



فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی اصول

سال هفتم، شماره پیاپی ۲۲، بهار ۱۴۰۰

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

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین ناصری مقدم

جانشین سر دبیر: 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 ناصری 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: مهدی قاسمی

برگردان چکیده‌ها به عربی: سید محمود عربی

سرپرست تیم ترجمه‌های انگلیسی: غلامعلی تیموری

صفحه‌آرا: حامد امامی

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 (مگیران، Magiran)	پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (Journals.dte.ir)
نورمگز (Noormags.ir) و Google Scholar	سامانه جامع رسانه‌های کشور (E-rasaneh)
پایگاه (DRJI) و پایگاه (Road)	پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت‌الله خزعلی، نبش گذر آیت‌الله واعظ طبسی

دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، طبقه اول، 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):

- جواد ایروانی (مدرس حوزه علمیه مشهد و دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد)
سیدعلی جبار گلباغی ماسوله (استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی لاهیجان)
محمد صالح حائری (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم)
سید مجتبی حسین نژاد (استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی مؤسسه آموزش عالی پارسا)
بلال شاکری (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
سیدرضا شیرازی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد و استادیار پژوهشکده علوم اسلامی بنیاد پژوهش‌های اسلامی آسان قدس رضوی)
مریم صباغی ندوشن (مدرس حوزه علمیه تهران و استادیار گروه فقه پژوهشگاه حوزه و دانشگاه)
سیدموسی صدر (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
محمدتقی گیلک حکیم‌آبادی (استادیار گروه اقتصاد دانشگاه بابلسر)
سیدمصطفی محقق داماد (استاد تمام گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران)
علی نعمتی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد و دانش‌آموخته دانشگاه امام صادق علیه السلام)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

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 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، بیشتر 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 ۲۲

بهار ۱۴۰۰

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 مسئله، 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.

- **پایان‌نامه:** 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 ۲۲
بهار ۱۴۰۰

فهرست

- ۷ مُعْنُونِ شَدَنِ عَامٍ وَ ثَمَرَاتِ آن در مَخْصَصِ متصل
• حسن قنبری شیخ شبانی / محمد تقی قنبری شیخ شبانی
- ۳۵ مفهوم شناسی «اصل مثبت»
• زهرا وطنی / احمد محمدی / جواد سلطانی فرد / حسین سلطانی فرد
- ۵۸ خلق پول از دیدگاه امامیه و با نگاهی به قوانین موضوعه
• هادی خوش نقش
- ۹۷ فروش مبیع قبل از سررسید در عقد سلف
• علی معصومی نیا / سید صادق طباطبائی نژاد
- ۱۳۲ مالیت منافع غیر مستوفات انسان آزاد در فقه شیعه
• محسن خردمند / احسان مهرکیش
- ۱۶۵ تأثیر حدود عذر عام بر عقد مزارعه از منظر فقه و حقوق
• جعفر زنگنه شهرکی / علی حسین پور
- ۱۹۵ ماهیت عمق و فضای محاذی زمین از حیث «عینیت»، «حق» و «منفعت»
• محمدرسول آهنگران / لقمان رضانژاد
- ۲۲۱ چکیده‌های عربی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۵

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

Vol.7 , No.22 , Spring 2021

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

Becoming Mu‘anwan of General and its Results in Connected Particularizer¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.56013.1891

Hassan Qanbari Sheykh Shabani

Graduated Student in Level Three at Qum Seminary; hassan.67@chmail.ir

Mohammad Taghi Qanbari Sheykh Shabani

Graduated Master's Degree from Qom University of Islamic Sciences;
(Corresponding Author); ali1389@iran.ir

Receiving Date: 2019-11-11

Approval Date: 2020-05-27

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.7, No.22
Spring 2021

7

Abstract

Although the general and the particular like unrestricted and restricted are one of the most complicated Uṣūlī (principles of jurisprudence) topic, its results are undeniable in Islamic Jurisprudence and law. Unfortunately, the complication of this issue has caused the emergence of various opinions and ideas in this cases which sometimes led to negligence of some very obvious yet important issues by the great Usuli Scholars. In the issue of connected particularizer, for example, renowned majority of Usuli Scholars believe that particular prevents the implementation of appearance in general, or in better word, general would become Muanwan after specification.

1 . . Ghanbari- H; (2021); "Becoming Mu'anwan of General and its Results in Connected"; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 7 ; No: 22 ; Page: 7-34 ; Doi:10.22034/jrj.2020.56013.1891

Having relied on the intellectuals' attitude, the writer at first tried to prove the inaccuracy of alignment of exception by 'Illā attribute in connected particularizer, then confirm its important results including permissibility of adhere to general in Shubhat al-Miṣḍāqīyya (doubt in referent) while examining the exception by 'Illā features. Of course, it is mentioned some confirmations in the statements of Usuli Scholars which indicated the permissibility of adhere to general.

Key words: General, Particular, Connected Particularizer, Adhere to General, Exception.

مُعْنُونِ شَدَنِ عَامِ وَ ثَمَرَاتِ آن در مَخْصَصِ مُتَّصِلِ^۱

حسن قنبری شیخ شبانی^۲

محمدتقی قنبری شیخ شبانی^۳

چکیده

بحث عام و خاص همانند همتای آن مطلق و مقید، یکی از پیچیده ترین مباحث اصولی است و در عین حال ثمرات آن در فقه و حقوق غیر قابل انکار می باشد. متأسفانه پیچیدگی بحث سبب شده که اقوال و مبانی گوناگونی در این زمینه پدید بیاید که بعضاً موجب غفلت بزرگان علم اصول از برخی مسایل بسیار پیش پا افتاده و در عین حال مهم شود. ۹ به عنوان نمونه، مشهور اصولیان در بحث مَخْصَصِ مُتَّصِلِ معتقدند خاص، مانع از انعقاد ظهور در عموم می شود و به عبارت بهتر، عام بعد از تخصیص، مُعْنُونِ می شود. نگارنده با تکیه بر سیره عَقْلًا تلاش دارد تا در ابتدا ثابت کند همسنگ پنداری وصف با استثناء به إِلا در مَخْصَصِ مُتَّصِلِ نادرست است و ضمن بررسی خصوصیات استثناء به إِلا، ثمرات مهم آن از جمله جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه را ثابت کند. البته در ادامه مؤیداتی ذکر می شود که در کلمات خود اصولیان به تقویت قول جواز تمسک به عام اشاره شده است. **کلیدواژه‌ها:** عام، خاص، مَخْصَصِ مُتَّصِلِ، تمسک به عام، استثناء.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۷

۲. دانش آموخته سطح سه حوزه علمیه قم - ایران؛ (نویسنده مسئول): hassan.67@chmail.ir

۳. دانش آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه معارف اسلامی قم - ایران: ali1389@iran.ir

مقدمه

اهمیت بحث عام و خاص بر اهل فن پوشیده نیست چه اینکه پیشینه بحث به زمان نزول قرآن مجید بازگشته و همسنگ بحث ناسخ و منسوخ و محکم و متشابه مطرح بوده است (حرانی، ۱۴۰۴ق، ۱/۱۹۶) و به تعبیر روایات، راسخون در علم به آنها آگاه هستند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۱/۲۱۳). با گذشت زمان و پیشرفت در علم اصول فقه، مباحث عمیق‌تر و پیچیده‌تر شده و اقوال و مبانی متعددی در اهل سنت و شیعه به وجود آمد که اختلاف بر سر تعریف عام، اقسام، الفاظ دالّ بر عموم و نحوه دلالت عام از جمله آن مواردند. لیکن اهمیت دو بحث «مجاز یا حقیقت بودن عام بعد از تخصیص» و ثمره آن یعنی «حجیت عام مخصّص در باقی» که انظار طرح شده در آنها تأثیر مستقیمی بر بحث‌های دیگر مانند انقلاب نسبت و اجمال خاص خواهند داشت از اهمیت بیشتری نسبت به بقیه مباحث برخوردارند. مثلاً در بحث اجمال خاص، عدم جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه مورد اتفاق متأخرین است و قول جواز به قدمای از اصحاب نسبت داده شده و توجیهاتی هم برای آن توسط متأخرین آورده شده است که خواهد آمد؛ لیکن در این نوشتار به صورت مستقل و برای اولین بار تلاش می‌شود تا با تکیه بر سیره عقلا و تغییر نگاه به عام - که نوآوری این مقاله نیز تلقی می‌شود، یکی از مهم‌ترین دیدگاه‌های اصولیان در مورد مخصّص متصل یعنی مَعْنُون شدن عام بعد از تخصیص را بررسی و نقد شود و ثمرات آن از جمله جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه ثابت گردد.

لازم به ذکر است که برخی از دانشمندان، در بحث مجاز یا حقیقت بودن عام بعد از تخصیص در مخصّص متصل، قائل به تفصیل بین «وصف» و بین «شرط و استثناء» شده‌اند مبنی بر اینکه در اولی، مجاز و در دومی، حقیقت است و یا قائل به «حقیقت» شده‌اند اگر شرط و صفت باشد نه استثناء. البته از آنجا که این دیدگاه شاذ است و نگارنده نیز به تبع مشهور متأخران، در تمام صورت‌ها معتقد به «حقیقت» است از ذکر آنها خودداری می‌شود (برای اطلاعات بیشتر رک: قمی، ۱۳۷۸ق، ۱/۲۶۱؛ حائری، ۱۴۰۴ق، ۱/۱۹۷). پیش از ورود به بحث اصلی باید با چندین اصطلاح در این زمینه آشنا شویم تا تنقیح محل نزاع آسان گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۰

۱. مفاهیم

۱/۱. عام، لفظی است که مفهوم آن همه افراد و مصادیقی را در برمی گیرد که صلاحیت انطباق بر آنها را دارد. (مشکینی، اصطلاحات، ۱۳۷۱، ۱۷۳/۱) و خاص حکمی است که فقط شامل بعضی از افراد موضوع یا متعلق خود می شود. البته برخی معتقدند مفهوم عام و خاص از مفاهیم روشنی است که به تعریف نیاز نداشته و تعریف های موجود از نوع شرح لفظ است. (مظفر، ۱۴۱۰ق، ۱۳۹/۱).

۲/۱. **مخصّص متصل**، برخلاف **مخصّص منفصل**، **مخصّصی** را می گویند که همراه و چسبیده به عام باشد؛ به عبارت دیگر هرگاه در کلام عامی که از متکلم بیان شده، **مخصّصی** مقرون به آن عام باشد که قرینه باشد بر اراده متکلم که مقصودش از این عام، تمام افراد آن غیر از موارد خارج شده به وسیله تخصیص است ... که ممکن است به صورت وصف، بدل، شرط یا استثنای مقرون به عام باشد (ملکی، فرهنگ، ۱۳۹۰، ۴۳۲/۱).

۳/۱. **شبهه مصداقیه**، شک در مصداقیت فرد برای یک طبیعتی بنابر اینکه منشأ شک، اشتباه در امور خارجی باشد برخلاف شبهه مفهومی که در مفهوم آنچه موضوع یا متعلق حکم واقع شده اجمال وجود دارد (صنقور، ۱۴۳۲ق، ۲۰۱/۱-۲۰۲).

۴/۱. **مخصّص لئی**، **مخصّص لئی** در مقابل **مخصّص لفظی** و عبارت است از **مخصّصی** که از نوع معنا بوده و قالب لفظی ندارد. به بیان دیگر، **مخصّصی** که در لفظ و کلام نباشد، **مخصّص لئی** است؛ مانند اینکه مولا بگوید: «اکرم العلماء» اما اجماع یا عقل، به اکرام نکردن فاسق حکم کند؛ در این مورد، اجماع یا عقل، **مخصّص لئی** به شمار می آید (جمعی از محققان، ۱۳۸۹، ۷۱۱).

۲. نظرات و دیدگاه های علما در مورد معنوی شدن عام در مخصّص متصل

مشهور اصولیان در مورد این مخصّص معتقدند: کلام در مخصّص متصل در خاص ظهور می یابد، به تعبیر دیگر، خاص به عام عنوان می دهد (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۳۵/۲). به عنوان نمونه در مثل «اکرم العلماء إلا الفاسقین منهم» گو اینکه شارع می خواسته بگوید: «اکرم العالم العادل» (سبحانی، تهذیب، ۱۴۰۵ق، ۴۷۲/۱؛ سبحانی،

المبسوط، ۱۴۳۴ق، ۲/۳۳۱) یا «اکرم العلماء غیر الفاسقین» (کاظمی، ۱۴۱۶ق، ۱/۵۲۵: خرازی، ۱۴۲۵ق، ۴/۵۹) یا «اکرم العلماء بشرط أن لا یكونوا فاسقین» (خوئی، ۱۴۳۰ق، ۲/۳۱۴) و یا «اکرم غیر الفساق من العلماء» (قدیری، ۱۴۲۹ق، ۱/۴۲۳).

حتی برخی فرموده‌اند مخصّص متصل اصلاً مخصّص نیست و از باب مسامحه به آن اطلاق تخصیص شده است (خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۲/۱۴۷: خوئی، ۱۴۳۰ق، ۲/۳۰۹: فیاض، ۱۴۲۲ق، ۴/۳۱۳: ملکی، ۱۳۸۱، ۶/۲۰۳: سبحانی، ۱۴۳۴ق، ۲/۳۳۱: خرازی، ۱۴۲۵ق، ۴/۴۶).

امام خمینی (خمینی، ۱۴۱۵ق، ۲/۲۴۵) در توضیح این مطلب می‌نویسد: حال مستثنی منه و مستثنی حال مقید و موصوف است و به همین خاطر هیچ تعارضی حتی بدوی بین مستثنی و مستثنی منه برخلاف مخصّص منفصل منقّح نمی‌شود. به بیان دیگر وقتی مولا بنابر توضیح اصولی‌ها فرموده باشد «اکرم العلماء العدول» و ما در عدالت شخصی که بالوجدان عالم هست شک داشته باشیم نمی‌توانیم با تمسک به این خطاب، صفت عدالت و در نتیجه وجوب اکرام را برای این شخص مشکوک‌العداله ثابت کنیم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۲

استثنا متصل است یا منفصل؟

پیش از بررسی تفصیلی این کلمات، لازم است گفته شود گرچه در قسمت مفهوم‌شناسی، استثناء از اقسام مخصّص متصل شمرده شده است لیکن این نظر مشهور بوده و بین علما بر سر این موضوع اتفاق نظر وجود ندارد (تبریزی، اوئق، ۱۳۶۹ق، ۱/۶۱۹: نهاوندی، ۱۳۲۰ق، ۱/۲۶۳). حتی شیخ انصاری (کلانتیری، ۱۴۲۸، ۲/۱۵۶) احتمال می‌دهد که به منفصل ملحق شود و در ادامه از کلمه «الظاهر» برای الحاق آن به متصل استفاده می‌کند و شهید مصطفی خمینی، استثناء را در مقابل متصل و منفصل آورده و به هیچ کدام الحاق نکرده است (خمینی، ۱۴۱۸ق، ۵/۲۳۱). بیشتر علمای متأخر در کتبشان به اختلافی بودن مسئله اصلاً اشاره‌ای نکرده‌اند مگر اینکه نظرشان بر این بوده که حکم استثناء از بقیه موارد مثل وصف جداست. علت این اختلاف نه به خاطر این است که در ملاک اتصال یا انفصال آن شبهه‌ای وجود دارد؛ بلکه منشأ اختلاف و نزاع این است که آیا استثناء قید موضوع است یا قید حکم؟ (حسینی، ۱۴۲۷ق، ۳/۲۶۷)

قول اول. مشهور (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۳۵/۲؛ خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۱۴۷/۲؛ خوئی، ۱۴۳۰ق، ۳۰۹/۲؛ فیاض، ۱۴۲۲ق، ۳۱۳/۴؛ ملکی، ۱۳۸۱، ۲۰۳/۶؛ سبحانی، المبسوط، ۱۴۳۴ق، ۳۳۱/۲؛ خرازی، ۱۴۲۵ق، ۴۶/۴) می‌گویند که استثنا همانند وصف است و قید موضوع خواهد بود؛ زیرا ظهور منعقد نمی‌شود مگر بعد از انتهای کلام و پس از بیان مستثنی‌گو این‌که مستثنی‌منه مقید است. مرحوم فاضل می‌نویسد: «ما نباید مخصّص متصل را مخصّص بنامیم، بلکه این وصل به کلام است و جای صفت را می‌گیرد و شبیه «عالم عادل» و امثال آن است» (ملکی، ۱۳۸۱، ۲۰۳/۶).

قول دوم. استثنا قید حکم است بدین معنی که موضوع حکم اگر مثلاً عالم باشد هیچ تغییری نمی‌کند و مقید به عادل یا قیدی دیگر نمی‌شود و کماکان به حالت خود باقی است. به عبارت دیگر استثناء، دایره حکم را مضیق می‌کند نه دایره موضوع را برخلاف قول مشهور که وقتی استثنا آمد دایره عالم کوچک شده و به عالم عادل تبدیل می‌گردد که این قول را تعداد کمی از علما پذیرفته‌اند؛ از جمله محقق ثانی،^۱ آغاضیا عراقی (بروجردی، ۱۴۲۲ق، ۵۲۰/۱)، مرحوم حیدری (حیدری، ۱۴۱۲ق، ۱۴۱/۱) و آیت‌الله مکارم (قدسی، ۱۴۲۵ق، ۸۸/۲).

ثمره این اختلاف بنابر نوشته مرحوم نهایندی، این است که بنابر قول دوم در صورتی که قدر متیقن برای مستثنی وجود داشته باشد تمسک به عام در شبهات مطلقاً جایز خواهد بود. به عنوان نمونه اگر در مثال «أکرم العلماء إلا الفاسقین منهم» بدانیم که قدر متیقن از فسق، گناه کبیره است در این صورت اگر شک داشته باشیم در گناه صغیره که آیا تحت سیطره عام قرار می‌گیرد یا داخل خاص است می‌توان به عام تمسک نمود (نهایندی، ۱۳۲۰ق، ۲۶۳/۱) لیکن به علت پیچیدگی بالای بحث به نظر می‌رسد کلام ایشان ناتمام است و ثمرات اقوال لزوماً یکسان نیست یعنی حتی کسانی که قائل به قول دوم هستند ملزم به ثمره‌ای که ایشان فرموده نیستند و بعضاً قائل به تفصیل شده یا جواز تمسک را انکار کرده‌اند. به عنوان مثال آیت‌الله مکارم (قدسی، ۱۴۲۵ق، ۱۰۱/۲) گرچه حکم «إلا» را متفاوت می‌داند ولی در صورت اجمال مخصّص،

مُعْنُون شدن عام
و ثمرات آن در مخصّص
متصل

۱۳

۱. صراحتی در کلمات ایشان بر پذیرش این قول نیست بلکه شیخ انصاری با توجه به نظرات فقهی محقق ثانی در جامع المقاصد (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷۹/۶)، الحاق استثنا به مخصّص منفصل را به ایشان نسبت می‌دهند (کلاتری، ۱۴۲۸ق، ۵۷۰/۴).

تمسک را نه در مخصّص متصل و نه در منفصل مگر در موارد خاصی جایز نمی‌داند و مرحوم حیدری (حیدری، ۱۴۱۲ق، ۱/۱۴۰-۱۴۱) در مورد اجمال مخصّص در شبهه مفهومی، اِلّا را ملحق به منفصل می‌کند ولی در شبهه مصداقیه قائل به عدم جواز است. بنابراین از آنجایی که جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه قائل ندارد در مباحث پیش رو درصددیم که با اتخاذ استدلالی جدید با تکیه بر سیره عقلای ثابت کنیم حکم استثنا با موارد دیگر مثل وصف متفاوت است و به تعبیر بهتر عام مَعْنُون نمی‌شود که یکی از نتایج آن اثبات جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود.

ویژگی‌های اِلّا و تفاوت آن با وصف

اکنون باید بینیم چرا عقلا از استثناء استفاده می‌کنند؟ چه مزایایی در این روش وجود داشته که آن را برگزیده‌اند؟ از جهت ادبی حداقل چهار مورد وجود دارد: ۱- اختصار؛ ۲- فصاحت؛ ۳- رساندن حصر؛ ۴- عدم امکان بیان باقی بدون استثناء به‌خاطر نداشتن عنوان یا اسم مخصوص؛ مثلاً برای «قوم به غیر از زید» عنوانی اختصاصی وجود ندارد تا حکم بر آن بار شود (قدسی، ۱۴۲۵ق، ۲/۸۸). بنابراین با توجه به توضیحات بالا به‌جای اینکه گفته شود: «جائتی القوم و لم یجئ زید فقط» گفته می‌شود: «جائتی القوم اِلّا زید» و از جهت قانونگذاری علاوه بر سهولت کار و اینکه یک قانون باید همیشه مختصر و کلی باشد مخاطبان این قانون در موارد مشکوک نیز بتوانند به این عام رجوع کرده و مشکل را برطرف کنند.^۱

توضیح مطلب اینکه عَقْلاً وقتی از یک لفظ عام استفاده می‌کنند و بعد آن را تخصیص می‌زنند بدین خاطر است که همیشه افرادی که قرار است حکم عام شامل حال آنان شود در اکثریت هستند. به‌عنوان مثال وقتی قانونگذار همه پسران بالای

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۴

۱. لازم به ذکر است که مرحوم آخوند در پاسخ به اشکالی مقدر در مخصّص منفصل مبنی بر اینکه چرا شارع از ابتدا نمی‌گوید «اکرم العلماء العدل» و به‌جای آن از مخصّص منفصل استفاده می‌کند؟ می‌فرماید که از باب ضرب القاعده هست (خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۲/۱۴۸) که مثلاً در مواقع شک در تخصیص زائد بتوان به عام تمسک کرد که اختصاص آن به مخصّص منفصل خالی از اشکال نیست؛ زیرا خود ایشان معتقد است که حتی در مخصّص متصل، ظهور در عنوانی به غیر از خاص منعقد می‌شود که در موارد شک در غیر خاص می‌توان به آن تمسک نمود. پس این ثمره منحصر در منفصل نیست (اسماعیل پور، ۱۳۹۲، ۲/۳۰۲).

هجده سال را به سر‌بازی (خمینی، تحریرات، ۱۴۱۸ق، ۵/۲۶۲) فرامی‌خواند علم دارد که افرادی که صلاحیت تطبیق این قانون بر ایشان وجود دارد در اکثریت هستند و سپس با در نظر گرفتن این علم، تعداد معدودی را از جمله معلولان و... را از این قانون استثنا می‌کند. فایده این کار این است که کار برای دستگاه‌های مربوط به اعزام و... آسان می‌شود. آنها با تمسک به حکم کلی این قانون، واجدین را ملزم به انجام خدمت می‌کنند و تنها کسانی که بتوانند اثبات کنند داخل مستثنی هستند از انجام آن معاف می‌شوند و در موارد شک به قانون کلی رجوع می‌شود.

در مثال مشهور «اکرم العلماء إلا الفاسقین منهم» شارع مقدس به‌عنوان یک قانونگذار از مکلفان می‌خواهد هرکسی را که احراز کردند که اولاً عالم است و ثانیاً فسق او هم احراز نشده باید اکرام کنند. چرایی استفاده از استثناء، به مقصود شارع از جعل حکم بر می‌گردد. یعنی شارع می‌خواهد اکثر علما در جامعه تکریم شوند تا جایگاه علم بر کسی پوشیده نماند و از طرفی شارع می‌داند که همیشه تعداد محدودی فاسق بین علما وجود دارد که با استثناء، آنها را خارج می‌کند. به‌همین دلیل است که مکلف به محض احراز عالم بودن یک فرد باید او را اکرام کند مگر اینکه فاسق بودن او احراز شود. پس اگر شما به شهری دیگر رفتید و عالمی را دیدید، اکرام بر شما واجب است و شما هم وظیفه ندارید که عدم فسق او را احراز کنید بلکه تا وقتی فسق او با دلیل معتبر ثابت نگردیده است حکم عام جاری است (اسماعیل‌پور، ۱۳۹۲، ۲/۲۹۱). به تعبیر بهتر معنای عام این است: اکرام علما واجب است مگر اینکه فسق آنها بر شما ثابت شود.

بحث استثناء بسیار شبیه مفاد قاعده طهارت است. غرض مولا این است که مکلفان به طهارت و نجاست اهمیت بدهند و مطهرات و طاهرات همیشه نسبت به نجاسات در اکثریت هستند مضافاً بر اینکه شارع نمی‌خواهد مکلفان را در سختی و یا وسواس بیندازد؛ پس می‌گوید: «هر چیزی طاهر است مگر اینکه بدانی که نجس است.»^۱ در اینجا اصلاً نیازی به اصل استصحاب نداریم بلکه فقط تطبیق لازم است.

۱. «كُلُّ شَيْءٍ طَاهِرٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ» (نوری، ۱۴۰۸ق، ۲/۵۸۳).

ثمره این مسئله در مثل نماز ظاهر می شود که خواندن نماز با لباس نجس باطل است. یعنی اگر نجاست لباسی احراز شود مانع نماز است پس در مورد شک به این خطاب رجوع می شود و مکلفان در عُسْر واقع نمی شوند. حال تصور کنیم که شارع حکم کرده بود که عدم نجاست لباس باید واقعاً احراز شود که در این صورت بسیاری از مکلفان باید لباس های خود را قبل نماز شستشو می دادند.

با لحاظ توضیحات بالا با تبعیت از مرحوم اصفهانی، عراقی، شهید مصطفی خمینی و آیت الله مکارم می گوئیم که در تخصیص، عام به هیچ عنوان مُعْنُون نمی شود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۴۵۸/۲؛ بروجردی، ۱۴۲۲ق، ۵۱۹/۱؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ۲۳۳/۵؛ قدسی، ۱۴۲۴ق، ۹۴/۲) و برداشت مشهور اصولی ها از مخصّص متصل، تفاوت چشم گیری با کلام اولیه خود شارع دارد. مثلاً طبق برداشت اصولی ها اگر شارع فرموده باشد: «اکرم العلماء العدول» مکلف علاوه بر اینکه باید صفت علم را برای شخص احراز کند صفت عدالت را نیز باید ثابت کند. یا اگر فرموده باشد «اکرم العلماء غیر الفاسقین» باید عدم فسق شخص ثابت شود. همان طور که قبلاً گذشت گویا شارع جمعیت همه علماء را در نظر می گیرد و چون تعداد اندکی از آنان فاسق هستند حکمی کلی مبنی بر وجوب اکرام صادر می کند و هدف او این است که تا حد ممکن علماء اکرام شوند؛ ولی اگر نظر اصولی ها را بپذیریم دقیقاً برعکس نتیجه می دهد؛ زیرا جدای از فساق، مواردی را هم که شما شک داشته باشید که عادل هستند یا خیر، وجوب اکرام ندارند علی الخصوص که فحوص در شبهات موضوعیه هم لازم نیست. ما نیز قبول داریم که عام، مرجع رفع شبهه حکمیه و نه موضوعیه است و ممکن است که حتی متکلم در مصادیق اشتباه کند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۳۶/۲)؛ لیکن در ما نحن فیه لسان متکلم لسان قانون و یک حکم کلی است.

اصولاً چرا وقتی شارع می توانسته بگوید: «اکرم العلماء العدول» از این ساختار ادبی که وصف و موصوف است استفاده نکرده و از استثناء استفاده کرده است؟ دلیل بسیار روشن است، اولاً در ساختار وصف می بایست احراز، هم نسبت به موصوف و هم نسبت به وصف صورت پذیرد ولی در استثناء، فقط موضوع حکم باید معزز شود (بروجردی، ۱۴۲۲ق، ۵۱۸/۱-۵۲۲) و ثانیاً بنابر عقیده اصولی ها، وصف مفهوم ندارد

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۶

(خراسانی، ۱۴۳۰، ۱۱۸/۲؛ کاظمی، ۱۴۱۶، ۵۰۲/۱؛ مظفر، ۱۴۱۰، ۱۲۱/۱؛ سبحانی، ۱۳۷۸، ۹۲).

بنابراین طبق کلام ایشان، تکلیف علمای فاسق روشن نیست و گویا مولا درباره آنها سکوت کرده است و حال آنکه خود علمای اصول در ساختار استثناء، قائل به مفهوم و حصرند (خراسانی، ۱۴۳۰، ۱۲۷/۲؛ مظفر، ۱۴۱۰، ۱۲۷/۱؛ خوئی، ۱۴۳۰، ۴۳۸/۱؛ ملکی، ۱۳۸۱، ۱۳۴/۶؛ مشکینی، ۱۳۷۱، ۱۵۲/۱). پس مولا درباره علمای فاسق سکوت نکرده است.^۱ درحقیقت با عنایت به اینکه تخصیص، خروج حکمی است این یک تناقضی است که می‌گویند مخصّص متصل درواقع مخصّص نیست همان وصف و موصوف است و در جایی دیگر معتقدند که ادات استثناء مانند *إلا* دارای مفهوم است. اشکال ما این است که اگر وصف است و قید موضوع است پس مفهوم هم ندارد و اگر قید حکم است و مفهوم دارد پس دیگر وصف و موصوف نیست. به نظر می‌رسد یکی از منشأهای این برداشت، به معنای «*إلا*» برمی‌گردد چراکه *إلا* را وصفی معنای می‌کنند یعنی به معنای غیر می‌گیرند درحالی که طبق استقراء به‌ندرت در این معنا استعمال می‌شود و اکثر موارد استفاده از *إلا* در کلام عرب و منابع دینی برای استثناء است. شاید اگر علما برای توضیحات از مثال «*أكرم القوم إلا زيدا*» استفاده می‌کردند دیگر شاهد اشتباه بین *إلا*ی استثنائیه و *إلا*ی وصفیه نبودیم. علاوه بر اینکه شناخت موضوع احکام بسیار مهم و تغییری اندک در آن موجب تغییر حکم می‌شود و ما اجازه نداریم کلام قانونگذار را تغییر دهیم (خمینی، ۱۴۱۸، ۲۵۴/۵). که در اینجا ناخواسته اتفاق افتاده است.

غفلت از ساختارهای زبانی و نحوه و موارد استفاده از آنها سبب شده است که به‌عنوان مثال مرحوم فاضل در توضیح شبهه مصداقیه مخصّص متصل می‌فرماید: «استثناء از نظر ادبیات، جانشین وصف است» و در همان صفحه آمده است که «استثناء به معنای وصف است» و توضیح می‌دهد که معنای «*أكرم العلماء إلا الفساق منهم*» این است که مولا دارای *يك* حکم یعنی ایجاب است و متعلق آن حکم هم

۱. در مثال «*تحريم اهانة العلماء إلا الفاسقين منهم*» این مطلب واضح‌تر است: زیرا اهانت به علمای فاسق جایز خواهد بود؛ لیکن بنابر مدعای اصولی‌ها اگر ترکیب وصفی باشد «*تحريم اهانة العلماء العادلين*» درباره علمای فاسق کاملاً ساکت است و حکمش مشخص نیست.

عبارت از «عالم غیر فاسق» است (ملکی، ۱۳۸۱، ۲۳۶/۶)؛ در حالی که ایشان در بحث مفهوم استثناء می‌فرماید: «به نظر می‌رسد که در باب استثناء اگر ما قائل به حصر شویم، حصر در ارتباط با منطوق است و ربطی به مفهوم ندارد، زیرا منطوق همه چیز را بیان کرده و نوبت به مفهوم نمی‌رسد. «جاءني القوم إلا زیداً»، هم می‌گوید: «قوم آمدند» و هم می‌گوید: «زید نیامد» و هم می‌گوید: «نیامدن منحصر به زید بود» (ملکی، ۱۳۸۱، ۱۳۴/۶) که بدیهی است تغییر مثال سبب این دوگانگی در کلام ایشان شده است زیرا در مثال دوم، إلا را نمی‌توان به معنای وصفی گرفت.

۳. ثمرات انکار مُعْنُون شدنِ عام

پس از اثبات اینکه «وصف» و «استثناء» نباید یکسان در نظر گرفته شوند و به عبارت بهتر خاص به عام، عنوان نمی‌دهد^۱ به بررسی ثمرات آن می‌پردازیم. البته ذکر این نکته نیز ضروری است که طبق نظر نگارندگان، همین که ثابت شد خاص به عام عنوان نمی‌دهد خود به تنهایی دارای اثراتی بنیادین در دیگر ابواب اصولی است و نیازی به دلیلی دیگر نیست یعنی مطلب به قدری واضح است که اگر کسی ذهن خود را از کلمات اصولیان فارغ سازد و بدون پیش‌داوری، استدلال‌ها را تصور و بررسی کند آنها را تصدیق خواهد کرد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۸

اشکال: ممکن است کسی اشکال کند که مُعْنُون نشدنِ عام به تنهایی نمی‌تواند در دیگر ابواب اصولی منشأ اثر بوده و سبب تغییر دیدگاه‌ها شود؛ زیرا نظرات و دیدگاه‌های کسانی که منکر مُعْنُون شدنِ عام هستند نیز با نظرات مشهور یکسان است و به نظر می‌رسد که مُعْنُون شدن یا نشدن عام تأثیری شگرف در پی نخواهد داشت!

پاسخ: اولاً؛ نگاه ما به مُعْنُون نشدنِ عام -چنان که گذشت- با نگرش دیگر علما مقدراری تفاوت دارد؛ زیرا ما به عام به سان یک قانون فراگیر نگاه می‌کنیم که این مطلب مستفاد از سیره عقلای در قانون‌گذاری کنونی است. ثانیاً؛ اینکه منکران

۱. علت اینکه به طور مطلق گفتیم عام معنون نمی‌شود همان‌طور که در قسمت پیشنهادات در آخر مقاله می‌آید این است که کلاً بحث وصف در بحث عام و خاص نباید مطرح شود و جای آن در بحث مطلق و مقید است بنابراین تنها چیزی که می‌ماند إلا خواهد بود.

مُعَنُون شدن عام به لوازم این قول ملترم نشده اند ممکن است به خاطر پیچیدگی مطلب و غور بیش از حد در مسایل اصولی باشد که سبب شده است مطلبی به این واضحی از دیدشان مخفی بماند. ثالثاً؛ برای ثمره دوم که از مهم ترین مباحث اصولی است از مؤیداتی که در کلمات خود اصولیان است استفاده کرده ایم که می تواند راهگشای خوبی برای حل مسئله باشد.

۱/۳. انقلاب نسبت

یکی از مسایل اصولی که بحث مُعَنُون شدن عام در آن تأثیر مستقیمی دارد بحث انقلاب نسبت^۱ است. اصولیان (تبریزی، ۱۳۶۹ق، ۶۱۸؛ خوئی، ۱۴۳۰ق، ۵۱۹/۲؛ خمینی، ۱۴۱۰ق، ۳۳/۲؛ روحانی، ۱۴۲۷ق، ۳۸۳/۶؛ هاشمی، ۱۴۲۶ق، ۳۰۶/۷؛ قدسی، ۱۴۲۴ق، ۵۱۱/۳؛ جلالی، ۱۴۱۴ق، ۴۹۶/۲) در جایی که عامی داشته باشیم که دارای مخصّصی متصل است و یک خاص منفصل هم وجود داشته باشد متفقاً قائل اند که خاص متصل ابتدا عام را تخصیص زده و اصطلاحاً عام، معنُون^۲ می شود و سپس نسبت عام معنُون با خاص منفصل بررسی می شود که عموم و خصوص من وجه خواهد بود. (خوئی، ۱۴۳۰ق، ۵۱۹/۲) یعنی نتیجه در فرض داشتن «اکرم العلماء إلاّ الفساق منهم» و «لا تکرّم النحویین» این می شود که جمله اول به «اکرم العلماء العدول» تبدیل شده و سپس نسبت آن با جمله دوم سنجیده می شود که در نحوی عادل که مورد اجتماع است تعارض می کنند و باید به قواعد باب تعارض رجوع کرد. استدلال ایشان این است که دلیل عام و خاص متصل، دو دلیل محسوب نمی شوند که تعارض بین سه دلیل مطرح شود؛ بلکه این دو دلیل در واقع یک دلیل بوده و با دلیل دیگر تعارض می کنند (تبریزی، ۱۳۶۹ق، ۶۱۸).

۱. انقلاب نسبت در جایی است که دو دلیل در حکمی از احکام شرعی تعارض نمایند، آن گاه دلیل مخصّص یا مقیدی بر یکی از آنها مقدم گردد، در این صورت (بعد از تخصیص یا تقیید) نسبت موجود میان آن دو دلیل منقلب می گردد. برای مثال، اگر نسبت میان دو دلیل متعارض، تباین باشد، بعد از تخصیص یا تقیید یکی از آن دو، نسبت میان آن دو، به عموم و خصوص مطلق منقلب می گردد (جمعی از محققین، ۱۳۸۹، ۲۶۹).

۲. جای تعجب است که آیت الله مکارم که خود منکر معنُون شدن عام است (قدسی، ۱۴۲۴ق، ۹۴/۲)، در بحث انقلاب نسبت تصریح دارد که در فرض اتصال یکی از خاص ها به عام، نسبت عام مخصّص که «اکرم العلماء العدول» است با مخصّص منفصل ملاحظه می شود (قدسی، ۱۴۲۴ق، ۵۱۱/۳).

اما در مخصّص متصل، بنابر دلایلی که گذشت، عام مُعَنُون نمی‌شود که یکی از لوازم آن این است که عام حتی بعد از آمدن مخصّص متصل پابرجا بوده و تغییری نمی‌کند. پس به نظر ما در واقع اینجا دو دلیل داریم و بعد از آمدن مخصّص منفصل، سه دلیل باید با یکدیگر سنجیده شوند. نتیجهٔ مبنای ما این خواهد شد که هر دو خاص باید عام را تخصیص بزنند نه اینکه به عام من وجه تبدیل شوند تا نیاز باشد به قواعد باب تعارض رجوع شود.

توضیح بیشتر اینکه نتیجهٔ مبنای مختار ما دقیقاً همانند فرضی است که عامی وجود دارد که دارای دو مخصّص منفصل است و نسبت بین دو خاص، عام من وجه است یعنی اگر داشته باشیم «اکرم العلما» و «لاتکرم العالم الفاسق» و «لاتکرم النحوی» دقیقاً هرچه اصولیان (خوئی، ۱۴۳۰ق، ۵۱۹/۲؛ قدسی، ۱۴۲۴ق، ۵۱۱/۳) در اینجا معتقدند که عام باید با هر دو خاص تخصیص بخورد و یکی بر دیگری مقدم نخواهد شد عین همین مطلب را ما دربارهٔ عام مخصّص به خاص متصل قائلیم. زیرا همان طور که گذشت استفاده از مخصّص متصل برای اختصار، فصاحت و اموری از این دست بوده و نه چیز دیگر مضافاً بر اینکه در کلام شارع، حکم حرمت اکرام را به سهولت می‌توان از «لاتکرم العالم الفاسق» برای غیرنحوی فاسق ثابت کرد لیکن طبق نظر اصولیان به مشکل برخورد خواهیم کرد؛ زیرا «اکرم العلماء العدول» همان طور که گذشت. مفهوم ندارد که بخواهد حکم عالم فاسق را مشخص کند و حال آنکه در کلام اصلی که از مولا صادر شده، حرمت اکرام فاسق به صراحت از «لاتکرم العالم الفاسق» فهمیده می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۲۰

۲/۳. جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه مطلقاً

یکی از پرفایده‌ترین مباحث در بحث عام و خاص، بحث تمسک به عام در شبههٔ مصداقیه است. در مخصّص منفصل،^۱ مرحوم نهایوندی (نهایندی، ۱۳۲۰ق، ۲۶۱/۱-

۱. البته در مخصّص منفصل چند وجه برای قول به جواز گفته شده (قدسی، ۱۴۲۵ق، ۹۸/۲؛ جلالی، ۱۴۱۴ق، ۴۷۹/۲) لیکن ما نیازی به بیان آنها و اشکالاتشان نداریم؛ زیرا وقتی جواز تمسک در مخصّص متصل ثابت شود به طریق اولویت در منفصل هم ثابت خواهد شد علی‌الخصوص که در منفصل عام معنون نمی‌شود.

۲۶۲) و سید یزدی (یزدی، ۱۴۲۵ق، ۳۴-۳۵) و آیت‌الله جوادی (جوادی، ۱۳۹۳، مهرماه/۲۸) را می‌توان نام برد که قائل به جواز تمسک هستند.

در مخصّص متصل به قدمای از اصحاب، قول به جواز نسبت^۱ داده شده است و از متأخران، احدی قائل به جواز تمسک نیست حتی کسانی مانند مرحوم عراقی (بروجردی، ۱۴۲۲ق، ۵۱۸/۱) و آیت‌الله مکارم (قدسی، ۱۴۲۵ق، ۱۰۱/۲) و دیگران (حیدری، ۱۴۱۲ق، ۱۴۰/۱-۱۴۱) که قائل هستند که عام در مخصّص متصل مَعْنُون نمی‌شود قائل به عدم جواز تمسک هستند و یک اتفاق نظر بین اصولیان (خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۱۴۷/۲؛ خوئی، ۱۴۳۰ق، ۲۰۹/۲؛ فیاض، ۱۴۲۲ق، ۳۱۳/۴؛ ملکی، ۱۳۸۱، ۲۰۳/۶؛ خرازی، ۱۴۲۵ق، ۴۶/۴) در این باره وجود دارد. توضیح اینکه بنابر مبنای مختار ما در صورت شک در یک مصداق خارجی که آیا تحت عام است یا خاص تا وقتی که عنوان خاص بر این مصداق مشکوک ثابت نشده باشد داخل در عام باقی می‌ماند؛ لیکن علما اتفاق دارند که چنین چیزی جایز نیست که اکنون مؤیداتی را از کلمات خود ایشان می‌آوریم تا مشخص گردد که نوعاً غفلت از مسایل پیش‌پافتاده سبب انکار قول به جواز شده است.

مَعْنُون شدن عام
و ثمرات آن در مخصّص
متصل

۱/۲/۳. مؤید اول

۲۱ علمایی چون مرحوم آخوند (خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۱۵۷/۲) در کفایه قائل اند که در شبهات مصداقیه در مخصّص منفصل و در مخصّص متصل مانند استثناء^۲ می‌توان به اصل عملی و یا استصحاب عدم ازلی تمسک کرد. علمای بسیاری نیز از ایشان تبعیت کرده‌اند (رک: اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۴۶۰/۲؛ هاشمی، ۱۴۲۶ق، ۳۵۰/۳؛ حسینی، ۱۴۲۷ق، ۳۴۶/۳؛ تبریزی، دروس، ۱۳۹۰، ۲۵۵/۳؛ طباطبائی قمی، ۱۳۷۱، ۳۵۹/۱؛ حسینی میلانی، ۱۴۳۷ق، ۳۰۷/۴؛ خرازی، ۱۴۲۵ق، ۱۱۶/۴). بنابر توضیح مرحوم خوئی مخصّص باید دارای عنوان

۱. علت استفاده از واژه انتساب این است که قول به جواز صریحاً در کلام قدما نیامده و از فتوایی که داده‌اند اینچنین برداشت شده که قائل به جواز بوده‌اند که برخی از محققان به‌خاطر وجود احتمالات دیگر این انتساب را کلاً صحیح نمی‌دانند (خوئی، ۱۴۳۰ق، ۳۲۳-۳۲۴) و البته مشخص هم نیست که مشهور مطلقاً قائل به جواز بوده‌اند یا فقط در صورتی که مخصّص منفصل بوده و دوران بین اقل و اکثر باشد که آیت‌الله مکارم می‌گوید شاید مراد مشهور مورد دوم است (قدسی، ۱۴۲۴ق، ۹۸/۲).

۲. مراد از «کالاستثناء» در کلام مرحوم آخوند یعنی هر مخصّصی که به لسان اخراج باشد مانند غایت و شرط (جزائری، ۱۴۲۸ق، ۱۰۰/۴).

وجودی باشد و همچنین موجب تقييد موضوع عام به عدم آن شود و إلا از بحث خارج است.^۱ مثلاً در «اکرم العلماء إلا الفساق» تبدیل به «اکرم العلماء غیر الفاسقین» می شود و در مثالی دیگر موضوع انفعال آب را ملاقات آبی می داند که کر نباشد. به تعبیر دیگر، موضوع در ما نحن فيه مُرکّب است مثلاً عالم باشد و فاسق نباشد که قسمت اول بالوجدان ثابت است و قسمت دوم با اصل ثابت خواهد گردید (فیاض، ۱۴۲۲ق، ۴/۳۶۰).

گرچه مرحوم آخوند در اینجا (خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۲/۱۵۷) برخلاف اول بحث (خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۲/۱۴۷) استثناء را از وصف جدا کرده است و بین آنها تفاوت قائل شده و از این جهت به صواب بسیار نزدیک شده است لیکن با توجه به توضیحاتی که قبلاً گذشت بازهم کلام ایشان خالی از اشکال نیست؛ زیرا در بحث مفهوم به مشکل برخورد خواهند کرد. یعنی حتی اگر عام بعد از تخصیص به صورت «اکرم العلماء غیر الفاسقین» درآید مفهومی از آن فهمیده نمی شود و به بیان بهتر حکم فاسقان مشخص نیست و حال آنکه در کلام اصلی مولا که «اکرم العلماء إلا الفاسقین» بود حکم آنان مشخص است علاوه بر اینکه غیر در اینجا وصفی است یعنی بازهم برگشت آن به وصف و موصوف خواهد بود (هاشمی، ۱۳۹۴، جلسه ۵۷۳)؛ بنابراین معنوی شدن عام هر چند عنوان وجودی باشد و قید آن هم علمی، با کلام اصلی شاعر تفاوت دارد و نباید یکسان انگاشته شوند.

حال سؤال ما این است که:

اولاً مرجع تعیین موضوعات در روایات کیست؟ از کجا باید تشخیص داده شود که «اکرم العلماء إلا الفاسقین» به «اکرم العلماء العدلون» تبدیل می شود یا به «اکرم العلماء غیر الفاسقین» و در مورد اخیر عنوان یافتن با اتصاف به عدم همراه است یا به عدم اتصاف؟ (خمینی، تحریرات، ۱۴۱۸ق، ۵/۲۵۴-۲۵۵) سیره عقلا چنین حکم می کند یا

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۲۲

۱. در مثل «اکرم العلماء العدلون» چون علماً مقید به امر وجودی شده است نمی توان از استصحاب علمی بهره گرفت و لذا از بحث خارج است. البته عجیب است که مرحوم روحانی و آیت الله سبحانی می نویسند اگر مخصص، متصل به کلام باشد بر وجه توصیف مثل (اکرم العلماء العدلون أو غیر الفساق) از محل بحث خارج است که با توضیحات مرحوم خوئی درباره کلام مرحوم آخوند هم خوانی ندارد. (حسینی، ۱۴۲۷ق، ۳/۳۳۶؛ سبحانی، ۱۴۳۴ق، ۲/۳۵۶) برای اطلاعات بیشتر در مورد کلام مرحوم آخوند و اشکالات آن ر.ک: خوئی، ۱۴۳۰ق، ۲/۳۳۹.

اذهان اصولیان بدین مطلب دست یافته است؟ آیا به راحتی می توان ظاهر کلام شارع را دستکاری کرده و موضوعات را تغییر داد؟ کسانی که جزء مشافهین بوده اند آیا با این کلمات همین طور برخورد می کرده اند و یا مطلب به دست علما بغرنج گردیده است؟

ثانیاً چه فرقی در نتیجه حاصل شده است؟ اگر مراد واقعی مولا این بوده که فسق شخص ثابت شود و احراز فسق، از اهمیت بالایی در نزدش برخوردار بوده منظورش یقین یا جانشین آن مانند شهادت عدلین بوده که کمتر از ظن نباشند نه استصحاب عدم ازلی که کاشف از واقع نیست. اینکه قائلان هر دو قول یعنی نافی و مثبتین جواز تمسک به عام در نهایت به نتیجه ای یکسان می رسند دال بر این است که این نزاع ها لفظی است و تنها غور بیش از حد در مسایل لفظی و فاصله گرفتن از عرفیات، سبب چنین جدال های پیچیده ای شده است. توضیح اینکه در مثال «اکرم العلماء إلا الفاسقین» اگر گفتیم می توان به اصل عملی یا استصحاب عدم تمسک کرد در صورت شک در فسق شخصی از آنجا که موضوع مرکب است قسمت اول یعنی علم، بالوجدان ثابت است و قسمت دوم که عدم فسق باشد با اصل ثابت خواهد گردید که نتیجه آن این است که این شخص مشکوک الفسق باید اکرام شود. بنابر نظر ما هم این شخص باید اکرام شود؛ زیرا تا وقتی که فسق او احراز نشده باشد داخل در عام باقی خواهد ماند. بنابراین طبق هر دو قول یعنی چه منکر جواز تمسک شویم و چه آن را بپذیریم شخص مشکوک، اکرام خواهد شد! به دیگر عبارت، مشهور در ابتدا جواز تمسک را منع می کنند ولی در نهایت با کمک گرفتن از اصل عملی به همان نتیجه ای می رسند که اگر جواز را قبول می کردند.

از این رو نگارندگان احتمال می دهند این دسته از علمای گرانقدر از آنجا که دیده اند که با اصل عملی می توان مشکل را حل نمود به طور قطع معتقد شده اند که تمسک به عام در شبهات مصداقیه جایز نیست و گرنه راهی برای تصحیح آن پیدا می کردند. خلاصه همان طور که اجماع وجود دارد که با وجود آماره، نوبت به اصل عملی نمی رسد ما معتقدیم که ظاهر کلام شارع خود به تنهایی گویای همه چیز هست و جایی برای اجرای اصول عملیه باقی نمی گذارد.

۲/۲/۳. مؤید دوم

در مخصّص لَبّی تمسک به عام اشکالی ندارد (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱۴۳/۲: خراسانی، ۱۴۳۰ق، ۱۵۵/۲). توضیح اینکه مولا اگر به عبد بفرماید: «همه همسایگان را اکرام کن» ولی عبد می‌داند که مولا راضی به اکرام دشمنانش نیست بلکه اکرام، مبعوض مولا نیز هست در این مورد این عبد فقط مواردی را که یقین دارد دشمن مولا هستند نباید اکرام کند و بقیه همسایگان وجوب اکرام دارند و عبد نیز نمی‌تواند به صرف احتمال اینکه شاید تعدادی از همسایگان دشمن باشند از اکرام آنها خودداری کند که اگر چنین کند مولا می‌تواند او را عقاب کند.

بیان بالا فرقی با توضیحات سابق ما ندارد که عام در حکم قاعده است و فقط در صورتی که خاص احراز شود حکم عام بر آن جاری نیست. عین همین توضیح را در مورد «اکرم العلماء إلا الفساق» می‌توان گفت یعنی مکلف در صورت عدم اکرام چند عالم به صرف احتمال فسق آنها معذور نیست بنابراین به راحتی می‌توان گفت قائلان، به خاطر درگیر نبودن با مسایل پیچیده لفظی به این مورد راضی شده‌اند و گرنه همان‌طور که بسیاری از علما فرموده‌اند (خمینی، مناهج، ۱۴۱۵ق، ۲۵۲/۲: قدسی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۲/۲) مراد مولا یکی است خواه با لفظ بیان شود و یا غیر آن.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۲۴

۳/۲/۳. مؤید سوم

طبق نسبتی که آیت‌الله مکارم (قدسی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۱/۲) به اکثر محققین متأخران می‌دهند تمسک به عام در شبهه مصداقیه در مخصّصات مطلقاً جایز نخواهد بود مگر در مواردی که طبیعت حکم در آن بر منع باشد. بنابر توضیح آیت‌الله سبحانی حکم ذاتی برای موضوع باید حرمت و فساد باشد و حلیت و صحت برخلاف طبع موضوع باشند و حکم بر آن دو نادر و کم باشد و به صورت استثناء هم باشد (جلالی، ۱۴۱۴ق، ۴۹۶/۲). مثلاً در مثال «أکل حیوان بحری جایز نیست مگر اینکه فلس دار

۱. برای اطلاعات بیشتر در مورد تفصیلات و استثنائات عدم جواز ر.ک: سبحانی، المبسوط، ۱۴۳۴ق، ۳۵۰/۲: خالصی مقدم، ۱۳۹۲، ۱۲۲.

باشد» فرموده‌اند چون مثلاً ماهی اوزون برون احراز نشده است که فلس دارد یا خیر داخل در منع می‌ماند.^۱

در درستی ادعای مطرح شده شکی نیست بلکه گوییم حتی در جایی که لسان عام بر منع هم نباشد مثلاً بر جواز باشد تمسک جایز است؛ زیرا سیاق کلام به سبک قانون و قاعده است همانند آنچه در قاعده طهارت شاهدیم. کافی است تصور کنیم حکم چنین بود: «اَکَل حِیَوَان بَحْرِي جَائِزٌ اسْتِ مَکْرَ اَیْنِکَ فِلسِ دَارِ بَاشِد» که واضح است مراد متکلم ایجاد یک قاعده کلی است که در موارد شک بتوان به آن رجوع کرد.

لیکن آنچه به نظر می‌رسد این است که:

اولاً اگر مراد ایشان از این تفصیل فقط منفصل است ما گوییم در متصل نیز همین است پس چرا فقط به مخصّص منفصل اختصاص یافته است؟ و اگر مرادشان مطلق است و شامل متصل نیز می‌شود چرا آنرا مختص مواردی کرده‌اند که طبیعت حکم بر منع باشد؟ اگر ملاک و معیار همان‌طور که در انوار الأصول (قدسی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۱/۲) ادعا شده سیره عقلا هست عقلا در جایی هم که طبیعت بر منع نباشد به عام تمسک می‌کنند پس علت این تفصیل چیست؟!

ثانیاً نفس استثنا کردن این مورد خالی از اشکال نیست زیرا افرادی که عام شامل حال آنان می‌شود و با اِلَّا تخصیص می‌خورند همان‌طور که گذشت همیشه در اکثریت است و موارد نادر با استفاده از اِلَّا خارج می‌شوند و فرقی ندارد که طبیعت حکم بر منع باشد یا نباشد. مثلاً اگر فرضاً بیشتر علما فاسق باشند مولا نمی‌گوید «اَکْرَمُ الْعُلَمَاءِ اِلَّا الْفَسَاقُ» بلکه می‌فرماید «لَا تَکْرَمُ الْعُلَمَاءُ اِلَّا الْعَدُولُ مِنْهُمْ» که در مثال اول همه علما باید اکرام شوند مگر اینکه فسق‌شان احراز شود و در دوم هیچ عالمی نباید اکرام شود مگر آنکه عدالتش ثابت شود.

۱. این بحث هم در انوار الأصول و هم در المبسوط در قسمت مخصّص منفصل آمده است ولی نوع بیان مبهم است و معلوم نیست مخصّص متصل را هم می‌گیرد یا خیر لیکن ممکن است از روی مثال‌ها اطلاق فهمیده شود. مثلاً از امام علی علیه السلام درباره ماهی پولک‌دار روایاتی رسیده که هیچکدام به صورت مخصّص منفصل نیستند (عاملی، ۱۴۲۹ق، ۱۲۷/۲۴) و یا مثال دوم و چهارم در المبسوط صریح در مخصّص متصل است (سبحانی، ۱۴۳۴ق، ۳۵۳/۲).

ثالثاً طبق جستجویی^۱ که شامل آیات قرآنی و دوازده جلد اول کتاب «وسائل الشیعه» بود و مایه شگفتی شد، در یافتیم که اکثر موارد استفاده از **إِلَّا** استثنائیه هم در آیات و هم در احادیث، در جایی است که طبیعت حکم بر منع و فساد است. نتیجه این جستجو به ضمیمه مستثنیات عدم جواز که در پاورقی ابتدای این مؤید آمد به خوبی مشخص می کند آنچه توسط این بزرگان استثنا شده است دارای کثرت مصداقی است یعنی در اکثر موارد، تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز خواهد بود پس بهتر بود اصل را بر جواز تمسک به عام قرار می دادند و موارد نادر را خارج می کردند.

۴/۲/۳. تطبیقات

همان طور که در مؤید سوم گذشت ادعا شده است که اکثر محققان تمسک به عام را در جایی که طبیعت حکم بر منع باشد جایز می دانند که ما ثابت کردیم از جهت مصداقی بیشتر موارد همین گونه هستند. اکنون مواردی را می آوریم که طبیعت بر منع نیست ولی باین حال حکم فقهی آنها با وجود اینکه اصولی ها تمسک به عام در شبهات مصداقیه را قبول ندارند و یا استصحاب عدم ازلی را نپذیرفته اند نیز با آنچه نگارنده اثبات نمود یکسان است؛ یعنی در این موارد اگر به عام تمسک شود طبق نظر ما و به اصول عملیه یا قواعد دیگر رجوع نشود بنابر دیدگاه اصولیان، حکم فقهی یکسان است و مؤیدی بر اینکه نزاعها لفظی است.

۱. «حَلَقَ اللَّهُ الْمَاءَ طَهُورًا إِلَّا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ إِلَّا مَا غَيَّرَ لَوْنَهُ أَوْ طَعْمَهُ أَوْ رِيحَهُ» (عاملی، ۱۴۲۹ق، ۱/۱۳۵). علما در مورد آبی که مشکوک به نجاست است قائل اند که به عموم عام در این روایت نمی توان تمسک کرد و برای اثبات طهارت به اصول عملیه

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۲۶

۱. در این جستجو که با حذف موارد تکراری و عدم بررسی سند روایات و همچنین لحاظ مستحبات و مکروهات و با استفاده از نرم افزار رایانه ای «جامع الاحادیث» انجام گرفت مشخص شد که از ۲۷ آیه ای که متضمن حکم فقهی و مشتمل بر کلمه **إِلَّا** هستند ۲۴ مورد و در روایات از مجموع ۴۱۱ حدیث، در ۲۷۹ مورد طبیعت حکم بر منع است.

۲. این مورد در حقیقت طهارت را بیان می کند یعنی حکم کلی بر جواز است گرچه لسان آن نفی است همانند مثال اول در المبسوط که گرچه در ظاهر امر است ولی حکم حقیقتاً نهی است (سبحانی، ۱۴۳۴، ۲/۳۵۳).

یا قواعد دیگر رجوع می کنند (جمعی از بزرگان، ۱۴۱۸ق، ۸۱/۲) لیکن ما ثابت کردیم که تمسک به عام اشکالی ندارد بدین گونه که تا تغییر در موارد سه گانه احراز نشده حکم به طهارت خواهد شد (یزدی، ۱۴۲۵ق، ۷۳/۱).

۲. «كُلُّ شَيْءٍ مِنَ الطَّيْرِ يُتَوَضَّأُ مِمَّا يَشْرَبُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ تَرَى فِي مِثْقَالِهِ دَمًا» (عاملی، ۱۴۲۹ق، ۲۳۰/۱؛ یزدی، ۱۴۲۵ق، ۲۷۶/۱). در این روایت همانند روایت قبلی تا وجود خون در منقار احراز نشده به عام تمسک شده و به طهارت حکم می شود.

۳. «اغْسِلْ كُلَّ شَيْءٍ مِنَ الْمَوْتَى الْعَرِيقِ وَ أَكْبِلِ السَّبْعِ وَ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا مَا قُتِلَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۱۳/۳). علما در مورد بدنی که در معرکه افتاده و معلوم نیست که شهید شده یا نه احتیاط واجب دارند که باید غسل داده شود (یزدی، ۱۴۲۵ق، ۴۳/۲) گرچه ثمره هر دو نظر یکی است لیکن به نظر ما تا وقتی که شهادت در معرکه احراز نشده داخل در عام است و نوبت به احتیاط نمی رسد.

۴. پیشنهادها

۱. طریقه جمع بین کلمات با در نظر گرفتن مطالبی که ما بیان کردیم و با توجه به کلمات مرحوم آخوند در ابتدای بحث عام مبنی بر اینکه مخصص متصل اصلاً مخصص نیست از طرفی و با عنایت به اینکه ایشان استثناء و مانند آن را در بحثی دیگر از وصف جدا می کند و حکم آنها را یکسان نمی داند از طرفی دیگر، پذیرش کلام مرحوم محقق عراقی است که اگر دلیل همانند وصف، لسان تقیید داشت احکام اطلاق و تقیید بر آن بار می گردد و اگر دلیل مانند استثناء فقط اخراج حکمی بود احکام تخصیص بر آن جاری است (بروجردی، ۱۴۲۲ق، ۵۲۰/۱)؛ بنابراین می توان گفت مطرح کردن بحث وصف در بحث عام و خاص از اساس نادرست بوده و جای آن در بحث مطلق و مقید است. از این رو پیشنهاد می گردد که وصف به طور کلی از بحث عام و خاص به بحث مطلق و مقید منتقل شده و در آنجا مورد بحث قرار گیرد.

۲. همچنین باید تحقیقی جداگانه درباره الحاق سائر قیود مانند شرط و غایت به وصف یا استثناء صورت پذیرد.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های صورت گرفته نتایج ذیل نسبت به مُعْنُون شدنِ عام در مخصّص متصل حاصل می‌شود.

۱. علت قول مشهور مبنی بر مُعْنُون شدن عام، هم‌سنگ پنداریِ وصف با اِلّا استثنائیه است.

۲. بررسی ویژگی‌های اِلّا از جمله داشتنِ مفهوم و افاده حصر از جهت نحوی و همچنین تکیه بر سیره عَقْلًا مشخص می‌کند که وصف و اِلّا نباید یکسان پنداشته شوند.

۳. در صورت استفاده از اِلّا در کلام، عام مُعْنُون نشده و به عمومیت خود باقی است.

۴. عام فقط یک لفظ ساده نیست بلکه در حکم قانونی کلی است که در موارد شک می‌توان به آن رجوع کرد.

۵. ثمرات:

۱. در انقلاب نسبت، در جایی که یک عام مخصّص به خاص متصل و یک خاص منفصل وجود داشته باشد عام، با هر دو خاص تخصیص می‌خورد؛

۲. در بحث تمسک به عام، با استفاده از مؤیداتی که در کلمات خود اصولیان یافت شد از جمله پذیرش استصحاب عدم ازلی توسط اکثر علما، جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه نه تنها در مخصّص متصل بلکه در منفصل هم به طریق اولی ثابت گردید. خلاصه آنکه نتیجه فقهی اقوال در بسیاری از موارد با هم یکسان هستند و مشعر به اینکه نزاع در مورد این مخصّص، لفظی است و غور بیش از حد در مطلب موجب غفلت علما از برخی مسایل پیش‌پاافتاده و ساده شده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۲۸

منابع

۱. آخوندخراسانی، محمدکاظم. (۱۴۳۰ق). کفایة الأصول. زارعی سبزواری، علی. ششم. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲. اسماعیل پور قمشه ای قمی، محمدعلی. (۱۳۹۲ش). دقائق الأصول: دراسات فی الأصول. یکم. قم: رایا فرهنگ.
۳. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق). نهاية الدرايه فی شرح الکفایه. یکم. بیروت: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۴. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). مطارح الانظار. کلاتری، ابوالقاسم. دوم. قم: مجمع فکر اسلامی.
۵. بروجردي، محمدتقی. (۱۴۲۲ق). نهاية الافکار. تقریرات مرحوم عراقی. چهارم. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۶. تبریزی، موسی بن جعفر. (۱۳۶۹ق). أوثق الوسائل فی شرح الرسائل. اول. قم: کتبی نجفی.
۷. تبریزی، میرزا جواد. (۱۳۹۰ش). دروس فی مسایل علم الأصول. اول. قم: دار التفسیر.
۸. جزائری مروج، محمد جعفر. (۱۴۲۸ق). منتهی الدرايه فی توضیح الکفایه. یکم. قم: ذوی القربی.
۹. جلالی مازندرانی، سید محمود. (۱۴۱۴ق). المحصول فی علم الأصول. تقریرات جعفر سبحانی. یکم. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۱۰. جمعی از بزرگان و اساتید. (۱۴۱۸ق). موسوعه امام خوئی. تقریرات مرحوم خوئی. یکم. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۱۱. جمعی از محققان. (۱۳۸۹ش). فرهنگ نامه اصول فقه. یکم. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۲. جوادی، عبدالله. (۱۳۹۳/۰۷/۲۷). مبحث یبع. (www.eshia.ir/feqh/archive/) (text/javadi/feqh)
۱۳. حائری اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۴ق). الفصول الغروية فی الأصول الفقهية. یکم. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه.
۱۴. حرانی، حسن بن علی. (۱۴۰۴ق). تحف العقول. علی اکبر غفاری. دوم. قم: جامعہ مدرسین.
۱۵. حسینی روحانی، محمدصادق. (۱۴۲۷ق). زیدة الأصول. سوم. قم: انوار الهدی.

۱۶. حسینی میلانی، سید علی. (۱۴۳۷ق). تحقیق الأصول. سوم. قم: الحقائق.
۱۷. حیدری، علی تقی. (۱۴۱۲ق). اصول الاستنباط. یکم. قم: لجنة اداره الحوزه العلمیه.
۱۸. خالصی مقدم، محمد هادی. (۱۳۹۲ش). تمسک به عام در شبهات مفهومی و مصداقیه
مختص. حوزه علمیه.
۱۹. خرازی، سید محسن. (۱۴۲۵ق). عمدة الأصول. یکم. قم: مؤسسه در راه حق.
۲۰. خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق). الرسائل. یکم. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۱. _____ (۱۴۱۵ق). مناهج الوصول الى علم الأصول. یکم. قم: مؤسسه تنظیم و
نشر آثار امام خمینی.
۲۲. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق). تحریرات فی الأصول. یکم. قم: مؤسسه تنظیم و نشر
آثار امام خمینی.
۲۳. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۳۰ق). اجود التقريرات. تقریرات آقای نائینی. دوم. قم:
مؤسسه صاحب الامر.
۲۴. سبحانی، جعفر. (۱۴۳۴ق). المبسوط فی اصول الفقه. دوم. قم: مؤسسه امام
صادق علیه السلام.
۲۵. _____ (۱۳۷۸ش). الموجز فی اصول الفقه. چهاردهم. قم: مؤسسه امام
صادق علیه السلام.
۲۶. _____ (۱۴۰۵ق). تهذیب الأصول. تقریرات امام خمینی. نامعلوم. قم: مؤسسه
نشر اسلامی.
۲۷. سنقر، محمد. (۱۴۳۲ق). المعجم الاصولی. یکم. بیروت: مؤسسه تاریخ عربی.
۲۸. طباطبائی قمی، سید تقی. (۱۳۷۱ش). آراؤنا فی اصول الفقه. یکم. قم: محلاتی.
۲۹. عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۲۹ق). تفصیل وسائل الشیعه. دوم. بیروت: آل البيت علیهم السلام.
۳۰. فیاض، محمد اسحاق. (۱۴۲۲ق). محاضرات فی اصول الفقه. تقریرات سید ابوالقاسم
خوئی. یکم. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی.
۳۱. قدسی، احمد. (۱۴۲۴ق). انوار الأصول. تقریرات آقای مکارم. یکم. قم: مدرسه امام
علی بن ابی طالب [جلد سوم این کتاب در سال ۱۴۲۵ منتشر شده است].
۳۲. قدیری، محمد حسن. (۱۴۲۹ق). المباحث فی علم الأصول. یکم. قم: بوستان کتاب.
۳۳. قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۸ق). قوانین الأصول. دوم. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۳۴. کاظمی، محمد علی. (۱۴۱۶ق). فوائد الأصول. تقریرات آقای نائینی. پنجم. قم:
مؤسسه نشر اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۳۰

۳۵. کرکی، علی. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. دوم. قم: آل البيت علیهم السلام.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی*. علی اکبر غفاری. محمد آخوندی. چهارم. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۷. مشکینی، علی. (۱۳۷۱ش). *اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*. پنجم. قم: نشر الهادی.
۳۸. مظفر، محمدرضا. (۱۴۱۰ق). *اصول الفقه*. سوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۹. ملکی اصفهانی، مجتبی. (۱۳۹۰ش). *فرهنگ اصطلاحات اصول*. یکم. قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.
۴۰. ملکی اصفهانی، محمود. (۱۳۸۱ش). *اصول فقه شیعه*. تقریرات مرحوم فاضل لنکرانی. یکم. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۱. نوری، حسین. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل*. ج اول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۲. نهاوندی نجفی، علی. (۱۳۲۰ق). *تشریح الأصول*. ج اول. تهران: میرزا محمدعلی تاجر طهرانی.
۴۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۹۴/۰۸/۱۸). *جلسه ۵۷۳*. (www.hashemishahroudi.org/fa/lesson/1211)
۴۴. ———. (۱۴۲۶ق). *بحوث فی علم الأصول*. سوم. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۴۵. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۵ق). *العروة الوثقی*. دوم. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

مُعنون شدن عام
و ثمرات آن در مخصّص
متصل

References

1. 'Ismā'īl pūr Qomshī'ī al-Qommi, Muḥammad 'Alī. 2013/1392. *Daqā'iq al-Uṣūl: Dirāsāt fī al-Uṣūl*. 1st. Qom: Intishārāt-i Rāyā Farhang.
2. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1997/1418. *Nihāyat al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāya*. 1st. Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt lī Iḥyā' al-Turāth.
3. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). *Maṭāriḥ al-Anzār*. Edited by Kalāntarī, Abulqāsim. 2nd. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
4. al-Khurāsānī, Muhammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasānī). 2009/1430. *Kifāyat al-Ūṣūl*. Edited by 'Abbās 'Alī al-Zārī'ī al-Sabziwārī. 6th. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
5. al-Burūjirdī al-Najafī, Muḥammad Taqī. 2001/1422. *Nihāyat al-Afkār alqawā'id*

- al-Fiqhīya* (Taqrīrāt Buḥūth al-Muḥaqqiq al-‘Irāqī). 4th. Qum: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
6. Al-Tabrīzī, al-Mīrzā Musā ibn Ja‘far. 1990/1369. *’Uthaq al-Wasā’il fī Sharḥ al-Rasā’il*. 1st. Qom: Intishārāt Katbī al-Najafī.
 7. al-Tabrīzī, Jawād. 1967/1387. *Durūs fī Masā’il ‘Ilm al-Uṣūl*. 1st. Qum: Intishārāt Dār al-Tafsīr.
 8. al-Jazā’irī al-Murawwīj, al-Sayyid Muḥammad Ja‘far. 2007/1428. *Muntahā al-Dirāya fī Tawḍīḥ al-Kifāya*. 1st. Qum: Intishārāt Zawī al-Qurbā.
 9. Al-Jalālī al-Māzandarānī, Sayyid Maḥmūd. 1994/1414. *Al-Maḥṣūl fī ‘Ilm al-Uṣūl, Taqrīrāt Buḥūth of Ayatollah Ja‘far Sobḥānī*. 1st. Qom: Mu’assasat al-Imām al-Ṣādiq.
 10. Some of prominent scholars. 1997/1418. *Musū‘at al-Imām al-Khumaynī. Taqrīrāt Buḥūth al-Sayyid Abū al-Qāsim al-Mūsawī al-Khu’ī*. 1st. Qom: Mu’assasat Iḥyā’ Āthār al-Imām al-Khu’ī.
 11. Some of Researchers. 2010/1389. *Farhang Nāmi-yi Uṣūl al-Fiqh*. 1st. Qom: Islamic Sciences and Culture Academy of Qum.
 12. Jawādī Āmulī, ‘Abd Allāh. 2014/1393. *The subject of Bay‘*. www.eshia.ir/feqh/archive/text/javadi/feqh
 13. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1984/1404. *Al-Fuṣūl al-Gharawīyyah fī al-Uṣūl al-Fiqhīyyah*. 1st. Qom: Dār Iḥyā’ al-‘Ulūm al-Islāmīyyah.
 14. al-Ḥarrānī, Ḥasan Ibn ‘Alī Ibn Shu‘ba. 1984/1404. *Tuḥaf al-‘Uqūl*. Translated by ‘*Alī Akbar Qaffāri*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 15. Al-Ḥusayni al-Ruḥānī, Sayyid Muḥammad Ṣādiq. 2006/1427. *Zubdat al-Uṣūl*. 3rd. Qom: Intishārāt-i Anwār al-Hudā.
 16. Al-Ḥusayni al-Mīlānī, Sayyid ‘Alī. 2016/1437. *Tahqīq al-Uṣūl*. 3rd. Qom: Intishārāt-i al-Ḥaqā’iq.
 17. al-Ḥaydarī, al-Sayyid ‘Alī Naqī. 1994/1412. *Uṣūl al-Istīnā’ fī Uṣūl al-Fiqh wa Tārīkhīh bi Uslūb Jadīd*. Qum: Lujnat Idārat al-Ḥawza al-‘Ilmīyya.
 18. Khālīshī Moqaddam, Muḥammad Ḥādī. 2013/1392. *Tamasuk bi ‘Ām dar Shobahāt-i Maḥmūmiyyah wa Miṣdāqī-yi Mukhaṣis*. Intishārāt-i Hawzat al-

'Ilmiyyah.

19. Kharāzī, Sayyid Muḥsin. 2004/1425. *'Umdat al-Uṣūl*. 1st. Qom: Dar Rāh-i Haqq.
20. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1990/1410. *Al-Rasā'il*. 1st. Qom: Mu'assasat Ismā'īlyān.
21. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1995/1415. *Minhāj al-Wuṣūl 'ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Qom: Mu'assisi-yi Tanzīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī.
22. al-Khumaynī, al-Ṣayyid Muṣṭafā. 1997/1418. *Tahrīrāt fī al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
23. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Ṣayyid Abū al-Qāsim. 2009/1430. *Ajwad al-Taqrīrāt (Taqrīrāt Baḥṭh al-Mūrā al-Nā'imī)*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Ṣāhib al-'Aṣr.
24. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 2012/1434. *al-Mabsūṭ fī Uṣūl al-Fiqh*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
25. —. 1999/1387. *al-Mūjaz fī Uṣūl al-Fiqh*. 14th. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq.
26. —. 1985/1405. *Tahdhīb al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥṭh al-Imām al-Khumaynī)*. Qom: Mu'assasat Nashr al-Islāmīyah.
27. Al-Ṣanqūr, Muḥammad. 2011/1432. *Al-Mu'jam al-Uṣūlī*. 1st. Beirut: Mu'assasat al-Tarīkh al-'Arabī.
28. Al-Ṭabāṭabā'ī al-Qummī, Sayyid Taqī. 1992/1371. *Ārā'unā fī Uṣūl al-Fiqh*. 1st. Qom: Intishārāt-i Muḥallatī.
29. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 2008/1429. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' a-Iturāth.
30. al-Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. 2001/1421. *Muḥāzīrāt fī Uṣūl al-Fiqh (Taqrīrāt Buḥūth al-Ṣayyid al-Khu'ī)*. 1st. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
31. Qudsī, Aḥmad. 2003/1424. *Anwār al-Uṣūl (Taqrīrat-i Durūs-i Shaykh Naṣīr Makārim Shīrāzī)*. Qom: Madrasat al-Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib. (the third volume of this book was published on 2004/1425).
32. Al-Qadīrī, Muḥammad Ḥasan. 2008/1429. *Al-Mabāḥis fī 'Ilm al-Uṣūl*. 1st. Qom: Intishārāt-i Būstān-i Kitāb.
33. Al-Qummi, Abulqāsim. 1959/1378. *Qawānīn al-Uṣūl*. 2nd. Tehran: Maktabat al-'Ilmiyya al-Islāmīyya.

34. al-Kāzimī al-Khurāsānī, Muḥammad ‘Alī. 1997/1416. *Fawā'id al-Uṣūl (Taqrīrāt Baḥth al-Mīrzā al-Nā'īnī)*. 5th. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
35. al-‘Āmilī al-Karakī, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jamī' al-Maqāsid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qum: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
36. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *al-Kāfī. Edited by Muḥammad Ākhundī*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyyah.
37. al-Mishkīnī al-Ardabīlī, al-Mīrzā ‘Alī. 1992/1371. *Iṣṭilāḥāt al-Uṣūl wa Mu'zam 'Abḥāthuha*. 5th. Qom: Nashr al-Hādī.
38. al-Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. 1990/1410. 3rd. *Uṣūl al-Fiḥ*. Qum: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
39. Al-Malikī al-Iṣfahanī, Mujtabā. 2011/1390. *Farhan-i Iṣṭilāḥāt-i Uṣūl*. 1st. Qom: al-Muṣtafā International Publication Center.
40. Al-Malikī al-Iṣfahanī, Maḥmūd. 2002/1381. *Uṣūl al-Fiḥ al-Shī'a. Taqrīrat-i Durūs-I Late Ayatollah Faḍl al-Lankarānī*. 1st. Qom: Markaz Fiḥ al-A'immat al-Aṭhār.
41. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1988/1408. *Muṣṭadrak al-Wasā'il wa Muṣṭanbaṭ al-Masā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
42. Al-Nahāwandī al-Najafī, ‘Alī. 1902/1320. *Tashrīḥ al-Uṣūl*. 1st. Tehran. Edited by al-Mīrzā Muḥammad ‘Alī al-Tājir al-Ṭahrānī.
43. Hāshimī al-Shahrūdī, Sayyid Maḥmūd. 2005/1426. *Al-Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. 3rd. Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiḥ al-Islāmī Ṭibqan li Madhhab Ahl al-Bayt.
44. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 2004/1425. *al-'Urwat al-Wuthqā fīmā Ta'ummu biḥī al-Balwā*. 2nd. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
45. www.hashemishahroudi.org/fa/lesson/1211

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۳۴

Conceptology of *Muthbit* (Establishing) Principle¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.55940.1883

Zahra Vatani

Assistant Professor at Research Institute of Imam Khomeini and Islamic Revolution;
Zh_vatani@hotmail.com

Ahmad Mohammadi

PhD Student in Islamic Jurisprudence and Law at Research Institute of Imam Khomeini and Islamic Revolution (Corresponding Author); mohammadi.ahmad136912@gmail.com

Javad Soltani Far

Phd Student in Jurisprudence and Private law at Shahid Motahari University

Hossein Soltani Far

Master Student of Jurisprudence and Private Law at Shahid Motahari University

Receiving Date: 2019-11-26

Approval Date: 2020-05-27

Abstract

The Mujtahid (master jurist), after doubting in *Hukm Taklifi* (defining law) and not finding *'Imārah* (indication leading to a speculative reasoning), unavoidably performs practical principles to relieve confusion. Subjects which are the place of performance of practical principles may have with them inherent, implicant and attendant whether they are legal or non-legal or direct or indirect. In principles of Jurisprudence, the scope and validity of each of these

1. Mohammadi - A; (2021); " Conceptology of *Muthbit* (Establishing) Principle "; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 7 ; No: 22 ; Page: 35-57; Doi: 10.22034/jrj.2020.55940.1883

cases is examined under the title of Muthbit Principle. Considering logical order, before discussing on validity this principle, one must first be introduced to the concept of Muthbit Principle and determine its scope as well. With a brief view at the provided definitions for Muthbit Principle by Usuli scholars, it can be clearly seen the essential difference between each of those definitions. Having used the analytical method, this study counted and criticized various definitions of Muthbit Principle. Finally, a comprehensive definition which can include all components of said principle has been provided. Muthbit Principle is a principle that, in order to achieve the legal ruling, seeks to prove inherent or non-legal intermediates, implicant or legal attendant which is arranged on legal and non-legal intermediates. So, legal intermediates which follow legal effects will also be a Muthbit Principle.

Key Words: Conceptology, Muthbit Principle, Validity of Muthbit Principle, Practical Principles.

مفهوم‌شناسی «اصل مثبت»^۱

زهرا وطنی^۲

احمد محمدی^۳

جواد سلطانی فرد^۴

حسین سلطانی فرد^۵

چکیده

مفهوم‌شناسی
«اصل مثبت»

۳۷

مجتهد پس از شک در حکم تکلیفی و نیافتن اماره به ناچار برای رفع حیرت در مقام عمل، اقدام به اجرای اصول عملیه می‌کند. موضوعاتی که مجرای اصول عملیه هستند ممکن است همراه خود، لازم، ملازم یا ملزومی چه شرعی و چه غیر شرعی و چه بی‌واسطه یا باواسطه داشته باشند. محدوده و حجیت هر یک از این موارد، در اصول فقه با عنوان اصل مثبت مورد بررسی قرار می‌گیرد. با در نظر گرفتن ترتیب منطقی، پیش از بحث در مورد حجیت این اصل، ابتدا باید با مفهوم اصل مثبت آشنا شد و همچنین محدوده آن را مشخص کرد. با نگاهی اجمالی به تعاریف ارائه شده از اصل مثبت از سوی علمای اصول، می‌توان به وضوح تفاوت ماهوی هر یک از این تعاریف را با یکدیگر مشاهده کرد. در این پژوهش، با استفاده از روش تحلیلی، به احصا و نقد تعاریف گوناگون از اصل

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۱۷

۲. استادیار پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران: Zh_vatani@hotmail.com

۳. دانش آموخته دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران (نویسنده مسئول): mohammadi.ahmad136912@gmail.com

۴. دانش آموخته دکتری رشته فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری، تهران: j.soltani.f@gmail.com

۵. دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری، تهران: hsn.soltanifard@gmail.com

مثبت، پرداخته شده و در نهایت تعریفی جامع ارائه شده است که بتواند دربرگیرنده تمامی عناصر اصل مزبور باشد. اصل مثبت، اصلی است که باهدف رسیدن به حکم شرعی، درصدد اثبات واسطه‌های غیرشرعی یا لازم، ملزوم و یا ملازم شرعی مترتب بر واسطه‌های شرعی و غیرشرعی است؛ بنابراین واسطه‌های شرعی که آثار شرعی به دنبال دارند نیز اصل مثبت خواهند بود.

کلیدواژه‌ها: مفهوم‌شناسی، اصل مثبت، حجیت اصل مثبت، اصول عملیه، استصحاب.

مقدمه

گاهی در اثر برداشت‌های گوناگون از مفهوم یک واژه یا ارائه تعاریف نامفهوم یا اشتباه از آن، اختلافات عمیقی به وجود می‌آید که موجب مترتب شدن آثار و نتایج متفاوتی می‌شود. یکی از راه‌هایی که می‌توان اختلاف و برداشت‌های گوناگون از مفاهیم و موضوعات را به حداقل رساند، ارائه یک تعریف صحیح و منطقی از آن‌هاست. هرچند رسیدن به تعریفی دقیق از یک مقوله - که همان حد تام باشدج- بسیار مشکل و بلکه ناشدنی است؛ لیکن فقیهان و مجتهدان برای ارائه تعریف - هرچند به شکل شرح الاسمی- مفاهیم کاربردی در استنباط احکام، کوشش بسیاری نموده‌اند که اثر این تلاش‌های فردی، ارائه تعاریف متفاوت و در نتیجه پدیدارشدن اختلاف در مفهوم‌شناسی مسایل دینی است.

«اصل مثبت» نیز از مفاهیمی است که از این اختلاف برداشت‌ها در امان نمانده است. در این زمینه تنها برخی اصولیان به مناسبت بحث از حجیت اصل مثبت به تعریفی از آن پرداخته‌اند که بسیار ناهمگون و متفاوت است و آثار بسیار متفاوتی در فقه بر جای گذاشته است. فقدان پژوهش مستقلی در زمینه فهم مفهوم «اصل مثبت» و نارسایی تعاریف موجود، نگارندگان این پژوهش را به سعی در طرح و بسط تمامی تعاریف ارائه‌شده در این موضوع و نقد آن‌ها و در نهایت، ارائه تعریفی واحد و جامع از آن واداشت. بر اساس چنین تعریفی - که تمامی عناصر موجود در تعاریف ارائه‌شده از اصل مثبت را دارا باشد- می‌توان گام را فراتر نهاد و در مرحله بعد، از حجیت یا عدم حجیت اصل مثبت بحث کرد. آثار شرعی مترتب بر واسطه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۳۸

شرعی شاید بزرگ‌ترین مقوله‌ای بود که با وجود نزاع بر حجیت یا عدم حجیت آن، در تعریف اصل مثبت داخل نبود ولی در تعریف ارائه‌شده از نگارندگان این مهم اتفاق افتاده است.

۱. پیشینه پژوهش

از آنجا که دانشمندان، بحث از اصل مثبت را به‌عنوان بحثی کاملاً حاشیه‌ای در ضمن یکی از اصول عملیه یعنی استصحاب مطرح می‌کنند، تاکنون پژوهش مستقلی نسبت به مفهوم‌شناسی چنین اصلی حتی در میان معاصران صورت نگرفته است. تعاریفی هم که در کتاب‌های اصولی از این اصل صورت گرفته بسیار مختصر و در حد اشاره بوده است که به مهم‌ترین موارد آن در این مقاله اشاره شده است؛ از این روی و با توجه به کاربردی بودن بحث حجیت یا عدم حجیت اصل مثبت، می‌توان این جستار را گامی مهم در جهت تبیین معنایی اصل مزبور و مقدمه‌ای برای بحث از حجیت آن قلمداد کرد.

مفهوم‌شناسی
«اصل مثبت»

۲. تعریف مفاهیم کاربردی

۳۹ در ابتدا و پیش از ورود به بحث از مفهوم‌شناسی اصل مثبت، باید معانی واژه‌ها، مفاهیم و عناوینی که از آن‌ها در تعریف اصل مثبت، استفاده شده است، روشن شود.

۲-۱. لازم، ملزوم، ملازم و لزوم

هرگاه دو چیز را در نظر بگیریم یکی "الف" و دیگری "ب" و وضع آن دو طوری باشد که هر وقت "الف" وجود پیدا کند "ب" هم موجود شود، در این صورت "الف" را «ملزوم» و "ب" را «لازم» می‌نامند و این دو با یکدیگر «ملازم» بوده و رابطه بین آن‌ها «لزوم» نامیده می‌شود (جعفری‌لنگرودی، ۵۸۴).^۱

لازم از جهت معروض به لازم مطلق، لازم ماهیت و لازم وجود تقسیم می‌شود

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: شرح منظومه، ملاهادی سبزواری، ۱۷۴/۱.

که قسم اخیر خود به دو قسم لازم وجود خارجی و لازم وجود ذهنی تقسیم می‌شود (خواجه طوسی، ۱۳۹۵، ۲۳؛ رازی، ۱۳۸۶، ۵۶؛ شیرازی، ۱۳۶۵، ۴۳؛ فرصت شیرازی، ۱۳۶۱، ۳۳؛ نפתازانی، ۱۴۱۲ق، ۴۶؛ مجتهد خراسانی (شهابی)، ۱۳۹۲، ۱۰۵؛ مشکوٰۃ‌الدینی، ۱۳۶۲، ۱۶۶) لازم از جهت میزان روشن بودن ملازمه نیز به لازم بین - که خود به دو قسم اعم و اخص تقسیم می‌شود - (مجتهد خراسانی (شهابی)، ۱۳۹۲، ۱۰۵؛ خوانساری، ۱۳۹۴، ۶۱؛ مشکوٰۃ‌الدینی، ۱۳۶۲، ۱۶۶) و غیر بین (مظفر، ۱۴۳۳ق، ۱۱۶) و از جهت وجود یا عدم وجود واسطه، خود به واسطه در ثبوت، واسطه در اثبات، واسطه در تقسیم می‌شود. عرض باواسطه، خود به واسطه در ثبوت، واسطه در اثبات، واسطه در عروض و واسطه در اتصاف (مشکوٰۃ‌الدینی، ۱۳۶۲، ۱۶۶) و عرض بی‌واسطه به عرضی که واسطه در ثبوت ندارد، عرضی که واسطه در عروض ندارد و عرضی که واسطه در اثبات ندارد - و لازم بین نیز نامیده می‌شود - تقسیم می‌شود (ابن سینا، ۱۴۰۴ق، ص ۲۷۰).

۲-۲. عرف

عرف در لغت به معنای معروف در مقابل منکر به کار رفته است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۲۳۶/۹). در اصطلاح، تعاریف مختلفی از آن کرده‌اند که بسیاری از آن‌ها مبتلا به اشکال‌اند.

سبحانی در تعریف عرف می‌گوید: عرف، شیوه و روشی است که مردم آن‌را پذیرفته و بر اساس آن حرکت می‌کنند؛ خواه در گفتار باشد یا در کردار^۱ (سبحانی تیریزی، ۱۳۸۳، ۱۸۳/۱)؛ از عرف به عادت نیز تعبیر کرده‌اند (حکیم، ۱۴۲۳ق، ۴۱۹/۱). وی برای گزینه بودن عرف در گفت‌وگوهای روزمره به ذکر شاهد مثال‌هایی برای مدعای خود پرداخته که در آن به عرف و عادت نیز اشاره کرده است؛ اگر فردی برای انجام عملی اجیر شود و آن عمل توابعی داشته باشد که بر اجیر شرط نشده باشد، عرف و عادت محل، معیار قرار می‌گیرد... (سبحانی تیریزی، ۱۳۸۳، ۱۵۰/۱). در تعریفی دیگر عرف عبارت است از روش و شیوه مستمر عملی یا گفتاری که در میان همه یا

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۴۰

۱. أقول: العرف عبارة عن كل ما اعتاده الناس و ساروا عليه، من فعل شاع بينهم، أو قول تعارفوا عليه، ولا شك أن العرف هو المرجع في منطقة الفراغ، أي إذا لم يكن هناك نص من الشارع على شيء على تفصيل سيوافيك وإلا فالعرف سواء أوافق أم خالفه ساقط عن الاعتبار.

بیشتر مردم، یا قوم یا گروه خاصی شناخته شده و مرسوم باشد. این تعریف، سیره متشرع، عقلایی و غیر آن‌ها را شامل می‌شود. برخی عرف را شامل مرتکرات ذهنی نیز دانسته‌اند (صدر، ۱۴۰۰، ق، ۴/۲۳۴).

حکیم بعد از نقل تعریف جرجانی و علی حیدر به بررسی این دو تعریف می‌پردازد. وی می‌گوید: از نظر جرجانی عرف آن چیزی است که نفس‌ها با گواهی عقل، بر آن مداومت یافته‌اند و طبع آن‌ها درستی آن‌را پذیرفته است و علی حیدر نیز در شرح خود برای مجله و در ضمن تعریف عادت، عرف را چنین تعریف می‌کند: عرف، امری است که نفس‌ها آن‌را انجام می‌دهند و افرادی که طبع سلیم دارند با تکرار مکرر خود آن‌را پذیرفته‌اند.^۱ و پس از این تعریف می‌گوید: عرف به معنی عادت است ولی ایرادی که این دو تعریف دارند این است که گواهی عقل و صحیح‌انگاشتن طبع‌ها، در مفهوم آن آورده شده است؛ بدین معنی که عرف‌ها گوناگون هستند و با توجه به زمان و مکان تغییر می‌کنند، ولی آیا عقل‌ها و طبایع سلیم هم با آن‌ها دچار تغییر می‌شوند؟ گذشته از این اشکال، گونه‌ای از عرف‌ها را عرف فاسد به شمار می‌روند، آیا این قسم از عرف‌ها را عقل‌ها و طبایع سلیم می‌پذیرند؟ لذا به نظر می‌رسد نباید «گواهی عقل و صحیح‌انگاشتن طبع‌ها» از عناصر سازنده تعریف عرف به حساب آید (حکیم، ۱۴۱۸، ق، ۱/۴۰۵). عبدالوهاب‌الخلافا در تعریف عرف می‌گوید: عرف، آن چیزی است که مردم، یکدیگر را با آن می‌شناسند و آن‌را انجام می‌دهند، خواه گفتار باشد خواه کردار یا ترک هر یک از آن‌ها. وی پس از این تعریف بیان می‌کند که نام دیگر عرف، عادت است^۲ (خلافا، بی‌تا، ۸۹) و حکیم این تعریف را بهترین تعریف برای عرف می‌داند (حکیم، ۱۴۱۸، ق، ۴۰۵). تقریباً بیشتر اصولی‌ها عرف و عادت را در کنار یکدیگر به کار برده‌اند (طباطبایی، ۱۲۹۶، ق، ۳/۲۲۳؛ حلی، ۱۴۲۵، ق، ۲/۳۴۷)؛ اما به نظر می‌رسد مطلق عادت را نمی‌توان با عرف مترادف دانست؛ به بیان دیگر، برخلاف عادات فردی، تنها عادات جمعی را می‌توان با عرف هم‌معنی دانست نه مطلق عادت

مفهوم‌شناسی
«اصل مثبت»

۴۱

۱. هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس و يكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة ثم قال: و العرف بمعنى العادة.

۲. العرف ما تعارفه الناس و ساروا عليه من قول أو فعل أو ترك ثم قال: و يسمى العادة.

۲-۳. معنای لغوی اصل مثبت

اصل: راغب معتقد است ریشه و پایه هر چیز را اصل می گویند (راغب اصفهانی، ۱/ ۱۷۷). ابن منظور قسمت زیرین هر چیز را اصل آن می داند؛ جمع آن اصول است و جمع مکسری جز به این شکل ندارد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۱، ۱۶). مصطفوی در معنی اصل می گوید: آنچه چیز دیگری بر آن بنا شود، چه در جمادات باشد چه در نباتات یا حیوان یا معقولات یا در علوم^۱ (مصطفوی، ۱۴۳۰ق، ۱/ ۱۰۴).

مثبت: اسم فاعل ثلاثی مزید (باب افعال) از ریشه ث، ب، ت است. ثبت به معنای استقرار و دوام آنچه هست به کار می رود. ثبات در مقابل زوال است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۹/۲؛ قرشی بنایی، ۱۴۱۲ق، ۳۰۲/۲؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ۸۰/۲) و این معنی یا در موضوع یا در حکم یا در گفتار و نظر و... به کار می رود و گفته می شود حکم یا گفتار یا نظر او ثابت است^۲ (مصطفوی، ۱۳۶۸، ۵/۲) و با همزه و تضعیف متعدی می شود (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۸۰/۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۴۲

۲-۴. معنای اصطلاحی اصل مثبت

در اصطلاح، اصل به معنای حکمی است که برای فردی که در حالت شک به سر می برد، جعل شده و در آن جهت کشف و ناظریت وجود ندارد. اصل نیز همچون اماره، حکم ظاهری بوده و در موضوع جهل به واقع جعل شده و چهار قسم دارد:

اول) اصل عملی^۳ و لفظی^۴؛

۱. هو ما بینی علیه شیء، سواء كان في الجمادات أو في النباتات أو في الحيوان أو في المعقولات أو في العلوم، يقال أصل الحائض، أصل الشجر، أصل الإنسان، أصل المعرفة، الأصل في الألفاظ، الأصل في المعاني، وغير ذلك.

۲. أن الأصل الواحد في هذه المادّة: هو الاستقرار واستدامة ما كان و هو في مقابل الزوال، وهذا المعنى إما في الموضوع أو في الحكم أو في القول أو في الرأي أو غيرها، فيقال: حكمه ثابت، أو قوله ثابت، أو رأيه ثابت، و هو ثابت نفسه.

۳. اصل عملی: حکم ظاهری که در مقام عمل به آن نیاز داریم، بدون اینکه ارتباطی به مقام الفاظ داشته باشد.

۴. اصل لفظی: حکم ظاهری که در باب الفاظ به آن عمل می شد و اصل لفظی عقلایی نام دارد.

دوم) اصل شرعی^۱ و عقلی^۲؛

سوم) اصل محرز و غیر محرز^۳؛

چهارم) اصل مثبت و غیر مثبت (نک: مشکینی، ۱۴۱۶ق، ۵۶).

عبدالمنعم پس از پرداختن به معنای لغوی اصل در بخشی از گفتار خویش می‌گوید: اصل در اصطلاح به معانی دیگری همچون دلیل مقابل مدلول و قاعده کلی نیز آمده است که همه آن معانی، به استناد، ایجاد و ابتنای فرع به اصل برمی‌گردد (عبدالمنعم، بی‌تا، ۲۰۳/۱).

از تعریف اصطلاحی اصل که بگذریم، ترکیب معنایی اصل مثبت در کلام اصولی‌ها معنای خاصی دارد که رسیدن به تعریف واحد از میان اختلافاتی که در تعریف اصل مثبت وجود دارد، نیازمند بررسی هر یک از تعاریف ارائه‌شده در این زمینه است.

در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان تعاریف ارائه‌شده از اصل مثبت را به شیوه‌تئایی به تعاریفی که محدود به استصحاب شده‌اند و تعاریفی که محدود به استصحاب نشده‌اند، به دو دسته ذیل تقسیم کرد:

مفهوم‌شناسی
«اصل مثبت»

۲-۵. دسته اول: تعاریفی که اصل مثبت را به محدود به استصحاب کرده است

گروهی، اصل مثبت را به گونه‌ای تعریف کرده‌اند که تنها مختص به استصحاب است و شامل هفت تعریف ذیل می‌شود:

تعریف اول: «... اگر مستصحب از مجعولات - مانند موضوعات خارجی و لغوی - نباشد، در زمان شک، تنها لوازم شرعی جعل شده‌اند و لوازم عقلی و عادی، ملزوم شرعی یا غیر شرعی و ملازم مستصحب - که هر دو ملزوم امر سوومی هستند -

۱. اصل شرعی: هر حکم ظاهری که از ناحیه شارع مقدس جعل شده است، اصل شرعی گویند مانند: استصحاب، براءت شرعی و... .

۲. اصل عقلی: هر چه به حکم عقل و بناء عقلا باشد، اصل عقلی است؛ مانند: احتیاط.

۳. اصل محرز: همانگونه که گفته شد اصل حکمی است که برای جاهل به واقع جعل شده است و حال اگر در جعل آن احکام، حال واقع لحاظ شده باشد و لسان دلیل جعل احکام مماثل برای آن باشد اصل، محرز است مانند استصحاب و در غیر این صورت اصل، غیر محرز خواهد بود؛ مانند: تخیر.

جعل نشده‌اند. شاید مراد اصولی‌ها از نفی اصول مثبت‌ه این باشد که اصل، امری را در خارج اثبات نمی‌کند تا بر آن حکم شرعی مترتب شود بلکه مؤدای آن، امر شارع به عمل بر طبق مجرای شرعی آن است» (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۳/۲۳۴).^۱

ویژگی‌های این تعریف عبارت‌اند از:

اولاً ملزوم و ملازم مستصحب در تعریف داخل شده است. ثانیاً در این تعریف، به لوازم عقلی و عادی اشاره شده است. ثالثاً آثار، ملازمات و ملزومات شرعی بواسطه نیز داخل در تعریف نیستند. رابعاً اگر بتوان الف و لام «الأصل» در عبارت «أن الأصل لا يثبت أمراً في الخارج حتى يترتب عليه حكمه الشرعي» بل مؤداه امر الشارع بالعمل على طبق مجراه شرعاً» را الف و لام جنس (برخلاف عهد) قلمداد کرد، می‌توان ادعا کرد که شیخ انصاری، اصل مثبت را به استصحاب محدود نکرده است. اما کاوش در نگاشته وی نتیجه دیگری را نشان می‌دهد؛ زیرا وی در صفحات ۴۵۰، ۴۶۴، ۴۶۷، ۴۹۰ از جلد دوم فرائد الأصول و همچنین مسئله استصحاب از اصل مثبت سخن گفته است که همه آن‌ها مربوط به استصحاب است. گذشته از این مؤیدها، وی کلامی دارد که محدودبودن تعریف اصل مثبت به استصحاب را تقویت می‌کند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۴۴

او می‌نویسد: اگر استصحاب از باب ظن حجت باشد چاره‌ای جز التزام به اصول مثبت‌ه نداریم؛ زیرا ظن به ملزوم از ظن به لازم منفک نیست... (انصاری، ۱۴۱۶ق، ۳/۲۳۸).^۲ استدلال به این عبارت شیخ بدین نحو است که وی در صورت التزام به حجت استصحاب از باب ظن چاره‌ای جز حجت اصول مثبت‌ه نمی‌بیند که نشان می‌دهد در دیگر اصول عملی اصول مثبت‌ه‌ای وجود ندارد چه در این صورت تنها اصول مثبت‌ه استصحاب از عدم حجت خارج می‌شد و اصول مثبت‌ه دیگر اصول، همچنان در عدم حجت باقی می‌ماند.

۱... فالمجوعول في زمان الشك هي لوازمه الشرعية، دون العقلية والعادية، و دون ملزومه شرعياً كان أو غيره، و دون ما هو ملازم معه لملازم ثالث؛ ولعل هذا هو المراد بما اشتهر على ألسنة أهل العصر من نفی الاصول المثبتة، فيريدون به: أن الأصل لا يثبت أمراً في الخارج حتى يترتب عليه حكمه الشرعي، بل مؤداه أمر الشارع بالعمل على طبق مجراه شرعاً.

۲. لو قلنا باعتبار الاستصحاب من باب الظن لم يكن مناص عن الالتزام بالأصول المثبتة لعدم انفكاك الظن بالملازم عن الظن باللازم شرعياً كان أو غيره...

تعریف دوم: اصل مثبت به آثار شرعی گفته می‌شود که به واسطه امری عقلی یا ملازم یا ملزوم مستصحب بر آن بار می‌شود (عراقی، ۱۴۱۱ق، ۵/۲۴۰).^۱

تعریف عراقی از اصل مثبت چهار ویژگی اساسی دارد:

اولاً در این تعریف از واژه «امر» به جای واژه «اثر» یا «لازم» استفاده شده است. ثانیاً این تعریف، نظری به امر (لازم) عادی یا عرفی - که فاقد اثر شرعی است - ندارد. ثالثاً این تعریف، لازم، ملزوم و ملازم غیرشرعی را نیز در خود جای نداده است. رابعاً وی اصل مثبت را محدود به استصحاب می‌داند. برای اثبات این ادعا باید گفت وی در تعریف اصل مثبت می‌آورد: «الأصل المثبت هو إجراء الاستصحاب...» (عراقی، ۱۴۱۱ق، ۲۴۱). عراقی در این تعریف با آوردن کلمه «هو» درصدد مشخص کردن ماهیت اصل مثبت و در مقام بیان است پس اگر قید دیگری در مشخص کردن این ماهیت دخیل بود، باید آورده می‌شد که از نیامدن قید دیگر می‌توان با تمسک به اطلاق عدم دخالت قیود دیگر در تحقق ماهیت اصل مثبت را نتیجه گرفت.

تعریف سوم: اگر برای اثبات اثر عقلی یا عادی مستصحب، استصحاب جاری گردد، اصل مثبت رخ می‌دهد (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۷، ۲۱۵).^۲ محقق دیگری این تعریف را با بیان دیگری آورده است: اصل مثبت از الفاظ اضداد به شمار می‌رود و مراد از آن، اصلی است که شرعاً چیزی را اثبات نمی‌کند و مقصود، آثار عقلی و عادی مستصحب است که ادله استصحاب شامل آن نمی‌شود؛ زیرا ید جعل به آن نمی‌رسد (فقیه، ۱۴۱۸ق، ۱۷۲).^۳

حال به ویژگی‌های این تعریف اشاره می‌شود:

اولاً با آوردن کلمه «استصحاب»، نسبت به مثبت بودن آثار عقلی یا عادی دیگر اصول، سکوت کرده است و از آنجا که با آوردن کلمه «هو» درصدد بیان ماهیت اصل مثبت است، این سکوت او نسبت به قیود دیگر، نشانگر عدم دخالت آن‌ها در

۱. الآثار الشرعية المترتبة عليه (المستصحب) بواسطة الأمر العقلي أو بواسطة ملزومه أو ملازمه؛ وهذا هو المعبر عنه بالأصل المثبت.

۲. الأصل المثبت هو إجراء الاستصحاب لإثبات الأثر العقلي أو العادي للمستصحب.

۳. و هو من ألفاظ الأضداد، والمراد به الأصل الذي لا يثبت شيئاً شرعاً، والمقصود به الآثار العقلية والعادية التي لا تشملها أدلة الاستصحاب لكونها ليست مما تناله يد الجعل.

ماهیت آن است. ثانیاً با این تعریف درصدد اثبات اثر عادی یا عقلی است و از اثر شرعی، هیچ سخنی به میان نیامده است. ثالثاً این تعریف برخلاف برخی از تعاریف دیگر، نامی از اثر عرفی به میان نیاورده است. رابعاً این تعریف، ناظر به لازم عادی و عقلی است و ملازمات و ملزومات عادی و عقلی را در بر نمی‌گیرد؛ زیرا کلمه «اثر»، دال بر لازم است نه ملزوم و ملازم.

برخی دیگر از معاصران نیز اصل مثبت را محدود به استصحاب نموده‌اند که به صورت گذرا به آن‌ها اشاره می‌شود:

آل صفوان می‌نویسد: مراد از اصل مثبت، استصحابی است که بتوان با اجرای آن، برای یک اثر تکوینی یا ملازم خارجی مستصحب، حکمی شرعی، ثابت نمود (آل صفوان- مسباع، ۱۴۲۲ق، ۳۴۰).^۱ محقق دیگری در تعریف خود از اصل مثبت ضمن اکتفا به همین تعریف، از آوردن کلمه ملازم خارجی مستصحب چشم‌پوشی نموده است. او می‌گوید: اصل مثبت استصحابی است که از اجرای آن، اثبات حکم شرعی مترتب بر اثر تکوینی، اراده شده است (حسینی، ۱۴۱۵ق، ۳۱).^۲

ویژگی‌های این تعریف عبارت‌اند از:

اولاً این تعریف نیز اصل مثبت را محدود به استصحاب نموده و آن‌را در دیگر اصول عملی، جاری نمی‌داند؛ ولی برخلاف تعریف سوم که هدف نهایی اصل مثبت را اثبات اثر عقلی یا عادی مستصحب می‌دانست، در این تعریف هدف نهایی بر اثبات اثر شرعی متمرکز شده است. ثانیاً این تعریف، ملزومات مستصحب را شامل نمی‌شود. ثالثاً در این تعریف نیز همچون تعریف سابق، اعتنایی به اثر عرفی نشده است. **نکته:** آثار عقلی مستصحب، مقابل آثار عادی و آثار شرعی مستصحب قرار دارد و عبارت است از لوازمی که عقل، بر بقای مستصحب مترتب می‌نماید. به عنوان مثال، آثار عقلی استصحاب حیات زید، این است که زید مکانی را اشغال نموده و تنفس و تحرک دارد، یا لازمه عقلی استصحاب وجوب نماز ظهر در روز جمعه،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۴۶

۱. المراد من الأصل المثلث: هو الاستصحاب الذي يراد به إثبات حكم شرعي مترتب على أثر تكويني أو ملازم خارجي للمستصحب

۲. و هو الاستصحاب الذي يراد به إثبات حكم شرعي مترتب على أثر تكويني.

استحقاق ثواب بردن مکلفی است که آنرا به جا آورده است؛ اما گاهی موضوعی که استصحاب می‌شود، یک اثر عادی دارد. به عنوان مثال، رویدن موی بر چهره، لازمه عادی استصحاب حیات کودک است که به مدت بیست سال از نظرها غایب بوده است؛ حال اگر پس از گذشت این مدت، در حیات او تردید شود و نسبت به آن استصحاب حیات جاری گردد، لازمه عادی آن این است که چنین نتیجه گرفته شود که او اکنون دارای ریش است. ممکن است این اثر عادی یک اثر شرعی نیز همراه داشته باشد. مثلاً در همین مورد در صورتی که پدرش نذر کرده باشد که اگر بر چهره فرزندش موی برآید، صد درهم صدقه بدهد، باید به نذر خود عمل کند؛ بنابراین، اثر شرعی (عمل به نذر) به واسطه لازم عادی مستصحاب که رویدن موی بر چهره شخص زنده است، اثبات می‌گردد.

یکی از معاصران در تعریف خود از اصل مثبت می‌نویسد: «اگر بر مستصحاب به جای اثر شرعی، اثری عقلی، عادی یا عرفی مترتب گردد، به آن اصل مثبت می‌گویند» (محمدی بامیانی، ۱۹۹۷، ۴۳۴/۳). حال باید دید چه تفاوتی میان عرف و عادت وجود دارد که در این تعریف بر یکدیگر عطف شده‌اند. آیا اثر عادی قسم دیگر از آثار مترتب بر مستصحاب است؟ اگر چنین است چه تفاوتی با اثر عرفی دارد؟ آنچه از تعریف برمی‌آید اثر عادی قسم سوم از آثار مترتب بر مستصحاب به حساب آمده است چرا که حرف «او» (یا) ظهور در تقسیم دارد و این دو واژه در تعریف فوق مترادف نیستند؛ زیرا در مقام بیان انواع لوازم است و دلیلی ندارد که مترادف آنرا بیاورد. به نظر می‌رسد برای فهم رابطه معنایی عرف و عادت، باید به صورت جداگانه تحقیقی صورت گیرد.

مفهوم‌شناسی
«اصل مثبت»

۴۷

۲-۶. دسته دوم: تعاریفی که اصل مثبت را محدود به استصحاب نکرده است

در میان تعاریف ارائه شده از اصل مثبت، سه تعریف محدود به استصحاب نشده و دیگر اصول عملیه را نیز شامل می‌شوند.

تعریف اول: در خلال بحث‌هایی که آیت‌الله خوبی در وجه حجیت مثبتات اماره و اصول دارد می‌توان ردّ پای از تعریف اصل مثبت به دست آورد. وی می‌گوید:

اینکه گفته می‌شود علم وجدانی به یک چیز، مقتضی ترتب همه آثار - حتی آثاری که به واسطه لازم عقلی یا عادی مترتب شده‌اند - است، تام نیست؛ عمل تبعدی نیز همین وضعیت را دارد.^۱ وی بعد از نقد این نظر، با توجه به همین پیش‌زمینه، به بررسی حجیت مثبتات در اصول و اماره می‌پردازد (خوبی، ۱۴۲۲ق، ۲/۱۸۵).

با توجه به کلام فوق از محقق خراسانی به نظر می‌رسد که ایشان اصل مثبت را محدود به استصحاب ندانسته و به سایر اصول و امارات قابل تعمیم می‌داند.

ویژگی‌های این تعریف عبارت‌اند از:

اولاً وی در بیان خود، از کلمه «آثار» که ناظر بر لوازم - نه ملزوم و ملازم - است، استفاده کرده است. ثانیاً او واسطه را در لازم عقلی یا عادی محصور کرده و ملازم و ملزومی را که واسطه اثر غیر شرعی هستند از تعریف اصل مثبت خارج کرده است.

تعریف دوم: آخوند خراسانی پس از پرداختن به حالت‌های مختلف مستصحب، بدون اینکه نامی از اصل مثبت به میان بیاورد، ماهیت آن را چنین تعریف می‌کند:

«اشکال تنها در ترتیب آثار شرعی ای است که با واسطه غیر شرعی - خواه واسطه عادی باشد خواه عقلی - بر مستصحب مترتب می‌شوند»^۲ (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۱۴). او با اینکه پس از مشخص کردن محل نزاع و سخن از حجیت آن، سخنی از اصل مثبت به میان نیاورده است؛ لیکن در قسمت‌های مختلف اصول فقه خود صراحتاً از اصل مثبت نام می‌برد به طوری که می‌توان آن موارد را با این تعریف منطبق ساخت.

جزائری در تشریح سخنان آخوند می‌نویسد: ترتب اثر شرعی بر مستصحب به واسطه‌ی عقلی یا عادی را اصل مثبت می‌گویند، ولی اگر بر مستصحب هیچ اثر شرعی مترتب نشود اصل مثبت نخواهد بود؛ زیرا تعبد به آن لغو است^۳ (جزائری، ۱۴۱۵ق، ۵۶۷).

این تعریف چند ویژگی دارد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۴۸

۱. وما ذكره من أن العلم الوجداني بشيء يقتضي ترتب جميع الآثار حتى ما كان منها بتوسط اللوازم العقلية أو العادية، فكذا العلم التبعدي، غير تام.

۲. إنما الإشكال في ترتيب الآثار الشرعية المترتبة على المستصحب بواسطة غير شرعية عادية كانت أو عقلية.

۳. ضابط الأصل المثبت هو ترتب الأثر الشرعي على المستصحب بواسطة عقلية أو عادية كما تقدم في التنبيه السابق؛ و أما إذا لم يترتب على المستصحب أثر شرعي أصلاً فلا وجه لجعله من الأصل المثبت، إذ المحذور حينئذ لغو التعبد الاستصحابي.

اولاً اگر از منظر جزایری به تعریف آخوند از اصل مثبت توجه شود، اصل مثبت به استصحاب محدود شده است. در نقد این برداشت جزایری باید گفت آخوند صراحتاً به محدود نبودن اصل مثبت در استصحاب اشاره کرده است وی می گوید: «قضیه حجیت مثبتات امارات نیز مشخص است برخلاف دلیل استصحاب که به ناچار باید به مقداری که تعبد به ثبوت آن داریم، توقف کنیم استصحاب تنها بر تعبد به ثبوت مشکوک به لحاظ اثر آن دلالت دارد و بر اعتبار مثبت آن مانند سایر اصول تعبدی جز آثار واسطه‌ای که جلی یا خفی باشند، دلالت ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۱۶)»^۱.

ایشان در این بیان مثبتات استصحاب را مانند دیگر اصول تعبدیه می داند و مشخص است که باید تعریف آخوند از اصل مثبت را شامل تمامی اصول تعبدیه دانست و به نظر می رسد جزایری اگر در صدد تشریح سخنان آخوند بوده است باید به قسمت‌های دیگر کفایة الأصول که در آن به اصل مثبت اشاره شده است، مراجعه می کرد؛ مگر اینکه این تعریف را مختص به خود جزایری بدانیم که اشکال به تعریف وی از همان کتابی که قصد تشریح آن را داشته است به وضوح مشخص می شود.

مفهوم‌شناسی
«اصل مثبت»

۴۹ ثانیاً کلمه «واسطه» می تواند بر ملزوم، لازم و ملازم دلالت نماید. گفتار خود آخوند نیز این برداشت را تأیید می کند؛ آنجا که می نویسد:

«تفاوت واضحی که بین استصحاب و سایر اصول تعبدیه و بین امارات وجود دارد، مخفی نیست. امارات همان گونه که به مؤدی اشاره می کنند، همان گونه نیز به ملزوم، لازم و ملازم اشاره دارند. مقتضای اطلاق دلیل اعتبار آنها، تصدیق در میزان حکایت آنها است و بحث حجیت مثبت آنها نیز پوشیده نیست؛ برخلاف دلیل استصحاب که باید به مقدار دلالتی که بر تعبد به ثبوت آن دارد اکتفا کرد»

۱. قضیته حجیة المثبت منها كما لا يخفى بخلاف مثل دليل الاستصحاب فإنه لا بد من الاقتصار مما فيه من الدلالة على التعبد بثبوته ولا دلالة له إلا على التعبد بثبوت المشكوك بلحاظ أثره حسب ما عرفت فلا دلالة له على اعتبار المثبت منه كسائر الأصول التعبدية إلا فيما عد أثر الواسطة أثره له لخفائها أو لشدة وضوحها وجلالتها حسب ما حققناه.

(آخوندخراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۱۶).^۱

ثالثاً از اثر عرفی نیز حرفی به میان نیامده است.

گفتنی است که وی آثاری را که با واسطه‌های شرعی ثابت می‌شود در تعریف جای نداده است و از طرف دیگر نیز «آثار» کلمه مناسبی برای اراده ملزوم، ملازم و لازم، نیست مگر اینکه از این کلمه، اراده لازم نموده باشد که در این صورت ملزوم و ملازم از تعریف خارج می‌شوند.

تعریف سوم؛ با جست‌وجو در نظرات و بحث‌هایی که مرحوم نائینی درباره اصل مثبت انجام داده است می‌توان به تعریفی در این زمینه رسید. وی در مقام بیان حجیت مثبتات اماره می‌گوید: «اماره تنها از خود مؤدی حکایت می‌کند و از لوازم و ملزومات شرعی که واسطه‌های عقلی یا عادی دارند حکایتی ندارد»^۲ (نائینی، ۱۳۷۶، ۴۸۷/۴).

مهم‌ترین ویژگی این تعریف خارج کردن ملازمات شرعی با واسطه از تعریف است.

تعریف چهارم؛ اصل مثبت اثبات لوازم واقعی است که بر حکم ظاهری بار می‌شود (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۲۴۰/۷).^۳ در این تعریف، حسینی شیرازی با به‌کاربردن عبارت «حکم ظاهری» علاوه بر استصحاب، دیگر اصول عملیه را نیز داخل در تعریف اصل مثبت کرده است. نکته دیگر آنکه ملحوظ در این تعریف لوازم شرعی هستند که بدون واسطه بر مستصحب مترتب می‌شوند. براساس این تعریف این لوازم نیز وارد در تعریف شده‌اند.

با اطلاقی که از کلمه «لوازم» به‌دست می‌آید می‌توان لوازم با واسطه را نیز داخل در تعریف دانست. شاید داخل نبودن ملزومات و ملازمات در تعریف از مهم‌ترین

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۵۰

۱. ثم لا يخفى وضوح الفرق بين الاستصحاب و سائر الأصول التعبدية و بين الطرق و الأمارات فإن الطريق و الأمانة حيث إنه كما يحكي عن المؤدى و يشير إليه كذا يحكي عن أطرافه من ملزومه و لوازمه و ملازماته و يشير إليها كان مقتضى إطلاق دليل اعتبارها لزوم تصديقها في حکايتها و قضيتها حجبة المثبت منها كما لا يخفى بخلاف مثل دليل الاستصحاب فإنه لا بد من الاقتصار مما فيه من الدلالة على التعبد بشوته.

۲. ... أن الأمانة إنما تحكي عن نفس المؤدى و لا تحكي عن لوازم المؤدى و ملزوماته الشرعية بما لها من الوسائط العقلية أو العادية.

۳. إذ الأصل المثبت هو إثبات لوازم الواقع على الحكم الظاهري.

مشکلاتی باشد که در این تعریف وجود دارد که سهواً یا تعمداً توسط نگارنده نادیده گرفته شده است.

تعریف پنجم؛ اصل مثبت، به هر اصلی که برای اثبات یک لازم غیرشرعی یا یک لازم شرعی که بر یک لازم غیرشرعی مترتب است، جاری شود، می گویند (ایروانی، ۱۴۲۹ق، ۵/۲۲۳).^۱

مشخصات این تعریف، محدود نبودن به استصحاب، ورود لازم شرعی با واسطه و لازم غیرشرعی در تعریف و خروج ملزومات و ملازمات از تعریف است.

۲-۷. جمع بندی و ارزیابی تعاریف

برخی از تعاریف ارائه شده از «اصل مثبت» - که به آنها اشاره شد- محدود به استصحاب شده اند و در میان آنها نیز تفاوت های تعیین کننده ای وجود دارد. در میان تعاریف، پنج تعریف وجود دارد که علاوه بر استصحاب، به دیگر اصول عملی نیز تعمیم یافته است، اما این پنج تعریف نیز با یکدیگر تفاوت هایی دارند؛

مفهوم شناسی
«اصل مثبت»

در چهار تعریف (اول، سوم، چهارم و پنجم)، تنها به «لوازم» اشاره شده و سخنی از «ملزومات» و «ملازمات» به میان نیامده است؛ تعریف دوم نیز لوازم، ملزومات و ملازمات شرعی با واسطه را از تعریف خارج کرده دانسته است؛ علاوه بر اینکه در تعریف دوم کلمه «آثار» در افاده مقصود نارسا است.

زمانی که تعاریف اصل مثبت یکسان نیست، طبیعتاً بحث از حجیت اصل مثبت بی ثمر خواهد بود؛ چه، ابتدا باید از اصل مثبت تعریفی واحد ارائه شود تا ضمن روشن شدن محل نزاع، آن تعریف بتواند مبنای برداشت های فقهی فقها در باب حجیت یا عدم حجیت این اصل قرار بگیرد، لذا برای ارائه تعریفی واحد - که همه عناصر موجود در تعاریف ارائه شده از اصل مثبت را در بر بگیرد- می توان آن را چنین تعریف کرد:

« اصل مثبت، اصلی است که باهدف رسیدن به حکم شرعی، درصدد اثبات

۱. ما هو المقصود من الأصل المثبت؟ هو كل أصل يراد من وراء إجراء إثبات لازم غير شرعي للمستصحب أو إثبات لازم شرعي ولكنه مترتب على اللازم غير الشرعي.

واسطه‌های غیرشرعی یا لازم، ملزوم و یا ملازم شرعی مرتب بر واسطه‌های شرعی و غیرشرعی ناشی از جریان خود است.»

توضیح آنکه وقتی موجودی پا به عرصه وجود می‌گذارد، طبیعتاً ممکن است آثاری هم عرض-اثر عادی، عقلی یا شرعی-ملازم یا ملزومی داشته باشد که همراه آن موجود پا به عرصه وجود می‌گذارد و البته ممکن است خود موارد ذکرشده نیز آثار، ملازم و ملزوماتی با خود داشته باشند. اصل مثبت با جریان خود در عالم تشریح، درصدد اثبات همراهی موارد فوق-جز اثر شرعی مستقیم که اثبات آن با جریان هر اصلی در عالم تشریح لابد منه است- با اصل وجود است.

برای وضوح بیشتر، مثالی ذکر می‌کنیم. در اثر سانحه‌ای، زید ۱۰ ساله گم می‌شود. تلاش برای یافتن او بی نتیجه می‌ماند و بعد از گذشت ۱۰ سال، در زنده ماندن زید شک می‌شود. یک یقین سابق و شکی لاحق! با جریان استصحاب-که یکی از اصول عملی به حساب می‌آید- همچنان حکم به زنده بودن او می‌شود. حال اگر کودک مفقودشده، زنده باشد، طبیعتاً قلب او می‌تپد (ملازم)، مکانی را اشغال نموده (اثر عقلی) و در سن بیست‌سالگی، مقداری ریش درآورده است (اثر عادی)، از نظر شرعی نیز نمی‌توان اموال او را بین ورثه تقسیم نمود (اثر شرعی) (این سه اثر، لوازم عرضی برای حیات زید هستند) خود موارد ذکرشده نیز ممکن است آثار، ملازم و ملزوماتی، داشته باشند، مثلاً پدر این کودک نذر کرده است (اثر شرعی) اگر فرزندش ریش دریاورد (اثر عادی)، مقداری پول، به فقرا بدهد (این نذر، اثر طولی حیات زید است). اصل مثبت با جریان خود درصدد اثبات همراهی موارد فوق با حیات زید است.

بنابر آنچه گفته شد، با اثبات حیات زید، شکی نیست که عدم امکان تقسیم اموال او که اثر شرعی مستقیم آن است، اثبات می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۱۴). حال با توجه به تعریف نگارندگان که وجه تمایز آن با دیگر تعاریف است، آثار شرعی که ممکن است بر عدم امکان تقسیم اموال زید (واسطه شرعی) مرتب شود نیز، داخل در اصل مثبت می‌شود، حال آنکه بنا به تعریف امام خمینی رحمته الله علیه - که جامع‌ترین تعریف، میان تعاریف موجود است- خارج از تعریف است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۵۲

به علاوه، می‌توان محدوده این تعریف را به گونه‌ای گسترش داد که علاوه بر مثبتات اصول، شامل مثبتات امارات نیز بشود تا محققانی که به بررسی مثبتات ادله می‌پردازند نیز بتوانند از آن بهره گیرند.

واسطه‌های غیر شرعی یا لازم، ملزوم و یا ملازم شرعی مترتب بر واسطه‌های شرعی و غیر شرعی دلیل را مثبتات دلیل گویند.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). **کفایة الأصول**. یکم. قم: مؤسسه آل‌البتیة ع.ا.س.
۲. آشتیانی، محمود. (بی‌تا). **حاشیة علی درر الفوائد**. یکم. قم: بی‌نا.
۳. آل‌صفوان، عبدالمعطی جعفر؛ ناصر محمد مسباع. (۱۴۲۲ق). **مذاکرة الأصول فی کتاب الحلقة الاولى والثانية**. یکم. قم: محبین.
۴. ابن سینا. (۱۴۰۴ق). **الشفاء - الطبیعیات**. دوم، قم: مرعشی نجفی.
۵. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). **لسان العرب**. سوم. بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۶. انصاری، مرتضی‌بن محمد امین. (۱۴۲۸ق). **فرائد الأصول**. نهم. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۷. ایروانی، باقر. (۱۴۲۹ق). **کفایة الأصول فی اسلوبها الثاني**. یکم. نجف اشرف: مؤسسه احیاء التراث الشیعه.
۸. بجنوردی، حسن. (بی‌تا). **منتهی الأصول** (طبع قدیم). دوم. قم: کتابفروشی بصیرتی.
۹. تفتازانی، عبد‌الله بن شهاب‌الدین. (۱۴۱۲ق). **الحاشیة علی تهذیب المنطق**. دوم. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۰. جزایری، محمد جعفر. (۱۴۱۵ق). **منتهی الدراية فی توضیح الکفای**. چهارم. قم: مؤسسه دار الکتب.
۱۱. جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۳ش)، **ترمینولوژی حقوق**. چهاردهم. تهران: گنج دانش.
۱۲. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۶ق). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت ع.ا.س**. یکم. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی

بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

۱۳. حسینی شیرازی، صادق. (۱۴۲۷ق). بیان الأصول. دوم قم: دار الانصار.
۱۴. حسینی شیرازی، محمد. (۱۴۲۱ق). الوصائل الى الرسائل. دوم قم: مؤسسه عاشورا.
۱۵. حسینی، سید محمد. (۱۴۱۵ق). معجم المصطلحات الأصولية. یکم. بیروت: مؤسسه المعارف للطبوعات.
۱۶. ———. (۲۰۰۷م) الدلیل الفقہی تطبیقات فقہیة لمصطلحات علم الأصول. یکم. دمشق: مرکز ابن ادریس الحلّی للدارسات الفقہیة.
۱۷. حکیم، محمد تقی بن محمد سعید. (۱۴۱۸ق). الأصول العامة في الفقه المقارن. دوم قم: مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام.
۱۸. خلاف، عبدالوهاب، (بی تا) علم اصول الفقه. هشتم. بی جا: مکتبه الدعوة الاسلامیه و شباب الأزهر.
۱۹. خواجه نصیرالدین طوسی، محمد بن محمد. (۱۳۹۵ش). اساس الاقتباس. دوم. تهران: انتشارات فردوس.
۲۰. خوانساری، محمد. (۱۳۹۴ش). منطق صوری. چهل و هشتم. تهران: انتشارات دیدار.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مصباح الأصول. یکم. قم: مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی.
۲۲. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۹ق). مصادر الفقه الإسلامي و منابعه. یکم. بیروت: دار الأضواء.
۲۳. ———. (۱۳۸۳ش). أصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه. یکم. قم: بی نا.
۲۴. ———. (۱۳۸۷ش). الموجز في أصول الفقه. چهاردهم. قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
۲۵. ———. (۱۳۸۳ش). رسائل اصولية. یکم. قم: بی نا.
۲۶. شیرازی، قطب الدین. (۱۳۶۵ش). درة التاج (منطق). سوم. تهران: انتشارات حکمت.
۲۷. صدر، سید محمد باقر. (۱۴۱۷ق). بحوث في علم الأصول. یکم. بیروت: الدار الاسلامیه.
۲۸. طباطبایی، سید محمد بن علی. (۱۲۹۶ق). مفاتیح الأصول. یکم. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۹. عبد المنعم، محمود عبدالرحمان (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیة. قاهره: دار الفضیلة.
۳۰. عراقی، ضیاء الدین. (۱۴۱۱ق). منهاج الأصول. یکم. بیروت: دار البلاغه.
۳۱. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۵ق). نهاية الوصول الى علم الأصول. یکم. قم:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۵۴

موسسه الامام الصادق عليه السلام.

۳۲. فرصت شیرازی، میرزا محمد. (۱۳۶۱ش). اشکال المیزان. تهران: انتشارات اسلامیة.
۳۳. فقیه، محمد تقی. (۱۴۱۸ق). مبانی الفقیه. یکم. بیروت: دار الاضواء.
۳۴. قرشی بنایی، علی اکبر. (۱۴۱۲ق). قاموس قرآن. ششم. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۳۵. قطب الدین رازی، محمد بن محمد. (۱۳۸۶ش). تحریر القواعد المنطقیه فی شرح رساله الشمسیه، دوم. قم: نشر بیدار.
۳۶. مجتهد خراسانی (شاهی)، محمود. (۱۳۹۲ش). رهبر خرد. یکم. بی جا: انتشارات عصمت.
۳۷. محمدی بامیانی، غلامعلی. (۱۹۹۷م). دروس فی الرسائل. یکم. قم: دار المصطفی صلی الله علیه و آله للاحیاء التراث.
۳۸. مشکینی، میرزا علی. (۱۴۱۶ق). اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها. ششم. قم: نشر الهادی.
۳۹. مشکوة الدینی، عبدالمحسن. (۱۳۶۲ش). منطق نوین مشتمل بر اللغات المشرقیه فی الفنون المنطقیه. تهران: نشر آگاه.
۴۰. مصطفوی، حسن. (۱۴۳۰ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. سوم. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۴۱. مظفر، محمد رضا. (۱۴۳۰ق). أصول الفقه. پنجم. قم: انتشارات اسلامی.
۴۲. ———. (۱۴۳۳ق). المنطق. نهم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۳. ملاهادی سبزواری. (۱۳۷۹ش). شرح منظومه. تهران: نشر ناب.
۴۴. نائینی، محمد حسین. (۱۳۷۶ش). فوائد الأصول. یکم. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

مفهوم شناسی
«اصل مثبت»

۵۵

References

1. al-Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurasānī). 1989/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
2. al-Āshtīyānī, Maḥmūd. *Hāshīyat 'Alā Durar al-Fawā'id*. 1st. Qom.
3. Āli Ṣafwān, 'Abd al-Mu'ṭī Ja'far; Nāṣir Muḥammad Mesbā'. 2001/1422. *Mudhākirat al-Uṣūl fī Kitāb al-Ḥalqat al-Ūlā wa al-Thantīyah*. 1st. Qom: Intishārāt-i Muḥibīn.
4. Abū 'Alī al-Ḥusayn ibn 'Abd Allāh ibn Sīnā (ibn Sīnā). 1989/1404. *Al-Shafā*

- al-Ṭabīʿīyyāt*. 2nd. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-ʿUzmā al-Marʿashī al-Najafī.
5. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-ʿArab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr li al-Ṭibāʿa wa al-Nashr wa al-Tawzīʿ.
 6. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2007/1428. *Farāʿid al-Uṣūl (al-Rasāʿil)*. Qom: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī.
 7. al-Īrawānī, Baqīr. 2008/1429. *Kifāyat al-Uṣūl fī ʿUslūbihā al-Thānī*. Najaf: Muʿassasat Ihyāʿ al-Turāth al-Shīʿī.
 8. al-Mūsawī al-Bujnurdī, al-Sayyid Ḥasan. *Muntahā al-ʿUṣūl*. Qom: Baṣīratī.
 9. Al-Taftāzānī, ʿAbdullāh ibn Shahāb al-Dīn. 1992/1412. *Al-Ḥāshīyat ʿAlā tahdhīb al-Manṭiq*. 2nd. Qom: Muʿassasat al-Nashr al-Islāmī li Jamāʿat al-Mudarrisīn.
 10. al-Jazāʿirī al-Murawwīj, al-Sayyid Muḥammad Jaʿfar. 1994/1415. *Muntahā al-Dirāya fī Tawḍīḥ al-Kifāya*. 4th. Qom: Muʿassasat Dār al-Kitāb.
 11. Al-Jaʿfarī al-Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. 2004/1383. *Tirmīnolozhī-yi Huqūq (Law Terminology)*. 14th. Tehran: Ganj-i Dānish.
 12. A group of researchers under supervision of Āyatollāh Sayyid Maḥmūd al-Hāshimī al-Shahrūdī. 2005/1426. *Farhang-i Fiqh Muḩābiq-i Madhhab-i Ahl al-Bayt*. 1st. Qom: Muʿassasat Dāʿirat al-Maʿārif al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḩhhab Ahl al-Bayt.
 13. al-Ḥusaynī al-Shīrāzī, al-Sayyid Ṣadiq. 2006/1427. *Bayān al-Uṣūl*. 2nd. Qom: Dār al-Anṣār.
 14. al-Ḥusaynī al-Shīrāzī, al-Sayyid Ṣadiq. 2000/1421. *Al-Waṣāʿil ʿIlā al-Rasāʿil*. 2nd. Qom: Muʿassisi-yi Āshūrā.
 15. al-Ḥusaynī, Sayyid Muḥammad. 1995/1415. *Muʿjam al-Muṣṭalahāt al-ʿUṣūliyah*. Beirut: Muʿassasat al-Maʿārif li al-Maṭbūʿāt.
 16. —. 2007. *Al-Dalīl al-Fiqhī (Taṭbīqāt Fiqhī li Muṣṭalahāt ʿIlm al-ʿUṣūl)*. 1st. Damascus: Markaz ibn Idrīs al-Hillī li al-Dirāsāt al-Fiqhīyah.
 17. al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥammad Taqī. 1998/1418. *al-ʿUṣūl al-ʿĀmma fī al-Fiqh al-Muqāran*. Qom: al-Majmaʿ al-ʿĀlamī li Ahl al-Bayt (A.S).
 18. Al-Khilāf, ʿAbd al-Wahhāb. *ʿIlm Uṣūl al-Fiqh*. 8th. Maktabat al-Daʿwat al-Islāmīyat wa Shibāb al-Azhar.

19. al-Jahrūdī al-Tūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (Khāwja Nasīr al-Dīn). 2016/1395. *Asās al-Iqtibās*. 2nd. Tehran: Intishārāt-i Ferdawsī.
20. al-Khānsārī, Muḥammad. 2015/1394. *Manṭiq Şūrī*. 48th. Tehran: Intishārāt-i Dīdār.
21. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2001/1422. *Miṣbāḥ al-Uṣūl*. 1st. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
22. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 1998/1419. *Maṣādir al-Fiqh al-Islāmī wa Manābi'uh*. Beirut: Dār al-Aḍwā'.
23. —. 2004/1383. *Uṣūl al-Fiqh al-Muqāran fī mā lā Naṣṣa fih*.
24. —. 2008/1387. *al-Mūjaz fī Uṣul al-Fiqh*. 14th. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Şādiq (as).
25. —. 2004/1383. *Ras'ul Uṣulīyah*. 1st. Qom.
26. Al-Shīrāzī, Quṭb al-Dīn. 1986/1365. *Durrat al-Tāj li Ghurrat al-Dubbāj (Manṭiq)*. 3rd. Tehran: Intishārāt-i Hikmat.
27. al-Şadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1996/1417. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. 1st. Beirut: al-Dār al-Islāmīyah.
28. al-Ṭabātabā'ī, al-Sayyid Muḥammad ibn 'Alī. 1879/1296. *Mafāṭih al-Uṣūl*. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
29. 'Abd al-Mun'im, Maḥmūd 'Abd al-Raḥmān. *Mu'jam al-Muṣṭalahāt wa al-alfāz al-Fiqhīyah*. Cario: Dār al-Faḍīlah.
30. al-'Irāqī, ḍiyā' al-Dīn. 1991/1411. *Minhāj al-Uṣūl*. 1st. Beirut: Dār al-Balāghah.
31. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 2004/1425. *Nihāyat al-Wuṣūl ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Şādiq.
32. al-Ḥusaynī, Mīrzā Muḥammad Naṣīr (Furṣat al-Dawlat al-Shīrāzī). 1982/1361. *Ashkāl al-Mīzān*. Tehran: Intishārāt-i Islāmīyah.
33. Al-Faqīh al-'Āmilī, Muḥammad Taqī. 1998/1418. *Manānī al-Faqīh*. 1st. Beirut: Dār al-Aḍwā'.
34. Al-Qurashī, Sayyid 'Alī Akbar. 1992/1412. *Qāmūs Qur'an*. 6th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
35. Al-Rāzī al-Warāmīnī, Muḥammad ibn Muḥammad (Quṭb al-Dīn al-Rāzī). 2007/1386. *Tahrīr al-Qawā'id al-Manṭiqīyat fī Sharḥ Risālat al-Shamsīyah*.

- 2nd. Qom: Nashr-i Bīdār.
36. Al-Shahābī al-Khurāsānī, Maḥmūd (Mujtahid Khurāsānī). 2013/1392. *Rahbar-i Kharad*. 1st. Intishārāt-i ‘Ismat.
37. Al-Muḥammad ī al-Bāmīyānī, Gholām ‘Alī. 1997. *Durūs fī al-Rasā’il*. 1st. Qom: Dār al-Muṣṭafā li Iḥyā al-Turāth.
38. Al-Mishkīnī, Mīrzā ‘Alī. 1996/1416. *Iṣṭilāḥāt al-Uṣūl wa Mu‘zam Abḥāthihā*. 6th. Qom: Nashr al-Hādī.
39. Al-Mishkāt al-Dīnī, ‘Abd al-Muḥsim. 1983/1362. *Manṭiq Nuwīn Mushtamil bar al-Lumi‘āt al-Mashriqīyat wa al-Funūn al-Manṭiqīyah*. Tehran: Nashr-i Āqāh.
40. Al-Muṣṭafawī, Ḥasan. 2009/1430. *Al-Taḥqīq fī Kalamāt al-Qur’ān al-Karīm*. 3rd. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah.
41. al-Muzaffar, Muḥammad Riḍā. 2009/1430. *Uṣūl al-Fiḥ*. 5th. Qom: Intishārāt Islāmī.
42. —. 2012/1433. *Al-Manṭiq*. 9th. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā’at al-Mudarrisīn.
43. Al-Sabziwārī, Mullā Hādī. 2000/1379. *Sharḥ Manzūmah*. Tehran: Nashr-i Nāb.
44. Al-Gharawī Al-Nā’īnī, Muḥammad Ḥusayn (Mīrzā Nā’īnī). 1997/1376. *Fawā’id al-Uṣūl*. 1st. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā’at al-Mudarrisīn.

An investigation into money creation from the perspective of *Ja'fari* jurisprudence and statutory laws¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.54161.1685

Hadi KhooshNaghsh

Student in Level Four at Qom Seminary; hadi.khoshnaghsh@gmail.com

Receiving Date: 2019-04-30

Approval Date: 2020-05-27

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.7, No.22
Spring 2021

59

Abstract

Banks and banking operations have long been the focus of Muslim scholars' attention. In addition to examining the nature of banks and banking operations, these scholars have tried to bring them in line with Islamic criteria. The modernization of banks have, on the other hand, confronted humanity with a phenomenon called 'money creation'. It can be claimed that this phenomenon has not been well examined in spite of being importantly effective in economy. For example, money creation and its Islamic jurisprudential effects have been overlooked in the law of banking without riba (interest) enacted after the Islamic Revolution.

With a careful examination into the sources of Ja'fari jurispru-

1 . KhooshNaghsh- H; (2021); " An investigation into money creation from the perspective of Ja'fari jurisprudence and statutory laws"; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 7 ; No: 22 ; Page: 58-96
Doi: 10.22034/jrj.2020.54161.1685

dence as well as the civil code and the law of banking without riba, the banking system creating money seems to suffer from two major drawbacks: first, in Islamic banking contracts like in qardh al-hasana (interest-free loan) and civil partnership, money creation leads to transactions with debt while Islamic jurists say transactions in such contracts must be 'object'; second, regardless of previous flaws, the mechanism of money creation used by commercial banks seems to consuming property wrongfully.

Key Words: Bank, Money Creation, Fiqh (Islamic Jurisprudence), Consuming Property Wrongfully, Debt.

خلق پول از دیدگاه امامیه و بانگاهی به قوانین موضوعه^۱

هادی خوش‌نقش^۲

چکیده

بانک و عملیات بانکی از دیرباز مورد توجه دانشمندان مسلمان بوده است. ایشان ضمن بررسی ماهیت بانک و عملیات بانکی، سعی در تطبیق آن‌ها با موازین اسلامی داشته‌اند. از سوی دیگر مدرن‌شدن بانک‌ها در عصر حاضر، بشر را با پدیده‌ای به نام خلق پول روبرو کرده است. می‌توان گفت این پدیده که اثرات مهمی در اقتصاد دارد، از جهت فقهی به‌دقت کنکاش نشده است. به‌عنوان مثال در قانون بانکداری بدون ربا که پس از انقلاب اسلامی به تصویب رسیده، خلق پول و اثرات فقهی آن به کلی نادیده گرفته شده است. با تدقیق در منابع فقه امامیه و همچنین قانون مدنی و بانکداری بدون ربا، به نظر می‌رسد دو اشکال اساسی به نظام بانکداری خالق پول وارد است: اول؛ در عقود اسلامی بانک‌ها مثل قرض الحسنه، مشارکت و... خلق پول موجب معامله با دین می‌شود؛ درحالی که به گفته فقها باید مورد معامله در این عقود، عین باشد. دوم؛ صرف نظر از اشکالات قبلی به نظر می‌رسد مکانیزم خلق پول توسط بانک‌های تجاری یکی از مصادیق اکل مال به باطل است. **کلیدواژه‌ها:** بانک، خلق پول، فقه، اکل مال به باطل، دین.

خلق پول
از دیدگاه امامیه و
بانگاهی به قوانین
موضوعه

۶۱

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۷

۲. طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم؛ رایانامه: hadi.khoshnaghsh@gmail.com

مقدمه

بشر از دیرباز برای برطرف ساختن نیازهای خود اقدام به معامله کرده است. با پیشرفت زندگی و پیچیده شدن روابط اجتماعی، معاملات نیز دچار تحول شده‌اند. این تحولات سبب شده است تا در طول زمان، اتفاقات گوناگونی در تجارت بین انسان‌ها شکل بگیرد. ضرب طلا و نقره به عنوان وسیله‌ای برای سهولت دادوستد یکی از مهم‌ترین این اتفاقات است و در ادامه با گسترش تجارت، «سکه و اسکناس» جای طلا و نقره را گرفتند.

گرچه تغییرات پیش گفته از اهمیت به سزایی در نقل و انتقالات برخوردارند؛ اما پیدایش نهادی با عنوان «بانک» و مدرن شدن آن، تغییراتی بنیادین در عرصه پول و تجارت ایجاد کرد. بانک در ابتدا تنها مکانی برای نگهداری طلا و نقره و پس از آن پول و اشیای قیمتی بود؛ به تدریج بانک‌ها دریافتند که با این حجم از سرمایه‌های به ودیعه گذاری شده می‌توانند کسب ثروت و درآمد کنند. آن‌ها با تنظیم قوانینی شروع به وام‌دهی این اموال کرده و در مقابل سودهایی دریافت کردند. آن‌ها فهمیده بودند که هیچ‌گاه صاحبان حساب، تمام حساب خود را برداشت نمی‌کنند و به همین دلیل منابع سرشاری در اختیار بانک‌ها قرار می‌گیرد تا با صرف ایجاد حساب و افزایش اعتبار آن، اقدام به «خلق پول» نمایند.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰
۶۲

با پیشرفت تکنولوژی و ظهور بانکداری الکترونیکی، فعالیت بانک‌ها پیچیده‌تر و قدرت آن‌ها افزون‌تر شد. بانک‌ها با استفاده از علم توانستند خدمات خود را سریع‌تر و کم‌هزینه‌تر کرده و در نتیجه درآمد خود را افزایش دهند. شاید یکی از مهم‌ترین نتایج این فرایند، افزایش سرعت و قدرت خلق پول توسط بانک‌ها باشد. جابجایی پول (به عبارت دقیق‌تر: اعتبار) یا ایجاد حسابی جدید در کسری از ثانیه به معنای افزایش سرعت و قدرت خلق پول توسط بانک‌ها است که تکنولوژی، آن‌را میسر کرده است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی تلاش‌های مشفقانه‌ای برای تطبیق بانکداری با احکام اسلام صورت گرفته است که به تدوین قانون «بانکداری بدون ربا» انجامید و طبق این قانون، آیین‌نامه اجرایی نیز تدوین شد. اگرچه تلاش‌های صورت گرفته

تحسین می‌شود؛ اما به نظر می‌آید بحث ربازدایی از بانکداری در کانون نظر تدوین‌کنندگان این قانون بوده و اساساً بحث «خلق پول» در آن نادیده گرفته شده است.

در این زمینه پژوهش‌های قابل‌تقدیری نیز صورت گرفته است. مقاله‌ای با عنوان «بررسی فقهی خلق پول به وسیله بانک‌های تجاری» گرچه خلق پول را تحت عناوین اکل مال به باطل و غضب طبقه‌بندی کرده است؛ اما در آن مقاله، قوانین موضوعه کنکاش نشده و بحث فقهی آن نیز حجم کمی را به خود اختصاص داده و بیشتر معطوف به بررسی باطل فقهی و عرفی و تفاوت میان آن‌هاست که در این مورد نیز تنها به ذکر اقوال فقها اکتفا شده است. همچنین آن تحقیق، حساب‌های خلق شده را ماهیتاً پول به حساب نیاورده و آن‌ها را امری موهوم قلمداد می‌کند؛ درحالی‌که با توجه به مطالب پیش‌رو به نظر چنین نیست. مقاله «ارزیابی توجیه‌پذیری خلق پول به وسیله سیستم بانکی در نظام بانکداری اسلامی» تنها از دریچه عدالت و به صورت کلی به مسئله پرداخته است و جهت‌گیری فقهی ندارد. همچنین رابطه خلق پول و قوانین نیز موضوع مقاله نبوده است.

خلق پول
از دیدگاه امامیه و
بانگاهی به قوانین
موضوعه

۶۳

مقاله «بررسی امکان خلق پول توسط نظام بانکی در نظام مالی اسلامی» ابتدا به بیان دیدگاه‌های اقتصاددانان غربی و اسلامی پرداخته، در ادامه با همین دیدگاه اقتصادی و به صورت کلی، خلق پول در نظام مالی اسلامی را به چالش می‌کشد. این مقاله دارای جهت‌گیری فقهی و حقوقی نیست.

اما فرایند خلق پول در بانک‌های ایران را می‌توان از نظر فقهی با دو نگاه بررسی کرد. یکی با نگاه به قانون مدنی، قانون بانکداری اسلامی و آیین‌نامه اجرایی مربوط به آن و دیگری به صورت کلی و صرف‌نظر از قوانین موضوعه و تنها با دید فقهی. پژوهش پیش‌رو، به بررسی فقهی پدیده خلق پول با دو نگاه پیش‌گفته پرداخته و به دنبال تکمیل پژوهش‌های پیشین است.

پول و ماهیت آن

یکی از پدیده‌های مهم اقتصاد، پول و ماهیت آن است. در طول تاریخ، این

حقیقت بارها دگرگون شده است. در جوامع اولیه بیشتر مبادلات به صورت تهاتری انجام می‌شد. در دوره‌هایی پول، ماهیت کالایی و ارزش ذاتی داشته است و سکه‌های طلا و نقره پول رایج بودند. پس از گذشت زمان و با ورود پول تحریری، اسکناس و اعتبارات بانکی، طلا و نقره به‌عنوان پشتوانه پول و عامل تحدیدکننده نشر آن مطرح شد؛ اما بانک‌ها دریافتند که بیشتر از میزان ذخیره‌های طلا می‌توانند اقدام به نشر اسکناس کرده و وام دهند. به این صورت بود که اقتصاد تهاتری جوامع اولیه به اقتصاد پیچیده پولی امروزی تبدیل شد (شاکری، ۱۳۸۷، ۸۰۸/۲، ۸۳۴ و ۸۳۵).

پول بر تمامی ابزارهای عمومی و مختلف سنجش کالاها مثل: فلزات کمیاب، کاغذ و... نام گذارده شده است (بار، ۱۳۶۷، ۳۱۸/۱). کینز در تعریف پول آورده است: هرچه که دارای سه وظیفه واسطه مبادله، معیار سنجش و ذخیره ارزش است (فراهانی، ۱۳۹۳، ۳۶).

شهید صدر نیز به‌عنوان فقیهی ممتاز که در مورد مسایل اساسی اقتصاد نظریات درخور توجهی دارد، چهار نوع پول را به شرح زیر صورت‌بندی کرده است:

۱. پول تمام‌عیار (طلا و نقره)؛
۲. پول کاغذی نیابتی که نماینده موجودی طلا در خزانه صادرکننده آن پول است؛

۳. پول کاغذی تعهدی که دو صورت دارد: الف) التزام صادرکننده پول به پرداخت ارزش طلای آن، به گونه‌ای که برگه‌ها به دلیل اعتبار منبع آن ارزش مالی داشته باشند. ب) التزام صادرکننده پول به پرداخت ارزش طلای آن، بدون آنکه برگه‌ها اصالت و ارزشی داشته باشند (صرف اشتغال ذمه و دین)؛

۴. پول کاغذی الزامی، به این معنا که صادرکننده پول، تعهدی به پرداخت طلا و نقره در مقابل آن ندارد و با ایجاد الزامی قانونی و حکومتی به آن‌ها ارزش داده است و ارزش ذاتی ندارند. این نوع از پول، مال مثلی است (صدر، ۱۹۹۴م، ۱۴۶-۱۴۹ و همو، بی‌تا، ۲۴۷). بنابراین می‌توان چنین گفت که در نظر ایشان پول‌های کاغذی اعتبار محض بوده که تنها به‌وسیله الزام حکومت، ارزش یافته‌اند.

با توجه به مطالب بالا می‌توان چند ویژگی برای پول برشمرد: ۱. پول ابزاری عام

برای مبادله و واحد سنجش ارزش خدمات و کالاها است؛ بنابراین پول شمارنده‌ای است که کمیتی گسسته را به کالاها و خدمات نسبت می‌دهد ۲. پول به‌عنوان معیاری برای ذخیره ارزش به کار می‌رود به این صورت که صاحب کالایی می‌تواند کالای خود را بفروشد و پول حاصل از آن را در آینده خرج کند. ۳. گاهی پول ارزش ذاتی دارد (مانند طلا و نقره) و گاهی اصالت ندارد (مانند پول کاغذی در فرض چهارم مرحوم صدر).

با توجه به معیارهای بالا می‌توان گفت آنچه امروزه با نام پول الکترونیکی شناخته می‌شود نیز با الزام دولت دارای ارزش شده و وسیله‌ای برای تعیین ارزش خدمات و کالاها، مبادله و همچنین معیار ذخیره ارزش قرار گرفته است؛ اما با توجه به نکته سوم می‌توان گفت که پول الکترونیک ارزش ذاتی نداشته و اعتبار محض است. البته برخی پول بدون ارزش ذاتی را پول بدون پشتوانه یا پول غیر اعتباری می‌خوانند (منکیو، ۱۳۹۷، ۵۰۲).

در علم اقتصاد علاوه بر اسکناس و مسکوکات، انواع دیگری از پول نیز وجود دارد. دانشمندان این علم، پول را براساس قدرت نقد شوندگی به صورت زیر تقسیم بندی کرده‌اند:

نماد	دازایی
C	اسکناس و سکه
M_1	اسکناس، سکه، چک پول و سپرده‌های دیداری (حساب جاری)
M_2	M_1 ، حساب پس‌انداز بلندمدت و کوتاه‌مدت (سپرده‌های غیر دیداری)

M_1 را حجم پول، حساب پس‌انداز بلندمدت و کوتاه‌مدت را شبه پول و جمع این دو (M_2) را نقدینگی می‌نامند (منکیو، ۱۳۹۸، ص ۱۵۷) سرعت نقدشوندگی اسکناس و سکه^۱ نسبت به چک پول و سپرده‌های جاری بیشتر است. همچنین چک پول‌ها و

1. Currency.

سپرده‌های دیداری نیز از قدرت نقدشوندگی بالاتری نسبت به حساب‌های پس‌انداز برخوردار هستند؛ بنابراین در علم اقتصاد علاوه بر اسکناس و مسکوکات، چک پول و سپرده‌های دیداری، پول و حساب‌های پس‌انداز، شبه پول محسوب می‌شوند. ملاک در این علم برای پول خواندن هر پدیده سه ویژگی؛ وسیله مبادله، سنجش و حفظ ارزش بودن است.

بنابراین می‌توان گفت ماهیت پول در اقتصاد دارای سه ویژگی پیش‌گفته است. سپرده‌های دیداری نیز در اقتصاد پول به شمار آمده و ماهیت آن را خواهد داشت؛ اما از نظر فقهی و حقوقی ماهیت سپرده‌های دیداری با توجه به عقود که در بانکداری اسلامی تبیین شده متفاوت می‌باشد، به این صورت که برخی از این سپرده‌ها قرض، برخی مضاربه و... خواهند بود. البته برخی حقوقدانان در تبیین ماهیت حقوقی سپرده‌های مذکور، فرایند این حساب‌ها را نامعلوم دانسته و آن‌ها را ذیل قراردادهای حقوق عمومی تقسیم‌بندی می‌کنند که تحت پرتو اقتدار دولت، حافظ منافع عمومی خواهد بود (کاتوزیان، بی‌تا، ۸۱ و ۸۲). اما بنا بر آنچه در آینده خواهیم گفت، حساب‌هایی که برای اعطای وام ایجاد می‌شود، دینی است که بانک به نفع سپرده‌گذاران و علیه خود ایجاد می‌کند.

حال با توجه به آنکه در فقه از عنوان «مال» سخن به میان آمده است و این مطلب که برخی معاملات شرعی تنها با مال صحیح است، این سؤال پیش می‌آید که رابطه پول به مفهوم اقتصادی آن، با مال به مفهوم فقهی آن چیست؟ برای پاسخ به این پرسش باید به بررسی مفهوم و ماهیت مال در فقه بپردازیم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۶۶

مفهوم مال در فقه و رابطه آن با مفهوم پول در اقتصاد

«مال» در اصطلاح فقهی همان معنای عرفی خود را حفظ کرده است و مفهومی بدیهی است (مشکینی، بی‌تا، ۴۶۵). برخی چنین تعریفی از مال ارائه می‌دهند:

«مال در اصل به طلا و نقره مملوکه گفته شده و سپس بر هر چیزی از اعیان که به ملکیت درآید اطلاق شده است» (مشکینی، بی‌تا، ۴۶۶، طریحی، ۱۳۷۵، ۴۷۵/۵).

با توجه به تعریف بالا می‌توان گفت مال، امر مشخص و خارجی است که مورد

میل و رغبت انسان قرار می‌گیرد به گونه‌ای که سعی در تصرف و بهره‌برداری از آن می‌نماید. بر این اساس، اسکناس و سکوک مال بوده و می‌تواند موجب هر معامله‌ای گردد که شرط آن مال بودنِ عوضین یا یکی از آنهاست (مکارم شیرازی، ۱۳۶۶، ۲۷-۳۰).
از این رو برخی فقها بین مال، منفعت و انتفاع تفاوت قائل شده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۷ و ۸).

همچنین در تعریف دیگری، مال را چیزی دانسته‌اند که ذاتاً مورد میل و رغبت نوع انسان قرار گیرد به گونه‌ای که در مقابل آن حاضر به پرداخت باشند (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸ق، ۱/۱۶؛ خویی، بی‌تا، ۳ و ۴).

بر این اساس ارزش مال ذاتی خواهد بود و گرچه طلا و نقره به دلیل دارا بودن ارزش ذاتی، مال هستند؛ اما در مال بودن اسکناس - به دلیل ارزش اعتباری آن - تردید وجود خواهد داشت اگرچه صاحبان این تعریف آن را مال می‌دانند (خویی، ۱۳۸۳، ۳۶۶).
اما در مورد حساب‌های دیداری باید ابتدا به بررسی ماهیت آن پرداخت.

حساب جاری^۱ در ایران معمولاً در ضمن عقد قرض الحسنه ایجاد می‌شود. این حساب، حسابی قابل برداشت است و ابزار برداشت از آن چک (و همچنین کارت بانکی) است که بانک صادرکننده در اختیار صاحب حساب قرار می‌دهد. این چک‌ها ارزش ذاتی نداشته و اعتبار آن‌ها به پشتوانه اعتبار بانک است. ماهیت حساب‌های دیداری چنان که در قانون عملیات بانکداری بدون ربا آمده، قرض الحسنه است^۲ و اگرچه در اقتصاد آن را پول می‌شمارند اما نمی‌توان عنوان «مال» را بر آن صادق دانست. ماهیت حساب‌های پس‌انداز بلندمدت و کوتاه‌مدت نیز براساس عقودیه که در ادامه توضیح خواهیم داد، آشکار می‌شود و نمی‌توان آن‌ها را «مال» نامید.

همچنین - همان‌گونه که گفته شد - پول ماهیتی مرکب از سه ویژگی است که با ماهیت مال مصطلح در فقه تفاوت دارد. پول واحد سنجش ارزش خدمات و کالا و معیاری برای ذخیره ارزش آن‌ها محسوب می‌شود. همچنین ارزش پول گاهی اعتباری و گاهی ذاتی است. در سوی دیگر، پرواضح است که ماهیت مال مصطلح

1. Transaction account.

۲. ر.ک ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا.

در فقه - بر اساس هردو تعریف پیش گفته - متفاوت از پول است. مال نه واحدی برای سنجش ارزش کالا و نه معیاری برای ذخیره آن ارزش تعریف شده است. بله، اگرچه در برخی مصادیق با هم اشتراک دارند؛ اما در بسیاری از مصادیق دیگر متباین هستند. همچنین ارزش مال (بر اساس تعریف دوم) ذاتی است اما پول گاهی ارزش اعتباری دارد.

در نتیجه می‌توان گفت رابطه پول و مال، عموم و خصوص من وجه است. «مسکن» مال است اما پول نیست، «حساب جاری» پول است اما مال نیست و «سکوک طلا» هم پول است و هم مال؛ بنابراین مفهوم «مال» در فقه با مفهوم «پول» در اقتصاد تفاوت دارد.

حال شاید پرسشی نمود پیدا کند. اگر حساب‌های بانکی مال نیست؛ پس چرا متعلق خمس قرار می‌گیرد؟ هیچ فقیهی فتوا به عدم تعلق خمس به حساب‌های بانکی نداده است.

در پاسخ می‌توان گفت؛ موضوع خمس تنها مال نیست. در آیه شریفه ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ...﴾: (انفال، ۴۱) موضوع آیه، واژه «شیء» است که عام بوده و شامل مال و غیر مال نیز می‌شود. همچنین واژه «غنمتم» نیز از ریشه «غنم»، در مقابل معنای «غرم؛ هرچه ادایش لازم باشد مثل خسارت» (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۲/۴۵۴) و به معنای سودی است که انسان به دست می‌آورد (طریحی، ۱۳۷۵، ۱۲۸/۶).

در صحیح‌ه علی بن مهزیار نیز در مورد خمس آمده است: «فأما الغنائم و الفوائد فهي واجبة عليهم في كل عام...؛ اما غنائم و سودها، پس هر سال بر آن‌ها (خمس) واجب است» (حزعاملی، ۱۴۰۹ق، ۹/۵۰۱ و ۵۰۲).

همچنین در روایت دیگری نیز آمده است: «و كل ما أفاد الناس غنيمه، لا فرق بين الكنوز والمعادن والغوص... و ربح التجارة و غلة الضيعة و سائر الفوائد والمكاسب والصناعات والمواريث و غيرها، لأن الجميع غنيمه و فائدة و رزق؛ هرچه مردم به‌عنوان سود افاده کنند و فرقی بین گنج‌های آبی و خاکی، معادن...، سود تجارت، محصول زمین و دیگر سودها، پیشه‌ها، صنعت‌ها، ارث‌ها و غیر آن وجود ندارد؛ زیرا

همه آن‌ها غنیمت، سود و روزی است)) (نوری، ۱۴۰۸ق، ۲۸۴/۷). بنابراین موضوع خمس تنها مال (به معنایی که پیشتر بیان شد) نیست و تنها یکی از موارد آن مال می‌باشد بلکه به نظر می‌رسد هرچه مطلوبیت داشته باشد و در عرف سود محسوب شود متعلق خمس خواهد بود چنان‌که برخی فقها به آن تصریح کرده‌اند (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۳۸۹/۲). همچنین بنابر نظر برگزیده این پژوهش مبنی بر دین بودن حساب‌های مذکور، متعلق خمس قرار می‌گیرند و چون این دیون حال است، حتی خمس آن‌را در فرض عدم قبض نیز می‌توان پرداخت کرد (خمینی، بی‌تا، ۳۵۶/۱ و ۳۵۷). علاوه بر این و در صورت پذیرش این مطلب که موضوع خمس تنها مال باشد، بازنگری در فتاوا مذکور لازم خواهد بود؛ چراکه مستدلاً بیان شد، از نظر فقهی مال دارای مفهومی است که با حساب‌های مذکور مطابقت ندارد؛ بنابراین هر حکم شرعی که موضوع آن مال باشد، شامل چنین حساب‌هایی نخواهد شد.

فرایند خلق پول در بانک‌ها^۱

خلق پول
از دیدگاه امامیه و
بانگاهی به قوانین
موضوعه
۶۹

تلقی مردم از بانک، نهادی واسطه‌ای است که پول را از سپرده‌گذار گرفته و به دیگری وام می‌دهد. در بانکداری مدرن، اگرچه بانک‌ها نوعی از واسطه به حساب می‌آیند؛ اما امروزه در بانک‌ها شاهد فرایند پیچیده‌ای هستیم که از آن به «خلق پول»^۲ تعبیر می‌کنند.

این فرایند به‌طور عمده توسط بانک‌های تجاری^۳ انجام شده و حجم نقدینگی را افزایش می‌دهد. بانک با پذیرش سپرده، از سویی موجب افزایش بدهی‌های خود شده و از سوی دیگر توان وام‌دهی و خلق پول خود را افزایش می‌دهند.

فرض کنید بانکی ۱۰۰۰ تومان سپرده جذب می‌کند. در این صورت این بانک با ایجاد حساب سپرده به همین میزان برای سپرده‌گذار، کار خود را

۱. بانگاهی به مقاله Money creation in the modern economy^۲ و مقاله «ابعاد و پیامدهای خلق پول توسط بانک‌های تجاری در ایران» تهیه شده توسط مرکز پژوهش‌های مجلس.

2. Money Creation.

3. Commercial Bank.

آغاز می کند. از سوی دیگر بانک باید آمادگی آن را داشته باشد تا هر زمان که سپرده گذار تقاضای برداشت کرد، به آن پاسخ دهد از این رو باید به مقدار لازم پول رایج^۱ در اختیار داشته باشد؛ اما در عمل در هر زمان تنها بخشی از این سپرده توسط سپرده گذار برداشت می شود و بخش بزرگی از آن همچنان در اختیار بانک باقی می ماند؛ بنابراین لازم نیست تمامی این سپرده نگهداری شود و بانک می تواند بخشی از آن را به عنوان «وام»^۲ در اختیار فرد دیگری قرار دهد و از آن کسب سود کند. بدین منظور بانک مقداری از سپرده را به عنوان «ذخیره»^۳ نگهداشته و مابقی را وام می دهد. به عنوان نمونه، بانک در مثال ما، ۱۰ درصد از سپرده (۱۰۰۰ تومان) را نگهداشته و ۹۰۰ تومان را به شخص ثالث وام می دهد.

نکته مهم در این فرایند آن است که بانک با ایجاد حساب سپرده برای شخص ثالث، تنها به افزایش اعتبار آن اقدام می کند و به عبارت دیگر متعهد به پرداخت این مبلغ می شود و تنها در صورتی که شخص، تمام مبلغ وام خود را برداشت کند، این اعتبار به پول رایج تبدیل شده و بانک پرداخت می کند و اگر او پول خود را برداشت نکند و یا به حساب شخص دیگری در همین بانک انتقال دهد، عملاً در ترازنامه بانک اتفاقی رخ نداده و بانک می تواند دوباره با کسر مبلغی به عنوان ذخیره قانونی، وام بدهد و به عبارت صحیح تر، تعهد به پرداخت^۴ نماید. عبارت «Promise to pay» یا تعهد به پرداخت، نقش کلیدی در مطالب آینده دارد.

در این بانک فرضی، حجم پول در ابتدا ۱۰۰۰ تومان بود (سپرده اول) اما پس از ایجاد سپرده جدید (۹۰۰ تومان)، حجم پول به ۱۹۰۰ تومان (مجموع سپرده ها) افزایش می یابد. حال اگر بانک در طی روندی با کسر ۱۰ درصد از هر سپرده، اقدام به وام دهی آن کند، مجموع سپرده هایی که این بانک می تواند تشکیل دهد به ۱۰۰۰۰ تومان می رسد (۱۰۰۰، ۹۰۰، ۸۱۰، ۷۲۹ و ...).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۷۰

1. Currency.

2. Loan.

3. Reserve.

4. Promise to pay.

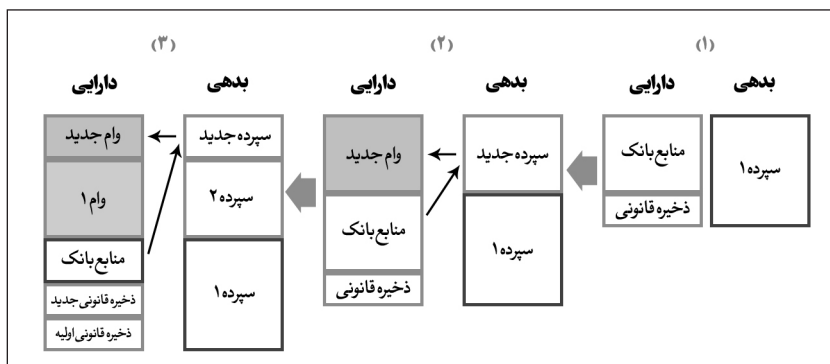
اکنون شما اقتصادی را فرض کنید که دارای چند بانک تجاری و یک بانک مرکزی^۱ است. در این اقتصاد فرضی ذخیره قانونی^۲ توسط بانک مرکزی برای پاسخگویی به برداشت‌ها ۱۰ درصد تعیین می‌شود. اگر بانک الف، مقدار ۱۰۰۰ تومان سپرده جذب کند، می‌تواند با ذخیره ۱۰۰ تومان در بانک مرکزی به میزان ۹۰۰ تومان در قالب وام، سپرده‌ای جدید ایجاد کند و به این صورت دارایی‌ها خود را به میزان ۱۹۰۰ تومان افزایش دهد (۱۰۰۰ تومان ذخیره و ۹۰۰ تومان وام اعطایی). از سوی دیگر بدهی‌های این بانک نیز به ۱۹۰۰ تومان افزایش می‌یابد (مجموع سپرده).

اگر فرض شود وام گیرنده، وام خود را به صورت نقد برداشت نکرده و یا به حساب دیگری در همین بانک انتقال دهد (انتقال پول به وسیله چک یا کارت بانکی صورت می‌گیرد)، بانک که ملزم به پرداخت ۱۰ درصد ذخیره قانونی سپرده‌های خود است، دوباره می‌تواند به میزان ۸۱۰ تومان وام جدید اعطا کند (مجموع سپرده‌های او ۱۹۰۰ تومان است، پس باید ۱۹۰ تومان را از مجموع ذخایر که ۱۰۰۰ تومان بود به عنوان ذخیره قانونی نگه دارد). در چنین سیکلی، بانک می‌تواند مجموعه سپرده‌ها را تا میزان ۱۰۰۰۰ تومان افزایش دهد. بدین ترتیب بانک میزان ۹۰۰۰ تومان خلق پول جدید می‌نماید.

اگر وام گیرنده این مبلغ را برداشت کند، با تخریب سپرده،^۳ قدرت خلق پول بانک الف را نسبت به این پول از بین می‌برد. حال اگر او این پول را به بانک ب منتقل کند، بانک ب با ذخیره ۱۰ درصدی آن در بانک مرکزی می‌تواند به میزان ۸۱۰ تومان سپرده‌ی جدید در قالب وام ایجاد کند. سیکل بالا در مورد بانک ب هم صادق است و این پول آن قدر در سیستم بانکی می‌چرخد تا حجم نقدینگی را ۹۰۰۰ تومان افزایش دهد.

خلق پول
از دیدگاه امامیه و
بانگاهی به قوانین
موضوعه

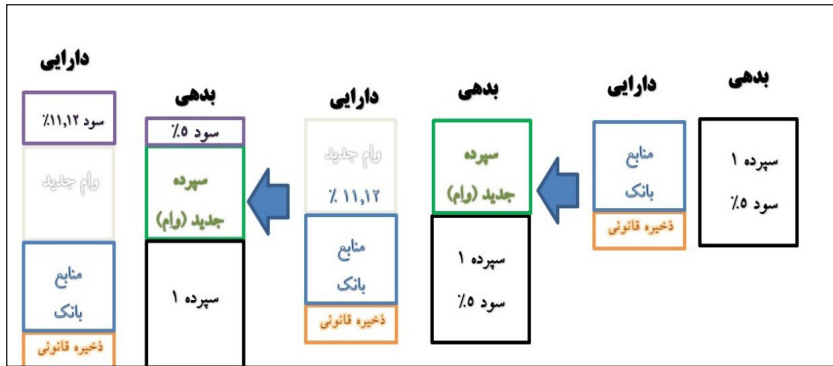
1. Central.
2. Requirrves.
3. Destroying deposit.



در تصاویر بالا افزایش حجم پول کاملاً مشهود است. در شکل شماره (۱)، بانک با پذیرش سپرده (در مثال مذکور ۱۰۰۰ تومان)، در صدی (۱۰ درصد) را به عنوان ذخیره قانونی به بانک مرکزی داده (۱۰۰ تومان) و درصد بیشتری (۹۰۰ تومان) را نزد خود نگه می‌دارد. در شکل شماره (۲) بانک به میزانی که از سپرده‌ی اول نگه داشته است (۹۰۰ تومان)، به افزایش اعتبار سپرده‌ی وام گیرنده اقدام می‌کند و به عبارت دیگر تعهد به پرداخت آن می‌نماید. در صورتی که این سپرده در بانک مورد نظر باقی بماند، بانک با کسر ذخیره قانونی، دوباره به مقداری که نزد خود نگه داشته است، اقدام به دادن وام جدید و خلق پول می‌کند (شکل شماره ۳).

با دقت در تصاویر بالا می‌توان دریافت که همیشه میزان دارایی‌ها و بدهی‌های بانک (ترازنامه بانک) برابر خواهد بود؛ اما در واقعیت بانک در برابر وامی که اعطا می‌کند، درصدی سود را از مشتری خود مطالبه می‌کند، همچنین به سپرده‌های جذب شده از طرف بانک نیز سودی تعلق می‌گیرد. اگر نسبت سود تعلق گرفته به سپرده‌ها از سود وام‌ها بیشتر باشد، تراز بانک منفی می‌شود که توجیه اقتصادی نخواهد داشت. حال اگر سودها برابر نباشد، ترازنامه بانک مثبت می‌شود و قدرت خلق پول بانک نیز افزایش می‌یابد. فرض کنید بانک ۹۰۰ تومان وام با سود حدود ۱۱/۱۲ درصد داده است، در این صورت بانک پس از بازپس‌گیری سود وام، به میزان ۱۰۰ تومان به ذخیره خود افزوده است. حال اگر سود سپرده جذب شده در بانک ۵ درصد باشد (۵۰ تومان)، ترازنامه بانک به میزان ۵۰ تومان مثبت خواهد بود. پرواضح است که بانک، سود سپرده مذکور را نیز با افزایش اعتبار این حساب پرداخت می‌کند و

تا برداشتی از حساب صورت نگیرد، از ذخیره او کم نشده و با کسر ذخیره قانونی می‌تواند به اندازه همین مبلغ (۹۰ تومان) وام دهد و خلق پول کند (شکل ذیل).



حال اگر میزان سودها برابر باشد، اگرچه ترازنامه بانک تغییری نمی‌کند؛ اما قدرت خلق پول بانک افزایش می‌یابد. تنها در یک صورت است که قدرت خلق پول بانک ثابت می‌ماند و آن زمانی است که وام‌گیرنده، سود وام خود را از حساب دیگری در همین بانک پرداخت کند که در هر صورت (چه میزان سودها برابر باشد و چه متفاوت) تغییری در توانایی خلق پول ایجاد نمی‌شود.

بنابراین بانک‌ها با استفاده از خلق پول می‌توانند کسب سود کرده و بر دارایی‌های خود بیفزایند. این کار تنها با افزایش اعتبار حساب وام‌گیرنده و تعهد به پرداخت این اعتبار از جانب بانک صورت می‌گیرد و عملاً هیچ‌گونه مالی جابجا نمی‌شود. بله، اگرچه در نگاه اولیه و به مفهوم اقتصادی «پول» جابجا شده است؛ اما با تدقیق بیشتر متوجه خواهیم شد که بانک تنها اقدام به افزایش اعتبار حساب وام‌گیرنده کرده است؛ درحالی‌که از حساب سپرده‌گذار - که منبع تأمین وام است - چیزی کاسته نشده است. به‌همین دلیل صاحب حساب اول (سپرده‌گذار) می‌تواند به بانک رجوع و تمام حساب خود را به‌صورت نقد دریافت کند (اگرچه در عمل چنین اتفاقی روی نمی‌دهد) و از سوی دیگر نیز وام‌گیرنده می‌تواند چنین کاری نماید.

حال اگر در اینجا صرفاً پول جابجا شده بود چگونه چنین امری امکان داشت؟ جابجایی یعنی انتقال چیزی از جایی به جای دیگر، اگر «آ» از مکان «۱» به مکان

خلق پول
از دیدگاه امامیه و
بانگاهی به قوانین
موضوعه

«۲» منتقل شود، دیگر در مکان «۱» نخواهد بود؛ درحالی که در فرایند مذکور این گونه نیست (صاحبان هردو حساب می‌توانند از حساب خود برداشت کنند). پس نه تنها مالی جابجا نشده است بلکه به مفهوم اقتصادی، پولی نیز منتقل نگشته بلکه تنها سپرده‌ای جدید خلق شده است. توجه به عبارت «تعهد به پرداخت» که در فرایند خلق پول به کار برده شده است مؤید این مطلب است.

یکی از مشکلات بانک‌ها که در کشور خود نیز شاهد آن بوده‌ایم، هجوم سپرده‌گذاران بانک برای دریافت سپرده‌های خود بوده است، درحالی که به دلیل خلق فزاینده پول در سیستم بانکی، در عمل به اندازه سپرده‌های بانکی پولی وجود نداشته و این امر موجب ورشکستگی بانک شده است.

این تنها عملیاتی ساده در یک اقتصاد بسیار کوچک و فرضی بود که با واقعیت پیچیده و بزرگ اقتصاد امروز فاصله دارد. عملیات بانکی فروض بسیار زیادی دارد که پرداختن به همه آن‌ها در این مجال ممکن نیست. فرض بالا با توجه به اهداف مقاله بوده و در عمل نیز روی می‌دهد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۷۴

تعهد به پرداخت (PROMISE TO PAY)

درباره این واژه در اصطلاح‌شناسی زبان انگلیسی چنین آمده است:

An agreement between two parties, the lender and the borrower, in which the lender promises to pay a set amount of money on a set date. (The Law Dictionary)

چنان که از عبارت بالا مشخص است، این اصطلاح به معنای آن است که شخص قرض‌گیرنده طبق توافقی با شخص قرض‌دهنده، متعهد می‌شود تا مقداری پول را در زمان معینی پرداخت کند؛ به عبارت دیگر هنگام تعهد، پولی پرداخت نمی‌شود بلکه قرض‌دهنده بر ذمه خود تعهدی را ایجاد می‌کند که در آینده باید انجام دهد.

اکنون با فهم فرایند خلق پول این سؤال را می‌توان مطرح کرد که عنوان «تعهد به پرداخت» را با کدام یک از عناوین فقهی می‌توان همسنگ دانست؟ آیا این اصطلاح در فقه معادلی دارد؟

دین

ابن فارس در کتاب خود، اصل معنای ریشه دین را «جنسی از اطاعت کردن، گردن نهادن و خوارشدن» می‌داند که دیگر معانی از جمله قرض و عطا به آن باز می‌گردد (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۳۱۹/۲ و ۳۲۰).

همچنین لسان‌العرب، دین را مترادف قرض می‌داند (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۶۷/۱۳ و ۱۶۸) و فیروزآبادی و فراهیدی نیز آن را به معنای «کل شیء لم یکن حاضرا» می‌دانند (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۷۲/۸ و زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۲۱۴/۱۸).

گرچه در نگاه اول، لغویان در معنای این کلمه اتفاق نظر ندارند؛ اما باید گفت تمامی معانی بالا به نوعی به یکدیگر مربوط بوده و هم‌پوشانی دارند اما از جایی که معنای اصطلاحی این واژه برای ما اهمیت دارد، بحث لغوی را به مجالی وسیع‌تر وامی‌نهیم و به کاوش در معنای اصطلاحی آن می‌پردازیم.

ابن فهد حلّی در شرح خود بر کتاب مختصر النافع، دین را این گونه تعریف می‌کند: «دین، امر کلی غیر مشخص است که در ذمه ثابت شده است» (ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷ق، ۴۸۴/۲).

پس از ایشان محقق کرکی (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۴۹/۵) و همچنین شهیدثانی نیز در کتب خود دین را با تعابیر بالا تعریف نموده‌اند (شهیداول، ۱۴۱۷ق، ۲۳۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۶۶/۴ و شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۸۴/۲ و ۳۴/۳).

امام خمینی نیز دین را این چنین تعریف کرده است:

«دین، مال کلی در ذمه شخصی برای شخص دیگر است که به سببی به وجود آمده است» (خمینی، ۱۴۰۴ق، ۱۶۳).

با توجه به مطالب بالا می‌توان گفت آنچه بانک متعهد به پرداخت آن است همان مال کلی در ذمه است که به صورت حال است، یعنی بانک تعهد کرده است هر زمان وام‌گیرنده درخواست دریافت وام را به صورت نقد داشته باشد، بانک آن را پرداخت کند اگرچه در عمل وام‌گیرنده هیچ‌گاه پول نقد دریافت نمی‌کند و با انتقال این اعتبار (ذمه بانک) به حساب دیگر در همان بانک یا بانک دیگر اقدام به معامله می‌نماید.

باید توجه نمود که حساب جاری ایجاد شده توسط بانک برای وام گیرنده اگرچه در اقتصاد پول محسوب می‌شود، به گونه‌ای که صاحب حساب می‌تواند با چک یا کارت بانکی آن را جابجا نماید؛ اما درحقیقت در این فرایند هیچ مالی جابجا نمی‌شود بلکه تنها تعهد یا همان «ذمه» بانک است که به شخص دیگر منتقل می‌شود. چنانکه بارها گفته شد، بانک با افزایش اعتبار حساب جدید به میزان وام، تنها تعهد به پرداخت آن می‌کند که امری کلی است و به عبارت دیگر به نفع وام گیرنده و علیه خود دین ایجاد می‌نماید. پس انتقال این اعتبار با چک و یا به صورت الکترونیک، به مفهوم فقهی تنها انتقال دین مستقر بر ذمه بانک به شخص دیگر است، مانند آنکه شخص الف با دینی که بر عهده شخص ب دارد اقدام به خرید کالایی نماید و ثمن را با انتقال کلی در ذمه شخص ب (دین) به فروشنده پرداخت کند.

البته لازم به ذکر است، علاوه بر بانک‌های تجاری، بانک مرکزی نیز می‌تواند اقدام به خلق پول کند که به دلیل رعایت اختصار از توضیح آن خودداری می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۷۶

۱. بررسی فقهی خلق پول بانگه به قوانین موضوعه

در این قسمت به بررسی فرایند خلق پول بانگه به قوانین مدنی، بانکداری بدون ربا و آیین نامه اجرایی آن می‌پردازیم.

بانک در ایران

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، تلاش‌های گوناگونی جهت تطبیق بانک و عملیات بانکی با شرع مقدس صورت گرفت. از این رو در هشتم شهریور سال ۱۳۶۲، قانونی با عنوان «قانون عملیات بانکی بدون ربا» در مجلس شورای اسلامی تصویب شد.

در این قانون، بانک‌ها مجاز به جذب منابع از دو طریق سپرده‌های قرض الحسنه (جاری و پس انداز) و سپرده‌های سرمایه گذاری مدت دار هستند (ماده ۳). همچنین آن‌ها می‌توانند به اعطای تسهیلات نیز مبادرت نمایند (ماده ۷).

در مواد ۲ و ۲۱ این قانون صراحتاً از انجام معاملات و اعطای وام ربوی نهی و

بدین منظور در قالب عقود اسلامی، راهکارهایی نیز ارائه شده است. بر اساس تبصره ماده ۳ این قانون، بانک‌ها در انجام عقود شرعی مذکور به وسیله این سپرده‌ها، از طرف صاحب آن‌ها وکیل هستند. اما در این قانون هیچ اشاره‌ای به خلق پول نشده است و «نرخ ذخیره قانونی» که می‌تواند نقش مهمی در سیاست‌های پولی کشور ایفا کند، در این قانون چشم‌پوشی شده است. همچنین روابط این فرایند با عقود شرعی نیز بررسی نشده و گویی این مبحث مهم در بانکداری نوین که می‌توان گفت اساس بانک‌های امروزی را تشکیل می‌دهند به‌طور کلی نادیده گرفته شده است! در آیین‌نامه‌های اجرایی این قانون نیز خبری از فرایند پیچیده‌ی خلق پول نیست!

سؤال اساسی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا فرایند خلق پول در عقود اسلامی از جمله مضاربه، مشارکت و... خللی ایجاد نمی‌کند؟ آیا این پدیده با قانون بانکداری بدون ربا تعارضی ندارد؟

عقود اسلامی در بانک‌های ایران

قرض الحسنه

در ماده ۱۵ آیین‌نامه بانکداری بدون ربا چنین آمده است:

«قرض الحسنه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند.»

در ماده ۱۷ آیین‌نامه نیز، وام‌گیرنده موظف به پرداخت هزینه‌های دریافت وام شده است.

در کتب فقهی، قرض این‌گونه تعریف شده است:

«قرض، تملیک مال به دیگری به ضمان است، به اینکه به عهده او باشد که خود

آن مال یا مثل یا قیمت آن را بپردازد» (خمینی، بی‌تا، ۱/۶۵۱ و ۶۵۲).

با توجه به تعریف بالا می‌توان به نکات ذیل اشاره کرد:

۱. قرض، تملیک مال است؛ بنابراین هرچه مال محسوب نشود و قابلیت تملیک

را نداشته باشد، نمی‌تواند به‌عنوان موضوع قرض قرار گیرد.

۲. قرض گیرنده ضامن بازپرداخت قرض است، اما برگرداندن عین مال لازم نیست بلکه می تواند مثل و یا قیمت آن را برگرداند.

۳. پس از انعقاد قرض، مال موردنظر از ملکیت مالک خارج و به ملکیت قرض گیرنده در می آید؛ بنابراین تمامی تصرفات مالک قبلی پس از عقد در مال موردنظر، باطل خواهد بود.

همچنین وام دادن دین و یا منفعت، صحیح نیست. امام خمینی در این باره می نویسد:

«بنابر احوط معتبر است که مال عین مملوک باشد؛ پس نه وام دادن دین و منفعت و نه آنچه که تملک آن صحیح نیست، مانند شراب و خوک، صحیح نیست؛ و در اینکه وام دادن چیز کلی صحیح باشد، به اینکه عقد بر کلی واقع شود و آن را با دادن مصداقی از آن به او تحویل دهد، تأمل است» (خمینی، بی تا، ۱/۶۵۲).

بنابر آنچه در مورد قرض از تحریر الوسیله نقل کردیم، مال مورد قرض باید ((عین)) باشد.

در قانون مدنی نیز قرض چنین تعریف شده است:

ماده ۶۴۸؛ قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعدّر رد مثل قیمت یوم الرّد را بدهد بنابراین، قرض غیر اموال، خارج از دایره شرع و قانون خواهد بود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۷۸

تفاوت دین و مال

در بحث اکل مال به باطل به صورت مفصل به بیان دو واژه «دین» و «مال» خواهیم پرداخت اما در اینجا لازم است تا به صورت اختصار به تفاوت این دو واژه بپردازیم.

چنان که گفته شد، مال به عین متشخص خارجی گفته می شود که قابلیت به تملک آمدن را دارد.

واژه «دین» نیز چنین تعریف شده است:

«مال کلی در ذمه شخص برای شخص دیگری که سبب آن قهری یا اختیاری است» (مشکینی، بی تا، ۲۴۸).

بنابراین اگر عین متشخص خارجی، به امر کلی تبدیل شود «دین» خواهد بود؛ مثلاً اگر شخصی کفش دیگری را غصب کند ضامن عین آن بوده و باید همان مال متشخص خارجی را مسترد کند اما اگر کفش تلف شد، به دلیل تعدر در ردّ عین، ذمه شخص به مثل آن کفش و به عبارت دیگر به امر کلی تعلق می گیرد.

خلاصه آنکه مال امری متشخص و دین امری کلی است.

مضاربه

مضاربه در فقه این گونه تعریف شده است:

«مضاربه، عقدی است که بین دو نفر واقع می شود بر این اساس که سرمایه تجارت از یکی از آنها و کار از دیگری باشد و اگر سودی پیدا شود بین هر دو باشد» (خمینی، بی تا، ۶۰۸/۱).

به مانند قرض، مضاربه با منفعت و دین نیز صحیح نیست (خمینی، بی تا، ۶۰۸/۱) همچنین سرمایه در مضاربه باید پول رایج باشد (خمینی، بی تا، ۶۰۸/۱).

با مرگ یکی از طرفین معامله، مضاربه باطل می شود و عامل دیگر حق تصرف در مال را نخواهد داشت و به نظر امام خمینی ورثه متوفی نمی توانند عقد را امضا کنند (خمینی، بی تا، ۶۱۱/۱).

قانون مدنی در مورد مضاربه چنین گفته است:

ماده ۵۴۷: سرمایه (در مضاربه) باید وجه نقد باشد.

شرکت

در فقه شرکت چنین تعریف شده است:

«شرکت، عبارت است از اینکه یک چیز برای دو نفر یا بیشتر باشد؛ و آن یا در عین است یا دین، یا منفعت، یا حق؛ و سبب آن گاهی ارث است و گاهی عقد

انتقال‌دهنده ... برای شرکت دو سبب دیگر (هم) هست که اختصاص به شرکت در اعیان دارد: یکی حيازت ... و دیگری امتزاج)) (خمینی، بی تا، ۱/۶۲۲).

گاهی موضوع عقد، شرکت است که از آن به عنوان «شرکت عقدی» تعبیر می‌گردد. گرچه فقها به چند نوع شرکت اشاره کرده‌اند؛^۱ اما شرکت عقدی، منحصر در شرکت عنان بوده که از آن به «شرکت اموال» نیز تعبیر شده است (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۴/۲۱۷).

«شرکت عقدی جز در اموال صحیح نیست، چه (اموال) نقد باشند یا جنس. چنین عقدی شرکت عنان نامیده می‌شود» (خمینی، بی تا، ۱/۶۲۴).

بنابراین از منظر فقه، شرکت عقدی تنها در پول رایج و یا اجناس خواهد بود و به مانند قرض و مضاربه، دین و یا منفعت موضوع چنین شرکتی نمی‌تواند قرار بگیرد. در قانون مدنی نیز در مورد شرکت و انواع آن چنین آمده است:

ماده ۵۷۳: شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکا از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازای عمل چند نفر و نحو این‌ها.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰
۸۰

سلف

ماده ۴۰ آیین‌نامه اجرایی:

منظور از معامله سلف، پیش‌خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین است (با توجه به ضوابط شرعی)

در فقه نیز، بیع سلف این‌گونه تعریف شده است:

«خریدن کلی مدّت دار در مقابل ثمن نقد، برعکس نسیه» (خمینی، ۱۴۰۴ق، ۱۴۹).

بیع سلم یا سلف، دارای شروطی است که یکی از این شرط‌ها تحویل ثمن در مجلس عقد است؛ بنابراین اگر قسمتی از ثمن گرفته شود و یا ثمن به‌عنوان دین (حال یا مؤجل) در ذمه بایع باشد، اصل معامله باطل خواهد بود. البته

۱. شرکت مفاوضه، شرکت وجوه، شرکت اعمال و شرکت عنان.

در صورتی که دین حال باشد اختلافی بین فقها وجود دارد؛ اما از نظر امام خمینی احوط ترک چنین معامله‌ای است (خمینی، بی‌تا، ۱/۵۴۴).
در قانون مدنی از این بیع نامی برده نشده است و فقط در ضمن ماده ۳۴۱ اشاره به مدت دار بودن میباید یا ثمن شده است.

بررسی خلق پول در عقود بانکداری اسلامی

با توجه به توضیحاتی که در مورد خلق پول آمد، می‌توان در مورد «قرض الحسنه» چنین گفت:

بانک حسابی را برای قرض گیرنده ایجاد کرده و به میزان قرض اقدام به افزایش اعتبار حساب کرده و خود را متعهد به پرداخت آن می‌کند. بنابراین می‌توان گفت بانک دینی را علیه خود و به نفع قرض گیرنده ایجاد می‌کند و از سوی دیگر ذمه وام گیرنده نیز ضامن مثل آن دین خواهد بود. بنابراین بانک، اقدام به قرض دادن دین (حساب تعهد شده) کرده است که با توجه به مطالب مطرح شده و بر اساس نظر فقها و نیز قانون مدنی، چنین قرضی باطل می‌باشد.

بر فرض پذیرش این مطلب که بانک در این فرایند از نظر اقتصادی پول جابجا نموده و آن را قرض داده است؛ اما از لحاظ فقهی شیء قرض داده شده در عقد قرض باید از اعیان باشد و چون حساب ایجاد شده توسط بانک برای وام گیرنده چیزی جز تعهد بانک به پرداخت آن نبوده و از اعیان محسوب نمی‌شود، بنابراین قرض دین صادق خواهد بود.

حال اگر وام گیرنده مبلغ خود را دریافت نکرده و با آن اقدام به خرید کالایی نماید و این مبلغ را در همان بانک به فروشنده منتقل کند، بیع با «دین» صورت گرفته است و اگر این بیع از نوع سلم (پیش خرید) باشد بیع «دین به دین» و باطل خواهد بود. بله، اگرچه سپرده دیداری در اقتصاد پول است؛ اما چنانکه توضیح داده شد، اولاً از نظر فقهی مال نیست در حالی که عقد قرض باید با مال صورت بگیرد و ثانیاً حساب وام گیرنده تنها اعتباری است که بانک تعهد به پرداخت آن نموده و ماهیت آن دین است.

این دین می‌تواند در چرخه اقتصادی بارها دست‌به‌دست شده و عوض معاملات گوناگونی قرار گیرد که پیچیدگی‌های خاص خود را دارد و فروض بی‌نهایتی را تشکیل دهد که از حوصله این نوشتار خارج است اما چنانکه معلوم شد، اصل عقد قرض در این فرض باطل خواهد بود.

با توجه به آنچه در قرض الحسنه گفته شد اشکال در عقد «مضاربه» نیز معلوم می‌شود. اگر مالک سرمایه، بانک و عامل نیز وام‌گیرنده باشد، بانک با ایجاد حساب و افزایش اعتبار آن به میزان وام، تعهد پرداخت به آن کرده و با ایجاد «دین» اقدام به عقد مضاربه می‌نماید که از نظر شرعی و قانونی باطل است.

اگر سپرده‌گذار، مالک سرمایه باشد و با بانک به‌عنوان عامل، چنین عقدی را منعقد کند، در صورتی که مبلغ پرداخت‌شده به بانک بی‌واسطه یا با چند واسطه از وام‌های بانکی باشد، در اصل با دین دست‌به‌دست‌شده بانک وام‌دهنده، اقدام به چنین معامله‌ای کرده که صرف‌نظر از معاملات قبلی، عقد مضاربه جدید باطل خواهد بود. این عقد نیز در سیستم بانکی صورت‌های گوناگون و بی‌شماری دارد.

در مورد عقد شرکت نیز می‌توان گفت:

آنچه در بانک‌های تجاری اتفاق می‌افتد، شرکت عقدی است و بانک به‌عنوان شریک یا مبلغی را به‌عنوان وام به متقاضی پرداخت می‌کند و یا از مشتری به‌عنوان حساب سپرده دریافت می‌نماید.

در صورت اول، همان اشکال قبلی مبنی بر عدم صحت چنین عقود با «دین» مطرح است.

همچنین در صورت دوم اشکالاتی که در مضاربه بیان شد در اینجا نیز وارد است.

در نهایت معمولاً بانک‌ها در بیع سلف، اقدام به پیش‌خرید محصولات واحدهای تولیدی به قیمت معین می‌نمایند؛ بنابراین بانک به‌وسیله ایجاد دین اقدام به خرید مبیع مدت‌دار می‌کند که از نظر امام خمینی چنین عقدی باطل و از مصادیق بیع دین به دین (کالی به کالی) خواهد بود.

۲. بررسی فقهی خلق پول صرف نظر از قوانین

به نظر می‌رسد اشکالی کلی و فراگیرتر از آنچه گفته شد بر فرایند خلق پول وارد باشد. بانک بدون فعالیت تجاری و تنها با دادن وام و ایجاد دین در ضمن عقود اسلامی، خلق پول نموده و کسب ثروت می‌نماید. وام‌گیرنده با وام گرفته شده فعالیت تجاری کرده و سپس اقدام به بازپرداخت وام (دین) به همراه سود شرط شده در عقود شرعی می‌کند. در اصل، وام‌گیرنده اقدام به بازپرداخت «مالی» می‌کند که هیچ‌گاه از بانک دریافت نکرده است.

برای بررسی دقیق‌تر موضوع ابتدا به تبیین عنوان فقهی «اکل مال به باطل» کرده و سپس آنرا با فرایند خلق پول تطبیق می‌دهیم.

اکل مال به باطل

تعییر اکل مال به باطل - که در جای جای فقه معاملات به کاررفته - مستفاد از دسته‌ای آیات است. از این رو ابتدا به بیان و شرح مختصر این آیات می‌پردازیم.

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِنَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (بقره/۱۸۸)؛ (و اموال یکدیگر را به باطل (و ناحق) در میان خود نخورید! و برای خوردن بخشی از اموال مردم به گناه، (قسمتی از) آنرا (به‌عنوان رشوه) به قضات ندهید، درحالی که می‌دانید (گناه است)).

مراد از «اکل» در این آیه، مطلق تصرف است و به دلیل آن که قدیمی‌ترین و اساسی‌ترین نیاز انسان خوردن است، مجازاً در آن به کار رفته است. اموال نیز جمع مال بوده و دلالت بر هر چیزی که انسان به آن رغبت می‌کند دارد. باطل نیز در مقابل حق و به معنای چیزی است که ثبوت ندارد. آیه در مقام نهی از عمل رشوه است و بیان می‌دارد که مصالحه بین راشی و مرتشی باطل بوده و مرتشی که در این آیه، حاکم (قاضی) است، در مال رشوه داده شده حقی ندارد و تصرف او در این مال باطل است (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۲/۵۱-۵۳).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (نساء/۲۹)؛ (ای کسانی که ایمان آورده‌اید!

اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گیرد؛ و خودکشی نکنید! خداوند نسبت به شما مهربان است).

«تجارت» به معنای تصرف در رأس المال برای به دست آوردن سود است. استثنا در آیه، استثنای منقطع بوده و پس از نهی خداوند از معاملاتی است که جامعه را به فساد و تباهی می کشاند (مانند ربا، قمار، بیع غرری و...) در پاسخ به توهّم عدم شریعت تمامی معاملات وارد شده است و بیان می کند معاملات صحیحی که جامعه را تحکیم ببخشد و معامله ای که موجب رضایت طرفین و شرع باشد نیز وجود دارد (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۴/۳۱۶ و ۳۱۷).

﴿وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ (نساء/۱۶۱)؛ «و (همچنین) به خاطر ربا گرفتن، درحالی که از آن نهی شده بودند (یهود)؛ و خوردن اموال مردم به باطل، و برای کافران آنها، عذاب دردناکی آماده کرده ایم».

عبارت (اکلهم اموال الناس بالباطل) عطف بر عبارت (فبظلم من الذين هادوا) در آیه قبل و یکی از علل تحریم طیبات بر بنی اسرائیل است. عبارت (اعتدنا للکافرین منهم عذابا الیما) نیز اشاره به عذاب اخروی علاوه بر عذاب دنیوی (حرمت طیبات) دارد (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۵/۱۳۷).

با توجه به آیه بالا می توان چنین نتیجه گرفت که اکل مال به باطل تنها منحصر به «ربا» نیست اگرچه یکی از مصادیق آن می تواند ربا باشد؛ زیرا اگر چنین بود عطف آن دو به هم بی حاصل می نمود. همچنین می توان گفت ربا و اکل مال به باطل از مصادیق «ظلم» به شمار می آیند.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَخْبَارِ وَالرُّهْبَانِ لَبَيَّا كُلُّونَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَيَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ (توبه/۳۴)؛ «ای کسانی که ایمان آورده اید! بسیاری از دانشمندان (اهل کتاب) و راهبان، اموال مردم را به باطل می خورند و (آنان را) از راه خدا بازمی دارند! و کسانی که طلا و نقره را گنجینه (و ذخیره و پنهان) می سازند و در راه خدا انفاق نمی کنند، به مجازات دردناکی بشارت ده!»

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۸۴

صدر آیه اشاره به آیات قبلی این سوره است. این آیات درصدد بیان این مطلب بودند که علمای اهل کتاب حلال الهی را حرام و حرام را حلال می‌شمارند. این آیه خصوصاً در مورد جرایم مالی اهل کتاب از جمله (اکل مال به باطل) سخن گفته است و بیان می‌دارد که علمای اهل کتاب با روی آوردن به جمع‌آوری مال و ثروت به تشریح دست یازیده و تصرف به ناحق در اموال مردم را صحیح می‌دانستند درحالی که خداوند آن‌را حرام گردانیده است. این کار آن‌ها موجب اختلال جامعه بشری شده و لزوم مبارزه و مقاتله با آنان را گوشزد می‌کند؛ چراکه اگر هدف اصلی جامعه‌ای ثروت‌اندوزی از هر راهی گردد، فساد و انحطاط، آن جامعه را احاطه کرده و مقلوب به جامعه حیوانی می‌گردد (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ۲۴۷/۹ و ۲۴۸).

جمع‌بندی آیات

چنان‌که گفته شد، عبارت (اکل مال) کنایه از مطلق تصرف در اموال است. «مال» نیز در مجامع لغوی غالباً به معنای (مایملک) یعنی آنچه به ملکیت درمی‌آید یا شایسته است که به ملکیت درآید، آمده است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ۶۳۶/۱۱؛ طریحی، ۱۳۷۵، ۴۷۵/۵؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ۵۸۶/۲؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۷۰۳/۱۵). با تدقیق در این کتب می‌توان گفت، مال هر چیزی است که مورد رغبت انسان واقع می‌شود و به‌دلیل این رغبت، او سعی می‌کند آن‌را به خود اختصاص داده و از آن بهره‌برد. معمولاً تعارضاتی که در اموال به وجود می‌آید به‌دلیل تعارض منافع آن‌ها است و چیزی که در آن منفعتی نباشد، عرفاً و شرعاً مال محسوب نشده و حتی معامله با آن نیز باطل است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ۵۲۹/۳).

(باطل) نیز در مقابل (حق) قرار دارد و یکی از مفاهیم بدیهی است که نیازی به کنکاش لغوی ندارد. در ارتکاز هر انسانی چیزی که دلیل و ثباتی نداشته باشد را باطل می‌گویند و شاید به‌همین دلیل در آیه ۱۶۱ سوره نساء آن‌را عطف به «ظلم» کرده است. پوشیده نیست که قبح ظلم ذاتی بوده و برای هر انسانی قابل درک می‌باشد.

همچنین باطل و حق می‌تواند اعتباری باشند. هر جامعه‌ای اگر قانون خاصی

را وضع کند پس از اعتبار، ضد آن قانون باطل خواهد بود؛ مثلاً اگر اعتبار شود که خودروهای سواری روز شنبه حق عبور و مرور ندارند و جامعه آن را بپذیرد، از آن پس عبور و مرور خودروها در روز شنبه «ناصواب» و مقابل «حق» قلمداد می‌گردد. با توجه به مطالب بالا، آیات مذکور بیان می‌دارند که تصرف در اموال، قواعد خاص خود را داشته و تخطی از این قواعد، مورد نهی شارع به عنوان معتبر است. البته چنانکه مشهور است، معاملات از احکام امضایی هستند و در مرحله اول، این عرف است که حدود معامله باطل از حق را معین می‌کند؛ اما شارع از آن جهت که معتبر است با امضا یا عدم امضای معاملات و یا تعیین حدود جدید می‌تواند در معاملات عرفی، تصرف کند. بنابراین نهی در آیه مربوط به مطلق معاملات باطل است، خواه شرعی باشد و خواه عرفی. نگاهی به مصادیق ذکر شده برای این قاعده مؤید مطلب پیش است.

از طرفی قمار و ربا و از سوی دیگر بیع غرری و سفهی از مصادیق این قاعده شمرده شده‌اند؛ در حالی که از نگاه عرف عرب جاهلی قمار و ربا باطل محسوب نمی‌شد؛ اما شارع با تصرف در اعتبارات عرفی، اعتبار دیگری بنیان نهاده است، در حالی که در مورد بیع غرری و سفهی عرف نیز سود حاصل شده از آن‌ها را باطل می‌دانست.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۸۶

با توجه به آنچه گفته شد و همچنین تدقیق در آیات و آنچه در عرض عبارت (اکل مال به باطل) آمده است می‌توان فهمید که ربا، رشوه، جمع‌آوری مال با ترک انفاق و همچنین معاملات تجاری بدون رضایت یا از مصادیق اکل مال به باطل بوده و یا در اثر، همانند آن هستند. اما به نظر می‌آید نظر اول دقیق‌تر باشد؛ چرا که عنوان اکل مال به باطل عنوان جامعی است که می‌تواند تمامی این مصادیق را در برگیرد و هر کدام می‌تواند مصداقی عرفی یا شرعی از باطل باشند.

استثنای موجود در آیه ۲۹ سوره نساء به نظر می‌رسد، تام متصل باشد نه منقطع؛ زیرا اسم «تکون» ضمیر «هو» بوده که مرجع آن «اموال» است (ابن خالویه، ۱۴۱۳ق، ۱/۱۰۵). در استدلال بر استثنای منقطع گفته شده است به دلیل آن که «تجارت» باطل نیست پس مستثنی (تجارت) از غیر جنس مستثنی منه (باطل) است (ثعلبی، ۱۴۲۲ق،

۲۹۲/۳) اما در پاسخ باید گفت که جنس مستثنی و مستثنی منه (اموال) در هر دو عبارت یکسان است، مستثنی منقطع در مثل آیه شریفه ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا﴾ (مریم/۶۲) محقق شده است که جنس «لغو» با «سلام» متفاوت است اما در آیه مذکور جنس «اموال» در دو طرف حرف استثناء متفاوت نیست اگرچه حکم آن‌ها متفاوت باشد (یکی باطل و دیگری حق).

بنابراین آیه چنین می‌فرماید: در اموال یکدیگر به ناحق تصرف نکنید؛ مگر آنکه این اموال را از راه تجارت به دست آورده باشید البته به شرط آنکه تجارت از روی رضایت طرفین معامله باشد.

تجارت در معاجم لغوی به معنای انتقال یا تقلیب مال برای کسب سود است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۳/۲۳۳ و زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۶/۱۲۸). یکی از مصادیق بارز تجارت عقد بیع است که فروشنده، مال خود را در مقابل بهای آن به خریدار انتقال داده و یا به عبارت دیگر مال خود را با مال دیگری عوض می‌کند تا به منفعت مقصود برسد. همچنین با توجه صفت «عن تراض» در آیه کریمه و آنچه در کتاب مجمع البحرین ذکر شده، در تجارت «تراضی» نیز شرط است؛ بنابراین در تجارت عناصر «مال»، «سود»، «تراضی» و «عملیات تعویض یا انتقال» نقش اصلی را ایفا می‌کنند به گونه‌ای که اگر هر کدام مفقود باشد دیگر تجارت صدق نخواهد کرد.

برای روشن شدن مطلب، به ذکر برخی از مصادیق اکل مال به باطل می‌پردازیم که فقها به بیان آن پرداخته‌اند.

فقها از دیرباز معامله بدون عوض را از مصادیق این قاعده برشمرده‌اند. شهید اول در کتاب دروس و در بحث اعتبار و اختبار کالایی که فاسدشدنی است بر این اعتقاد هستند که اگر اختبار کالایی مانند تخم مرغ تنها به وسیله شکستن آن میسر باشد، بایع نمی‌تواند خود را از عیوب کالا در صورتی که شکسته آن قیمتی نداشته باشد بریء سازد؛ زیرا در مقابل عوض، معوضی وجود نداشته و از مصادیق اکل مال به باطل است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۳/۱۹۸).

محقق کرکی در شرح خود بر کتاب قواعد، با نظریه علامه حلی در صحت چنین بیعی مخالفت نموده و آن را از مصادیق اکل مال به باطل می‌داند (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۴/۹۶).

شهادتانی (در توضیح عبارات شهادت اول) در مورد اشتراط طلا و نقره از سوی صاحب درختان برای عامل در عقد مساقات چنین می گوید:

«اگر همه میوه‌ها تلف شود و یا اینکه درختان میوه ندهند این شرط نافذ نیست؛ زیرا عامل عوض کار خود را به دست نیاورده است پس چگونه علاوه بر کار بی فایده خود که بدون عوض مانده است، خسارت دیگری را نیز تحمل کند؛ بنابراین از مصادیق اکل مال به باطل است» (شهادتانی، ۱۴۱۰، ۴/۳۱۵).

محقق حلی در کتاب شرایع و در صورتی که برای یکی از دو شریک که سهم مساوی دارند در عقد شرکت سهمی بیشتر یا ضرر بیشتر شرط شود، نظریه بطلان را پذیرفته است. شهادتانی نیز در شرح خود بر این کتاب شریف این نظریه را به شیخ طوسی، ابن ادریس و جماعت دیگری از فقها نسبت داده و در استدلال خود بیان می‌دارد:

«زیرا در مقابل این زیاده عوضی وجود ندارد چون (در فرض مفروض) در مقابل آن عملی نیست، همچنین این شرط در عقد معاوضی دیگری نیز شرط نشده است تا ضمیمه به یکی از عوض‌های آن معامله قرار گیرد، بنابراین اکل مال به باطل است» (شهادتانی، ۱۴۱۳، ۴/۳۱۱ و ۳۱۲).

مرحوم یزدی نیز در حاشیه کتاب خود بر مکاسب با نقل فرع بالا و ادله آن، فساد اشتراط زیاده برای یکی از دو شریک را می‌پذیرد (یزدی، ۱۴۲۱، ۲/۱۱۵). پس این فرض خاص به دلیل آنکه در مقابل زیاده، عملی قرار گرفته نشده، از مصادیق اکل مال به باطل شمرده شده است.

خلاصه آنکه عنوان «اکل مال به باطل» دارای مصادیق گوناگونی است (ربا، قمار و...) و یکی از این مصادیق، عنوان «معامله یا تجارت بدون عوض یا بدون معوض» است که خود مصادیق گوناگونی دارد.

بررسی رابطه اکل مال به باطل و خلق پول

چنانکه گفته شد، بانک با جذب منابع و ایجاد سپرده‌های جدید، قدرت خلق پول پیدا می‌کند. بانک با سپردن مقدار مشخصی از این سپرده‌ها به بانک مرکزی

به‌عنوان ذخیره قانونی، مجاز است تا مابقی را برای متقاضیان وام اختصاص دهد به این صورت که با ایجاد حساب جدید برای متقاضی، به میزان وام تعهد به پرداخت می‌نماید. اگر وام‌گیرنده این مقدار اعتبار را در همان بانک و به حساب دیگری جابجا کند، دوباره بانک با سپردن ذخیره قانونی به بانک مرکزی می‌تواند با عنوان وام برای شخص ثالثی حساب ایجاد کرده و تعهد به پرداخت آن نماید. این فرایند تا زمانی ادامه دارد که صاحب حساب مبلغ وام خود را به‌صورت نقدی برداشت کرده و یا به بانک دیگری منتقل کند. لازم به ذکر است در صورت دوم قدرت خلق پول به بانک دوم منتقل شده و از بین نمی‌رود. بنابراین بانک حجم پول را در سیستم بانکی با توجه به نرخ ذخیره قانونی افزایش می‌دهد، بدون آنکه درحقیقت پولی موجود باشد.

فرض کنید شخصی ۱۰۰ تومان به‌عنوان حساب سپرده مشارکت با سود ۵٪ درصد در بانک سرمایه‌گذاری کند. بانک با کسر ذخیره قانونی مقدار ۹۰ تومان با سود ۱۱٪ را به متقاضی وام، به‌عنوان وام مشارکت در قالب حساب واریز می‌نماید که در اصل تعهد به پرداخت آنرا نموده و دین حال به حساب می‌آید. صرف نظر از اشکالات پیش‌گفته در اصل شرکت، دو حساب موجود است که جمع آن‌ها ۱۹۰ واحد می‌شود. هر یک از صاحبان حساب‌های مذکور می‌توانند از حساب خود برداشت کرده و یا مبلغی را به حساب دیگر جابجا کنند. بنابراین بانک ۱۰۰ واحد پول را تنها با ایجاد حسابی جدید و بدون هیچ فعالیت تجاری به ۱۹۰ واحد پول تبدیل کرده است.

از سوی دیگر وام‌گیرنده با پرداخت اقساط وام خود که در اصل اعتبار و تعهدی بیش نبوده است، موجب افزایش اموال بانک و قدرت خلق پول آن می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، وام‌گیرنده به‌وسیله وام مشارکتی (صرف نظر از بطلان آن، چنانکه گذشت) که در اصل دینی بر ذمه بانک بوده است اقدام به معامله می‌کند و در عوض به پرداخت اقساط و سود وام می‌پردازد! پس می‌توان گفت در اینجا نیز بانک به میزان وام و سود آن به دارایی‌ها و قدرت خلق پول خود می‌افزاید بدون آنکه معوضی داده باشد؛ زیرا وام‌گیرنده صرفاً با جابجایی تعهد بانک اقدام به عملیات

تجاری کرده است و در اصل در مقابل ۹۰ واحد وام چیزی جز تعهد بانک به پرداخت نبوده است.

فرضی که در اینجا مطرح شد، بانک با پرداخت ۵٪ سود به سپرده گذار اول و همچنین دریافت ۱۱٪ سود از وام گیرنده در ضمن اینکه ۹۰ واحد تعهد را به ۹۰ واحد مالیت تبدیل می کند، مقداری سود نیز که به میزان مابه‌التفاوت سود پرداختی و دریافتی است، به دست می آورد که آن هم بدون هیچ معوضی خواهد بود. خلاصه می توان گفت در این نوع از عملیات بانکی عنصر «تعویض یا انتقال» که در صدق عنوان تجارت معتبر است، مفقود است و این فرایند از مصادیق «اکل مال به باطل» می باشد.

البته فروض گوناگون دیگری نیز می توان طرح کرد که از حوصله این نوشتار خارج است.

نتیجه گیری

با بررسی ماهیت خلق پول به این نتیجه رسیدیم که بانک با تعهد به پرداخت وام هایی که در قالب عقود اسلامی به مشتریان خود واگذار می کند در اصل، دینی بر ذمه خود و به نفع مشتری ایجاد کرده است. به عبارت دیگر بانک تعهد کرده است هر زمان وام گیرنده درخواست دریافت وام را به صورت نقد داشته باشد، بانک آن را پرداخت کند. اگرچه در عمل، وام گیرنده پول نقدی دریافت نمی کند و با انتقال این اعتبار یا به عبارت دیگر ذمه بانک، به حساب دیگر در همان بانک یا بانک دیگر اقدام به معامله می نماید.

با توجه به اینکه در قرض الحسنه، مضاربه و مشارکت، معامله با «دین» صحیح نبوده و موجب بطلان آن ها می شود، اشکال مشترکی بر تمامی این عقود وارد آمد. همچنین در برخی فروض، معاملات بعدی با انتقال دینی که بانک ایجاد کرده، صورت می پذیرد که می تواند موجب معاملات باطل دیگری مثل بیع دین به دین شود. در بیع سلف نیز که در بانک ها رایج است، اشکال بیع دین به دین مشاهده می شود؛ زیرا بانک به وسیله ایجاد دین اقدام پیش خرید محصولات واحدهای تولیدی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۹۰

به قیمت معین می نمایند که به فتوای برخی فقها از مصادیق بیع دین به دین (کالی به کالی) است.

صرف نظر از اشکالات بالا، چنین عقودی با توجه به سودهای حاصل شده برای بانک فاقد عنصر «تعویض یا انتقال» که در صدق عنوان تجارت معتبر است، بوده و این فرایند از مصادیق «اکل مال به باطل» می باشد.

منابع

• قرآن کریم (ترجمه آیت الله مکارم شیرازی).

۱. آیین نامه اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا.

۲. ابعاد و پیامدهای خلق پول توسط بانکهای تجاری در ایران. (آبان ۱۳۹۳). مرکز پژوهش های مجلس. معاونت پژوهش های اقتصادی.

۳. ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. یکم. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

۴. ابن فهد حلّی، احمد بن محمد اسدی جمال الدین. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع في شرح المختصر النافع. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۵. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. سوم. بیروت: دار صادر.

۶. ابن خالویه، حسین بن احمد. (۱۴۱۳ق). إعراب القراءات السبع و عللها. یکم. مصر: مکتبة الخانجي.

۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین دزفولی. (۱۴۱۵ق). المکاسب. یکم. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

۸. بار، رمون. اقتصاد سیاسی. (۱۳۶۷). ترجمه منوچهر فرهنگ. تهران: انتشارات سروش.

۹. ثعلبی، احمد بن محمد. (۱۴۲۲ق). الكشف و البیان: تفسیر الثعلبی. یکم. بیروت: دار إحياء التراث العربي.

۱۰. حرّعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشیعة. یکم. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۱۱. خمینی، سید روح الله موسوی. (۱۴۰۴ق). زبدة الأحکام. یک جلدی. یکم. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.

۱۲. _____ . (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. یکم. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیهم السلام.

۱۳. ———. (بی تا). **تحریر الوسيلة**. ۲ جلدی. یکم. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۴. خویی، ابوالقاسم. (۱۳۸۳). **رساله توضیح المسائل**. دوم. مشهد: انتشارات رستگار.
۱۵. ———. (بی تا). **مصباح الفقاهه**. مقرر محمدعلی توحیدی. بی جا.
۱۶. زبیدی، محمدبن محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). **تاج العروس من جواهر القاموس**. یکم. بیروت: دار الفکر.
۱۷. شاکری، عباس. (۱۳۸۷). **نظریه ها و سیاست های اقتصاد کلان**. یکم. تهران: انتشارات پارس نویسان.
۱۸. شهید اول، محمدبن مکی عاملی. (۱۴۱۷ق). **الدروس الشرعية في فقه الإمامية**. دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. ———. (بی تا). **القواعد والفوائد**. یکم. قم: کتابفروشی مفید.
۲۰. ———. (۱۴۱۰ق). **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**. یکم. قم: کتابفروشی داوری.
۲۱. شهیدثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**. یکم. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۲۲. ———. (۱۴۱۴ق). **حاشية الإرشاد**. یکم. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۳. صدر، سیدمحمدباقر. (۱۹۹۴). **البنک اللاربوی فی الاسلام**. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۲۴. ———. (بی تا). **الاسلام يقود الحياه**. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۲۵. طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۹۰ق). **الميزان في تفسير القرآن**. دوم. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۲۶. طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵ش). **مجمع البحرين**. سوم. تهران: مرتضوی.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق). **تذكرة الفقهاء**. یکم. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۸. فراهانی، مجتبی. (۱۳۹۳). **پول، ارز و بانکداری**. هجدهم. انتشارات ترمه.
۲۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). **کتاب العين**. دوم. قم: نشر هجرت.
۳۰. فیومی، احمدبن محمد. (۱۴۱۴ق). **المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی**. دوم. قم: مؤسسه دار الهجرة.
۳۱. **قانون عملیات بانکی بدون ربا**.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۹۲

۳۲. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
۳۳. کاتوزیان، ناصر. (بی تا). ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی. شانزدهمین همایش بانکداری بدون ربا.
۳۴. محقق کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین عاملی. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد في شرح القواعد*. دوم. قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۳۵. مشکینی، میرزاعلی. (بی تا). *مصطلحات الفقه*. یک جلدی. بی تا.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۶). *احکام فقهی اسکناس (النقود الورقیه)*. مجله نور علم. شماره ۲۱.
۳۷. منکیو، گرگوری. (۱۳۹۷). *مبانی علم اقتصاد*. دوازدهم. تهران: نشر نی.
۳۸. منکیو، گرگوری. (۱۳۹۸). *نظریه اقتصاد کلان*. ششم. تهران: نشر نی.
۳۹. نوری، حسین بن محمدتقی. (۱۴۰۸). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. یکم. قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۴۰. یوسفی، احمدعلی (۱۳۷۷). *ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصادی آن*. یکم. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۱. یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی. (۱۴۲۱ق). *حاشیة المکاسب*. دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۲. _____. (۱۴۰۹). *العروة الوثقی*. دوم. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
43. Money creation in the modern economy (14 March 2014), Michael McLeay, Amar Radia and Ryland Thomas of the Bank's Monetary Analysis Directorate
44. <https://thelawdictionary.org/promise-to-pay/> title=PROMISE TO PAY.

References

1. *The Holy Qur'ān*. (Translated by Ayatollāh Makārim Shīrāzī).
2. *Ab'ād wa Payāmadhā-yi Khalq-i Pūl Tawassut Bānkhā-yi Tijārī dar Irān*. (November 2014). Markaz-i Pazhūhishhā-yi Majlis. Mu'āwinat-i Pazhūhishhā-yi Iqtisādī.
3. Al-Qazwīnī al-Rāzī, Aḥmad ibn Fārs ibn Zakarīyā. 1984/1404. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughat*. 1st. Maktab al-A'lām al-Islāmīyah.
4. al-Ḥillī al-Asadī, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Shams al-Dīn Muḥammad ibn Fahad (ibn Fahad Ḥillī). 1987/1407. *Al-Muhadhab al-Bārī' ft Sharḥ al-Mukhtaṣar al-*

- Nāfi*'. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
5. Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram. 1994/1414. *Lisān al-'Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Ṣādir.
 6. Ibn Khaliwayh, Ḥusayn ibn Ahmad. 1993/1413. *I'rāb al-Qirā'āt al-Sab' wa 'Ilaluhā*. 1st. Egypt: Maktabat al-Khānījī.
 7. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
 8. *Āyīn Nāmī-yi Ijrāyī-yi Qānūn 'Amaliyāt Bānkī Bedūn-i Ribā'*.
 9. Barre, Raymond Octave Joseph. *Iqtisād-i Sīyāsī*. 1988/1367. Translated by Manūchīhr Farhang. Tehran: Intishārāt-i Surūsh.
 10. Al-Nishābūrī al-Tha'labī, Aḥmad ibn Muḥammad. 2001/1422. *Al-Kashf wa al-Bayān: Tafṣīr al-Tha'labī*. 1st. Beirut: Dār Ihyā' al-Turāth al-'Arabī.
 11. al-Ḥur al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Was'īl al-Shi'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Shar'i'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.
 12. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1984/1404. *Zubdat al-Aḥkām*. 1st. Tehran: Sāzīmān Tabliqāt Islāmī (Islamic Propagation Organization).
 13. —, 2002/1421. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 14. —, n.d. *Tahrīr al-Wasīlah*. 1st. Qom: Mu'assasat Maṭbū'āt Dār al-'Ilm.
 15. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Ṣayyid Abū al-Qāsim. 2004/1383. *Tawḍīḥ al-Masā'il*. 2nd. Mashhad: Intishārāt Rastiqār.
 16. —, n.d. *Miṣbah al-Fiḳāha*. Edited by Muḥammad 'Alī Tawḥīdī.
 17. Al-Ḥusaynī Al-Zubaydī, Sayyid Muḥammad Murtaḍā. 1994/1414. *Tāj al-'Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. 1st. Beirut: Dār al-Fikr.
 18. Al-Shākīrī, 'Abbās. 2008/1387. *Nazarī-yihā wa Sīyāsathā-yi Iqtisād-i Kalān*. 1st. Tehran: Intishārāt Pars Niwīsān.
 19. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1997/1417. *al-Durūs al-Shar'iyya fī Fiḳh al-Imāmīyya*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

20. —, n.d. *al-Qawā'id wa al-Fawā'id fī al-Fiqh wa al-Uṣūl wa al-'Arabīyya*. Qom: Maktabat al-Mufīd.
21. —. 1990/1410. *Al-Rawḍat al-Bahīyat fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. 1st. Qom: Maktabat al-Qāwarī.
22. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
23. —. 1994/1414. *Hāshīyat al-Irshād*. 1st. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
24. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1994. *Al-Bank al-lā Rabawī fī al-Islām*. Beirut: Dār al-Ta'āruf li al-Maṭbū'āt.
25. —, n.d. *al-Islām Yuqawwid al-Ḥayāt*. Beirut: Dār al-Ta'āruf li al-Maṭbū'āt.
26. al-Ṭabāṭabā'ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-'Allāma al-Ṭabāṭabā'ī). 1970/1390. *al-Mīzān fī Tafsīr al-Qur'ān*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-'Alamī li al-Maṭbū'āt.
27. al-Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad 'Alī. 1996/1375. *Majma' al-Baḥrayn*. 3rd. Tehran: Intishārāt Murtaḍawī.
28. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Taḍhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
29. Al-Farāhānī, Muḥtabā. 2014/1393. *Pūl, Arz wa Bānkḍārī*. 18th. Intishārāt Termeh.
30. al-Farāhīdī, Khalīl Ibn Aḥmad. 1988/1409. *Kitāb al-'ayn*. 2nd. Edited by Mahdī al-Makhzūmī and Ibrāhīm al-Sāmīrā'ī. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
31. al-Muqrī al-Fayyūmī, Aḥmad Ibn Muḥammad. 1994/1414. *al-Miṣbāḥ al-Munī fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr li al-Rāfi'ī*. 2nd. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
32. *Qānūn 'Amaliyat Bānkī Bedūn-i Ribā'*.
33. *Qānūn Madanī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Irān* (Civil Law of the Islamic Republic of Iran).
34. Katūzīyan, Naṣir. n.d. *Māhīyat-i Ḥuqūqī-yi Sepurdihā-yi Bānkī*. The 16th Usury-Free Banking Conference.
35. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jamī' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā'id*. 2nd. Qom:

- Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
36. al-Mishkīnī al-Ardabīlī, al-Mīrzā 'Alī. n.d. *Muṣṭalahāt al-Fiqh*.
 37. Makārim Shīrāzi, Nāṣir. 1987/1366. *Aḥkām-i Fiqhī-yi Iskinās*. Nūr 'Ilm Magazine. Vol 21.
 38. Mankiw, N. Gregory. 2018/1397. *Mabānī-yi 'Ilm-i Iqtisād*. 12th. Tehran: Nashr Ney.
 39. Mankiw, N. Gregory. 2019/1398. *Naẓarī-yi Iqtisād-i Kalān*. 6th. Tehran: Nashr Ney.
 40. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Mustadrak al-Wasā'il wa Mustanbaṭ al-Masā'il*. Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
 41. Yūsufī, Aḥmad 'Alī. 1998/1377. *Māhīyat Pūl wa Rāhburdhā-yi Fiqhī wa Iqtisādī-yi Ān*. 1st. Tehran: Pazhūhishgāh-i Farhang va Andīshī-yi Islāmī (Research Institute for Islamic Culture and Thought).
 42. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzīm. 2000/1421. *Ḥāshīyat al-Makāsib*. 2nd. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
 43. —. 1989/1409. *Al-'Urwat al-Wuthqā*. 2nd. Beirut: Mu'assasat al-A'lamī li al-Maṭbū'āt.
 44. *Money creation in the modern economy* (14 March 2014), Michael McLeay, Amar Radia and Ryland Thomas of the Bank's Monetary Analysis Directorate
 45. <https://thelawdictionary.org/promise-to-pay/>"title=PROMISE TO PAY.

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

Vol.7 , No.22 , Spring 2021

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

Sale of Object before Due Date in Futures Contract¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.55706.1852

Ali Ma'ssomi Niya

Associate Professor and Head of Department of Islamic Banking at Tehran Kharazmi University; (Corresponding Author); masuminia_ali@yahoo.com

Seyyed Sadegh Tabatabaee Nejjad

Graduate of the Qom Seminary and PhD in Monetary Economics at the Kharazmi University of Tehran; s.s.tabaei@gmail.com

Receiving Date: 2019-10-06

Approval Date: 2020-05-27

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.7, No.22
Spring 2021

97

Abstract

Salaf or Salam (Futures Contract) is one of the types of sale and is opposite of credit transaction. According to Fuqahā (jurists) object of sale in futures contract is a general descriptive in seller's debt which is sold for cash and for a due date. In addition to general sale rules and regulations, it is imposed special rules for this sale such as taking all prices in contractual meeting before buyer and seller separating from each other, determining the delivery time, possibility of delivering the goods at the due time and prohibition of selling the object before the due time. While expressing a valid available 'Ijmā' (consensus) in this issue and referring to different jurisprudential books in order to refute the claim that agreement of the jurists is

1 .Tabatabaee Nejjad-S; (2021); "Sale of Object before Due Date in Futures Contract"; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 7 ; No: 22 ; Page: 97-131 ; Doi: 10.22034/jrj.2020.55706.1852

weak, this article in an analytically-descriptive method and with a fundamental-applied approach has discussed the presented reasons in this sub-jurisprudence among the two major sects (of Shi'a and Sunni). Considering the effectiveness of futures contract in financing production and moving towards the removal of usury from economic relations and in order to solve problem of not-allowing the reselling of object before the due time and benefit from this contract in capital market, Islamic economists suggest the use of contracts such as compromising the object of sale, non-gratuitous donation and parallel salam. It seems, considering being appropriative of futures contract and affirmative barriers of parallel salam and non-gratuitous donation and compromise, that it is impossible to apply this type of contract in capital market due to frequent resale of object of sale in secondary market and discrepancy of traders' mentality with three mentioned conditions for correction of parallel salaf and such solutions has conventional union with the examples.

Key Words: Futures Contracts, Parallel Salaf, Selling the Object before the Due Time, Salaf Documents.

فروش مبیع قبل از سررسید در عقد سلف^۱

علی معصومی نیا^۲

سیدصادق طباطبائی نژاد^۳

چکیده

سلف یا سلم از اقسام بیع و عکس نسبه است. براساس گفتار فقها مبیع در سلف، کلی وصف شده در ذمه فروشنده است که در برابر مال نقد و برای سررسید معینی فروخته می شود. برای این نوع از بیع اضافه بر احکام و قواعد حاکم بر بیع مقرراتی خاص مانند اخذ تمام ثمن در مجلس عقد پیش از جداشدن از یکدیگر، معین کردن زمان تحویل، امکان تحویل کالا در سررسید آن و ممنوع بودن فروش مبیع قبل از سررسید وضع شده است. این مقاله به روش تحلیلی - توصیفی و با رویکرد بنیادی - کاربردی ضمن تقریری صحیح از اجماع موجود در این مسئله، با مراجعه به کتب فقهی طبقات مختلف به منظور رد ادعای ضعیف بودن اتفاق فقیهان در آن به بیان ادله مطرح شده در این فرع فقهی نزد فریقین پرداخته است. اندیشمندان اقتصاد اسلامی با توجه به صاحب اثر بودن عقد سلف در تأمین مالی تولید و حرکت به سمت حذف ربا از روابط اقتصادی به منظور رفع مشکل عدم جواز بازفروش مبیع قبل از سررسید و بهره مندی از این عقد در بازار سرمایه، استفاده از عقود مانند صلح مبیع، هبه معوض و سلف موازی را پیشنهاد می کنند.

فروش مبیع قبل
از سررسید در
عقد سلف

۹۹

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۱۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۷

۲. دانشیار و مدیر گروه بانکداری اسلامی دانشگاه خوارزمی تهران - ایران: masuminia_ali@yahoo.com

۳. دانش آموخته حوزه علمیه قم و دانش آموخته دکتری رشته اقتصاد پولی دانشگاه عدالت تهران - ایران: (نویسنده مسئول)، s.s.tabaei@gmail.com

با توجه به تملیکی بودن عقد سلف و موانع اثباتی سلف موازی، صلح و هبه معوض به نظر می‌رسد امکان به کارگیری این نوع از قرارداد در بازار سرمایه با توجه به فروش‌های مجدد و مکرر مُسَلَم فیه در بازار ثانویه و عدم تطابق ذهنیت معامله‌گران با شروط سه‌گانه ذکر شده به منظور تصحیح سلف موازی وجود نداشته و این گونه راه‌حل‌ها اتحادی عرفی با مصادیق منع دارد.

کلیدواژه‌ها: عقد سلف، سلف موازی، فروش میبع قبل از سررسید، اوراق سلف.

مقدمه

بیع سلم یا سلف یکی از اقسام بیع است و عبارت است از فروش کلی مدت‌دار در ازای دریافت نقدی ثمن. در این نوع از بیع خریدار تمام مبلغ را به فروشنده در مجلس عقد پرداخت می‌کند و فروشنده متعهد می‌شود کالای مورد نظر را در تاریخ معین به خریدار تحویل دهد اگرچه این نوع از بیع در میان اندیشمندان اهل سنت به بیع مفالیس شهرت دارد. عقد سلف قراردادی است که مصرف‌کننده برای رسیدن به کالای مورد نظرش با قیمت پائین‌تر، تولیدکننده جهت تأمین منابع مالی مورد نیاز فرایند تولید و سرمایه‌گذار برای بدست آوردن سود از تفاوت قیمت حال و آینده بدان علاقمنند می‌باشند.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰
۱۰۰

امروزه دامنه عقد سلف از خرید خودرو و خانه تا محصولات کشاورزی، صنعتی، پتروشیمی و نفت گسترش یافته است. در بازار سرمایه و سکه اکثر خریداران قصد بهره‌مندی و استفاده از کالا را ندارند بلکه به قصد کسب سود ناشی از اختلاف قیمت به این مبادلات ورود می‌یابند. چنانچه در ابتدای سال ۱۳۹۷ با بالا رفتن بیش از حد ارزش مبادله‌ای دارائی‌های مانند طلا و ارز، مسئولین بانک مرکزی برای کنترل نقدینگی به انتشار اوراق گواهی سپرده ارزی و ریالی، تزیق ارز و پیش‌فروش سکه روی آوردند. در این راستا حدود ۷/۶ میلیون قطعه سکه طلا^۱ در مراحل مختلف با سررسیدهای یک ماهه الی ۲ ساله پیش‌فروش شد و مبلغی در حدود ۱۰/۸ هزار میلیارد تومان، از نقدینگی موجود در جامعه جمع‌آوری شد.

۱. بانک مرکزی برای ضرب این میزان سکه به حدود ۶۲ تن طلا ۲۴ عیار نیازمند است.

لازم به ذکر است بیع سلم همان قرارداد آتی^۱ نیست؛ چراکه در بیع سلف تولیدکننده که به نقدینگی نیاز دارد پیش از به ثمر رسیدن محصول، آن را می‌فروشد و نقش این نوع قرارداد تأمین مالی تولیدکننده برای تولید آینده‌اش است و اما در قرارداد آتی مراد معامله گران دریافت عین نیست بلکه سفته‌بازی و بهره‌مندی از تفاوت قیمت است (ر.ک. السنهوری، ۱۹۸۵م، ۴/۲۲۴) به بیان دیگر سلف ابزار تأمین مالی و قرارداد آتی ابزار مدیریت ریسک دانسته می‌شود.

از چالش‌های پیش روی گسترش عقد سلف به عنوان ابزاری در بازار سرمایه، ممنوع بودن فروش کالای پیش خرید شده قبل از موعد تحویل است چراکه قوام بازار سرمایه در مهندسی مالی متعارف بر وجود بازار ثانویه منسجم و فعال استوار است. این بازار که به منظور حمایت از سرمایه شکل گرفته است به سرمایه‌گذاران کمک می‌کند تا از طریق واگذاری نقش شراکتی خود به دیگری در هر زمان به سرمایه خود دسترسی داشته باشند.

اگرچه در مورد این فرع فقهی به جز در متون فقهی بحث مستقلی صورت نگرفته است اما اندیشمندان شیعه و سنی در بحث پیرامون صکوک سلف متعرض این حکم خاص عقد سلف شده‌اند و سعی در حل این عویصه نموده‌اند چراکه بازار تأثیرگذار و فعال اوراق بهادار هنگامی قابل ترسیم است که در کنار خرید اولیه اوراقی که براساس نیازها با توجه به کارایی فنی و اقتصادی پروژه‌ها منتشر شده است امکان مبادلات مختلف و چندباره بر روی آنها با توجه به وضعیت کلان اقتصادی به منظور کسب عائدی وجود داشته باشد و بتوانند در قامت ابزاری جهت سیاست‌گذاری کلان اقتصادی نقش ایفا نمایند.

در تحقیق حاضر با فحص کامل در کتب فقهی ضمن تبیین جدیدی از ادله مطرح شده به بررسی فرضیه «جواز فروش مبیع قبل از سررسید در عقد سلف» به عنوان یکی از چالش اصلی در طراحی صکوک سلف می‌پردازیم.

در بررسی و تحلیل این فرع فقهی نگاشته مستقلی به جز آنچه در متون فقهی آمده

فروش مبیع قبل
از سررسید در
عقدسلف

۱۰۱

۱. قرارداد آتی قراردادی است که در آن خریدار و فروشنده برای مبادله، مقدار معینی از کالا با کیفیت مشخص، قیمت معلوم و در زمان و مکان مشخص توافق می‌کنند. (الصفقات الآجله، FUTUERS) این ابزار در عمل بیشتر به ابزار بورس بازی تبدیل شده است.

است نگاشته نشده است و اندیشمندان به تناسب مباحث مربوط به طراحی صکوک سلف برای حل عویصه ناشی از این فرع فقهی نکاتی را بیان نموده‌اند.

فراهانی‌فرد (۱۳۸۸) ضمن بیان قابلیت اوراق سلف برای تأمین کسری بودجه دولت، تأمین مالی بنگاه‌های اقتصادی، ابزار مناسبی برای پوشش ریسک تغییرهای قیمت مواد اولیه و کالاهای سرمایه‌ای و ابزار مناسبی برای سیاست پولی به‌وسیله بانک مرکزی معتقد است معامله‌های بازار ثانویه آن گرچه براساس موازین شریعت و قواعد عمومی معاملات قابل تصحیح است اما براساس دیدگاه مشهور فقه اسلامی محل اشکال است و برای برون‌رفت از این اشکال سلف موازی، واگذاری وکالتی و صلح مبیع سلف را پیشنهاد می‌دهد.

عیسوی (۱۳۹۳) با اشاره به چالش صکوک سلف در بازار ثانویه روش قرار داد مرکب از سلف موازی و حواله با حضور نماینده ناشر را مطرح می‌کند.

عبدی‌پور و شهیدی (۱۳۹۴) با تعریفی خاص از صکوک معتقدند اگرچه در بازار کالا، ممنوعیت فروش مبیع قبل از سررسید مانع جریان معاملات اموال خریداری شده در بازار سلف است اما در بازارهای مالی دارندگان اوراق بهادار سلف در هنگام نقل و انتقال اوراق، به انتقال اوراق بهادار مبتنی بر مبیع سلف و نه فروش مبیع خریداری شده اقدام می‌کنند.

موسی‌پور و همکاران (۱۳۹۵) فروش مبیع سلف در قالب سلف موازی به شرط استقلال دو بیع از یکدیگر به‌طور مطلق مجاز و مشروع بوده و راهکاری مناسب برای استفاده در بازارهای مالی کشورهای اسلامی است لیکن در عمل فعالان بازار متوجه این استقلال نبوده و معامله‌ها بر روی همان کالای نخست صورت می‌گیرد و قصد سلف‌های مستقل و موازی خلاف متفاهم بازار است لذا لازم است برای بهره‌مندی از این ابزار معامله‌گران را متوجه این امر نمود.

ره‌پیک (۱۳۹۵) سلف موازی را عقدی جهت رفع محدودیت‌های ناشی از بیع سلف داند که احکام ویژه دارد و معتقد است این عقد سازوکار مطلوبی برای تأمین منابع مالی تولیدکنندگان به شمار می‌رود و در صورتی که اختیار فروش کالای سلفی قبل از سررسید برای خریدار وجود داشته باشد در سرمایه‌گذار برای به‌کارگیری

سرمایه خود از طریق انعقاد عقد سلف رغبت ایجاد خواهد شد و بدین وسیله موجبات استفاده از این ابزار مهم تأمین منابع مالی فراهم شده و در نتیجه، از کمبود منابع مالی تولیدکنندگان و رکود بازار ایشان جلوگیری خواهد شد سپس وی با پذیرش سلف موازی به بررسی ماهیت و آثار حقوقی آن می‌پردازد.

الزحیلی (۱۴۱۹ق) جمهور فقهای اهل سنت فروش کالای پیش خرید شده را با توجه به اینکه ملک غیرمستقر است حتی به خود فروشنده اول جائز نمی‌داند.

التجانی (۱۴۲۰ق) عقد سلم را جایگزین عملیاتی مناسبی جهت تأمین مالی در بانکداری می‌داند و می‌نگارد بانک با خرید کالا از مشتری به صورت سلف نقدینگی وی را تأمین کرده و برای حفظ قدرت نقدینگی و ریسک‌های قیمتی، کالای مشابهی را به صورت سلف موازی به دیگری می‌فروشد و چون در سلم موازی هر فروشنده نسبت به تحویل کالا به مشتری خود مسئولیت مستقل داشته و معاملات هیچ ربطی به هم ندارد لذا بانک نمی‌تواند بین بدهی‌ها و طلب‌های ناشی از آن قبل از تحویل کالا مقاصه نماید.

فروش مبیع قبل
از سررسید در
عقدسلف

محل بحث

فروش مجدد کالای خریداری شده به وسیله عقد سلف به چند حالت متصور است و هر صورت حکم خاص خود را دارد:

۱. مُسَلَّمٌ فِیْهِ^۱ بعد از موعد سررسید و بعد از قبض به صورت نقد یا نسیئه فروخته شود. (جواز)

۲. مُسَلَّمٌ فِیْهِ بعد از موعد سررسید و قبل از قبض به صورت نقد یا نسیئه فروخته شود.^۲ (تفصیل)

۱. کالای پیش خرید شده.

۲. و اما انه يجوز بعد حلوله وقبضه فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الأقوی الجواز وان لم يقبضه على من هو عليه وعلى غيره بجنس الثمن ومخالفه بالمساوي له أو بالأقل أو بالأكثر ما لم يستلزم الربا سواء كان المسلم فيه طعاما أو غيره مكبلاً أو موزوناً أو معدوداً أو غيره لإطلاق الأدلة وعمومها وخصوص {بعض الاخبار} (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۲۱/۲۴) اگر به نقد فروخته شود قول به جواز مطلق، کراهت، جواز فروش به بائع، جواز در غیر مکیل و موزون ولی اگر به نسیئه فروخته شود فتوی به کراهت و حرمت بخاطر بیع دین به دین داده شده است (موسی‌پور و دیگران، ۱۳۹۵، ۳۲).

۳. مُسَلَّمٌ فیه قبل از موعد سررسید به صورت نقد فروخته شود. (عدم جواز به دلیل اجماع)

۴. مُسَلَّمٌ فیه قبل از موعد سررسید به صورت نسیئه فروخته شود. (عدم جواز به دلیل اجماع و حرمت بیع دین به دین)

این مقاله با توجه به نیاز بازار سرمایه در خصوص نقدشوندگی اوراق مالی و امکان پذیر بودن مبادلات متوالی بر روی آنها به تحلیل و بررسی اجماع و ادله مربوط به صورت سوم می پردازد.

ادله جواز فروش مبیع پیش از سررسید

۱. از منظر قواعد عامه

در بیع هر یک از طرفین، اختصاص و رابطه که با مال در ملکیت خود دارند با طرف دیگر مبادله می کند. غالب فقیهان عین بودن مبیع را شرط دانسته اند و صدق عنوان بیع بر انتقال یا تملیک غیر عین را عرفی نمی دانند و عین را به کلی مشاع، کلی در معین و کلی در ذمه تقسیم می نمایند (رک: خوئی، بی تا، ۱۰/۲-۱۶).

یادآوری این نکته لازم است که ذمه، ظرف جعل و اعتبار بوده و مواردی که در ظرف خارج موجود نیست را در برمی گیرد و از سوی دیگر مالکیت فرد بر ذمه اش از سنخ مالکیت فرد بر نفس و اعمالش است. در بیع سلف فروشنده کالای را که موجود نیست را به صورت کلی فی الذمه به خریدار در قبال دریافت نقدی ثمن می فروشد. با انعقاد بیع سلف، مثنی در ذمه فروشنده و ملک طلق مشتری می گردد (خوئی، بی تا، ج ۲/۱۸).^۱ لازم به یادآوری است که قبض و اقباض نقشی در تحقق ملکیت نداشته از این رو مشتری این حق را دارا است که با تصرفات ناقله دینی که ثابت و مستقر بر ذمه فروشنده است را به دیگری انتقال دهد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۰۴

۱. وفي الحقيقة أنه يحصل بالبيع هنا أمران: اتصاف الكلي بالملكية و صيرورته ملكا للمشتري.

از سوی دیگر با توجه به اینکه نصّ خاصی در مورد این فرع وجود ندارد^۱ و قواعد فوقانی بر منع تصرف دلالت نمی‌کند. از این رو با احراز عرفی - عقلانی بودن بافروش کالا قبل از سررسید به شخص ثالث، تمسک به اطلاقات و عموماً «أحلّ الله البيع» (بقره/۲۷۵)، «تجارة عن تراض» (نساء/۲۹)، «أوفوا بالعقود» (مانده/۱) برای اثبات نفوذ شرعی این بیع بدون اشکال است.

همچنین با توجه به اینکه یکی از اموری که دین به وسیله آن ثابت می‌گردد بیع سلف است و بنا بر صحت و جواز بیع دین، خریدار (المُسلّم) می‌تواند طلب خود از فروشنده (المُسلّم الیه) را که کالای پیش خرید شده (المُسلّم فیه) است را به دیگری قبل از سررسید بفروشد. صاحب مفتاح الکرامه در تبیین این موضوع می‌نگارد بر اساس عقد سلف حقی مالی برای خریدار کالا به وجود می‌آید که قابلیت فروش را دارا است و با انعقاد سلف وی مالک گردیده گرچه قبل از سررسید حق مطالبه آن را ندارد فلذا اگر آن را حالّ و بدون مدت بفروشد چون حق مطالبه ندارد باطل خواهد بود. (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۷۷۴/۱۳) از بیان ایشان می‌توان استفاده کرد که فروش مُسلّم فیه به صورت مدت‌دار به صورتی که در سررسید تحویل داده شود جائز است. توجه به این نکته ضروری است که اجماع و اتفاق فریقین در حکم به عدم جواز فروش مُسلّم فیه قبل از سررسید در بیع سلف مانع مستحکمی در پذیرش ادله، قواعد و اطلاقات نسبت به این فرع فقهی است. اجماع سلسله طبقات فقیهان شیعی و اتفاق اهل سنت در این مسئله که حکمی خلاف قواعد و ضوابط است بی‌تردید نشان‌دهنده وجود ارتکاز متشرعه در عصر تشریح به همراه عدم ردع از جانب معصومین علیهم‌السلام است.

فروش مبیع قبل
از سررسید در
عقدسلف

۱۰۵

۲. مَدْرکی بودن اجماع

برخی از فقها به ادله دیگری در کنار اجماع اشاره نموده‌اند که این امر سبب شده

۱. به نظر می‌رسد موضوع اخبار {باب‌های «حکم بیع المتاع المُسلّم فیه قبل قبضه و الحواله به و جواز بیع المبیع قبل قبضه علی کراهیه ان کان مما یکال أو یوزن إلا أن یؤتیه و جواز الحواله به»} (حزعاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۰۲/۱۸-۳۰۳ و ۶۵-۷۰)؛ بیع غیر از سلف است و اگر هم قبول کنیم اطلاقی دارد و شامل بیع سلف هم می‌شود این احتمال وجود دارد که ناظر به قسم دوم - پس از موعده و قبل از قبض - و دخیل بودن قبض در طعام و مکیل و موزون باشد و در مقام بیان اشتراط یا عدم اشتراط فرارسیدن أجل نمی‌باشد؛ لذا نمی‌توان از آنها اطلاقی‌گیری کرد و اساساً شارع در مقام بیان نسبت به حلول أجل نبوده است.

است برخی شبهه مدرکی بودن اجماع را مطرح نمایند. احتمال مدرکی بودن اجماع سبب تضعیف آن شده و با تمسک به قواعد عامه و اطلاعات جواز فروش مسلم^۱ فیہ بلامانع دانسته می شود. لازم به یادآوری است که اگر مبنای پذیرش اجماع، دخولی^۱ و یا لطفی^۲ بودن باشد اجماع مدرکی مطلقاً حجت خواهد بود و اما اگر مبنای آن تراکم ظنون و حدس باشد که نظریه اکثر متأخرین است در صورتی که اجماع کاشف از دلیل معتبر و یا نظر معصوم علیه السلام باشد اجماع مدرکی حجت نخواهد بود چرا که دیگر دلیل مستقل نخواهد بود و باید مستند اجماع بررسی شود اما اگر اجماع را بیانگر تقریر معصوم علیه السلام دانستیم به این بیان که فرع فقهی مورد اجماع از مسایل مورد ابتلا در عصر معصومین علیهم السلام بوده باشد و عدم ردع ائمه علیهم السلام امضاء آن ارتکاز خواهد بود که با احراز آن، استدلال به ادله دیگر چون در مقام عینیت بخشیدن آن ارتکاز است تأثیری بر حجیت اجماع نخواهد داشت.^۳ لازم به ذکر است استمرار اتفاق طبقات فقها تا دوران ائمه علیهم السلام بر حکمی که خلاف قاعده است نشان دهنده وجود دلیلی معتبر و یا ارتکازی قوی نزد آنها بوده و کاشف از رضایت شارع است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۰۶

ادله عدم جواز فروش کالای پیش خرید شده قبل از موعد تحویل در بیع سلف نزد فقهای شیعه ۱. اجماع

با مراجعه به کتب فقهی که متعرض این بحث شده اند این نکته روشن و آشکار می گردد که فقهای گرانقدر شیعه در این موضوع اجماع و اتفاق نظر دارند که انعقاد بیع و مشتقات آن نسبت به کالای پیش خرید شده قبل از سررسید به فرد دیگر، جائز نیست.

۱. اجماع دخولی یا تضمینی عبارت است از اینکه همه یا جمعی از فقهای شیعه بر فتوایی اتفاق نظر داشته باشند و از سوی دیگر علم داشته باشیم که امام علیه السلام به طور ناشناس در میان اجماع کنندگان است. در این صورت، از اجماع فقها علم به رضایت معصوم به آنچه بر آن اجماع شده حاصل می شود.

۲. این اجماع مبتنی بر قاعده لطف در امامت است، بنابر این قاعده، بر امام علیه السلام در عصر حضور و غیبت لازم است که حقیقت احکام شرعی را به طور مستقیم یا به واسطه دیگران برای مردم آشکار کند.

۳. ر. ک. fa.mfeb.ir حجیت اجماع مدرکی.

در نظر صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۲۰/۲۴ و عاملی، مفتاح الكرامه، ۱۴۱۹ق، ۱۳/۷۷۴) علت اساسی عدم جواز فقط اجماع است از این رو برای روشن شدن موضوع و پاسخ به برخی از ادعاها پیرامون این اتفاق به غالب آنها اشاره می‌کنیم. بیانات فقها در این مسئله را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

أ. فقیهانی که فروش مسلم^۱ فیہ (کالای پیش خرید شده) را قبل از سررسید مطلقاً جائز نمی‌دانند (و لا يجوز بیعه قبل حلوله...)

اتفاق بزرگانی چون شیخ مفید (المقنعه، ۵۹۶)، ابوصلاح حلبی (حلبی، الکافی فی الفقه؛ ۳۵۸)، شیخ طوسی (النهاية في مجرد الفقه والفتاوى؛ ۳۹۸) و (المبسوط في فقه الإمامية؛ ۱۱۲۲/۲)، ابن براج (المهذب؛ ۳۸۷/۱)، ابن زهره (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ۲۲۸)، کیدری (إصباح الشيعة بمصباح الشريعة؛ ۲۳۹)، فاضل آبی (كشف الرموز في شرح مختصر النافع؛ ۵۲۵/۱)، سبزواری (جامع الخلاف والوفاق؛ ۲۷۲)، علامه (تذكرة الفقهاء؛ ۳۵۹/۱۱) و (تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية؛ ۴۳۰/۲)، شهید اول (غایة المراد في شرح نکت الإرشاد؛ ۸۶/۲)، فاضل مقداد (التنقيح الرائع لمختصر الشرائع؛ ۱۴۵/۲)، محقق اردبیلی (مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان؛ ۳۶۰/۸)، محقق سبزواری (کفاية الأحكام؛ ۵۲۳/۱)، مدقق بحرانی (الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة؛ ۳۵/۲۰)، عاملی (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ۷۷۴/۱۳)، طباطبائی (ریاض المسائل، ۱۲۸/۹)، کاشف الغطاء (أنوار الفقاهة «کتاب البيع»، ۲۹۹)، مدقق نجفی (جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ۳۲۰/۲۴)، شیخ انصاری (صیغ العقود و الإیقات، ۳۹)، آقاضیاء (شرح تبصرة المتعلمين، ۳۶۲/۵)، امام خمینی (تحریر الوسیله، ۵۴۵/۱)، عبدالاعلی سبزواری (مهذب الأحكام، ۳۷/۱۸)، صافی گلپایگانی (توضیح المسائل، مسئله ۲۱۲۱)، وحید خراسانی (توضیح المسائل، مسئله ۲۱۴۱)، شبیری زنجانی^۲ و مکارم شیرازی (توضیح المسائل، مسئله ۱۸۰۵) بر این نکته که فروش کالای پیش خرید شده قبل از موعد تحویل جایز نیست.

لازم به ذکر است برخی از فقها راه حلی برای این گونه معاملات بیان می‌کنند و معتقدند فقط بیع کالای پیش خرید شده قبل از سررسید جائز نیست و لذا خریدار

۱. تمامی ارجاعات براساس نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۲ است.

۲. [CaseID&۲۱۱=zanjani.net/zanjani.net/index.aspx?PID=۱۳۵۸۹۱](http://zanjani.net/zanjani.net/index.aspx?PID=۱۳۵۸۹۱).

می‌تواند کالا را قبل از موعد تحویل به مبلغی بیشتر به وسیله صلح و یا هبه معوض به دیگری منتقل کند ولی معاوضه بر پایه بیع و مشتقاتش جائز نیست.

شهید ثانی (حاشیه شرائع، ۳۸۴)، مولی مهدی نراقی (نراقی، ۱۴۲۵ق، ۲۵۶) و کاشف الغطاء (کاشف الغطاء، بی تا، ۳۳۷/۴)^۱ معتقدند با توجه به این که عدم جواز فروش مبیع قبل از سررسید حکمی خلاف قاعده و اجماع تنها دلیل محکم بر آن است و هنگام شک در ادله لَبِّي، به قدر متیقن تمسک می‌شود لذا دلیل عدم جواز فقط شامل بیع و مشتقاتش نسبت به کالای پیش خرید شده در ظرف قبل از سررسید می‌شود و معاوضه بر اساس مصالحه یا هبه معوض چون بیع نبوده و عقدی مستقل شمرده می‌شود بلا اشکال است.

فقیهانی که فروش کالای پیش خرید شده را پیش از سررسید فقط به خود فروشنده جائز می‌دانند

بدین معنا که هرگاه خریدار بخواهد در زمان سررسید یا پیش از آن، مُسَلَّمْ فیه را به خود فروشنده و به همان جنسی که خریده و به مبلغ بیشتری بفروشد، جایز نیست اما فروشش به جنس دیگر و یا بدون زبانی اشکال ندارد. ابن حمزه (الوسيلة إلى نیل الفضیلة؛ ۲۴۲)، محقق خوئی (منهاج الصالحین؛ ۶۱ / ۲) و سیستانی^۲ (www.sistani.org/) (persian/book50/84).

با این بیانات روشن شد عدم جواز باز فروش تا سررسید به شخص ثالث یکی از احکام اجماعی اختصاصی و خلاف قاعده عقد سلف است لذا اوراقی که بر پایه عقد سلف شکل می‌گیرد نمی‌تواند به عنوان ابزاری قابل معامله در بازار ثانویه تعریف شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۰۸

۱. اذ قد عرف انه مملوك وان الاجل انما هو للتسليم و لهذا يصح الصلح عليه و البراء منه.

۲. www.sistani.org/persian/book50/84 (مسئله ۲۱۲۳: انسان نمی‌تواند جنسی را که سلف خریده است، پیش از تمام شدن مدت به غیر فروشنده اش بفروشد...)

۲. روایت نبوی

در روایاتی از رسول الله ﷺ که در منابع اهل سنت آمده است و ایشان فروش مبیع توسط خریدار را فقط در صورتی صحیح می‌داند که آن را قبض کرده باشد. ابن براج عدم صحت را به علت نهی پیامبر اکرم ﷺ از فروش کالا قبل از قبض و روایت دیگری که فرموده‌اند خریدار کالای پیش خرید شده را به چیز دیگری تبدیل نکند، می‌داند و می‌نویسد مراد این حدیث قبل از قبض است چرا که اگر تحویل گرفته باشد بدون هیچ اشکالی بیع صحیح است (ابن براج، ۱۴۱۱ق، ۶۱).

۳. عدم مالکیت مشتری

در بیع سلف مبیع به صورت موجد - کلی در ذمه - در ازای دریافت نقدی ثمن بفروش می‌رسد ولی خریدار با انشاء بیع سلف، مالک مبیع نمی‌شود؛ چرا که اگر مبیع کلی فی الذمه باشد، بدون تحویل و قبض مبیع توسط مشتری، مالکیت نسبت به مبیع برای مشتری حاصل نخواهد شد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۱۷۹/۱). از این رو در صورت تلف و یا عدم قدرت فروشنده بر تحویل کالا با توجه به صحیحه ابن بکیر (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۰۹/۱۸، ح ۲۳۷۳۴)، کلمات اصحاب و اصل عدم انتقال، خریدار مخیر است که یا عقد را فسخ کنند و قیمت پرداختی را مطالبه کند و یا اینکه صبر نماید تا فروشنده بتواند کالا را تحویل دهد و اگر قیمت روز از وجه پرداختی بیشتر باشد مشتری نمی‌تواند بایع را ملزم به پرداخت آن نماید (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۴۱/۱۸ مسئله ۲۳). این استدلال قابل مناقشه است؛ چرا که با عقد ملکیت ایجاد می‌شود و مشتری مالک مثنی و بایع مالک ثمن می‌گردد و زمان فقط موعده تحویل و تسلیم را مشخص می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۴/۳۲۰).

۴. عدم تام بودن مالکیت مشتری

ملکیت را در این نوع از بیع، تام نیست؛ چرا که قبض و أخذ کالا است که سبب ایجاد ملکیت تامه و در نتیجه جواز تصرفات ناقله می‌گردد. زمان دار بودن تحویل سبب می‌شود فرد نتواند تصرفی تام و بی نقص در مبیع داشته باشد از این رو ملکی

طلق نیست که بتوان آنرا فروخت (مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ۱۵۰). به بیان دیگر ملکیتی که با عقد حاصل می شود متزلزل بوده و با قبض استقرار می یابد.

بنا به قاعده فقهی «کُلُّ مَبِيعٍ تَلْفٌ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» هرگاه پس از عقد بیع و قبل از تسلیم، مبیع تلف شود، از مال بایع حساب می شود و نه ملك مشتری، هرچند که مشتری از زمان تحقق عقد بیع، مالک مبیع شناخته می شود ولی این ملکیت کمال نیست و با پذیرش این نکته که معنای ضمان قبل از قبض، انفساخ عقد است نه رجوع به مثل و قیمت، متزلزل بودن ملکیت طرفین محتمل می گردد. شاید به همین دلیل است که گفته می شود با از بین رفتن مبیع قبل از قبض، بیع باطل می گردد و بر فروشنده است آنچه از ثمن دریافت کرده است را مسترد نماید (حلی، بی تا، ج ۱/ ۱۷۵) همچنین آقای خوئی معتقد است حکم شارع به اینکه تلف شدن مبیع قبل از قبض بر فروشنده است بیانگر این نکته است که اصلاً عقد متحقق نشده است و تلف سبب انفساخ عقد می گردد. (خویی، بی تا، ج ۷/ ۵۲۹) لذا با قبض، ملکیت مستقر شده و فرد حق فروش کالا را پیدا می کند و پیش از قبض، خریدار مالک نبوده که بخواهد تصرفات ناقله انجام دهد با این بیان هرگونه انعقاد قرارداد و عقدی حتی صلح برای انتقال مُسَلَّمِ فیه به دیگری جائز نخواهد بود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰
۱۱۰

۵. عدم استحقاق مشتری نسبت به مبیع

محقق اردبیلی عدم استحقاق مشتری نسبت به مبیع در کنار اجماع و احتمال صدق بیع دین به دین را دلیل عدم جواز می شمارد. (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸/ ۳۶۰) همچنین صاحب حدائق مشتری را مستحق کالا نمی داند تا بتواند آن را به تملیک دیگری درآورد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۰/ ۳۵).

لازم به ذکر است براساس نبوی لایباع الدین بالدین (حرعاملی، ۱۴۰۹ق؛ ۱۸/ ۳۴۷، ح ۲۳۸۱۸) نقل و انتقال ثمن و مثنی که کلی در ذمه و مربوط به آینده هستند به واسطه بیع صحیح نیست. درحالی که در این فرع ثمن نقدی و مثنی دین است لذا از مصادیق بیع دین به دین نیست.

۶. تحقق ربا

با توجه به عدم استحقاق مشتری و تزلزل ملکیت وی نسبت به مضمن آنچه مشتری می‌فروشد مضمن است نه مضمن لذا فروش به قیمت بیشتر مستلزم ربا خواهد بود.

۷. اکل مال به باطل

با توجه به این که در مبادلات ثانویه، مبیع امر انتزاعی و کلی در ذمه فروشنده است و خریدار تا زمان تحویل مبیع ملکیتی غیرمستقر نسبت به آن دارد از این رو فروش و واگذاری آن به دیگری با توجه به امکان تعذر تسلیم آن سبب می‌گردد یکی از شروط مبیع که قدرت بر تسلیم است محقق نباشد لذا این نوع دادوستد در دایره اکل مال به باطل قرار می‌گیرد.

۸. فروش کلی در ذمه دیگری

در مبادله اول، فروشنده کالای را با اوصاف و ویژگی‌های معین در ظرف ذمه خودش برای تحویل در آینده به پیش‌خرید کننده اول به صورت نقدی می‌فروشد و در مبادله دوم، خریدار اول آن کالا که در ذمه دیگری مالک است را به صورت نقدی شخص دیگری واگذار می‌نماید. به بیان دیگر مبیع در مبادلات بعدی چیزی جز تعهد و کلی در ذمه فروشنده اول نبوده و فروشنده‌های بعدی کالای که بر ذمه فروشنده اول است را به مبلغی بیشتر می‌فروشند به عبارتی دیگر حسین کلی در ذمه حسن را به علی می‌فروشد و علی آن کلی در ذمه حسن را به مبلغ بیشتر به صادق و هکذا این توالی ذمه ادامه می‌یابد و حال آنکه در فهم و ارتکاز عقلایی و عرفی، ذمه و تعهد خود فرد است که مالیت داشته و قابل واگذاری است نه ذمه دیگری که قدرت بر تسلیم آن نداریم.

فروش مبیع قبل
از سر رسید در
عقدسلف

۱۱۱

۹. تغییر ناپذیری وجود ذهنی

کلی فی الذمه امری اعتباری و ذهنی است و امور ذهنی تلف و فزونی پیدا نمی‌کند بلکه همان گونه که ایجاد و اعتبار شده باقی می‌ماند در محل بحث کلی

کالای خریداری شده به ازای مبلغی معین در ذمه فروشنده اول استقرار یافته است و فروش آن به مبلغی بیشتر توسط خریدار اول یعنی کسب سود و عائدی از وجود ذهنی در گذر زمان درحالی که سود و زیان به وجود خارجی تعلق می گیرد و برای وجود ذهنی نمو و تنزل بی معنا است و باید در نظر داشت که تا زمانی که مبیع کلی تعیین نیافته است، مالک جدید هیچ حقی بر نمائات و منافع ندارد، زیرا حق او در عالم خارج به هیچ عینی تعلق نیافته است تا بتواند از منافع و نمائات آن استفاده کند (ره‌پیک، ۱۳۹۵، ۶۸).

فروش کالای پیش خرید شده قبل از موعد تحویل در بیع سلف نزد فقهای اهل سنت

ابن قدامه از فقهای حنبلی در مبحث فروش مُسَلَّمْ فیه قبل از قبض می نگارد کسی مخالف تحریم این نوع فروش نیست (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ۲۲۷/۴، ح ۳۲۳۷). مشهور فقهای حنفی، شافعی و حنبلی فروش یا استبدال مُسَلَّمْ فیه را به فروشنده یا شخص ثالث صحیح نمی دانند (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۵/۲۱۸).

فقهای مالکی در این فرع قائل به تفصیل شده اند مالک بن انس معتقد است اگر فردی کالایی که خوراکی و آشامیدنی نیست به بیع سلف بخرد می تواند آن را قبل از قبض به صورت نقد به شخص ثالث بفروشد ولی باید به فروشنده اول به همان قیمت که پرداخته بفروشد (مالک بن انس، ۱۴۲۵ق، ۹۵۴/۴ و ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ۲۲۲/۳) همچنین الخرشلی در صورتی فروش به فروشنده شروطی را برای فرار از ربا ذکر می کند. (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۵/۲۲۰)

قائلین به عدم جواز فروش مُسَلَّمْ فیه ادله ای را ذکر کرده اند که در ذیل به آنها اشاره می کنیم:

۱. روایات

عمده دلیل فقهای اهل سنت برای عدم جواز فروش مبیع قبل از سررسید در بیع سلف روایاتی است که از رسول گرامی اسلام ﷺ نقل شده است مانند قُلْتُ:

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰
۱۱۲

يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إِنِّي رَجُلٌ أَشْتَرِي بِيُوعًا فَمَا يَحِلُّ مِنْهَا وَمَا يَحْرُمُ؟ قَالَ: يَا ابْنَ أَخِي إِذَا اشْتَرَيْتَ بِيْعًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ (البيهقي، ١٤٢٤ق، ٥١١/٥، ح ١٠٦٨٤)، وَقَالَ: لَا تَبِعْ طَعَامًا حَتَّى تَشْتَرِيَهُ وَتَسْتَوْفِيَهُ (البيهقي، ١٤٢٤ق، ٥١٠/٥، ح ١٠٦٧٧) در ذیل این روایت که از ابن عباس نقل شده است وی می گوید گمان می کنم این حکم در تمامی اجناس جاری است و اختصاص به طعام ندارد (مسلم بن حجاج، ١٤١٢ق، ٣/١١٥٩) وَقَالَ ﷺ: إِذَا أَسْلَفْتَ فِي شَيْءٍ فَلَا تَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ (همان، ٥٠/٦، ح ١١١٥٣) مشهور فقهای اهل سنت معتقدند این روایت بر این معنا دلالت دارد که خریدار نباید دین ناشی از عقد سلف را به دیگری حتی به فروشنده بفروشد اگرچه نسبت به تصرفات غیر از بیع بین آنها اختلاف وجود دارد (الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٥/٢١٨). همچنین حکیم بن حزام نقل می کند از پیامبر اکرم ﷺ پرسیدم فردی پیش من می آید از من چیزی را طلب می کند که ندارم پس به او آن را می فروشم و سپس به بازار می روم و آن چیز را تهیه می کنم. پس ایشان فرمودند آنچه نداری نفروش «لا تبع ما ليس عندك» (نسائی، ١٤١١ق، ٣٩/٤، ح ٦٢٠٦).

فروش مبیع قبل
از سررسید در
عقدسلف

۱۱۳

سنهوری از اندیشمندان اهل سنت بیع سلم را استثنائی مقید در دایره محدود جهت رفع نیاز جامعه می داند که در پرتوی آن تولیدکننده یا مصرف کننده تأمین مالی می گردد و معتقد است حکم اصلی که حرمت فروش آنچه فرد ندارد - بیع ما لیس عندک - به خاطر وجود عذر و عارضی مانند افلاس تخصیص خورده است. از این کلام فهمیده می شود بازفروش کالای پیش خرید شده مخالف رخصت بوده لذا در دایره «نهی بیع ما لیس عندک» باقی می ماند (سنهوری، ١٩٨٥م، ٢٢١/٤).

ابن عبدالبر^۱ عدم جواز شرکت و تولیه^۲ در سلف را قول ابوحنیفه، ثوری، اوزاعی، شافعی و لیث می داند و دلیل آنان را نهی پیامبر اکرم ﷺ از بیع «ما لیس عندک» و ربح ما لم یضمن^۳ برشمرده است (ابن عبدالبر، ١٣٨٧، ج ٣٤٥/١٦) همچنین برخی با رد وجود اجماع در این فرع و خدشه وارد کردن به روایات ذکر شده، عدم جواز را مستند

۱. ابن عبدالبر در آغاز ظاهری مذهب بود، سپس مالکی شد و گاه در پاره ای از مسائل به فقه شافعی می گرایید.

۲. تولیه، مبادله کالا براساس قیمت تمام شده آن برای فروشنده است به این صورت که فرد کالا را براساس قیمت تمام شده و بدون سود پیش فروش می کند.

به قاعده استطیاد شده از این روایت می‌داند (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۵/۲۲۰).

از معاملاتی که رسول الله ﷺ براساس روایات منقول از فریقین از آن نهی نموده‌اند، سود بردن بدون عهده (ربح ما لم یضمن) است. در روایتی از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام نقل شده است که پیامبر ﷺ یکی از اصحاب را نزد مردم مکه فرستاد تا آنان را از چند نوع معامله که یکی از آن معاملات ربح ما لم یضمن بود، باز دارد (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۵۹/۱۸، ح ۲۳۱۳۷ و ح ۲۳۱۳۶)^۱ به نظر می‌رسد منظور ایشان بازداشتن از کسب سود از مالی است که فرد نسبت به آن تعهدی نداشته باشد (رک: هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۷۶، ۲۳).

در حرمت یا کراهت این گونه سود بردن میان فقها اختلاف است ولی به نظر می‌رسد با توجه به موثقه فوق که حضرت، والی خود را با این دستور می‌فرستد قول به حرمت مناسب‌تر باشد لذا براساس این قاعده فروش کالای پیش خرید شده در بازار ثانویه به قیمت بیشتر (مراجه) جائز نیست و فروش به همان قیمت و یا کمتر از آن با هدف غالب فعالان بازار ثانویه که سوداگران و آربیتراژها می‌باشند سازگار نخواهد بود.

اشکالی به این استدلال وارد است که در معاملات، فروشنده ضامن مثنی و خریدار ضامن ثمن بوده و خریدار با پرداخت کامل ثمن، نوعی تعلق و استحقاق نسبت به کالا پیدا می‌کند و در قبال ثمنی که پرداخته مالک مثنی شده است لذا فروش به دیگری جهت مطالبه سود مانعی ندارد و اثر اقباض و تسلیم مبیع، فقط انتقال ضمان معاوضی از فروشنده به خریدار است. امام جعفر صادق عَلَيْهِ السَّلَام در پاسخ به پرسش ابراهیم کرخی که گفته بود به فردی درخت خرما را که ثمره نیز داشت به مبلغی فروختم، وی نیز به قیمت بیشتر به دیگری فروخت درحالی که ثمن را پرداخت نکرده بود، فرمودند مشکلی ندارد مگر نه اینست که وی پرداخت ثمن را برعهده گرفته است پس سود برای او است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۶۴/۱۸، ح ۲۳۱۵۲). با توجه به این روایت، تعهد به پرداخت ثمن سبب استحقاق سود می‌شود و با نظر به قواعدی که کسب سود را در ازای پذیرش ریسک تلف و خسارت قرار می‌دهد مانند

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۱۴

الخراج بالضمان^۱ از این رو در محل بحث که خریدار ثمن را پرداخت کرده است استحقاق استرجاع بلا اشکال است.

۲. ملکیت غیر مستقر

اگرچه به مقتضای عقد خریدار مالک دین و طلبکار می شود ولی به خاطر امکان عدم توانایی فروشنده در تحویل کالا در معرض فسخ قرار دارد؛ از این رو ملکیتی غیر مستقر برای وی ایجاد می شود که این امر علت عدم جواز دین ناشی از سلف می شود. جمهور فقهای حنفی، شافعی و حنبلی عدم جواز بیع مُسَلَّمْ فیهِ را مستند به تزلزل و عدم استقرار دین ناشی از سَلَم در ضمن روایت نبوی می دانند (الموسوعة الفقهية الکویتیة، ۲۵، ۲۲۰-۲۱۸).

۳. شرطیت قبض در صحت بیع

کسانی از فقهای حنفی چون قبض را در صحت بیع منقول شرط می داند لذا حکم به عدم جواز فروش مبیع قبل از سر رسید می نماید (الکاسانی، ۱۴۰۶ق، ۵/۲۱۴).

فروش مبیع قبل
از سر رسید در
عقد سلف

۱۱۵

۴. حرمت کسب عائدی از مال غیر مضمون

ابن تیمیه و ابن قیم از فقهای حنبلی قائل به صحت فروش مسلم فیهِ قبل از قبض و پس از سر رسید به فروشنده به همان قیمت خرید یا کمتر بر اساس روایتی از ابن عباس^۲ می باشند آنها با اشکال و خدشه وارد کردن در احادیث نبوی ذکر شده از حیث سندی و دلالی معتقدند نص و قیاس، جواز معاوضه با فروشنده را می رسانند؛ ولی چون فروشنده اول ضامن کالا است نه مشتری، سود بردن مشتری از فروش مبیعی که برعهده وی نیست به شخص ثالث بر اساس قاعده حرمت کسب سود از غیر مضمون صحیح نبوده؛ از این رو فروش به قیمت بالاتر را جائز نمی دانند (الموسوعة الفقهية

۱. مراد از ضمان در قاعده، ضمان معاوضی - تعهد به پرداخت ثمن - است و نه ضمان غرامت و ضمان ید.

۲. إِذَا أَسْلَفَتْ فِي شَيْءٍ إِلَى أَجَلٍ فَإِنْ أَخَذْتَ مَا أَسْلَفْتَ فِيهِ وَإِلَّا فَخُذْ عَوَضًا أَنْقَصَ مِنْهُ وَلَا تَرْتَحِ مَرْبِيْنٍ (تهذیب سنن أبي داود و ایضاح مشکلا تہ، ۵/۱۱۳).

الکویتیه، ۲۵/۲۲۰-۲۱۹). بهوتی نیز معتقد است تا زمانی که مبیع در ضمان خریدار قرار نگرفته است بازفروشنش جایز نیست (البهوتی، بی تا، ۳۰۶/۳).

۵. قرض بودن قرارداد سلف

برخی از فقهای اهل سنت معتقدند عقد سلف، بیع نیست چرا که رسول الله ﷺ آن را بیع نام نهاده است. به همین علت اوزعی، جمهور احناف، مالکی‌ها و ظاهری‌ها بین بیع و سلم فرق نهاده‌اند و می‌گویند برخی از قواعد حاکم در آن در بیع جاری نیست (رک: ابن حزم، بی تا، ۸/۳۹-۴۰، مسئله ۱۶۱۳) و نباید با بیع قیاس شود.

شاید بتوان آن را قراردادی شبیه قرض دانست که یک طرف متعهد می‌شود در موعد مقرر کالای معینی را بجای مبلغ دریافتی تحویل دهد که انتظار می‌رود ارزشش از ثمن پرداختی بیشتر باشد (رک: التجانی، ۱۴۲۰ق، ۶۱). به عبارت دیگر در این قرارداد، سلف گیرنده مُسَلِّمُ الیه- ضامن وجهی است که دریافت کرده نه به صورت مثل آن بلکه به صورت کالای مورد توافق از این رو تا زمان سررسید، مُسَلِّمُ مالک چیزی نیست که بخواهد آن را به دیگری بفروشد همچنان که قرض دهنده نمی‌تواند مالی که قرض داده به دیگری بفروشد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۱۶

سلف موازی

با توجه به عدم جواز فروش کالای پیش خرید شده قبل از سررسید در عقد سلف نزد فریقین، اندیشمندان مسلمان برای بهره‌مندی از مدل عقد سلف به منظور تأمین مالی بنگاه‌های اقتصادی و پوشش نیازهای مالی دولت‌ها با معرفی صلح مبیع، هبه معوض، واگذاری وکالتی و سلف موازی درصدد حل این چالش برآمدند و قرارداد سلف موازی و حواله برای حل مشکل ایجاد بازار ثانویه توسط کمیته فقهی بورس در سال ۱۳۹۰ پیشنهاد شد.

سلف موازی، قراردادی است که به موازات سلف اول منعقد می‌شود به این ترتیب که مشتری (در قرارداد سلف نخست) در موضع فروشنده - با قطع نظر از قرارداد اول- مبیعی را که از نظر جنس و خصوصیات، تشابه کاملی با کالای پیش خرید شده

سلف اول دارد ولی همان نیست. به شخص ثالثی در قالب عقد سلف جدید با تعیین سررسیدی مطابق سررسید سلف اول و یا متأخر از آن می‌فروشد. برای تحویل کالا خریدار اول می‌تواند در ضمن قرارداد فروش، از طریق عقد حواله و یا وکالت، خریدارهای بعدی را به فروشنده در سلف نخستین ارجاع دهد تا مشتری در زمان سررسید مبیع خود را از فروشنده اول دریافت نماید و یا اینکه زمان سررسید کالای موازی را متأخر از سررسید کالای سلف اول معین کرده و خود اقدام به تحویل آن کند (ره‌پیک، ۱۳۹۵، ۵۷) که برای آن انواعی^۱ را تصور کرده‌اند.

لازم به ذکر است که برای فرار از مشکل فروش مبیع قبل از سررسید و صحت عقد سلف موازی چند نکته باید لحاظ شود.

۱. مستقل بودن یکایک عقدهای سلف از یکدیگر به این صورت که هر فروشنده‌ای کالا را به صورت کلی در ذمه خودش بدون نظر به عقد قبلی بفروشد؛ در صورتی که استقلال عقدها رعایت نشود و قراردادها وابسته به یکدیگر شکل بگیرند مشکل حل نخواهد شد.

۲. فروشنده در انعقاد سلف موازی نباید قصد فروش همان کالای که با عقد سلف خریده را داشته باشد؛ بلکه باید قصد فروش کالایی مشابه آن را داشته باشد تا گفته نشود کالا قبل از سررسید فروخته شده است.

۳. انحلال هر یک از قراردادها عقد خلی در تعهدات ناشی از عقد دیگر وارد نساخته و عقدی که منحل نشده است باید از سوی طرفین آن محترم شمرده شود. با توجه به اینکه این قراردادها کاملاً مستقل از قرارداد اولی منعقد می‌گردند و فروشنده کالایی جدید را به مشتری می‌فروشد، نه همان کالا در سلف ابتدایی را لذا تعهداتی طرفینی بین خریدارها و فروشنده‌ها شکل می‌گیرد و انحلال هر یک از آنها نمی‌تواند سبب شود دیگران از تعهدات خود شانه خالی کنند (ره‌پیک، ۱۳۹۵، ۷۵).

فروش مبیع قبل
از سررسید در
عقد سلف

۱۱۷

۱. قرارداد مرکب از سلف موازی و وکالت و یا مرکب از سلف موازی و حواله و یا قرارداد مرکب از قرض، وکالت و سلف موازی (به این صورت است که خریدار اولیه سلف، وقتی قصد فروش اوراق خود را دارد، به جای فروش با گرفتن مبلغی معادل قیمت روز اوراق در قالب عقد قرض، اوراق خود را به دیگری می‌دهد و به وی وکالت می‌دهد تا در سررسید کالا را از طرف وی قبض کرده و به وکالت از وی به خودش یا به دیگری به همان قیمت فروخته و وجه آن را بابت قرض داده شده، تسویه کند) (ر. ک: محمود عیسوی؛ صکوک سلف بانک مرکزی، ابزاری نوین برای سیاستگذاری پولی).

اشکالات بر سلف موازی

لازم به ذکر است اگرچه برای فرار از عدم جواز باز فروش کالای پیش خرید شده، سلف موازی و یا انعقاد قراردادی به جز بیع پیشنهاد شده است و در مقام ثبوت بلاشکال است اما با توجه به قیود و شروط ذکر شده تشکیل بازار ثانویه برای عقد سلف در مقام اجرا و عمل ناممکن است؛ چراکه در مقام اثبات آنچه با ارتکاز و ذهنیت عرف و متفاهم معامله گران تطابق دارد و در واقع اتفاق می افتد بیع همان کالای اول است نه صلح، هبه معوض، فروش وکالتی همراه حواله و سلف مستقل کالای همانند کالای پیش خرید شده از این رو در خصوص ثبت حسابداری اوراق سلف به این نکته اشاره می شود که در این اوراق عملاً خرید و فروش کالا تنها بین عرضه کننده و تحویل گیرنده صورت می گیرد و مابقی معاملات در بازار ثانویه، خرید و فروش اوراق مالی حاکی از کالای پیش خرید شده محسوب می شود و بر اساس قانون، درآمد حاصل از این نقل و انتقالات از پرداخت مالیات بر ارزش افزوده معاف می باشند.

در عقد سلف اگرچه لازم نیست فروشنده، تولیدکننده کالا باشد همچنان که ضروری نیست سرمایه به دست آمده از سلف صرف تولید و آماده سازی محصول گردد بلکه می توان آن را در جای دیگر مصرف نمود بلکه فقط لازم است کالای تعهد شده را در تاریخ معین تحویل مشتری داده شود؛ لیکن ضروری است مُسَلِّمُ فیه در سلف های بعدی شرایط مَثْمَن بودن را دارا باشد شروطی همچون مالیت داشتن، مملوک بودن، عین بودن^۱، ملک طلق و تام باشد^۲، قابلیت تحویل داشتن^۳، معلوم بودن از نظر مقدار و جنس و اوصاف تأثیرگذار در قیمت و طهارت^۴ (شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ۲/۱۶۵). با توجه به مستقل بودن هر تعهد در سلف موازی، قدرت بر تسلیم مبیع شرطی لازم است. به عنوان مثال اگر شخصی خودروی را برای ۶ ماه آینده از شرکت ماشین سازی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۱۸

۱. مراد هر مالی است که تعین و مابازای خارجی دارد؛ جزئی باشد یا کلی در ذمه باشد یا کلی در معین.

۲. مراد این است که متعلق حق دیگری نباشد مانند مال وقفی.

۳. مانند پرندۀ در آسمان یا عبد فراری نباشد.

۴. برخی در عوضین (مبیع و ثمن) طهارت را شرط صحت بیع دانسته اند.

پیش خرید نماید و سپس در سلف موازی، خودروی همانند آنرا برای ۶ ماه دیگر به فردی دیگر پیش فروش نماید حتی در صورت خلف وعده خودروساز وی باید به تعهد خود عمل کند که این امر با منطق بازار مالی که در آن قصد گرفتن کالا چندان جدی نیست بلکه سرمایه گذاران به دنبال کسب سود ناشی از اختلاف قیمت و افزایش قدرت نقدشوندگی دارائی های مالی در تعارض است. در بازار واقعی بر این اساس خریدار اول ضمن خرید کالا برای خود واسطه در فروش بوده و در سررسید باید دو کالا تحویل بگیرد یکی برای خودش و دیگری برای مشتری دوم و حال آنکه با خرید کالای مورد نظر در موعد تحویل با توجه به تفاوت قیمت هنگام پیش فروش و تحویل احتمالاً ضرر می نماید.

بر فرض رعایت شروط سه گانه ذکر شده، حيله و صوری بودن این فرایند با توجه به عدم قدرت فروشندگان غیر اول در ارائه مبیع آشکار می شود؛ چرا که هدف اصلی این بازار تأمین مالی برای فروشنده اول یا خرید ارزان تر برای مشتری اول است که با اولین فروش حاصل می شود و مبادلات بعدی چیزی جز دلالی و سوداگری نیست چنان که در بازارهای مالی برای ایجاد جذابیت و رغبت سرمایه گذاران، کاهش ریسک نقدینگی و زندانی نشدن سرمایه گذاران در چنین قراردادی راه حل سلف موازی استاندارد مطرح گردیده است و هدف کسب سود از اختلاف قیمت است.

لازم به ذکر است معاملات سریع و متوالی بر روی ابزار مالی از ویژگی های منحصر به فرد بازار ثانویه بوده که برای حفظ قدرت نقدشوندگی معامله گران شکل گرفته است لذا بازیگران آن دائم در حال تغییر بوده و با خروج معامله گران از قرارداد دیگر هیچ گونه تعهدی نسبت به مبیع متوجه آنها نخواهد بود. از این رو است که برخی معتقدند در طراحی سلف موازی از حواله و یا وکالت استفاده شود تا آخرین خریدار در سررسید، کالا را از طرف خریدار اول تحویل گرفته و به وکالت از وی بفرشد و وجه آنرا بابت قرض داده شده، تسویه نماید ولی باید خاطر نشان کرد ضمیمه کردن حواله و یا وکالت در قرارداد سلف موازی ضمن خدشه به شروط سه گانه نشان دهنده عدم استقلال تعهدات بوده و سبب می شود مُسَلَم فیه در سلف دوم همان مبیع در

سلف اول تلقی گردد و از سوی دیگر پیاده کردن قالب قرض بجای فروش با ارتکاز عرفی بازار ناسازگاری کامل دارد.

همچنین عدم جواز سلف موازی از بیان صاحب الکافی قابل استظهار است؛ چراکه ایشان معتقد است جائز نیست مشتری کالای را که پیش خرید کرده را به فروشنده به همان جنس و یا بیشتر از آن به صورت نقد یا نسیه و یا سلف دیگر بفروشد (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۳۵۷).

نتیجه بحث

عقد سلف اضافه بر احکام عامه عقود دارای دو حکم ویژه، پرداخت کل ثمن در هنگام انعقاد عقد و عدم جواز فروش کالای خریداری شده قبل از فرارسیدن موعد تحویل است. در این مقاله سعی شد ادله فرع فقهی عدم جواز بیع مُسَلَّم فیه قبل از سررسید نزد مذاهب اسلامی مورد بازخوانی قرار بگیرد. با جمع آوری نظرات فقهای شیعه آشکار شد که تنها دلیل متقن در این مبحث اجماع طبقات گوناگون فقهای شیعی است و این حکم نزد فقهای حنفی، حنبلی و شافعی مستند به روایات نبوی است و مالکی‌ها این حکم را فقط در اطعمه جاری می‌دانند.

برای حل این عویصه و بهره‌مندی از ظرفیت بالای عقد سلف در اقتصاد و بازار سرمایه اندیشمندان مسلمان عقودی مانند صلح، هبه معوض و سلف موازی را پیشنهاد نمودند و برای رهایی از عدم جواز فروش دوباره مسلم فیه و فرار از حیل در سلف موازی رعایت شروطی مانند استقلال قراردادها و فروش کالای همانند و شبیه مسلم فیه و نه خود آن را لازم دانستند.

اگرچه این راه‌حل‌ها ثبوتاً قابل پذیرش است اما در مقام اثبات امکان به کارگیری این نوع از قرارداد در بازار سرمایه که قوامش به وجود بازار ثانویه فعال با معاملات متکرر است با ارتکاز و ذهنیت معامله‌گران هم‌خوانی ندارد و عدم انفکاک و استقلال دو قرارداد در مقام عمل قابل قبول نبوده از این رو سلف موازی با مورد منع اتحاد عرفی خواهد داشت و جائز نخواهد بود.

با توجه به اینکه اسلام شریعت سهله و سمحه است و شارع قصد به حرج و

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۲۰

سختی انداختن بندگان را ندارد بلکه با نظر به اهدافش نقشه راهی را برای رسیدن به سعادت دنیوی و اخروی عباد ترسیم نموده است. از مجموع بیانات ذکر شده فقهای شیعه و سنی این نکته استظهار می‌گردد که شارع برای جلوگیری از توالی ذمه با رویکرد سفته‌بازی، رشد حباب گونه بخش مالی و جلوگیری از ایجاد ارزش‌های مالی کاذب، قبض را در مواردی شرط نموده است.

اگرچه عقد سلف به منظور تأمین مالی تولید و بهره‌مندی از ظرفیت‌های بالقوه مالی در بازار اولیه پیشنهاد می‌شود ولی شکل‌گیری بازار ثانویه متشکل برای صکوک مبتنی بر عقد سلف در بازار سرمایه با پذیرش سلف موازی امری جز دورزدن احکام و بی‌اثر کردن حکم شارع نبوده و با اهداف شریعت در ساخت اقتصادی باثبات و دارای رشد همگن بخش واقعی در تعارض است و لذا به نظر می‌رسد این گونه چاره‌جویی‌ها که به منظور تغییر حکم شرعی از طریق تغییر عنوان منطبق بر مصداق شکل می‌گیرد اولاً سازگار با ارتکاز عرفی و عقلاً نیست و ثانیاً با غرض تشریح حکم در تضاد است.

فروش مبیع قبل
از سررسید در
عقد سلف

۱۲۱

از سوی دیگر می‌توان ادعا کرد صرف تغییرات ظاهری عناوین بدون تغییر در ماهیت آنها مفسد را به مصالح تبدیل نمی‌کند و با توجه به این نکته که شارع احکام را بر اساس مصالح و مفسد وضع کرده است لازم است در چارچوب و ساختاری متناسب با شریعت از این ابزارها استفاده کنیم نه اینکه بخواهیم در قالب اقتصاد متعارف با استفاده از حیل شرعی، احکام فقهی را بی‌اثر نماییم.

منابع

• قرآن کریم.

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۱۱ق). جواهر الفقه - العقائد الجعفریه، یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابن تیمیة الحرانی، ابوالعباس احمد بن عبد الحلیم. (۱۴۱۶ق). مجموع الفتاوی، المحقق:

- عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
۴. ابن رشد (ابن رشد الحفيد)، محمد بن احمد بن محمد. (۱۴۲۵ق). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، القاهرة: دار الحديث (كتابخانه مدرسه فقاها).
۵. ابن حزم الأندلسي، ابو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي. (بي تا)، **المحلى بالآثار**، بيروت: دار الفكر (كتابخانه مدرسه فقاها).
۶. ابن قدامة المقدسي، عبدالله بن احمد. (۱۳۸۸ق). **المغنى**، مصر: مكتبة القاهرة.
۷. ابن عبدالبر، يوسف بن عبدالله. (۱۳۸۷ق). **التمهيد**، بيروت: دارالاحياء التراث الاسلامي.
۸. اسامه بن حمود بن محمد اللاحم. (۱۴۳۳ق). **بيع الدين و تطبيقه المعاصر في الفقه الاسلامي**، الاولى، الرياض: دار الميمان للنشر والتوزيع.
۹. انصاري، شيخ مرتضى. (۱۴۱۵ق). **كتاب المكاسب**، يكم، قم: كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري.
۱۰. بحراني، يوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). **الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة**، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۱۱. بناني، مهدي. (۱۳۹۷). **نگرشي جامع بر توسعه بازار بدهي در ايران**، تهران: معاونت نظارت مالي و خزانه داري كل كشور، وزارت امور اقتصادي و دارايي.
۱۲. بجنوردی، سيد حسن. (۱۴۱۹ق). **القواعد الفقهية**، يكم، قم: نشر الهادي.
۱۳. البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس. (بي تا). **كشف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية (كتابخانه مدرسه فقاها).
۱۴. البيهقي، ابوبكر احمد بن الحسين. (۱۴۲۴ق). **السنن الكبرى**، الطبعة الثالثة، بيروت: دار الكتب العلمية، (كتابخانه مدرسه فقاها).
۱۵. التجاني، عبدالقادر احمد. (۱۴۲۰ق). **السلم بديل شرعي للتمويل المصرفي المعاصر نظره ماليه و محاسبيه**، الاقتصاد الاسلامي (مجله جامعه الملك عبدالعزيز).
۱۶. ره بيك، حسن؛ كريميان، محمدرضا. (پايز و زمستان ۱۳۹۵). **ماهيت و آثار قرارداد سلف موازي**، ديدگاه‌هاي حقوق قضايي، ش ۷۵ و ۷۶ (از ۵۵ تا ۸۰).
۱۷. زبيدي، محب الدين. (۱۴۱۴ق). **تاج العروس من جواهر القاموس**، اول، بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۱۸. الزحيلي، وهبه. (۱۴۱۹ق). **بيع الدين في الشريعة الاسلاميه**، جامعه الملك عبدالعزيز.
۱۹. السنهوري، عبدالرزاق. (۱۹۵۸م). **الوسيط في شرح القانون المدني**، بيروت: دار احياء التراث العربي.

۲۰. حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). **فقه العقود**، دوم، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۲۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). **وسائل الشیعه**، یکم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۲. حلّی (ابوالصلاح)، تقی الدین بن نجم الدین. (۱۴۰۳ق). **الکافی فی الفقه**، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیهم السلام.
۲۳. حلّی، ابن ادريس. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). **تذکرة الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۵. _____ (۱۴۲۰). **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه**، یکم، قم: مؤسسه امام صادق علیهم السلام.
۲۶. _____ (بی تا). **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط-القديمة)**، یکم، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۷. حلّی (محقق حلّی) جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). **المختصر النافع فی فقه الإمامیه**، ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
۲۸. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۵ق). **تحریر الوسیله**، ترجمه علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). **مصباح الفقاهه**، مقرر محمد علی توحیدی، نرم افزار جامع فقه اهل بیت علیهم السلام ۲.
۳۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). **مهذب الأحكام**، چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۳۱. سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق). **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**، دوم، دمشق: دار الفکر.
۳۲. سنهوری، عبدالرزاق. (۱۹۵۸م). **الوسیط فی شرح القانون المدني**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۳. صدر، سید محمد باقر. (۱۴۰۱ق). **البنک اللاربيوي**، هفتم، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۳۴. الصنعانی، ابوبکر عبدالرزاق. (۱۴۰۳ق). **المصنف**، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، هند: المجلس العلمي. (کتابخانه مدرسه فقاها).
۳۵. طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). **رياض المسائل**، یکم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۶. طریحی، فخر الدین. (۱۴۱۶ق). **مجمع البحرين**، سوم، تهران: کتابفروشی مرتضوی.

۳۷. طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۰ق). **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى**، دوم، بیروت: دار الكتاب العربي.
۳۸. _____ . (۱۴۰۷ق). **تهذيب الأحكام**، چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۳۹. _____ . (۱۴۲۷ق). **رجال الشيخ الطوسي**، سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۰. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی. (۱۴۱۷ق). **الدروس الشرعية في فقه الإمامية**، دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۱. عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى كلاتر)**، یکم، قم: کتابفروشی داوری.
۴۲. _____ . (۱۴۱۳ق). **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، یکم، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۴۳. عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق). **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة**، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. عبدی پور فرد، ابراهیم و سیدمرتضی شهیدی. (۱۳۹۴ش). **ابعاد فقهی، حقوقی و مالی قراردادهای سلف در بورس**، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال شانزدهم، شماره اول، بهار و تابستان، صفحه ۳۳-۵۰.
۴۵. عبدی پور فرد، ابراهیم. (۱۳۹۵ش)، **مباحث تحلیلی از حقوق تجارت**، ششم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۴۶. عیسوی، محمود؛ قلیچ، وهاب، (تابستان ۱۳۹۳). **ص کوک سلف بانک مرکزی، ابزاری نوین برای سیاست گذاری پولی**، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ش ۵۴ (۱۳۱ تا ۱۵۸).
۴۷. غدیری، عبدالله عیسی ابراهیم. (۱۴۱۸ق). **القاموس الجامع للمصطلحات الفقهیه**، یکم، بیروت: دار الرسول الاکرم ﷺ.
۴۸. فراهانی فرد، سعید. (بهار ۱۳۸۸). **صکوک سلف: ابزاری مناسب برای تأمین مالی و پوشش ریسک**، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ش ۳۳ (از ۷ تا ۳۲).
۴۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). **کتاب العین**، قم: نشر هجرت.
۵۰. فبوزی، فرانک، مودیلیانی، فرانکو و مایکل فری. (۱۳۸۹). **مبانی بازارها و نهادهای مالی**، ترجمه حسین عبده تبریزی، سوم، تهران: نشر پیشبرد.
۵۱. قلیچ، وهاب و مهدی تقوی و محسن خدابخش. (۱۳۹۰ش). **اثر تعهدات بدهی در شکنندگی نظام بانکی**، فصلنامه پول و اقتصاد، ش ۸.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۲۴

۵۲. الكاساني الحنفي، ابوبكر بن مسعود. (۱۴۰۶ق). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية.
۵۳. كاشف الغطاء، مهدي. (بی تا). **مورد الأنام في شرح شرائع الإسلام**، یکم، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۴. مالک بن انس، **موطأ الإمام مالك**. (۱۴۲۵ق). یکم، ابوظبی: مؤسسه زاید بن سلطان آل نهیان للأعمال الخيرية والإنسانية (نرم افزار کتابخانه احادیث فریقین).
۵۵. مسلم بن حجاج، **صحيح مسلم**. (۱۴۱۲ق). یکم، قاهره: دار الحديث، (نرم افزار کتابخانه احادیث فریقین).
۵۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). **قواعد فقه**، دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۷. مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۳ق). **فقه المعاملات**، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۸. موسی یور، میثم، صادقی مقدم، محمدحسن، سلطان احمدی، جلال. (پاییز و زمستان ۱۳۹۵). **تحلیل فقهی حقوقی «قرار داد سلف موازی استاندارد» ابتکاری جدید برای بازار سرمایه**، دانش حقوق مدنی، دوره ۵، ش ۲ (پیاپی ۱۰) (ص ۲۷-۴۰).
۵۹. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة ۱۴۰۴-۱۴۲۷ق، (کتابخانه اینترنتی مدرسه فقاها).
۶۰. موسویان، سیدعباس. (بی تا). **صکوک اِزَار تَأْمِين مالی اسلامی**، شرکت مدیریت دارایی مرکزی بازار سرمایه.
۶۱. — و مجتبی کاوند و حمیدرضا اسمعیلی. (زمستان ۱۳۸۷). **اوراق بهادار (صکوک) جعالة: اِزَاری کارآمد برای توسعه صنعت گردشگری**، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال ۸، ش ۳۲، ص ۱۴۱-۱۶۹.
۶۲. نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۴۱۳ق). **المکاسب والبیع**، مقرر میرزا محمدتقی آملی، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۳. نراقی، مولی محمدمهدي. (۱۴۲۵ق). **أنیس التجار**، یکم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۴. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۶۵. نسائی، احمدین علی. (۱۴۱۱ق). **السنن الكبرى**، یکم، بیروت: دار الكتب العلمية.

منشورات محمدعلی بیضون.

۶۶. النووي، محی‌الدین یحیی بن شرف. (بی تا). **المجموع شرح الممهدب**، دار الفکر.
۶۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران. (۱۴۲۶ق). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت** علیهم‌السلام، یکم، قم: موسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، مرکز پژوهش‌های فارسی‌الغدیر.
۶۸. **نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت** علیهم‌السلام ۲.

References

1. *The Holy Qur'ān*.
2. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥān*. Edited by Mujtabā al-Iraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
3. al-Ṭirāblusī, 'Abd al-'Azīz Ibn al-Barrāj. 1991/1441. *Jawāhir al-Fiqh, Al-'Aghā'id al-Ja'farīyah*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
4. Ibn Taymīyyah al-Harrānī, Aḥmad ibn Abd al-Ḥalīm. 1996/1416. *Majmū' al-Fatāwā, Researcher: 'Abd al-Raḥmān ibn Muḥammad ibn Qāsim. Holey Medina: Majma' al-Malik Fahad li Ṭibā'at al-Muḥḥaf al-Sharīf*.
5. Averroes (Ibn Rushd), Muḥammad ibn Aḥmad ibn Muḥammad. 2004/1425. *Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid*. Cario: Dār al-Ḥadith.
6. Ibn Ḥazm al-Andalusī, Abū Muḥammad 'Alī ibn Aḥmad ibn Sa'īd. n.d. *al-Muhallā bi al-Āthār*. Beirut: Dār al-Fikr.
7. Ibn Qudāmah al-Maqdisī, Muwaffaq al-Dīn Abū Muḥammad 'Abdullāh ibn Aḥmad ibn Muḥammad. 1968/1388. *Al-Mughnī*. Egypt: Maktabat al-Qāhirah.
8. Ibn 'Abd al-Barr, Yūsuf ibn 'Abdullāh ibn Muḥammad. 1967/1387. *Al-Tamhīd*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
9. Al-Lāhīm, Usāmat ibn Ḥamūd ibn Muḥammad. 2012/1433. *Bay' al-Dīn wa Taṭbīqātihī al-Mu'āṣirah fī al-Fiqh al-Islāmī*. 1st. Riyadh: Dār al-Maymān li Nashr wa al-Tawzī'.
10. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۲۶

Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.

11. al-Bahrānī, Yūsuf Ibn Aḥmad (al-Muḥaqqiq al-Bahrānī). 1984/1405. *al-Ḥadā'iq al-Nādira fī Aḥkām al-'Itrat al-Ṭāhira*. Edited by Muḥammad Taqī al-Īrawanī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
12. Banānī, Mahdī. 2018/1397. *Nigarishī Jāmi' bar Tawsi'i-yi Bāzār-i Bidihī dar Iran*. Tehran: Finance and Economic Affairs Ministry's Deputy for Financial Supervision and Treasury.
13. al-Mūsawī al-Bujnurdī, al-Sayyid Ḥasan. 1998/1419. *al-Qw'id al-Fiqhīyya. Edited by Ḥusayn Mihrīzī and Muḥammad Ḥasan Dirāyatī*. Qom: Nashr al-Hādī.
14. Al-Buhūtī al-Ḥanbalī, Manṣūr ibn Yūsuf. n.d. *Kashshāf al-Ghinā' 'an Matn al-'Ighnā'*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
15. Al-Bayhaqī, Abū Bakr Aḥmad ibn Ḥusayn Ibn 'Alī ibn Mūsā. 2001/1422. *Al-Sunnan al-Kubrā*. 3rd. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
16. Al-Tījānī, 'Abd al-Qādir Aḥmad. 2009/1430. *Al-Salam bi Dalīl al-Shar'ī lil Tamwīl al-Maṣrafi al-Mu'āṣir Nazaru-hū Mālīyat wa Muḥāsibīyah*. Journal of Islamic Studies (Journal of King Abdulaziz University).
17. Rahpeyk, Ḥasan; Karīmīyān, Muḥammad Riḍā. Autumn & Winter 2016/1395. *Māhīyat wa Āthār-i Gharārdād-i Salat-i Muwāzī. Judicial Law Views Quarterly*, No75-76, 55-80.
18. Al-Zabīdī, Muḥib al-Dīn Muḥammad ibn Muḥammad 'Abd al-Razzāq al-Murtaḍā. 1994/1414. *Tāj al-'Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. 1st. Beirut: Dār al-Fikr li al-Ṭibā'a wa al-Nashr wa al-Tawzī'.
19. Al-Zuḥaylī al-Dimishqī, Wahbat ibn Muṣtafā. 1998/1419. *Bay' al-Dīn fī al-Sharī'at al-Islāmīyah*. King Abdulaziz University
20. Al-Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq. 1958. *Al-Wasīf fī Sharḥ al-Qānūn al-Madanī*. Beirut: Dār Iḥya' al-Turāth al-'Arabī.
21. al-Ḥusaynī al-Ḥā'irī, al-Sayyid Kāzīm. 2002/1423. *Fiqh al-'Uqūd*. 2nd. Qom: Majma' Andīshi-yi Islāmī.
22. al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shr'a ilā Taḥṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.

23. al-Ḥalabī, Taqī al-Dīn Ibn Najm al-Dīn. 1982/1403. *al-Kāfi fī al-Fiqh*. Edited by Riḍā al-'Uṣṭādī. Iṣfahān: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Alī.
24. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā'ir al-Ḥāwī li Taḥrīr al-Fatāwī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
25. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Taḍhkīrat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ih'yā' al-Turāth.
26. —. 1999/1420. *Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar'īyya 'alā Maḍhhab al-Imāmīyya*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Imām al Ṣādiq.
27. —. n.d. *Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar'īyya 'alā Maḍhhab al-Imāmīyya*. Mashhad: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ih'yā' al-Turāth.
28. al-Ḥillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1997/1418. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi' (al-Nafi' fī Mukhtaṣar al-Sharā'i')*. 6th. Qom: Mu'assasat al-Maṭbū'āt AL-Dīnīyya.
29. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2004/1425. *Taḥrīr al-Wasīla. Translated by 'Alī Islāmī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
30. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. n.d. *Miṣbāḥ al-Fiqāha*. Edited by Muḥammad 'Alī Tawḥīdī. Jāmi' Fiqh-i Ahl al-Bayt Software.
31. al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. 1992/1413. *Muḥaḍḍhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Manār.
32. Al-Sa'dī, Abū Jayb. 1988/1408. *Al-Qāmūs al-Fiqhī, Lughatan wa Iṣṭilāḥan*. 2nd. Damascus: Dār al-Fikr
33. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1981/1401. *Al-Bank al-Lārabawī*. 7th. Beirut: Dār al-Ta'aruf li al-Maṭbū'āt .
34. Al-Ṣan'ānī, Abū Bakr 'Abd al-Razzāq. 1983/1403. *Al-Muṣannaf*. Edited by Ḥabīb al-Raḥmān al-A'zamī. 2nd. India: al-Majlis al-A'lamī.
35. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī ibn Muḥammad (Ṣāḥīb al-Riyāḍ). 1998/1418. *Rīyāḍ al-Masā'il fī Taḥqīq al-Aḥkām bī al-Dalā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ih'yā' al-Turāth.
36. al-Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn Ibn Muḥammad. 1995/1416. *Majma' al-Baḥrayn*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Ih'yā' al-Āthār al-Ja'farīyya.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۲۸

37. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1979/1400. *al-Nihāya fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. 2nd. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī.
38. —. 1986/1407. *Tahdhīb al-Aḥkām*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
39. —. 2006/1427. *Rijāl al-Shaykh al-Ṭūsī*. 3rd. Edited by Jawād al-Qayyūmī al-Iṣfahānī. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
40. al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1997/1417. *al-Durūs al-Shar‘īyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
41. al-‘Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn ‘Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum‘at al-Dīmaḥqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
42. —. 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. Qom: Mū’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmīyya.
43. Al-Ḥusaynī al-‘Āmilī, Sayyid Muḥammad Jawād. 1998/1419. *Miftāḥ al-Kirāmat fī Sharḥ Qawā‘id al-‘Allāmah*. 1st. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
44. ‘Abdīpūr Fard, Ibrāhīm; Shahīdī, Sayyid Murtaḍā. 2015/1394. *Ab‘ūd-i Fiqhī, Ḥuqūqī wa Māli Qarārdādhā-yi Salaf dar Būrs. Pazhūhishnāmi-yi Ḥuqūq Islāmī* (Islamic Law Research Journal), Volume 16, No.1. Spring and Summer: pp: 50-33.
45. ‘Abdīpūr Fard, Ibrāhīm. 2016/1395. *Babāhith Tahllīlī az Ḥuqūq-i Tijārat*. 6th. Qom: Pazhūhishgāhi Ḥawzi va Dānishgāh.
46. ‘Īsawī, Maḥmūd; Qalīch, Wāhhāb. Summer 2014/1393. *Ṣukūk-i Salaf-i Bank-i Markazī, Abzārī nuwān barāyi Sīyāsāt Gozārī-yi Pūlī. Faṣlnāmi-yi Iqtīṣād Islāmī* (Islamic Economics Quarterly), 54, 131-158.
47. Al-Ghadīrī, ‘Abdullāh ‘Īsā Ibrāhīm. 1998/1418. *Al-Qāmūs al-Jāmi‘ lil Muṣṭalahāt al-Fihīyah*. 1st. Beirut: Dār al-Rasūl al-Akram (s).
48. Farāhānī Fard, Sa‘īd. Spring 2009/1388. *Ṣukūk Salaf; Abzārī Munāsib barāyi Ta‘mīn-i Māli wa Pūshish-i Rīsk*. Faṣlnāmih Iqtīṣād Islāmī (Islamic Economics Quarterly), 33,7-23.
49. al-Farāhīdī al-Zahrānī, Abu ‘Abd al-Raḥmān al-Khalīl ibn Aḥmad ibn ‘Amr ibn Tammām. 1990/1410. *Kitāb al-‘Ayn*. 2nd. Qom: Nashr Hijrat.

50. Fabozzi, Frank J; Mondigliani, Franco; Ferri, Michael G. 2010/1389. *Mabānī-yi Bāzārḥā wa Nihādḥā-yi Mālī*. Translated by 'Abdih Tabrīzī, Ḥusayn. 3rd. Tehran: Nashr Pishburd.
51. Qalīch, Wahhāb; Taqawī Mahdī; Khudā Bakhsh, Muḥsin. 2011/1390. *Athar-i Ta'ahudāt-i Bidīḥ dar Shikanandīgī-yi Niẓām-i Bānkī*. Faṣḥnāmih Pūl wa iqtisād, No 8.
52. Al-Kāsānī, 'Alā al-Dīn Abū Bakr ibn Mas'ūd ibn Aḥmad. 1986/1406. *Badā'ī' al-Ṣanā'ī' fī Tartīb al-Sharā'ī'*. 2nd. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyya.
53. Kāshif al-Ghiṭā', Mahdī. n.d. *Mawrid al-'Anām fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām*. 1st. Najaf: Maṭba'at Kāshif al-Ghiṭā al-'Āmma.
54. Al-Ḥārith al-Aṣḥabī al-Madanī, Abū 'Abdullāh Mālik ibn Anas ibn Mālik ibn 'Abī 'Āmir (Mālik ibn Anas). Al-Muwaṭṭa' al-Imām Mālik. 2004/1425. 1st. Abu Dhabi: Mu'assasat Zāyid ibn Sulṭān Āl Nahyan li al-'Amāl al-Khayrīyat wa al-Insānīyat.
55. al-Qushayrī an-Naysābūrī, Abū al-Ḥusayn 'Asākīr al-Dīn Muslim ibn al-Ḥajjāj ibn Muslim ibn Ward ibn Kawshādh (Muslim ibn al-Ḥajjāj). Saḥīḥ Muslim. 1992/1412. Cairo: Dār al-Ḥadīth.
56. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 1985/1406. *Qawa'id-i Fiqh*. 12th. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
57. Al-Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. 2002/1423. *Fiqh al-Mu'āmilāt*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
58. Mūsā Pūr, Maytham; Ṣādiqī Muqaddam, Muḥammad Ḥasan; Sulṭān Aḥmadī, Jalāl. Autumn and Winter 2016/1395. *Taḥlīl Fiqhī Ḥuqūqī Qarārdād Salaf Muwāzī Isṭāndārd, Ibtikārī Jadīd barāyi Bāzār Sarmāyi*. Dānish Ḥuqūq Madanī, Vol 5, 2(10): 27-40.
59. Al-Mawsū'at al-Fihīyat al-Kuwaytīyah. *Wizārat al-'Uqūf wa al-Shu'ūn al-Islāmīyah*. 1984/1404, 2006/1427. Kuwait.
60. Mūsawīyān, Sayyid 'Abbās. n.d. *Ṣukūk Abzār Ta'mīn Mālī Islāmī. Sherkat Dārāyī Markazī Bāzār Sarmāyih*.
61. Mūsawīyān, Sayyid 'Abbās; Ismā'īlī, Ḥamīd Riḍā. Winter 2008/1387. *Awrāq Bahādār (Ṣukūk) Ju'ālīh*: Abzārī Kārāmad barāyi Tawsi'i-yi Gardishgarī.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۳۰

- Faṣḥnāmih Iqtisād Islāmī (Islamic Economics Quarterly). Vol 8, 32:141-169.
62. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1993/1413. *Al-Makāsib wa al-Bayʿ*. Edited by Mīrzā Muḥammad Taqī Āmilī. 1st. Qom: Muʿassasat al-Nashr al-Islāmī li Jamāʿat al-Mudarrisīn.
63. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 2004/1425. *Anīs al-Tujjār*. 1st. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ʿIlmīyyi-yi Qom).
64. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʿiʿ al-Islām*. 7th. Edited by ʿAbbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyāʿ al-Turāth al-ʿArabī.
65. Al-Nisāʿī, Aḥmad Ibn ʿAlī. 1991/1411. *Al-Sunnan al-Kubrā*. 1st. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmīyya.
66. Al-Nawawī al-Shāfiʿī, Abū Zakarīyā Yaḥyā ibn Sharaf. n.d. *Al-Majmūʿ Sharḥ al-Muḥadḥab*. Beirut: Dār al-Fikr.
67. Research Group under the supervision of al-Sayyid Maḥmūd al-Hāshimī al-Shāhrūdī. 2006/1426. *Farhang-i Fiqh-i Islāmī bar Ṭibq-i Maḍhhab-i Ahl al-Bayt*. 2nd. Qom: Muʿassisi-yi Dāʿirat al-Maʿārif-i Fiqh-i Islāmī bar Ṭibq-i Maḍhhab-i Ahl al-Bayt.
68. *Jāmiʿ Fiqh Ahl al-Bayt Software*.

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

Vol.7 , No.22 , Spring 2021

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

An Investigating into Financial Value of a Man Non-Mustawfat Benefits in *Shi'a* Jurisprudence¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.54990.1766

Mohsen Kheradmand

Graduate of level three of Fiqh and Usul at Teacher Training Institute of Hawza Higher Education and Student of Level Four at Qom Seminary; (Corresponding Author);
shamimeazadi313@gmail.com

Ehsan Mehrkish

Graduate of Level Four at Qom Seminary and Teacher of advance Level of Qom Seminary; e.mehrkish@gmail.com

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.7, No.22
Spring 2021

Receiving Date: 2019-04-30

Approval Date: 2020-05-27

133

Abstract

The investigating of the financial value of a free man non-Mustawfat benefits based on a valid legal criteria is a matter that results in issues such as surety of wasting a free man's benefits, primal principle in the necessity of working of a bankrupt man, setting dowry these benefits and man renting and affect on the process of examining the evidences relevant to each of these branches. For finding the answer of this question, the conditions of financial value of an object are analyzed based on legal and conventional criteria and these benefits

1. Kheradmand- M; (2021); " An Investigating into Financial Value of a Man Non-Mustawfat Benefits in Shi'a Jurisprudence "; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 7 ; No: 22 ; Page: 132-164: Doi: 10.22034/jrj.2020.54990.1766

considered as property by proving the existence of property legal criteria in discussed benefits. In continuing discussion, six objections about financial value of a man propounds and answers to the problems by relying on fulfillment of financial value conditions in these benefits, and in the meantime attests to some of jurists' views. This study, by including two proofs namely validity of setting the dowry of these benefits and renting them, takes to financial value discussion of these benefits by the jurists and expresses the results which driven from financial value of these benefits such as surety of wasting a free man's benefits and the possibility of setting these benefits against the object of sale. This study trying to inform the adherence of all Shi'a jurists to financial value of man's benefits in the some branches such as 'setting dowry of a free man's benefits' and 'renting these benefits' and disagreement of them in theoretical issues concerning these benefits.

Key Words: Benefits of a Free Man, Mustawfat Benefits (Secondary Benefits), Financial Value.

مالیت منافع غیر مستوفات انسان آزاد در فقه شیعه^۱

محسن خردمند^۲
احسان مهرکیش^۳

چکیده

مالیت منافع
غیرمستوفات
انسان آزاد
در فقه شیعه

۱۳۵

بررسی مالیت منافع غیرمستوفات انسان آزاد براساس معیارهای معتبر شرعی در مال‌انگاری اشیاء، موضوعی است که نتیجه آن در مباحثی چون «ضمان فوت منافع انسان آزاد»، «اصل اولی در لزوم کارکردن مفلس»، «صداق قراردادن این منافع» و «اجاره انسان» نمایان می‌شود و تأثیرات خود را در روند بررسی ادله مرتبط به هرکدام از این فروع خواهد گذاشت. به‌منظور یافتن پاسخ این مسئله، شرایط مالیت شیئی براساس ضوابط عرفی و شرعی تحلیل می‌شود و با اثبات وجود معیارهای شرعی مال در منافع موردبحث، این منافع مال به شمار می‌آید. در ادامه شش ایراد درباره مالیت منافع انسان مطرح و با استناد به تحقق شرایط مالیت در این منافع به اشکالات پاسخ داده می‌شود و در این میان به برخی از عبارات فقیهان نیز استشهد شده است. این تحقیق با انضمام دو مؤید یعنی صحت مهر قراردادن این منافع و درستی اجاره آن، و نیز در ادامه به بحث مال‌انگاری این منافع نزد فقیهان و بیان ثمرات مترتب بر مالیت این منافع مانند ضمان فوت منافع انسان آزاد و امکان

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۷

۲. دانش‌آموخته سطح سه مدرسی فقه و اصول مؤسسه آموزش عالی حوزوی تربیت مدرس قم و دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه قم. (نویسنده مسئول): shamimeazadi313@gmail.com

۳. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم - ایران: e.mehrkish@gmail.com

قراردادن این منافع در برابر مبیع پرداخته شده است. این پژوهش در جریان بحث، از پایبندی تمام فقهای شیعه به مالیت منافع انسان در فروعی مانند «مهر قراردادن منافع انسان آزاد» و «اجاره این منافع» و اختلاف نظر ایشان در مباحث نظری پیرامون مالیت این منافع آگاهی داده است.

کلیدواژه‌ها: منافع انسان آزاد، منافع مستوفات، مال.

مقدمه

منافع انسان در روند بررسی فقهی، تقسیماتی همچون انقسام به منافع انسان آزاد و منافع انسان مملوک یا انقسام به منافع مستوفات و منافع غیر مستوفات را پذیراست. بررسی ارزش منافع مملوکین به چند جهت از بحث این نوشتار خارج است؛ نداشتن کاربرد در جامعه امروزی، اذعان به مالیت آن (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۲۹/۷؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۸۲/۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۶/۱۴؛ رشتی، ۱۳۱۱ق، ۱۱۷؛ لنگرانی، ۱۴۱۶ق، ۱۲۱) و اظهار عدم اشکال در این مطلب (یزدی، سال نشر؟، ۵۵/۱). منافع مستوفات به معنای منافعی که با به کارگیری انسان، استفاده شده است با توجه به اینکه تعدادی از فقیهان آن را نازل منزله مال دانسته‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰/۵۱۳؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ۷۹/۱۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۸/۳۷) و به تعبیر برخی دیگر از فقیهان «اشکال و شبهه‌ای در مالیت این منافع نیست» (رشتی، بی تا/۱۹) و در کتب فقیهان آثار مال به طور جزم بر آن مترتب شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۸۵/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ۴۴۵/۱؛ شهیداول، ۱۴۱۶ق، ۳۹۶/۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵۷/۱۲) در دایره این پژوهش قرار ندارد لذا منافع غیر مستوفات انسان آزاد، به جهت اختلافی بودن آن، داخل در موضوع این پژوهش است.

نگارش پیش رو در صدد سنجش «ارزش نیروی کار استیفاننده انسان آزاد» و به بیان دیگر «مالیت منافع غیر مستوفات انسان آزاد» است چه اینکه فرصت استفاده از این منافع از دست رفته باشد یا اینکه این منافع بالقوه بوده و به لحاظ آینده به آنها نظر شود. چنین منافعی در نظر تعدادی از فقیهان مالیت نداشته و در نگاه برخی دیگر، نمونه‌ای از مال به حساب آمده است. مشی فقیهان در مسایل مرتبط با مالیت منافع انسان همچون «ضمان منافع غیر مستوفات انسان آزاد»، «اجرای اصل برائت در

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۳۶

جهت اثبات عدم وجوب تحصیل درآمد بر عهده مفلّس»، «صداق قراردادن منافع انسان» و «اجاره این منافع» نیز موجب شده تا نظر فقیهان در این موضوع بیش از پیش متشتت جلوه نماید.

نوشته حاضر با ارائه تعریفی از مال که برخاسته از عبارات لغویان، فهم عرفی و ملاحظات شرعی است، به اثبات مالیت منافع انسان آزاد می‌پردازد. سپس ضمن پاسخ‌گویی به اشکالات مالیت منافع انسان آزاد، با موشکافی آرای فقیهان در مباحث مرتبط با این منافع، التزام عملی فقیهان شیعه به مالیت این منافع را در عین وجود اختلاف نظر در این مسئله اثبات می‌نماید.

پیشینه

صحبت درباره منافع انسان از مباحث مسبوق به سابقه در فقه است که از ابتدای تدوین کتب فقهی، در کتاب نکاح و اجاره به آن پرداخته شده است، با بسط مباحث فقهی در ابواب دیگری مانند بیع، دین، حج، زکات، غصب نیز سخن از منافع انسان به میان آمده است؛ اما تاکنون در کتب فقهی شیعه درباره مالیت آن، بحث مستقل و وافعی اختصاص نیافته است. در میان دیگر نوشته‌های فقهی که با عنوان مقالات و رساله‌های علمی نگارش یافته است، مقاله‌ای با عنوان «مالیت منافع و اختلافات مترتب بر آن در مذاهب اهل سنت» نگاشته شده توسط آقایان ضیایی و حسامی یافت گردید. مقاله مزبور ابتدا به بررسی مال، ملکیت و منافع از دیدگاه فقیهان عامه پرداخته سپس ادله عدم مالیت و مالیت منافع در نزد عامه را طرح کرده و در پایان اختلافات مترتب بر مالیت منافع را در مواردی مانند مهر، منافع مال مغضوب، ارث منافع، وصیت منافع، وقف منافع و عقود بیمار مشرف به مرگ در فقه عامه بررسی می‌کند. تمایز این اثر با پژوهش پیش رو در دو جهت اساسی است: اول اینکه نگاه این مقاله به آثار علمای عامه بوده و پژوهش حاضر با تتبع در آثار علمای شیعه پیش می‌رود. دیگر اینکه اثر مزبور در مورد مطلق منافع و نگاشته حاضر در مورد منافع غیر مستوفات انسان آزاد است.

از دیگر آثار نزدیک به موضوع این نوشتار که به اقتضای بحث، به این مسئله

ورود داشته، مقاله «قاعده ضمان منافع با تکیه بر آرای امام خمینی رحمته الله علیه به قلم آقایان کلاتری خلیل آباد و صالح است. این مقاله ابتدا قاعده «الخراج بالضمنان» را به عنوان دلیل قایلین به عدم ضمان منافع طرح و رد می کند و سپس به عنوان ادله ضمان منافع، روایت «علی الید» و دلایل قائلان و نافیان دلالت آن بر مدعا را آورده و با اتکا به پاسخ های مرحوم امام به نفی کنندگان دلالت حدیث مزبور بر ضمان منافع، مفاد این روایت را شامل منافع دانسته است. در ادامه ضمن استناد به قاعده ید برای اثبات ضمان منافع، مالیت منافع مطرح می شود و با اتکا به تقابل مال با منافع در عقد اجاره، منافع نیز در شمار اموال محسوب شده است. همچنین قاعده اتلاف و بنای عقلا، سومین و چهارمین دلیل ضمان منافع است. بخش بعدی این مقاله به بررسی قلمرو قاعده ضمان منافع پرداخته و آن را شامل منافع مستوفات و غیر مستوفات دانسته است و ضمان منافع انسان آزاد نیز در صورت اجیر بودن، استیفا و یا کسوب بودن انسان آزاد، پذیرفته می شود. در پایان هم کیفیت ضمان غاصب در منافع متعدد بررسی می شود.

اما پژوهش پیش رو با رویکردی متفاوت از مقاله مزبور و با تمرکز بر مسئله مالیت منافع انسان آزاد، به منظور بسط نتایج به ابواب فقهی مرتبط با مالیت منافع انسان نوشته شده است و به همین جهت، ثمره تنقیح مالیت منافع انسان در بحث ضمان منافع انسان نیز نمایان خواهد شد. این در حالی است که مسئله اصلی مقاله یادشده بررسی ضمان منافع و از جمله منافع انسان است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۳۸

۱. مفهوم شناسی مال

۱-۱. لغت مال

مال در لغت گاهی با عباراتی مانند «ما مَلَکْتَهُ مِنْ کُلِّ شَیْءٍ» و دیگر تعابیر شبیه به آن تعریف شده است (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق. ۳/۶۱۸؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق. ۱۵/۷۰۳؛ ابن سیده، ۱۴۲۱ق. ۱۰/۴۴۰؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق. ۱۱/۶۳۵)؛ گاهی با مصادیقش (مانند شتر) شناسانده شده است (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق. ۱۰/۳۵۸؛ ابن اثیر، ۱۳۶۷، ۴/۳۷۳؛ فیومی، ۱۴۱۴ق. ۲/۵۸۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق. ۱۰/۶۳۶) و گاهی به معروف بودن آن اذعان شده است (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق. ۱۰/۳۵۸)؛

جوهری، ۱۳۷۶ق، ۱۸۲۱/۵؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ۵۸۶/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۶۳۵/۱۱. در این میان برخی لغویان، مال را منحصر به اعیان دانسته‌اند (ابن اثیر، ۱۳۶۷، ۳۷۳/۴).

رهاورد تعریف‌های مطرح‌شده این است که معنای مال همان معنای شناخته‌شده نزد عرف است و از آن به «تمام چیزهایی که انسان آنها را مالک می‌شود» تعبیر می‌شود و اما اینکه در تبیین مال به مصادیق آن توجه شده و یا در اعیان منحصر شده است به جهت غلبه اموال اعراب گذشته در این موارد بوده است وگرنه شمول مال بر تمامی اشیای قابل تملک بیه استناد احاله آن بر فهم عرف و عمومیت تعاریف - به قوت خود باقی است.

لازم به ذکر است، نزد عقلا علت تملک اموال، ارزش آنها است؛ ارزشی که مترتب بر منفعت و خاصیت اشیاء است؛ یعنی عقلا به سبب ارزش اشیاء آنها را تحت تصرف خود قرار داده و مالکیت بر آنها اعتبار می‌کنند.

۱-۲. اصطلاح مال

مالیت منافع
غیرمستوفات
انسان آزاد
در فقه شیعه
۱۳۹

فقیهان در صدد بیان معنای اصطلاحی مال نبوده و برای آن تعریف جدایی از معنای عرفی آن ارائه نکرده‌اند. لذا تعبیر مال در کلام ایشان ناظر به همان معنای لغوی است و چنانچه معنایی برای مال ذکرشده باشد، منظور همان معنای لغوی مال است نه معنای اصطلاحی جدید، همان‌گونه که این مطلب از برخی عبارات استفاده می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۰۴/۱۵-۳۰۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ۵۰/۲؛ حمدشراه، ۱۳۹۵ق، ۶۹). بر همین اساس تعاریفی همچون «مایمیل الیه طبع الإنسان» (آنچه طبع انسان به آن میل دارد) (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۱۲۸/۱؛ داماد، ۱۴۰۶ق، ۱۲۵/۲)، «مایتنافس العقلاء علی تحصیله» (آنچه که عقلا برای تحصیلش رقابت می‌کنند) (حکیم، ۱۴۱۵ق، ۴۵/۲) و یا «کل ما یتنافس العقلاء علیه و یبذلون یزائه شیئاً» (هر آنچه عقلا برای رسیدن به آن رقابت می‌کنند و در ازای آن چیزی بذل می‌کنند) (جزایری، ۱۴۱۶ق، ۶۸/۱) که در آثار فقهی مشاهده می‌شود در راستای ایضاح معنای لغوی ارائه شده‌اند.

باین حال فقیهان برای اشیایی که نزد عرف ارزشمند بوده ولی منفعت حلال ندارد، ملکیتی اعتبار نکرده‌اند. به این معنا که نمی‌توان آن‌را در معامله به‌عنوان عوض

قرار داد و به منزله بی‌ارزش عرفی قرار داده شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۳۱۲/۴: علامه حلی، ۱۴۱۹، ۴۶۵/۲: شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵۸/۸: عاملی، ۱۴۱۹ق، ۸/۱۳: نجفی، ۱۴۰۴ق، ۹/۳۱: کاشف‌الغطاء (اجاره)، ۱۴۲۲ق، ۲۹: انصاری (مکاسب)، ۱۴۱۵ق، ۱۵۵/۱: سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۴۷/۲۵).

چنین قیدی (منفعت حلال داشتن) در اعتبار مال شرعی باینکه به قصد جعل اصطلاح نبوده است؛ ولی واقع این است که واژه مال در نوشته‌های فقیهان به همراه همین قید مدنظر است. با همین نگاه این دو عبارت: «أما عند الشرع فمالية كل شيء باعتبار وجود المنافع المختلة (المحللة) فيه، فعدم المنفعة المحللة (كالخمر والخنزير) ليس بمال» (اما در شرع؛ مالیت هر شیئی به اعتبار منافع وجود محلله در آن است پس عدم وجود منفعت محلله (در یک شیئی مانند شراب و خوک) سبب می‌شود آن شیئی مال نباشد) (خویی (مصباح)، بی‌تا، ۴/۲)، «لأن المال إنما سمي مالا لميل النفس إليه و كل ما فيه غرض عقلاي و لم يكن منهيًا عنه شرعاً فهو مال» (زیرا وجه تسمیه مال، میل نفس انسان به آن است و هر آنچه دارای غرض عقلائی است و شرعاً از آن نهی نشده، مال است) (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۲۵/۲۹) را در راستای تبیین حدود مال در شرع بر می‌شماریم.

نگارندگان بر این باورند چنین اعتباری سبب می‌شود تا در فقه برای مال اصطلاح جداگانه‌ای را بپذیریم و لذا «هر آنچه دارای ارزش پذیرفته شده شرعی است و قابل تملک باشد» به عنوان تعریف اصطلاحی مال ارائه می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۴۰

۲. معنای منفعت

۲-۱. معنای لغوی منفعت

منفعت اسم مصدر ماده (ن، ف، ع) و مصدر آن «نَفَع» است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۴۸۵/۱۱). «ضد الضّر» (ضد ضرر) عبارتی است که لغویان در تبیین معنای نفع بکار برده‌اند (جوهری، ۱۳۷۶ق، ۳/۲۹۲؛ ابن‌درید، ۱۹۸۸، ۹۳۸/۲ - خوری شرتونی، ۱۴۲۷ق، ۴۶۱/۵). تعدادی از لغویان «نفع» را به «خیر» یعنی «سبب رسیدن انسان به مطلوبش» معنا کرده‌اند (خوری شرتونی، ۱۴۲۷ق، ۴۶۱/۵؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ۶۱۸/۲).

در یک جمع‌بندی نتیجه این است که در تعریفی که نفع را به معنای ضد ضرر

دانسته است، «سود» و «فایده» را مدنظر داشته‌اند؛ زیرا ضد ضرر فراتر از عدم ضرر است و در آن جنبه افزایش نیز موردنظر است. تعریف دوم نیز این حیثیت را روشن می‌کند؛ زیرا طبق این تعریف تجارتي که تاجر را به مطلوبش، یعنی افزایش مال رسانده باشد و عبادتی که عابد را به معبودش نزدیک ساخته باشد، نفع است و نیل به این اهداف، منفعت و همان «سود» و «فایده» است. در نتیجه منفعت، اسم مصدر از «نفع» و به معنای «سود و فایده» و جمع آن منافع است.

۲-۲. معنای اصطلاحی منفعت

با ملاحظه عبارات فقیهان در تفسیر منفعت به «فایده» (روحانی، بی تا، ۱۶/۲-۱۷) و یا ذکر مصادیق سود و فایده در تبیین منفعت (قمی، ۱۴۲۶ق، ۹/۴۷۰؛ فیاض، بی تا، ۲/۴۵۲-۴۵۳) از آن حکایت دارد که فقیهان بدون جعل اصطلاحی برای این لفظ، آن را در معنای لغوی اش بکار برده‌اند.

۳. مالیت منافع غیر مستوفات انسان آزاد

مال شرعی همان مال عرفی به انضمام حلال بودن منفعت آن است. بر این اساس چنانچه عقلا بر ارزش منافع انسان آزاد مهر تأیید نهند و امکان نقل ملکیت برای آن اعتبار نمایند، مال عرفی حاصل خواهد بود و اگر امکان صرف این منافع در جهات سائغ و مجاز شرعی فراهم باشد به لحاظ شرعی نیز مالیت آن تمام است. با ملاحظه رویکرد عرف می‌توان فرض فوق را صحیح دانست؛ کما اینکه در عبارات برخی از فقیهان به آن اشاره شده است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱/۴۱۹)؛ توضیح آنکه نحوه تعامل عقلا با منافع انسان، از ارزشمندی این منافع حکایت می‌کند و به دیگر سخن، منافع انسان صاحب درآمدی که در طول روز می‌تواند از فرصت‌های خود استفاده کرده و درآمد کسب کند نزد عرف مال محسوب می‌شود. در تأیید عرفی بودن مالیت منافع انسان آزاد می‌توان به رواج اجاره این منافع نزد عقلا جدای از صحت شرعی آن استناد نمود، همچنین قابلیت عرفی نقل و انتقال این منافع در دیگر عقود از دیگر مؤیدات مال‌انگاری منافع انسان نزد عقلا است.

شایسته است دقت شود که مدعای این مقاله «مالیت بالفعل» این منافع است و به دیگر سخن این منافع «بالفعل مال» است ولی «مال بالفعل» نیست. به این بیان که در زمان تصور این منافع (به طور مثال: زمان انعقاد قرارداد اجاره بر آن) این منافع نوعی از مال هستند (بالفعل مال هستند) لیکن در همان زمان، شیئی خارجی ملموسی به نام منافع وجود ندارد (مال بالفعل نیستند). لذا همان گونه که برخی بزرگان اشاره نموده‌اند؛ این منافع به جهت اینکه در زمان ارزش سنجی معدوم‌اند نیاز است تا تصور شده و در ذمه اعتبار شوند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۸۳/۱۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۳۱۷/۱). منظور آن است که «مال بودن» حکمی است که بر موضوع مشخصی در خارج بار می‌شود و بر همین اساس باید مرتبه‌ای از وجود برای این منافع به عنوان موضوع در میان باشد که همان «تصور این منافع و فرض آن در ذمه» است.

مطلب شایسته ذکر آن است که عقلاً منافعی را مال تلقی می‌نمایند که قابلیت درآمدزایی داشته باشد بر همین اساس بین نیروی کار انسان صاحب حرفه، صنعت و شغل و توانا بر کسب و کار با شخص نا کارآمد یا ناتوان جسمی به گونه‌ای که امیدی بر تحصیل درآمد وی نباشد فرق است و تنها مالیت صورت اول پذیرفته است. علاوه بر این اگر جهات دیگری نیز مانع از استیفای منافع انسان باشد باز نزد عرف مالیتی برای این منافع نیست که در این نوشته مجموع این قابلیت‌ها به «امکان استیفا» تعبیر می‌شود. حال اگر برای منافع انسان جهات حلال و سائغ در استفاده از آن تصور گردد - که در اغلب موارد چنین است - مالیت شرعی نیز حاصل خواهد بود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰
۱۴۲

۳-۱-۱. اشکالات بنیادین (غیر نقضی) مالیت منافع غیر مستوفات

۳-۱-۱. معدوم بودن این منافع

تعدادی از فقیهان در مسئله فوت منافع اجیر (عام) توسط مستأجر، به منظور نفی ضمان به ادله‌ای تمسک کرده‌اند که یکی از این دلایل «عدم تحقق تفویت» است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۳۹۶/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵۹/۱۲؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۲۲۲/۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۵۱۴/۱۰). برخی در توضیح این دلیل ضمن عبارت «لأن منافع الحر ما لم توجد لم تكن مالا و تفویتها لیس بتفویت مال» (زیرا منافع انسان آزاد مادامی که موجود نشده

است مال نیست و تفویت آن، تفویت مال نیست)، موجود نبودن منافع را علت اصلی تحقق نیافتن تفویت دانسته است؛ زیرا نبود این منافع، سبب نفی مالیت آن است (کاشف الغطاء (غصب)، ۱۴۲۲ق، ۱۱). بر اساس این بیان با معدوم بودن منافع، مالیتی برای آن اعتبار نمی‌گردد.

۳-۱-۲. پاسخ

ادعای فوق در صورتی تمام است که در این گونه منافع دست کم یکی از دو قید معتبر در تعریف مال انکار شود: «قابلیت تملک»، «ارزش معتبر شرعی». قابلیت تملک این منافع نزد فقیهان شیعه، پذیرفته شده است؛ چراکه فقیهان شائبه‌ای در صحت اجاره منافع انسان و صحت مهر قرارداد آن ندارند^۱ و این دو فرع، شاهد بر قابلیت تملیک و تملک این منافع است. همچنین نمی‌توان ارزش معتبر شرعی این منافع را انکار نمود، زیرا چنانچه معدوم بودن، دلیل بر ارزش نداشتن و مال نبودن چیزی باشد، نباید در مقابل مبیع کلی، پولی پرداخت شود و یا منافع اعیان مورد اجاره قرار گیرد؛ درحالی که خلاف این رویه در سیره عقلا حاکم است و اگر منفعت حلالی برای این منافع فرض شود این ارزش عقلایی، شرعی نیز هست.

مالیت منافع
غیرمستوفات
انسان آزاد
در فقه شیعه

۱۴۳

توضیح آنکه اموال دو قسم هستند: «موجود بالفعل» و «موجود بالقوه». در قسم دوم دو شرط «تصور آن مال و اعتبار آن در ذمه» و «امکان استیفاء» برای ارزش یافتن آن کافی است. برای نمونه کسی که طلبکار است و شخص مدین متعهد به پرداخت دین نیست، چنانچه امکان وصول دین برای طلبکار باشد خود را صاحب آن مال می‌داند و حتی به پشتوانه آن وارد معامله می‌شود و در مقابل، کسی که طلبکار است و مدین نیز خود را مسئول پرداخت این دین بداند ولی هیچ‌گونه راه وصولی برای طلبکار متصور نباشد، شخص طلبکار خود را مال‌باخته تلقی می‌کند، چون این طلب نزد وی فرض قابل تحقیقی ندارد. مصداق تام این قسم اموال، مطلق منافع است و برای وضوح بیشتر می‌توان به منافع عقار (اموال ثابت مانند زمین و خانه) اشاره کرد که نزد

۱. در ادامه مستندات به این ادعا اشاره خواهد شد.

فقیهان غصب این منافع بدون اشکال موجب ضمان است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۳۰/۱۸) و این نشان می‌دهد فقیهان با چنین منافع معامله مال نموده‌اند. همچنین در بیع کلی نیز مال معدوم را عوض قرار می‌دهند درحالی که در بیع باید عوض و معوض مال باشند (انصاری (مکاسب)، ۱۴۱۵ق، ۱۰/۴). موارد فوق روشن می‌سازد که تصور و اعتبار در ذمه مبیع و امکان استیفای آن، برای مالیتش کافی است.

در عبارات فقیهان نیز می‌توان پاسخ اشکال مطرح شده را یافت، برخی از بزرگان فقه در این رابطه می‌نویسد: «قول به معدوم بودن منافع قطعاً باطل است بلکه این منافع یا موجود هستند و یا مقدر الوجود و به همین دلیل مال محسوب شده و مورد عقد قرار می‌گیرند؛ زیرا عقد یا بر شیئی موجود و یا مقدر الوجود جاری می‌شود و شکی نیست که جایز است اجرت عمل (قبل از انجام دادن)، دین باشد، لذا اگر منفعت به موجودات ملحق نشود در معنای بیع دین به دین است» (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۸۲/۱۸-۸۳).

به دیگر بیان «مطلق منافع اعم از منافع اعیان یا منافع انسان، در عالم فرض و اعتبار، یک ماهیت هستند (ماهیت اعتباری هستند) و اعتبار نمودن تنها محتاج طرف اعتبار (شیئی اعتبار شده) در عالم فرض و اعتبار است و منافع ابتدا وجودشان فرض می‌شود سپس ملکیت اعتباری به آنها متعلق می‌گردد و در مبیع کلی همین فرض وجود، مصحح است، به جهت این که مال کلی، ملک اعتباری مالک قرار داده شود یا این که این مال کلی مملوک فرض گردد» (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ۱۵۸-۱۵۹).

برخی از محققان نیز بیانی در «کلی فی الذمه» دارند که دافع اشکال مطرح شده در این باب است. ایشان برای قرارداد کلی در ذمه به عنوان مبیع، «عدم مالیت و عدم ملکیت کلی به جهت عدم وجودش» را به عنوان ایراد مطرح کرده‌اند و در ادامه اشکال مذکور را در بیع دین جاری ندانسته‌اند، به این دلیل که دین، مال است بالأخص اگر استیفای آن ممکن باشد و تبدیل مال به مال در آن صحیح باشد.

سپس در جواب اشکال بر عدم مالیت کلی در ذمه اضافه می‌کنند: «مراد از مال چیزی است که استیفانش ممکن باشد و با مال تبادل شود و کلی در ذمه چنین است و اینکه اعتبار وجود برای آن نشده است بر مالیت آن ایرادی وارد نمی‌کند». سپس در قرارداد عمل انسان آزاد به عنوان عوض، ایراد وارد شده به مبیع کلی را به همراه

جوابش جاری می‌دانند (یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱/۵۴-۵۵).

بیان اخیر باینکه به منظور اثبات مالیت منافع معدوم انسان بوده و از این جهت مؤید این نوشته است ولی باید توجه داشت تصور این منافع و اعتبار آن در ذمه به انضمام امکان استیفا، زمینه‌ساز قرار دادن این منافع به عنوان عوض است و نه صرف امکان استیفا. البته می‌توان مدعی شد قید «تبادل با مال» در متن فوق تاب ادای این دو قید «تصور» و «اعتبار در ذمه» را دارد بلکه تبادل این گونه اموال همیشه بعد از تصور و اعتبار در ذمه است.

۳-۱-۳. عدم مالیت منافع انسان به تبع مال نبودن خود انسان

تعدادی از فقیهان ضمن استدلال بر عدم ضمان فوت منافع اجیر (عام) توسط مستأجر، به تحت‌ید واقع نشدن انسان به سبب مال نبودن آن تمسک نموده‌اند و از این مقدمه، تحت‌ید واقع نشدن منافع انسان آزاد را نتیجه گرفته‌اند (علامه حلی، ۱۳۸۸/۳۸۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۷/۲۸؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۶/۲۲۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۴/۱۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۲/۶۳۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۷/۴۱).

مالیت منافع
غیرمستوفات
انسان آزاد
در فقه شیعه
۱۴۵

اینکه در اندیشه مستدلین چه بوده و آیا با این استدلال در صدد نفی مالیت این منافع بودند و از این جهت آنرا مشمول قاعده علی‌الید ندانستند یا اینکه با صرف نظر از مالیت این منافع، تحت‌ید واقع نشدن انسان را برای تحت‌ید واقع نشدن منافع کافی دانستند چندان روشن نیست. برخی از محققان به تحلیل اول اشاره می‌کنند و شامل نشدن قاعده ید بر منافع انسان آزاد را نتیجه مال نبودن این منافع و مال نبودن این منافع را به جهت مال نبودن خود انسان آزاد دانسته‌اند (رشتی، بی‌تا، ۱۱۱-۱۱۲). بر اساس این تقریر؛ منافع انسان آزاد به سبب اینکه توسط انسانی که مال نیست به وقوع می‌پیوندد، قابلیت مال بودن را ندارد.

۳-۱-۴. پاسخ

همان‌گونه که اشاره شد مالیت منوط بر «ارزش عقلایی»، «قابلیت تملک» و «سائغ بودن منفعت» است. با توجه به این مقدمه؛ فحص در سیره

عقلا مفهم آن است که عرف عقلا در مال شمردنِ منافع انسان وابسته به مالیت محل آن نیست، بلکه معیار نزد ایشان، ارزش داشتن منافع است چه این منافع مربوط به انسان آزاد باشد یا عبد و حیوان و یا هر چیز دیگری که منفعت دارد. حتی محقق مورد اشاره نیز درباره مالیت مطلق منافع (مستوفات و غیر مستوفات) به این مسئله اذعان نموده است: «میزان در مالیت منافی که مالک آن یا مملوک آن یا هر دوی مالک و مملوک آن موهوم و غیر موجود هستند این است که نزد عقلا با مال مقابله شوند. پس هر آنچه در عرف مقابله به مال شود حکم به مالیتش می شود و شرعاً و عرفاً احکام تکلیفیه و وضعیه مال بر آن جاری می شود و شکی نیست که منافع در عادت این گونه هستند (که حکم مال را بر آنها مترتب می کنند)، مستوفات باشند یا نباشند» (رشتی، بی تا، ۱۱۱). لیکن درباره مالیت منافع غیر مستوفات انسان آزاد اشکال فوق را مطرح کرده است و به همین جهت در پذیرش مالیت آن توقف نموده است بلکه ایشان در سطرهایی، از مبنای خود دست کشیده و به مالیت منافع غیر مستوفات انسان آزاد نیز ملتزم شده است چنانچه می نویسد: «و فی حکم الاستیفاء الاستیجار و ایقاع العقد علیها فأنها حینئذ ایضاً مال فی خصال ذاته» (و در حکم استیفا، اجرای عقد اجاره بر آن است زیرا منافع انسان آزاد در این زمان نیز ذاتاً مال است) (بی تا/۱۱۲)؛ «ان المنافع بعد فرض وجودها فی ضمن عقد یصیر مالاً یجری علیها حکم الاموال شرعاً و عرفاً» (همانا منافع انسان آزاد بعد از فرض وجودش در ضمن عقد، تبدیل به مالی می شود که شرعاً و عرفاً حکم اموال بر آن جاری می گردد) (رشتی، بی تا، ۲۲). با دقت در این دو عبارت واضح می شود: ایشان مالیت منافع انسان آزاد را منوط به مالیت محل ننموده است؛ بلکه فرض وجود منافع به همراه انعقاد قرار داد را برای حصول مالیت این منافع کافی دانسته و اشاره ای به مال نبودن محل و مانعیت آن برای مالیت منافع نداشته است. نتیجه اینکه ملاک مالیت منافع معدوم، اعتبار عقلاء است و نزد ایشان ارتباطی بین مالیت منافع و مالیت محل آنها وجود ندارد.

۳-۱-۵. عدم مالیت منافع معدوم قبل از قرارگرفتن ضمن عقد

منافع غیرمستوفات انسان آزاد تا زمانی که تحت عقدی واقع نشده‌اند مال به حساب نمی‌آید، بلکه بعد از انعقاد قرارداد بر این منافع، در زمره اموال محسوب می‌شوند.

بیان بالا در کلمات برخی از فقیهان مورد تصریح قرار گرفته است و از عبارات ایشان برداشت می‌شود مراد از قرارداد بر این منافع، انعقاد عقد اجاره است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۷/۲۷۷؛ کاشف‌الغطاء (غصب)، ۱۴۲۲ق، ۱۲؛ رشتی، بی‌تا/۲۰؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ۲۱۷/۱).

۳-۱-۶. پاسخ

برای تحقیق اشکال مطرح شده لازم است ملاحظه شود این ضمیمه به چه جهت اضافه شده است؟ اگر منظور از آوردن قید «در ضمن عقد بودن» ترسیم جایگاهی است که عقلا در آن موقعیت، منافع را فرض و در ذمه اعتبار می‌کنند تا معامله بر آن واقع بشود، پس عبارات مستشکلین، امری زاید بر تصور این منافع و اعتبار در ذمه را بیان ننموده است و ایرادی از ناحیه این عبارات متوجه مدعای بحث نیست و تنها توضیح می‌دهند که حین معامله نیاز به تصور و فرض و اعتبار در ذمه منافع است؛ اما چنانچه مراد از قید فوق، انضمام شرطی زاید بر تصور منافع باشد همان گونه که ظاهر عبارات نیز چنین است. در پاسخ آن باید یادآور شد معیار در مالیت عرفی اشیاء، «پذیرش عقلاء» است؛ بر این اساس هر ضمیمه‌ای را که عقلا برای اعتبار مالیت بپذیرند، باید پذیرفته شود و با مراجعه به عقلا واضح می‌گردد که نیازی به واقع شدن آن ضمن عقد نیست و صرف فرض منافع و اعتبار آن در ذمه در صورت امکان استیفا، برای اعتبار مالیت منافع انسان کفایت می‌کند و با انضمام وجود منفعت حلال برای این مال عرفی، مال شرعی نیز حاصل است.

از مؤیدان مطلب فوق می‌توان به سید عاملی اشاره نمود که با عبارت «قول به معدوم بودن منافع قطعاً باطل است بلکه این منافع یا موجود هستند و یا مقدرالوجود هستند و به همین دلیل مال محسوب شده و مورد عقد قرار می‌گیرد؛ زیرا عقد یا بر

موجود یا مقدرالوجود وارد می‌شود» (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۸۳/۱۸) بیان می‌کند منافع بعد از وجود یا فرض وجودشان، مال محسوب شده و سپس بر آن عقد بسته می‌شود.

۲-۳. بررسی ایرادات نقضی مالیت منافع انسان

۱-۲-۳. تحقق استحقاق حج با توانایی بر تحصیل زاد و راحله با کار در مسیر حج

برخی از فقیهان در نقض بر مالیت منافع انسان چنین نوشته‌اند: «مالیت منافع انسان آزاد مستلزم وجوب حج و زکات برعهده کسی است که توانایی انجام کار و درآمدزایی دارد» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۶۳/۱۴). برخی از معاصران نیز بعد از رد مالیت بالفعل منافع انسان آزاد برای تقویت مدعای خود بر یک قول بودن فقیهان در عدم وجوب حج بر شخص قادر به کار و تحصیل زاد و راحله استشهد می‌کنند (خوبی مستند)، بی تا/۱۷۳).

توضیح اشکال آن است که اگر منافع انسان آزاد مال باشد بر انسانی که الآن زاد و راحله ندارد ولی توان کارکردن در زمان سفر و تحصیل زاد و راحله خود را دارد حج واجب خواهد بود؛ درحالی که چنین لازمه‌ای مورد قبول فقیهان نیست پس منافع انسان (نزد ایشان) مال به شمار نمی‌آید.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۴۸

۲-۲-۳. پاسخ

آنچه راهگشا در این مسئله است دقت در ادله استطاعت است و اینکه بسیاری از روایات این باب تصریح به زاد و راحله دارند و طبق این تعبیر واضح است که ملاک استطاعت وجود بالفعل و حضور زاد و راحله است (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۸/۱۱ و ۳۷ و ۳۶ و ۳۵). درحالی که منافع انسان مال موجود نیستند و تنها بالفعل مالیت دارند و بین این دو تفاوت است؛ اما روایاتی که در آن تعابیری مانند «یکون له ما یحجج به» (مقداری از مال که با آن حج به‌جا آورد را داراست)، «له مال» (برای او مالی هست)، «القدرة فی المال» (قدرت مالی دارد)، «الیسار فی المال» (امکان مالی دارد)، «السعة فی المال» (وسعت مالی دارد) یا «القوة فی المال» (توانایی مالی دارد) به کار برده شده است (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۸/۱۱ و ۳۷ و ۳۶ و ۳۴ و ۳۳) به قرینه روایات دسته

اول که شرط استطاعت را زاد و راحله دانسته و ظهور در زاد و راحله موجود دارد و همچنین این فقره از روایت «فقيل له ما السبيل؟ قال: قال: السعة في المال اذا كان يحج ببعض و يبقى بعضاً لقوت عياله» (عرض شد که سبیل چیست؟ فرمود: توسعه مالی به نحوی که با مقداری از آن حج را بجا آورد و مقداری از آن برای قوت خانواده اش باقی بماند) (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۷/۱۱) ظهور در مال موجود دارند.

یکی از فقیهان در پاسخ ایراد فوق، مال فعلی نبودن منافع را علت عدم تعلق استطاعت می‌داند (نائینی، ۱۴۱۳ق، ۹۱/۱) که به نظر می‌رسد مراد ایشان نیز مال موجود نبودن این منافع است کما اینکه لفظ بالفعل در مقابل بالقوه همین معنا را تداعی می‌کند.

در انتها اضافه می‌گردد: چنانچه ادعا شود پاسخ فوق موجب اقناع نفس نیست، چاره‌ای نیست که ملتزم به وجوب استطاعت به وسیله این منافع شویم همان گونه که بعضی از بزرگان با پذیرش مالیت منافع انسان کسوب (دارای کسب و کار) التزام به این ثمره را در مسئله استطاعت بعید ندانسته‌اند (خوانساری، بی‌تا/۱۶؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ۵۵/۱).

مالیت منافع
غیرمستوفات
انسان آزاد
در فقه شیعه

۱۴۹

۳-۲-۳. تنافی مالیت منافع انسان با وجوب زکات

اشکال فوق در صدد اثبات این مطلب است که اگر منافع انسان مال باشد، تعلق زکات با اشکال مواجه خواهد شد. این عبارت «و لو كانت تُعَدُّ من الأموال، لوجب إجارة المفلس نفسه و لوجب بها الحجّ و الزکاة» (و اگر منافع، از اموال به شمار می‌آمدند، واجب بود تا مفلس خودش را اجاره دهد (برای پرداخت دیونش) و به سبب آن حج و زکات واجب می‌شد) به این اشکال اشاره نموده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۶۳/۱۴).

توضیح آنکه مسلم است زکات منحصر در طلا، نقره، گندم، جو، خرما، کشمش، گاو، گوسفند و شتر است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۶۵/۱۵) و سایر اموال از بحث متعلقات زکات خارج هستند؛ بنابراین قبول یا انکار مالیت منافع انسان در این فرع نتیجه‌ای را به دنبال نخواهد داشت. تنها مسئله زکات که امکان ادعای تأثیر مالیت منافع انسان در آن است مسئله استحقاق زکات به جهت تحقق عنوان فقیر و مسکین

خواهد بود، با این توضیح که با قبول مالیت منافع انسان آزاد، کسی که الآن فقیر است ولی توان کار کردن دارد، زکات به وی تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا منافعش بالفعل مال است، درحالی که این لازمه قابل قبول نیست.

۳-۲-۴. پاسخ

با توجه به رأی رایج در شرایط جواز اخذ زکات، تعلق زکات مشروط بر عدم قدرت بر کسب مؤونه است بلکه به بیان برخی؛ در عدم تعلق زکات بر کسی که توان کسب مؤونه را به وسیله صنعت لایق به حالش دارد خلافی نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۱۲/۱۵) لذا اصلاً لازمه مورد ادعا امر باطلی نیست و این مطلب اگر دلالتی بر مورد بحث داشته باشد با قبول مالیت منافع سازگار است؛ زیرا اذعان به این امر که توانایی شخص فقیر بر کار کردن، موجب عدم استحقاق دریافت زکات است، اشعار به صدق نمودن حقیقت فقر در این فرد به سبب داشتن نوعی از مال یعنی نیروی کار (منافع انسان) است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۵۰

۳-۲-۵. تلازم بین مالیت منافع انسان و وجوب تحصیل درآمد مفلس

از جمله فتاوی مشهور، عدم وجوب اجاره دادن منافع مفلس است. مطابق بیان بعضی از بزرگان این فتوا با نفی مالیت منافع انسان تلازم دارد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۶۳/۱۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ۳۰۶/۱۶). اشکال مزبور به صورت قیاس استثنائی پیش رو تقریر می‌شود: اگر منافع انسان آزاد مال بود (مقدم)، بعد از عدم اکتفای اموال مدین بر وفای به دین، بر وی لازم بود منافعش را اجاره داده و بدین وسیله دینش را ادا کند (تالی)، لیکن بر مفلس لازم نیست اعمالش را اجاره بدهد (بطلان تالی)، در نتیجه: منافع انسان آزاد مال نیست (بطلان مقدم).

۳-۲-۶. پاسخ

عدم وجوب کسب درآمد در کلام فقیهان معمولاً مستند به آیه شریفه «و ان کان ذو عسرة فنظرة الی میسرة» (و اگر ناتوان (در پرداخت دین) است تا زمان توانایی به

او مهلت داده شود) (بقره/۲۸۰) و برخی روایات (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۴۱۸/۱۸) است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۲۷۲/۳؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ۵۶۴/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۶۱/۱۴؛ لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ۱۲۷)، لذا التزام به عدم وجوب کسب درآمد از باب تعبد به نص (آیه و روایت مورد اشاره) است، نه به سبب مال نبودن منافع انسان.^۱

۴. مؤیدات مالیت منافع انسان در فتاوی فقیهان

۴-۱. صحت مهر قرارداد منافع انسان آزاد

از جمله فروعی که متوقف بر مالیت منافع انسان آزاد است، صحت مهریه قرارداد منافع انسان آزاد است.

توضیح آنکه: فقهای شیعه به تبع روایات (مفید، ۱۴۱۳ق، ۲۳-۲۴) قائل به جواز قرارداد منافع حر به عنوان مهریه شده‌اند (مفید، ۱۴۱۳ق، ۲۱؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲۷۳/۴؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ۲۹۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۶۷/۲-۲۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۷۳/۳؛ شهیداول، ۱۴۱۰ق، ۱۸۳؛ ابن فهد، ۱۴۰۷ق، ۳۸۲/۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۱/۵؛ خمینی، بی تا، ۲۹۷/۲) و بین ایشان در این مسئله اشکال و اختلافی مشاهده نمی شود.

به علاوه در صدق به سه شرط: «قابلیت تملک»، «سائع بودن» و «قیمت داشتن» آن اشاره شده است (سلار، ۱۴۰۴ق، ۱۵۲-۱۵۳؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ۲۹۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۶۷/۲-۲۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۷۵-۷۶؛ قمی سبزواری، ۱۴۲۱ق، ۴۴۳؛ ابن فهد، ۱۴۰۷ق، ۳۸۲/۳) که این شروط در ضمن معنای اصطلاحی مال به عنوان سه ملاک مال معرفی گردید؛ بلکه تصریح بر اشتراط تمول و مال بودن مهر هم شده است (ابن فهد، ۱۴۰۷ق، ۳۸۲/۳؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ۱۳۴/۳؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۳۴/۱۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۴۴۱/۷؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۴۱/۵؛ انصاری (نکاح)، ۱۴۱۵ق، ۲۵۵؛ خمینی، بی تا، ۲۹۷/۲). با در نظر گرفتن این دو مقدمه؛ قرارداد منافع به عنوان مهر تنها با التزام عملی فقیهان به مالیت این منافع سازگار است.

مالیت منافع
غیرمستوفات
انسان آزاد
در فقه شیعه

۱۵۱

۱. در تأیید عدم وجوب تکسب به اصل برائت نیز تمسک شده است (طوسی (خلاف)، ۱۴۰۷ق، ۲۷۲/۳؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ۵۶۴/۱) که به نظر نگارندگان این استدلال مخدوش است؛ زیرا اقتضای مالیت منافع، وجوب دفع منافع و دست کم تحصیل مال با آن منافع است و لذا اصل بر لزوم کار و ادای دین است نه برائت.

چنانچه گفته شود که مهر قرارداد چنين منافعى از باب تعبد به نص است، در پاسخ آن بايد يادآور شد كه اگر پذيرش اين مسئله تنها به جهت تعبد به نص باشد، لازمه آن اکتفا به قدر متيقن و مورد نص يعنى تعليم قرآن است؛ درحالى كه آنچه مشاهده مى شود تعميم اين فرع به تمام منافع حرّ است به اين معنا كه تمامى منافع انسان قابليت مهر واقع شدن را دارد و اين حاكى از التزام عملى فقيهان به ماليت اين منافع است.

۴-۲. صحت اجاره منافع انسان آزاد

از ديگر مؤيدات ماليت منافع انسان آزاد، مسئله اجاره منافع انسان آزاد است. مرحوم علامه در كتاب اجاره قواعد به شرطى از شرايط منفعت اشاره دارد با عنوان «قيمت داشتن منفعت مورد اجاره» (علامه، ۱۴۱۳ق، ۲/۲۸۷) و سيد عاملى در شرح آن اضافه مى كند اين فرع بدون شائبه است ولو فقيهان عنوانى را براى آن اختصاص نداده اند (عاملى، ۱۴۱۹ق، ۱۹/۴۳۴). با ضميمه اين مقدمه به شرط مورد پذيرش فقيهان يعنى «مملوك بودن منفعت» براى صحت اجاره منافع (طباطبايى، ۱۴۱۸ق، ۱۰/۲۰۶)، آنچه به دست مى آيد - با توجه به تعريفى كه از مال ارائه شد - لزوم ماليت منفعتى است كه مورد اجاره واقع مى شود. از طرفى با ملاحظه هم نظر بودن فقيهان در صحت اجاره منافع انسان آزاد (لنكرانى، ۱۴۲۴ق/۶۲) همان گونه كه اخبار بر صحت آن دلالت دارند (حرّ عاملى، ۱۴۰۹ق، ۱۹/۱۰۹ تا ۱۳۴ و ۱۳۲) و انضمام آن به مقدمات فوق، نتيجه منطقى آن التزام عملى فقيهان به ماليت منافع انسان آزاد است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۵۲

۵. ثمرات

۵-۱. ضمان منافع انسان آزاد

مشهور فقها ضمن استدلال بر عدم ضمان فوت منافع اجير عامى كه توسط مستأجر بسته شده و از كار كردن وى جلوگیری شده و همچنين منافع انسان آزاد غير معقود عليها به ادله اى متوسل شده اند كه محورى ترين اين ادله را مى توان نفى جريان دو قاعده «على الید» و «اتلاف» برشمرد؛ اما در طيف قائلان به ضمان،

برخی سوار بر نظریه مالیت منافع انسان آزاد به استدلال بر رأی مختار خود پرداخته و اشکالات را رد کرده‌اند (یزدی، ۱۴۱۹ق، ۵۸۹/۲-۵۹۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۶۵/۱۹؛ لنکرانی، ۱۴۲۹ق، ۲۳) برخی نیز بدون تصریح بر مالیت منافع انسان آزاد به ادله‌ای تمسک نموده‌اند (تفویت - لا ضرر) که صحت استدلال به آن ادله وابسته به پذیرش مالیت منافع انسان آزاد است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۵۱۳/۱۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۶/۱۴). نگارندگان نیز بر این باورند؛ پذیرش مالیت منافع غیرمستوفات انسان آزاد به ضمیمه قبول تعلق ملکیت آن بر شخص صاحب نیروی کار، این منافع را به منزله سایر منافع همچون منافع عبد، خانه، مغازه، ماشین و دیگر اموال قرار خواهد داد - که طبق قاعده، بازداشتن مالک این منافع از بهره‌برداری از آنها ضمان آور است - و بر همین اساس چنانچه مالیت منافع نزد منکران ضمان منافع انسان آزاد واضح و روشن بود از پیچیدگی این مسئله کاسته می‌شد و چه بسا اکثریت را در این مسئله متمایل بر قبول ضمان می‌یافتیم همان‌گونه که برخی بزرگان دلیل قول به ضمان منافع مستوفات عبد محبوس و عدم ضمان چنین منفعی در صورت حبس انسان آزاد را تفاوت در مالیت و عدم مالیت این دو دسته از منافع معرفی کرده‌اند (خوانساری، بی‌تا، ۱۶) و برخی معاصران جریان نیافتن قاعده اتلاف بر این منافع را بر مال موجود نبودن این منافع مترتب نموده‌اند (خویی (مستند)، بی‌تا، ۱۷۳).

مالیت منافع
غیرمستوفات
انسان آزاد
در فقه شیعیه

۱۵۳

۵-۲. ثمن واقع شدن منافع انسان

بنابر تعریف‌های متداول ارائه شده برای بیع، مثنم باید عین باشد ولی ثمن تعمیم داشته و منحصر به اعیان نیست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷۶/۲؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ۷۶/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ۱۱۸/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ۵/۱۰؛ شهیداول، ۱۴۱۰ق، ۱۰۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۰۸/۲۲؛ انصاری (مکاسب)، ۱۴۱۵ق، ۷/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۱۲/۱).^۱ از طرفی از جمله شروط عوضین بنابر آنچه تعدادی از فقیهان بیان داشته‌اند بلکه ادعای عدم خلاف و عدم اشکال در آن

۱. به عنوان مخالف نظر اکثر می‌توان از فیض کاشانی نام برد که عین بودن را در عوضین لازم می‌داند (فیض، بی‌تا، ۵۰/۳) و همچنین مرحوم ایروانی نیز برخلاف نظر اکثر، عین بودن را در هیچ کدام از عوضین شرط نمی‌داند (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۷۲/۱).

شده است لزوم مالیت عوضین است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ۳۰۴/۱۴؛ خوانساری، بی تا / ۱۰۷؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ۳۶۴/۲؛ انصاری (مکاسب)، ۱۴۱۵ق، ۱۰/۴).^۱

با توجه به این دو مقدمه از ثمرات مالیت منافع انسان آزاد، صحت قرارداد این منافع به عنوان ثمن است همان گونه که برخی از فقیهان تصریح نموده اند که مال بودن منافع انسان سبب جواز قرارداد آن در برابر مبیع است (انصاری (مکاسب)، ۱۴۱۵ق، ۸/۳؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ۹۰/۱).

جمع بندی

به استناد تعریف لغوی مال یعنی «تمام چیزهایی که انسان آنها را مالک می شود» و با اضافه نمودن شرط «منفعت حلال داشتن» که در عبارات فقیهان برای مال دانستن یک شیء مورد تأکید قرار گرفته است؛ منافع غیر مستوفات انسان آزاد در زمره اموال شرعی محسوب می گردد. ایرادات احصاشده یعنی: «نبود این منافع»، «مال نبودن این منافع به دنبال مال نبودن محل آن»، «مال نبودن این منافع قبل از قرار گرفتن ضمن عقد» مانعی در برابر ادعای بالا نخواهند بود؛ چرا که اگر ایراد اول تمام باشد پس کلی در ذمه نیز نمی تواند در معامله به عنوان ثمن یا مبیع واقع شود؛ در حالی که خلاف آن در آرای فقیهان ذکر گردید، به سبب اینکه تصور این منافع و اعتبار آن در ذمه به همراه امکان استیفا، در صحت مالیت این منافع کافی است.

ایراد دوم نیز نادرست است؛ زیرا اعتبار مالیت برای منافع در گرو مالیت محل نیست و چنین ادعایی، از جانب عقلا تأیید نمی شود و دلیلی نیز از شرع برای چنین ادعایی اقامه نشده است.

پاسخ ایراد سوم هم با دقت در نگاه عقلا به این منافع و مال انگاری آن واضح می گردد؛ زیرا عقلا در اعتبار ارزش برای این منافع منتظر انعقاد عقد بر این منافع نیستند و منافع را حتی در غیر صورت مذکور نیز مال می دانند.

ایرادات نقضی همچون «تلازم بین مالیت این منافع و عدم تعلق زکات به شخص

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۵۴

۱. البته در اشتراط مالیت عوضین بین فقهای اخیر، مخالفانی وجود دارد. (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ۱۶۵/۱؛ خوئی (مصباح)، بی تا، ۱۲۰/۵؛ خمینی (بیع)، ۱۴۲۱ق، ۷/۳).

توانا بر کار»، «حصول استطاعت برای انسان توانا برای کارکردن در مسیر حج و تحصیل زاد و راحله» و «لزوم اجاره دادن این منافع در صورت مفلس شدن انسان توانا به کار» نیز خدشه‌ای بر مدعا وارد نمی‌کند؛ زیرا در صورت اول، پذیرش عدم تعلق زکات بر انسان قادر به کار، تالی فاسدی ندارد و فقیهان نیز این مطلب را در جای خود پذیرفته‌اند و در صورت دوم نیز باید توجه داشت: ظاهر روایات این است که استطاعت منوط به وجود بالفعل زاد و راحله است و منافع با اینکه ارزش داشته و مالیت دارند ولی موجود بالفعل نیستند و در صورت سوم هم به تبع برخی نصوص، لزوم اجاره دادن منافع مفلس متصف به اشکال می‌شود؛ لیکن نه به این سبب که این منافع مالیت ندارد. مهر قرارداد این منافع که به تبع نصوص مورد پذیرش فقیهان است، مؤیدی بر مالیت این منافع به شمار می‌رود؛ زیرا نزد فقیهان مهر باید مال باشد و این منافع در کلام ایشان به عنوان استثناء مطرح نشده است و درباره این منافع از مورد نص (تعلیم قرآن کریم) تعدی شده است. همچنین صحت اجاره این منافع نیز حاکی از آن است که این منافع نیز مالیت دارند؛ زیرا از عبارات فقیهان به دست می‌آید که شرط منفعت مورد اجاره آن است که مالیت داشته باشد.

قول به ضمان منافع فوت شده اجیر عام و یا انسان آزاد محبوسی که از کارکردن وی جلوگیری می‌شود و همچنین صحت قرارداد این منافع به عنوان ثمن معامله دو ثمره این بحث به شمار می‌آیند.

در انتها مال‌انگاری منافع انسان در روایات به عنوان موضوعی بدیع برای فعالیت‌های علمی بیشتر در این موضوع پیشنهاد می‌شود.

منابع

• قرآن کریم.

۱. ابن حمزه، طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). *الوسیلة إلى نیل الفضیله*، یکم، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲. ابن درید، محمد بن حسن. (۱۹۸۸م). *جمهرة اللغة*، یکم، بیروت: دار العلم للملایین.
۳. ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۲۱ق). *المحکم و المحيط الأعظم*، یکم، بیروت: دار الکتب العلمیة.

۴. ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ ق). لسان العرب، سوم، بيروت: دار صادر.
۵. ابن فهد، جمال الدين احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع في شرح المختصر النافع، يكلم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۶. اصفهاني، محمد حسين. (۱۴۱۸ق). حاشية كتاب المكاسب، يكلم، قم: أنوار الهدى.
۷. ———. (۱۴۰۹ ق). الإجازة. دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۸. انصاري، مرتضى، (۱۴۱۵ق). كتاب المكاسب، يكلم، قم: كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري.
۹. ———. (۱۴۱۵ق). كتاب النكاح، يكلم، قم: كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري.
۱۰. ايرواني، علي، (۱۴۰۶ق). حاشية المكاسب، يكلم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي.
۱۱. ابن اثير، مبارك بن محمد. (۳۶۷ش). النهاية في غريب الحديث والأثر، محمود محمد طناحي - طاهر احمد زاوي، چهارم، قم: موسسه مطبوعاتي اسماعيليان.
۱۲. ابن اديس، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته.
۱۳. اربيلي، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، يكلم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۱۴. جزائري، سيد محمد جعفر. (۱۴۱۶ق). هدى الطالب في شرح المكاسب، يكلم، قم: مؤسسة دار الكتاب.
۱۵. جوهرى، اسماعيل بن حماد. (۱۳۷۶ق). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية، يكلم، بيروت: دار العلم للملايين.
۱۶. حرّاعلمى، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشيعة، يكلم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۱۷. حكيم، سيد محمد سعيد. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحين، يكلم، بيروت: دار الصفوة.
۱۸. حمد شراره، عبد الجبار. (۱۳۹۵ق). أحكام الغصب في الفقه الإسلامى، يكلم، بيروت - بغداد: مؤسسه الأعلمي - دار الترييه.
۱۹. خوانسارى، محمد. (بى تا). الحاشية الأولى على المكاسب، بى جا: بينا.
۲۰. خويى، سيد ابوالقاسم. (بى تا). المستند في شرح العروة الوثقى (اجاره)، بى جا: بى نا.
۲۱. ———. (بى تا). مصباح الفقاهه، محمد على توحيدى، بى جا: بى نا.
۲۲. خمينى، سيد روح الله. (۱۴۲۱ق). كتاب البيع، يكلم، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى عليه السلام.
۲۳. ———. (بى تا). تحرير الوسيله، يكلم، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۵۶

٢٤. الخورى الشرتونى، سعيد. (١٤٢٧ق). اقرب الموارد فى فصح العربية و الشوارد، دوم، تهران: دار الاسوه للطباعة و النشر.
٢٥. داماد، سيدمصطفى، (١٤٠٦ق)، قواعد فقه، دوازدهم، تهران: مركز نشر علوم اسلامى.
٢٦. رشتى، ميرزا حبيب الله. (١٣١١ق). كتاب الإجاره، اول، بى جا: بى نا.
٢٧. ———. (بى تا). كتاب الغصب، بى جا: بى نا.
٢٨. روحانى، سيدصادق. (بى تا). منهاج الصالحين، بيجا: بيجا.
٢٩. زبيدى، مرتضى. (١٤١٤ق). تاج العروس من جواهر القاموس، على شيرى، يكم، بيروت: دار الفكر.
٣٠. سيزوارى، سيد عبدالأعلى. (١٤١٣ق). مهذب الأحكام، چهارم، قم: مؤسسه المنار.
٣١. سلاّر، حمزة بن عبدالعزيز. (١٤٠٤ق). المراسم العلوية والأحكام النبويه، يكم، قم: منشورات الحرمين.
٣٢. شهيدثانى، زين الدين بن على. (١٤١٠ق). الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقيه (المحشى؛ كلانتر)، يكم، قم: كتابفروشى داورى.
٣٣. ———. (١٤١٣ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، يكم، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٣٤. شهيد اول، محمد بن مكى. (١٤١٧ق). الدروس الشرعية فى فقه الإماميه، دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٣٥. ———. (١٤١٤ق). غاية المراد فى شرح نكت الإرشاد، يكم، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم.
٣٦. ———. (١٤١٠ق). اللمعة الدمشقيه فى فقه الإماميه، يكم، بيروت: دار التراث - الدار الإسلاميه.
٣٧. صيمرى، مفلح بن حسن (حسين). (١٤٢٠ق). غاية المرام فى شرح شرائع الإسلام، يكم، بيروت: دار الهادى.
٣٨. صاحب بن عباد، اسماعيل. (١٤١٤ق). المحيط فى اللغة، يكم، بيروت: عالم الكتب.
٣٩. ضيايى، محمد عادل - حسامى، محمد عزيز، «ماليت منافع و اختلافات مترتب بر آن در مذاهب اهل سنت»، فقه مقارن، ١٣٩٢، اول، ش ٢، صص ٥-٣٠.
٤٠. طبرسى، امين الإسلام فضل بن حسن. (١٤١٠ق). المؤلف من المختلف بين أئمة السلف، يكم، مشهد: مجمع البحوث الإسلاميه.
٤١. طوسى، محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). الخلاف، يكم، قم: دفتر انتشارات اسلامى.

٤٢. _____ (١٣٨٧ق). المبسوط في فقه الإمامية، سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
٤٣. طباطبائي، سيد علي بن محمد. (١٤١٨ق). رياض المسائل، يكم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٤. علامه حلي، حسن بن يوسف. (١٤١٠ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، يكم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٤٥. _____ (١٤١٣ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، يكم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٤٦. _____ (١٤١٩ق). نهاية الإحكام في معرفة الأحكام، يكم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٧. _____ (١٣٨٨ق). تذكرة الفقهاء، يكم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٨. _____ (١٤١٤ق). تذكرة الفقهاء، يكم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٩. عاملي، سيد جواد بن محمد. (١٤١٩ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، يكم، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٥٠. فيض، محمد محسن. (بيتا). مفاتيح الشرائع، يكم، قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفي رحمته الله عليه.
٥١. فياض كابل، محمد اسحاق. (بي تا). منهاج الصالحين، بي جا: بي نا.
٥٢. فيروز آبادي، محمد بن يعقوب. (١٤١٥ق). القاموس المحيط، يكم، بيروت: دار الكتب العلمية.
٥٣. فيومي، احمد بن محمد. (١٤١٤ق). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دوم، قم: مؤسسه دار الهجرة.
٥٤. قمي سبزواري، علي. (١٤٢١ق). جامع الخلاف و الوفاق، يكم، قم: زمينه سازان ظهور امام عصر عليه السلام.
٥٥. قمي، سيد تقى. (١٤٢٦ق). مباني منهاج الصالحين، يكم، قم: منشورات قلم الشرق.
٥٦. كاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (١٤٢٢ق). أنوار الفقاهه - كتاب الغصب، يكم، نجف اشرف: مؤسسه كاشف الغطاء.
٥٧. _____ (١٤٢٢ق). أنوار الفقاهه - كتاب الإجاره، يكم، نجف اشرف: مؤسسه كاشف الغطاء.
٥٨. كاشف الغطاء، محمد حسين. (١٣٥٩ق). تحرير المجله، يكم، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
٥٩. كركي (محقق ثاني)، علي بن حسين. (١٤١٤ق). جامع المقاصد في شرح القواعد، دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ٢٢

بهار ١٤٠٠

١٥٨

٦٠. كلانتری خلیل آباد، عباس - سعادت، صالح. (١٣٩٢). «قاعده ضمان منافع با تکیه بر آرای امام خمینی رحمته اللہ علیہ»، *فقه و حقوق اسلامی*، سال چهارم، ش ٧، صص ١٧٧-٢٠٣.
٦١. لنکرانی، محمدفاضل. (١٤١٦ق). *القواعد الفقہیہ*، یکم، قم: چاپخانه مهر.
٦٢. _____ (١٤٢٠ق). *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله - القضاء والشہادات*، یکم، قم: مرکز فقہی ائمہ اطہار علیہم السلام.
٦٣. _____ (١٤٢٤ق). *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله - الإجارہ*، یکم، قم: مرکز فقہی ائمہ اطہار علیہم السلام.
٦٤. مفید، محمدبن محمد. (١٤١٣ق). *رسالة فی المہر*، یکم، قم: کنگرہ جهانی ہزارہ شیخ مفید رحمته اللہ علیہ.
٦٥. محقق سزواری، محمدباقر. (١٤٢٣ق). *کفاية الأحکام*، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٦٦. محقق حلی، جعفر بن حسن. (١٤١٨ق). *المختصر النافع فی فقہ الإمامیہ*، ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیہ.
٦٧. _____ (١٤٠٨ق). *شرائع الإسلام فی مسایل الحلال والحرام*، دوم، قم: مؤسسہ اسماعیلیان.
٦٨. نایینی، میرزا محمد حسین. (١٤١٣ق). *المکاسب و البیع*، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٦٩. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (١٤١٥ق). *مستند الشیعة فی أحكام الشریعة*، یکم، قم: مؤسسہ آل البیت علیہم السلام.
٧٠. نجفی، محمد حسن. (١٤٠٤ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ہفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
٧١. یزدی، سید محمد کاظم. (١٤١٩ق). *العروة الوثقی (المحشی)*، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٧٢. _____ (١٤١٤ق). *تکملة العروة الوثقی*، یکم، قم: کتابفروشی داوری.
٧٣. _____ (١٤٢١ق). *حاشیة المکاسب*، دوم، قم: مؤسسہ اسماعیلیان.

References

1. *The Holy Qur'an*
2. Al-Tūsī, Muḥammad ibn 'Alī ibn Ḥamzah (ibn Ḥamzah). 1988/1408. *Al-Wasīlat 'Ilā Nīl al-Faḍīlah*. 1st. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
3. Ibn Durayd, Abū Bakr Muḥammad ibn Ḥasan ibn Durayd. 1988. *Jamharat al-*

- Lughah*. 1st. Beirut: Dār al-‘Ilm li al-Malāyīn.
4. Ibn Sīdah al-Mursī, Abū al-Ḥasan ‘Alī ibn Ismā‘īl. 2000/1421. *Al-Muḥkam wa al-Muḥīt al-A‘zam*. 1st. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyya.
 5. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-‘Arab*. 3rd. Beirut: Dār Ṣādir.
 6. al-Ḥillī al-Asadī, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Shams al-Dīn Muḥammad ibn Fahad (ibn Fahad Ḥillī). 1987/1407. *Al-Muḥadhab al-Bāri‘ fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. 1st. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 7. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1998/1418. *Ḥāshiyat Kitāb al-Makāsib*. 1st. Qom: Dār Anwār al-Hudā.
 8. —. 1989/1409. *Al-‘Ijrah*. 2nd. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 9. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu‘tamar al-‘Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi‘awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A‘zam al-Anṣārī.
 10. —. 1994/1415. *Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: al-Mu‘tamar al-‘Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi‘awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A‘zam al-Anṣārī.
 11. al-Īrawānī, ‘Alī. 1986/1406. *Ḥāshiyat al-Makāsib*. 1st. Tehran: Wizārat Farhang wa Irshād Islāmī.
 12. Ibn Athīr, Mubārak Ibn Muḥammad. 1985/1364. *al-Nihāya fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. 4th. Qom: Mu‘assasat Isma‘īliyan.
 13. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā‘ir al-Ḥāwī li Taḥrīr al-Fatāwī*. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 14. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma‘ al-Fa‘id wa al-Burhan fī Sharḥ Īrshād al-Aḍḥān*. Edited by Mujtabā al-Iraqī. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 15. al-Jazā‘irī al-Murawwij, al-Sayyid Muḥammad Ja‘far. 1996/1416. *Hudā al-Ṭalīb fī Sharḥ al-Makāsib*. 1st. Qom: Mu‘assasat Dār al-Kitāb.
 16. al-Jawharī, Ismā‘īl Ibn Ḥammād. 1957/1376. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughat wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabīyyah*. 1st. Beirut: Dār al-‘Ilm li al-Malāyīn.
 17. al-Ḥur al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣūl Wasū‘il al-Shī‘a ilā*

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۶۰

- Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' a-Iturāth.
18. al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥammad Sa'īd. 1995/1415. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. 1st. Beirut: Dār al-Ṣafwah.
19. Al-Ḥamad Sharārah, 'Abd al-Jabbār. 1975/1395. *Aḥkām al-Ghaṣb fī al-Fiqh al-Islāmī*. Beirut - Baghdad: Mu'assasat al-A'lamī li al-Maṭbū'āt – Dār al-Tarbīyyah.
20. Al-Imāmī al-Khānsārī, Muḥammad. n.d. *al-Ḥāshiyat al-Ūlī 'Alā al-Makāsib*.
21. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. n.d. *al-Muṣṭanad fī Sharḥ al-'Urwat al-Wuthqā (Ijārah)*.
22. —. n.d. *Miṣbāḥ al-Fiqāhah*. Edited by Muḥammad 'Alī Tawḥīdī.
23. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). . 2002/1421. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
24. —. n.d. *Tahrīr al-Wasīlah*. 1st. Qom. Mu'assasat Maṭbū'āt Dār al-'Ilm.
25. Al-Khūrī al-Shartūnī, Sa'īd. 2006/1427. *Aqrab al-Mawārid fī Fuṣaḥ al-'Arabīyyah wa al-Shawārid*. 2nd. Tehran: Dār al-Uswah li al-Ṭibā'at wa al-Nashr.
26. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 1985/1406. *Qawa'id-i Fiqh*. 12th. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
27. Al-Rashfī, Mīrzā Ḥabībullah. 1894/1311. *Kitāb al-Ijārah*. 1st.
28. —. n.d. Kitāb al-Ghaṣb.
29. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. n.d. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*.
30. al-Husaynī al-Zabīdī, Murtaḍā. 1994/1414. *Tāj al-'Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Edited by 'Alī Shīrī. 1st. Beirut: Dār al-Fikr.
31. al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. 1992/1413. *Muḥaḍḍhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Manār.
32. Sallār Daylamī, Ḥamzat ibn 'Abd al-'Azīz. 1984/1404. *Al-Marāsīm al-'Alawīyat wa al-Aḥkām al-Nabawīyah*. 1st. Qom: Manshūrāt al-Ḥaramayn.
33. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
34. —. 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. 1st. Qom:

- Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
35. al-ʿĀmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1997/1417. *al-Durūs al-Sharʿīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 36. —. 1993/1414. *Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi ʿIlmīyyi-yi Qom).
 37. —. 1989/1410. *al-Lum'at al-Dimashqīyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. 1st. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-ʿArabī.
 38. Al-Ṣumayrī al-Baḥrānī, Mufliḥ ibn Ḥasan (Ḥusayn). 1999/1420. *Ghāyat al-Marām fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām*. 1st. Beirut: Dār al-Hādī.
 39. Ṣāḥib ibn ʿIbād, Ismā'īl. 1994/1414. *Al-Muḥīṭ fī al-Lughat*. 1st. Beirut: ʿĀlim al-Kutub.
 40. Dīyā'ī, Muḥammad ʿĀdil; Ḥisāmī, Muḥammad ʿAzīz. *Mālīyat Manāfi' wa Ikhṭilāfāt Mutiratib bar Ān dar Madhhab Ahl Sunnat*. Fiqh Muqāran Journal, 2013/1392, 1(2): 5-30.
 41. Al-Ṭabarsī, Amīn al-Islām Faḍl ibn Ḥasan. 1990/1410. *Al-Mu'talaf min al-Mukhtalif bayn A'immat al-Salaf*. 1st. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmīyah.
 42. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Al-Khilāf*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 43. —. 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li ʿIḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyah.
 44. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid ʿAlī (Ṣāḥīb al-Rīyaḍ). 1997/1418. *Rīyāḍ al-Masā'il fī Tahqīq al-Aḥkām bī al-Dalā'il*. Edited by Muḥammad Bahrimand. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 45. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-ʿAllāma al-Ḥillī). 1989/1410. *Irshād al-Aḍḥān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 46. —. 1992/1413. *Qawā'id al-Aḥkām fī Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 47. —. 1998/1419. *Nihāyat al-Iḥkām fī Ma'rifat al-Aḥkām*. 1st. Qom: Mu'assasat

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۶۲

Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.

48. —. 1968/1388. *Taḍhkirat al-Fuqahā'*. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.
49. —. 1993/1414. *Taḍhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.
50. al-Ḥusaynī al-'Amilī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. 2004/1419. *Mifāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā'id al-'Allāma*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
51. al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. n.d. *Mafātīḥ al-Sharā'ī'*. 1st. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
52. al-Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq. n.d. *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Maktab al-Shaykh al-Fayyāḍ (The office of the Author).
53. al-Fīrūz ābādī, Majd al-Dīn Muḥammad ibn Ya'qūb. 1995/1415. *Al-Qāmūs al-Muḥīṭ*. 1st. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyah.
54. Al-Fayyūmī, Abul 'Abbās Aḥmad ibn Muḥammad. 1994/1414. *Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Sharḥ al-Kabīr lil Rāfi'*. 2nd. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
55. Al-Mu'min al-Qummī al-Sabzawārī, 'Alī ibn Muḥammad. Jāmi' *al-Khilāf wa al-Wifāq bayn A'imat al-Ḥijāj wa al-'Irāq*. 1st. Qom: Zaminah Sāzān Zuhūr Imām al-'Aṣr (p.b.u.h).
56. al-Ṭabāṭbā'ī al-Qummī, al-Sayyid Taqī. 2005/1426. *Mabānī Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Manshūrāt Qalam al-Sharq.
57. Kāshif al-Ghiṭā', Ḥasan ibn Ja'far. 2001/1422. *Anwār al-Fiqāha (Kitāb al-Ghaṣb)*. Najaf: Maṭba'at Kāshif al-Ghiṭā' al-'Āmma.
58. —. 2001/1422. *Anwār al-Fiqāha (Kitāb al-Ijāra')*. Najaf: Maṭba'at Kāshif al-Ghiṭā' al-'Āmma.
59. al-Najafī, Muḥammad Ḥusayn (Kāshif al-Ghiṭā'). 1940/1359. *Tahrīr al-Majalla. Najaf: al-Maktabat al-Murtaḍawīya*.
60. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jami' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihyā' al-Turāth.
61. Kalāntarī Khalīl Ābād, 'Abbās; Sa'adat, Ṣāliḥ. 2013/1392. *Ghā'idah Ḍimān*

- Manāfi' bā Tikyah bar Ārā-yi Imām Khumaynī*. Fiqh wa Huqūq Islāmī Journal, 4 (7): 177-203.
62. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 1996/1416. *Al-Qawā'id al-Fiqhīyah*. 1st. Chāpkhānih Mihr.
63. —. 1999/1420. *Tafṣīl al-Sharī'a Fī Sharḥ Tahrīr al-Wasīlah (al-Qaḍā' wa al-Shahādāt)*. 1st. Qom: Markaz Fiqh al-A'immat al-Aṭhār.
64. —. 2003/1424. *Tafṣīl al-Sharī'a Fī Sharḥ Tahrīr al-Wasīlah (al-Ijrah)*. 1st. Qom: Markaz Fiqh al-A'immat al-Aṭhār.
65. Ibn Nu'mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1993/1413. *Risālat fī al-Mahr*. 1st. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
66. al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiqh (Kifāyat al-Aḥkām)*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
67. al-Ḥillī, Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1997/1418. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi' fī Fiqh al-Imāmīyah (al-Nafi' fī Mukhtaṣar al-Sharā'ī')*. 6th. Qom: Mu'assasat al-Mṭbū'āt AL-Dīniyya.
68. —. 1987/1408. *Sharā'ī' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
69. Al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (Kumpānī). 1993/1413. *Al-Makāsib wa al-Bay'*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
70. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Maḥdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1994/1415. *Muṣṭanad al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a*. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
71. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām*. 7th. Edited by 'Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
72. al-Ṭabāṭabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 1998/1419. *al-'Urwat al-Wuthqā fīmā Ta'ummu bihī al-Bawā*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
73. —. 1994/1414. 1st. *Takmilat al-'Urwat al-Wuthqā*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
74. —. 2000/1421. *Hāshiyat al-Makāsib*. 2rd. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۶۴

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

Vol.7 , No.22 , Spring 2021

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

The Effect of the Occurrence of General Excuse in Farming Partnership Contract from the Fiqh and Law Point of View¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.55103.1797

Ja'far Zangheneh

Assistant Professor of law at Razavi Islamic Sciences University; (Corresponding Author); zanganehjafar@gmail.com

Ali Hosseainpoor

Master of Private Law at Razavi Islamic Sciences University and Student of third Level at Khorasan Seminary; alihosseainpoormashhad@gmail.com

Receiving Date: 2019-08-04

Approval Date: 2020-05-27

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.7, No.22
Spring 2021

165

Abstract

Farming partnership contract is one of the obligatory contracts which obligations resulting from it can impressed by general excuse. The topics of general excuse are mostly mentioned under the rubric of force majeure while it comes under the rubric of general excuse in the jurisprudential sources. This topic is of special interest to jurists in some of jurisprudential chapters, especially in farming partnership contract. Its various rules and dimensions have been sporadically discussed. In farming partnership contract, a general excuse

1. Zangheneh- J (2021); " The Effect of the Occurrence of General Excuse in Farming Partnership Contract from the Fiqh and Law Point of View"; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 7 ; No: 22 ; Page: 165-193 ;Doi: 10.22034/jrj.2020.55103.1797

may occur at the time of contract sign or during the farming. The existence of a general excuse basically invalidates the contract at the time of farming contract sign. Because the general excuse is conducive to non-benefit of ground as one of the basic pillars of farming contract. But, there is a disagreement about occurrence of general excuse during the farming and its effect on the contract. Although some scholars see the emergence of general excuse for the obligee as creating the right of cancellation, they are applying the *Istiṣhāb* (presumption of continuity) of contract validity. In return, some others believe that the farming partnership contract will be cancelled in this case. The last view which is taken into account in Article 527 of the Iranian Civil Code has stronger foundations, because the general excuse is conducive to the loss of usability of the farm. The usability of the farm as one of the pillars of the farming partnership contract is not only a condition in signing the contract but also is the condition in continuation of that and it is from the existential pillars of farming partnership contract.

Key Words: Farming Partnership Contract ;General Excuse ;General Excuse Types ;Cancellation Results ;Invalidation Results.

تأثیر حدوث عذر عام بر عقد مزارعه از منظر فقه و حقوق^۱

جعفر زنگنه شهرکی^۲
علی حسین پور^۳

چکیده

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

۱۶۷

از جمله عقود لازم که می‌تواند تعهدات ناشی از آن، تحت تأثیر عذر عام قرار گیرد، عقد مزارعه است. مباحث عذر عام در منابع حقوقی بیشتر تحت عنوان قوه قاهره یا فورس ماژور مطرح شده اما در منابع فقهی با عنوان «عذر عام» آمده است. این موضوع در برخی از ابواب فقهی و به‌ویژه در عقد مزارعه به دلیل کثرت ابتلا مورد توجه خاص فقیهان قرار گرفته و ابعاد و احکام مختلف آن هرچند به صورت پراکنده مورد بحث واقع شده است. در مزارعه، عذر عام ممکن است در هنگام انعقاد عقد وجود داشته یا در اثناء مدت مزارعه حادث شود. وجود عذر عام در زمان انعقاد عقد مزارعه، موجب باطل بودن عقد از اساس است؛ چراکه عذر عام باعث می‌شود انتفاع از زمین به عنوان یکی از ارکان اساسی عقد مزارعه، منتفی گردد؛ اما در مورد حدوث عذر عام در اثنای مدت مزارعه و تأثیر آن بر عقد، اختلاف نظر وجود دارد. برخی پیدایش عذر عام را اگرچه برای متعهده موجب ایجاد حق فسخ می‌دانند اما صحت عقد را استصحاب می‌نمایند. در مقابل، برخی بر آنند که

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۵/۱۳ : تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۱۱

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد-ایران: (نویسنده مسئول) رایانامه: zanganehjafar@gmail.com

۳. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی و طلبه سطح سه حوزه علمیه خراسان؛ رایانامه: alihosseinpoormashhad@gmail.com

در این فرض عقد مزارعه منفسخ می‌شود. نظر اخیر که در ماده ۵۲۷ قانون مدنی ایران نیز مورد توجه قرار گرفته، از مبانی قوی تری برخوردار است؛ چراکه عذر عام باعث از بین رفتن قابلیت انتفاع از زمین می‌شود و قابلیت انتفاع از زمین به‌عنوان یکی از ارکان عقد مزارعه، نه تنها در تأسیس عقد مزارعه شرط است بلکه در تداوم آن نیز شرط و از ارکان وجودی عقد مزارعه است.

کلیدواژه‌ها: عقد مزارعه، عذر عام، صور عذر عام، آثار فسخ، آثار بطلان.

مقدمه

از عقود لازمی که از گذشته تا کنون جایگاه ویژه‌ای در توسعه اشتغال و اقتصاد جامعه دارد و مورد ابتلا بسیاری از کشاورزان و صاحبان زمین‌های زراعی است، عقد مزارعه است. در منابع فقهی و حقوقی احکام مربوط به مزارعه به‌عنوان یکی از عقود معین مطرح و بررسی شده است. در عین حال یکی از موضوعات مرتبط با این عقد که کمتر مورد توجه واقع شده، مواجهه این عقد با عذر عام است. عذر عام که از مهم‌ترین مصادیق آن، حوادث و بلاای طبیعی است، اجرای عقد مزارعه را با چالش‌های جدی مواجه می‌سازد. این گونه حوادث در مواردی باعث تخریب و از بین رفتن محصول و در مواردی موجب تخریب زمین شده و در عمل اجرای عقد مزارعه ناممکن و یا زمان برداشت محصول با تأخیر همراه می‌گردد. در این زمینه می‌توان به سیلاب‌های بهار سال ۱۳۹۸ در استان‌های گلستان، ایلام و خوزستان اشاره کرد که بسیاری از مزارع کشاورزی را به زیر آب برد و باعث شد در مقیاس گسترده‌ای محصولات کشاورزی تلف و در موارد زیادی زمین‌های کشاورزی به کلی قابلیت زراعی خود را از دست بدهد. این در حالی بود که بسیاری از این زمین‌ها براساس عقد مزارعه کشت و زرع می‌شد و وقوع این سیلاب‌ها که به‌عنوان عذر عام قابل تجزیه و تحلیل است، بر این عقد و تعهدات طرفین اثرات زیادی دارد که از نظر فقهی و حقوقی نیازمند بحث و بررسی است.

در خصوص پیشینه پژوهش در این موضوع، با وجود ضرورت و کثرت کاربرد و با توجه به تبعی که صورت گرفت، پژوهش مستقل و معتبری که در آن آثار و احکام

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۶۸

عذر عام بر عقد مزارعه، از منظر فقهی و حقوقی مطالعه و تحقیق شده باشد، پیدا نشد. بر این اساس، نوشتار حاضر که در آن ضمن تبیین مختصر شرایط و ارکان عقد مزارعه، تأثیر صور مختلف بروز عذر عام بر عقد مزارعه از نظر فقهی و حقوقی بررسی شده، داری پیشگامی و نوآوری است.

مبحث اول: مفهوم عذر عام

ابتدا مفهوم عذر در لغت و اصطلاح مطرح و آنگاه عذر عام با عذر خاص مقایسه می‌گردد.

گفتار اول: مفهوم عذر در لغت و اصطلاح

عذر در لغت، به معنای حجت و چیزی که به وسیله آن اعتذار و دفاع می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۴/۵۴۵) و موجب رهایی کسی است که حق او سرزنش است. (محمود عبدالرحمان، بی‌تا، ۱/۲۳۳) در معنای اصطلاحی عذر در فقه، برخی بیان داشته‌اند که «عذر، وصفی است که بر مکلف عارض می‌شود و مناسب تسهیل و آسان‌گیری بر اوست». (سعدی، ۱۴۰۸ق، ۲۴۵) اما برخی دیگر گفته‌اند: «عذر آن است که عمل بر طبق شرع بر مکلف متعذر شود تا آنکه متحمل ضرر زیادی نگردد». (محمود عبدالرحمان، بی‌تا، ۲/۱۷) تعریف اخیر اگرچه بیشتر با اصطلاح عذر در باب عبادات که در آن عمل بر طبق شرع مطلوب است، سازگاری دارد، نه با مباحث عقود که حتی در حوزه شرع نیز عمل به مقتضای عقد و مطابق آن مورد نظر است؛ اما با اندکی مسامحه، قابل انطباق با اصطلاح عذر در مباحث عقود نیز است.

گفتار دوم: مقایسه عذر عام و عذر خاص

عذر، عاملی خارجی است که باعث عدم امکان اجرای تعهد می‌شود. این عامل گاهی تنها به فرد خاص یا به گروهی از افراد مشخص ارتباط می‌یابد و عمومیت ندارد که آنرا عذر خاص می‌گویند. مثل موردی که سارق تمام اجناس مستأجر مغازه‌ای را سرقت کند و مستأجر نتواند اجناس آنرا جایگزین کند و از آن مغازه استفاده کند. در این زمان فقها اجاره را صحیح می‌دانند چون عذر حادث

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

شده تنها برای مستأجر پیش آمده است؛ اما در عذر عام، عامل به وجود آمده محدود به فرد یا گروه خاصی نیست و شامل همگان می‌گردد، مانند آنکه شخصی مرکبی را برای سفر اجاره کند؛ اما به سبب بارش برف امکان سفر نباشد، در این صورت برای هیچ کس امکان استفاده از مال مستأجره وجود ندارد؛ چراکه عذر، اختصاص به شخص مستأجر ندارد (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۱۵۵).

مبحث دوم: تعریف و شرایط عقد مزارعه

بعد از تعریف عقد مزارعه، شرایط اختصاصی این عقد مطرح و به اختصار تحلیل می‌گردد.

گفتار اول: تعریف عقد مزارعه

مزارعه از باب مفاعله و از ماده «زرع» به معنای کاشتن، مشتق شده است. با توجه به معنای مشارکت در باب مفاعله، مزارعه مقتضی وقوع کشت و زرع دو نفر با یکدیگر است. البته فعل زراعت تنها از جانب زارع صادر می‌شود ولی مفاعله به هر دو طرف نسبت داده شده است؛ چراکه که زارع با درخواست طرف دیگر چنین فعلی را انجام می‌دهد؛ پس گویا دیگری به سبب درخواستش، خود نیز انجام دهنده و مشارکت کننده در زراعت است، چنانکه در مضاربه نیز چنین است (شهید ثانی، ۱۴۳۱ق، ۲/۴۹۷).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۷۰

شهید اول نیز در تعریف عقد مزارعه تصریح کرده است: «و هي مُعَامَلَةٌ عَلَى الْأَرْضِ بِحِصَّةٍ مِنْ حَاصِلِهَا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» «عقد مزارعه معامله‌ای بر زمین، در برابر سهمی از حاصل آن تا مدت معلوم است» (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۱۵۱). این تعریف در عبارات سایر فقها نیز دیده می‌شود (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ۳۳۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۱۸/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲/۲۷؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۰۵/۲).

البته با توجه به قید «معامله‌ای بر زمین» در تعریف مزارعه، مساقات از آن خارج می‌شود؛ زیرا مساقات معامله بر درختان است و قید «در برابر سهمی از حاصل»، موجب خروج عقد اجاره از تعریف فوق است به این علت که معلوم بودن مال الاجاره از جمله شرایط صحت عقد اجاره است؛ در حالی که مشخص بودن سهم مالک در

عقد مزارعه، موجب بطلان عقد مزارعه است (شهید ثانی، ۱۴۳۱ق، ۴۹۷/۲). این تعریف فقهی در قانون مدنی نیز انعکاس یافته است. در ماده ۵۱۸ این قانون تصریح شده است: «مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند».

گفتار دوم: شرایط عقد مزارعه

در عقد مزارعه همانند سایر عقود باید شرایط عمومی صحت عقود وجود داشته باشد. این شروط که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز مطرح شده، عبارت اند از: قصد طرفین و رضای آنها؛ اهلیت طرفین؛ موضوع معین که مورد معامله باشد؛ مشروعیت جهت معامله. علاوه بر این شرایط عمومی، در عقد مزارعه شرایط خاصی نیز لازم است که در منابع فقهی و حقوقی مطرح شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۱۸/۲-۱۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۷-۸/۳۲-۳۲؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۰۷/۲-۷۰۹؛ کاشانی، بی تا، ۹۶/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۰/۵؛ خمینی، بی تا، ۱/۶۳۵ و ۶۳۶؛ امامی، بی تا، ۶۸/۲-۷۴؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ۴/۲۱۹-۲۲۳). در این منابع سه شرط مشاع بودن سهم هر یک از طرفین از حاصل؛ معین بودن مدت زراعت و قابل انتفاع بودن زمین به عنوان شرایط اختصاصی عقد مزارعه مطرح و به اختصار بررسی می شود.

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

الف- مشاع بودن سهم هر یک از طرفین از حاصل

در منافی که از مزارعه حاصل می شود باید سهم هر یک از طرفین به طور مشاع معین گردد؛ در غیر این صورت عقد مزارعه باطل است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۹۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۶۷/۹). در ماده ۵۱۹ قانون مدنی نیز به پیروی از فقه امامیه، تصریح شده است: «در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید به نحو اشاعه از قبیل ربع یا ثلث معین گردد و اگر به نحو دیگر باشد احکام مزارعه جاری نخواهد بود». در عین حال لازم نیست سهم طرفین مساوی باشد، بلکه می توانند سهم یکی را بیشتر از دیگری قرار دهند. البته اگر برای یکی از طرفین، سهم معینی شرط شود و باقی مانده برای دیگری و یا طرفین باشد، مزارعه باطل است و در این خصوص فرقی ندارد که

محصول به دست آمده بیشتر از مقدار شرط شده باشد یا چنین نباشد (شهیدثانی، ۱۴۳۱ق، ۴۹۸/۲). تعیین سهم یکی از طرفین به مقدار معین موجب بطلان عقد مزارعه است؛ زیرا مخالف با وضع چنین عقدی است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۱/۵) و از طرفی برای آنکه معامله غرری نگردد (نجفی، ۱۴۰۹ق، ۸/۲۷) باید سهم هر یک از عامل و مزارع از منفعت به طور مشاع معین شود.

ب- معین بودن مدت زراعت

در مزارعه باید زمانی که زمین برای زراعت در اختیار عامل قرار می گیرد، معین باشد. تعیین مدت مزارعه در ماده ۵۱۸ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته و در فقه نیز بر وجود این شرط ادعای اجماع شده است؛ با این استدلال که عدم تعیین مدت، موجب غرر و در نتیجه بطلان عقد مزارعه است (نجفی، ۱۴۰۹ق، ۱۴/۲۷).

در اینکه مدت مزارعه باید متناسب با مدت کشت و برداشت محصول باشد، یعنی قطع یا ظن به زمان برداشت محصول با سپری شدن زمان مزارعه وجود داشته باشد یا آنکه می توان مدت کمتری شرط کرد؟ بین فقها اختلاف است. برخی معتقدند که مدت در عقد مزارعه باید به اندازه ای باشد که با کشت و برداشت محصول متناسب و علم یا ظن به برداشت محصول در این مدت وجود داشته باشد؛ چون غرض عامل و مزارع از انعقاد چنین عقدی رسیدن به محصول و برداشت آن است و کمتر بودن زمان عقد از زمان لازم برای برداشت محصول، مخالف با غرض عقد است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۱۲/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۵/۲۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۲۸۵/۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۶۹/۹).

بر اساس این نظریه در صورتی که مدت مزارعه کمتر از مدت شرط شده باشد و علم یا ظن نیز در این رابطه نباشد، عقد مزارعه باطل است؛ اما برخی از فقها تناسب بین مدت کشت و برداشت زراعت با مدت تعیین شده را لازم نمی دانند و به اشکال کسانی که مدعی از بین رفتن غرض از مزارعه هستند، پاسخ داده اند که طرفین می توانند بعد از انقضای مدت مذکور در عقد، توافق بر باقی ماندن محصول کنند و با این کار غرض از مزارعه حاصل خواهد شد (کاشانی، بی تا، ۹۷/۳). اما این پاسخ

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۷۲

قابل خدشه است؛ چراکه طرفین ملزم به پذیرش چنین توافقی نخواهند بود (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۶۹/۹).

در مجموع با دقت در غرض از وضع عقد مزارعه و اینکه هدف طرفین نیز مشارکت در محصول زراعت است، نظریه اول به صواب نزدیک تر به نظر می‌رسد. اهمیت حصول زراعت به اندازه‌ای است که به گمان برخی فقها در بعضی نصوص برداشت زراعت از ارکان مزارعه دانسته شده و مدت کنار گذاشته شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۵/۲۷). دانشمندان حقوقی نیز در توضیح ماده ۵۱۸ قانون مدنی، تناسب بین مدت مزارعه و زراعتی که مقصود طرفین است را لازم دانسته و عدم چنین تناسبی را موجب بطلان عقد مزارعه می‌دانند (امامی، بی تا، ۷۳/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۳۸۹).

اگر نوع زراعت مشخص اما مدت مزارعه تعیین نشده باشد، در صحت چنین عقدی تردید وجود دارد. صحت چنین فرضی را برخی از فقها در صورتی که مستلزم غرر نباشد - به عنوان مثال اگر در آن زمین سالی یک مرتبه بیشتر زراعت نمی‌کنند و سال را معین کنند تا غرری نباشد - بعید نمی‌دانند، حتی اگر مبدأ مزارعه هم مشخص نباشد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۰۸/۲). اما برخی دیگر از فقها تعیین نوع زراعت را به تنهایی کافی نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۱۲/۲). صاحب جواهر در لزوم تعیین مدت مزارعه، مدعی عدم خلاف بوده و پذیرش لزوم تعیین مدت را سازگارتر با قواعد و اصول دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۶ و ۱۵/۲۷). شهید ثانی نیز همانند اجاره تعیین مدت در مزارعه را لازم دانسته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵/۵).

در مجموع به نظر می‌رسد قول به لزوم تعیین مدت از منظر بیشتری برخوردار است؛ چراکه با تعیین نوع زراعت بدون ذکر مدت، امکان غرر وجود دارد و چنین جهلی موجب بطلان عقد مزارعه می‌گردد.

ج- قابل انتفاع بودن زمین

زمین مورد مزارعه باید صلاحیت بهره‌وری در جهت کشت و زرع مورد نظر - در فرض تعیین نوع زرع - و صلاحیت کشت نوعی از زرع - در فرض اطلاق زرع - را داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۳۱ق، ۴۹۹/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۱۲/۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق،

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

۲۸۶/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ۱/۱۴۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/۱۲۰، نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۷/۲۰؛ کاشانی، بی‌تا، ۹۷/۳؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/۱۸؛ بنابراین هرگاه زمینی برای زراعت برنج به مزارعه داده می‌شود، اما از جهت کمی آب قابلیت برنجکاری را ندارد، هرچند می‌توان محصول دیگری مانند گندم و جو در آن به عمل آورد، مزارعه باطل است؛ زیرا زمین برای آنچه مورد عقد مزارعه قرار داده شده، قابلیت ندارد و کشت محصول دیگری هم مورد عقد نیست (امامی، بی‌تا، ۶۸/۲).

در ماده ۵۲۳ قانون مدنی نیز قابلیت کشت در زمین مورد عقد را شرط در مزارعه دانسته و در این خصوص چنین آمده است: «زمینی که مورد مزارعه است باید برای زرع مقصود قابل باشد...». ممکن است زمین مورد عقد مزارعه، قابلیت کشت زراعت را داشته باشد، اما نیاز به اصلاح یا تحصیل آب باشد، مانند آنکه می‌توان با حفر چاه زمین را قابل بهره‌برداری نمود، در این صورت، اگر زارع هنگام انعقاد جهل به این مسئله داشته باشد، حق فسخ دارد و می‌تواند عقد را فسخ نماید. چنانکه در قسمت دوم ماده ۵۲۳ قانون مدنی، این حق را بیان داشته و چنین آورده است: «... اگر زرع محتاج به عملیاتی باشد از قبیل حفر نهر یا چاه و غیره و در حین عقد جاهل به آن بوده باشد حق فسخ معامله را خواهد داشت». فقهای امامیه نیز چنین حقی را برای زارع در صورت جهل او پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۷/۲۱). حال اگر در هنگام انعقاد عقد مزارعه، زمین قابلیت انتفاع داشته، ولی در اثنای مدت چنین قابلیت را به واسطه عذر عام از دست بدهد و یا آنکه آب مورد استفاده در اثنای مدت با پیدایش عذر عام قطع گردد، وضعیت عقد چگونه خواهد بود؟ پاسخ این مسئله در ضمن بحث از صور بروز عذر عام در عقد مزارعه به تفصیل بررسی خواهد شد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۷۴

مبحث سوم: صور بروز عذر عام در عقد مزارعه

عذر عام که تعریف آن در گفتار اول مطرح شد ممکن است در هنگام انعقاد عقد وجود داشته یا بعد از انعقاد عقد و در اثنای مدت مزارعه حادث شود. به این بیان که در زمان انعقاد تمام شرایط عقد مزارعه وجود داشته؛ اما حادثه‌ای به ناگاه موجب از بین رفتن امکان ادامه مزارعه شده است. فرض سوم این است که پیدایش

عذر عام در اثنای مدت مزارعه بوده اما باعث از بین رفتن امکان ادامه مزارعه نشده است؛ اما موجب تأخیر در برداشت محصول شده است. احکام هر از این فرض‌ها نیازمند بررسی مستقل است.

گفتار اول: هم‌زمانی عذر عام با زمان انعقاد عقد مزارعه

همان‌طور که مطرح شد، یکی از شرایط صحت عقد مزارعه، قابل انتفاع بودن زمین برای زراعت است. (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۲/۷) حال اگر عذر عامی موجب از بین رفتن قابلیت کشت در زمین شود، مانند آنکه در زمان انعقاد عقد، به علت خشک‌سالی آبی برای زراعت موجود نباشد یا بر اثر بروز سیلاب یا بالا آمدن سطح آب رودخانه یا دریا، آب تمام زمین را فرا گرفته باشد، به طوری که صلاحیت کشت را نداشته باشد، عقد مزارعه در این حالت چه وضعیتی خواهد داشت؟ در این خصوص بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

مرحوم علامه حلی در قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۱۲/۲) و محقق حلی در شرایع (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۲۰/۲) معتقدند در صورتی که آبی برای کشت زراعت وجود نداشته باشد و زارع نیز به این مطلب جاهل باشد، برای او حق فسخ وجود دارد؛ اما اگر علم به فقدان آب داشته است، دیگر حقی برای فسخ مزارعه ندارد، چون خود اقدام به انعقاد چنین عقدی کرده است (نجفی، ۱۴۱۴ق، ۲۷/۲۷). مرحوم علامه حلی در ارشاد (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ۴۲۷/۱)، در فرض جهل زارع، قائل به حق فسخ است؛ اما در غیر این فرض، مزارعه را باطل می‌داند.

بدیهی است که پذیرش حق فسخ برای زارع، فرع بر صحت عقد مزارعه است؛ اما بسیاری دیگر از فقها اعتقاد دارند در صورتی که عذر عامی موجب از بین رفتن قابلیت انتفاع از ابتدای عقد باشد از جمله اینکه امکان زراعت به واسطه فقدان آب، غرق شدن زمین و مسائلی از این قبیل از ابتدا میسر نباشد، عقد مزارعه باطل است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۰۵/۱۰؛ شهیدثانی، ۱۴۱۴ق، ۳۳۱/۲؛ علامه حلی، بی تا، ۲۵۷/۱؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۲/۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۱/۹؛ شهیدثانی، ۱۴۲۲ق، ۴۶۰؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۲۳/۵؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۶۳۷/۱؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۱۹/۲).

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

در این نظریه فرقی بین اینکه عامل و مالک راضی به این عقد باشند یا نه، وجود ندارد، چون شارع اذن به چنین عقدی نداده است و رضایت طرفین با عدم اذن شارع بی تأثیر است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۲۳/۵).

برخی از فقها نظر قائلان به حق فسخ برای زارع در صورت مذکور را حمل بر جایی نموده‌اند که امکان زراعت موجود است، اما معمول نیست و با سختی همراه است و نیاز به احداث نهر و اعمالی از این قبیل دارد، نه آنکه به‌طورکلی برای آن زمین آبی نباشد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۲۳/۵). اما این سخن پذیرفته نیست؛ زیرا اطلاق کلام قائلان به حق فسخ چنین دلالتی را ندارد و چنین اعمالی بر عهده‌ی زارع نیست، بلکه مالک باید آنها را انجام دهد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۲۳/۵).

در مجموع به نظر می‌رسد، در صورتی که از ابتدای انعقاد عقد مزارعه به‌واسطه عذر عام، امکان انتفاع از زمین وجود نداشته باشد، نظریه بطلان از قوت بیشتری برخوردار است؛ چراکه یکی از شروط صحت مزارعه، امکان انتفاع از زمین است و عدم امکان انتفاع موجب بطلان عقد است (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۲/۷).

علاوه بر آن، از سویی مقصود از عقد مزارعه، زراعت و شراکت طرفین در محصول به‌دست‌آمده است و از سوی دیگر، در فرض مذکور، در زمین مورد عقد مزارعه، امکان زراعت وجود ندارد، در نتیجه آنچه مورد عقد است با مقصود طرفین معارض است و حکم به صحت چنین عقدی موجب لغویت آن شده (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۱/۹) و فایده مطلوب از عقد نیز منتفی می‌شود (شهیدثانی، ۱۴۲۲ق، ۴۶۰). مضاف بر این، اصل عقد مزارعه، بدان جهت که عوض در آن متضمن جهالت است، عقدی مخالف اصول حاکم بر معاملات است که شارع حکم به صحت آن نموده است و در موارد مخالف اصول، باید به مورد یقینی از نص و اجماع اکتفا نمود و آن زمانی است که قابلیت انتفاع در زمین مورد مزارعه موجود باشد و با فقدان چنین قابلیت، باید عقد مزارعه را باطل دانست (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۱/۹).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۷۶

گفتار دوم: بروز عذر عام در اثنای مدت عقد مزارعه

عذری که در اثنای مدت عقد مزارعه حادث می‌شود و از آن به «عذر طاری»

یاد می‌شود، هنگامی ایجاد می‌شود که وفای به مفاد عقدی که کاملاً ممکن بوده، به ناگاه به واسطه حادثه‌ای ناممکن گردد، یعنی تعذری که وصف امکان را از قرارداد می‌گیرد و دیگر امیدی به انجام آن نیست. در خصوص تأثیر بروز عذر عام در اثنای مدت در عقد مزارعه، مانند زمانی که آب در اثنای مدت مزارعه قطع شود، فقها اختلاف نظر دارند.

برخی چنین عذر را موجب ایجاد حق فسخ برای مزارع می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۱۲/۲ و ۱۱۳؛ همو، بی‌تا، ۲۵۷/۱؛ همو ۱۴۱۰ق، ۴۲۷/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۲۰/۲). شهیدثانی دلیل قائلان به عدم بطلان را این‌گونه توضیح داده است که: «چون عیب عارض شده است، حق فسخ به وجود می‌آید ولی عقد باطل نیست، چون پیش از عارض شدن چنین عذری، حکم به صحت عقد شده و اگر پس از آن در صحت عقد شک کنیم، استصحاب صحت جاری می‌کنیم و ضرر محتمل بر زارع با ثبوت حق خیار برای او، دفع می‌شود» (شهیدثانی، ۱۴۳۱ق، ۴۹۹/۲).

ایشان در توضیح عبارت محقق حلی نیز علت صحت عقد مزارعه در مواجهه با عذر عام در اثنای مدت مزارعه را، همان استصحاب صحت در ابتدای عقد می‌داند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۹/۵).

اما برخی دیگر از فقها عقد مزارعه را در چنین مواردی منفسخ می‌دانند؛ چنان‌که صاحب‌جوهر، زمانی که به واسطه انقطاع آب، قابلیت انتفاع نباشد، با توجه به بداهت یکسانی دلیل شرط قابلیت انتفاع در ابتدا و در اثناء مدت، قول به انفساخ را مقبول‌تر می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۲۲/۲۷).

شهیدثانی نیز انفساخ عقد مزارعه در این موارد را پذیرفته است: «امکان زراعت شرط صحت عقد مزارعه است، لذا زمانی که شرط در ابتدای عقد باشد و سپس آب در اثناء مدت قطع گردد، مقتضی قاعده بطلان عقد است» (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۹/۵؛ همو، ۱۴۲۲ق، ۵۴۹).

البته هرچند در عبارات فقها واژه «بطلان» آمده؛ اما مقصود همان «انفساخ» است. بطلان در لسان فقها معنایی اعم از بطلان ابتدایی و انفساخ دارد. چنان‌که برخی از نویسندگان هنگام تبیین مراد از «بطلان»، در قاعده «بطلان کل عقد بتعذر

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

الوفاء بمضمونه» نوشته‌اند؛ «به نظر می‌رسد منظور، معنی اعم بطلان است که موارد بطلان ذاتی و ابتدایی عقد و همچنین موارد انفساخ را نیز شامل می‌شود و علاوه بر این، کلیه مواردی را که بطلان یا انفساخ عقد، در اثر تعدد دائم وفا به مدلول عقد است را هم در برمی‌گیرد: خواه این امر ناشی از عدم قدرت بر تسلیم کردن موضوع عقد - که به اعتباری از شرایط صحت معامله است - باشد و خواه در نتیجه تلف شدن موضوع عقد، پس از وقوع صحیح عقد» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۲/۱۴۰).

به هر حال پذیرش نظریه انفساخ عقد مزارعه در مواجهه با عذر عام در اثنای مدت، نظری وزین‌تر است؛ زیرا نبود قابلیت انتفاع بعد از پیدایش عذر، باعث از بین رفتن یکی از ارکان عقد مزارعه است؛ در حالی که استمرار این رکن در تمام مدت عقد شرط است.

نویسندگان قانون مدنی نیز به پیروی از چنین نظری، در ماده ۵۲۷ قانون مذکور، فقدان آب و علل دیگر را موجب منفسخ شدن عقد مزارعه دانسته‌اند. برخی از نویسندگان حقوقی با توجه به وحدت ملاک از ماده مذکور، موانع عمومی دیگر (مانند جنگ، انقلاب یا بیماری ساری که مانع از انجام عمل مزارعه گردد) را نیز، موجب منفسخ شدن عقد مزارعه می‌دانند (امامی، بی تا، ۲/۸۵).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۷۸

گفتار سوم: تأخیر در برداشت محصول به سبب عذر عام

در مواردی عذر عام موجب تأخیر در زمان رسیدن زراعت می‌شود؛ در این صورت، از طرفی با توجه به آنکه موعد مقرر در عقد به پایان رسیده است، زارع باید زمین و تمام عواملی که در اختیار او قرار گرفته را به مالک برگرداند؛ اما از طرف دیگر برداشت زود هنگام محصول، موجب ضرر به او می‌شود. این در حالی است که زارع در چنین تأخیری بی‌تقصیر بوده و عذر عام موجب این تأخیر شده است. در این فرض اگر بین طرفین توافق و تراضی حاصل شود همان توافق ملاک خواهد بود؛ اما اگر توافق صورت نگیرد مسئله به لحاظ فقهی و حقوقی قابل بحث و بررسی است. در منابع فقهی مسئله تأخیر در برداشت محصول در عقد مزارعه مورد توجه قرار گرفته است. برخی از فقها بر مبنای اینکه سبب تأخیر چه باشد تفصیلی قائل نشده‌اند

و حکم تفریط زارع با موارد بروز عذر عام را یکسان دانسته‌اند ولی در این بین فقهای وجود دارند که این دو سبب را از یکدیگر تفکیک نموده‌اند. البته سیر بحث فقها در خصوص موضوع، دائرمدار حق ازاله زرع برای مالک و عدم آن شده است که در این قالب بحث را پی می‌گیریم.

الف) وجود حق ازاله زرع برای مالک

مشهور فقها معتقدند، در صورتی که موعد مقرر در عقد مزارعه سپری شود، مالک می‌تواند زرع را قلع نماید (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۱۹/۲؛ علامه حلی، بی‌تا، ۲۵۷/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ۴۲۷/۱؛ شهیدثانی، ۱۴۳۱ق، ۴۹۹/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۰۳/۱۰؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵/۵؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ۶۳۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۶۳۶/۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۰/۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۱۵۱).

در نزد این دسته از فقها تفاوتی نیست که سبب تأخیر تفریط زارع یا عذر عام باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۱۹/۲؛ علامه حلی، بی‌تا، ۲۵۷/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ۴۲۷/۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۰۳/۱۰).

برخی دیگر تصریحی در این خصوص ندارند اما از ظاهر عبارات ایشان این عدم تفاوت در سبب برداشت می‌گردد (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ۶۳۶؛ شهیدثانی، ۱۴۳۱ق، ۴۹۹/۲؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ۶۳۶/۱؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۱۵۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۰/۹). شهیدثانی در وجه جواز ازاله زرع توسط مالک بیان داشته است که با سپری شدن مدت، زمان استحقاق استفاده زارع از زمین به اتمام می‌رسد و اصل تسلط مالک بر زمین جاری می‌گردد؛ لذا او می‌تواند هرطور بخواهد از زمین خود استفاده کند و بعد از انقضای مدت، دیگر حقی در خصوص بقای زرع وجود ندارد و بقای زرع بدون رضایت مالک ظلم بر او تلقی می‌گردد (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵/۵).

اکنون طبق نظریه حق ازاله برای مالک، آیا مالک باید ارش زراعت را نیز پرداخت کند یا آنکه چیزی بر عهده او نیست؟ مراد از ارش در اینجا تفاوت بین زرع قلع شده با زرعی است که باقی بماند و اجرت زمین نیز پرداخت گردد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۰۴/۱۰). در این خصوص بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها هیچ حکمی به

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

پرداخت ارش یا عدم آن ندارند و تنها اشاره به وجود دو قول در این خصوص دارند (شهیدثانی، ۱۴۳۱ق، ۲/۴۹۹) و برخی دیگر از فقها ثبوت ارش را پذیرفته‌اند، به خصوص زمانی که عذر عام موجب این تأخیر شده باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۰/۱۰۴).

طبق این نظریه برای وجوب پرداخت ارش این گونه استدلال شده است که عقد مزارعه شامل زمان معین است، پس دیگر زارع حقی بعد از انقضاء مدت مذکور ندارد و لذا برای مالک حق ازاله زراعت وجود دارد، اما باید ارش زراعت را پرداخت نماید، چون زراعت به حق کاشته شده است و نقص مال زارع بدون پرداخت عوض جایز نیست (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷/۳۱۷). علامه حلی نیز در قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۲/۳۱۲) و برخی دیگر از فقها حق ازاله را برای مالک با پرداخت ارش به زارع پذیرفته‌اند (صیمری، ۱۴۲۰ق، ۲/۲۶۸) گروهی دیگر از فقیهان با وجود پذیرش حق ازاله زراعت برای مالک، پرداخت ارش را واجب نمی‌دانند؛ چنان که اطلاق کلام قائلان به وجود حق قلع برای مالک به آن دلالت دارد (شهیدثانی، ۱۴۳۱ق، ۲/۴۹۹). محقق کرکی نیز در مورد این استدلال که پرداخت ارش موجب جمع بین حق مالک و زارع است، پاسخ داده است که اگر زارع با تأخیر خودش تفریط کند، در واقع زمین دیگری را به صورت عمد و عدوان اشغال نموده است و دیگر معذور نیست (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷/۳۱۷). مفهوم نظریه محقق کرکی این است که اگر زارع تفریط نکرده و از طریق عذر عام این تأخیر پیش آمده است، زارع معذور است و بنابراین مستحق پرداخت ارش خواهد بود.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۱۸۰

ب) عدم وجود حق ازاله زرع برای مالک (منع مالک ازاله)

عده‌ای از فقها در مقابل قول مشهور، معتقد به عدم وجود حق قلع زراعت از سوی مالک هستند. در این میان برخی از فقها حکم به عدم وجود حق ازاله را به صورت مطلق پذیرفته‌اند (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ۳۳۹؛ یحیی بن سعید حلی، ۱۴۰۵ق، ۲۹۹)؛ اما برخی دیگر بین صورتی که زارع کوتاهی نماید و کشت زراعت را به تأخیر بیندازد، با هنگامی که عذر عامی موجب چنین تأخیری در رسیدن محصول شود، قائل به تفاوت هستند؛ چون در صورت اول کوتاهی زارع موجب این تأخیر است لذا مالک حق قلع زراعت را دارد؛ اما در صورت دوم، عامل قهری سبب این تأخیر شده است و زارع

در آن نقشی نداشته است، لذا مالک حق ازاله زراعت را ندارد.

البته در لسان برخی از فقها این نکته مطرح شده است که زارع در ابتدای عقد باید تمام مسایل را در نظر بگیرد و عدم پیش‌بینی عذر عام، خود کوتاهی از جانب زارع است، لذا در صورت بروز عام نیز معذور نیست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲۵۸/۳)؛ اما این استدلال پذیرفته نیست، چون یکی از اوصاف عذر عام، عدم قابلیت پیش‌بینی است و اگر فرد پیش‌بینی‌چنین حادثه‌ای را نموده باشد، دیگر نمی‌تواند به آن استناد نماید و با توجه به قاعده اقدام، زارع بر ضرر خود اقدام کرده است و به عبارتی دقیق‌تر، دیگر نمی‌توان این حادثه را عذری عام دانست.

مرحوم علامه حلی در بیان علت عدم وجود حق قلع برای مالک آورده است؛ چون از سویی زرع چیزی دائمی در زمین نیست و از سوی دیگر زراعت در زمین به حق حاصل شده است، لذا برای مالک حق قلع آن وجود ندارد، همان‌طور که این مسئله در عقد اجاره وجود دارد. (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ۳۳۹) در زمانی که مالک حق ازاله زراعت را نداشته باشد، اجرت زمین در خارج از موعد مقرر را از زارع دریافت می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲۵۸/۳)، چون لازم نیست که مالک تبرعی در ابقاء زرع داشته باشد، لذا عامل باید اجرت زمین را نسبت به مدت باقی مانده تا رسیدن محصول برای حصة خود پرداخت نماید (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ۴۵/۲).

در مجموع مشهور فقها در فرض مورد بررسی قائل به حق ازاله برای مالک هستند. در قانون مدنی نیز در ماده ۵۴۰ از مشهور تبعیت و تصریح شده: «هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را به اخذ اجرت‌المثل ابقاء نماید». با توجه مقرر مذکور و نظر مشهور فقها برای مالک حق ازاله زراعت وجود دارد؛ اما پذیرش علی‌الاطلاق این نظریه با غرض از عقد مزارعه که دست‌یابی به محصول و رسیدن هر یک از طرفین به حصة خود است، منافات دارد، علاوه بر آن، در صورتی که عذر عام موجب این تأخیر شده باشد، در حقیقت تمامی آثار زیان‌بار این عذر، بر زارع تحمیل شده است و این تحمیل دور از عدالت و انصاف است.

لذا با تأملی در نوشته‌های برخی از فقها که با وجود قرینه معتبر بر ابقاء، معتقدند

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

که دیگر مالک حق ازاله را ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۸۶/۲۰) می‌توان قول مشهور را با کمی دقت بیشتر اجرایی نمود، به‌عنوان نمونه اگر محصول طوری است که با ازاله آن دیگر به هیچ‌عنوان قابل استفاده نباشد؛ این را می‌توان از قرائن معتبره بر ابقاء زرع تا پایان مدت دانست. برخی دیگر از فقها نیز با وجود اندک بودن زمان باقی‌بودن زراعت، منع ازاله را با آنکه معتقد به وجود حق قلع برای مالک هستند، بعید نمی‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۰۴/۱۰). به‌هرحال اصل باقی‌ماندن زرع در فرض عذر عام دارای منطق اقتصادی نیز است و لذا برخی در این مسئله توجه به عرف کشاورزان را مطرح نموده و برای جلوگیری از اسراف و تبذیر اموال پیشنهاد الحاق یک تبصره به ماده ۵۴۰ قانون مدنی را داده‌اند (طباطبایی و اسعدی، ۱۳۹۵، ۶۸۵) در مجموع اجرای محدود حق ازاله مالک که حتی طرفدارانی در بین معتقدین به وجود حق ازاله نیز دارد، با مصالح اقتصادی کشور نیز سازگارتر به نظر می‌رسد؛ زیرا ازین‌بردن زراعت در حد گسترده موجب نابودی حد وسیعی از منابع کشور است و از طرفی مالک نیز با دریافت اجرت‌المثل زمین، به حق خود می‌رسد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۸۲

مبحث چهارم: آثار فسخ و بطلان عقد مزارعه بر اثر بروز عذر عام

در مبحث قبل صور عذر عام در عقد مزارعه بیان و برآیند اقوال و ادله این شد که عذر عام سبب فسخ یا بطلان مزارعه می‌شود. آثار هر یک از فسخ یا بطلان نیازمند بررسی مستقل و مستدل است.

گفتار اول: آثار فسخ در عقد مزارعه

فسخ با توجه به قواعد عمومی حاکم بر معاملات، ناظر به آینده است و آثار عقد را نسبت به زمان بعد از فسخ از بین می‌برد. فسخ در عقد مزارعه در دو زمان پیش از کشت و بعد از کشت امکان وقوع دارد که بروز آن در هر یک از این زمان‌ها آثار خاص خود را به دنبال دارد.

الف - اثر فسخ عقد مزارعه پیش از کشت

قبل از زرع با توجه به آنکه هنوز محصول کشت نشده است، اگر مزارعه فسخ

شود و هیچ‌گونه عملی انجام نشده باشد، هر یک از طرفین ادوات زراعت خود را برمی‌دارد و اغلب، اشکالی در عمل پیش نمی‌آید. حال اگر زارع، اعمالی مقدماتی را انجام داده باشد، چنان‌که زمین را آماده کاشت محصول نموده باشد یا آنکه مسیر آب را فراهم نماید، در خصوص استحقاق وی نسبت به اجرت، برخی از فقها معتقدند، اگر به واسطه اعمال مقدماتی در زمین وصفی حادث شود که در مقابل آن عوضی باشد، عامل مستحق اجرت‌المثل اعمال صورت گرفته است، اما اگر اعمال او چنین نباشد و لغو باشد، مستحق چیزی نیست (بیزی، ۱۴۰۹ق، ۷۲۱/۲ و ۷۲۲).

از آنجا که مقصود در عقد مزارعه، زراعت است، نه چیز دیگر؛ پس اگر از اعمال انجام شده، زراعتی حاصل نشود، امری از طرف مالک وجود ندارد و وی انتفاعی نبرده است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ۱۰۸/۱۳) ملاک در اینکه آیا اعمال صورت گرفته، مورد استفاده و دارای عوض است یا نه، اهل خبره است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۰۸/۲۰).

اما برخی دیگر از فقها عامل را مطلقاً مستحق اجرت می‌دانند، در صورتی که بذر برای مالک باشد، چون زارع به حسب دستور مالک چنین اعمالی را انجام داده است، لذا باید اجرت تمام اعمال را پرداخت نماید و علاوه بر آن زارع قصد تبرع نداشته است و قاعده احترام عمل مسلمان نیز در اینجا جریان دارد، اما در صورتی که بذر برای زارع باشد، دیگر مستحق اجرت اعمال انجام شده نیست؛ چون مالک در این صورت، تنها ملزم به تسلیم زمین به عامل است نه چیزی دیگر (خویی، ۱۴۱۸ق، ۲۷۵/۳۱) و مراد از زراعت در عقد مزارعه، هر عملی که به زرع تعلق بگیرد است که شامل اعمال شخم‌زدن و حفر نهر نیز می‌گردد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ۱۰۸/۱۳).

به نظر می‌رسد که ایجاد وصف کمال در زمین، می‌تواند معیاری درست برای مستحق اجرت بودن عامل باشد، چون اگر وصفی در زمین ایجاد گردد و مالک ملزم به پرداخت عوض آن نباشد، موجب بی‌عدالتی در حق زارع است و درحقیقت مالک بی‌جهت دارای مالی گشته است. هرچند در قانون مدنی حکمی در این زمینه وجود ندارد؛ اما نویسندگان حقوقی با توجه ابواب مختلف معاملات و احترام عمل عامل، عامل را مستحق اجرت‌المثل اعمال صورت گرفته می‌دانند (طاهری، ۱۴۱۸ق،

۲۳۶/۴؛ امامی، بی‌تا، ۸۳/۲).

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

ب) اثر فسخ عقد مزارعه بعد از کشت

اگر عقد مزارعه، در اثنای مدت فسخ گردد، بدان معنا است که تا قبل از اینکه فسخ صورت بگیرد، عقد مزارعه واجد شرایط لازم بوده است و با توجه به اینکه فسخ اثر قهقرایی ندارد؛ لذا هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند تقاضای اجرتی نمایند، چون با توجه به تعریف عقد مزارعه که در سابق نیز مورد بررسی قرار گرفت، مزارعه معامله‌ای بر زمین در برابر سهمی از حاصل است، لذا در آن بحثی از اجرت اعمال صورت گرفته و اجرت زمین مورد مزارعه نیست، بلکه طرفین مستحق سهمی از حاصل می‌گردند و تنها در صورت بطلان عقد مزارعه، با توجه به اثر قهقرایی آن، بحث اجرت اعمال صورت گرفته؛ و زمین مورد عقد، مطرح می‌گردد.

اختلافی که در بین فقها وجود دارد، در زمان حصول اشتراک طرفین، در زراعت است و چنانکه برخی از فقها آورده‌اند، سه نظر در این خصوص وجود دارد (بزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۲۴/۲). برخی از فقها، مجرد رویدن بذر را موجب اشتراک عامل و مالک در زراعت به میزان حصه خود می‌دانند، لذا اگر بعد از این زمان مزارعه فسخ گردد، طرفین در زراعت شریک هستند و هیچ‌کدام ملزم به پرداخت اجرتی به دیگری نیست، چون تا قبل از فسخ، عقد مزارعه صحیح بوده است (بزدی، ۱۴۰۹ق، ۷۲۵/۲) و طرفین نسبت به زمان بعد از فسخ، نسبت به باقی‌بودن با اجرت یا قلع آن تصمیم می‌گیرند.

نظر دیگر در این خصوص، حصول اشتراک طرفین بعد از ظهور حاصل است. بدان معنا که تا قبل از آنکه حاصل ظاهر گردد، در مالکیت صاحب بذر است و بعد از آن طرفین در حاصل به میزان حصه خود شریک می‌شوند، لذا با فسخ قبل از ظهور حاصل، باید صاحب بذر اجرت‌المثل طرف دیگر را پرداخت نماید.

در ماده ۵۳۱ قانون مدنی نیز مالکیت بر حصه هر یک از طرفین را بعد از ظهور ثمره دانسته است، لذا در مواد ۵۳۸ قانون مذکور، در بیان آثار فسخ قبل از ظهور ثمره، حاصل را برای مالک بذر دانسته است و طرف دیگر را مستحق اجرت‌المثل می‌داند و در ماده ۵۳۹ در بیان آثار فسخ بعد از ظهور ثمره آمده است: «هرگاه مزارعه بعد از ظهور ثمره فسخ شود، هر یک از مزارع و عامل به نسبتی که بین آنها

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۸۴

مقرر بوده شریک در ثمره هستند...».

برخی دیگر از فقها احتمال حصول اشتراک در زراعت با کشت بذر را مطرح نموده‌اند و این نظر را سازگارتر با قواعد و نظر عرف دانسته (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ۲۸/۲۶۳) و پذیرش قول کسانی که حصول اشتراک را به خروج زراعت، ظهور ثمره یا حصول آن می‌دانند را مخالف با ماهیت مزارعه دانسته‌اند. علاوه بر آنکه، مفهوم عقد مزارعه مشارکت است و شرکت با مجرد عقد حاصل می‌گردد، نه آنکه با ظهور نفع و مسائلی از این قبیل باشد و کسر مشاع با عدم وجود خروج زراعت، ظهور ثمره یا حصول آن نیز امکان دارد، چنانکه در عقد مضاربه این چنین است (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ۲۸/۲۶۳ و ۲۶۴).

به نظر می‌رسد پذیرش نظر اخیر وزین تر است؛ زیرا از سویی، با توجه به آنکه مقصود طرفین از عقد مزارعه، شراکت طرفین در محصول است و حاصل شامل تمام مراتب است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۰/۱۱۱)، نه آنکه تنها به محصول بعد از ظهور ثمره اطلاق گردد، از سوی دیگر آثار فسخ تنها ناظر به زمان آینده نه زمان گذشته و پذیرش حصول اشتراک زراعت مؤخر از زمان کشت، درحقیقت موجب تسری آثار فسخ به زمان قبل از آن است، چون قبل از حصول اشتراک در زراعت، مالک بذر، مالک زراعت است، لذا باید اجرت‌المثل زمان قبل از فسخ را نیز پرداخت نماید.

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

گفتار دوم: بررسی آثار بطلان در عقد مزارعه

اگر عقد مزارعه به جهتی از جهات باطل باشد، طبق قاعده حاصل برای صاحب بذر است و فرقی ندارد که صاحب بذر، مزارع، عامل یا شخص ثالث باشد، لذا اگر عامل صاحب بذر است، حاصل برای او است و باید اجرت‌المثل صاحب زمین را بپردازد، چنان که برخی از فقها چنین تصریحی دارند (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷/۳۳۲ و ۳۳۳؛ شهیدثانی، ۱۴۳۱ق، ۲/۵۰۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ۱۵۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ۵/۳۵؛ کاشانی، بی تا، ۱۰۰/۳). برخی دیگر اگرچه در عبارت خود فقط «و جوب پرداخت اجرت‌المثل به صاحب زمین» را دارند، ولی مقصود آنان زمانی است که بذر برای عامل است، چنانکه محقق حلی چنین آورده است: «در هر موضعی که حکم به

بطلان عقد مزارعه شود، پرداخت اجرت المثل زمین به صاحب آن لازم است» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۲۲/۲)، مرحوم صاحب جواهر در توضیح عبارت محقق حلی گفته است: مراد ایشان زمانی است که بذر برای عامل است که حاصل نیز برای او می‌گردد، لذا باید اجرت المثل زمین را به صاحب آن پرداخت نماید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۷/۲۷).

در توجیه این صورت نیز گفته شده: «چه بسا عاملی که صاحب بذر است، از زمین دیگری بدون آنکه عقد اجاره یا قصد تبرعی از طرف مالک باشد، استفاده کرده است، لذا باید اجرت المثل زمین را پرداخت نماید، از طرف دیگر حاصل برای او است، چون نمائی است که در ملک او حاصل شده است» (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۲۴/۲۰). در پرداخت اجرت المثل از سوی عامل فرقی بین زمانی که حاصلی برداشت شود و غیر آن نیست چون او از زمین دیگری استفاده نموده است، لذا باید عوض آن را نیز پرداخت نماید (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۱۲۴/۲۰).

اگر مالک زمین، صاحب بذر است، حاصل برای مالک است و باید اجرت المثل عامل را بپردازد، چنانکه برخی از فقها تصریح دارند (علامه حلی، ۳۳۹، ۱۳۸۸) و برخی دیگر هرچند عبارات آنان اطلاق دارد، ولی شامل چنین موردی نیز می‌گردد، چون اجرت المثل را برای هر موضعی که مزارعه باطل باشد لازم می‌دانند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۹۰؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ۴۴۲/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ۱/۱۴۸). اگر بذر متعلق به هر دو باشد، محصول زمین میان آن دو تقسیم می‌شود و هرکدام از آنها موظف است اجرت المثل زمین و باقی کارها که به او اختصاص دارد را از دیگری بگیرد و همچنین است اگر بذر برای شخصی غیر از زارع و مزارع باشد که او با دریافت محصول باید اجرت المثل مربوط به هرکدام از طرفین عقد مزارعه را پرداخت نماید (علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ۳۳۹).

در ماده ۵۳۳ قانون مدنی نیز اثر بطلان عقد مزارعه را همانند نظر فقهای امامیه، دانسته است و چنین آورده است: «اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود، تمام حاصل مال صاحب بذر است و طرف دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است، به نسبت آنچه که مالک بوده است مستحق اجرت المثل خواهد بود. اگر

بذر مشترک بین مزارع و عامل باشد حاصل و اجرت المثل نیز به نسبت بذر بین آنها تقسیم می‌شود)).

نظر فقهای امامیه در خصوص اثر بطلان عقد مزارعه که موجب مالکیت صاحب بذر نسبت به محصول و مستحق اجرت المثل بودن دیگری، حکمی مطابق با اصول مالکیت است، چون مالکیت بذر، موجب مالکیت نسبت به نمائات حاصل از آن است و نویسندگان قانون مدنی نیز در ماده ۳۳ قانون مذکور به آن تصریح نموده‌اند، چنانکه در ماده ۳۲ نیز به بیان مالکیت تبعی پرداخته‌اند.

نتیجه

در مواقعی که حدوث عذر عام موجب ازبین رفتن وصف امکان از عقد مزارعه می‌شود، اگر این حادثه در ابتدا و هنگام انعقاد عقد باشد، با توجه به آنکه امکان انتفاع از زمین، یکی از شروط صحت عقد مزارعه است، نبود چنین شرطی در هنگام انعقاد عقد، موجب بطلان مزارعه خواهد شد؛ اما در مواقعی که عذر عام بعد از گذشت مدتی و در اثناء مدت مزارعه بروز کند، در مورد سرنوشت عقد مزارعه اختلاف نظر وجود دارد. برخی پیدایش عذر عام را موجب ایجاد حق فسخ می‌دانند، بدین جهت که پیش از حدوث عذر، مزارعه صحیح بوده است و بعد از حدوث عذر، شک در صحت عقد می‌شود؛ لذا استصحاب صحت عقد جاری خواهد شد. در مقابل، برخی دیگر چنین عقدی را منفسخ می‌دانند.

قول اخیر از قوت بیشتری برخوردار باشد؛ زیرا قابلیت انتفاع از زمین یکی از ارکان مزارعه است و علاوه بر آنکه وجود قابلیت انتفاع در زمان انعقاد شرط است، استمرار آن نیز شرط صحت عقد مزارعه است و ازبین رفتن قابلیت انتفاع باعث نابودی عقد مزارعه می‌شود، چنانکه در ماده ۵۲۷ قانون مدنی نیز از چنین نظری پیروی شده است.

گاهی عذر پیدایش عذر عام موجب تأخیر در برداشت محصول می‌شود، در این رابطه نظرات دائرمدار حق ازاله زرع برای مالک و عدم آن است. هرچند در مشهور بودن قول به ازاله و پذیرش آن در قانون مدنی تردیدی نیست؛ اما این سخن با

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

غرض از عقد مزارعه که دستیابی به محصول و رسیدن هر یک از طرفین به حصه خود است، منافات دارد، علاوه بر آن، در صورتی که عذر عام موجب این تأخیر شده باشد، در حقیقت تمامی آثار زیان بار این عذر، بر زارع تحمیل شده است و این تحمیل دور از عدالت و انصاف است؛ لذا می توان با پرداخت اجرت المثل زمین تا زمان برداشت محصول، ضمن تضمین حقوق مالک، از تحمیل آثار عذر بر یک طرف قرارداد اجتناب نمود.

اعمال همراه با انعطاف و محدود حق ازاله مالک، علاوه بر آنکه طرفدارانی در بین معتقدین به وجود حق ازاله دارد، از نظر اقتصادی نیز با مصالح کشور سازگارتر به نظر می رسد؛ چراکه از بین بردن زراعتی که به زودی موعده برداشت آن می رسد، اسراف و موجب اتلاف منابع ملی و برای اقتصاد کشور زیان بار است.

منابع

۱. ابن ادریس، محمد. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). **غنیة النزوع إلى علمي الأصول والفروع**، یکم، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳. ابن منظور، ابوالفضل. (۱۴۱۴ق). **لسان العرب**. سوم. بیروت: دار الفکر للطباعة.
۴. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**. یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. اشتهاودی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). **مدارک العروة (للإشتهاودي)**، یکم، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
۶. امامی، سید حسن. (بی تا). **حقوق مدنی**. تهران: انتشارات اسلامی.
۷. حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). **مستمسک العروة الوثقی**، یکم، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۸. حلّی، یحیی. (۱۴۰۵ق). **الجامع للشرائع**، یکم، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۹. خمینی، سید روح الله. (بی تا). **تحریر الوسیلة**، یکم، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). **موسوعة الإمام الخوئی**، یکم، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی رحمته الله علیه.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۸۸

۱۱. سبزواری، سید عبدالاعلیٰ. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (للسبزواری) قم: مؤسسه المنار.
۱۲. سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دوم، دمشق: دار الفكر.
۱۳. شهید اول، محمد. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقية في فقه الإمامیه، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیه.
۱۴. شهیدثانی، زین الدین. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، یکم، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۵. _____ (۱۴۱۴ق). حاشیة الإرشاد، یکم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۶. _____ (۱۴۲۲ق). حاشیة شرائع الإسلام، یکم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۷. _____ (۱۴۳۱ق). الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقيه، ششم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۸. شیخ مفید، محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة (للشیخ المفید)، یکم، قم: کنگره جهانی هزارة شیخ مفید رحمته الله علیه.
۱۹. صیمری، مفلح. (۱۴۲۰ق). غایة المرام في شرح شرائع الإسلام، یکم، بیروت: دار الهدای.
۲۰. طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (طاهری)، دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. طباطبایی، سید محمدصادق، اسعدی، سید حسین، «بازپژوهی تأثیر قوه قاهره بر وضعیت زراعت پس از انقضاء مدت مزارعه»، پژوهش های فقهی، زمستان ۱۳۹۵، دوره دوازدهم، ش ۴، ص ۶۶۳-۶۹۲.
۲۲. طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، یکم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۲۳. طوسی، محمد. (۱۳۸۷). المبسوط في فقه الإمامیه، سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۴. عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثه)، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. علامه حلی، حسن (۱۳۸۸ق). تذکرة الفقهاء (ط - القديمة)، یکم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

۲۶. علامه حلی، حسن. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۷. علامه حلی، حسن. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. علامه حلی، حسن. (بی تا). تحریب الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - القديمة)، یکم، مشهد: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۲۹. عمیدی، سید عمیدالدین. (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد في حل مشکلات القواعد، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. فخرالمحققین، محمد. (۱۳۸۷ق). إيضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد، یکم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چهل و پنجم، تهران: نشر میزان.
۳۲. کاشانی، محمد. (بی تا). مفاتیح الشرائع، یکم، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
۳۳. کرکی، محقق ثانی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد، دوم، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۳۴. محقق حلی، نجم الدین. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۵. —. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع في فقه الإمامیة، ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (محقق داماد) دوازدهم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۷. محقق سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحكام، یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. محمود عبدالرحمان، (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، بی جا: بی نا.
۳۹. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۴۰. زیدی، سید محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی (للسید البزیدی)، دوم. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۹۰

References

1. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā'ir al-Ḥāwī li Tahṛir al-Fatāwī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
2. al-Ḥusaynī al-Ḥalabī, Ḥamzat ibn 'Alī (Ibn Zuhra). 1996/1415. *Ghunyat al-Nuzū' ilā 'Ilmay al-Uṣūl wa al-Furū'*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
3. Ibn Manẓūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-'Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr.
4. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403. *Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan fi Sharḥ Īrshād al-Aḍḥḥān*. Edited by Mujtabā al-Iraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
5. al-Ishtihārdī, 'Alī Panāh. 1996/1417. *Madārik al-'Urwa*. Tehran: Dar al-'Uswa li al-Ṭibā'a wa al-Nashr.
6. Imāmī, Sayyid Ḥasan. n.d. *Ḥuqūq Madanī*. Tehran: Intishārāt-i Islāmīyyi.
7. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. 1995/1416. *Muṣṭamsak al-'Urwat a-l-Wuthqā*. Qom: Mu'assasat Dār al-Tafsīr.
8. al-Ḥillī, Yaḥyā ibn Aḥmad (Ibn Sa'īd). 1985/1405. *Al-Jāmi' lil Sharā'i'*. 1st. Qom: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.
9. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d. *Tahṛir al-Wasīlah*. 1st. Qom: Maṭbū'āt Dār al-'Ilm.
10. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1998/1418. *Mawsū'at al-Imām al-Khu'ī*. 1st. Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
11. al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. 1992/1413. *Muḥaḍḍḥab al-Aḥkām fi Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 4th. Qom: Mu'assasat al-Manār.
12. Al-Sa'dī, Abū Jayb. 1988/1408. *Al-Qāmūs al-Fiqhī, Lughatan wa Iṣṭilāḥan*. 2nd. Damascus: Dār al-Fīkr
13. al-Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1989/1410. *al-Lum'at al-Dimashqīyya fi Fiqh al-Imāmīyya*. 1st. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
14. al-Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. 1st. Qom: Mū'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
15. —. 1993/1414. *Hāshiyat al-Irshād*. 1st. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i

- Daftar-i Tabliġhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ‘Ilmiyyi-yi Qom).
16. —. 2001/1422. *Ḥāshiyat Sharā’i’ al-Islām*. 1st. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliġhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ‘Ilmiyyi-yi Qom).
 17. —. 2010/1431. *al-Rawḍat al-Baḥīyya fī Sharḥ al-Lum’at al-Dimashqīyya*. 6th. Qom: Majma’ al-Fikr al-Islāmī.
 18. Ibn Nu’mān, Muḥammad Ibn Muḥammad (al-Shaykh al-Mufīd). 1992/1413. *al-Muqni’a*. Qom: al-Mu’tamar al-‘Ālamī li Alfīyyat al-Shaykh al-Mufīd.
 19. Al-Ṣumayrī al-Baḥrānī, Muflīḥ ibn Ḥasan (Ḥusayn). 1999/1420. *Ghāyat al-Marām fī Sharḥ Sharā’i’ al-Islām*. 1st. Beirut: Dār al-Hādī.
 20. Al-Ṭahirī, Ḥabībullāh. 1998/1418. *Ḥuqūq Madanī*. 2nd. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā’at al-Mudarrisīn.
 21. Ṭabāṭabā’ī, Sayyid Muḥammad Ṣadiq; As’adī, Sayyid Ḥusayn. *Bāzpaḥūhī Tathīr Quwwah-yi Qāhīrah bar Waz’īyat Zirā’at pas az Inqīdā-yi Muddat Muzārī’ah*. Pazhuhishhā-yi Fiqhī Journal. Wintter 2016/1395, 12(4): 662-692.
 22. al-Ṭabāṭabā’ī al-Ḥā’irī, al-Sayyid ‘Alī (Ṣāḥīb al-Riyāḍ). 1997/1418. *Riyāḍ al-Masā’il fī Tahqīq al-Aḥkām bi al-Dalā’il*. Edited by Muḥammad Bahrimand. 1st. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Ḥyā’ al-Turāth.
 23. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li ‘Iḥya’ al-Āthār al-Ja’farīyah.
 24. al-Ḥusaynī al-‘Amīlī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. 2004/1419. *Miftāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā’id al-‘Allāma*. 1st. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā’at al-Mudarrisīn.
 25. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1968/1388. *Taḍḥkirat al-Fuqahā’*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Ḥyā’ al-Turāth.
 26. —. 1990/1410. *Irshād al-Aḍḥḥān ‘Ilā Aḥkām al-’Imān*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā’at al-Mudarrisīn.
 27. —. 1992/1413. *Qwā’id al-Aḥkām fī Ma’rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā’at al-Mudarrisīn.
 28. —. n.d. *Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar’īyya ‘alā Maḍḥḥab al-Imāmīyya*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Ḥyā’ al-Turāth.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۹۲

29. Al-‘Amīdī al-Ḥusaynī, Sayyid ‘Amīd al-Dīn ibn Muḥammad A‘raj. 1996/1416. *Kanz al-Fawā‘id fī Ḥal Mushkilāt al-Qawā‘id*. 1st. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
30. al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Ḥasan (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1967/1387. *Īdāḥ al-Fawā‘id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā‘id*. Qom: Mu‘assasat Ismā‘īlīyān.
31. Kātūzīyān, Nāṣir. 2015/1394. *Qānūn Madanī dar Naẓm Ḥuqūqī Kunūnī*. 45th. Tehran: Nashr Mīzān.
32. al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. n.d. *Mafāṭīḥ al-Sharā‘i‘*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uẓmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
33. al-‘Āmilī al-Karakī, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jami‘ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā‘id*. 2nd. Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt li Ihya‘ al-Turāth.
34. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja‘far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā‘i‘ al-Islām fī Masā‘il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by ‘Abd al-Ḥusayn Muḥammad ‘Alī Baqqāl. Qom: Mu‘assasat Ismā‘īlīyān.
35. —. 1997/1418. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘ (al-Nafi‘ fī Mukhtaṣar al-Sharā‘i‘)*. 6th. Qom: Mu‘assasat al-Mṭbū‘āt Al-Dīnīyya.
36. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 1985/1406. *Qawā‘id-i Fiqh*. 12th. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulūm-i Islāmī.
37. al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiqh (Kifāyat al-Aḥkām)*. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
38. Maḥmūd ‘Abd al-Raḥmān. n.d. *Mu‘jam al-Muṣṭalahāt wa al-Alfāẓ al-Fiqhīyah*.
39. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. 7th. Edited by ‘Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Ihya‘ al-Turāth al-‘Arabī.
40. al-Ṭabāṭabā‘ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzīm. 1989/1409. *al-‘Urwat al-Wuthqā fīmā Tu‘ummu bihī al-Balwā*. Beirut: Mu‘assasat al-‘Alamī li al-Maṭbū‘āt.

تأثیر حدوث عذر عام
بر عقد مزارعه از منظر
فقه و حقوق

The Matter of Depth and Space around the Ground in terms of ‘Physical Goods’, ‘Right’ and ‘Benefit’¹

Doi: 10.22034/jrj.2020.54278.1690

Mohammad Rasool Ahangharan

Professor at Tehran University, Farabi Campus, Qom; (Corresponding Author);
ahangharan@ut.ac.ir

Loghman Rezanejjad

Researcher at Qom Seminary; l.0912707218357@gmail.com

Receiving Date: 2019-05-03

Approval Date: 2020-05-27

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.7, No.22
Spring 2021

195

Abstract

Providing the Conditions for more utilization authority in the depth and space of the ground has provided the background for asking questions concerning legal ownership. One of the most important questions is that whether the depth and space of the ground, regardless of its surface, can be transferred to others in the form of contracts or unilateral obligations. The present study seeks to find an answer for determining how to transfer in from of legal actions which being physical goods (‘Ayn) is a non-gratuitous condition in them. In this regard, given the fact that most of the legal actions

1. Ahangharan; M.R (2021); “The Matter of Depth and Space around the Ground in terms of ‘Physical Goods’, ‘Right’ and ‘Benefit’”; Jostar_ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 7; No: 22; Page: 195-220; Doi: 10.22034/jrj.2020.54278.1690

are such that being physical goods is a non-gratuitous condition in them such as transaction and renting, the matter of the depth and space around the ground has been examined in terms of 'being physical goods', 'right' and 'benefit', finally, being 'physical goods' of that accepted and also being 'right' and 'benefit' of that rejected. As a result, the depth and space around the ground can be transacted independently in those transactions that according to jurisprudential standards the condition of object of sale is to be physical goods and it has involved in it.

Key Words: the Matter of Depth, the Space Around, Physical Goods, Right, Benefit, Ground.

ماهیت عمق و فضای محاذی زمین از حیث «عینیت»، «حق» و «منفعت»^۱

محمدرسول آهنگران^۲
لقمان رضانزاد^۳

چکیده

فراهم شدن شرایط برای قدرت بهره‌برداری بیشتر در عمق و فضای محاذی زمین، زمینه را برای طرح سؤالاتی در مورد مالکیت شرعی فراهم کرده است. از جمله مهم‌ترین این سؤالات، این است که آیا می‌توان در قالب عقود یا ایقاعات، عمق و فضای محاذی زمین را مستقل از سطح آن، به غیر انتقال داد یا خیر؟ پژوهش حاضر، تلاش می‌کند پاسخی بیابد که در چارچوب موازین فقهی، چگونگی انتقال را در قالب اعمال حقوقی‌ای که عین بودن، شرط معوض در آنها است، مشخص نماید.

در این راستا، با توجه به اینکه غالب اعمال حقوقی به گونه‌ای است که عینیت داشتن، شرط معوض در آنها است (مانند خرید و فروش و اجاره)، ماهیت عمق و فضای محاذی زمین از حیث «عینیت»، «حق» و «منفعت» بررسی شده و در نهایت عین بودن آن پذیرفته شده و همچنین حق و منفعت بودنش رد شده است. در نتیجه عمق و فضای محاذی زمین می‌تواند به نحو مستقل در آن دسته از معاملاتی که بنابر موازین فقهی شرط مبیع، عین بودن

ماهیت عمق و فضای
محاذی زمین از حیث
«عینیت»، «حق» و
«منفعت»

۱۹۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۱۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۷

۲. استاد دانشگاه تهران پردیس فارابی قم - ایران: (نویسنده مسئول): ahangaran@ut.ac.ir

۳. پژوهشگر حوزه علمیه قم - ایران: 1.0912707218357@gmail.com

است و عینیت در آن دخالت دارد (مانند بیع، اجاره و وقف) مورد نقل و انتقال قرار گیرد.
کلیدواژه‌ها: ماهیت عمق، فضای محاذی، عین، حق، منفعت، زمین.

مقدمه

سلطنت مالک بر زمین، امری عقلانی و مورد امضا و اعتبار شارع است و از جمله تصرفات مالک زمین، خرید و فروش و انتقال ملک خود به غیر است که عمق و فضای محاذی زمین نیز به تبع آن منتقل می‌گردد؛ چراکه «مالک زمین مالک سطح آن تا اعماق زمین است» (عاملی، محمدبن مکی، ۱۴۱۷ق، ۳/ ۳۴۷؛ عاملی، زین‌الدین، ۱۴۱۳ق، ۴/ ۲۷۳) و «هوای محاذی زمین تابع سطح آن است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/ ۲۹۵؛ حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ۱۴۱۲ق، ۴/ ۳۱۳) و این امر مورد اتفاق فقها است؛ اما تصرف مالک نسبت به عمق و فضای محاذی زمین به صورت مستقل و بدون در نظر گرفتن سطح زمین و با توجه به امکان تصرف در عمق و فضا به صورت مستقل، چگونه است؟ و قابلیت فروش، هدیه‌دادن، وقف و مانند آن را دارد؟

اهمیت پاسخ به این سؤال با توجه به رشد تکنولوژی و قابلیت بهره‌برداری امروزی از زمین‌ها با ساخت سازه‌های مرتفع و پل‌ها در فضای محاذی زمین و گودبرداری و حفر زمین به جهت تونل‌ها، پارکینگ‌های طبقاتی در عمق و... بیشتر درک شده و مورد ابتلای مردم است.

پاسخ به سؤال یادشده متوقف بر بررسی ماهیت عمق و فضای محاذی زمین است و با توجه به اسباب متعدد تملیک و انتقال ملکیت مانند؛ خرید و فروش، هدیه‌دادن، صلح، اجاره و... و همچنین گستردگی مجموعه تصرفات انسان در زمین، لازم نیست ماهیت مذکور در هر کدام از اسباب تملیک، تحلیل و بررسی شود؛ بلکه تنها تعیین ماهیت عمق و فضای محاذی زمین به خودی خود قابل انطباق در مجموعه اسباب تملیک خواهد بود.

غالب تصرفات مالک در عمق و فضای محاذی زمین، ذیل یکی از عناوین «حق»، «منفعت» و «عین بودن» قابل توجه است. بنابراین اگر ثابت شود عمق و فضای محاذی زمین «عین» است، هر تصرفی در بخش‌های مختلف عمق و فضای

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۱۹۸

محاذی زمین، تصرف در بخشی از عین بوده و در تمام معاملات که عین بودن شرط در عوضین است قابل انطباق است، البته شروط دیگر از عوضین مانند: مالیت، اباحه، معلومیت و... مفروغ گرفته شده است.

پیشینه

بحث از عمق و فضای محاذی زمین به تبع سطح زمین، در متون فقهی مانند بحث در احداث بالکن، نحوه تصرفات در فضای محاذی اماکن عمومی (حلی، نجم‌الدین، ۱۴۰۸ق، ۹۹/۲)، تصرفات مالکان زمین‌های هم‌جوار به لحاظ واردشدن شاخه‌های درخت به فضای محاذی زمین غیر (حائری، بی تا، ۱۰۲/۲)، اباحه مکان مصلی (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۵۷۶/۱) و... آمده است و برخی از علما، مالک زمین را مالک فضای محاذی زمین تا حدود متعارف دانسته‌اند (نائینی، ۱۴۱۱ق، ۴/۲-۵).

همچنین درباره عمق زمین در کتاب خمس، در استخراج گنج از زمین غیر، فرموده‌اند؛ اگر استخراج گنج در حدود غیر متعارف از زمین غیر باشد، خارج کننده گنج، مالک آن است نه مالک زمین (خوئی، ۱۴۱۸ق، ۵۷/۲۵). آنچه در متون فقهی طرح شده است مالکیت عمق و فضای محاذی زمین به تبع سطح آن بوده است و ماهیت عمق و فضای محاذی زمین به نحو مستقل و بدون در نظر گرفتن سطح آن را بیان نکرده است.

ماهیت عمق و فضای
محاذی زمین از حیث
«عینیت»، «حق» و
«منفعت»

۱۹۹

۱. عینیت عمق و فضای محاذی زمین

لازم است واژه «عین» ابتدا در لغت و سپس در اصطلاح تبیین شود و آنگاه انطباق آن با عمق و فضای محاذی زمین مورد بررسی قرار گیرد.

۱/۱. مفهوم‌شناسی «عین»

برای «عین» در لغت معانی متعددی ذکر شده است که برخی از آن معانی: چشم، چشمه، زانو، دینار، مال موجود، طلا و... است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۲۵۴/۲) و این واژه لفظ مشترک است، در حالی که در اصطلاح فقهی در بسیاری از موارد واژه «عین» مطابق همان معنای لغوی‌اش به کار رفته است مانند: کتاب حدود، دیات و

باب نظر به أجنبیه که «عین» به همان معنای چشم و در باب بیع صرف (بیع طلا به طلا) به همان معنای لغوی طلا به کار رفته است. اما در بسیاری از مواضع دیگر فقهی استعمال واژه «عین» به معنای چیزی است که بالفعل ما به ازای خارجی داشته یا قابلیت تشخّص خارجی داشته باشد (سجادی، ۱۳۷۹، ۱۸۱/۱): همان‌طور که در شروط عوضین شرط مذکور تصریح شده است.

به تعبیر دیگر وقتی فقها در شروط عوضین «عین» بودن را ذکر می‌کنند، قابلیت تعیین مورد نظر آنهاست؛ اگرچه مبیع، کلی در ذمه و یا کلی در المعین باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۱۷/۲۲؛ خوئی، بی‌تا، ۳۵۷/۵)؛ در هر صورت باید توجه داشت که «عین» در این فرض در مقابل منفعت و حق قرار گرفته است (نجفی، ۲۲/۲۰۸) که در غالب معاوضات این معنای اخیر مورد نظر است؛ البته در بعضی موارد مانند آنکه در توضیح «عین» بودن مال وقف شده آمده است: دین و یا امر مبهم و غیر قابل منفعت عینیت نداشته و قابل وقف نیست (شیرازی، ۱۴۲۵ق، ۱/۴۵۸) که در این بیان لزوم تشخّص خارجی از واژه «عین» لحاظ شده است.

حقوقدانان نیز در استعمال «عین» قابلیت تعیین خارجی را اتخاذ کرده‌اند و «عین» را در مقابل منفعت دانسته‌اند (امامی، بی‌تا، ۲۱/۱) و در تقسیم افراد «عین» به لحاظ مال گفته‌اند: «چنانچه موضوع مورد قرار و تعهد، مقدار معینی از مال مشخص باشد، اگرچه خارجاً تشخّص ندارد ولی چون قابلیت تشخّص را دارد و تملک آن مقدار از مال مشخص است در حکم عین خارجی است، مانند بیع کلی فی المعین» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۵-۲۷).

از توضیحات بالا معلوم می‌شود که ملاک در «عینیت»، موجودیت بالفعل و خارجی مبیع و کالا نیست؛ بلکه قابلیت تحقق و تعیین آن شرط است؛ به همین جهت حقوقدانان در کلی در ذمه یا کلی در معین تعبیر در حکم عینیت را به کار گرفته‌اند.

در هر صورت به دست می‌آید که واژه «عین» در شرایط عوضین در غالب ابواب معاملات معنایی با وسعت شمولی بیشتر از معانی لغوی و حتی فلسفی دارد؛ چرا که در تعبیر فلسفی به چیزی که دارای ابعاد سه‌گانه طول، عرض و عمق باشد «عین»

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۲۰۰

گفته می شود که به تعبیر دیگر همان جسم تعلیمی (سجادی، سیدجعفر، ۱۸۱/۱) در نظر اهل حکمت است.

۲/۱. استدلال بر عینیت عمق و فضای محاذی زمین

پس از تبیین واژه «عین»، این سؤال مطرح می شود که آیا عمق و فضای محاذی زمین از نظر فقهی می تواند «عین» باشد؟ و اصطلاح «عین» قابل انطباق بر عمق و فضای محاذی زمین است؟ پاسخ به این سؤال در ضمن سه مرحله ذیل به دست می آید.

اول: ماهیت باب معاملات برخلاف عبادات از امور توقیفی نیست؛ بلکه متکی بر بنای عقلا است که یا به امضای صریح شارع یا با نبود ردع و منع شارع با بنای عقلائی، حجیت شرعی یافته است و به ویژه اصل کلی در تعابیر و اصطلاحات فقهی در باب معاملات آن است که به مانند عبادات دارای حقیقت شرعیه نیستند و مهم نحوه معاملات و قراردادهایی است که عقلا آن را انجام می دهند و واژه عین از این قرار است و دارای حقیقت شرعیه نیست و عقلاء، عمق و فضای محاذی زمین خود را از آن خود می دانند و به همین جهت تصرفات مالکانه در آن می کنند و برای ایجاد بالکن در فضای محاذی زمین خود، از ایجادکننده بها مطالبه می کنند یا در صورت عدم رضایت، از فروش یا اجاره آن مقدار از عمق یا فضای محاذی زمین ممانعت می کنند و این دسته از معاملات به خصوص اجاره منحصر در تسلیط عین است نه حق، بیانگر آن است که عرف نیز نگاه مالکانه کامل را برای خود قائل است نه مالکیت به لحاظ حق که نوعی سلطنت ضعیف و مرتبه ای از ملکیت است و این در حالی است که ممانعتی از شارع در این بنای عقلایی به ما نرسیده است و شارع نیز تعریف شرعی از عین به عنوان مبیع یا معوض ارائه نداده است.

دوم: از نظر عرفی عمق و فضای محاذی زمین جزء ماهیت و مقوم مفهوم زمین است؛ چراکه هیچ شخصی زمین را هنگام خرید و فروش، به صرف سطح تعلیمی نمی داند و اساساً صرف سطح آن را دارای منافع قابل اعتنا نمی داند، حتی کاشت کوچک ترین بذر در عمق و فضای محاذی سطح زمین اثرگذار است و به همین جهت

ماهیت عمق و فضای
محاذی زمین از حیث
«عینیت»، «حق» و
«منفعت»

فقها عمق و فضای محاذی زمین را از توابع زمین می دانند (عاملی، سیدجواد، بی تا، ۲۰۲/۱۰؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۹/۴۴۳)؛ چنانکه سابقاً در تبیین مسئله گذشت.

سوم: در تحلیل انطباق فضای محاذی زمین به عنوان عین، محذوری وجود ندارد؛ زیرا فضای محاذی زمین مشخصات کالا از قبیل قابلیت اندازه گیری، قابلیت تفکیک و جداسازی و... را دارد و با اندازه گیری تشخص و تعیین می یابد؛ البته فضای محاذی زمین، تعیین خارجی فعلی ندارد، اما قابلیت تعیین دارد و به تعبیر دیگر تعیین و اندازه گیری موجب تعیین فضای محاذی زمین می گردد و تعیین هر شیء نیز به حسب همان شیء ملاحظه می شود؛ مثلاً در بیع کلی، قابلیت جداسازی و تفکیک از مال مشاع است و در بیع کلی در ذمه، اوصاف کالایی که بالفعل موجود نیست به عنوان تعیین محسوب شده و قابلیت تعیین در خارج را دارد.

البته باید به دو نکته ضروری زیر توجه شود:

۱. مدعا این نیست که فضای محاذی زمین که مورد نظر است کلی بوده و به عنوان کلی فی المعین و بخشی از کالای مورد مشاهده فروخته شود و خریدار نیز به میزان بهایی که پرداخته است مالک بخشی از کالای مورد نظر بشود و در نهایت به صورت مال مشاع افزاز گردیده و جدا شود (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ۲۰۱/۱).

۲. همچنین مراد، فروش و بیع کلی در ذمه نیست، یعنی فروشنده کالایی را با ذکر اوصاف بدون آنکه فعلاً موجود باشد، بفروشد و خریدار بهای مشخص شده را در مقابل کالای مذکور بپردازد و در نتیجه ذمه فروشنده نسبت به خریدار بابت کالای تعریف شده مشغول باشد؛ بلکه غرض ما در اینجا شباهت حکمی در نحوه تعیین و قابلیت تشخص اعیان مورد معامله است، یعنی عدم تشخص فعلی و خارجی کالا مانع از صحت معامله نسبت به آن نیست.

بنابراین، از آنچه گذشت می توان به این نتیجه رسید که فضای محاذی زمین («عینیت حکمی») دارد و در حکم «عین» خارجی است و پس از اندازه گیری و تعیین حدود (طول، عرض، فضای)، فضای محاذی زمین، تعیین و تشخص می یابد و به عنوان یک کالای خارجی و عینی، قابلیت معامله و نقل و انتقال ملکی و سایر احکام تجاری و حقوقی را خواهد داشت.

و همچنین سخن درباره عمق با دو لحاظ قابل تصور است یکی عمق زمین، بدون خاکبرداری و دیگری عمق زمین پس از خاکبرداری، نسبت به فرض اول با توجه به آنچه در تعریف «عین» گذشت، قطعاً مصداق «عین» است و در فرض دوم، فضایی در زمین ایجاد می‌شود که به تعبیر دیگر مانند فضای محاذی زمین است، یعنی هرچه خاکبرداری زمین بیشتر شود، فضای محاذی زمین نیز بیشتر خواهد شد که اثبات عینیت فضا ذکر شد.

پس عمق زمین می‌تواند در نظر فقهی و حقوقی «عین» باشد و مانند سایر اعیان قابلیت معامله دارد، یعنی می‌تواند هم کالا و هم بهای کالا قرار گیرد و قابلیت عوض و معوض بودن در معامله را داراست.

در زمان گذشته علما به لحاظ محدودیت‌های موجود مانند ساخت‌وساز و ... به تحلیل جامع در این موضوع پرداخته‌اند، مثلاً مرحوم مقدس اردبیلی، درباره این مسئله می‌فرماید: به جهت آنکه امکان تسلیم هوا ممکن نیست، بیع هوا به تنهایی صحیح نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۳۶۷/۹).

ماهیت عمق و فضای
محاذی زمین از حیث
«عینیت»، «حق» و
«منفعت»

۲۰۳

بدیهی است محذور مورد ذکر ایشان به جهت عدم امکان تسلیم مبیع است؛ درحالی که شرط امکان تسلیم غیر از شرط عینیت است؛ مانند ممنوعیت فروش ماهی در دریا که به جهت عدم امکان تسلیم است نه به جهت آنکه «عین» نیست؛ ولی چون امکان تسلیم ندارد نمی‌تواند مبیع واقع شود؛ مگر آنکه گفته شود مرحوم مقدس اردبیلی عدم امکان تسلیم هوا را به جهت عین نبودن اش ذکر کرده است که این وجه دلیل می‌خواهد و با توجه به دقت فقها در به کارگیری اصطلاحات امری دور از ذهن به نظر می‌رسد و در هر صورت محذور عدم امکان تسلیم مبیع اعم از آن است که مبیع عین باشد و غیر قابل تسلیم یا عین نباشد و غیر قابل تسلیم باشد.

۲. حق بودن عمق و فضای محاذی زمین

۱/۲. مفهوم شناسی حق

واژه «حق» دارای معانی متعدد است و از جمله آن اینکه به معنای تحقق و ثبوت است (فراهیدی، ۱۴۰۹، ۶/۳) و همچنین برای معنای یقین نیز وضع گردیده (صاحب،

۱۴۱۴ق، ۲/۲۸۶) و یا معنای مطابقت و موافقت نیز برای آن ذکر شده، همان‌طور که در بسیاری از استعمالات قرآنی و روایی در این معنا به کار رفته است (اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ۲۴۶)؛ اما در آراء فقها اصطلاح «حق» به معنای زیر آمده:

اول. حق سلطنت و قدرت فعلی (در مقابل شأنی و اقتضائی) و قائم به دو طرف من له الحق و من علیه الحق (در مقابل مالکیت) است (انصاری، ۱۴۱۰ق، ۶/۲۰).

دوم. حق سلطنتی اعتباری به نفع یک انسان و به ضرر انسان دیگر است که برخلاف حکم قابل اسقاط و انتقال است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ۱/۱۳-۱۴).

سوم. حق سلطنت ضعیف اعتباری است که قابلیت اسقاط دارد (نائینی، ۱۳۷۳ق، ۱/۴۲).
چهارم. حق امری است که ملکیت به آن تعلق می‌گیرد به مانند اعیان خارجی، قابل اسقاط و انتقال قهری یا اختیاری است (فشارکی، ۱۴۱۳ق، ۴۴۶).

پنجم. حق اعتباری مخصوص است که دارای آثار خاصی مانند حق فسخ و غیره است (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۴).

ششم. حق نوعی ملکیت است که دارای متعلق شخص مانند: حق حضانت ... یا اضافه و نسبت بین دو طرف است (یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱/۵۵).

هفتم. حق نوعی ملکیت است، نوعی خاص از اضافه (حقیقه) بین مالک و مملوک و اعتبار خاص بین آن دو که در هر موردی آثار خاص به خود را دارد و قائم به غیر است (حکیم، بی‌تا، ۶).

هشتم. حق و حکم امری اعتباری‌اند و اختلاف در آثار آن‌ها از نوع جعل شارع به لحاظ مصالح و ملاک‌های واقعی احکام است (خوئی، بی‌تا، ۲/۴۶).

نهم. حق از حیث مصداقی، اعتباری است مخصوص که دارای آثار است. مثلاً در حق الولاية، ولایت پدر، جد پدری و حاکم ایجاد می‌شود و جواز تصرف در مال مولی علیه از آثار همین اعتبار است. به تعبیر دیگر در حق الولاية آنچه اعتبار می‌شود همان آثار است، لذا حقی که موجب جواز تصرف باشد وجود ندارد بلکه خود جواز تصرف، اعتبار می‌شود؛ بنابراین واژه حق در تعبیر «حق ولایت» و مانند آن تنها نقش بیان را دارد به عبارت دیگر اضافه بیانیه است و این گونه نیست که «حق» ماهیتی مستقل داشته باشد و دارای آثار باشد؛ بلکه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۲۰۴

نفس اثر مورد نظر، حقیقت و ماهیت حق است.

حقّ توسط اعتبار کننده آن قابل رفع است، اما حکم به لحاظ ماهیت آن، اساساً بعث به انجام یک فعل و یا منع از انجام آن است و قابل رفع نیست، مگر این که موضوع حکم از بین برود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ۴۴).

نقد و بررسی تعاریف: با توجه به آنچه ذکر شد به دست می آید تعریف جامع و مانعی از حق ارائه نشده است و عمده تعاریف دارای اشکال است و لازم است مورد بررسی قرار گرفته تا در انطباق با عمق و فضای محاذی زمین، تحلیل جامع تری ارائه شود؛ البته با توجه به آنکه غالب قیود در تعاریف مذکور تکرار شده اند از نقد و بررسی تعاریف به نحو تفکیک شده به جهت جلوگیری از تکرار پرهیز شده است و اما اشکالات به شرح زیر است:

۱. تعریف به سلطنت یا سلطنت ضعیفه و یا دارای بودن آثار- که در غالب تعاریف مانند تعریف اول، دوم، سوم و پنجم آمده است -، تعریف به ماهیت و ذات حق نیست؛ بلکه تعریف به آثار حق است.

۲. تعریف به قابلیت اسقاط و انتقال در مقابل حکم - که در تعریف سوم و چهارم آمده است - تعریف به لوازم حق است نه ماهیت حق، علاوه بر آنکه تعریف جامعی نیست؛ زیرا برخی از حقوق قابلیت اسقاط یا انتقال ندارند، مانند: حق ائوت، حق استماع، حق ولایت حاکم قابل اسقاط نیستند و همچنین حق شتم، حق غیبت در فرض وجوب رضایت از صاحبش قابل انتقال با موت نیستند؛ در حالی که «حق الشفعه» طبق برخی مبانی قابل نقل نیست؛ ولی قابل انتقال با موت است.

۳. تعریف به «نوعی از ملکیت و اضافه خاصی بین مالک و مملوک (اضافه حقیقه) و امری قائم به غیر» یا «نوعی از ملکیت که متعلقش شخص و نسبتی بین دو طرف است» - که در تعریف ششم و هفتم آمده است -؛ تعریف واضح و مانع از غیر نیست؛ به دلیل آنکه:

الف. در «حکم» و «مالکیت» نیز دو طرف داشتن متصور است.

ب. بسیاری از حقوق متعلقشان شخص نیست؛ بلکه می تواند عقد (مانند حق

خیار و...) یا عین باشد (حق تحجیر، حق رهانه و...)

ج. اگر مفهوم طرفیت و قائم به غیر بودن را به «من علیه الحق» تفسیر کنیم، به این معنی که مفهوم حق در جایی شکل می‌گیرد که در مقابل صاحب حق، شخصی است که اعمال حق بر علیه او خواهد بود؛ در برخی موارد در مقابل صاحب حق، شخصی نیست تا تعبیر «من علیه الحق» صحیح باشد مانند: «حق التحجیر» و اگر آن را مطلق طرفیت بدانیم؛ در این صورت در «مالکیت» و «حکم» نیز دو طرف داشتن متصور است؛ زیرا این دو نیز از مفاهیم اضافه هستند.

د. اگر مراد از مملوک، متعلق باشد، اموری که متعلق آن شخص یا عقد است، قابل پذیرش نیست؛ زیرا «من علیه الحق» را نمی‌توان مملوک دانست و اگر مراد نفس آثار و قدرت اجرای حق باشد به این معنی که مالک «ذی‌الحق» باشد و نفس قدرت اعمال حق «مملوک» باشد خلف است و به تعبیر دیگر حیث مالکیت در «ذی‌الحق» اساساً چیزی جدای از همان اعمال و قدرت بر اجرای حق نیست.

۴. در برخی از تعاریف قید قائم بودن به دو طرف «من له الحق» و «من علیه الحق» ذکر شده است - مانند تعریف اول - که تعریف جامعی نیست؛ به دلیل آنکه: الف. در برخی از حقوق که متعلقش عین است برداشت مفهوم «من علیه الحق» قابل انطباق نیست مانند: «حق تحجیر».

ب. در برخی از حقوق که متعلقش شخص است تعبیر «من علیه الحق» وجه روشنی ندارد؛ آیا به معنای شخصی است که اعمال حق به ضرر او است، در مقابل شخصی که اعمال حق به نفع او است یا به معنای آن است که چون قدرت اعمال حق را ندارد یا محل اجرای اعمال حق است «من علیه الحق» است، اگرچه «حق» در خارج و بنای عقلایی به نفع شخص و به جهت رعایت مصالح او اعتبار شده باشد؛ مانند: حق الولاية حاکم، حق الحضانه و مانند آنکه اعمال حق نه به ضرر متولی علیه و نه به نفع اولیاء است؛ تنها اعمال حق، نسبت به آنان جاری می‌شود یا به تعبیر دیگر سیطره دارد؛ درحالی که در حق غرماء در ماترک میّت و مانند آن به نفع ذی‌حق و به ضرر طرف مقابل در اجرای حق است.

۵. تعریف به اینکه حق و حکم امری اعتباری‌اند و اختلاف آثار آنها از نوع جعل شارع به لحاظ مصالح و ملاک‌های واقعی احکام است - که در تعریف هشتم

آمده است - ، با فرض پذیرش، تعریف در مقام ثبوت است و به لحاظ اثباتی فارق و ممیزی بین حق و حکم بیان نمی کند.

بنابراین با توجه به اشکالات سابق و بررسی تعریف مرحوم اصفهانی - که در تعریف نهم آمده است - به دست می آید تعریف ایشان از عمده اشکالات سابق به دور بوده و از ویژگی های زیر برخوردار است:

الف. تعریف به آثار و لوازم حق نکرده است؛ زیرا اعتبار حق را نفس آثار می داند و دو حیثیت «حق» و «آثار» قلمداد نکرده و واژه «حق» را تنها اضافه بیانیه دانسته است.

ب. در وجه تمیز حق با حکم، لحاظ ماهوی حکم را، بعث به انجام یک فعل و یا منع از آن دانسته است و رفعش را متوقف به رفع موضوع می داند؛ درحالی که رفع حق در اختیار صاحب حق است.

ج. اعتباربخشی به آثار حق، توجه به این نکته است که اعتبار محض معنا ندارد؛ بلکه آثار، متن واقع است.

البته باید توجه داشت که این دسته امور، دارای ماهیتی حقیقی و جنس و فصل نیستند تا تعریف منطقی ارائه گردد، بلکه تعاریف به لحاظ آثار، لوازم و احکام، مشروط به اینکه ممیز از غیر باشند کفایت می کند و با این اوصاف و نگاهی مسامحه ای چه بسا برخی از تعاریف علماء مانند محقق خراسانی و آیت الله خوئی را تعریفی نزدیک به تعریف محقق اصفهانی و ناظر به یکدیگر بدانیم.

ماهیت عمق و فضای
محاذی زمین از حیث
«عینیت»، «حق» و
«منفعت»

۲۰۷

۲/۲. رَدّ وجه احتمالی حق بودن عمق و فضای محاذی زمین

با مشخص شدن عین بودن عمق و فضای محاذی زمین، نوبت به طرح این مسئله می رسد که آیا اصطلاح فقهی «حق» بر عمق و فضای محاذی زمین قابل انطباق است یا خیر؟ به تعبیری دیگر آیا می توان آن را به مانند حق دانست و تصرفات غیر را به جهت تقدم، خصوصاً در حدود غیر متعارف را از باب حق اولویت شخص متصرف دانست؟ یا بالعکس مالک زمین را دارای حق اولویت در عمق و فضای محاذی زمینش بدانیم تا مانع تصرفات غیر در حقوق او شویم، خصوصاً در حدود متعارف از عمق و فضای محاذی زمین.

از جمله امور مسلم در بحث از حقوق آن است تصرفات عدوانی در حقوق دیگران جایز نیست و حقوق در صورت مالیت داشتن، قابلیت فروش نیز خواهد داشت، مثلاً شخصی که در صف جماعت، برای اقتدا به امام جماعت ایستاده است، نسبت به مکان مذکور حق دارد و اگر دیگری او را از حق اش منع کند، غاصب است و صاحب حق می‌تواند حقش را در مقابل عوض به فرد دیگری واگذار کند؛ آیا با فرض حق دانستن و مالیت آن می‌تواند به مانند معوض واقع شوند؟ این در حالی است که حق دانستن عمق و فضای محاذی زمین با محذورات زیر روبرو است:

۱. متعلق حق در اینجا چیست؟ و مالک زمین که صاحب حق محسوب می‌شود در چه چیزی حق داشته و می‌تواند اعمال حق کند؟ به تعبیر دیگر متعلق حق ماهیتی غیر از خود حق دارد که صاحب حق مطابق تعاریف متعدد گذشته در آن سلطه یا سلطنت یا نوعی ملکیت یا مطابق تعریف مرحوم اصفهانی نفس تصرف مالکانه را در آن دارد؛ بدیهی است متعلق حق در اینجا عقد یا شخص نخواهد بود و تنها گزینه باقیمانده از اقسام متعلق حق، «عین» است؛ اگر گفته شود متعلق حق، عین است و مراد از آن سطح زمین است؛ در این صورت خروج از مسئله مورد بحث رخ داده؛ زیرا مورد بحث عمق و فضای محاذی زمین به تبع سطح آن نبوده است؛ بلکه به طور مستقل مورد نظر بوده است و اگر گفته شود متعلق آن عین است و مراد از آن، عمق و فضای محاذی زمین است، در این صورت قول به عینیت آن پذیرفته شده است و در این صورت واژه حق به معنای عرفی ناظر به آثار مالکیت مالک است نه مفهومی اصطلاحی در مقابل مالکیت اعیان.

۲. با توجه به تعریف‌های گذشته در حق و تعبیری نظیر «نوعی از ملکیت» یا «سلطنت ضعیف» و...، قدرت صاحب حق در ملکیت اش به مانند ملکیت او به اعیان نیست؛ به تعبیر دیگر مالکیت حقی که متعلقش عین است غیر از مالکیت خود عین است و تعدد تعبیر (عین، حق) و اختلاف در آثار هر یک، این امر را می‌فهماند، علاوه بر آنکه عمق و فضای محاذی زمین، کمترین عمق آن (مانند نفوذ ریشه گیاه) تا کمترین فضای محاذی آن (مانند رشد گیاه کوچک) را شامل می‌شود؛ باین وجود اگر عمق و فضای محاذی زمین را حق بدانیم ناگزیریم مالکیت کامل مالک را

تنها برای سطح تعلیمی زمین قائل شویم. این در حالی است که عرف خود دارای سلطنت کامل در زمین و عمق و فضای محاذی آن می‌داند و همین امر را به هنگام معاوضات قصد و انشاء می‌کند و اگر گفته شود نسبت به حدود متعارف سلطنت کامل دارند؛ ولی در حدود غیر متعارف صرفاً حق دارند؛ در واقع قول به عینت عمق و فضای محاذی زمین در حدود متعارف مورد پذیرش شده است.

۳. هر یک از حقوق به لحاظ متعلق خود (شخص، عین، عقد) محدودیتی دارند، مانند حق شفعه که مطابق برخی مبانی تا سه روز جاری است و حق اولویت که با پیشی گرفتن در تصرف از جانب غیر ساقط می‌گردد. حال اگر مالک زمین از عمق و فضای محاذی زمین خود بهره‌برداری نکند و دیگری بیاید آن را تصرف کند، به خصوص در حدود غیر متعارف؛ مثلاً بالکُن احداث کند، می‌توان گفت برای احداث کننده حق اولویت ایجاد شده است؟ در حالی که التزام به این امر غیر قابل پذیرش عقلاً خلاف سیره عقلایی است و مالکان زمین‌ها اجازه این عمل را نمی‌دهند؛ زیرا عمق و فضای محاذی زمین خود را، صرفاً حق نمی‌دادند و این بنای عقلایی با نبود ردّ شارع قابل پذیرش است.

اگر در پاسخ گفته شود این حق به نوعی است که با مالکیت شروع و با اتمام آن از بین می‌رود، باید بگوییم که: اولاً: چنین آثاری که با خود ملکیت همیشه همراه باشد در واقع حق نخواهد بود؛ بلکه ملکیت به تبع قرار و سطح است.

ثانیاً: محذور جواز تصرف غیر، قبل از تصرف مالک زمین را توجیه نمی‌کند. نکته دیگر آن که اگر حق بودن عمق و فضای محاذی زمین به نحو مستقل پذیرفته شود و برای محذوره‌های سابق نیز توجیهی ارائه گردد، باید دانست که حقوق به خودی خود قابلیت معاوضه دارد و طبق نظر مشهور می‌تواند ثمن معامله قرار گیرد، اگرچه با تأمل و تحقیق مبیع قرار دادن حقوق نیز صحیح است و سابقاً گذشت که شرط عین بودن در مقابل منفعت است.

امروزه بسیاری از حقوق در قالب عقد بیع معامله می‌شوند که عینیت خارجی ندارند، و جزء منافع نیز محسوب نمی‌شوند؛ مانند «حق سرقفلی» یا «حق نشر» و

در بسیاری از موارد مانند حق امتیاز تلفن و... متعلق حق نیز مورد نظر فروشنده نیست (شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۲۸۱) تا بگوییم فروش حقوق به لحاظ متعلق حقوق است، چنانکه بعضی از فقها گفته‌اند (خوئی، ۱۴۱۰ق، ۱۵۸/۲).

۳. منفعت بودن عمق و فضای محاذی زمین

ابتدا لازم است واژه «منفعت» در لغت و اصطلاح تبیین و سپس انطباق آن با عمق و فضای محاذی زمین بررسی شود.

۳/۱. مفهوم شناسی منفعت

منفعت اسم مصدر از نفع است (عبدالرحمن، بی تا، ۳/۳۵۹) و جمع آن منافع است، همان گونه که لغوی‌ها تصریح کرده‌اند، نقطه مقابل «ضرر» است (جوهری، ۱۳۷۶ق، ۱۲/۳) و به تعبیر دیگر معنی آن عبارت است از «خیر و هر آنچه انسان به واسطه آن به مطلوب و مقصودش دست می‌یابد» (فیومی، ۱۴۱۴ق، ۲/۶۱۸؛ طریحی، ۱۳۷۵، ۴/۳۹۸)؛ در حالی که در اصطلاح فقها، تعریف جامعی از منفعت نیامده است و در ابواب مختلف فقهی مانند اجاره، حق انتفاع، وقف و... به تناسب پیرامون منفعت سخن گفته‌اند و تعریف آن در بعضی از تعبیر این گونه آمده است: «أن المنفعة هی عبارة عن قابلية العين لأن ینتفع بها» (میلانی، ۱۳۹۵ق، ۱۷) یعنی به قابلیت اعیان جهت بهره‌برداری منفعت گفته می‌شود.

برای تبیین بیشتر لازم است به شروط منفعت پردازیم تا تعریف جامعی را ارائه دهیم که با تتبع در متون و منابع فقهی به دست می‌آید که منفعت با شرایط ذیل مورد توجه است:

۱. موجود بودن منفعت: (کاشانی، بی تا، ۳/۱۰۳)؛ البته در بسیاری از تعبیر موجود بودن منفعت به «تدریجی الحصول» بودن مقید شده است (اصفهان‌ی، ۱۴۰۹ق، ۱۴۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۳/۱۱۹) که یا وجود بالفعل منفعت را امری مفروغ گرفته‌اند و یا به لحاظ آن است که غالب منافع به نحو تدریجی حاصل می‌شود؛ در هر صورت قدر مشترک از بیانات عدم ممنوعیت تدریجی الحصول بودن منافع است نه حصر منافع به تدریجی الحصول بودن.

۲. مالیت داشتن: (حلی، ۱۴۱۴ق، ۲۹۴).

۳. مملوک بودن: (عاملی، ۱۴۱۰ق، ۳۳۹/۴)؛ مراد از مملوکیت اختصاص منفعت به شخص است تا بتواند آن را به سبب عقد اجاره و یا سایر عقود به فرد دیگری تملیک کند وگرنه معاوضه معقول نیست.

۴. بقای «عین» پس از استیفای منفعت: (حلی، ۱۴۱۰ق، ۴۵۶/۲؛ حائری، ۱۴۰۴ق، ۱۹۸/۹) یعنی با بهره برداری از منافع، اعیان آنها باقی بمانند؛ بنابراین بدیهی است که اجاره نان برای خوردن و چوب برای احراق و... صحیح نیست (عاملی، زین الدین، ۱۴۱۳ق، ۲۱۲/۵).

۵. امکان بهره برداری و استیفای منفعت: (کیدری، ۱۴۱۶ق، ۲۷۵؛ حلی، حسن، ۱۴۱۷ق، ۲۸۸/۲؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ۱۳۲/۷). لازم به ذکر است که در هر عقدی که منفعتی منتقل می شود، قابلیت استیفای شرط است؛ گرچه این شرط در عقد اجاره بیشتر مورد بررسی قرار گرفته است.

۶. مباح بودن منفعت: در هر بابی از ابواب فقهی که منفعتی منتقل می شود اباحه آن شرط است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ۴۲۳/۱۹)؛ بنابراین اجاره مسکن تنها برای انجام محرمات و یا مطابق مثال در کتب فقهای گذشته اجاره کنیز برای زنا یا اجاره عبد جهت ظلم کردن و... صحیح نیست.

۷. قدرت بر تسلیم منفعت: (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۳۴۵؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ۲۹۶/۲؛ خمینی، بی تا، ۵۲۵/۱). بنابراین با توجه به آنچه بیان شد تعریف منفعت به «قابلیت عین برای انتفاع» تعریف جامعی نیست و به عبارت دیگر منفعت در معاوضات باید تمام شروط مذکور را دارا باشد.

۲/۳. ردّ وجه احتمالی منفعت بودن عمق و فضای محاذی زمین

از جمله مسایل دیگر این است که آیا عمق و فضای محاذی زمین می تواند مستقلاً از منافع باشد؟

منافع یک شیء نمی تواند جزء ماهیت همان شیء باشد. به عنوان مثال، خودرو ماهیتی دارد که متشکل از نیروی محرکه، چرخها، اتاق و... است و ماهیت به دست آمده از پیوند اجزاء منافی از قبیل حمل مسافر، بار و... دارد که این منافع

ماهیت عمق و فضای
محاذی زمین از حیث
«عینیت»، «حق» و
«منفعت»

جزء ماهیت خودرو نیست، بلکه ماهیت خودرو جدا و منافع مترتب بر آن نیز جدا است.

به تعبیر دیگر اگر عمق و فضای محاذی زمین را منفعت بدانیم با بهره‌برداری، چیزی از آنها باقی نمی‌ماند؛ مگر آنکه بگوییم عمق و فضای محاذی زمین عینی دارای منفعت است که بهره‌برداری از آن عین، بهره‌برداری از منافع آن است که در این صورت در واقع، عینیت عمق و فضای محاذی پذیرفته شده است نه منفعت آن. اگر گفته شود سطح زمین عین و عمق و فضای محاذی آن منافع باشد (مثلاً شخصی عمق و فضای محاذی زمین را برای مدتی اجاره دهد) در این صورت با استفاده از منافع عین هم هلاک نمی‌شود؛ در پاسخ به این نکته باید اظهار داشت: اولاً: فرض مذکور تنها در صورتی است که عمق و فضای محاذی زمین به تبع سطح زمین باشد؛ درحالی که محل نزاع، قابلیت بهره‌برداری به نحو مستقل است. ثانیاً: در فرضی که عمق و فضای محاذی زمین صرفاً منفعت باشد با برخی تصرفات مانند ساختن سازه‌های معماری دیگر منفعتی باقی نمی‌ماند؛ برخلاف قول به «عین» که منفعت آن «عین» بهره‌برداری از عمق یا فضا است.

ثالثاً: عین دانستن صرف سطح زمین، خلاف متفاهم عرفی از مفهوم زمین است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲

بهار ۱۴۰۰

۲۱۲

نتیجه‌گیری

نظر به اینکه در غالب معاملات مرسوم مانند خرید و فروش، اجاره و مانند آن، نسبت به عمق و فضای محاذی زمین، شرط معوض، عینیت آن است، ماهیت عمق و فضای محاذی زمین از حیث «عینیت»، «حق» و «منفعت» مورد بررسی قرار گرفت و در نهایت عین بودن آن پذیرفته شد و حق و منفعت بودنش رد گردید و در نتیجه از این پژوهش، معلوم شد که عمق و فضای محاذی زمین بالفعل «عینیت حکمی» داشته و با تعیین حدود، تعیین یافته و «عین» است و این امر مطابق عملکرد و بنای عقلاء است و از شارع نیز منعی بر این بنای مذکور ذکر نشده است.

همچنین واژه «عین» نیز دارای حقیقت شرعی نیست، علاوه بر آنکه عین دانستن آن با تحلیل‌ها و برداشت‌های ارائه شده از اصطلاحات فقهی تعارض ندارد؛ بلکه

قابل انطباق است؛ بنابراین عمق و فضای محاذی زمین می‌تواند به شکل مستقل در آن دسته از معاملاتی که از نظر فقهی شرط مبیع، عین بودن است و عینیت در آن دخالت دارد؛ مانند بیع، اجاره، وقف مورد نقل و انتقال قرار گیرد.

منابع

قرآن کریم.

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**. دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه.
۲. ابوصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین. (۱۴۰۳ق). **الکافی فی الفقه**. یکم. اصفهان: انتشارات کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). **مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان**. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه قم.
۴. اصفهانی، حسین بن محمد راغب. (۱۴۱۲ق). **مفردات الفاظ قرآن**. یکم. بیروت: انتشارات دارالقلم.
۵. اصفهانی، کمپانی، محمدحسین. (۱۳۶۲ش) **الاجاز ۵**. دوم. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۶. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۹ق). **رسالة فی تحقیق الحق والحکم**. یکم. قم: انتشارات انوار الهدی.
۷. امامی، سید حسن. (بی تا)، **حقوق مدنی**، تهران: انتشارات اسلامی.
۸. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). **المکاسب**. یکم. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. ایروانی، علی. (۱۴۰۶ق). **حاشیة المکاسب**. یکم. تهران: انتشارات اسلامی.
۱۰. بحر العلوم، محمدتقی. (۱۴۰۳ق). **بلغة الفقیه**. چهارم. تهران: انتشارات مکتبه الصادق علیه السلام.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). **الصحاح**. تحقیق احمد بن عبد الغفور عطار، یکم. بیروت: انتشارات دار العلم للملایین.
۱۲. حائری طباطبائی، محمد (بی تا). **المناهل**. قم: انتشارات موسسه آل‌البتی علیهم السلام.
۱۳. حائری طباطبائی، علی. (۱۴۱۸ق). **الریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالادلة**. یکم. قم: انتشارات موسسه آل‌البتی علیهم السلام.
۱۴. حسینی شیرازی، سید صادق. (۱۴۲۵ق). **التعلیقات علی شرائع الاسلام**. ششم. قم: انتشارات استقلال.

ماهیت عمق و فضای
محاذی زمین از حیث
«عینیت»، «حق» و
«منفعت»

۱۵. حکیم طباطبائی، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. یکم. قم: انتشارات دارالتفسیر.
۱۶. ———. (بی تا). نهج الفقاهه، یکم، قم: انتشارات بیست دو بهمن.
۱۷. حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام. دوم. قم: انتشارات اسماعیلیان.
۱۸. حلّی، حسن، (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. یکم. قم: انتشارات اسماعیلیان.
۱۹. حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الامامیه. ششم. قم: انتشارات موسسه المطبوعات الدینیّه.
۲۰. حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. یکم. مشهد: انتشارات مجمع البحوث الاسلامیه.
۲۱. ———. (۱۴۱۳ق). القواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه.
۲۲. ———. (۱۴۱۴ق). التذکره الفقهاء. یکم. قم: انتشارات موسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۳. خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب. تحقیق سید مهدی شمس الدین. یکم. قم: انتشارات اسماعیلیان.
۲۴. خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله. یکم. قم: انتشارات دار العلم.
۲۵. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. تحقیق علی اکبر غفاری. قم: موسسه اسماعیلیان.
۲۶. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام خوئی. قم: انتشارات موسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۲۷. ———. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. بیست وهشتم، قم: مدینه العلم.
۲۸. ———. (بی تا). مصباح الفقاهة. انتشارات انصاریان، قم.
۲۹. روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. یکم، قم: انتشارات دارالکتب مدرسه امام صادق علیهم السلام.
۳۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام. قم: انتشارات موسسه المنار.
۳۱. سجادی، سیدجعفر. (۱۳۷۹ش). فرهنگ اصطلاحات فلسفی ملاصدرا. تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۳۲. صاحب، اسماعیل بن عباد. (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة، تحقیق محمدحسن آل یاسین، یکم، بیروت: انتشارات عالم الکتب.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۲۱۴

۳۳. صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق). **ماوراء الفقه**. محقق و مصحح جعفر هادی دجیلی. یکم. بیروت: انتشارات دارالأضواء للطباعة والنشر والتوزيع.
۳۴. طریحی، فخرالدین. (۱۳۷۵ش). **مجمع البحرين**. تحقیق احمد حسینی شکوری. سوم. تهران: انتشارات مرتضوی.
۳۵. طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۸۷ق). **المبسوط في فقه الإمامیه**. تحقیق سید محمدتقی کشفی. انتشارات المكتبة المرتضوية لاهياء الآثار الجعفرية عليه السلام.
۳۶. _____ (۱۴۰۷ق). **الخلاص**. تحقیق علی خراسانی و همکاران. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۳۷. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**. تحقیق سید محمد کلانتر. قم: انتشارات داوری.
۳۸. _____ (۱۴۱۳ق). **مسالك الافهام الي تنقيح شرايع الاسلام**. قم: انتشارات موسسه المعارف الاسلاميه.
۳۹. عاملی، سید جوادبن محمد. (۱۴۱۹ق). **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة**. تصحیح و تحقیق محمدباقر خالصی. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۰. عاملی، محمدبن مکی. (۱۴۱۷ق). **الدروس الشرعية في فقه الاماميه**. دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. عبدالرحمان، محمود. (بی تا). **معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهيه**. بی نا. بی جا.
۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). **العین**. دوم. قم: انتشارات هجرت.
۴۳. فشارکی طباطبائی، سید محمدقاسم. (۱۴۱۳ق). **الرسائل الفشاركية**. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. فیض کاشانی، محمد محسن. (بی تا). **مفاتيح الشرائع**. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۵. فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). **المصباح المنیر**. دوم. قم: انتشارات دارالهجره.
۴۶. قطب الدین کیدری، محمدبن حسین. (۱۴۱۶ق). **اصباح الشیعة بمصباح الشریعه**. یکم. قم: انتشارات موسسه امام صادق عليه السلام.
۴۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ش). **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، انتشارات میزان، چاپ یازدهم، تهران.
۴۸. کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین بن علی. (۱۳۵۹ق). **تحریر المجله**. نجف اشرف: انتشارات المكتبة المرتضوية.

۴۹. کرکی عاملی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). **جامع المقاصد في شرح القواعد**. دوم. قم: انتشارات موسسه آل البيت عليه السلام.
۵۰. مشکینی، میرزاعلی. (بی تا). **مصطلحات الفقه**. بی نا. بی جا.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). **دائرة المعارف فقه مقارن**. تحقیق جمعی از اساتید و محققان حوزه. یکم. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب عليه السلام.
۵۲. میلانی، سید محمدهادی. (۱۳۹۵ق). **محاضرات في فقه الاماميه - كتاب البيع**. تحقیق فاضل حسینی میلانی. مشهد: انتشارات موسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی.
۵۳. نائینی غروی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق). **منية الطالب في حاشية المكاسب** (تقریرات خوانساری). یکم. تهران: انتشارات المكتبة المحمدیه.
۵۴. نائینی، محمدحسین غروی. (۱۴۱۱ق). **كتاب الصلاة**. یکم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه.
۵۵. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). **جواهر الکلام في شرايع الاسلام**. هفتم. بیروت: انتشارات دار احیاء التراث العربی.
۵۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۲۱ق). **جواهر الکلام في ثوبه الجدید**. تحقیق جمعی از پژوهشگران موسسه معارف فقه اسلامی. قم: انتشارات موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليه السلام.
۵۷. هاشمی، سید محمود. (۱۴۱۷ق). **معجم فقه الجواهر**. یکم. بیروت: انتشارات الغدير للطباعة والنشر والتوزيع.
۵۸. یزدی طباطبائی، سید محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). **العروة الوثقی فيما تعم به البلوی**. دوم. بیروت: انتشارات موسسه الأعلمی للمطبوعات.
۵۹. یزدی طباطبائی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱ق). **حاشية المكاسب**. قم: انتشارات موسسه اسماعیلیان.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۲۱۶

References

1. *The Holy Qur'an*
2. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā'ir al-Ḥāwī li Tahḥīr al-Fatāwī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
3. al-Ḥalabī, Taqī al-Dīn Ibn Najm al-Dīn. 1982/1403. *al-Kāfi ft al-Fiqh*. Edited by *Riḍā al-'Ustādi*. Iṣfahān: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Ali.
4. al-Ardabīlī, Aḥmad Ibn Muḥammad (al-Muḥaqqiq al-Ardabīlī). 1982/1403.

Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan fi Sharḥ Irshād al-Aqḥḥān. Edited by Mujtabā al-Iraqī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.

5. Al-Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad ibn Mufaḍḍal. 1992/1412. *Mufradat Alfāz al-Qur'ān*.
6. Al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (Kumpānī). 1983/1362. *Kitāb Al-Ijārah*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
7. —. 1989/1409. *Risālat fi Tahqīq al-Ḥaq wa al-Ḥukm*. 1st. Qom: Dār Anwār al-Hudā.
8. Imāmī, Sayyid Ḥasan. n.d. *Ḥuqūq Madanī*. Tehran: Intishārāt-i Islāmīyyi.
9. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
10. al-Īrawānī, 'Alī. 1986/1406. *Ḥāshiyat al-Makāsib*. 1st. Tehran: Wizārat Farhang wa Irshād Islāmī.
11. Āl Baḥr al-'Ulūm, al-Sayyid Muḥammad. 1983/1362. *Bulghat al-Faqīh limā Yartajih*. 4th. Tehran: Maktabat al-Sādiq.
12. al-Jawharī, Ismā'il Ibn Ḥammād. 1957/1376. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughat wa Ṣiḥāḥ al-'Arabīyyah*. 1st. Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malāyīn.
13. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Ṣāḥīb al-Riḡaḍ). n.d. *Kitāb al-Manāhil*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
14. —. 1997/1418. *Riḡāḍ al-Masā'il fi Tahqīq al-Aḥkām bi al-Dalā'il*. Edited by Muḥammad Bahrimand. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
15. al-Ḥusaynī al-Shīrāzī, al-Sayyid Ṣādiq. 2004/1425. *Al-Ta'līqāt 'Alā Sharā'i' al-Islām*. 6th. Qom: Intishārāt Iṣṭiqāl.
16. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥsin. 1995/1416. *Musāmsak al-'Urwat a-l-Wuṭṭaqā*. Qom: Mu'assasat Dār al-Tafsīr.
17. —. *Nahj al-Faqāhah*. 1st. Qom: Intishārāt Biṣṭu Du Bahman.
18. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'i' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
19. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1990/1411. *Tabṣīrat al-*

- Muta'allimīn fī Ahkām al-Dīn*. 1st. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
20. al-Hillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Hillī). 1997/1418. *al-Mukhtaṣar al-Nāfi' Fī Fiqh al-Imāmīyah*. (*al-Nafi' fī Mukhtaṣar al-Sharā'ī'*). 6th. Qom: Mu'assasat al-Mṭbū'āt Al-Dīnīyya.
21. al-Hillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Hillī). 1991/1412. *Muntahā al-Maṭlab fī Tahqīq al-Maḍḥhab*. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmīya.
22. —. 1992/1413. *Qawā'id al-Ahkām fī Ma'rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
23. —. 1993/1414. *Taḍkkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
24. al-Khurasānī, Muhammad Kāzim (al-Ākhund al-Khurasānī). 1986/1406. *Ḥāshīyat al-Makāsib*. Edited by Sayyid Mahdī Shams al-Dīn. 1st. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
25. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d. *Tahrīr al-Wasīlah*. 1st. Qom. Mu'assasat Maṭbū'āt Dār al-'Ilm.
26. al-Khansārī, al-Sayyid Aḥmad. 1984/1405. *Jāmi' al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Edited by 'Alī Akbar Ghaffārī. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
27. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1998/1418. *Mawsū'at al-Imām al-Khu'ī*. 1st. Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
28. —. 1990/1410. *Mihāj al-Ṣāliḥīn*. 28th. Qom: Madīnat al-'Ilm.
29. —. n.d. *Miṣbāḥ al-Fiqāhat*. Qom: Mu'assasat Anṣārīyān li al-Ṭibā'a wa al-Nashr wa al-Tawzī'.
30. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣadiq. 1991/1412. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qom: Dār al-Kitāb.
31. al-Sabzawārī, al-Sayyid 'Abd al-A'lā. 1992/1413. *Muḥaḍḍḥab al-Ahkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat al-Manār.
32. Sajjādī, Sayyid Ja'far. 2000/1379. *Farhang Iṣṭilāḥāt Falsafī Mullā Ṣadrā*. Tehran: Wizārat Irshād Islāmī.
33. Ṣāhib b. 'Abbād, Abul Qāsim Ismā'īl ibn 'Abbād. 1994/1414. *Al-Muḥīṭ fī al-Lughah*. Edited by Muḥammad Ḥusayn Āl Yāsīn. 1st. Beirut: Manshūrāt 'Ālim al-Kutub.

34. al-Şadr, al-Sayyid Muḥammad. 2002/1420. *Māwarā' al-Fiqh*. Edited by Ja'far Hādī Dujaylī. Beirut: Dār al-Aḍwā' lil Ṭibā'at wa al-Nashr wa al-Tawzī'.
35. al-Ṭurayhī, Fakhr al-Dīn. 1995/1375. *Majma' al-Baḥrayn*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyya.
36. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyya*. Edited by Sayyid Muḥammad Taqī Kashfī. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyya.
37. —. 1986/1407. *Al-Khilāf*. Edited by 'Alī Khurāsānī and his teammate. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
38. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1990/1410. *al-Rawḍat al-Baḥīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Edited by Sayyid Muḥammad Kalāntar. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
39. —. 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
40. al-Ḥusaynī al-'Āmilī, al-Sayyid Muḥammad Jawād. 2004/1419. *Miftāḥ al-Kirāma fī Sharḥ Qwā'id al-'Allāma*. Edited by Muḥammad Bāqir Khālīšī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
41. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1997/1417. *al-Durūs al-Shar'īyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
42. Maḥmūd 'Abd al-Raḥmān. n.d. *Mu'jam al-Muṣṭalahāt wa al-Alfāz al-Fiqhīyah*.
43. Al-Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. 1989/1409. *Kitāb al-'Ayn*. 2nd. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
44. Al-Fishārakī al-Ṭabāṭabā'ī. Sayyid Muḥammad Qāsim. 1993/1413. *Al-Rasā'il al-Fishārakīyah*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
45. al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. n.d. *Mafūṭḥ al-Sharā'i'*. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
46. Al-Fayyūmī, Abul 'Abbās Aḥmad ibn Muḥammad. 1994/1414. *Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Sharḥ al-Kabūr lil Rāfi'ī*. 2nd. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
47. Al-Kaydarī al-Nishābūrī, Quṭb al-Dīn Muḥammad ibn Ḥusayn. 1996/1416. *Iṣbāḥ al-Shī'at bi Miṣbāḥ al-Sharī'ah*. 1st. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Şādiq.

48. Kātūziyān, Nāṣir. 2006/1385. *Qānūn Madanī dar Nazm Ḥuqūqī Kunūnī*. 11th. Tehran: Nashr Mīzān.
49. al-Najafī, Muḥammad Ḥusayn (Kāshif al-Ghiṭā‘). 1940/1359. *Tahrīr al-Majalla. Najaf: al-Maktabat al-Murtaḍawīya*.
50. al-‘Āmilī al-Karakī, ‘Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jamī‘ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa‘id*. 2nd. Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt li Ihyā‘ al-Turāth.
51. al-Mishkīnī al-Ardabīlī, al-Mīrzā ‘Alī. n.d. *Muṣṭalahāt al-Fiqh*.
52. Makārim Shīrāzi, Nāṣir. 2006/1427. *Dā‘irat al-Ma‘ārif-i Fiqh-i Muqāran*. Edited by some Teachers of Qom Seminary. Qom: Madrasi-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
53. Al-Mīlānī, Sayyid Muḥammad Hādī. 1975/1395. *Muḥāḍirāt fī Fiqh al-Imāmīyah (kitāb al-Bay‘)*. Edited by Faḍil Ḥusaynī Al-Mīlānī. Mashhad: Intishārāt Mu‘assisi-yi Chāp wa Nashr Danishgāh Ferdawsī.
54. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1954/1373. *Munyat al-Ṭālib fī Ḥāshiyat al-Makāsib*. 1st. Tehran: Manshūrāt al-Maktabat al-Muḥammadīyah.
55. —. 1991/1411. *Kitāb al-Ṣalāh*. 1st. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
56. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām*. 7th. Edited by ‘Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Ihyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
57. —. 2000/1421. *Jawāhir al-Kalām fī Thawbih al-Jadīd*. Edited by some researchers of Mu‘assasat al-Ma‘ārif al-Fiqh al-Islāmī. Qom: Mu‘assasat Dā‘irat al-Ma‘ārif al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍhhab Ahl al-Bayt.
58. al-Hāshimī al-Shahrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 1997/1417. *Mu‘jam Fiqh al-Jawāhir*. 1st. Beirut: Manshūrāt al-Ghadīr lil Ṭibā‘at wa al-Nashr wa al-Tawzī‘.
59. al-Ṭabāṭabā‘ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 1998/1419. *al-‘Urwat al-Wuthqā fīmā Ta‘ummu bihī al-Balwā*. 2nd. Beirut: Mu‘assasat al-A‘lamī li al-Maṭbū‘āt.
60. —. 2000/1421. *Hāshiyat al-Makāsib*. 2nd. Qom: Mu‘assasat Ismā‘īliyyān.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۲۲
بهار ۱۴۰۰

۲۲۰



بحوث فقهية وأصولية فصلية محكمة

السنة السابعة، الرقم المسلسل الثاني والعشرون؛ ربيع ١٤٠٠ شمسي

مكتب التبليغ الإسلامي حوزة قم العلمية فرع خراسان رضوي
(مركز الآخوند الخراساني للتخصصي)

المدير المسؤول: مجتبیٰ 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)

مجتبیٰ إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية و الأستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراساني التخصصي)

سكرتير التحرير والتنفيذي: السيد مصطفى إختراعي الطوسي

المحرر: مهدي قاسمي

ترجمة الملخص (إلى العربية): السيد محمود العربي

ترجمة الملخص (إلى الانجليزية): غلامعلي تيموري

التصميم: حامد إمامي

إستناداً إلى ترخيص رقم ٣٣٧ بتاريخ ٢٨ / ٠١ / ١٣٩٨ 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

صيرورة العام مُعَوناً وآثاره في المخصّص المتصل^١

حسن قنبري شيخ شباني^٢
محمد تقي قنبري شيخ شباني^٣

ملخص

يعدّ بحث العام والخاص مثل نظيره المطلق والمقيد من أكثر أبحاث علم أصول الفقه تعقيداً، ولا يمكن إنكار نتائج هذا البحث وآثاره في علمي الفقه والحقوق، وللأسف كان تعقيد البحث سبباً في ظهور آراء ومبانٍ مختلفة في هذا المجال؛ مما أدى أحياناً إلى غفلة كبار علماء الأصول عن بعض المسائل البسيطة للغاية والمهمة في نفس الوقت، على سبيل المثال اشتهر بين الأصوليين في مبحث المخصّص المتصل القول بأنّ الخاص يمنع انعقاد الظهور في العام، وبعبارة أكثر وضوحاً يصبح العام بعد التخصيص معوناً.

يحاول الباحث ابتداءً وبالاستناد إلى سيرة العقلاء إثبات عدم صحة المساواة بين الوصف والاستثناء بيّلاً في المخصّص المتصل، وعمد الباحث إلى دراسة خصائص الاستثناء بيّلاً وإثبات ثمراته المهمة؛ ومنها جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، مضافاً إلى إيراد مؤيدات أُشير إليها في كلمات علماء الأصول تقوي القول بجواز التمسك بالعام.

الكلمات المفتاحية: العام، الخاص، المخصّص المتصل، التمسك بالعام، الاستثناء.

بحوثُ فقهيةٌ وأصوليةٌ
السنة السابعة
الرقم المسلسل الثاني والعشرون
ربيع ١٤٠٠ شمسي
٢٢٢

١. تاريخ الاستلام: ١٣/٣/١٤٤١ هـ؛ تاريخ القبول: ٤/١٠/١٤٤١ هـ.

٢. طالب في حوزة قم العلمية في السطح الثالث؛ (المؤلف المشارك)؛ البريد الإلكتروني: hassan.67@chmail.ir

٣. ماجستير من جامعة المعارف الإسلامية في قم؛ البريد الإلكتروني: ali1389@iran.ir

دراسة لمفهوم «الأصل المثبت»^١

زهرا وطني^٢

أحمد محمدي^٣

جواد سلطاني فر^٤

حسين سلطاني فر^٥

ملخص

ملخص

٢٢٣

بعد الشك في الحكم التكليفي وعدم إيجاد الأمانة يغدو المجتهد مضطرا لتطبيق الأصول العملية لرفع الحيرة في مقام العمل، ويمكن للموضوعات التي تكون مجاري للأصول العملية أن تكون مصحوبة بلازم أو ملازم أو ملزومات سواء كانت شرعية أو غير شرعية وسواء كانت بواسطة أو من دونها، وتتم دراسة نطاق وحجية كل واحد من الموارد السابقة في أصول الفقه تحت عنوان "الأصل المثبت". مع الأخذ بعين الاعتبار الترتيب المنطقي يجب قبل الخوض في حجية هذا الأصل التعرف بداية على مفهوم الأصل المثبت، وكذلك تحديد نطاق استعماله، وبنظرة إجمالية إلى تعاريف

١. تاريخ الاستلام: ١٤٤١/٣/١٢ هـ؛ تاريخ القبول ١٤٤١/١٠/٤ هـ.

٢. استاذ مساعد في پژوهشكده امام خميني عليه السلام و انقلاب اسلامي (معهد الإمام الخميني للبحوث والثورة الإسلامية) - طهران - إيران.؛ البريد الإلكتروني: zh_vatani@hotmail.com

٣. طالب في المرحلة الدكتوراه في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية - پژوهشكده امام خميني عليه السلام و انقلاب اسلامي (معهد الإمام الخميني للبحوث والثورة الإسلامية) - طهران - إيران. (المؤلف المشارك)؛ البريد الإلكتروني: mohammadi.ahmad136912@gmail.com

٤. طالب في المرحلة الدكتوراه في الفقه ومباني الحقوق - جامعة الشهيد مطهري - طهران - إيران.

٥. ماجستير في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية - جامعة الشهيد مطهري - طهران - إيران.

علماء الأصول لمفهوم "الأصل المثبت" يمكن بوضوح ملاحظة الاختلافات الماهوية الموجودة بين كلّ اثنين من هذه التعاريف.

عمدنا في هذا البحث متبعين المنهج التحليلي إلى إحصاء ونقد مختلف التعاريف المقدمة للأصل المثبت، ومن ثمّ قدمنا تعريفاً جامعاً يمكنه أن يشمل جميع عناصر الأصل المذكور.

الأصل المثبت هو الأصل الذي يثبت الوسائط غير الشرعية أو اللازم أو الملزوم أو الملازم الشرعية المترتبة على الوسائط الشرعية وغير الشرعية بهدف الوصول إلى الحكم الشرعي، وبناء عليه فإنّ الوسائط الشرعية التي يترتب عليها آثار شرعية سوف تكون من مصاديق الأصل المثبت.

الكلمات المفتاحية: المفهوم، الأصل المثبت، حجّية الأصل المثبت، الأصول العملية، الاستصحاب.

دراسة استحداث النقود في فقه الإمامية والقوانين الموضوعة^١

هادي خوش نقش^٢

ملخص

حظيت البنوك والعمليات البنكية في وقت مبكر باهتمام علماء المسلمين الذين عمدوا إلى دراسة ماهية هذه البنوك والعمليات التي تجري فيها محاولين جعلها تتماشى مع التعاليم الإسلامية. ومن جهة أخرى فإن تطور البنوك في العصر الحاضر جعل البشر يواجهون ظاهرة باسم "استحداث النقود"، ويمكن القول أن هذه الظاهرة التي تؤثر بقوة في الاقتصاد لم تدرس بعناية من الناحية الفقهية حتى اليوم، فعلى سبيل المثال كان هنالك إغفال لاستحداث النقود وآثاره الفقهية بشكل تام في قانون البنوك غير الربوية الصادر بعد الثورة الإسلامية.

ملخص

وبالتدقيق في المصادر الفقهية الإمامية وأيضا في القانون المدني وقانون البنوك غير الربوية نجد أن هناك إشكالات أساسية على النظام البنكي المستحدث للنقود، الأول: في العقود الإسلامية للبنوك من قبيل القرض الحسن والمشاركة يؤدي استحداث النقود إلى أن تكون المعاملة بالدين؛ في حين أنه بناء على أقوال الفقهاء ينبغي أن يكون موضوع المعاملة هو العين، والثاني: بغض النظر عن الإشكالات السابقة يبدو أن آلية استحداث النقود من قبل البنوك التجارية هي من مصاديق أكل المال بالباطل. **الكلمات المفتاحية:** المصرف، استحداث النقود، الفقه، أكل المال بالباطل، الدين.

١. تاريخ الاستلام: ٢٤/٨/١٤٤٠ هـ؛ تاريخ القبول: ٤/١٠/١٤٤١ هـ.

٢. طالب في حوزة قم العلمية في السطح الرابع - البريد الإلكتروني: hadi.khoshnaghsh@gmail.com

بيع المبيع قبل حلول الأجل في عقد السلف^١

غلامعلي معصومي نيا^٢
سيد صادق طباطبائي نجاد^٣

ملخص

السلف أو السلم من أقسام البيع وهو عكس النسيئة، بناء على أقوال الفقهاء فإنّ المبيع في السلف يكون كلياً موصوفاً في ذمّة البائع، والذي يباع إلى أجل معيّن مقابل ثمن معجل، مضافاً إلى أحكام وقواعد البيع فإنّ لهذا النوع من البيع شروط وضوابط خاصة؛ منها قبض كامل الثمن في مجلس العقد قبل التفرّق، وتعيين أجل التسليم، وإمكان تسليم المبيع وقت حلوله، ومنع بيع المبيع قبل حلول الأجل المعين.

يحاول هذا البحث بأسلوب تحليلي وصفي وبمنهج بنوي تطبيقي تقديم تقرير صحيح للإجماع الموجود في المسألة، وبالرجوع إلى الكتب الفقهية في مختلف الطبقات يدحض البحث ادعاء ضعف اتفاق الفقهاء فيها، ويبين أدلة فقهاء الفريقين في هذا الفرع الفقهي، وبالنظر إلى فاعلية عقد السلف في التأمين المالي للإنتاج، وفي إطار التوجه نحو إلغاء الربا من المعاملات الاقتصادية، يقترح الاقتصاديون المسلمون استخدام مجموعة من العقود كالصلح على المبيع والهبة المعوّضة والسلف الموازي

بحوثٌ فقهيةٌ واصليةٌ
السنة السابعة
الرقم المسلسل الثاني والعشرون
ربيع ١٤٠٠ شمسي
٢٢٦

١. تاريخ الاستلام ١٤٤١/٢/٦هـ؛ تاريخ القبول ١٤٤١/١٠/٤هـ.

٢. أستاذ مشارك في جامعة الخوارزمي بطهران ومدير لجنة المصرفية الإسلامية، طهران، إيران، البريد الإلكتروني: masuminia_ali@yahoo.com

٣. خريج حوزة قم العلمية و دكتوراه في الاقتصاد، جامعة عدالت، طهران، إيران. (المؤلف المشارك): البريد الإلكتروني: S.s.tabaei@gmail.com

بهدف رفع مشكلة عدم جواز إعادة بيع المبيع قبل حلول الأجل، والاستفادة من هذا النوع من البيع في سوق الاستثمار.

بالنظر إلى تمليكية عقد السلف وإلى الموانع الإثباتية في السلف الموازي والصلح والهبة المعوضة يظهر عدم إمكانية استخدام هذا النوع من العقود في سوق رأس المال، وذلك بسبب عمليات إعادة البيع المتجددة والمتكررة المسلمة في السوق الثانوية، وعدم وجود تطابق بين عقلية المتعاملين والشروط الثلاثة المذكورة بهدف تصحيح السلف الموازي، ومثل هذا النوع من الحلول تفتقد للاتحاد العرفي مع المصاديق.

الكلمات المفتاحية: عقد السلف، السلف الموازي، بيع المبيع قبل حلول الأجل، أوراق السلف.

دراسة أدلة مالية منافع الإنسان غير المستوفاة في الفقه الشيعي^١

محسن خردمند^٢

إحسان مهرkish^٣

ملخص

إنّ دراسة مالية منافع الإنسان الحر غير المستوفاة على أساس المعايير الشرعية
المعتبرة في مالية الأشياء موضوع تظهر نتائجه في مسائل من قبيل "ضمان فوات
منافع الحر"، "الأصل الأولي في لزوم عمل المفلس"، "جعل هذه المنافع صداقا"،
"استئجار الإنسان"، وسوف تترك تأثيرها في عملية دراسة الأدلة المرتبطة بكلّ واحد
من الفروع السابقة، وبهدف الوصول إلى إجابات لهذه المسألة قمنا بتحليل شروط
مالية الأشياء وفقا للضوابط العرفية والشرعية، وعبر إثبات وجود المعايير الشرعية للمال
في منافع موضوع البحث، نستنتج أنّ هذه المنافع تعدّ مالا.

ومن ثمّ نعرض لستة إشكالات على اعتبار المالية في منافع الإنسان، ونجيب عن
هذه الإشكالات استنادا إلى تحقق شروط المالية في هذه المنافع، مرفقة بشواهد من

بحوث فقهية وأصولية

السنة السابعة

الرقم المسلسل الثاني والعشرون
ربيع ١٤٠٠ شمسي

٢٢٨

١. تاريخ الاستلام ١١/٨/١٤٤٠ هـ. تاريخ القبول ١٠/٤/١٤٤١ هـ.

٢. ماجستير من مدرسة الفقه والأصول في مؤسسه آموزش عالی حوزوی تربیت مدرس قم (مؤسسة تربيت مدرس قم للدراسات العليا)
(وطالب في حوزة قم العلمية في السطح الرابع (المؤلف المشارك): البريد الإلكتروني: shamimeazadi313@gmail.com

٣. طالب البحث الخارج في حوزة قم العلمية ومدرس الدراسات العليا في حوزة قم العلمية، البريد الإلكتروني:
e.mehrkish@gmail.com

أقوال الفقهاء . كما يتناول هذا البحث بالدراسة آراء الفقهاء في مسألة مالية هذه المنافع مع تبين ثمرات اعتبار ماليتها؛ كضمان فوات منافع الحر، وإمكانية جعلها ثمناً للمبيع، وذلك بضميمة مؤيدين، هما: صحة جعل هذه المنافع صداقاً، وصحة استئجارها، ويبيّن هذا البحث التزام جميع فقهاء الشيعة بالقول بمالية منافع الإنسان في فروع، منها: "صيرورة منافع الحر صداقاً" و"تأجير هذه المنافع"، كما يبيّن البحث اختلاف أقوالهم في الأبحاث النظرية حول مالية هذه المنافع.

الكلمات المفتاحية: منافع الحر، المنافع المستوفاة، المال.

ملخص

٢٢٩

تأثير وقوع العذر العام على عقد المزارعة في الفقه والحقوق^١

جعفر زكننه شهركي^٢
علي حسين بور^٣

ملخص

يعدّ عقد المزارعة واحداً من العقود اللازمة التي يمكن أن تتأثر التعهدات الناشئة عنه بالعذر العام. وقد أشير إلى مسائل العذر العام في علم الحقوق بمصطلح القوة القاهرة؛ بينما جاء في المصادر الفقهية تحت عنوان "العذر العام". وقد حظي هذا الموضوع باهتمام كبير من الفقهاء في بعض أبواب الفقه؛ ولا سيّما في عقد المزارعة بسبب كثرة الابتلاء به في هذا العقد، وكان هناك أبحاث حول أبعاد هذا الموضوع وأحكامه ولو بشكل متفرّق، ويمكن أن يحصل العذر العام في المزارعة في أثناء العقد أو في فترة المزارعة.

إنّ وجود العذر العام متزامناً مع انعقاد عقد المزارعة يؤدي إلى بطلان هذا العقد من الأساس، وذلك لأنّ العذر العام يمنع الانتفاع بالأرض، وهذا الانتفاع هو ركن أساس

بحوث فقهية واصلية
السنة السابعة
الرقم المسلسل الثاني والعشرون
ربيع ١٤٠٠ شمسي

٢٣٠

١. تاريخ الاستلام ١٤٤٠/١٢/٢ هـ. تاريخ القبول ١٤٤١/١٠/٤ هـ.

٢. استاذ مساعد في فرع الحقوق - الجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية (المؤلف المشارك) - البريد الإلكتروني: zanganehjafar@gmail.com

٣. طالب في المرحلة الماجستير في القانون الخاص - الجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية وطالب في حوزة خراسان العلمية في السطح الثالث - مشهد - إيران - البريد الإلكتروني: alihosseinpoomashhad@gmail.com

في عقد المزارعة، أمّا فيما يرتبط بحدوث العذر العام أثناء فترة المزارعة وتأثيره على العقد فهناك اختلاف في الآراء؛ فالبعض يقول أنّ ظهور العذر العام يعطي المتعهد له حقّ الفسخ ومع ذلك يرون استصحاب صحة العقد، والبعض الآخر قالوا بانفساخ عقد المزارعة في هذا الفرض، ولهذا الرأي المعتبر في المادة ٧٢٥ من القانون المدني الإيراني مباني أقوى من القول الأول، وذلك لأنّ العذر العام يؤدي إلى زوال إمكانية الانتفاع بالأرض، وهذا الانتفاع ليس شرطاً في تأسيس عقد المزارعة فحسب بل هو شرط في استمرارية العقد ومن أركانه الوجودية.

الكلمات المفتاحية: عقد المزارعة، العذر العام، صور العذر العام، آثار الفسخ، آثار البطلان.

ماهية الباطن والفضاء المحاذيين للأرض من جهات «العين» و«الحق» و«المنفعة»^١

محمد رسول آهنگران^٢
لقمان رضا نجاد^٣

ملخص

إن توفر الظروف المواتية لاستغلال أكبر للباطن والفضاء المحاذيين للأرض شكّل أرضية لظهور أسئلة حول المالكية الشرعية، ومن أهم هذه الأسئلة أنه هل يمكن في إطار العقود أو الإيقاعات نقل الباطن والفضاء المحاذيين للأرض للغير بشكل مستقل عن سطح الأرض؟ يحاول هذا البحث استناداً إلى المباني الفقهية بيان كيفية الانتقال في إطار المعاملات الحقوقية والتي يشترط فيها أن يكون المعوّض عيناً.

وبالنظر إلى شرط اختصاص المعوّض بالعين في أكثر المعاملات الحقوقية (كالبيع والإجارة) عمدنا إلى دراسة ماهية باطن الأرض وفضائها المحاذيين لها من حيث «العين» و«الحق»، و«المنفعة»، وكانت النتيجة قبول «العين» ونفي «الحق» و«المنفعة»، ومحصل ذلك أنه يمكن نقل باطن الأرض وفضائها المحاذيين لها في المعاملات التي يشترط فيها حسب المعايير الشرعية أن يكون المبيع عيناً والتي يكون لمسألة «العين» مدخلية فيها (كالبيع والإجارة والوقف).

الكلمات المفتاحية: ماهية باطن الأرض، الفضاء المحاذي، العين، الحق، المنفعة، الأرض.

بحوثٌ فقهيةٌ واصليةٌ
السنة السابعة
الرقم المسلسل الثاني والعشرون
ربيع ١٤٠٠ شمسي
٢٣٢

١. تاريخ الاستلام ١٤٤٠/٨/٢١ هـ؛ تاريخ القبول ١٤٤١/١٠/٤ هـ.

٢. أستاذ في كلية الهيات بجامعة طهران برديس فارابي (المؤلف المشارك)؛ البريد الإلكتروني: ahangaran@ut.ac.ir

٣. باحث في العلوم الإسلامية؛ البريد الإلكتروني: 1.0912707218357@gmail.com

Justārḥā-ye Fiqhī va Uṣūlī

The Iranian Journal of Islamic Law, Jurisprudence and Methodology
Vol.7 , No.22 , Spring 2021

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 Khorāsāni Specialized Center)

Director & Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousei

Editor: Mahdi Ghasemi

Arabic Abstracts Translator: Sayyed Mahmud Arabi

English Abstracts Translator: Gholamali Teymoori

Layout: Hāmed Emami

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, SID, 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.fiqhi@gmail.com

Website: jostar-fiqh.maalem.ir

ISSN: 7565-2476