

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

### پیشگفتار

- شرط خیار در عقد ضمان/ دکتر مصطفی محقق داماد و غلامرضا یزدانی ..... ۳
- بررسی اشکال تخصیص ناپذیری قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات
- دکتر محمدتقی فخلعی و مجیدرضا شیخی ..... ۲۵
- وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی راهن (مطالعه فقهی - حقوقی)/ دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان ۴۹
- واکاوی مفهوم ناصب و محرومیت او از حقوق مدنی در احادیث و فقه امامیه/ دکتر سیدعلی سجادی زاده ۶۵
- بررسی احکام فقهی بدهکاران مهریه/ دکتر جواد ایروانی ..... ۹۵
- حکم اولی و ثانوی در قرآن معیار و نمونه‌ها/ دکتر رضا حق پناه ..... ۱۱۱
- نمونه‌هایی از کاربرد قیاس در آثار فقهی شیخ طوسی/ دکتر محمد مهدی یزدانی ..... ۱۳۹
- حقیقت و گستره حکم حکومتی و نقش آن در حل مسائل نوپیدای جامعه/ محمد اسحاق عارفی شیرداغی ۱۶۳

### ترجمه چکیده‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات)/ محمد سلامی ..... ۱۹۱
- ترجمه انگلیسی (Abstracts)/ رحمت الله کریم زاده ..... ۲۰۴

## راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
  - مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
  - مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
  - مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
  - دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.
  - تیرهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و... و زیرمجموعه آنها با ۱-۱، ۲-۱، ۳-۱، ... و ۱-۲، ۲-۲، و... مشخص شود.
  - چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
  - ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
  - اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همان، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
  - منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
  - نقل قولهای مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.
  - شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
  - یادداشتهای توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد) در پاورقی درج شود.
  - ارجاع در یادداشتهای به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
  - اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
  - منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:  
کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار ش. ق. یا م. (به ترتیب برای سالهای شمسی، قمری یا میلادی).
  - مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد، شماره صفحات مقاله.
  - پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
  - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
  - مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.
  - نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) یا نشانی الکترونیکی (razaviunmag@gmail.com) ارسال کنند.

## شرط خیار در عقد ضمان\*

□ دکتر مصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)  
□ غلامرضا یزدانی<sup>۱</sup> (دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

### چکیده

آنچه در این مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد، صحت و یا عدم صحت اشتراط خیار در عقد ضمان است. فقها و محققان عقود را از یک حیث به عقود لازم و عقود جایز تقسیم کرده‌اند.<sup>۲</sup> فسخ عقود لازم ممکن نیست مگر در جایی که برای یکی از طرفین قرارداد خیار ثابت شود یا طرفین بر فسخ آن تراضی نمایند. عقود لازم از یک جهت دیگر نیز قابل تقسیم هستند و آن عقود لازمی که خیارپذیرند و عقود لازمی که خیارپذیر نیستند. برخی از عقود لازم، خیارپذیر نیستند و امکان جعل خیار در آنها خلاف مقتضای ذات آنهاست نظیر عقد رهن؛ زیرا مال مرهونه در دست مرتهن به عنوان وثیقه قرار می‌گیرد و جعل خیار برای راهن منافات با وثیقه بودن مال مرهونه دارد. یا نظیر

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۸/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۱۰/۸.

1. ygholamreza@yahoo.com

۲. این تقسیم در قانون مدنی ایران و بسیاری از کشورها نیز وجود دارد. قانون‌گذار ایرانی در ماده ۱۸۴ قانون مدنی مقرر نموده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز...».

عقد نکاح. بنابراین باید ابتدا بحث کنیم که آیا عقد ضمان از عقود لازم است یا جایز و اگر از عقود لازم است آیا خیارپذیر است یا خیر؟ در فرض شک در خیارپذیر بودن عقد ضمان، اصل در مسئله چیست؟ اثر شرط خیار در عقد ضمان چیست؟ اگر ضمان، خیاربردار نیست، درج شرط خیار باعث بطلان شرط می‌شود یا باعث بطلان شرط و عقد هر دو؟ خیار تخلف شرط یا تخلف وصف چطور؟ اگر متعاقدين در قرارداد شرطی یا وصفی را درج کنند، در صورت تخلف این شرط یا وصف، آیا خیار برای مشروط له ثابت می‌شود یا خیر؟ و اژگان کلیدی: عقود، عقد ضمان، خیار، خیار شرط، عقود لازم، عقود جایز.

### تاریخچه بحث در کتب شیعه

در روایاتی که در باب ضمان وارد شده است، اثری از شرط خیار در عقد ضمان وجود ندارد. فقهای امامیه این فرع را در دو مبحث از مباحث فقهی مطرح کرده‌اند؛ یکی در کتاب الضمان و دیگری در کتاب البیع، ذیل خیار شرط.

ظاهراً اولین نفر از فقهای امامیه که این فرع را مطرح کرده، مرحوم شیخ طوسی در کتاب وزین مبسوط در دو باب کتاب البیع و کتاب الضمان و نیز در کتاب الخلاف می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۳۵). عبارت مرحوم شیخ طوسی در کتاب البیع مجمل است ولی در کتاب الضمان تصریح کرده‌اند که دخول شرط در عقد ضمان، بلامانع است. ایشان در کتاب خلاف (بی تا: ۳/۳۷۷) نیز تصریح به جواز اشتراط خیار در عقد بیع کرده‌اند. بعد از مرحوم شیخ طوسی، مرحوم ابن براج در کتاب مهذب به این فرع پرداخته (۱۴۰۶: ۱/۳۵۵) و معتقد شده‌اند که جعل خیار شرط در عقد ضمان اشکالی ندارد. سپس ابن ادریس در سرائر حکم به جواز آن داده‌اند (۱۴۱۰: ۲/۲۴۵). مرحوم علامه حلی این فرع را در چهار کتاب خود مطرح کرده‌اند؛ در کتاب ارشاد (۱۴۱۰: ۱/۳۷۶) و تذکره (بی تا: ۱۱/۱۰۹) تصریح کرده‌اند که شرط خیار در ضمان جایز است. اما در دو کتاب قواعد (۱۴۱۳: ۲/۶۹) و تحریر (بی تا: ۱/۱۶۸) تصریح نموده‌اند که شرط خیار در عقد ضمان امکان‌پذیر نیست و باعث بطلان عقد می‌شود. بعد از مرحوم علامه حلی، مرحوم شهید اول در دروس (۱۴۱۷: ۳/۲۶۹) فرموده است که شرط خیار در عقد ضمان جایز است. سپس ابن طیّ در مسائل (بی تا: ۳۴۱) خود قائل

به عدم جواز اشتراط خيار در عقد ضمان شده‌اند. محقق صیمری در غایة المرام (۱۴۲۰: ۴۵/۲) بیان کرده‌اند که شرط خيار در عقد ضمان، جایز است. محقق ثانی (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵) نیز قائل به جواز درج خيار در عقد ضمان شده‌اند. در انوار اللوامع (آل عصفور بحرانی، بی تا: ۴۱۱/۱۱) حکم به جواز دخول شرط خيار در عقد ضمان داده‌اند. در مفتاح الکرامة (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵) نیز همین حکم مورد پذیرش قرار گرفته است. صاحب جواهر (نجفی، بی تا: ۶۳/۲۳) نیز اعتقاد به جواز شرط خيار در عقد ضمان دارند. در مکاسب (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۵/۵) مرحوم شیخ نظر قطعی ابراز نکرده‌اند و فرموده‌اند اگر اقاله در ضمان، راه داشته باشد، خيار نیز در آن راه دارد. بعد از مرحوم شیخ، این بحث وارد عرصه جدیدی شده است و کاملاً مسیر بحث عوض شده و محققان از شیوه و طریق و زاویه کاملاً جدیدی به مسئله نگریسته‌اند و اختلاف در جواز اشتراط خيار در عقد ضمان و عدم آن بالا گرفته است. مرحوم محقق یزدی در عروه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۱۳/۵) اعلام کرده است که شرط خيار در عقد ضمان برای مضمون له و ضامن هر دو صحیح است. محقق نایینی اعتقاد به عدم جواز آن پیدا کرده است (۱۳۷۳: ۵۷/۲). آیه الله خویی نیز به تبع استاد خود در جواز اشتراط خيار در عقد ضمان اشکال کرده‌اند (بی تا: ۱۸۲/۲).

### تاریخچه بحث در کتب اهل سنت

در کتب اهل سنت این فرع فقهی دارای فراز و نشیبی است؛ بسیاری از فقهای شافعیه این فرع را در کتب خود مطرح کرده و این فرع را مورد توجه قرار داده‌اند (ابواسحاق شیرازی، ۲۰۰۱: ۴۴۴/۱ و ۴۴۷؛ نووی، ۱۹۹۴: ۲۷۵/۱۴؛ انصاری، ۲۰۰۲: ۶۰۷/۴؛ القلیوبی، ۱۹۹۸: ۴۱۱/۲؛ الماوردی البصری، بی تا: ۱۳۶/۸) و تقریباً بین فقهای شافعیه اتفاق نظر وجود دارد که درج شرط خيار در عقد ضمان، باطل است. به این بیان که یقیناً شرط باطل خواهد بود ولی در بطلان عقد ضمان، دو نظریه وجود دارد. در کتب حنبلیه تنها موردی که یافت شد، ابن قدامه در المغنی است: <sup>۱</sup>ایشان ضمن بیان اقوال برخی از

۱. فصل: ولا یدخل الضمان والكفالة خيار. لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمنين والكفيل علی

فقهای اهل سنت فتوا به بطلان درج شرط ضمان در عقد ضمان داده و ادعای لاخلاف کرده‌اند و در نهایت نسبت به بطلان خود شرط، تردیدی نکرده ولی نسبت به بطلان عقد ضمان، اظهار تردید نموده‌اند.

بر اساس تحقیق صورت گرفته نه ایشان در کتب فقهی دیگر خود نظیر کتاب الکافی و نه سایر فقهای حنبلی به این فرع نپرداخته‌اند. در فقه حنفی در دو کتاب به این بحث پرداخته شده است؛ ظاهر کتاب البحر الرائق آن است که جعل خیار در عقد ضمان باطل است.<sup>۱</sup> در کتاب مجمع الضمانات نیز در ضمن فرعی که در آن خیار شرط درج شده است، اعلام شده است که در صورت تخلف شرط، خیار برای مشروط له ثابت نمی‌شود<sup>۲</sup> و در کتب فقهای مالکی و ظاهری، این فرع مطرح نشده است.

### لازم بودن عقد ضمان

بحث از خیاری بودن یا نبودن عقد مبتنی بر این مقدمه است که آیا اساساً عقد ضمان از عقود لازم است یا از عقود جایز؟ زیرا این بحث زمانی مصداق پیدا می‌کند که عقد ضمان، از عقود لازم باشد والا اگر از عقود جایز باشد، دیگر جایی برای بحث از امکان جعل خیار و عدم آن در عقد ضمان نخواهد بود. تقریباً بین مذاهب اسلامی اتفافی است که عقد ضمان، از عقود لازم است. و لذا نیازی به بررسی تفصیلی آن نیست.<sup>۳</sup>

- بصیرة أنه لا حظّ لهما. ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. ولا تعلم عن أحد خلافهم. فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي: عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لأنه شرط على ما ينافي مقتضاها ففسدت، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به. وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافي ذلك. ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع؛ ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط. لأنه وصل بإقراره ما يبطله. فأشبه استثناء الكل (ابن قدامة، المعنى، ۱۹۸۸: ۸۸/۷).
۱. والكفيل بالعين يطالب بتسليمها حال قيامها وببطلها حال هلاكها وبالتسليم يطالب لها وبالفعل جميعاً، وقدمنا أنه اشترط الخيار فيها أكثر من ثلاثة فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف (ابن نجيم، ۱۹۸۳: ۲۲۱/۶).
  ۲. رَجُلٌ كَفَّلَ لِرَجُلٍ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ عَلَيَّ أَنْ يَكْفُلَ عَنْهُ فَلَانَ بِكَذَا مِنْ الْمَالِ فَلَمْ يَكْفُلْ فَلَانَ فَالْكَفَالَةُ لَازِمَةٌ وَكَيْسَ لَهُ خِيَارٌ فِي تَرْكِ الْكَفَالَةِ (بغدادی، بی تا: ۴۱۷/۱).
  ۳. وأمّا الضمان فإنه إن كان له دين على غيره فبدل له ضمان غيره له فهو مخير بين أن يضمن أو لا يضمن، فإن ضمن لزم من جهته دون المضمون عنه (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۵۵/۱).

## خیاری یا غیر خیاری بودن عقد ضمان

مطلب دومی که باید مورد بررسی قرار گیرد آن است که آیا جعل خیاری در عقد ضمان رواست یا خیر؟ این مسئله را در ضمن مباحث اصلی این فصل و بررسی اقوال و ادله آن مورد بررسی قرار خواهیم داد ولی اجمالاً بیان می‌شود که اختلافی که علما و محققان در اثر اصلی ضمان دارند می‌تواند در پاسخ به این سؤال، راهگشا باشد. به این معنا که کسانی که اثر عقد ضمان را نقل ذمه به ذمه می‌دانند، می‌توانند معتقد شوند که عقد ضمان، خیاریست است نظیر عقد بیع. یعنی همان طور که عقد بیع باعث انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار می‌شود، امکان جعل خیاری وجود دارد و در صورتی که مشروط له از خیاری استفاده نماید و عقد را فسخ کند، ملکیت فروشنده نسبت به مبیع، عود نموده و دوباره مالک مبیع می‌گردد، در عقد ضمان نیز مطلب به همین صورت است. به این معنا که عقد ضمان، موجب انتقال مالکیت می‌شود. طلبی که تا کنون بر گردن مدیون اصلی استقرار داشت، بر گردن ضامن مستقر می‌شود و ضامن در مقابل طلبکار اصلی، بدهکار می‌شود. حال اگر در عقد ضمان، خیاری قرار داده شود و مشروط له از حق استفاده نموده و عقد ضمان را فسخ کند، بدهی مدیون اصلی دوباره برگشته و بر گردن خود او استقرار پیدا می‌کند. تنها اشکالی که باقی می‌ماند این است که در عقد ضمان، علاوه بر طرفین قرارداد (ضامن و مضمون له) شخص سومی (مضمون عنه) نیز وجود دارد. چطور بدون رضایت او ممکن است، مدیون شود؟ پاسخ به این سؤال در مباحث آینده خواهد آمد.

اما اگر معتقد شدیم که عقد ضمان، ضمّ ذمه به ذمه است نه نقل ذمه، در اینجا آیا عقد ضمان از عقود خیاری است یا خیر؟ ممکن است چنین استدلال شود که در این صورت، اثر عقد ضمان، ایجاد وثیقه‌ای برای طلب طلبکار است و ماهیت و ذات وثیقه با شرط خیاری منافات دارد؛ زیرا هدف از وثیقه گذاشتن این است که طلبکار اطمینان خاطر برای وصول به طلب خود پیدا نماید، حال جعل خیاری برای ضامن، کاملاً با این هدف منافات دارد؛ زیرا ضامنی که حق خیاری در قرارداد ضمان به نفع او قرار داده شده است، ممکن است هر لحظه عقد را بر هم زده و وثیقه طلب طلبکار را



از بین ببرد. در نتیجه طلبکار هیچ اعتمادی به این وثیقه ندارد و این با ذات عقد ضمان منافات خواهد داشت.

### تأسیس اصل در مسئله

قبل از ورود به بررسی نظریات و ادله موجود در مسئله، بهتر است به تأسیس اصل در مسئله پردازیم به این معنا که آیا اصل در عقود، جواز اشتراط خیار است یا اصل عدم آن است؟ فایده‌ای که بر این بحث بار می‌شود این است که اگر ثابت شد اصل در عقود، جواز اشتراط خیار است، کسانی که قائلند در عقد ضمان خیار راه ندارد، باید دلیل اقامه کنند و اگر ادله‌ای که ایشان ذکر نمودند، کافی برای اثبات ادعا نباشد، به اصل مراجعه نموده و حکم به صحت اشتراط خیار در عقد ضمان می‌نماییم و برعکس اگر در جستجوی اصل در مسئله به این نتیجه رسیدیم که اشتراط خیار، خلاف قاعده بوده است و جواز آن نیازمند دلیل و برهان است، حکم می‌کنیم که در عقد ضمان نیز اصل عدم جواز خیار است مگر اینکه با دلایل قطعی یا ظنی معتبر جواز آن به اثبات برسد.

فایده دیگری که بر این بحث مترتب است (که در حقیقت خود شیوه متفاوتی با شیوه قبل است) این است که اگر با بررسی ادله طرفین، نتوانستیم به نتیجه‌ای برسیم به اصل مراجعه می‌کنیم.

این مسئله را محققان به این صورت مطرح کرده‌اند که آیا خیار شرط، اختصاص به عقد بیع دارد یا در تمامی عقود (به جز مواردی که استثنا شده است) جریان‌پذیر است. ظاهراً بین محققان اختلافی در عدم اختصاص خیار شرط به عقد بیع وجود ندارد. یعنی اصل اولیه این است که خیار شرط در تمامی عقود جاری است مگر مواردی که دلیل بر عدم جواز جریان آن وجود داشته باشد. پشتوانه این نظریه می‌تواند اصل آزادی اراده باشد. به این بیان که همان‌طور که طرفین عقد در اصل انعقاد قرارداد آزادی کامل دارند و می‌توانند به هر نحو که خواستند اراده خود را اعمال نمایند می‌توانند در فروعات و توابع قرارداد نیز اراده خود را به هر نحوی که خواستند، اعمال کنند. در فقه دلایل متعددی برای اثبات این اصل اقامه شده است.



مهمترین آنها روایات و خصوصاً روایت شریف «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۱</sup> (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۲/۳) است. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه در این خصوص می‌فرماید: واستظهر المقدس الأردبیلی من التذکرة الإجماع علی دخول خيار الشرط فی کلّ معاوضة قال وعموم أدلة العقود والوفاء بها وبالشروط دلیل واضح علی الكلّ حتّی يوجد المانع من إجماع ونحوه (قلت) والأمر كما ذکر، لما ذکر من العموم والأصل وانتفاء المانع (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵).

بنابراین اصل در مسئله، جواز اشتراط خيار در عقد است مگر اینکه دلیل بر عدم جواز اشتراط آن قائم شود نظیر عقد نکاح یا عقد هبه و ایقاعاتی که نتیجه آن یک امر عدمی و رفع یک امر موجود است. پس در عقد ضمان اگر دلیلی بر عدم جواز اشتراط خيار اقامه شد فيها، والا باید ملتزم شد که در عقد ضمان، اشتراط خيار اشکالی ندارد.

### صور مسئله

این بحث مشتمل بر چند فرع می‌باشد:

- ۱- شرط خيار برای مضمون له چه وضعیتی دارد؟
- ۲- شرط خيار برای ضامن آیا صحیح است یا خیر؟
- ۳- شرط انجام فعل یا وجود وصف برای هر یک از ضامن یا مضمون له چه وضعیتی دارد؟

در این تحقیق سعی می‌شود که حکم همه این فروع در ضمن یک مبحث ارائه گردد. شرط خيار یا خيار شرط مستند به تخلف از شرط فعل یا وصف، چون قریب الافق هستند، در کنار هم مورد بررسی قرار می‌گیرد. تقریباً بین شیعه و اهل سنت در جواز جعل خيار برای مضمون له اختلافی نیست. اما در اشتراط خيار برای ضامن، اختلاف شدیدی بین محققان وجود دارد. در بین

۱. البته در معنا و مدلول این روایت بین محققان اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقها معتقدند که این روایت حاوی حکم وضعی است، ولی مرحوم آقای خوئی بر این باورند که این روایت صرفاً در مقام بیان یک حکم تکلیفی است و اصلاً نظری به حکم وضعی ندارد: «لیس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعی: بمعنی أن ما التزم به المؤمن لا یزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التکلیفی: أي یجب علی کلّ مؤمن الوفاء بشرطه، لأنه من علائم إیمانه (خوئی، مصباح الفقاهه، بی تا: ۱۹۱/۲).

فقهای امامیه همان طور که از بررسی تاریخچه مسئله روشن می‌شود، اولین کسی که حکم به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده است، مرحوم علامه حلی در دو کتاب تحریر و قواعد است. همچنین مرحوم ابن طمیّ همین نظریه را انتخاب کرده است. بعد از مرحوم شیخ انصاری بار دیگر این نظریه شهرت یافته است که شاید بتوان گفت مشهور بین فقهای معاصر، عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان است. اما در طرف مقابل مشهور فقهای متقدم قبل و بعد از مرحوم علامه حلی بر این باور بودند که اشتراط خیار در عقد ضمان جایز است. محقق یزدی در کتاب وزین العروة الوثقی نیز به همین نظریه گراییده و حکم به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده‌اند. فقهای عامه نیز به طور یک‌پارچه حکم به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده‌اند. در ادامه ادله دو گروه را ذکر نموده و به داوری می‌نشینیم.

### ادله قائلان به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان

قائلان به جواز به ادله متعددی استدلال کرده‌اند که در مجموع چهار دلیل است. عمده تکیه این محققان به همین اصلی است که در مسئله بیان کردیم. در ادامه به تک تک ادله آنها اشاره می‌نماییم:

#### ۱- ادعای اجماع

مرحوم صاحب جواهر ادعای لاخلاف نموده‌اند (نجفی، بی‌تا: ۶۳/۲۳) و همچنین محقق اردبیلی از عبارت ارشاد الاذهان، همین مطلب را استظهار کرده است. ایشان در مجمع الفوائد می‌فرمایند:

قال فی التذکرة: الأقرب عندی دخول خيار الشرط فی کلّ عقد معاوضة، خلافاً للجمهور. ویدلّ علی عدم الخلاف عندنا، ما تقدّم من عموم أدلة العقود والإیفاء بها، وبالشرط دلیل واضح علی الكلّ حتّى يوجد المانع من إجماع ونحوه (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۱۲/۸).

#### ۲- وجود مقتضی

در توضیح این دلیل باید گفت که ادله شروط نظیر «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند

شروطهم» و... دلالت می‌کنند که وفا به عهد و شرط لازم است. حال اگر در عقد ضمان، شرط خیار کردند به متقاضی این ادله، وفای به این شرط واجب است. مرحوم علامه حلی در تذکره می‌فرماید:

فإن شرط الخيار فيها مدّة معيّنة صحّ؛ لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أمر بالوفاء بالعقد، وإنما وقع العقد على هذا الشرط، وليس منافياً لمقتضاه، كما لا ينافي غيره من العقود (بی تا: ۱۰۹/۱۱).

### ۳- عدم المانع

دلیل دیگری که برای اثبات صحت شرط خیار در عقد ضمان ارائه شده است به این شکل تقریب می‌شود که از طرفی ادله شروط عام است و شامل هر شرطی می‌شود و از طرفی دلیل نداریم که در خصوص شرط خیار در عقد ضمان، مانعی و مشکلی وجود داشته باشد. لذا عمومیت ادله شروط شامل شرط خیار در عقد ضمان نیز می‌شود در نتیجه شرط خیار در عقد ضمان، جایز و رواست. مرحوم شیخ طوسی در مبسوط به این استدلال متمسک شده، می‌فرماید:

إنه لا يمتنع دخول خيار الشرط فيه، لأنّه لا مانع منه، فعلى هذا العقد والشرط صحيحان (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۳۵؛ همو، بی تا: ۳۷۷/۳؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۲۴۵؛ مکی عاملی، ۱۴۱۰: ۳/۲۶۹؛ آل عصفور بحرانی، بی تا: ۱۱/۴۱۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵/۳۵۳).

### ۴- حق بودن خیار نه حکم

مرحوم آقای حکیم در مستمسک به این دلیل تمسک کرده و آن را در دو مرحله تبیین می‌کند؛ در مرحله اول می‌فرماید: صحت اشتراط خیار و عدم صحت آن، دایرمدار آن است که «لزوم» در عقد ضمان، حکم باشد یا حق. اگر لزوم، حق باشد، ذوالحق می‌تواند از حق خودش صرف نظر کرده و آن را اسقاط کند یا آن را در معرض اسقاط قرار دهد یا عنان بقای آن را به دست دیگری بسپارد در نتیجه می‌تواند در عقد ضمان، شرط خیار کرد و از لزوم دست برداشت. اما اگر لزوم در عقد ضمان، از مقوله حکم باشد نه حق، در اینجا اشتراط خیار صحیح نیست؛ زیرا باعث می‌شود که حکم شرعی، نادیده انگاشته شود. لذا باید دید که آیا لزوم، حکم است یا حق.

در مرحله دوم به اثبات این مطلب می‌پردازند که «لزوم» از مقوله حق است نه حکم، در نتیجه شرط خیار در عقد ضمان، صحیح است. بیان مطلب اینکه اگر به ارتکاز عرف مراجعه کنیم درمی‌یابیم که عرف، لزوم را حق می‌داند نه حکم، لذا حتی کسانی که قائل شده‌اند عقد ضمان، برای ضامن لازم است، گفته‌اند که از طرف مضمون له لازم نیست و وی حق فسخ قرارداد را دارد؛ زیرا اگر به نظر ایشان، لزوم در عقد ضمان، حکم بود نه حق، مضمون له نیز حق فسخ قرارداد را نمی‌داشت. حتی می‌توان گفت که این ارتکاز عرفی در تمامی عقود و قراردادها وجود دارد؛ زیرا انعقاد و پذیرش قرارداد از حقوق افراد است و با توجه به اصل آزادی اراده، هر کس هر عقدی را خواست می‌تواند با رعایت ضوابط آن عقد، آن را منعقد کند، حال که اصل انعقاد عقد از حقوق افراد است، فسخ و صرف نظر کردن از آن عقد نیز از حقوق افراد است. البته اگر در موردی دلیل خاص داشتیم که از آن استفاده می‌شد، لزوم حکم است باید به آن ملتزم شد و در مورد عقد ضمان، چنین دلیلی نداریم. در نتیجه در مورد عقد ضمان باید گفت که شرط خیار در آن جایز و مشروع است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۸۱/۱۳).

### ادله قائلان به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان

در مقابل گروه اول، کسانی که اعتقاد دارند در عقد ضمان، امکان جعل خیار شرط نیست، به بیش از هشت دلیل تمسک کرده‌اند. همان طور که قبلاً نیز ذکر شد اهل سنت نیز در این گروه قرار دارند یعنی بالاتفاق معتقدند که در عقد ضمان، امکان جعل خیار وجود ندارد تا جایی که ابن قدامه در المغنی ادعای لاخلاف کرده است (ابن قدامه، المغنی، ۱۹۸۸: ۸۸/۷). بنابراین ادله‌ای که در ذیل بیان خواهد شد، برخی ادله‌ای است که اهل سنت ارائه داده‌اند و برخی ادله‌ای است که از طرف فقهای امامیه پیشنهاد شده است.

#### ۱- منافات داشتن عقد ضمان با مقتضای خیار شرط

برخی این گونه استدلال کرده‌اند که اساساً فلسفه و مبنای خیار شرط در قراردادها

این است که مشروط له بتواند از مزیتی در قرارداد بهره‌مند شود. به عبارت دیگر شخصی که اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید به خاطر جلب سود و منفعتی که برای خود در قرارداد تصور می‌نماید، وارد قرارداد می‌شود. ولی از طرفی همواره این خطر وجود دارد که محاسبات وی اشتباه بوده و سود و بهره‌ای که وی از قرارداد انتظار داشته، بیهوده بوده و وی به انتظارات قراردادی خود دست نیابد، لذا برای مدتی برای خود خیار قرار می‌دهد تا از ضرر احتمالی در قرارداد رها شود و ضرر احتمالی معامله را به حداقل برساند و این مهم در قراردادهای مبتنی بر مغاینه و سود متصور است اما در قراردادی که طرفین دنبال جلب سود نیستند نیازی به اندراج شرط خیار نیست. مثلاً در عقد ضمان که ضامن از همان ابتدا دنبال سود نیست، بلکه می‌خواهد با ضامن شدن، مدیونی را نجات دهد و خود بار سنگین دین را بر دوش بکشد، دیگر مجالی برای اندراج شرط خیار نیست. این دلیل عمدتاً از سوی فقهای اهل سنت ارائه شده است. صاحب‌المجموع این گونه این دلیل را تشریح می‌نماید:

ولا یتبیت فی الضمان خیار، لأنَّ الخیار لدفع الغبن وطلب الحظِّ والضامن یدخل فی العقد علی بصیرة أنه مغبون، وأنه لا حظَّ له فی العقد، ولهذا یقال الکفالة أولها ندامة وأوسطها ملامة وآخرها غرامة (نووی، المجموع، ۱۹۹۴: ۲۷۵/۱۴؛ نیز ر.ک: ابواسحاق شیرازی، ۲۰۰۱: ۴۴۴/۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۵/۳).

**نقد و نظر:** در جواب از دلیل اول مانعان می‌توان گفت تحلیلی که برای فلسفه خیار شرط ذکر شده است، جالب و خوب است ولی مستدل از یک نکته غفلت کرده است و آن اینکه در عقود که مبتنی بر مغاینه و سودجویی نیست نیز شخصی که اقدام به انعقاد چنین قراردادی می‌کند، چشم‌پسته و بدون فکر وارد قرارداد نمی‌شود. هر چند محاسباتی که او انجام می‌دهد، محاسبات اقتصادی و راهی برای کسب درآمد نیست ولی در هر حال عللی باعث شده است که او به کمک مدیون بشتابد و ممکن است در هنگام انعقاد قرارداد فرصت مناسب و کافی برای فکر کردن و تجزیه و تحلیل قضیه نداشته باشد لذا اقدام به انعقاد قرارداد می‌کند ولی با جعل خیار امکان امعان نظر بیشتر را برای خود فراهم می‌نماید. به عبارت دیگر مشروط له در قرارداد با جعل خیار برای خود به دنبال این است که مجال تصمیم‌گیری

بیشتری بیابد تا اگر چنانچه در مدتی که خیار دارد، تصمیم او مبنی بر ادامه و استمرار رابطه قراردادی عوض شد و سود و منفعت خود را در لغو این تصمیم دید، بتواند با تمسک به خیار شرط، خود را از رابطه قراردادی موجود معاف نماید.

## ۲- منافات داشتن خیار شرط با مقتضای ذات عقد ضمان

گروهی دیگر به این جهت قائل به بطلان شرط خیار در عقد ضمان شده‌اند که خیار با مقتضای ذات عقد ضمان منافات دارد؛ به این بیان که عقد ضمان مبتنی بر غرر است یعنی ضامن وقتی اقدام به انعقاد قرارداد ضمان می‌نماید، در حقیقت دنبال سود اقتصادی نیست و از همان ابتدا مغبون شدن و متضرر شدن خود را امضا نموده و می‌داند که هیچ بهره‌ای از قرارداد نصیب او نخواهد شد؛ زیرا بعد از اینکه ضامن در قرارداد ضامن مدیون اصلی شد، یا اصلاً از وی مبلغی را که به طلبکار پرداخته است، مطالبه نمی‌کند که در اینجا مسلماً از جهت اقتصادی متحمل ضرر شده است و یا اگر مبلغی را از مدیون اصلی مطالبه می‌نماید، مساوی با همان مبلغی است که به طلبکار داده است که در این صورت نیز منفعت اقتصادی‌ای عاید او نشده است و از طرفی جعل خیار در قرارداد برای دفع ضرر احتمالی‌ای است که ممکن است به مشروط له وارد شود و چون در قرارداد ضمان، ضامن از همان ابتدا به متضرر شدن خود رضایت داده است، وجهی برای جعل خیار در قرارداد به نظر نمی‌رسد. صاحب مفتاح الکرامه در این خصوص می‌فرماید:

وجهه أنه ینافی مقتضی الضمان لأن الضامن علی یقین من الغرامة والغرر فتدبر (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵؛ و در کتب اهل سنت ر.ک: انصاری، ۲۰۰۲: ۶۰۷/۴).

نقد و نظر: این استدلال نیز از سوی برخی از محققان مورد نقادی قرار گرفته است. مرحوم محقق ثانی رحمته الله بعد از نقل این دلیل به طور ضمنی می‌فرماید: «وهو كما ترى» (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵). احتمالاً نظر مرحوم محقق کرکی، به همان مطلبی باشد که در پاسخ از استدلال نخست ایراد شد. یعنی هرچند که ضامن در قرارداد ضمان ممکن است به دنبال سود مالی و نفع اقتصادی نباشد، ولی یقیناً بدون هدف و انگیزه وارد قرارداد نمی‌شود و با جعل خیار برای خود در پی تأمین آن هدف و انگیزه

خواهد بود. حتی در برخی موارد ممکن است تصور کرد که ضامن در قرارداد ضامن به دنبال نفع اقتصادی نیز می‌باشد نظیر جایی که تاجر دیگری ضمانت می‌کند تا در موارد مشابهی که برای او رخ می‌دهد، بتواند از اعتباری که به دست آورده است استفاده نموده و خود را از شر طلبکار بی‌انصاف خلاص نماید.

### ۳- ضامن ایقاع است و خیار شرط در ایقاعات داخل نمی‌شود

این دلیل از سوی جناب ابن قدامه از فقهای حنبلی پیشنهاد شده است. بیان مطلب این است که عقد ضامن از عقود است که نیازمند قبول از سوی طرف مقابل نیست لذا ایقاع است یا از عقود است که شائبه ایقاع بودن آن می‌رود و از طرفی خیار شرط در ایقاعات راه ندارد.

ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر (ابن قدامه، المعنى، ۱۹۸۸: ۸۸۷).

**نقد و نظر:** اولاً این استدلال بنا بر نظریه کسانی که اعتقاد دارند که ضامن، ایقاع است نه عقد، محتملی برای بیان دارد که البته ظاهراً خود جناب ابن قدامه همین اعتقاد را دارد؛ زیرا ایشان قبول مضمون عنه و مضمون له را در عقد ضامن شرط نمی‌داند و صرفاً رضایت ضامن را شرط می‌داند (همان: ۷۱/۷). ولی کسانی که اعتقاد دارند که «ضمان» عقد است نه ایقاع که مشهور امامیه و اهل سنت هستند، نمی‌توانند به این استدلال تمسک کنند. و ثانیاً: دخول خیار شرط در ایقاعات نیز اختلافی است. باید دید که آیا دخول خیار شرط در تمامی ایقاعات ممنوع است یا صرفاً در ایقاعاتی که نتیجه آن انهدام و اسقاط است نظیر ابراء.

### ۴- ضامن متضمن ابراء است و خیار شرط در ابراء راه ندارد

برخی این گونه استدلال کرده‌اند که عقد ضامن متضمن ابراء ذمه مضمون عنه است یعنی پس از تکمیل عقد ضامن، ذمه مضمون عنه بری می‌شود و از طرفی می‌دانیم که خیار شرط در ابراء ممکن نیست در نتیجه خیار شرط در عقد ضامن راه ندارد.

در توضیح این دلیل گفته می‌شود که این دلیل دو رکن دارد:

رکن اول: اینکه عقد ضامن به اعتقاد مشهور علمای امامیه و برخی از علمای

اهل سنت،<sup>۱</sup> موجب انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می‌شود که نتیجه این انتقال دین، برائت ذمه مضمون عنه در مقابل طلبکار است. در نتیجه اثر اصلی عقد ضمان، برائت ذمه مدیون اصلی است.

رکن دوم: در ابراء، خيار شرط راه ندارد؛ زیرا نتیجه ابراء انعدام و از بین بردن چیزی است که موجود است نظیر طلاق که رفع زوجیت است، ابراء هم رفع مدیونیت است. یعنی نتیجه ابراء یک امر عدمی است و حاصل آن معدوم شدن امر موجود است در حالی که خيار شرط، نتیجه‌اش آن است که امر موجودی را معدوم نماید مثلاً در عقد بیع، بایع ملکیتی را که برای مشتری ایجاد شده، رفع می‌کند. در نتیجه در ایقاعاتی که نتیجه آنها معدوم نمودن است، خيار شرط قابل تصور نیست (خویی، مصباح الفقاهه، بی‌تا: ۲۶۶/۶).

نتیجه آنکه نتیجه عقد ضمان، نوعی ابراء است و در رکن دوم گفتیم که جعل خيار در ابراء غیر معقول است در نتیجه ضمان نیز خيار بردار نمی‌باشد. مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد به صورت یک توهم اشاره می‌کنند و می‌فرمایند:  
فإن قيل: الضمان يتضمّن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط...  
(کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵).

**نقد و نظر:** در جواب از این استدلال باید گفت که باید بین ماهیت حقوقی قراردادهای و آثار آنها تفاوت گذاشت. گاهی دو عقد که از نظر ماهیت حقوقی با هم تباین کامل دارند، ممکن است از نظر آثار شبیه هم باشند. نظیر عقد ضمان و حواله. این دو قرارداد از نظر اثر شبیه هم هستند به این معنا که در هر دو قرارداد دین از عهده مدیون به شخص دیگری منتقل می‌شود ولی از حیث ماهیت کاملاً با هم تفاوت دارند. در عقد ضمان، ضامن دین دیگری را بر عهده می‌گیرد یعنی آنچه موضوع تعلق اراده طرفین قرارداد است، به عهده گرفتن دین دیگری است، ولی در عقد حواله آنچه موضوع اصلی عقد و قرارداد است، رها شدن و به دیگری سپردن دین است. یعنی محیل و محتال در عقد حواله، اراده مدیون شدن نمی‌کنند بلکه

۱. وقال أبو ثور: الحماله والكفالة واحدة، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة (ابن قدامة، ۱۹۸۸: ۳۷۲/۴).



اراده می کنند که دین از عهده حواله دهنده، خلاص گردد هر چند اثر این توافق اراده در نهایت مدیون شدن محال علیه است ولی مدیون شدن وی، موضوع توافق طرفین قرارداد نبوده است دقیقاً برعکس عقد ضمان که آنچه ابتدائاً مورد توافق طرفین قرارداد (ضامن و مضمون له) است، مدیون شدن ضامن است هر چند اثر این مدیون شدن این است که دین از عهده مضمون عنه، ساقط می گردد.

در مسئله مورد بحث نیز باید گفت که اثر عقد ضمان نسبت به مضمون عنه همان ابراء ذمه اوست. ماهیت عقد ضمان با ابراء کاملاً متفاوت است. ابراء ایقاع است و نیازمند اعمال اراده به خصوص است. ولی ضمان، عقد است.

ثانیاً: شارع و قانون گذار یکی از آثاری که برای عقد ضمان بر شمرده است، عبارت است از نقل مال از ذمه مدیون اصلی به ذمه مضمون له، حال باید دید که این نقل مال، به طور متزلزل صورت گرفته است یا قطعی؟ اگر نقل مال به طور قطعی باشد، دیگر امکان فسخ معامله نیست مگر با تقایل، ولی اگر به صورت متزلزل صورت گرفته باشد امکان برگشت مجدد آن به ذمه مضمون عنه، استبعادی ندارد. نظیر عقد بیع. عقد بیع عبارت است از تملیک عین به دیگری. در اثر این قرارداد، ملکیت مبیع به مشتری منتقل می شود. حال اگر به هر دلیل فسخی رخ داد، ملکیت مبیع مجدداً به فروشنده برمی گردد. در عقد ضمان نیز که مفید نقل مال است اگر طرفین به جعل خیار در عقد، آن را متزلزل کردند، چرا بعد از اعمال خیار توسط مشروط له، نتوان این انتقال ملکیت را کالعدم تصور کرد؟

قلنا: هو حکم من أحكام نقل المال، لا أنه يتضمنه، فإذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵).

## ۵- لزوم در عقد ضمان، حکم است نه حق

برخی این گونه استدلال کرده اند که لزوم در عقد ضمان، حکم است نه حق در نتیجه امکان برداشتن این لزوم با شرط خیار نیست.

توضیح مطلب: این دلیل مبتنی بر تفاوت گذاردن بین حق و حکم است. به اعتقاد بسیار حق با حکم فرق دارد و تفاوت اصلی این در امکان اراده در

مورد حق است به خلاف حکم. در حکم عنان امر به دست شارع و قانون گذار است و طرفین قرارداد نمی‌توانند با اعمال اراده خود آن را تغییر دهند. مستدل می‌گوید که لزوم در عقد ضمان حکم است لذا طرفین قرارداد با اعمال اراده و جعل خیار نمی‌توانند این لزوم را متزلزل نمایند. محقق نایینی در این خصوص می‌فرماید:

أما الضمان فكالنكاح لزومه حكمي، لأن من أثره انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبراءة المديون، فإرجاعه إلى ما كان لا يمكن إلا بضمان آخر، والتقاييل المتصور فيه أيضاً هو بهذا المعنى (۱۳۷۳: ۵۷/۲).

**نقد و نظر:** در خصوص تبیین ماهیت حق و حکم بین محققان و فقها اختلاف نظر زیادی وجود دارد. گفته شده است که اولین کسی که به این بحث پرداخته است مرحوم سید بحر العلوم در کتاب بلغة الفقه است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۸). البته ظاهراً این مطلب صحیح نیست و قبل از مرحوم سید بحر العلوم، جناب شیخ هادی تهرانی رساله‌ای تحت عنوان «رسالة الحق والحکم» نگاشته است (ر.ک: نامه مفید، ش ۱۵۳/۴). به هر حال در تعریف مفهوم حق و حکم و رابطه آن دو بین محققان بسیار اختلاف نظر وجود دارد.<sup>۱</sup> برخی این دو مفهوم را کاملاً متباین با هم تفسیر کرده و برخی دیگر قائل شده‌اند که فرقی بین حق و حکم وجود ندارد و هر دو اشاره به مجعول شرعی‌اند منتهی از حیث آثار، شارع گاهی بین مجعولات خود تفاوت می‌گذارد.

در مباحث قبل دیدیم که طرفداران جواز خیار در عقد ضمان مدعی شدند که لزوم عقد ضمان، حق است لذا می‌توان با اعمال اراده آن را تغییر داد. به نظر نگارنده، تحلیلی که مرحوم آقای حکیم در مستمسک بیان کرده‌اند تمام است و لزوم در عقد ضمان، حق است نه حکم.

## ۶- اثر ضمان به ثالث تجاوز می‌کند و اختصاص به طرفین ندارد

برخی این گونه استدلال نموده‌اند که عقد ضمان با سایر عقود فرق دارد. در سایر عقود اصل بر این است که طرفین می‌توانند با اقاله یا جعل خیار، عقد را فسخ کنند،

۱. برای دیدن نظریات مختلف و جمع‌بندی آنها ر.ک: محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۳۸۸.

ولی ضمان یک فرقی با سایر عقود دارد و آن این است که اثر عقد ضمان، به ثالث (مضمون عنه) تجاوز می‌کند. اگر اثر عقد به طرفین قرارداد محدود می‌شد، طرفین می‌توانستند با اراده متقابل، در قرارداد خیار قرار دهند، ولی در عقد ضمان اثر قرارداد به ثالث تجاوز می‌نماید. اگر برای ضامن خیار قرار داده شود و او خیار خود را اعمال نماید، ذمه مضمون عنه مشغول می‌شود. در نتیجه امکان جعل خیار برای ضامن در عقد ضمان وجود ندارد. مرحوم آقای خوئی در این مورد می‌فرماید:

فإن عقد الضمان وإن كان قائماً بين الضامن والمضمون له إلا أن الحق فيه يعدوهما إلى المضمون عنه حيث تبرأ ذمته عن الدين، فلا يصح اشتراط الخيار فيه... (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱۴۱۳: ۱۳۷/۲).

**نقد و نظر:** این استدلال نیز با یک اشکال مواجه است و آن این است که هرگاه بر مسئله‌ای نتیجه‌ای نامعقول یا خلاف قواعد بار شود، باید دنبال پیدا کردن راه حلی برای حل آن نتیجه باطل رفت نه اینکه اصل مسئله را انکار نمود. به عبارت دیگر در بررسی هر مسئله باید بین دو مرحله تفکیک کرد: ۱- مرحله ثبوت اصل مسئله؛ ۲- مرحله بررسی آثار آن.

در مرحله اول باید به این مسئله پرداخته شود که اصل مسئله مورد بحث، چه وضعیتی دارد؟ آیا با توجه به ادله‌ای که در مسئله وجود دارد، می‌توان اصل مسئله را پذیرفت یا خیر؟

در مرحله دوم بعد از پذیرش اصل مسئله، به بررسی آثاری که آن مسئله دارد، پرداخته می‌شود. در اینجا دو صورت ممکن است پیش بیاید:

اول: آثاری که بر آن مسئله بار می‌شود، آثاری معقول و موافق با قواعد است، در این حالت مشکلی وجود ندارد.

دوم: آثاری بر آن مسئله بار می‌شود که غیر منصفانه یا خلاف قواعد است، در اینجا اگر چنانچه توانستیم با فرض پذیرش اصل مسئله، از طریق این نتیجه باطل را دفع نماییم، نمی‌توانیم اصل مسئله را منکر شویم، بلکه ضمن پذیرش اصل مسئله به جستجوی راه حلی برای این مشکل باید پرداخت، ولی اگر نتیجه غیر منطقی، جز با انکار اصل مسئله قابل رفع نبود، در این صورت به کمک برهان ان، از اصل مسئله

دست برداشته و حکم به بطلان آن می‌کنیم.

در مسئله مورد بحث به نظر نگارنده، می‌توان از طریق دیگری غیر از انکار دخول خیار در عقد ضمان، این مشکل را حل کرد و آن اینکه اعمال فسخ، با اجازه و اذن مضمون عنه صورت گیرد. به این معنا که در عقد ضمان، برای ضامن، خیار فسخ مقرر گردد ولی اعمال خیار او منوط به اجازه مضمون عنه گردد.

### ۷- اشتغال ذمه نیازمند سبب و دلیل است

برای توضیح این دلیل، ذکر یک نکته ضروری است و آن این که اسباب تملک در شریعت و قانون مشخص شده است. هرگاه کسی بخواهد مالک مالی شود، باید از این اسباب خاص استفاده نماید نظیر عقد بیع و قرض و... از طرفی نه در ادله شرعی و نه در قانون، شرط از اسباب مملکه به شمار نیامده است.

حال مستدل می‌فرماید که اثر اصلی عقد ضمان عبارت است از نقل ذمه به ذمه. یعنی به محض اینکه عقد ضمان منعقد شد، دین از عهده مضمون عنه ساقط شده و در حقیقت نوعی ابراء محقق شده است. حال اگر فرض شود که در قرارداد ضمان، به نفع ضامن، جعل خیار شده است و او خیار خود را اعمال نماید، لازمه‌اش این است که ذمه مضمون عنه، مجدداً مشغول شود و این امر ممکن نیست؛ زیرا اشتغال مجدد ذمه مضمون عنه، نیازمند سبب مملک است و در مقدمه گفتیم که شرط خیار از اسباب مملک نیست در نتیجه مدیون شدن مجدد مضمون عنه دلیل و سببی ندارد. والذی یدو لنا فی المقام کون الحقّ مع المانعین، فإنّ حقیقة الضمان عندنا لَمَّا کانت نقل ذمه إلى أخرى، کان اشتراط الخیار فیه مقتضیاً لاشتغال الذمه بعد براءتها و فراغها، وهو یتحتاج إلى الدلیل الخاصّ، وهو مفقود (خویی، الشروط و الالتزامات التبعیة فی العقود، ۱۴۱۴: ۷۴/۲).

نقد و نظر: این استدلال نیز ناتمام است؛ زیرا همان طور که در سابق گفتیم، اثری که شرط خیار در قرارداد می‌گذارد این است که قرارداد را متزلزل می‌نماید و به آن قابلیت فسخ می‌دهد. چنین نیست که اعمال خیار سبب مملک جدیدی باشد. نظیر خیاری که در سایر عقود، قرارداد می‌شود.

## نتیجه گیری

همان طور که در مبحث تأسیس اصل در مسئله بیان کردیم، اصل این است که شرط خیار در عقود، ممکن است و طرفین قرارداد می توانند با اراده خود برای هر یک از طرفین و یا حتی شخص ثالث، جعل خیار نمایند. بنابراین در تمامی عقود امکان درج خیار شرط وجود دارد، مگر در مورد عقدی که مانعی وجود داشته باشد. در خصوص مورد بحث که عقد ضمان است، موانعی برای امکان شرط خیار ذکر شده است که به یاری خداوند تک تک آنها را نقل و نقد نمودیم و آشکار شد که هیچ کدام از ادله پیش گفته، صلاحیت ندارد که مانع امکان درج شرط خیار در عقد ضمان شود. البته تمامی ادله ای که موافقان ذکر کرده اند، نیز قابل قبول نیست به عنوان مثال تمسک به اجماع در این مسئله صحیح نیست؛ زیرا:

اولاً این مسئله همان طور که در تاریخچه این بحث دیدیم، بسیار مورد اختلاف محققان و فقها قرار گرفته است. برخی قائل به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان و برخی دیگر قائل به عدم جواز آن شده اند و ثانیاً بر اساس تحقیق به عمل آمده اولین کسی که این فرع را مورد بررسی قرار داده است، مرحوم شیخ طوسی است و در کتب فقهای قبل از ایشان اثری از این فرع دیده نمی شود لذا ادعای اجماع صحیح به نظر نمی رسد و ثالثاً با توجه به اینکه در این مسئله ادله و مدارک متعدد دیگری نیز وجود دارد، احتمال مدرکی بودن این اجماع زیاد است لذا نمی توان به آن اعتماد کرد و آن را کاشف از قول معصوم دانست.

با این همه، با توجه به اینکه دلیل تمامی که اثبات نماید، در عقد ضمان، درج شرط خیار صحیح نیست، ارائه نشده است، با تمسک به عموماً باب شروط، باید معتقد شد که درج شرط خیار در عقد ضمان، نظیر بیشتر عقود دیگر مانعی ندارد. البته بنا بر مبنایی که اهل سنت در عقد ضمان پذیرفته اند باید معتقد شد که در عقد ضمان امکان درج شرط خیار وجود ندارد؛ زیرا به نظر اهل سنت، اثر عقد ضمان، نقل ذمه نیست بلکه ضم ذمه به ذمه است. یعنی اثر آن ایجاد نوعی وثیقه است و از طرفی درج شرط خیار با این اثر منافات دارد؛ زیرا مقتضای وثیقه بودن این است که تزلزلی در آن راه نداشته باشد.

## کتاب شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، بی تا.
۲. ابن طیّ قفغانی، زین الدین علی بن علی بن محمد بن طیّ، المسائل الفقهیة - مسائل ابن طیّ - المسائل المفیده.
۳. ابن قدامة، المعنی علی مختصر الخرقی، المكتب الاسلامی، ۱۹۸۸ م.
۴. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق، دار الکتب العلمیه، ۱۹۸۳ م.
۵. ابوسحاق الشیرازی، المهذب، دمشق، ابن کثیر، ۲۰۰۱ م.
۶. انصاری، عبدالله بن محمد، اسنی المطالب شرح روض الطالب، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۲ م.
۷. بدایة المجتهد.
۸. بغدادی، مجمع الضمانات، دار الفکر، بی تا.
۹. حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه، تحقیق و تصحیح شیخ محمدباقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
۱۰. حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، تحقیق و تصحیح شیخ فارس حسون، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه.
۱۳. همو، تذکرة الفقهاء، بی تا.
۱۴. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی، تقریر شهید سید محمدتقی خوبی.
۱۶. همو، مصباح الفقاهه، تقریر شیخ محمدعلی توحیدی، بی تا.
۱۷. خوبی، شهید سید محمدتقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. راشد صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق و تصحیح جعفر کوثرانی عاملی، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدرروس الشرعیة فی فقه الامامیه، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۲۱. صفری، نعمت الله، «رسالة حق و حکم» و شرح حال شیخ هادی تهرانی، نامه مفید، شماره ۴.
۲۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۲۳. طرابلسی، ابن براج قاضی، المهذب، تحقیق و تصحیح جمعی از محققان و مصححان زیر نظر شیخ جعفر سبحانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ق.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. همو، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
۲۶. همو، المسووط فی فقه الامامیه، تحقیق و تصحیح سید محمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية ۱۳۸۷ ق.
۲۷. القلیوبی، احمد بن احمد بن سلامه، حاشیتنا القلیوبی و عمیره، دار الفکر، ۱۹۹۸ م.

۲۸. کرکی، علی بن حسین عاملی (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح التواعد*، چاپ دوم، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. المارودی البصری، محمد بن حبيب، *الحاوی الکبیر فی الفقه الشافعی*، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۳۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، تحقیق و تصحیح آقامجتبی عراقی و شیخ علی پناه اشتهاردی و آقاحسین یزدی اصفهانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
۳۲. نایینی، میرزا محمدحسین بن عبدالرحیم غروی، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریر شیخ موسی ابن محمد نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۳۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق و تصحیح شیخ عباس قوچانی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳۴. النووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المهدب*، دار الفکر، ۱۹۹۴ م.
۳۵. یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم طباطبایی، *العروة الوثقی*، تحقیق و تصحیح احمد محسنی سبزواری، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.





## بررسی اشکال تخصیص‌ناپذیری قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات\*

- دکتر محمدتقی فخلعی<sup>۱</sup> (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
- مجیدرضا شیخی<sup>۲</sup> (کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی)

### چکیده

حرمت اخذ اجرت بر واجبات به مثابه قاعده‌ای فقهی مورد تسالم فقها واقع شده است. با وجود این، اغلب فقها با تقسیم واجبات به دو قسم نظامی و غیر نظامی از جواز اخذ اجرت در واجبات نظامی سخن گفته‌اند و از آنجا که ادله اقامه‌شده بر قاعده مذکور در کتب فقهی متأخر، مشتمل بر وجوه عقلی است، اشکال تخصیص‌ناپذیری حکم عقلی در برابر حکم جواز اجرت در واجبات نظامی مطرح شده است. فقهای متأخر با التفات به این اشکال به روشهای گوناگون در صدد برآمده‌اند برای آن راه حلی بیابند. این نوشتار راه‌حلهای شانزده‌گانه مطرح در این باب را مورد نقد و تحلیل قرار داده و با خدشه بر اکثر آنها سرانجام یکی از راه‌حلهای ارائه‌شده از سوی امام خمینی علیه السلام را از سایر راهها نیکوتر شمرده است. واژگان کلیدی: حرمت اخذ اجرت، واجبات عبادی، واجبات نظامی.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۸/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۱۰/۸.

## طرح مسئله

در جامعه مشاغلی وجود دارد که حفظ نظم، قوام و استحکام جامعه بر انجام آنها موقوف است. این مشاغل باید به صورت فردی یا جمعی انجام گیرد. مهارتهایی مانند تعلیم و تربیت، پزشکی، مشاغل نظامی و امنیتی و... باعث استحکام نظم جامعه و قوام دیگر امور هستند. سیره رایج انسانها در همه جوامع نیز حاکی از این است که به کارها و وظایف و مسئولیتهای شغلی خود معیشت گرایانه نگریسته و در ازای ارائه خدمات شغلی خود مزد مطالبه کرده‌اند.

از طرفی در فقه قاعده‌ای با عنوان قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات وجود دارد و مشهور فقهای شیعه بر مبنای این قاعده فتوا داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۳۰/۳؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸/۸؛ حلی، ۱۳۷۸: ۲۶/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۵/۲؛ یزدی، ۱۳۸۲: ۳۹۸/۱ و ۶۱۲ و ۶۵۲؛ خمینی، ۱۳۷۷: ۴۹۹/۱). این قاعده در گفته‌های فقهی عمدتاً بر پایه وجوه عقلی قامت افراشته و فقیهان از تحلیلهای عقلی برای حرمت اخذ اجرت بر واجبات بهره برده‌اند. در سوی دیگر کلیت این قاعده در بحثهای فقهی مورد انکار قرار گرفته و بنا بر یک سیره مستمر متصل به معصوم، فقها بر جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه تسالم کرده‌اند. اشکالی که در اینجا رخ نموده این است که چگونه اخذ اجرت بر واجبات نظامیه جایز شمرده شده است؟ در حالی که مستند قاعده، دلیل عقل، و خصیصه دلیل عقلی این است که آبی از تخصیص می‌باشد، فقیهانی که به حرمت قاعده اخذ اجرت بر واجبات نظر دارند، مجدانه کوشیده‌اند که برای این اشکال چاره‌ای جستجو کنند و صورتی موجه برای این تخصیص بیابند که وجوه عقلی برای اثبات حرمت اخذ اجرت بر واجبات دچار ایراد نشود. البته آن دسته از فقیهانی که کلیت قاعده را مورد انکار قرار داده و ادله عقلی آن را مخدوش دانسته‌اند با این اشکال مواجه نیستند.

نگارندگان این مقاله نیز در مقاله دیگری ضمن نقد و بررسی آرای فقهی در این باب کلیت قاعده را مخدوش و وجوه عقلی ارائه شده را برای اثبات آن فاقد وجهت علمی دانسته‌اند (شیخی و فخلعی، ۱۳۹۰: ۸۵-۱۰۵)، ولی در این مقاله به بررسی اشکال ابای از تخصیص و راهکارهای ارائه شده توسط فقها پرداخته‌اند، در صورتی که این پاسخها نتواند اقناع کننده باشد، گریزی از آن اشکال نیست و تنها طریق حل آن این

است که کلیت قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات مورد انکار واقع شود. همان چیزی که نگارندگان در مقاله دیگر خود به تفصیل در صدد آن بوده‌اند. با نفی اعتبار کل قاعده و خدشه در وجوه عقلی ارائه شده بر قاعده، جایی برای طرح اشکال ابای از تخصیص باقی نمی ماند و مشکل رأساً برطرف می شود.

## واجبات نظامیه

اصولیان تقسیمها و دسته بندیهای متفاوتی از واجبات ارائه کرده اند. یکی از تقسیماتی که در کتابهای اصولی کمتر مورد توجه واقع شده، تقسیم واجب به «واجبات نظامیه» و «واجبات غیر نظامیه» است. از واجبات نظامیه به عنوان واجبات کفاییه توصییه یا واجبات مقدمیه<sup>۱</sup> (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۰) نیز یاد شده است. هرچند برخی در وجوب این واجب تردید کرده اند (ر.ک: خمینی، ۱۴۱۵: ۳۰۴/۲).

در تعریف واجبات نظامیه گفته شده است:

واجبات نظامیه، واجباتی هستند که برپایی و نظام شهرها (جوامع انسانی منظور است) و انسانها به آن بستگی دارد و اگر چنین اموری که حفظ نظام متوقف بر آنهاست، واجب نباشند، اختلال در زندگی انسانها (و اختلال نظام) پیش می آید (بحرالعلوم، بی تا: ۵/۲).

در تعریف واجب غیر نظامی نیز آمده:

منظور از واجب غیر نظامی، اموری است که هدف و غرض آنها به اشخاص برمی گردد بی آنکه ارتباطی با حفظ نظام داشته باشد. این قسم از واجبات، واجب تبعدی در مقابل واجبات نظامی است. خواه از عبادات به معنای اخص باشد که در آنها قصد قربت شرط است یا از توصیلات باشد (نابینی، ۱۴۱۳: ۴۲/۱).

به ادعای بعضی محققان «مشهور فقها فرقی بین واجبات نظامیه کفاییه و غیر کفاییه یا عینی نگذاشته اند» (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۱۴). لیکن این ادعا درست نیست چون در ادامه خواهد آمد که فقهای بسیاری، به پیروی از شیخ انصاری تفاوت قائل شده، واجبات عینی را مشمول قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات دانسته و واجبات کفاییه را از تحت قاعده خارج دانسته اند.

۱. گفتنی است وجه غالب استعمال اصطلاح «واجبات مقدمیه»، استعمال آن به جای واجبات غیریه است.

در مورد مفهوم نظام نیز اختلاف‌هایی مشاهده می‌شود به عقیده بعضی مراد از نظام در اینجا «نظام تکسب» یا نظام اقتصادی (همان: ۲۱۰) و به عقیده برخی دیگر، هم نظام اقتصادی و هم نظام عام اجتماعی است (موسوی بجنوردی، *منتهی‌الاصول*، بی تا: ۴۲۰/۱). ممکن است به نظر برسد مراد از نظام در اینجا، نظام اقتصادی و معیشتی است چنان که از برخی روایات این معنا استفاده می‌شود.<sup>۱</sup> از جمله امام در ذیل روایت حفص بن قیاس می‌فرماید: «لو لم یَجْزُ هذا ما قامت للمسلمین سوق» (صدوق، ۱۳۶۳: ۵۱/۳). امام با این بیان تأمین رونق زندگی اقتصادی و استحکام بخشیدن به دادوستدها و حسن جریان امور معیشتی را که مطلوب عقل و شرع است، لازم می‌داند و در این سخن مراد از قوام سوق، حفظ معیشت جامعه است. لیکن در بحث حاضر می‌توان ادعا کرد مراد از نظام معنای عام آن که شامل نظام اقتصادی اجتماعی و سیاسی و نظامی و بهداشتی و غیره است و نباید تنها به نظام اقتصادی محدود شود. پس نمی‌توان صرفاً با استناد به ذیل روایت حفص مراد از نظام را نظام معیشتی دانست و مانحن فیه را هم در آن محصور کرد. به ویژه بعد از آنکه دلیل عقل بر وجوب حفظ نظام بر همه انحای نظام منطبق است. البته قدر متیقن همان مورد نص است ولی با نگاه دقیق قابل تعمیم به سایر ابعاد و نواحی نظام و بلکه مفهوم جامع نظام نیز هست.

نکته مهم اینکه واجبات نظامیه برای سیاست و حسن اجرای امور کشور و ایجاد و حفظ نظام جامعه، در عرصه اقتصادی یا اعم از آن، تشریح گردیده است.

## حکم اخذ اجرت از واجبات نظامیه

بر مبنای سیره مستمر متصل به زمان معصوم و نیز اجماع منقول در مسئله، کلیه فقهای

۱. برای مثال حفص بن قیاس از حضرت صادق علیه السلام نقل می‌کند که حضرت به مردی که از ایشان سؤال کرده بود: آیا اگر من چیزی در دست کسی بینم جایز است شهادت بدهم آن شیء مال اوست؟ فرمود: آری جایز است. آن مرد گفت: شهادت خواهم داد که مال در دست اوست ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد؛ زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت علیه السلام فرمودند: آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری حلال است. امام علیه السلام فرمودند: شاید مال دیگری باشد، پس چگونه جایز است تو آن را بخری و بعد از تملکش بگویی مال من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالک گردیده‌ای اقرار کنی؟ سپس حضرت علیه السلام فرمودند: «لو لم یَجْزُ هذا ما قامت للمسلمین سوق».

امامیه قائل به جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه هستند (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۴۸/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۷/۲-۱۳۸).

### پرسش مشهور درباره واجبات نظامیه

به گفته شیخ انصاری اشکال مشهور در این باره این است که مهارتهایی که نظام معیشت مردم بر آن توقف دارد به دلیل وجوب برپایی نظام، محکوم به وجوب کفایی است؛ اما گاه برخی از این مهارتها بر آحادی از مکلفان واجب عینی می‌باشد و آن زمانی است که مکلف جایگزینی نداشته باشد. بنابراین قدر مسلم اینکه مهارتهای مذکور واجب هستند و از طرفی جواز اخذ اجرت بر این مهارتها نیز از اموری است که اشکال و اختلافی در آن نیست و همچنین لازم می‌آید که بر پزشک، اخذ اجرت بر طبابت حرام باشد چرا که طبابت بر او به صورت کفایی یا عینی واجب می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۷).

خلاصه اینکه حکم به جواز با حکم کلی حرمت اخذ اجرت بر واجبات چگونه قابل جمع است؟ نویسنده القواعد الفقهیه نیز در تقریر پرسش چنین گفته است: اخذ اجرت بر مشاغلی که به صورت واجب کفایی بر تمام مسلمین واجب است جایز است. باید بررسی کرد این امر چطور جایز است پس از اینکه گفته شده قاعده، حرمت اخذ اجرت بر تمام واجبات است (موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، بی‌تا: ۱۷۴/۲).

### به بیان فقهی دیگر

اموری از باب اینکه نظام جامعه اسلامی متوقف بر آنهاست، واجب هستند مانند کشاورزی، تجارت، پزشکی و دیگر اموری که حفظ نفوس محترمه در گرو آن است. بنابراین در حالی که این مهارتها واجبند، دیده می‌شود که علما بر جواز اخذ اجرت بر آنها نیز قائلند تا جایی که این مسئله امری بدیهی شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۴۱۶/۱).

پیش فرض این اشکال بر این بنیان استوار است که قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات، به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شود. حال کسانی که کلیت قاعده را پذیرفته‌اند به ناچار در واجبات نظامیه با پدیده تخصیص قاعده مواجه شده‌اند چون سیره و اجماع عملی بر جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه قائم است. از طرفی در قاعده

حرمت اخذ اجرت دلیل نقلی فراگیر که پشتوانه قاعده باشد وجود ندارد و بیشتر کسانی که این قاعده را معتبر دانسته، از دلایل عقلی استفاده کرده‌اند. اینان از طرفی با تخصیص قاعده مواجه هستند و از طرف دیگر، عقلی بودن، آن را آبی از تخصیص قرار داده است. البته برخی از فقها اخذ اجرت را تنها در واجبات عبادی حرام دانسته و چون واجبات صناعیه را از واجبات توصلی محسوب کرده‌اند و آن را از شمول حکم تکلیفی خارج کرده‌اند، اما فقهای که قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات را از ادله دیگر عقلی مانند اکل مال به باطل یا مقهوریت عمل استفاده کرده‌اند، چون بر جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه نیز تسالم کرده‌اند، با تخصیص قاعده روبرو شده‌اند. فقهای قائل به حرمت، جوابهای عقلی بسیاری را برای رفع این ناسازگاری آورده و از جمله کوشیده‌اند واجبات نظامیه را تخصیصاً از تحت این قاعده خارج کنند. همچنان که در طرح مسئله گذشت از نگاه نگارندگان، کلیت قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات پذیرفته نیست و مقتضای تحقیق، جواز اخذ اجرت بر واجبات است. لیکن صرفاً برای نشان دادن این مطلب که این وجوه عقلی خالی از نقص نیست در این جستار مورد عرض و نقد واقع می‌شود.

### نقد و تحلیل پاسخها

در مقابل این پرسش، پاسخهای بسیاری ارائه شده است:

**پاسخ اول:** گفته‌اند: اجماع علمای شیعه و عامه بر این قرار گرفته که می‌توان بر واجبات نظامیه اجرت گرفت. لذا گروهی قائلند که قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات با اجماع تخصیص خورده است. محقق نراقی در این زمینه می‌گوید:

اجاره در اکثر صنایع که واجبات کفائیه‌اند، صحیح است چون مشمول عمومات اجاره و اخذ اجرت بر آنها جایز است؛ افزون بر اینکه اجماع بلکه ضرورت نیز بر جواز آن دلالت دارد (۱۴۱۵: ۲/۳۴۸).

در نقد این پاسخ گفته شده: انتظار نمی‌رود در باب معاملاتی چون اجاره، احکام، تعبدی باشد. تعبدی بودن مخالف قاعده است بدین خاطر محققان این جواب را دور از منطق فقه یافته‌اند (موسوی بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، بی‌تا: ۱۷۴/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶:

۴۱۷/۱. توضیح اینکه دلیل عقل از تخصیص به وسیلهٔ اجماع که دلیلی تبعیدی است آبی است. اجماع قادر نیست عقدی را که اعتبار عقلی ندارد تصحیح کند.

**پاسخ دوم:** وجه دومی که برای رفع مغایرت گفته‌اند تمسک به سیرهٔ مستمر متشرعه است، سیره‌ای که در مرأی و منظر معصوم بوده و ردعی هم از آن نشده است؛ این سیره مهمترین دلیل بر جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه است.

امام خمینی سیره در اخذ اجرت بر واجبات نظامیه را هم در واجبات کفاییه و هم در واجبات عینی جاری می‌داند. ایشان در جواب اشکالی مبنی بر اینکه سیره منحصرأ در واجبات کفایی جریان یافته، می‌فرماید:

سیره فقط بر واجبات کفایی استقرار پیدا نکرده چون امروزه که مثلاً طبابت پیشرفت کرده و پزشکها به صورت تصاعدی زیاد شده‌اند و کثرت و فراوانی عجیبی پیدا کرده‌اند باز هم در بسیاری روستاها و شهرها تنها یک پزشک بیشتر وجود ندارد و همین طور سایر مشاغلی که حفظ نظام منوط و وابسته به آن مشاغل است در بسیاری اوقات واجب عینی است و بسیاری اوقات در موارد فوریت‌های پزشکی در بیمارستان واجب عینی است، چه رسد به گذشته که طیبیان و نیز صاحبان مشاغل دیگر بسیار نادر و کم بوده‌اند. پس سیره واجبات عینی را نیز شامل است (۱۴۱۵: ۳۱۰/۲-۳۱۱).

همین مطلب در کتاب انوار الفقاهه هم آمده است:

چه بسیار واجباتی که داوطلب انجام آن در شهرها پیدا نمی‌شود اگرچه سیره از زمان قدیم بر اخذ اجرت بر این واجبات بوده است. از قبیل طبابت و امثال آن (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۵۳۰/۱).

دربارهٔ سیره نیز باید گفت: این دلیل مبتلا به همان اشکالهایی است که دربارهٔ اجماع آمد و قاعدهٔ عقلی را نمی‌توان با دلیل تبعیدی در باب معاملات تخصیص زد. **پاسخ سوم:** وجه سوم ضرورت است.

وهبه زحیلی فقه‌پژوه معاصر اهل سنت می‌نویسد:

همهٔ عالمان اجرت گرفتن بر آموزش دادن زبان، ادب، ریاضیات، خط و... همچین اجرت ستاندن بر بنای مسجد، پل، مرزبانی را جایز دانسته‌اند از آن روی که چنین چیزی میان مردم تبدیل به عرف شده و مردم به آن نیاز دارند و ضرورت آن را اقتضا می‌کند و اگر نباشد کارهای عمومی متوقف می‌شود (زحیلی، ۱۴۳۸: ۲۲۳).

به نظر می‌رسد منظور از ضرورت، مفهوم اصطلاحی آن یعنی ضرورت فقهی نیست، بلکه حکم عقل ضروری است و آن هم حکم عقل بر قبح اخلال در نظام است. بحثی که در اینجا مطرح است جنبه صغروی دارد و آن اینکه آیا مجانی کردن واجبات نظامیه موجب اخلال در نظام اقتصادی جامعه می‌شود یا خیر؟ در ضمن ادله بعدی معلوم خواهد شد، بعضی فقیهان به هم‌ریختگی نظام را در این صورت مورد تردید قرار داده‌اند.

**پاسخ چهارم:** برای پاسخ به این اشکال عده‌ای از فقها بر این مبنا قائل شده‌اند که فقط در واجبات تعبدی اخذ اجرت حرام است، آنان در واجبات توصلی به طور کلی حکم به جواز اخذ اجرت داده‌اند. مؤلف کتاب مفاتیح الشرائع نظر خود را در این باره چنین اظهار می‌کند:

برای ما آشکار است که هر عبادتی که در آن نیت تقرب لحاظ شده است مطلقاً اخذ اجرت بر آن جایز نیست؛ زیرا اخذ اجرت با اخلاص همخوانی ندارد و همان‌طور که قبلاً گفته شد نیت آن چیزی است که انسان را بر کاری برمی‌انگیزد نه آن چیزی که به ذهن خطور می‌کند... اما آنچه در آن نیت معتبر نیست و تنها غرض این است که فعل به هر صورت روی دهد، چنانچه شرط نشود که آن عمل را بر وجه عبادت انجام دهد، اجرت‌خواهی در آن جایز است پس آنچه با اجرت انجام گیرد مسقط عقاب است هر چند ثوابی به آن تعلق نمی‌گیرد (فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۲/۳).

بنابراین این گروه قائلند که تمام واجبات نظامیه جز موارد نادر، توصلی‌اند و مانعی از اخذ اجرت در آنها نیست (موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، بی‌تا: ۱۷۴/۲). شیخ انصاری این وجه را ناتمام دانسته است. به باور وی اخذ اجرت بر واجب توصلی در صورت عینی و تعیینی بودن از آنجا که شخص مقهور به انجام آن است، جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۸/۲). این جواب شیخ در حقیقت بر پایه مبنای ایشان در عدم جواز اخذ اجرت بر واجبات عینی تعیینی است، خواه تعبدی باشد، خواه توصلی. منظور وی این است که برخی واجبات نظامیه تعبدی است. به تصریح مشهور فقها اخذ اجرت بر واجبات تعبدی حرام است چون غسل میت. بنابراین همه واجبات نظامیه توصلی محسوب نمی‌شود. بنابراین می‌توان گفت دلیل اخص از مدعاست.



**پاسخ پنجم:** این پاسخ را محقق ثانی (کرکی رحمته الله علیه) ارائه کرده، دلیل وی این است: اخذ اجرت در صورت قیام «من به الکفایه» به انجام عمل، جایز است و در پی آن، وجوب از گردن سایرین ساقط می‌شود و آنها هرگاه تصمیم به انجام آن عمل داشته باشند اخذ اجرت محکوم به جواز است؛ زیرا مورد اجاره دیگر وجوبی ندارد تا گرفتن اجرت در قبال آن تحریم گردد (۱۴۱۴: ۱۸۲/۷).

شیخ انصاری این وجه را نپذیرفته است. برای پی بردن به گفته شیخ، باید به این نکته توجه کرد که بر اساس نظر ارائه شده از سوی محقق ثانی، اخذ اجرت بر واجبات کفایی، فقط در صورتی جایز است که وجوب ساقط گردیده و به مقدار کفایت به آن قیام کرده باشند، در این صورت است که دیگران می‌توانند اقدام به دریافت پول کنند. با توجه به این مطلب، شیخ می‌فرماید:

ظاهر عمل و فتوای علما این است که ایشان اخذ اجرت بر صناعات مذکور و طبابت را به طور مطلق حتی در صورت بقای وجوب کفایی مجاز می‌شمارند و بنابراین اختصاص دادن جواز اخذ اجرت به مورد سقوط وجوب کفایی (که از سوی محقق ثانی مطرح شده) نادرست است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۸/۲؛ فخار طوسی، ۱۳۷۴: ۸۷/۸).

بنابراین می‌توان گفت دلیل وی بی‌ربط از مدعاست و پس از سقوط وجوب، مورد از محل بحث خارج است.

**پاسخ ششم:** حرمت اخذ اجرت به آن دسته واجبات کفایی اختصاص دارد که اولاً و بالذات مقصود شارع هستند، مثل احکام مردگان و تعلیم فقه، نه آن واجب کفایی (مثل صناعات) که برای واجب دیگر (حفظ نظام زندگی مردم) واجب می‌شوند چون صنایع و فنون.

توضیح اینکه: واجب کفایی دو قسم است:

- ۱) واجب نفسی و ذاتی که در خود این عمل، مصلحت ملزمه و برای خود واجب شده است نه برای توصل به واجب دیگر؛ چون احکام میت و تعلیم فقه.
- ۲) واجب کفایی مقدمی و غیره که برای مصلحت غیر واجب شده نه برای خودش و مهارتها از این قبیل هستند که برای رسیدن به یک واجب مهمتر که اقامه نظام معاش باشد، واجب شده‌اند و گرنه خود آنها مطلوب بالذات نیستند.

حال اگر واجب کفایی نفسی باشد اخذ اجرت بر آن حرام است و اما اگر واجب غیري باشد (همچون مهارت‌های مورد بحث) چنین نخواهد بود. از این رو منع اخذ اجرت اختصاص به وجوب نفسی دارد و چون صناعات مورد بحث واجب غیري هستند، بنابراین اجرت خواهی بر آنان جایز است (عاملی، ۱۴۱۹: ۸۵/۴، ۹۲؛ ۳۰۲/۱۲ و ۳۰۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳: ۳۶۱).

در نقد این پاسخ گفته شده است:

تخصیصی که جاری ساختید (میان واجب کفایی نفسی و غیري) از کجا استفاده شده؟ آیا از کلام و معاهد اجماعات علما به دست آمده؟ مسلماً چنین نیست؛ زیرا آنچه از کلام ایشان در دست ماست خلاف این ادعا را می‌رساند یا اینکه از دلیل خاصی استفاده شده که در این صورت باید آن دلیل را بیان نمایید (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۸/۲).

در کتاب القواعد الفقهیه اشکال ذکر شده، این گونه بیان شده است:

فرق است بین واجباتی که به خودی خود و به خاطر وجود مصالحی که در آنهاست، مطلوبند و اخذ اجرت بر آنها جایز نیست، از قبیل کفن و دفن و غسل میت به طوری که در خود این افعال مصلحت‌های ملزمه‌ای است که باعث وجوب آنها شده است و بین افعالی که مطلوبیت آنها به خاطر عدم تحقق اختلال نظام و عدم قیام سوق مسلمین است (موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، بی‌تا: ۱۷۵/۲).

ایشان در جواب این توجیه چنین می‌فرمایند:

چنین فرق گذاشتنی ادعایی بدون دلیل است. بلکه ظاهر دلیلی که مانع از جواز اخذ اجرت بر واجبات می‌شود بیانگر عدم فرق میان این دو قسم از واجبات کفایی است؛ اگرچه خود این تقسیم نیز خالی از مناقشه نیست (همان).

**پاسخ هفتم:** برخی معتقدند:

منع از اخذ اجرت بر مهارت‌هایی که به انگیزه اقامه نظام واجب شده‌اند، موجب اختلال نظام می‌شود. چون بیشتر مردم دچار معصیت شده؛ و در صورت منع از اخذ اجرت، آن مهارت‌ها را ترک کرده، به امور آسانتر روی می‌آورند. از این رو مشروعیت اخذ اجرت بر واجبات لطفی بر بندگان است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۹/۲).

به عبارت رساتر: چون می‌دانند در قبال این مهارت‌های پرزحمت اجرت بیشتری

پرداخت می‌شود، به آن اقبال می‌کنند و به همین جهت، تجویز اجرت لطف و لطف نیز واجب است (همان؛ فخّار طوسی، ۱۳۷۴: ۱۰۸/۸).

شیخ انصاری از این مدعا نیز پاسخ گفته است:

آنچه در خارج، به وجدان مشاهده می‌شود، اینکه مردم صنایع سخت را به انگیزه‌های دیگری غیر از زیادتر بودن اجرت اختیار می‌کنند. مثلاً شخصی قابلیت و توان انجام عملی غیر از آنچه برگزیده ندارد یا به غیر آن میل ندارد و یا به دلیل اینکه عمری در سختی گذرانده، بر او سخت و ناگوار نیست. بنگرید اجرت اغلب صناعات و مشاغل پرزحمت و سخت که در شمار واجب کفایی هستند مثل کشاورزی و شخم زدن زمین و دروی محصولات و مانند آن از اجرت مشاغل آسان بیشتر نیست؟ (۱۳۹/۲: ۱۴۱۵)

اشکال دیگری که بر این پاسخ می‌توان مطرح کرد این است که آیا شعاع نفوذ قاعده لطف به حدی است که فروعات احکام را نیز در بر گیرد؟ چنانچه نتوان این را اثبات کرد، پاسخ وجه استحسانی می‌یابد.

**پاسخ هشتم:** کاشف الغطاء برای حل اشکال اخذ اجرت اساساً وجوب واجبات نظامی را مشروط به اخذ اجرت کرده و آن را هم از قسم واجبات مشروط تلقی کرده است:

عملی که خود واجب مشروط باشد (مثل حج که مشروط به حصول استطاعت است) قبل از حصول شرط واجب نیست، پس تعلق اجاره به واجب مشروط قبل از حصول شرط هیچ مانعی ندارد و فرقی بین وجوب عینی مهارتها و وجوب کفایی آنها نیز وجود ندارد؛ زیرا وجوب از اجرت متأخر است و محقق نمی‌شود، همان طور که در بذل و غذا و آب به شخص مضطر، اگر بذل به صورت واجب کفایی باقی بماند یا واجب عینی بشود، بنا بر قول اصح استحقاق عوض و وجود دارد وجوب بذل مشروط (به اجرت) است (بی تا: ۲۸۲/۱).

توضیح: چون اصل وجوب این مهارتها، مشروط به عوض و اخذ اجرت است، گویا اخذ اجرت همراه با وجوب و مقدم بر وجوب آنها بوده، بنابراین چون عوض یا اجرت جدیدی در قبال واجب گرفته نمی‌شود که محکوم به حرمت باشد، اخذ اجرت بر چنین واجباتی جایز است.

شیخ انصاری در جواب گوید: «وجوب مهارتها مشروط به بذل اجرت نیست، بلکه به خاطر برپایی نظام و حفظ نظام جزء واجبات مطلق است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۰/۲). دلیل این مطلب با توجه به یک مقدمه روشن می‌شود.

در علم اصول آمده است که وجوب مقدمه از حیث اطلاق و اشتراط تابع وجوب ذی‌المقدمه است، یعنی نسبت به هر چه وجوب ذی‌المقدمه مشروط باشد، وجوب مقدمه نیز مشروط است و نسبت به آنچه وجوب ذی‌المقدمه مطلق باشد وجوب مقدمه هم مطلق است.

طبق این مقدمه، وجوب مهارت‌های ضروری، مقدمه‌اقامه نظام است و چون اقامه نظام یک واجب مطلق است، وجوب مقدمه نیز که مهارتها باشد، بی‌قید و شرط و مطلق خواهد بود و بنابراین از راه واجب مشروط هم نمی‌توان مشکل را حل کرد.

پاسخ نهم: محقق نایینی صحت اجاره در این باب را مشروط به دو شرط می‌داند: اینکه عمل اجیر ملک وی باشد و اجیر به واسطه واجب شدن عمل یا حرمت آن فاقد اختیار نباشد؛ زیرا به جهت وجوب یا حرمت عمل اختیار مکلف از بین می‌رود و عمل مکلف (اجیر) دیگر تحت سلطنت و اختیار او نیست. از این رو در اجاره بر واجبات غیر نظامیه، اجیر بر عمل خود سلطه ندارد و اجاره منعقد نمی‌شود (ر.ک: ۱۳۶۳: ۱۵/۱).

اینکه عمل برای مستأجر ممکن الحصول باشد نیز دو جهت دارد: اول ممکن الحصول یعنی هم باعث حصول مال یا منفعتی برای مستأجر شود (چه به صورت خدمت صرف، چه به صورت ارزش افزوده) دوم به معنای اینکه آن عمل با قید مباشرت از اجیر یا از مستأجر خواسته نشده باشد. به تعبیر دیگر واجب عینی و تعیینی نباشد چون اگر شارع فرموده که این عمل را خود تو بجا بیاور دیگر اجیر گرفتن بر آن جایز نیست هرچند این عمل برای مستأجر منفعت نیز داشته باشد (همان؛ ۱۴۱۳: ۴۰-۴۲). با توجه به این دو نکته ایشان می‌فرماید:

برای اینکه اجاره صحیح باشد دو امر باید وجود داشته باشد: اول اینکه عمل ملک عامل باشد<sup>۱</sup> و با ایجاب یا تحریم از جانب خداوند انسان مسلوب الاختیار نشود؛

۱. این کلام بر مبنای این است که عمل انسان حر، مال محسوب می‌شود.

زیرا وقتی امری واجب می‌شود انسان مؤمن قادر به ترک عمل نیست و اگر عملی حرام شد انسان قادر به انتخاب بین انجام یا ترک نیست و در صحت معامله توان بر انجام یا خودداری از عمل معتبر است<sup>۱</sup> و دوم اینکه عمل برای مستأجر ممکن الحصول<sup>۲</sup> باشد (۱۳۷۳: ۱۵/۱).

به گفته محقق نایینی هر دو شرط در واجبات نظامیه وجود دارد. عمل اجیر تحت سلطه و ممکن الحصول است. بنابراین اجرت بر واجبات نظامیه اشکالی ندارد (همان: ۴۲/۱). فقیهان اشکالات متعددی را به نظر ایشان وارد دانسته‌اند از جمله اینکه در اجاره بر واجبات اجیر مسلوب الاختیار نیست و وجوب یا حرمت سبب از دست رفتن اختیار نمی‌شود. یکی از فقیهان در این باره می‌نویسد:

وجوب شرعی سبب اینکه عمل واجب از اختیار مکلف بیرون رود نمی‌شود و وجوب اعمال، آنها را تبدیل به اعمال اضطراری که بدون اختیار و اراده از انسان سر می‌زند، نمی‌کند. چون ممکن است اجرت باعث انگیزه مضاعف در مکلف شود (منتظری، ۱۳۸۵: ۱۸۱/۳).

امام خمینی در اشکال بر استدلال نایینی می‌فرماید:

اگر منظور شما این است که اختیار در وجه اول به صورت تکوینی سلب می‌شود این مورد قبول نیست پس به ناچار مراد این است که سلب اختیار به صورت اختیاری است. (یعنی همراه با رضایت مکلف و ناشی از اختیار او) و بعد از ایجاب یا تحریم صورت می‌گیرد. به عبارت ساده‌تر این هم مصادره به مطلوب است (۱۴۱۵: ۲۸۹/۲).

زیرا نایینی مدعی است که هرگاه خداوند چیزی را واجب کند اخذ اجرت بر آن جایز نیست و دلیل ایشان این است که عدم جواز اخذ اجرت به خاطر واجب بودن عمل است و این دلیل عین مدعی است و می‌شود پرسش را دوباره تکرار کرد که به چه علت اخذ اجرت بر آن جایز نیست؟ و اگر مقدمه دوم (ممکن الحصول بودن) مورد نظر شماست یعنی منظور این است که برای مستأجر امکان حصول (یعنی به دست آوردن منفعت) باشد یعنی عمل یا نتیجه عمل ملک مستأجر بشود

۱. در معاملات معوض یکی از حقوق، حق حبس عمل است.

۲. ظاهراً ممکن الحصول بودن در اینجا منظور ایجاد مالیتی برای مستأجر است.

مانند ملکیت حاصل از خیاطی و... خوب شکی وجود ندارد که رسیدن نفع به مستأجر، اعتباری در صحت اجاره ندارد مثل اینکه کسی را بر تعمیر مسجد یا پل یا قناتها اجیر کنند؛ ضرورتاً این انتفاع در ملک مستأجر نیست و اجاره هم عقلانی است و اگر مراد شما از امکان حصول، تبدیل شدن عمل به ملک برای موجر به صورتی که موجر بتواند به قرارداد الزام، یا اجیر را ابراء و یا به سبب خیار فسخ کند این احکام در اینجا نیز هست و اگر با خیار فسخ کند یا با یکدیگر اقاله کنند حق معاملی ساقط می‌شود و هر چند از جانب شارع حق واجب و همچنین امر به معروف وجود دارد (همان).

اشکال دیگری که بر میرزای نایینی وارد دانسته‌اند در مورد شرط ممکن الحصول بودن برای مستأجر است. ممکن الحصول بودن به دو معنا تعبیر شده است. اول: برای مستأجر باعث حصول مالیت یا منفعت شود. اشکال این سخن این است که برای اینکه اجاره سفهی نباشد تنها داشتن انگیزه عقلایی کافی است و لازم نیست که منفعتی مستقیماً در ملک مستأجر حاصل شود برای مثال اجیری که اجرت از شخصی می‌گیرد تا مسجد نجس را پاک کند منفعت مالی برای مستأجر حاصل نمی‌شود.

امام خمینی رحمته الله علیه در این باره می‌فرماید:

پس اگر در اجاره علاوه بر انتفاع از عمل اجیر حصول عمل هم فرض گردد در برخی از واجبات نظامیه مثل طبابت چنین چیزی امکان ندارد چون معنای مصدری و همچنین حاصل مصدری در ملک مستأجر باقی نمی‌ماند و برای مستأجر مالیتی حاصل نمی‌شود (۱۴۱۵: ۳۰۶/۲).

ممکن الحصول به تعبیر دوم که عمل واجب به قید مباشرت واجب نشده باشد و امکان حصول برای مستأجر داشته باشد دچار اشکال است چون مباشرت ملاک و مناط اعمال نیابتی است و هر واجبی که قید مباشرت داشته باشد قابل نیابت نیست و هر واجبی که قید مباشرت نداشته باشد قابل نیابت است و نیابت تنها زمانی است که بخواهیم تکلیف از عهده شخصی به واسطه انجام شخص دیگر ساقط شود و این مسئله با مسئله اجرت بر واجبات متفاوت است. یکی از مزایای اجرت بر واجبات این است که اگر عملی نیابت‌بردار بود به واسطه اجاره برای انجام آن عمل وجوب از مستأجر ساقط می‌شود، ولی اجرت بر واجبات مزایای دیگری هم دارد که حتی

در زمانی که واجب عینی است و قید مباشرت شده ممکن است منفعت آن به دیگری برسد مثلاً هنرپیشه معروفی که مورد علاقه بچه‌هاست برای خواندن نماز واجب در دبستان اجیر شود تا بچه‌ها به خاطر علاقه به وی با او نماز بخوانند و نماز خواندن را از وی یاد بگیرند.

**پاسخ دهم:** برای بیان روشن این پاسخ طرح دو پرسش ساده لازم است: پرسش اول اینکه: وقتی شخصی به سراغ طیب می‌رود دستمزد طیب برای طبابت کردن است یا برای درمان حاصل از طبابت؟ وقتی به نجار، خیاط یا نانوا مراجعه می‌شود، دستمزدی که به آنها داده می‌شود برای عمل نجاری، خیاطی یا نانوائی است، یا نتیجه عمل آنها که میز یا لباس دوخته شده و نان طبخ شده است؟

پرسش دوم اینکه: وقتی گفته می‌شود مهارت‌های نظامی واجب است آیا آنچه واجب شده، عمل طبابت و نجاری و خیاطی و نانوائی کردن است یا نتیجه عمل که درمان بیماری، میز ساخته شده، لباس دوخته شده و نان طبخ شده است؟

محقق نایینی معنای اول را معنای مصدری و معنای دوم را معنای اسم مصدری نامیده و طبق مبنای نایینی جواب به پرسش بالا راهگشای پاسخ به اشکال واجبات نظامیه است. وی به این دو پرسش این طور جواب داده است که دستمزدی که از جانب مردم پرداخت می‌شود برای معنای اسم مصدری است. مردم برای نتیجه به پزشک مراجعه می‌کنند، مثلاً برای نان به نانوا مراجعه می‌کنند. وی در جواب به پرسش دوم بر آن شده که خداوند معنای مصدری را واجب کرده به تعبیر دقیق‌تر واجب به عنوان مصدری تعلق گرفته است. خداوند نتیجه عمل را از مکلف نمی‌خواهد بلکه اشتغال به این امور و بذل عمل را از مکلف می‌خواهد. پس در این واجبات، تکلیف به معنای مصدری تعلق گرفته است (۱۴۱۳: ۴۲/۱ و ۴۴: ۱۳۷۳: ۱۵-۱۶).

حال در واجباتی که تکلیف به نتیجه عمل واقع شده است مثل نماز و روزه و تجهیز میت که شارع نتیجه عمل را خواسته، اخذ اجرت حرام است، ولی در واجبات نظامیه که شارع خود عمل را می‌خواهد نه نتیجه آن را، اخذ اجرت جایز است؛ چون وجوب وفا به عقد اجاره به عنوان اسم مصدری و وجوب تکلیف الهی به معنای مصدری تعلق گرفته است، دو تکلیف روی دو عنوان متفاوت رفته‌اند و دو

جهت متمایز از همدیگر دارند که منافاتی با یکدیگر ندارد.

در تأیید نظر نائینی می‌توان به مؤیداتی اشاره کرد:

اول: وجود خيارات و اقاله و موجبات فسخ در معاملات نشان‌دهنده این است که مردم دستمزد را در قبال نتیجه عمل می‌پردازند.

دوم: اگر بنای تکلیف بر نتیجه عمل باشد از راه برهان خلف به نتیجه‌ای باطل می‌رسد و آن اینکه همه انبیا و اولیای خدا که به موفقیت اجتماعی دست پیدا نکردند تکلیف را انجام نداده‌اند.

سوم: در واجباتی که مطلوب از مکلف نتیجه عمل اوست و تکلیف به نتیجه عمل تعلق گرفته و اخذ اجرت نیز جایز نیست مثل نماز، در صورت ترک واجب با امر به معروف و نهی از منکر، شخص را مجبور به انجام آن واجب می‌کنند، این در حالی است که در واجبات نظامیه کسی را از راه امر به معروف و نهی از منکر مجبور به کاری نمی‌کنند.

به رغم این مؤیدات، در نقد بر نظریه محقق نائینی می‌توان گفت:

اساسی‌ترین اشکالی که بر تفاوت گذاشتن بین معنای مصدری و اسم مصدری وارد است، فقدان این تمایز نزد عرف و مردم می‌باشد؛ مردم در معاملات روزمره خود و در اجاره بر واجبات نظامیه توجه به اینکه اجاره در واجبات نظامیه تعلق به معنای اسم مصدری دارد و در واجبات غیر نظامیه به معنای مصدری تعلق گرفته ندارند. این غفلت یا عدم توجه مردم نشان از این است که دقت‌های عقلی منشأ جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه نیست.

امام خمینی رحمته الله علیه در همین زمینه می‌فرماید:

برای تصحیح امری که تنها فرضی ذهنی است و با آنچه در بازار و جامعه بشری رعایت می‌شود منطبق نیست وجه درستی وجود ندارد (۱۴۱۵: ۳۰۷/۲).

آیه‌الله مکارم شیرازی نیز چنین می‌گوید:

بدتر از همه این است که میان معنای مصدری و اسم مصدری تفاوت قائل شویم؛ چرا که نظام جامعه بر حاصل مهارتهایی چون بنایی، بافندگی (خیاطی) و طبابت متوقف است و دیگر اینکه وحدت خارجی این دو معنا همان طوری که به آن



اعتراف کرده- مانع از حرمت یکی از آنها و جواز دیگری می شود و اختلاف اعتباری در متعلق امر و نهی، قطعاً کافی نیست. در حقیقت این اختلافات، دقتهایی است که از نظر عقلا و اهل عرف ارزشی ندارد و بیشتر شبیه بازی با الفاظ است (۱۴۲۶: ۵۳۰/۱).

شاید بتوان گفت از آنجا که بحث کنونی در عالم تشریح مطرح است نه در ساحت واقع و تلقی عرفی، بنابراین اگر بتوان ثابت کرد که نزد شارع معانی مصدری از معانی اسم مصدری متفاوت است و طلب شارع بر معنای مصدری تعلق گرفته و دیگر تکیه به عرف و جاهت علمی ندارد، از این رو اشکال این دسته از علما موجه به نظر نمی رسد. ادعای نایینی را می توان به نحو دیگر پاسخ گفت و آن اینکه چه کسی گفته است عرف اجرت را در ازای نتیجه عمل پرداخت می کند؛ در کثیری از موارد چون طبابت می توان باور کرد عرف بر پرداخت اجرت بر نفس عمل طبابت توافق کرده، فارغ از اینکه به درمان انجامد یا به درمان نینجامد. به این معنا امام خمینی رحمته الله علیه نیز اشاره دارد، ایشان می فرماید:

تکلیف در همه موارد متعلق به مصدر است نه اسم مصدر... اجاره هم تنها بر معانی مصدری واقع می شود پس مستأجر خیاط را برای خیاطی کردن برای خودش اجیر می کند و همین طور رنگرز و... و حاصل مصدرها و نتایج اعمال و آثار عمل همه اش از محل اجاره خارج است و این امر واضحی است (۱۴۱۵: ۳۰۶-۳۰۷).

**پاسخ یازدهم:** آیه الله فاضل لنکرانی در جواب این اشکال چنین گفته است:

قدر مسلم از وجوب حفظ نظام، حفظ آن به نحوی است که موجب هرج و مرج نشود و اجرت در مقابل آنچه تکلیف به آن تعلق گرفته، قرار نمی گیرد، بلکه در مقابل مقدمات قرار می گیرد و در محل خود توضیح داده شد که وجوب از ذی المقدمه به مقدمه سرایت نمی کند (۱۴۲۳: ۵۲۷، کتاب الاجاره).

اشکال این جواب این است که بنیان آن بر دقتهای ناشی از عقل نهاده شده و توافق عرفی بر مقدمات حاصل نیست.

**پاسخ دوازدهم:** وجوب مهارتهای مذکور از حیث ذات نیست، (یعنی صنایع واجب نفسی نیستند که مصلحت در ذات خودشان باشد بلکه واجب غیری و مقدمی هستند) بلکه از حیث امری است که به برپایی نظام متوجه شده است و روشن است

که برپایی (اقامه) نظام متوقف بر عمل تبرعی نیست، بلکه هم به وسیله عمل رایگان حاصل می‌گردد و هم به وسیله انجام عمل در قبال اجرت. بنابراین آنچه که بر طبیب از باب احیای نفس و برپایی (اقامه) نظام لازم می‌گردد جز این نیست که وی برای انجام عمل آماده گشته، خود را در معرض خدمت قرار دهد لکن نه به شرط انجام رایگان، بلکه وی هم می‌تواند عمل را مجاناً و تبرعاً انجام دهد و هم می‌تواند در قبال انجام آن، اجرت بخواهد و در این صورت اگر مریض اجرت پرداخت کند، درمان او بر پزشک واجب است و اگر بذل نکند و مفروض این باشد که ترک معالجه، منجر به مرگ و هلاکت مریض می‌شود، حاکم شرع او را (یعنی مریض را) از باب حسبه، مجبور به پرداخت اجرت به پزشک می‌کند و اگر مریض بیهوش باشد، ولی او از طرف وی اجرت را پرداخت خواهد کرد و در غیر این صورت [یعنی اگر ولی پرداخت نکرد یا حاکم او را اجبار نکرد] طبیب می‌تواند عمل را به قصد اجرت انجام دهد و پس از خاتمه طبابت در مال وی نسبت به اجرت استحقاق می‌یابد و اگر مریض مالی نداشته باشد در ذمه او باقی می‌ماند تا در طول زندگی ادا کند و اگر از دنیا رفت پس از مرگش از زکات یا غیر آن ادا خواهد شد.

خلاصه راه حل مورد بحث این است که اخذ اجرت بر آن واجب کفایی که از دلیلش ثابت شود نفس عنوان آن وجوب دارد (بنا بر قول مشهور) جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۱۴۰-۱۴۱). اما در آنچه خود عنوان آن وجوب نداشته بلکه از باب برپایی نظام به آن امر شده، انجام عمل به طور رایگان لازم نبوده و طلب اجرت از کسی که عمل برای او صورت می‌گیرد جایز است.

شیخ انصاری اشکال راه حل یادشده را این دانسته است که احیای نفس اگر واجب باشد، معالجه نیز به دلیل مقدمه بودن برای احیای نفس واجب است و از این رو اخذ اجرت بر آن جایز نیست.

عمده اشکالی که بر این پاسخ وارد است این است که پاسخ بر مبنای یک خیال‌پردازی تنظیم شده و رویکرد عرف رایج مردم با آن مطابقت ندارد.

پاسخ سیزدهم: به نظر آیه‌الله مکارم شیرازی مهارت‌های مورد بحث از اموری که موجب حفظ نظام می‌شوند نیست، بلکه آنچه حافظ نظام است تعاون و همکاری در

زندگی اجتماعی است (۱۴۲۶: ۴۱۸/۱).

توضیح مطلب: در طبیعت انسان، غریزه جامعه (نیاز به جامعه) وجود دارد و ظاهر این است که این غریزه از چند امر ریشه و نشئت می‌گیرد؛ از جمله اینکه نیازهای انسان نسبت به سایر حیوانات بیشتر است و از جمله میل انسان به تنوع و شوق او به تکامل و ترقی در همه امور ناشی از قوه ادراک انسان و تنوع خواسته‌ها، غرایز و امور فطری اوست. از این رو صنایع و علوم دائماً در حال گسترش هستند و نیازمندی آنها به تخصص در رشته‌های مختلف در حال افزایش است. هر انسانی می‌خواهد از آنچه در دست دیگران است بهره‌بردار، از تخصص دیگران استفاده کند و این امر تنها با تعاون و همکاری متقابل ممکن خواهد شد؛ بنابراین همین امر حافظ جامعه است نه انجام مهارت‌های مذکور. هر انسان مکلفی و وظیفه دارد بخشی از نیازهای جامعه اسلامی (انسانی) را فراهم نماید سپس آنچه را که به دست آورده و فراهم کرده در مقابل آنچه دیگران دارند بدهد.

بنابراین صنعتها ذاتاً واجب نیستند، بلکه از این جهت واجب هستند که از مصادیق تعاون و همکاری متقابل بوده و این تعاون و همکاری است که حافظ نظام می‌باشد. بنابراین مسئله اخذ اجرت بر مهارت‌های مذکور در مسئله اخذ اجرت بر واجبات نمی‌گنجد.

پاسخ چهاردهم: طبق این پاسخ واجب اگر عینی تعیینی باشد، اخذ اجرت بر آن جایز نیست؛ اگرچه از مهارت‌ها محسوب شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۱/۲). از این رو گرفتن اجرت توسط پزشک برابر معالجه و یا توضیح بیماری جایز نیست.

در پاسخ به این اشکال که: اگر اخذ اجرت بر واجبات عینی حرام است پس چگونه در فرض وجوب عینی اخذ اجرت بر وصایت جایز است، شیخ اعظم می‌فرماید:

اینکه شخص وصی می‌تواند در برابر انجام وصایت و سرپرستی اموال کودکی که بر او وصیت شده اجرت دریافت کند، ناشی از اجماع و روایات مستفیضه‌ای است که دلالت دارد بر اینکه وصی می‌تواند در قبال انجام عمل چیزی دریافت کند (همان).

به گفته شیخ اگر عمل، واجب کفایی باشد، استیجار بر آن جایز است و واجب به سبب انجام آن هم از اجیرکننده و هم از غیر او ساقط می‌شود و اگرچه امثال با

فعل اجبر حاصل نمی‌شود ولی مستحق اجرت می‌شود. از این باب است دریافت اجرت توسط پزشک در مقابل حضور نزد مریض آنجا که درمان مریض بر پزشک متعین است، لیکن جمع بین پزشک و مریض از باب مقدمه درمان، واجبی کفایی است که هم بر عهده پزشک و هم بر اولیای مریض است.

به عبارت بهتر: جمع شدن و به یکدیگر رسیدن امری است که مقدمه درمان مریض توسط پزشک بوده و از باب مقدمیت، محکوم به وجوب کفایی می‌باشد اما این وجوب کفایی هم بر پزشک ثابت است و هم بر اولیای بیمار و از این رو چنانچه پزشک می‌تواند نزد بیمار حاضر شده و او را مداوا نماید، اولیای مریض نیز می‌توانند او را نزد پزشک آورده، واجب کفایی را ادا نمایند.

بلکه گاه، موردی از واجب کفایی استثنا می‌شود و آن جایی است که به دلیل معلوم شود عمل، حقی است که دیگری از عامل استحقاق آن را دارد و عامل باید حق او را ادا کند.

در اینجا عامل، نباید در قبال عمل اجرت بگیرد، چنین اجرتی، اکل مال به باطل است و عملی را که همین غیر یک بار مجاناً استحقاق آن را یافته، بار دیگر معنا ندارد اجرت بدهد.

منتهی تشخیص موارد و مصادیق و اینکه چه مواردی از واجب کفایی را شامل می‌شود ضابطه کلی ندارد و باید با قریحه و ذوق لطیف و ظریف، موارد را از یکدیگر باز شناخت. شیخ دو نمونه را ذکر کرده است:

۱) از ظاهر ادله وجوب تجهیز میت بر زنده‌ها چنین برداشت شده که در واقع تجهیز میت، حقی است که میت بر دیگران دارد، بنابراین هر کس اقدامی کرد و گوشه‌ای از تجهیز میت را به انجام رساند، آن حق مسلم را ادا کرده و نمی‌تواند در قبال آن اجرت بگیرد.

۲) مسئله تعلیم جاهل نیز از این باب است؛ یعنی بر شخص فقیه و عالم و مسئله‌دان که به احکام فقه و مسائل عبادات و احکام معاملات به خوبی آشناست واجب است که مسائل مورد ابتلای شخص جاهل را به او بیاموزد و این آموزش، حقی است از جاهل بر گردن عالم که چون حق شد، دیگر نباید در قبال تعلیم آن از

جاهل یا شخص دیگر اجرت بگیرد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۳/۲).

امام خمینی رحمته الله علیه به شیخ انصاری چنین جواب داده است: آنچه شیخ ذکر کرده‌اند، حل اشکال مشهور نیست، چون شهرت و سیره بر جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه دلالت دارند و تفصیلی میان عینی و کفایی و غیر آن دو از واجبات قائل نشده‌اند. بنای عرف متشرعه نیز بر اخذ اجرت و پرداخت آن در مقابل انجام عمل پزشکی و درمان است، نه به محض حضور، بلکه با حضور پزشک نزد مریض اجرت بیشتر می‌شود (۱۴۱۵: ۳۱۰/۲).

پاسخ پانزدهم: امام خمینی رحمته الله علیه در جواب این اشکال مبنای گذشته خود را در حرمت اخذ اجرت بر واجباتی که جنبه عهده دارد،<sup>۱</sup> یادآور شده و واجبات نظامیه را تخصصاً خارج دانسته است. ایشان معتقد است که در واجبات نظامیه جنبه عهده و دین بودن وجود ندارد بر خلاف واجبات غیر نظامیه و به همین خاطر در اینجا اشکالی پیش نمی‌آید. ایشان می‌فرماید:

اگر پذیرفته شود که واجبات نظامیه از واجبات هستند، این وجوب، عهده‌داری و دین بودن را برای خداوند متعال و دیگران ثابت نمی‌کند و در اعتبار آن، علاوه بر وجوب دلیلی وجود ندارد، بنابراین مقتضای قاعده، جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامیه است (خمینی، ۱۴۱۵: ۳۰۴/۲).

در نقد این پاسخ می‌توان گفت: برخی واجبات نظامیه هستند که مشهور فقهای امامیه بر حرمت اخذ اجرت بر آن فتوا داده‌اند و به تصریح فقها جنبه دین بودن هم در آن لحاظ شده است. مثلاً حمل و کفن و دفن میت مسلمان هم جزو حقوق الله و هم حق آن مسلمان است که جنازه او مورد هتک احترام قرار نگیرد و به نوعی از حقوق جامعه هم محسوب می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۷/۲) و اینکه گفته شود واجبات

۱. مبنای امام خمینی این است که در نهاد و درون واجبات عینی تعیینی مانند نماز و روزه و حج علاوه بر اصل وجوب، یک شاخصه دیگری هم وجود دارد و آن عنصر دین بودن واجبات است. (دین به معنای این است که در صورت فوت واجب مانند دیونی که در روابط بین مردم، شخصی بدهکار می‌شود اینجا هم مکلف مدیون خداوند می‌باشد). در نتیجه این مطلب به دست می‌آید که اعمال واجب ملک خداوند است و دینی بر عبد است پس اجیر نمی‌تواند برای آنچه که مالکش نبوده اجرت بگیرد (خمینی، ۱۴۱۵: ۲۹۷/۲).

نظامیه جنبه دین بودن وجود ندارد، خود اول کلام است.

پاسخ شانزدهم: وجه دیگری که امام خمینی رحمته الله علیه در پاسخ به اشکال مطرح می‌کند این است که وجوب واجبات نظامیه شرعی نیست و این واجبات تنها وجوب عقلی دارد. به گفته ایشان که وجوب یا از باب مقدمه حفظ نظام است یا از جهت اینکه اخلال نظام حرام است و آنچه موجب اخلال نظام است باید ترک شود. اگر مقدمه حفظ نظام باشد، مقدمه واجب وجوب شرعی ندارد و با اشکال اثباتی مواجه است و اگر وجوب از ناحیه اخلال در نظام باشد، در اینجا اخلال به نظام دو وجه پیدا می‌کند گاهی با فعل حاصل می‌شود و گاهی با ترک فعل. اخلال به نظام اگر با فعل صورت گیرد حرام شرعی است، ولی در واجبات نظامیه با ترک فعل که وجوب مقدمی دارد، حاصل می‌شود و مقدمه واجب یا حرام، وجوب یا حرمت شرعی ندارد. خلاصه اینکه اخذ اجرت بر واجبات شرعی حرام است و این ملازمه با واجبات عقلی ندارد (۱۴۱۵: ۳۰۴/۲).

پاسخ دوم امام خمینی رحمته الله علیه به نظر خالی از عیب و از همه جوابها بهتر است. با عنایت به این پاسخ، از آنجا که حرمت اخذ اجرت بر واجبات شرعی ثابت است و جواز اخذ اجرت بر واجبات نظامی به مثابه واجبی عقلی ثابت است، قاعده دچار تخصیص نمی‌شود و اشکال رأساً برطرف می‌شود.

### نتیجه گیری

اغلب پاسخهای ارائه شده به اشکال مشهور، به صورتی قابل خدشه و مورد اشکال علما واقع شده است. شاید بیان امام خمینی رحمته الله علیه در آخرین وجه مورد ادعا در این نوشتار، وجیه ترین پاسخ به اشکال باشد. در صورت اینکه این پاسخ هم نتواند قانع کننده باشد، گریزی از اشکال نیست و تنها طریق حل آن این است که کلیت قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات مورد خدشه واقع شود. چیزی که نگارندگان در مقاله دیگری به تفصیل بدان پرداخته اند. با نفی اعتبار کل قاعده و خدشه در وجوه عقلی ارائه شده بر قاعده، جایی برای طرح اشکال ابای از تخصیص باقی نمی‌ماند و مشکل رأساً برطرف می‌شود.

## کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، قم، آل البيت عليه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۲. اصفهانی کمپانی، شیخ محمدحسین، *الاجاره*، چاپ دوم، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹ ق.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب المحرمة و البیع و الخيارات*، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۴. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق، بی تا.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
۶. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، تحقیق و تصحیح محمدباقر خالصی، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۷. حلی، محمد بن الحسن (فخر المحققین)، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق.
۸. خمینی، سیدروح الله، *المکاسب المحرمة*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، قم، ۱۴۱۵ ق.
۹. همو، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، ۱۳۷۷ ش.
۱۰. زحلی، وهبه، *نظریه ضرورت در فقه اسلامی*، ترجمه حسین صابری، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. شیخی، مجیدرضا و محمد تقی فخلعی، «بررسی آرای فقها در مورد منافات اخذ اجرت با قصد قربت با رویکردی به دیدگاه امام خمینی»، *فصلنامه متین*، سال سیزدهم، شماره ۵۱، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۳. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تقریر الوسیله* (کتاب الاجاره)، قم، اعتماد، ۱۴۲۳ ق.
۱۵. فخار طوسی، جواد، *در محضر شیخ انصاری* (شرح مکاسب محرمة)، قم، دار الحکمه، ۱۳۷۴ ش.
۱۶. فیض کاشانی، محمدمحسن ابن شاه مرتضی ابن شاه محمود، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۱۷. کاشف الغطاء، شیخ جعفر بن خضر الجناجی، *شرح القواعد*، تحقیق سیدمحسن رضوی کشمیری، بی تا.
۱۸. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین عاملی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۹. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان*، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه* (کتاب التجاره - مکاسب المحرمة)، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۲۱. منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمة*، چاپ دوم، ارغوان دانش، زمستان ۱۳۸۵ ش.
۲۲. موسوی بجنوردی، سیدمیرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدر، بی تا.
۲۳. همو، *منتهی الاصول*، چاپ دوم، قم، کتابفروشی بصیرتی، بی تا.

۲۴. نایینی، میرزا محمدحسین بن عبدالرحیم غروی، *المکاسب و البیع*، تقریر شیخ محمدتقی آملی، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. همو، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ ق.
۲۷. یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، تهران، حدیث دل، ۱۳۸۲ ش.



# وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی راهن (مطالعه فقهی - حقوقی)\*

- دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان<sup>۱</sup>
- استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

## چکیده

از مسائل مهم راجع به حق مرتهن، مسئله وضع حقوقی قراردادهای ناقل عین از جمله فروش عین مرهونه توسط راهن است. در این خصوص بر اساس نظر مشهور فقهی نفوذ قراردادهای مزبور نیازمند اذن یا اجازه مرتهن است. اهم ادله ایشان، اجماع، برخی روایات و منافات تصرفات ناقله مزبور با حق مرتهن عنوان گردیده است. لیکن موارد مزبور قابل خدشه است؛ زیرا اجماع مزبور مدرکی بوده، معتبر نیست، روایت استنادی نیز از حیث سند و دلالت محل تأمل است. نیز منافات میان تصرفات مزبور و حق مرتهن محل تردید است. با بررسیهای فقهی و حقوقی انجام شده به نظر می‌رسد نظریه‌ای که تصرفات ناقل عین را منافی با حق مرتهن ندانسته و این دو را با یکدیگر قابل جمع می‌دانند، مبانی استدلالی قوی‌تری دارند. هر چند غالب حقوق دانان و رویه قضایی گرایش به نظر مشهور فقهی

دارند. در عین حال در مورد اثر اذن یا اجازه مرتهن نیز اختلاف است و مشهور آن را موجب اسقاط حق مرتهن به شمار می آورند. حال آنکه به نظر می رسد بقای حق علی رغم اذن یا تنفیذ مرتهن، ترجیح دارد، جز در مواردی که اذن یا اجازه، دلالت بر قصد مرتهن مبنی بر اسقاط حق خویش نماید. واژگان کلیدی: رهن، راهن، مرتهن، تصرفات منافی، تصرفات ناقل عین، اذن، اجازه.

### مقدمه

یکی از عقودی که به تبع وجود دین و برای ایجاد وثیقه در خصوص بازپرداخت دین تشریح گردیده و مورد پذیرش قانون گذاران قرار گرفته است، عقد رهن است. در این خصوص برخی از فقیهان امامی (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۸۵/۱۳؛ امام خمینی، بی تا: ۳/۲) عقد رهن را عقدی دانسته اند که برای استیثاق دین تشریح شده است و در همین راستا به موجب ماده ۷۷۱ قانون مدنی «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند». این عقد از جانب راهن لازم معرفی گردیده، حال آنکه نسبت به مرتهن جایز بوده، وی می تواند از حق خویش صرف نظر کند. در این خصوص ماده ۷۸۷ قانون مدنی بیان داشته است: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد». با این وصف عقد رهن حقی حمایتی برای مرتهن ایجاد می نماید، در عین حال قبل از فرا رسیدن سررسید دین و قبل از اینکه مرتهن بتواند با استفاده از حق خویش، مطالبه فروش عین مرهونه را بنماید، راهن حق مالکیت خویش را بر عین مرهونه حفظ می نماید. بنابراین از سویی در مدت رهن مرتهن نسبت به عین مرهونه دارای حق وثیقه است و از سوی دیگر راهن، مالک عین است. حال یکی از سؤالات مهمی که مطرح است و نتایج عملی فراوانی در عرصه معاملات مردم بر جای می گذارد، این است که در مدت رهن آیا راهن که مالک عین به شمار می آید، می تواند تصرفات ناقله که مصداق بارز آن بیع است، نسبت به عین مرهونه انجام دهد یا خیر؟ آیا تصرفات مزبور نیازمند اذن مرتهن است یا خیر؟

و در صورتی که مرتهن به راهن اذن در چنین تصرفاتی دهد، اذن وی اسقاط حق او را به دنبال دارد یا حق وی کماکان باقی خواهد ماند. این جستار در پی یافتن پاسخی برای سؤالات مزبور است. طبیعی است از آنجا که حقوق ایران به ویژه در بخش عقود معین مبتنی بر دستاوردهای ارزشمند فقیهان امامی است، نیازمند مطالعه فقهی - حقوقی موضوع خواهیم بود. در این راستا و به منظور یافتن پاسخ مناسب برای سؤالات مزبور ابتدا وضع تصرفات ناقل عین را از نظر فقهی بررسی نمود، سپس از وضع حقوقی تصرفات مزبور سخن می‌گوییم و در نهایت تأثیر اذن یا اجازه مرتهن را در خصوص تصرفات ناقله عین، بر حق رهنش مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

## ۱. وضع تصرفات ناقل عین از نظر فقهی

در خصوص تصرفات ناقله عین که فروش عین مرهونه از بارزترین مصادیق آن است سه نظریه به ترتیب زیر به چشم می‌خورد:

اول: نظریه صحت فروش (انتقال مالکیت) عین مرهونه بدون نیاز به اذن یا اجازه مرتهن (موسوی خویی، بی تا: ۲۳۹/۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴۴۹/۴).

دوم: نظریه صحت فروش در صورت اذن یا اجازه مرتهن یا سقوط حق رهن وی از طریق اسقاط حق یا فک رهن با پرداخت طلب وی که در واقع این نظریه بیانگر عدم نفوذ بیع و موقوف بودن نفوذ آن به اجازه مرتهن است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۳۶/۲؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۶۳؛ بحرانی، بی تا: ۲۶۱/۲۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۹: ۵۲۲/۸؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۱۹۵/۲۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۱: ۱۹۰/۳؛ همو، ۱۳۹۰: ۸/۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۷: ۸۱/۲؛ صافی، ۱۴۲۰: ۶۱/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۵: ۳۶/۲).

سوم: نظریه بطلان که در عبارات برخی از فقیهان امامی (به عنوان نمونه ر.ک: سلار، ۱۴۰۴: ۱۹۲) به چشم می‌خورد.

از این میان نظر دوم، نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد.

## ادله نظر مشهور و نقد آن

اهم ادله نظر مشهور به ترتیب زیر است که ضمن بیان آن، مورد نقد و بررسی

قرار می‌گیرد:

الف- اجماع (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۳/۴).

نقد- اجماع هنگامی دلیلی مستقل به شمار می‌آید که مدرکی نباشد و اجماع مدرکی حجّت نیست. این در حالی است که برخی از فقها (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۳۹/۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۱۶/۲۶۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴/۴۵۰) اجماع مزبور را کاشف از رأی معصوم ندانسته، بلکه حصول اجماع مزبور را به خاطر منافاتی که فقها میان فروش مال مرهون و حق مرتهن می‌دیدند، بعید دانسته‌اند. حتی در اجماع مدرکی، همان‌گونه که بعضی از فقها (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۲/۷۱) بیان نموده‌اند، لازم نیست احراز شود که مجمعی حتماً به مدارک دیگری غیر از اجماع استناد نموده‌اند، بلکه اگر احتمال آن نیز داده شود، کافی است؛ زیرا شرط حجیت اجماع، کاشفیت از رأی معصوم است و این کاشفیت در زمانی می‌تواند محقق باشد که احتمال مدارک دیگری در مسئله داده نشود. این در حالی است که در مسئله مورد بحث، مستندات دیگری هم وجود دارد که ممکن است، مدرک مجمعی بوده باشد.

ب- حدیث نبوی مشهور که به موجب آن «راهن و مرتهن، هر دو ممنوع از تصرف هستند»<sup>۱</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۴۲۱؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۴/۱۵۳).

نقد- حدیث مزبور از دو جهت باید بررسی شود. ابتدا از جهت سند حدیث و سپس از جهت دلالت. از حیث سند، حدیث مزبور مرسله است. بنابراین سند ضعیف است. البته ممکن است گفته شود ضعف سند به خاطر عمل فتوایی فقها جبران گردیده است. در پاسخ باید گفت در خصوص اینکه عمل فتوایی اصحاب جابر ضعف سند است، اتفاق نظر وجود ندارد و اگر با فقیهانی (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۳۹/۵) همداستان شویم که عمل اصحاب را جابر ضعف سند نمی‌دانند، دیگر استناد به حدیث، محملی نخواهد داشت. بر فرض پذیرش سند، در دلالت حدیث بر عدم امکان تصرفات ناقله عین ممکن است، تردید نمود؛ زیرا به نظر می‌رسد حدیث با توجه به مناسبت میان حکم و موضوع، ناظر به ممنوعیت تصرفات منافی با حق

۱. الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.

مرتهن است (موسوی خویی، بی تا: ۲۳۹/۵). این در حالی است که در منافات تصرفات ناقلاً عین مانند فروش عین مرهونه با حق مرتهن به شرحی که خواهیم گفت تردید وجود دارد. همچنان که برخی از اندیشمندان فقهی (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶؛ همو، ۱۴۲۹: ۴۵۰) در اینکه تصرف موضوع حدیث، تصرفات اعتباری (حقوقی) را نیز دربرگیرد، خالی از اشکال ندانسته‌اند. علاوه بر اینکه بر فرض پذیرش ممنوعیت تصرفات اعتباری، برخی (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶؛ همو، ۱۴۲۹: ۴۵۰) در دلالت نهی و منع بر بطلان خدشه وارد نموده‌اند. البته اینکه منع از تصرف را موجب بطلان یا عدم نفوذ آن ندانیم موجب می‌گردد منع مزبور فایده‌چندانی نداشته باشد و از این جهت، استدلال اخیر با اشکال روبروست.

ج- قاعده تسلیط: به این ترتیب که فروش مال مرهون با سلطه‌ای که مرتهن بر حق خویش دارد منافاتی است و به عبارت دیگر فروش با حق مرتهن منافات دارد. نقد- منافات فروش مال مرهون با حق مرتهن نیز مورد تردید قرار گرفته است. بدین دلیل که نیاز نیست عین مرهونه ملک راهن باشد و به همین جهت در مورد عاریه گرفتن مال از دیگری به این منظور که مال مزبور در رهن قرار داده شود میان فقها اتفاق نظر وجود دارد. بنابراین همان گونه که ممکن است از ابتدا مال مرهون، متعلق به راهن نباشد، انتقال مالکیت مال مرهون از راهن به خریدار منافاتی با حق مرتهن ندارد. به عبارت دیگر نیاز به بقای مالکیت راهن در طول مدت رهن جهت حفظ حق مرتهن نیست (موسوی خویی، بی تا: ۲۳۹/۵؛ همچنین رک: حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶).

د- برخی فقها (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷۲/۳) احتمال داده‌اند که دلیل عدم نفوذ فروش مال مرهون، منافات آن با حق مرتهن نباشد تا با استدلال فوق بتوان نفوذ آن را نتیجه گرفت بلکه دلیل منع فروش، ممکن است تصرف در متعلق حق مرتهن باشد با این توضیح که همان گونه که تصرف در اموال مردم جایز نیست تصرف در متعلق حقوق آنان نیز جایز نمی‌باشد و از طرفی فروش مال مرهون، تصرف در متعلق حق مرتهن است به همین جهت فروش مزبور غیر نافذ خواهد بود.

نقد- به نظر می‌رسد این استدلال نیز با ایراد روبروست؛ زیرا در مورد تصرفات

حقوقی شرکا در اموال مشاعی، علی‌رغم اینکه حقوق همه شرکا به عین اموال تعلق گرفته است و عین اموال متعلق حقوق همه آنهاست، تصرفات حقوقی هر شریک نسبت به سهم خویش بدون نیاز به اذن یا اجازه سایر شرکا، صحیح تلقی شده است. در رهن نیز، متعلق حق رهن (مالک) و مرتهن، هر دو عین مرهونه است و همان‌گونه که تصرفات حقوقی شرکا نسبت به سهم خویش را مجاز می‌دانیم و استدلال فوق را جهت عدم نفوذ تصرفات آنان به کار نمی‌بریم، در این مورد هم استدلال فوق نمی‌تواند مبنای منع مالک از تصرف حقوقی نسبت به حق خویش گردد.

### نظر مختار

به نظر می‌رسد، از میان همه استدلال‌های فوق آنچه بیش از همه قابل توجه و نیازمند دقت بیشتر است این نکته است که آیا بیع مال مرهون یا سایر تصرفات ناقل، منافات با حق مرتهن دارند یا خیر؟ طبیعی است اگر منافاتی میان این دو نباشد، باید همان حکمی را که در مورد فروش اموالی که دیگری نسبت به آن دارای حق عینی اصلی (مانند حق انتفاع) است در این خصوص نیز جاری نماییم. توضیح اینکه چنانچه مالی به دیگری فروخته شود و شخص ثالثی نسبت به آن، حق عینی اصلی مانند حق انتفاع داشته باشد و خریدار از این موضوع آگاه نباشد، دارای حق فسخ بوده و می‌تواند قرارداد را فسخ نماید (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۴۱۱: ۴۹۹/۳؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۲۰۶/۲۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۵۸۲/۲؛ موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۱۵؛ الانصاری، ۱۴۱۵: ۲۳۵/۱). در مورد اموالی که نسبت به آن حق رهن وجود دارد نیز اگر میان معامله ناقل عین (مانند بیع) و حق مرتهن منافاتی قائل نباشیم، همان‌گونه که برخی از فقها (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶؛ همو، ۱۴۲۹: ۴۵۰/۴؛ همچنین ر.ک: امام خمینی، ۱۴۲۱: ۱۹۰/۳) نیز بیان داشته‌اند، نتیجه منطقی

۱. این فقیه اندیشمند بیان داشته است: «فحیث أن البیع لیس منافیاً لحقیقة الرهن ولحق المرتهن... فتنقل العین المرهونة إلى المشتري ویكون حق الرهانة باقیاً متعلقاً بها. نعم مع جهل المشتري بالحال یشت له الخيار».
۲. در این خصوص امام خمینی علیه السلام نیز می‌فرماید: «ثم لو قلنا بأن عدم الجواز إنما هو فی مورد المزاحمة فالظاهر صحة البیع من غیر اعتبار إجازة المشتري ورضاه فإن البیع إذا وقع علی المرهون لا یبطل الرهن کالعین المستأجرة بل تكون العین منتقلة إلى المشتري مع كونها متعلقة لحق الرهن ومع جهله یكون له الخيار» (۱۴۲۱: ۱۹۰/۳).

پذیرش عدم منافات، باقی ماندن حق رهن و ثبوت خیار برای مشتری در صورت عدم آگاهی نسبت به حق رهن خواهد بود.

به اعتقاد ما در تشخیص منافات یا عدم منافات تصرفات ناقل عین مرهونه با حق مرتهن، تحلیل ماهیت حق مرتهن دارای اهمیت است. بدون تردید عقد رهن، عقدی است که برای استیثاق و پدید آمدن وثیقه برای دین مرتهن تشریح شده است،<sup>۱</sup> لیکن سؤال اینجاست که وثیقه و استیثاق و حدود و ثغور آن به چه میزانی است؟ به نظر می‌رسد دو نوع نگاه در این خصوص وجود دارد: مشهور فقها (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۴۷/۴؛ بحرانی، بی‌تا: ۲۶۷/۲۰؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۱۹۶/۲۵-۱۹۵) تمامیت وثیقه را ملازم با ممنوعیت راهن از تصرف در مال مرهون می‌دانند و قطع سلطه وی را از این جهت می‌دانند که وی را به سوی پرداخت بدهی اش سوق دهد؛ زیرا اگر وی نتواند در مال خود هیچ گونه تصرفی نماید و از آن سودی نبرد برای رفع مانع مزبور وادار به پرداخت بدهی خود می‌گردد. طبیعی است که طبق این دیدگاه، تصرف ناقل عین یا باطل است یا غیر نافذ؛ زیرا با ماهیت حق مزبور منافات دارد. البته نظر مشهور در این میان، عدم نفوذ است.

ولی نگاه دیگری که وجود دارد این است که ماهیت رهن را فقط ایجاد حقی برای مرتهن بدانیم که بتواند به موجب آن طلب خود را از محل فروش عین مرهونه استیفا نماید. اگر با این نگاه به حق مرتهن بنگریم نتایج مختلفی حاصل می‌شود. به همین جهت یکی از فقها (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۳۴۹) به این نکته تصریح نموده است که اگر این مبنا را بپذیریم حتی می‌توان بیع مال مرهون را در صورت شرط نمودن بقای حق مرتهن مورد پذیرش قرار داد. شاید با توجه با همین نگاه، برخی دیگر از فقها (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴/۴۵۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۶/۲۶۶؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۵/۲۳۹) منافاتی میان تصرفات ناقل عین و حق مرتهن قائل نبوده و حتی گذاشتن شرط مزبور را نیز لازم ندانسته‌اند و در هر حال حق مرتهن را باقی دانسته‌اند. بنابراین مطابق این نگاه نیز دو نظر در خصوص تصرفات ناقله و به ویژه بیع وجود دارد یکی اینکه تصرفات مزبور

۱. در تعریف رهن، وثیقه دین بودن مورد تصریح قرار گرفته است (در این خصوص ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲/۳۲۸؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۱/۵۳۹؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۳/۳۸۰؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۶).

با قید حفظ حقوق مرتهن صحیح است و دیگری اینکه در هر حال چه با قید حفظ حقوق مرتهن و چه بدون قید، صحیح بوده و حق مرتهن باقی است. به نظر می‌رسد، اولاً نگاه دوم در خصوص ماهیت رهن منطقی‌تر است و دلیل قانع‌کننده‌ای برای دیدگاه نخست وجود ندارد. به عبارت بهتر وثیقه برای برقراری تأمینی در سررسید دین می‌باشد و اینکه الزامی بیش از آن بر عهده‌راهن باشد، با اصل براءت ذمه منافی است. به علاوه بیع و سایر تصرفات ناقل عین لطمه‌ای به حق مرتهن نمی‌زند و باعث از بین رفتن حق او نمی‌گردد. بنابراین ضرورتی در غیر نافذ دانستن تصرفات ناقل عین وجود ندارد. به ویژه اینکه اصل بر صحت قراردادهایی است که واقع می‌شود و خلاف آن نیازمند دلیل است.

## ۲. وضع تصرفات ناقل عین از نظر حقوقی

در حقوق مدنی نیز با توجه به اختلاف‌های فقهی فوق، میان نویسندگان حقوقی اختلاف نظرهایی وجود دارد. جالب این است که بازگشت همه اختلاف‌های حقوقی نیز به منافات یا عدم منافات تصرفات ناقل عین با حق مرتهن است. قانون‌گذار ایران، به اجمال حکم تصرفات راهن در مال مرهون را در مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی بیان نموده است. به موجب ماده ۷۹۳ ق.م. «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن». هرچند به موجب این ماده تصرفات منافی با حق مرتهن بدون اذن وی ممنوع اعلام شده است، ولی قانون‌گذار شاید به صورت عامدانه و به دلیل اختلاف نظرهای فقهی، مصادیق تصرفات منافی را بیان ننموده است. به همین جهت در مورد برخی تصرفات، حقوق‌دانان به وحدت نظر نرسیده‌اند. در مورد تصرفات ناقل مالکیت که موضوع بحث ماست برخی از نویسندگان حقوقی (امامی، ۱۳۸۳: ۳۶۹/۲-۳۷۰) تصرفات مزبور را در صورتی که با حفظ حقوق مرتهن صورت گیرد نافذ دانسته‌اند به این دلیل که منافات و تعارض با حقوق مرتهن ندارد ولی چنانچه انتقال، بدون قید انجام پذیرد آن را منافی حقوق مرتهن و غیر نافذ دانسته‌اند. ولی برخی دیگر (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۹؛ بروجرودی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۵) تصرفات ناقلاً عین را مطلقاً منافی حق مرتهن و غیر نافذ تلقی نموده‌اند.



برخی دیگر از اساتید (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۷۵-۲۷۶؛ همو، ۱۳۸۵: ۴۸۵) نیز علی‌رغم تمایلی که به پذیرش عدم منافات میان تصرفات ناقل عین و حق مرتهن دارند ولی با توجه به مفاد ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در رهن قضایی (مالی که به سود طرف دعوی توقیف شده است) و به ویژه لحن ماده ۳۴ مکرر اصلاح شده در ۵۱/۱۰/۱۸ از قانون ثبت<sup>۱</sup> و مفاد ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی که تصرفات ناقل ورثه را بدون اجازه بستانکاران در ترکه (وثیقه عمومی طلبکاران) نافذ نمی‌داند و شهرت میان فقهای امامیه، این نظر را می‌پذیرند که راهن حق انتقال مورد رهن را بدون اذن مرتهن به دیگری ندارد و معامله‌ای را که بدین ترتیب واقع شود خواه مطلق یا با قید حق مرتهن باشد، در حکم فضولی دانسته و اجازه مرتهن را موجب تنفیذ آن می‌دانند.

در رویه قضایی نیز مسئله میان محاکم، محل اختلاف بوده است و همین امر موجب شده در زمینه سرقفلی، دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه صادر نماید. توضیح اینکه در خصوص انتقال حق سرقفلی مغازه مرهونه که از توابع عین مرهونه می‌باشد آرای متعارضی از شعب بیست و یکم و چهاردهم دیوان عالی کشور صادر شده و شعبه بیست و یکم انتقال مزبور بدون اذن مرتهن را صحیح و شعبه چهاردهم آن را مغایر با ماده ۷۹۳ قانون مدنی و غیر نافذ دانسته است به همین جهت هیئت عمومی دیوان عالی کشور به بررسی موضوع پرداخته و در مقام ایجاد وحدت رویه به موجب رأی شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ انتقال و فروش سرقفلی مغازه مرهونه را به شخص ثالث بدون اذن مرتهن، از جمله تصرفاتی تلقی نموده که با حق مرتهن منافات داشته و آن را غیر نافذ تلقی نموده است (اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۳: ۴۴۹-۴۵۰). طبیعی است می‌توان با وحدت ملاک از رأی مزبور، فروش خود عین مرهونه را بدون اذن مرتهن نیز غیر نافذ تلقی نمود.

هرچند با وجود رأی وحدت رویه مزبور، نظام قضایی به سمت تبعیت از نظر مشهور فقهی پیش رفته است لیکن به نظر ما، مبانی استدلالی نظر عدم منافات،

۱. البته در حال حاضر ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت به موجب قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن، مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ مجلس شورای اسلامی حذف گردیده است.

قوی تر است. به ویژه اینکه در تحلیل حقوقی ماهیت حق مرتهن، حق مزبور در زمره حقوق عینی قرار دارد و خصیصه حق عینی این است که دارنده آن، هر کجا آن را بیابد می تواند مطالبه کند (حق تعقیب) و در مقابل همگان قابل استناد است و کسی نمی تواند آن را انکار نماید. بنابراین انتقال مالکیت عین مرهونه که به معنای تغییر مالک عین است هیچ منافاتی با حق مرتهن ندارد. کما اینکه اگر راهن وفات یابد، ورثه او جانشینش می گردند و در عین حال به حق مرتهن هیچ گونه لطمه ای وارد نمی گردد. به همین جهت شایسته است قانون گذار به صراحت ضمن تبیین مصادیق تصرفات منافی با حق مرتهن، تصرفات ناقل مالکیت را به رسمیت شناسد.

### ۳. تأثیر اذن یا اجازه مرتهن در خصوص تصرفات ناقله عین،

#### بر حق وی

همان گونه که در مباحث گذشته بیان گردید، بر اساس نظر مشهور و نظر مورد پذیرش رویه قضایی ایران، تصرفات ناقله عین از جمله فروش مال مرهون بدون اذن مرتهن غیر نافذ است. حال این سؤال بر اساس این نظریات مطرح می گردد که اگر راهن با اذن مرتهن اقدام به انعقاد قرارداد ناقل عین نماید یا مرتهن قرارداد را اجازه داده تنفیذ نماید، اذن یا اجازه مزبور چه تأثیری بر حق وی دارد. آیا حق رهن وی را منتفی می نماید یا خیر؟ در صورتی که پاسخ مثبت باشد، این سؤال مطرح می شود که آیا مرتهن نسبت به عوض در قراردادهای معاوضی حق رهن می یابد یا خیر؟ در این مبحث باید به این سؤاها پاسخ گفت.

در پاسخ به سؤال نخست، وحدت نظر وجود ندارد. لیکن می توان ادعا نمود که مشهور فقها که تصرفات ناقل عین را غیر نافذ تلقی می نمایند، اثر اجازه مرتهن را بطلان و از بین رفتن حق رهن می دانند، یعنی میان انتقال مالکیت مال مرهون و بقای حق رهن نیز منافات می بینند. به عبارت دیگر اذن یا اجازه مرتهن را اسقاط حق رهن به شمار می آورند (در این خصوص ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۳۶/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۲/۴؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۲۱۲/۲۵).

برخی از فقیهان (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۳۵۱) نیز میان اینکه اجازه، مربوط به اسقاط حق یا امضای عقد بدون اسقاط حق باشد تفکیک قائل شده و در فرض اخیر قرار گرفتن عوض در رهن مرتهن را بعید ندانسته‌اند.

بنابراین به عنوان نتیجه‌گیری کلی از بررسی موضوع در فقه امامیه باید گفت در خصوص تصرفات ناقل عین مرهونه، اغلب فقها آن را غیر نافذ تلقی نموده و صحت آن را موقوف به اجازه مرتهن می‌دانند و اجازه مزبور را موجب از بین رفتن حق رهن وی تلقی می‌نمایند.

از نظر حقوقی نیز در اینکه آیا اجازه موجب سقوط حق مرتهن می‌گردد یا خیر، اختلاف نظر است. برخی نویسندگان حقوق مدنی (امامی، ۱۳۸۳: ۲/۳۷۰؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۵)، آن را موجب فک رهن می‌دانند. در این راستا دکتر سیدحسن امامی از اساتید و شارحان قانون مدنی (امامی، ۱۳۸۳: ۲/۳۷۰-۳۷۱) معتقد است، در صورتی که مرتهن معامله مزبور را اجازه نماید و رد کند، معامله باطل و کأن لم یکن خواهد بود لیکن اگر آن را اجازه دهد، کاشف از تحقق معامله از زمان عقد می‌باشد و از این نظر که معامله مورد نظر با عقد رهن منافات دارد، رهن فک می‌شود. به اعتقاد این حقوق‌دان، در چنین وضعی اگر معامله‌ای که بر عین مرهونه واقع شده معوض باشد، در فرضی که عوض به دست آمده پول است، به جای آن در رهن قرار نمی‌گیرد؛ زیرا ظاهر در این فرض این است که راهن به قصد استفاده از عوض آن را انتقال داده است مگر آنکه بر خلاف آن مقرر شده باشد. لیکن در فرضی که عوض، مال دیگری غیر از پول باشد مانند آنکه خانه مورد رهن را با باغچه‌ای در بیلاق معاوضه و یا صلح کند، ظاهر آن است که مال مزبور، مورد رهن قرار می‌گیرد مگر آنکه بر خلاف آن مقرر شده باشد. البته ایشان در این فرض نیز احتمال داده‌اند که بتوان گفت عوض مانند فرض قبل در رهن واقع نمی‌شود؛ زیرا مورد عقد رهن، عین معوض بوده که مورد انتقال قرار گرفته و با پایان یافتن رهن، موجبی برای رهن قرار گرفتن عوض موجود نشده است.

در مقابل نظر فوق، برخی دیگر از اساتید معتقدند: «معامله‌ای که بدین ترتیب انجام می‌شود، خواه مطلق یا با قید حق مرتهن باشد، در حکم فضولی است و اجازه

مرتهن آن را از هنگام عقد تنفیذ می‌کند ولی به معنای انصراف از رهن نباید انگاشته شود؛ زیرا هیچ تعارضی بین نفوذ معامله و باقی ماندن وثیقه وجود ندارد...» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲/۲۷۶).

قانون در موارد فوق حکم صریحی ندارد. به نظر می‌رسد نظر اخیر موجه‌تر باشد. در عین حال باید به تحلیل اراده مرتهن در اذن یا اجازه پرداخت. طبیعی است اگر شرایط و اوضاع و احوال دلالت بر این نماید که وی با اذن یا اجازه در مقام اسقاط حق رهن و صرف نظر نمودن از آن باشد، دیگر نمی‌توان به بقای حق وی حکم نمود؛ زیرا حق رهن قابلیت اسقاط و اعراض دارد. در این حالت نافذ شدن قرارداد ناقل عین به دلیل منتفی شدن حق مرتهن خواهد بود. لیکن اگر قرائنی مبنی بر انصراف مرتهن از حق خویش وجود نداشته باشد، اصل بر بقای حق است و منافاتی میان تنفیذ قرارداد جدید و بقای حق مرتهن وجود ندارد. در مورد اینکه اگر قرارداد معاوضی باشد یا حق مرتهن بر عوضی که به مالکیت رهن درآمده است، قرار خواهد گرفت یا خیر، باید گفت، چنانچه توافق ویژه‌ای میان رهن و مرتهن صورت گرفته باشد، مانعی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز ماده ۲۱۹ آن قانون و بر پایه عمومات وفای به عقد، قراردادهایی که میان اشخاص بسته می‌شود در صورتی که مخالف قواعد آمرانه قانونی و شرعی نباشد، نافذ بوده، لازم الاتباع است. لیکن اگر قراردادی میان رهن و مرتهن در کار نباشد، تعلق حق مرتهن بر عوض قرارداد، فاقد دلیل و جاهت است.

### نتیجه‌گیری

در خصوص تصرفات ناقل عین مرهونه (از جمله فروش آن) توسط رهن در مدت رهن میان فقها اختلاف است. برخی تصرفات مزبور را به نحو مطلق باطل دانسته، گروه کثیری نیازمند اذن یا اجازه مرتهن دانسته و پاره‌ای از فقیهان آن را صحیح به شمار می‌آورند. نظر دوم نظریه مشهور فقیهان بوده و اجماع، برخی روایات، منافی با حق مرتهن بودن و ممنوعیت تصرف در عین متعلق حق مرتهن، به عنوان ادله آن ذکر گردیده است. با بررسی به عمل آمده، ادله مزبور قابل انتقاد می‌باشد؛ زیرا

اجماع مدرکی بوده، روایت علاوه بر ضعف سندی، دلالت متقنی بر ادعا نداشته، منافات تصرفات ناقله با حق مرتهن محل تردید بوده و صرف وجود حق مرتهن نسبت به عین مرهونه مانعی جدی برای تصرف راهن مالک در ملک خود به شمار نمی آید. همچنان که تصرف ناقل عین موجب از بین رفتن حق مرتهن نمی گردد. در هر حال همین اختلاف نظرها به گونه ای میان حقوق دانان نیز راه یافته است به ویژه اینکه قانون مدنی در ماده ۷۹۳ از ممنوعیت تصرفات منافی بدون اذن مرتهن سخن گفته است. رویه قضایی و غالب حقوق دانان، به پیروی از نظر مشهور فقهی، تصرفات ناقل عین را منافی با حق مرتهن و غیر نافذ دانسته اند. در خصوص تأثیر اذن یا اجازه مرتهن بر حق رهنش نیز اختلافهایی به چشم می خورد لیکن مشهور فقیهان، اذن یا اجازه مرتهن را موجب سقوط حق وی به شمار آورده اند. این در حالی است که به نظر می رسد، منافاتی میان بقای حق مرتهن و نفوذ تصرف ناقل عین وجود ندارد. قانون مدنی در این خصوص ساکت است و به نظر می رسد اصل بقای حق، مؤید باقی ماندن حق مرتهن است مگر اینکه اوضاع و احوال دلالت بر قصد مرتهن مبنی بر چشم پوشی از حق خویش نماید. طبیعی است، مرتهن در صورت دادن اذن در خصوص تصرف ناقل عین یا تنفیذ قرارداد مزبور، حقی بر عوض قرارداد ندارد مگر اینکه با راهن در این خصوص قراردادی بسته باشد.

## کتاب‌شناسی

۱. اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۶، چاپ دوم، ۱۳۸۳ ش.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ بیست و چهارم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۳ ش.
۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ۱۳۸۴ ش.
۶. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، ج ۲، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴ ش.
۷. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهاردهم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۸. امام خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، ج ۳، ۴، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۹. همو، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۱۰. همو، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ دوم، دار الکتب العلمیه، ۱۳۹۰ ق.
۱۱. الانصاری، شیخ محمدعلی، الموسوعة الفقهية المیسره، ج ۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. انصاری، شیخ مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، ج ۴، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره، ج ۲۰، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه، بی تا.
۱۴. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منهاج الفقاهه، ج ۴، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۱۵. همو، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۶، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، ج ۲، قم، مکتب آیه الله العظمی السید سیستانی، ۱۴۱۵ ق.
۱۷. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، ج ۳، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ ق.
۱۸. سلار، حمزه بن عبدالعزیز، المراسم العلویة و الاحکام النبویه، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۹. شهید اول، محمد بن جمال‌الدین مکی عاملی، الدروس، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. همو، اللعنة الدمشقیه، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱ ق.
۲۱. شهید ثانی، زین‌الدین بن نورالدین عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللعنة الدمشقیه، ج ۴، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۲. همو، مسالک الافهام، ج ۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۴. صافی، شیخ لطف‌الله، هدایة العباد، ج ۲، قم، مؤسسه السیده المعصومه علیها السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۵. طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۸، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۳، قم، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

۲۸. همو، *مختلف الشيعة في احكام الشريعة*، ج ۵، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۳۰. گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *هدایة العباد*، ج ۲، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۷ ق.
۳۱. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، چاپ دوم، مع تعلیقات السیدصادق شیرازی، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۳۲. محقق سبزواری، محمدباقر، *کفایة الاحکام*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح (مکارم)*، ج ۲، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۴ ق.
۳۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *کتاب الاجاره*، قم، مدرسه دار العلم، ۱۳۶۵ ق.
۳۵. همو، *مصباح الفقاهه*، ج ۵، بی نا.
۳۶. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ج ۲۵، ۲۶، ۲۷، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ق.





# واکاوی مفهوم ناصب و محرومیت او از حقوق مدنی در احادیث و فقه امامیه\*

- دکتر سیدعلی سجادی زاده<sup>۱</sup>
- عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

## چکیده

عنوان ناصب، در احادیث اهل بیت علیهم‌السلام و سخنان فقیهان امامی به فراوانی آمده و احکام زیادی از جمله: محرومیت از حقوق مدنی (ازدواج با همسر مؤمن، ارث نبردن و...) و اجتماعی و معنوی (بایکوت نمودن و لزوم تبری از او و عدم جواز اقتدا به او) بر آن بار شده است. از طرفی در مفهوم این عنوان بین فقیهان امامی اختلاف است. ادله فقهی دلالت دارند که مراد از این عنوان، کسی است که دشمن اهل بیت علیهم‌السلام باشد و این دشمنی را جزء دین خود به شمار آورد. مشهور فقها نیز ناصبی را کسی می‌دانند که دشمن اهل بیت علیهم‌السلام باشد و این دشمنی را به گونه‌ای آشکار کند. در مقابل برخی خواسته‌اند این عنوان را بر مطلق مخالفان عقیده شیعه - هر کسی که دیگران را بر اهل بیت علیهم‌السلام مقدم شمرده یا می‌شمارد - تطبیق دهند. این نوشتار با بررسی ادله فقهی (احادیث، سخنان فقیهان،

اهل لغت و مقتضای قواعد اصولی) نشان می‌دهد که دیدگاه اوّل درست و دیدگاه اخیر سست، نادرست و دور از آموزه‌های فقهی اهل بیت علیهم‌السلام است. واژگان کلیدی: ناصب، ناصبی، نواصب، ازدواج، ارث، فقه امامیه و احادیث اهل بیت علیهم‌السلام.

### درآمد

همان گونه که شیطانهای عرصه سیاست در صحنه جهانی، هر زمان موضوعی را دستاویز فشار و تحمیل ایده‌های خود بر کشورهای مستقل جهان قرار می‌دهند؛ تفرقه‌افکنان و فتنه‌انگیزان نیز در هر زمان موضوعی را انتخاب می‌کنند و به بهانه آن بر طبل تفرقه می‌کوبند و برخی از بی‌خردان و نادانان نیز ندانسته و ناآگاهانه تحت تأثیر آن قرار می‌گیرند.

این دسته به سراغ فرقه‌های مختلف اسلامی می‌روند و سعی در تخریب ذهنیت فرقه‌ای نسبت به فرقه دیگر دارند؛ در اوج درگیری رژیم غارتگر و خشن صهیونیستی با مظلومان دست خالی غزه، عنوان ناصبی بودن مردم فلسطین را در وسایل ارتباط جمعی مطرح و ذهن برخی از مردم را مشغول این موضوع می‌کنند تا از همدردی با مسلمانان مظلوم باز بمانند.

در همان حال به عنوان دلسوزی به برادران اهل سنت القا می‌کنند که شیعیان شما را ناصبی و از سگ نجس‌تر و خون و مال شما را مباح می‌دانند و هشدار می‌دهند که فریب این طایفه را نخورید.

نویسنده‌ای ناشناس با نام مستعار «مسلم» (مسلمانی) مقاله‌ای با این عنوان «نظرة الرفضة إليك وحكمهم فيك أيها السنّي الموحّد» نوشته و خطاب به برادران اهل سنت (با عنوان سنّي موحّد) دیدگاه رافضه (شیعیان) را درباره آن (به زعم خویش) آورده است. نویسنده مقاله که عناد وی از عنوان مقاله و سخنانش پیداست در چهار بخش گفتار خویش را این گونه تنظیم کرده است:

ماذا يعنى لفظ الناصب؟ نجاسة أهل السنة عند الرفضة؛ حكم من لا يقول بإمامة الاثنى عشر عند الشيعة؛ موقفهم من أئمة المذاهب الأربعة.

در ذیل عنوان اوّل که واژه ناصبی به چه معناست؟ در آغاز، بدون هیچ گونه

مقدمه، مراعات منطق و انصاف و مراجعه به فرهنگ لغتی به منظور تحریک احساسات مسلمانان سنی مذهب می‌نویسد که ابوحنیفه نزد شیعه ناصبی است و به کتاب کافی آدرس می‌دهد؛ مفید در کتابش لفظ ناصب را بر ابوحنیفه اطلاق کرده است و به شماری از شخصیت‌های شیعه نسبت می‌دهد که مراد از ناصبی همان اهل تسنن هستند و اخبار و احادیث آنها به صدای بلند می‌گوید که ناصب یعنی سنی و اینکه ناصبی به مطلق عامه تفسیر شده است و سپس نتیجه‌گیری کرده است که به نظر شیعه تمام اهل سنت و جماعت، ناصبی هستند.

در گام دوم به احکامی که بر این موضوع «ناصبی» مترتب می‌شود پرداخته و مغرضانه چنین عنوان می‌زند: «نجاسة أهل السنة عند الرفضة».

در ذیل این عنوان شماری از فتاوی بزرگان معاصر چون آیه‌الله خویی در منهاج الصالحین، محسن حکیم در العروة الوثقی (ندانسته عروه را به سید حکیم نسبت می‌دهد) و امام در تحریر الوسیله را می‌آورد.

در عنوان بعد از دیدگاه شیعه -البته طبق گمان غلط و برداشت نادرست خودش- حکم کسانی را که به امامت دوازده امام علیهم‌السلام عقیده ندارند، می‌آورد؛ از جمله ندانسته و نفهمیده به صاحب جواهر نسبت می‌دهد که مخالف اهل حق بدون هیچ خلافی کافر است (نجفی، ۱۳۶۵: ۶۲/۶)؛ در حالی که ایشان دیدگاه ابن ادریس را نقل و نقد می‌کند. و در بخش پایانی دیدگاه شیعه نسبت به امامان مذاهب اربعه را آورده است.

سپس به عنوان دلسوزی به برادران اهل سنت می‌گوید:

این بود آنچه را که توان داشتم از گردآوری گفتار شیعه تا حقیقت دیدگاه آنها را درباره خودت (سنی) بدانی که برگرفته از دیدگاه آنها درباره دین نبی تو و گذشتگان از امت است. (حتی تعلم حقیقة نظرتهم إليك التي هي فرع من نظرتهم إلى دينك ونبیک صلی الله علیه وسلم و سلف الأمة) (صید الفوائد (p://www.saaaid.net).

از دیرباز اکثر بزرگان فقه امامی به صورت ضمنی در یکی از مباحث فقه استدلالی به بحث ناصبی پرداخته‌اند (نجفی، ۱۳۶۵: ۶۵/۶، بحث نجاست کفار؛ بحرانی، بی‌تا: ۱۸۵-۱۸۷؛ موسوی الخمینی، بی‌تا: ۳/۳۳۶).

برخی نیز رساله مستقلی درباره این موضوع سامان داده‌اند، از جمله به ابن

ادریس حلّی صاحب سرائر نسبت داده می‌شود که رساله‌ای در معنای ناصب نگاشته است (حلّی، ۱۳۸۶: ۲۲۳/۷). پس از آن نگاشتن رساله‌ای با همان عنوان به فاضل مقداد نسبت داده شده است (تهرانی، ۱۴۰۳: ۲۷۵/۲۱). شیخ یوسف بحرانی نیز از کسانی است که رساله مستقلی با عنوان «الشهاب الثاقب فی بیان معنی الناصب» نگاشته است. وی مکرر در مجموعه فقهی خویش، حدائق از آن یاد می‌کند (بحرانی، بی‌تا: ۱۸۵/۵؛ ۴۲/۱۰؛ ۲۰۴/۱۲)، به گزارش الذریعه، سید عبدالله جزایری رساله‌ای با عنوان «مال الناصب و آنه لیس کلّ مخالف ناصباً» و مرحوم وحید بهبهانی نیز کتابی با عنوان «أصول الإسلام والإیمان وحکم الناصب وما یترتّب به» نگاشته‌اند (تهرانی، ۱۴۰۳: ۱۷۷/۲؛ ۲۷/۱۹).

دست‌انویز قرار دادن این بحث برای ایجاد تفرقه بین مسلمین از طرف تندروهای اهل سنت و شیعه سبب شد که نویسندگان به این گفتار پردازد و با بررسی احادیث و دیگر ادله فقهی در حدّ توان حقیقت را روشن کند.

آوردن همه احادیث در کنار یکدیگر و دیدی جامع به مطلب با توجه به احادیث، لغت و کلمات فقیهان به منظور روشن شدن حقیقت چیزی است که در این گفتار به آن پرداخته می‌شود.

در آغاز نگاهی گذرا خواهیم داشت به احادیث و احکامی که در سخنان اهل بیت علیهم‌السلام بر عنوان ناصب مترتب گشته از جمله ازدواج با ناصبی را ممنوع نموده است، در بخش دوم به احکام ناصب در کلمات فقیهان امامی و سپس به مفهوم‌یابی واژه ناصب در کلمات محدثان، فقیهان و اهل لغت پرداخته می‌شود، در پایان پس از تحلیل و بررسی ادله، به مقتضای قاعده اشاره می‌شود.

## ۱. ناصبی و احکام آن در آینه احادیث

- حرمت ازدواج با ناصبی (اشعری، ۱۴۰۸: ۱۳۰؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۳۰۲/۷؛ طوسی، ۱۳۶۳: ۱۸۳/۳)<sup>۱</sup>

۱. به تعبیر صاحب جواهر نصوص در این مطلب متواتر است (نجفی، ۱۳۶۶: ۹۴/۳۰)، از جمله این روایت: عن ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الناصب الذي قد عرف نصبه وعداوته، هل يزوجه المؤمن وهو قادر على رده؟ قال: لا يتزوج المؤمن ناصبة، ولا يتزوج الناصب المؤمنة، ولا يتزوج المستضعف مؤمنة (اشعری القمی، ۱۴۰۸: ۱۳۰؛ کلینی، ۱۳۶۲: ۴۰۸/۵؛ طوسی، ۱۳۶۳: ۱۸۳/۳؛ همو، ۱۳۶۴: ۳۰۲/۷).

- بهره نداشتن ناصبی از اسلام (صدوق، ۱۴۰۴: ۴۰۸/۳)
- کافر شمردن ناصبی (طوسی، ۱۳۶۳: ۱۸۳/۳)
- مشرک بودن ناصبی (صدوق، ۱۴۰۵: ۶۶۸)
- لزوم تبرّی (بیزاری جستن) از ناصبی (عدّة من المحدثین، ۱۳۶۳: ۱۵۴)
- عدم پذیرش شفاعت در مورد او و نداشتن امید نجات (برقی، ۱۳۷۰: ۱۷۲/۱ و ۱۸۴: کلینی، ۱۳۶۳: ۱۰۱/۸؛ صدوق، ۱۳۶۸: ۲۰۷)
- بی تأثیر بودن اعمال ناصبی (کلینی، ۱۳۶۳: ۲۵۹/۸؛ صدوق، ۱۴۱۷: ۷۲۶)
- پست تر از سگ بودن در پیش خداوند (کلینی، ۱۳۶۳: ۱۴/۳)
- نجس تر از سگ بودن (صدوق، ۱۳۸۶: ۲۹۲/۱)
- بدتر از فرزند زنا (کلینی، ۱۳۶۳: ۱۱/۳)
- جایز نبودن نماز پشت سر ناصبی (اشعری، ۱۴۰۸: ۱۳۰؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۲۷/۳)
- جایز نبودن پرداخت صدقه و فطره به ناصبی (همان: ۵۳/۴)
- عدم جواز نیابت حجّ از ناصبی (کلینی، ۱۳۶۳: ۳۰۹/۴؛ صدوق، ۱۴۰۴: ۴۲۵/۲؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۴۱۴/۵)
- عدم جواز سکونت با ناصبی (طوسی، ۱۳۶۳: ۱۸۳/۳)
- حلال نبودن ذبیحه و صید ناصبی (طوسی، ۱۳۶۴: ۶۸/۹ و ۷۱؛ همو، ۱۳۶۳: ۸۴/۴)
- عدم ثبوت قصاص بر مؤمن در صورت قتل ناصبی (کلینی، ۱۳۶۳: ۳۷۴/۷؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۲۱۳/۱۰)
- و چندین حکم دیگر که در کتب حدیثی معتبر شیعه همچون محاسن برقی، کافی، فقیه، تهذیب، استبصار و... آمده است.<sup>۱</sup>

### ۱-۱. دسته‌بندی احادیث

می‌توان احادیثی را که واژه ناصب و احکام آن را دارد به سه دسته کلی تقسیم کرد:

۱-۱-۱. احادیثی که لفظ ناصب به صورت مطلق در آنها آمده و هیچ گونه متعلق

۱. به خاطر رعایت اختصار از آوردن متن احادیث در نوشتار پرهیز شد، ولی خوانندگان محترم می‌توانند به آدرسهای یادشده مراجعه کنند.

و قیدی برای آن ذکر نشده است.

این دسته از احادیث فراوان و تنها لفظ ناصب در آن آمده و احکامی بر آن مترتب شده است، نمونه‌هایی از آن آورده می‌شود:

أبو حمزة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «ابروا من خمسة: من المرجئة، والخوارج، والقدريّة، والشامیّ، والناصب...» (عدة من المحدثين، ۱۳۶۳: ۳۶۴).

عن أبي بصير ليث المرادي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ نوحاً حمل في السفينة الكلب والخنزير، ولم يحمل فيها ولد الزنا، وإنّ الناصب شرّ من ولد الزنا» (البرقي، ۱۳۷۰: ۱/۱۸۵).

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «... الطينات ثلاث: طينة الأنبياء والمؤمن من تلك الطينة إلا أنّ الأنبياء هم من صفوتها، هم الأصل ولهم فضلهم والمؤمنون الفرع من طين لازب، كذلك لا يفرّق الله عزّ وجلّ بينهم وبين شيعتهم، وقال: طينة الناصب من حمأ مسنون وأما المستضعفون فمن تراب، لا يتحوّل مؤمن عن إيمانه ولا ناصب عن نصبه والله المشيئة فيهم» (كليني، ۱۳۶۳: ۳/۲؛ صفار، ۱۳۶۲: ۳۶).

عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه كره سور ولد الزنا وسور اليهوديّ والنصرانيّ والمشرک وكلّ ما خالف الإسلام وكان أشدّ [ذلك] عنده سور الناصب (كليني، ۱۳۶۳: ۱/۱۱۳؛ ر.ک: همان، ۱۴/۳ و ۵۴۶: ۲۷۴/۴ و ۳۰۹؛ اشعری القمي، ۱۴۰۸: ۱۳۰؛ صدوق، ۱۳۸۶: ۱/۲۹۲).

۱-۲. احادیثی که دارای متعلق یا قیدی است که این احادیث خود به دو دسته

تقسیم می‌شود:

دسته اول: احادیثی که ناصب را دشمن اهل بیت علیهم السلام معرفی کرده‌اند، از این

نمونه است:

قال النبي صلى الله عليه وآله: «صنّفان من أمّتي لا نصيب لهما في الإسلام الناصب لأهل بيتي حرّاً» (صدوق، ۱۴۰۴: ۳/۴۰۸).

عن عبد الحميد الواسطيّ قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: إنّ لنا جاراً ينتهك المحارم كلّها حتّى أنّه ليدع الصلاة فضلاً، فقال: سبحان الله، و أعظم ذلك ثمّ قال: ألا أخبرك بمن هو شرّ منه؟ قلت: بلى، قال: الناصب لنا شرّ منه (برقي، ۱۳۷۰: ۱/۱۸۵).

عن عبد الأعلى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّ ليس من احتمال أمرنا التصديق له والقبول فقط، من احتمال أمرنا ستره وصيانته من غير أهله فاقراءهم السلام وقل لهم: رحم الله عبداً اجترّ مودّة الناس إلى نفسه، حدّثوهم بما يعرفون

واستروا عنهم ما ينكرون، ثم قال: والله ما الناصب لنا حرباً بأشدّ علينا مؤونة من الناطق علينا بما نكره، فإذا عرفتم من عبد إذاعة فامشوا إليه وردّوه عنها... (كليني، ۱۳۶۲: ۲/۲۲۳).

عن حنّان بن سدير قال سمعنا أبا جعفر عليه السلام يقول: إنّ عدوّ عليّ عليه السلام لا يخرج من الدنيا حتّى يجرع جرعة من الجحيم وقال سواء علي من خالف هذا الأمر صلّى أم صام. وفي حديث آخر قال الصادق عليه السلام: الناصب لنا أهل البيت لا يبالي صام أم صلّى أو زنا أو سرق أنّه في النار (صدوق، ۱۳۶۸: ۲۱۰).

عن ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الناصب الذي قد عرف نصبه وعداوته، هل يزوجه المؤمن وهو قادر على ردّه؟ قال: لا يتزوج المؤمن ناصبة، ولا يتزوج الناصب المؤمنة، ولا يتزوج المستضعف مؤمنة (الشعري القمي، ۱۴۰۸: ۱۳۰؛ كليني، ۱۳۶۲: ۴۰۸/۵؛ طوسی، ۱۳۶۳: ۱۸۳/۳؛ ۱۳۶۴: ۳۰۳/۷).

از این دسته احادیث دو نکته استفاده می شود:

اول: ناصب کسی است که دشمن اهل بیت علیهم السلام باشد.

دوم: به دشمنی و عداوت شناخته شده باشد که بارزترین مصداق برای اظهار دشمنی، برپا نمودن جنگ و شرّ علیه اهل بیت علیهم السلام می باشد.

دسته دوم: احادیثی که ناصبی را دشمن شیعه معرفی کرده اند.

احادیثی که البته تعداد آنها اندک است و توسط دو نفر از راویان روایت شده و به مخاطب که طبعاً از شیعیان بوده است گفته شده: «الناصب من نصب لکم».

عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنك لا تجد رجلاً يقول: أنا أبغض محمداً وآل محمد ولكنّ الناصب من نصب لکم وهو يعلم أنّکم تتولّوننا وأنکم من شیعتنا (صدوق، ۱۳۸۶: ۶۰۱/۲).

عن المعلی بن خنیس، قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنك لا تجد أحداً يقول أنا أبغض محمداً وآل ولكنّ الناصب من نصب لکم وهو يعلم أنّکم تتولّوننا وتبرّؤون من أعدائنا (صدوق، بی تا: ۹؛ همو، ۱۳۶۱: ۳۶۵).

بدون تردید از اطلاق احادیث دسته اول به خاطر انصراف یا وجود دسته دوم باید دست برداشت چرا که در فرهنگ شیعه مراد از ناصب مطلق کسی که با فردی دشمنی کند نیست، بلکه کسی است که با اهل بیت؛ علی و فرزندان علیهم السلام دشمن باشد.

نسبت به احادیث دسته اول و احکام مترتب بر عنوان ناصب جای بحث نیست، و مورد اجماع و تسالم فقه امامی است که مطلق ناصب (هر کس که با کسی دشمنی کند) مورد ورود این احکام نیست، یعنی حتماً باید این عنوان مقید شود. نسبت به دسته دوم نیز هیچ گونه خلافتی نیست که دشمن اهل بیت علیهم‌السلام به ویژه دشمن امیرالمؤمنین علیه‌السلام مورد مذمت قرار گرفته و به یهود و نصارا ملحق می‌گردد و از اسلام خارج است.

عن أبي جعفر عليه‌السلام قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله أكل من قال «لا إله إلا الله» مؤمن؟ قال: إن عداوتنا تلحق باليهودي والنصراني إنكم لا تدخلون الجنة حتى تحبوني، وكذب من زعم أنه يحبني ويبغض هذا - يعني علياً عليه السلام - (مجلسی، ۱۴۰۳: ۸۱/۳۹؛ ابن شهر آشوب، ۱۳۷۶: ۲۹۴).<sup>۱</sup>

اما در همین قسمت نیز اختلافی است که آیا صرف دشمنی و بغض اهل بیت علیهم‌السلام موجب ترتب این احکام است یا کسی که این بغض را آشکار و اعلان کند و به این صفت شناخته شده باشد و از این بالاتر کسی که بغض اهل بیت علیهم‌السلام را دین خود قرار دهد.

بر اساس گفته اهل لغت که گویا کاربرد را مسلم و مفروغ عنه گرفته‌اند، ناصب کسی است که متدین به بغض اهل بیت علیهم‌السلام باشد، بین فقیهان امامی در این قسمت نیز اختلاف است که در مباحث آینده به آن می‌پردازیم.

## ۲. محرومیت ناصبی از برخی حقوق مدنی در فقه امامی

در کتب گوناگون فقه، احکام متفاوتی بر عنوان ناصب مترتب گشته است، افزون بر نجس خواندن ناصبی (طوسی، بی‌تا: ۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۱۹/۱)، اقتدا نکردن در نماز به او (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۵/۱)، ترک نماز میت بر جنازه وی (ابن براج، ۱۴۰۶: ۱۲۹/۱)، روا

۱. با اندک تفاوتی این روایت در مناقب ابن شهر آشوب آمده است: أبو جعفر عليه السلام إنّه جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله من قال «لا إله إلا الله» مؤمن؟ قال: إن أعداءنا تلحق باليهود والنصارى، إنكم لا تدخلون الجنة حتى تحبوني، وكذب من زعم أنه يحبني ويبغض هذا - يعني علياً عليه السلام - (ابن شهر آشوب، ۱۳۷۶: ۲۹۴).



نبودن صدقه برای او (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۴: ۱/۲۵۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۹۱) و اطعام کفار به او (طوسی، بی تا: ۵۷۰)، ممنوعیت نیابت حج از جانب او (حلی، ۱۳۶۴: ۲/۷۶۶؛ حلی، ۱۴۰۵: ۲۶۶)، که هر یک نوعی محرومیت اجتماعی و مدنی به شمار می آید، فقیهان امامی حکم به عدم صحت نکاح با ناصب کرده اند.

محقق حلی در پاسخ به این سؤال که آیا تساوی در ایمان بین زوجین شرط است، می گوید:

اظهر این است که شرط نیست هر چند مستحب است (حلی، ۱۴۱۰: ۱۸۰).

سپس می نویسد:

نعم لا یصح نکاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام (همان).

در شرایع مانند همین فتوا را آورده است:

لا یصح نکاح الناصب، المعلن بعداوة أهل البيت عليهم الصلاة والسلام، لارتکابه ما یعلم بطلانه من دین الإسلام (همو، ۱۴۰۹: ۲/۵۲۵).

سید مرتضی رحمته الله در پاسخ به این سؤال که آیا رواست که مؤمن دخترش را به ناصب یا غالی تزویج کند، می گوید:

الناصب کالغالی فی الکفر والخروج عن الإیمان ولا یجوز مناکحة کل واحد منهما مع الاختیار ولا فرق بینهما فی أنّهما کافران لا یتعلق علیهما أحكام أهل الإسلام (الشریف المرتضی، ۱۴۰۵: ۴/۳۹).

فاضل آبی در کشف الرموز می فرماید:

لا یصح نکاح الناصب ولا الناصبة (فاضل الآبی، ۱۴۱۰: ۲/۱۵۰).

امام خمینی رحمته الله در بحث ازدواج، نکاح با ناصبی را که آشکارا با اهل بیت عليهم السلام دشمنی می کند جایز نمی شمارند و چنین می نگارند:

لا یجوز للمؤمنة أن تنکح الناصب المعلن بعداوة أهل البيت عليهم السلام، ولا الغالی المعتمد بألوهیتهم أو نبوتهم، وكذا لا یجوز للمؤمن أن ینکح الناصبة والغالیة، لأنهما بحکم الکفار وإن انتحلا دین الإسلام (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۲۸۶).

امام رحمته الله در مبحث ارث معتقدند که هر مسلمانی اگرچه در مذهب با مورث خود

تفاوت داشته باشد ارث می‌برد، مگر ناصبی:

المسلمون يتوارثون وإن اختلفوا فى المذاهب والأصول والعقائد، فيرث المحقّ منهم عن المبطل وبالعكس ومبطلهم عن مبطلهم، نعم الغلاة المحكومون بالكفر والخوارج والنواصب ومن أنكر ضروريًا من ضروريّات الدين مع الالتفات والالتزام بلازمه كفّار أو بحكمهم، فيرث المسلم منهم وهم لا يرثون منه (همان: ۳۶۶).

## مفهوم یابی ناصب

### ۱. واژه ناصب و ناصبی در لغت

بدون شك با توجه به اینکه عنوان ناصبی (ناصب) موضوع احکام فراوانی در فقه قرار گرفته و احادیث تند و تیزی از پیشوایان اهل بیت علیهم‌السلام درباره این عنوان رسیده است بایسته است این عنوان مفهوم‌یابی شود. به این منظور به کتب لغت مراجعه و سپس به واکاوی آن در کلمات فقیهان می‌پردازیم.

زمخشری در اساس البلاغه پس از آنکه به کاربردهایی از این کلمه و مشتقات آن از قبیل نصب العلم والباب فانتصب وتنصب اشاره می‌کند، می‌آورد:

ونصب لهم حربًا... وناصب لفلان عاديته وأهل النصب: الذين ينصبون لعلی کرّم الله تعالی وجهه (زمخشری، بی‌تا: ۴۵۸).

صاحب مجمع البحرین می‌نویسد:

والنصب أيضًا: المعادة، يقال نصب لفلان نصبًا: إذا عاديته، ومنه «الناصب» وهو الذى يتظاهر بعداوة أهل البيت أو لمواليهم لأجل متابعتهم لهم (طریحی، ۱۳۶۷: ۴/۳۱۶).

صاحب القاموس المحيط می‌نویسد:

النواصب والناصب وأهل النصب المتدينون ببغض علی عليه السلام لأنهم نصبوا له، أى أعادوه (فیروزآبادی، بی‌تا: ۱/۱۳۲).

در لسان العرب آمده است:

والنواصب: قوم يتدينون ببغضة علی عليه السلام (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۶/۷۲۶).

زیبیدی در تاج العروس چنین می‌نویسد:

من المجاز: تنصبت لفلان: عاديته نصبًا. ومنه النواصب، والناصيّة، وأهل النصب: وهم المتدينون بغيضة سيدنا أمير المؤمنين ويعسوب المسلمین أبی الحسن علی بن أبی طالب، رضی الله تعالی عنه وكرم وجهه؛ لأنهم نصبوا له، أی: عادوه، وأظهروا له الخلاف، وهم طائفة [من] الخوارج (زبيدي، ۱۴۱۴: ۴۳۶/۲).

از بررسی کتب لغت به دست می آید که اطلاق و کاربرد واژه ناصب بر دشمنان علی عليه السلام و سپس اهل بیت عليهم السلام از موارد تطوّر و تحوّل در لغت است که نمونه های فراوانی را در قرآن، احادیث و اصطلاحات علوم گوناگون، در دست داریم. مثلاً به کار بردن واژه آیه یا فاسق از واژگانی است که قرآن کریم به کار برده و در بین مسلمانان و سپس لغت عرب شایع شده است، یا کاربرد واژه شیعه و علم شدن آن در احادیث و لغت برای کسانی که به علی عليه السلام ارادت داشته و آن حضرت را مقتدای خود قرار داده اند؛ واژه ناصبی هم از این قرار است، در ریشه لغوی آن حداکثر به پا داشتن دشمنی و جنگ بر علیه کسی است.

خلیل در کتاب العین که کهن ترین لغت نامه به زبان تازی است در همین حد از معنای واژه ناصب را که مناسب بحث می باشد آورده است، وی پس از یاد کرد اینکه «النصب: رفعك شيئاً تنصبه قائماً منتصباً» می نویسد:

وناصبت فلاناً [الشّرّ والحرب] والعداوة ونحوها. ونصبنا لهم حرباً، وإن لم تسم الحرب جاز (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۱۳۶/۷).

ابن فارس درباره ریشه این واژه می نویسد:

أصل صحيح يدلّ على إقامة شيء وإهداف في استواء... (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۴۳/۵).

إهداف به معنای انتصاب است. در ادامه می نویسد:

به فتحه نصب می گویند گویا کلمه در دهان انسان راست می شود (همان).

اما در سیر تحوّل تاریخی این واژه در حدیث امامان عليهم السلام و صاحبان لغت و فقیهان به کسی که پرچم دشمنی با اهل بیت عليهم السلام را برپا کند، اطلاق شده است.

## ۲. معنای ناصب در کلمات محدثان و فقیهان

مرحوم صدوق در من لایحضره الفقیه پس از ذکر حدیثی مبنی بر عدم جواز ازدواج

با ناصبی چنین می‌نویسد:

قال مصنف هذا الكتاب عليه السلام: من نصب حرباً لآل محمد صلوات الله عليهم فلا نصيب له في الإسلام فلهدا حرم نكاحهم (صدوق، ۱۴۰۴: ۴۰۸/۳).

وی در ادامه پس از آوردن حدیثی به عنوان شاهد بر معنای فوق:

وقال النبي صلى الله عليه وآله: صنفان من أمتي لا نصيب لهما في الإسلام؛ الناصب لأهل بيتي حرباً، وغال في الدين مارق منه (همان).

می‌نویسد:

ومن استحلّ لعن أمير المؤمنين عليه السلام والخروج على المسلمين وقتلهم حرمت مناكحته لأنّ فيها الإلقاء بالأیدی إلى التهلكة (همان).

پس از آن به طور قاطع داوری می‌کند که بی‌خردان و نادانان می‌پندارند که هر مخالفی ناصبی است، در حالی که چنین نیست. والجّهال يتوهّمون أنّ كلّ مخالف ناصب وليس كذلك (همان).

شیخ طوسی عنوان برخی ابواب را چنین می‌آورد:

من نصب العداوة لآل محمد عليه السلام (طوسی، ۱۳۶۴: ۳۰۳/۷ و ۶۸/۹).

در تحلیل و توضیح احادیث که چرا دشمن اهل بیت عليه السلام نجس است در حالی که شما مسلمان را پاک می‌دانید، می‌نویسد:

لأنّ من ظهر منه العداوة والنصب لأهل بيت رسول الله صلى الله عليه وآله لا يكون قد أظهر الإسلام بل يكون على غاية في إظهار الكفر (همان: ۳۰۴).

در استبصار عین این عبارت را می‌آورد جز اینکه قید «الحقیقی» را بعد از اسلام اضافه می‌کند (طوسی، ۱۳۶۳: ۱۸۴/۳).

محقق حلّی در کتاب فقهی استدلالی خویش «المعتبر» در معنای ناصب می‌گوید:

ويعنى به من يظهر العداوة والشنآن لأهل البيت عليه السلام وينسبهم إلى ما يقدح في العدالة، كالخوارج ومن ماثلهم (حلّی، ۱۳۶۴: ۷۶۶/۲).

وی در مسئله ۱۱ از کتاب الرسائل التسع نسبت به حلال بودن ذبیحه کسانی که

شهادتین را می گویند هر چند به لحاظ مذهب اختلاف داشته باشند و همین طور ناصبی با توجه به قول حضرت صادق علیه السلام که فرموده اند: «الناصبی من قدم علينا أهل البيت فقد نصب لنا العداوة» می نویسد: آیا به عموم این حدیث عمل می شود؟ یا باید آن را مقید نمود به کسی که اهل بیت علیهم السلام را استنقاص می کند؟<sup>۱</sup> پاسخ می دهد:

ذبايح المسلمين كلهم حلال وإن اختلفوا في الآراء عدا الخوارج والغلاة والمجسمة بالحقیقة، فإنهم خارجون عن الإسلام وإن انتحلوه. وما روى أن الناصب من قدم علينا لا يعمل به، وليس الناصب إلا من نصب العداوة لأئمة الدين كالخوارج حسب (حلی، ۱۴۱۳: ۲۷۷).

علامه حلی در تذکره می نویسد:

الناصب - وهو من يتظاهر ببغضة أحد من الأئمة عليهم السلام - نجس، وقد جعله الصادق عليه السلام شراً من اليهود والنصارى (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۸/۱).

ایشان در وجه اینکه چرا ناصب در صورت هدایت شدن نیاز به اعاده حج دارد، ولی مخالف نیاز به اعاده ندارد، می نویسد:

لأن الناصب كافر بخلاف المخالف (همو، ۱۴۱۳: ۲۱/۴).

روشن است که ایشان بین ناصبی و مخالف فرق قائل است.

و از این روشن تر تصریح ایشان به اینکه منظور ما (فقیهان شیعه) از ناصب کسی است که اظهار دشمنی با اهل بیت علیهم السلام می نماید:

ونعنى بالناصب من يظهر العداوة لأهل البيت عليهم السلام كالخوارج ومن مائلهم (همان: ۳۲۲).

وی در کتاب قواعد چنین می نویسد:

ولا يحلّ لو ذبحه الناصب - وهو المعلن بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام - كالخوارج - وإن أظهر الإسلام (همو، ۱۴۱۹: ۳۰۸/۳).

۱. محقق کتاب؛ رضا استادی در حاشیه آن می نویسد: این روایت را نیافتم بلکه در مستطرفات سرائر چنین آمده است که محمد بن عیسی گوید: «وکتبت إليه أسأله عن الناصب، هل احتاج في امتحانه إلى أكثر من تقديمه الجبت والطاغوت، واعتقاد إمامتهما، فرجع الجواب، من كان على هذا فهو ناصب» (حلی، ۱۴۱۱: ۵۸۳).

نگارنده نیز در حدّ گسترده ای درباره این حدیث تتبع نمود، ولی به منبعی حدیثی یا فقهی که آن را آورده باشد، برخورد.

سید عاملی در مفتاح الکرامه - شرح کتاب فوق - پس از آوردن اسامی بسیاری از فقها که قائل به نجاست ناصبی هستند چنین می‌نگارد:

والحاصل أنه لا كلام لأحد في نجاسة الناصب فيما أجد وإنما الكلام في المراد منه ففي «الصحاح» نصبت لفلان نصباً إذا عاديته. وفي «القاموس» النواصب والناصبية وأهل النصب المستدينون ببعضة على النبي لأنهم نصبوا له أي عادوه. وفي «المجمع» ما في الصحاح، قال: ومنه الناصب وهو الذي يتظاهر بعداوة أهل البيت عليهم السلام أو لمواليهم لأجل متابعتهم لهم وزعم آخرون أن الناصب من نصب العداوة لشيعتهم، انتهى. ويدل عليه بعض الأخبار (عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳/۲).

در اینکه مراد از ناصبی کیست، ایشان به دو دیدگاه عمده اشاره می‌کند:

الف: متظاهر به بغض اهل بیت عليهم السلام.

ب: دشمن شیعه اهل بیت عليهم السلام.

صاحب جواهر پس از بحث و بررسی درباره مفهوم ناصب اظهار نظر می‌کند به اینکه اکتفا به تفسیر قاموس (ناصبی کسی است که متدین به بغض علی عليه السلام باشد) پسندیده است، اما در ادامه می‌نویسد:

ناصب را به دشمن اهل بیت عليهم السلام تعمیم دادن اگرچه متدین به آن نباشد، قوی است هر چند خالی از تأمل نمی‌باشد (نجفی، ۱۳۶۵: ۶۶/۶).

مرحوم حاج آقارضا همدانی در مصباح الفقیه متبادر از لفظ ناصب را در برخی

احادیث معنای خاص (دشمن اهل بیت عليهم السلام) می‌داند. وی چنین می‌نویسد:

إن المتبادر مما في بعض تلك الأخبار من قوله عليه السلام والناصب لنا أهل البيت إرادته بالمعنى الأخصّ هذا مع اعتضاده بفتوى الأصحاب وإجماعهم (همدانی، بی‌تا: ۵۶۸/۱).

امام خمینی رحمته الله در کتاب طهارت چنین می‌نگارد:

وهم (النواصب) الذين نصبوا للأئمة عليهم السلام، أو بعنوان التدنّين به، وأن ذلك وظيفة دينية لهم، أو خرجوا على أحدهم كذلك (موسوی الخمينی، بی‌تا: ۳۳۶/۳).

از بزرگان فقهی امامی در روزگار معاصر آیه‌الله سیدعلی سیستانی در بحث

نجاست پس از اینکه کافر را یکی از موارد نجاستها به شمار می‌آورد، می‌نویسد:

وأما الفرق الضالّة المتحللة للإسلام فتختلف الحال فيهم... ومنهم النواصب، وهم

المعلنون بعداوة أهل البيت عليهم السلام ولا إشكال في نجاستهم (سیستانی، منهاج الصالحین، ۱۴۱۴: ۱۳۹/۱؛ همو، المسائل المنتخبة، ۱۴۱۴: ۸۱).

و در ادامه خوارج را نیز دو قسم می‌کند:

۱- کسانی که اظهار بغض و دشمنی با اهل بیت عليهم السلام می‌کنند داخل در نواصب و نجس هستند.

۲- کسانی که چنین نیستند، اگرچه از خوارج شمرده شده‌اند ولی حکم به نجاست آنها نمی‌شود.

ومنهم الخوارج وهم على قسمين: ففیهم من يعلن بغضه لأهل البيت عليهم السلام فيندرج في النواصب، وفیهم من لا يكون كذلك وإن عدّ منهم -لأتباعه ففیهم - فلا يحکم بنجاسته (همان).

آیه‌الله فاضل لنکرانی در حاشیه خویش بر العروة الوثقی می‌نویسد:  
والمراد من الناصب ليس مجرد إظهار العداوة والبغضاء بل الاعتقاد بكون العداوة من شئون الدين وفرائض الشريعة (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷: ۹۵/۱).

در واقع این فقیه برجسته به صرف دشمنی و حتی سبّ امامان عليهم السلام حکم به ناصبی بودن و در نتیجه نجاست آنها نمی‌نماید؛ مگر در صورتی که انگیزه سبّ تدرین به آن باشد. در مقابل سید صاحب عروه نصب یا سبّ را موجب نجاست آنها می‌داند.

سید عبدالله جزائری در مبحث نجاسات از کتاب خویش چنین می‌نویسد:  
وكذا الناصب وهو المعادى لأهل البيت عليهم السلام كلاً أو بعضاً، على المشهور في معناه بين الفقهاء والمحلّثين واللغوئين وأما ما ذهب إليه شذاذ من المعاصرين ومن قاربهم وربّما نسبوه إلى بعض القدماء أيضاً من أن كلّ مخالف في الإمامة فهو ناصب يحکم عليه بالنجاسة وتحريم المناكحة وسائر لوازم الكفر ففي غاية الضعف والبعث عن الصواب (جزائری، بی‌تا: ۹۲).

همان گونه که در کلام مرحوم جزائری آمد، اندکی از معاصران وی، ناصبی را بر مطلق مخالفان اهل بیت عليهم السلام، بلکه شیعیان این خانواده اطلاق کرده‌اند.

از سخن شیخ کلینی رحمته الله در عناوین یکی از ابواب -باب الحجّ عن المخالف- ممکن است برداشت شود که ایشان مخالف و ناصب را یکی می‌داند؛ چه آنکه

عنوان باب «نیابت حجّ از مخالف است»، اما در ذیل این باب چهار حدیث آورده است که حدیث اول و دوم آن مربوط به نیابت حجّ از ناصبی است (کلینی، ۱۳۶۳: ۳۰۹/۴، ح ۱-۲) «أیحجّ الرجل عن الناصب؟ فقال: لا؛ ولا یحجّ عن الناصب ولا یحجّ به». اما باید گفت چنین برآیندی مورد تأمل است؛ زیرا با آوردن دو حدیث در ذیل عنوان باب، نمی‌توان گفت که مخالف و ناصبی یکی باشند، بلکه برمی‌آید که مخالف خاصی (ناصبی) حجّ از طرف او جایز نیست.

محمدتقی مجلسی ادّعا می‌کند که کاربرد اطلاق لفظ ناصب در احادیث، بر فردی که دشمنی با اهل بیت علیهم‌السلام ندارد (اما مخالف است) شایع است (مجلسی، بی‌تا: ۴۷۴/۱).<sup>۱</sup> از کسانی که پافشاری بر کفر مخالفان دارد، محدث بحرانی صاحب حدائق است، وی علاوه بر نوشتن رساله‌ای درباره معنای ناصب، نجاست و سایر احکام آن، در مباحثی از کتاب حدائق نیز به این موضوع تصریح می‌نماید، به اینکه ناصب دشمن اهل بیت علیهم‌السلام است و نصب در لغت و شرع به معنای دشمنی است آنچه محل اختلاف است این است که آیا مخالفان داخل در عنوان ناصبی هستند یا خیر؟ وی مدّعی است که اهل خلاف داخل در این عنوان می‌باشند.

دلیل وی بر مدّعا وجود بعضی از اخبار است که مراد از ناصبی را دشمن شیعه یا کسی که قائل به تقدیم دیگران بر ائمه است، دانسته‌اند (بحرانی، بی‌تا: ۱۶۸/۵).<sup>۲</sup>

۱. وی در باب «انتفاع المیت بالصلاة والصوم والقربات» در شرح کلام شیخ صدوق که گفته است: «لو أن رجلاً فعل ذلك عن ناصب لخصف عنه» (۱۴۰۴: ۱۸۴/۱) چنین می‌گوید: «يمكن أن يكون محمولاً على المبالغة بمعنى أنه لو مكن انتفاعه لا تنتفع، لكنّه يستحيل انتفاعهم، لأنّ النفع مشروط بالإيمان ولا أقلّ من الإسلام وهم خارجون عن الدين ضرورة لإنكارهم ما علم من الدين ضرورة، إلا أن يراد بالناصب غير المعاون كما هو شایع في الأخبار من إطلاق الناصب عليهم يمكن انتفاعهم بفضل الله من فضله تعالى» (مجلسی، بی‌تا: ۴۷۴/۱).

۲. وبالجملة فإنه لا خلاف بيننا وبينهم في أنّ الناصب هو العدو لأهل البيت والنصب لغة هو العداوة وشرعاً بل لغة أيضاً على ما يفهم من القاموس هو العداوة لأهل البيت علیهم‌السلام. إنّما الخلاف في أنّ هؤلاء هل يدخلون تحت هذا العنوان أم لا؟ فنحن ندّعی دخولهم تحته وصدقه عليهم وهم يمنعون ذلك، ودليلنا على ما ذكرنا الأخبار المذكورة الدالة على أنّ الأمر الذي يعرف به النصب ويوجب الحكم به على من اتّصف به هو تقديم الجبّ والطاغوت أو بغض الشيعة ولا ريب في صدق ذلك على هؤلاء المخالفين، وليس هنا خبر يدل على تفسير الناصب بأنّه المبغض لأهل البيت علیهم‌السلام كما يدّعون بل الخبران المتقدمان صريحان في أنّك لا تجد أحداً يقول ذلك.



### ۳. حاصل دیدگاههای محدثان و فقیهان

از تتبع در سخن محدثان امامی و فقیهان این طایفه برمی آید که چند دیدگاه درباره این اصطلاح وجود دارد:

- ۱- ناصب کسی است که تظاهر به بغض علی علیه السلام بنماید و آن را جزء دین خود بداند. (متدین به دشمنی با اهل بیت علیهم السلام باشد)
- ۲- کسی که اظهار دشمنی با اهل بیت علیهم السلام بنماید، چه آن را جزء دین بداند و چه نداند، بلکه به خاطر اغراض دنیوی دشمن آنها باشد. که قول مشهور همین است.
- ۳- ناصب کسی است که دشمن اهل بیت علیهم السلام باشد، چه آشکارا دشمنی کند یا در دل، آن را جزء دین خود قرار دهد یا خیر؛ صرف دشمنی و بغض با اهل بیت علیهم السلام نصب است.
- ۴- کسی که دشمن شیعه باشد و با پیروان این خانواده دشمنی کند یا دیگران را بر اهل بیت علیهم السلام مقدم بدارد، به اصطلاح عامه و تمام مخالفان مذهب اهل بیت علیهم السلام. برخی از محدثان چون صاحب حدائق به این معنا گرایش پیدا کرده اند (همان: ۱۷۸/۵ و ۱۸۶: ۳۶۲/۱۰).

هرچند صاحب حدائق در موضع دیگری به صراحت می گوید که مراد از ناصب در لغت کسی است که بغض علی علیه السلام را داشته باشد (همان: ۳۲۳/۱۲).

### ادله دیدگاهها و بررسی آن

#### ۱. دلیل دیدگاه اول

برخی از بزرگان صرف دشمنی یا اظهار دشمنی با اهل بیت علیهم السلام را کافی نمی دانند، بلکه افزون بر آن تدین به دشمنی با اهل بیت علیهم السلام را داخل در مفهوم ناصبی می دانند؛ امام خمینی رحمته الله علیه و آیه الله فاضل لنکرانی رحمته الله علیه از بزرگان معاصر قائل به این دیدگاه می باشند.

امام رحمته الله علیه در کتاب طهارت بر این باورند که نواصب در آن روزگار گروه شناخته شده ای بودند که متدین به دشمنی و بغض اهل بیت علیهم السلام بودند که شاید شاخه ای از خوارج محسوب می شدند. نه اینکه هر کس که به هرگونه دشمنی با

اهل بیت علیهم‌السلام داشته داخل در عنوان ناصب باشد و احکام ناصبی بر آن بار شود. دلیل امام علیه‌السلام افزون بر استظهار از موثقه ابن ابی‌یعفور<sup>۱</sup> این است که بسیاری از مسلمانان پس از پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم مانند اصحاب جمل، صفین، مردمان حرمین شریفین دشمن علی و خاندانش علیهم‌السلام بودند و به آن تجاهر می‌کردند، ولی گزارش نشده که امامان معصوم علیهم‌السلام از معاشرت با آنها پرهیزند؛ و ادعای اینکه حکم تا زمان صادقین علیهم‌السلام معلوم نبوده ضعیف است افزون بر اینکه امام صادق و امامان متأخر از آن حضرت و شیعیان نیز از معاشرت با پیروان بنی‌امیه، بنی‌عباس و خلفای جور اجتناب نمی‌کردند و این به خاطر آن است که هر محارب یا ناصبی نجس نمی‌باشد و محاربان و ناصبها به عنوان دیانت با اهل بیت علیهم‌السلام دشمنی نداشته‌اند بلکه دشمنی آنها به خاطر جاه و مقام دنیا بوده است.

گزیده دلیل امام این است که دلیلی بر نجاست نواصب و خوارج به جز اجماع و برخی اخبار نداریم و هیچ کدام صلاحیت برای اثبات نجاست مطلق ناصب و خارجی ندارد (موسوی الخمینی، بی‌تا: ۳/۳۳۷).

شاهد سومی که قائلان به این دیدگاه ممکن است ارائه کنند، شهادت و گفته صریح اهل لغت است، مانند سخن صاحب قاموس که گفته است:

النواصب والناصبه وأهل النصب المتدینون ببعض علی علیه‌السلام لأنهم نصبوا له، أی أعادوه (فیروزآبادی، بی‌تا: ۱/۱۳۲).

یا ابن منظور در لسان العرب می‌گوید:

والنواصب: قوم یتدینون ببعضة علی علیه‌السلام (۱۴۰۵: ۶/۷۲۶).

گفته این لغت‌شناسان موجب اطمینان در تعیین معنا و تفسیر این واژه می‌باشد و بیانگر آن است که این معنا مسلم بوده است.

صاحب جواهر پس از اشاره به سخن قاموس، گفته محقق در معتبر و علامه در منتهی را به عنوان تأیید این معنا می‌آورد، بلکه می‌نویسد:

۱. موثقه ابن ابی‌یعفور عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: «وإنَّک أن تغتسل من غسالة الحَمَّام، ففیها یجمع غسالة اليهودی والنصرانی والمجوسی والنَّاصب لنا أهل البیت وهو شرُّهم فإنَّ الله تبارک وتعالی لم یخلق خلقاً أنجس من الكلب، وإنَّ النَّاصب لنا أهل البیت لأنجس منه».

شاید همین معنا از اکتفای محقق در شرایع و مختصر به «خوارج و غلات» و ظاهر صدوق در بخش «نکاح فقیه» باشد (نجفی، ۱۳۶۵: ۶/۶۵).

بررسی این دیدگاه: این دیدگاه نزدیکترین اقوال به حق به لحاظ قواعد و عموماًست و قدر متیقن از معانی نصب همین معناست. ممکن است گفته شود استظهار آن از موثقه ابن ابی یعفور روشن به نظر نمی‌رسد، چه آنکه ظاهر موثقه با دیدگاه مشهور مناسب‌تر است، یعنی متبادر از لفظ ناصب در آن کسی است که به دشمنی اهل بیت علیهم‌السلام تظاهر کند، چه این دشمنی را جزء دین خود بداند یا خیر و به عبارت دیگر متدین به بغض اهل بیت علیهم‌السلام باشد یا به هر دلیل دیگر با آنها دشمنی نماید. با تأمل در ذیل کلام امام علیه‌السلام استظهار ایشان از موثقه به وضوح مشخص می‌شود، زیرا در ادامه بحث ایشان فرموده‌اند:

والظاهر أنّ الناصب الوارد فی الروایات کموثقة ابن ابي يعفور المتقدمة أيضاً يراد به ذلك، فإنّ النواصب كانوا طائفة معهودة فی تلك الأعصار كما يظهر من الموثقة أيضاً، حیث نهی فیما عن الاغتسال فی غسالة الحّمّام التي یغتسل فیها الطوائف الثلاث والناصب، ولس المراد منه المعنی الاشتقاقی الصادق علی کلّ من نصب بأیّ عنوان كان، بل المراد هو الطائفة المعروفة وهم النصاب الذین كانوا یتدیتون بالنصب، ولعلهم من شعب الخوارج (موسوی الخمینی، ۱۳۸۹: ۳/۳۳۷).

در تبیین کلام ایشان می‌توان گفت، به قرینه وحدت سیاق که در حدیث عنوان ناصبی در کنار یهودی، نصرانی و مجوسی آمده است، نواصب نیز در آن روزگار گروه و طایفه‌ای بوده‌اند که به این عنوان شناخته می‌شدند و متدین به نصب (دشمنی اهل بیت علیهم‌السلام) بوده‌اند.

اگر بر فرض موثقه ابن ابی یعفور ظهور در کلام مشهور داشته باشد و ناصبی به مطلق اظهارکننده دشمنی با اهل بیت علیهم‌السلام گفته شود، به خاطر وجود قرینه داخلی و خارجی باید از تعمیم رفع ید کنیم.<sup>۱</sup>

۱. منظور از قرینه داخلی همان وحدت سیاق است، همچنان که یهودی، نصرانی و مجوسی تدین به یهودیت و نصرانیت و... دارند، ناصبی هم طایفه‌ای بوده که دشمنی اهل بیت علیهم‌السلام را جزء دین خود به حساب می‌آوردند، قرینه خارجی سیره عملی امامان علیهم‌السلام در برخورد با دشمنانشان و تصریح لغویین در معنای ناصب می‌باشد.

دلیل و استشهاد دیگر صاحب جواهر به گفته اهل لغت و فرمایش امام علیه السلام در ارتباط با سیره عملی امامان علیهم السلام و شیعیان آنان در آن اعصار مطلب متینی است. بنابراین با پذیرش این دیدگاه و دلیل آن، سایر معانی اگر دلیل درست نداشته باشد کنار گذاشته می شود.

## ۲. ادلة دیدگاه مشهور

دیدگاه مشهور فقیهان امامی این است که ناصب کسی است که اظهار دشمنی با اهل بیت علیهم السلام بنماید و مخالف تعمیم این عنوان به مخالف هستند.

### ۱- ادعای اجماع

مرحوم شیخ انصاری رحمته الله علیه پس از اشاره به اینکه تعمیم ناصب به مخالف ضعف آن روشن است، می گوید:

چیزی که امر را آسان می کند اینکه صاحب حدائق که خودش از قائلان به تعمیم است، معترف است به اینکه: «لا خلاف منافی أن الناصب هو العدو لأهل البيت علیهم السلام والنصب لغة العداوة وشرعاً بل لغة أيضاً على ما يفهم من القاموس هو العداوة لأهل البيت (انصاری، بی تا: ۳۵۷/۲).

### ۲- ظاهر احادیث

برداشت فقیهان از اخباری که با عنوان «الناصب لنا أهل البيت» آمده است، این است که ناصب کسی است که اظهار دشمنی با اهل بیت علیهم السلام کند و این معنا را متبادر از این لفظ می دانند.

شیخ انصاری رحمته الله علیه تقیید ناصب را به متدین به بغض علی علیه السلام یا امامان، خلاف ظاهر اخبار فراوان می داند و از آن با تعبیر توهم یاد می کند:

وتوهم تقیید الناصب بالتدین ببغضهم دون من يبغضهم مطلقاً خلاف ما يظهر من الأخبار الكثيرة وإن توهمه ظاهر تفسیری المعتبر والمنتهی والمحكى عن القاموس (همان: ۳۵۸/۲).

نقد و بررسی: به نظر می رسد استناد به اجماع در تفسیر ناصب، با توجه به اختلاف فراوانی که بین فقیهان وجود دارد، مورد نداشته باشد. مگر اینکه گفته شود،

اجماع مدّعا در کلام شیخ انصاری در قبال دیدگاه صاحب حدائق است که معتقد به تعمیم ناصبی به هرگونه مخالف می‌باشد و روشن است که نظریه تعمیم، قولی شاذ در مقابل اجماع فقها می‌باشد، به عبارت دیگر معقد اجماع در گفتار شیخ، قدر مشترک و جامع بین تمام اقوال غیر از دیدگاه صاحب حدائق می‌باشد. بنابراین ایشان در صدد تقیید عدوات به اظهار آن یا به تدین به عدوات نمی‌باشد. در نتیجه وجود اجماع محقق و اختلاف فقیهان موجب ردّ آن نمی‌گردد.

ثانیاً در احادیث، تفسیری نسبت به معنای مشهور نیامده است و شیخ رحمته الله برای مدّعی خود ادّعی ظهور از اخبار کثیره نموده و تفسیری نسبت به آن ارائه نکرده است. بر فرض ظهور لفظ ناصب در احادیث در معنای اظهارکننده عدوات، باید با توجه به آنچه در دلیل قول اوّل آمد از آن رفع ید کرد و ناصب را به کسی که متدین به بغض ائمه علیهم السلام باشد اختصاص داد که طبعاً هر کس متدین به امری باشد آن را اظهار می‌کند و به گونه‌ای از حرکات، رفتار و گفتارش پیداست.

### ۳. دلیل قائلان به کفر دشمن اهل بیت علیهم السلام به طور مطلق

ادّعا کرده‌اند که ناصب یعنی مبغض؛ کسی که بغض اهل بیت علیهم السلام را در دل دارد و دشمن این خاندان است و دشمن مبغض آنها کافر است؛ چون بغض نسبت به این خاندان کفر است، چه آنکه محبّ اهل بیت علیهم السلام ضروری دین و انکار آن، انکار ضروری دین به شمار می‌رود (اردبیلی، ۱۴۰۷: ۱۰۱/۶).

نقد: در پاسخ باید گفت: ضروری دین، وقتی گفته می‌شود که هر فردی، حتی فرد منکر بداند که این مطلب جزء دین است، مثلاً کسی که در محیط اسلام بزرگ شده و از قوانین و مقررات اسلام آگاهی دارد، می‌داند که نماز، روزه و... جزء برنامه‌های دین است؛ لذا در صورت انکار آن کافر به حساب می‌آید.

ولی در بحث ما ولایت اهل بیت و امامت دوازده امام علیهم السلام نزد منکران ولایت و امامان از اهل بیت علیهم السلام در حدّ ضروری شناخته شده نیست، گو اینکه اگر کسی تحقیق کند و ادلّه امامیه را ببیند به طور معمول به حقانیت اهل بیت علیهم السلام یقین پیدا می‌کند، ولی تا این امکانات برای کسی فراهم نشده و به تحقیق درباره این مهم

نپرداخته است، انکار ضروری دین به شمار نمی آید.

امام باقر علیه السلام می فرماید:

من لم یصنع ذلك ودخل فيه الناس علی غیر علم ولا عداوة أمير المؤمنين علیه السلام فإن ذلك لا یکفره ولا یرجعه عن الإسلام (کلینی، ۱۳۶۳: ۲۹۶/۸).

#### ۴. ادله دیدگاه چهارم

دلیل برخی از محدثان همچون صاحب حدائق در این دیدگاه، تمسک به سه روایت است:

اول روایت عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام که چنین فرموده‌اند:  
لیس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنک لا تجد رجلاً یقول: أنا أبغض محمداً  
وآل محمداً ولكن الناصب من نصب لکم وهو یعلم أنکم تتولوننا وأنکم من شیعتنا  
(صدوق، ۱۳۸۶: ۶۰۱/۲).

دوم روایت معلی بن خنیس از آن حضرت است که فرمود:  
لیس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنک لا تجد أحداً یقول أنا أبغض محمداً  
وآله ولكن الناصب من نصب لکم وهو یعلم أنکم تتولوننا وتبرؤون من أعدائنا  
(همان: ۹).

سوم روایت محمد بن علی بن عیسی در مکاتبه‌ای که با امام هادی علیه السلام داشته  
چنین آورده است:

وکتبت إليه أسأله عن الناصب، هل احتاج فی امتحانه إلى أكثر من تقدیمه الجبیت  
والطاغوت، واعتقاد إمامتهما، فرجع الجواب، من كان علی هذا فهو ناصب (حلی،  
۱۴۱۱: ۵۸۳).

در دو روایت اول ناصب به دشمن شیعه تفسیر شده است. در روایت سوم کسی که  
دیگران را بر امامان مقدم بدارد و قائل به امامت آنها باشد، ناصبی شمرده شده است.  
نقد و بررسی: در بررسی دو روایت اول باید گفت: کسی که با پیروان اهل  
بیت علیهم السلام دشمنی می کند، دو فرض دارد:

۱- دشمن شیعه است، به خاطر اینکه آنان پیرو اهل بیت علیهم السلام هستند و فضائل و

مناقب آنان را نقل می‌کنند و به آن معتقد هستند. این دشمنی ملازم با دشمنی اهل بیت علیهم‌السلام است، در نتیجه اگر صرف دشمنی با اهل بیت را نصب بدانیم این فرد ناصبی است.

۲- دشمنی با شیعه به خاطر شبهه یا شبهاتی است که نسبت به شیعه برای وی پیش آمده است، مثلاً سنی محبّ اهل بیت علیهم‌السلام می‌بیند که یک فرد شیعی بر مهر سجده می‌کند، تصور او این است که سجده بر مهر نوعی بت پرستی است، از این جهت با شیعه دشمنی می‌کند، این فرد را نمی‌توان دشمن اهل بیت علیهم‌السلام به حساب آورد، یا مثلاً مسلمان سنی در مصر شنیده است که شیعیان صحابه را سبّ می‌کنند و تحمّل این مطلب بر او دشوار است، لذا در صدد دشمنی با شیعه برمی‌آید، آیا در این فرض می‌توان آن سنی را ناصبی به حساب آورد؟

امام خمینی این گونه افراد را ناصبی نمی‌داند و استدلال به دو روایت عبدالله بن سنان و معلی بن خنیس را از دو جهت ناتمام می‌داند:

الف: ضعف سندی

ب: ضعف محتوایی

ضعف سندی به خاطر وقوع ابراهیم بن اسحاق (ر.ک: خویی، ۱۴۱۳: ۱۸۶/۱) در سند روایت عبدالله بن سنان<sup>۱</sup> و روایت معلی بن خنیس به خاطر وجود محمد بن علی کوفی (همان: ۵۸/۱۸) در سند آن که هیچ یک توثیق نشده‌اند.<sup>۲</sup> اما ضعف محتوایی به

۱. حدّثنا محمد بن الحسن رضی‌الله‌عنه قال: حدّثنا محمد بن یحیی العطار عن محمد بن أحمد عن ابراهیم بن إسحاق عن عبد الله بن حماد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنك لا تجد رجلاً يقول: أنا أبغض محمدًا وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنكم تتولوننا وأنكم من شيعتنا (صدوق، ۱۳۸۶: ۶۰۱/۲). در ثواب الاعمال نیز آمده است: وبهذا الإسناد عن محمد بن أحمد عن ابراهیم بن إسحاق عن عبد الله بن حماد [عبد الله بن سنان] عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنك لم تجد رجلاً يقول أنا الناصب [أبغض] محمدًا وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنكم تتولوننا وأنكم من شيعتنا (صدوق، ۱۳۶۸: ۷).

۲. حدّثنا محمد بن علی ماجیلویه رضی‌الله‌عنه قال: حدّثنی عمی محمد بن ابي القاسم، عن محمد بن علی الكوفی، عن ابن فضال عن المعلی بن خنیس، قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنك لا تجد أحدًا يقول: أنا أبغض محمدًا وآل محمد، ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنكم تتولوننا أو تبرؤون من أعدائنا، وقال عليه السلام: من أشبع عدوًّا لنا فقد قتل وليًّا لنا (صدوق، ۱۳۶۱: ۳۶۵).

خاطر تعارض آن با احادیث فراوانی که دلالت بر وجود دشمنان اهل بیت علیهم‌السلام دارد، ثانیاً مخالفت آن با حقایق تاریخی است، در این دو حدیث آمده است که تو کسی را پیدا نمی‌کنی که دشمن آل محمد باشد، در حالی که در تاریخ افراد فراوانی بوده‌اند که بغض اهل بیت علیهم‌السلام را داشته‌اند (موسوی الخمینی، بی‌تا: ۳/۳۲۴).<sup>۱</sup>

اما حدیث سوم: به لحاظ سندی ضعیف است و در طریق آن دو نفر وجود دارند (محمد بن احمد بن زیاد و موسی بن علی بن محمد) که مهمل می‌باشند و توثیق نشده‌اند، لذا قابل استناد برای تفسیر ناصب یا به دست آوردن احکام آن نمی‌باشد.

### مقتضای قاعده در مسئله ناصب در صورت اجمال مفهومی

اگر مفهوم ناصب به طور واضح و روشن از منابع فقهی به دست آمد که جای بحث نیست، ولی اگر اجمالی در مفهوم بود و دوران امر (به اصطلاح اصول) بین اقل و اکثر بود؛ در اجمال مفهومی مخصص به قدر متیقن اکتفا می‌شود و در موارد شک به عموم عام مراجعه می‌گردد.

اصولی بلند پایه امامی، محقق خراسانی صاحب کفایة الاصول در مبحث عام و خاص فصلی را گشوده و چنین اظهار نظر کرده است:

فصل إذا كان الخاص بحسب المفهوم مجملاً، بأن كان دائراً بين الأقل والأكثر وكان منفصلاً، فلا يسرى إجماله إلى العام، لا حقيقة ولا حكماً، بل كان العام متبعاً فيما لا يتبع فيه الخاص، لوضوح أنه حجة فيه بلا مزاحم أصلاً، ضرورة أن الخاص إنما يزاحمه فيما هو حجة على خلافه، تحكيماً للنص أو الأظهر على الظاهر، لا فيما

۱. أما الرواية الأولى فمضافاً إلى ضعف سندها بجميع طرقها في متنها، وهي أما أولاً فلورود روايات تدلّ على وجود الناصب لهم أهل البيت علیهم‌السلام، وحملها على الناصب لشيعتهم بعيد جداً، مع أن الواقع على خلاف ذلك، فكم لهم ناصب وعدو في عصرهم (انصاری، ۱۴۱۸: ۳/۳۲۴).

لازم به یادآوری است که امام علیه‌السلام حکم به ضعف سندی هر دو حدیث به تمام طرق آن می‌نمایند و راویانی را که به خاطر آنان حکم به تضعیف حدیث نموده‌اند مشخص نمی‌نمایند، اما استاد آیه‌الله سیدحسن مرتضوی که از شاگردان حضرت امام علیه‌السلام می‌باشند در جلسه درس خارج فقه بحث خمس افرادی را که در متن از آنان یاد شده است منظور نظر امام علیه‌السلام می‌دانند (تقریرات نویسنده از درس استاد، تاریخ ۱۳۷۳/۲/۲۵).

ولی در حدّ تتبع نگارنده مرحوم نجاشی در صفحه ۱۹ از رجال خویش درباره ابراهیم بن اسحاق چنین گفته است: ابراهیم بن اسحاق أبو إسحاق الأحمری النهاوندی كان ضعيفاً في حديثه متوهماً.



لا يكون كذلك، كما لا يخفى (خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۲۰).

توضیح اینکه در احادیث فراوانی اهل بیت علیهم السلام گفتن شهادتین (به زبان آوردن شهادت به توحید و نبوت پیامبر صلی الله علیه و آله) را اسلام می دانند و هر کس شهادتین را به زبان جاری کرد مسلمان است و احکام اسلام بر او بار می شود؛ خون او محفوظ، حقیقتاً ارث بردن، جواز ازدواج با او و....

امام باقر علیه السلام در صحیحۀ حمران بن أعین می فرمایند:

... الإيمان ما استقرّ في القلب وأفضى به إلى الله عزّ وجلّ وصدقه العمل بالطاعة لله والتسليم لأمره والإسلام ما ظهر من قول أو فعل وهو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلّها وبه حقت الدماء وعليه جرت الموارث وجاز النكاح واجتمعوا على الصلاة والزكاة والصوم والحجّ، فخرجوا بذلك من الكفر وأضيفوا إلى الإيمان... (کلینی، ۱۳۶۳: ۲/۲۶).

امام صادق علیه السلام در پاسخ به پرسش سماعه که می گوید: أخبرني عن الإسلام والإيمان أهما مختلفان؟ می فرمایند:

إنّ الإيمان يشارك الإسلام والإسلام لا يشارك الإيمان، فقلت: فصفهما لي، فقال: الإسلام شهادة أن لا إله إلا الله والتصديق برسول الله صلی الله علیه و آله، به حقت الدماء وعليه جرت المناكح والموارث وعلى ظاهره جماعة الناس... (همان: ۲۵).

در حدیث دیگری نیز می فرمایند:

الإسلام هو الظاهر الذي (عليه الناس): شهادة أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأنّ محمداً عبده ورسوله... (همان: ۲۴).

در احادیث اهل سنت نیز به طور مستفیض بلکه متواتر آمده است که هر کس

۱. در صورتی که خاص به لحاظ مفهوم مجمل باشد، به اینکه دوران امر بین اقل و اکثر و مخصّص منفصل باشد، اجمال آن به عام نه حقیقتاً و نه حکماً سرایت نمی کند، بلکه حکم عام در موردی که خاص تبعیت نمی شود، ثابت است؛ زیرا عام بدون هیچ گونه مزاحمی در آن مورد حجّت است، بدیهی است که خاص در صورتی مزاحم عام است که در آن حجّتی بر خلاف عام باشد، از باب تقدیم نص یا اظهر بر ظاهر، نه در جایی که چنین نباشد. این دیدگاه مرحوم صاحب کفایه مورد پذیرش اصولیان معاصر می باشد (ر.ک: سبحانی، ۱۴۰۵: ۱/۴۷۲؛ فیاض، بی تا: ۱۸۰/۵؛ بجنوردی، بی تا: ۴۴۶/۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۲/۲۴۸).

شهادتین بلکه تنها لا اله الا الله را به زبان جاری کرد خون او محفوظ است و جان او مصونیت دارد.

مسلم و بخاری خطاب پیامبر ﷺ به علی رضی الله عنه را می آورند که:  
قاتلهم حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله فإذا فعلوا ذلك فقد منعوا منك دماءهم (نیشابوری، بی تا: ۱۲۱/۷).

و حدیث ابن عمر و معاذ در بخاری:

عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله (بخاری، ۱۴۰۱: ۱/۱۲).

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل حين بعته إلى اليمن: إنك ستأتي قوماً أهل كتاب فإذا جنتهم فادعهم إلى أن يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله فإن هم أطاعوا لك بذلك فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة فإن هم أطاعوا لك بذلك فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوا لك بذلك فإتاك وكرائم أموالهم (همان: ۱۳۶/۳).

و جریان اسامه را هر دو نقل کرده اند که در جریان نبرد اسامه و یک نفر از انصار به فردی از مشرکین حمله کردند وی گفت لا اله الا الله، انصاری از او دست کشید ولی اسامه با سر نیزه ای او را کشت، پیامبر ﷺ او را توبیخ کرد، «أقتلته بعد ما قال لا إله إلا الله». اسامه می گوید: آن قدر پیامبر ﷺ این توبیخ را تکرار کرد که آرزو داشتم پیش از آن روز مسلمان نبودم (همان: ۸۸/۵؛ نیشابوری، بی تا: ۶۸/۱).  
بنابراین احادیث شیعه و اهل سنت گویای این مطلبند که هر کس شهادتین را گفت، جان، خون، مال و آبروی او محترم است و کسی حق ریختن خون او، تجاوز به مال و ناموس و آبروی وی را ندارد.

از این قاعده کلی و عموماً مواردی به دلیل خاص خارج شده است.  
یکی از آن موارد در فقه شیعه، فرد ناصب است، اما اینکه ناصب یا ناصبی کیست؟ قدر متیقن در معنا و تفسیر این واژه کسی است که با اهل بیت علیهم السلام دشمنی

کند و این دشمنی را جزء دین خود بداند و نسبت به سایر احتمالات و معانی جای شک است و باید به عموم عام مراجعه کرد؛ هر فردی که اظهار شهادتین نماید، مسلمان است و احکام اسلام بر او بار می‌شود و هیچ‌گونه دلیلی که بتواند این قاعده کلی را نقض نماید، در اختیار نداریم. برای روشن شدن معنای ناصب و تعیین مصداق آن باید به سراغ احادیث و سخن اهل لغت و فقیهان رفت.

### نتیجه‌گیری

واژه ناصب به فراوانی در احادیث اهل بیت علیهم‌السلام آمده و احکامی نسبت به فرد ناصب گفته شده و او را از اموری چون ازدواج با مسلمان منع و از برخی حقوق مدنی دیگر محروم نموده است. در فقه امامیه این احکام پذیرفته شده و جزء مسلّمات فقه این مذهب است، آنچه محلّ اختلاف می‌باشد، تفسیر و مفهوم‌یابی واژه ناصب یا ناصبی است که با توجه به اختلاف فقیهان در این موضوع و ملاحظه ادلّه فقهی و قواعد اصولی، باید تفسیر قدر متیقن از این واژه را پذیرفت که ناصب عبارت است از کسی که دشمن اهل بیت علیهم‌السلام باشد و به این دشمنی اعتقاد داشته باشد و آن را جزء دین بداند، تفسیر این واژه به مطلق مخالف اهل بیت علیهم‌السلام یعنی اهل سنت دور از آموزه‌های فقهی اهل بیت علیهم‌السلام و محققان فقه امامیه است. دستاویز قرار دادن این واژه و احکام آن برای هجوم به آبرو، جان و مال مسلمانان کاری نادرست و خلاف مکتب اسلام و اهل بیت علیهم‌السلام است.

## کتاب شناسی

۱. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۳. اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴. اردبیلی، محمدعلی، جامع الرواة، قم، مکتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، ۱۴۰۳ ق.
۵. اشعری القمی، احمد بن محمد بن عیسی، النوادر، قم، مدرسة الامام المهدي (عجل الله فرجه)، ۱۴۰۸ ق.
۶. انصاری، مرتضی، کتاب الطهاره، قم، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الانصاری، ۱۴۱۸ ق.
۷. بجنوردی، میرزا حسن، منتهی الاصول، چاپ دوم، قم، مکتبة بصیرتی، بی تا.
۸. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.
۹. بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۱ ق.
۱۰. برقی، ابوجعفر احمد بن محمد بن خالد، المحاسن، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۰ ش.
۱۱. تهرانی، آقابزرگ، الذریعة الی تصانیف الشیعه، چاپ سوم، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۳ ق.
۱۲. جزائری، سید عبدالله، التحفة السنیة، بی تا، بی تا.
۱۳. حرّ العاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، چاپ پنجم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۱۴. حلّی، ابن ادريس، مستطرفات السرائر، چاپ دوم، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۱۵. همو، موسوعة ابن ادريس الحلّی، قم، دلیل ما، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. حلّی، حسن بن یوسف بن المطهر، ارشاد الاذهان، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. همو، تبصرة المتعلمین، تهران، فقیه، ۱۳۶۸ ش.
۱۸. همو، تحریر الاحکام، قم، مؤسسة الامام الصادق (عجل الله فرجه)، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (عجل الله فرجه) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. همو، قواعد الاحکام، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۱. همو، مختلف الشیعه، چاپ دوم، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۲. حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، الرسائل التسع، قم، مکتبة آية الله العظمى المرعشي، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. همو، المختصر النافع، چاپ سوم، تهران، قسم الدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. همو، المعیتر، قم، سید الشهداء (عجل الله فرجه)، ۱۳۶۴ ش.
۲۵. همو، شرائع الاسلام، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۲۶. حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، قم، سید الشهداء (عجل الله فرجه)، ۱۴۰۵ ق.
۲۷. خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، قم، آل البيت (عجل الله فرجه)، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. زمخشری، محمود بن عمر، اساس البلاغه، بی تا، بی تا.
۳۰. سبحانی، جعفر، تهذیب الاصول، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳۱. سیستانی، سیدعلی، المسائل المتخیبه، چاپ دوم، قم، مکتب آية الله العظمى السيد السيستاني، ۱۴۱۴ ق.
۳۲. همو، منهاج الصالحین، قم، مکتب آية الله العظمى السيد السيستاني، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. شریف المرتضی، رسائل المرتضی، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.

٣٤. شهر آشوب، محمد بن علي، مناقب آل ابي طالب، نجف، المكتبة الحيدريه، ١٣٧٦ ق.
٣٥. صدوق، محمد بن علي بن الحسين بن بابويه، الامالي، قم، مركز الطباعة و النشر في مؤسسة البعثة، ١٤١٧ ق.
٣٦. همو، ثواب الاعمال، چاپ دوم، قم، منشورات الرضى، ١٣٦٨ ش.
٣٧. همو، صفات الشيعه، تهران، كانون انتشارات عابدى، بى تا.
٣٨. همو، كمال الدين، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤٠٥ ق.
٣٩. همو، معانى الاخبار، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٣٦١ ش.
٤٠. همو، من لا يحضره الفقيه، چاپ دوم، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤٠٤ ق.
٤١. همو، علل الشرائع، نجف، المكتبة الحيدريه، ١٣٨٦ ق.
٤٢. صفار، محمد بن الحسن بن فروخ، بصائر الدرجات، تهران، العلمى، ١٣٦٢ ش.
٤٣. طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى، قم، ميثم التمار، ١٤٢٧ ق.
٤٤. طرابلسى، عبدالعزيز بن البراج، المهذب، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤٠٦ ق.
٤٥. طريحي، فخرالدين، مجمع البحرين، چاپ دوم، قم، مكتب النشر الثقافة الاسلاميه، ١٣٦٧ ش.
٤٦. طوسى، محمد بن الحسن، الاستبصار، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٦٣ ش.
٤٧. همو، المبسوط، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء آثار الجعفرية، ١٣٨٧ ق.
٤٨. همو، النهايه، قم، قدس محمدى، بى تا.
٤٩. همو، تهذيب الاحكام، چاپ سوم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٦٤ ش.
٥٠. عاملى، سيد محمد جواد، مفتاح الكرامه، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٩ ق.
٥١. عاملى (شهيد اول)، شمس الدين محمد بن مكى، الدروس، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٤ ق.
٥٢. عدّة من المحدّثين، الاصول الستة عشر، چاپ دوم، قم، دار الشبستري للمطبوعات، ١٣٦٣ ش.
٥٣. فاضل الآبى، زين الدين ابو على الحسن بن ابى طالب ابن ابى المجد اليوسفى، كشف الرموز، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٠ ق.
٥٤. فراهيدى، عبدالرحمن خليل بن احمد، العيين، چاپ دوم، دار الهجره، ١٤٠٩ ق.
٥٥. فياض، محمد اسحاق، محاضرات فى اصول الفقه، انتشارات امام موسى صدر، بى تا.
٥٦. فيروز آبادى، مجدالدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، قم، دار العلم، بى تا.
٥٧. كلينى، محمد بن يعقوب بن اسحاق، الكافى، چاپ پنجم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٦٣ ش.
٥٨. مجلسى، محمد باقر، بحار الانوار، چاپ دوم، بيروت، الوفاء، ١٤٠٣ ق.
٥٩. مجلسى، محمد تقى، روضة المتقين، تهران، فرهنگ اسلامى كوشان پور، بى تا.
٦٠. موسى الخمينى، سيد روح الله، تحرير الوسيله، چاپ دوم، نجف، دار الكتب العلميه، ١٣٩٠ ق.
٦١. همو، كتاب الطهاره، قم، مهر، بى تا.
٦٢. نجفى، محمد بن حسن، جواهر الكلام، چاپ دوم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٦٥ ش.
٦٣. نيشابورى، مسلم بن حجاج بن مسلم، صحيح مسلم، بيروت، دار الفكر، بى تا.
٦٤. هاشمى شاهرودى، سيد على، دراسات فى علم الاصول، قم، مركز الغدير للدراسات الاسلاميه، ١٤١٩ ق.
٦٥. همدانى، آقارضا، مصباح الفقيه، تهران، مكتبة الصدر، بى تا.



## بررسی احکام فقهی بدهکاران مهریه\*

- دکتر جواد ابروانی<sup>۱</sup>
- استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

### چکیده

دیون مالی در فقه احکام متعددی دارد که پاره‌ای از آنها مورد بحث و اختلاف نظر فقیهان است؛ برای نمونه، وجوب پرداخت بدهی در صورت تمکن مالی و وجوب امهال به او در صورت اعسار و حرمت سخت‌گیری و حبس وی، از احکام مورد اتفاق نظر فقیهان مسلمان است، ولی مسائلی همچون وجوب تکسب بر بدهکار برای پرداخت بدهی و میزان دخالت شأنت افراد در مستثنیات دین، از مسائل چالشی و بحث‌برانگیز در این زمینه می‌باشد. از سوی دیگر، مهریه، هر چند نوعی دین بوده و به طور کلی، احکام سایر دیون را دارد، ولی در برخی مسائل با سایر دیون متفاوت است. آنچه در این نوشتار می‌آید، بررسی مستندات فقهی احکام مدیون در مراحل مختلف آن، تحلیلی بر موارد مورد بحث و نیز برخی احکام خاص بدهکاران مهریه و نقدی بر پاره‌ای از رویه‌های جاری است.

واژگان کلیدی: مدیون، معسر، مهریه، حبس.

## طرح بحث

بدهکاران مالی از دیدگاه فقهی احکام متعددی در مراحل گوناگون دارند که برخی از آنها نزد فقیهان اجماعی است و برخی دیگر اختلافی یا قابل بحث. برای نمونه، وجوب پرداخت بدهی در صورت تمکن مالی، جواز اجبار ممتنع متمکن، جواز مصادره اموال او به نفع طلبکار به جز مستثنیات دین، و وجوب امهال به او در صورت اعسار و حرمت سخت‌گیری و حبس وی، از احکام مورد اتفاق نظر فقیهان مسلمان است، ولی مسائلی همچون وجوب کار و کسب درآمد بر بدهکار برای پرداخت بدهی و میزان دخالت شأنت افراد در مستثنیات دین، از مسائل چالشی و بحث‌برانگیز در این زمینه می‌باشد. از سوی دیگر، مهریه، هرچند نوعی دین بوده و به طور کلی، احکام سایر دیون را دارد، ولی در برخی مسائل با سایر دیون متفاوت است. بی‌توجهی به مسائل فقهی و فقدان فرهنگ‌سازی و اطلاع‌رسانی صحیح نیز موجب گشته است شمار فراوانی از طلبکاران مهریه و غیر آن، بدهکاران معسر خود را با وجود علم به اعسار آنان، تحت فشار قرار دهند. آنچه در این نوشتار می‌آید، بررسی مستندات فقهی احکام مدیون در مراحل مختلف آن و تحلیلی بر موارد مورد بحث و نیز برخی احکام خاص بدهکاران مهریه و نقدی بر پاره‌ای از رویه‌های جاری است.

## وجوب ادای دین

در آغاز بحث یادکرد این نکته لازم است که بی‌تردید ادای دین - در صورت مدت‌دار نبودن بدهی یا به اتمام رسیدن مدت و مطالبه طلبکار - بر بدهکار واجب است و خودداری از آن، معصیت می‌باشد، چنان که در روایت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آمده است، «من مطل علی ذی حقِّ حقِّه و هو یقدر علی أداء حقِّه فعلیه کلَّ یوم خطیئة عشَّار» (حرّ عاملی، بی‌تا: ۸۹/۱۳). در روایتی دیگر آمده است که حتی شهادت در راه خدا نیز بدون ادا یا عفو صاحب حق - کفاره آن به شمار نمی‌رود (کلینی، ۱۳۶۷: ۹۴/۵). بلکه روایت اعمش، دلالت بر کبیره بودن این گناه دارد (ر.ک: حرّ عاملی، بی‌تا: ۲۶۱/۱۱).  
با این حال، وجوب پرداخت بدهی، مشروط به تمکن بدهکار از ادای آن است و در



غیر این صورت، صرفاً قصد ادای دین به هنگام تمکن واجب خواهد بود (طوسی، *النهاییه*، بی تا: ۳۰۵؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۶۵۱/۱؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۸۱/۲. برای روایت ر.ک: کلینی، ۱۳۶۷: ۹۹/۵). چنان که در ادامه خواهد آمد، مهریه نیز نوعی دین است (ر.ک: کلینی، ۱۳۶۷: ۹۹/۵؛ طوسی، *تهذیب الاحکام*، ۱۳۶۴: ۱۹۱/۶) و احکام دین را خواهد داشت.

## مراحل و احکام ممتنع از ادا

حال اگر مدیون از پرداخت بدهی خود سر باز زند، بسته به شرایط و مراحل آن احکامی می یابد که در ادامه بدان می پردازیم:

### ۱- اجبار بر ادای دین

هرگاه مدیون اموالی ظاهر داشته باشد، در صورت امتناع از ادای دین، حاکم باید او را وادار به این کار نماید و در صورت نبود حاکم، افراد دیگر این کار را از باب امر به معروف و نهی از منکر بر عهده گیرند. حتی گفته شده که طلبکار نیز می تواند در حدود شرع، به تندی با وی سخن گوید تا وی را مجبور به ادای دین نماید (گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۹۲/۱) و یا طلبکار در صورت امکان به قهر از وی بگیرد (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۷۶/۱۷).

### ۲- حبس و تقسیم اموال مدیون در صورت اصرار بر امتناع

اگر اجبار حاکم و دیگران سودی نداشت، حاکم مخیر است تا به درخواست طلبکار، مدیون را حبس نماید تا او خود از اموالش، دیونش را ادا کند یا خود حاکم اموالش را تقسیم کند (طوسی، *المبسوط*، بی تا: ۲۲۷/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۶۸/۱۴؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۳۵۳/۲۵). دلیل این حکم، روایات ذیل است:

- عن النبی ﷺ: «لی الواجد بالدین یحلّ عرضه وعقوبته ما لم یکن دینه فیما یکره الله عزّ وجلّ» (طوسی، *الامالی*، ۱۴۱۴: ۵۲۰؛ حرّ عاملی، بی تا: ۹۰/۱۳؛ نیز: ابن حنبل، بی تا: ۲۲۲/۴؛ بخاری، ۱۴۰۳: ۸۵/۳).

- عن ابي عبد الله علیه السلام «ان علیاً علیه السلام کان یحبس الرجل إذا التوی علی غرمائه ثمّ یأمر به فیقسم ماله بینهم بالحصص» (حرّ عاملی، بی تا: ۱۴۷/۱۳؛ نیز: طوسی، *تهذیب الاحکام*، ۱۳۶۴: ۲۹۹/۶ به صورت: «کان یفلس الرجل»).

- «عن أبي جعفر عليه السلام قال: كان علي عليه السلام لا يحبس في السجن إلا ثلاثة: الغاصب ومن أكل مال يتيم ظلمًا ومن ائتمن على أمانة فذهب بها، وإن وجد له شيئًا باعه غائبًا كان أو شاهدًا» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۲۹۹/۶).

در مورد این حکم و دلایل آن، چند نکته یادآوری می‌شود:

نخست: اینکه حبس در اینجا فقط برای وادار کردن او به ادای دین یا پیش‌گیری از متواری شدن یا تصرف در اموال است. این احتمال نیز داده شده که حبس مورد نظر، عقوبتی برای امتناع قلبی یا به هدف وادار کردن او به اعتراف نسبت به تمکن باشد (گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۹۲/۱). از روایات یادشده، به روشنی انحصار حکم به صورت تمکن مالی مدیون برمی‌آید.

دوم: مصادره اموال مدیون به سود بدهکار یا بدهکاران، تمامی داراییهای او را شامل نمی‌شود. بلکه بخشی از اموال که برای ادامه زندگی مورد نیاز او می‌باشد، یا نبود آن موجب عسر و حرج بر وی می‌گردد، استثنا شده است. این موارد که «مستثنیات دین» خوانده می‌شود، عبارتند از: منزل مسکونی، لوازم منزل و وسایل شخصی که مورد نیاز اوست. دلیل این مطلب، روایاتی چند است. از جمله:

- حسنه حلبی از امام صادق عليه السلام: «لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، لأنه لا بد للرجل من ظل يسكنه و خادم يخدمه» (کلینی، ۱۳۶۷: ۹۶/۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۱۸۶/۶).

- صحیحہ محاربی: از امام صادق عليه السلام: «لا يخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين» (صدوق، ۱۴۰۴: ۱۹۰/۳؛ طوسی، الاستبصار، بی‌تا: ۷/۳؛ همو، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۱۹۸/۶).

اجماع فقیهان نیز بر این مطلب وجود دارد (محقق حلّی، ۱۴۰۳: ۳۴۸/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۸: ۴۵۱/۵؛ اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان، بی‌تا: ۲۸۱/۹؛ بحرانی، بی‌تا: ۱۹۵/۲۰؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۷/۲۰؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۶۵۰/۱؛ خویی، بی‌تا: ۳۸۳/۸).

حال اگر خانه یا وسایل یادشده، بیش از نیاز فرد باشد، آیا فروش آنها لازم است؟ به علاوه، ضابطه نیاز چیست؟ و آیا شأنیت و پایگاه اجتماعی افراد در این باره باید رعایت گردد؟

تردیدی نیست که آنچه مورد «نیاز» فرد باشد و بدون آن با سختی و مشقت

روبرو گردد، استثنا شده و متعلق به خود مدیون است. در برخی نصوص پیش گفته، تعبیر «لابد» آمده بود که بر این مطلب دلالت دارد. از سوی دیگر، مقصود از نیاز، سطح اضطرار نیست، بلکه آنچه را برای آسایش و رفاه نسبی زندگی لازم و متعارف است نیز در بر می گیرد. بدین جهت در روایات مذکور، «خادم» نیز جزء مستثنیات آمده بود. نیز به همین جهت فقیهان مواردی همچون مرکب و اتومبیل، لباس زینت، ظروفی برای پذیرایی از میهمان و کتب علمی را نیز به عنوان مثالهایی برای مستثنیات دین ذکر کرده اند (ر.ک: بحرانی، بی تا: ۱۹۵/۲۰؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۶۵۰/۱؛ خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۰/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۸۰/۲؛ روحانی، ۱۴۱۴: ۲۰۲/۲).

لیک رعایت شأن افراد چه حکمی دارد؟ برخی از فقیهان به صراحت رعایت حال و شرف فرد را الزامی دانسته اند. برای نمونه امام خمینی چنین می گویند: «مراعیاً فی ذلك کله مقدار الحاجة بحسب حاله و شرفه» (۱۳۶۳: ۶۵۰/۱) و فقهی دیگر می گویند: «والضابط هو کل ما احتاج إليه بحسب حاله و شرفه.... ما يحتاج إليه ولو بحسب حاله و شؤونه» (سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۸۰/۲). لیکن این پرسش مطرح است که مقصود از شأن افراد چیست و چه دلیلی بر رعایت آن وجود دارد؟ ما در تحقیقی دیگر نشان داده ایم که شأنیت افراد، اگر به نوعی، بازگشت به نیاز آنان داشته باشد یا به حفظ عزت و آبروی اجتماعی آنان باز گردد، قابل قبول و قابل اثبات است، و اگر صرفاً به مفهوم شأنهای اعتباری کاذب باشد، دلیلی بر اثبات آن وجود ندارد. برای مثال، کسی که نیازمند خانه‌ای وسیع برای برگزاری جلسات مهم یا نوعی پوشش برای حفظ آبرو و عزت خود باشد، شأنیت صحیح شکل می گیرد و اگر صرفاً به دلیل انتساب به صاحبان منصب و مقام یا قرار داشتن در طبقه مرفه، خود را مستحق داشتن منزلی بزرگتر از حد نیازش بداند، شأنیت کاذب خواهد بود (برای تفصیل بحث ر.ک: ایروانی، ۱۳۸۹: ۸۱-۹۶).

به هر روی، اگر خانه و دیگر وسایل مدیون، فراتر از حد نیاز او باشد، باید مقدار اضافه را بفروشد و بدهی اش را بپردازد. چنان که مفهوم استثنای موارد یادشده، عدم جواز اجبار او بر بیع آنهاست. ولی اگر مدیون خود به این کار راضی باشد، گرفتن آن برای طلبکار جایز است، هر چند خلاف احتیاط و تورع در دین است (ر.ک: خمینی،

۱۳۶۳: ۱/۶۵۰-۶۵۱.

بر این اساس، در روایت پیش گفته از امیر مؤمنان علیه السلام که آمده بود: «فقسم ماله بینهم»، مقصود، همه اموال بدهکار نیست، بلکه اموالی به جز مستثنیات دین منظور بوده است (ر.ک: طوسی، *الاستبصار*، بی تا: ۷/۳) و شاهد آن، روایت ذیل می باشد:

عن مسعدة بن صدقة قال: سمعت جعفر بن محمد علیه السلام وسئل عن رجل كان عليه دين وله نصيب في دار وهي دار غلة تغل عليه، فربما بلغت غلتها قوته وربما لم تبلغ حتى يستدين، فإن هو باع الدار وقضى دينه بقي لا دار له. فقال: إن كان في داره ما يقضى به دينه ويفضل منها ما يكفيه وعياله فليع الدار وإلا فلا» (همان؛ همو، *تهذيب الاحكام*، ۱۳۶۴: ۱۹۸/۶).

از این روایت همچنين برمی آید که میزان نیازهای خانواده مدیون نیز در مستثنیات دین تأثیرگذار است.

همچنین، روایت سلمة بن كهیل (ر.ک: کلینی، ۱۳۶۷: ۴۱۲/۷) که ممکن است از آن لزوم فروش خانه برداشت شود، به سبب روایات پیشین، حمل بر موردی می شود که خانه، بیش از مقدار نیاز فرد بوده است (بحرانی، بی تا: ۱۹۷/۲۰؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۷/۲۰). چه، در روایت چنین آمده است:

من أهل المقدره واليسار... فخذ للناس بحقوقهم منهم وبع فيها العقار والديار....  
مطل المسلم الموسر ظلم....

بنابراین، موضوع روایت، «موسر»ی است که سهل انگاری او ظلم می باشد. با توجه به نکات یادشده روشن می گردد که مصادره همه اموال مدیون به صرف بدهکار بودن، هیچ پایه و اساسی ندارد.

سوم: پس از پرداخت اموال مدیون به بدهکار یا تقسیم اموال او بین بدهکاران -با شرایطی که ذکر شد- آزاد نمودن او از حبس الزامی است و ادامه حبس جایز نمی باشد (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۶۱/۲۵).

### ۳- حبس تا زمان اثبات اعسار در صورت ادعای آن

هرگاه مدیون ادعای اعسار و عدم توانایی پرداخت بدهی را بنماید و مال ظاهری

نداشته باشد، حاکم می‌تواند به درخواست طلبکار تا زمان اثبات این ادعا، او را حبس نماید (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۵۴/۲۵؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۷۹/۱؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۴۱۷/۲؛ جصاص، ۱۴۰۵: ۵۷۵/۱؛ قرطبی، ۱۳۶۴: ۳۷۳/۳؛ نووی: بی تا: ۲۷۳/۱۳).

برخی از روایات، بر این مطلب دلالت دارند. از جمله:

عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام: **إِنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَحْبَسُ فِي الدِّينِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ إِفْلَاسٌ وَحَاجَةٌ حَلَّى سَبِيلَهُ...** (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۲۹۹/۶).

در این مورد چند نکته یادآوری می‌شود:

نخست: اینکه «اعسار» از ریشه «عسر» به معنای ضیق حال به جهت نداشتن مال است (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۵۶۴/۴؛ قرطبی، ۱۳۶۴: ۳۷۳/۳) و مقصود از اعسار آن است که اموالی زاید بر مستثنیات دین وجود نداشته باشد که مدیون بتواند دیون خود را بپردازد (حکیم، ۱۴۰۴: ۳۹۶/۱۳؛ فخر رازی، ۱۴۲۰: ۱۱۰/۷).

دوم: اینکه اثبات اعسار، راهها و مراحل دارد که در کتب فقهی به تفصیل آمده است. خلاصه بخشی از آن چنین است که در صورت موافقت طلبکار با ادعای اعسار، مدعا ثابت می‌شود و در غیر این صورت، اگر مدیون، اموال آشکاری دارد، ادعایش مسموع نیست و چنان که گذشت، حاکم می‌تواند وی را وادار به پرداخت بدهی از اموال یادشده نموده یا حاکم خود این کار را انجام دهد و در صورتی که مال آشکاری ندارد، اگر بینه به سود مدیون شهادت دهد با شرطی که خواهد آمد پذیرفته است و در غیر این صورت، اگر پیشتر اموالی داشته یا اصل دعوی، مالی باشد (همچون قرض)، ادعای اعسار مسموع نیست و تا زمان اثبات آن، باید در حبس بماند، مگر آنکه بینه گواهی دهد به تلف شدن اموال او یا عروض اعسار بر وی، مشروط بر آنکه بینه، از باطن امر او مطلع باشد. اما اگر اصل دعوی، مالی نباشد، نیازی به اقامه بینه نیست و به صرف یمین، به نفع مدعی اعسار حکم می‌شود (ر.ک: طوسی، *المبسوط*، بی تا: ۲۷۷/۲-۲۷۸؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۳۵۳/۲۵-۳۶۱؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۴۱۶/۲؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۹۷/۱-۲۹۸). نکته قابل توجه در خصوص بدهکار مهریه، آن است که در اینجا اصل دعوی، مالی نمی‌باشد. چه، مقصود از مالی بودن دعوی آن است که پیشتر، اموالی از طلبکار در قالب قرض یا بیع و مانند آن به بدهکار منتقل شده و

اکنون بدهکار، ادعای نبود آنها و اعسار را داشته باشد. ولی در مواردی همچون مهریه، پیشتر چنین اموالی به بدهکار منتقل نشده است. بنابراین، در مورد بدهکار مهریه، با یمین مدیون، اعسار وی ثابت می‌گردد (ر.ک: جصاص، ۱۴۰۵: ۵۷۵-۵۷۶).

#### ۴- عدم جواز حبس در صورت اعسار مدیون

در صورت اعسار مدیون، ادای دین بر او واجب نیست و طلبکار نیز نباید از وی مطالبه نماید یا بر او سخت گیرد، چنان که حبس او نیز مجاز نیست؛ بلکه باید به او مهلت داد. دلایل این حکم، چنان است که می‌آید:

یک: قرآن کریم در این باره فرموده است: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرْ إِلَىٰ مُسْرَةٍ﴾ (بقره/ ۲۸۰). واژه «نظرة» اسم مصدر «انظار» و به معنای به تأخیر انداختن و مهلت دادن است (طوسی، التبیان، بی تا: ۲۲۸/۱؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۱۲/۲؛ فخر رازی، ۱۴۲۰: ۱۰۹/۷). این آیه، جمله خبریه در مقام انشا می‌باشد و مفهوم آن، وجوب مهلت دادن به بدهکار است (طوسی، التبیان، بی تا: ۳۶۸/۲؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۱۳/۲). جمله خبریه به معنای انشا، نمونه‌های دیگری نیز در قرآن دارد (ر.ک: بقره/ ۱۸۴، ۱۹۷). چنان که فقیهان نیز از آیه، وجوب مهلت دادن به بدهکار معسر را برداشت کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۳/۲۵؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۹۴/۱؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۵/۲۰؛ نووی، بی تا: ۲۷۱/۱۳).

دو: روایات متعددی بر این مطلب دلالت دارد. از جمله:

- عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام: «إِنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ إِفْلَاسٌ وَحَاجَةٌ خَلِّيَ سَبِيلَهُ...» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۲۹۹/۶).

- فِي وَصِيَّةِ الصَّادِقِ عليه السلام: «إِيَّاكُمْ وَإِعْسَارَ أَحَدٍ مِنْ إِخْوَانِكُمُ الْمُسْلِمِينَ أَنْ تَعْسُرُوهُ بِالشَّيْءِ يَكُونُ لَكُمْ قَبْلَهُ وَهُوَ مَعْسَرٌ، فَإِنَّ أَبَانَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقُولُ: لَيْسَ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَعْسُرَ مُسْلِمًا...» (کلینی، ۱۳۶۷: ۹/۸).

- عن جعفر عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام: «إِنَّ امْرَأَةَ اسْتَعَدَّتْ عَلِيَّ زَوْجَهَا أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهَا وَكَانَ زَوْجَهَا مَعْسَرًا فَأَبَى أَنْ يَحْبِسَهُ...» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۲۹۹/۶ و ۴۵۴/۷).

سه: اجماع نظر فقیهان (ر.ک: نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۴/۲۵، ۳۲۶، ۳۵۲ و ۳۵۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸:

۱۸۶/۳؛ حکیم، ۱۴۱۵: ۲۱۳/۲؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۶۵۱/۱؛ خوبی، ۱۴۱۰: ۱۸۰/۲؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۵/۲۰:

کلیپاگانی، ۱۴۱۳: ۶۹/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۸۱/۲؛ فیض، ۱۴۱۶: ۵۱/۲؛ جصاص، ۱۴۰۵: ۵۷۵/۱؛ قرطبی، ۱۳۶۴: ۳۷۳/۳؛ ابن قدامه، بی تا: ۲۴۷/۹؛ نووی، بی تا: ۲۷۱/۱۳).

از سوی دیگر، بسیاری تصریح کرده‌اند که حکم یادشده -وجوب امهال معسر- شامل هر مدیونی می‌شود (ر.ک: طوسی، التبیان، بی تا: ۳۶۸/۲؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۱۳/۲؛ قطب راوندی، ۱۴۰۵: ۳۳۹/۱؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۳۵۲/۲۵؛ خوبی، بی تا: ۳۸۳/۸؛ قرطبی، ۱۳۶۴: ۳۷۲/۳).

باری، تنها شمار اندکی در صدر اسلام، حکم یادشده را به خصوص مدیون در ربا منحصر نموده بودند. از این رو گفته‌اند افرادی همچون شریح، معسر در غیر ربا را حبس می‌کردند (ر.ک: جصاص، ۱۴۰۵: ۵۷۳/۱).

اطلاق آیه پیش گفته در کنار قاعده «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص المورد» (در این باره ر.ک: اردبیلی، زبدة البیان، بی تا: ۶۹۶؛ بحرانی، بی تا: ۳۳۳/۱۳؛ معرفت، ۱۴۱۶: ۲۶۱). اطلاق برخی از روایات، اختصاص روایاتی همچون روایت سوم پیش گفته به مدیون معسر از نفقه -که چیزی غیر از مدیون در ریاست- در کنار تعمیم بحث از سوی فقیهان به هر گونه معسری، به روشنی نشان می‌دهد که حکم مورد بحث شامل هر مدیونی می‌شود و چنان که خواهد آمد، تردیدی نیست که مهریه نیز، دینی بر عهده شوهر است (ر.ک: کلینی، ۱۳۶۷: ۹۴/۵؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۱۰۷/۳۱-۱۰۸). از این رو، مدیون مهریه نیز همین حکم را خواهد داشت.

## ۵- بحث و وجوب تکسب بر بدهکار

آیا انجام کاری درآمدا برای پرداخت بدهیها بر فرد مدیون واجب است؟ و آیا طلبکاران می‌توانند او را وادار به کار یا اجیر شدن نمایند؟ دیدگاههای فقیهان در این باره گونه‌گون است. از جمله:

دیدگاه نخست: عدم وجوب تکسب و کسب درآمد بر مدیون (طوسی، الخلاف، ۱۴۱۴: ۱۱۶/۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۹۶/۲؛ محقق حلّی، ۱۴۰۳: ۳۴۷/۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۷۵/۱؛ نووی، بی تا: ۲۷۲/۱۳. نیز ر.ک: نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۴/۲۵). دلایل این دیدگاه عبارتند از:

یک: اصل؛ بدین معنا که در وجوب تکسب بر مدیون تردید وجود دارد و اصل عدم وجوب است.

دو: ظاهر آیه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (بقره/ ۲۸۰) که وجوب انظار را تا زمان حصول ميسره (گشایش و توانگری) واجب فرموده، ولی تحصیل آن را بر مدیون الزامی نکرده است.

سه: پاره‌ای روایات؛ از جمله: «إِنَّ امْرَأَةَ اسْتَعَدَّتْ عَلَىٰ زَوْجِهَا أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهَا وَكَانَ زَوْجُهَا مَعْسَرًا فَأَبَىٰ أَنْ يَحْبِسَهُ... وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالتَّكْسَبِ» (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۲۹۹/۶). این دلایل، با ادعای اجماع بر عدم وجوب تکسب و نیز عدم وجوب قبول هدیه و وصیت و جمع‌آوری هیزم و مانند آن بر مدیون و عدم جواز تحویل دادن وی به طلبکاران، مورد تأیید قرار گرفته است (در این باره ر.ک: نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۴/۲۵؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۹۴/۱). بر این اساس، مدیون باید تا زمانی که به طور اتفاقی یا با میل خود به یسار برسد، رها گردد.

دیدگاه دوم: وجوب تکسب بر مدیون (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۱۲؛ علامه، ۱۴۱۸: ۷۱۱/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۲: ۱۱۴/۲؛ کرکی، ۱۴۰۸: ۱۱/۵؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۶/۲۵؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۸/۶؛ یزدی، ۱۴۰۹: ۴۹۴/۶؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۶۵۰/۱؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۸۰/۲).

دلیل این دیدگاه، از یک سو آن است که ادای دین، بر فرد قادر واجب می‌باشد و کسی که توان و امکان کار و کسب درآمد را دارد، قادر می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴۱/۴) و از سوی دیگر، نقد دلایل دیدگاه اول است. چرا که دلیل نخست (اصل) با وجود اطلاق دلیل وجوب ادای دین، جایگاهی ندارد. دلیل دوم (آیه) نیز نسبت به وجوب تکسب بر معسر یا عدم آن ساکت است (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۷/۲۵) و دلیل سوم (روایت) نیز به دلیل ارسال، قابل استناد نیست. به علاوه، ممکن است عبارت «لم یأمره بالتکسب» سخن راوی بوده است که در این صورت، سکوت از بیان حکم به معنای نفی آن نخواهد بود. چنان که عدم امر دلیل عدم وجوب نیست (خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۸/۶).

توجه به نکات یادشده، استواری دیدگاه دوم را نشان می‌دهد. به ویژه اینکه وجوب تکسب، افزون بر قابل اثبات بودن از دلایلی عقلی و نقلی وجوب ادای دین و حرمت سهل‌انگاری در آن، از برخی روایات نیز به دست می‌آید. از جمله در حدیث پیش گفته از امام باقر علیه السلام و امام صادق علیه السلام چنین آمد که: «إِنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ إِذَا تَبَيَّنَ لَهُ إِفْلَاسٌ وَحَاجَةٌ خَلَىٰ سَبِيلَهُ حَتَّىٰ يَسْتَفِيَهُ مَالًا» (طوسی،



در روایتی دیگر از امام رضا علیه السلام نیز چنین آمده است: «... یسعی له فی ماله فیرده علیه...» (کلینی، ۱۳۶۷: ۹۴/۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۱۸۶/۶).

و اما ادعای اجماع بر عدم وجوب تکسب، با وجود مخالفان بسیار، بی اساس می باشد. چنان که عدم وجوب پذیرش هدیه و وصیت ممکن است منافاتی با وجوب تکسب نداشته باشد. چه، ممکن است این کار، نوعی منت پذیری و ذلت تلقی گردد که فرد، مکلف به قبول آن نباشد و در عین حال، موظف به کار و تلاش برای پرداخت بدهی خود گردد.

چنان که عدم جواز تحویل دادن مدیون به طلبکاران برای اجیر کردن وی نیز، منافاتی با وجوب تکسب بر او ندارد. بدین جهت، برخی فقیهان در تلاش برای جمع بین دو دیدگاه یادشده، دیدگاه وجوب را حمل بر وجوب تکسب بر مدیون کرده و دیدگاه عدم وجوب را حمل بر نفی الزام مدیون به انجام کار برای طلبکاران (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۶/۲۵)، گو اینکه چنین راه جمعی، بسیار دشوار و بعید است.

بر این اساس، انجام کار و تکسب بر مدیون واجب است، ولی تحویل او به طلبکاران برای کار کشیدن از وی روا نیست. از سوی دیگر، تنها انجام کاری بر او واجب است که در شأن و لایق او باشد، آن سان که برخی فقیهان تصریح کرده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۲۰/۴؛ خمینی، ۱۳۶۳: ۴۱۷/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۸۰/۲). بدین سان، انجام کارهایی خارج از حد شأن فرد که موجب خواری و تحقیر وی گردد، واجب نخواهد بود.

## دین بودن مهریه و تفاوت آن با سایر دیون

به تصریح روایات، مهریه نیز نوعی دین است و بدهکار مهریه به سان دیگر بدهکاران، احکام پیش گفته را دارد و از جمله اینکه بدون کوتاهی در ادا، مؤاخذه نمی شود:

عن عبد العفّار الجازی عن ابي عبد الله علیه السلام قال: سألته عن رجل مات وعليه دين قال: إن كان أتى علی یدیه من غیر فساد لم یؤاخذه الله [علیه] إذا علم بنیته [الأداء] إلا من كان لا یرید أن یؤدی عن أمانته فهو بمنزلة السارق وكذلك الزکاة أيضاً وكذلك من استحلّ أن یدهب بمهور النساء (کلینی، ۱۳۶۷: ۹۹/۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۳۶۴: ۱۹۱/۶).

با این حال، مهریه بر خلاف سایر دیون، از بیت‌المال قابل پرداخت نیست: «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الإمام يقضى عن المؤمنين الديون ما خلا مهوور النساء» (کلینی، ۱۳۶۷: ۹۴/۵؛ حرّ عاملی، بی‌تا: ۹۲/۱۳). در پایان، یاد کرد دو نکته شایسته است:

۱- در خصوص معسر شدن مرد از پرداخت نفقه همسرش، برخی از فقیهان بر این باورند که در صورت صبر نکردن زن بر این حالت، طلاق او توسط حاکم جایز است (یزدی، بی‌تا: ۷۵/۱) و آن را مستند به قاعده نفی حرج و ضرر و روایاتی چند نموده‌اند، از جمله: «عن أبي عبد الله عليه السلام: ... إذا أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فرق بينهما» (کلینی، ۱۳۶۷: ۵۱۲/۵؛ صدوق، ۱۴۰۴: ۴۴۱/۳) ولی این حکم چنان که مشاهده می‌شود، ویژه اعسار از نفقه است، نه اعسار از مهریه، ضمن آنکه در این مورد نیز حکم به جواز حبس نشده است.

۲- به تصریح قرآن کریم، بخشش بدهی بدهکار در صورت اعسار وی، کاری مطلوب و شایسته است که استحباب آن را ثابت می‌کند (ر.ک: بقره/ ۲۸۰).

## نتایج بحث

۱- وجوب ادای دین، صرفاً در صورت تمکن مدیون است، نه در صورت اعسار.  
 ۲- هرگاه مدیون، اموال ظاهری داشته باشد، ولی از پرداخت بدهی سر باز زند، ابتدا توسط حاکم وادار به ادای دین می‌شود و در صورت اصرار بر امتناع، حاکم می‌تواند او را حبس نماید تا مجبور به پرداخت بدهی گردد یا حاکم خود اقدام به این کار نماید. با این حال، بخشی از اموال وی به عنوان «مستثنیات دین» شامل خانه و لوازم مورد نیاز مدیون و خانواده‌اش، از این حکم مستثنا می‌باشد و در این خصوص، شأنیت افراد به مفهومی که در متن مقاله آمد، لحاظ می‌گردد.

۳- در صورتی که مدیون، اموال ظاهری نداشته باشد، حاکم می‌تواند به درخواست طلبکار و صرفاً تا زمان اثبات اعسار، وی را حبس نماید. نکته قابل توجه آن است که در صورت نداشتن اموال ظاهری و فقدان مستندات دال بر تمکن مالی در خصوص آن دسته از دعاوی که اصل آن مالی نیست -همچون مهریه- صرفاً با سوگند بدهکار، اعسار ثابت می‌گردد و ادعای تمکن مالی از سوی طلبکار نیازمند اثبات

است. بنابراین، حبس بدهکار مهریه به مدت طولانی و تا زمانی که خود، اعسارش را ثابت نماید، فاقد مستند است.

- ۴- در صورت اثبات اعسار، حبس مدیون و سخت گیری بر وی جایز نیست و در این حکم و احکام پیش گفته تفاوتی بین بدهکار مهریه و سایر بدهکاران وجود ندارد. این مطلب، مستند به تصریح آیه، روایات متعدد و اجماع نظر تمام فقیهان مسلمان است.
- ۵- بر بدهکار واجب است برای پرداخت دیون خود، به کار اقتصادی و کسب درآمد پردازد. با این حال، وادار کردن او به انجام کارهای ناسازگار با شأنش که موجب تحقیر و ذلت وی می گردد، و نیز تحویل دادن او به طلبکاران جایز نیست.
- ۶- بر این اساس، زندانی نمودن بدهکاران مهریه و غیر آن، در صورت عدم اثبات تمکن مالی، هیچ گونه مستند شرعی ندارد و مطابق ادله و مبانی پیش گفته، بدهکار باید ملزم به کار و تلاش برای پرداخت دین خود شود، به گونه ای که به زندگی او لطمه وارد نگردد. بنابراین، در محل بحث نیز باید بر اساس رأی کارشناسانۀ دادگاه و مطابق با میزان درآمد مرد، مهریه همسرش تقسیط گردد و به تدریج پرداخت شود. به زندان انداختن بدهکار معسر مهریه، پیامدهای منفی فراوانی دارد، از جمله: پر شدن زندانها و مشکلات ناشی از آن، تحمیل هزینه نگهداری از زندانیان بر بیت المال، از کار افتادن بخشی از نیروی کار جامعه، وارد آمدن خسارت مالی به زن به سبب دست نیافتن به مهریه خود و بی حاصل بودن حبس شوهر برای او، مخدوش شدن کرامت افراد آبرومند و احیاناً وارد آمدن زیانهای اقتصادی، حیثیتی، روحی- روانی و عاطفی به دیگر افراد خانواده مرد. در حالی که تقسیط مهریه، ضمن پیش گیری از پیامدهای یادشده، به سود همسر او نیز هست. حبس صرفاً در صورت متمول بودن و امتناع از پرداخت مهریه یا تا زمان اثبات اعسار او و آن هم به صورت موقت جایز است که باید به طور دقیق و سریع و بدون هیچ گونه کوتاهی و سهل انگاری به مرحله اجرا در آید. چنان که مصادره همه اموال مدیون - حتی خانه و لوازم مورد نیاز او- به سود طلبکاران نیز، فاقد مستند و خلاف مبانی فقهی است.
- ۷- بدهکار مهریه تمامی احکام دیگر بدهکاران را دارد، با این تفاوت که مهریه بر خلاف سایر دیون، از بیت المال قابل پرداخت نیست.

### کتاب شناسی

۱. ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن حمزه، محمد بن علی، الوسيلة الى نيل الفضيله، تصحيح محمد حسون، قم، مكتبة آية الله العظمى المرعشي، ۱۴۰۸ ق.
۳. ابن حنبل، احمد بن محمد، مسند احمد، بيروت، دار صادر، بی تا.
۴. ابن قدامه، عبدالله، المغنی، بيروت، دار الكتاب العربي، بی تا.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البيان فی احکام القرآن، تهران، المكتبة المرتضوية، بی تا.
۷. هومو، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، تحقیق عراقی، اشتهاردی، یزدی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
۸. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه مکاسب، تحقیق عباس محمد آل سباع القطیفی، ۱۴۱۸ ق.
۹. ایروانی، جواد، علی جلیلیان و دیگران، اصلاح الکوی مصرف از نگاه اسلام، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۹ ش.
۱۰. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
۱۱. بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، بيروت، دار الفکر، ۱۴۰۳ ق.
۱۲. جصاص، احمد بن علی، احکام القرآن، تحقیق محمدصادق قمحواوی، بيروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی، بيروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۴. حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۵. حکیم، محمد سعید، منهاج الصالحین، بيروت، دار الصفوه، ۱۴۱۵ ق.
۱۶. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسيله، قم، نشر اسلامی، ۱۳۶۳ ش.
۱۷. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تهران، مكتبة الصدوق، ۱۳۵۵ ش.
۱۸. خویی، ابوالقاسم، کتاب الطهاره، قم، دار الهادی، بی تا.
۱۹. هومو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدينة العلم، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. روحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الكتاب، ۱۴۱۲ ق.
۲۱. هومو، منهاج الصالحین، مكتبة الالفین، ۱۴۱۴ ق.
۲۲. سبزواری، محمدباقر، كفاية الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۳. سیستانی، علی، منهاج الصالحین، قم، مكتب آية الله العظمى السيد سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
۲۴. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة، قم، داوودی، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. هومو، مسالك الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. صدوق، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲۸. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ش.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار، قم، دار الکتب الاسلامیه، بی تا.
۳۰. هومو، الامالی، قم، دار الثقافة، ۱۴۱۴ ق.

۳۱. همو، التبیان فی تفسیر القرآن، تحقیق احمد قصیر عامل، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳۲. همو، الخلاف، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق محمدباقر بهبودی، المکتبه المرتضویه، بی تا.
۳۴. همو، النهایه، بیروت، دار الاندلس، بی تا.
۳۵. همو، تهذیب الاحکام، تحقیق سیدحسن موسوی خراسان، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۴ ش.
۳۶. علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. همو، مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۸. فخر رازی، محمد بن عمر، التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ ق.
۳۹. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، التفسیر الصافی، تحقیق حسین اعلمی، چاپ دوم، قم، الهادی، ۱۴۱۶ ق.
۴۰. قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن (تفسیر قرطبی)، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۶۴ ش.
۴۱. قلب راوندی، سعیدالدین هبة الله، فقه القرآن، چاپ دوم، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ ق.
۴۲. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ ق.
۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۴۴. گلپایگانی، محمدرضا، کتاب القضاء، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۱ ق.
۴۵. همو، هداية العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۴۶. محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، استقلال، ۱۴۰۳ ق.
۴۷. معرفت، محمدهادی، التمهید فی علوم القرآن، چاپ سوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق قوچانی، میانجی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶ ش.
۴۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعہ، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۵۰. نووی، یحیی بن شرف، المجموع فی شرح المهدب، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۵۱. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، الاعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۵۲. همو، تکملة العروة الوثقی، قم، مکتبه داوری، بی تا.



# حکم اولی و ثانوی در قرآن

## معیار و نمونه‌ها\*

- دکتر رضا حق‌پناه<sup>۱</sup>
- عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

### چکیده

حکم شرعی دو گونه است: یکی حکم ثابت برای چیزی به عنوان فعلی از افعال، با قطع نظر از حالات و علم و جهل مکلف به آن، مانند وجوب نماز، روزه، حرمت مردار که به آن حکم «واقعی اولی» می‌گویند و دیگر حکم ثابت برای چیزی با توجه به حالات خاص برای مکلف مانند ضرورت و اضطرار که به آن «حکم واقعی ثانوی» می‌گویند. چنان که حکم اولی خوردن مردار حرمت است، اما با پیدایی اضطرار جایز می‌شود و حکم اولی اش برداشته می‌شود. در ظرفی که مکلف به جهات خاصی نتواند به حکم اولی عمل نماید، حکم ثانوی جایگزین آن می‌شود. حکم ثانوی در زمره احکام واقعی است نه ظاهریه. قرآن کریم، علاوه بر بیان احکام اولیه تعدادی از احکام ثانوی را نیز بیان نموده است که هر یک به عنوان یک قاعده کلی است

و بر موارد فراوانی تطبیق می‌کند. در این نوشتار پس از بیان ملاک معیار حکم اولی و ثانوی، نمونه‌هایی از هر یک آمده است. و ازگان کلیدی: قرآن کریم، حکم اولی، حکم ثانوی، مصادیق حکم ثانوی.

### طرح مسئله

حکم شرعی به لحاظ‌های مختلف تقسیماتی دارد: یکی از این تقسیمات، تقسیم حکم به لحاظ حالات و شرایط حاکم بر مکلف است. حکم از این نظر به «اولی» و «ثانوی» تقسیم می‌شود. حکم واقعی اولی، فرمانی است که بر افعال و ذوات به لحاظ عناوین اولی آنها و بدون در نظر گرفتن وضع و حالات استثنایی مکلف قرار می‌گیرد؛ مانند وجوب نماز و حرمت نوشیدن خمر که خداوند با توجه به مصلحت و مفسده واقعی که در اشیا وجود دارد، جعل وجوب یا حرمت می‌نماید؛ این از آن جهت که بر اساس مصلحت و مفسده واقعی در اشیا جعل شده، حکم اولی است. اما حکم ثانوی عبارت است از جعل وجوب یا حرمت بر اساس مصلحت یا مفسده‌ای که از وضع و حالات ویژه، مانند اضطرار و اکراه ناشی می‌شود؛ مانند تیمم برای کسی که آب ندارد. سبب نام‌گذاری چنین حکمی به حکم ثانوی آن است که در طول حکم اولی قرار دارد (مشکینی، ۱۳۷۱: ۱۲۱؛ حکیم، ۱۴۰۸: ۵۰۸/۱). برابر این تعریف، هر دو حکم واقعی‌اند، ولی یکی حکم واقعی اولی و دیگری حکم واقعی ثانوی (همان منابع؛ کلاتری، ۱۳۷۸: ۶۷؛ رحمانی، ۱۳۸۲: ۳۶) نه ظاهری؛ زیرا حکم ظاهری در مقام شک و استتار حکم واقعی، بر طبق امارات و اصول عملیه صادر می‌شود (نابینی، ۱۳۶۸: ۱۹۴/۱) و این معیار در مورد حکم ثانوی صادق نیست؛ زیرا در موضوع آن شک و تحیر اخذ نشده است. افزون بر این، امثال حکم واقعی ثانوی، مانند تیمم کردن در حال اضطرار، از امثال حکم واقعی اولی کفایت می‌کند، ولی در امثال حکم ظاهری از واقعی اختلاف است (مشکینی، ۱۳۷۱: ۱۲۴).

### الف. نمونه‌هایی از احکام اولی در قرآن کریم

﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ (بقره/ ۱۸۵)؛ پس هر کس از شما این ماه را درک کند باید آن را روزه بدارد.

﴿فَمَنْ تَمَنَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ (بقره/ ۱۹۶)؛ پس هر کس از [اعمال] عمره به



حج پرداخت، [باید] آنچه از قربانی میسر است [قربانی کند].

﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ (نساء/ ۴۳)؛ و [نیز] در حال جنابت [وارد نماز نشوید] - مگر اینکه راهگذر باشید - تا غسل کنید.

﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ (مائده/ ۶)؛ چون به [عزم] نماز برخیزید، صورت و دستهایتان را تا آرنج بشوید.

در موارد فوق، حکم واقعی اولی روزه گرفتن در خود ماه رمضان، قربانی در موسم حج، غسل جنابت و وضو گرفتن است و اگر اینها میسر نشد، نوبت به حکم ثانوی می‌رسد (فضای روزه، روزه به جای قربانی و تیمم به جای غسل و وضو).

### ب. ملاک احکام ثانوی

احکام شرع بر اساس مصلحت و دفع مفسده و ضرر از بندگان جعل شده است. در صورت عدم امکان عمل به احکام اولیه - به هر دلیلی - شارع مقدس حکم دیگری را برای بندگان مقرر می‌فرماید؛ پس ملاک و ضابطه جعل حکم واقعی ثانوی، ناتوانی عمل به حکم واقعی اولی است. منشأ این ناتوانی متفاوت است؛ گاهی ناشی از روابط اجتماعی است، مانند تحدید نسل (کنترل جمعیت) از راههای مشروع و گاه ناشی از مسائل سیاسی حاکم بر جامعه، مانند تحریم تنباکو و گاهی از روابط اقتصادی ریشه می‌گیرد، مانند وجوب قیمت گذاری اجناس از طرف مالک یا دولت و گاهی بسته به موقعیت زمانی و مکانی مکلف است، مانند موارد اضطرار و تقیه.

در نسبت بین دلیل حکم اولی و ثانوی اختلاف است. برخی آن دو را متعارض دانسته و احکام باب تعارض را جاری می‌دانند (نراقی، ۱۳۷۵: ۵۳ و ۵۷). برخی قائلند که ادله احکام ثانویه حاکم بر ادله احکام اولیه است (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۲/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۱۱؛ خوبی، ۱۴۱۷: ۵۴۰/۲؛ بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۳۱/۱) بعضی احکام ثانویه را مخصّص ادله احکام اولیه می‌دانند (حکیم، ۱۴۰۸: ۳۸۶/۲). به نظر می‌رسد حکومت پذیرفتنی تر باشد؛ زیرا لسان ادله احکام ثانویه نسبت به ادله احکام اولیه، لسان تفسیر به نحو توسعه یا تضییق است، مثلاً آیه ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>۱</sup> (حج/ ۷۸) ادله جعل وجوب وضو و روزه و

۱. «و در دین بر شما سختی قرار نداده است».

امثال آن را تفسیر کرده و آن را مربوط به موارد غیر حرجی می‌داند (صدر، ۱۴۲۰: ۳۸۰).

### ج. مصادیق احکام ثانویه

تعداد عناوین ثانویه، بنا بر مشهور اصولیان و فقها، دوازده مورد است: حفظ نظام، مصلحت نظام، اضطرار، ضرورت، ضرر، عسر و حرج، اکراه، مقدمیت، تقیه، نذر، عهد، قسم، اطاعت از والدین، اشتراط چیزی در ضمن عقد، اهم و مهم (کلانتری، ۱۳۷۸: ۱۸۳-۱۸۴) البته احکام ثانوی اختصاص به همین موارد ندارد، در عین اینکه ضابطه معینی که همه موارد را شامل بشود نیست؛ و در برخی موارد، میان این عناوین ارتباطی وجود دارد به گونه‌ای که برخی بر دیگری منطبق است؛ مثلاً در بسیاری از موارد مناط در جواز تقیه، اضطرار یا عسر و حرج است. حضرت باقر علیه السلام می‌فرماید: «التقیة فی کل شیء یضطرّ الیه ابن آدم فقد أحله الله» یا «التقیة فی کل ضرورة» (کلینی، ۱۳۶۵: ۲/ ۲۱۶ و ۲۲۰؛ بروجردی، ۱۳۶۶: ۱۴/ ۵۱۶). اینک به ذکر نمونه‌هایی از حکم ثانوی در قرآن کریم می‌پردازیم:

#### ۱. عسر و حرج

از مصادیق حکم ثانوی، موردی است که انسان با انجام حکم اولی، دچار «مشقت و زحمت» زیادی شود، در این صورت به جای حکم اولی واقعی، حکم ثانوی واقعی جعل می‌شود (حائری، ۱۴۰۴: ۳۳۵). وجود اصل این قاعده در قرآن کریم و استناد فراوان امامان معصوم علیهم السلام به آن و نیز تمسک فقها به این قاعده در بسیاری از مسائل حکومتی و اجتماعی، فردی و پاره‌ای از معضلات و مشکلات نوپیدای فقهی، نشانه اهمیت این قاعده است (عاملی (شهید اول)، بی‌تا: ۱-۱۲۲-۱۲۴؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۱۰/ ۷۲).

عسر و حرج از نظر تحمل‌پذیری و عدم آن انواعی دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۶۰/۱)؛ آنچه محل بحث است حرجی است که تحمل آن فوق طاق و مستلزم اختلال نظام و ضرر نباشد، بلکه در تحمل آن، تنها مشقت و تنگنا باشد (انصاری، بی‌تا: ۳۶۰: نجفی، ۱۳۶۵: ۵/ ۱۱۳-۱۱۴).

شهید اول می‌نویسد: «تمام ترخیصهایی که شارع داده به این قاعده برمی‌گردد»، آنگاه نمونه‌های فراوانی از فقه ذکر می‌کند، از جمله: خوردن میته در زمان قحطی،

سخن یا عمل خلاف حقی را از باب تقیه انجام دادن، در صورتی که ترس بر جان، ناموس، مال، خویشان، یا برخی از مؤمنان داشته باشد؛ جواز تیمم در وقت خوف تلف خود یا حیوانش، جواز نماز نشسته در زمان عذر در نماز واجب، جواز استفاده از بسیاری از محرمات در حال اضطرار و برای مداوا، نایب گرفتن شخص ناتوان برای حج، جواز نماز در لباس نجس برای افراد خاص؛ و این ترخیص گاه واجب است مانند خوردن میتة در زمان ترس از هلاکت و نوشیدن خمر برای کسی که در حق او تجویز شده و قصر خواندن نماز خوف و در سفر؛ و گاه مباح است مانند نماز قصر در اماکن تخخیر (عاملی (شهید اول)، بی تا: ۱۲۴/۱-۱۲۶).

مدرک این قاعده از آیات قرآن عبارت است از:

الف. «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»<sup>۱</sup> (حج/ ۷۸) معنای اصلی حرج، ضیق و تنگناست (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ۳۶۱/۱؛ ابن منظور، ۱۴۰۵: ۲۳۳/۲). در قرآن کریم آمده است: «وَمَنْ يُرِدْ أَنْ يُضِلَّهُ يَجْعَلْ صَدْرَهُ ضِيقًا حَرَجًا»<sup>۲</sup> (انعام/ ۱۲۵)؛ «فَلَا يُكُنْ فِي صَدْرِكَ حَرَجٌ»<sup>۳</sup> (اعراف/ ۲). حرج به معنای گناه و حرام نیز می آید که از باب اطلاق مسبب بر سبب است؛ زیرا گناه و حرام در دنیا و آخرت، باعث پیدایش ضیق می شود؛ معنای عسر نیز ضیق، دشواری و تنگناست؛ چنان که در قرآن آمده است: «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا».

طبق این آیه، از امتیازات دین اسلام آن است که احکام عملی که سبب مشقت و حرج باشد تشریح نشده؛ زیرا منظور از تشریح احکام، تأمین سعادت انسانهاست و وظایفی که بدین منظور تشریح شده، حرجی و دشوار نخواهد بود و اگر حکمی برای کسی مشقت داشت موقتاً از او برداشته می شود؛ زیرا در دین هیچ تنگنایی که نشود از آن بیرون آمد وجود ندارد؛ زیرا یا می تواند با توبه از آن خلاص شود یا با رد مظلمه (طوسی، بی تا: ۳۴۴/۷؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۱۵۴/۷). از پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نقل شده: «بعثنی علی الشریعة السمحة السهلة» (کلینی، ۱۳۶۷: ۴۹۴/۵).

قرطبی می گوید: «وهذه الآية تدخل فی كثير من الأحكام وهي مما خص الله بها

۱. «و در دین بر شما سختی قرار نداده است».

۲. «و هر که را بخواهد گمراه کند، دلش را سخت تنگ می گرداند».

۳. «پس نباید در سینه تو از ناحیه آن، تنگی باشد».

هذه الأمة» (قرطبی، ۱۳۶۴: ۱۰۰/۱۳).

ب. ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾<sup>۱</sup> (بقره/ ۱۸۵). یسر به معنای سهولت و آسانی است و «عسر» به معنای دشواری است. گرچه این بیان پس از تشریح حکم روزه است ولی با توجه به کلی بودن دستورات دینی، از آن یک قاعده عمومی نسبت به تمام احکام اسلامی استفاده می‌شود.

ج. ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَئِنْ يُرِيدُ لَلِيطْهُرَكُمْ﴾<sup>۲</sup> (مائده/ ۶).  
 د. ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾<sup>۳</sup> (نساء/ ۲۸).

ه. ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَدْعُونَ وَنَهَوْا مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾<sup>۴</sup> (اعراف/ ۱۵۷).

مفاد این آیات آن است که هر جا انجام حکم واقعی اولی موجب مشقت و زحمت باشد، پیروی از آن لازم نیست و به جای آن حکم ثانوی جعل می‌شود. این قاعده هم در احکام تکلیفی جاری است؛ (یعنی از سوی شارع حکم حرجی جعل نشده است)، مثل عدم وجوب وضو و غسل یا مسح بر روی پوست بدن به هنگام ضرورت؛ چنان که حضرت صادق علیه السلام فرموده‌اند: «... یعرف هذا وأشباهه من کتاب الله ﷻ قال الله تعالی ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ أمسح علیه» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۴۶۵/۱) و هم در احکام وضعیه، مانند عدم نفوذ معاملات اکرایی.

از آیات فوق استفاده می‌شود که این قاعده دامنه وسیعی داشته و تا آنجا که مربوط به شارع است، قانونی که باعث ضیق و حرج باشد، جعل ننموده است. در آیه ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، محدوده نفی حکم حرجی را «دین» می‌شمارد؛

۱. «خدا برای شما آسانی می‌خواهد و برای شما دشواری نمی‌خواهد».  
 ۲. «خدا نمی‌خواهد بر شما تنگ بگیرد، لیکن می‌خواهد شما را پاک گرداند».  
 ۳. «خدا می‌خواهد تا بارتان را سبک گرداند».  
 ۴. «همنانا که از این فرستاده، پیامبر درس نخوانده - که [نام] او را نزد خود، در تورات و انجیل نوشته می‌یابند- پیروی می‌کنند [همان پیامبری که] آنان را به کار پسندیده فرمان می‌دهد، و از کار ناپسند باز می‌دارد، و برای آنان چیزهای پاکیزه را حلال و چیزهای ناپاک را بر ایشان حرام می‌گرداند، و از [دوش] آنان قید و بندهایی را که بر ایشان بوده است برمی‌دارد».

در روایتی آمده است: «... وکلّ شیء أمر الناس به فهم یسعون له» (کلینی، ۱۳۶۳: ۱۶۵/۱) پس در همه احکام شریعت، چه فردی یا اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و غیره جاری است (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۵۷/۱). علاوه بر این، فقها نیز از آن در ابواب مختلف فقه بهره جسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۳/۴۲۲؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۲۸/۴۱).

همچنین در قرآن کریم درباره پیرمرد و پیرزن که توان روزه گرفتن ندارند مگر با صرف تمام طاقت، تحمل مشقت را برای آنها لازم نمی‌داند: «وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِذْيَةُ طَعَامٍ مِّسْكِينَ»<sup>۱</sup> (بقره/۱۸۴). از این آیه برمی‌آید که تکلیف همتای توان مکلف نیز جعل نشده است و نوعاً قدرت مکلف مقداری بیشتر از آن چیزی است که تکلیف از او خواسته شده است.

و آیاتی از قبیل: «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ»<sup>۲</sup> (حج/۷۸)؛ و «فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ»<sup>۳</sup> (تغابن/۱۶)؛ و «اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ»<sup>۴</sup> (آل عمران/۱۰۲) و امثال آنها بر خلاف این قاعده نیست؛ زیرا در آنها قدرت عرفی مراد است نه قدرت عقلی؛ یعنی جمله «تا می‌توانید» در این آیات امری عرفی است، مانند استطاعت در مورد حج. «لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا»<sup>۵</sup> (آل عمران/۹۷).

نتیجه آنکه مشقت و کلفتی که در انجام و ترک نوع واجبات و محرّمات بوده، ولی قابل تحمل نباشد، مشمول ادله عسر و حرج خواهد شد؛ اما اگر آن مشقت قابل تحمل باشد، مشمول ادله حرج نخواهد بود. همچنین تکالیفی که اجرای آن حرجی است اما به سوء اختیار خود مکلف است (شافعی، بی‌تا: ۹۱/۲؛ قرطبی، ۱۳۶۴: ۲۳۲/۲) مانند قصاص و حدود و دیات که نتیجه بزهکاری و جنایت خود شخص است، ادله عسر و حرج در این موارد هم جاری نیست. در مواردی هم که تکلیف ذاتاً حرجی است مانند جهاد که در قرآن آمده است: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَّكُمْ»<sup>۶</sup> (بقره/۲۱۶). اینها

۱. «و بر کسانی که [روزه] طاقت فرساست، کفاره‌ای است که خوراک دادن به بینوایی است».

۲. «و در راه خدا چنان که حق جهاد [در راه] اوست جهاد کنید».

۳. «پس تا می‌توانید از خدا پروا بدارید».

۴. «از خدا آن گونه که حق پروا کردن از اوست، پروا کنید».

۵. «برای خدا، حج آن خانه بر عهده مردم است [البته بر] کسی که بتواند به سوی آن راه یابد».

۶. «بر شما کارزار واجب شده است، در حالی که برای شما ناگوار است».

نیز مشمول ادله حرج نمی‌باشند و گرنه مستلزم تناقض خواهد بود.

## ۲. اضطرار

«اضطرار» از عناوین ثانوی است که با پیدایی آن، تکلیف اولی از عهده مکلف برداشته می‌شود و او را از موضوع حکم شرعی اولی خارج می‌کند که نتیجه آن جواز ارتکاب حرام یا ترک واجب در حال اضطرار است، مانند خوردن مردار یا ترک نماز که در حال عادی حرام و در حال اضطرار جایز است. اضطرار در لغت به معنای مجبور و ناچار شدن به سبب نیاز است (جوهری، ۱۴۰۷: ۷۱۹/۲). معنای اصطلاحی آن عبارت است از «بیم عقلایی (نه صرف پندار) از رسیدن زبانی که معمولاً قابل تحمل نیست نسبت به فعل یا ترک کاری، چه نسبت به خودش یا فردی که حفظ او واجب است ضرر نیز جانی باشد یا مالی و یا حیثیتی و ناموسی، ضرر جانی نیز در حد کشته شدن باشد یا نقص عضو یا پیدایی بیماری یا شدت یافتن آن» (نجفی، ۱۳۶۳: ۴۲۶/۳۶-۴۲۷؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۵۷/۱). برخی معتقدند ضرورت و اضطرار به جای یکدیگر به کار می‌روند و برخی نیز آن را با اکراه از لحاظ تحقق وجود خارجی، یکی دانسته‌اند (ابن العربی، بی‌تا: ۵۵/۱). تفاوتی که در بین این دو کلمه دیده می‌شود آن است که «اضطرار» مصدر و «ضرورت» اسم مصدر است: «الضرورة اسم لمصدر الاضطرار» (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۴۸۳/۴).

امام خمینی علیه السلام معتقد است ضرورت از جهت مورد اعم است از اضطرار، چه بسا انسان به چیزی مضطر نباشد اما ضرورت دارد انجام دهد، مثل اینکه انجام ندادن آن کار موجب وارد شدن زیان به سرزمین مسلمانان یا حاکم اسلامی و یا سبب هتک حرمت شخصیت محترمی شود (۱۳۸۵: ۱۹۱/۲).

دلیل قرآنی این قاعده: آیاتی چند بر این قاعده دلالت دارند؛ برخی از این آیات در موارد خاص وارد شده و برخی نیز مجرای عام دارند؛ از جمله آنها آیات زیر است:

۱. ﴿أَتَمَّحَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَحُمَّ الْحَنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ بِهِ لَعْنُ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>۱</sup> (بقره/ ۱۷۳). مفسران از قدیم و جدید این آیه را دلیل بر حلیت اشیای

۱. «خداوند [تنها مردار و خون و گوشت خوک و آنچه را که هنگام سر بریدن] نام غیر خدا بر آن برده شده، بر شما حرام گردانیده است. [ولی] کسی که [برای حفظ جان خود به خوردن آنها] ناچار شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد بر او گناهی نیست، زیرا خدا آمرزنده و مهربان است».

حرام به هنگام ضرورت و اضطرار دانسته‌اند و با توجه به شرط «غَيْرِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ» متذکر شده‌اند که استفاده از حرام تنها به مقدار رفع نیاز و نجات جان باشد، نه به قصد لذت یا به سوء اختیار شخص (طبرسی، ۱۳۷۲: ۴۶۷/۱؛ طبری، ۱۴۱۲: ۵۱/۲؛ قرطبی، ۱۳۶۴: ۲۱۶/۲).

۲. «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَحُمُّ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهْلُ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ... فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»<sup>۱</sup> (مائده/۳). «مخمصه» به معنای «مجاعه» (گرسنگی) است؛ هرگاه کسی در اثر گرسنگی شدید در معرض خطری قرار گرفت که از هیچ راه حلالی نتواند جان خود را نجات دهد، به اندازه رفع ضرورت و حفظ جان می‌تواند از اشیای حرام استفاده نماید اما مشروط به اینکه تمایل به گناه نداشته و از روی لذت مرتکب اکل میتة و سایر محرّمات نگردد (طوسی، ۱۴۰۹: ۴۳۷/۳؛ طبری، ۱۴۱۲: ۹۰/۶؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۷۵/۳).

علامه طباطبایی رحمته الله علیه در بیانی کوتاه و جامع می‌فرماید:

سیاق آیه دلالت می‌کند که اولاً این حکم، «حکم ثانوی» و اضطراری است؛ و ثانیاً اباحه استفاده از محرّمات به مقدار رفع اضطرار است نه بیشتر؛ و ثالثاً همان گونه که مغفرت و رحمت الهی نسبت به معاصی که انجام‌دهنده مستحق عقوبت باشد جاری می‌شود، همچنین می‌تواند به منشأ عقاب تعلق بگیرد که حکم شرعی است؛ یعنی می‌توانست حکم کند تا مخالفت آن عقاب داشته باشد، اما چنین حکمی را جعل نفرموده است (۱۴۱۷: ۱۸۲/۵).

۳. «وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّنَّ إِلَيْهِ»<sup>۲</sup>

(انعام/۱۱۹).

این آیه نیز دلیل بر این است که اضطرار سبب می‌شود که در موارد ناچاری و ضرورت، حکم اولی برداشته شده (نابینی، ۱۴۰۴: ۳۳۴-۳۳۵) و ارتکاب شیء حرام برای نجات جان انسان جایز باشد (طوسی، ۱۴۰۹: ۲۶۴/۴؛ حلی، ۱۴۰۳: ۷۵۷/۴)؛ اما اینکه چه مقدار از حرام را می‌شود در حال ضرورت استفاده کرد، میان علما اختلاف است؛ شیخ

۱. «بر شما حرام شده است: مردار، و خون، و گوشت خوک، و آنچه به نام غیر خدا کشته شده باشد، ... و هر کس دچار گرسنگی شود، بی‌آنکه به گناه متمایل باشد [اگر از آنچه منع شده است بخورد]، بی‌تردید، خدا آمرزنده مهربان است.»

۲. «و شما را چه شده است که از آنچه نام خدا بر آن برده شده است نمی‌خورید؟ با اینکه [خدا] آنچه را بر شما حرام کرده - جز آنچه بدان ناچار شده‌اید - برای شما به تفصیل بیان نموده است.»

طوسی (۱۴۰۹: ۲۵۴/۴)، راوندی (۱۴۰۵: ۲۶۶/۲) و طبرسی (۱۳۷۲: ۲۵۴/۴) می‌گویند به قدر رفع ضرورت جایز است و نمی‌تواند از آن سیر بخورد. مشهور است که: «الضرورات تتقدّر بقدرها»؛ جواز مخالفت با احکام الزامی، به حکم عقل، دارای دو قید است: یکی به حسب مقدار (انسان مضطر تنها به مقدار ضرورت و رفع اضطرار، از مردار یا گوشت خوگ استفاده کند) و دیگر به حسب زمان، یعنی اباحه مادامی است که حالت اضطرار باقی باشد و به محض رفع این حالت، اباحه نیز برداشته می‌شود (کلانتری، ۱۳۷۸: ۳۲۳).

هرچند مورد نزول آیه رفع حرمت از خوردنیهایی است که حکم آنها حرمت بوده است، اما به حکم قاعده «العلّة تعمّم» (علت حکم سبب گسترش آن می‌شود) این مطلب در غیر باب خوردنیها نیز جریان دارد؛ لسان سایر آیات مطلق یا عام است و به حسب ظاهر تمامی احکام الزامی را در بر می‌گیرد.

نتیجه آنکه اضطرار عنوانی است ثانوی و در مورد ضرورت بر احکام اولیه مقدم است، و معنای این تقدم تنها رفع آثار این احکام است؛ مثلاً اجرای حد و کیفر اخروی که از آثار شراب‌خواری است، با اضطرار به این کار برداشته می‌شود. لکن اگر احکام و آثار، متعلق به خود عنوان اضطرار باشد که تنها در فرض تحقق این عنوان موضوعیت می‌یابد، عنوان اضطرار رافع چنین احکام و آثاری نخواهد بود (حکیم، ۱۴۰۸: ۲۳۰/۲).

### ۳. اکراه

یکی دیگر از مصادیق احکام ثانوی، «اکراه» است که در ابواب مختلف فقهی کاربرد وسیعی دارد. اکراه در لغت به معنای ناپسند داشتن، قبیح، مشقت داشتن، ابا و خودداری آمده است (فیومی، ۱۳۴۷: ۵۳۱/۲؛ مصطفوی، ۱۳۶۰: ۴۹/۱۰)؛ اکراه در اصطلاح، عبارت است از اینکه انسانی با سخن یا عمل، دیگری را به کاری که مورد رضای او نیست وادارد که اگر تنها خودش می‌بود آن کار را انجام نمی‌داد (سید مرتضی، ۱۴۰۵: ۲۶۳/۲؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۱۱/۲۳). این عمل گاهی به حق انجام می‌گیرد؛ مانند وادار کردن محترک به فروش کالای احتکارشده و الزام بدهکار برای فروش ملک خود برای ادای دین طلب کاران از سوی حاکم شرع (نساء/ ۱۹؛ بقره/ ۲۲۹؛ توبه/ ۱۰۳؛ سبزوری، ۱۴۰۹: ۳۴۷/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۲۰/۴). و گاه به ناحق صورت می‌گیرد؛ مانند اکراه شخص بر انجام



فعلی حرام یا ترک واجب یا ایجاد کاری از سوی ظالم (نور/ ۳۳: مشکینی، ۱۳۷۹: ۱۲۰).  
 اکراه با مفاهیمی چون اضطرار و اجبار، از آن جهت که در هر سه مورد انسان به انجام یا ترک مجبور می شود مشترک است؛ با این فرق که در اکراه رضایت باطنی وجود ندارد، بلکه عمل با ارباب انجام می گیرد، ولی در اضطرار، اوضاع ویژه اجتماعی یا اقتصادی و طبیعی فرد را ناگزیر به انجام دادن کاری می کند که در باطن از آن راضی است، و لذا معامله مکره باطل و معامله مضطر صحیح است؛ زیرا با اراده و قصد آن را انجام می دهد، هر چند از انجام خشنود نیست. اما در اجبار اراده و قصد از فرد مجبور سلب می گردد مانند ریختن شراب در گلوی کسی.

### دلیل قاعده اکراه از قرآن کریم

۱. ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾<sup>۱</sup> (نحل/ ۱۰۶). مفاد این آیه شریفه رفع تکلیف است. کاری که بر اساس حکم اولیه حرام است با عروض اکراه (که از عناوین ثانویه است) مباح می شود، چنان که حرمت و وجوب و مؤاخذه اخروی نیز رفع می شود (انصاری، ۱۴۲۲: ۴/۴۴۲) این آیه حرمت اظهار کفر آن هم بدترین نوع آن (ارتداد) را برداشته است و نسبت به سایر موارد، غیر از اظهار کفر، حکم و آثار آن را به طریق اولی برمی دارد.

۲. ﴿وَلَا تُكْرَهُوَ اقْتِنَاكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْتُمْ مَحْصَنًا لَتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْمَنْ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِمْ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>۲</sup> (نور/ ۳۳). آخر این آیه مبارکه مجازات را از کنیزان اکراه شده برمی دارد؛ زیرا وزر این عمل بر عهده اکراه کننده است (طبرسی، ۱۳۷۲: ۷/۴۳۴).

از فروعات این مسئله بطلان عقود و ایقاعات اکراهی و فاقد رضایت است؛ زیرا یکی از شرایط صحت عقود و ایقاعات اختیار و رضایت است و معامله ای که با اکراه انجام شود باطل است و اثر صحت بر آن بار نیست؛ چنان که قرآن کریم

۱. «هر کس پس از ایمان آوردن خود، به خدا کفر ورزد [عذابی سخت خواهد داشت] مگر آن کس که مجبور شده [الی] قلبش به ایمان اطمینان دارد».  
 ۲. «و کنیزان خود را در صورتی که تمایل به پاکدامنی دارند- برای اینکه متاع زندگی دنیا را بجویید، به زنا وادار مکنید، و هر کس آنان را به زور وادار کند، در حقیقت، خدا پس از اجبار نمودن ایشان، [نسبت به آنها] آمرزنده مهربان است».

می فرماید: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>۱</sup> (نساء/ ۲۹). تنها تجارتی که همراه رضایت باشد صحیح و دارای اثر است. «تجارة»، خرید و فروش به قصد سود است. اما فقها مدلول آیه را به بسیاری از معاملات سرایت داده و گفته‌اند بر اساس این آیه در صحت عقد اجاره (نجفی، ۱۳۶۳: ۱۴۰/۲۲)، جعاله (همان: ۱۸۷/۳۵)، قرض (همان: ۶۷/۲۵)، مضاربه (همان: ۳۳۹/۲۶)، مزارعه (همان: ۱۰/۲۷) نیز اختیار و رضایت شرط است، بنابراین مفاد این آیه مبارکه این است که اگر معامله‌ای با اکراه و بدون رضایت انجام شود نافذ نیست.

### موارد اکراه

اکراه از سوی ظالم، با توجه به اهداف و منافع او، در عرصه‌های گوناگون صورت می‌گیرد. مانند: اکراه بر تغییر عقیده (نحل/ ۱۰۶؛ کهف/ ۲۰؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۷۰۶/۶)، اکراه بر زنا (نور/ ۲۴؛ ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸: ۱۴/۱۲۹)، اکراه بر گرفتن مهر و اموال زنان (بقره/ ۲۳۲؛ نساء/ ۱۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲/۲۵۵)، اکراه بر سحر (طه/ ۶۲ و ۷۳؛ اعراف/ ۱۱۳؛ طبری، ۱۴۱۲: ۲۳۶/۱۶)؛ و هر جا که شخصی به ناحق دیگری را وادار به انجام کاری نماید. نتیجه آنکه هر جا اکراه تحقق یابد، حکم و آثار مورد اکراه برداشته می‌شود.

### ۴. ضرر (قاعده لا ضرر)

یکی از عناوین ثانوی، عنوان «ضرر» است؛ این عنوان از مهمترین عناوین مربوط به احکام ثانوی به شمار می‌رود<sup>۲</sup> و همه فقها آن را پذیرفته و عده زیادی از ایشان در این باره رساله مستقل نوشته‌اند<sup>۳</sup> و در ضمن کتابهای اصولی نیز بدان پرداخته‌اند (انصاری، ۱۴۱۹: ۲/۴۵۷؛ خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۰).

۱. «اموال همدیگر را به ناروا مخورید، مگر آنکه دادوستدی با تراضی یکدیگر، از شما [انجام گرفته] باشد».
۲. گفته شده فقه دائرمدار پنج حدیث است که یکی از آنها حدیث «لا ضرر ولا ضرار» است (سیستانی، ۱۴۱۴: ۲؛ سیوطی، ۱۴۱۸: ۵۵۶).
۳. حداقل ۲۷ رساله و اثر مستقل درباره این قاعده تدوین شده است (ر.ک: مأخذشناسی قواعد فقهی، ۱۳۷۹: ۱۷۶). از میان آنها «قاعده لا ضرر» نوشته امام خمینی رحمته الله علیه؛ «قاعده لا ضرر» از آیه الله سیدعلی سیستانی؛ «نیل الوطر من قاعدة لا ضرر» از استاد جعفر سبحانی؛ «لا ضرر ولا ضرار» از سیدمحمدباقر صدر، آثار جامع و پرفایده‌ای هستند.

## مدرک قاعده از قرآن کریم

در بسیاری از کتب اصولی به هنگام ذکر مدرک این قاعده، قصه سمرة بن جندب ذکر شده و از استناد به آیات قرآن خبری نیست.<sup>۱</sup> در حالی که در قرآن کریم واژه ضرر و ضرار هر دو به کار رفته است. در حدود ۷۰ مورد واژه ضرر و مشتقات آن در قرآن آمده که تنها هفت مورد آن چون ارتباط واضحتر و بهتری با بحث لاضرر دارد ذکر می شود. لازم به یادآوری است که قرآن کریم در موارد متعدد مصادیق ضرر را به کار برده و از آن نهی نموده است؛ هرچند از آنها مستقیماً قاعده اصولی استفاده نمی شود، اما حداقل می رساند که این قاعده ریشه در قرآن کریم دارد.

۱. ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ﴾<sup>۲</sup> (نساء/۹۵). در کتب تفسیر و تاریخ آمده که این آیه درباره متخلفان از جنگ تبوک نازل شده و کسانی را که عذری نداشتند ولی از همراهی پیامبر ﷺ خودداری کردند با مجاهدان برابر ندانسته و تنها افراد «أولی الضرر»، یعنی کسانی را که عذر شرعی مانند نابینایی و غیره داشته اند، معذور شمرده است (طبرسی، ۱۳۷۲: ۹۶/۳). طبق آیات قرآن کریم (حج/۳۹؛ بقره/۱۹۳ و ۲۱۶)، حکم اولیه آن است که همه مردانی که قادر بر جهاد هستند موظف به شرکت در جهاد می باشند، به جز «أولی الضرر» که مفهوم وسیعی دارد و تمام کسانی را که به خاطر نقص عضو یا بیماری و یا ضعف فوق العاده و مانند آنها قادر به شرکت در جهاد نیستند، استثنا می کند (قرطبی، ۱۳۶۴: ۳۴۲/۵؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۱۶۷/۳). «قاعدون» افرادی هستند که با داشتن ایمان به اصول اسلام، در جهاد شرکت نکرده اند؛ از این رو، اجر مجاهدان را ندارند؛ اما صاحبان عذر که توان شرکت در جهاد نداشته اند، همانند اجر مجاهدان را دریافت می کنند. لذا پیامبر اکرم ﷺ در حق این گروه (أولی الضرر) فرمودند:

افرادی را در مدینه پشت سر گذاشتید که در هر گام در این مسیر (در پادشاهی الهی) با شما (شریک) بودند آنها کسانی بودند که نیتی پاک داشتند و به اندازه

۱. از اصولیان متأخر باید از مرحوم آیه الله فاضل لنکرانی یاد کرد که به مناسبت بحث از قاعده لاضرر، به استعمالات قرآنی واژه ضرر و ضرار پرداخته است (ر.ک: ۱۳۷۹: ۴۵۷/۱۳).

۲. «مؤمنان خانه نشین که زیان دیده نیستند با آن مجاهدانی که با مال و جان خود در راه خدا جهاد می کنند یکسان نمی باشند».

کافی خیرخواهی کردند و قلبهای آنها مشتاق به جهاد بود، ولی موانعی همچون بیماری و زیان و غیر آن، آنها را از این کار باز داشت (فیض، ۱۴۱۵: ۴۸۷/۱).

۲. ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾<sup>۱</sup> (بقره/ ۲۳۱). ضرار در این آیه، امری یک طرفه است نه دو طرفه؛ زیرا منظور از آن ایجاد مشقت و ضیق توسط مرد از روی عناد و تعمد است. در زمان جاهلیت، گاه مردی زنش را طلاق می‌داد و او را رها می‌کرد، همین که نزدیک اتمام عده می‌رسید، بدون نیاز و صرفاً به منظور ضرر و اذیت رجوع می‌کرد و بدین وسیله مدت عده زیاد می‌شد و زن نمی‌توانست هیچ کاری بکند و چون ضرر، مصداق ظلم است، خداوند از آن نهی فرمود. لذا آیه شریفه می‌گوید: نگاهداری زن در قید زوجیت نباید به منظور آزار و تعدی باشد، که این کار نه تنها ظلم به اوست، بلکه ظلم بر خود شماست (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۲۶/۲).

قرآن هم تعداد عده و هم مدت زمان آن را بیان نموده و از آن به عنوان حدود الهی نام برده است که کسی نباید از این حدود تجاوز کند: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُ بِاِحْسَانٍ... تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَاُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>۲</sup> (بقره/ ۲۳۹). رجوع به قصد طلاق، امساک به معروف نیست لذا قرآن آن را امساک به ضرار می‌نامد.

۳. ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ اَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِنْ اَرَادْنَ اَنْ يَمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ اِلَّا وُسْعَهَا لَأَنْصَارًا وَاللَّهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ يُولَعُ﴾<sup>۳</sup> (بقره/ ۲۳۳). در این آیه شریفه چند حکم بیان شده از جمله: ۱. مدت شیر دادن مادر به فرزندان (۲)

۱. «و چون زنان را طلاق گفتید و به پایان عده خویش رسیدند، پس به خوبی نگاهشان دارید یا به خوبی آزادشان کنید. و [لی] آنان را برای [آزار و] زیان رساندن [به ایشان] نگاه مدارید تا [به حقوقشان] تعدی کنید. و هر کس چنین کند، قطعاً بر خود ستم نموده است.»

۲. [طلاق] [رجعی] دو بار است. پس از آن یا [باید زن را] به خوبی نگاه داشتن، یا به شایستگی آزاد کردن... این است حدود [احکام] الهی پس، از آن تجاوز مکنید. و کسانی که از حدود [احکام] الهی تجاوز کنند، آنان همان ستمکارانند.»

۳. «و مادران [باید] فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند. [این حکم] برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند. و خوراک و پوشاک آنان [مادران]، به طور شایسته، بر عهده پدر است. هیچ کس جز به قدر وسعش مکلف نمی‌شود. هیچ مادری نباید به سبب فرزندش زیان ببیند و هیچ پدری [نیز] نباید به خاطر فرزندش [ضرر ببیند].»

سال)؛ ۲. نفقهٔ مادران و لباس آنها بر عهدهٔ پدر فرزند است؛ ۳. نباید یکی دیگری را به تکلیفی که در وسع او نیست تکلیف نماید؛ ۴. پدر و مادر از ناحیهٔ فرزند نباید ضرر ببینند. مردان باید مواظب باشند حق «حضانت» و نگاهداری مادران را با گرفتن کودکان در دوران شیرخوارگی از آنها پایمال نکنند و مادران هم که این حق به آنها داده شده نباید از آن سوء استفاده کنند و به بهانه‌های مختلف از شیر دادن خودداری کرده و یا مرد را از دیدار فرزندش محروم سازند. آنچه حرام است، اضرار (ضرر زدن) هر یک از والدین به دیگری است؛ ولو دیگری ضرر نزند. لذا «لا تضار»، کار طرفینی نیست، یک طرفه است و آیه از آن نهی می‌فرماید.

۴. ﴿وَأَشْهُدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا بَيِّنَاتٍ وَلَا شَهِيدٌ﴾<sup>۱</sup> (بقره / ۲۸۲). بنا بر معلوم بودن صیغهٔ «لا یضار»، نهی متوجه کاتب و شاهد است. کاتب نباید ضرر بزند به این نحو که چیزی را بنویسد که به او املان نشده است؛ ضرر زدن شاهد نیز بدین گونه است که بر خلاف واقع شهادت دهد یا اصلاً برای شهادت حاضر نشود.

۵. ﴿... فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ غَيْرِ مَضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾<sup>۲</sup> (نساء / ۱۲). در این آیه شریفه، از اضرار در وصیت نهی شده است به این صورت که کسی (مورث) وصیت کند تمام اموالش یا اکثر آن برای یکی از وارثان باشد، تا به دیگر ورثه ضرر بخورد؛ یا به قرض سنگینی اقرار نماید تا مالی برای ورثه نماند. گرچه لفظ مضار، از باب مفاعله به کار رفته اما در اینجا ضرر از طرف واحد (مورث) مراد است.

۶. ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفْنَ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ﴾<sup>۳</sup> (توبه / ۱۰۷). به گفتهٔ مفسران، وقتی

۱. «و [در هر حال] هرگاه داد و ستد کردید گواه بگیرید و هیچ نویسنده و گواهی نباید زیان ببیند».

۲. «و اگر آنان بیش از این باشند در یک سوم [ما ترک] مشارکت دارند، [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش شده یا دینی که [باید استثنا شود، به شرط آنکه از این طریق] زبانی [به ورثه] نرساند. این است سفارش خدا، و خداست که دانای بردبار است».

۳. «گروهی دیگر از آنها] کسانی هستند که مسجدی ساختند برای زیان [به مسلمانان] و تقویت [کفر و تفرقه میان مؤمنان و کمینگاه برای کسی که با خدا و پیامبرش از پیش مبارزه کرده بود، آنها سوگند یاد می‌کنند که نظری جز نیکی [و خدمت] نداشته‌ایم اما خداوند گواهی می‌دهد که آنها دروغگو هستند».

مسجد قبا ساخته شد و پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در آن نماز خواند، منافقان در صدد برآمدند تا در مقابل آن مسجدی بسازند و در نماز جماعت پیامبر شرکت نکنند. وقتی مسجد ساخته شد، خدمت رسول اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رسیدند تا با نماز در آن، آن را افتتاح نمایند. آنان چنین بهانه آوردند که مسجدی برای بیماران و نیازمندان ساخته‌ایم تا در شبهای تار و بارانی در آن نماز بخوانند، پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عازم تبوک بود. حضرت پاسخ دادند: اکنون عازم سفرم، وقتی برگشتیم، اگر خدا بخواهد در آن نماز خواهیم خواند. پس از غزوه تبوک وقتی رسول اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برگشت، این آیه شریفه بر ایشان نازل شد و اعلام نمود که این کار (ساخت مسجد ضرار)، چند ویژگی دارد: این عمل برای ضرر زدن به اهل مسجد قبا یا مسجد النبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ که مؤمنان هستند، ساخته شده تا جمعیت مسجد نبوی کم شود؛ اصل این کار کفر است. یعنی پایگاهی است برای اقامه کفر؛ مرکز و پایگاه تفرقه بین مؤمنان است تا با ایجاد اختلاف در میان مسلمانان، آنان را از گرد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ متفرق سازند؛ پایگاهی است برای امثال ابن عامر راهب که از قبل با خدا و پیامبر جنگیده بود (طبرسی، ۱۳۷۲: ۱۰۹/۵-۱۱۰).

۷. ﴿أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلٍ فَلَا تُنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُواهُنَّ وَأْتِمِرُوا بِنِكَاحِكُمْ بِعُرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَسَرِّضُوا لَهُنَّ خُرَى﴾ (طلاق/۶). این آیه شریفه از ضرر زدن به زن «مطلقه» در ایام عده‌اش، از طریق تنگ گرفتن در مسکن و غذا نهدی نموده است. امام خمینی رَحِمَهُ اللهُ، در فرق بین معنای ضرر و ضرار می‌گوید:

غالب استعمالات ضرر و ضرار و مشتقات آنها مالی یا نفسی است ولی کاربرد ضرر و مشتقاتش در تضییق، حرج، سختی و کلفت شایع و رایج است. پس ضرار به معنای اخیر غلبه دارد. در قرآن مجید هم هر جا کلمه ضرر استعمال شده است به معنای ضرر مالی و جانی آمده است. ولی هر جا کلمه ضرار آمده به معنای تضییق و ایصال حرج است. مانند آیه شریفه ﴿لَا تُضَارُّوْا اِلَّا الَّذِيْنَ كَفَرُوْا بِمَا عَاهَدْتُمْ بِهِنَّ﴾ و آیه مربوط به

۱. همانجا که [خود] سکونت دارید، به قدر استطاعت خویش آنان را جای دهید و به آنها آسیب [و زیان] مرسانید تا عرصه را بر آنان تنگ کنید. و اگر باردارند خرجشان را بدهید تا وضع حمل کنند. و اگر برای شما [بچه] شیر می‌دهند مزدشان را به ایشان بدهید و به شایستگی میان خود به مشورت پردازید، و اگر کارتان [در این مورد] با هم به دشواری کشید [زن] دیگری [بچه] را [شیر دهد].

مسجد ضرار که شأن نزول آن نشان می‌دهد، ضرار به معنای ضرر نفسی و مالی نیست؛ زیرا منافقان قصد نداشتند مال کسی را تلف کنند یا صدمه بدنی به کسی برسانند، بلکه فقط قصد داشتند «ابن عامر راهب» را در آن مستقر نمایند و عقاید مسلمانان را مشوش سازند و دچار تفرقه و فشار روحی نمایند (۱۳۸۵: ۳۰/۱).

آیه ۲۳۱ سوره بقره ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ نیز همین معنا را می‌رساند که وقتی زنان را طلاق دادید، اگر واقعاً نمی‌خواهید با آنان زندگی کنید، صرفاً به منظور رنج دادن و در فشار گذاشتن به آنها رجوع نکنید؛ در این آیه هم ضرار به معنای ضرر مالی به کار نرفته است؛ زیرا آن گونه مردان که آیه خطاب به آنهاست، ضرر بدنی متوجه زنان نمی‌ساختند، بلکه با رجوعها و طلاقهای متعدد آنها را در فشار و مضیقه طولانی شدن مدت عده قرار می‌دادند. چنان که در سوره طلاق، آیه ۶ ﴿وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِّتَضَيُّوهَا عَلَیْهِنَّ﴾، ضرار به معنای سختی استعمال شده، یعنی با اسکان زنانان در مکان تنگ و کوچک، زمانی که طلاقشان داده‌اید، آنها را به رنج و سختی گرفتار نکنید تا به علت مضیقه مسکن مجبور شوند از منزل شما خارج گردند. بنابراین ضرر در حدیث سمره بن جندب به مفهوم نقص در مال و جان، و ضرار به معنای تضییق و تشدید استعمال شده است؛ زیرا سمره به قصد ضرر زدن بر مرد انصاری و سلب آسایش از خانواده او وارد می‌شد (همان: ۳۲).

این هفت آیه به کمک سایر آیات که در آنها لفظ ضرر، ضرار، مضار و غیره آمده مدرک قاعده لاضرر می‌باشد.<sup>۱</sup>

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد معنای حدیث و قاعده لاضرر آن باشد که: ضرر در اسلام مشروعیت ندارد، چه در مرحله قانون‌گذاری و چه در مرحله

۱. علاوه بر این آیات، روایات فراوانی نیز بر این قاعده دلالت می‌کند؛ استاد جعفر سبحانی این روایات را به پنج دسته تقسیم نموده است:

- ۱- روایاتی که در آن قضیه سمره بن جندب آمده است (۵ روایت)؛
- ۲- روایاتی که لفظ لاضرر و لاضرار در آنها آمده ولی مربوط به قضیه سمره نیست (۱۶ روایت)؛
- ۳- روایاتی که فقط کلمه «ضرار» در آنها آمده (۱ روایت)؛
- ۴- روایاتی که دال بر تحریم اضرار به غیر است (۳۶ روایت)؛
- ۵- روایاتی که دال بر نهی از اضرار به نفس است (۱۸ روایت)؛ در مجموع ۷۶ روایت (سبحانی،

اجرا، چه در احکام فردی یا اجتماعی؛ چه تکلیفی (نهی مردم از ضرر رساندن به یکدیگر) یا وضعی (مانند لزوم در بیع غبنی).

پاسخ به یک شبهه: بی تردید انجام برخی از احکام اسلامی، همراه با ضرر مالی یا جسمی است، مانند پرداختن خمس، زکات، کفاره، خراج، جهاد، اجرای حدود و دیات، پس چگونه می توان به مفاد این قاعده ملتزم شد؟ در پاسخ می توان گفت به نظر برخی قاعده نفی ضرر، قاعده امتنانی است و در نفی احکام مهمی مانند احکام مزبور که انتظام و بقای جامعه مبتنی بر آنهاست و مصالح و فواید آنها فراوان است، هیچ امتنانی متصور نیست. افزون بر این، قاعده لاضرر از چنین احکامی که طبعشان ضرری بودن است، انصراف دارد؛ مورد لاضرر احکامی است که طبع اولیه آنها، ضرری نبودن است و تنها گاهی امثال آنها مستلزم ضرر است، مانند وضو و غسل (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۵/۲).

### ۵. تقیه

از جمله عناوینی که سبب می شود حکم ثانوی جایگزین حکم اولی گردد، عنوان تقیه است. تقیه در لغت عبارت است از نگاه داشتن، پرهیز کردن و پنهان نمودن (جوهری، ۱۴۰۷: ۲۵۲۷/۶) و در اصطلاح شرع عبارت است از:

صیانت خویش از صدمه دیگری با ابراز همسویی با او در گفتار یا رفتار مخالف حق؛ کتمان حق و پوشیدن اعتقاد؛ و خودداری نمودن از اظهار چیزهایی است که باعث ضرر دینی و دنیایی می شود (مفید، ۱۴۱۴: ۱۳۷؛ عاملی (شهید اول)، بی تا: ۱۵۵/۲؛ انصاری، بی تا: ۳۲۰).

در تقیه بر خلاف نفاق - که موضوع آن پنهان کردن شرک و باطل و تظاهر به حق است - مؤمن به دلیل بیم از رسیدن ضرر به او از اظهار حقیقت خودداری می کند. تقیه در حقیقت سپر دفاعی برای مؤمن جهت مصون ماندن از تعرض دشمن و تحفظ از خطرهایی مانند حبس، تبعید، قتل و محرومیت از حقوق قانونی است. شیخ طوسی می گوید:

تقیه اظهار زبانی چیزی و پنهان کردن مخالف آن در قلب است؛ البته به شرطی که آنچه پنهان می کند حق باشد، ولی اگر آنچه پنهان کند باطل باشد (به ظاهر مطلب حقی را اظهار اما مطلب باطلی را پنهان نماید) نامش نفاق است (طوسی، ۱۴۰۹: ۴۳۴/۲).



لفظ «تقیه» در قرآن به کار نرفته، اما آیاتی چند متعرض مفهوم آن شده است که عبارتند از:

الف. ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ﴾<sup>۱</sup> (آل عمران / ۲۸).

دلالت آیه بر جواز «تقیه» و اینکه در موارد تقیه حکم اولی واقعی از بین می‌رود و حکم ثانوی جایگزین آن می‌شود واضح است. این یک مسئله عقلایی است و اسلام نیز اجازه داده که انسان در موردی که جان یا مال یا ناموس او در خطر است و اظهار حق، نتیجه و فایده مهمی ندارد، موقتاً از اظهار آن خودداری کند و به وظیفه خود به طور پنهانی عمل نماید. لیکن خصوصیات آن را از روایات باید استفاده کرد؛ زیرا تقیه در همه جا یک حکم ندارد، بلکه گاهی واجب و گاه حرام و زمانی نیز مستحب و یا مکروه و یا مباح است (انصاری، بی تا: ۳۲۰؛ همو، ۱۴۱۴: ۷۴). امام باقر علیه السلام می‌فرماید: «التقیة فی کلّ شیء اضطرّ الیه ابن آدم فقد أحله الله له» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۱۵/۱۶) و حضرت صادق علیه السلام می‌فرماید: «للتقیة مواضع من أزالها عن مواضعها لم تستقم له» (همان: ۲۱۶).

در ابتدای آیه فوق، فرمان و قاعده اولی این است که «بر مؤمنان حرام است کافران را حامی و هم‌پیمان خود قرار دهند»؛ آنگاه با جمله ﴿إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً﴾ یک استثنا به این حکم می‌زند که در صورت تقیه، برای حفظ جان می‌توانند با آنان ابراز دوستی نمایند. تقیه یک سپر دفاعی است نه ترک مبارزه و تسلیم دشمن شدن.

ب. ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾<sup>۲</sup> (نحل / ۱۰۶). دلالت این آیه نیز بر تقیه واضح است (طوسی، ۱۴۰۹: ۴۲۹/۶؛ قرطبی، ۱۳۶۴: ۱۸۰/۱۰).

۱. «مؤمنان نباید کافران را - به جای مؤمنان - به دوستی بگیرند و هر که چنین کند، در هیچ چیز [او را] از [دوستی] خدا [بهره‌ای] نیست، مگر اینکه از آنان به نوعی تقیه کنید و خداوند، شما را از [عقوبت] خود می‌ترساند، و بازگشت [همه] به سوی خداست».
۲. «هر کس پس از ایمان آوردن خود، به خدا کفر ورزد [عذابی سخت خواهد داشت] مگر آن کس که مجبور شده [ولی] قلبش به ایمان اطمینان دارد. لیکن هر که سینه‌اش به کفر گشاده گردد خشم خدا بر آنان است و برایشان عذابی بزرگ خواهد بود».

شان نزول آیه شریفه مربوط به قصهٔ عمار یاسر و پدر و مادر اوست که مشرکان آنها را شکنجه می‌دادند تا از اسلام دست بردارند، والدین عمار از این کار خودداری کردند و به دست مشرکان شهید شدند، ولی عمار آنچه را آنها می‌خواستند با زبان اظهار داشت و سپس با گریه، از ترس خداوند، به خدمت پیامبر ﷺ آمد، پیامبر به او فرمود: «إِنْ عَادُوا لَكَ فَعُدْ لَهُمْ». این همان دستور تقیه است که برای حفظ جان تشریح شده است، چنان که حضرت صادق (ع) دربارهٔ این آیه فرمودند: «هل التقية إلا هذا» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۲۷/۱۶).

کفر، اعتقاد است و بر زبان جاری کردن سخن کفرآمیز در حالی که قلب، مؤمن باشد و به سخن کفرآمیز معتقد نباشد، اعتقاد محسوب نمی‌شود، لذا تقیه‌کننده با ابراز سخنی که در واقع به آن معتقد نیست کافر نشده و ارتدادش ثابت نمی‌شود.

ج. «وَقَالَ رَجُلٌ مُؤْمِنٌ مِنْ آلِ فِرْعَوْنَ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ أَتَقْتُلُونَ رَجُلًا أَنْ يَقُولَ رَبِّيَ اللَّهُ وَقَدْ جَاءَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ مِنْ رَبِّكُمْ وَإِنْ يَكْذِبْ بَأَعْلَيْهِ كَذِبُهُ وَإِنْ يَكْذِبْ يَكْتُمُ صِدْقًا يُصِيبُكُمْ بِغَضِ الَّذِي يُعَذِّبُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ كَذَّابٌ»<sup>۱</sup> (غافر/ ۲۸). این آیه مربوط به مؤمن آل فرعون است که تنها در این سوره مطرح شده است. او از بستگان و رئیس پلیس فرعون بود که به موسی ایمان آورده بود، ولی ایمان خود را پنهان می‌کرد تا به موقع به نفع موسی سخن بگوید. قرآن او را منافق ننماید، بلکه تأیید نموده است. او بدون اینکه شناخته شود، مردم را ارشاد می‌کرده است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۸۳/۲۰ و ۸۷) در روایات آمده است که: «الصدّيقون ثلاثة: حبيب النجار مؤمن آل ياسين، ومؤمن آل فرعون الذي قال ﴿أَتَقْتُلُونَ رَجُلًا أَنْ يَقُولَ رَبِّيَ اللَّهُ﴾، والثالث علي بن ابي طالب وهو أفضلهم» (ابن بطريق، ۱۴۰۷: ۲۲۱).

اهل سنت و قاعدهٔ تقیه: قاعدهٔ تقیه اختصاص به مذهب تشیع ندارد و عالمان اهل سنت نیز به مناسبت‌های مختلف جواز آن را اثبات نموده‌اند. قرطبی در ذیل آیه «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ...» می‌نویسد:

۱. «و مردی مؤمن از خاندان فرعون که ایمان خود را پنهان می‌داشت، گفت: «آیا مردی را می‌کشید که می‌گوید: پروردگار من خداست و مسلماً برای شما از جانب پروردگارتان دلایل آشکاری آورده، و اگر دروغگو باشد دروغش به زیان اوست، و اگر راستگو باشد برخی از آنچه به شما وعده می‌دهد به شما خواهد رسید، چرا که خدا کسی را که افراطکار دروغزن باشد هدایت نمی‌کند.»

تقیّه برای مؤمنان تا روز قیامت جایز است؛ اهل علم بر این مطلب اجماع دارند که هر گاه کسی اکراه به کفر شود به نحوی که بترسد در صورت تسلیم نشدن کشته می شود، در صورتی که اظهار کفر نماید، ولی قلباً مؤمن باشد، گناهی بر او نیست و همسرش بر او حرام نمی شود و محکوم به کفر نیست. این فتوای مالک و کوفیون و شافعی است (قرطبی، ۱۳۶۴: ۱۸۲/۱۰ و ۱۹۰).

وی در ذیل آیه ﴿إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً﴾ نیز می نویسد:

معاذ بن جبل و مجاهد گفته اند: تقیّه در صدر اسلام و پیش از نیرومند شدن مسلمانان، مشروعیت داشت؛ ولی امروز که مسلمانان نیرومند شده اند، مشروعیت ندارد... و بعضی گفته اند: هر گاه مؤمن در میان کافران باشد و بر جان خود بترسد، می تواند با آنان مدارای زبانی داشته باشد. تقیّه حلال نیست، مگر با ترس بر قتل یا بریده شدن اعضای بدن یا آزار و اذیت بزرگ (همان: ۳۸/۴).

فخر رازی نیز در ذیل آیه فوق پس از بیان معنای تقیّه و برخی از احکام و آثار آن می نویسد:

تقیّه در جایی است که انسان در میان گروهی از کفار باشد و از آنها نسبت به جان خود بترسد... مجاهد گفته است: جواز تقیّه مربوط به صدر اسلام است که در آن زمان مؤمنان ضعیف بودند و پس از نیرومند شدن اسلام، این کار جایز نیست، ولی عوف از حسن این سخن را نقل نموده است که «تقیّه برای مؤمنان تا روز قیامت جایز است» و قول دوم اولی است؛ زیرا دفع ضرر جانی، به مقدار امکان جایز است (رازی، بی تا: ۱۴/۸).

دامنه تقیّه: از ظاهر ادله تقیّه استفاده می شود که تقیّه در تمامی احکام دین و همه موارد ضروری (مانند حفظ جان) و گاه غیر ضروری - به جز مواردی که استثنا شده - جاری و لازم است (طبرسی، ۱۳۷۲: ۴۳۰/۲؛ ابن عطیه، ۱۴۲۲: ۲۳۶/۱۰؛ شهرستانی، ۱۴۱۵: ۳۸۸/۱).

موارد استثنا: این قاعده در مواردی جاری نیست؛ مانند کاری که موجب فساد در دین باشد (یعنی در هر امری که انجام آن مهمتر از حفظ جان و مال است) و از جمله تقیّه در قتل که در روایات و کتب فقهی به آن تصریح شده است (حلی، ۱۴۱۰: ۵۲۶/۲؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۳۴/۱۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۴۱۱/۱-۴۱۵).

## ۶. عجز

### مشروط بودن تکلیف به قدرت

عجز از عمل به حکم اوّلی واقعی، نیز از عناوینی است که سبب می‌شود حکم ثانوی جایگزین حکم اوّلی شود؛ زیرا یکی از شرایط عامه احکام اوّلی، قدرت بر انجام آن است و با نبود آن حکم اوّلی رفع و حکم ثانوی، جای آن را می‌گیرد؛ ظاهراً بین امامیه اختلافی نیست در اینکه تکلیف مشروط به قدرت است و شخص غیر قادر را عقلاً نمی‌توان مکلف ساخت؛ به گفته محقق نایینی (۱۳۶۸: ۲۶۳/۱) ذات تکلیف اقتضا دارد که متعلق آن مقدور مکلف باشد؛ زیرا تکلیف به منظور تحریک مکلف جعل می‌شود و اگر تکلیف مقدور او نباشد، تحریک معنا ندارد. اما تکلیف غیر مقدور یا «مالایطاق» چیست؟ سید مرتضی در تعریف آن می‌نویسد:

مراد از «تکلیف مالایطاق» تکلیفی است که وجودش غیر ممکن باشد، خواه به علت نبود قدرت باشد یا وجود عجز یا نوعی مرضی یا بدون وسیله و عضو و یا از بی‌علمی (آنجا که علم معتبر است) و این امری است بدیهی (سید مرتضی، ۱۴۱۱: ۱۰۰؛ همو، ۱۳۴۶: ۹۰/۱ و ۱۴۵).

ابن ادريس حلی نیز می‌گوید:

این (تکلیف مالایطاق) چیزی است که من به آن فتوا می‌دهم و نزد من قوی است؛ زیرا اخبار آن بیشتر و راویان آن عادلتر است. و اینکه خداوند بیش از توان و نیرو، تکلیف روا نمی‌دارد، نه در واجب و نه در مستحب، هم آن را تأیید می‌کند (حلی، ۱۴۱۰: ۳۱۱/۱).

برخی -مانند سید مرتضی- در مقام استدلال آن را ضروری و بدیهی دانسته و گروهی در این باره گفته‌اند: دلیل قبح تکلیف به مالایطاق آن است که عقلاً تکلیف کردن انسان را به کاری که وقوعش ناممکن است قبیح می‌دانند (حلی، ۱۳۶۳: ۷۱). در حقیقت ملاک قبح تکلیف مالایطاق، «ظلم» است؛ یعنی این گونه تکلیف ظالمانه است، و چون خداوند متعال از ظلم پیراسته است پس چنین تکلیفی را بیان نمی‌کند (نجفی، ۱۳۶۳: ۲۹۶/۶)؛ و برخی آن را خلاف حکمت الهی شمرده‌اند (تفتازانی، ۱۴۰۹: ۲۹۶/۴).

## مفهوم مالایطاق

درباره مفهوم مالایطاق چند احتمال وجود دارد:

الف. محال ذاتی: چیزی که عقل پس از تصور موضوع و محمول آن، حکم به محال بودنش می‌کند، مانند اجتماع نقیضین و ضدین.

ب. محال وقوعی: چیزی که عقل پس از تصور موضوع و محمول آن، حکم به محال بودنش نمی‌کند، یعنی به خودی خود محال نیست لکن وقوع آن مستلزم محال است، مانند معلول بدون علت.

ج. محال عادی: چیزی که ذاتاً و وقوعاً ممکن است لکن عادتاً انجام نمی‌شود، مانند پرواز انسان به آسمان بدون وسیله.

د. مقدور حرجی: چیزی که ذاتاً و وقوعاً ممکن بوده و عادتاً واقع می‌شود ولی انجام آن با مشقت و زحمت فراوان همراه است؛ نظیر تکلیف حرجی که در شرع نفی شده است (ضیایی‌فر، ۱۳۸۲: ۲۸۴).

اشاعره معتقدند تکلیف به مالایطاق صحیح است (غزالی، ۱۴۰۹: ۱۱۲-۱۱۳). و به ادله عقلی و نقلی، از جمله آیاتی چند از قرآن کریم استدلال نموده‌اند (ضیایی‌فر، ۱۳۸۲: ۲۸۸-۲۸۹).

ادله عدم جواز تکلیف مالایطاق از قرآن کریم: عدلیه علاوه بر استدلال عقلی که مبتنی بر حسن و قبح عقلی است، ادعای خویش را با ادله نقلی نیز تبیین نموده‌اند؛ لذا اگر بگوییم قاعده مزبور بدیهی نیست، به وسیله آیات ذیل می‌توان آن را اثبات کرد:

الف. ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾<sup>۱</sup> (طلاق / ۷).

ب. ﴿لَا يَكْلِفُ نَفْسًا إِلَّا أَوْسَعَهَا﴾<sup>۲</sup> (انعام / ۱۵۲؛ مؤمنون / ۶۲).

ج. ﴿لَا تَكْلِفُ نَفْسٌ إِلَّا أَوْسَعَهَا﴾<sup>۳</sup> (بقره / ۲۳۳).

د. ﴿لَا تَكْلِفُ نَفْسًا إِلَّا أَوْسَعَهَا وَلِئَلَّكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾<sup>۴</sup> (اعراف / ۴۲).

۱. «خدا هیچ کس را جز [به قدر] آنچه به او داده است تکلیف نمی‌کند».

۲. «هیچ کس را جز به قدر توانش تکلیف نمی‌کنیم».

۳. «هیچ کس جز به قدر وسعش مکلف نمی‌شود».

۴. «هیچ کسی را جز به قدر توانش تکلیف نمی‌کنیم. آنان همدم بهشتند [که] در آن جاوداند».

﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِيْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾<sup>۱</sup> (بقره / ۲۸۶).  
 و. ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيفُونَهِ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾<sup>۲</sup> (بقره / ۱۸۴).

چگونگی استدلال به این آیات آن است که خداوند تکلیفی را که انسانها نتوانند انجام دهند از آنان برداشته است، زیرا وسع یعنی توانایی و قدرت؛ بنابراین، این آیات اشاره دارند که هر عملی که مکلف قدرت بر انجام آن را نداشته باشد، برداشته شده و حکم ثانوی جایگزین آن خواهد شد (طوسی، ۱۴۰۹: ۴۰۲/۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۱۷/۸). از این رو، فقهای امامیه بر اساس این آیات تکلیف به مالایطاق را مردود دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۴۰۸/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷/۱۱)؛ و بعضی به دلیل قبح تکلیف به مالایطاق گفته‌اند کسانی که قادر به شناخت و تحصیل معرفت در امور اعتقادی مانند خدا و معاد نیستند معذور می‌باشند (خویی، ۱۳۸۶: ۲۳۶/۲).

نکته قابل توجهی که از این آیات برداشت می‌شود آن است که تکلیف نکردن خداوند به بیش از توانایی فردی یا جمعی از سنتهای عمومی خداوند است که در همه امتهای پیشین بوده و اختصاص به امت اسلام ندارد. فعل مضارع «لا یكلف» نشانگر عمومی و همیشگی بودن این سنت در میان همه امتهاست. از مجموع شش آیه مورد استناد در این بخش اصل تکلیف و مقدور بودن آن به روشنی فهمیده می‌شود؛ همچنین آیه ﴿قَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾ (بقره / ۲۸۵) نشانه مقدور بودن تکلیف است؛ زیرا اطاعت درباره امر مقدور است. تکلیف ابتدایی سه فرض دارد: تکلیف به کمتر از قدرت مکلف، به مقدار توان او و به بیش از قدرت او؛ آیه ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ نوع سوم تکلیف را نفی می‌کند؛ و آیتی مانند ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (بقره / ۱۸۵) و ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (حج / ۷۸) که در صدد بیان سنت عدم عسر و حرج در تکلیف است، نوع دوم و به اندازه توان مکلف را که مستلزم عسر و

۱. «خداوند هیچ کس را جز به قدر توانایی‌اش تکلیف نمی‌کند. آنچه [از خوبی] به دست آورده به سود او، و آنچه [از بدی] به دست آورده به زیان اوست. پروردگارا، اگر فراموش کردیم یا به خطا رفتیم بر ما مگیر، پروردگارا، هیچ بار گرانی بر [دوش] ما مگذار هم چنان که بر [دوش] کسانی که پیش از ما بودند نهادی. پروردگارا، و آنچه تاب آن نداریم بر ما تحمیل مکن».

۲. «و بر کسانی که [روزه] طاقت فرساست، کفاره‌ای است که خوراک دادن به بینوایی است».

حرج است نفی می کند.<sup>۱</sup>

مرحوم وحید بهبهانی با اشاره به نظر اشاعره، می گوید اگر عبد توان انجام کاری را نداشته باشد، فرستادن پیامبران، اتمام حجت، بسط تکالیف، وعده و وعید، اهتمام در امر تبلیغ و ارشاد بی معنا می شود. شاهد بر این مدعا آیات فراوانی است که در قرآن کریم وجود دارد؛ آنگاه آیات زیادی را ذکر می کند (بهبهانی، ۱۴۱۵: ۳۷۹-۳۸۰).

### تکلیفهای توان فرسای امتهای پیشین

چون خداوند گاه بر اثر گناه امتهای پیشین تکلیفهای سخت و سنگین بر آنان تحمیل کرده است، مؤمنان از او می خواهند که با آنان این گونه رفتار نکند، مانند اینکه توبه امتهای گذشته به کشتن یکدیگر بود: ﴿فَتَوَوُا إِلَىٰ بَارئِكُمْ فَاقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾<sup>۲</sup> (بقره/ ۵۴)؛ یا مجازات ظلم آنها محرومیت از بعضی چیزهای طیب و حلال بود: ﴿فَيُظَلِّمَنَّ الَّذِينَ هَادُوا حَرَمًا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾<sup>۳</sup> (نساء/ ۱۶۰). دلیل این سخت گیری، نرم کردن مردم خشنی بود که فقط بار سنگین آنها را رام می کرد؛ بر این اساس، تکلیفهای سنگین امتهای گذشته دستور ابتدایی نبود؛ زیرا خواسته های نخستین خداوند از بشر آسان و مقدور است ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾<sup>۴</sup> (بقره/ ۱۸۵) و تکلیفهای سنگین کیفر گناه آنان بوده است.

گفتنی است تکلیف سنگین دو نوع است:

۱. اصر: تکلیف به اندازه توان تبهکاران است، یعنی تحمل پذیر می باشد ولی همه توان او را می گیرد، مانند تکلیف توبه از راه کشتن یکدیگر برای بنی اسرائیل، یا تکلیف جمع شصت روز روزه و اطعام شصت مسکین و آزاد کردن یک بنده که

۱. مطابق آنچه در روایات اهل بیت علیهم السلام آمده، وسع کمتر از طاقت است؛ برای نمونه در روایتی از امام صادق علیه السلام می خوانیم: «الوسع دون الطاقة ألا تری أنه کلفهم یوم وليلة خمس صلوات وکلفهم فی کل مأتی درهم خمسة وکلفهم حجة واحدة وهم یطیقون أكثر من ذلك» (برقی، ۱۴۱۳: ۹۶۶)؛ شاید مراد آن حضرت آن است که تکلیف مالا یطاق امکان ندارد، سر عدم وقوع، امتناع و عدم امکان آن است.

۲. «پس به درگاه آفریننده خود توبه کنید، و [خطاکاران] خودتان را به قتل برسانید».

۳. «پس به سزای ستمی که از یهودیان سر زد و به سب آنکه [مردم را] بسیار از راه خدا باز داشتند، چیزهای پاکیزه ای را که بر آنان حلال شده بود حرام گردانیدیم».

۴. «خدا برای شما آسانی می خواهد و برای شما دشواری نمی خواهد».

کیفر افطار با چیز حرام است لیکن انسان با انجام دادن آن تلف نمی‌شود.

۲. مالایطاق: تکلیف تحمل ناپذیر است که توان عمل اختیاری را از انسان می‌گیرد. مضمون آیه «رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لِإِطَاقَةِ لَنَا بِهِ»، در دعای پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در شب معراج بوده و خداوند نیز آن را پذیرفته است: «قد أعطيتك ذلك لك ولأمتك» (قمی، ۱۳۶۷: ۹۵/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۷۵/۱).<sup>۱</sup>

### نتیجه گیری

تقسیم حکم به دو قسم اولی و ثانوی واضح بوده و در قرآن کریم نمونه‌هایی از هر دو وجود دارد. احکام ثانویه در زمینه‌ای که مکلف نتواند به حکم اولی عمل کند جعل شده است. حکم ثانوی مانند حکم اولی از احکام واقعیه است، اما در طول حکم اولی قرار دارد.

حکم اولی برای موضوعات با قطع نظر از عروض حالات مکلف ثابت است، اما حکم ثانوی وابسته به حالات ویژه مکلف است. به هنگام عسر، حرج، تقیه، اضطراب، اکراه و غیره برای مکلف حکمی جعل شده که برای دیگران که توان انجام حکم اولی را دارند وجود ندارد. همان‌گونه که عقل حکم می‌کند که اگر کسی توان انجام کاری را ندارد، نباید او را وادار به آن نمود، آیات مربوط به عجز و عسر و حرج نیز می‌گویند خداوند تکلیفی را که انسانها نتوانند انجام دهند از آنان برداشته است؛ زیرا قدرت، شرط انجام تکلیف است. وقتی حکم اولی نباشد طبعاً حکم ثانوی جایگزین آن خواهد شد. این مسئله از الطاف الهی در حق بندگان است که تکلیف مالایطاق از آنان نخواستہ است.

۱. مضمون آیه فوق از زبان مبارک رسول اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در حدیث رفع بیان شده است (کلینی، ۱۳۶۵: ۴۶۳/۲).



## کتاب شناسی

۱. ابن اثیر، *النهاية في غريب الحديث و الاثر*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴ ش.
۲. ابن العربی، محمد بن عبدالله، *احکام القرآن*، مصر، ۱۳۹۲ ق.
۳. ابن بطریق، یحیی بن حسن الاسدی، *العمدة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴. ابن عطیة اندلسی، *المحرر الوجیز*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۲ ق.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵ ق.
۶. ابوالفتح رازی، حسن بن علی، *روض الجنان*، مشهد، بنیاد پژوهشهای اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۷. امام خمینی، سیدروح الله، *الرسائل*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ق.
۸. انصاری، محمدعلی، *الموسوعة الفقهية الميسرة*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۹. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، چاپ سنگی، بی تا.
۱۰. همو، *رسائل فقهیه*، قم، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الانصاري، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. همو، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. بجنوردی، میرزا حسن، *التواعد الفقهية*، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.
۱۳. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، تحقیق محمدتقی ایروانی، چاپ دوم، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۵ ق.
۱۴. برقی، احمد، *المحاسن*، تحقیق سیدمهدي رجایی، قم، المجمع العالمي لاهل البيت عليه السلام، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. بروجردي، سيدحسين، *جامع احاديث الشيعة*، قم، المطبعة العلمیه، ۱۳۶۶ ش.
۱۶. بهبهانی، محمدباقر، *الفوائد الحائريه*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۷. تفتازانی، مسعود، *شرح المقاصد*، تحقیق عبدالرحمان عميره، قم، الشريف الرضي، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح*، چاپ چهارم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ ق.
۱۹. حائری، محمدحسین، *الفصول الغرورية في الاصول الفقهية*، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعه*، چاپ دوم، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقى*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۲۲. همو، *حقائق الاصول*، چاپ پنجم، کتاب فروشی بصیرتی، قم، ۱۴۰۸ ق.
۲۳. حلبی، ابوالصلاح، *تقریب المعارف*، تحقیق رضا استادی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۳۶۳ ش.
۲۴. حلبی (علامه)، حسن، *نهاية الاحکام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. حلبی (محقق)، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دار الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
۲۶. حلبی، ابن ادريس محمد بن احمد، *السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى*، چاپ دوم، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۷. خراسانی، محمد کاظم، *کفاية الاصول*، قم، آل البيت، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. خوبی، سیدابوالقاسم، *مصباح الاصول*، نجف، مطبعه نجف، ۱۳۸۶ ق. و چاپ پنجم، قم، مكتبة الداوری، ۱۴۱۷ ق.
۲۹. رازی، فخرالدين، *التفسير الكبير*، بی تا.
۳۰. راوندی، قطب الدین سعید بن هبة الله، *فقه القرآن*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آية الله مرعشی، ۱۴۰۵ ق.
۳۱. رحمانی، محمد، *بازشناسی احکام صادره از معصومین عليه السلام*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲ ش.

۳۲. سبحانی، جعفر، *نیل الوطر من قاعدة لا ضرر*، قم، مؤسسة امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.

۳۳. سیزواری، سید عبدالاعلی، *مواهب الرحمان فی تفسیر القرآن*، بیروت، اهل البيت، ۱۴۰۹ ق.

۳۴. سید مرتضی، *الذخیره فی علم الکلام*، تحقیق سیداحمد حسینی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.

۳۵. همو، *الدریعه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ ش.

۳۶. همو، *رسائل المرتضی*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.

۳۷. سیستانی، سیدعلی، *قاعدة لا ضرر و لا ضرار*، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۴ ق.

۳۸. سیوطی، جلال الدین، *تنویر الحوالمک*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.

۳۹. شافعی، محمد بن ادريس، *احکام القرآن*، چاپ سوم، بی تا.

۴۰. شهرستانی، سیدعلی، *وضوء النبی*، قم، مؤلف، ۱۴۱۵ ق.

۴۱. صدر، سیدمحمدباقر، *قاعدة لا ضرر و لا ضرار*، قم، دار الصادقین للطباعة و النشر، ۱۴۲۰ ق.

۴۲. ضیایی فر، سعید، *جایگاه میانی کلامی در اجتهاد*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲ ش.

۴۳. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ ق.

۴۴. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۴۵. طبرسی، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، چاپ سوم، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ش.

۴۶. طبری، محمد بن جریر، *جامع البیان*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۲ ق.

۴۷. طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

۴۸. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتاب فروشی مفید، بی تا.

۴۹. غزالی، محمد، *الاقتصاد*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۹ ق.

۵۰. فاضل لنکرانی، محمد، *سیری کامل در اصول فقه*، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۹ ش.

۵۱. فیض کاشانی، ملامحسن، *التفسیر الصافی*، چاپ دوم، تهران، الصدر، ۱۴۱۵ ق.

۵۲. فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر*، قاهره، مطبوعات محمدعلی صبح، ۱۳۴۷ ق.

۵۳. قرطبی، محمد بن احمد، *الجامع لاحکام القرآن*، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۶۴ ش.

۵۴. کلاتری، علی اکبر، *حکم ثانوی در تشریح اسلامی*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸ ش.

۵۵. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.

۵۶. *مأخذ شناسی قواعد فقهی*، قم، پژوهشکده فقه و حقوق، ۱۳۷۹ ش.

۵۷. مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول*، چاپ پنجم، قم، الهادی، ۱۳۷۱ ش.

۵۸. همو، *مصطلحات الفقه و معظم عناوین الموضوعیه*، قم، الهادی، ۱۳۷۹ ش.

۵۹. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن*، تهران، نگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰ ش.

۶۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، *تصحیح اعتقادات الامامیه*، چاپ دوم، بیروت، دار المفید، ۱۴۱۴ ق.

۶۱. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.

۶۲. همو، *تفسیر نمونه*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ ش.

۶۳. نایینی، محمدحسین، *اجود التقریرات*، چاپ دوم، قم، مصطفوی، ۱۳۶۸ ش.

۶۴. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش.

۶۵. نراقی، ملامهدی، *عوائد الایام*، چاپ دوم، قم، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵ ش.

## نمونه‌هایی از کاربرد قیاس

### در آثار فقهی شیخ طوسی\*

- دکتر محمد مهدی یزدانی<sup>۱</sup>
- مدرس دانشگاه علوم اسلامی رضوی

#### چکیده

مسئله قیاس و چگونگی برخورد با آن از مسائل دیرین در فقه و اصول مذاهب است. در این میان، در مذهب شیعه هر چند رویکرد کلی از دیرباز رویکردی منفی بوده است و هنوز هم این رویکرد ادامه دارد ولی مطلب مهمی که صرف نظر از دیدگاه‌های اصولی فقها باید مورد توجه بیشتر و دقت نظر عمیق‌تر قرار گیرد، برخورد آنان با قیاس در کتابهای فقهی است. در کتب فقهی مواردی را می‌توان یافت که به نظر می‌رسد مصداق استفاده از قیاس باشد. این مطلب با نظریه مشهور شیعه یعنی بطلان قیاس، سازگاری ندارد. مقاله حاضر با همین رویکرد و با مبنا قرار دادن کتابهای شیخ طوسی به استقرا در مواردی پرداخته که به قیاس بودن آنها تصریح شده یا تعریف قیاس بر آنها منطبق است. آیا حقیقت و ماهیت قیاس در نزد فقها از وضوح مفهومی

کاملی برخوردار نبوده و در نتیجه جا برای ارائه تعریفهای جدید و تازه از قیاس باطل و صحیح وجود دارد و یا مشکل به مقام عمل برمی گردد و نوعی بی دقتی رخ نموده و یا این موارد، اگرچه در ظاهر و نگاه ابتدایی قیاس به نظر می رسند، اما اصولاً قیاس باطل نیستند. به نظر می رسد برای پاسخ قطعی به این سؤالات لازم است مسئله قیاس بار دیگر مورد مطالعه و دقت نظر علمای اصول قرار گیرد.

واژگان کلیدی: قیاس، منصوص العله، مستنبط العله، اولویت، تنقیح مناط، مسالک علت.

### مقدمه

از مباحثی که عامه و خاصه در آن اختلاف نظر بارزی دارند و هر یک از طرفین در دو جانب افراط و تفریط قرار گرفته اند، موضوع قیاس است. این اختلاف نظر، قیاس را معرکه آرای متضاد و میدان اظهار نظرهای گوناگونی قرار داده و مدتها ذهن علمای اصول را به خود مشغول داشته است. در مکتب یا مذهبی منبع فقهی تلقی گردیده و در مکتبی دیگر تحریم و عمل به آن خلاف نظر شارع مقدس قلمداد شده است. در جایی میدان عمل به قیاس وسعت و گسترش بی اندازه یافته و به حد افراط رسیده و در ناحیه یا محلی دیگر جنبه تفریط را پیموده است. در بعضی از مکاتب در حد محدود و معینی به آن عمل شده و در مذهبی حرمت آن از ضروریات مذهب شمرده شده است.

اما به طور کلی طرفین در دو جانب نفی و اثبات مطلق قرار ندارند و نمی توان یکباره بعضی را مثبت مطلق و دیگران را نافی مطلق دانست، بلکه نسبت به اقسام و شرایط قیاس و نیز نسبت به کیفیت نفی و اثبات و طریق استدلال و جهات دیگر، آرای مختلفی وجود دارد. همین اختلاف نظرهاست که این مبحث را کمی پیچیده کرده است.

در این مقاله جنبه اصولی بحث قیاس یعنی مباحثی همچون تعریف قیاس، انواع قیاس، قیاس محل نزاع بین شیعه و اهل سنت و ادله موافقان و مخالفان قیاس مورد نظر نیست و لذا به آن پرداخته نشده است. رویکرد کلی شیعه درباره قیاس از گذشته یک رویکرد منفی بوده و هنوز هم این رویکرد ادامه دارد. در این میان، مطلب

بسیار مهمی که صرف نظر از دیدگاه‌های اصولی فقها باید مورد توجه بیشتر و دقت نظر عمیق‌تر قرار گیرد، برخورد آنان با قیاس در کتابهای فقهی است. به نظر می‌رسد در برخی از آثار فقهی شیعه، نظم و انضباط چندانی در رد یا به کارگیری قیاس به چشم نمی‌خورد و موارد زیادی را می‌توان یافت که مصداق استفاده از قیاس به شمار می‌رود. در این صورت لازم است بررسی شود که آیا موارد فوق قیاس باطل است و فقها به طور ناخواسته در دام آن گرفتار آمده‌اند و یا این موارد، اگرچه در ظاهر و نگاه ابتدایی قیاس به نظر می‌رسند، اما اصولاً قیاس باطل نیستند.

همچنین در موارد متعددی ملاحظه می‌شود که فقها یکدیگر را به اعمال قیاس مؤاخذه کرده و بر همین اساس نظرات یکدیگر را رد نموده‌اند که لازم است در آنها دقت نظر بیشتری به عمل آید و حقیقت مطلب روشن شده و علل و عوامل این گونه ابهامات و اختلاف برداشتها مشخص گردد.

آیا حقیقت و ماهیت قیاس در نزد فقها از وضوح مفهومی کاملی برخوردار نبوده و در نتیجه جا برای ارائه تعاریفات جدید و تازه از قیاس باطل و صحیح وجود خواهد داشت و یا مشکلات به مقام عمل برمی‌گردد که فقها در عملکرد خود، انضباط و دقت عمل کافی اعمال نکرده و نسبت به این مسئله توجه لازم و کامل نموده‌اند؟

آنچه در این مقاله آمده است، ذکر نمونه‌هایی است از کاربرد قیاس که در کتب فقهی شیخ طوسی به آن تمسک شده و یا حداقل این گونه به نظر می‌رسد. در صورت پذیرش قیاس بودن این موارد، با توجه به عدم امکان توجیه آنها بر طبق مبانی اصولی فقهای شیعه، نتیجه‌گیری خواهد شد که عمل شیخ طوسی در مورد قیاس با آنچه که به مشهور شیعه نسبت می‌دهند یعنی بطلان قیاس، سازگاری ندارد. نتیجه این تنافی و تعارض میان عمل و نظر، چه چیزی می‌تواند باشد و این مطلب ما را به چه نتیجه‌ای می‌تواند برساند؟

همان طور که گفته شد دیدگاه عالمان شیعی نسبت به قیاس، دیدگاهی منفی است و آنان به پیروی از احادیث رسیده از امامان معصوم علیهم‌السلام (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۳: ۴۱-۲۰/۱۸ و ۲۶۸/۱۹؛ نوری، ۱۴۰۸: ۲۴۳/۱۷-۲۵۰)، از آغاز، پرچمدار مبارزه با به کارگیری

قیاس در استنباط احکام الهی بوده‌اند و مکتب اهل بیت، مکتبی مخالف با اعمال رأی و قیاس در احکام الهی شناخته می‌شود. این مطلب هم در کتب اهل سنت به شیعه نسبت داده شده است (ر.ک: شیرازی، ۱۴۰۶: ۲۷۶؛ آمدی، ۱۴۰۲: ۵/۴؛ غزالی، ۱۴۱۷: ۲۸۳؛ غزالی، ۱۴۱۹: ۴۲۳) و هم در منابع اصول شیعه بدان تصریح شده است (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۳۴۶: ۶۷۵/۲؛ طوسی، ۱۴۱۷: ۶۵۲/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۳: ۱۸۳؛ علامه حلی، ۱۴۰۴: ۲۱۹).

مخالفت بزرگان و فقیهان شیعه با کاربرد قیاس به قدری عمیق است که بی‌اعتباری آن از ضروریات و مسلمات فقه شیعه شمرده می‌شود (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۰۴: ۲۱۴؛ ابن شهید ثانی، بی‌تا: ۳۲۶؛ استرآبادی، ۱۴۲۴: ۲۶۹؛ شیخ بهایی، ۱۴۲۳: ۱۰۸).

قیاس منصوص العله، قیاس اولویت و تنقیح مناط از این قاعده کلی استثنا شده‌اند و نزد فقهای شیعه از حجیت و اعتبار لازم برخوردار می‌باشند، بنابراین اگرچه عنوان قیاس بر آنها اطلاق می‌شود اما محل نزاع نیستند.

### برخورد با قیاس در متون فقهی

با وجود مخالفت فقهای امامیه با قیاس، در متون فقهی به مواردی برمی‌خوریم که فقها به قیاس عمل کرده‌اند. این موارد به گونه‌ای نیست که بتوان آنها را نادیده گرفت و از کنارشان به سادگی عبور کرد. از سوی دیگر، توجه آنها نیز به اینکه گفته شود این موارد قیاس منصوص العله و مفاد ظاهر لفظ است و اصولاً داخل در قیاس نیست، یا قیاس اولویت است و از محل بحث خارج است و یا تنقیح مناط قطعی است، کار آسانی نیست.

به علاوه بر فرض که برداشت ما از یک متن فقهی و عمل یک فقیه، اشتباه باشد و ما به غلط، کار او را قیاس بیندازیم، به کرات مشاهده می‌کنیم که فقهای بزرگی همچون صاحب جواهر از عمل فقهای دیگر، قیاس را برداشت نموده و در مقام پاسخ‌گویی و رد آنان فرموده‌اند: «هذا قیاس لا نقول به». از این گونه تعبیرات می‌توان پی برد که استدلال طرف مقابل، به گونه‌ای بوده است که صاحب جواهر آن را قیاس دانسته و به همین جهت نظر او را صائب ندانسته است. این مطلب در مورد سایر فقها هم به چشم می‌خورد یعنی گاهی اوقات فقیهی برای ادعای خود

دلیلی آورده است که از دیدگاه خود او قیاس نیست، اما دیگران آن را قیاس باطل دانسته و مردود شمرده‌اند. بنابراین وجود قیاس در متون فقهی مطلبی است که کلام بزرگان فقه بر آن دلالت دارد.

با نگاهی گذرا به کتب شیخ طوسی می‌توان به دهها مورد قیاس دست یافت که شیخ آنها را مورد استناد قرار داده و بر اساس آن حکم صادر کرده است. تعداد این قیاسها اصلاً اهمیت ندارد. آنچه مهم و محل سؤال است این است که اگر عمل به قیاس در فقه شیعه به طور مطلق درست نیست، ایشان اصلاً حتی در یک مورد هم نباید به آن استناد کرده باشد. بنابراین، تمسک به قیاس چه مفهومی دارد؟ روشن است که قیاسهای فوق غیر از قیاسهای مورد قبول شیعه است. قیاسهای مورد قبول شیعه عبارت است از:

۱. قیاس منصوص العله که داخل در مبحث حجیت ظهور و تحت عموم لفظی قرار می‌گیرد. این نوع قیاس، مورد قبول فقهای امامیه قرار دارد و از محل نزاع خارج است و ما به آن کاری نداریم.

۲. قیاس اولویت و فحوا که آن نیز از سنخ دلالت‌های لفظی و لزوم بین بالمعنی الأخص است، لذا فقها در حجیت آن تردید نکرده‌اند.

۳. قیاس تنقیح مناط قطعی. تنقیح مناط اگر قطعی باشد، مورد قبول فقهای امامیه است و محل نزاع نیست. اما به نظر می‌رسد قریب به اتفاق قیاسهای تنقیح مناط، تنقیح مناط ظنی است که در این صورت شیعه آن را حجت نمی‌داند و داخل در محل نزاع می‌باشد.

قیاس محل نزاع که در متون فقهی به دست آمده قیاس مستنبط العله است. در این نوع قیاس که در نصوص و ادله نقلی، علت حکم اصل ذکر نشده است، مجتهد با استفاده از راههای مختلف کشف علت، مخصوصاً مناسبت میان حکم و موضوع، علت را استنباط نموده و سپس با احراز وجود آن در فرع، حکم اصل را در مورد آن ثابت می‌کند. این گونه قیاسها محل نزاع و شاهد اصلی ماست و استناد ما به همین قسم از قیاس است.

اینک به ذکر نمونه‌هایی از تمسک به قیاس توسط شیخ طوسی می‌پردازیم. در

این مثالها، صرف نظر از درستی یا نادرستی استدلال شیخ طوسی و نقدهایی که ممکن است بر آن وارد باشد، آنچه دارای اهمیت است، نفس استناد به قیاس است؛ خواه به عنوان یک دلیل مستقل مطرح شده باشد، خواه به عنوان مؤید و شاهد و خواه عنوان قیاس به آن داده باشند و یا عنوانی دیگر.

## نمونه‌هایی از قیاسهای شیخ طوسی<sup>۱</sup>

۱. قیاس قرآن به انسان مسلمان: از دیدگاه اسلام مالکیت شخص کافر بر شخص مسلمان مشروعیت ندارد و مورد قبول نیست. به همین جهت اگر عبد مسلمانی توسط کافری خریداری شود، آن عبد خودبه‌خود آزاد گشته و به ملکیت کافر در نمی‌آید؛ زیرا خداوند هیچ سلطه‌ای را برای کافر علیه مسلمان قرار نداده است. «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء/ ۱۴۱)؛ و خداوند هرگز بر [زیان] مؤمنان برای کافران راه [تسلطی] قرار نداده است.

برخی از فقها قرآن را هم به انسان مسلمان ملحق نموده و گفته‌اند: «مالکیت شخص کافر بر قرآن مشروعیت ندارد و کافر مالک قرآن نمی‌شود». آنها نه تنها مالکیت کافر بر قرآن بلکه مالکیت او را بر کتابهایی که در بردارنده احادیث پیامبر ﷺ می‌باشد نیز صحیح نمی‌دانند و دلیل این مطلب را اعظام این کتابها ذکر می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲۵۵/۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۸۸/۳).

شیخ طوسی دایره این حکم را بیش از این گسترش داده و مالکیت مشرکان بر آثار و اقوال سلف را نیز جایز ندانسته است و ملاکی که ذکر کرده همان ملاک یعنی اعزاز و اعظام این کتب می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۶۲/۲). در این مسئله، جامع، امور محترم و عظیم، و حکم، عدم تسلط و مالکیت کافر بر آنهاست.

۲. قیاس همه عقود که برای نقل مال به کار می‌رود به بیع: اگر کسی نخل مؤبّری (درخت خرمایی که در آن گرده‌افشانی صورت گرفته است) را

۱. همان طور که از عنوان مقاله پیداست نمونه‌هایی که در این نوشتار ذکر می‌شود تنها از کتابهای شیخ طوسی استخراج شده است. این حقیر صدها نمونه دیگر از کاربرد قیاس را در کتب فقهی سایر فقها استخراج نموده‌ام که در صورت مهیا شدن فرصت مناسب در آینده ارائه خواهم نمود.



بفروشد، ثمره آن مال بایع است و اگر نخل غیر مؤبّر را بفروشد، ثمره آن مال مشتری است. این چیزی است که روایات در آن صراحت دارند (حرّ عاملی، ۱۴۰۳: ۴۰۷/۱۲). شیخ طوسی در المبسوط (۱۳۸۷: ۱۰۰/۲) بقیه عقود را هم به بیع ملحق کرده و حکم فوق را تعمیم داده است. به نظر وی اگر انتقال نخل از راه غیر بیع هم باشد، در صورت مؤبّر بودن، ثمره مال بایع و در غیر این صورت، ثمره از آن منقول الیه است، پس فرقی بین بیع و غیر بیع نیست.

این نظر شیخ طوسی در واقع چیزی جز قیاس تمامی عقودی که برای نقل و انتقال مال به کار می‌رود به بیع نیست و لذا می‌بینیم ابن ادریس حلی در السرائر نیز، پس از نقل کامل سخنان شیخ طوسی در این رابطه، این عمل او را قیاس دانسته و به خاطر این کار، به شدت به وی اعتراض می‌کند و این نظر را نظر مخالفان به شمار می‌آورد (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۶۴/۲). در این مسئله، جامع، نقل درخت خرما می‌رود به شخص دیگر به وسیله عقودی که برای نقل مال به کار می‌رود و حکم، عدم انتقال ثمره آن می‌باشد.

۳. قیاس همه درختان به نخل: در روایتی که در این رابطه وجود دارد، حکم مذکور فقط در مورد درخت نخل بیان شده است. حال سؤال این است که آیا این حکم به سایر درختان نیز تسرّی پیدا می‌کند و بقیه درختان نیز به نخل ملحق می‌شوند؟ شیخ طوسی در النهایه، سایر درختان را نیز به نخل ملحق کرده و حکم بالا را در مورد آنها جاری می‌داند (بی‌تا: ۴۱۵). در این مسئله، جامع، نقل مطلق درخت مؤبّر به شخص دیگر به وسیله عقودی که برای نقل مال به کار می‌رود و حکم، عدم انتقال ثمره آن می‌باشد.

۴. قیاس قرض به هبه: آیا مقرض (قرض دهنده) می‌تواند از قرض رجوع کند و مال قرض داده شده را بعد از قبض مستقرض (قرض گیرنده) از او پس بگیرد؟ نظر شیخ طوسی این است که می‌تواند. شیخ طوسی در مقام استدلال برای این مطلب، قرض را به هبه قیاس کرده است بدین صورت که همان طور که در هبه امکان رجوع وجود دارد (حرّ عاملی، ۱۴۰۳: ۳۴۲/۱۳)، در قرض که نهایتش آن است که بگوییم در آن نیز همانند هبه، مال قرض داده شده به ملکیت مقرض در می‌آید،

امکان رجوع وجود خواهد داشت؛ زیرا این دو عقد شبیه هم هستند و وقتی در یکی رجوع امکان داشته باشد، در دیگری نیز امکان دارد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۶۱/۲). در این قیاس، جامع، دادن مال به دیگری و حکم جواز رجوع از آن است.

۵. قیاس بیع کالای به رهن گذاشته شده به بیع فضولی: در رهن که راهن کالایی را در نزد مرتهن به عنوان گرو قرار می‌دهد، راهن حق هیچ گونه تصرفی در عین مرهونه ندارد. بنابراین نمی‌تواند از آن استفاده کند، در آن ساکن شود، آن را اجاره دهد، آن را بفروشد و یا هرگونه تصرف دیگری در آن بنماید.

حال اگر راهن اقدام به فروش، بخشش و یا هرگونه تصرف دیگری در عین مرهونه کند، این تصرف او، از نظر شرعی چه حکمی پیدا می‌کند؟ آیا این تصرف از اساس باطل است یا نه؛ بلکه متوقف بر اجازه مرتهن باقی مانده و در صورت اجازه مرتهن حکم به صحت آن می‌شود؟

بسیاری از فقها از جمله شیخ طوسی در النهایه (بی تا: ۴۳۳)، صحت بیع و بخشش راهن را متوقف بر اجازه مرتهن دانسته و آن را به بیع فضولی ملحق کرده‌اند و احکام بیع فضولی را در مورد آن جاری نموده‌اند. همه می‌دانیم که مطابق با نصوص روایات، بیع فضولی صحیح است<sup>۱</sup> اما بیع راهن با آن تفاوت دارد؛ در بیع فضولی، مجیز خود مالک کالا است، اما در بیع و بخشش کالای به رهن گذاشته شده، مجیز، مالک عین مرهونه نیست و تنها تصرف در آن در مدت زمان خاصی به او واگذار شده است. اما با وجود این، فقها تصرف راهن را همچون بیع فضولی به شمار آورده و در واقع آن را به بیع فضولی قیاس کرده‌اند. در این قیاس جامع، تصرف در کالایی که حق تصرف در آن را ندارد و حکم، توقف صحت آن بر اجازه صاحب حق تصرف است.

۶. قیاس عوض صلح به عوض مبیع: اگر دو نفر مدعی مالکیت خانه‌ای شوند

۱. عن عروة بن جعد البارقی قال: قدم جلب، فأعطانی النبی ﷺ دیناراً، فقال: «اشتر بها شاة»، فاشترت شاتین بدینار، فلحقتی رجل فبعت أحدهما منه بدینار، ثم أتیت النبی ﷺ بشاة ودینار، فردّه علیّ، وقال: «بارک الله لك فی صفقة یمینك» ولقد كنت أقوم بالکناسة - أو قال بالكوفة - فأربح فی الیوم أربعین ألفاً (نوری، ۱۴۰۸: ۲۴۵/۱۳).

که در دست شخص ثالثی است و سبب ملکیت آنان بر خانه، امر واحدی از قبیل ارث باشد که موجب شریک شدن آنان در آن خانه شده است، در این حالت اگر شخص ذوالید سخن یکی از دو مدعی را تصدیق کند، خانه میان دو مدعی تقسیم می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶/۲۳۴).

حال در همین فرض، اگر فردی که خانه در دست اوست یعنی ذوالید، با یکی از آن دو مدعی در برابر نصف خانه صلح نماید، آیا در اینجا عوض صلح، بین مقرر له و شریکش تقسیم می‌شود یا عوض صلح فقط متعلق به مقرر له خواهد بود؟ شیخ طوسی در جایی که این صلح بدون اجازه شریک صورت گیرد، عوض را خاص مقرر له دانسته و آن را به عوض مبیع در جایی که یکی از دو شریک اقدام به فروش حصه خود کرده باشد، قیاس نموده است یعنی به همان دلیلی که در فروش سهم مشاع، شریکین در عوض مبیع شریک نمی‌شوند، به همان دلیل در عوض صلح بر سهم یکی از شریکین نیز شراکت معنا ندارد (۱۳۸۷: ۲/۲۹۳). در این مسئله، جامع، معاوضه سهم یکی از دو شریک و حکم، عدم اشتراک شریک دیگر در عوض می‌باشد.

۷. قیاس عامل مضاربه به وکیل: اگر در عقد مضاربه بین مالک و عامل در مورد رد، اختلاف به وجود آید، به نظر شیخ طوسی در المبسوط قول عامل مورد قبول واقع می‌شود. شیخ طوسی عامل را همانند وکیل به شمار آورده است یعنی همان طور که سخن وکیل در نزاع با موکل در مورد رد مال موکل، مورد قبول قرار می‌گیرد، سخن عامل مضاربه هم مورد قبول قرار می‌گیرد؛ زیرا هر دو امین هستند (۱۳۸۷: ۳/۱۷۴). در اینجا جامع، امین بودن و حکم، پذیرش سخن او می‌باشد.

۸. قیاس وصیت به هبه و وقف: اگر شخصی مال یا پولی را برای کسی وصیت کند و آنکه مال برای او وصیت شده است (موصی له) وصیت را قبول کند و بعد کسی که وصیت کرده است (موصی)، از دنیا برود، آنگاه موصی له قبل از قبض مال وصیت شده، از نظر خود برگردد و وصیت را رد کند، آیا در این فرض، وصیت صحیح و رد باطل است یا رد صحیح و وصیت باطل است؟

شیخ طوسی در المبسوط قائل به صحت رد و بطلان وصیت شده است. ایشان

برای تأیید این نظر، وصیت را به وقف قیاس کرده است؛ یعنی همان طور که در وقف، با آنکه با اجرای صیغه عقد، موقوف علیه مالک منفعت می‌شود اما برای استقرار ملکیت، قبض شرط است،<sup>۱</sup> در وصیت نیز برای استقرار ملکیت، قبض شرط است و چون هنوز قبض صورت نگرفته است، پس رد وصیت جایز است. بنابراین رد، صحیح و وصیت باطل خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳/۴). در مسئله فوق جامع، قبول مال دیگری و حکم، صحت رد آن قبل از قبض است.

۹. قیاس عقد در حال احرام به عقد در زمان عدّه: یکی از محرمات احرام برای کسی که در حال انجام حج یا عمره است، اجرای صیغه عقد ازدواج است. شیخ طوسی در الخلاف گفته است:

اگر محرم در حال احرام و در حال علم به تحریم، زنی را برای خود عقد کند، آن زن بر او حرام ابدی می‌شود و اگر با او نزدیکی کرده باشد، گرچه جاهل به تحریم باشد، باز هم حرمت ابدی وجود خواهد داشت. همین طور است در صورتی که مرد، زن محرم را به عقد خود درآورد یا با او نزدیکی کند (۱۴۰۷: ۳۱۷/۲ و ۳۲۲).

صاحب جواهر این نظر را از شیخ طوسی و جمعی دیگر از فقها نقل کرده است. از کلمات صاحب جواهر و پاسخ او به این نظر، معلوم می‌شود که یکی از دلایل این قول، قیاس این عقد به عقد در حال عدّه است یعنی همان طور که عقد در زمان عدّه و با علم به حکم یا از روی جهل در صورتی که همراه با دخول باشد، موجب حرمت ابدی است،<sup>۲</sup> عقد در حال احرام هم اگر از روی علم باشد و یا از روی جهل ولی همراه با دخول باشد، موجب حرمت ابدی می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۴۵۱/۲۹). در این

۱. عن الحكم بن عتيبة قال: تصدق أبي عليّ بدار فقبضتها ثمّ ولد له بعد ذلك أولاد، فأراد أن يأخذها مني فيتصدق بها عليهم، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك وأخبرته بالقصة، فقال: لا تعطها إياه، قلت: فإنه يخاصمني قال: فخاصمه ولا ترفع صوتك على صوته (حرّ عاملي، ۱۴۰۳: ۲۹۸/۱۳).

۲. عن أديم بياع الهروي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث أنّه قال: «والذي يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم لا تحلّ له أبدًا». عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحلّ له أبدًا عالمًا كان أو جاهلًا وإن لم يدخل حلت للجاهل ولم تحلّ للأخر» (همان: ۳۴۴/۱۴-۳۴۵).

مسئله، جامع، اجرای عقد در زمان نهی و حرمت و حکم، حرمت ابدی است.

۱۰. قیاس عقد ازدواج فاسد و وطی از راه شبهه به طلاق: اگر مردی زن باردارش را طلاق دهد، نفقه آن زن بر مرد واجب است. این حکم در صورتی است که عامل جدایی زن و مرد، طلاق باشد و روایاتی که این حکم را بیان کرده‌اند یا صراحت دارند در اینکه حکم مذکور مربوط به طلاق است و یا ظهور در طلاق دارند.<sup>۱</sup> به همین دلیل می‌بینیم در کتاب وسائل الشیعه بابی تحت عنوان باب «وجوب نفقة المطلقة الجلی حتی تضع» آورده شده که نشان می‌دهد مقصود روایات، جدایی زن و مرد به سبب طلاق است.

حال اگر عامل دیگری غیر از طلاق باعث جدایی زن باردار از مرد شود؛ مثل آنکه بعد از بارداری مشخص شود که عقد ازدواج این زن و شوهر فاسد بوده است، از قبیل اینکه مرد بفهمد که زن، خواهر رضاعی اوست یا دارای شوهر دیگری است که در این مواقع، زن و مرد بلافاصله بر هم حرام و از یکدیگر جدا می‌شوند، یا مثلاً در نظر بگیریم که وطی از روی شبهه اتفاق بیفتد و زن باردار شود و بعد معلوم شود که زن و مرد حلال یکدیگر نیستند؛ آیا در این موارد نیز همچون طلاق، پرداخت نفقه زن بر مرد واجب است؟

به نظر شیخ طوسی در کتاب المبسوط اقوی آن است که نفقه بائن حامل، به طور مطلق بر شوهر واجب است؛ خواه زن از راه طلاق از مرد جدا شده باشد یا عامل دیگری غیر از طلاق موجب جدایی آنان شده باشد مثل آنکه حمل از نکاح فاسد و یا از روی شبهه به عمل آمده باشد (۱۳۸۷: ۲۷۵/۵). مبنای شیخ طوسی آن است که وجوب نفقه، به خاطر وجود حمل است، نه به خاطر خود زوجه؛ پس وجوب و عدم وجوب نفقه، دائرمدار وجود و عدم وجود حمل می‌باشد. لذا از دیدگاه وی، طلاق فاسد و غیر طلاق هم به طلاق صحیح ملحق می‌شود؛ زیرا علت وجوب نفقه در همه وجود دارد، در نتیجه در همه موارد، نفقه بر مرد واجب خواهد بود. در این قیاس،

۱. عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبلية، قال: «أجلها أن تضع حملها وعليه نفقتها حتى تضع حملها». عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلية أنفق عليها حتى تضع حملها» (همان: ۲۳۰/۱۵).

جامع، جدایی مرد از زن حامله و حکم، وجوب نفقه زن بر مرد است.

۱۱. قیاس اموال پیداشده در بیابان به اموال پیداشده در دار مخروبه: اموالی که در دار مخروبه پیدا می‌شود، در صورتی که صاحب آن پیدا نشود، مال کسی است که آن را پیدا می‌کند. در رابطه با این مسئله، روایات بسیاری از ائمه معصومین علیهم‌السلام بیان شده است.<sup>۱</sup>

حکم مذکور در مورد اموالی است که در دار مخروبه پیدا شود. حال ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا اموالی که در فلات و بیابان پیدا می‌شود نیز متعلق به کسی است که آن را پیدا می‌کند؟ در روایاتی که در این باب وارد شده است، نامی از فلات به میان نیامده، بلکه فقط حکم اموال پیداشده در دار مخروبه بیان شده است. شیخ طوسی در کتاب النهایه خود حکم فوق را از دار مخروبه به فلات تعمیم داده و هر دو را دارای حکم واحد دانسته است (بی تا: ۳۲۲). بدین صورت که از تعلیق حکم بر اموال موجود در دار مخروبه، می‌توان علت حکم را استنباط کرده، آن را به جاهای دیگر نیز تعمیم داد. در این قیاس، جامع، اموال پیداشده در زمین بدون مالک و حکم، تعلق آن اموال به یابنده آن است.

۱۲. قیاس نوه‌های دختری به کلاله مادری: در بحث میراث، محل سؤال است که سهم ارث نوه‌های دختری میت، هنگامی که این نوه‌ها زن و مرد باشند، چه مقدار است یعنی آیا در میان نوه‌های دختری میت، ارث مردها دو برابر زن‌هاست یا ارث مردها و زنها برابر است؟ در این مورد دو نظر وجود دارد. نظر اول که نظر مشهور و تقریباً اجماعی است آن است که نوه‌های دختری همانند نوه‌های پسری ارث می‌برند یعنی سهم ارث مردها دو برابر سهم ارث زن‌هاست (نجفی، ۱۳۶۷: ۱۲۶/۳۹). نظر دوم نظر پاره‌ای از فقها مثل شیخ طوسی در المبسوط (۱۳۸۷: ۷۶/۴) است. این دسته بر این باورند که نوه‌های دختری میت به طور مساوی ارث می‌برند و مرد و زن

۱. عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الدار يوجد فيها الورق فقال: «إن كانت معمورة فيها أهلها فهي لهم، وإن كانت خربة قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به». عن محمد بن مسلم، عن أحمدهما عليهما السلام في حديث قال: وسألته عن الورق يوجد في دار فقال: «إن كانت معمورة فهي لأهلها، فإن كانت خربة فأنت أحق بما وجدت» (همان: ۳۵۴/۱۷).

با هم فرقی نمی‌کنند. به نظر صاحب جواهر دلیل این قول چیزی جز قیاس نوه‌های دختری به کلاله مادری<sup>۱</sup> نیست (نجفی، ۱۳۶۷: ۱۲۶/۳۹). در مسئله فوق جامع، قرابت از طریق مادر و حکم، تساوی زن و مرد در ارث می‌باشد.

۱۳. قیاس همه مواردی که زمان مرگ دو نفر مشتبه می‌شود مثل آتش‌سوزی و قتل در میدان جنگ به مرگ در زیر آوار و غرق شدن: اگر دو نفر که از یکدیگر ارث می‌برند، بر اثر منهدم شدن بنا، زیر آوار مانده و فوت کنند یا هر دو در اثر غرق شدن از دنیا بروند، با چند شرط از هم ارث می‌برند: اولاً پس از خود اموالی بر جای گذارند. ثانیاً از یکدیگر ارث‌بر باشند. ثالثاً زمان مرگ آنها مشتبه باشد و مشخص نشود که کدام یک زودتر از دیگری از دنیا رفته است. این حکم در روایات فقط برای دو صنف بالا بیان شده است و عنوانی که در کتاب وسائل الشیعه برای این باب انتخاب شده عبارت است از «أبواب میراث الغرقی والمهدوم علیهم» که به همین دو گروه مربوط می‌شود.<sup>۲</sup>

در مورد سرایت این حکم به جایی که سبب مرگ امور دیگری غیر از رفتن زیر آوار و یا غرق شدن باشد، مثل مرگ در اثر آتش‌سوزی یا مرگ در میدان جنگ، به گونه‌ای که دو نفر که از هم ارث می‌برند در اثر آتش‌سوزی یا در جنگ از بین بروند و امکان به دست آوردن تقدم و تأخر زمان مرگ آنها وجود نداشته باشد، در بین فقها اختلاف شده است. عده‌ای از فقها مثل شیخ طوسی در کتاب النهایه (بی‌تا: ۶۷۴)، سایر مواردی را که زمان مرگ دو نفر مشتبه شده و تقدم و تأخر مرگ یکی بر دیگری مشخص نمی‌شود همچون موارد بالا به مهدوم علیهم و غرقی ملحق کرده

۱. عن مسمع أبي سيار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وترك إخوة وأخوات لأم وجدًا، قال: «الجد بمنزلة الأخ من الأب، له الثلثان، وللإخوة والأخوات من الأم الثلث، فهم شركاء سواء». عن بكير بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الذي عنى الله في قوله: «وإن كان رجل يورث كلاله وأمرأة وله أخ وأخت فلكل واحد منهما الثلث فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث» إنما عنى بذلك الإخوة والأخوات من الأم خاصة» (همان: ۴۹۶-۴۹۷/۱۷).

۲. عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يغرقون أو يقع عليهم البيت، قال: «يورث بعضهم من بعض». عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يغرقون في السفينة أو يقع عليهم البيت فيموتون فلا يعلم مات قبل صاحبها، قال: «يورث بعضهم من بعض. كذلك هو في كتاب علي عليه السلام» (همان: ۵۹۰/۱۷).

و قائل به ارث بردن هر کدام از دیگری می‌باشند. دلیل بر این مطلب آن است که اشتباه که علت حکم است، در آن موارد نیز وجود دارد، پس همانند مورد مرگ در زیر آوار و غرق شدن، باعث خواهد شد که آنان از یکدیگر ارث ببرند.

اما برخی دیگر از فقها مثل صاحب جواهر در اینجا حکم فوق را منحصر در مهدوم علیهم و غرقى دانسته‌اند و تعدی از این دو سبب به سایر اسباب را نمی‌پذیرند و آن را قیاس باطل به حساب می‌آورند (نجفی، ۱۳۶۷: ۳۰۸/۳۹). در این قیاس، جامع، مشتبّه شدن زمان مرگ دو نفر است که از هم ارث می‌برند و حکم، ارث بردن آن دو از یکدیگر می‌باشد.

۱۴. قیاس بینّه به اقرار: در اختلاف میان مدعی و منکر در باب مخاصمات، مدعی باید برای اثبات ادعای خود بینّه اقامه کند و اگر نتواند این کار را انجام دهد، نوبت به منکر می‌رسد که بر رد ادعای مدعی قسم بخورد. اگر مدعی به جهتی مثل آنکه بینّه را از یاد برده یا اساساً از اصل وجود بینّه بی‌خبر است، نتواند بینّه اقامه کند و منکر قسم بخورد و بعد از آنکه منکر قسم خورد، مدعی از وجود بینّه آگاهی پیدا کند یا آن را به یاد آورد و بر ادعای خویش بینّه اقامه کند، آیا در این صورت شهادت بینّه مورد قبول قرار می‌گیرد؟

شیخ طوسی در المبسوط گفته است:

در صورتی که مدعی از وجود بینّه بی‌اطلاع باشد یا آن را فراموش کرده باشد و بعد از آنکه منکر قسم خورد یادش بیاید، بینّه‌اش پذیرفته می‌شود. اما در صورتی که از ابتدا علم به وجود بینّه داشته است ولی بعد از قسم منکر، بخواهد آن را ارائه دهد، قابل قبول نیست (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۱۰/۸).

به نظر صاحب جواهر دلیل بر این مطلب، قیاس بینّه به اقرار است، یعنی همان طور که اگر منکر بعد از قسم اقرار کند اقرارش پذیرفته می‌شود (اصولاً اقرار مقرر مطلقاً پذیرفته می‌شود) و قسم او بر انکار ادعای مدعی، مانع پذیرش اقرار او نمی‌شود، اقامه بینّه نیز بعد از قسم، مورد قبول قرار می‌گیرد (نجفی، ۱۳۶۷: ۱۳۳/۴۰). در این قیاس،

۱. عن محمد بن الحسن العطار عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المؤمن أصدق على نفسه من سبعين مؤمناً عليه». عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «إقرار العقل على أنفسهم جائز» (همان: ۱۱۱-۱۱۰/۱۶).



جامع، تأخیر تحقق دلیلی که ادعای مدعی با آن ثابت می‌شد به بعد از قسم منکر و حکم، پذیرش آن دلیل می‌باشد.

۱۵. قیاس زوج به زوجه: وجود رابطه نسبی یا سببی بین دو یا چند فرد، اجمالاً مانع از آن نیست که آنها بتوانند به نفع یا بر علیه یکدیگر شهادت دهند، گرچه در بعضی از فروع قبول شهادت آنها مقید به شرایطی می‌شود. به عنوان مثال اگر زوجه بخواهد به نفع زوج شهادت دهد، برای پذیرش شهادت او لازم است یک عادل دیگر نیز همراه او شهادت دهد.<sup>۱</sup> حال اگر زوج بخواهد به نفع زوجه شهادت دهد، آیا باز هم ضمیمه شدن شهادت یک عادل دیگر همانند عکس آن لازم است؟ در فرض مذکور نظر شیخ طوسی در النهایه این است که زوج هم مثل زوجه باید یک شاهد عادل که ادعای او را تأیید کند، به همراه داشته باشد تا شهادتش مورد قبول قرار گیرد (بی‌تا: ۳۳۰). به نظر می‌رسد دلیل شیخ طوسی برای این مطلب قیاس زوج به زوجه بوده است. لذا صاحب جواهر وجوه فارق زیادی بین آن دو بیان می‌کند تا نتیجه بگیرد که حکم زوج و زوجه در اینجا متفاوت و قیاس فوق مع الفارق می‌باشد (نجفی، ۱۳۶۷: ۷۸/۴۱). در این قیاس، جامع، شهادت یک زوج، له یا علیه دیگری و حکم، لزوم قسم شاهد دیگر است.

۱۶. قیاس اتیان بهائم به زنا، لواط و سحق: تعداد شهود لازم برای اثبات حد زنا،<sup>۲</sup> لواط و سحق چهار نفر است. اما در مورد تعداد شهود لازم برای اثبات حد اتیان بهیمه، اختلاف نظر وجود دارد. شیخ طوسی در المبسوط اتیان بهیمه را در ردیف زنا و لواط آورده و تعداد شاهد لازم در آنها را چهار شاهد دانسته است (۱۳۸۷: ۷/۸).

به نظر صاحب جواهر، شیخ طوسی در اینجا مرتکب قیاس شده است؛ زیرا او اتیان بهیمه را با زنا، لواط و سحق در علت حکم که هتک باشد، مشترک دانسته و

۱. عن سماعة فی حدیث قال: سألت عن شهادة الرجل لامرأته، قال: «نعم»، والمرأة لزوجها؟ قال: «لا، إلا أن يكون معها غيرها» (همان: ۲۷۰/۱۸).

۲. عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربع أنهم رأوه يدخل ويخرج». عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «لا يرجم رجل ولا امرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود على الإيلاج والإخراج» (همان: ۳۷۱/۱۸).

این عمل را به آن سه ملحق و تعداد شهود لازم را در همه چهار مرد دانسته است (نجفی، ۱۳۶۷: ۱۵۵/۴۱ و ۶۴۳).

۱۷. قیاس دندان اضافی به انگشت اضافی: اگر در دست شخصی انگشت اضافی وجود داشته باشد و شخص دیگری در اثر جنایتی که به او وارد می‌کند، سبب قطع این انگشت اضافی در دست او شود، دیه‌ای که در اثر این جنایت باید پردازد ثلث دیه انگشت اصلی است. روایاتی که در بردارنده حکم مذکور هستند، دیه ثلث را فقط در مورد انگشت اضافی بیان کرده‌اند<sup>۱</sup> و در مورد جنایت بر اعضای اضافی دیگر نصی وجود ندارد؛ چنان که صاحب جواهر نیز به این مطلب تصریح کرده است (همان: ۲۳۴/۴۳).

حال اگر شخصی در دهان خود دندان اضافی داشته باشد که جنایت جانی باعث افتادن آن شود، آیا مقدار دیه آن دندان اضافی نیز ثلث دیه دندان اصلی خواهد بود؟ اکثر فقها در این خصوص نظر مثبت دارند و دیه دندان زاید را در صورتی که به صورت منفرد و جدا از دندانهای اصلی کنده شود، ثلث دیه کامل دانسته‌اند. مثلاً شیخ طوسی در کتابهای المبسوط (۱۳۸۷: ۱۰۰/۷) و النهایه (بی‌تا: ۷۶۷) دارای این نظر است. این حکم در واقع دلیلی به جز قیاس دندان زاید به انگشت زاید ندارد؛ زیرا بر طبق روایات، دیه ثلث در مورد عضو زاید، فقط مختص انگشت است و در مورد بقیه اعضا نصی وجود ندارد و اگر فقها در اعضای زاید دیگر این حکم را بیان کرده‌اند، از باب قیاس آن اعضا به انگشت اضافی است.

صاحب جواهر در این مسئله ابتدا می‌فرماید: این حکم مختص انگشت اضافی است و سرایت دادن آن به بقیه اعضا قیاس است؛ اما بعد با یک استدراک نظر خود را عوض کرده و می‌فرماید: «مگر اینکه ما از روایات، یک قاعده کلی استخراج کنیم و بگوییم دیه قطع همه اعضای اضافی در بدن، ثلث دیه عضو اصلی است». نتیجه آنکه صاحب جواهر نیز از روایات، ملاک حکم را استنباط کرده و با استفاده از آن ملاک، حکم دیه جنایت بر سایر اعضای زاید بدن را نیز به دست آورده است

۱. عن غیث عن جعفر عن أبیه عن علیؑ، أنه قضی فی شحمة الأذن بثلث دية الأذن، وفي الإصبع الزائدة ثلث دية الإصبع وفي كل جانب من الأنف ثلث دية الأنف (همان: ۲۶۷/۱۹).

و در واقع نظر شیخ طوسی را تأیید کرده است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۴/۴۳).

۱۸. قیاس دندانی که قدرت جویدن ندارد به دست شل: اگر بر دندان

شخصی جنایتی وارد شود که بر اثر آن جنایت، تمام منافع دندان از بین برود و وی نتواند با آن دندان غذا را بجود، مقدار دیه‌ای که جانی به سبب این جنایت باید پردازد چه مقدار است؟ شیخ طوسی در کتاب المبسوط در این فرض مقدار دیه را دیه کامل یک دندان سالم دانسته است. وی در مقام استدلال برای ادعای خود، این مسئله را به دیه شل کردن دست قیاس کرده و فرموده است:

همان طور که اگر بر دست کسی جنایتی وارد شود که باعث شل شدن آن شده و توان انجام کار با آن دست از او سلب گردد، جانی باید دیه کامل یک دست سالم را به معنی علیه پردازد، در مورد دیه دندان نیز اگر در اثر جنایت جانی، تمام منافع دندان از بین برود به طوری که قدرت جویدن غذا از آن سلب شود، بر جانی لازم است که کل دیه یک دندان سالم را پردازد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۱/۷).

غیر از آنچه ذکر شد دهها مورد قیاس دیگر را می‌توان در آثار فقهی شیخ طوسی به دست آورد که به منظور جلوگیری از طولانی شدن این نوشتار از ذکر مفصل آن خودداری می‌شود. برخی از این قیاسها عبارتند از: قیاس مطلق خون یا مطلق نجاست به خون بینی در معفوعنه بودن ذرات ریز نجاستی که با آب مخلوط می‌شود (همان: ۷/۱)، قیاس عدول از نماز مستحب به نماز واجب، به عدول از نماز واجب به نماز مستحب به منظور درک فضیلت بیشتر (همان: ۷۳/۱)، قیاس نماز واجب به نماز مستحب در جواز قطع آن به منظور درک فضیلت بیشتر (همان: ۱۵۷/۱)، قیاس انعام ثلاث به غلات اربع در مراعات نوع غالب هرگاه نوع تغذیه حیوانات و آبیاری گیاهان متفاوت باشد (همان: ۱۹۸/۱: ۱۴۰۷: ۵۳/۲)، قیاس نیت روزه ماه رمضان چند روز قبل از آغاز ماه به نیت روزه در شب قبل و حکم به جواز آن (۱۳۸۷: ۲۷۶/۱: ۱۴۰۷: ۱۶۶/۲)، قیاس بیمار به فرد دائم العطش و پیر فرتوت در وجوب پرداخت دو مد طعام به عنوان فدیة هرگاه قضای آن به سال بعد به تأخیر افتد (بی‌تا: ۱۵۸)، قیاس سفر، بارداری و شیر دادن به بیماری و حیض در به هم نخوردن توالی روزه‌های کفاره‌ای در صورت تحقق موانع فوق‌الذکر (۱۴۰۷:

۵۵۵/۴)، قیاس هر نوع مباشرتی که منجر به انزال شود به جماع در حرمت آن در حال اعتکاف و وجوب کفاره (۱۳۸۷: ۲۹۴/۱)، قیاس اعتکاف به روزه در وجوب تحمل کفاره همسر در جایی که او را وادار به جماع کرده است (همان)، قیاس احصار اجیر به مرگ او در صحت حج و اجاره (۱۴۰۷: ۳۹۰/۲) و....

### نتیجه‌گیری

آنچه ذکر شد نمونه‌هایی از کاربرد قیاس در کتب شیخ طوسی است. این نمونه‌ها نشان می‌دهد علی‌رغم آنچه که به فقها نسبت داده می‌شود و خود نیز در کتابهای اصولی بدان تصریح کرده و قیاس را حجت نمی‌دانند، آنان در مقام عمل و استنباط، گاهی اوقات و به ندرت بر خلاف نظراتشان به قیاس عمل کرده و با به کار گرفتن آن، احکام شرعی را استخراج نموده‌اند.

ممکن است کسی اصل قیاس بودن موارد مذکور را نپذیرد و بگوید اینها هیچ کدام قیاس نیست و آنها را یا از باب الغای خصوصیت و تنقیح مناط قطعی بدانند و یا بگویند قیاس منصوص العله هستند و یا مدعی شود که عموم لفظی دلیل اصل، شامل فرع و مقیس علیه شده و حکم آن را بیان کرده است و یا امثال آنها که مورد قبول فقهای امامیه قرار دارد، فرض کند. شاید بهترین و راحت‌ترین راه که ممکن است اقرب به صحت هم باشد، همین راه باشد. اما بعضی از استدلالهای ذکرشده در بالا که مورد استناد شیخ قرار گرفته است، توسط صاحب جواهر، قیاس نامیده شده و وی به همین جهت آن استدلال را نپذیرفته و رد کرده است، همچنین تعاریفی که برای قیاس در کتب اصولی اهل سنت و حتی شیعه ذکر شده است، بر این موارد قابل تطبیق است، علاوه بر این در مفهوم و ماهیت استدلالهای مشابه قیاس از قبیل الغای خصوصیت، تنقیح مناط، عموم لفظی، اصالة الظهور، قیاس اولویت و غیره شفافیت دقیقی که آن را کاملاً از قیاس متمایز کرده و بر مصادیق خارجی آن قابل تطبیق کند، دیده نمی‌شود. در نتیجه، این سه عامل دست به دست هم داده و این اطمینان را از انسان سلب می‌کند که قیاس بودن موارد فوق را نپذیرد.

اینک باید دید با فرض قبولی این تنافی میان نظرات اصولی و عملکرد در متون

فقهی، چگونه می‌توان آن را توجیه کرد و چه نتیجه‌ای می‌توان از آن به دست آورد؟ آیا باید گفت که فقها در کتب فقهی خود دچار خطا و اشتباه شده‌اند و همه مواردی که قیاس به نظر می‌رسد و قابل توجیه دیگری نیست، خطاهایی است که ناخواسته از آنان سر زده است؟ در این صورت آیا در همه مواردی که صاحب جواهر در مقام رد نظر فقهای بزرگی همچون شیخ طوسی و دیگر فقها گفته است: «هذا قیاس لا نقول به» که مفهوم آن این است که از دیدگاه صاحب جواهر، وی از قیاس استفاده کرده است، باید گفت که شیخ طوسی خودش متوجه نبوده است که دارد قیاس باطل انجام می‌دهد و دچار خطا شده است؟ یا اشتباه را به گردن صاحب جواهر بیندازیم و بگوییم اوست که دقت لازم را نداشته و از کلمات شیخ طوسی، به اشتباه، قیاس را استنباط نموده است؟

یک توجیه آن است که همه آنچه را که قیاس به نظر می‌رسد، خطاهایی بدانیم که شیخ ناخواسته دچار آن شده است. این خطاها دو صورت دارد. یک صورت آن است که بگوییم شیخ قصد قیاس نداشته و سهواً و از روی غفلت، مرتکب قیاس شده است. این احتمال شاید در برخی از موارد تمسک به قیاس پذیرفتنی باشد؛ اما همه موارد استفاده از قیاس بدین گونه نیست که بتوان به شیخ نسبت خطا و اشتباه داد.

صورت دوم خطا آن است که بگوییم شیخ که متهم به استفاده از قیاس است، در حقیقت قیاس انجام نداده است اما دیگران از عمل او برداشت غلط نموده و سهواً او را به عمل به قیاس رمی نموده‌اند. احتمال تحقق این فرض نیز در برخی از موارد منتفی نیست. اما همان گونه که قبلاً بیان شد مواردی را می‌توان یافت که این احتمال در مورد آنها ضعیف است و پذیرش اینکه قیاسی صورت نگرفته بسیار دشوار است.

نتیجه دیگری که از تنافی و ناهماهنگی میان نظرات فقها در کتابهای اصولی آنان و عملکردشان در فقه می‌توان به دست آورد این است که ادعا کنیم برداشت آنان از مفهوم و معنای قیاس باطل و منهی‌عنه که در روایات از عمل به آن نهی شده، کاملاً واضح و روشن نبوده است. همان طور که قبلاً بیان شد، نوع فقهای امامیه قیاس را

حجت نمی‌دانند و بطلان آن را از ضروریات دین به شمار می‌آورند. اما اینکه قیاس باطل چیست و حد و رسم آن کدام است و ملاک تمیز آن از موارد دیگری که شبیه قیاسند ولی از اعتبار لازم و حجیت برخوردارند چیست، در نزد فقها کاملاً تبیین نشده است و حد اقل می‌توان گفت که میان آنان در این رابطه وحدت نظر وجود ندارد و تعاریف آنان از قیاس باطل و منهی عنه با یکدیگر متفاوت می‌باشد.

به نظر می‌رسد در این زمینه نیز کلمات فقها دارای ابهام است. اینکه آنان قیاس اولویت را به طور مطلق حجت می‌دانند و توجه نمی‌کنند که آیا جامع که وجودش در فرع قوی‌تر از اصل است، از راه نص به اثبات رسیده یا نتیجه استنباط خود فقیه است (چرا که در فرض اول داخل در قیاس منصوص العله و در فرض دوم داخل در قیاس مستنبط العله خواهد شد) و اینکه در قیاس تنقیح مناط، تنها عدم فارق میان اصل و فرع را برای تساوی حکم آن دو کافی می‌پندارند و در اکثر موارد تنقیح مناط، ادعای قطع می‌کنند حال آنکه معیار مشخصی برای اثبات قطع ارائه نمی‌دهند و موافقان قیاس همان موارد فوق را ظنی دانسته و با استناد به قیاس، حجیت آن را اثبات می‌کنند و نیز اینکه در برخی از موارد که موافقان و مخالفان قیاس، بالانفاق در مورد مسئله‌ای حکمی را صادر نموده و برای آن از یک استدلال بهره گرفته‌اند و فقط در صدق عنوان قیاس بر آن اختلاف نظر دارند بدین صورت که مخالفان، با ادعای ظاهر بودن نص در علیت و سپس تعمیم علت فوق به موارد مشابه، حکم شرعی را در مورد آن مسئله ثابت می‌دانند و موافقان، همان حکم را به قیاسی که علت آن را فقیه از راه استنباط به دست آورده است، مستند می‌سازند و بسیاری از موارد مبهم دیگر در بحث قیاس، همه حاکی از این است که حداقل در پاره‌ای از موارد، نزاعها لفظی است و آنچه که اختلاف به نظر می‌رسد ناشی از عدم تعریف یا برداشت مشترک از بعضی از اصطلاحات است.

جهت دیگری که برای توجیه تنافی فرضی میان نظر و عمل فقها در مورد قیاس، با بهره‌گیری از سخنان صاحب جواهر در آنجا که گفته است: «فقیه بعد از ممارست و انس با سخنان ائمه علیهم‌السلام در بسیاری از امور به منزله کسی است که نزد امام حاضر است و با او سخن می‌گوید، با توجه به این، اگر از برخی ادله جواز تعدی از مورد

روایت به غیر آن را برداشت کند، این استنباط او حجت شرعی است و عمل بر طبق آن واجب است» (نجفی، ۱۳۶۷: ۳۷۳/۱۳). می‌توان بیان کرد، بحث نقش مذاق شرع است. توضیح مطلب آن است که انس ذهنی فقیه که بر اثر ممارست در نصوص پدید می‌آید، می‌تواند در وی این توانایی را ایجاد کند که با استفاده از علم و تجربه خویش، گاهی اوقات به ملاکات احکام اطمینان حاصل کرده و بر اساس آن حکم را از موارد منصوص به موارد دیگر تعمیم دهد. اینکه برخی از فقها سخن از شَمّ الفقاهه به میان آورده‌اند، مانند آیه‌الله نائینی که در یکی از مباحث مربوط به بیع گفته است: «از بیع به دیگر معاوضات، تعدی نمی‌شود؛ زیرا الغای خصوصیت کردن و استظهار نمودن که مناط در این حکم، عبارت است از معاوضه، منوط به شَمّ الفقاهه است» (۱۴۱۸: ۳۵۸/۳)، می‌تواند تأییدی بر ادعای فوق باشد و مواردی که مشاهده می‌کنیم فقها قیاس کرده‌اند از همین باب باشد. در این موارد، گرچه در نص به علت و جامع تصریح نشده است، اما به گونه‌ای است که فقیه، ظهور در علت را از آن می‌فهمد و برای او در این مورد اطمینان حاصل می‌شود. آنگاه با توجه به آشنایی و ممارستی که با نصوص دارد، علت حکم را از آن استنباط می‌کند و به موارد مشابه که دارای علت مذکور هستند، حکم را تسری می‌دهد. در این حالت، روایات نهی از قیاس شامل آن نمی‌شود.

بر اساس این نتیجه‌گیری، نکته‌ای که بسیار حائز اهمیت است، نقش کسی است که قیاس می‌کند. این شخص اگر مجتهد باشد و سالیان درازی از عمر خویش را صرف مطالعه و بررسی منابع فقهی و آیات قرآن و روایات صادره از پیامبر ﷺ و ائمه معصومین علیهم‌السلام کرده باشد و بر روایات هر باب احاطه و تسلط کافی داشته و به اصطلاح ذائقة شرع را درک کرده باشد، تا حد زیادی می‌تواند ملاکات احکام را تشخیص دهد و در صورت ظهور آیات و روایات در علت امری، به استناد آن حکم را تعمیم دهد. اما اگر قیاس‌کننده مجتهد نباشد و به صرف مشاهده یک نص و استنباط ملاک حکم از آن مطابق با تشخیص و سلیقه شخصی خویش، آن را به موارد دیگر سرایت دهد، در این حالت، ادله نهی از قیاس شامل آن می‌شود و قیاس او مورد قبول نخواهد بود. بنابراین می‌پذیریم که فقها فی الجمله قیاس و یا اگر این

واژه را بر نمی‌تابید تعمیم انجام می‌داده‌اند گرچه موارد آن معدود و در شرایط خاص و توسط افراد خاصی این کار صورت می‌گرفته است.

با این توجیه می‌توان قیاسهایی را که فقها در کتابهایشان آورده‌اند، قبول کرد، اما توجه به این مطلب ضروری است که برای هر فقیهی با توجه به همان ممارست و انس ذهنی این حق وجود دارد که در مسئله جور دیگری بنگرد و مذاقی را برنتابد و یا برای او مذاق دیگری شکل گیرد. با این وجود به نظر می‌رسد بهترین توجیه همین باشد.

در هر صورت، ضمن احترام به جایگاه علمی برجسته و مقام عظیم و والا و فضیلت‌های اخلاقی و معنوی غیر قابل توصیف فقهای بزرگوار شیعه که با تلاشها و مجاهدتهای فراوان خود، همواره حافظ و مروج مکتب اهل بیت علیهم‌السلام بوده‌اند، به نظر می‌توان نتیجه گرفت که از مجموع مواردی که فقها احکامی را از دایرهٔ مصادیق مذکور در ادله لفظی احکام، به مصادیقی همانند آنها «تعمیم» داده‌اند و نام این «تعمیم حکم» یا «سرایت حکم» را تنقیح مناط، الغای خصوصیت، عدم اختصاص به مورد، عموم لفظی، قیاس اولویت و امثال آن گذاشته‌اند و در همین حال برخی دیگر آن را قیاس می‌دانند و حتی بعضی از فقها نیز مصادق‌هایی از آن را قیاس باطل دانسته و به همین سبب با آن به مخالفت برخاسته‌اند، به دست می‌آید که متأسفانه در مورد مسئلهٔ قیاس و دیگر مباحث مرتبط از جمله مذاق شرع، انضباط فکری کافی در میان فقها به چشم نمی‌خورد و این احتمال وجود دارد که ابعاد نظری مسئله عندالجمیع کاملاً روشن نشده باشد و همین ابهامات و اختلاف در مفاهیم و برداشتها، مسئلهٔ قیاس را کمی پیچیده کرده و لزوم بازنگری آن را توسط فقهای عظام جدی‌تر نموده است و بر خلاف آنچه که در کتابهای اصولی متأخران رسم شده است که به دلیل وضوح بطلان قیاس، از طرح آن در کتابهایشان خودداری می‌کنند، ضروری است کوششها در جهت تبیین به حق ابعاد مسئلهٔ قیاس مصروف شود و آنچه تا به حال انجام گرفته کافی نیست و گرنه این همه مواضع تهافت و تفاوت و معرکهٔ آرا پدید نمی‌آمد.



## کتاب شناسی

۱. آمدی، علی بن محمد، الاحکام فی اصول الاحکام، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۲ ق.
۲. ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، تحقیق لجنة التحقیق، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین، معالم الدین فی الاصول، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.
۴. استرآبادی، محمدامین بن محمد شریف، الفوائد المدنیة، تحقیق شیخ رحمة الله رحمتی اراکی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة فی تحصیل احکام الشریعة، تحقیق و تصحیح الشیخ عبدالرحیم الریانی الشیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۷. شیخ بهایی، محمد بن حسین، زیادة الاصول، تحقیق فارس حسون کریم، مرصاد، ۱۴۲۳ ق.
۸. شیرازی، ابراهیم بن علی، اللمع فی اصول الفقه، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۰۶ ق.
۹. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، تحقیق جماعة من المحققین، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۷ ق.
۱۰. همو، العدة فی اصول الفقه، تحقیق محمدرضا انصاری قمی، قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، تصحیح و تعليق السيد محمد تقی الکنفی، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء آثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۱۲. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، قدس محمدی، بی تا.
۱۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف، مبادئ الوصول الی علم الاصول، تعليق و تحقیق عبدالحسین محمد علی البقال، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۱۴. علم الهدی، علی بن حسین، الذریعة الی اصول الشریعة، تصحیح و تعليق ابوالقاسم گرّجی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ ش.
۱۵. غزالی، محمد بن محمد، المستصفی فی علم الاصول، تصحیح محمد عبدالسلام عبدالشافی، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.
۱۶. همو، المنحول من تعلیقات الاصول، تحقیق محمد حسن هیتو، دمشق، دار الفکر، ۱۴۱۹ ق.
۱۷. محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تعليق سيد صادق شیرازی، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. همو، معارج الاصول، اعداد محمد حسین رضوی، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) للطباعة و النشر، ۱۴۰۳ ق.
۱۹. نایینی، محمد حسین، منیة الطالب فی شرح مکاسب، تقرير موسى نجفی خوانساری، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق عباس قوچانی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
۲۱. نوری، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.



## حقیقت و گستره حکم حکومتی

### و نقش آن در حل مسائل نوپیدای جامعه\*

- محمداسحاق عارفی شیرداغی<sup>۱</sup>
- دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی

#### چکیده

حقیقت حکم حکومتی، گستره و نقش آن در حل مسائل نوین جامعه از مسائل مهم حکم حکومتی است. درباره حقیقت حکم حکومتی، مقتضای ادله آن است که حکم حکومتی نه از احکام اولیه و نه از احکام ثانویه است، بلکه قسم سوم را تشکیل می‌دهد. در مورد گستره حکم حکومتی هر چند در ظاهر اختلاف جدی و عمیق به چشم می‌خورد به گونه‌ای که هر یک از دیدگاهها دیگری را نفی می‌کند؛ یکی ولی فقیه را فقط مجری احکام شرعی دانسته و خارج از چارچوب احکام شرعی برای او حق صدور حکم قائل نیست و دیگری می‌گوید نه تنها ولی فقیه خارج از چارچوب شرعی می‌تواند حکم جعل کند، بلکه اگر اختیارات ولی فقیه در چارچوب احکام شرعی خلاصه شود ولایت مطلقه فقیه پدیده بی‌معنایی می‌شود. به هر حال، اگر

سخنان دو طرف به دقت بررسی شود آشکار می‌گردد که نه تنها اختلاف جدی و عمیقی در کار نیست، بلکه در حقیقت و محتوا نیز هیچ اختلافی با هم ندارند و نزاع تنها در لفظ است.

در مورد مسئله سوم می‌توان گفت اگر همه مشکلات جدید جامعه به وسیله حکم حکومتی حل نشود و همه مسائل نوین اجتماعی از این طریق پاسخ خود را نیابد، بدون تردید حکم حکومتی نقش عمده در این باره دارد و حلال بسیاری از مسائل و مشکلات نوپیدای جامعه است.

واژگان کلیدی: حکم حکومتی، احکام شرعی، مسائل نوین اجتماعی، نقش حکم حکومتی در حل مسائل نوین.

#### مقدمه

در باب حکم حکومتی مباحث گوناگونی مطرح است، اما آنچه در این نوشتار به آن پرداخته می‌شود مسائل زیر است:

۱- حکم حکومتی، چه معنا و مفهومی دارد؟  
 ۲- حکم حکومتی به هر مفهومی که باشد، گستره آن چیست آیا ولی فقیه تنها مجری احکام شرعی به شمار آمده و فقط در این چارچوب می‌تواند حکم صادر کند، یا علاوه بر اجرای احکام، خارج از چارچوب احکام شرعی نیز می‌تواند حکم جعل کند؟

۳- ولی فقیه چه در چارچوب احکام شرعی حکم صادر کند و چه خارج آن، این حکم، چه نوع حکمی است، آیا از احکام اولیه است یا از احکام ثانویه یا نوع سوم؟  
 ۴- حکم حکومتی از هر نوع و سنخی باشد، آیا از احکام شرعی قلمداد می‌شود یا نه؟

۵- حکم حکومتی چه از افراد حکم شرعی باشد چه نباشد، این حکم چه نقشی در حل معضلات اجتماعی و مسائل نوپیدای جامعه دارد؟

با توجه به پرسشهای یادشده مباحث زیر در اینجا بررسی می‌شود:

(۱) مفهوم حکم حکومتی؛

(۲) گستره حکم حکومتی؛

(۳) ماهیت و سنخ حکم حکومتی؛

۴) شرعی بودن حکم حکومتی؛

۵) نقش حکم حکومتی در حل مسائل نوپیدا.

## مفهوم حکم حکومتی

حکم حکومتی تعریفهای گوناگونی دارد که برخی از آنها در زیر بررسی می‌شود:

۱- صاحب جواهر هنگامی که تفاوت حکم و فتوا را بیان می‌کند، حکم را چنین

تعریف می‌کند:

حکم عبارت است از انشا (فرمان) برای اجرا و انفاذ حکم شرعی یا وضعی یا

موضوع آن دو (نجفی، بی‌تا: ۱۰۰/۴۰).

با توجه به اینکه مورد کلام او در این تعریف، حکمی است که از ناحیه قاضی

صادر می‌شود، ممکن است این توهم پدید آید که منظور ایشان از تعریف مزبور،

تعریف حکم قضایی است، نه حکم ولایی و حکومتی، لیکن با توجه به قرائنی که

در کلام وی وجود دارد می‌توان گفت مقصود او از تعریف یادشده مطلق حکم

حاکم است، چه حاکم به عنوان قاضی و چه به عنوان رهبر جامعه. از جمله قرائن

این است که در خصوصیت این حکم گفته شده است: بدون تردید چنین حکمی به

ثبوت رؤیت هلال تعلق می‌گیرد (همان). روشن است که حکم درباره رؤیت هلال از

احکام ولایی و حکومتی به شمار می‌آید، نه صرف حکم قضایی؛ بنابراین، می‌توان

گفت مقصود صاحب جواهر از تعریف مزبور، تعریف مطلق حکم حاکم است.

دو نکته درباره تعریف:

۱) در تعریف یادشده دو چیز متعلق انفاذ قرار گرفته است:

الف: حکم تکلیفی که از آن تعبیر به حکم شرعی شده است و حکم وضعی؛

حکم تکلیفی حکمی است که مباشرةً به افعال مکلفان تعلق می‌گیرد، مانند امرها و

نهی‌هایی که از سوی ولیّ فقیه صادر می‌شود و در قوانین وجود دارد؛ حکم وضعی

مانند تأسیس شخصیت حقوقی، مثل جعل منصب قضایی یا نظامی برای شخص

خاص، یا مثل جعل مجمع تشخیص مصلحت نظام از سوی امام خمینی علیه السلام یا حکم به

صحت یا بطلان طلاق یا عقد.

ب: موضوع حکم تکلیفی وضعی، مانند حکم به ثبوت رؤیت هلال و امثال آن.  
 ۲) بر اساس این تعریف وظیفه ولی فقیه و حاکم اسلامی منحصر به اجرای حکم شرعی در جامعه اسلامی است و همه دستورات او در همین راستا صادر می‌شود.  
 برخی فقهای معاصر نیز حکم حکومتی را مانند صاحب جواهر به عنوان حکم اجرایی تعریف کرده‌اند:

احکام ولایی و حکومتی، احکام اجرایی و تنفیذی است؛ زیرا چنین چیزی مقتضای ولایت فقیه است؛ پس حکم حکومتی و ولایی همواره به تشخیص صغریات و موضوعات و تطبیق احکام شرع بر مصادیق و موضوعات و تطبیق صغریات و موضوعات بر احکام شرع است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۱۳).

۲- برخی از فقها و دانشمندان دیگر حکم حکومتی را به گونه دیگر تعریف نموده و در این باره چنین گفته‌اند:

ولی امر می‌تواند یک سلسله تصمیماتی مقتضی به حسب مصلحت وقت گرفته، طبق آنها مقرراتی وضع نموده و به موقع اجرا گذارد. مقررات نامبرده لازم الاجرا و مانند شریعت دارای اعتبار است. با این تفاوت که قوانین آسمانی ثابت و غیر قابل تغییر و مقررات وضعی قابل تغییر و در ثبات و بقا تابع مصلحتی می‌باشند که آنها را به وجود آورده است و چون پیوسته زندگی جامعه انسانی در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات تدریجاً تبدل پیدا کرده جای خود را به بهتر از خود خواهند داد (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۱۶۴/۱).

ایشان پس از بیانات یادشده نتیجه می‌گیرد که مقررات دو قسم است:  
 قسم اول: احکام و قوانین شریعت که همواره ثابت و غیر قابل تغییر است.  
 قسم دوم: احکامی است که از کرسی ولایت سرچشمه می‌گیرد و بر اساس مصلحت وقت وضع شده و به اجرا در می‌آید. این مقررات در بقا و زوال تابع مصلحت است و با تبدل مصلحت متبدل می‌شود (همان).

برخی دیگر، تعریفی مشابه با تعریف پیشین را با توضیحی بیشتر یادآور شده‌اند:  
 حکم حکومتی حکمی است که ولی جامعه بر مبنای ضوابط پیش‌بینی شده طبق مصالح عمومی برای حفظ سلامت جامعه، تنظیم امور آن، برقراری روابط صحیح بین سازمانهای دولتی و غیر دولتی با مردم، سازمانها با یکدیگر، افراد با یکدیگر،

در مورد مسائل فرهنگی تعلیماتی، مالیاتی، نظامی، جنگ و صلح، بهداشت، عمران و آبادی، طرق و شوارق، اوزان و مقادیر، ضرب سکه، تجارت داخلی و خارجی، امور ارزی، حقوقی، اقتصادی، مالیاتی، سیاسی، نظافت و زیبایی شهرها و سرزمینها و سایر مسائل مقرر داشته است (گرگی، ۱۳۶۹: ۲/۲۸۷).

با توجه به تعریف دوم نیز دو مطلب به دست می آید:

الف: حکم ولیّ فقیه سه دسته است: گاهی حکم نامبرده تکلیفی و گاهی حکم وضعی و گاهی حکم به تحقق موضوع حکم شرعی است.

ب: طبق این تعریف وظیفه ولیّ فقیه تنها به اجرای احکام شرعی اختصاص نمی یابد، بلکه ولیّ فقیه به علاوه دستورات اجرایی، خود نیز اگر صلاح بیند می تواند حکم صادر کند، ولی این حکم مانند حکم شرعی ثابت و دائم نیست؛ بلکه قابل تغییر بوده و در معرض زوال است.

## گستره حکم حکومتی

در اینکه گستره حکم حکومتی چیست و اختیارات ولیّ فقیه در چه حد است دیدگاههای گوناگونی پدید آمده است: برخی آن را به امور حسیه اختصاص داده (نجفی، ۱۳۸۴: ۴۵۴)، برخی به علاوه امور حسیه، دفاع از سرزمین اسلامی را جزء اختیارات او به شمار آورده (کاشف الغطاء، ۱۳۸۰: ۴/۳۳۳) و برخی به علاوه آن، حدود و تعزیرات را نیز جزء اختیارات او قلمداد کرده اند (نراقی، ۱۳۸۴: ۷۵-۱۰۲؛ حسینی مراغی، ۱۳۸۴: ۱۱۲-۱۱۵)، برخی فقط گفته اند حکم ولایی مربوط به امور اجتماعی و سیاسی (مؤمن قمی، ۱۴۲۹: ۳/۵۲۵) و مصلحت نوعی است (خمینی، ۱۴۱۸: ۸۰۸-۸۱۹)، برخی اختیارات ولیّ فقیه را مربوط به اجرای احکام اسلامی و اداره شئون اسلام در چارچوب قوانین عادلانه اسلام دانسته اند (منتظری، ۱۴۰۸: ۲/۳). برخی قوانین و مقررات متغیر اسلامی را در چارچوب احکام اسلامی از شئون ولیّ فقیه معرفی کرده اند (سبحانی، ۱۳۶۲: ۱/۱۹۷-۱۹۸).

اما محل بحث این مسئله است که با فرض پذیرش ولایت مطلقه فقیه قلمرو حکم ولایی چیست؟ آیا گستره حکم و اختیارات ولیّ فقیه در محدوده چارچوب

احکام شرعی مطلق است و خارج از آن حق صدور حکم را ندارد، یا اینکه ولیّ فقیه به علاوه اینکه مجری احکام شرعی به شمار می‌آید و در این محدوده دارای اختیارات است، اگر صلاح ببیند خارج از آن نیز می‌تواند حکم صادر کند؟ در این باره به حسب ظاهر دو دیدگاه عمده بین قائلان به ولایت مطلقه فقیه به چشم می‌خورد:

۱- بر اساس یک دیدگاه قلمرو و گستره حکم حکومتی در چارچوب احکام شرعی خلاصه می‌شود و ولیّ فقیه تنها مجری احکام الهی به شمار آمده و خارج از چارچوب احکام شرعی نمی‌تواند حکمی جعل کند.

این نظریه همان گونه که گذشت، از سخنان صاحب جواهر (نجفی، بی‌تا: ۱۰۰/۴۰) و برخی فقهای دیگر<sup>۱</sup> از جمله از سخنان آیه‌الله خامنه‌ای -مد ظله العالی- استفاده می‌شود. آیه‌الله خامنه‌ای هنگامی که مسئولیت ریاست جمهوری را به عهده داشتند در یکی از خطبه‌های نماز جمعه تهران در مقام تبیین و توضیح سخنان امام خمینی علیه السلام مطالبی را که حاکی از دیدگاه یادشده است ایراد نمودند:

من اینجا خوب است برای رفع شبهه در اذهان برخی افراد، اشاره کنم به همین فتوا یا حکمی که اخیراً امام درباره مسائل مربوط به کار و روابط کارگر و کارفرما بیان کردند... امام می‌فرمایند: دولت می‌تواند در مقابل خدماتی که انجام می‌دهد شروط الزامی مقرر کند... این اقدام دولت اسلامی به معنای برهم زدن قوانین و احکام پذیرفته شده اسلامی نیست... گویا بعضی می‌خواستند از این فتوای امام این طور استنباط کنند یا سوء استفاده کنند و یا به هر حال نفهمی و عدم تسلط آنها به منابع و مبانی دینی این طور ایجاب می‌کرد که امام می‌فرمایند: دولت می‌تواند به کارفرما شرط کند که در صورتی می‌توانی از این خدمات استفاده کنی که این کارها را انجام دهی. چه کارهایی؟ کارهایی که بر خلاف مقررات و احکام پذیرفته شده اسلام است؟ امام می‌فرمایند: نه؛ اینها شایعاتی است که آدمهای مغرض مطرح می‌کنند؛ یعنی چنین چیزی در پاسخ امام وجود ندارد. امام که فرمودند: دولت می‌تواند شرط الزامی را بر دوش کارفرما بگذارد، این هر شرطی نیست، آن شرطی است که در چارچوب احکام پذیرفته شده اسلام است نه فراتر از آن (مهرپور، ۱۳۷۲: ۵۸، به نقل از: روزنامه جمهوری اسلامی، ۱۲/۱۰/۱۳۶۶).

۱. وظیفه فقه‌ها منحصر به دو چیز است: الف) اجتهاد و کشف احکام به وسیله ادله آنها؛ ب) تطبیق این احکام بر مصادیق و تنفیذ اجرای آن. اولی فتوا و دومی ولایت و حکومت است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۱۵).



سخنان یادشده بیانگر این است که اختیارات ولیّ فقیه در چارچوب احکام شرعی خلاصه می‌شود و خارج از آن حق صدور حکم را ندارد.

۲- طبق دیدگاه دیگر قلمرو حکم ولایی محدود به چارچوب احکام شرعی نیست، بلکه در صورتی که ولیّ فقیه صلاح ببیند در خارج از چارچوب احکام شرعی نیز می‌تواند حکم صادر نماید. دیدگاه یادشده از سخنان امام راحل علیه السلام دربارهٔ آنچه آیه‌الله خامنه‌ای بیان داشتند آشکار می‌گردد. امام علیه السلام گفتار آیه‌الله خامنه‌ای را مقرون به صواب ندانسته و دربارهٔ آن چنین فرموده‌اند:

جناب حجة الاسلام آقای خامنه‌ای رئیس محترم جمهوری اسلامی دامت افاضاته... از بیانات جناب عالی در نماز جمعه این طور ظاهر می‌شود که شما حکومت را به معنای ولایت مطلقه‌ای که از جانب خدا به نبی اکرم صلی الله علیه و آله و سلم واگذار شده و اهم احکام الهی است و بر جمیع احکام فرعیّه الهیه تقدم دارد، صحیح نمی‌دانید و تعبیر به اینکه: «اینجانب گفته‌ام حکومت در چارچوب احکام الهی دارای اختیار است» به کلیّ بر خلاف گفته‌های این جانب است. اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعیّه الهیه است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقهٔ مفوضه به نبی اسلام صلی الله علیه و آله و سلم یک پدیده بی‌معنا و محتوا باشد. اشاره می‌کنیم به پیامدهای آن که هیچ کس نمی‌تواند ملتزم به آنها باشد، مثلاً خیابان‌کشیها که مستلزم تصرف در منزلی است یا حریم آن است در چارچوب احکام فرعیه نیست، نظام وظیفه و اعزام الزامی به جبهه‌ها و جلوگیری از ورود و خروج ارز و جلوگیری از ورود یا خروج هر نحو کالا و منع احتکار در غیر دو سه مورد... و گمرکات و مالیات و جلوگیری از گران‌فروشی، قیمت‌گذاری و جلوگیری از پخش مواد مخدر و منع اعتیاد به هر نحو غیر از مشروبات الکلی، حمل اسلحه به هر نحوی که باشد و صدها امثال آن که از اختیارات دولت است بنا به تفسیر شما خارج است....

حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. حاکم می‌تواند مسجد را در موقع لزوم تعطیل کند... حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را خود با مردم بسته در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک‌جانبه لغو کند... حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند... (موسوی خمینی، ۱۳۸۷: ۴۵۱/۲۰-۴۵۲).

از ظاهر سخنان مزبور نمایان می‌شود که امام راحل گستره حکم حکومتی را محدود به چارچوب احکام شرعی ندانسته، بلکه آن را در خارج از چارچوب احکام شرعی نیز ساری و جاری می‌داند.

### بررسی

نسبت به این مسئله که حکم حکومتی صرفاً هویتی اجرایی دارد و دستور ولیّ فقیه فقط در همین راستا خلاصه می‌شود، یا اینکه حکم مزبور محدود به اجرای احکام نبوده و ولیّ فقیه تنها مجری احکام شرعی به شمار نمی‌آید، بلکه در خارج از چارچوب احکام شرعی نیز می‌تواند حکم صادر کند - چنانکه گذشت - دو دیدگاه وجود داشت و در ظاهر اختلاف بین دیدگاه‌های مزبور به صورت جدی و عمیق نمایان بود.

اما به نظر می‌رسد که هرچند در ظاهر اختلاف بین دو دیدگاه یادشده جدی و عمیق جلوه نموده و هر کدام دیگری را طرد می‌کند، ولی اگر به محتوای آنها به دقت توجه کنیم آشکار می‌گردد که اساساً نزاعی در کار نبوده و اختلاف تنها در لفظ است.

منشأ اختلاف لفظی، واژه «احکام شرعی» است؛ یعنی هر یک از صاحبان این دو دیدگاه معنایی را از واژه «احکام شرعی» اراده کرده است غیر از معنایی که دیگری قصد کرده است؛ لذا یکی بر اساس معنایی که از واژه «احکام شرعی» در نظر داشته گفته است حکم حکومتی صرفاً هویت اجرایی ندارد، بلکه ولیّ فقیه در خارج از چارچوب احکام شرعی می‌تواند حکم صادر کند؛ اما دیگری طبق معنایی که از واژه «احکام شرعی» ارائه داده، گفته است حکم حکومتی فقط هویت اجرایی دارد و ولیّ فقیه خارج از چارچوب احکام شرعی نمی‌تواند حکم صادر کند، بلکه او تنها مجری احکام شرعی بوده و فقط در همین محدوده می‌تواند حکم صادر کند.

توضیح مطلب این است: کسانی که می‌گویند ولیّ فقیه تنها مجری احکام شرعی نیست، بلکه به علاوه اجرای احکام مزبور خارج از چارچوب احکام شرعی نیز می‌تواند حکم صادر کند، مرادش از واژه «احکام شرعی» احکام اولیه و ثانویه شخصی و فردی است؛ شاهد این مدعا سخنان امام راحل است که قبلاً به آن اشاره شد و فرمود: اگر اختیارات ولیّ فقیه و حکومت در چارچوب احکام فرعیة الهیه

باشد، ولایت مطلقه یک پدیده بی معنا خواهد بود؛ زیرا خیابان کشی که مستلزم تصرف در منزل شخصی است در چارچوب احکام شرعی نیست و همچنین اعزام الزامی به جبهه‌ها، منع احتکار و جلوگیری از ورود و خروج کالا و... در چارچوب احکام شرعی نمی‌گنجد (همان: ۴۵۱/۲۰). روشن است که امور یادشده مربوط به احکام شخصی و حقوق فردی است. بر اساس این معنا از واژه «احکام شرعی»، ولی فقیه هم مجری احکام شرعی شخصی و حافظ حقوق فردی افراد جامعه اسلامی است و هم به علاوه آن و خارج از چارچوب احکام شرعی مزبور بر اساس مصالح اسلام و مصالح نظام جامعه اسلامی می‌تواند حکم صادر کند. طبق این نظریه اگر احکام شخصی و مصالح فردی هماهنگ با مصالح اسلام و احکام جامعه و نظام اجتماعی باشد، هیچ گونه محذوری پدید نمی‌آید و مصالح فردی و حقوق اجتماعی هر دو تأمین می‌شود؛ اما در صورت تراحم احکام شخصی و حقوق فردی با مصالح اسلام و نظام اجتماعی، مصالح اسلام و احکام اجتماعی بر احکام فردی تقدم می‌یابد؛ زیرا در تراحم، آنچه اهم هست مقدم می‌گردد و از مهم رفع ید می‌شود. بدون تردید احکامی که باعث حفظ اسلام، بقای کشور اسلامی، قطع سلطهٔ اجانب، پیروزی اسلام بر کفر، انتظام امور جامعه اسلامی، بهداشت جامعه و مانند اینها می‌شود از اهمیت بالایی برخوردار بوده و در صورت تراحم، بر همهٔ احکام فردی مقدم است. از همین جاست که امام راحل فرموده است: حکومت می‌تواند منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند، حکومت می‌تواند قراردادهایی را که با مردم بسته در صورتی که مخالف مصالح کشور باشد یک‌جانبه لغو کند، حکومت می‌تواند حج را که یکی از فرایض مهم الهی است در موقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی باشد موقتاً تعطیل کند (همان: ۴۵۲).

اما کسانی که می‌گویند احکام حکومتی صرفاً هويت اجرایی دارد و ولی فقیه تنها مجری احکام به شمار آمده اختیارات و دستورات او فقط در چارچوب احکام شرعی خلاصه می‌شود مرادش از واژه «احکام شرعی» اعم از احکام اولیه و ثانویه شخصی و احکام اجتماعی و احکام مربوط به مصالح اسلام، مصالح نظام و جامعه اسلامی است. طبق این معنا از واژه «احکام شرعی»، ولی فقیه تنها مجری احکام

شرعی به شمار آمده و تنها در چارچوب احکام مزبور می‌تواند حکم صادر کند و خارج از این محدوده حق صدور حکم را ندارد.

طبق این دیدگاه نیز اگر احکام شخصی و حقوق فردی با احکام اجتماعی و احکامی که مربوط به مصالح اسلام و جامعه اسلامی است تراحم داشته باشد، احکام اجتماعی و احکام مربوط به مصالح به خاطر اهمیتی که دارد مقدم می‌گردد؛ زیرا طرفداران این دیدگاه معتقدند که اگر یک کار مباحی مانند استعمال تنباکو بر خلاف مصالح جامعه اسلامی باشد ولی فقیه می‌تواند آن را تحریم کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۴۹۸)، یا کار واجبی مانند حج اگر یک وقت بر خلاف مصالح اسلام و جامعه اسلامی بود ولی فقیه می‌تواند آن را موقتاً ممنوع اعلام کند و نیز ولی فقیه به خاطر نظم جامعه و تقویت و تنظیم سپاه اسلام و پیشرفت احکام قضایی جامعه می‌تواند مالیات اسلامی را به اجرا درآورد و فرماندهان نظامی و قضات دادگاهها را عزل و نصب کند (همان: ۴۹۹) و همچنین ولی فقیه و حکومت اسلامی به خاطر نظم بخشیدن جامعه و تسهیل در عبور و مرور و جلوگیری از تصادفات، می‌تواند منزل شخصی را که در مسیر خیابان قرار دارد تخریب کند و نیز ولی فقیه به خاطر مصلحت جامعه اسلامی می‌تواند رابطه تجاری را با دولتهای غیر اسلامی قطع کند (همان) و همچنین ولی فقیه به خاطر برقراری عدالت اجتماعی و جلوگیری از سوء استفاده سودجویان می‌تواند نگهداری برخی کالاها را ممنوع اعلام نموده و کالاها را قیمت گذاری کند.

از مطالب یادشده آشکار می‌گردد که اختلاف دو دیدگاه پیش گفته تنها در لفظ بوده و از حیث محتوا یکی است؛ یعنی بر اساس هر دو دیدگاه، ولی فقیه همان گونه که مجری احکام شخصی و حافظ حقوق فردی است، به خاطر مصالح اسلامی و بقای نظام اسلامی و برقراری عدالت در جامعه اسلامی، می‌تواند احکامی صادر کند که بر خلاف احکام شخصی و حقوق فردی است، منتهی یک دیدگاه می‌گوید: «این احکام خارج از چارچوب احکام شرعی فرعی است»؛ پس ولی فقیه می‌تواند خارج از چارچوب احکام شرعی حکم صادر کند؛ اما دیدگاه دیگر می‌گوید: «این احکام داخل در چارچوب احکام اسلامی است»؛ پس ولی فقیه تنها در همین محدوده می‌تواند حکم صادر کند و خارج از آن حق صدور حکم را ندارد.

لذا طبق این دیدگاه احکام حکومتی که مخالف با احکام شخصی است از «چارچوب احکام شرعی» خارج است؛ پس ولیّ فقیه می‌تواند خارج از چارچوب احکام شرعی حکم صادر کند؛ اما در دیدگاه دیگر از «چارچوب احکام شرعی» محدوده همه احکام شرعی چه فردی و چه اجتماعی و چه احکام مربوط به مصالح اسلام اراده شده است؛ لذا بر اساس این دیدگاه احکام حکومتی که مربوط به اجتماع و مصالح اسلام است خارج از چارچوب احکام شرعی نیست؛ پس حکم حکومتی و ولایی فقط در «چارچوب احکام شرعی» قابل تصوّر است و خارج از آن محدوده معنا ندارد.

بدون تردید کسانی مثل صاحب جواهر و پیروان او که می‌گویند: ولیّ فقیه نمی‌تواند خارج از چارچوب احکام شرعی حکم صادر کند، اگر از چارچوب احکام شرعی، فقط محدوده حکم شخصی را اراده کنند مطمئناً می‌گویند ولیّ فقیه خارج از چارچوب مزبور می‌تواند حکم صادر کند؛ دلیل این مطلب تصریحات خود آنهاست که قبلاً بدان اشاره شد (ر.ک: همان: ۴۹۹-۵۰۰).

و نیز کسانی مثل امام خمینی علیه السلام و همفکران ایشان که می‌گویند: ولیّ فقیه می‌تواند خارج از «چارچوب احکام شرعی» حکم صادر کند والا ولایت مطلقه فقیه بی‌معناست، اگر از «چارچوب احکام شرعی»، محدوده همه احکام شرعی را اعم از شخصی، اجتماعی و احکام مربوط به مصالح اسلام، اراده کنند، بدون شک می‌گویند: ولیّ فقیه نمی‌تواند خارج از چارچوب احکام شرعی حکم صادر کند؛ دلیل این مدعا این است که امام راحل در موارد متعدد به این مطلب اشاره کرده است؛ یعنی در مواردی که از چارچوب احکام شرعی محدوده همه احکام شرعی را اعم از شخصی و اجتماعی و مصالح اسلام، اراده کرده است گفته است هیچ کس خارج از این چارچوب، حق صدور حکم ندارد لذا او در یک جا تصریح می‌کند که حاکم در جامعه اسلامی فقط «قانون اسلام» است و هیچ کس نمی‌تواند خارج از چارچوب قوانین شرعی و اسلامی قدمی بردارد.

حاکم در حقیقت قانون است، همه در امان قانونند، در پناه قانون اسلامند... هرگاه حکومت اسلامی تأسیس شود، همه در سایه قانون با امنیت کامل به سر می‌برند و

هیچ حاکمی حق ندارد بر خلاف مقررات و قانون شرع قدمی بردارد (موسوی خمینی، ۱۳۷۳: ۶۱-۶۲).

ایشان در جای دیگر هدف از تشکیل حکومت اسلامی را فقط اجرای قانون الهی دانسته چنین می‌فرمایند:

عهده‌دار شدن حکومت فی‌نفسه شأن و مقامی نیست، بلکه وسیله انجام وظیفه اجرای احکام و برقراری نظام عادلانه اسلام است... ائمه عَلَيْهِمُ السَّلَامُ و فقهای عادل موظفند که از نظام و تشکیلات حکومتی برای اجرای احکام الهی و برقراری نظام عادلانه اسلام و خدمت به مردم استفاده کنند (همان: ۴۴).

ایشان در جای دیگر، ولیّ فقیه و حاکم اسلامی را مانند پیامبر خاتم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مجری احکام الهی قلمداد کرده می‌فرمایند:

همان طور که پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مأمور اجرای احکام و برقراری نظامات اسلام بود و خداوند او را رئیس و حاکم مسلمین قرار داده و اطاعتش را واجب شمرده است، فقهای عادل هم بایستی رئیس و حاکم باشند و اجرای احکام کنند و نظام اجتماعی اسلام را مستقر گردانند (همان: ۶۱).

در سخنی دیگر فرموده‌اند که اگر حکومت اسلامی تشکیل شود این حکومت نیاز به جعل قانون ندارد؛ زیرا قوانین اسلامی از سوی شارع مقدس جعل شده و حکومت مجری آنهاست:

وقتی موفق شدید دستگاه حاکم جائر را سرنگون کنید، یقیناً از عهده اداره حکومت و رهبری توده‌های مردم برخوردار خواهید آمد. طرح حکومت و اداره قوانین لازم برای آن آماده است. اگر اداره کشور مالیات و درآمد لازم دارد، اسلام مقرر داشته است و اگر قوانین لازم دارد همه را وضع کرده است. احتیاجی نیست بعد از تشکیل حکومت بنشینید قانون وضع کنید، یا مثل حکام بیگانه پرست و غرب زده به سراغ دیگران بروید، تا قانونشان را عاریه بگیرید (همان: ۱۲۷).

در گفتار دیگر خویش پس از آنکه احکام شرعی را بیانگر همه قوانین و مقرراتی که تمام نیازهای انسان را برطرف می‌کند، به شمار آورده‌اند اظهار می‌دارند که اجرا و عمل به این قوانین تنها از طریق تشکیل حکومت امکان‌پذیر است.

اولاً احکام شرع حاوی قوانین و مقررات متنوعی است که یک نظام کلی اجتماعی را می‌سازد. در این نظام حقوقی هر چه بشر نیاز دارد فراهم آمده است... ثانیاً با دقت در ماهیت و کیفیت احکام شرع درمی‌یابیم که اجرای آنها و عمل به آنها مستلزم تشکیل حکومت است و بدون تأسیس یک دستگاه عظیم و پهناور اجرا [یی] و [اداری]، نمی‌توان به وظیفه اجرای احکام الهی عمل کرد (همان: ۲۱-۲۲).

اینها بخشی از سخنان امام راحل بود که در این زمینه بیان داشته‌اند، همان‌گونه که نمایان است در این سخنان، امام راحل «چارچوب احکام شرعی» را فراتر از احکام شخصی در نظر داشته‌اند به نحوی که احکام اجتماعی و احکام مربوط به مصالح اسلام را نیز در بر می‌گیرد؛ لذا در سخنان مزبور ولیّ فقیه و حکومت اسلامی فقط مجری احکام شرعی به شمار آمده و تنها در «چارچوب احکام شرعی» حق صدور حکم را دارد و خارج از آن نمی‌تواند قدمی بردارد.

حاصل آنکه به اتفاق هر دو دیدگاه ولیّ فقیه به خاطر مصلحت اسلام و نظام جامعه اسلامی و برقراری عدالت در جامعه می‌تواند حکمی صادر کند که بر خلاف حکم شخصی و منافع فردی است، حال طبق یک دیدگاه این حکم خارج از چارچوب احکام شرعی است، پس ولیّ فقیه می‌تواند خارج از چارچوب احکام شرعی حکم جعل کند؛ اما بر اساس دیدگاه دیگر حکم مزبور در محدوده «چارچوب شرعی» است؛ پس ولیّ فقیه تنها در چارچوب احکام شرعی می‌تواند حکم جعل کند و خارج از آن حق چنین کاری را ندارد.

نتیجه نهایی اینکه از مطالب گذشته آشکار گردید که نزاع بین دو دیدگاه کاملاً لفظی است و در معنا و محتوا هیچ‌گونه اختلافی در بین نیست.

### حقیقت حکم حکومتی

در این باره که حکم حکومتی چیست و از چه سنخ حکمی به شمار می‌آید، دیدگاه‌های گوناگونی پدید آمده است و مهمترین آنها را چنین می‌توان بیان کرد:

الف) برخی بر این باورند که حکم حکومتی از احکام اولیه به شمار آمده و یکی از مصادیق آن را تشکیل می‌دهد. طرفداران این نظریه دلیل این مدعای خود را

یکی از سخنان امام خمینی علیه السلام دانسته و آن را مستند قرار داده‌اند. امام خمینی در حمایت از شورای نگهبان فرموده‌اند:

ولایت فقیه و حکم حکومتی از احکام اولیه است. نهاد شورای نگهبان همیشه مورد تأیید این جانب است و به هیچ وجه تضعیف نشده و نخواهد شد (موسوی خمینی، ۱۳۸۷: ۴۵۷/۲۰).

در توضیح و توجیه این دیدگاه گفته شده است:

احکام اسلام به ویژه احکام سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، حدود و تعزیرات و حتی احکام عبادی چون حج از ابتدا مقید به نبودن حکمی از سوی حاکم اسلامی (ولیّ فقیه) است، بدین معنا که افراد مستطیع می‌توانند حج بروند به شرطی اینکه تعطیلی حج از سوی ولیّ فقیه صادر نشده باشد....

روی این مبنا تمام احکام حکومتی که ولیّ فقیه با تشخیص مصلحت آن را صادر می‌کند، اولی خواهد بود، هرچند ممکن است در برخی موارد بر احکام ثانویه نیز قابل تطبیق باشد... (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷: ۳۴۰/۷).

حاصل این دیدگاه این است که حکم حکومتی از احکام اولیه به شمار می‌آید به این معنا که تمام احکام اولیه مقید به نبودن آن است؛ پس عدم حکم مزبور از قیود احکام اولیه به شمار می‌آید به نحوی که با وجود آن یک نوع از احکام اولیه پدید می‌آید و با عدم آن نوع دیگری از احکام اولیه تحقق می‌یابد، مثلاً با عدم حکم تعطیلی حج از سوی ولیّ فقیه، وجوب حج برای مستطیع تحقق می‌یابد و با وجود حکم مزبور از سوی ولیّ فقیه حرمت حج پدید می‌آید و این وجوب و حرمت هر دو از احکام اولیه قلمداد می‌شود. قید مزبور عیناً مثل قید استطاعت نسبت به وجوب حج است که با وجود آن وجوب حج پدید می‌آید و با عدم آن اباحه یا استحباب حج محقق می‌شود و هر یک از این وجوب و استحباب یا اباحه از احکام اولیه به شمار می‌آید.

### بررسی

به نظر می‌رسد که نه اصل نظریه و مدعا قابل دفاع است و نه توضیحاتی که درباره آن داده شده است و نه دلیلی که به آن استناد شده است.

اما اصل مدعا دفاع‌پذیر نیست؛ زیرا اولاً احکام اولیه احکامی است که بر اساس





احکام اولیه به شمار می‌آید؛

ب) وقتی عدم یک حکم، قید احکام اولی قلمداد شود خود آن حکم از احکام اولیه محسوب می‌شود.

نتیجه این دو مطلب این است که احکام حکومتی از احکام اولیه خواهد بود. به نظر می‌رسد که هیچ یک از دو مطلب یادشده قابل دفاع نیست؛ بنابراین نتیجه‌ای که از آن گرفته شده، امری باطل خواهد بود.

اما بطلان مطلب اول بدین جهت است که هر چند در فرض صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه، حکم اولی ترک می‌شود و باید به حکم ولی فقیه عمل شود، ولی در ترک حکم اولی دو احتمال است:

۱) احتمال دارد همه احکام اولیه‌ای که بر اساس مصلحت ذاتیه جعل شده است مقید به عدم صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه بوده است به گونه‌ای که این قید وجوداً و عدماً در مصلحت احکام اولیه دخیل بوده است؛ یعنی اگر قید مزبور تحقق داشته باشد مصلحت دارد و حکم مورد نظر نیز محقق است و اگر این قید تحقق نداشته باشد نه مصلحتی در کار است و نه حکم مورد نظر برای آن جعل شده است، مثلاً وجوب حجی که بر اساس مصلحت ذاتی برای مستطیع جعل شده است از اول مقید بوده به عدم صدور تعطیلی آن از سوی ولی فقیه، به نحوی که با فرض نبود این قید (یعنی صدور حکم تعطیلی آن از سوی ولی فقیه) نه مصلحتی برای حج وجود دارد و نه وجوبی برای آن جعل شده است و با فرض تحقق این قید (یعنی عدم صدور حکم تعطیلی آن از سوی ولی فقیه) حج مزبور هم دارای مصلحت است و هم واجب است، عیناً مثل قید استطاعت که هم دخیل در مصلحت حج است و هم دخیل در وجوب آن که با فرض عدم آن، نه حج مصلحت لزومی دارد و نه وجوب برای آن جعل شده است.

۲) احتمال دیگر اینکه احکام اولیه همواره دارای مصلحت ذاتیه بوده و بر اساس این مصلحت حکم آنها جعل شده است و صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه هیچ گونه قیدی برای آنها به شمار نمی‌آید و دخالتی در مصلحت و جعل حکم آنها ندارد، منتهی هنگامی مصلحت آنها لازم الاستیفا و مفسده آنها واجب الدفع در

خارج است که مصلحت یا مفسده قوی تر در مقابل آنها قرار نگیرد و اگر مصلحت یا مفسده قوی تر مزاحم آنها شود، قاعده باب تزامم جاری گردیده و آنچه که اقواست مقدم می شود و در نتیجه مصلحت یا مفسده‌ای که طرف مقابل مصلحت یا مفسده قوی تر قرار گرفته است در عین اینکه هیچ نقصان و کاستی در آن پدید نیامده است لازم الاستیفا یا واجب الدفع در خارج نیست بلکه باید به دنبال مصلحت اقوی رفت یا در پی دفع مفسده قوی تر بود.

بنابراین، طبق این احتمال عمل نکردن به احکام اولیه پس از صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه به خاطر این است که مصلحت یا مفسده اقوی مزاحم آن است؛ یعنی ترک اعمال حج پس از حکم به تعطیلی آن از سوی ولی فقیه برای این است که مصلحت یا مفسده قوی تر مزاحم آن است و بر اساس قاعده باب تزامم حکم اولیه رها می شود و طبق حکم حاکم عمل می شود؛ یعنی به خاطر جلب مصلحت مهمتر یا دفع مفسده بزرگتر حکم اولیه ترک شده و به حکم ولی فقیه عمل می شود. نتیجه این احتمال این است که حکم حکومتی نه قیدی برای احکام اولیه به شمار می آید و نه در زمره احکام اولیه قرار می گیرد.

از این دو احتمال نه تنها احتمال دوم رجحان دارد، بلکه می توان گفت تعیین دارد؛ زیرا بدون تردید احکام شرعی به مصلحت خود باقی است، لیکن چون مصلحت مهمتر اجتماعی در مقابل آن قرار گرفته، ولی فقیه بر اساس مصلحت مزبور حکم صادر می کند و چون استیفاء این دو مصلحت قابل جمع نیست بر اساس قاعده اهمّ و مهمّ، حکم ولی فقیه بر حکم اولیه شرعی مقدم می شود. بر فرض احتمال دوم تعیین یا رجحان نداشته باشد دست کم مساوی است و با فرض تساوی دو احتمال، تقیید احکام اولیه به عدم صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه اثبات نمی شود.

اما بطلان مطلب دوم از این قرار است که بر فرض، مطلب اول درست باشد؛ یعنی بگوئیم همه احکام اولیه‌ای که شارع جعل کرده است مقید به عدم صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه است، ولی در عین حال این امر، دلیل نمی شود بر اینکه حکم حکومتی از احکام اولیه به شمار می آید؛ زیرا لازمه اینکه عدم صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه قید است برای احکام اولیه شرعیه، این است که با

انتفای این قید، حکم اولی شرعی منتفی می‌گردد؛ یعنی پس از صدور حکم مخالف از سوی ولیّ فقیه، مثلاً پس از آنکه ولیّ فقیه حج را در وقت خاص ممنوع اعلام کرده حکم اولی آن، که وجوب باشد از بین می‌رود، اما اینکه پس از انتفای حکم اولی مزبور، حج یادشده دارای چه حکمی است، آیا دارای حکم اولی دیگر است، یا دارای حکم ثانوی است یا دارای حکم سومی است، یا اساساً حکمی ندارد، از وجود یا عدم قید مزبور استفاده نمی‌شود؛ زیرا برخی قیود است که پس از انتفای آن، حکم ثانوی پدید می‌آید، مثل وجوب صوم که از احکام اولی به شمار می‌آید مقید است به اینکه صوم مزبور حرج یا ضرر را در پی نداشته باشد، پس از انتفای این قید، حکم اولی صوم از بین می‌رود اما پس از انتفای حکم مزبور، بر اساس عنوان حرج یا ضرر حکم ثانوی پدید می‌آید. در برخی موارد پس از انتفای قید، حکم اولی دیگر تحقق می‌یابد، مثلاً استطاعت که قید وجوب حج است به انتفای این قید، وجوب حج که حکم اولی است از بین می‌رود و پس از آن استحباب که حکم اولی دیگر است تحقق می‌یابد. در برخی موارد پس از انتفای قید، هیچ حکمی پدید نمی‌آید، مثلاً وجوب، صوم، صلاة و... مشروط است به وجود عقل در مکلف و با انتفای عقل، احکام مزبور نیز منتفی می‌شود، ولی پس از انتفای آن هیچ حکمی پدید نمی‌آید؛ بنابراین، انتفای قیدی از قیود حکم اولی، فقط دلیل است بر انتفای حکم مزبور، اما اینکه پس از انتفا، چه حکمی جای او را می‌گیرد، نه از وجود قید مزبور استفاده می‌شود و نه از عدم آن؛ پس بر فرض که عدم حکم حکومتی قید احکام اولیه به شمار می‌آید، این مطلب دلیل نمی‌شود که حکم حکومتی از احکام اولیه است.

حاصل آنکه مطالبی که در توضیح دیدگاه مزبور ذکر شده بود بطلاش آشکار گردید؛ پس نتیجه‌ای که از آن به دست آورده است نیز چنین خواهد بود. اما دلیلی که مورد استناد قرار گرفته است درست نیست؛ زیرا دلیل نامبرده این کلام امام راحل است که گفته است «ولایت مطلقه فقیه از احکام اولیه است»، در این کلام امام نیز دو احتمال وجود دارد:

(۱) احتمال دارد که مراد از کلام یادشده احکام صادر از ولیّ فقیه باشد؛ یعنی

احکامی که از ولیّ فقیه صادر می‌شود از احکام اولیه است؛ طبق این احتمال استناد به کلام امام راحل، امر درستی بود، و در آن نمی‌توان تردید کرد.

۲) احتمال دیگر این است که مقصود امام راحل از کلام مزبور این بوده است که اصل ولایت فقیه و مشروعیت حکم آن از احکام اولیه است؛ زیرا این حکم مانند سایر احکام اولیه از سوی شارع جعل شده است و در این جعل هیچ یک از عناوین ثانویه مورد نظر نبوده است. بر اساس این احتمال کلام امام ربطی به دیدگاه یادشده نداشته و آن را به اثبات نمی‌رساند.

با توجه به این دو احتمال می‌توان گفت کلام امام راحل نمی‌تواند دلیل برای دیدگاه یادشده باشد؛ زیرا اولاً مراد امام از کلام مزبور احتمال دوم است؛ یعنی مراد این است که اصل ولایت فقیه و مشروعیت حکم ولیّ فقیه از احکام اولیه است، نه احکامی که ولیّ فقیه جعل می‌کند؛ دلیل این مدعا سخنان خود امام در جای دیگر است. او در یک جا گفته است:

ولایت فقیه یک چیزی نیست که مجلس خبرگان ایجاد کرده باشد، ولایت فقیه یک چیزی است که خدای تبارک تعالی درست کرده است، همان ولایت رسول الله ﷺ است (موسوی خمینی، ۱۳۸۷: ۳۰۸/۱۰).

این عبارت صراحت دارد به اینکه مراد از ولایت فقیه، اصل ولایت فقیه و مشروعیت آن از سوی خداوند متعال است؛ زیرا آنچه که به خداوند مربوط می‌شود و بلاواسطه مجعول او به شمار می‌آید اصل مشروعیت و ولایت فقیه است، اما حکم حکومتی که مورد بحث است، مجعول ولیّ فقیه است، نه مجعول خداوند.

در سخنان دیگر امام راحل آمده است:

حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله ﷺ است، یکی از احکام اولیه اسلام است (همان: ۴۲۵/۲۰).

و روشن است که مراد از ولایت مطلقه رسول الله ﷺ اصل ولایت و مشروعیت حکم ولایی آن حضرت است.

ثانیاً بر فرض به صورت جزم نگوییم مراد امام از کلام یادشده احتمال دوم است، دست کم دو احتمال مساوی است و با تساوی دو احتمال کلام یادشده مبهم گردیده

و قابل استدلال نیست.

ب) برخی معتقدند که حکم حکومتی از احکام ثانویه به شمار می‌آید. شهید صدر از کسانی است که این مطلب از سخنان او به دست می‌آید. وی پس از آنکه می‌گوید منطقه الفراغ نقضی در دین اسلام به شمار نمی‌آید، آیه مبارکه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ را به عنوان دلیل شرعی به مشروعیت حکم ولی فقیه و حکومت اسلامی بیان می‌کند و در ذیل آن می‌گوید:

بر اساس این آیه مبارکه حدود «منطقة الفراغ» که قلمرو اختیارات دولت را مشخص می‌گرداند عبارت از هر عملی است که حرمت و وجوبش اعلام نشده و طبیعتاً مباح است، در این محدوده ولی امر اجازه دارد که به عنوان «دستور ثانوی» ممنوع یا واجب اعلام کند؛ از همین جاست که هرگاه ولی امر کار مباحی را ممنوع کند آن عمل حرام می‌گردد و هرگاه اجرای عملی را توصیه کند آن عمل واجب می‌گردد. باید توجه داشت که ولی فقیه در مواردی می‌تواند حکم به حرمت کند که وجوب آن از طرف شارع اعلام نشده باشد و همچنین در مواردی می‌تواند حکم به وجوب کند که حرمت آن از طرف شارع اعلام نشده باشد... بنابراین قلمرو حکم حکومتی و دستور ولی فقیه منحصر است به اموری که بالطبع مباح اعلام شده است (۱۴۰۸: ۱۰/۴۸۴).

برخی از اندیشه‌وران دیگر نیز حکم حکومتی را حکم ثانوی قلمداد کرده‌اند. علامه محمدتقی جعفری در این زمینه چنین گفته است:

بخشی از معارف اسلامی مقررات و قوانین هستند که در گذرگاه زمان به جهت بروز و ظهور مصالح یا مفاسدی، توسط ولی امر مسلمین وضع می‌گردد. این دسته از احکام که بدانها احکام ثانویه می‌گویند، تا هنگامی که مصالح و موجبات و علل صدور آن باقی و پابرجا باشد و یا مفاسد و موانع برطرف نگردند ثابت و پابرجاست و هر موقع که اسباب آن برطرف شد حکم هم برطرف می‌گردد (۱۳۷۱: ۴۹/۸۹).

از برخی سخنان امام خمینی رحمته‌الله‌علیه نیز ممکن است ثانوی بودن حکم حکومتی استظهار شود. وی درباره حکم میرزای شیرازی چنین گفته است:

حکم مرحوم میرزای شیرازی در تحریم تنباکو، چون حکم حکومتی بود برای دیگران هم واجب الاتباع بود و همه علمای بزرگ ایران - جز چند نفر - از این حکم

متابعت کردند. حکم قضاوت نبود... روی مصالح مسلمین به عنوان «ثانوی» این حکم را صادر فرمودند و تا عنوان وجود داشت این حکم نیز بود و با رفتن عنوان حکم نیز برداشته شد (موسوی خمینی، ۱۳۷۳: ۱۱۳).

### بررسی

به نظر می‌رسد که حکم حکومتی همان گونه که از احکام اولیه قلمداد نمی‌شود از احکام ثانویه نیز به شمار نمی‌آید؛ زیرا اولاً احکام ثانویه بر اساس مصالح و مفاسد شخصیه و فردیه استوار است؛ چرا که عناوین ثانویه که موضوع احکام ثانویه را تشکیل می‌دهد امور شخصی و فردی است؛ یعنی عناوین مانند ضرر، حرج، اضطرار، اکراه، نذر، قسم، عهد و... که از عناوین ثانویه قلمداد می‌شود در صورتی موضوع حکم ثانوی به شمار می‌آید و حکم اولی را برمی‌دارد که برای شخص انسان تحقق یابد، مثلاً اگر در یک زمانی نوع مردم، مضطر به خوردن میته شوند و برای شخص من این اضطرار تحقق نیابد، خوردن میته برای من جایز نیست، همین حکم در سایر عناوین ثانویه نیز جاری است؛ اما احکام حکومتی بر مصالح و مفاسد نوعی و اجتماعی و سیاسی استوار است و ارتباطی با مصالح شخصی ندارد؛ پس قلمرو حکم حکومتی غیر از قلمرو حکم ثانوی است.

ثانیاً ملاک احکام ثانوی مربوط به انسان است و به غیر انسان ارتباط ندارد؛ یعنی مصالح و مفاسدی که احکام ثانویه بر آن استوار است به شخص انسان ارتباط دارد؛ به این معنا که چون احکام ثانویه باعث می‌شود که مصلحتی برای انسان حاصل شود و مفاسده از او دفع شود، لذا احکام مزبور جعل شده است؛ اما ملاک حکم حکومتی از مختصات انسان به شمار نمی‌آید و گاهی مربوط به اصل اسلام و بقای نظام اسلامی است، مثلاً عملی ممکن است به اصل اسلام ضربه بزند و آن را از بین ببرد، ولی به هیچ یک از افراد انسان ضرری شخصی نداشته باشد، در اینجا موضوع حکم حکومتی محقق بوده و حکم حکومتی جعل می‌شود، ولی ملاک آن هیچ ارتباطی با انسان ندارد. ثالثاً تشخیص مصالح و مفاسد در احکام ثانویه مربوط به خداوند است و برای آدمیان ممکن است مصالح و مفاسد مزبور قابل تشخیص نباشد، اما تشخیص مصالح و مفاسد در احکام حکومتی مختص به ولیّ فقیه است.

حاصل آنکه حکم حکومتی با حکم ثانوی هم از جهت کیفیت ملاک با یکدیگر تفاوت دارد و هم از جهت متعلق ملاک و هم از جهت تشخیص ملاک. از جهت کیفیت ملاک، ملاک احکام ثانویه شخصی و ملاک احکام حکومتی اجتماعی و نوعی است. از جهت متعلق ملاک، متعلق ملاک در احکام ثانویه انسان است و در احکام حکومتی ممکن است اصل اسلام و بقای نظام اسلامی باشد. اما از جهت تشخیص، تشخیص ملاک در احکام ثانویه مربوط به خداوند متعال است و در احکام حکومتی مربوط به ولیّ فقیه است.

۳- برخی بر این باورند که احکام حکومتی نه از سنخ احکام اولی است و نه از سنخ احکام ثانوی، بلکه قسم سوم از احکام را تشکیل می‌دهد و مبانی خاصی دارد؛ به این معنا که بر اساس نظر عدلیه، احکام دارای ملاک بوده و تابع مصالح و مفاسد است، تشخیص مصالح و مفاسد در احکام اولیه و ثانویه مربوط به خداوند است و در احکام حکومتی مربوط به ولیّ فقیه است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۱۴/۳۳۳-۳۳۵).

### بررسی

با توجه به مطالبی که گذشت دیدگاه سوم تعیین می‌یابد؛ زیرا از یک طرف، نسبت به ماهیت حکم حکومتی سه فرض بیشتر تصویر ندارد، یا حکم حکومتی از سنخ حکم اولی است، یا از سنخ حکم ثانوی و یا نوع سوم را تشکیل می‌دهد. از طرف دیگر، با توجه به مطالبی که گذشت روشن شد که حکم حکومتی نمی‌تواند از سنخ حکم اولی و از سنخ حکم ثانوی باشد؛ بنابراین، آشکار می‌گردد که این حکم نوع سوم را تشکیل می‌دهد.

پرسشی که در پایان این بحث قابل طرح است این است که تاکنون معلوم شد که احکام حکومتی از حیث ماهیت غیر از حکم اولی و حکم ثانوی است اما از لحاظ مصداق خارجی و نسبت چهارگانه منطقی چه نسبتی بین حکم حکومتی و حکم اولی و حکم ثانوی برقرار است؟

برای دست‌یابی به پاسخ این پرسش باید هر یک از احکام اولیه و احکام ثانویه را جداگانه با احکام حکومتی بسنجیم تا مشخص شود که چه نسبتی بین آنها برقرار است.



به نظر می‌رسد که بر اساس مبانی معروف<sup>۱</sup> احکام حکومتی با احکام اولیه نسبت تباین دارد و با احکام ثانویه نسبت اعم و اخص من وجه. بیان مطلب این است که احکام اولیه احکامی است که در شرایط عادی برای همه مکلفان جعل شده است و همه آنها را فرا می‌گیرد، با این فرض جعل حکم حکومتی مطابق با احکام اولیه معنا نداشته و لغو خواهد بود، مثلاً اگر عملی بر اساس احکام اولیه بر همه مکلفان واجب باشد، جعل لزوم عمل مزبور از سوی ولی فقیه معنا نخواهد داشت. بلی اگر مصلحت اسلام و نظام اسلامی در ترک عمل مزبور باشد، حکم ممنوعیت آن از سوی ولی فقیه صادر می‌شود، ولی در این فرض حکم اولی مصداق ندارد.

به بیان دیگر، در موردی که حکم اولی از سوی شارع برای همه مکلفان جعل شده است، در جعل حکم حکومتی سه فرض قابل تصور است: یا حکم حکومتی مطابق با حکم اولی مزبور جعل می‌شود، یا حکم حکومتی مخالف با آن جعل می‌شود، یا اساساً حکم حکومتی در این مورد جعل نمی‌شود، از این سه فرض، فرض اول باطل است؛ زیرا جعل حکم حکومتی مطابق با حکم اولی یک امر لغوی است، در فرض دوم حکم حکومتی وجود دارد، ولی حکم اولی مصداق ندارد، در فرض سوم حکم اولی تحقق دارد، ولی حکم حکومتی مصداق ندارد؛ بنابراین، روشن شد که در هیچ فرض حکم حکومتی با حکم اولی مصداق مشترک ندارد.

اما احکام حکومتی و احکام ثانوی، هم مصداق مشترک دارند و هم هر کدام دارای مصداق خاصی هستند؛ پس بین احکام حکومتی و احکام ثانوی نسبت اعم و اخص من وجه برقرار است. مثلاً عملی ممکن است هم بر ضرر یک شخص باشد و هم به ضرر اسلام، در اینجا هم حکم حکومتی حضور دارد و هم حکم ثانوی؛ یعنی از حیث اینکه آن عمل به ضرر شخص است، عنوان ثانوی و حکم ثانوی تحقق دارد

۱. یعنی مبانی کسانی که یا اساساً «منطقه الفراغ» و «ما لا نصّ فیه» را قبول ندارند و یا اگر قبول دارند موارد حکم حکومتی را منحصر به آن نمی‌دانند؛ اما بر اساس مبانی کسانی که حکم حکومتی را اختصاص به منطقه الفراغ داده است (مانند: شهید صدر، ۱۴۰۸: ۷۲۶/۱۰)، احکام حکومتی هم با احکام اولیه و هم با احکام ثانویه نسبت تباین دارد؛ زیرا طبق مبانی مزبور حکم حکومتی با احکام اولیه و ثانویه هیچ مصداق مشترک ندارد؛ چون بر اساس این دیدگاه حکم حکومتی در جایی قابل جعل است که حکمی به عنوان حکم اولی یا ثانوی از طرف شارع جعل نشده باشد.

و از حیث اینکه عمل مزبور به ضرر اسلام است حکم حکومتی محقق بوده و برای همه مکلفان ممنوع خواهد بود. ممکن است عملی برای شخصی یا اشخاصی حرجی باشد، ولی هیچ ربطی به مصالح اجتماعی و سیاسی اسلام نداشته باشد، در اینجا حکم ثانوی تحقق دارد، ولی حکم حکومتی مصداق ندارد، ممکن است عملی به ضرر اسلام و نظام اسلامی باشد ولی مصداق هیچ یک از عناوین ثانویه نباشد، در اینجا فقط حکم حکومتی حضور دارد، ولی احکام ثانویه مصداق ندارد؛ پس آشکار گردید که بین احکام حکومتی و احکام ثانوی نسبت اعم و اخص من وجه برقرار است.

### شرعی بودن حکم حکومتی

مسئله دیگری که نیازمند بررسی است این است که حکم حکومتی از احکام شرعی به شمار می‌آید یا نه؟ در این مسئله دست کم دو دیدگاه وجود دارد:

۱- بر اساس یک دیدگاه حکم حکومتی از احکام شرعی قلمداد می‌شود و حکم حکومتی که از سوی پیامبر ﷺ و امامان معصومین علیهم‌السلام و ولی فقیه صادر می‌شود حکم الله است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴: ۱۴/۳۳۳-۳۳۵).

۲- طبق دیدگاه دیگر حکم حکومتی هر چند لازم الاجرا و واجب الاتباع است (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۸۶/۱)، ولی جزء احکام شرعی به حساب نمی‌آید (همان: ۸۱).

### بررسی

به نظر می‌رسد که درستی و نادرستی هر یک از دو دیدگاه بر این اساس استوار است که احکام شرعی، احکام مع‌الواسطه را شامل می‌شود یا خیر؟ اگر گفتیم حکم شرعی همان گونه که حکم بلاواسطه را شامل می‌شود، حکم مع‌الواسطه را نیز شامل می‌شود؛ یعنی حکم شرعی همان گونه که بر احکام بلاواسطه شارع صدق می‌کند، بر احکامی که با یک واسطه یا بیشتر به شارع منتهی می‌شود نیز صدق می‌کند، بعید نیست که حکم حکومتی از احکام شرعی به شمار آید؛ اما اگر گفتیم حکم شرعی، حکم مع‌الواسطه را در بر نمی‌گیرد و اختصاص به مجعول بلاواسطه شارع دارد، حکم حکومتی از احکام شرعی به شمار نمی‌آید؛ زیرا روشن است که حکم

حکومتی مجعول بلاواسطه ولیّ فقیه است، نه شارع مقدس.

بر اساس برخی تعاریف که برای حکم شرعی ذکر شده است حکم شرعی، حکم مع الواسطه را نیز شامل می‌شود، از جمله: «قد ذکروا تعریفات لعلّ أنسبها بمدلوله هو: الاعتبار الشرعی المتعلّق بأفعال العباد تعلّقاً مباشراً أو غیر مباشر» (حکیم، ۱۹۷۹: ۵۵). قید «غیر مباشر» در این تعریف صراحت دارد که حکم شرعی، احکام مع الواسطه را نیز شامل می‌شود و بر اساس این تعریف می‌توان گفت که احکام حکومتی از احکام مع الواسطه شرعی به شمار می‌آید.

به هر حال چه حکم حکومتی از احکام شرعی قلمداد بشود یا نه، به اتفاق همه فقها این حکم، حکم مشروعی است؛ یعنی شارع آن را تجویز و تنفیذ کرده و اطاعت از آن را بر همه واجب دانسته است؛ دلیل این مطلب ادله‌ای است که برای اثبات ولایت فقیه ذکر شده است و در اینجا از محل بحث ما خارج است.

## نقش حکم حکومتی در حل مسائل نوین جامعه

در اینکه حکم حکومتی در حل بسیاری از معضلات اجتماعی و مسائل نوپیدای جامعه نقش دارد بحثی نیست؛ بحث در این است که آیا همه مشکلات و مسائل نوین جامعه از این طریق حل می‌شود و راه دیگری وجود ندارد، یا اینکه پاسخ برخی مسائل و مشکلات از راه دیگر نیز به دست می‌آید؟

برخی فقها بر این باورند که همه پرسشها و مسائل نوینی که در اثر تحولات زمانی و مکانی پدید می‌آید تنها از طریق احکام حکومتی قابل حل است. علامه طباطبایی در توضیح آن، نیازهای انسان را به دو قسم تقسیم کرده است:

۱- نیازهای ثابت که از فطرت و طبیعت انسان ناشی می‌شود؛

۲- نیازهای متغیر که در اثر دگرگونیهای شرایط زمانی و مکانی پدید می‌آید.

طبق این دو نوع نیاز، دو گونه احکام و مقررات نیز داریم:

(۱) احکام ثابت که بر اساس آفرینش انسان و نیازهای ثابت فطری و طبیعی او توسط خداوند جعل شده و به پیامبر صلی الله علیه و آله ابلاغ شده است.

(۲) احکام متغیر که بر اساس نیازهای زمانی و مکانی که پیوسته در تحول و

دگرگونی است توسط ولیّ فقیه جعل می‌شود و برای ولیّ فقیه ممنوعیتی در وضع و اجرای این احکام نیست. این احکام و مقررات متغیر به مسائل و نیازمندیهای متغیر، در هر عصر زمان و در هر مکان پاسخ می‌دهد و نیازمندیهای جامعه انسانی را رفع می‌کند بدون اینکه مقررات ثابت اسلام دست‌خوش نسخ و ابطال شود (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۸۴/۱).

برخی فقهای دیگر احکام حکومتی را به عنوان عنصر متحرک در نظام قانون‌گذاری اسلام پاسخگوی همه مسائل نوپیدای جامعه به شمار آورده‌اند (صدر، ۱۴۰۸: ۴۰۰/۱۰).

به نظر می‌رسد که انحصار حل مشکلات جدید اجتماعی و پاسخ مسائل نوین جامعه به احکام حکومتی جای تأمل دارد؛ زیرا هر چند احکام ولایی نقش مهمی در حل مشکلات و مسائل مزبور دارد و بسیاری از این مسائل تنها به وسیله آن حل می‌شود و راه دیگری ندارد، از باب نمونه اعزام الزامی به جبهه در صورت نیاز، خیابان‌کشی و شهرسازی، جلوگیری از ورود و خروج هر نوع کالا، منع احتکار در غیر موارد منصوصه، جلوگیری از گرانفروشی و پخش مواد مخدر و حمل اسلحه و همچنین جلوگیری موقت از حج در صورتی که انجام آن مخالف صلاح کشور باشد و امثال این موارد تنها از طریق حکم حکومتی قابل تحقق است؛ لیکن تمام مسائل و معضلات نوپیدا تنها از این طریق حل نمی‌شود، بلکه برخی مسائل و مشکلات از طریق دیگر قابل حل است، مثلاً برخی مسائل نوین از طریق درک صحیح احکام و موضوعات آنها و تشخیص مصادیق جدید پاسخ خود را می‌یابد و پاسخ برخی مسائل از طریق استنباط احکام از قواعد کلی به دست می‌آید. برخی مشکلات و معضلات از طریق احکام ثانوی حل می‌شود و برخی مسائل و پرسشهای نوین از طریق ویژگیهای دیگری که برای احکام اسلامی ذکر شده است، پاسخ داده می‌شود.<sup>۱</sup>

به هر حال اگر نگوییم همه معضلات و مسائل نوپیدا به وسیله حکم حکومتی حل می‌شود، بدون تردید این حکم نقش عمده‌ای در حل مشکلات جامعه و پرسشهای نوپیدای آن ایفا می‌کند و پاسخ مهم آنها را به عهده دارد.

۱. نگارنده این مطلب را که بسیاری از مسائل نوین از طریق ویژگیهای دیگر احکام اسلامی غیر از احکام حکومتی پاسخ داده می‌شود، در یک تحقیق جداگانه بررسی کرده است که با عنوان «اجتهاد و نقش آن در خاتمیت» در دستور چاپ است.

## کتاب شناسی

۱. جعفری، محمد تقی، «جایگاه تعقل و تعبّد در معارف اسلامی»، مجله حوزه، سال نهم، شماره اول، شماره مسلسل ۴۹، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۱ ش.
۲. جمعی از نویسندگان، مجموعه آثار امام خمینی و حکومت اسلامی، ۱۰ جلدی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸ ش.
۳. جمعی از نویسندگان، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، ۱۴ جلدی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴ ش.
۴. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح علی، العناوین، تحقیق محمد کاظم رحمان ستایش و مهدی مهریزی، چاپ شده در: رسائل فی ولایة الفقیه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۴ ش.
۵. حکیم، محمد تقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، چاپ دوم، مؤسسه الی البیت، ۱۹۷۹ م.
۶. خمینی، مصطفی، ثلاث رسائل، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۷. سبحانی، جعفر، مبانی حکومت اسلامی، ۲ جلدی، نگارش جعفر خوش نویس، ترجمه ابوالفضل موحد، قم، توحید، ۱۳۶۲ ش.
۸. شهید صدر، سید محمد باقر، اقتصادنا، چاپ دوم، المجمع العلمی للشهید الصدر، ۱۴۰۸ ق.
۹. طباطبایی، سید محمد حسین، بررسیهای اسلامی، ۲ جلدی، به کوشش هادی خسروشاهی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. کاشف الغطاء، جعفر، کشف الغطاء، ۵ جلدی، تحقیق مکتب الاعلام الاسلامی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ۲ جلدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۱۲. گلپایگانی، سید محمد رضا، الهدایة الی من له الولاية، تحقیق محمد کاظم رحمان ستایش و مهدی مهریزی، چاپ شده در: رسائل فی ولایة الفقیه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. مؤمن قمی، محمد، الولاية الالهية الاسلامیة او الحكومة الاسلامیة، ۳ جلدی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۱۴. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیة هامه، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیّه السلام، ۱۴۲۲ ق.
۱۵. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، ۴ جلدی، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، ۱۴۰۸ ق.
۱۶. موسوی خمینی، سید روح الله، صحیفة امام، ۲۲ جلدی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. همو، سید روح الله، ولایت فقیه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۷۳ ش.
۱۸. مهرپور، حسین، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۲ ش.
۱۹. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ۴۳ جلدی، ج ۴۰، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۰. نجفی، محمد علی، رساله فی الولايات، تحقیق محمد کاظم رحمان ستایش و مهدی مهریزی، چاپ شده در: رسائل فی ولایة الفقیه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۴ ش.
۲۱. نراقی، مولی احمد، عوائد الایام، تحقیق محمد کاظم رحمان ستایش و مهدی مهریزی، چاپ شده در: رسائل فی ولایة الفقیه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۴ ش.



## موجز المقالات

### شرط الخيار في عقد الضمان

- الدكتور مصطفى المحقق الداماد (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتي)
- غلامرضا البيزداني (طالب في مرحلة الدكتوراه بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

الأمر الذي يبحث في هذه المقالة هي صحة اشتراط الخيار في عقد الضمان أو عدمها. إنَّ الفقهاء والباحثين قد قسّموا العقود، وذلك من ناحية خاصّة، إلى عقود لازمة وعقود جائزة ولا يمكن فسخ العقود اللازمة إلا إذا ثبت الخيار لأحد طرفي العقد أو أن يتراضيا على فسخ العقد. كما تجدر الإشارة إلى أنّ العقود اللازمة بنفسها تنشطر إلى قسمين، هما العقود اللازمة القابلة لجعل الخيار والعقود اللازمة غير القابلة لجعل الخيار. فإنَّ بعض العقود اللازمة لا يمكن جعل الخيار فيها لأنَّ جعله فيها مخالف لمقتضى ذلك العقود كعقد الرهن، فإنّه من المعلوم أنّ المال المرهون في يد المرتهن بمنزلة الوثيقة عنده وجعل الخيار للراهن مناف لكون المال وثيقة وهكذا الحال في عقد النكاح. فعلياً أن نعالج قبل كلّ شيء أنّ عقد الضمان من العقود اللازمة أو الجائزة وإذا كان لازماً فهل يمكن جعل الخيار فيه؟ وعند الشكّ في امكان جعل الخيار في هذا العقد فما مقتضى الأصل في هذه المسألة؟ وما أثر شرط الخيار في عقد الضمان؟ وعلى القول بعدم إمكان جعل الخيار فيه

فهل درج شرط الخيار فيه يوجب بطلان الشرط أو بطلان الشرط والعقد كليهما؟ وكيف الأمر بالنسبة إلى خيار تخلف الشرط أو تخلف الوصف؟ وحينما أدرج المتعاقدان شرطاً أو وصفاً في عقد ثم تخلف هذا الشرط أو الوصف، فهل يثبت الخيار للمشروط له أم لا؟  
الكلمات الرئيسية: العقود، عقد الضمان، الخيار، خيار الشرط، العقود اللازمة، العقود الجائزة.

## الآراء الفقهيّة في حلّ إشكال عدم إمكان تخصيص قاعدة حرمة أخذ الأجرة على الواجبات؛ نقداً ودراسة

- الدكتور محمد تقي الفخلي (أستاذ مساعد بجامعة الفردوسي بمشهد المقدّسة)
- مجيد رضا الشخي (ماجستير في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

قد تسالم الفقهاء على حرمة أخذ الأجرة على الواجبات واعتبروها كقاعدة فقهيّة ولكن كثير منهم قسّموا الواجبات إلى قسمين العسكريّة وغير العسكريّة وقالوا بجواز أخذ الأجرة في الواجبات العسكريّة. وبما أنّ الأدلّة المستدلّة بها في الكتب الفقهيّة المتأخّرة لهذه القاعدة تتضمّن على وجوه عقليّة، لقد تمهّد المجال لطرح إشكال عدم إمكان تخصيص الحكم العقليّ إزاء حكم جواز أخذ الأجرة في الواجبات العسكريّة. فإنّ الفقهاء المتأخّرين لفتوا إلى هذا الإشكال فحاولوا وعلى غرض العثور على حلّه استخدموا أساليب وطرق منوّعة. تتطرّقت هذه الدراسة إلى مناقشة ومعالجة الحلول الستّة عشر في هذا المجال ولقد فنّدت أكثر هذه الحول وارتأت في الأخير أنّ الحلول المطروحة من جانب الإمام الخميني عليه السلام أرجح وأنسب من الأخرى.

الكلمات الرئيسية: حرمة أخذ الأجرة، الواجبات العباديّة، الواجبات العسكريّة.

## حكم التصرفات الناقلة للعين المرهونة من ناحية الراهن (دراسة فقهيّة حقوقيّة)

- الدكتور سيّد محمد تقي القبولي درأفشان
- أستاذ مساعد بجامعة الفردوسي بمشهد

أحد المسائل الهامة حول حقّ المرتهن، مسألة الحكم القانونيّ والحقوقيّ للعقود الناقلة



للعين ومن جملتها بيع الراهن للعين المرهونة. فالأتجاه الفقهيّ المشهور في هذا الحقل هو أن نفوذ هذه العقود يحتاج إلى إذن المرتهن أو إجازته. ومن أهم أدلتهم على ذلك، الإجماع وطائفة من الروايات وكذلك منافية هذه التصرفات الناقلة لحقّ المرتهن. ويمكن تفنيد هذه الأدلة، لأنّ الإجماع المدعى، مدركي وغير معتبر والروايات المستندة إليها محلّ تأمل، سنداً ودلالة، وكذلك المنافاة المدعاة بين هذه التصرفات مع حقّ المرتهن مشكوكة ومرتابة. بعد الدراسة الفقهيّة والحقوقية المنجزة، يرتأي كاتب هذه المادّة أنّ هذه التصرفات الناقلة للعين غير منافية لحقّ المرتهن بل يمكن الجمع بينهما وهذه الرؤية تستمدّ من المبادئ التي أقوى استدلالاً. رغم أنّ كثيراً من القانونيين وكذلك الطريقة القضائيّة تميل نحو الاتّجاه الفقهيّ المشهور، مع ذلك كلّ، يوجد خلاف حول أثر إذن المرتهن أو إجازته والمشهور يرى أنّه يوجب إسقاط حقّ المرتهن، مع أنّه يبدو أنّ بقاء حقّ الراهن، رغم إذن المرتهن أو تنفيذه، أرجح إلا فيما إذا كان الإذن أو الإجازة دالاً على قصد المرتهن إسقاط حقّه.

الكلمات الرئيسية: الرهن، الراهن، المرتهن، التصرفات المنافية، التصرفات الناقلة

للعين، الإذن، الإجازة.

## دراسة في مفهوم الناصب وحرمانه من الحقوق المدنيّة في الأحاديث وفقه الإماميّة

□ الدكتور سيّد علي سجّادي زاده

□ عضو الهيئة التدريسيّة بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة

لقد ورد كثيراً عنوان الناصب في الأحاديث كما ورد ذلك في كلمات فقهاء الإماميّة وذكروا أحكاماً عدّة له ومن جملتها منعه وحرمانه من الحقوق المدنيّة (مثل الزواج بالمؤمنة، عدم الإرث و...) وحرمانه من الحقوق الاجتماعيّة والمعنويّة (مثل عدم العناية به ولزوم التبرّي منه وعدم جواز الاقتداء به) ولكن ههنا خلاف بين فقهاء الإماميّة في مفهوم هذا العنوان: فإنّ الأدلّة الفقهيّة تدلّ على أنّ المراد من هذا العنوان هو الذي يكون عدوّاً لأهل البيت (عليه السلام) ويعدّ هذه العداوة كجزء من دينه، فإنّ مشهور الفقهاء يرتأي أنّ الناصبيّ هو الذي عدوّ لأهل البيت (عليه السلام) ويصرّح عداوته على نحوٍ ما ولكن عدد من الفقهاء أرادوا

أن يطبقوا هذا العنوان على مطلق مخالفي عقيدة الشيعة أي الذين يؤثرون الآخرين على أهل البيت عليهم السلام. هذه المقالة ضمن دراسة الأدلة الفقهيّة والأحاديث وكلمات الفقهاء وأهل اللغة وكذلك مقتضى القواعد الأصوليّة ترمي إلى الإيعاز بأنّ الصحيح هو الاتجاه الأوّل والاتجاه الثاني ضعيف، غير صائب وبعيد عن التعاليم الفقهيّة لأهل البيت عليهم السلام.

الكلمات الرئيسة: الناصب، الناصبيّ النواصب، الزواج، الإرث، فقه الإماميّة، أحاديث أهل البيت عليهم السلام.

## دراسة الأحكام الفقهيّة لمديني المهر

- الدكتور جواد الإيرواني
- أستاذ مساعد بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة

الديون الماليّة لها أحكام عدّة في الفقه وفي بعضها خلاف ومناقشة بين الفقهاء. فمن هذه الأحكام وجوب دفع الدين عند الاستطاعة الماليّة ووجوب الإمهال عند إعسار المدين وحرمة التغليظ عليه وحبسه. هذه من الأحكام التي اتّفق الفقهاء عليها ولكن قضايا كوجوب التكبّب على المدين لأداء دينه ومستوى تأثير شأن الأشخاص الذي يعتبر من مستثنيات الدين، من المسائل الغامضة والمثيرة للجدل والنقاش. من جانب آخر، مع أنّ المهر يعتبر من الديون وبشكل عام، له أحكام بقيّة الديون ولكن في بعض الموارد يفترق عن بقيّة الديون. تشمل هذه الدراسة على معالجة ومناقشة المستندات الفقهيّة لأحكام المدين في مراحلها المختلفة وتحليل لموارد البحث وكذلك ذكر شطر من الأحكام الخاصّة بالمدينين وفي نهاية الجولة ورد نقد على بعض الأساليب والطرق الجارية حالياً.

الكلمات الرئيسة: المدين، المعسر، المهر، الحبس.

## الحكم الأوّليّ والثانويّ في القرآن الكريم؛ المعيار والنماذج

- الدكتور رضا حق پناه
- عضو الهيئة التدريسيّة بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة

الحكم الشرعيّ ينشطر إلى قسمين: أحدهما هو الحكم الثابت للشيء كفعل من الأفعال مع غضّ النظر عن الحالات والطوارئ وكذلك علم المكلف به أو جهله كوجوب الصلاة

والصوم وحرمة أكل الميتة ويُطلق عليه الحكم الواقعيّ الأوّليّ. وثانيهما هو الحكم الثابت للشيء بالنظر إلى الأحوال الطارئة للمكلّف كالضرورة والاضطرار والذي يسمّى الحكم الواقعيّ الثانويّ. فعليه، الحكم الأوّليّ لأكل الميتة هي الحرمة، أمّا مع طرؤ الاضطرار يصير جائزاً ويرفع حكمه الأوّليّ. ففي المواقف التي لا يمكن للمكلّف العمل بالحكم الأوّليّ وذلك لسبب من الأسباب أو لظروف خاصّة، يقوم الحكم الثانويّ مقامه. وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الحكم الثانويّ يعتبر من الأحكام الواقعيّة لا الظاهريّة. فالقرآن الشريف إضافة إلى ذكر الأحكام الأوّليّة لقد تعرّض إلى شطر من الأحكام الثانويّة أيضاً ويعتبر كلّ واحد منهما كقاعدة كليّة وتطبق على موارد عدّة. تطرّق كاتب هذه المادّة في دراسته هذه إلى بيان الملاك والضابط للحكم الأوّليّ والثانويّ إضافة إلى ذكر نماذج لكلّ منهما.

الكلمات الرئيسة: القرآن الكريم، الحكم الأوّليّ، الحكم الثانويّ، مصاديق الحكم الثانويّ.

## نماذج من استخدام القياس في الآثار الفقهيّة للشيخ الطوسيّ رحمته الله

- الدكتور محمّد مهدي الزداني
- مدرّس بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة

يعتبر القياس وكيفيّة التصرّف فيه من المسائل العريقة في علمي الفقه والأصول في المذاهب الفقهيّة. ففي مذهب الشيعة مع أنّ الاتجاه العامّ من سالف الزمن كان اتّجاهاً سلبياً وما زال استمرّ إلى زماننا هذا، ولكن لا بدّ من لفت النظر إلى قضية هامّة في هذا المجال والتي تليق بالتأمّل الدقيق والدقّة الكثيرة، وذلك مع غضّ النظر عن الاتّجاهات الأصوليّة للفقهاء، وهي كيفيّة تصرّف وسلوك فقهاء الشيعة في مسألة القياس في كتبهم الفقهيّة. فإنّه بإمكاننا أن نستخرج من الكتب الفقهيّة موارد عدّة تبدو لنا أنّها من مصاديق استعمال القياس وهذا لا يلائم والاتّجاه المشهور للشيعة (أي بطلان القياس). فالدراسة الراهنة بعد التركيز على كتب الشيخ الطوسيّ رحمته الله استقرّت وأحصت موارد ومصاديق صرّحت بكونها من القياس أو ممّا ينطبق تعريف القياس عليها، فما طريقة الحلّ لهذه المسألة؟ هل حقيقة القياس وماهيّته كانت غير واضحة مفهومًا عند الفقهاء وبالتالي يقتضي عرض تعريف جديد للقياس، باطله وصحيحه، أو هذه المسألة تتعلّق

بمقام العمل أي حدث هيهنا شيء من التسامح والإهمال في تطبيق القياس على مصاديقه أو القول بأن هذه الموارد المستخرجة اعتبرت من القياس في مقام الظاهر وعند النظرة البدويّة ولكن لا تعتبر من القياس الباطل إطلاقاً. وفي نهاية المطاف نرى أنّ الإجابة الحاسمة لهذه التساؤلات تحتاج إلى إنعام نظر الأصوليين من جديد.

**الكلمات الرئيسية:** القياس، منصوص العلة، مستنبط العلة، الأولويّة، تنقيح المناط، مسالك العلة.

## ماهية الحكم الحكومي ونطاقه ودوره في حلّ قضايا المجتمع الحديثة

- محمّد إسحاق العارفي الشيرداغي
- طالب في مرحلة الدكتوراه بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة

لا شك أنّ معرفة حقيقة وماهية الحكم الحكومي ونطاقه ودوره في حلّ قضايا المجتمع الحديثة لها أهميّة بالغة وهي التي وقعت محلاً للمناقشة في هذه المقالة. فعليه عند البحث عن قضية الحكم الحكومي لنا أن نذكر أن مقتضى الأدلة أنّ الحكم الحكومي لا يعتبر من الأحكام الأوليّة ولا من الأحكام الثانويّة. بل هو قسم ثالث مستقلّ. ومع أنّه يبدو لنا أنّ هيهنا خلاف حقيقيّ وعميق في هذا الحقل وكلّ من الاتّجاهين ينفي الآخر، مثلاً أحدهما يرى أنّ الوليّ الفقيه مجرّ للأحكام الشرعيّة فقط ولا يجوز له إصدار الحكم خارج إطار الأحكام الشرعيّة بينما يرتأي الاتّجاه الآخر أنّ للوليّ الفقيه أن يصدر الحكم خارج أطر الأحكام الشرعيّة ولو اعتقدنا أنّ خيارات وسلطة الوليّ الفقيه تحدّد في الأحكام الشرعيّة، فلا يبقى معنى لقضية الولاية المطلقة للفقيه ويصير هذا العنوان شيئاً فارغاً على وجه لا واقع له. ولكن عند ملاحظة اتّجاهات كلا الطرفين بدقّة، نرى أنّه لا خلاف حقيقيّ، بل نصل إلى أنّه لا خلاف هيهنا إطلاقاً. فالمناقشة لفظيّة وليست بمعنويّة. وحول المسألة الثالثة نستطيع وأن نقول لولا يقدر الحكم الحكومي على حلّ كافّة مشاكل المجتمع ولا يستطيع الإجابة عن جميع القضايا الاجتماعيّة الحديثة، إلا أنّه من المتيقّن له دور أساس في حلّ كثير من التساؤلات والمشاكل الاجتماعيّة الحديثة.

**الكلمات الرئيسية:** الحكم الحكومي، نطاق الحكم الحكومي، إطار الأحكام الشرعيّة، قضايا الاجتماعيّة الحديثة، دور الحكم الحكومي في حلّ المسائل الحديثة.

## Nature and Scope of Governmental Order and Its Function in Solving New Problems in Society

□ *Muhammad Eshaq Arefi*

□ *A PhD student of Razavi University of Islamic Sciences*

The nature of governmental command, its scope and its function in solving new issues of society are the most important ones that have been considered in this article. It can be said about the nature of governmental command that the exigency of the arguments is that the governmental command is neither regarded as the primary commands nor the secondary one but it is a third one. Although there is apparently a serious and deep dispute about the scope of governmental command in a way that each idea negate the other (one says that jurist guardian is just an executive of the legal commandments and he has no authority outside it and one says that he can not only establishes command outside the legal framework but also if his authority is limited to the religious commands absolute guardianship of the jurisconsult will be useless), if the words of the two parties are investigated, it will be clear that there is not only no serious and deep dispute but rather it should be said that there is no dispute in reality and content but just in verbal. It can be said about the third issue that if all new issues of the society are not solve with the governmental command, undoubtedly it has a basic role in solving new problems of the society.

**Key words:** *Governmental command, Framework of religious commandments, New issues of society, Role of governmental command in solving new issues.*

## Examples for Applying Deduction in the Juridical Works of Sheikh Toosi

- *Dr. Muhammad Mahdi Yazdani*
- *An Instructor of Razavi University of Islamic Sciences*

Deduction and the way of dealing with it are one of the oldest issues in the jurisprudence and principles of the religious schools. Meanwhile, general approach in Shiite school has been a negative one during the history and is still continue, but the important subject that we should pay more attention to it irrespective of ideas of jurisprudents is their dealing with the deduction in juridical books. It can be found in juridical books some cases that seem to be the cases of using deduction. This subject is incompatible with the famous view of Shiite, that is, nullity of deduction. The present article with this approach and depending on the books of Sheikh Toosi has investigated the cases that have been specified to their being deduction or the definition of the deduction conforms to it. Hasn't the reality and the nature of the deduction in view of jurisprudents have a completely clear concept so that new definition can be given for the correct and incorrect deduction or the problem goes back to the practice there happened a kind of carelessness or even though they seem deduction apparently and at first glance, these cases are not invalid deduction in principle. It appears that to provide the definite answer to these questions, it is necessary for jurisprudents to study the question of deduction for the second time.

**Key words:** *Deduction, Expressed reason, Inferred reason, Priority, Expurgation of the criterion.*

some current process.

**Key words:** *Debtor, Insolvent, Marriage portion, Imprisonment.*

## Primary and Secondary Commandments in the Quran; Criteria and Examples

□ *Dr. Reza Haghpanah*

□ *A member of academic board of Razavi University of Islamic Sciences*

There are two kinds of religious commandments: one is a command that is established for a thing as an action regardless of the states and knowledge and ignorance of the obligatee towards it like necessity of praying, fasting, and prohibition of eating corpse. It is called "primary real commandment" too. The other is a command that is established for a thing given to the special states of the obligatee like necessity and emergency. It is called "secondary real command" as well. For example the primary command of eating corpse is prohibition but in the case of emergency it is permitted and the primary command is removed. Where the obligatee can't act in accordance with the primary command for special reasons, it is constituted with the secondary one. Secondary command is regarded as a real command not superficial. Quran has stated primary commandments as well as some secondary one. Each of them is as a general rule that conform with many cases. Stating criteria of primary and secondary commandment, some examples have been stated in this article.

**Key words:** *Holy Quran, Primary command, Secondary command, Cases of secondary command.*

conform this title to all opponents of Shiites. Considering the juridical arguments (hadith, jurisprudents and etymologists' words and the demands of principles of jurisprudence rules), this article shows that the first view is correct and the last view is incorrect and it is far from juridical teachings of Ahlol-Bayt (A.S).

**Key words:** *Naseb, Marriage, Inheritance, Twelvers' jurisprudence, Traditions of Ahlol-Bayt (A.S).*

## **Considering the Juridical Commands of Debtors of Marriage Portion**

□ *Dr. Javad Irvani*

□ *Assistant professor of Razavi university of Islamic Sciences*

**M**onetary debts in jurisprudence have several commandments that some of them are disputable in view of jurisprudents. For example necessity of paying debt in the case of financial ability and necessity of granting respite to him in the case of insolvency and prohibition of severity about him and his imprisonment are the commands that Muslim jurisprudents are in agreement about them, but there are issues like necessity of doing business for paying debt and the degree of influence of individuals' rank in exceptional debts are some of challenging and disputing issues. Although the marriage portion is a kind of debt and has the orders of other debts, it differs from others in some issues. What come in this article are considering the juridical evidences of the commandments of the debts in their different stages, analyzing the cases in question as well as some special commands of debtors of marriage portion and criticizing



gather together has a solid reasoning, even though the most of lawyers and judicial procedure tend to legal famous view. However, there is dispute about the influence permission of the mortgaged and the famous view regards it as the waiver. But in spite of the permission or confirming of the mortgaged, it seems that remaining of the right is preferred except cases that permission denotes that the mortgaged has intended to waive his right.

**Key words:** *Mortgage, Mortgager, Mortgaged, Incompatible possessions, Transmitting possession of the property, Permission.*

## **Studding the Concept of Naseb (Anti-Shi'a) and His Deprivation of Civil Rights in the Hadith and Shiite Jurisprudence**

□ *Dr. Sayyed Ali Sajjadizadeh*

□ *A member of academic board of Razavi University of Islamic Sciences*

**T**he term naseb (anti-Shi'a) has come in the hadith of Ahl-Bayt (A.S) and in the words of Shiite jurisprudents abundantly and many commands, including, deprivation of civil rights (like marriage with a believer, not inheriting), deprivation of social and spiritual rights (like boycotting and renouncing him and not permitting to pray with him) have been imposed upon him. In other aspect, there is dispute among Shiite jurisprudents about the concept of this title. Juridical arguments denote that the meaning of this title is a person who is enemy of Ahlol-Bayt and regards this enmity as a part of his religion. The most of jurisprudents believe that nasebi is a person who is the enemy of Ahlol-Bayt and makes it clear in a way. In contrary, some wanted to

exceptionality of rational decree has been posed against permission of taking wage for obligations. Given to this problem, later jurists have attempted to find solution for it in different ways. This article has analyzed and criticized sixteen solutions that have been posed in this regard and at last it has regarded one of the solutions that have been provided by Imam Khomeini as the best one.

**Key words:** *Prohibition of taking wage, Ritual obligations, Regularizing obligations.*

## **Situation of Transmitting Possessions of the Pledged by Mortgager (Legal-Religious Studies)**

□ *Dr. Sayyed Muhammad Taghi Ghabooli Dorafshan*

□ *Assistant professor of Ferdowsi University of Mashhad*

One of the important issues of the right of mortgaged is the legal situation of the transmitting contracts of the property including mortgage property by mortgagor. In accordance with the legal famous view, the influence of mentioned contracts needs the permission of the mortgaged in this respect. The important reasons are consensus, some traditions and incompatibility of mentioned transmitting possession with the rights of mortgaged. But the mentioned cases are disputable, because the consensus is depending on the reason and it is invalid and the tradition is also questionable in document and denotation. Incompatibility of the mentioned taking possessions with the right of mortgaged is doubtful too. Legal and juridical studding, it seems that the idea that transmitting possessions is not incompatible with the right of mortgaged and these two can be

hand of mortgaged and making option for the mortgagor is incompatible with the collateral of that property. Therefore, we must discuss whether the contract of liability is an obligatory contract or authorized one and if it is an obligatory one, may it have an option? If it is doubted, what is the principle in this issue? What is the effect of the condition of option in the contract of liability? If liability dose not bear an option, inserting the condition of option causes nullity of the condition or invalidate both the contract and the condition? What about the conditional option or option of incorrect description? If both parties insert a condition or a description in a contract and one of them will be violated, is there an option for the party that the condition or description was in his favor?

**Key words:** *Contracts, Contract of liability, Option, Option of condition, Obligatory contracts, Authorized contracts.*

## **Investigating Juridical Views about Solving the Problem of None-Particularization of the Rule of Prohibition of Taking Wage for Duties Obligations**

- *Dr. M.T. Fakhelai (Associate professor of Ferdowsi University of Mashhad)*
- *M. Raza Sheikhi (An A.M of jurisprudence and the foundation of Islamic law)*

**P**rohibition of taking wage for duties obligations as a juridical rule has been agreed upon by Jurisprudents. Nevertheless, most jurisprudents have discussed the permissibility of taking wage for duties obligations by dividing them into two parts: disciplinary obligations and non-disciplinary one. Since the reasons advanced for this rule in later juridical books include some rational arguments, the problem of non-

## Abstracts

### Condition of Option in the Contract of the Liability

- *Dr. M. Mohaghegh Damad (A professor of Shahid Beheshti University)*
- *Gholamreza Yazdani (A PhD student of Razavi University of Islamic Sciences)*

**W**hat is considered in this brief is the accuracy or inaccuracy of the condition of option in the contract of liability. Jurisprudents and researchers have divided the contracts into obligatory and allowable contracts from one aspect. Dissolution of the obligatory contracts is not possible except where there is an option for one of the parties or both of them were satisfied with its dissolution. Irrevocable contracts can be divided from another aspect: those can have an option and those can't. Some of obligatory contracts can't bear option and making option in them (like the contract of mortgage or marriage) is not suited to their natures, because the property for example in mortgage is as a guarantee in the



## Table of contents

### Researches:

Condition of Option in the Contract of the Liability Dr. Mostafa Mohaghegh Damad & Gholamreza Yazdani .....	3
Investigating Juridical Views about Solving the Problem of None-Particularization of the Rule of Prohibition of Taking Wage for Duties Obligations Dr. Muhammad Taghi Fakhilai & Majid Raza Sheikhi .....	25
Situation of Transmitting Possessions of the Pledged by Mortgager (Legal-Religious Studies)/ Dr. Sayyed Muhammad Taghi Ghabooli Dorafshan .....	49
Studding the Concept of Naseb (Anti-Shi'a) and His Deprivation of Civil Rights in the Hadith and Shiite Jurisprudence/ Dr. Sayyed Ali Sajjadizadeh .....	65
Considering the Juridical Commands of Debtors of Marriage Portion/ Dr. Javad Irvani	95
Primary and Secondary Commandments in the Quran; Criteria and Examples Dr. Reza Haghpanah .....	111
Examples for Applying Deduction in the Juridical Works of Sheikh Toosi Dr. Muhammad Mahdi Yazdani .....	139
Nature and Scope of Governmental Order and Its Function in Solving New Problems in Society/ Muhammad Eshaq Arefi .....	163

### Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Muhammad Salami .....	191
English Translation/ Rahmatollah Karimzadeh .....	204



## قابل توجه خوانندگان و مشتریان گرامی

مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی که تا کنون با عنوان الهیات و حقوق به صورت فصلنامه منتشر می‌شده و هر شماره به صورت ویژه‌نامه به یک موضوع از موضوعات حقوق، علوم قرآن و حدیث، فلسفه و کلام اسلامی، و فقه اختصاص می‌یافت، از این پس در راستای رعایت آیین‌نامه‌های وزارت علوم برای درجه علمی و پژوهشی به شکل مستقل و با چهار عنوان، به صورت دوفصلنامه منتشر خواهد شد. شماره حاضر چهارمین شماره مربوط به موضوع فقه است که با عنوان آموزه‌های فقه مدنی در اختیار شما قرار می‌گیرد.

برای تهیه شماره‌های پیشین مجله در زمینه فقه می‌توانید با شماره ۰۵۱۱-۲۲۳۶۸۱۷ انتشارات دانشگاه علوم اسلامی تماس بگیرید و شماره‌های ویژه فقه را درخواست نمایید.

- شماره‌های پیشین فقه:

۲۷ و آموزه‌های فقهی ۲ و ۳

- عناوین دیگر مجلات تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی:

آموزه‌های قرآنی

آموزه‌های حقوق کیفری

آموزه‌های فلسفه اسلامی