد واقعی انسان مرهون تدین به دین حق است، حکم می‌کند که باید به حقوقی که خداوند برای او تعیین کرده ملتزم باشد و در ادای آن‌ها کوتاهی نکند.

۴. اینکه گفته می‌شود زبان فقه زبان تکلیف است، سخنی ناصواب است. توجه به مبانی و اصول فقهی بیانگر این واقعیت است که فقه اسلامی توجه بیشتری به تکالیف و مسئولیت‌ها معطوف نداشته، بلکه در مواقعی هم که فقه به ظاهر زبان تکلیفی دارد، در راستای تأمین حقوق انسان سخن به میان آورده است.

۵. در فقه اسلامی نه اصالت با حق است و نه با تکلیف؛ بلکه حقوق و تکالیف دو روی یک سکه و ملازم یکدیگرند؛ از این رو، اگر با نگاهی هدف‌دار به فقه اسلامی نگریسته شود، ثابت می‌شود که تکالیف در واقع به حقوق باز می‌گردد.

منابع

• قرآن کریم.

۱. احمد مفتی، محمد و سامی صالح الوکیل، (۱۴۱۳)، *حقوق الإنسان في الفكر السياسي الغربي والشرع الإسلامي*، دمشق: دار النهضة الإسلامية.
۲. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۸)، *فرائد الأصول*، ج اول، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۳. بوبوش، محمد، (۱۴۳۲)، «حقوق الإنسان في الفكر الإسلامي»، *مجلة التفاهم (التسامح)*، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية في سلطنة عمان، العدد الثاني والثلاثون.
۴. جریسی، عبدالرحمن، (۱۴۳۴)، *من قضايا حقوق الانسان*، إعداد عبدالرحمن بن زيد الزیندی، المملكة العربية السعودية: وزارة التعليم العالي جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامیه.
۵. جمعی از پژوهشگران، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، (۱۴۲۶)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۶. جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۶)، *انتظار بشر از دین*، چ چهارم، قم: مرکز نشر اسراء.
۷. —، (۱۳۸۳)، *تسنیم*، چ اول، قم: مرکز نشر اسراء.
۸. جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۹)، *جامعه در قرآن*، چ اول، قم: مرکز نشر اسراء.

۹. ____، (۱۳۸۸)، حق و تکلیف در اسلام، چ سوم، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۰. ____، (۱۳۸۷)، دین شناسی، چ پنجم، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۱. ____، (۱۳۸۱)، صورت و سیرت انسان در قرآن، چ دوم، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۲. ____، (۱۳۷۵)، فلسفه حقوق بشر، چ اول، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۳. ____، (۱۳۸۴)، وحی و نبوت در قرآن، چ دوم، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۴. جودت الیوسف، مسلم محمد، (۲۰۱۱)، حقوق الإنسان بین التشريع الإسلامی والتصور الغربي، بیروت: الحمله العالمیه لمقاومه العدوان.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت (عج).
۱۶. حقیل، سلیمان بن عبدالرحمن، (۱۴۱۴)، حقوق الإنسان فی الإسلام، ریاض: مطابع الفرزدق.
۱۷. حماد، احمد جلال، (۱۴۰۸)، حریه الرأی فی المیدان السیاسی فی ظل مبدأ المشروعیه، بحث مقارن فی الیدیمقراطیه الغربیه والإسلام، قاهره: دارالوفاء للطباعه و النشر و التوزیع.
۱۸. دیویس، تونی، (۱۳۷۸)، اومانیسیم، ترجمه عباس مخبر، چ اول، تهران: نشر مرکز.
۱۹. زحیلی، محمد مصطفی، (۱۴۱۸)، حقوق الانسان فی الاسلام: دراسه مقارنه مع الاعلان العالمی و الاعلان الاسلامی لحقوق الانسان، بیروت: دارالکلم الطیب.
۲۰. زحیلی، محمد مصطفی، (۱۴۳۰)، موسوعه قضایا اسلامیه معاصره، چ اول، دمشق: دارالمکتبی للطباعه و النشر و التوزیع.
۲۱. زلمی، مصطفی ابراهیم، (۱۳۷۵)، خاستگاه‌های اختلاف در فقه مذاهب، ترجمه حسین صابری، چ اول، مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی.
۲۲. سارتر، ژان پل، (۱۳۸۰)، اگزستانسیالیسم و اصالت بشر، ترجمه مصطفی رحیمی، چاپ دهم، تهران: انتشارات نیلوفر.
۲۳. سبزواری، سید عبدالأعلی، (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۲۴. سروش، عبدالکریم، (۱۳۷۴)، «معنا و مبنای سکولاریسم»، مجله کیان، سال پنجم، شماره ۲۶.
۲۵. سروش، عبدالکریم، (۱۳۷۹)، آیین شهریاری و دینداری، تهران: مؤسسه فرهنگی صراط.
۲۶. سیوطی، جلال الدین، (۱۴۱۱)، الاشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه، بیروت: دار الکتب العلمیه.

۲۷. شاطبی، ابراهیم بن موسی، (۱۴۱۷)، **الموافقات**، المملكة العربية السعودية: دار ابن عثان.
۲۸. شلبي، محمد مصطفى، (۱۹۴۷)، **تعلیل الاحکام**، قاهره: مطبعه الازهر.
۲۹. صدر، سيد محمدباقر، (۱۳۹۲)، **دروس في علم الأصول: الجزء الثاني من الحلقة الثالثة**، چاپ سوم، قم: انتشارات دارالعلم.
۳۰. صرامی، سيف الله، (۱۳۸۵)، **حق، حکم و تکلیف (گفتگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه)**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳۱. عزالدین بن عبدالسلام، ابو محمد، (۱۴۲۴)، **شجره المعارف والاحوال و صالح الاقوال و الاعمال**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۲. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۴)، **فقه و مقاصد شریعت**، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۴۱.
۳۳. عماره، محمد، (۱۴۰۵)، **الاسلام و حقوق الانسان ضرورات لا حقوق**، کویت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب.
۳۴. عوض عبده، احمد، (۲۰۱۰)، **حقوق الإنسان بين الإسلام و الغرب**، قاهره: مرکز الكتاب للنشر.
۳۵. غزالی، محمد، (۲۰۰۵)، **حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام و اعلان الامم المتحدة**، قاهره: نهضة مصر للطباعة و النشر و التوزيع.
۳۶. فتحی عثمان، محمد، (۱۴۰۲)، **حقوق الانسان بين الشريعة الاسلاميه و الفكر القانوني الغربي**، بیروت: دارالشروق.
۳۷. فتحی عثمان، محمد، (۱۴۰۴)، **من اصول الفكر السياسي الإسلامي**، چ دوم، بیروت: مؤسسة الرساله.
۳۸. قرضاوی، یوسف، (۱۹۸۸)، **خطب الشيخ القرضاوی**، اعداد الشيخ خالد السعد، قاهره: مكتبة وهبه.
۳۹. کرم، یوسف، (۱۹۸۶)، **تاریخ الفلسفه الحديثه**، قاهره: دار المعارف السلسله: مکتبه الدراسات الفلسفیه.
۴۰. گریس، چنگ، (۱۳۸۴)، **مبانی نظری حقوق بشر**، چ اول، قم: دانشگاه مفید.
۴۱. مبلغی، احمد، (۱۳۹۳)، **تفاوت های فقه و شریعت و رابطه خصائص الشریعه و فقه**، قم: برنامه طلوع دانش رادیو معارف.
۴۲. مصباح یزدی، محمدتقی، (۱۳۸۸)، **نظریه حقوقی اسلام**، چاپ سوم، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام.
۴۳. مطهری، مرتضی، (۱۳۷۳)، **اسلام و مقتضیات زمان**، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات صدرا.

۴۴. نعمان، شیماء، (۱۴۳۴)، مفهوم الإنسان بين التصور الغربي والإسلام، المملكة العربية السعودية: مركز التأصيل للدراسات و البحوث.
۴۵. هارت، هربرت، (۱۳۸۹)، آزادی، اخلاق، قانون (درآمدی بر فلسفه حقوق کیفری و عمومی)، ترجمه محمد راسخ، چ دوم، تهران: انتشارات طرح نو.
۴۶. هایدگر، مارتین، (۱۳۸۱)، نامه‌ای درباره اومانیزم، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، چ دوم، تهران: نشر نی.
۴۷. هیک، جان، (۱۳۷۲)، فلسفه دین، ترجمه بهرام راد، تهران: انتشارات بین‌المللی هدی.
48. Abbagnano, N. (1972). *Humanism in The Encyclopedia of Philosophy*, NewYork: Macmillan and Free Press.
49. Campbell, T. (2006). *Right: A Critical Introduction*, London: Rutledge, first published.
50. Donnelly, J. (2003). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, U.S.A: Cornell university Press.
51. Hicks, J. (1989). *An Interpretation of Religion: Human Responses to the Transcendent*, London: Macmillan Press.
52. Hobbes, T. (1990). *The International Bill of Rights part II in philosophical Foundations of Human Rights*, Paris, France: Unesco.
53. Kant, I. (1995). *Metaphysiche Anfangsgrunde der Rechtslehre*, Koln: Konemann.
54. Kurtz , P. (1994). *Toward a New Enlightenment: The Philosophy of Paul Kurtz*, New Brunswick, NJ; London: Published by Transaction Publishers.
55. Luik, J. (1998). *Humanism in Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London and NewYork: Routledge Press.
56. Tadros, V; Tierney, S. (2004). *The Presumption of Innocence and The Human Rights Act*, The Modern Law Review, Black Well Publishing.
57. Webber, R. (1982). *Secular Humanism, Threat and Challenge*, U.S.A: Zondervan publishing House.

“The Problem of Concept to Instance” in Defining Usury and its Role in Banking Performance Evaluation: A Comparative study in the Qur’an, Traditions and Imamiyah Jurisprudence ¹

Doi: 10.22081/jrj.2019.52218.1555

“The Problem of Concept to Instance” in Defining Usury and its Role in Banking Performance Evaluation: A Comparative study in the Qur’an, Traditions and Imamiyah Jurisprudence
95

Sayyed Amrollah Hosseini

(Assistant Professor of Imam Khomeyni International University; Qazvin; Iran); E mail: s.a.hosseini@ISR.ikiu.ac.ir

Received in: 2019/09/15

Accepted in: 2018/10/15

Abstract

The common discourse on usury is its definition in the form of borrowed, transactional, and ignorant usury. In the Islamic banking system, relying on this discourse, any doubt of contracts being usury-like are denied, because there is no transactional usury in banks, and the loan includes a small proportion of the bank facilities, which is typically a zero-interest loan. Likewise, the penalty for late payment is also received in the form of a liability, which is due to the breach of the debt due to the payment of the debt at maturity, and not against the extension of the deadline for ignorant usury. However, it seems that this discourse is faced with the sophistication of

1 .Hosseini,A (2020);“The Problem of Concept to Instance” in Defining Usury and its Role in Banking Performance Evaluation :A Comparative study in the Qur’an, Traditions and Imamiyah Jurisprudence; Jostar– Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 95–123 – Doi: 10.22081/jrj.2019.52218.1555

the problem of concept to instance as the Holy Qur'an mentions the ruling of usury not its definition and instance, and in the narrations, the ruling of some instances is also stated. The raised question here is that what is the meaning and nature of usury? What are the commonalities for the mentioned instances for usury? If usury is limited to borrowing and transactional usury, why are some other activities, such as the sale of the object, etc., prohibited under the title of usury? Using an inductive and analytical method for analyzing the instances, it is concluded by the author that usury has a comprehensive meaning that does not include all existing and new instances and loan and usury transactions are two clear instances of this concept. The ruling of usury is mentioned in the Qur'an which includes any instance that this meaning is applied in. Usury means the required extra amount of the given money in return for assigning a time for securing the primary and secondary properties which is confirmed by traditions and historical evidence. This concept is observed in all banking contracts.

Keywords: The Problem of Concept to Instance, usury, Islamic banking.

«اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ربا و نقش آن در ارزیابی عملیات بانکی (مطالعه تطبیقی در قرآن، روایات و فقه امامیه^۱)

سیدام‌الله حسینی^۲

چکیده

گفتمان رایج درباره ربا تعریف آن در قالب ربای قرضی، معاملی و جاهلی است. در نظام بانکداری اسلامی با تکیه بر این گفتمان هرگونه شائبه ربوی بودن قراردادهای نفی می‌شود؛ زیرا ربای معاملی در بانک صورت نمی‌گیرد، قرض هم درصد ناچیزی از تسهیلات را شامل می‌شود که نوعاً به صورت قرض الحسنه است. جریمه تأخیر هم در قالب وجه التزام دریافت می‌شود که در مقابل تخلف مدیون از ادای دین در سررسید است و نه در مقابل تمدید مهلت تا ربای جاهلی بشود. با این حال، به نظر می‌رسد این گفتمان دچار مغالطه اشتباه مفهوم به مصداق شده است؛ زیرا در قرآن کریم حکم ربا بیان شده است نه تعریف و مصداق آن و در روایات هم حکم برخی مصادیق بیان شده است. حال پرسش این است که مفهوم و ماهیت ربا چیست؟ چه وجه مشترکی بین مصادیق ذکر شده برای ربا وجود دارد؟ اگر ربا منحصر به ربای قرضی و معاملی است، چرا برخی فعالیت‌های دیگر - مثل بیع عینه و... - تحت عنوان ربا منع شده است؟ در این مقاله به روش استقرا و تحلیل

«اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ربا و نقش آن در ارزیابی عملیات بانکی
۹۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴

۲. استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره) قزوین - ایران. رایانامه: s.a.hosseini@ISR.ikiu.ac.ir

موارد به این نتیجه رسیده‌ایم که ربا مفهوم جامعی دارد که شامل همه مصادیق موجود و نوپیدا می‌شود و قرض و معامله ربوی دو مصداق روشن این مفهوم‌اند. حکم ربا در قرآن اطلاق دارد و شامل هر مصداقی می‌شود که این مفهوم بر آن صدق کند. این مفهوم عبارت است از: «زیاده لزومی بر سرمایه در ازای مدت با تضمین اصل و فرع» که روایات و شواهد تاریخی نیز این مفهوم را تأیید می‌نمایند. این مفهوم امروزه در تمام قراردادهای بانکی راه یافته است.

کلید واژه‌ها: اشتباه مفهوم به مصداق، مفهوم ربا، بانکداری اسلامی.

مقدمه

تحریم ربا از سوی علمای اسلام به عنوان یک حکم شرعی مسلم پذیرفته شده است و دلیل بر حرمت آن از کتاب، سنت و اجماع مسلمانان وجود دارد و برخی آن را از ضروریات اسلام دانسته‌اند (خمینی، ۱۳۹۰، ۵۳۶/۱، صدر، ۱۴۲۵، ۵۷۵). با وجود این، در تطبیق مصادیق، به ویژه در نظام بانکی، همواره اختلاف نظر وجود داشته است. انتقاد به نظام بانکی از دو جهت بوده است؛ یکی از نظر ربوی بودن اصل قراردادهای بانکی و دیگر از نظر ربوی بودن جریمه تأخیر که از آثار و نتایج قراردادهاست؛ به عبارت دیگر، ربوی بودن قراردادهای بانکی «حدوثاً» و «استمراراً» مورد بحث بوده است. نسبت به مورد اول، شبهه ربای قرضی مطرح است؛ یعنی اشتراط زیاده در ضمن عقد قرض و نسب به مورد دوم، ربای نسیه یا ربای جاهلی یعنی دریافت زیاده در مقابل تمدید مهلت دین. برخی براین باورند که در بانکداری اسلامی هر دو جهت منتفی است، اما در اصل قراردادها، به این دلیل که تسهیلات و قراردادهای بانکی در قالب عقود مبادله‌ای و مشارکتی اجرا می‌شود و قرض درصد ناچیزی از قراردادهای بانکی را تشکیل می‌دهد که آن هم به صورت قرض الحسنه است، ربا منتفی است (موسویان، ۱۳۹۳، ۳۰). در بحث جریمه تأخیر نیز وجه التزام گرفته می‌شود که در قرارداد قرض، برخاسته از ذات عقد نیست بلکه التزامی جداگانه است که سبب آن، تقصیر بدهکار است؛ یعنی سبب مستقل و مشروع خود را دارد و بدل زاید بر اصل نیست تا «اکل مال بالباطل» باشد؛ لذا ربای قرضی صدق نمی‌کند

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۹۸

(کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۷۰-۲۷۳). در قراردادهای دیگر هم وجه التزام در مقابل عنوان تخلف قرار می‌گیرد نه زیاده در مقابل امهال؛ بنابراین، هیچ یک از انواع ربا در آن راه ندارد (رضوانی، ۱۳۷۲، ۳۴؛ تسخیری، ۱۳۸۲، ۷۰).

به نظر می‌رسد این نوع استدلال در بستر گفتمان رایج فقهی تعریف ربا به ربای قرضی و معاملی صورت می‌گیرد که از نوعی مغالطه «اشتباه مفهوم به مصداق» رنج می‌برد. در این بیان، با استناد به انحصار ربا در یک مصداق آن، به جای حل مسئله صورت مسئله پاک شده است. در نتیجه، با اینکه از نظر صوری و با استدلال فوق، ربا منتفی به نظر می‌رسد ولی آثار و نتایج سوء آن باقی است.

فقیهان در تعریف ربا آن را به دو قسم قرضی و معاملی تقسیم کرده و جداگانه تعریف نموده‌اند. سؤال این است که ماهیت و مفهوم ربا به عنوان مقسم در این تقسیم چیست؟ چه وجه مشترکی بین مصادیق ذکر شده برای ربا وجود دارد؟ اگر ربا منحصر به ربای قرضی و معاملی است، چرا برخی فعالیت‌های دیگر- مثل بیع عینه و... تحت عنوان ربا منع شده است؟ اگر بین همه مصادیق موجود، ویژگی مشترکی وجود دارد که به دلیل آن ویژگی از طرف شارع منع شده است، آیا اگر این ویژگی در مورد دیگری پیدا شود می‌توان حکم به منع آن کرد؟

به نظر ما ربا مفهوم جامعی دارد که قرض و معامله ربوی دو مصداق بارز و روشن آن است، ولی مصادیق دیگری نیز دارد. آن مفهوم عبارت است از «مطلق زیاده لزومی بر سرمایه در ازای مدت با تضمین اصل و فرع» و این مفهوم در تمام قراردادها قابل راهیابی است. هر قراردادی باید مبتنی بر مغاینه و ریسک باشد؛ یعنی سود و زیان به طور متعارف بین طرفین قرارداد توزیع شود؛ لذا هر جا زیاده بر سرمایه بدون ریسک و بدون زیان، تحقق یابد ریاست؛ این معنا ممکن است لباس‌های مختلفی بر تن کند. امروزه، تسهیلات بانکی بدون پذیرش ریسک دربردارنده افزوده بر سرمایه است و این ریاست، بخصوص که در آن سرمایه از ملکیت بانک خارج می‌شود و اصولاً نباید نفعی برای آن داشته باشد مگر آنگاه که زیان را نیز پذیرا باشد. در آیات قرآن کریم ربا تعریف نشده، فقط حکم و ملاک آن بیان شده است. حکم ربا حرمت است و ملاک آن ظلم بودن. در روایات هم حسب مورد سؤال، حکم

آن مورد بیان شده یعنی بیان مصادیق است و از جمله مصادیق، ربای قرضی است نه اینکه ربا منحصر در قرض باشد. واقعیت این است که مسئله تشخیص موضوع است نه حکم و مرجع در تشخیص موضوع، عرف است و به نظر عرف در همه مواردی که شرع تحریم نموده، روح «زیاده در مقابل مدت» وجود دارد. این مفهوم از بررسی مصادیق که در روایات و شواهد تاریخی آمده است، روشن می‌شود. پژوهش پیش‌رو کوشیده است این فرضیه را به اثبات برساند.

ادبیات پژوهش

در فقه شیعه ربا منحصر به ربای قرضی و معاملی است و ربای معاملی غالباً حریمی برای ربای قرضی است. در فقه اهل سنت نیز ربا منحصر به ربا الفضل (معامله ربوی) و ربا النسبه (تمدید مهلت دین) است و ربای فضل، فرع ربای نسبه و از باب سد ذرایع است؛ بنابراین، در واقع، تنها مفهوم رایج از ربا نزد شیعه و عامه، ربای در دین و قرض است؛ با این تفاوت که در فقه شیعه ربا حدوداً در عقد قرض متصور می‌باشد و در فقه اهل سنت استمراراً و با تأخیر در ادای به‌هنگام دین و تمدید مهلت دین در ازای زیاده صورت می‌گیرد. با توجه به اینکه قراردادهای بانکی حدوداً به قرض ربوی و استمراراً به ربای نسبه شباهت زیادی دارند، برخی محققان شیعه و اهل سنت کوشیده‌اند با ارائه مفهوم جدیدی از ربا، فعالیت‌های بانکی را از این تشبیه منزّه بدانند.

به طور خاص در این زمینه چهار دیدگاه وجود دارد:

۱. برخی بر این باورند که ربا به ربای جاهلی یا ربای نسبه اختصاص دارد؛ یعنی تمدید بدهی در سررسید در ازای زیاده و فرقی نمی‌کند که بدهی ناشی از قرض باشد یا معاملات دیگر و اساساً آنچه در زمان جاهلیت رایج بوده، همین بوده است، نه قرض با زیاده مشروط. از نظر اینان آیات قرآن از جمله ۱۳۰ آل عمران و ۲۷۵ بقره ناظر به این مفهوم‌اند؛ یعنی آنچه حرام است، سود در سررسید است نه سود و بهره‌ای که در ابتدای قرارداد بر آن توافق می‌شود؛ زیرا ربای جاهلی وجود سود در تمدید مدت است نه برای اصل قرض و قرآن کریم هم همین معنا را تحریم کرده است (رشید رضا، بی تا، ۴/۱۲۳؛ ۳/۱۱۶؛ ۱۴۰۶، ۱۳۷). با این بیان، اصل ربا در قراردادهای بانکی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۰۰

حدوثاً منتفی است و اگر تأخیر در باز پرداخت دیون صورت نگیرد، ربا در اصل قراردادهای ولو قرارداد قرض حتی با شرط زیاده، تحقق نمی‌یابد، ولی استمراراً، ربا ممکن است تحقق یابد و آن در صورتی است که مشتریان در باز پرداخت دیون در سررسید تخلف کنند و بانک بخواهد بابت این تأخیر در مقابل مهلت دادن، زیاده‌ای دریافت نماید.

۲. برخی دیگر بر این عقیده‌اند که ربای محرم به بهره‌های فاحش اختصاص دارد که در ربای جاهلی در اثر تمديد چندباره بدهی به چند برابر اصل بدهی می‌رسید (بدوی، ۱۳۸۳، ۲۴۲). بر مبنای این نظر، برخی حقوقدانان با پذیرش بهره محدود، آن را متمایز از ربا دانسته و تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا را ناشی از خلط بین این دو مفهوم دانسته‌اند (کاشانی، ۱۳۸۱، ۹۵). بنابراین، اساساً بحث از ربا در نظام بانکی منتفی است؛ زیرا در بانک نه حدوداً و نه استمراراً بهره فاحش اتفاق نمی‌افتد. آنچه گرفته می‌شود، سود ناچیزی است که کاهش ارزش پول را نیز جبران نمی‌کند چه رسد به اینکه فاحش و مضاعف باشد.

۳. برخی دیگر حرمت ربا را در مورد قرض‌های مصرفی دانسته‌اند و گفته‌اند قرض‌های تولیدی و سرمایه‌گذاری مشمول آن نمی‌شود (زرقا، ۱۳۸۸، ۷۰۹/۱۳). با این بیان نیز در واقع ربا انحصار در قرض یافته، شامل تسهیلاتی که تحت عنوان عقود مبادله‌ای و مشارکتی به مشتریان داده می‌شود، نمی‌گردد.

۴. عده‌ای نیز بر این باورند که ربا اختصاص دارد به بهره در بانک‌های خصوصی و روابط شخصی، اما در بانک‌های دولتی که بهره به صورت یک ضرورت اجتماعی درآمده است ربا راه ندارد (معرفت، ۱۳۷۵، ۱۴۹؛ غنی‌نژاد، ۱۳۸۳، ۱۳). این نظر در واقع مبتنی بر نظریه تفاوت بهره طبیعی با بهره قراردادی است، بر پایه این نظر، ربا به بهره قراردادی اختصاص دارد، که صاحب سرمایه در قرارداد قرض در برابر واگذاری سرمایه خود به غیر مطالبه می‌کند، اما در بهره طبیعی که درآمدی است که در بازار سرمایه تعیین می‌شود و در قالب قراردادهای مبادله‌ای و مشارکتی انجام می‌گیرد، ربا صدق نمی‌کند (فرزین‌وش و ندری، ۱۳۸۱، ۱۵۱). ربا تنها در حوزه بهره قراردادی، آن هم زمانی که قرارداد از نوع قرض یا بیع کالای همجنس باشد، تحقق می‌یابد، اما

اگر در قالب قراردادهای دیگر باشد، صدق نمی‌کند. به عبارت دیگر، حوزه احکام تکلیفی، افعال ارادی انسان‌هاست نه افعال طبیعی، برای مثال، حرمت به زنا تعلق می‌گیرد که یک امر غیر طبیعی و ارادی است، نه به اصل شهوت و میل جنسی که یک امر طبیعی است. همان‌طور که قرار دادن حرمت زنا به عنوان مقدمه نفی میل جنسی خطاست، قرار دادن حرمت ربا نیز به عنوان مقدمه نفی بهره طبیعی خطاست (فرزین‌وش و ندری، ۱۳۸۱، ۱۶۴).

به نظر می‌رسد در این دیدگاه‌ها انحصار مفهوم ربا در ربای قرضی مفروض انگاشته شده است و قائلان آن‌ها در صدد برون‌رفت از چالش ربای قرضی با باز تعریف مصادیق دیگری از ربا می‌باشند، در حالی که همگی دچار اشتباه مفهوم با مصداق شده‌اند؛ لذا هیچ یک از موارد گفته شده مفهوم ربا نیست، بلکه هر یک مصداقی از مصادیق ربا است و مصادیق ربا به چند مورد منحصر نمی‌شود. باید گفت، ربا یک مفهوم جامع دارد که می‌تواند دارای مصادیق متعددی باشد و به قرارداد خاصی مثل قرض و اصل قرارداد یا تمدید آن اختصاص ندارد.

آن مفهوم جامع عبارت است از؛ اخذ زیاده بر سرمایه در مقابل مدت به صورت مشروط و با تضمین اصل؛ به عبارت دیگر، شرط زیاده در مقابل مدت استفاده از سرمایه بدون پذیرش خطر و ضرری که متوجه سرمایه شود. هر جا این ضابطه صدق کند، رباست ولو قرض نباشد و اساساً قرض ربوی هم به همین دلیل رباست. شاهد هم این است که در روایات هر جا فصل تعریف یعنی مشروط و مقطوع بودن زیاده منتفی باشد، حکم منتفی شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۸/۱۹۱). در این پژوهش کوشش شده با ارائه دلایل و شواهدی این مدعا به اثبات برسد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۰۲

ربا در قرآن کریم

ربا در لغت به معنای زیاد شدن و رشد نمودن و در برخی مشتقات آن، کنایه از تورم و نمو ظاهری است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ۳۰۴/۱۴) و در اصطلاح، به «زیاده در مقابل مدت» انصراف دارد. در قرآن کریم هشت آیه در رابطه با ربا وجود دارد که در هیچ کدام به موضوع ربا اشاره نشده، بلکه حکم و ملاک حکم در آن بیان شده

است. آری مفسران برای برخی آیات شأن نزول بیان کرده‌اند، ولی آنچه از ظاهر آیات بر می‌آید آن است که تنها یک مصداق برای ربا بیان شده و آن مطلق زیاده در مقابل مدت است که به ملاک ظلم بودن، حرام شده است. از ابن عباس منقول است که شأن نزول آیه «...أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...» (بقره/۲۷۵) آن بود که عده‌ای در سررسید دین بر افزایش مقدار آن در برابر تمدید مهلت بازپرداخت تراضی می‌کردند و وقتی به آن‌ها گفته می‌شد این همان رباست، می‌گفتند: خیر، این نوعی بیع و معامله است. چه فرقی دارد که بایع از اول بگوید: مثلاً این کتاب را به صد درهم می‌فروشم یا از اول به هشتاد بفروشد و بعد در سررسید در ازای تمدید مهلت، بیست درهم دیگر بگیرد که گویی از اول مبیع در مقابل صد تومان بوده است؟ اما پاسخ خداوند با این آیه این بود که این بیع نیست، رباست و خداوند بیع را حلال کرده و ربا را حرام و این عمل را به شدت مذمت نموده است (طبرسی، ۱۴۱۵، ۲/۲۰۶). امام خمینی می‌گوید: روایات وارد در شأن نزول «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» آن را در مورد زیادی مال در مقابل تأخیر در دین حال دانسته‌اند. این شاهد است بر اینکه «زیادی در مقابل امهال» در مطلق دیون جایز نیست (خمینی، ۱۴۲۱، ۵/۵۲۷). البته مورد مخصص نیست؛ اگرچه شأن نزول آیه تمدید مهلت دیون حاصل از معاملات در مقابل زیاده بوده، این مورد شامل ربای قرضی نمی‌شود، ولی ربای قرضی در روایات تحریم شده و در دلیل تحریم آن هم به همین آیات استشهد شده است (طوسی، ۱۴۰۷، ۶/۲۰۶).

در این آیه همان‌طور که لفظ بیع اطلاق دارد و شامل هر نوع معامله نوپیدایی در هر زمان می‌شود، لفظ «الربا» نیز اطلاق دارد و هر عملیاتی را که عرفاً ربا باشد شامل می‌شود و قرینه‌ای نداریم که مقصود ربای خاصی بوده است. به فرض، ربا در صدر اسلام منحصر به ربای قرضی یا معاملی بوده، موجب انحصار ربا در این مصادیق برای همیشه نمی‌شود، اهل سنت گفته‌اند قدر متیقن از آن ربای جاهلی (زیاده در مقابل تمدید مدت) است و اطلاق لفظ به این مورد انصراف دارد. در حالی که قدر متیقن در دلیل لفظی راه ندارد و انصراف هم زمانی کاربرد دارد که منشأ آن کثرت استعمال باشد که در مانحن‌فیه مفقود است (جوهری، ۱۴۰۵، ۱۸؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۹۲، ۲۴-۲۷). رباخواران با تشبیه معاملات ربوی با عقد مشروعی چون بیع در ظالمانه بودن آن

تشکیک می نمودند و سپس با ترفندهایی مثل استفاده از عناوین عقود مشروع ماهیت عقد ربوی را موضوع تعهد قرار می دادند. بر این اساس هر عقدی که از ماهیت اصلی خود خارج و به منظور عملی ساختن ربا مورد استفاده قرار گیرد، معامله ربوی تلقی شده و نامشروع می گردد.

آیه ﴿فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (بقره/۲۷۹) نیز اطلاق دارد و می فرماید، اصل سرمایه مال شماست، آن را بگیرد که نه ظلمی کرده باشید و نه به شما ظلمی شده باشد. در این آیه گرفتن زیادت بر سرمایه یعنی ربا را به طور مطلق ظلم است. شهید مطهری دلیل عمده بر حرمت ربا در قرض های تولیدی را همین اطلاق ذکر کرده است (مطهری، ۱۳۸۹، ۲۹۲) و می گوید: اسلام ربا را در مطلق قرض ها تحریم کرده است، خواه برای استهلاک و زندگی روزمره باشد و خواه برای سرمایه گذاری و تجارت (مطهری، ۱۳۸۹، ۲۸۸).

مورد دیگر تحریم ربا، آیه ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ (آل عمران/۱۳۰) است که می فرماید ربا را چند برابر نخورید. برخی بر این باورند که شأن نزول این آیه در مورد دریافت چند برابر ربا در اثر تمدید چندباره بدهی بوده است؛ لذا ربای محرم به بهره های فاحش اختصاص دارد (بدوی، ۱۳۸۳، ۲۴۲؛ رشید رضا، ۱۴۰۶، ۱۳۷)، ولی نمی توان این انحصار را پذیرفت؛ زیرا اولاً خود این آیه اطلاق دارد و ظاهر آن این است که حقیقت ربا مطلق زیادی تصاعدی در مقابل مدت است نه در مورد خاصی (سند، ۱۴۲۸، ۴۶). به علاوه آیه ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (بقره/۲۷۵) نیز اطلاق دارد و اطلاق آن، نص است و قابل تقیید به کم یا زیاد بودن ربا نیست. از طرف دیگر، وصف «أوفوا بالعقود» احترازی نیست و مفهوم ندارد که بگوییم اگر زیاده فاحش نبود و متعارف و کم بود، ربا جایز است، بلکه مطلق زیاده در مقابل مدت، حرام است و «أوفوا بالعقود» هم یکی از افراد این زیاده است و با اینکه ربا به طور مطلق ممنوع باشد، منافات ندارد. به علاوه، در غالب موارد، ربا اضعاف مضاعفه است؛ زیرا نرخ بهره وام ربوی هر چند کم باشد در اثر تمدید و تکرار به چند برابر اصل بدهی می رسد (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۱۱۹/۴). ثالثاً طبیعت ربا زیادی است و رابعاً قید موضوع است نه حکم و در حکم دخالت ندارد؛ بنابراین، حکم را مقید نمی کند. مورد دیگر، آیه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۰۴

﴿وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ (نساء/۱۶۱) است که خبر می‌دهد ربا که برای ما تحریم شده برای یهودیان نیز تحریم شده بود و از این طریق، راهی برای درک مفهوم ربا باز نموده است؛ زیرا ربایی که در میان یهودیان رایج بوده، دریافت بهره در ازای دادن وام است و عامل اصلی ترویج ربا در جزیره العرب نیز همان مهاجران یهود بودند که از فلسطین و یمن به آنجا آمده بودند (بخش فرهنگی جامعه مدرسین، ۱۳۸۱، ۸۶).

بالاخره مورد دیگر آیه ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبَا لِيَرْبُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ﴾ (روم/۳۹) است. برخی گفته‌اند: این آیه در مورد هبه است، ولی طبق قول صحیح‌تر این آیه در مورد رباست. یعنی می‌فرماید: افزایش ثروت از طریق دریافت ربا نزد خداوند برکتی نخواهد داشت (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۱۸۵/۱۶). نتیجه اینکه ربا در آیات قرآن اطلاق دارد و شامل معنای لغوی آن یعنی مطلق زیاده می‌شود؛ اگرچه در برخی موارد شأن نزول مورد خاصی باشد، این امر موجب تقیید و تخصیص نمی‌شود و آیات مواردی که در سنت ربا شمرده می‌شود نیز شامل می‌گردد.

ممکن است گفته شود: این اطلاقات، مخالف با عموم «أوفوا بالعقود» است و تنها در قدر مسلم از مفهوم ربا می‌تواند آن را تخصیص بزند و هر جا که قلمرو ربا مشکوک باشد، به عموم أوفوا بالعقود رجوع می‌شود نه به اطلاق حرم الربا.

پاسخ این است که: اولاً «تمسک به عام در شبهه مصداقیه خودش»، جایز نیست؛ و نیز «حکم موضوع خودش را ثابت نمی‌کند»؛ موارد مشکوک ربا عقد نیست که بخواهیم در صحت آن به عموم «أوفوا بالعقود» تمسک کنیم؛ بنابراین، قرارداد و معامله باید بر اساس نیاز واقعی شکل گرفته باشد، قرآن کریم می‌فرماید: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (بقره/۲۷۵) در این آیه قیام یعنی اقدام. رباخوار چه اقدام نامتعادلی کرده است و حرکت متعادل کدام است؟ به قرینه مقابله می‌فهمیم حرکت متعادل و موزون بیع و معامله است که در آن یک طرف متاعی را که بالفعل نیاز ندارد، می‌دهد و در مقابل، متاعی را که نیاز دارد می‌گیرد، اما رباخوار متاعی را می‌دهد و همان را با اضافه می‌ستانند. سؤال می‌شود که اگر نیاز داری، چرا می‌دهی و اگر نیاز نداری چرا می‌گیری؟ این حرکت نامتعادل و ناموزون است (طباطبایی، ۱۴۱۷،

«اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ربا و نقش آن در ارزیابی عملیات بانکی
۱۰۵

۴۳۳/۲) ثانیاً معامله باید مبتنی بر مغابنه و ضرر طرفینی باشد، در حالیکه قراردادهای ربوی مبتنی بر غبن است و نه مغابنه؛ زیرا رباخوار مال را از ملکیت خود خارج می‌کند و بدین وسیله، هرگونه احتمال زبانی را از خود دفع می‌نماید و در عین حال از منافع آن بهره‌مند می‌شود. بنابراین، قراردادهای ربوی ولو دارای صورت معامله باشد، معامله نیست. قرض هم تملیک به ضمان است نه تملیک به عوض؛ لذا معاوضه نیست و موضوعاً از تحت «أوفوا بالعقود» خارج است، اما اطلاق «حرم الربا» آن را می‌گیرد؛ زیرا ربوی بودن از نظر عرف صدق می‌کند؛ لذا «حرم الربا» بر «أوفوا بالعقود» حکومت دارد.

مصادیق ربا در روایات

در روایات نیز تعریفی از ربا ارائه نشده است، بلکه حسب مورد و مصادیقی که مخاطبان سؤال می‌نمودند، حکم آن بیان شده است؛ از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۰۶

۱. ربای قرضی

به‌طور قطع، یکی از مصادیق ربای رایج در زمان جاهلیت که در قرآن تحریم شده است، ربای قرضی است؛ یعنی قرض دادن درهم و دینار برای مدت زمانی مشخص در مقابل مبلغی بیشتر (جصاص، ۱۴۰۵، ۱۸۴/۲؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸، ۲۶۵/۴). در روایات ربای قرضی، مصداقی از مفهوم «زیاده مشروط در مقابل اعطای مدت» است. برخی فقیهان بر این مطلب تصریح کرده‌اند. شیخ انصاری می‌گوید: حقیقت ربای قرضی راجع به قرار دادن مبلغ اضافه در برابر امهال به قرض گیرنده و به تعویق انداختن زمان مطالبه دین است (انصاری، ۱۴۱۵، ۲۲۳/۶-۲۲۱). بدیهی است هر مقدار زمان مطالبه دین کمتر باشد، مقدار زیاده کمتر است و به فرض اگر مدت دین و قرض یک دقیقه باشد، زیاده متصور نیست؛ بنابراین، ماهیت قرض ربوی چیزی جز «زیاده در برابر امهال» نیست و هر جا که زیاده و مدت نباشد، خود به خود، ربوی بودن منتفی است.

۲. ربای معاملی

در ربای معاملی نیز ضابطه فوق جاری است؛ چه در معامله نقدی دو کالای همجنس با تفاضل و چه در معامله نسیه دو کالای همجنس حتی بدون تفاضل؛ مثلاً وقتی ده کیلو گندم در مقابل پانزده کیلو گندم به صورت نقد به ده کیلو گندم در مقابل ده کیلو گندم دیگر به صورت نسیه معاوضه می‌شود، در واقع، پنج کیلو زیاده در مقابل زمان قرار گرفته است. از اینجا معلوم می‌شود ربای معاملی نیز به همان دلیل حرام شده است که ربای قرضی حرام شده است و نه به تبع ربای قرضی و حریم بودن و مقدمه بودن آن برای ربای قرضی چنانکه برخی از محققان شیعه و سنی گفته‌اند (مطهری، ۱۳۸۸، ۴۶؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۱، ۱۳۵/۲).

۳. ربای جاهلی

تحریم ربای جاهلی نیز بر همین مبناست که یک مصداق آن ربای نسیه بود. در ربای نسیه فرد جنسی را به صورت نسیه به دیگری می‌فروخت، اگر مشتری در سررسید قادر به پرداخت نبود، در مقابل تمدید مهلت مبلغ آن را می‌افزود (سیوطی، ۱۴۰۴، ۳۶۵/۱). البته ربا در مقابل تمدید مهلت در ربای قرض و دیون دیگر نیز اتفاق می‌افتاد؛ یعنی طرف مالی را تا مدتی قرض می‌داد و در سررسید پرداخت قرض، مدت را در مقابل افزایش بدهی تمدید می‌نمود (طبری، ۱۴۱۲، ۲۸۸/۴) و گاه این افزایش به صورت دو برابر کردن مبلغ قرض بود (رشید رضا، بی‌تا، ۱۲۳/۴).

۴. تأجیل ثمن در ازای زیاده

یکی از موارد ربای نسیه، تأجیل ثمن در مقابل زیاده است. در فقه شیعه در عدم جواز این عمل اختلافی نیست، ولی نسبت به دلیل آن اختلاف نظر هست، برخی در اینکه دلیل آن ربا بودن باشد، تردید دارند؛ زیرا طبق گفته‌های رایج فقه شیعه، ربا در دو عنوان قرضی و معاملی منحصر می‌شود، ولی فقیهان دیگر کوشیده‌اند دلیل آن را ربوی بودن بدانند. شیخ انصاری می‌گوید: «هیچ اختلافی در مسئله عدم جواز تأجیل ثمن حال به زیاده‌تر، در مطلق دیون نیست؛ زیرا ریاست و حقیقت ربای قرضی

«اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ربا و نقش آن در ارزیابی عملیات بانکی
۱۰۷

هم راجع به قرار دادن مبلغ اضافه در برابر امهال به قرض گیرنده و به تعویق انداختن زمان مطالبه دین است. در حقیقت، این زیاده در برابر تأخیر زمان مطالبه بدهی، عرفاً ریاست. اهل عرف هم در اطلاق ربا بین موردی که زیاده از ابتدای عقد شرط شود (مثل آنچه در قرض می شود) و موردی که بر روی دریافت زیاده در انتهای عقد و در مقابل به تأخیر انداختن مطالبه بدهی، توافق شود تفاوتی قائل نمی شوند» (انصاری، ۱۴۱۵، ۲۲۱/۶-۲۲۳). امام خمینی شبیه همین عبارت دارد و می گوید: «بحثی نیست در اینکه تأجیل ثمن حال بلکه مطلق دین به زیادتر جایز نیست؛ زیرا همانند زیاده در قرض، ریاست» (خمینی، ۱۴۲۱، ۵/۵۲۷).

در روایات باب ربا، هرگونه تمدید مهلت در دیون، زمانی صحیح دانسته شده که زیاده‌ای در برداشته باشد و علت آن، انتفای ظلم و اکتفا به سرمایه اصلی بیان شده است. امام محمدباقر علیه السلام در صحیحۃ ابن ابی عمیر، در تحریم زیاده در مقابل مدت، به آیه‌ای استشهاد می کند که ربا را ظلم می داند (طوسی، ۱۴۰۷، ۶/۲۰۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸/۳۷۶)^۱. شیخ اعظم یکی از دلایل حرمت اشتراط تأجیل دین در ازای زیاده را همین روایت می داند: روایت دلالت دارد که اگر بر سرمایه بیفزاید، توافق بر تأخیر جایز نیست و ریاست؛ به مقتضای استشهاد امام علیه السلام به ذیل آیه ربا که می فرماید: ﴿فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون و لا تظلمون﴾ (انصاری، ۱۴۱۵، ۶/۲۲۳). محقق خویی نیز می گوید: این روایت دلالت دارد بر حرمت زیاده در مقابل مهلت دادن؛ چه در سررسید باشد و چه در ابتدای قرارداد و به معامله یا دین خاصی اختصاص ندارد» (موسوی خویی، بی تا، ۶۱۶-۶۱۸).

یکی از فقیهان می گوید: در اثبات عدم جواز اعطای مهلت در مقابل زیاده در مطلق دیون، نیازی به اثبات ربوی بودن آن نداریم، بلکه ما نص (صحیحۃ ابن

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۰۸

۱. ابن ابی عمیر عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام: فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَيَأْتِيهِ غَرِيمَةٌ فَيَقُولُ انْقُدْ لِي مِنَ الَّذِي لِي كَذَا وَ كَذَا وَ أَصْعَ عَنْكَ بَقِيَّتَهُ أَوْ يَقُولُ انْقُدْ لِي بَعْضًا وَ أَمُدَّ لَكَ فِي الْأَجَلِ فِيمَا بَقِيَ قَالَ: «لَا أَرَى بِهِ بَأْسًا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى رَأْسِ مَالِهِ شَيْئًا يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تَظْلَمُونَ». محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام می پرسد: طلبکاری نزد بدهکار خویش آمده و از او می خواهد بخشی از دین را پیش از سررسید بپردازد تا نسبت به مابقی دین سررسید را طولانی تر سازد، امام می فرماید: اشکالی ندارد به شرط آنکه بر اصل بدهی نیفزاید، چرا که خداوند می فرماید: برای شماست سرمایه هایتان، نه ستم کنید و نه بر شما ستم شود.

ابی عمیر) بر عدم جواز آن داریم واستشهاد امام علیه السلام به آیه قرآن مبنی بر ظلم بودن آن شاهد است بر اینکه این زیاده موضوعاً ریاست، ولی ممکن است حکماً ریاست باشد نه موضوعاً؛ زیرا اصالة الحقیقة در جایی که علم به مراد متکلم داریم، جاری نیست (تبریزی، ۱۴۱۶، ۵۶۱/۴). توضیح اینکه در مقام بحث، ما در مراد شارع تردید نداریم، بلکه می‌دانیم و یقین داریم که دریافت زیاده در مقابل اعطای مهلت، ریاست، ولی نمی‌دانیم که لفظ ریاست با معنای حقیقی استعمال شده است یا مجازی؟ مجرای اصالة الحقیقة نیست؛ زیرا اصالة الحقیقة در جایی جاری است که تردید در مراد داریم، نه در کیفیت بیان و نحوه استعمال (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱، ۴۳/۱). در اینجا چه بسا ریاست مجازاً بر این معنا دلالت نماید. پس اصالة الحقیقة جاری نیست و نمی‌توان با اصالة الحقیقة، حکم به دخول موضوعی بحث در ریاست کرد. این فقیه بزرگ بحث بسیاری کرده است تا نشان دهد، این مورد داخل در حکم ریاست؛ اگرچه موضوعاً ریاست بر آن صدق نکند. این نشان می‌دهد که مفهوم جامعی برای ریاست در نظر نداشته، ریاست را در قرض و معامله منحصر می‌داند؛ لذا در چنین مواردی که نص در تحریم آن داریم، به توجیه و استدلال روی آورده است.

یکی دیگر از فقیهان، می‌گوید: عنوانی که در ریاست منع شده است، «قرض به شرط نفع» است، در روایات مقید نشده که حتماً این اشتراط باید در ضمن عقد قرض باشد، بلکه در هر عقد دیگری هم این اشتراط بشود، قرض ربوی صدق می‌کند. صدق عنوان ربوی بودن منوط است به تراضی و اشتراط طرفین بر دریافت منفعت و این عنوان برای تحقق حرمت، کافی است (اراکی، ۱۴۱۵، ۳۵۵/۲)؛ لذا ریاست بر مفهوم فوق صدق می‌کند و خود عمومات باب ریاست در اثبات حرمت و فساد چنین شرطی کافی است و نیازی به ادله خاص هم نداریم؛ چه رسد به اینکه دلیل خاص هم داریم که دلالت بر این امر دارد (اراکی، ۱۴۱۵، ۳۵۷/۲).

فقیه دیگری تأکید دارد که ریاست عنوان زیادی بدل از قرض به صورت جزء یا شرط ضمن عقد قرض نیست، بلکه آنچه از آیات و روایات استفاده می‌شود، آن است که «مطلق زیادت لزومی بر سرمایه در مقابل مدت»، یا «الزام بر زیادت در مقابل مدت» ریاست محسوب می‌شود و حرام است، گرچه ضمن انشای عقد قرض نباشد،

«اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ریاست و نقش آن در ارزیابی عملیات بانکی
۱۰۹

بلکه ضمن عقد بیع باشد؛ مثلاً در بیع نسیه، باع بگوید: «در صورت دیرکرد از سررسید باید مقداری بر ثمن بیفزایی» که این در روایات ربا تلقی شده است؛ نتیجه اینکه ماهیت چنین دریافتی ولو اینکه با ظاهر قرض و حتی ربای معاملی متفاوت باشد، عرفاً ریاست و أخذ آن حرام و شرط آن مخالف کتاب و از عموماً الزام به وفا خارج است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲، ۱۸۲).

۵. ربا در بیع سلف

برخی از مفسران شأن نزول آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا» (بقره/۲۷۸) را ربای در بیع سلف دانسته‌اند. عثمان بن عفان و عباس بن عبدالمطلب به صورت سلف خرما می‌خریدند و هنگام برداشت، صاحب خرما از آن‌ها می‌خواست در مقابل به تأخیر انداختن برداشت نیمی از خرما برای مدت معینی، مبلغی دو برابر به آن‌ها پرداخت کند که رسول خدا ﷺ از این عمل نهی کرد (نيسابوری، ۱۳۶۲، ۵۹).

خریدار محصول به صورت سلف، این امکان برایش وجود داشت که محصول را در زمان تحویل گرفتن به قیمتی بالاتر از قیمت خرید بفرشد. در این شرایط بود که بعضاً فروشنده درخواست به تأخیر افتادن تحویل محصول یا بخشی از آن را در ازای پرداخت ربا می‌نمود. در قرارداد سلم قبض ثمن شرط است. خریدار پولی را در اختیار فروشنده قرار می‌دهد تا جنس را به‌طور سلم از او خریداری نماید. امام ﷺ می‌فرماید: اگر این پول قرضی است که نفعی به دنبال دارد، جایز نیست (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۰۴/۶).

۶. ربا در بیع صرف

شارع مقدس تقابض در مجلس را در بیع صرف، در جایی که نقدین مثل هم نیستند، مثل معاوضه دینار به درهم شرط دانسته است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۶۷/۱). برخی گفته‌اند ارتباطی با ربا ندارد، بلکه دلیل خاص دارد (جواهری، ۱۴۰۵، ۱۷۰)، ولی این صحیح نیست، بلکه در اینجا نیز مفهوم «زیاده در مقابل مدت» وجود دارد. همین

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۱۰

امر موجب اشتراط تقابض شده است تا زیاده در مقابل مدت اتفاق نیفتد. اگر تقابض در مجلس صورت بگیرد، زیاده در مقابل مدت نیست، بلکه بر اساس رغبت شخصی صورت گرفته است؛ چنان که در خرید و فروش های دیگر این امر رخ می دهد؛ یعنی مبتنی بر مغاینه است. بنابراین، ربای صرف هم مصداقی از این مفهوم است و گرنه چه دلیلی بر منع آن وجود دارد؟

۲. بیع عینه

تحریم بیع عینه نیز از همین باب است. در عینه بایع کالا را به صورت نسیه می فروشد به شرط آنکه مشتری همان را به صورت نقد و به قیمت کمتر به خود بایع بفروشد. طبق برخی روایات، این عمل ممنوع است (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۰۲/۵). فقیهان نیز بر آن اتفاق نظر دارند (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ۴۹/۲).

در اینجا نیز زیاده در مقابل مدت رخ می دهد و گرنه هر یک از دو معامله به خودی خود و به تنهایی صحیح است و هیچ محذوری ندارد، ولی نتیجه آن دو در مجموع، زیاده در مقابل مدت که ریاست. در اینجا عقد قرضی هم واقع نشده، ولی زیاده در مقابل مدت واقع شده که ریاست؛ برای مثال، بایع مبیع را به قیمت صد تومان می فروشد نسیه به مدت سه ماه، بعد همان را به قیمت هفتاد تومان نقد می خرد. این، دو معامله است، ولی در مجموع مثل این است که بایع هفتاد تومان داده و بعد از سه ماه صد تومان گرفته است. سی تومان زیاده در مقابل سه ماه مدت استفاده از سرمایه قرار گرفته است.

۸. ربا در مضاربه

در صحیحۀ علی بن جعفر از برادرش امام کاظم علیه السلام، اشتراط زیاده در ضمن مضاربه، ربای محض دانسته شده است (عریضی، ۱۴۰۹، ۱۲۵)؛ زیرا در مضاربه باید

۱. «وَسَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أُعْطِيَ رَجُلًا مِائَةَ دَرَاهِمٍ يَعْمَلُ بِهَا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ أَيَجُزُّ ذَلِكَ قَالَ «لَا هَذَا الرَّبَا مَحْضًا» نَقَلَ مَنِي كُنْتُ أَنَّهُ يَسْتَدِيمُ دَرَاهِمَ مَرْدِي كَمَا صَدَّ دَرَاهِمٌ بِدِيْغَرِي مِي دَهْدُ تَابَا أَن كَار كُنْدُ بِه شَرْطُ اَيْنَكِه پَنج دَرَاهِم يَا كَمْتَر يَا بِيْشْتَر بِه وَي بِيْر دَاوَزْد اِيَا اَيْن حَلَال اَسْت؟ فَرْمُود: اَيْن رَبَاي مَحْضُ اَسْت.

سرمایه‌گذار در سود و زیان حاصله شریک باشد و سود حاصله به نحو کسر مشاع بین طرفین تقسیم شود و برای صاحب سرمایه جایز نیست، سرمایه خود را در اختیار دیگری قرار دهد تا با آن تجارت کند و اجرت سرمایه را دریافت نماید. چنین قراردادی ربوی است (صدر، ۱۴۲۵، ۵۸۸) ربوی بودنش نیز به همان معنای مذکور است.

۹. ربا در اجاره

بر اساس برخی روایات، امام صادق علیه السلام، از اجاره زمین کشاورزی به محصولات کشاورزی نهی نموده‌اند؛ زیرا از زمین گندم و جو خارج می‌شود و اجاره گندم به گندم و جو به جو جایز نیست (ابن بابویه، ۱۳۸۵، ۵۱۸/۲).

از نظر تاریخی

از نظر اغلب محققان ربا در زمان نزول وحی، هم شامل بهره‌ای می‌شد که در زمان عقد قرارداد قرض تعیین می‌گردید و هم شامل افزایش‌های ثانویه در وام یا قرض اقساطی در مواردی که مهلت پرداخت وام تمدید می‌شد (بدوی، ۱۳۸۳، ۲۶). شواهد تاریخی ما را وادار می‌کند که بپذیریم در آن دوره وام‌های پولی و غیر پولی و نیز معاملات مؤجل در عربستان همانند دیگر نقاط جهان رواج داشت و ربا فراگیر بود و در کل اقتصاد گسترده‌تری داشت و محدود به ربای قرضی و مصرفی یا فروش نسیه و سلم نبوده است (صدیقی، ۱۳۸۹، ۷۲-۷۷). پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز وقتی برای اولین بار ربا را تحریم کرد، هر نوع اضافه‌ای را که در معاملات مالی بدون عوض وضع شود، تحریم کرد. پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله در معاوضه گندم، جو، خرما، نمک، طلا و نقره و کلاً دو کالای شبیه به هم صحت معاوضه را مقید به دو قید همزمانی و برابری در مقدار مقید نمود (ترمذی، ۱۴۰۳، ۳۵۴/۲؛ بخاری، ۱۴۰۱، ۳۰/۳).^۱

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۱۲

از نظر ملاک حرمت

۱. عن النبي صلی الله علیه و آله قال: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل و المالح بالملح مثلاً بمثل والشعير بالشعير مثلاً بمثل. فمن زاد أو أزداد فقد أربى».

از نظر قرآن کریم عمده دلیل حرمت ربا ظلم است (بقره/۲۷۹). این ملاک در مفهوم «زیاده در مقابل مدت» موجود است و هر جا این مفهوم باشد، این ملاک هست. چنان که ذکر شد در روایات باب ربا معمولاً به ذیل همین آیه استشهاد می شود (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۰۶/۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۳۷۶/۱۸).

از این نظر، آنچه به عنوان زیاده مشروط بر سرمایه در قبال مدت معینی دریافت می شود، در واقع، موجد و موجبی برای ملکیت آن وجود ندارد. عدالت یعنی رساندن حق به صاحب آن. حق و مالکیت یک نوع علاقه و رابطه بین انسان و یک شیء است. در نظام علی و معلولی عالم، هر امر حادثی علت، سبب و موجدی می خواهد و موجد، یا فاعلی است یا غایی (مطهری، ۱۳۸۷، ۵۱). سبب اینکه انسان در قبال سرمایه خود بدون انجام کاری دریافتی داشته باشد، چیست؟ مالکیت، اسباب شرعی می خواهد، کدام سبب موجد مالکیت ما در مورد منافع سرمایه بدون انجام کار و آن هم به صورت تضمینی شده است؟

چنان که برخی محققان گفته اند وضع بهره بر روی پول، بیان کننده خلق «بی مورد» و «آنی» مالکیت است. «بی مورد» است؛ زیرا خارج از چارچوب قانونی حقوق مالکیت به رسمیت شناخته شده در اسلام قرار دارد و «آنی» است؛ زیرا به محض اینکه قرارداد پولی بر مبنای بهره منعقد شود دفعه‌تاً حقی در اموال گیرنده پول برای دهنده پول خلق می شود (خان و میرآخور، ۱۹۸۷، ۴).

به هر حال، ملاک‌های ذکر شده برای ربا در موارد متعدد موجود است و موجب می شود که عنوان ربا منحصر به برخی موارد نشود، بلکه هر جا مناط هست، عنوان نیز هست و مناط همان مفاسدی است که در نصوص شرعیه بیان شده است. در هر قراردادی که زیاده مشروط در مقابل مدت گرفته شود، ریاست و این امر در قراردادهای بانکی صورت می گیرد.

جمع بندی

مفهوم جامع ربا

با تحلیل ماهیت مصادیق متعددی که در سنت و فقه اسلامی به عنوان ربا تحریم

شده است، می‌توان به این نتیجه رسید که مابه‌الاشتراک همه موارد «زیاده لزومی بر سرمایه در ازای مهلت استفاده از آن با تضمین اصل آن» می‌باشد. این ماهیت را می‌توان به‌عنوان تعریف جامعی از ربا معرفی نمود و بعد مصادیق را بر آن تطبیق داد. قطعاً مصداق روشن و بارز آن در عقد قرض صورت می‌گیرد. ولی این مانع از آن نیست که اگر در جایی این مفهوم و ملاک وجود داشت ولی صورت و فرم فعالیت چیزی جز عقد قرض بود، آن را ربا بدانیم. با این بیان، هر جا زیاده لزومی بر سرمایه در ازای مهلت استفاده از سرمایه مورد توافق قرار بگیرد ربا تحقق یافته و مشمول اطلاعات ادله تحریم ربا از جمله آیات قرآن می‌شود. به عبارت دیگر، اگر نخواهیم از گفتمان رایج دست برداریم می‌توانیم بگوییم هر جا چنین واقعیتی رخ بدهد، ربای قرضی محرم به وقوع پیوسته است؛ زیرا قرض ربوی چیزی نیست جز منفعت به‌وسیله اشتراط و این مفهوم هر جا صدق کند، همان قرض ربوی است و نیازی نیست که در ضمن عقد قرض باشد و از اول اشتراط شود؛ مثلاً ممکن است قرض ربوی در سررسید دیون به خودی خود اتفاق بیفتد. آنجا که در سررسید دین شرط می‌شود، ادامه دین منوط به پرداخت زیاده است؛ یعنی از این به بعد سرمایه در دست شما قرض است، مشروط به پرداخت زیاده، این چیزی جز قرض ربوی نیست. در روایات نیز مقید نشده که حتماً این اشتراط باید در ضمن همان عقد قرض باشد، بلکه در هر عقد دیگری هم اشتراط بشود، قرض ربوی صدق می‌کند. صدق عنوان ربوی بودن به تراضی و اشتراط طرفین بر دریافت منفعت منوط است و این بر حرمت عمل کافی است. نتیجه اینکه ماهیت چنین دریافتی ولو اینکه با ظاهر قرض و حتی ربای معاملی متفاوت باشد، عرفاً ریاست و أخذ آن حرام و شرط آن مخالف کتاب و از عموماً الزام به وفا خارج است. حاصل آنکه ربا عبارت است از دریافت زیاده بر سرمایه در مقابل مهلت استفاده از آن به صورت مشروط و مقطوع و با تضمین اصل. این مفهوم هر جا و ضمن هر قراردادی تحقق یابد، حاکی از ربوی بودن آن است. اما اگر فصل این تعریف یعنی مشروط بودن و مقطوع و لزومی بودن آن و نیز تضمین اصل، منتفی شود، ربوی بودن هم منتفی می‌شود؛ چنان که در روایات هم بدان تصریح شده است؛ زیرا در این صورت، قرارداد از طبیعت حقوقی و اقتصادی خود پیروی کرده

است نه از اراده لزومی سرمایه گذار.

موارد نقض

ممکن است گفته شود اگر زیاده لزومی بر سرمایه در ازای مدت ربا باشد، مواردی مثل بیع نسیه و مضاربه و اجاره نقض می شود که در این موارد، گرفتن زیاده بر سرمایه در ازای مدت جایز است.

پاسخ این است که مفهوم و ملاک ذکر شده برای ربا در این موارد وجود ندارد؛ چه در این گونه موارد، مالکیت و تدبیر و اصلاح مال بر عهده مالک است؛ لذا سود و زیان، هر دو محتمل است. اقتضای عدالت این است که معاوضه مبتنی بر مغاینه باشد. هر دو طرف، هم سود ببرند و هم زیان و برابری حفظ شود و همواره نوعی ناطمینانی حتی نسبت به اصل سرمایه وجود داشته باشد، اما در قرارداد ربا اصل و فرع سرمایه برای مالک تضمین شده است.

در بیع، اعم از نقد و نسیه، مالکیت مبیع پس از عقد از آن مشتری است و مالکیت ثمن از آن فروشنده، حال اگر ثمن در دست فروشنده باقی باشد (در بیع نسیه) در واقع، به عنوان دین در ذمه اوست و در این مدت، اگر سودی داشته باشد از آن مالک یعنی فروشنده است. پس مشتری باید اصل مال به علاوه آن سود را به صاحبش برگرداند. برخلاف قراردادهای ربوی که سرمایه به ملک طرف مقابل در می آید؛ لذا سود و خسارت احتمالی آن هم مال خود اوست. مال دیگری هم وجود ندارد که درباره مالکیتش صحبت شود. رباخوار نیز در واقع، سود سرمایه ای را مطالبه می کند که مال او نیست؛ مثل اینکه لیمو را قرض بدهد و آب آن را بگیرد. آری، نقد بودن سرمایه در مقابل نسیه بودن آن مطلوبیت دارد، ولی این «ارزش زمانی» فرع متصل به اصل است و مالکیت آن تابع مالکیت اصل سرمایه است و چون اصل و فرع قابل تفکیک نیست، نمی توان در ضمن عقد آن دو را جدا کرد (رجحان، ۱۳۹۱، ۲۳۳-۲۳۴).

در اجاره نیز عین تضمین نشده و در معرض استهلاک و فرسودگی قرار دارد (مطهری، ۱۳۸۹، ۲۹۶-۲۹۷) در مضاربه نیز عین و سود هیچ کدام تضمین نشده است و فرد سرمایه را ابزار کار خود قرار می دهد نه آنکه دیگری را استخدام کرده باشد،

«اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ربا و نقش آن در ارزیابی عملیات بانکی

برخلاف ربا که مزد در عوض کار قطعی سرمایه است و سرمایه چه به کار بیفتد و چه نیفتد، صاحب آن مزد خود را می‌گیرد. در واقع، ربا تسلط سرمایه بر کار است که قدرت اقتصادی را در اختیار سرمایه قرار می‌دهد؛ لذا در عمل همیشه سود می‌برد و هیچ‌وقت ضرر نمی‌کند (مطهری، ۱۳۸۸، ۷۰).

صحت سرمایه‌داری به این است که انسان مالک ثروتی باشد که آن ثروت مولد ثروتی دیگر شود، و مولد بودن ثروت یا به ضمیمه عمل انسان است (مانند ابزارها) یا به این است که خودش مولد باشد (مانند حیوان که شیر و پشم و... را تولید می‌کند) یا رابطه قابل‌ی دارد (مانند پنبه که تبدیل به پارچه می‌شود).

اما در مبادلات تجاری کالایی به وسیله پول کالایی به کالای دیگر تبدیل می‌شود یا به وسیله کالا پول کوچک‌تر به پول بزرگ‌تر تبدیل می‌شود. به هر حال، کاری صورت می‌گیرد و تاجر مزد کار خود را دریافت می‌کند. اگر تاجر روی کالا هیچ کاری انجام ندهد، هرگز سود نمی‌برد (مگر از راه دزدی). تجارت وقتی مشروع است که تاجر واقعاً واسطه باشد یا ابتکاری انجام دهد و کالا را به مشتری نزدیک کند و گرنه مبادله صرف، ثروت مشروعی اضافه نمی‌کند (مطهری، ۱۳۸۹، ۴۵۰-۴۵۳).

با توجه به آنچه گفته شد، هرکس حق دارد از مال خود استفاده کند. این امر دو راه دارد: یا خود مصرف کند یا آن را سرمایه تولید و افزایش قرار دهد، این نیز دو راه دارد: یا عین سرمایه را حفظ کند و اثر آن را در قبال اخذ ثمن به دیگری واگذار نماید که در مزارعه، مساقات و اجاره مصداق دارد. در این حالت، خسارت وارده بر عهده مالک است. یا شخص نوع و معادل مال را برای خود حفظ کند و مال را به ملکیت دیگری در آورد که در مضاربه و تجارت مصداق دارد. در این حالت نیز خسارت و زیان برای مالک محتمل است.

حالت سوم آن است که شخص، سرمایه را از ملک خود خارج کند و در عین حال منافع آن را بگیرد و هیچ ضرری هم متوجه او نباشد. این همان رباست که جایز نیست و ظلم است، مثل آن است که عین را یک‌جا بفروشد و منافع آن را دوباره بفروشد. ربا تملیک سرمایه به ضمان است نه تملیک به عوض؛ لذا معاوضه نیست، استثمار از مال در ذمه غیر است، برخلاف موارد دیگر، در حالی که مال در ملکیت

دیگری مولد نیست و از مال غیر مولد انتظار ولد داشتن خطاست و اکل مال بالباطل و ظلم است (مطهری، ۱۳۸۹، ۳۰۵-۳۱۰).

سود و زیان سرمایه تابع ملکیت آن است. وجود عینی سرمایه همانند نیروی کار می‌تواند تولید سود کند، ولی کار وجود عینی در شرایط مختلف متفاوت است. گاهی زیان می‌برد یا تلف می‌شود و گاهی سود می‌کند، اما وقتی از ملکیت و عینیت خارج شد و ذهنیت و اعتباریت یافت، قهراً جلوی انتاج آن برای مالک اصلی هم گرفته می‌شود و اصلاً وجود اعتباری، انتاج ندارد و سود گرفتن از مالی که متعلق به دیگری است، اساساً غلط است؛ لذا از نظر طبیعت حقوقی و عقلی، فرقی میان قراردادهای ربوی اعم از قرض مصرفی و تولیدی نیست (مطهری، ۱۳۸۸، ۱۹-۲۲).

ارزیابی عملیات بانکی در این دیدگاه

به نظر می‌رسد، قراردادهای بانکی حتی در نظام بانکداری بدون ربا در فرض موجود، هم حدوداً و هم استمراراً مبتلا به رباست. از نظر حدودی تسهیلات بانکی اگر همراه با تملیک و قطع رابطه مالکیت باشد، همان‌طور که احتمال تلف و خسارت به دهنده تسهیلات ارتباطی ندارد، احتمال نفع و سود هم به او ارتباطی ندارد و مطالبه هرگونه زیادی غیر منطقی است و مشروعیت ندارد. اما اگر اعطای تسهیلات بدون انتقال مالکیت باشد، طبیعی است که او می‌تواند حقوق و منافعی در مال برای خود در نظر بگیرد، همچنان که تلف و زیان وارد شده بر مال نیز در ملک او اتفاق می‌افتد. در این حالت، اگر وام‌دهنده شرط کند که صرفاً منافع و سود مترتب بر مال را مالک می‌شود و هرگونه ریسک و خطر تلف و زیان تماماً متوجه مشتری باشد، این توافق خلاف مقتضای عقد است. اما اگر شرط شود که وام‌گیرنده نیز مانند وام‌دهنده در سود و زیان و تلف اصل مال شریک باشد یک شرط منصفانه و مبتنی بر مغایه است و در برخی عقود مانند مضاربه و مزارعه مورد تأیید شرع نیز قرار گرفته است. در نوع عملیات بانکی حین قرارداد حالت نخست صورت می‌گیرد که متضمن این معناست که بانک با وجود انتقال مالکیت مال به مشتری، حین انعقاد قرارداد با او بنا می‌گذارد که سود را شریک باشد بدون آنکه کمترین تعهدی نسبت

«اشتباه مفهوم به مصداق» در تعریف ربا و نقش آن در ارزیابی عملیات بانکی

به تلف یا زیان وارد بر مال داشته باشد؛ یعنی زیادی لزومی بر سرمایه در ازای مدت استفاده از آن در نوع قراردادهای تحقق می‌یابد و نمی‌توان با تقلیل ربا به اشتراط زیاده در عقد قرض، قراردادهای بانکی را از تشبیه به ربا تنزیه کرد.

استمراراً ربا در قراردادهای بانکی وقتی رخ می‌دهد که مشتریان از باز پرداخت به‌هنگام دیون به هر دلیلی خودداری کنند. بانک برای پیشگیری از این واقعه یا برای جبران خسارت‌های ناشی از این پدیده، در ابتدای قراردادها با مشتریان شرط می‌کند که در ازای تأخیر در باز پرداخت دیون، جریمه تأخیر پرداخت کنند. این شرط به لحاظ شباهتش به ربای جاهلی مورد انتقاد قرار گرفته است. در توجیه آن گفته می‌شود که این شرط در ازای تخلف است و نه در ازای تمدید مهلت دین (تسخیری، ۱۳۸۲، ۷۰)، در حالی که واقعیت زیاده لزومی بر سرمایه در ازای مدت به صورت مشروط و مقطوع صورت می‌گیرد تنها با این فرق که در یک‌جا شرط در ابتدای قرارداد است و در یک‌جا در انتهای قرارداد و عرف در تحقق عنوان ربا در هر دو صورت تردید ندارد. در روایات نیز این اشتراط را زمانی صحیح دانسته که زیاده‌ای در برداشته باشد (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۳۷۶/۱۸). اطلاق ادله حرمت ربا در این زمینه قابل تقیید نیست. قرآن می‌فرماید: شما باید عین مالتان را بگیرید تا بر شما ظلم نشده باشد، ولی حق ندارید زیاده بگیرید تا بر طرف مقابل ظلم شود؛ ﴿فَلَكُمْ زُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (بقره/۲۷۹). شهید مطهری می‌گوید: از این تعبیر بر می‌آید که قرآن اساساً سود گرفتن از سرمایه را ظلم می‌داند و ظلم یعنی گرفتن چیزی بدون حق و بدون مجوز طبیعی نه قانونی. از نظر قرآن ربا به طور مطلق ظلم است، بر اساس وجوب عدل و تحریم ظلم و اکل مال غیر بالباطل است (مطهری، ۱۳۸۸، ۲۳-۲۵).

به دلیل محذوریت فوق، برخی از فقیهان مشروعیت این شرط را منوط به آن دانسته‌اند که در ضمن عقد خارج لازم باشد که به دو روش امکان‌پذیر است:

الف) زیاده را ثمن بیع محاباتی قرار دهند و در ضمن آن، اشتراط تأجیل دین بشود. در برخی روایات، این روش مورد تأیید قرار گرفته است (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۰۵/۵) که برخی فقیهان نیز آن را پذیرفته‌اند (حلی، ۱۴۲۲، ۱۱/۲۵۸). مثلاً مدیون از دائن، کالای کم ارزشی را به بیشتر از قیمت واقعی‌اش (گاهی تا چند برابر) می‌خرد و ضمن آن،

تأخیر در دین را شرط می‌کند. صاحب جواهر این روایات را از باب حيله ربا می‌داند و مطابق برخی روایات دیگر (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۹/۷)، این روش را در جایی که قصد واقعی بیع نباشد - که معمولاً چنین است - به دلیل تحقق ربا منتفی دانسته است (نجفی، ۱۴۱۵، ۳۴/۲۵).

ب) طبق پیشنهاد برخی فقیهان معاصر، مدیون به نحو شرعی در ضمن عقد لازم دیگری - ولو در یک معامله ناچیز - ملتزم شود، اگر از موعد مقرر تأخیر کرد، مبلغ معینی مجاناً بدهد (گلپایگانی، ۱۴۰۵، ۹۱/۲)؛ بنابراین نظر، بین قرارداد قرض و سایر عقود از یک طرف و تعهد به پرداخت مبلغ اضافی در مقابل اعطای مهلت و به صورت مجانی از طرف دیگر تفاوت است. شرط در ضمن عقد قرض به هر شکل ربا و حرام است و در غیر عقد قرض، تعهد به پرداخت با فرض تقابل میان مهلت و مبلغ پرداختی، حرام و با فرض تملیک مجانی مشروط به تأخیر تأدیه، حلال و بی‌اشکال است (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ۲۹۳). در این صورت شرط مورد بحث مشروعیت و نفوذ خود را از دلیل لزوم بیع و ادله نفوذ شرط می‌گیرد نه از قرض، تا ربا پدید آید (مصباحی مقدم و جلالی، ۱۳۸۷، ۳۱).

این روش نیز در باب حيله‌های ربا مورد ارزیابی قرار می‌گیرد که «مبنایی» است و فقیهان بزرگی مثل امام خمینی و برخی از شاگردان وی، این روش‌ها را جعلی و فاقد مشروعیت دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱، ۵۲۷/۵-۵۳۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۶۷۳؛ مطهری، ۱۳۸۹، ۴۶۳-۴۶۶).

به نظر ما عنوان ربا به مفهوم برگزیده آن در این صورت نیز صدق می‌کند و مجموع التزام بین دو طرف متضمن این معناست. فرقی نمی‌کند که در یک عقد باشد یا در دو عقد، بلکه لازمه عرفی این شرط، قرض به همراه نفع است که برخی فقیهان به آن اشاره کرده‌اند (اراکي، ۱۴۱۵، ۳۵۷/۲؛ روحانی، ۱۴۲۰، ۳۳۳/۲؛ ۱۴۱۲، ۳۵/۲۰).

تحلیل عملکرد بانک و مشتریان نیز می‌رساند که در عمل چیزی جز قرض نیست. بانک در عمل مبلغی می‌دهد با شرط زیاده در سررسید و با شرط جریمه تأخیر. در تمام قراردادها در نهایت آنچه وجود دارد، تعهد به پرداخت وجه نقد از طرف مشتریان به بانک است. تسهیلات بانکی در قالب عقود مبادله‌ای و مشارکتی

«اشتباه مفهوم به
مصدق» در تعریف ربا
و نقش آن در ارزیابی
عملیات بانکی
۱۱۹

انجام می‌گیرد. در عقود مبادله‌ای رابطه بانک و مشتری به صورت بدهکار و بستانکار تنظیم می‌شود و سرانجام موضوع عقد به دین تبدیل می‌گردد (موسویان، ۱۳۸۷، ۱۲۲-۱۳۲). اما در عقود مشارکتی از آنجا که از اول موقت‌اند و پس از پایان مدت بانک حاضر به استمرار مشارکت نیست، بعد از سررسید ماهیت دین می‌یابد، در دین هرگونه شرطِ زیاده‌ای مصداق ربا و باطل است و تردیدی در حرمت آن نیست؛ لذا دریافت جریمه در این عقود با شبهه ربا مواجه است. به علاوه، این عقود ناظر به سود و زیان هم نیست و به محض سررسید، جریمه آغاز می‌شود، چه کار تمام شده باشد و چه تمام نشده باشد، چه سود کرده باشد و چه زیان (آهنگران و ملاکریمی، ۱۳۸۹، ۲۰۳).

به قول استاد مطهری این عملکرد بانک شبیه عملکرد شترمرغ است. وی در تحلیل اخذ زیاده در معاملات بانکی می‌گوید: اینکه در عمل همیشه رباخوار سود می‌برد و هیچ وقت ضرر نمی‌کند، به واسطه همین غیرطبیعی بودن رباست. (مانند شترمرغ). ضرر را به گردن نمی‌گیرد، ولی سود را می‌خواهد. طبیعت قرض، قرض الحسنه است؛ یعنی بدون سود باشد. در قرض آنچه به مُقرض تعلق دارد، یک امر اعتباری است که در خارج وجود ندارد و آنچه در خارج جریان دارد متعلق به مُقرض است. مُقرض از ساعت قرض دادن دیگر مالک آن نیست، مالک مثل یا قیمت آن در ذمه طرف است. او بین عقود مشارکتی که تحت عنوان مضاربه و... در بانک رایج است با عناوین فقهی آن تفاوت قائل است؛ مثلاً در مورد مضاربه می‌گوید: فرد در مضاربه سرمایه را آلت و ابزار کار خود قرار می‌دهد نه آنکه صاحب سرمایه نیروی کار را استخدام کرده باشد. در مزد نیز کارگر حق خود را به خاطر انجام کار می‌گیرد بدون آنکه مسئول افزایش یا کاهش سرمایه باشد و اگر هم کار نکند، مزدی ندارد، اما در ربا مزد در عوض کار قطعی سرمایه نیست. سرمایه چه به کار بیفتد و چه نیفتد، صاحب آن مزد خود را می‌گیرد، در واقع، ربا تسلط سرمایه بر کار است که قدرت اقتصادی را در اختیار سرمایه قرار می‌دهد (مطهری، ۱۳۸۸، ۲۰-۲۱).

نتیجه‌گیری

۱. در قرآن کریم ربا تعریف نشده، بلکه حکم شرعی آن یعنی حرمت بیان شده است.
۲. در سنت و روایات پیشوایان، فعالیت‌های مالی متعددی تحت عنوان ربا تحریم شده است.
۳. قرض به شرط زیاده و معامله دو کالای همجنس با تفاضل، دو مصداق از ربای محرم در اسلام است؛ نه مفهوم و ماهیت ربا؛ چرا که ربا مفهوم جامعی دارد که شامل مصادیق موجود و مصادیق نوپیدا می‌شود.
۴. حقیقت و مفهوم جامع ربا عبارت است از «زیاده لزومی بر سرمایه در ازای استفاده از آن با تضمین اصل».
۵. قراردادهای بانکی حدوداً و استمراراً مبتلا به ربا به مفهوم گفته شده می‌باشد و تدابیر به کار رفته در بانکداری اسلامی نتوانسته است فعالیت‌های بانکی را از این مفهوم مبرا و منزله بدارد.

منابع

• قرآن کریم.

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، ۱۴۳۱، کفایة الأصول، چاپ هفتم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی، ۱۳۸۵ش، علل الشرائع، قم: داوری.
۳. ابن قیم، محمد بن ابی بکر، ۱۴۱۱، إعلام الموقعین، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر.
۵. اراکی، محمد علی، ۱۴۱۵، کتاب البیع، قم: مؤسسه در راه حق.
۶. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵، کتاب المکاسب، قم: کنگره شیخ انصاری.
۷. بخاری، محمد بن اسماعیل، ۱۴۰۱، صحیح البخاری، بیروت: دار الفکر.
۸. بخش فرهنگی جامعه مدرسین، ۱۳۸۱ش، ربا، قم: بوستان کتاب.
۹. بدوی، ابراهیم زکی الدین، ۱۳۸۳ق، نظریة الربا المحرم فی الشریعة الاسلامیة، القاهرة: مطبوعات المجلس الاعلی لرعاية الفنون و الآداب و العلوم الاجتماعیة.
۱۰. تبریزی، میرزا جواد، ۱۴۱۶، إرشاد الطالب، چاپ سوم، قم: اسماعیلیان.

۱۱. ترمذی، محمد بن عیسی، ۱۴۰۳-۱۹۸۳، سنن الترمذی، چاپ دوم، بیروت: دارالفکر.
۱۲. تسخیری، محمد علی، ۱۳۸۲، «شرط کیفی مالی در بانکداری بدون ربا»، فقه اهل بیت علیهم السلام، سال ۹، شماره ۳۵، صص: ۶۳-۷۱.
۱۳. جصاص، ابوبکر، ۱۴۰۵، احکام القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۴. جواهری، حسن، ۱۴۰۵، الربا فقهیاً و اقتصادیا، قم: مطبعة الخيام.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹، وسائل الشیعة، قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۱۶. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۲۲، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۱۷. خمینی، سید روح الله موسوی، ۱۳۹۰، تحریر الوسیلة، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۱۸. ۱۴۲۱، کتاب البیع، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۹. رجحان، سعید، ۱۳۹۱، اصول علم فقه، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۲۰. رشید رضا، محمد، بی تا، تفسیر المنار، بیروت: دارالمعرفه.
۲۱. _____، ۱۴۰۶، الربا و المعاملات فی الاسلام، القاهرة: مکتبه الکلیات الازهریه.
۲۲. رضوانی، غلامرضا، ۱۳۷۲، مصاحبه، تهران: بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
۲۳. زرقا، مصطفی، ۱۳۸۸ق، مشکلات العصریه فی میزان الشریعه الاسلامیه، مجله البعث، ج ۱۳: صص: ۷۰۳-۷۳۰.
۲۴. سند، محمد، ۱۴۲۸، فقه المصارف و النقود، قم: مجین.
۲۵. سیوطی، جلال الدین، ۱۴۰۴، الدر المنثور، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۶. شوکانی، محمد بن علی، ۱۹۷۳م، نیل الأوطار، بیروت: دار الجیل.
۲۷. صدر، سید محمدباقر، ۱۴۲۵، اقتصادنا، چاپ دوم، قم: بوستان کتاب.
۲۸. طباطبایی، سید محمدحسین، ۱۴۱۷، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ پنجم، قم: موسسه النشر الإسلامی.
۲۹. طبری، محمد بن جریر، ۱۴۱۲، جامع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دارالمعرفه.
۳۰. طوسی، محمد بن الحسن، ۱۴۰۷، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۱. غنی نژاد، موسی، ۱۳۸۳، بررسی برخی نظریه‌های مربوط به بانکداری بدون ربا، مجموعه مقالات پانزدهمین سمینار بانکداری اسلامی، تهران: انتشارات مؤسسه عالی بانکداری ایران.
۳۲. فاضل لنکرانی، محمدجواد، ۱۳۹۲، ربا در قرآن کریم، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار: .
۳۳. فرزین وش، اسدالله و کامران ندری، ۱۳۸۱، ربا، بهره قراردادی و بهره طبیعی، مجله

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۲۲

تحقیقات اقتصادی، شماره ۶۰: ۱۴۹-۱۸۵

۳۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
۳۵. کاشانی، سید محمود، ۱۳۸۱، «مبانی حقوقی و مقررات بهره و زیان دیرکرد، بررسی قانون عملیات بانکی بدون ربا»، کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۷، پیاپی ۱۷۶، (فروردین ۱۳۸۱): ۴۵-۱۱۱.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۷. محقق کرکی، علب بن حسین، ۱۴۰۸، جامع المقاصد، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۸. مطهری، مرتضی، ۱۳۸۷، بیست گفتار، چاپ بیست و نهم، تهران: انتشارات صدرا.
۳۹. _____، ۱۳۸۸، مسئله ربا و بانک، چاپ هفدهم، تهران: انتشارات صدرا.
۴۰. _____، ۱۳۸۹، یادداشت‌های استاد مطهری، مجلد چهارم، چاپ چهارم، تهران: انتشارات صدرا.
۴۱. معرفت، محمد هادی، ۱۳۷۵، «احکام فقهی پول»، فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۷، ۱۳۷۵: ۹-۴۲.
۴۲. موسویان، سید عباس، ۱۳۹۳، بانکداری اسلامی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ سوم.
۴۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، بی تا، مصباح الفقاهة، قم: داوری.
۴۴. _____، ۱۴۱۰، منهج الصالحین، کجلد دوم، قم: مدینه العلم، چاپ هفدهم.
۴۵. نجات الله صدیقی، محمد، ۱۳۸۹، ربا، بهره بانکی و حکمت تحریم آن، ترجمه حسین میسمی، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۴۶. نجفی، محمد حسن، ۱۴۱۵، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۷. نیسابوری، علی بن احمد، ۱۳۶۲، اسباب النزول، قم: الرضی.
۴۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۱۴۳۲، مضاربه، قم: بنیاد فقه و معارف اهل بیت علیهم السلام.

«اشتباه مفهوم به
مصدق» در تعریف ربا
ونقش آن در ارزیابی
عملیات بانکی
۱۳۳

Jostar- Hay Fiqhi va Usuli
(Jurisprudence and Principles of Jurisprudence) (JFU)

Vol 6 ; No 18 ; Spring 2020

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

The Authenticity of Condition Option in Endowment according to Islamic Jurisprudence ¹

Doi: 10.22081/jrj.2019.52174.1539

Gholamreza Yazdani

(Assistant Professor at Razavi University for Islamic Sciences; Iran) ;

E mail: ygholamreza1@gmail.com

Received in: 2018/09/22

Accepted in: 2019/09/15

Abstract

One of the classifications of contracts is its division to the binding and permitted. Dissolving the obligatory contracts is not possible, save in the cases the option is proved to one party or both of them or they agree in cancellation of the contract. The binding contracts are also divided to optional and non-optional obligatory contracts. Iran civil code has remained silent in the (in-) feasibility of mentioning the option word in endowment contracts. Thus, there is controversy among the lawyers in this case. Likewise, there is disagreement in this regard between Imamiyah and Sunni scholars. Some have deemed the issue of option correct in the endowment contract while others have deemed such an option null and void but the contract is correct per se. It is concluded in the present paper that the condition of

**The Authenticity of
Condition Option
in Endowment
according to Islamic
Jurisprudence**

125

1 .Yazdani, GH (2020) ;The Authenticity of Condition Option in Endowment according to Islamic Jurisprudence; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 125-150 - Doi: 10.22081/jrj.2019.52174.1539

option in the endowment contract is correct and civil code's silence in this respect is due to its authenticity on the part of the law-maker.

Keywords: Option, condition option binding contract, endowment.

صحت خیار شرط در وقف در فقه اسلامی^۱

غلامرضا یزدانی^۲

چکیده

یکی از تقسیمات عقد، تقسیم آن به جایز و لازم است. انحلال عقود لازم ممکن نیست، مگر در جایی که برای یکی از طرفین یا هر دوی آنها، خیار ثابت شود یا طرفین بر اقاله قرارداد، تراضی نمایند. عقود لازم نیز به نوبه خود به دو دسته عقود لازم خیار پذیر و عقود لازم خیار ناپذیر تقسیم می شوند. قانون مدنی ایران در خصوص امکان یا عدم امکان درج خیار در عقد وقف، سکوت کرده است؛ لذا حقوقدانان نسبت به آن اختلاف دارند. در فقه امامیه و اهل سنت نیز مسئله اختلافی است. برخی شرط خیار در عقد وقف را صحیح دانسته‌اند. در مقابل، برخی حکم به بطلان شرط و عقد کرده‌اند و برخی معتقدند شرط باطل، ولی عقد صحیح است. در نوشتار حاضر، این نتیجه به دست آمده است که شرط خیار در عقد وقف، صحیح و سکوت قانون مدنی را نیز باید بر صحت آن نزد قانونگذار حمل نمود.

کلید واژه‌ها: خیار، خیار شرط، عقد لازم، وقف.

صحت خیار شرط
در وقف در فقه اسلامی

۱۲۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۶/۳۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴.

۲. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد- ایران؛ رایانامه: ygholamreza1@gmail.com

مقدمه

خيار شرط آن است که در ضمن عقد، برای یکی از طرفین یا هر دو یا ثالث، اختیار فسخ معامله را شرط می‌کنند. درج خيار شرط در برخی از عقود ممنوع مثل نکاح و در برخی از عقود جایز مثل بیع، مورد تردید است. از جمله قراردادهایی که درج خيار شرط در آن، مورد تردید است، وقف است. در حقیقت، سؤال این است که آیا واقف ضمن انشای وقف می‌تواند برای مدت مشخصی به نفع خود یا دیگری، خيار شرط قرار دهد یا خیر؟ قبل از پاسخ به این سؤال، توجه به این مطلب که اصل در عقود، جواز اشتراط خيار است یا عدم جواز، می‌تواند بسیار راهگشا باشد؛ چرا که اگر اصل در معاملات، عدم جواز شرط خيار باشد، در بحث حاضر یعنی وقف، کسانی که مدعی صحت شرط خيار هستند، باید این ادعا را با دلیل خاص به اثبات برسانند، در مقابل، کسانی که مدعی بطلان شرط خيار در وقف، هستند، باید برای اثبات ادعای خود، دلیل خاص اقامه نمایند.

این مسئله در کتب فقهی به این صورت مطرح شده است که آیا خيار شرط به عقد بیع اختصاص دارد یا در تمامی عقود و معاملات به جز موارد استثنایی جریان دارد. در سابق بین محققان اختلافی در عدم اختصاص خيار شرط به عقد بیع وجود نداشت؛ چه عموم آن‌ها بر این باور بودند که اصل اولیه جریان خيار شرط در تمامی عقود است مگر مواردی که دلیل بر عدم جواز آن موجود باشد. پشتوانه این نظریه می‌تواند اصل آزادی اراده باشد؛ زیرا همان‌طور که طرفین عقد در اصل انعقاد قرارداد آزادی کامل دارند و می‌توانند به هر نحو که خواستند اراده خود را اعمال نمایند، می‌توانند در فروعات و توابع قرارداد نیز اراده خود را به هر نحوی که خواستند، اعمال کنند. در فقه دلایل متعددی برای اثبات این اصل اقامه شده است. مهم‌ترین آن‌ها روایات و خصوصاً روایت شریفه «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۳۲/۳) است. صاحب مفتاح الکرامه در این باره می‌فرماید: «مقدس اردبیلی از کتاب تذکره این برداشت را کرده است که شرط خيار در هر معامله‌ای داخل می‌شود و فرموده است که عموم ادله عقود و وجوب وفای به عقود و ادله وجوب وفای به شروط، دلیل روشنی بر آن است، مگر اینکه مانعی نظیر اجماع و مانند آن یافت شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۲۸

به نظر می‌رسد حق با ایشان است» (عاملی، ۱۴۱۹، ۳۵۳/۵).

بسیاری از فقها به جواز اشتراط خیار در عقود تصریح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۶۲/۲۳؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵؛ نراقی، ۱۴۲۲، ۳۲۹). حتی قدما نیز مسئله را طوری مطرح کرده‌اند که گویا، جواز شرط خیار در عقود، امری مسلم است؛ برای مثال، شیخ طوسی در المبسوط، تک‌تک قراردادها را بر شمرده و امکان یا عدم امکان درج خیار شرط را در آن‌ها بررسی کرده است. منتهی قراردادهایی را که در آن‌ها شرط خیار امکان‌پذیر نیست، با ذکر دلیل یاد می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷، ۷۸/۳). این نشان می‌دهد که از نظر وی، اصل جواز درج شرط خیار است. با وجود این، برخی بر این باورند اصل، عدم جواز درج شرط خیار در عقود است. از جمله آیت‌الله سبحانی می‌نویسند: «مقتضی قاعده عدم صحت خیار شرط در عقود و ایقاعات است، مگر آن دسته از معاملات که مشروعیت فسخ در آن‌ها احراز گردد؛ در نتیجه در هر موردی که مشروعیت فسخ احراز شد، می‌توان در انشای معامله، شرط خیار کرد و نمی‌توان برای اثبات مشروعیت به اطلاق ادله شروط تمسک جست؛ زیرا ادله شروط، مشروع نیستند، بلکه نقش آن‌ها این است که عمل به شرط را بعد از آنکه مشروعیت آن ثابت شد، واجب می‌کنند» (سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۷۷). برخی دیگر به‌رغم آنکه می‌پذیرند که اصل در عقود، جواز شرط خیار است، اثبات این اصل را با دلیل شروط صحیح نمی‌دانند؛ به همین دلیل که ادله شروط، مشروع نیست و صرفاً دلالت بر وجود عمل به شرطی می‌کنند که صحت آن ثابت شده است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ۳۹۳/۳).

به نظر می‌رسد، نه این ادعا که اصل در معاملات، عدم جواز شرط خیار است، ادعایی صحیح است و نه بطلان تمسک به ادله شروط.

اما بطلان این ادعا که نمی‌توان برای تصحیح شرط خیار به اطلاق ادله شروط تمسک جست، جهتش آن است که ادله شروط، که دربر دارنده «المؤمنون عند شروطهم» هستند، دارای یک ذیل است؛ یعنی عبارت «الا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً». اگر مفاد این روایت این باشد که بر مؤمنان واجب است که به شروط صحیح پایبند باشند، ذیل روایت لغو و زاید خواهد شد؛ از این رو، باید این مطلب که «اصل در شروط، صحت است» را مطوی در کلام گرفت. لذا، گویا چنین گفته شده

است: «اصل در شروط صحت است. پس بر مؤمنان واجب است که به شروط خود پایبند باشند، مگر شروطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کنند».

اینکه بطلان این ادعا که اصل در معاملات عدم جواز شرط خیار است، دلیلش حکومت اراده و قاعده «العقود تابعه للقصود» است. بدون تردید، همان طور که طرفین در انعقاد اصل قرارداد، آزادی کامل دارند، در محدود کردن اراده خود نیز آزادی کامل دارند، خصوصاً اینکه اطلاق ادله شروط نیز دلالت بر جواز شرط خیار در هر معامله‌ای می‌کند.

بنا بر این، اصل در مسئله، جواز اشتراط خیار در عقد است مگر اینکه دلیل بر عدم جواز اشتراط آن قائم شود؛ نظیر عقد نکاح یا عقد هبه و ایقاعاتی که نتیجه آن یک امر عدمی و رفع یک امر موجود است. پس در وقف، اگر دلیلی بر عدم جواز اشتراط خیار اقامه شد، فیها و الا باید ملتزم شد که در وقف، اشتراط خیار اشکالی ندارد.

قانون مدنی ایران در خصوص امکان یا عدم امکان شرط خیار در عقد وقف، سکوت کرده است؛ از این رو، در دکترین حقوقی نسبت به این مسئله، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان نیز، به این مسئله اشاره‌ای نکرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲۱۹؛ باریکلو، ۱۳۹۴، ۲۳۴؛ صفایی، ۱۳۹۴، ۲۳۸) به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م. که مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است» نظر این دسته از حقوقدانان بر جواز درج شرط خیار در ضمن وقف باشد.

در مقابل، گروهی از حقوقدانان به‌رغم سکوت قانون مدنی، معتقدند شرط خیار در ضمن عقد وقف، شرط باطل و مبطل عقد است (یوسف‌زاده، ۱۳۹۴، ۱۰۱). برخی در این باره نوشته‌اند: «چنان که از تعریف ماده ۵۵ قانون مدنی معلوم می‌گردد، در عقد وقف نمی‌توان شرط عوض نمود یا خیار فسخ، قرار داد و یا آن را اقاله کرد؛ زیرا شرط عوض و خیار فسخ و اقاله با مقتضای عقد که تسبیل منافع است منافات دارد و شرط خلاف مقتضای عقد طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی باطل و مبطل عقد است» (امامی، بی‌تا، ۷۰/۱). گروهی دیگر نیز بعد از آنکه برای عقد وقف، عناصر سه‌گانه «حبس

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۳۰

کامل عین، تأیید و اخراج عین موقوفه از ملک» را بر شمرده‌اند، نوشته‌اند: «شافعیه نیز نظر ما را دارند و به همین جهت، وقف به شرط خیار را باطل می‌دانند؛ زیرا شرط مذکور ... خلاف مقتضی ذات عقد وقف است» (لنگرودی، ۱۳۸۸، ۲۰۵).

برای حل مسئله و استنباط نظر قانونگذار، ضروری است به منابع فقهی قانون مدنی مراجعه شود. جواز یا عدم جواز شرط خیار در عقد وقف، از مباحث پر فراز و نشیب در فقه امامیه بوده است؛ به گونه‌ای که از زمان طرح این مسئله تاکنون، بیش از پنج رویکرد در خصوص آن مطرح شده است. برخی بر این باورند که شرط خیار در عقد وقف، صحیح است (سآر، ۱۴۰۴، ۱۹۷). شیخ طوسی به مخالفت با این نظریه برخاسته، معتقد است: شرط خیار در عقد وقف، باطل و مبطل عقد است (طوسی، ۱۳۸۷، ۸۱/۲). بعد از صدور این دیدگاه از جانب شیخ طوسی، عموم فقها تا زمان محقق اردبیلی بر این باور بودند که شرط خیار در عقد وقف، باطل است؛ از جمله ابن‌براج (۱۴۰۶، ۳۵۵/۱)، فاضل آبی (۱۴۱۷، ۴۶/۲) و محقق اول (۱۴۱۸، ۱۵۶/۱). علامه حلی در چهار کتاب فقهی مهم خود به این فرع پرداخته و در همه آن‌ها فرموده است که خیار شرط در عقد وقف جایز نیست (۱۴۱۰، ۲۷۵/۱؛ ۱۴۲۰، ۲۹۳/۲؛ ۱۴۱۴، ۶۶/۱۱؛ ۱۴۱۳، ۶۸/۲). شهید اول نیز حکم به بطلان شرط خیار در عقد وقف کرده است (۱۴۱۷، ۲۶۸/۳؛ ۱۴۱۴، ۱۰۳/۲). محقق کرکی نیز با این عقیده هم‌داستان است (۱۴۱۴، ۳۰۳/۴). شهید ثانی نیز در موارد متعددی حکم به بطلان شرط خیار در عقد وقف نموده است. در حاشیه ارشاد (۱۴۱۴، ۱۰۳/۲) و نیز در فوائد القواعد (۱۴۱۹، ۶۱۶) و مسالک این عقیده را ابراز نموده است (۱۴۱۳، ۲۱۱/۳).

بعد از شهید ثانی، نظریه بطلان کم رنگ شده است. اولین صدای مخالف توسط محقق اردبیلی اعلام شده است. وی بعد از بیان اینکه اصل در شرط خیار، صحت است، در بطلان شرط خیار در معاملات به عنوان یک قاعده کلی، تردید نموده، می‌فرماید به اعتقاد من، اصل جواز شرط خیار در تمامی معاملات است مگر عقود که دلیل خاص بر بطلان وجود داشته باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۱۱/۸). محقق سبزواری نیز هر چند شرط خیار در وقف را باطل دانسته، مستند آن را اجماع می‌داند و سپس در تحقق اجماع، اشکال می‌کند (سبزواری، ۱۴۲۳، ۴۷۰/۱). محدث بحرانی

نیز در بطلان شرط خیار در وقف، تردید می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۵/۱۹). بعد از ابراز تردیدهایی در صحت شرط خیار در عقد وقف توسط برخی از محققان، سید عاملی در مفتاح الکرامه، به طور جزم، شرط خیار را در عقد وقف باطل اعلام کرده است (عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱۸/۱۴). بعد از وی، سید مجاهد، اعتقاد به صحت این شرط پیدا کرده است (سید مجاهد، بی‌تا، ۳۳۶). صاحب جواهر، تنها مدرک بطلان شرط یادشده را اجماع دانسته و فرموده است: اگر اجماع تمام باشد، شرط خیار جایز نیست و الا نمی‌توان حکم به بطلان شرط خیار در عقد وقف داد (جواهر، ۱۴۰۴، ۶۲/۲۳). شیخ انصاری نیز مسئله را عنوان کرده، ادله مانعیت را نقل و نقد کرده است (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵). بعد از شیخ انصاری، این مسئله، محور اختلافات زیادی قرار گرفته است. افرادی همچون محقق اصفهانی (۱۴۱۸، ۲۲۶/۴)؛ سید ابوالحسن اصفهانی (۱۴۲۲، ۳۴۶)؛ خمینی (بی‌تا، ۶۲/۲)؛ روحانی، (۱۴۱۲، ۱۶۶/۱۷۷ و بی‌تا، ۶۲/۲)؛ محمدحسن مامقانی (۱۳۱۶، ۴۹۸/۳)؛ یزدی (۱۴۲۱، ۳۳/۲)؛ لاری (۱۴۱۸، ۳۲۶/۲)؛ ملا عبدالله مامقانی (۱۳۵۰، ۶۸) و سیدمحمدباقر ایروانی (۱۴۰۶، ۲۷/۲) از جمله افرادی هستند که این شرط را صحیح می‌دانند.

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۳۲

در مقابل این گروه، برخی از فقهای معاصر همچون: نائینی، (۱۳۷۳، ۵۷/۲)؛ سیدمحسن حکیم (۱۴۱۰، ۴۱/۲)؛ سبزواری (۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷)؛ اراکی (۱۴۱۴، ۱۶۲)؛ سبحانی (۱۴۱۴، ۱۸۱)؛ سیدمحمدسعید حکیم (۱۴۱۵، ۶۲/۲)؛ و آیت‌الله سیستانی (۱۴۱۷، ۴۵۰/۲)، معتقدند شرط خیار در عقد وقف، امکان‌پذیر نیست و باطل است. برخی نیز معتقدند شرط، باطل ولی عقد صحیح است (تبریزی، ۱۴۱۶، ۱۵۶/۴) و برخی نیز با تفکیک وقف تحریری^۱ از تملیکی^۲ معتقدند شرط خیار در وقف تحریری، مبطل ولی در وقف تملیکی، صحیح است (خویی، بی‌تا، ۲۷۴/۶).

وضعیت شرط خیار در عقد وقف، در فقه اهل سنت نیز اختلافی است. تقریباً فقهای اهل سنت در این باره، سه دیدگاه متفاوت دارند. برخی بر این اعتقادند که

۱. وقف تحریری، وقفی است که اثر آن، آزادی و رهایی عین موقوفه از مالکیت واقف است بدون اینکه مال موقوفه به ملکیت کسی در آید.

۲. منظور از وقف تملیکی، آن است که به موجب آن، مال موقوفه به ملکیت شخصی ولو شخص حقوقی در آید.

درج شرط خیار در ضمن عقد وقف، اشکالی ندارد و هم شرط و هم عقد، هر دو صحیح است. در مقابل، گروهی شرط خیار را در ضمن عقد وقف را جایز نمی‌دانند و معتقدند هم شرط و هم عقد، هر دو باطل است. در نهایت، برخی راه میانه را در پیش گرفته و معتقدند، شرط خیار، باطل ولی به صحت عقد وقف وارد نمی‌کند.

نظریهٔ صحت شرط خیار در ضمن عقد وقف توسط ابویوسف حنفی (سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲؛ ابن نجیم، بی‌تا، ۲۰۴/۵؛ عینی، ۱۴۲۰، ۴۵۰/۷؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ۸۰/۸) و ابن عبدالسلام مالکی و دسوقی مالکی (دسوقی، بی‌تا، ۸۷/۴)؛ ابن اسحاق مالکی (۱۴۲۶، ۲۱۲/۱)؛ علیش مالکی (۱۴۰۹، ۱۵۰/۸) و رعینی مالکی (۱۴۱۲، ۴۳/۶) انتخاب شده است.

نظریهٔ بطلان شرط و وقف، توسط اکثر فقهای مذاهب اربعه مورد پذیرش است. از بین حنفیه، محمد بن حسن و هلال بن یحیی این دیدگاه را برگزیده‌اند (ابن نجیم، بی‌تا، ۲۰۴/۵؛ سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲). همچنین عموم فقهای شافعی به این نظریه فتوا داده‌اند؛ از جمله: نووی (۱۴۱۲، ۳۲۹/۵)؛ شیرازی (بی‌تا، ۳۲۴/۲)؛ عمرانی (۱۴۲۱، ۸۰/۸)؛ انصاری (بی‌تا، ۴۶۴/۲)؛ رملی (۱۴۰۴، ۳۷۶/۵). نزد حنابله نیز نظریه بطلان شرط و وقف، از شهرت بیشتری برخوردار است. از جمله فقهای حنبلی که به این نظریه تصریح کرده‌اند می‌توان به مرداوری (بی‌تا، ۲۶/۷)؛ ابن تیمیه (۱۴۰۴، ۳۶۹/۱) و ابن قدامه (۱۳۸۸، ۹/۶) اشاره کرد و حتی ابن قدامه ادعای اجماع نیز نموده است.

گروهی از فقهای اهل سنت از جمله ابن حاجب مالکی (۱۴۲۱، ۴۴۹/۱)؛ قرافی مالکی (۱۹۹۴، ۳۲۶/۶) بر آنند که در مورد بحث، صرفاً شرط باطل است، ولی عقد وقف، باطل نیست. ابن شاس مالکی (۱۴۲۳، ۹۶۷/۳)، یوسف بن خالد سمتی از حنفیه (سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲) و ابن سیریح از شافعیه (نووی، ۱۴۱۲، ۳۲۹/۵) به این نظریه فتوا داده‌اند.

ذکر این نکته ضروری است که ابن عابدین حنفی، اختلاف اهل سنت در مسئله شرط خیار در عقد وقف را ناظر به وقف غیر مسجد می‌داند و معتقد است در وقف مسجد، چنانچه شرط خیار پیش شود، وقف صحیح و صرفاً شرط باطل است (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۳۴۲/۴).

با توجه به تاریخچه و اختلاف نظر شدید فقها و حقوقدانان در مسئله، ضروری

است در تحقیقی مستقل وضعیت شرط خیار در وقف به روشنی تبیین شود؛ چه با تبیین این مسئله، می‌توان در جهت اصلاح قانون مدنی، گامی برداشت تا به قضات و وکلا کمک شود که بتوانند با دقت بیشتری به انشای رأی یا تنظیم لایحه دفاعیه پردازند.

به هر حال، محققان در خصوص امکان یا عدم امکان درج شرط خیار در عقد وقف، اختلاف نظر دارند و صرف نظر از کسانی که در مسئله توقف کرده و نظریه‌ای را ابراز نکرده‌اند (مفید، ۶۵۲، ۱۴۱۳؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۵۳۷/۳؛ کیدری، ۱۴۱۶، ۳۴۵) و کسانی که مسئله را با تردید از آن یاد کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۵/۱۹) سه دیدگاه تقریباً بین فقها شکل گرفته است. گروهی به‌طور مطلق، درج شرط خیار در ضمن عقد وقف را باطل دانسته‌اند و گروهی به‌طور مطلق، حکم به صحت داده و بالاخره برخی بین موارد وقف، تفصیل داده‌اند. در ادامه، ضمن اشاره به هر یک از این دیدگاه‌ها، ادله ایشان نقل و مورد نقد قرار می‌گیرد.

الف) دیدگاه بطلان شرط خیار و وقف توأمان

بسیاری از محققان بر این باورند که شرط خیار در ضمن عقد وقف، شرط باطل و بلکه مبطل عقد وقف می‌باشد. این نظریه از زمان شیخ طوسی تا زمان محقق اردبیلی، از شهرت زیادی برخوردار بوده است. بعد از تشکیک محقق اردبیلی در صحت این نظریه، گروهی از فقها به صحت شرط خیار در عقد وقف معتقد شدند. به هر حال، طرفداران نظریه بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف، به ادله متعددی که بالغ بر هفت دلیل است، تمسک جستاده‌اند.

۱- اجماع

برخی برای بطلان شرط خیار در عقد وقف، ادعای اجماع می‌کنند. شهید ثانی ذیل عبارتی در شرایع «خیار شرط در تمامی عقود داخل می‌شود به‌جز نکاح، وقف، ابراء، طلاق و عتق» می‌نویسند: برای اثبات حکم در موارد استثنا شده، به دلایلی تمسک شده است که هیچ‌کدام تمام نیست به جز اجماع که دلیل عمده می‌باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۱۱/۳). سید عاملی نیز اجماع را دلیل بر عدم جواز شرط خیار در

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۳۴

وقف می‌داند (عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱۸/۱۴). مرداوری، ادعای اجماع کرده است (مرداوری، بی تا، ۲۶/۷). با توجه به اینکه، مسئله هم بین شیعه و هم اهل سنت، اجماعی است، می‌توان ادعای تسالم فقهی نمود که اعتبار آن به مراتب بالاتر از اجماع است.

تمسک به اجماع در بحث حاضر این اشکال را دارد که از طرفی، وجود چنین اجماعی نه تنها مورد تردید برخی از محققان قرار گرفته است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۱۱/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ۴۷۰/۱)، بلکه می‌توان گفت، اساساً مسئله اجماعی نیست؛ چرا که برخی از قدما چنان که گذشت، با این دیدگاه مخالف بوده‌اند، بلکه شهید اول در درس می‌نویسند که مسئله حاضر، اختلافی است (شهید اول، ۱۴۱۷، ۲۶۸/۳). محقق سبزواری نیز اجماع را ناتمام می‌داند (سبزواری، ۱۴۲۳، ۴۷۰/۱). وانگهی، اگر هم مسئله اجماعی باشد، با توجه به مدرکی بودن آن، نمی‌تواند اجماع تعبدی و کاشف از رأی معصوم علیه السلام قلمداد شود. در حقیقت، مطابق دیدگاه فقهای امامیه، ملاک حجیت اجماع آن است که هم نظر بودن تمامی فقها، نشانگر رأی و نظر معصوم علیه السلام باشد؛ لذا اجماع تعبداً حجت است، ولی هرگاه در کنار اجماع، ادله دیگری نیز موجود باشد، این شائبه ایجاد می‌شود که ممکن است مستند نظر مجمعین، سایر ادله موجود در مسئله باشد و مستند آن، نظر و رأی معصوم علیه السلام نباشد؛ پس چنین اجماعی نمی‌تواند کاشف از نظر معصوم علیه السلام باشد. به چنین اجماعی، اجماع مدرکی اطلاق می‌شود.

بنا به نظر آخوند خراسانی (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۸۹) ادعای تسالم فقهی هم وجهی ندارد؛ زیرا همان‌طور که در تاریخچه بحث روشن شد، مسئله حاضر بین اهل سنت نیز اجماعی نبوده و در فقه اهل سنت سه دیدگاه وجود دارد.

۲. شرط صحت وقف بودن تأیید

برخی با این استدلال که تأیید، شرط صحت وقف است، امکان درج شرط خیار را در عقد وقف، منتفی می‌دانند (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷، ۴۶/۲). به این بیان که از طرفی، در ماهیت عقد وقف، تأیید و دائمی بودن نهفته است. وقتی کسی مالی را وقف می‌کند، نمی‌تواند برای آن مدت ذکر کند، بلکه باید وقف دائمی و ابدی باشد. از طرفی، اگر امکان درج شرط خیار در عقد وجود داشته باشد، به این معناست که

هر زمان واقف بخواهد، می تواند عقد وقف را فسخ کند و مجدداً مال موقوفه را به تملک خود درآورد. این معنا با دائمی بودن عقد وقف در تضاد است (خویی، بی تا، ۲۷۴/۶؛ اراکی، ۱۴۱۴، ۱۶۲)؛ به دیگر سخن، دائمی بودن با لزوم عقد وقف تلازم دارد و هر چیز که لزوم عقد وقف را از بین ببرد، در حقیقت، ملازم آن یعنی دائمی بودن را هم بر می دارد (نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲).

به نظر می رسد، طبیعت دائمی داشتن وقف، منافاتی با امکان درج شرط خیار در عقد وقف نداشته باشد. توضیح مطلب این است که در تمامی معاملات به جز عقود استمراری، طبع اولیه معامله بر دوام است، حتی نکاح؛ از این رو، در عقد نکاح، مادامی که شرط مدت نشده باشد، فقها نکاح را دائمی قلمداد می کنند (خمینی، بی تا، ۲۹۰/۲). با وجود اینکه طبع اولیه عقود، دوام است، ولی بدون تردید امکان درج خیار در عموم قراردادها به جز موارد خاص وجود دارد. این حقیقت نشانگر آن است که درج خیار، منافاتی با دوام ندارد و دوام عقد را مقید نمی کند. برای مثال، در عقد بیع، وقتی فروشنده عقد را انشا می کند و به مدت یک ماه - مثلاً برای خود - جعل خیار شرط می کند، عقد را به طور دائمی انشا می کند. منتها تا یک ماه فرصت دارد که در صورت پشیمانی، عقد را منحل کند. در حقیقت، خیار شرط، عقد دائمی را موقت نکرده، بلکه امکان ازاله و انحلال عقد دائمی را در یک مقطع زمانی مشخص فراهم می کند. روحانی در نقد استدلال بالا می نویسد: «اشکال این استدلال آن است که خیار منافاتی با دوام ندارد. اثر خیار، رفع شیء ای است که موجود است، نه اینکه بیع را موقت کند؛ از این رو، در بیع می توان شرط خیار کرد، در حالیکه بیع، انشای مالکیت دائمی است» (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۶۶/۱۷).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۳۶

۳- تضاد شرط خیار با قصد قربت در عقد وقف

از جمله دلایل مطرح شده برای بطلان شرط خیار در عقد وقف، این است که وقف، نوعی عبادت است و شرط صحت آن این است که واقف، قصد قربت داشته باشد. از طرفی، درج خیار شرط با قصد قربت کردن، قابل جمع نیست؛ زیرا معنا ندارد شخصی کاری را برای رضایت خداوند انجام دهد و اراده کند که هرگاه

پشیمان شود، بتواند از آن کار برگردد؛ به دیگر سخن، شرط خیار به این معناست که شخص، تردید در قصد قربت دارد و تردید در قصد قربت، مبطل عقد وقف می باشد؛ چرا که قصد قربت جدی، شرط صحت آن است. محققان زیادی به این دلیل استدلال کرده اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۶۶/۱۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۳۰۳/۴؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱۸/۱۴؛ نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲؛ اراکی، ۱۴۱۴، ۱۶۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۸۱). در فقه اهل سنت نیز برخی به این دلیل اشاره نموده اند (شیرازی، بی تا، ۳۲۴/۲؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۹/۶).

این دلیل نیز نمی تواند بطلان شرط خیار در عقد وقف را به اثبات برساند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۲۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۶۳/۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵)؛ زیرا اولاً اینکه عقد وقف، از عبادات بوده و صحت آن متوقف بر قصد قربت باشد، امری پذیرفتنی نیست (خوبی، بی تا، ۲۷۴/۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷)؛ چرا که دلیل بر لزوم در قصد قربت در عقد وقف در دسترس نمی باشد، در حالیکه تعبدی بودن بودن امری، نیازمند دلیل است (مامقانی، ۱۳۵۰، ۶۸). دیگر اینکه اگر وقف را، نوعی صدقه بدانیم، ثابت نمی کند که قصد قربت در ماهیت آن، اخذ شده است. نهایت چیزی که اثبات می کند این است که عقد وقف، امر مستحب و راجحی نظیر نکاح و تجارت و کسب حلال است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲۲۶/۴).

۱۳۷ ثانیاً بر فرض که قصد قربت در عقد وقف شرط باشد، جواز شرط خیار، تلازمی با عدم قصد قربت ندارد (مامقانی، ۱۳۱۶، ۴۹۷/۳)؛ زیرا ممکن است شخص با جدیت و قصد قربت عملی را انشا کند و امکان فسخ آن را نیز برای آینده پیش بینی کند؛ نظیر اینکه کسی عقد بیع را به قصد تقرب انشا کند و در عین حال برای خودش، جعل خیار نماید (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲۲۶/۴) یا نظیر شخصی که با قصد جدی و قربت، وارد روزه مستحبی می شود، ولی امکان دستکشی از روزه، تا شب برای او وجود دارد. ثالثاً وقف منقطع بدون تردید، وقف صحیح است، در حالی که به اعتقاد برخی مال موقوفه بعد از انقراض موقوف علیهم، به ملک واقف بر می گردد (لاری، ۱۴۱۸، ۳۲۶/۲).

۴-۱/۴: زاله ملک بودن وقف

از جمله ادله ای که برای بطلان شرط خیار در عقد وقف عنوان شده، این است

که ماهیت عقد وقف، ازاله ملک می‌باشد؛ لذا ماهیت آن با جعل خیار شرط، قابل جمع نیست (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۶۶/۱۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۳۰۳/۴؛ محقق نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲؛ نووی، ۱۴۱۲، ۳۲۹/۵؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ۸۰/۸؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۹/۶). در توضیح این دلیل می‌توان گفت وقف، باعث می‌شود ملکیت واقف از عین موقوفه سلب شود و از این حیث، مال موقوفه، آزاد و رها گردد و از تحت مالکیت اشخاص رهایی یابد؛ نظیر طلاق که با تحقق آن، زوجیت منحل می‌شود و زوجین از قید نکاح، رهایی می‌یابند یا نظیر عتق که با تحقق آن، عبد از قید عبودیت اشخاص خلاص می‌شود. حال اگر واقف با درج شرط خیار، بتواند مجدداً امکان تملک خود بر عین رها شده از قید تملک را فراهم آورد، این شرط از نگاه عرف با مفهوم «ازاله مالکیت» و «تحریر عین» سازگار نیست (خویی، بی‌تا، ۲۷۴/۶).

همان‌طور که در مقدمه گذشت، اصل در عقود، امکان درج شرط خیار است؛ مگر اینکه دلیل معتبری بر عدم آن اقامه شود. از طرفی، دلیل فوق، دلیلی استحسانی است و نمی‌توان با آن، اطلاق ادله شروط را تقیید زد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۱۱/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۶۳/۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵؛ مامقانی، محمد حسن، ۱۳۱۶، ۴۹۷/۳؛ یزدی، ۱۴۲۱، ۳۳/۲). وانگهی، استدلال مذکور با این اشکال نقضی مواجه است که می‌تواند در ضمن عتق، شرط نمود که عبد بعد از آزادی، تا مدتی برای مولا خدمت کند. جواز این شرط نشانگر عدم تنافی شروط مقیدکننده تحریر با ماهیت تحریر و فک ملک است (لاری، ۱۴۱۸، ۳۲۶/۲).

اشکال دیگر آن است که اساساً این دلیل عین مدعاست؛ زیرا بحث در این است که آیا در وقف، امکان جعل خیار وجود دارد یا خیر؟ حال دلیل حاضر می‌گوید: چون عقد وقف، فک ملک است و امکان جعل خیار در آن وجود ندارد، نمی‌توان در آن درج خیار کرد (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۶۶/۱۷).

از همه اشکالات پیش گفته که عبور کنیم، اشکال عمده این دلیل آن است که اساساً ماهیت وقف، فک ملک نیست، بلکه اثر وقف، تملیکی است. امروزه برخی از فقها به درستی بر این باورند که مال موقوفه، شخصیت حقوقی دارد و واقف، مال را به شخصیت حقوقی تملیک می‌کند (هاشمی شاهرودی، بی‌تا، ۱۵/۱). توضیح اینکه بسیاری

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۳۸

از فقهای متقدم بر این اعتقاد بودند که با وقف، مال از مالکیت واقف خارج می‌شود و وارد ملک کسی نمی‌شود، بلکه صرفاً عین موقوفه حبس می‌شود و منافع آن رها می‌گردد، ولی امروزه بسیاری بر این باورند که بعد از انشای وقف، عین موقوفه از ملکیت واقف خارج می‌گردد و وارد ملکیت شخص دیگری می‌شود. لکن شخصی که عین موقوفه را تملک می‌کند، موقوف‌علیهم نیست، بلکه شخصیت حقوقی وقف است که مالک عین موقوفه می‌شود.

۵- ایقاع بودن عقد وقف

برخی از فقها با این استدلال که وقف از ایقاعات است نه از عقود و از طرفی، امکان درج شرط خیار در ایقاعات وجود ندارد، بر این باورند که درج شرط خیار در وقف صحیح نیست (نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ۱۵۶/۴)؛ به نظر می‌رسد هر چند وقف از جمله ایقاعات بوده نه عقود، این مطلب که امکان درج شرط خیار در ایقاعات وجود ندارد، مطلب صحیحی نیست (خویی، بی‌تا، ۲۷۱/۶) و نمی‌توان ضابطه کلی مبنی بر عدم امکان درج شرط خیار در ایقاعات را ارائه نمود (سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۷۹). حقیقت آن است که ایقاعات از حیث اثر دو قسم‌اند؛ اثر برخی از ایقاعات، انحلال ماهیت حقوقی موجود است بدون اینکه با ایقاع، ماهیت حقوقی جدیدی ایجاد شود؛ برای نمونه، طلاق که از ایقاعات به شمار می‌رود، باعث زوال رابطه زوجیت می‌شود و ماهیت حقوقی نکاح را از بین می‌برد؛ به دیگر سخن، با طلاق، ماهیت حقوقی جدیدی انشا نمی‌شود، بلکه ماهیت حقوقی موجود (نکاح) از بین می‌رود. فسخ عقد نیز همین گونه است، ولی برخی از ایقاعات باعث ایجاد ماهیت حقوقی جدید با آثار جدید می‌شود. برای مثال، وصیت تملیکی که از ایقاعات است، باعث ایجاد ماهیت حقوقی وصیت می‌شود و آثار متعددی بر آن بار می‌گردد. وصیت تملیکی، از قبل ماهیتی حقوقی نداشته تا با وصیت تملیکی آن ماهیت از بین برود (خویی، بی‌تا، ۲۷۱/۶). وقف از این حیث شبیه وصیت تملیکی است و باعث ایجاد ماهیت حقوقی جدیدی می‌شود؛ از این رو، می‌توان تصور کرد که واقف برای انحلال این ماهیت حقوقی جدید شرط خیار را تا زمان مشخصی در نظر گرفته باشد.

۶- عدم مشروعیت اقاله در وقف

برخی بر این باورند که ملاک جواز یا عدم جواز درج شرط خیار در ضمن عقد، امکان یا عدم امکان اقاله در آن است؛ یعنی هر عقدی که در آن، اقاله امکان‌پذیر باشد، درج شرط خیار در آن رواست و هر موردی که امکان اقاله در آن منتفی باشد، درج شرط خیار در آن روا نیست. از طرفی، عقد وقف از جمله عقود است که اقاله در آن امکان‌پذیرست. از این رو، نمی‌توان شرط خیار در ضمن آن درج نمود (تبریزی، ۱۴۱۶، ۱۵۶/۴).

بدون تردید، بین امکان اقاله و امکان خیار شرط، ملازمه‌ای وجود ندارد (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ۳/۳۹۳)؛ زیرا مشروعیت خیار شرط، از ادله‌ای همچون «المؤمنون عند شروطهم» استفاده می‌شود و دلیلی بر تلازم بین شرط خیار و امکان اقاله وجود ندارد.

۷- ارسال مسلمات گرفتن فقها

با مراجعه به کتب فقهی روشن می‌شود که فقها عدم امکان درج شرط خیار در ضمن عقد وقف را مسلم گرفته‌اند تا آنجا که برای مخاطب ظن قوی پیدا می‌شود که درج شرط خیار در ضمن عقد وقف، امکان‌پذیر نیست و مرتبه این ظن از ظنون اجتهادی، کمتر نیست؛ از این رو، همان‌طور که ظنون اجتهادی، حجت می‌باشند، این ظن نیز حجت می‌باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷).

هر چند در مقطعی از تاریخ (بعد از شیخ طوسی تا زمان محقق اردبیلی)، عموم فقها بر این باور بودند که درج شرط خیار در عقد وقف، امکان‌پذیر نیست، ولی هم قبل از این دوره و هم بعد از آن، عده زیادی از فقها، چنان‌که دیدیم، با این عقیده هم صدا نبودند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۴۰

۸- اخلال به رضایت

درج خیار شرط ضمن عقد، نشانگر آن است که واقف هنوز رضایت خود را به‌طور کامل محقق ننموده و تصمیم نهایی خود را اتخاذ نکرده است؛ بلکه با درج مدتی جهت امکان فسخ قرارداد، در پی آن است که فرصتی جهت تأمل و تفکر

بیشتر برای خود ایجاد کند. از طرفی، بدون تردید، قوام انشا و تحقق اراده انشایی به وجود «قصد» و «رضایت» است (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) و خلل به قصد یا رضایت، باعث بطلان قرارداد می‌شود؛ از این رو، چون درج خیار شرط به منزله، عدم تکمیل رضاست، باید عقد وقفی را که در ضمن آن، شرط خیار شده، باطل دانست. نظیر عقد اکراهی که به واسطه عدم وجود رضایت باطل می‌باشد. این دلیل توسط محمد بن حسن حنفی ارائه شده است (ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۴۲).

این تحلیل، با ایرادات متعددی مواجه است:

۱. درج شرط خیار به معنای عدم تکمیل رضایت نیست؛ به گونه‌ای که عقد را بتوان به عقد اکراهی تشبیه کرد، بلکه هنگام عقد، قصد و رضایت شخص، کامل است، لذا اقدام به معامله می‌کند؛ لکن چون احتمال می‌دهد نسبت به مزایا و منافع معامله، راه صواب را نیموده باشد، با درج شرط خیار می‌خواهد فرصت بیشتری برای فکر کردن در اختیار خود قرار دهد.

۲. اگر درج شرط خیار به معنای عدم تکمیل رضایت باشد، بدین معناست که در هیچ معامله‌ای نمی‌تواند شرط خیار پیش‌بینی نمود؛ زیرا لزوم قصد و رضایت، اختصاص به عقد وقف ندارد و بلکه از قواعد عمومی قراردادهاست.

۳. به فرض که درج شرط خیار به معنای عدم تکمیل رضایت باشد، باز هم نمی‌توان حکم به بطلان وقف صادر کرد؛ زیرا خلل به رضایت، باعث بطلان معامله نیست و بلکه صرفاً ممکن است عقد را غیرنافذ کند.

۹. عدم تحقق قبض با شرط خیار

عقد وقف از عقود عینی است و زمانی محقق می‌شود که علاوه بر ایجاب و قبول، مال موقوفه به قبض موقوف علیهم نیز داده شود (ماده ۵۹ ق.م.ا). قبض مال به موقوف علیهم نیز زمانی محقق می‌شود که مال به گونه‌ای به آن‌ها تسلیم شود که آن‌ها بر مال مسلط شوند و بتوانند هرگونه تصرفی در آن بنمایند (ماده ۳۶۷ ق.م.ا). از طرفی، با وجود شرط خیار در ضمن عقد وقف، موقوف علیهم به طور کامل بر مال مسلط نمی‌شود؛ زیرا نمی‌توانند تصرفات منافی با حق ذوالخیار انجام دهند. پس

با وجود خیار شرط، قبض تکمیل شده تلقی نمی شود و در نتیجه، هنوز عقد وقف محقق نشده است و عدم تحقق عقد وقف به معنای بطلان آن است (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۹/۶؛ ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲).

هر چند تحقق قبض، زمانی صورت می گیرد که مال به گونه ای به قبض موقوف علیهم برسد که آن ها بتوانند هر نوع تصرفی در آن بکنند، ولی این زمانی است که سلطنت موقوف علیهم محدود نشده باشد. در مواردی که واقف، شرط خیار قرار می دهد، در حقیقت، سلطنت موقوف علیهم بر مال موقوفه را محدود کرده است. از این رو، ولو قبض محقق شده، ولی هر تصرفی از طرف آن ها امکان پذیر نیست.

۱۰. استدلال به موثقه اسماعیل بن فضل

در این روایت آمده است: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجبتُ إليها فأنا أحقُّ بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع في الميراث» (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۵۰/۹)؛ یعنی اگر واقف در ضمن عقد وقف شرط کند «چنانچه من به مال موقوفه نیازمند شدم، نسبت به آن احق باشم»، در این صورت، بعد از فوت واقف، مال موقوفه جزء ما ترک (میراث) وی خواهد بود.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۴۲

در نحوه استدلال به این روایت برای اثبات بطلان درج شرط خیار در ضمن عقد وقف گفته شده است، اینکه حضرت ﷺ فرمودند: «بعد از فوت واقف، مال موقوفه، از ما ترک وی به شمار می رود» نشانگر آن است که اساساً عقد وقف باطل بوده است و تنها دلیلی که می تواند عقد وقف را باطل نماید، همین شرط خیاری است که به نفع واقف شده است (یزدی، ۱۴۲۱، ۳۳/۲؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ۴۹۷/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲۲۶/۴).
به نظر می رسد اولین کسی که به این روایت برای اثبات بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف استدلال کرده، شیخ انصاری می باشد (مامقانی، ۱۳۵۰، ۶۸)، ولی خود ایشان در استدلال به آن تأمل دارند (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵). به هر حال، استدلال فوق به جهات زیر مورد اشکال می باشد:

۱. شرط برگشت مال موقوفه به واقف در صورت نیازمند شدن واقف، با شرط خیار متفاوت است (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷)؛ چرا که در شرط خیار، عقد وقف به طور

دائم ولی به صورت متزلزل منعقد می‌شود، ولی در شرط مذکور، واقف برای خودش حق فسخ قرار نداده است تا عقد متزلزل باشد، بلکه برای وقف، عنوانی را انتخاب کرده است. در این صورت، مادامی که این عنوان موجود باشد، عقد وقف پابرجاست و به محض زوال آن عنوان (نیازمند شدن خودش)، عنوان وقفیت از بین می‌رود و در نتیجه عقد وقف منحل می‌شود (ایروانی، ۱۴۰۶، ۲/۲۷؛ یزدی، ۱۴۲۱، ۲/۳۳). به دیگر سخن، شرط خیار، شرط فعل است ولی شرط برگشت مال موقوفه به واقف، شرط نتیجه است (نائینی، ۱۳۷۳، ۲/۵۷؛ خویی، بی‌تا، ۶/۲۷۴). شاهد تفاوت شرط برگشت مال موقوفه به واقف از شرط خیار این است که بعضی از فقها، با اینکه شرط خیار را در ضمن عقد وقف باطل می‌دانند، حکم به صحت شرط مذکور می‌کنند و ادعای اتفاق فقها در عمل به روایت اسماعیل می‌نمایند (ر.ک: یزدی، ۱۴۲۱، ۲/۳۳).

۲. معلوم نیست که جهت بطلان وقف، شرط مذکور باشد، بلکه چه بسا به این سبب باشد که واقف به نوعی خودش را داخل در موقوف‌علیهم کرده است و می‌دانیم که وقف بر نفس، باطل است (تبریزی، ۱۴۱۶، ۴/۱۵۶). شاهد اینکه واقف خودش را داخل در موقوف‌علیهم کرده، آن است که صاحب وسائل، این روایت را در ذیل باب «بطلان وقف بر نفس» نقل کرده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۹/۱۷۸).

۳. بر فرض که شرط برگشت مال موقوفه به واقف، نوعی شرط خیار باشد، باز هم موثقه دلالت بر بطلان شرط خیار نمی‌کند، بلکه دلالت بر صحت آن می‌کند؛ زیرا دلیل اینکه حضرت فرمود: «در صورت فوت واقف، مال موقوفه جزو ترکه وی قرار می‌گیرد» این نیست که با درج این شرط، عقد وقف باطل می‌شود، بلکه به این دلیل است که شرط، شرط صحیحی است و با نیازمند شدن واقف، مال موقوفه به ملکیت او در می‌آید و در نتیجه، بعد از فوت او، مال مذکور جزو ترکه او به‌شمار می‌رود (یزدی، ۱۴۲۱، ۲/۳۳؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ۳/۴۹۸؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۱۷/۱۶۶).

ب: دیدگاه بطلان شرط خیار و صحت وقف

برخی از فقها برآن اند چنانچه در ضمن عقد وقف، شرط خیار درج گردد، شرط، باطل ولی عقد، صحیح است. این نظریه توسط ابن حاجب مالکی (۱۴۲۱، ۱/۴۴۹).

قرافی مالکی، (۱۹۹۴، ۳۲۶/۶). ابن شاس مالکی (۱۴۲۳، ۳/۹۶۷) یوسف بن خالد سمتی از حنفیه (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۴۲) و ابن سریج از شافعیه (نوی، ۱۴۱۲، ۵/۳۲۹) مطرح شده است. ظاهر کلمات برخی از فقهای شیعه نیز پذیرش این نظریه است (تبریزی، ۱۴۱۶، ۴/۱۵۶).

برای اثبات این نظریه می‌توان به ادله زیر اشاره کرد:

۱- اصل لزوم

برخی از فقهای مالکی برای اثبات این نظریه به اصالة اللزوم تمسک کرده‌اند. قرافی مالکی در این خصوص می‌نویسد: «اگر در وقف، شرط خیار شود، شرط، باطل و وقف، لازم می‌باشد؛ زیرا اصل در عقود، لزوم است» (قرافی، ۱۹۹۴، ۶/۳۲۶). به نظر می‌رسد، صرف اصالت لزوم در معاملات نمی‌تواند دلیل بر بطلان شرط خیار باشد؛ چرا که اساساً فلسفه جعل خیار و از جمله خیار شرط، ایجاد مفزّی برای متعهد قراردادی است که بتواند در شرایط خاص (عیب، غبن، شرط خیار و...) از تعهد قراردادی رهایی یابد، چنان‌که جایگاه اصلی جعل خیار، عقود لازم است.

۲- قیاس وقف به عتق

برخی از فقهای اهل سنت از جمله یوسف بن خالد سمتی، وقف را به عتق قیاس کرده و گفته‌اند: چون در هر دو مورد، اثر عقد، فک ملک و تحریر است و از طرفی، در عتق، بدون تردید شرط خیار، باعث بطلان عتق نشده و بلکه خود شرط باطل است، لذا وقف نیز که مشابهت تام با عتق دارد، می‌بایست در حکم حاضر نیز هماهنگ با عتق باشد (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۴۲).

اشکال دلیل این است که علاوه بر اینکه قیاس، ابزار صحیحی برای استنباط نمی‌باشد، قیاس حاضر به جهاتی باطل است: اولاً در خود عتق که فک ملک و تحریر است، می‌توان شروطی که محدودکننده تحریر می‌باشد، درج کرد؛ مثلاً در ضمن عتق، شرط نمود که عبد آزاد شده برای مدتی نزد مولا خدمت کند. ثانیاً عقد وقف از عقود تملیکی است نه عقودی که اثر آن، فک ملک باشد؛ از این رو، نمی‌توان وقف را به عتق قیاس نمود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۴۴

ج: دیدگاه صحت شرط خیار و وقف توأمان

برخی از فقهای امامیه و گروهی از فقهای اهل سنت، نظریه صحت شرط و عقد وقف را برگزیده‌اند؛ چرا که از طرفی، دلیلی قابل اعتماد بر بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف، اقامه نشده است و همان‌طور که اشاره شد، اصل اولیه این است که خیار شرط اختصاص به عقد بیع ندارد و در تمامی معاملات، می‌توان شرط خیار کرد، مگر مواردی که دلیل خاص برخلاف آن اقامه شده باشد. حال که شرط خیار در ضمن عقد وقف با مشکل مواجه نیست، باید به شرط وفا نمود (دسوقی، بی‌تا، ۷۵/۴) و وفای به شرط، همانا عمل طبق مقتضی آن است.

نتیجه اینکه ادله‌ای که برای بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف اقامه شده است، نمی‌تواند بطلان شرط مذکور را به اثبات برساند. از طرفی، اصل اولیه دلالت بر جواز شرط خیار در عقد تمامی عقود و از جمله عقد وقف می‌کند. از این رو، باید معتقد شد شرط خیار در عقد وقف، با مشکلی مواجه نیست و شرط صحیحی می‌باشد. شاید به همین دلیل است که قانونگذار ایران در قانون مدنی، شرط خیار در ضمن عقد وقف را باطل اعلام نکرده است.

صحت خیار شرط
در وقف در فقه اسلامی

نتیجه‌گیری

۱۴۵

اصل در باب خیار شرط این است که خیار شرط، اختصاص به بیع ندارد و علی‌الاصول، در تمامی عقود و قراردادها، می‌توان خیار شرط را پیش‌بینی نمود. با وجود این، برخی از قراردادها، خیارپذیر نیستند و نمی‌توانند پذیرای خیار شرط شوند. در خصوص وقف، اختلاف نظر بسیار گسترده است. این اختلاف اختصاص به فقهای امامیه ندارد، بلکه میان مذاهب اهل سنت نیز اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. با توجه به سکوت قانون مدنی در این خصوص، بین حقوقدانان ایرانی نیز اختلاف نظر وجود داد. به نظر می‌رسد، ادله‌ای که برای ممنوعیت خیار در وقف بیان شده است، توان اثبات این مطلب را نداشته و نمی‌توان با این ادله که اکثراً استحسانی است در مقابل قاعده کلی و اصل حاکمیت اراده حکمی را ثابت نماید. از این رو، می‌توان در وقف، خیار شرط پیش‌بینی نمود. به نظر می‌رسد، نظر قانونگذار ایران که عدم

امكان شرط خيار را در وقف بيان نكرده است، به اين سبب بوده كه درج شرط خيار را در وقف امكان پذير مي داند.

منابع

۱. آخوند خراساني، محمد كاظم، ۱۴۰۹، كفاية الاصول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۲. آملی، ميرزا محمد تقی، ۱۳۸۰، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقى، تهران: مؤلف.
۳. ابن براج، قاضی، ۱۴۰۶، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۴. ابن تيميه، عبدالسلام، ۱۴۰۴، المحرر فی الفقه علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل، چاپ دوم، رياض: مكتبة المعارف.
۵. ابن حاجب، عثمان بن عمر، ۱۴۲۱، جامع الامهات، چاپ دوم، بی جا: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع.
۶. ابن شاس، ابومحمد، ۱۴۲۳، عقد الجواهر الثمينه فی مذهب عالم المدينة، چاپ اول، بيروت، لبنان: دارالغرب اسلامي.
۷. ابن عابدين، محمد امين، ۱۴۱۲، رد المحتار علی الدرر المختار، چاپ دوم، لبنان، بيروت: دارالفكر.
۸. ابن قدامه، عبدالله، ۱۳۸۸، المغنی، مصر، قاهره: مكتبه القاهره.
۹. ابن نجيم، زين الدين، بی تا، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، چاپ دوم، بی جا: دارالكتاب الاسلامي.
۱۰. اراكي، محمد علی، ۱۴۱۴، الخيارات، چاپ اول، قم: مؤسسه در راه حق.
۱۱. اردبیلی، احمد، ۱۴۰۳، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۱۲. اصفهانی، سيد ابوالحسن، ۱۴۲۲، وسيلة النجاة «مع حواشی الامام الخميني»، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام.
۱۳. اصفهانی، محمد حسين، ۱۴۱۸، حاشية كتاب المكاسب، قم: انوار الهدی.
۱۴. امامی، سيد حسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامي.
۱۵. انصاری، زكريا، بی تا، أسنى المطالب فی شرح روض الطالب، بی جا: دارالكتاب

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۴۶

الاسلامى.

۱۶. انصارى، مرتضى، ۱۴۱۵، كتاب المكاسب، چاپ اول، قم: كنگره جهانى بزرگداشت

شيخ انصارى رحمته الله.

۱۷. ايروانى، على، ۱۴۰۶، حاشية المكاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد

اسلامى.

۱۸. باريكلو، عليرضا، ۱۳۹۴، اموال و حقوق مالى، چاپ دوم، تهران: سمت.

۱۹. بحراني، يوسف، ۱۴۰۵، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، چاپ اول، قم:

دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.

۲۰. تيريزى، جواد، ۱۴۱۶، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم: مؤسسه

اسماعيليان.

۲۱. حكيم، سيد محسن، ۱۴۱۰، منهاج الصالحين، چاپ اول، بيروت: دارالتعارف

للمطبوعات.

۲۲. حكيم، سيد محمد سعيد، ۱۴۱۵، منهاج الصالحين، چاپ اول، بيروت: دار الصفوة.

۲۳. خليل بن اسحاق، ۱۴۲۶، مختصر خليل، چاپ اول، قاهره: دارالحديث.

۲۴. خمينى، سيد روح الله، بى تا، تحرير الوسيله، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

۲۵. خويى، سيد ابوالقاسم، بى تا، مصباح الفقاهه، بى جا: بى نا.

۲۶. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، ۱۳۸۸، حقوق اموال، تهران: گنج دانش.

۲۷. رعينى، الخطاب، ۱۴۱۲، مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل، چاپ سوم،

۱۴۷

بيروت: دارالفكر.

۲۸. رملى، شمس الدين، ۱۴۰۴، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت: دارالفكر.

۲۹. روحانى، سيد صادق، ۱۴۱۲، فقه الصادق عليه السلام، قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام.

۳۰. روحانى، سيد صادق، بى تا، منهاج الصالحين، بى جا: بى نا.

۳۱. ديلمى، سلالر، ۱۴۰۴، المراسم العلوية و الأحكام النبوية، چاپ اول، قم: منشورات

الحرمين.

۳۲. دسوقى، محمد بن احمد، بى تا، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، دارالفكر، بيروت.

۳۳. سبحانى، جعفر، ۱۴۱۴، المختار فى أحكام الخيار، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.

۳۴. سبزوارى، سيد عبد الأعلى، ۱۴۱۳، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.

۳۵. سبزوارى، محمد باقر، ۱۴۲۳، كفاية الأحكام، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامى وابسته

به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم.

۳۶. سرخسی، محمد بن احمد، ۱۴۱۴، المبسوط، بیروت: دارالمعرفه لبنان.
۳۷. سید مجاهد، محمد، بی تا. کتاب المناهل، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ایران.
۳۸. سیستانی، سید علی، ۱۴۱۷، منهج الصالحین، چاپ پنجم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، قم، ایران.
۳۹. شهید اول، محمد بن مکی، ۱۴۱۷، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۰. _____، ۱۴۱۴، غایة المراد في شرح نکت الإرشاد، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۱. شهید ثانی، زین الدین، ۱۴۱۴، حاشیة الإرشاد، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۲. _____، ۱۴۱۹، فوائد القواعد، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۳. _____، ۱۴۱۳، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۴۴. شیرازی، ابواسحاق، بی تا، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بی جا: دار الکتب العلمیه.
۴۵. صفایی، سید حسین، اشخاص و اموال، ۱۳۹۴، چاپ بیستم، تهران: میزان.
۴۶. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، ۱۳۹۰، اول، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
۴۷. _____، المبسوط في الفقه الاماميه، ۱۳۸۷ ه. ق، سوم، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، تهران، ایران.
۴۸. عاملی، سید جواد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ۱۴۱۹ ه. ق، اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۰، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. _____، ۱۴۲۰، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵۱. _____، تذكرة الفقهاء، ۱۴۱۴، اول، مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ایران.
۵۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۴۸

٥٣. عlish، محمد بن احمد، ١٤٠٩، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دارالفكر.
٥٤. عمراني، ابوالحسين، ١٤٢١، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اول، جده: دارالمنهاج.
٥٥. عيني، بدرالدين، ١٤٢٠، البناية شرح الهداية، چاپ اول، بيروت: دارالكتب العلمية.
٥٦. فاضل آبي، حسن، ١٤١٧، كشف الرموز في شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٥٧. قرافي، ابوالعباس، ١٩٩٤م، الذخير، چاپ اول، بيروت: دار الغرب الإسلامي.
٥٨. كاتوزيان، ناصر، ١٣٩٠، اموال و مالکيت، چاپ سى و سوم، تهران: ميزان.
٥٩. کرکي، محقق ثاني، ١٤١٤، جامع المقاصد في شرح القواعد، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٦٠. لارى، سيد عبدالحسين، ١٤١٨، التعليقة على المكاسب، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
٦١. مامقانى، محمد حسن، ١٣١٦، غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلاميه.
٦٢. مامقانى، ملا عبد الله، ١٣٥٠ق، نهاية المقال في تكملة غاية الآمال، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلاميه.
٦٣. محقق حلى، جعفر بن حسن، ١٤١٨، المختصر النافع في فقه الإمامية، چاپ ششم، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
٦٤. مرداوى، علاء الدين، بى تا، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، چاپ دوم، بى جا: ١٤٩ دار احياء التراث العربى.
٦٥. نائينى، ميرزا محمد حسين، ١٣٧٣، منية الطالب في حاشية المكاسب، چاپ اول، تهران: مكتبه المحمديه.
٦٦. نجفى، محمد حسن، ١٤٠٤، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بيروت: دار احياء التراث العربى.
٦٧. نووى، ابوذكريا، ١٤١٢، روضة الطالبين و عمدة المفتين، چاپ سوم، بيروت: المكتب الاسلامى.
٦٨. هاشمى شاهرودى، سيد محمود، بى تا، كتاب الاجاره، چاپ اول، قم: مؤسسه دايرة المعارف الفقه الاسلامى.
٦٩. يزدى، سيد محمد كاظم، ١٤٢١، حاشية المكاسب، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعيليان.
٧٠. يوسف زاده، مرتضى، ١٣٩٤، اموال و مالکيت، چاپ اول، تهران: ميزان.

Recognizing the Concept of Insolvency and Poverty and its Influence on Law Interpretation¹

Doi: 10.22081/jrj.2019.53325.1632

Ahmad Moballeghi

(Professor of Advanced Jurisprudence and Osul at Qom Seminary; Iran); E mail: ahmadmoballeghi@gmail.com

Mohsen Vaseghi

(Assistant Professor of Payyamnour University; Iran); (Corresponding Author); E mail: mohsenvaseghi@pnu.ac.ir

Mohammad Mehryar

(Ph.D. student of Mofid University; Iran); E mail: Mehryar_mohammad@yahoo.com

Received in: 2019/01/25

Accepted in: 2019/10/23

**Recognizing the
Concept of Insolvency
and Poverty and
its Influence on Law
Interpretation**

151

Abstract

The institutions of insolvency and poverty have been investigated in Imamiyah jurisprudence and other Islamic sects. In the legal literature of Iran there were three institutions of insolvency, poverty and bankruptcy before 1934. The law-maker has also mentioned these three institutions in Iran's Civil Code. After the dissolution of insolvency institution in 1934 and the sameness of this concept (insolvency) to poverty, this question was raised that how we should interpret insolvency institution in the present civil code? The signif-

1 . Vaseghi, M (2020) ;Recognizing the Concept of Insolvency and Poverty and its Influence on Law Interpretation; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 151-179 - doi: 10.22081/jrj.2019.53325.1632

icance of the issue is that in many legal articles the law-maker refers to the title of insolvency and the judicial procedure faces with problems in its interpretation, namely with respect to the article 380 of civil code, and consequently, the issue of insolvency option regarding this problem is evident. The objective of this paper is to present a correct interpretation of these legal codes based on legal and jurisprudential sources, although legal doctrine has adopted two general approaches including replacing insolvency with poverty and replacing bankruptcy with poverty in interpreting this legal institution after its dissolution from legal literature. The authors have concluded that the correct approach is interpreting legal articles with respect to jurisprudential principles. Therefore, revisiting the concept of insolvency and poverty is intended so that the main question of the study is responded.

Keywords: Insolvency, poverty, bankruptcy, law, jurisprudence.

شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تأثیر آن در تفسیر قانون^۱

احمد مبلغی^۲

محسن واتقی^۳

محمد مهریار^۴

چکیده

نهاد اعسار و افلاس در فقه امامیه و مذاهب دیگر اسلامی بحث و بررسی شده است. در ادبیات حقوقی کشور ما نیز تا قبل از سال ۱۳۱۳ ش، سه نهاد حقوقی اعسار، افلاس و ورشکستگی وجود داشت. قانونگذار نیز در قانون مدنی ایران از هر سه عنوان بهره جسته است. پس از نسخ نهاد افلاس در سال ۱۳۱۳ ش. و هم‌پوشانی این مفهوم نسبت به اعسار این سؤال مطرح می‌گردد که در قانون مدنی موجود، نهاد افلاس را چگونه باید تفسیر کرد؟ ضرورت این مسئله از آن جهت می‌باشد که در بسیاری از مواد قانون مدنی، قانونگذار به‌عنوان افلاس اشاره نموده و رویه قضایی در تفسیر آن دچار مشکل است، به‌ویژه در ارتباط با ماده ۳۸۰ ق.م. و بحث خیار تفلیس این معضل بیش از پیش نمایان است. هدف از نگارش این مقاله تفسیر صحیح این مواد قانونی بر پایه منابع فقهی و حقوقی است؛ اگرچه دکتربین حقوقی دو رویکرد نسبتاً عمده از جمله رویکرد جایگزینی اعسار به جای افلاس و

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۰۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۱.

۲. استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم؛ رایانامه: ahmadmoballeghi@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، ایران. (نویسنده مسؤول) رایانامه: mohsensvaseghi@pnu.ac.ir

۴. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید. قم. ایران؛ رایانامه: Mehryar_mohammad@yahoo.com

نیز رویکرد جایگزینی ورشکستگی به جای افلاس در تفسیر این نهاد حقوقی پس از نسخ آن از ادبیات حقوقی اتخاذ نموده‌اند، به این نتیجه رسیدیم که رویکرد صحیح، تفسیر مواد قانونی به اقتضای مبانی فقهی آن می‌باشد. بدین منظور بازشناسی مفهوم اعسار و افلاس مد نظر قرار گرفته تا از این طریق به پاسخ سؤال اصلی برسیم.

کلیدواژه‌ها: اعسار، افلاس، ورشکستگی، قانون، فقه.

مقدمه

مفهوم اعسار و افلاس در فقه بحث و بررسی‌های فراوانی شده و قانونگذار در حقوق ایران نیز از هر دو عنوان به صورت مجزا استفاده نموده است؛ اما پس از سال ۱۳۱۳ ش. قانونگذار نهاد افلاس را از ادبیات حقوقی حذف نمود و این مفهوم را عملاً در مفهوم اعسار جای نهاد. از این رو، تفکیک این دو نهاد از این حیث حایز اهمیت است که اولاً حیطه مفهوم‌شناسی فقهی این دو نهاد مشخص گردد و ثانیاً معلوم شود هم‌پوشانی این دو مفهوم در فقه و حقوق تا چه اندازه است و قابلیت تطبیق یکی بر دیگری فراهم است یا خیر؟ لذا در ابتدا به توصیف مفهوم اعسار در فقه و حقوق و در ادامه به بررسی مفهوم افلاس می‌پردازیم و در نهایت، اثر این تفکیک را در تفسیر قانون مورد بررسی قرار خواهیم داد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹
۱۵۴

۱. ماهیت افلاس

به منظور دستیابی به ماهیت افلاس، ابتدا این مفهوم را در فقه امامیه و غیر امامیه بررسی می‌کنیم. سپس تعریف حقوقی آن را بیان می‌نماییم. در آخر نیز به بررسی مستقل این مفهوم در فقه و حقوق می‌پردازیم.

۱-۱. تعریف افلاس در فقه

مفهوم افلاس در کتب فقهای مذاهب مختلف اسلامی بیان شده است. این تعاریف غالباً با یکدیگر هم‌پوشانی دارند و از این جهت اختلافی در آنها دیده نمی‌شود. این تعاریف را می‌توان در دسته‌بندی‌های ذیل تقسیم نمود:

۱. تعریف بر اساس زیادی دیون بر اموال

مطابق تعریف ارائه شده، افلاس حالتی است که اموال شخص بدهکار کفاف تأدیة دیون وی را ننماید؛ لذا شخصی که دیون او بر اموالش فزونی یابد، مفلس گفته می‌شود (طبرسی، ۱۴۱۰، ۵۵۹/۱، النووی، ۱۴۱۲، ۳۶۲/۳). چنین تعریفی از افلاس، هنگامی که فرد اساساً اموالی ندارد یا مالی کمتر از دیونش داشته باشد را شامل می‌شود (علامه‌حلی، ۱۴۱۴، ۶/۱۴). همان‌طور که برخی اشاره نموده‌اند، افلاس در عرف شریعت شامل جایی می‌شود که مال فرد بدهکار برای ادای دیونش کافی نباشد و نیز هنگامی که فرد مال مشخصی نداشته باشد (ابن‌رشد، ۱۴۱۵، ۲۳۰/۲). برخی در توضیح عبارت فزونی دیون بر اموال، عبارت «فزونی خرج بر دخل فرد» را نیز اضافه نموده‌اند (ابن‌قدامة، ۱۴۰۳، ۴۵۵/۴).

۲. تعریف بر اساس زیادی دیون حال بر اموال

در این تعریف، زیادی دیون بر اموال فرد بدهکار، همسو با تعریف پیشین در نظر گرفته شده است، اما دیون فرد بدهکار مقید به دیون حال شده اوست و شامل دیون مؤجل نمی‌باشد. این تعریف در میان فقیهان امامیه و غیرامامیه دیده می‌شود (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵، ۳۶۱؛ الشربینی، ۱۳۹۸، ۲۷۶/۱). در این تعاریف یا از فزونی دیون حال بر اموال بدهکار سخن به میان آمده یا از عدم وفای دیون حال به نسبت اموال شخص بدهکار. هر دو تعبیر مضمون واحدی را افاده می‌نمایند.

نتیجة افلاس فرد بدهکار، مراجعه طلبکاران به حاکم و صدور حکم تفلیس اوست. با صدور حکم، فرد بدهکار مفلس شناخته شده و محجور می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۷۷/۲). صدور حکم حجر توسط حاکم، فرد بدهکار را از مداخله در اموال خویش ممنوع می‌نماید (انصاری، ۱۴۱۸، ۳۴۲/۱).

در جمع‌بندی باید گفت، افلاس در فقه تمامی افرادی که از زمان سررسید بدهی ایشان گذشته باشد و دارایی فرد کفاف بدهی را ندهد، شامل می‌شود. ضمانت اجرای این نهاد فقهی نیز ممنوعیت از تصرف است تا زمانی که مجدداً حاکم، حکم به رفع این ممنوعیت نماید.

۲-۱. تعریف افلاس در حقوق

مفهوم افلاس در دکتترین حقوقی کشورهای عربی همان مفهوم ورشکستگی در حقوق است. پس از سیر تاریخی که در مورد مفهوم افلاس شکل گرفت، نهایتاً در حقوق اکثر کشورها، افلاس در مفهوم ورشکستگی و مختص تجار قلمداد شد. مفهوم ورشکستگی عبارت است از: نظام قانونی که بر تجار حاکم است و به سلطه همگانی طلبکاران بر اموال بدهکاری که از ادای دیون تجاری خود در زمان سررسید متوقف شده است، اشاره دارد (ناصری، ۱۹۸۶، ۱۱/۴). عبارت پردازی قانونگذار در تعریف ورشکستگی در قوانین کشورهای مختلف متفاوت است. این تفاوت موجب نظریه‌های مختلف در دکتترین حقوقی شده است؛ برای مثال، توقف از ادای دیون تاجر، در دکتترین حقوقی گاه به عجز واقعی از پرداخت معنا می‌شود و گاه تنها به عجز ظاهری تفسیر می‌شود (عبدالنور حاتم، ۲۰۱۱، ۲۰/۵۲۰). از این رو، در برخی از کشورها، قانونگذار در تعریف ورشکستگی آورده است: «هر تاجری که در امور مالی خود دچار مشکل شود و بدین واسطه از ادای دیون تجاری خود باز ماند، ورشکستگی او امکان‌پذیر است (الفضیل، ۲۰۱۷، ۱۳)؛ زیرا نهاد ورشکستگی با حقوق اجتماعی درگیر است و به نوعی با حقوق عمومی مرتبط می‌شود، لذا از سوی قانونگذار دارای مسئولیت کیفری قلمداد شده و برای برخی از انواع آن مجازات تعیین گردیده است. ارتباط ورشکستگی با حقوق جمیع طلبکاران، منجر به دخالت دادستان می‌شود؛ به گونه‌ای که با گذشت برخی از طلبکاران از طلب خود، روند دادرسی متوقف نمی‌شود (فایز، ۲۰۰۲، ۱/۳۱۴). ورشکستگی موجب ممنوعیت تصرف تاجر بدهکار از اداره اموالش بعد از صدور حکم ورشکستگی می‌گردد. هدف از ممنوعیت تصرف بدهکار، حفاظت از تساوی حقوق طلبکاران بر اموال تاجر ورشکسته است؛ به گونه‌ای که با ترجیح یکی بر دیگری به حقوق جمعی ایشان لطمه‌ای وارد نگردد؛ لذا حتی در صورتی که در زمان توقف تا صدور حکم ورشکستگی، معامله‌ای از جانب تاجر متوقف صورت گیرد، این معامله ممکن است باطل یا غیر نافذ شناخته شود (العکلی، ۲۰۰۳، ۱۱).

در حقوق ایران نیز پس از نسخ نهاد افلاس، دو نهاد ورشکستگی و اعسار

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۵۶

در ادبیات حقوقی ما پابرجا ماند. ورشکستگی بر اساس ماده ۴۱۲ قانون تجارت ۱۳۱۱ش. در نتیجه توقف تأدیه وجوهی که بر عهده تاجر حاصل می‌شود، به وجود می‌آید؛ بنابراین، مفهوم ورشکستگی اختصاص به تاجر دارد و با توقف پرداخت دیون حال تاجر حاصل می‌شود.

۲. ماهیت اعسار

به منظور شناسایی ماهیت اعسار، ابتدا مفهوم اعسار را در فقه امامیه و سایر مذاهب اسلامی بررسی می‌کنیم. سپس به تعریف این نهاد حقوقی در کشورهای مختلف می‌پردازیم و در نهایت، میان آنچه در فقه بیان شده و آنچه در حقوق مورد بررسی قرار گرفته است، مقایسه می‌نماییم.

۲-۱. مفهوم اعسار در فقه

در ارتباط با مفهوم اعسار، فقیهان مذاهب مختلف اسلامی ملاک‌های متفاوتی را ارائه نموده‌اند. در دسته‌بندی ذیل، ملاک‌های ایشان را در مفهوم‌شناسی اعسار بیان می‌کنیم. این رویکردهای متفاوت عبارت است از:

۱. تعریف بر اساس عنصر «عدم وجود مال»

بر اساس این دیدگاه اعسار به معنای دارا نبودن مال است. عدم دارایی، مطابق رویکرد برخی از فقیهان ممکن است به علت دارا نبودن هیچ مالی باشد یا به تعبیر دیگر، ممکن است به علت عدم کفایت دارایی صورت گیرد (الملیاری، ۱۴۱۸، ۷۴/۴؛ عراقی، ۱۴۲۱، ۱۹۲) یا به دلیل عدم تملک آنچه او را از وضعیت عدم دارایی خارج نماید، صورت پذیرد (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۴۷/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ۱۱۱/۵). بر اساس این دیدگاه وضعیت شغلی شخص معسر، تأثیری بر اعسار او ندارد؛ لذا حتی اگر کسی مُکْتَسِب نیز باشد، با وجود عدم دارایی، حکم به اعسار او می‌شود (البکری، ۱۴۱۸، ۷۴/۴)؛ به بیان دیگر، قدرت بالقوه برای تحصیل مال از طریق کسب و پیشه و حرفه، شخص را از حالت اعسار خارج نمی‌کند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۴۱).

۲. تعریف بر اساس دو عنصر «عدم مال و عدم کسب»

مطابق نظر این دسته از فقیهان، تحقق اعسار منوط به عدم دارایی و عدم قدرت بر درآمدزایی است. قادر نبودن بر هیچ گونه حرفه و کسبی در کنار عدم وجود دارایی موجب اعسار شخص می‌شود (أحمد المرتضی، ۱۴۰۰، ۵۴۶/۲). در این دیدگاه، عدم وجود مال در کنار عدم قدرت بر تحصیل آن، دو عنصر تشکیل دهنده اعسار است. شخصی که قادر بر درآمدزایی به واسطه شغل و حرفه خویش است، ملحق به فرد دارای مال است و غنی شناخته می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۴۷۲/۸)؛ بنابراین، امکان به‌دست آوردن مال از طریق حرفه و پیشه موجب خروج شخص از حالت اعسار است (شهید اول، ۱۴۱۷، ۱۱۴/۲).

۳. تعریف بر اساس تناسب درآمد و هزینه

یکی دیگر از رویکردها در مفهوم‌شناسی اعسار، تعریف بر اساس میزان هزینه و درآمد است. طبق گفته برخی در صورتی که میزان خرج شخص از دخل او بیشتر باشد، اعسار بر فرد اطلاق خواهد شد (عبدالمعتم، ۱۴۱۹، ۲۳۴/۱). همچنین برعکس این حالت، هنگامی که درآمد فرد از هزینه‌هایش بیشتر باشد، وی معسر نخواهد بود. در صورت تساوی دخل و خرج به شخص متوسط می‌گویند (النووی، ۱۴۱۲، ۴۵۰/۶). عنصر اصلی در این دیدگاه توجه به میزان درآمد فرد است. اگر دارایی منفی فرد بیشتر از دارایی مثبت باشد، اعسار محقق است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۵۸

۴. تعریف بر اساس عدم قدرت در پرداخت بدهی

توجه ویژه در نگاه این دسته از فقها به ناتوانی در پرداخت دیون است. مفهوم اعسار طبق این مبنا، عدم قدرت در ادای دیون دیگری است (فتح‌الله، ۱۴۱۵، ۶۱؛ السرخسی، ۱۴۰۶، ۱۱۶/۲۲)؛ بنابراین، ناتوانی فعلی در پرداخت آنچه از حقوق مالی بر ذمه بدهکار است، تعیین‌کننده معنای اعسار است؛ چرا که تحقق در تنگنا بودن و عسر به واسطه عدم قدرت بر پرداخت دیون نیز حاصل می‌شود. پس عجز شرعی از وفای به دیون، اعسار است (الشربینی، ۱۹۵۸، ۱۵۶/۲).

۵. تعریف اعسار بر اساس محدودیت دارایی به مستثنیات دین

در صورتی که شخص تنها مالک حداقل زندگی در شأن خود باشد، معسر بر او صدق می‌کند. غذای روزانه و لباس بر بدن از جمله این مصادیق برشمرده شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۷۳/۱۴). این مصادیق تمثیلی بیان شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۷۶/۹) و در نگاه کلی، اعسار آن است که شخص جز آنچه شرعاً جزء مستثنیات دین است، مالک چیز دیگری نباشد (أحمد المرتضی، ۱۴۰۰، ۲۷۶/۴).

نظریه مختار

به نظر می‌رسد رویکرد صحیح در تعریف اعسار، نظریه چهارم است. اساس این نظریه بر مبنای عدم قدرت بر پرداخت دین است؛ چرا که اعسار در ابواب مختلف فقهی دارای معنای عامی است که شامل آنچه در ارتباط با بدهی هست نیز می‌شود (عاملی، ۱۴۱۹، ۲۳۴/۱۶). اما توجه ویژه در این مقاله و در ارتباط به باب دین، نگاه به معسر بر اساس بدهی اوست؛ بر همین اساس، باید نسبت او با بدهی را در تعریف لحاظ نماییم.

نکته‌ای که باید بدان اشاره شود، شمول تعاریف در نظریه چهارم، نسبت به مفلس است. کسیکه قادر به پرداخت بدهی و دیون خود نیست، مشمول عنوان مفلس نیز می‌شود؛ از این رو، باید در تعریف اعسار دخل و تصرف نماییم. بنابراین، باید معسر را کسی بدانیم که از پرداخت هرگونه بدهی که بر ذمه اوست، ناتوان باشد. برخلاف مفلس که با توجه به مالی که دارد، می‌تواند برخی از بدهی‌های خویش را ادا نماید.

۲-۲. مفهوم اعسار در حقوق

تعریف اعسار با توجه به مبانی مختلف حقوقی و نمود آن در قانون متفاوت است. از این رو، در قوانین مختلف رویه یکسانی در قبال مفهوم اعسار وجود ندارد. به طور کلی، می‌توان رویکردهای مختلف را به سه دسته تقسیم نمود:

۱. تسری مفهوم اعسار به تجار

بر اساس این رویکرد ورشکستگی در قانون تجارت با اعسار در قانون مدنی

یکسان انگاشته شده است. بر اساس این، بدهکاری که از پرداخت دیون خود عاجز است، خواه تاجر باشد یا غیر تاجر، با نظام واحدی از لحاظ قانونی مواجه می‌شود. این سیستم یکسان، همان رویکرد افلاس تجاری به شخص بدهکار است. در رویکردهای سابق، حقوق کشورهایمانند آلمان چنین مبنایی اتخاذ شده بود (الشواری، ۱۹۹۶، ۱۲)؛ بنابراین، طبق رویکرد این نظام‌های حقوقی، ورشکستگی مختص تاجر نیست و اشخاص عادی نیز ممکن است مورد تعقیب قرار گیرند.

۲. عدم در نظر گرفتن نهاد اعسار

رویکرد دیگر در عرض رویکرد سابق، تمرکز اصلی را بر روی نهاد افلاس تجاری قرار داده است. مبنای این رویکرد عبارت است از: توجه به ورشکستگی تجاری، عدم توجه به اعسار مدنی و واگذار کردن این نهاد به روش‌های جایگزین و وادار کردن برخی از بدهکاران معسر به پذیرش نظام ورشکستگی تجاری و اختیار دادن به برخی دیگر از ایشان از طریق روش‌های جایگزین (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۲/۱۲۰۴)؛ به عبارت دیگر، در این رویکرد برای فرد غیر تاجر روش جایگزین به غیر از نهاد اعسار در نظر گرفته شده است که تنها مربوط به افلاس تجاری می‌باشد. افراد معسر یا قانوناً مجبور به اسم‌نویسی در دفتر ثبت تجاری هستند که از این طریق طبق نظام ورشکستگی تجاری در می‌آیند یا این اختیار را دارند که در دفتر ثبت تجاری اسم‌نویسی کنند که در این صورت تاجر شناخته می‌شوند و مطابق نظام افلاس تجاری با آنان برخورد می‌شود و در صورت عدم اختیار اسم‌نویسی در دفتر ثبت تجاری، تحت هیچ نظامی قرار نمی‌گیرند؛ به دیگر سخن، طبق این مبنا، اعسار قانونی تحت نهاد ورشکستگی قرار می‌گیرد و افراد غیر تاجر نیز به صورت اجباری یا اختیاری برای معاملات خود باید تاجر شناخته شوند تا مشمول قواعد ورشکستگی قرار گیرند.

تفاوت این رویکرد با رویکرد سابق در آن است که در این مبنا، نظام تقنینی بر اساس افلاس تجاری شکل می‌گیرد و افلاس تجاری مختص تاجر است. اما برای غیر تاجری که در پرداخت بدهی با مشکل مواجه است، روش‌های جایگزین در نظر گرفته شده است. اما طبق رویکرد سابق اساساً تاجر و غیر تاجر از دید قانون یکسان

هستند. تاجر ناتوان در پرداخت بدهی همانند غیر تاجر معسر تحت نظام واحد افلاس قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد ضعف رویکرد اول، یکسان انگاشتن تاجر با غیر تاجر باشد؛ چرا که دلیلی ندارد ضمانت اجرای سنگین تجاری بر غیر تجاری که معاملات غیر تجاری انجام داده است، بار شود. همچنان که ضعف رویکرد دوم در عدم در نظر گرفتن نهاد اعسار است. بنابراین، سیستم قانونی ورشکستگی تجاری در بسیاری موارد نیازمند نظامی در عرض خود، برای بدهکاران غیر تاجر است.

۳. تفاوت نهادن میان اعسار مدنی و افلاس تجاری

توجه رویکرد سوم به در نظر گرفتن دو نهاد حقوقی، اعسار و افلاس است. اعسار برای غیر تاجر و افلاس برای تاجر نهاده شده است. تمیز این دو نهاد در قوانین کشورهای فرانسه، اسپانیا، مصر و عراق وجود دارد (ستوده، ۱۳۸۸، ۱۰۲/۴). به نظر می‌رسد با نقد رویکردهای سابق، رویکرد تفکیکی میان این دو نهاد حقوقی صحیح باشد.

شناسایی مفهوم اعسار و
افلاس و تأثیر آن در تفسیر
قانون

در گذشته، حقوق ایران با سه نهاد حقوقی اعسار، افلاس و ورشکستگی مواجه بود. در ماده ۷۹۸^۱ قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ صحبت از افلاس و عدم استطاعت مالی به میان آمده است. در سایر مواد، این قانون احکامی را بر مفلس بار کرده است که نشان می‌دهد قانونگذار مفهومی اعم از اعسار را در معنای افلاس در نظر گرفته است. برای مثال، حکم حبس فرد مفلسی که ادای دین ننموده است، بار نمودن حکم معسر بر مفلس است. این مطلب در ماده ۶۲۵ قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مطرح شده است. از طرف دیگر، در نظر گرفتن افلاس از روی تقصیر مصرح در ماده ۷۴۲ قانون فوق‌الذکر همانند ورشکستگی به تقصیر نشان می‌دهد که قانونگذار افلاس را همانند ورشکستگی می‌دانسته است. در باب ششم از قانون تجارت ۱۳۰۴ و به تبع آن در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ در باب

۱. ماده ۷۹۸: «اشخاصی که افلاس و عدم استطاعت خود را در محکمه ثابت کرده‌اند از تأدیه مخارج عدلیه معاف‌اند».

یازدهم، صحبت از ورشکستگی برای تاجر شده است. در قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۱۰، قانونگذار دو نهاد اعسار و افلاس را در عرض یکدیگر قرار داده و بر هر یک احکامی بار نموده است. در ماده ۱ این قانون، معسر کسی دانسته شده که به واسطه عدم دسترسی به اموال و دارایی خود موقتاً قادر به تأدیه مخارج عدلیه یا محکوم به نباشد. در ماده ۲ این قانون نیز مفلس کسی معرفی شده که دارایی او برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نباشد. بر این اساس، قانونگذار در ماده ۲۷ این قانون، تصفیه اموال مفلس را از طریق مدیر تصفیه و وظایفی که بر مدیر تصفیه بار می‌شود، ذکر نموده است. در ماده ۲۴۳ قانون تجارت ۱۳۰۴ ورشکستگی نیز برای تاجر که متوقف از پرداخت دیون است، در نظر گرفته شده بود. برای غیر تاجر که در پرداخت بدهی به صورت کلی عاجز بود، مقررات افلاس پیش‌بینی شده بود و برای غیر تاجر که به صورت موقت قادر به پرداخت محکوم به نبود، مقررات اعسار جاری بود. در ماده ۱ و ۲ قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات ۱۳۱۰ آمده است: «ماده ۱- معسر کسی است که به واسطه عدم دسترسی به اموال و دارایی خود موقتاً قادر به تأدیه مخارج عدلیه و یا محکوم به نباشد. ماده ۲- مفلس کسی است که دارایی او برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نیست».

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۶۲

در هر صورت، پس از تصویب قانون اعسار ۱۳۱۳، قانونگذار عملاً نهاد افلاس را از دایره مفاهیم حقوقی کشور حذف نمود. طبق تعریفی که در ماده ۱ این قانون آمده، معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد؛ بنابراین، قاعدتاً پس از تصویب قانون اعسار سال ۱۳۱۳ و نسخ قوانین سابق افلاس به عنوان نهاد حقوقی در قانون بلامحل تلقی می‌شود. با وجود این و پس از نسخ افلاس از قوانین سابق، در جلد دوم و سوم قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ مجدداً از افلاس سخن به میان آمده است. این مطلب در مواد ۱۲۰۶، ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ ذکر شده است. تفسیر این قوانین از مسائلی است که در دکترین حقوقی بحث و بررسی شده است.

به‌طور خلاصه، باید گفت نظام تقنینی ایران ابتدا بر پایه تفصیل میان افلاس مدنی

و ورشکستگی تجاری بنا نهاده شد. سپس افلاس مدنی به اعسار و افلاس تقسیم شد. اعسار ناتوانی موقت در پرداخت بدهی بود و افلاس ناتوانی در بازپرداخت دین به صورت کلی. در نهایت، قانونگذار ایرانی با اتخاذ رویکرد سوم، قائل به دو نهاد اعسار مدنی و ورشکستگی تجاری شده است. ورشکستگی تجاری در باب یازدهم قانون تجارت تصریح شده است و اعسار مدنی در قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و پس از نسخ قوانین سابق مطرح شده است. در ماده ۶ این قانون در تعریف معسر آمده است: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد. تبصره - عدم قابلیت دسترسی به مال در حکم نداشتن مال است. اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال بر عهده مدیون است».

بنابراین، باید اعسار را به افزایش دارایی منفی نسبت به دارایی مثبت فرد غیر تاجر تعریف نمود. در صورتی که اموال فرد غیر تاجر برای پرداخت دیونش کافی نباشد و او از وفای به دین خود عاجز باشد، حالت اعسار پدید آمده است. برای دستیابی به مفهوم اعسار به صورت دقیق و با توجه به نظام‌های حقوقی مختلف، باید اعسار مدنی را به اعسار فعلی و اعسار قانونی تقسیم نمود.

اعسار فعلی وضعیتی واقعی است که از فزونی بدهی مستحق‌الاداء و غیر مستحق‌الاداء بر دارایی بدهکار پدید می‌آید؛ به عبارت دیگر، در صورتی که اموال و دارایی بدهکار برای وفای دیون کافی نباشد، خواه بدهی حال باشد یا مؤجل، با اعسار فعلی روبه‌رو هستیم (ابوالسعود، ۱۹۹۸، ۱۸۸)؛ برای مثال، در صورتی که بدهی حال و مؤجل شخص ۲۰۰ میلیون تومان و دارایی مثبت او ۱۰۰ میلیون تومان باشد، با حالت اعسار فعلی مواجه هستیم.

اعسار قانونی وضعیتی قانونی است که از زیاده بدهی مستحق‌الاداء از دارایی بدهکار به وجود می‌آید (الفار، ۲۰۰۸، ۳۲۵)؛ بنابراین، در جایی که دیون حال بر دارایی فرد فزونی یابد، اعسار قانونی تحقق می‌یابد.

اعسار فعلی و قانونی در عنصر زیاده دارایی منفی بر دارایی مثبت مشترک هستند؛ لذا تا وقتی که این حالت اتفاق نیفتد، اساساً اعساری محقق نمی‌گردد.

با وجود این، نقطه افتراق اعسار قانونی و اعسار فعلی در این است که در اعسار فعلی، مطلق دارایی منفی در اعسار فرد مؤثر است، خواه دیون حال باشد یا مؤجل، حال آنکه در اعسار قانونی، تنها دیون حال سررسید گذشته اثرگذار در تحقق اعسار است. علاوه بر اینکه باید گفت در اعسار قانونی، حکم دادرس موجب اعلام اعسار بدهکار است؛ از این رو، وصف قانونی به این گونه اعسار اطلاق شده است.

همچنین مسائل دیگری که موجب جدایی این دو نوع از اعسار گذشته است می‌توان بدین شرح بیان نمود. از حیث زمان خاتمه اعسار باید گفت، در اعسار قانونی همان‌طور که زمان شروع و تحقق اعسار به موجب حکم دادگاه است، زمان خاتمه آن نیز به موجب حکم دادگاه است. این حکم زمانی صادر می‌شود که بدهکار معسر، دیون حال سررسید گذشته خود را پرداخت نماید. از جهت منع بدهکار معسر از تصرف در اموال نیز میان اعسار فعلی و قانونی تفاوت وجود دارد. در اعسار قانونی، معسر به موجب حکم دادگاه از تصرف در اموال خویش ممنوع می‌گردد، حال آنکه در اعسار فعلی، ممنوعیت از تصرف برای فرد معسر به وجود نمی‌آید. با توجه به همین نکات، می‌توان گفت اعسار فعلی ضرورتاً اعسار قانونی نیست، حال آنکه اعسار قانونی ضرورتاً چه در زمان صدور شروع و چه در زمان خاتمه، اعسار فعلی نیز هست (فلاح سعید، ۲۰۱۳، ۱۷).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۶۴

در قوانین مختلف کشورهای عربی به این دو نوع اعسار تصریح نشده است و از خلال مواد قانونی می‌توان این موضوع را استنتاج نمود؛ برای مثال، در ماده ۲۴۹ قانون مدنی مصر، اعلام اعسار توسط دادگاه هنگامی که اموال بدهکار برای وفای به دیون حال کافی نباشد، مطرح شده است. از این ماده اعسار قانونی استنباط می‌شود، حال آنکه در ماده ۲۷۵ قانون مدنی قطر، صرف ادعای اعسار طلبکار نسبت به بدهکار در صورت اثبات اصل بدهی برای حکم به اعسار بدهکار کافی دانسته شده است. همچنان که برای بدهکاری که ادعای معسر بودن دارد، اثبات داشتن مالی به اندازه بدهی یا بیشتر از آن را کافی دانسته شده است. از این ماده قانونی نتیجه گرفته می‌شود که اعسار با توجه به کل بدهی بدهکار سنجیده می‌شود، خواه این دیون حال باشند یا مؤجل (ملحم، ۲۰۱۷، ۶).

در حقوق ایران نیز همان‌طور که اشاره شد، اعسار قانونی با توجه به آثاری که بر آن بار شده بود، با معنای افلاس مدنی همخوانی داشت. با این وجود و پس از تصویب قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ش. مفهوم افلاس مدنی از قوانین ایران رخت بر بست. پس از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، می‌توان گفت مفهوم اعسار فعلی در این قوانین جریان دارد. اعسار موجود در قوانین ایران به این لحاظ که با عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به اموال حاصل می‌شود، همسان با اعسار فعلی شناخته می‌شود. اعسار موجود در قوانین ایران از آن جهت اعسار قانونی نیست که آثار مترتب بر اعسار قانونی از جمله ممنوعیت از تصرف در اموال یا قواعد مربوط به تصفیه اموال مفلس در آن جاری نیست.

۲-۳. تطبیق مفهوم اعسار در فقه و حقوق

در بررسی مفهوم اعسار و تطبیق آن در فقه و حقوق، می‌توان از دو نظر به این موضوع رسیدگی کرد.

اول: بررسی مفهومی اعسار فقهی نسبت به اعسار در حقوق است. اعسار فقهی به معنای ناتوانی در پرداخت هرگونه بدهی است، حال آنکه اعسار در قوانین موضوعه به معنای عدم کفایت دارایی مثبت یا عدم دسترسی به اموال برای تأدیه دیون شناخته می‌شود. مفهوم فزونی دارایی منفی بر دارایی مثبت در ضمن تعاریف پنج‌گانه فقهی نیز وجود دارد. ناتوانی از پرداخت بدهی که در تعاریف فقهی وجود دارد، همسان با فزونی دارایی منفی بر مثبت قلمداد می‌شود. قیود دیگری که در برخی قوانین کشورها، مانند ایران نسبت به تعریف اعسار وجود دارد نیز در مفهوم فقهی لحاظ شده است؛ برای مثال، در قانون اجرای محکومیت‌های مالی، معسر کسی دانسته شده است که به دلیل نداشتن مالی به‌جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد. مقید شدن عدم قدرت در پرداخت دین به مستثنیات دین، در تعریف پنجم نیز لحاظ شده است. به هر صورت، باید گفت تعریف اعسار در قانون یا صراحتاً همان تعاریف فقهی است یا برگرفته شده از آن‌ها می‌باشد.

دوم: بررسی روشی اعسار در فقه و حقوق است. اعسار در حقوق به اعسار فعلی

و قانونی تقسیم شده است. در فقه چنین تقسیمی وجود ندارد، اما با بررسی اعسار فعلی و قانونی، می‌توان ریشه این تقسیم را در فقه نیز پیدا نمود. با این بیان که اعسار قانونی با افلاس در فقه مشابهت موضوعی و حکمی دارند. اعسار قانونی عبارت بود از زیادی دیون حال بر دارایی بدهکار به حکم قاضی. افلاس در فقه نیز همان‌طور که بیان شد، عبارت است از زیادی دیون حال بدهکار از اموال او (جزیری و غروی، ۱۴۱۹، ۲/۴۶۳). مشابهت مفهومی این دو در حکم نیز جاری است؛ چرا که ممنوعیت از تصرف در اموال مانند محجوریت از تصرف در اموال است. حکم ممنوعیت و محجوریت نیز توسط دادگاه و حاکم شرع داده می‌شود؛ بنابراین، می‌توان گفت اعسار قانونی با افلاس در فقه مشابهت بسیاری دارد؛ همچنان که در فقه علاوه بر افلاس، مفهوم اعسار نیز وجود دارد.

۳. تفاوت اعسار و افلاس از دیدگاه فقهی

تفاوت دو نهاد اعسار و افلاس از منظر فقهی را می‌توان در مواردی از جمله تفاوت از حیث مفهوم، توجه به حالت سابق و از حیث حکم برشمرد. این تفاوت‌ها عبارت است از:

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹
۱۶۶

۳-۱. تفاوت از جهت مفهومی

اعسار در فقه دارای مفهومی وسیع‌تر از مفهوم افلاس است؛ به گونه‌ای که می‌توان نسبت این دو را عموم و خصوص مطلق دانست؛ بنابراین تلقی، هر فرد معسری، مفلس فقهی شناخته می‌شود، در حالی که هر فرد مفلسی، معسر نیست. این تلقی از این باب است که بدهکار معسر طبق نظر فقهی، کسی است که یا مالی نزد او به هیچ عنوان وجود ندارد یا اگر مالی نزد او موجود است، به قدری کم است که کفاف پرداخت بدهی او را نمی‌کند. در هر صورت، کسی که به پرداخت دیون خود قادر نیست، معسر شناخته می‌شود. اما مفلس کسی است که مالک مالی نیست و به همین جهت دیون او بر اموالش فزونی پیدا کرده است؛ از این رو، باید گفت هر معسری حتماً مفلس نیز هست، اما برعکس این گزاره صادق نخواهد بود.

۳-۲. تفاوت از جهت حالت سابق

حالت اعسار مطابق دیدگاه فقیهان ممکن است مسبوق به حالت دارایی و عدم دارایی باشد. امکان دارد فرد معسر سابقاً دارای تمکن مالی بوده باشد؛ بنابراین، اعسار نسبت به حالت سابق «لابشرط» است. اما در مفهوم افلاس چنین نیست؛ چرا که تحقق مفهوم افلاس تنها در جایی که فرد سابقاً دارای تمکن مالی بوده و اکنون توان پرداخت بدهی خویش را ندارد، حاصل می‌شود؛ لذا فرد مفلس سابقاً معسر بوده است و در زمان افلاس ناتوان از پرداخت می‌گردد. پس مفهوم افلاس به شرط وجود مال در زمانی قبل از تحقق افلاس می‌باشد.

۳-۳. تفاوت از جهت حکمی

دو مفهوم افلاس و اعسار از جهت حکمی نیز با یکدیگر تفاوت دارند. این تفاوت از جهت حکمی در دو زمینه موجود است. اول در زمینه اعطای محجوریت و دوم مربوط به زندانی نمودن فرد بدهکار.

هدف از حجر شخص بدهکار، ممنوعیت از تصرف وی در اموالش است تا هیچ‌یک از طلبکاران بابت تصرف وی در اموال متضرر نگردند. این هدف از محجوریت، در فرد مفلس جریان دارد، حال آنکه نسبت به معسر چنین فلسفه‌ای جاری نیست؛ چرا که فرد معسر اساساً مالی ندارد تا با حکم حجر، اموال او محفوظ بماند و از ضرر رسیدن به طلبکاران جلوگیری شود؛ بنابراین، اختلاف حکمی جریان حکم حجر نسبت به مفلس و عدم جریان آن نسبت به معسر است.

همچنین باید گفت اختلاف حکمی دیگری که میان اعسار و افلاس وجود دارد، از جهت ماهیت حبس در این دو است. از منظر فقهی حکم به حبس فرد مدعی اعسار، تنها در صورتی صادر می‌گردد تا با زندانی نمودن او واقع امر کشف شود، حال آنکه حکم به حبس فرد مفلس برای آن صادر می‌گردد که به او فشار وارد شده تا دیون خود را بپردازد (سبزواری، ۱۴۲۱، ۳۰۵).

۴. تفاوت اعسار و افلاس از دیدگاه حقوقی

دو نهاد اعسار و افلاس یا همان ورشکستگی از دیدگاه حقوقی در موارد متعددی با یکدیگر اختلاف دارند. این اختلافات را می‌توان در موارد ذیل خلاصه نمود:

الف) ورشکستگی در حقوق دارای فرآیند جمعی است. این هویت جمعی طلبکاران نسبت به اموال تاجر بدهکار، موجب توقیف دعاوی فردی علیه ورشکسته و همچنین توقیف دعاوی ورشکسته علیه دیگران می‌شود. در هر دو مورد، مدیر تصفیه جانشین ورشکسته و طلبکاران می‌شود. حال آنکه در اعسار با فرآیند جمعی مواجه نیستیم و نگاه حقوقی نسبت به اعسار نگاه فردی است (زیدان، ۲۰۰۹م، ۲۹۲).

ب) ورشکستگی در حقوق مختص به تاجر است، حال آنکه اعسار نهادی قانونی برای بدهکاران غیر تاجر است.

ج) عنصر اصلی تشکیل دهنده مفهوم ورشکستگی، توقف از ادای دیون از سوی تاجر است، اما در اعسار عنصر تشکیل دهنده، عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به آن است.

د) توجه اصلی هر دو مفهوم اعسار و افلاس بر دیون فرد بدهکار است. با وجود این، در مفهوم افلاس، تمرکز اصلی بر دیون تجاری فرد است، حال آنکه در مفهوم اعسار تمرکز اصلی بر مفهوم دیون مدنی استوار است. اگرچه این اختلاف در دکترین حقوقی وجود دارد که وقفه در پرداخت دیون از سوی تاجر شامل دیون مدنی نیز می‌شود یا خیر، باید گفت رویه قضایی، توقف از پرداخت دیون مدنی را شامل ورشکستگی نمی‌داند (سیمایی صراف، ۱۳۹۷، ۵۹). با ملاحظه این جهت، دایره تطبیق اعسار از دایره تطبیق افلاس گسترده‌تر است؛ چرا که نهاد اعسار تنها مختص به غیر تاجر نیست و در جایی که دعوا مربوط به دیون مدنی تاجر باشد و وی از پرداخت آن‌ها سر باز زند نیز جاری است. از این رو، در محاکم قضایی اعسار تاجر نسبت به مهریه پذیرفته می‌شود.

ه) آثاری که قانونگذار بر ورشکستگی بار نموده به مراتب وسیع‌تر از آثاری است که بر اعسار بار می‌نماید. این آثار عبارت است از:

(۱) حقوقی که به واسطه ورشکستگی از شخص ورشکسته ساقط می‌شود، از

حقوقی که به واسطهٔ اعسار از فرد ساقط می‌شود گسترده‌تر است؛ برای مثال شخص ورشکسته نمی‌تواند به‌عنوان هیئت مدیرهٔ شرکت‌های سهامی و تعاونی، اتحادیه‌های نظام صنفی کشوری، مؤسسات اعتباری در آید. حقوقی که فرد ورشکسته از آن محروم می‌شود، گاه حقوق اجتماعی است؛ مانند مواردی که بیان شد و گاه حقوق سیاسی است؛ مانند عدم صلاحیت برای داوطلبی مجلس شورای اسلامی است که در مادهٔ ۳۰ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی بیان شده است. در مورد اعسار چنین گستردگی در اسقاط حقوق وجود ندارد. حقوق سیاسی فرد معسر از بین نمی‌رود، اما ممکن است محرومیت وی را از برخی حقوق اجتماعی مانند عدم دارا شدن دسته چک و سایر موارد مرتبط مطابق قانون اصلاح قانون صدور چک در پی داشته باشد.

۲) فرد تاجر با ورشکستگی از تصرف در اموال خویش ممنوع می‌شود. اساساً ورشکستگی موجب حجر سوء ظنی نسبت به فرد تاجر می‌گردد. اما در اعسار ممنوعیت از تصرف وجود ندارد. ممنوعیت از فرار دین یا توقیف اموال کسی که مدعی اعسار است، به معنای عدم اعسار واقعی فرد قلمداد می‌شود و ممنوعیت از تصرف برای فرد معسر تلقی نمی‌شود.

۳) با صدور حکم ورشکستگی تمامی دیون مؤجل تاجر به دیون حال تبدیل می‌شود، خواه این دیون عادی باشند یا تضمینی. اما با حکم به اعسار فرد چنین اتفاقی روی نمی‌دهد.

۴) یکی از ارکان ورشکستگی هیئت طلبکاران است. هیئت طلبکاران به‌گونه‌ای دارای شخصیت حقوقی است که تصمیمات اکثریت ایشان با شرایطی که در قانون وجود دارد، نافذ می‌باشد؛ اما در اعسار، طلبکاران دارای شخصیت حقوقی نیستند. به هر یک از طلبکاران در اعسار به دید فردی نگاه می‌شود و تصمیم اکثریت ملاک نیست (ایدار، ۲۰۱۶، ۱۴).

و) طرح دعوی ورشکستگی براساس ماده ۴۱۵ قانون تجارت، ممکن است توسط تاجر متوقف، دادستان و یک یا چند نفر از طلبکاران صورت گیرد؛ بنابراین، حکم به ورشکستگی لزوماً به دادخواست طلبکاران منوط نیست؛ اما طرح دعوی

اعسار تنها از جانب بدهکار امکان‌پذیر است (ستوده، ۱۳۸۸، ۱۰۵/۴). در تبصره ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سال ۱۳۹۴ آمده است: «اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال بر عهده مدیون است».

۵. اثر تفسیری تفکیک نهاد اعسار و افلاس

پس از بیان ماهیت اعسار و افلاس در فقه و حقوق و با نگاه تطبیقی میان مذاهب و کشورهای مختلف، این سؤال مطرح می‌شود که پس از نسخ نهاد افلاس از حقوق ایران، مواد قانون مدنی که در آن به افلاس تصریح شده است، چگونه قابل تفسیر است؟ برای مثال در ماده ۵۵۱ قانون مدنی آمده است: «عقد مضاربه به یکی از علل ذیل منفسخ می‌شود: (۱) در صورت موت یا جنون یا سفه احد طرفین. (۲) در صورت مفلس شدن مالک. (۳) در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح. (۴) در صورت عدم امکان تجارتي که منظور طرفین بود»؛ همچنین در ماده ۳۸۰ این قانون بیان شده است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند»؛ ماده ۷۸۲ همین قانون، در صورت عدم کفایت مال مرهون و مفلس شدن راهن، مرتهن را با غرما شریک دانسته است. در جلد دوم قانون مدنی و در ماده ۱۲۰۶ نیز قانونگذار طلب زوجه بابت نفقه ایام گذشته را طلب ممتازه دانسته و در صورت مفلس یا ورشکسته شدن زوج، زوجه را بر سایر غرما مقدم دانسته است. عطف مفلس بر ورشکسته با «یا» نشانگر آن است که قانونگذار این دو نهاد حقوقی را متفاوت با یکدیگر می‌شناخته است. مؤید این مطلب آن است که در زمان تصویب جلد دوم قانون مدنی نهاد افلاس از حقوق موضوعه ما نسخ شده بود. بنابراین، عطف ورشکسته بر مفلس با وجود نسخ آن از ادبیات حقوقی نشانگر آن است که قانونگذار افلاس و ورشکستگی را دو عنوان مجزا می‌پنداشته است. در جلد سوم قانون مدنی و در ماده ۱۲۶۴ نیز اقرار مفلس و ورشکسته نسبت به اموال خود و بر ضرر دیان نافذ دانسته نشده است. در هر صورت، تفسیر افلاس در قانون مدنی با توجه به نسخ این نهاد در ادبیات حقوقی، پرسشی است که پاسخ آن در

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۷۰

دکترین حقوقی ما متفاوت است. این رویکردهای متفاوت عبارت است از:

الف: رویکرد جایگزینی ورشکستگی به جای افلاس

طبق دیدگاه برخی از حقوقدانان، پس از نسخ نهاد افلاس از حقوق موضوعه ایران، ممنوعیت از تصرف در اموال تنها مختص به تاجر ورشکسته می‌باشد (امامی، ۱۳۸۸، ۲/۲۲۷). بر اساس این نظر، هنگامی که قوانین مدنی نسبت به تاجر و غیر تاجر جریان دارد، در جایی که به جهت فقدان موضوع قانونی وجهی برای تسری حکم به غیر تاجر وجود نداشته باشد، حکم را مختص به تاجر قرار می‌دهیم. از این رو، در اختیار تفلیس و پس از نسخ نهاد افلاس، خیار تفلیس را مختص به تاجر ورشکسته تلقی می‌نماییم (امامی، ۱۳۸۸، ۵۰۹/۱). نیز باید گفت طبق این دیدگاه با توجه به وجود دو مفهوم متفاوت اعسار و تفلیس در فقه و قانون مدنی، تأکید بر واژه مفلس در قانون مدنی بیان‌کننده قصد ویژه قانونگذار مبنی بر عدم امکان تسری احکام مربوط به افلاس به اعسار است.

شناسایی مفهوم اعسار و
افلاس و تأثیر آن در تفسیر
قانون

ب) رویکرد جایگزینی اعسار به جای افلاس

۱۷۱ طبق این نظر، با از بین رفتن نهاد افلاس از حقوق ایران، نهاد اعسار جایگزین آن شد. قانونگذار سابقاً در ماده ۱ قانون اعسار و افلاس و اصلاح محاکمات مصوب ۱۳۱۰، معسر را فردی می‌دانست که موقتاً قادر به پرداخت دیون خود به علت عدم دسترسی به اموال نباشد. همین قانون در تعریف مفلس آورده بود که مفلس کسی است که دارایی او برای پرداخت بدهی کافی نباشد. اما قانونگذار با تصویب قانون اعسار ۱۳۱۳ و نسخ نهاد افلاس در این قانون، عملاً نهاد افلاس را زیر مجموعه نهاد اعسار ترسیم نمود. ماده ۱ این قانون معسر را چنین معرفی نموده است که: «معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد». مضمون همین تعریف در ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ بیان شده است. چنان که ملاحظه می‌شود، قانونگذار مفهوم افلاس را ذیل مفهوم اعسار نهاده، اما آثار افلاس از قبیل ممنوعیت

از تصرف را بر اعسار بار ننموده است؛ بنابراین، باید گفت در قوانین مدنی می‌توان هر کجا که قانونگذار از نهاد افلاس سخن به میان آورده است، نهاد اعسار را جایگزین آن نمود. طبق این نظر اگر افلاس مربوط به تاجر باشد، ورشکستگی و اگر مربوط به غیر تاجر باشد، اعسار خوانده می‌شود (قاسم‌زاده، ره‌پیک، کیانی، ۱۳۹۰، ۴۵۶). برای مثال، در حال حاضر در قوانین ما به جای خیار تفلیس، خیار دیگری از طریق قانون اعسار به‌وجود آمده است که می‌توان آن را «خیار اعسار» نامید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۲۶۸).

ج) رویکرد توجه به پیشینه تاریخی و فقهی

طبق این نظر هر ماده قانونی را که از افلاس سخن گفته است، باید به‌صورت مجزا بررسی نمود و نمی‌توان حکم کلی درباره جایگزینی اعسار به جای افلاس یا ورشکستگی صادر نمود. توجه این دیدگاه بر خاستگاه اصلی قانون مدنی و پیشینه فقهی آن استوار است. نقد این دیدگاه به رویکرد اول آن است که اگرچه ورشکستگی، آثار افلاس از قبیل ممنوعیت از تصرف را به دنبال دارد، همین که اولاً قانونگذار گاهی ورشکستگی را بر افلاس عطف نموده است، نشانگر آن است که لزوماً نمی‌توان همیشه به جای افلاس، ورشکستگی را نهاد و ثانیاً با وجود تصریح و امعان نظر قانونگذار نسبت به کارگیری لفظ افلاس، تفسیری مخالف قصد وی، چشم‌پوشی از حکمت جعل قانون است. همچنین نقد رویکرد دوم نیز بر این امر مبتنی است که اگر مفهوم افلاس پس از وضع جدید قانونی در مفهوم اعسار ادغام شده است، نمی‌توان این مسئله را در تمامی مواد قانون مدنی که از واژه افلاس استفاده نموده است، تسری داد؛ برای مثال، انفساخ مضاربه به علت مفلس شدن مالک را باید انفساخ مضاربه به علت معسر شدن مالک تفسیر نمود، حال آنکه انفساخ مضاربه به علت محجور بودن و عدم شرایط اهلیت مالک اتفاق افتاده و معسر نیز طبق نظر همین دسته از حقوقدانان محجور شناخته نمی‌شود (طاهری، ۱۴۱۸، ۴/۴۷۸)؛ بنابراین به نظر می‌رسد ریشه تفسیر موادی از قانون مدنی که در آن از مفهوم افلاس استفاده نموده است، مراجعه به پیشینه تاریخی و منابع فقهی است که در جعل قانون حائز اهمیت بوده است؛ به همین جهت، هر یک از مواد را به‌صورت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۷۲

خلاصه بررسی می‌کنیم:

در باب خیار تفلیس باید گفت، در کتب فقهی این مسئله مطرح شده است که آیا خیار تفلیس اختصاصی به بعد از صدور حکم تفلیس دارد یا در قبل از آن نیز امکان جریان دارد (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۱/۱۴). مشهور فقها اختیار فسخ یا امضای معامله و همراهی با سایر غرما را در صورت تفلیس شخص بدهکار برای طرف معامله برشمرده‌اند. ایشان به روایاتی استناد نموده‌اند (حعاملی، ۱۴۰۹، ۴۱۵/۱۸) که دلالتشان بر اختصاص حق عینی نسبت به مالی که ثمن آن پرداخت نشده برای حالت تفلیس تمام نیست، بلکه می‌توان این روایات را نسبت به مطلق کسی که قادر به پرداخت دین خود نیست نیز حمل نمود (کرکی، ۱۴۱۴، ۲۶۹/۵)؛ بنابراین، می‌توان برای شخصی که محجور به افلاس نشده است نیز این حق را در بازپس‌گیری مال قائل شد (بحرانی، ۱۴۰۵، ۳۹۷/۲۰)؛ چرا که روایات وارد شده در این مقام، برخلاف اجماع حاکی از عدم توقف این حق بر حکم تفلیس است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۱۷/۹). در هر صورت، اگر طبق نظر مشهور، حکم خیار تفلیس را مختص مفلس بدانیم، تسری این حکم به معسر بلا دلیل است، اما اگر با خوانش جدید که باید در محل خود ثابت شود، بتوانیم خیار تفلیس را اعم از مفلس و معسر بدانیم، می‌توان حکم به تعمیم خیار تفلیس نسبت به معسر نیز نمود.

در باب انفساخ مضاربه به دلیل مفلس شدن مالک مصرح در ماده ۵۵۱ قانون مدنی نیز باید گفت، فقیهان امامیه یکی از شروط متعاقدین در مضاربه را اهلیت ایشان برشمرده‌اند (علامه حلی، بی‌تا، ۲۷۵/۱)؛ اگرچه متأخران، این شرط را تنها درباره مالک صحیح دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۲۲، ۸۵۳)؛ بنابراین در صورتی که در ابتدا یا در اثنای معامله، یکی از شرایط معتبر در مضاربه از بین رود، عقد مضاربه باطل می‌شود. قانون مدنی از این بطلان به انفساخ تعبیر نموده است. دلیل بطلان مضاربه یا انفساخ آن در ارتباط با مالک مال مفلس نیز محجوریت او و ممنوعیت از تصرفش عنوان شده است (سبحانی، ۱۴۱۶، ۵۹). با لحاظ این پیشینه باید گفت، حمل مفلس در ماده ۵۵۱ قانون مدنی بر معسر امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین، این ماده را یا باید بر فرد ورشکسته به علت محجوریت وی تطبیق دهیم یا اگر قوانین مدنی را بر فرد تاجر به صورت عام

تطبيق نمی‌دهیم و قائل به عدم وحدت قوانین حقوق خصوصی هستیم، موضوع بند ۲ ماده ۵۵۱ را بدون محل شناسایی نماییم.

در خصوص ماده ۷۸۲ قانون مدنی و جایی که مال مرهون به اندازه طلب شخص مرتهن نباشد و راهن مفلس شود نیز باید تفسیر مفلس را در کتب فقیهان جستجو نمود. در این خصوص قول مشهورتر آن است که تنها در صورت مفلس شدن راهن، مرتهن حق فروش مال مرهونه را دارد و در جایی که قیمت مال کمتر از مبلغ دین باشد، وی با سایر غرما شریک خواهد شد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۹/۴). البته باید گفت در میان قداما، تصریحی به تفلیس راهن نشده است و تنها تمرکز اصلی بر حق عینی مرتهن نسبت به مال مرهونه در قبال سایر طلبکاران است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ۲/۴۲۴). شاهد بر اختصاص نداشتن این حکم، به حالت تفلیس راهن، آن است که فقیهان درباره با شخص میتی که اموالش کم است نیز چنین حکمی را جاری نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۰، ۱/۳۹۳)؛ به این صورت که اگر بدهکار مرده باشد ولو اینکه حکم تفلیس او صادر نشده باشد، مرتهن می‌تواند مال شخص راهن را بفروشد و در نقیصه با سایرین شریک شود. این مطلب نشانگر آن است که حق اختصاص مرتهن نسبت به فروش مال مرهونه اختصاصی به صورت تفلیس راهن ندارد و حتی در صورت فوت راهن و مفلس نبودن او نیز جاری است؛ بنابراین، باید گفت اگرچه از نظر مشهور این حکم مختص راهن مفلس است، می‌توان آن را نسبت به راهن معسر نیز جاری دانست. به هر حال، اگر طبق نظر مشهور، حکمی از این ماده قانونی برداشت شود، حکم به مفلس اختصاص دارد و پس از نسخ نهاد افلاس از قانون مدنی، تنها شامل راهن ورشکسته با در نظر گرفتن نظریه وحدت خصوصی می‌شود. اما اگر طبق برداشت جدید، این ماده را تفسیر نماییم، می‌توان حق عینی مرتهن را در قبال راهن معسر نیز تعمیم داد.

در باب ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی شاید به واکاوی پیشینه فقهی نیازی نباشد؛ چرا که قانونگذار در تبصره دوم ماده ۱۲ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ چنین مقرر نموده است: «پرداخت نفقه قانونی زوجه و اولاد بر سایر دیون مقدم است». اطلاق این ماده شامل حالت اعسار و ورشکستگی می‌شود؛ بنابراین، با در نظر گرفتن این

ماده می‌توان افلاس موجود در ماده ۱۲۰۶ را منطبق بر اعسار نمود. در خصوص ماده ۱۲۶۴ نیز باید گفت، طبق مستند فقهی این ماده، اقرار معسر مانند اقرار مفلس بر ضرر بدهکاران نافذ نیست؛ چراکه مطابق قاعده عمومی «اقرار العقلاء علی انفسهم نافذ»، اقراری که بر ضرر دیگری باشد یا مشترکاً به ضرر شخص مقرر و دیگری باشد، داخل در عموم قاعده نمی‌باشد. بنابراین عمومیت قاعده منصرف از این موارد است (مراغی، ۱۴۱۷، ۶۴۲/۲)؛ لذا اگرچه ماده ۱۲۶۴ اختصاص به مفلس و ورشکسته دارد، با توجه به پیشینه فقهی، معسر نیز مشمول این ماده می‌شود.

نتیجه‌گیری

پس از بازشناسی نهاد افلاس، اعسار و رابطه آن با ورشکستگی، باید گفت اعسار قانونی به لحاظ مفهومی با افلاس شرعی هم‌خوانی دارد و اگرچه به لحاظ آثار با یکدیگر متفاوت هستند، می‌توان عدم توانایی در پرداخت دیون یا عدم دسترسی به اموال را مرادف با افلاس شرعی تلقی نمود. بنابر لحاظ این مسئله می‌توان در تفسیر موادی که طبق مبنای فقهی عنوان افلاس در آن‌ها به کار برده شده است، حکم مواد قانونی را درباره اعسار قانونی نیز تسری داد. از سوی دیگر، پس از نسخ نهاد افلاس در سال ۱۳۱۳ از ادبیات حقوقی کشور، قانونگذار در جلد دوم و سوم قانون مدنی مجدداً از عنوان افلاس استفاده نمود.

تفسیر موادی که پس از نسخ این نهاد در قانون مدنی وجود دارد، تنها با لحاظ پیشینه فقهی ممکن است؛ چراکه دکتترین حقوقی در اتخاذ مبنا دچار مشکل است. اینکه افلاس را ورشکستگی تجاری بدانیم یا معسر را نیز در حکم مفلس بدانیم، سؤالی است که پاسخ قانع‌کننده‌ای برای آن از دکتترین حقوقی دریافت نمی‌نماییم. پیشینه فقهی مسئله نشانگر آن است که در برخی مواد مانند ماده ۳۸۰ قانون مدنی، می‌توانیم خیار تقلیس را به معسر نیز تسری دهیم. همچنین در خصوص ماده ۷۸۲ نیز می‌توان راهن معسر را نیز صاحب همان حکم راهن مفلس در نظر بگیریم. اما در خصوص حکم انفساخ مضاربه به دلیل مفلس شدن مالک، این مسئله قابل تسری به مالک معسر نیست.

با عنایت به نتایج حاصله از تحقیق پیشنهاد می‌گردد، به جهت حذف نهاد افلاس از حقوق ایران، در مواردی که کلمه افلاس به عنوان موضوع حکم آمده است، در صورتی که علت حکم محجوریت شخص باشد، اعسار جایگزین افلاس نمی‌گردد و در سایر موارد اعسار جایگزین افلاس می‌باشد؛ برای نمونه ماده ۳۸۰ قانون مدنی باید چنین اصلاح گردد: «اگر مشتری معسر شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد مبیع را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع نماید».

منابع

• قرآن کریم

۱. ابن‌ادریس، محمد، ۱۴۱۰، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن‌رشد الحفید، ۱۴۱۵-۱۹۹۵م، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، تنقیح و تصحیح: خالد العطار، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۳. ابن‌قدامة، عبدالله، ۱۴۰۳، المغنی، بیروت: دار الکتب العربی للنشر و التوزیع، جدیدة بالأوفست.
۴. ابوالسعود، رمضان، ۱۹۹۸م، احکام الائتزام، الاسکندریة: دارالمطبوعات الجامعیة.
۵. أحمد المرتضی، ۱۴۰۰، شرح الأزهار، صنعاء: مکتبة غمضان.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷. الأنصاری، زکریا، ۱۴۱۸ - ۱۹۹۸م، فتح الوهاب، منشورات محمد علی بیضون، دار الکتب العلمیة، الأولى.
۸. الأنصاری، الشیخ محمدعلی، ۱۴۲۲، الموسوعة الفقهیة المیسرة، شریعت، قم: مجمع الفکر الإسلامی، الأولى.
۹. البکری الدمیاطی، ۱۴۱۸ - ۱۹۹۷م، إعانة الطالبین، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، الأولى.
۱۰. الفسار، عبدالقادر، ۲۰۰۸م، احکام الائتزام آثار الحق فی القانون المدنی، عمان: دارالثقافة، الاردن، الطبعة الاولى.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۷۶

١١. الفضيل، سلمانى، ٢٠١٧م، الافلاس فى التشريع الجزائرى، جامعة مولود معمري، كليه الحقوق و العلوم السياسية.
١٢. السرخسى، ١٤٠٦-١٩٨٦م، المبسوط، بيروت: دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع.
١٣. الشريينى، محمد بن أحمد، ١٣٧٧ - ١٩٥٨م، مغنى المحتاج، بيروت: دار إحياء التراث العربى.
١٤. الشريينى، محمد بن أحمد، ١٣٩٨، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع، دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع.
١٥. الشواربى، عبدالحميد، ١٩٩٦، الافلاس، الاسكندريه: منشأة المعارف.
١٦. العكيلى، عزيز، ٢٠٠٣م، شرح القانون التجارى، احكام الافلاس و الصلح الواقى دراسة مقارنة، عمان: الدار العلمية للنشر و التوضيح.
١٧. الملييارى الهندى، ١٤١٨ - ١٩٩٧م، فتح المعين، بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، الأولى.
١٨. النووى، محبى الدين، ١٤١٢، روضة الطالبين، بيروت: دارالكتب العلمية.
١٩. امامى، سيدحسن، ١٣٨٨، حقوق مدنى، تهران: انتشارات اسلاميه.
٢٠. ايدار، عبدالله، ٢٠١٦م، الإعسار المدنى و الإفلاس التجارى، الجزائر: جامعة قاصدى مرباح، كلية الحقوق و العلوم السياسية.
٢١. بحرانى، آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم، ١٤٠٥، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، ٢٥ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزة علميه قم.
٢٢. جزيرى، عبدالرحمن؛ غروى، سيدمحمد و ياسر مازح، ١٤١٩، الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام، بيروت: دارالثقلين.
٢٣. جعفرى لنگرودى، سيدمحمد جعفر، ١٣٨٥، ترمينولوژى حقوق، تهران: گنج دانش.
٢٤. حرّ عاملى، محمد بن حسن، ١٤٠٩، وسائل الشيعة، ٣٠ جلد، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام اول.
٢٥. حلى، يحيى بن سعيد، ١٤٠٥، الجامع للشرائع، در يك جلد، قم: مؤسسه سيد الشهداء عليهم السلام العلمية.
٢٦. زيدان، زكى زكى حسين، ٢٠٠٩، الافلاس و الاعسار فى الفقه الاسلامى و القانون الوضعى، دارالكتاب القانونى.
٢٧. سبجاني تبريزى، جعفر، ١٤١٦، نظام المضاربة فى الشريعة الإسلامية الغراء، در يك

شناسايى مفهوم اعسار و
افلاس و تأثير آن در تفسير
قانون
١٧٧

- جلد، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۸. سبزواری، علی مؤمن قمی، ۱۴۲۱، **جامع الخلاف و الوفاق**، قم: زمينه سازان ظهور امام عصر علیه السلام.
۲۹. ستوده، حسن، ۱۳۸۸، **حقوق تجارت**، تهران: نشر دادگستر.
۳۰. سیمایی صراف، حسین، ۱۳۹۷، **حقوق ورشکستگی و تصفیه اموال ورشکسته**، تهران: نشر میزان.
۳۱. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ۱۵ جلد، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۳۲. طاهری، حبیب الله، ۱۴۱۸، **حقوق مدنی**، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۳. طبرسی (امین الإسلام)، فضل بن حسن، ۱۴۱۰، **المؤتلف من المختلف بين أئمة السلف**، ۲ جلد، مجمع البحوث الإسلامية.
۳۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، **الخلاف**، ۶ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۵. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، ۱۴۱۹، **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثية)**، ۲۳ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، ۱۴۱۷، **الدروس الشرعية في فقه الإمامية**، ۳ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. عبدالمنعم، محمود عبد الرحمان، ۱۴۱۹، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية**، ۳ جلد، القاهرة: دار الفضلية.
۳۸. عبد النور حاتم، بلیغ، ۲۰۱۱م، **مفهوم التوقف عن الدفع النظام الافلاس**، دمشق: مجلة جامعة دمشق للعلوم و القانونية.
۳۹. عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی، ۱۴۲۱، **کتاب القضاء (تقریرات، للنجم آبادی)**، در یک جلد، قم: انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.
۴۰. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، بی تا، **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - القديمة)**، ۲ جلد، مشهد: انتشارات مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۱. _____، ۱۴۱۴، **تذكرة الفقهاء (ط - الحديثية)**، ۱۴ جلد، قم: انتشارات مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۲. _____، ۱۴۱۳، **مختلف الشيعة في أحكام الشريعة**، ۹ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۷۸

وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه .

۴۳. فايز، نعيم رضوان، ۲۰۰۲م، القانون التجاري، مصر: دارلنهضة العربية .

۴۴. فتح الله، الدكتور أحمد، ۱۴۱۵ - ۱۹۹۵، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، الدمام: مطابع المدوخل .

۴۵. فلاح سعيد، فهد سعيد، ۲۰۱۳، التنظيم القانوني لاعسار المدني، الكويت: جامعة الشرق الاوسط .

۴۶. قاسم زاده، مرتضى، ره پیک، حسن، کیانی، عبدالله، ۱۳۹۰، تفسیر قانون مدنی، تهران: انتشارات سمت .

۴۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، ۱۴۲۲، أنوار الفقاهة - کتاب القضاء (لکاشف الغطاء، حسن)، در یک جلد، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء .

۴۸. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، ۱۴۱۴، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۳ جلد، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام

۴۹. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی، ۱۴۱۷، العناوين الفقهية، ۲ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم .

۵۰. محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، ۱۴۰۸، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، قم: مؤسسه اسماعیلیان .

۵۱. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۶ جلد، قم: مؤسسه انصاریان .

۵۲. ملحم، باسم محمد، ۲۰۱۷، الإعسار فی القانون المدني القطری: بین غیاب التنظيم التشريعی و ترقیب بعض الآثار، القطر: المجلة الدولية للقانون .

۵۳. ناصیف، الیاس، ۱۹۸۶م، الكامل فی القانون التجاري، لبنان: منشورات عویدات .

۵۴. یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی، ۱۴۲۲، العروة الوثقی مع تعالیک الإمام الخمینی، در یک جلد، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام .

شناسایی مفهوم اعسار و
افلاس و تأثیر آن در تفسیر
قانون

۱۷۹

Jostar- Hay Fiqhi va Usuli
(Jurisprudence and Principles of Jurisprudence) (JFU)

Vol 6 ; No 18 ; Spring 2020

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

The relation of two Principles of Correctness and Corruption to the article 10 of Civil Code and The Principle of Contracts' Freedom¹

Doi: 10.22081/jrj.2020.51273.1445

Jalil Ghanavaty

(Associate Professor of Tehran University (FARABI); Iran) (Corresponding Author);
E mail: ghanavaty@ut.ac.ir

Esfandiyar Safari

(Assistant Professor of Ahlollbeyt University; Iran); E mail: safari@abu.ac.ir

Received in: 2018/08/05

Accepted in: 2019/09/15

**The relation of
two Principles of
Correctness and
Corruption to the
article 10 of Civil
Code and The Prin-
ciple of Contracts'
Freedom**

181

Abstract

Jurisprudential texts have frequently referred the two principles of correctness and corruption in transactions without clarifying the scope and application of these two principles in a disciplined and lucid manner. This ambiguity has led to confusion of the framework and functions of Articles 10 and 223 Civil Code in legal texts. The principle of correctness in topical misgivings could be prioritized to the principle of corruption but one cannot resort to the principle of correctness to exclude the principle of corruption. As the transactions in ruling doubts are custom-oriented, for excluding

1 . Ghanavaty, J (2020) ; The relation of two Principles of Correctness and Corruption to the article 10 of Civil Code and The Principle of Contracts' Freedom; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 181-206 - doi: 10.22081/jrj.2020.51273.1445

the corruption principle, one can investigate the opposing reasons to the general and absolute indications of transactions, for instance, the principle of fulfilling the contracts is resortable and the correctness of the transaction is proved through the afore-mentioned verbs reasons. Clearly, given the legitimacy and legality of a contract is proven, it is binding with reference to the article 10 of civil code. Such legitimacy is proven if the reasons are investigated and no opposing reasons are proven referring to a specific, general, or absolute reason, albeit it rests on intellectual's conduct and the peoples' intention to legitimize it is not sufficient. The present paper is to state, analyze, and criticize legal and jurisprudential texts to determine the scope of these two principles of correctness and corruption. Consequently, the exact avenues of the articles 10 and 223 of civil code are determined.

Keyword: The principle of Corruption, the Principle of correctness, rule doubt, topic doubt, contracts' freedom principle, article 223 of civil code, note 10 of civil code.

نسبت دو اصل صحت و فساد با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی^۱

جلیل قنوازی^۲

اسفندیار صفری^۳

چکیده

در متون فقهی مکرراً، به دو اصل صحت و فساد در معاملات استناد شده، بدون اینکه گستره و کاربرد این دو اصل، به صورت منضبط و مستدل روشن شود. این ابهام موجب شده که چارچوب و کارکردهای مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. نیز در متون حقوقی با هم خلط شود. برخلاف حقوق غرب، در حقوق اسلام اصل اولی در احکام وضعی معاملات چه در شبهات حکمی و چه در شبهات موضوعی، اصل فساد است، مگر اینکه دلیل معتبر شرعی و قانونی برخلاف آن موجود باشد. اصل صحت در شبهات موضوعی می‌تواند بر اصل فساد مقدم شود، ولی در شبهات حکمی نمی‌توان برای خروج از اصل فساد به اصل صحت تمسک نمود. با توجه به عرفی بودن موضوع معاملات در شبهات حکمی برای خروج از اصل فساد می‌توان پس از فحص و عدم ثبوت ادله مخالف به ادله عام و مطلق معاملات مثل اوفوا بالعقود تمسک کرد و صحت معامله را از طریق ادله لفظی مذکور اثبات نمود. بدیهی است صرفاً پس از اثبات شرعیت و قانونی بودن یک قرارداد می‌توان مستند به

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۱۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴

۲. دانشیار حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم-ایران؛ (نویسنده مسئول) رایانامه: ghanavaty@ut.ac.ir

۳. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه بین المللی اهل بیت (علیهم السلام)، قم-ایران؛ رایانامه safari@abu.ac.ir

ماده ۱۰ ق.م. آن را نافذ دانست. این مشروعیت پس از فحص از دلایل و عدم ثبوت دلیل مخالف با استناد به دلیل خاص یا عام و مطلق ولو مبتنی بر سیره عقلایی اثبات می‌شود و صرف اراده افراد برای ایجاد مشروعیت کافی نیست. در این نوشتار با تبیین، تحلیل و نقد متون فقهی و حقوقی، به روشنی گستره اصل فساد و اصل صحت در قراردادهای مشخص شده و به تبع، مجاری دقیق مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. نیز معین گشته است.

کلید واژه‌ها: اصل فساد، اصل صحت، شبهه حکمی، شبهه موضوعی، اصل آزادی قراردادی، ماده ۲۲۳ ق.م.، ماده ۱۰ ق.م.

طرح مسئله

فقیهان در موارد متعددی گاهی به اصل فساد و گاهی به اصل صحت در معاملات، استناد کرده‌اند (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۸۲/۱۰؛ نراقی، ۱۴۱۵، ۸۴/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۵۶/۲۶؛ انصاری، ۱۴۲۲، ۳۳۳/۳). خواننده متحیر می‌گردد، آیا اصل در معاملات صحت است یا فساد؟! این تعجب آنگاه زیاد می‌شود باز در موارد متعددی، فقیهان اصل صحت را بر اصل فساد مقدم می‌شمارند (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۴، ۹۱/۱۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۹، ۵۴/۲؛ مکارم، ۱۴۱۱، ۱۴۵/۱). بدون اینکه به روشنی مجاری دو اصل مذکور را مشخص نمایند. ابهام مذکور در تفسیر مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. به متون حقوقی نیز سرایت کرده است. در ماده ۱۰ ق.م. مقرر شده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». در ماده ۲۲۳ ق.م. نیز آمده است: «هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود». مفاد ماده ۱۰ ق.م. به اصل آزادی قراردادی و مضمون ماده ۲۲۳ ق.م. به اصل صحت در ادبیات حقوقی مشهور شده است.

هر چند در رابطه با گستره مواد یاد شده نیز پرسش‌های گوناگونی وجود دارد، پاسخ به دو پرسش کلیدی از خلط مباحث زیادی در تفسیر دو ماده یاد شده می‌کاهد، اول مجرای ماده ۲۲۳ ق.م. ویژه شبهات موضوعی است یا در شبهات

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۸۴

۱. ناگفته نماند بررسی این پرسش آیا اصل صحت در همه موارد شبهات موضوعی است یا در پاره‌ای از آنها، محل بحث در این نوشتار نیست.

حکمی نیز کارآیی دارد؟ دوم اینکه رابطه ماده ۲۲۳ ق.م. با ماده ۱۰ ق.م. چیست؟ در این مقاله پس از توضیح کوتاه در رابطه با شبهه حکمی و موضوعی، دیدگاه‌های گوناگون مبنی بر جریان یا عدم جریان اصل صحت در شبهات حکمی را بازگو می‌کنیم. در ادامه، به جایگاه اصل فساد و مستندات آن اشاره کرده و بحث می‌کنیم که آیا از طریق اصل صحت می‌توان از اصل فساد در شبهات موضوعی و حکمی خارج شد یا نه؟ همچنین رویکرد دیگری مبنی بر رجوع به ادله لفظی برای خروج از اصل فساد در شبهه حکمی را تبیین می‌کنیم. در پایان نیز نظر نویسندگان حقوقیِ باورمند به جریان اصل صحت در شبهه حکمی را نقد کرده و مجاری دقیق مواد ۱۰ و ۲۲۳ ق.م. را ترسیم می‌نماییم.

گفتار نخست: تبیین مفهوم شبهه حکمی و موضوعی

در دانش اصول فقه شبهه به اقسام گوناگونی منقسم می‌شود. دانشیان اصول فقه در بخش الفاظ (مبحث عام و خاص)، شبهه را به مفهومی و مصداقی (ر.ک: خراسانی، ۱۴۲۳، ۲۲۰)؛ و در بخش اصول عملیه، آن را به حکمی و موضوعی تقسیم نموده‌اند (ر.ک: خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۱۰).^۱

شبهه حکمی در جایی است که حکم کلی شرعی نسبت به موضوعی روشن نباشد. منشأ این شبهه یا به سبب نبودن دلیل قانونی، یا اجمال دلیل یا به سبب تعارض ادله است (مشکینی، ۱۳۴۸، ۱۴۴) بدون تردید، رفع این شبهه به دست کسی است که اهل استنباط از ادله شرعی و قانونی است (موسوی، ۱۳۸۲، ۱۱۵). برای نمونه، چنانچه شک شود آیا بیع زمانی صحیح است یا خیر؟ یا شرط ضمان امین درست است یا خیر؟ در این موارد، شبهه حکمی و منشأ آن فقدان دلیل است.

شبهه موضوعی در جایی است که حکم کلی شرعی نسبت به موضوعی روشن بوده، اما به سبب اشتباه در امر خارجی، شبهه ایجاد شود (مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۷، ۶۱۸)؛ به تعبیر دقیق‌تر، شک در حکم جزئی (شک در حکم یک مصداق

۱. برای تفاوت شبهه مصداقی و شبهه موضوعی، ر.ک: مغنیه، ۱۹۸۰، ۱۷۳ و ۱۷۴؛ همچنین برای خلط دو شبهه مذکور در استعمالات، ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۴، ۳۶۰.

خارجی) به سبب اشتباه در امر خارجی بوده باشد. برای نمونه، روشن است که طبق ماده ۲۱۶ و ۳۴۲ ق.م.ا.م. بیع باید در زمان معامله معلوم باشد. حکم مذکور روشن است و هیچ شبهه‌ای ندارد. چنان که بعد از وقوع قرارداد یکی از طرفین ادعا کند که هنگام قرارداد، بیع مجهول بوده و عقد باطل است، ولی دیگری ادعا کند که معلوم بوده و عقد صحیح است، باید طبق اصل صحت، عقد را صحیح دانست (شهیدی، ۱۳۸۱، ۲۴۲: شهیدی، ۱۳۸۰، ۷۳).

گفتار دوم: بازگویی اندیشه‌ها نسبت به مجرای اصل صحت

۱. نظر نویسندگان حقوقی

پیش از بیان اندیشه‌های فقهی، به نظر نویسندگان حقوقی اشاره می‌شود. نویسندگان حقوقی در این باره دو دسته‌اند:

الف) قائلان به جریان اصل صحت در شبهه حکمی

بعضی به روشنی ماده ۲۲۳ ق.م.ا.م. را افزون بر شبهات موضوعی، شامل شبهات حکمی نیز دانسته و در اثبات مدعای خود با استناد به اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ ق.م.ا.م. ماده یاد شده را یکی از چهره‌های اجرای اصل صحت بر شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۵۳/۲ و ۳۵۴). طبق مبنای مذکور باید ماده ۱۰ ق.م.ا.م. را مصداقی از ماده ۲۲۳ ق.م.ا.م. دانست. به باور برخی، قانونگذار به سبب ضرورت نظم و مصالح جامعه، باید مقررات خاصی را برای موارد شک در حکم اصلی، مقرر کند تا ثبات قراردادی که مهم‌ترین مبنای رفع نیازهای انسانی است، از بین نرود. چه مشکوک امر موضوعی باشد (مثلاً معلوم بودن مورد عقد برای طرفین هنگام تشکیل عقد) یا امر حکمی (مثل تردید در صحت یا فساد معامله صغیر ممیز)، ماده ۲۲۳ ق.م.ا.م. به عنوان ضابطه در موارد یاد شده کارآیی دارد (شهیدی، ۱۳۸۱، ۱۷۸، ۱۸۰ و ۲۴۱: شهیدی، ۱۳۸۶، ۷۶).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۸۶

۱. در ماده ۲۱۶ قانون مدنی آمده است: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» در ماده ۳۴۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مقدار و جنس و وصف بیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است».

ب) قائلان به عدم جریان اصل صحت در شبهه حکمی

بعضی ماده ۲۲۳ ق.م. را ویژه شبهات موضوعی شمرده و در اثبات مدعا نوشته‌اند: بیان «جمله هر عقدی که واقع شده» در ماده ۲۲۳ ق.م. بیانگر این است مجرای اصل صحت، نمونه‌های خارجی عقود است. اگر به سببی در صحت و سقم یکی از این نمونه‌ها اشکال و اشتباهی مطرح شود، چنین اشتباهی شبهه موضوعی است، اما در صورت تردید در شبهه‌های حکمی، باید به ماده ۱۰ ق.م. استناد شود نه به اصل صحت (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲۳۳/۱؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶، ۳۱۱/۱).

بعضی نیز بر این باورند که اصل صحت در شبهات موضوعی قابل طرح است و ارتباطی با شبهات حکمی ندارد؛ زیرا در شبهات حکمی در صورتی که اصل طهارت یا حلیت وجود داشته باشد، جاری می‌شوند و گرنه اصل برائت جاری می‌گردد (فهیمی، ۱۳۸۸، ۱۶۳ و ۱۶۴). برخی نیز بدون آوردن دلیل، مجرای اصل صحت را مخصوص شبهات موضوعی دانسته‌اند؛ لذا برای اثبات صحت عقد معلق، استناد به ماده ۲۲۳ ق.م. را درست ندانسته و به جای آن، به ماده ۱۰ ق.م. استناد نموده‌اند (قاسمی‌حامد، ۱۳۸۷، ۵۲).

نسبت دواصل صحت
وفساد باماده ۱۰ قانون
مدنی واصل آزادی
قراردادی
۱۸۷

۲. نظر نویسندگان فقهی و اصولی

الف) استنادکنندگان به اصل صحت در شبهات حکمی

در متون فقهی در موارد نسبتاً زیادی در شبهات حکمی، نیز به اصل صحت استناد شده است. برای نمونه چند مثال بازگو می‌شود:

۱. در موردی که سرمایه در قرارداد مضاربه به صورت مجهول تعیین شود، علامه حلی برای اثبات صحت عقد، به اصل صحت، روایت «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۷۱/۷) و جایز بودن قرارداد یادشده استدلال می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲۵۳/۶ و ۲۹۱).

۲. برخی فقیهان فروش کالاهایی مثل عطر را صرفاً با توصیف صحیح ندانسته و آزمایش کالا توسط خریدار را از شرایط صحت قرارداد شمرده‌اند (ر.ک: شیخ مفید،

۱. روایت مذکور در کتاب‌های متعدد روایی آمده است. برای نمونه (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۳۷۱/۷).

۱۴۱۳، ۶۰۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ۴۰۴)، اما علامه حلی صحت بیع را در فرض یادشده پذیرفته است. بعضی از فقیهان در توجیه نظر علامه حلی، به اصل صحت، آیه ﴿حَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (بقره/۲۷۵) و اصل جواز استدلال کرده‌اند (حسینی عمیدی، ۱۴۱۳، ۱/۳۹۳ و ۱۱۴ و ۵۸۴).
۳. درباره انعقاد عقد مساقات با لفظ اجاره، علامه حلی آن را دارای اشکال دانسته است، اما فخرالمحققین در توجیه اثبات صحت عقد، به اصل صحت و آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/۱) تمسک کرده است (حلی، ۱۳۸۷، ۲/۲۹۱ و ۲۸۸).

۴. محقق حلی نسبت به حکم فروش مبیعی که تسلیمش در زمان قرارداد متعذر بوده، اما بعد از مدتی امکان تسلیم آن به وجود می‌آید، تردید می‌کند، ولی در نهایت چنین نتیجه می‌گیرد: نظر قوی این است که فروش درست بوده، اما در عین حال خریدار حق فسخ دارد. بعضی در توجیه نظر یاد شده، به اصل صحت و امکان تسلیم مبیع در آینده، استناد کرده‌اند (صیمری، ۱۴۲۰، ۲/۲۴، ۲۷۳، ۲۷۷، ۴۰۶ و ۴۱۰).

۵. بعضی برای توجیه نظری که ربا را در عقد صلح روا شمرده، به اصل صحت و آیه ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تِجَارَةٍ﴾ (نساء/۲۹) استناد کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۷، ۲/۵۳۷).

۶. شهید ثانی نیز یکی از ادله توجیه‌کننده نظری را که صحت تقدم قبول بر ایجاب را می‌پذیرد، اصل صحت می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳/۲۲۵).

موارد یادشده صرفاً بیانگر تمسک به اصل صحت در موارد شبهات حکمی است و منظور این نیست که در موارد مذکور حتماً اصل صحت پذیرفته شده است، اما این نکته در تعبیر فقیهان مزبور مسلم است که در هیچ‌یک از آنها این اشکال که اصل صحت ویژه شبهات موضوعی است، مطرح نشده است، پس دست کم این برداشت از آنها پذیرفتنی است که در شبهات حکمی نیز اصل صحت قابل اشاره و بلکه در صورت فقدان دلیل مخالف، قابل استناد است.

ب) باور مندان به اختصاص اصل صحت به شبهات موضوعی

بعضی از فقیهان تصریح کرده‌اند محل جریان اصل صحت صرفاً شبهات موضوعی است (ر.ک: خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹۳؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۸۵، ۱۶/۷۳؛ مکارم، ۱۴۲۸، ۳/۴۳۶) و در شبهات حکمی نمی‌توان به آن استناد کرد. حتی بعضی از آنان به صورت

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۸۸

کلی نوشته‌اند: قواعد فقهی تنها در شبهات موضوعی جاری می‌شود (خویی، ۱۳۷۵، ۱۰/۱). برخی از فقیهان نیز هر چند تصریح به مطلب یادشده ننموده‌اند، از مباحثی که در این رابطه نوشته و مثال‌هایی که بیان نموده‌اند، به راحتی برداشت می‌شود که در نظر آن‌ها، اصل صحت صرفاً در شبهات موضوعی کاربرد دارد (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۳/۳۴۵ به بعد).

برخی نیز در این باره گفته‌اند: محل جریان قاعده صحت جایی است که شک در صحت موضوعی و به سبب اشتباه در امور خارجی باشد، اما شکی که در شبهه حکمی و ناشی از دلیل شرعی باشد، مشمول قاعده صحت نیست؛ برای مثال، در صورتی که شخصی فردی را ببیند معاطاتاً چیزی را خریداری می‌کند و شک ایجاد شود که آیا شرعاً معاطات قراردادی صحیح است یا خیر؟ نمی‌تواند برای اثبات صحت آن، به اصل صحت استناد کند؛ هر چند برای اثبات صحت آن می‌توان به عموم و اطلاقات ادله لفظی (مثل احل الله البيع) تمسک جست، اما روشن است که این ادله [لفظی] با اصل صحت که اصل عملی است، تفاوت دارد (مشکینی، ۱۳۴۸، ۵۲). در تعابیر دیگری، فقیهان تصریح کرده‌اند: اصل صحت مخصوص شبهات موضوعی و در مقام اجرای حکم است. فقیهانی مانند آیت‌الله بهجت، صافی گلپایگانی، مکارم شیرازی و موسوی اردبیلی بر این باورند (ر.ک. گنجینه استفتائات قضایی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضاء-قم، سؤال ۵۸۸۶).

بنابر آنچه گفته شد، در متون فقهی و حقوقی دست کم دو اندیشه درباره مجرای اصل صحت وجود دارد؛ بعضی آن را ویژه شبهات موضوعی شمرده‌اند، ولی برخی آن را، در شبهات حکمی نیز جاری دانسته‌اند. برای رسیدن به پاسخ درست باید بررسی کرد که آیا اصل در حقوق اسلام بر فساد معاملات است یا بر صحت آن‌ها.

گفتار سوم: اشاره به اصل فساد و مستندات آن

اصل در حقوق اسلام برخلاف حقوق غرب، فساد معاملات است؛ به همین سبب، فقیهان و دانشیان اصول فقه در موارد متعددی به اصل فساد در معاملات اشاره

کرده‌اند (ر.ک: بهبهانی وحید، ۱۴۱۹، ۳۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۳، ۳۴۰/۲۳، ۱۴۰۴، ۳۵۶/۲۶؛ نراقی، ۱۴۱۵، ۸۴/۱۶؛ مجاهد طباطبایی، ۱۲۹۶، ۵۳۸؛ خویی، ۱۴۲۵، ۴۲/۵ و ۵۸). برای اثبات مدعای مذکور به ادله سه‌گانه استناد شده است:

۱. توقیفی بودن احکام

بر خلاف حقوق غرب که منشأ احکام در آن عرف یا ارادهٔ افراد است، در حقوق اسلام تقنین و تشریح اختصاص به ذات مقدس الهی دارد و هیچ‌کس به‌طور مستقل حق قانونگذاری ندارد، مگر اینکه مأذون از سوی پروردگار باشد (برای مطالعه دربارهٔ توحید در تقنین، ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۴، ۱۴۲ - ۱۴۹). در بند ۱ اصل ۲ قانون اساسی نیز تصریح شده که تشریح به خدای یکتا اختصاص دارد. بعضی از فقیهان با همین پیش‌فرض و رویکرد نوشته‌اند: اصل در عبادات و معاملات، فساد است؛ چون همه احکام از جمله صحت، توقیفی (منوط به بیان قانونگذار) است؛ بنابراین، تا دلیلی از سوی شارع بر صحت عملی کشف نشود، نمی‌توان آن را صحیح دانست. چنانچه شک در ثبوت دلیل بر صحت داشته باشیم، اصل بر عدم آن است و همین امر برای اثبات فساد یک عمل کافی است (بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۱-۳۱۴؛ قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۶/۱).

برای توضیح بیشتر می‌توان گفت: بر خلاف حقوق غرب - که طبق مبنای اومانیسیم و اصالت انسان، بر آن است که اصل بر آزادی اراده انسان است و تا زمانی که از سوی قانونگذار محدودیتی ایجاد نشود، اراده انسان حاکم بر سرنوشت و اعمال خویش است - حقوق اسلام تکلیف‌مدار است و کشف اعتبار یک عمل حقوقی از فعل انسان در فرض شک را نوعی تشریح و بدعت در تقنین می‌شمارد؛ زیرا خلاف توحید در تقنین است؛ به عبارت روشن‌تر، در حقوق غرب تا دلیلی بر منع نباشد، اصل بر آزادی اعمال حقوقی است، ولی در حقوق اسلام تا دلیلی بر آزادی نباشد، اصل بر ممنوعیت است و نمی‌توان از طریق فعل مسلمان به‌طور مستقل صحت عملی را کشف کرد (ر.ک: قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱؛ کرمانشاهی، ۱۴۲۱، ۵۰۲/۲).

البته ممکن است در نتیجه عملی بر مبنای حقوق اسلام نیز به نوعی آزادی قراردادی برسیم، ولی رویکردها به‌طور بنیادین تفاوت دارد؛ رویکرد در حقوق غرب

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۹۰

این است که خود انسان بودن برای رفع همه محدودیت‌ها و ثبوت آزادی اراده کافی است، مگر اینکه به جهت نظم عمومی و مصالح اجتماعی، قانونگذار اراده وی را محدود کند، ولی در حقوق اسلام باید از طریق ادله‌ای تعبیه شده از سوی خود قانونگذار، به این آزادی اراده رسید و گرنه اصل بر فساد معامله است. نتیجه این رویکرد آثار متعددی دارد؛ از جمله اینکه نفوذ قراردادهای نامعین در حقوق غرب به راحتی مقبول واقع شده و در حقوق اسلام هنوز محل بحث و گفتگو در متون فقهی است.

مطلب دیگر اینکه طبق حقوق غرب در فرض شک، برای اثبات صحت یک قرارداد به فحوص نیازی نیست، ولی در حقوق اسلام نمی‌توان در فرض شک به صحت یک قرارداد حکم کرد، بلکه مجتهد باید ادله را فحوص کند و پس از آن نسبت به صحت یا بطلان یک قرارداد نظر دهد؛^۱ به همین دلیل فقیهان تصریح کرده‌اند در شبهات حکمیة باید به نظر مجتهد مراجعه کرد (ر.ک: طباطبایی‌یزدی، ۱۳۹۱، ۲/۳۲۱).

۲. اصل عدم ترتب اثر

این دلیل در واقع به گونه‌ای تفریر دیگری از دلیل اول است. اگر معامله‌ای واقع شده باشد، در صورتی که شک کنیم اثر شرعی بر آن مترتب شده است یا نه، اصل عدم ترتب اثر جاری می‌شود، مگر آنکه دلیلی مبنی بر ترتب اثر وجود داشته باشد (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۷۱/۵؛ نراقی، ۱۳۷۵، ۱۵۹؛ انصاری، ۱۴۲۸، ۱/۷۴۰؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ۴۶-۴۹). اصل مذکور در قالب استصحاب نیز بیان شده است؛ برای نمونه بعضی نوشته‌اند: اگر اشکال شود فساد نیز حکم شرعی است و نیاز به اثبات دارد، باید گفت: قبل از معامله، ثمن متعلق به خریدار و مبیع ملک فروشنده بوده است بنابراین، در صورت شک در انتقال آن‌ها، اصل بقای آن‌ها به حالت پیشین، جاری می‌شود و هیچ اثری

۱. استادان حقوق در نوشته‌های خود بعد از استناد برای اصل آزادی قراردادی به ماده ۱۰ ق.م. گفته‌اند: در حقوق اسلام آیه شریفه «وفوا بالعقود» اصل آزادی قراردادی را در انعقاد عموم قراردادها... مورد تأکید قرار داده و قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد» و حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» کلیه التزامات، تعهدات و شروط را به عنوان یک اصل اساسی و مورد پذیرش اعلام داشته است (محقق داماد، نظریه شروط و التزامات، ۲۵). این دیدگاه در این مقاله مورد نقد واقع شده است. اصل آزادی قراردادی در حقوق غرب با مفاد قواعد فقهی مزبور همخوانی ندارد.

بر قرارداد بار نمی‌شود. این همان اصل فساد است. این اصالت البقاء، اجماعی است و اخبار نیز بر آن دلالت دارد (بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۲).

۱.۳. اجماع

بعضی جز در جایی که دلیل خاصی بر صحت معامله وجود داشته باشد، اصل بر فساد معامله را در فرض شک اجماعی شمرده‌اند (بهبهانی، وحید، ۱۴۱۹، ۳۱۱-۳۱۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۶/۲ و ۱۷۶). گفتنی است به سبب مدرکی بودن نمی‌توان اجماع مذکور را اجماع اصطلاحی شمرد؛ با وجود این، همین اندازه که این امر حاکی از آن است که اصل فساد از پشتوانه فقهی قوی برخوردار است، توجه به آن مفید است.

گفتار چهارم: امکان سنجی خروج از اصل فساد

در بحث پیش ثابت شد اصل در حقوق اسلام فساد معاملات در فرض شک است. اکنون این پرسش مطرح است که آیا دلیلی وجود دارد که در شبهات موضوعی یا حکمی اصل صحت بر اصل فساد مقدم شود؟

الف) خروج از اصل فساد در شبهه موضوعی از طریق اصل صحت

درست است که اصل در معاملات فساد است، ولی فقیهان در شبهات موضوعی - فارغ از اختلاف در برخی از مصادیق آن - اصل صحت را بر اصل فساد مقدم شمرده‌اند. برای اثبات مدعای یاد شده به ادله متعددی استناد شده است:

یک: اجماع: بعضی از فقیهان به استناد اجماع در شبهات موضوعی، اصل را بر صحت معامله دانسته‌اند (بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۲؛ قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱). بعضی به جای اجماع از عدم خلاف نام برده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۸۸/۱). البته روشن است این اجماع مدرکی است و مستند آن روایات می‌باشد (قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱).

دو: روایات: روایات بیانگر اصل صحت (ر.ک: مجلسی، ۱۴۱۰، ۲۰۰/۶۵)، دومین دلیلی است که برای تقدم اصل صحت بر اصل فساد در شبهات موضوعی مورد استناد واقع شده است (ر.ک: بهبهانی، ۱۴۱۹، ۳۱۲).

سه: بعضی از فقیهان که اصل فساد را در قالب استصحاب عدم ترتب اثر تفسیر

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۹۲

کرده‌اند، از راه‌های گوناگون برای اثبات تقدم اصل صحت بر استصحاب مذکور استدلال نموده‌اند.

الف) اماره بودن قاعده صحت و تقدم آن بر اصل فساد از باب ورود.
ب) اصل صحت، اصل سببی است و اصل فساد اصل مسببی. در جایی که اصل سببی جاری شود، نوبت به جریان اصل مسببی نمی‌رسد^۱ (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۳۷۳/۳ - ۳۷۶).

ج) اصل صحت در مقایسه با استصحاب دلیل خاص است؛ زیرا اختصاص به شبهات موضوعی دارد، اما استصحاب -طبق برخی از مبانی- هم در شبهه‌های موضوعی و هم در شبهه‌های حکمی، جاری می‌شود (خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹۳).

د) پیش‌گیری از لغویت اصل صحت: بعضی نوشته‌اند برای پرهیز از لغو شدن ادله مبین اصل صحت باید آن را بر اصل فساد (استصحاب عدم ترتب اثر) مقدم شمرد و گرنه اصل صحت لغو می‌شود؛ زیرا در بیشتر مواردی که اصل صحت جاری می‌شود، استصحاب معارض آن یعنی استصحاب عدم نقل و انتقال نیز جاری می‌گردد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱۴۵/۱؛ سبحانی، ۱۴۲۴، ۴۰۷/۴).

نسبت دواصل صحت
وفساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۱۹۳

ب) عدم امکان خروج از اصل فساد در شبهه حکمی از طریق اصل صحت

خروج از اصل فساد در شبهه موضوعی از طریق اصل صحت مورد پذیرش فقیهان واقع شده است، ولی سخن این است آیا می‌توان از طریق اصل صحت در شبهه حکمی نیز از اصل فساد خارج شد یا نه؟ در پاسخ باید گفت: اصل صحت به معنایی که به عنوان یک قاعده فقهی مشهور است و دلیل آن، اجماع و دلیل مستقل عقل (انصاری، ۱۴۲۲، ۳۵۰/۳) یا صرفاً بنای عقلاست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۸۷/۱؛ اراکی، ۱۳۷۵/۲، ۳۹۸)، نسبت به شبهات حکمی، کاربردی ندارد و نمی‌توان از طریق آن از اصل فساد خارج شد. ادله این مدعا را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد:

۱. با این توضیح که با جریان اصل صحت دیگر شکی نمی‌ماند تا به استصحاب عدم نقل و انتقال تمسک شود. روشن است که بقای شک از ارکان جریان اصل استصحاب است. نتیجه اینکه اصل صحت اصل سببی و استصحاب اصل مسببی می‌شود و هر جا که اصل سببی با اصل مسببی تعارض کند، اصل سببی مقدم می‌شود (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۳۹۴/۳ به بعد؛ مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۲، ۵۲۱/۱).

۱. طبق اصل صحت، در مواردی که عملی از فردی واقع می‌شود، اما در صحت یا فساد عمل وی شک وجود دارد، بر مصداق صحیح حمل شود. روشن است این حمل وقتی است که ما از قبل با توجه به آگاهی بر حکم قانونی بدانیم که مصداق صحیح نسبت به عمل مذکور قابل تحقق است. در غیر این صورت، چگونه امکان دارد به افراد جامعه دستور داده شود حتی در صورتی که نمی‌دانید معامله‌ای از نظر قانونی صحیح یا باطل است، به محض انجام آن توسط دیگران و شک در صحت و بطلان حکم آن، بگویید حکم آن صحیح است؟ چنان که برخی نوشته‌اند: هرگاه فعل مسلم مردّد گردد میان وقوع بر نهج صحیح ثابت الصّحّه یا بطلان یعنی غیر معلوم الصّحّه، مقتضای ادلّه آن است که باید آن را بر صحیح حمل نمود، نه آنکه فعل مسلم فی نفسه صحیح و مانند فعل معصوم حجّت و دلیل صریح است (کرمانشاهی، ۱۴۲۱، ۵۰۲/۲؛ نیز ر.ک: قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۷۵۱/۲). بعضی فقیهان نیز تصریح کرده‌اند: بنای عقلا بر اصل صحت وقتی جاری است که شک شود آیا عملی که از فرد آگاه بر حکم صحیح و فاسد، صادر شده، صحیح است یا فاسد (خویی، ۱۴۲۶، ۲۶۰/۴).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۹۴

نتیجه اینکه، اصل صحت وقتی جاری می‌شود که فعل واقع شده قابلیت اتصاف به صحت و فساد را داشته باشد و در واقع، دارای دو فرد باشد؛ فرد صحیح یعنی فردی که در بردارنده همه اجزا و شرایط معتبر است و فرد فاسد یعنی مصداقی که پاره‌ای از اجزا و شرایط را ندارد^۱ (محمدی، ۱۳۷۵، ۲۹۳/۶). روشن است که تشخیص فرد صحیح با ضابطه یادشده، منوط به آگاهی قبلی از حکم کلی معامله‌ای است که در خارج واقع شده است.

در تأیید استدلال یادشده می‌توان افزود اگر مجرای اصل صحت ویژه شبهات موضوعی نبود، معنا نداشت اجرای آن در متون فقهی و اصولی مقید یا مفروض به وقوع عمل شود! چون اجرای اصول در شبهات حکمی، مقید یا مفروض به وقوع آنها در خارج نیست.

۱. ناگفته نماند در تعریف صحت و فساد اختلافات زیادی در بین دانشیان اصول فقه وجود دارد (ر.ک: عبداللهی نژاد و جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۹۲، ۷۵ - ۹۶). آن‌جا در متن آمده، منطبق با بعضی از مبانی است.

۲. برخی نیز تمسک به اصل صحت برای اثبات حکم یک موضوع را تمسک به دلیل حکم در شبهه مصداقیه شمرده‌اند (سیفی‌مازندرانی، ۱۴۲۶، ۶۱/۱؛ موسوی، ۱۳۸۲، ۴۹۶ و ۴۹۷). طبق مبنای مشهور متأخران تمسک به دلیل یک حکم برای اثبات موضوع آن صحیح نیست.

با توجه به آنچه گفته شد، معلوم گردید برای خروج از اصل فساد در شبهه حکمی نمی‌توان به اصل صحت استناد جست. در این صورت باید این اشکال را پاسخ داد که چرا بعضی از فقیهان در شبهه حکمی به اصل صحت استناد جسته‌اند؟

در پاسخ گفته شده است: منظور فقیهان از اصل صحت در چنین مواردی تمسک به عموماً، اطلاعات و قواعد است (بهیانی، وحید، ۱۴۱۹، ۳۱۱؛ قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱؛ شبیری‌زنجانی، ۱۴۱۹، ۳۷۵۲/۱۱). آنچه برداشت مذکور را تأیید می‌کند، این است فقیهانی که به اصل صحت در شبهه حکمی استناد کرده‌اند، نوعاً در کنار آن به یک دلیل لفظی دارای عموم یا اطلاق نیز استناد جسته‌اند. از این برداشت می‌شود که منظورشان اصل صحت به معنای خاص نبوده است و گرنه با بودن دلیل لفظی عام نوبت به استناد به اصل صحت که صرفاً در مقام شک کارآیی دارد، نمی‌رسد. به هر حال، اگر قرینه‌ای ثابت کند که منظور آنان استناد به اصل صحت به معنای خاص است، باید گفت استناد مذکور ناشی از سهو است و مورد تأیید نیست (قمی، ۱۴۳۰، ۳۵۷/۱).

گفتار پنجم: خروج از اصل فساد در شبهات حکمی از طریق ادله دیگر غیر

از اصل صحت

ثابت شد که در شبهات حکمی نمی‌توان از طریق اصل صحت، از اصل فساد در معاملات خارج شد. پرسش این است که آیا دلیل دیگری برای خروج از اصل فساد در شبهه حکمی معاملات وجود دارد.

در پاسخ باید گفت: اصل فساد تنها به‌عنوان یک اصل کاربرد دارد و مجرای آن در مواردی است که نتوان توسط ادله دیگر شک حادث را نسبت به صحت یا بطلان معامله‌ای رفع کرد؛ بنابراین، اگر بتوان با آیات، روایات خاص یا عام - که در باب

معاملات وارد شده‌اند. اجماع، دلیل عقل یا بنای عقلا مورد تأیید شرع، شک ایجاد شده را از بین برد، دیگر موضوعی برای جریان اصل فساد باقی نمی‌ماند، اما پرسش دارای اهمیت این است که نسبت به معاملاتی که در گذشته سابقه نداشته و دلیل خاص برای تأیید آن‌ها نیست، آیا می‌توان با رجوع به ادله عمومی معاملات از قبیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) رفع شک نمود؟

بعضی از نویسندگان در پاسخ گفته‌اند: طبق نظر شیخ انصاری تا زمان محقق ثانی، میان فقیهان با استناد به استصحاب عدم رابطه که قبل از انعقاد عقد متیقن بوده - اصل فساد حاکمیت داشته است، ولی پس از آن زمان، اصل صحت عقود، طرفداران بیشتری یافته است. مستند صاحبان این نظریه، عموماً لفظی نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره/۲۷۵) است که آن‌ها را حاکم بر استصحاب می‌دانند. البته باید توجه داشت که تمسک به عموماً مزبور مبتنی بر آن است که استعمال حقیقی الفاظ عقود و معاملات، تنها در مصادیق صحیح و دارای آثار شرعی آن‌ها و استعمال مجازی در مصادیق فاسدشان نباشد، بلکه حقیقت در اعم از صحیح و فاسد یا در معانی عرفی باشد تا بتوان در موارد مشکوک به عموم و اطلاق تمسک نمود؛ زیرا در فرض اول، تردید در صحت، مساوی تردید در تحقق عقد است و محلی برای تمسک به عموم و اطلاق باقی نمی‌ماند.

مجرای اصل صحت به این معنا، در شبهه‌های حکمی است؛ یعنی هرگاه منشأ شک در صحت یا فساد، شک در چگونگی حکم باشد - مثلاً عقد بیمه یا فروش سرقفل و یا انتقال حق تألیف که از عقود جدید است و در زمان شارع وجود نداشته - اگر در فرض وقوع در صحت و فساد آن تردید شود، چنانچه به اصل صحت و تقدم آن بر استصحاب معتقد باشیم، این عقدها محکوم به صحت هستند و در غیر این صورت، محکوم به فساد می‌باشند. کسانی که صرفاً عقود معین را صحیح و نافذ می‌دانند، قائل به این اصل نیستند؛ لذا فقط آن دسته از عقود را که شرع، نفوذ آن‌ها را امضا کرده، صحیح و مابقی را با استناد به استصحاب محکوم به فساد می‌دانند. در مقابل گروهی دیگر، با تمسک به عموماً، کلیه عقود عرفی و عقلایی را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده، صحیح و نافذ می‌دانند. بنا به مراتب فوق، نفوذ

و صحت قراردادهای عام مستند به عمومات لفظی است و به اصل صحت که از امارات می‌باشد ارتباطی ندارد. بنابراین، همان‌طور که گفته شد، ماده ۲۲۳ قانون مدنی ایران به هیچ وجه، نظر به اصل صحت به این معنا ندارد و صرفاً متعرض اصل صحت به معنایی است که تنها در شبهات موضوعی کاربرد دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲۱۱/۱ و ۲۱۲).

در نقد و تنقیح این مطلب، می‌توان گفت: از یک سو برخلاف عبادات - که ماهیات مختصره شرعی است - معاملات دارای ماهیات عرفی هستند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ۷/۲؛ خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۴، ۳۵۴/۲) و این ماهیات عرفی را قانونگذار اسلام نوعاً امضا کرده و مواردی که مورد پذیرش وی نبوده، اصلاح نموده است. از سوی دیگر حتی در صورتی که الفاظ معاملات برای اسباب یا مسببات صحیح وضع شده باشند، باز می‌توان گفت که تمسک به عموم و اطلاقات ادله معاملات، در مقام شک نسبت به شرط افزوده شده از سوی قانونگذار، امکان دارد؛ زیرا در دانش اصول فقه، هم صحیحی و هم اعمی، این را قبول دارند که معاملات، ماهیات مختصره در نزد عرف و عقلاست و فساد و صحت عرفی و عقلایی، در موضوع‌له آن‌ها دخیل است؛ بنابراین، هر جا صحت عقلایی قراردادی، اثبات و شرط زاید قانونی، مشکوک باشد و با فرض دست نیافتن به آن با جستجو در ادله قانونی، هم صحیحی و هم اعمی، می‌تواند اصالة العموم یا اصالة الاطلاق جاری کنند؛ زیرا در صورت دخالت شرط یاد شده در ماهیت معامله، قانونگذار باید آن را بیان می‌کرد (خراسانی، ۱۴۲۳، ۴۹).

جالب اینکه برخی از فقیهان گذشته و معاصر نیز در صورتی که دلیلی بر بطلان معامله‌ای پیدا نکنند، آن را صحیح می‌دانند؛ برای نمونه شیخ طوسی در این باره می‌نویسد: «اگر موجر به مستأجر بگوید: این خانه ماهیانه به فلان مبلغ اجاره دادم، قرارداد درست است؛ زیرا دلیلی بر نادرستی آن وجود ندارد» (طوسی، ۱۳۸۷، ۲۲۳/۳). بعضی فقیهان بارها طبق این مبنا به مخالفت با مشهور فقیهان پرداخته‌اند (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۱۹۲/۱ و ۲۷۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ۲۹۸/۵ و ۲۹۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ۳۲۹).

نسبت دواصل صحت
و فساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۱۹۷

اشکال در اینجا تمسک به دلیل حکم در شبههٔ مصداقی است؛ چرا که موضوع عرفاً احراز شده است (برای دیدن نمونه‌ای از ثمره فقهی این بحث، ر.ک: انصاری، ۱۴۲۲، ۲۰/۳، ۴۰-۴۱؛ خوبی، بی تا، ۱۴۲/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۷۱/۳).

روشن است در موردی که احراز موضوع عرفاً مشکوک است، در آن صورت اصل، بر فساد قرارداد است (خراسانی، ۱۴۲۳، ۵۰) و نمی‌توان به دلیل حکم برای اثبات موضوع تمسک کرد؛ چون تمسک به دلیل در شبههٔ مصداقیه خواهد بود (مصطفوی، ۱۴۲۱، ۴۷). توضیح مطلب اینکه رابطهٔ حکم و موضوع شبیه رابطه علت و معلول است که بدون تصور موضوع، ترتب حکم ممکن نیست. چنان که بدون آمدن علت، تحقق معلول میسر نیست؛ با توجه به تقدم رتبی موضوع بر حکم، هیچ‌گاه نمی‌توان برای اثبات موضوع به حکم استناد کرد؛ چنان که برخی از نویسندگان نیز تصریح کرده‌اند رتبه حکم در وجود، مؤخر از رتبه موضوع خویش است؛ حکم در موضوع خود، تصرف نمی‌کند، بلکه تابع موضوع خود می‌باشد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۲، ۴۶).

نتیجه اینکه در صورت شک در دخالت شرط قانونی در ماهیت معاملات، با تمسک به عموم و اطلاق ادلهٔ نفوذ معاملات، شک مرتفع می‌شود و نوبت به اجرای اصل فساد - که در مقام شک کاربرد دارد - نمی‌رسد. منتها دو نکته را نباید فراموش کرد:

نخست اینکه، تعیین گسترهٔ دلالت ادله لفظی عام، مربوط به معاملات و اختلاف در برداشت‌ها و اختلاف در مصادیق ادله، امر دیگری است که همواره بین مفسران احکام فقهی و حقوقی وجود دارد (ر.ک: حائری، ۱۳۷۳، ۱۵۵ به بعد؛ صائمی، ۱۳۸۲، ۷۷ - ۱۰۴؛ علیدوست، ۱۳۹۰، ۸۴ - ۸۹؛ علیدوست، ۱۳۹۶، ۹۴ به بعد).

دوم اینکه اگر برای فقهی موضوع معامله عرفاً احراز نشود یا در موردی اطلاق و عموم ادله ثابت نگردد، طبق مبنای وی اصل فساد معامله جاری می‌شود؛ برای مثال، بعضی از فقیهان به صراحت بیمه را دارای عنوان شرعی ندانسته‌اند (طباطبایی‌بروجردی، ۱۳۸۸، ۸۰/۲) یا شرط ابتدایی را نافذ نشمرده‌اند، مگر اینکه در ضمن عقد لازم چنین شرطی شده باشد (صافی‌گلپایگانی، ۱۳۸۰، ۳۲۴/۱).

در پایان باید گفت: ماده ۱۰ ق.م. طبق اندیشه فقیهانی چون سیدمحمدکاظم

طباطبایی یزدی تدوین شده که معتقدند: در فرض شک در صحت عقدی می توان به استناد عموماً و اطلاعات، به صحت آن حکم نمود (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۱/۱۹۲ و ۲۷۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ۵/۲۹۸ و ۲۹۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ۳۲۹). چنان که برخی از نویسندگان نیز به این نکته تصریح کرده اند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱/۱۴۴)؛ با وجود این، تفاوت اصلی بین حقوق ایران - به تبعیت از حقوق اسلام - و حقوق غرب در این است که برای اثبات صحت قرارداد در فرض شک، به استناد ماده ۱۰ ق.م. باید قاضی با فحص از عدم مخالفت قرارداد با قانون به معنای اعم (قانون موضوعه و احکام الزامی شرعی) مطمئن شود؛ در این صورت می تواند با اجرای ادله عام مثل آیه «وفوا بالعقود» (مائده/۱) از نظر شرعی و ماده ۱۰ ق.م. از جهت قانونی شک خود را مرتفع کند و به درستی قرارداد حکم بنماید.

گفتار ششم: نقد نظر نویسندگان حقوقی طرفدار جریان اصل صحت در

شبهه حکمی

از آنچه گفته شد روشن شد که مجرای اصل صحت در متون فقهی و به تبع، محل تطبیق ماده ۲۲۳ ق.م. در شبهه موضوعی بوده و در شبهه حکمی نمی توان برای رفع شک به اصل صحت استناد جست. طبق این مبنا، به نقد نظریه این گروه از نویسندگان حقوقی می پردازیم که بر این باورند در شبهه حکمی نیز می توان به اصل صحت استناد جست.

الف) برخی از حقوقدانان در اثبات مدعای خود به اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ ق.م. استناد کرده و ماده یاد شده را یکی از چهره های اجرای اصل صحت می دانند؛ برای مثال، در جایی که در نفوذ ضمان از مال جعاله، تردید می شود، برای تأیید استدلال مربوط به صحت عقد، می توان به اصل صحت در قرارداد یا ماده ۱۰ ق.م. استناد کرد و اصل فساد یا عدم وقوع قرارداد را محکوم به آن ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲/۳۵۳ و ۳۵۴). همچنین «اگر عقد با قانون مخالف باشد و تردید شود که قانون امری است یا تکمیلی، اصل صحت اقتضا می کند که قانون تکمیلی فرض شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۲۱۵). از عبارات یاد شده به روشنی برداشت می شود که اصل صحت

نسبت دواصل صحت
وفساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۱۹۹

در نظر این نویسنده همانند ماده ۱۰ ق.م. در شبهات حکمی نیز کارآیی دارد. هر چند برای اثبات مدعای یادشده استدلال خاصی ارائه نشده، ولی می‌توان آن را چنین نقد کرد:

اولاً می‌توان استعمال جدیدی از اصل صحت داشت و با توسیع گستره اصل صحت با ادله مربوط به اصل آزادی قراردادی، آن را افزون در شبهات موضوعی در شبهات حکمی نیز به کار برد؛ چنان که برخی از فقیهان با وجود باورمندی به اصل اولی فساد در قراردادها چنین کرده‌اند (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۸، ۷/۲، ۳۰، ۳۱ و ۱۷۶؛ برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حائری، ۱۳۷۳، ۴۶-۵۳). ولی روشن است استعمال مذکور، افزون بر مخالفت با تفسیر مشهور فقیهان از اصل صحت، دست کم با ماده ۲۲۳ ق.م. نیز ناسازگار است که در پاسخ‌های بعدی، این مطلب اثبات خواهد شد.

ثانیاً لازمه تلقی ماده ۱۰ ق.م. به عنوان مصداقی از اصل صحت (ماده ۲۲۳ ق.م.)، این است که وضع ماده ۱۰ ق.م. یا لغو یا حداکثر از باب تأکید باشد، در حالی که روشن است مضمون ماده ۲۲۳ ق.م. - فارغ از برخی اختلاف‌های مصداقی در گستره آن - در متون فقهی بدون هیچ نظر مخالفی پذیرفته شده است؛ اما مضمون ماده ۱۰ ق.م. هنوز هم محل گفت‌وگو و مناقشه است. همین سابقه فقهی نشان می‌دهد که از نظر قانونگذار، میان مفاد دو ماده یادشده تفاوت اساسی وجود دارد.

ثالثاً فقیهانی که آزادی قراردادی را پذیرفته‌اند، مستند آن را ادله لفظی مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» دانسته‌اند که مضمون آن‌ها بیانگر حکم واقعی اولی است؛ اما مقبول‌ترین ادله اصل صحت، اجماع و بنای عقلا بوده و ادله لفظی مربوط به آزادی قراردادی در اثبات اصل صحت پذیرفته نگاشته (انصاری، ۱۴۲۲، ۳/۳۴۶) و استناد به آن‌ها تمسک به دلیل در شبهه مصداقی شمرده شده است (اراکي، ۱۳۷۵، ۲/۳۹۸). افزون بر اینکه مفاد اصل صحت بیانگر حکم ظاهری بوده نه حکم واقعی، ولی ممکن است آزادی قراردادی را توسط ادله لفظی مطرح نموده و به آن به عنوان یک حکم واقعی نگاه کرد. همین تفاوت مبنايي دو ماده مذکور حکایت از تفاوت تقنینی آن دو نیز می‌کند.

رابعاً ماده ۱۰ ق.م. صرفاً در شبهات حکمی کارآیی دارد و ناظر به شبهات

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۲۰۰

موضوعی نیست، در حالی که ماده ۲۲۳ ق.م.م. مخصوص شبهات موضوعی است؛ زیرا بیان جمله «هر عقدی که واقع شده» در ماده ۲۲۳ ق.م. بیانگر این است مجرای اصل صحت نمونه‌های خارجی عقود می‌باشد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲۳۳/۱) و به حکم کلی مربوط به شبهات حکمی ارتباطی ندارد؛ زیرا در گذشته بیان شد که شبهات موضوعی در مصادیق خارجی قابل تطبیق است ولی شبهات حکمی در احکام کلی ظهور دارد و به مصادیق خارجی ارتباط ندارد. به عبارت دیگر، پس از ثبوت صحت قراردادی از نظر حکمی، ممکن است نسبت به مصادیق خارجی آن قرارداد اختلاف شود که آیا به صورت صحیح و با رعایت شرایط قانونی منعقد شده یا نه؟ در این صورت، اصل صحت طبق ماده ۲۲۳ ق.م. کارآیی دارد.

روشن است اگر از سوی مفسر قانون، نسبت به قراردادی با استناد به ماده ۱۰ ق.م.م. رفع شبهه حکمی شود، در صورت اختلاف در شبهات موضوعی قرارداد یادشده، اصل صحت (ماده ۲۲۳ ق.م.م.) کارآیی خواهد داشت؛ همچنان که با همین رویکرد می‌توان به تفسیر این تبصره ماده ۹ قانون کار پرداخت: «اصل بر صحت کلیه قراردادهای کار است، مگر اینکه بطلان آن‌ها در مراجع ذیصلاح به اثبات رسد».

نسبت دواصل صحت
وفساد با ماده ۱۰ قانون
مدنی و اصل آزادی
قراردادی
۲۰۱

ب) برخی از حقوقدانان برای اثبات جریان اصل صحت در شبهه حکمی نوشته‌اند: به جهت ضرورت نظم و مصالح جامعه، قانونگذار باید مقررات خاصی را برای موارد مشکوک بودن حکم اصلی، مقرر کند تا ثبات قراردادی که مهمترین مبنای رفع نیازهای انسانی است، از بین نرود. فرقی نمی‌کند مشکوک امر موضوعی (مثل معلوم بودن مورد عقد برای طرفین هنگام تشکیل عقد) باشد یا امر حکمی (مثل تردید در صحت یا فساد معامله صغیر ممیز) باشد؛ زیرا ماده ۲۲۳ ق.م.م. به عنوان ضابطه در موارد مذکور کارآیی دارد (شهیدی، ۱۳۸۱، ۱۷۸ - ۱۸۰).

در نقد این نظر می‌توان گفت: بین استدلال و استنتاج ناشی از آن تلازمی وجود ندارد؛ زیرا لازمه تعیین مقررات خاص برای موارد مشکوک الحکم این نیست که ما باید حتماً مجرای ماده ۲۲۳ ق.م.م. را برای رفع شک در شبهات حکمی نیز توسعه

دهیم، چون قانونگذار با وضع ماده ۱۰ ق.م. در شبهات حکمی روند رفع مشکل را تعیین کرده است؛ بنابراین، افزون بر ظهور ماده ۲۲۳ ق.م. در شبهات موضوعی، منطق قانونگذاری نیز به جهت پرهیز از تداخل و لغویت، اقتضا می‌کند که ماده ۲۲۳ ق.م. را ویژه شبهات موضوعی بدانیم.

نتیجه‌گیری

اصل اولی در احکام وضعی معاملات، چه در شبهات حکمی و چه در شبهات موضوعی، اصل فساد است، مگر اینکه دلیل معتبر شرعی و قانونی برخلاف آن وجود داشته باشد.

اصل صحت در شبهات موضوعی می‌تواند بر اصل فساد مقدم شود، ولی در شبهات حکمی نمی‌توان برای خروج از اصل فساد به اصل صحت تمسک نمود. پس از اثبات شرعیت و قانونی بودن یک قرارداد می‌توان مستند به ماده ۱۰ ق.م. آن را نافذ دانست. این مشروعیت پس از فحص از دلایل و عدم ثبوت دلیل مخالف، با استناد به دلیل خاص یا عام و مطلق (مانند «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» و...) ولو مبتنی بر سیره عقلایی اثبات می‌شود و صرف اراده افراد برای ایجاد مشروعیت کافی نیست.

در متون قانونی نیز ماده ۱۰ ق.م. به‌عنوان یک حکم واقعی تنها مربوط به شبهات حکمی است، ولی ماده ۲۲۳ ق.م. به‌عنوان یک حکم ظاهری ویژه شبهات موضوعی است؛ بنابراین، استناد به ماده مذکور برای رفع شبهه حکمی مطابق با مبانی فقهی و تقنینی ماده ۲۲۳ ق.م. نیست.

اگر صحت یک قرارداد خصوصی و نامعین از نظر حکمی از طریق ماده ۱۰ ق.م. احراز شود؛ می‌توان در شبهات موضوعی عقد مذکور به ماده ۲۲۳ ق.م. استناد کرد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۲۰۲

منابع

۱. اراکی، محمد علی، (۱۳۷۵)، اصول الفقه، قم: مؤسسه در راه حق.
۲. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۲)، فرائد الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳. _____، (۱۴۲۰)، کتاب مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. _____، (۱۴۲۸)، مطروح الأنظار، تقرير: ابوالقاسم کلاتر، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی.
۶. بهبهانی، محمد باقر، (۱۴۱۹)، الرسائل الفقهية، قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. _____، (۱۳۸۲)، فن استدلال، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. _____، (۱۳۸۶)، الفارق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۰. حائری، مسعود، (۱۳۷۳)، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون (اصل آزادی قراردادها)، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
۱۱. حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین، (۱۴۱۶)، کنز الفوائد فی حلّ مشکلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حسینی مراغی، میرفتاح، (۱۴۱۸)، العناوین، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. حلّی، جمال الدین، (۱۴۰۷)، الممهدب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. حلّی، فخر المحققین، (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۲۳)، کفایة الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۶. خوانساری، سیداحمد، (۱۴۰۵)، جامع المدارک، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. خویی، سیدابوالقاسم، (۱۴۲۵)، التنقیح فی شرح مکاسب، تقرير: میرزا علی غروی تبریزی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۱۸. _____، (بی تا)، مصباح الفقاهة، بی جا، بی نا.
۱۹. _____، (۱۳۷۵)، محاضرات فی الاصول، تقرير: محمد اسحاق فیاض، قم: مؤسسه انصاریان.
۲۰. _____، (۱۴۲۶)، دراسات فی علم الاصول، تقرير: سید علی هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۲۱. سبحانی، جعفر، (۱۴۲۴)، ارشاد العقول الی مباحث الاصول، تقرير: محمدحسین الحاج العاملی، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۲۲. سیفی مازندرانی، علی اکبر، (۱۴۱۹)، مبانی الفقه الفعال في القواعد الفقهية الأساسية، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۴۱۹ هـ ق)، کتاب نکاح، ج ۱۱، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ هـ ق)، الروضة البهیة، ج ۳، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۲۵. _____، (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالك الأفهام، ج ۵، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران: مجد.
۲۷. _____، (۱۳۸۱)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران: مجد.
۲۸. _____، (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد، چاپ اول، تهران: مجد.
۲۹. شیخ طوسی، (۱۳۸۷)، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۳۰. _____، (۱۴۰۰)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بيروت: دار الكتاب العربي.
۳۱. _____، (۱۴۰۷)، تهذيب الأحكام، تهران: دار الكتب الإسلامية، تهران.
۳۲. شیخ مفید، (۱۴۱۳ هـ ق)، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.
۳۳. صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۳۸۰)، جامع الأحكام، قم: انتشارات حضرت معصومه علیها السلام.
۳۴. صائمی، علی اصغر، (پاییز و زمستان ۱۳۸۲)، مقاله: شروط ابتدایی در فقه و ماده ۱۰ قانون مدنی، مجله الهیات و حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۹ و ۱۰.
۳۵. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، (۱۴۲۰)، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار الهادی.
۳۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۶)، سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۷. _____، (۱۳۹۱)، سؤال و جواب، قم: نشر خدادادی.
۳۸. _____، (۱۴۱۹)، العروة الوثقى (المحشى)، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۹. _____، (۱۴۲۹)، تکملة العروة الوثقى، بيروت: دار الصفة.
۴۰. طباطبایی بروجردی، حسین، (۱۳۸۸)، استفتائات، قم: مؤسسه آیت الله العظمی بروجردی.
۴۱. عبد اللهی نژاد، عبد الکریم و جبار گلباغی ماسوله، سید علی، (تابستان ۱۳۹۲)، تبیین و بررسی صحت و فساد از منظر دانشیان اصول، فصلنامه مطالعات اسلامی، ش ۹۳.
۴۲. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعة في أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۲۰۴

۴۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۴)، تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

۴۴. _____، (۱۴۱۴ هـ ق)، تذکرة الفقهاء، ج ۱۲، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

۴۵. _____، (۱۴۱۹ هـ ق)، نهاية الاحكام، ج ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

۴۶. علیدوست، ابوالقاسم، (تابستان و پاییز ۱۳۹۰)، ادله عمومی قراردادها، مجله فصلنامه فقه اهل بیت عليه السلام، ش ۶۶ و ۶۷.

۴۷. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۴)، فقه و عرف، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۴۸. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۶)، فقه و حقوق قراردادها: ادله عام قرآنی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۴۹. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۴)، سیری کامل در اصول فقه، تهیه و تنظیم: محمد دادستان، قم: انتشارات فیضیه.

۵۰. فهیمی، عزیز الله، (۱۳۸۸)، مبانی و قلمرو اصل صحت در معاملات، چاپ اول، قم: انتشارات دانشگاه قم.

۵۱. قاسمی حامد، عباس، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، شرایط اساسی شکل گیری قرارداد، تهران: انتشارات دراک.

۵۲. قمی، ابوالقاسم، (۱۴۳۰)، قوانین الاصول، بیروت: دار المرتضی.

۵۳. کرمانشاهی، محمد علی، (۱۴۲۱)، مقامع الفضل، قم: مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی.

۵۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۵۵. _____، (۱۳۸۰)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دادگستر.

۵۶. _____، (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۵۷. گنجینه استفتائات قضایی، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضای قم.

۵۸. مجاهد طباطبائی، سید محمد، (۱۲۹۶ هـ ق)، القواعد و الفوائد والاجتهاد و التقليد (مفاتیح الاصول)، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

۵۹. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۱۰)، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسة الطبع و النشر.

۶۰. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۶۱. محمدی، علی، (۱۳۷۵)، شرح رسائل، قم: دار الفکر.
۶۲. مشکینی، علی، (۱۳۴۸)، المنافع العامة، قم: انتشارات یاسر.
۶۳. مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱)، مائة قاعدة فقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۴. مظفر، محمد رضا، (۱۳۸۴)، اصول الفقه، قم: مؤسسه بوستان کتاب قم.
۶۵. مغنیه، محمد جواد، (۱۹۸۰)، علم اصول الفقه فی ثوبه الجديد، قم: انتشارات مکتبه الزهراء علیها السلام.
۶۶. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهية، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۶۷. —، (۱۴۲۸)، انوار الاصول، تقرير: احمد قدسی، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام.
۶۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۶۹. موسوی، سید محمد صادق، (۱۳۸۲)، مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۷۰. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۳)، جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۱. —، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۲. نراقی، مولی احمد، (۱۳۷۵)، عوائد الايام، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۷۳. —، (۱۴۱۵)، مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۲۰۶

فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی اصول

بحوث فقهیه و اصولیه فصلیه محکمه

السنة السادسة الرقم المسلسل ثامن عشر؛ ربيع ۱۳۹۹ شمسي

مکتب التبلیغ الاسلامي حوزة قم العلمية فرع خراسان رضوي
(مركز الآخوند الخراساني ❁ التخصصي)

المدير المسؤول: مجتبی إلهي الخراساني

رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم

المساعد التحرير: بلال شاکري

أعضاء هيئة التحرير:

أبو القاسم عليدوست (أستاذ البحث الخارج والأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)

أحمد مبلغی (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)

مهدي مهريزي (الأستاذ المشارك بجامعة آزاد الإسلامية)

سعيد ضيائي فر (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

السيد عباس صالحی (الأستاذ المساعد بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

محمد حسن الحائري (أستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

حسين ناصري مقدم (الأستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

مجتبی إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية و الأستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراساني التخصصي)

سكرتير التحرير والتنفيذي: السيد مصطفى إختراعي الطوسي

المحرور: عبدالله غلامي (الأستاذ المساعد بجامعة الرازي كرامناشاه)

ترجمة الملخص (إلى العربية): سليمان سليمان

ترجمة الملخص (إلى الانجليزية): ابراهيم داوودي (الأستاذ المساعد بجامعة باقر العلوم ❁)

التصميم: حامد إمامي

الطباعة والتجليد: مؤسسة بوستان كتاب

استناداً إلى ترخيص رقم ۳۳۷ بتاريخ ۲۸ / ۰۱ / ۱۳۹۸ شمسي من قبل مجلس إعطاء الرخص والمنح العلمية للمنشورات والدوريات الحوزوية، تم تمديد صلاحية فصلية بحوث فقهية وأصولية التي نالت مؤخراً على مرتبة العلمية المحكمة

تحليل قاعدة التبعض في الحجية^١

بلال شاكري^٢
محمد تقي فخلعي^٣

الملخص

تعدّ قاعدة «التبعض في حجية الخبر» واحدة من القواعد الهامة في كلمات الفقهاء التي لم يتم شرحها بالشكل المطلوب، ويتناول بحثنا دراسة مختلف الآراء حول هذه القاعدة في مقامي الثبوت والإثبات، وقد خلص هذا البحث إلى أنّ قاعدة التبعض في الحجية خالية من الإشكال ثبوتاً؛ أمّا في مقام الإثبات فهناك سبعة أدلة على اعتبارها. تجري هذه القاعدة في الروايات ذات الدلالة التضمنية غير التحليلية والتي تكون فقراتها مستقلة عن بعضها الآخر ولها أحكام مستقلة أيضاً، ولكن لا تجري القاعدة إذا ما كانت الدلالة تضمنية تحليلية أو غير تحليلية مرتبطة وذات حكم واحد أو بالحد الأدنى يكون جريانها مشكوكاً فيه، وبالنظر إلى كون دليل السيرة دليلاً لا وأنة هو الدليل المعوّل عليه في إثبات القاعدة وتحديد سعة دائرتها ونطاقها بالتالي لا يمكن تطبيق هذه القاعدة في حالات الشك، وهذا التفصيل يتناغم مع الأدلة السبعة لحجية القاعدة.

الكلمات المفتاحية: حجية خبر الواحد، التبعض في الحجية، تبعية الدلالة التضمنية للدلالة المطابقة، الدلالة التضمنية الانحلالية وغير الانحلالية.

بحوثُ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة السادسة
الرقم المسلسل ثامن عشر
ربيع ١٣٩٩ شمسي
٢٠٨

١. تاريخ الإستلام: ١٧ / ٥ / ١٤٤٠هـ؛ تاريخ القبول: ١٥ / ١ / ١٤٤١هـ.

٢. أستاذ السطوح العالية في حوزة مشهد العلمية وطالب الدكتوراه في الفقه و المباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي، في مشهد- إيران (المؤلف المشارك)؛ البريد الإلكتروني: b.shakeri@mail.um.ac.ir

٣. أستاذ الفقه و مباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي في مشهد؛ البريد الإلكتروني: fakhlai@um.ac.ir

دراسة جديدة لأدلة قاعدة «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»^١

مريم غلامي زيناباد^٢

حسين صابري^٣

محمد تقي فخلعي^٤

الملخص

يستند بعض فقهاء أهل السنة على قاعدة «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة» في الفروع والفقهية، ووفقاً لهذه القاعدة فإن النسبة بين الولي الخاص ومن تحت ولايته تبلغ مداها من القوة والهيمنة بحيث لا يقضى مع وجوده أي حق للولي العام للتدخل والتصرف في مجال ولاية الولي الخاص. وفي بحثنا هذا عمدنا إلى دراسة وتحليل الأحاديث التي استند إليها فقهاء أهل السنة لإثبات القاعدة المذكورة، ومن ثم استعرضنا باقي الأدلة باعتبارها مؤيدات عرفية ونقدنا بعضها. ثم شرحنا قاعدة «الأقرب يمنع الأبعد» التي يجربها فقهاء الإمامية في باب الميراث والتي لم يأخذ بها أحد كدليل على هذه القاعدة، وعمدنا إلى إثبات صحتها، وفي الختام بينا أن حديث «اللَّحْمَةُ» ورواية «السلطان ولي من لا ولي له» وكذا قاعدة «الأقرب يمنع الأبعد» جميعها أدلة مقبولة في إثبات القاعدة.

الكلمات المفتاحية: الولاية، الولاية الخاصة، الولاية العامة.

ملخص

٢٠٩

١ . تاريخ الإسلام: ١٤ / ٠٤ / ١٤٤٠هـ؛ تاريخ القبول: ٢٨ / ٠٨ / ١٤٤٠هـ

٢ . طالب في المرحلة الماجستير في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي بمشهد - إيران. البريد الإلكتروني: ma.gholamizainabad@um.ac.ir

٣ . أستاذ الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي بمشهد - إيران (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: saberi@um.ac.ir

٤ . أستاذ الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي بمشهد - إيران. البريد الإلكتروني: fakhlai@um.ac.ir

محورية الحقوق أم التكليف في لغة الفقه عند الفريقين مع التأكيد على آراء الأستاذ جواد آملی^١

إبراهيم جوانمرد فرخاني^٢

الملخص

يعتقد البعض أنّ الفقه الإسلامي يسوق الإنسان إلى محورية أداء الواجبات أكثر من اهتمامه بحقوق الإنسان؛ وبالتالي هو يركز على جعل الإنسان موجوداً مكلفاً، وهذه واحدة من مجموعة شبهات تقول بأنّ أساس الفقه الإسلامي هو التكليف في حين أنّ النظام الفكري الغربي يركز على الحقوق، وأنّ الواجبات والمحرمات الدينية تتعارض مع محورية حقوق الإنسان، وعليه عمدنا في هذا البحث إلى دراسة ما إذا كان الفقه الإسلامي يتمحور حول الحقوق أم التكليف؛ وذلك في آراء علماء أهل السنة وفقهاء الإمامية؛ مع التركيز على آراء الأستاذ جواد آملی باعتباره من المبرزين في إحياء الفكر الديني. وتظهر نتائج البحث أنّه عبر المزج بين آفاق الرؤية عند علماء الدين وعبر توسعة آرائهم والجمع بينها يمكن الوصول إلى قواسم مشتركة مهمة، فعلماء الدين يُجمعون على أنّ لغة الدين ليست لغة تكليف بل حتى أنّه في الحالات التي يبدو الفقه الإسلامي ذا لسان تكليفي ظاهراً يكون في الحقيقة هادفاً إلى تأمين حقوق الإنسان، تقع الواجبات الفقهية في الواقع في إطار صون الحقوق، والمحرمات الفقهية هي إشارات إلى مكامن الضعف في تأمين تلك الحقوق، وبناءً عليه مع النظرة الدقيقة إلى الفقه الإسلامي لن نجد سوى صون حقوق الناس ومصالحهم، ومع هذه النظرة يمكن القول أنّ هدف جميع الواجبات هو تأمين الحقوق.

الكلمات المفتاحية: محورية الحقوق، محورية التكليف، لغة الفقه، جواد

آملی، حقوق الإنسان

بحوثٌ فقهيةٌ وأصوليةٌ

السنة السادسة

الرقم المسلسل ثامن عشر

ربيع ١٣٩٩ شمسي

٢١٠

١. تاريخ الإستلام: ١١ / ٢٤ / ١٤٣٨؛ تاريخ القبول: ١٥ / ٠١ / ١٤٤١هـ.

٢. الأستاذ المساعد في لجنة الالهيات بجامعة كنبدا كاوس-إيران؛ البريد الإلكتروني: javanmardebrahim@yahoo.com

«اشتباه المصداق بالمفهوم» في تعريف الربا؛ وتأثيره في تقييم العمليات المصرفية دراسة مقارنة في القرآن، والروايات، وفقه الإمامية^١

سيد أمر الله الحسيني^٢

الملخص

الخطاب السائد فيما يتعلق بالربا يرجع إلى تعريفه في أطر الربا القرضي، والربا المعاملي، وربا الجاهلية. وبناء على هذا الخطاب هناك إنكار في نظام الصيرفة الإسلامية لوجود أيّ شائبة ربوية في العقود؛ فالربا المعاملي لا يحصل في البنوك، والقروض تمثل نسبة ضئيلة من التسهيلات وهي عادة ما تكون بصورة القرض الحسن، وتُسوّف في غرامة التأخير في مقابل الالتزام، وتأتي تعويضا عن تخلف المديون عن أداء دينه في الوقت المحدد، وليس في مقابل تمديد مهلة الأداء لتصبح من نوع ربا الجاهلية، ومع ذلك يبدو أنّ هذا الخطاب يعاني من مغالطة اشتباه المصداق بالمفهوم، وذلك أنّ القرآن الكريم قد بيّن حكم الربا لا تعريفه ومصاديقه، وجاء في الروايات حكم بعض المصاديق، وهنا يُطرح السؤال التالي: ما هو مفهوم الربا وما هي ماهيته؟ وما هي أوجه الاشتراك بين المصاديق المذكورة للربا؟ فإذا ما كان الربا منحصرًا في ربا القروض وربا المعاملات، لماذا منعت أعمال أخرى مثل بيع العينة و... باعتبارها ربوية؟ وقد وصلنا

ملخص

٢١١

١. تاريخ الإسلام: ٠٤ / ٠٢ / ١٤٤٠هـ؛ تاريخ القبول: ١٥ / ٠١ / ١٤٤١هـ

٢. الأستاذ المساعد في الفقه والمباني الحقوق الإسلامية بجامعة الإمام الخميني الدولية، طهران - إيران، البريد الإلكتروني: hosseini156@gmail.com

في هذا البحث متبعين أسلوب استقراء الحالات وتحليلها إلى نتيجة مفادها أن للربا مفهوم جامع، يشمل جميع الحالات الموجودة والمستحدثة، وتمثّل كلّ من القروض والمعاملات الربوية مصداقين واضحين لهذا المفهوم، وحكم الربا في القرآن الكريم مطلق، ويشمل كل مصداق ينطبق عليه ذلك المفهوم، والمفهوم هو: «الزيادة اللازمة في رأس المال في مقابل المدة مع تضمين الأصل والفرع» وتويد الروايات والشواهد التاريخية أيضاً هذا المفهوم، وقد وجد هذا المفهوم طريقه اليوم إلى جميع العقود المصرفية.

الكلمات المفتاحية: اشتباه المصداق بالمفهوم، مفهوم الربا، البنك الإسلامي .

بحوثُ فقهيةٌ واصليةٌ

السنة السادسة

الرقم المسلسل ثامن عشر

ربيع ١٣٩٩ شمسي

٢١٢

صحة خيار الشرط في الوقف في الفقه الإسلامي^١

غلامرضا يزداني^٢

الملخص

من تقسيمات العقد تقسيمه إلى الجائز واللازم، ولا يمكن نقض العقود اللازمة إلا في حالة ثبوت الخيار لأحد الطرفين أو لكلاهما، أو في حالة تراضي الطرفين على الإقالة. كما تُقسّم العقود اللازمة إلى العقود اللازمة القابلة للخيار، والعقود اللازمة غير القابلة للخيار. لم يتضمن القانون المدني الإيراني إشارة إلى إمكانية إدراج الخيار في عقد الوقف من عدمها، وعليه اختلف الحقوقيون حول هذه المسألة، والمسألة خلافية أيضاً في فقه الإمامية وفقه أهل السنة، فالبعض اعتبر شرط الخيار في عقد الوقف صحيحاً، وفي المقابل حكم بعض آخر بطلان الشرط والعقد معاً، وفئة ثالثة ذهبت للقول بصحة العقد وبطلان الشرط، وقد وصلنا في بحثنا إلى نتيجة مفادها ثبوت صحة شرط الخيار في عقد الوقف، وأنه ينبغي حمل سكوت القانون المدني الإيراني على صحة هذا الخيار عند المشرع.

الكلمات المفتاحية: الخيار، خيار الشرط، العقد اللازم، الوقف

١. تاريخ الإسلام: ١١ / ١ / ١٤٤٠هـ؛ تاريخ القبول: ١٥ / ١ / ١٤٤١هـ.

٢. الأستاذ المساعد في الجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية بمشهدايران، البريد الإلكتروني: ygholamreza1@gmail.com

تحديد مفهومي الإعسار والإفلاس وتأثيرهما في تفسير القانون^١

أحمد مبلغي^٢
محسن واتقي^٣
محمد مهريار^٤

الملخص

حظيت مقولتا الإعسار والإفلاس في فقه الإمامية وسائر الفرق الإسلامية بدراسات واسعة، وإلى ما قبل العام ١٣١٣ هجري شمسي (١٩٣٤ م) تضمن القاموس الحقوقي الإيراني ثلاث مقولات حقوقية هي: الإعسار، والإفلاس، و «وَرَشِكْسْتِگِي» (المرادف الفارسي للإفلاس في المعنى)» وقد استخدم المشرع المصطلحات الثلاث في القانون المدني الإيراني. وبعد نسخ مفهوم الإفلاس في العام ١٩٢٤ وتغطية هذا المفهوم للإعسار طرح السؤال التالي نفسه: كيف ينبغي تفسير مفهوم الإفلاس في القانون المدني الحالي؟ ومردّ أهمية المسألة وضرورتها هو أنّ المشرع أشار إلى مصطلح الإفلاس في كثير من مواد القانون المدني، وقد ظهرت مصاعب في تحديد المقصود الدقيق من هذا المفهوم أثناء العمل القضائي ولا سيّما فيما يتعلق بالمادة

بحوثٌ فقهيةٌ واصليةٌ

السنة السادسة

الرقم المسلسل ثامن عشر

ربيع ١٣٩٩ شمسي

٢١٤

١ . تاريخ الإستلام: ١٨ / ٥ / ١٤٤٠هـ؛ تاريخ القبول: ١٥ / ١ / ١٤٤١هـ

٢ . أستاذ البحث الخارج في حوزة قم العلمية، البريد الإلكتروني: ahmadmoballeghi@gmail.com

٣ . الأستاذ المساعد في الحقوق بجامعة بيام نور، إيران، (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: mohsenvaseghi@pnu.ac.ir

٤ . طالب الدكتوراه في القانون الخاص بجامعة مفيد، قم - إيران، البريد الإلكتروني: Mehryar_mohammad@yahoo.com

٣٨٠ ق.م. وتبرز هذه المعضلة أكثر وأكثر في خيار التفليس. الهدف من إجراء هذا البحث تقديم تفسير صحيح لهذه المواد القانونية استناداً إلى المصادر الفقهية والحقوقية، وعلى الرغم من أنّ المنظرين الحقوقيين اتبعوا منهجين أساسيين نسبياً في تفسير هذا المفهوم الحقوقي بعد نسخه من القاموس الحقوقي؛ أحدهما استخدام الإعسار بدلاً من الإفلاس، والثاني الاستعاضة عن مصطلح «الإفلاس» بمرادفه الفارسي «وَرَشَكْسْتِگِي»، وقد توصلنا إلى نتيجة مفادها أن التفسير الصحيح للمواد القانونية هو التفسير المبني على ما تقتضيه مبادئها الفقهية، وبناء عليه عمدنا إلى إعادة تبين مفهومي الإعسار والإفلاس لنصل بذلك إلى الإجابة عن السؤال الأساس.

الكلمات المفتاحية: الإفلاس، الإعسار، القانون، الفقه

النسبة بين «أصالتي الصحة والفساد» والمادة ١٠ من القانون المدني وأصل حرية التعاقد^١

جليل قنواطي^٢
اسفنديار صفري^٣

الملخص

تتضمن النصوص الفقهية الكثير من الاستناد إلى أصالتي الصحة والفساد من غير توضيح نطاق وتطبيق هذين الأصلين بشكل منظم ومنطقي، وهذا الإبهام كان سببا في حدوث خلط في النصوص القانونية بين إطار وتطبيق المادتين ١٠ و ٢٢٣ من القانون المدني الإيراني، بخلاف الحقوق الغربية فإن القاعدة في الحقوق الإسلامية في الأحكام الوضعية للمعاملات سواء في الشبهات الحكمية أو في الشبهات الموضوعية هي أصالة الفساد إلا إذا وجد دليل شرعي معتبر يدل على خلافه، ويمكن لأصالة الصحة أن تتقدم على أصالة الفساد في الشبهات الموضوعية، ولكن في الشبهات الحكمية لا يمكن التمسك بأصالة الصحة لدرء أصالة الفساد، وبالنظر إلى عرفية موضوع المعاملات في الشبهات الحكمية يمكن الخروج من أصالة الفساد عن طريق الاستناد إلى الأدلة العامة والمطلقة للمعاملات مثل (أوفوا بالعقود) وذلك بعد الفحص

بحوث فقهية وأصولية
السنة السادسة
الرقم المسلسل ثامن عشر
ربيع ١٣٩٩ شمسي
٢١٤

١. تاريخ الإستلام: ٢٢ / ١١ / ١٤٣٩هـ؛ تاريخ القبول: ١٥ / ٠١ / ١٤٤١هـ (مستل من رسالة الدكتوراه)

٢. أستاذ مشارك في برديس فارابسي جامعة طهران، قم - إيران، (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: j_ghanavati@yahoo.com

٣. دكتوراه في قانون الخاص من جامعة اهل البيت الدولية، البريد الإلكتروني: esfandiarsafari@gmail.com

وعدم ثبوت أدلة مخالفة وبالنتيجة إثبات صحة المعاملة عن طريق الأدلة اللفظية المذكورة. من البديهي أنه بمجرد إثبات شرعية وقانونية عقد ما يمكن اعتباره نافذا استناداً إلى المادة ١٠ ق.م. وتحصل هذه المشروعية بعد الفحص عن الأدلة وعدم ثبوت الدليل المخالف بالاستناد إلى الدليل الخاص أو العام والمطلق ولو كان مبنياً على السيرة العقلائية، ومجرد إرادة الأطراف لا تكفي في تحقق الشرعية. في بحثنا هذا قمنا عبر تحليل ونقد النصوص الفقهية والحقوقية بتبيين واضح لنطاق استخدام أصالتي الصحة والفساد في العقود، وتبعاً لذلك اتضح مجالات التطبيقات الدقيقة للمادتين ١٠ و٢٢٣ ق.م.

الكلمات المفتاحية: أصالة الصحة، أصالة الفساد، الشبهة الحكمية، الشبهة الموضوعية، أصل حرية التعاقد، المادة ٢٢٣ ق.م.، المادة ١٠ ق.م.

Contents

9 An analysis of Discrimination Rule in Authority

Belal Shakeri \ Mohammad Taqi Fakhlae

**37 Revisiting the Reasons and Documentations for the Rule of
“Alwilāyatol Khāsah Aqwā minanwilāyatol ‘Āmah” from a
Comparative Perspective**

Maryam Gholami Zeynabad \ Hossein Saberi \ Mohammad Taqi Fakhlae

**71 Right-orientation or Duty- orientation of Jurisprudence from
Fariqayn Point of views with Emphasis on Javadi Amoli Thoughts**

Ibrahim Javanmard Farkhani

**97 “The Problem of Concept to Instance” in Defining Usury and its
Role in Banking Performance Evaluation: A Comparative study
in the Qur’an, Traditions and Imamiyah Jurisprudence**

Sayyed Amrollah Hosseini

**127 The Authenticity of Condition Option in Endowment according
to Islamic Jurisprudence**

Gholamreza Yazdani

**153 Recognizing the Concept of Insolvency and Poverty and its
Influence on Law Interpretation**

Ahmad Moballegghi \ Mohsen Vaseghi \ Mohammad Mehryar

**183 The relation of two Principles of Correctness and Corruption
to the article 10 of Civil Code and The Principle of Contracts’
Freedom**

Jalil Ghanavaty \ Esfandiyar Safari

Justārḥā-ye Fiqhī va Uṣūlī

The Iranian Journal of Islamic Law, Jurisprudence and Methodology
Vol.6 , No. 18, Spring 2020

Concessionaire: Islamic Propagation Office of Qom Seminary

Khorāsān-e- Razavi Branch

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāsseri Moqadam

Deputy Editor: Belal Shakeri

Editorial Board:

Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballegghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of Islamic Denominations University)

Mahdi Mehrizi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran Science and Research Branch)

Saeed Ziyāee Far (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Sayid Abbās Sālehi (Assistant Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Mūhammad Hassan Hāeri (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Hossein Nāsseri Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty Member of Akhūnd Khorāsani Specialized Center)

Director & Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editor: Abdollah Gholami (Assistant Professor of Rāzi University Kermansha)

Arabic Abstracts Translator: Soleiman Soleiman

English Abstracts Translator: Ebrahim Davoudi Sharifabad (Assistant Professor of Bāqir-al Olum University)

Layout: Hāmed Emami

Publisher: Boustāne Ketab Publishing Company

By the virtue of the license No.337 extended in 17 April 2019 from the Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is qualified for promoting to **Scientific-Research** rank.

Journal of Fiqhi and Usūli Research is indexed in: Noormags, ISC, Civilica, Google Scholar, Road, Magiran, and journals.dte.ir

Address: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch, Ayatollāh Khazali St. , Khosravi Crossroad, Mashhad, Iran.

P.O. Box: 9134683187

Telefax:+ 985132213325

E-mail: jostar.feqhi@gmail.com

Website: jostar-fiqh.maalem.ir

ISSN: 7565-2476