

مجلات فقه و حقوق

نشریه داخلی انجمن فقه و اصول | سال پنجم | شماره دوم | پاییز و زمستان ۱۴۰۲

فهرست

۷ واکاوی مستندات نقلی قاعده ولایت حاکم بر ممتنع و شرایط اجرایی قاعده

مریم السادات موسوی، ام‌کلثوم ایمانی

۲۵ شهادت بر ملکیت به استناد قاعده ید

زهرا سادات سرکشیکیان

۴۱ بیع فضولی در فقه امامیه

زهرا محمدی پرچوی، شیلایزدانی

۶۵ تبیین شاخص‌های اخذ اجرت در واجبات فقه امامیه

حکیمه اکبری

۸۹ شرایط نکاح منقطع از منظر فقه

فریبا شریفی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



معاونت پژوهش و نشر

تهیه و تنظیم: معاونت پژوهش جامعه الزهراء (ع)

مدیر مسئول: صدیقه شاکری حسین آبادی

سرمدیر: زهرا سادات سرکشیکیان

مدیر داخلی: زهرا حیدری

ویراستار: خانم رضاییان

طراح گرافیک: هادی عبدالملکی

هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

ریحانه حقانی: مدرس حوزه و دانشگاه؛ گروه تفسیر و علوم

قرآن و حدیث، کلام اسلامی

زهرا سادات سرکشیکیان: پژوهشگر جامعه الزهراء (ع)؛ گروه فقه

و مبانی حقوق اسلامی

زهرا محمد پرچوی: مدرس حوزه؛ گروه فقه و اصول

مریم سادات برقی: مدرس حوزه؛ گروه فقه و حقوق

مریم زارع: مدرس دانشگاه؛ گروه فقه و اصول

منیر کبیر: مدرس حوزه؛ گروه فقه و اصول

نشانی: قم، خیابان صدوقی، بلوار بوعلی سینا، جامعه الزهراء (ع)

تلفن تحریریه: ۰۲۵-۳۲۱۱۲۳۴۲

آدرس اینتا: <https://eitaa.com/nashriyeh>

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

سخن سردبیر

فقه اسلامی، دارای احکام عادلانه و دقیقی است که پیوند عمیقی با واقعیت‌های زندگی انسان دارد و با تمام نیازهای علمی، اخلاقی اجتماعی، تجاری، حقوقی، سیاسی، کیفی و... ارتباط دارد و منطبق است. از فقه اسلامی به عنوان فقه پویا نیز یاد می‌گردد؛ به این معنا که دارای حرکت با زمان و پاسخگوی نیازهای زمان در گستره فرد، جامعه و حتی بین‌الملل است. احکام فقه تمام تحولات و دگرگونی‌های مختلف زندگی بشر را در بر می‌گیرد و به تعیین وظیفه شرعی مردم در زندگی مادی و معنوی آنان می‌پردازد؛ از این رو دارای پیوند نزدیکی با واقعیت‌های زندگی انسان است. در نشریه حاضر تلاش بر این است تا در حد امکان به بررسی و تبیین و روزآمدی مسائل مختلف فقهی و اصولی پرداخته شود.

زهرا سادات سرکشیکیان

راهنمای تدوین و ارسال مقاله

الف) تدوین مقاله:

مقاله باید به زبان اصلی و رسمی نشریه (فارسی) باشد. مقاله باید علمی پژوهشی، مستند، دارای نوآوری و حجم آن حداقل ۵۰۰۰ کلمه و حداکثر ۸۰۰۰ کلمه باشد.

عنوان:

عنوان مقاله باید دقیق، علمی، متناسب با متن مقاله و با محتوایی رسا و مختصر باشد.

مشخصات نویسنده یا نویسندگان:

شامل نام و نام خانوادگی، رتبه علمی، مشخصات تحصیلی حوزوی و دانشگاهی به تفکیک رشته، محل تحصیل، محل خدمت، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی باشد.

چکیده:

آیینه تمام نما و فشرده پژوهش است که باید دربردارنده قلمرو بحث، هدف تحقیق، جامعه و نمونه مطالعه، روش تحقیق و مهم ترین نتایج باشد و ضمن اشاره به نتیجه گیری نهایی در قالب ۱۵۰ تا ۲۰۰ کلمه تنظیم گردد. در ادامه فهرستی از واژه های کلیدی، حداقل سه واژه و حداکثر هفت واژه ذکر شود.

مقدمه:

شامل خلاصه ای از بیان مسئله، اهمیت و ابعاد موضوع، اهداف پژوهش، سؤال ها و پیشینه پژوهش باشد.

بدنه اصلی مقاله:

در ساماندهی بدنه اصلی مقاله لازم است به موارد ذیل پرداخته شود: توصیف و تحلیل ماهیت ابعاد و زوایای مسئله، نقد و ارزیابی نظریات رقیب به طور مستدل، تبیین نظریه پذیرفته شده، تقسیم بندی مطالب در قالب محورهای مشخص، در صورتی که مطلبی بعینه از منبعی نقل می شود، ابتدا و انتهای آن داخل گیومه «» قرار داده شود.

نتیجه گیری:

شامل یافته های پژوهش به شیوه ای دقیق و روشن، تبیین میزان ارتباط یافته های با اهداف پژوهش و ارائه راهکارها و پیشنهادات.

ارجاعات:

ارجاع به منابع و مآخذ در متن مقاله، به شیوه استانداردھی (APA) باشد و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده، به شکل ذیل آورده شود:

منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد، صفحه)؛ مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۸۳).

منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف)؛ مثال: (planting, ۱۹۹۸, p. ۷۱).

چنانچه از نویسنده ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند.

آیات قرآن: (نام سوره: شماره آیه); مثال: (بقره: ۲۵).

چنانچه دو اثر با مؤلفان متفاوت ارجاع داده شده است، به این صورت به هر دو اشاره شود:

(نام خانوادگی، سال انتشار، شماره صفحه؛ نام خانوادگی، سال انتشار، شماره صفحه)

یادداشت‌ها و پانویس‌ها: تمام توضیحات ضروری، در پایین هر صفحه آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها، مانند متن مقاله، به روش درون متنی خواهد بود).

ارجاع به سایت‌های معتبر همچون خبرگزاری‌های رسمی یا سایت‌های مؤسسات علمی پژوهشی همچون باقرالعلوم، جامعه الزهرا و... در صورتی که مطلب مورد استفاده مقاله نباشد و خبر یا یک یادداشت باشد، آدرس دهی به شرح ذیل است:

نام سایت، «عنوان مطلب مورد استفاده»، تاریخ درج مطلب، کد مطلب.

برای مثال: پایگاه اطلاع‌رسانی جامعه الزهراء علیها السلام، «حضور ۱۱۰ نفر از اساتید و طلاب جامعه الزهرا س در رویداد آموزشی»، ۱۴۰۱/۳/۱۱، کد مطلب: ۱۰۸۷۵

فهرست منابع:

در پایان مقاله، فهرست منابع، به صورت الفبایی، به ترتیب منابع فارسی، عربی و لاتین به شکل ذیل ارائه شود:
کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده، سال چاپ (ش، ق، م)، نام کتاب، نام مترجم یا مصحح، شماره جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر.

مثال: مطهری، مرتضی، ۱۳۸۳ ش، نظام حقوق زن در اسلام، تهران: صدرا.

مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده، سال نشر (ش، ق، م)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، از صفحه تا صفحه.

مثال: فرامرزی قراملکی، احد، ۱۳۹۱ ش، «طبقه‌بندی جریان‌های رازی‌شناسی در ایران و غرب»، آینه میراث، ش ۵۰، بهار و تابستان، ص ۲۳۵ - ۲۵۰.

مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایرةالمعارف‌ها: نام خانوادگی، نام نویسنده، سال نشر (ش، ق، م)، «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، شماره جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر.

مثال: قربان‌نیا، ناصر، ۱۳۸۲، «زن و قانون مجازات اسلامی»، مجموعه مقالات زن و خانواده، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

نقل قول‌های مستقیم به صورت جدا از متن و با تورفتگی (یک و نیم سانتیمتر) از سمت راست درج گردد.

آدرس دهی سایت در فهرست منابع: لینک خبر یا مطلب به ۲ صورت:

1) <http://rasanews.ir/fa/news/351294>

2) <http://yaftanews.ir/notes/other/30080-blessings.html>

عنوان کتاب در متن مقاله، ایتالیک، و عنوان مقاله در «» قرار گیرد.

در ذکر سایت‌های مورد استفاده، تنها به اسم اصلی سایت اکتفا شود برای مثال: www.jz.ac.ir

واکاوی مستندات نقلی قاعده ولایت حاکم بر ممتنع و شرایط اجرایی قاعده

مریم السادات موسوی^۱

ام‌کلثوم ایمانی^۲

چکیده

قاعده ولایت حاکم بر ممتنع، از کهن‌ترین قواعد اساسی فقه است. مضمون قاعده مزبور در برخی روایات اسلامی وارد است. با توجه به این قاعده اگر کسی از ادای حقوق دیگران یا انجام تکالیف خود امتناع کند، قوای صالحه (حاکم اسلامی یا منصوبین از ناحیه ایشان) بنا بر وظیفه خود، به جای فرد ممتنع وارد عمل می‌شود. کلیت این قاعده بنا بر ادله عقلی و نقلی، مورد قبول تمام فقهاست. البته در قلمرو آن و محدوده اختیارات نیز با هم اختلاف دارند. بنابراین ضروری است که برای حفظ نظام جامعه و برپایی قسط و عدل که طبق آیات قرآن کریم یکی از مهم‌ترین فلسفه‌های ارسال رسل است، ولایت حاکم به‌ویژه در اموری که عدم التزام برخی شهروندان موجب هرج و مرج و قانون‌ستیزی می‌شود، مورد بررسی قرار گیرد. از مهم‌ترین دستاوردهای این پژوهش که با روش کتابخانه‌ای و پردازش اطلاعات به صورت توصیفی-تحلیلی انجام شده است، آن است که ادله نقلی ایجاب می‌کند حاکم

۱. دانش‌پژوه سطح ۴ تفسیر تطبیقی، مدرس و پژوهشگر گروه پژوهشی تفسیر و علوم قرآنی پژوهشکده مطالعات اسلامی زنان جامعة الزهراء علیها السلام، مدرس بنت‌الهدی و دانشگاه قرآن و حدیث.

m.mousavi5888@yahoo.com

۲. مدرس حوزه و دانشگاه، فارغ‌التحصیل سطح ۴ فقه و اصول، دانش‌پژوه سطح ۵ (پسا دکتری).

imaniz1361@gmail.com

کسانی را که مانع رسیدن صاحبان حق به حقوق خودشان می‌شوند، مجبور به ایفای
وظیفه کند و در جایی که اجبار ممکن نباشد، خود رأساً اقدام نماید.
واژگان کلیدی: ولایت، حاکم، ممتنع.



مقدمه

ولایت حاکم بر ممتنع، از ریشه دارترین مباحث فقهی و به عنوان رکنی در فقه مورد استناد است. در هر جامعه‌ای برای دوام آن جامعه، عمل به قانون و وظایف قانونی به عنوان زیر بنای تمام روابط اجتماعی پذیرفته شده است؛ پس باید از سوی مراجع قانونگذار برخورد مناسبی با قانون شکنان شود تا تجاوز آنان از مرزهای مشخص شده، اختلالی در نظم عمومی به وجود نیارد و دیگران را نیز تشویق به تخلف نکند. این استدلال، مهم‌ترین مبنای به وجود آمدن این قاعده است. ضرورت این قاعده ایجاب می‌کند حاکم کسانی را که مانع از رسیدن افراد به حق قانونی خویش می‌شوند یا از ادای حقوق دیگران و یا انجام تکالیف خویش امتناع می‌ورزند، مجبور به کنار گذاشتن تخلف کند؛ حال یا خود رأساً اقدام کند و یا افرادی را برای این کار مشخص نماید.

با توجه به کتب فقهی، ولایت حاکم بر ممتنع با تفسیری که از آن ارائه خواهد شد؛ به عنوان اصل موضوعه نزد تمامی فقها پذیرفته شده است و جای مناقشه ندارد؛ اگرچه در برخی مصادیق اختلافاتی دیده می‌شود. از این قاعده در کتب اصیل فقهی با عنوان «الحاکم ولی الممتنع» یا امثال آن تعبیر شده است. اگر چه فقها در خلال مباحث فقهی از جمله در بحث امتناع محترک، به مستندات و مدارک قاعده اشاره کرده‌اند، اما تنها کتابی که این قاعده را به صورت مستقل و منسجم همراه تمام ابعاد آورده است، قواعد فقه تألیف محقق داماد است. مقاله «بررسی قاعده فقهی الحاکم ولی الممتنع و کاربرد آن در فقه» اثر ابوالقاسم نقیبه‌نیز به چالش‌های امتناع در روابط زوجین و به رسمیت شناخته شدن قاعده در حقوق مدنی از جمله در ماده ۱۱۲۹ اشاره کرده است، اما مقاله‌ای در خصوص مستندات نقلی و شرایط اجرایی آن نگارش نشده است. پژوهش حاضر در صدد پاسخ به این سؤال است که ادله نقلی قاعده ممتنع و شرایط اجرایی آن چیست؟

مفهوم‌شناسی

برای واکاوی مستندات نقلی قاعده ولایت حاکم بر ممتنع، ابتدا لازم است واژگان کلیدی این امر مورد بررسی قرار گیرد.



۱. ولی

واژه «ولی» به معنای قرب و نزدیکی و هر کسی است که امر شخصی را متکفل شود و از عهده آن برآید. راغب در این زمینه گفته است: «ولایت با کسر واو به معنی نصرت و ولایت با فتح واو به معنی صاحب اختیار چیزی بودن است» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۵۵۲). جوهری نیز کلمه ولایت را این‌گونه تعریف کرده است: «ولاء و توالی به معنی آن است که دو چیز یا بیشتر طوری قرار گیرند که بین آن‌ها غیر از خود آن‌ها، چیز دیگری نبوده باشد» (جوهری، ۱۳۷۶، ج ۶، ص ۲۵۲۹). بنابراین مشخص است که منظور از «ولی»، همان شخصی است که دارای حق تصرف و سرپرستی امور شخص دیگری است؛ شخصی که در جایگاه‌های ضروری می‌تواند فرد دیگری را اجبار به ترک یا انجام امری کند و یا خودش از جانب او اقدام نماید. چنین ولایتی که از اقسام ولایت تشریعی است، از نظر ادله اربعه برای پیامبر اکرم ﷺ و ائمه اطهار علیهم‌السلام وجود داشته است و اثبات آن برای فقیه جامع‌الشرایط نیز آن چیزی است که به عنوان ولایت در تصرف - افزون بر ولایت در فتوی و قضا - مورد بحث در کتب فقهی موجود است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ص ۲۱، ۲۲ و ۱۵۳).

۲. حاکم

لغت‌شناسان واژه «حکم» را به معنای منع می‌دانند و حاکم را نیز بر همان اساس معنا می‌کنند. برای مثال راغب اصفهانی گفته است: «حُكْم، اصلش منع و بازداشتن برای اصلاح است. حَكَمَه، لگام و دهانه حیوان را نیز حکمه نامیده‌اند... و حکم به چیزی یعنی قضاوت به اینکه چنین است یا چنان نیست، با صرف نظر از اینکه این قضاوت الزامی برای دیگران به وجود بیاورد یا نه... و به کسی که میان مردم حکم می‌نماید، حاکم و حکام گفته می‌شود» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۴۸). صحاح آن را به معنای داوری گرفته و درباره حکیم گفته است: «الْحَكِيمُ: الْمُتَّقِنُ لِلْأُمُورِ (جوهری، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۱۹۰)؛ حکیم کسی است که کارها را استوار و محکم کند». در تفسیر مجمع‌البحرین نیز ذیل آیه ۳۲ بقره آمده است: «إِحْکَامٌ بِمَعْنَى اتِّقَانٍ وَاسْتِوَارِ كَرْدَنِ وَحَكِيمٍ كَسَى اسْتِ مَانِعٍ مِنْ فِسَادٍ بِأَنَّهَا» (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص ۴۷).

در آیات قرآنی نیز حکم به معنای قضاوت و داوری بیان شده است؛ برای مثال در آیه ﴿إِنَّ اللَّهَ قَدْ حَكَّمَ بَيْنَ الْعِبَادِ﴾ (غافر: ۴۸)؛ «همانا خداوند در میان بندگان [به عدالت] حکم

۱. «الولاء والتوالی أن يحصل شیئان فصاعداً، حصولاً بینهما ما لیس منهما».

کرده است» (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۶۰). بنابراین حاکم در این قاعده به معنای زمامدار جامعه است؛ زیرا زمامدار جامعه است که حکم می‌کند در جامعه رفع اختلاف و ... صورت گیرد و به همین دلیل است که این قاعده در لسان برخی فقها به عنوان «السلطان ولی الممتنع» مطرح شده است.

۳. ممتنع

ممتنع از نظر ساختار کلمه، اسم فاعل باب افتعال و از ریشه «منع»، به معنای امتناع‌کننده و باز داشتن است؛ چنانکه خداوند در قرآن فرموده است: «مَا مَنَعَكَ إِلَّا تَسْجُدًا إِذْ أَمَرْتُكَ» (اعراف: ۱۱۲)؛ چه چیز تو را باز داشت اینکه سجده نکنی، آنگاه که امرت کردم؟» (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۶، ص ۲۹۲). در تهذیب اللغه نیز درباره معنای آن آمده است: «کسی که از امری یا کاری منع می‌کند» (زهری، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۵). این واژه ضدّ عطا کردن نیز آمده است (جوهری، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۲۸۷؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۷۷۹؛ قرشی، ۱۳۷۱، ج ۶، ص ۲۹۲).

نیم‌نگاهی به موارد جریان قاعده ولایت حاکم بر ممتنع، بیانگر آن است که منظور فقها از فرد ممتنع، شخصی است که از انجام تکالیف قانونی خویش سر باز زده است و یا از رسیدن صاحبان حق به حق‌شان جلوگیری می‌کند و این امتناع، اختیاری است نه اجباری؛ مانند خودداری زوج از پرداخت نفقه با وجود توان مالی (کاشانی، ۱۴۰۴، ص ۵؛ نیز رک: حسینی شیرازی، ۱۴۱۳، ص ۲۲۲). فقها درباره اینکه آیا منظور از ممتنع، شخصی است که حتی با وجود اجبار حاکم از امتناع خویش دست برنمی‌دارد یا برای اعمال ولایت حاکم تنها سرپیچی اولیه کافی است و احتیاجی به اجبار او از سوی حاکم نیست؟ با یکدیگر اختلاف نظر دارند. آنچه صحیحتر به نظر می‌آید، این است که اجبار ممتنع لازم است. برای مثال ملکیت دائن (طلبکار) نسبت به آنچه مدیون (بدهکار) می‌پردازد، به دو عنصر نیاز دارد: یک مورد قبض از طرف دائن و مورد دیگر رضایت بدهکار. فرض کنیم دائن ۱۰۰ تومان طلب دارد، ولی مدیون با وجود اینکه ۵۰۰ تومان دارد؛ دین را پرداخت نمی‌کند. برای اینکه دائن بتواند ۱۰۰ تومان از دارایی مدیون را صاحب شود، باید اولاً مدیون راضی باشد؛ زیرا احتمال دارد که مدیون بخواهد آن را از مال دیگری غیر از این ۵۰۰ تومان بپردازد و ثانیاً دائن بتواند این طلب خود را بگیرد. زمانی که مدیون امتناع می‌کند، فقط لزوم وجود رضایت (مدیون) ساقط می‌شود، اما عنصر دیگر هم چنان باقی است و قبض، ولو قهری - که یکی از طرق آن اعمال ولایت



حاکم است - در اینجا امکان دارد و دلیلی بر از بین رفتن لزوم آن در دست نیست؛ افزون بر اینکه انجام کار عادلانه و به حق ولو با اکراه و اجبار باشد، در مواضعی همچون امتناع بلامانع است (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۱۷).

تعریف قاعده ولایت حاکم بر ممتنع

هر گاه کسی از ادای حقوق دیگران خودداری و یا از انجام تکالیف قانونی خویش امتناع کند و یا مانع رسیدن اشخاص به حقوق خود شود، حاکم جامعه اسلامی یا منصوبین او می‌توانند به جای او عمل کنند و او را به ادای حقوقی که بر عهده دارد؛ و ادار نمایند (ر.ک: محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۱۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۳۳۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۵۴۵؛ بحرانی، بی تا، ج ۱۳، ص ۱۳۹؛ نجفی، ۱۴۲۰، ص ۹۷؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۵۹۷). بنابراین حاکم یا منصوبین در مسائلی که کسی از پرداخت حقوقی که بر عهده دارد، خودداری می‌کند؛ وی را و ادار می‌کنند تا حقوقی را که بر عهده دارد، ادا کند.

مستندات نقلی قاعده ولایت حاکم بر ممتنع

بیشتر فقها برای استناد به این قاعده نیازی به استدلال ندیده و به عنوان اصل مسلم به قاعده ولایت حاکم بر ممتنع نگاه کرده‌اند. این به خاطر آن است که حکم واضح و پشتوانه روشن آن عقلی سلیم است و یا برای ادله ولایت فقیه که آن را کافی در این بحث می‌دانسته‌اند؛ زیرا «ولایت فقیه» و شئونی که مجتهد جامع الشرایط داراست، از اصلی‌ترین مباحث فقهی است و شاید بتوان گفت هیچ فقیهی در اصل ثبوت این ولایت تردید نداشته است.

آنچه مورد بحث و بررسی واقع شده است، محدود به این ولایت است که فقها قائل به دو قول شده‌اند: عده‌ای قائل به عمومیت ولایت فقیه شده و گروهی دیگر آن را در برخی قسمت‌ها محدود ساخته‌اند، اما در نتیجه هر دو قول ولایت بر ممتنع پذیرفته شده است. به همین دلیل در موارد بسیاری پس از حکم به ولایت حاکم بر ممتنع، آن را حاصل ولایت مجتهد می‌دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۰۳). پس از این مطلب به ادله‌ای که قابل اسناد برای این قاعده است، اشاره می‌شود.

۱. آیات

آیاتی از قرآن کریم به عنوان کتابی که از سوی منبع لایزال الهی برای هدایت بشر نازل شده است، بر اثبات ولایت حاکم بر ممتنع دلالت می‌کند.

۱-۱. آیه ولایت

در آیه ولایت ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ﴾ (مائده: ۵۵)؛ «سرپرست و ولی شما تنها خداست و پیامبر او و آن‌ها که ایمان آورده‌اند، همان‌ها که نماز را برپا می‌دارند و در حال رکوع زکات می‌دهند» که برخی مفسرین اهل تسنن با وجود روایات فراوان دال بر ولایت امیرالمؤمنین علیه السلام باز هم دست به انکار زده و ولی را در اینجا به معنای دوست دانسته‌اند. مرحوم صاحب جواهر در بحث امتناع عامل در باب مساقات، برای اثبات ولایت حاکم بر ممتنع به آیه این شریفه استدلال می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۸۰)، اما به وی اشکال شده است که آیه شریفه تنها متعرض ولایت پیامبر صلی الله علیه و آله و امام علیه السلام است، نه کس دیگری. بنابراین استدلال به آن برای ولایت حاکم به دلیلی احتیاج دارد که بر عموم نیابت حاکم از آن‌ها دلالت داشته باشد و ما اکنون چنین دلیلی نداریم (طباطبایی، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۲۰۸).

ایراد دیگری که امکان دارد بر استدلال به آیه در مسئله مورد بررسی وارد کنند، آن است که این آیه درباره ولایت در یاری رساندن و محبت است؛ اما همان‌گونه که مفسرین شیعه ثابت کرده‌اند منظور از ولایت در این آیه، ولایت در تصرف و زعامت است (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۶، ص ۹). آیت الله مکارم شیرازی نیز بر این باورند این آیه از آیاتی است که به عنوان يك نص قرآنی بر ولایت و امامت امام علی علیه السلام دلالت دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۴۲۴). بنابراین این آیه را که بیانگر ولایت امیرالمؤمنین علی علیه السلام است، نمی‌توان شاهد بر این مدعا قرار داد.

۲-۱. آیه اطاعت

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (نساء: ۵۹)؛ «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اطاعت کنید خدا را و اطاعت کنید پیامبر خدا و اولو الامر [اوصیای پیامبر] را و هر گاه در چیزی نزاع داشتید، آن را به خدا و پیامبر بازگردانید (و از آن‌ها داوری بطلبید) اگر به خدا و روز رستاخیز ایمان دارید. این (کار) برای شما بهتر و عاقبت و پایانش نیکوتر است».



برخی مفسرین اهل تسنن بر این باورند که منظور از اولوالامر کسانی هستند که امت به آن‌ها وثوق و اطمینان دارند، بدون اینکه اشاره به امام معصوم علیه السلام کرده باشند و فقط ملاک را وثوق امت می‌دانند. از سوی دیگر همه مفسران شیعه در این زمینه اتفاق نظر دارند که منظور از اولوالامر، امامان معصوم علیهم السلام هستند که رهبری مادی و معنوی جامعه اسلامی در تمام شئون زندگی از طرف خداوند و پیامبر صلی الله علیه و آله به آن‌ها سپرده شده است و غیر آن‌ها را شامل نمی‌شود. البته کسانی که از طرف آن‌ها به مقامی منصوب شوند و پستی را در جامعه اسلامی به عهده بگیرند، اطاعت از آن‌ها با شروط معینی لازم است، نه به خاطر اینکه اولوالامر هستند؛ بلکه به این دلیل که نمایندگان اولوالامر هستند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۶۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۴۳۶). بنابراین همانگونه که امام علیه السلام در هر زمان که ظلمی صورت گرفت، جلوی ظلم را می‌گیرد؛ همان‌گونه هم حاکم باید با اعمال قوانین جلوی ظلم را بگیرد و اصولاً وجود حاکم برای انجام چنین اموری است که بدون آن، حکومت معنایی ندارد و مقتضای ولایت حاکم بر امور جامعه، داشتن چنین حقی است.

۳- ۱. آیه صادقین

فخررازی درباره در آیه مبارکه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ» (توبه: ۱۱۹)؛ «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! از (مخالفت فرمان) خدا بپرهیزید و با صادقان باشید» می‌گوید: «خداوند مؤمنان را به همراه بودن با صادقین دستور داده است. بنابراین مؤمنان که جایز الخطا هستند، باید به فردی اقتدا کنند که معصوم است تا در سایه او از خطا در امان باشند و این معنی در هر زمانی وجود دارد و اختصاص به عصر پیامبر صلی الله علیه و آله دلیل خاصی ندارد». سپس در ادامه می‌گوید: «قبول داریم که مفهوم آیه این است و در هر زمانی باید معصومی باشد، اما ما این معصوم را مجموع امت می‌دانیم، نه يك فرد و به تعبیر دیگر این آیه دلیل بر حجیت اجماع مؤمنین و عدم خطای مجموع امت است» (فخررازی، بی‌تا، ج ۱۶، ص ۲۲۱). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در این زمینه معتقدند صادقین، آن‌هایی هستند که تعهدات خود را در برابر ایمان به پروردگار به خوبی انجام می‌دهند؛ نه تردیدی به خود راه می‌دهند، نه عقب‌نشینی می‌کنند و نه از انبوه مشکلات می‌هراسند؛ بلکه با انواع فداکاری‌ها، صدق ایمان خود را ثابت می‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۸، ص ۱۸۱).

روایاتی که در آن‌ها صادقین بر معصومین علیهم السلام تطبیق شده‌اند، در حقیقت در مقام بیان

مصادیق کامل و اولی و احق صادقین است و مفید حصر نیستند؛ به این معنا که اگر افراد صادقی مصداق اتم نبودند و امام معصوم علیه السلام نباشند، پس نباید از آن‌ها تبعیت کرد؛ بلکه در نبود ایشان در قضاوت و امور مسلمین باید مردم از حاکم شرع اطاعت کنند (صدوق، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳). بنابراین طبق این آیه ولایت حاکم که فقیه متعهد است، از جمله صادقان است و همراهی با وی ملازم با تبعیت از او در امور شرعی و عرفی است؛ چرا که شأن او صدور فتوا و انشای حکم و اطلاق همراهی نیز دال بر اطلاق ولایت در تمام زمینه‌ها از جمله ولایت حاکم بر ممتنع است. با توجه به آیات ذکر شده، می‌توان آیه صادقین و اطاعت را به عنوان مؤید قرآنی برای این قاعده شاهد آورد.

۲. روایات

عبارت «الحاکم ولی الممتنع» به این صورت در روایتی نیامده است؛ بلکه این عبارت با این الفاظ، برگرفته از قاعده‌های کلی و روایاتی است که در بردارنده این مضمون هستند. این احادیث در باب‌های مختلفی وارد شده است و با در نظر نگرفتن ضعف در سند که در بعضی از آن‌هاست، بر ولایت حاکم جامعه اسلامی یا قضات منصوب از ناحیه او بر ممتنعین دلالت دارند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۰۳) که در ادامه به نمونه‌هایی اشاره می‌شود.

۱- ۲. روایت سلمه بن کهیل

«عَنْ سَلْمَةَ بْنِ كَهَيْلٍ، قَالَ: سَمِعْتُ عَلِيًّا عليه السلام يَقُولُ لِشَرِيحٍ: انْظُرْ إِلَى أَهْلِ الْمَعَكِ وَالْمَطَلِ وَدَفْعِ حُقُوقِ النَّاسِ مِنْ أَهْلِ الْمُقَدَّرَةِ وَالْيَسَارِ مِمَّنْ يَدُلُّ بِأَمْوَالِ النَّاسِ إِلَى الْحُكَّامِ، فَخِذْ لِلنَّاسِ بِحُقُوقِهِمْ مِنْهُمْ وَبِعْ فِيهَا الْعِقَارَ وَالْأَعْيَانَ فَانِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله يَقُولُ: "مَطْلُ الْمُسْلِمِ الْمَوْسِرِ ظَلَمٌ لِلْمُسْلِمِ" وَ مَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَقَارٌ وَلَا دَارٌ وَلَا مَالٌ فَلَا تَسْبِيلَ عَلَيْهِ (كلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۳)؛ سلمه بن کهیل روایت کرده است که علی علیه السلام به شریح فرمود: در مورد افرادی که در پرداخت دیون مردم با وجود امکان و قدرت مالی سهل انگاری می‌کنند، نظارت کن. حقوق مردم را با فروش املاک و اموال از ایشان بستان؛ زیرا من از رسول الله صلى الله عليه وآله شنیدم که می‌فرمود سهل انگاری توسط شخص توانا ستم بر مسلمان دائن است، البته شخص نادر چیزی بر او نیست».

با توجه به ادامه روایت که درباره آداب قضاوت و وظایف قاضی است، لحن کلمات و شخصیت ویژه نبودن شریح نزد امام علی علیه السلام، بعید به نظر می‌رسد بتوان روایت را بر مورد خاص



و تفویض ولایت به شخص شریح حمل کرد؛ حتی اگر چنین هم باشد، اصل وجود چنین ولایتی برای حاکم جامعه به راحتی از این روایت قابل استفاده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۰۶). اگر چه برخی سلمه بن کهیل را ضعیف دانسته اند (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۶، ص ۵۲)، اما ظاهراً در دلالت روایت بر مفاد قاعده تردیدی وجود ندارد. از این روست که شیخ طوسی در کتاب النهایه با استناد به این روایت، قاعده مورد نظر را جاری می‌کند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۰۴).

۲- ۲. روایت حدیفه (در باب احتکار) عن ابی عبدالله علیه السلام

«مُحَمَّدٌ عَنْ أَحْمَدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ حُدَيْفَةَ بْنِ مَنْصُورٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: نَفِدَ الطَّعَامُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صلی الله علیه و آله فَاتَاهُ الْمُسْلِمُونَ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ! قَدْ نَفِدَ الطَّعَامُ وَ لَمْ يَبْقَ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَّا عِنْدَ فُلَانٍ، فَمَهْ بِبَيْعِهِ. قَالَ: فَحَمَدَ اللَّهُ وَ آتَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ يَا فُلَانُ، ان الْمُسْلِمِينَ ذَكَرُوا ان الطَّعَامَ قَدْ نَفَدَ الْأَشْيَاءَ عِنْدَكَ، فَخَرَجَ وَ بَعَهُ كَيْفَ شِئْتَ وَ لَا تَحْبِسْهُ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۶۴)؛ از امام صادق علیه السلام روایت شده است که فرمود در زمان رسول الله صلی الله علیه و آله گندم نایاب شد، مسلمانان به حضور ایشان آمدند و گفتند: ای رسول خدا! گندم نایاب است و جز نزد فلان کس هیچ جای دیگری وجود ندارد. به او دستور دهید که بفروشد. رسول خدا پس از ستایش خدا به آن شخص گفت: مسلمانان گزارش می‌دهند که گندم نایاب شده، مگر آنکه مقداری که نزد توست؛ همه را در معرض فروش قرار بده و هر گونه که مایلی بفروش و حبس و نگهداری مکن.»

در این حدیث نیز که از نظر سندی پذیرفته شده است، امر پیامبر صلی الله علیه و آله به بیع ظهور در وجوب دارد و مخصوص زمان ایشان هم نیست. البته در حدیث سخنی از امتناع به میان نیامده است تا نوبت به اعمال ولایت یعنی فروش مستقیم توسط خود رسول الله صلی الله علیه و آله برسد، اما در وضعیت مشابه آنچه در حدیث توصیف شده است، امتناع دارنده طعام از فروش آن امری طبیعی است. این مطلب از مراجعه مسلمانان به پیامبر صلی الله علیه و آله و تقاضای صدور دستور فروش نیز قابل برداشت است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۰۷).

۳- ۲. روایت ابوبصیر (در باب نفقه)

«رَوَى عَاصِمُ بْنُ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه السلام يَقُولُ: مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكُفْهَا مَأْيُورِي عَوْرَتِهَا وَ يُطْعِمَهَا مَا يُقِيمُ صَلْبَهَا كَانَ حَقًّا عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۴۱)؛ حضرت امام باقر علیه السلام فرموده است: هر کس از تأمین لباس و آذوقه همسر خویش

خودداری نماید، امام حق دارد که میان شان جدایی افکند».

خودداری و امتناع در این روایت می‌تواند اختیاری باشد، یعنی وقتی زوج قدرت بر انفاق دارد و ممانعت می‌کند یا عاجز از انفاق است، در هر حال از انفاق به زوجه امتناع کرده است و حضرت راه حل نهایی اختلاف را طلاق دادن زوجه می‌داند. بدون تردید مراتب در حاکمیت معصوم علیه السلام و غیر معصوم (همچون فقیه) متفاوت است، ولی عدم دسترسی به معصوم علیه السلام و نیابت عامه‌ای که فقهای جامع‌الشرایط دارند، اعمال ولایت ایشان در حل مسائل مؤمنین را جایز می‌کند.

۳. سنت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله

سنت و رویه پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله دلیل بر لزوم حاکم و اجرای قاعده مذکور (ولایت حاکم بر ممتنع) است؛ زیرا اولاً حکومت تشکیل داد و تاریخ گواه آن است که حکومت تشکیل داد، به اجرای قوانین و برقراری نظامات اسلام پرداخت و جامعه را اداره کرد، والی به اطراف فرستاده، به قضاوت نشست و قاضی نصب کرد. همچنین سفاری را به خارج و نزد رؤسای قبایل و پادشاهان روانه کرد، معاهده و پیمان بست، جنگ را فرماندهی کرد و به طور کلی احکام حکومتی را به جریان انداخت. ثانیاً برای پس از خود به فرمان خدا «حاکم» تعیین کرد. وقتی خداوند متعال برای جامعه پس از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله تعیین حاکم می‌کند، به این معناست که حکومت پس از رحلت حضرت نیز لازم است و چون رسول اکرم صلی الله علیه و آله با وصیت خویش فرمان الهی را ابلاغ می‌کند، ضرورت تشکیل حکومت را نیز می‌رساند.

بدیهی است ضرورت اجرای احکام که تشکیل حکومت رسول اکرم صلی الله علیه و آله را ضروری کرده است، منحصر و محدود به زمان آن حضرت نیست و پس از رحلت ایشان نیز ادامه دارد. طبق آیه شریفه، احکام اسلام محدود به زمان و مکانی نیست و تا ابد باقی و لازم‌الاجراست^۱ و تنها مختص زمان نبی اکرم صلی الله علیه و آله نیست تا پس شهادت آن حضرت متروک شود و دیگر حدود و قصاص اجرا نشود یا انواع مالیات‌های مقرر گرفته نشود یا دفاع از سرزمین و امت اسلام تعطیل شود. این حرف که قوانین اسلام تعطیل پذیر یا منحصر و محدود به زمان یا مکانی است، بر خلاف ضروریات اعتقادی اسلام است. از آنجا که اجرای احکام پس از رسول اکرم صلی الله علیه و آله و تا ابد ضرورت دارد، تشکیل حکومت و برقراری دستگاه اجرا و اداره، ضرورت می‌یابد. بدون

۱. برای نمونه ر.ک: ابراهیم: ۵۲؛ یونس: ۲؛ حج: ۴۹؛ احزاب: ۴۰؛ یس: ۷۰.



تشکیل حکومت و بدون دستگاه اجرا و اداره که همه جریانات و فعالیت‌های افراد را از طریق اجرای احکام تحت نظام عادلانه درآورد، هرج و مرج ایجاد می‌شود و فساد اجتماعی و اعتقادی و اخلاقی به وجود می‌آید. بنابراین برای جلوگیری از هرج و مرج و عنان‌گسیختگی و رواج نیافتن فساد در جامعه، چاره‌ای جز تشکیل حکومت و انتظام بخشیدن به همه اموری که در کشور جریان می‌یابد، وجود ندارد و به ضرورت شرع و عقل، حکومت و دستگاه اجرا و اداره‌ای که در دوره حیات رسول اکرم ﷺ و زمان امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب علیه السلام وجود داشته است، پس از ایشان و در زمان ما نیز لازم و ضروری است (موسوی خمینی، ۱۴۲۳، ص ۲۶ و ۲۷) و اگر ظلمی صورت گیرد، راهی که باقی می‌ماند؛ پذیرش حق اعمال ولایت برای حاکم (و قضات و قوای وابسته به او) است تا بتواند با رعایت مصالح جامعه، اقدام به احقاق حقوق انسان‌ها کند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۰۸).

شرایط اجرایی قاعده ولایت حاکم بر ممتنع

فقه‌های بزرگ قاعده ولایت حاکم بر ممتنع را در باب‌های مختلف فقه جاری نموده و بر موارد زیادی تطبیق کرده‌اند. این تطبیق افزون بر ابواب معاملات، در باب عبادات نیز یافت می‌شود که به برخی از این موارد اشاره می‌شود.

۱. وصی خائن

اگر خیانت وصی آشکار شود، حاکم باید او را عزل و شخص دیگری را به جای او نصب کند و یا بر حسب آنچه را که مصلحت می‌داند، شخص امینی را در کنار او قرار دهد. اگر ناتوانی او به طور مستقل آشکار شود، باید کسی را برای کمک به او بفرستد. حال اگر مطلقاً از تدبیر و عمل عاجز باشد، به طوری که امید به زوال آن نباشد مانند پیری که عقل او از کار افتاده است؛ ظاهر آن است که منعزل است و باید حاکم کسی را جای او نصب کند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۰۳). بنابراین وقتی وصی خائن باشد، حاکم وظیفه دارد او را عزل کند.

۲. امتناع نفقه‌دهنده از نفقه واجب

اگر کسی که نفقه بر او واجب است، از آن خودداری کند؛ حاکم شرع او را مجبور می‌کند و در صورت نبود حاکم، مؤمنین عادل او را به آن مجبور می‌کنند و اگر آن‌ها هم نبودند،

مؤمنین فاسق آن را انجام می دهند و اگر اجبار او ممکن نباشد، پس اگر مالی داشته باشد که تقاض منفق علیه از آن به مقدار نفقه ممکن باشد؛ برای زن جایز است - نه غیر زن - مگر اینکه حاکم شرع به غیر زن اذن داده باشد. پس با اذن حاکم برای غیر گرفتن جایز است و در صورت تعذر حاکم، امر مشکل می شود (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۲۳). در نتیجه اگر کسی از نفقه دادن که بر او واجب است، امتناع نمود؛ حاکم می تواند در این زمینه او را مجبور کند.

۳. امتناع خمس دهنده یا زکات دهنده یا پرداخت بدهی

حاکم اسلامی می تواند نسبت به جمع آوری خمس و زکات اقدام کند و در این راه خشونت به خرج دهد و طلب الزامی کند (طباطبایی، ۱۴۱۶، ج ۹، ص ۳۲۹). فقرا و سادات از مال کسی که بر او زکات یا خمس است یا در مال اوست، حق تقاض ندارند؛ مگر به اذن حاکم شرع و حاکم حق دارد از کسی که مانند این ها بر اوست یا در مال اوست و انکار یا ممانعت می کند؛ تقاض کند. همچنین اگر چیزی وقف بر جهات عمومی یا عناوین کلی باشد که متولی ندارند، تقاض برای غیر حاکم جایز نیست، اما تقاض حاکم از منافع وقف، بدون اشکال جایز است (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۳۹). اگر مدیون با وجود تمکن از ادای دین خود امتناع کند، حاکم او را ملزم می کند که بپردازد و در صورت امتناع از سوی او، حاکم از مال او ادای دین می کند (همان، ص ۶۴۰) و همان گونه که ادای دین بر مدیون واجب شده است، قبول این مطلب از طرف دائن نیز واجب است. بنابراین هر گاه صاحب هر حقی از پذیرش و قبول حق خویش خودداری کند، حاکم او را مجبور به قبول، و در صورت عدم تمکن بودن اجبار از ناحیه او قبول می کند (همان). بنابراین اگر کسی از دادن خمس و زکات واجب و بدهی خودداری کند، حاکم می تواند او را مجبور به این کار کند.

۴. امتناع از وفا کردن به شروط ضمن عقد

هر گاه شرط صحیحی در ضمن عقد به سود کسی مقرر شود، بر طبق اصل لزوم وفا نمودن به پیمان ها، عمل به آن شرط نیز لازم است. در این لزوم شرعی و وجوب تکلیفی که بر عهده مشروط علیه آمده است، جای هیچ تردیدی نیست و مشخص است؛ اما آنچه مورد اختلاف علما واقع شده است، اثر تخلف از انجام شروط بوده است؛ به این معنا که در صورت



خودداری مشروط علیه از وفا کردن به شرط آیا می‌توان او را مجبور به انجام آن کرد یا نه؟ اگرچه برخی بزرگان فقه همچون علامه درالتحریر و شیخ درالمبسوط این مجبور بودن را جایز نمی‌دانند و تنها اثر این تخلف را قدرت بر فسخ معامله می‌دانند، اما معروف و مشهور فقیهان خلاف آن را باور دارند؛ چنانکه شیخ در مکاسب همین را قوی‌تر دانسته است. بنا بر این نظریه متخلف از وفا کردن به شرط، مجبور به عمل به آن خواهد شد. حتی در صورتی که اجبار ممتنع به انجام شرط امکان‌پذیر نباشد، حاکم می‌تواند کسی را به نیابت از او برای انجام آن قرار دهد و هزینه را به عهده متخلف بنهد و در آخر هم در صورتی که شرایط اقتضا کند، می‌تواند به ولایت از جانب ممتنع به انجام این امر اقدام نماید. برای مثال اگر در ضمن عقد بیع مقرر شود یکی از طرفین مالی را به شخصی هبه کنند، حاکم بنا بر ولایت خود در صورت خودداری مشروط علیه، همین عمل حقوقی را انجام خواهد داد. بنابراین تا جایی که امکان اجبار وجود دارد، حق خیار فسخ برای مشروط‌له ایجاد نمی‌شود. این نکته نیز بسیار مهم است که قانون مدنی در کشور ما همگام با نظریه مشهور است و حکم به جایز بودن اجبار ممتنع کرده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۲۵). بنابراین اگر شرط صحیحی در ضمن عقد منعقد شد، بر طبق اصل لزوم وفا به پیمان‌ها، عمل به آن شرط نیز ضروری است و در صورت خودداری از عمل به این عهد، حاکم حق تداخل دارد.

۵. امتناع از فروش مال احتکاری

از باسابقه‌ترین مسائلی که در فقه به عنوان قاعده مورد بحث قرار گرفته است، آنجایی است که محتکر به وجود اجبار حاکم از فروش اموال احتکار شده سرپیچی کند. در این موارد نیز حاکم با ولایتی که بر ممتنع دارد، اقدام به فروش این اموال خواهد کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۴۸۵).

۶. امتناع وصیان از اجتماع

اگر شخصی دو نفر را وصی خود گرفت و شرط اجتماع آنان را نیز بیان کرد و یا مطلق گذارد، هیچ یک از اوصیا به تنهایی مجاز به تصرف در اموال نیست؛ مگر در موارد بسیار ضروری مثل خوراک و پوشاک فرزندان یتیم آن متوفی. البته در اینجا حاکم می‌تواند آن دو وصی را به دلیل خودداری از اجتماع کردن مجبور کند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۳۱).

۷. امتناع در زمینه کفالت

کفالت به این معناست که کفیل تعهد کند مکفول را در وقت مورد نظر حاضر کند، اما اگر کفیل وظیفه خود را انجام داد؛ ولی مکفول له از تحویل گرفتن مکفول اجتناب کند، حاکم از جانب او قبض می‌کند. امتناع کردن کفیل از انجام وظیفه، یعنی حاضر کردن مکفول نیز شامل همین قاعده است (عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۳۶۹).

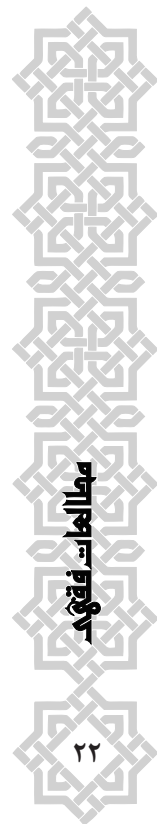
۸. امتناع شریک از قسمت کردن

اگر یکی از شرکا درخواست کند مال اشتراکی تقسیم شود، ولی شریک یا شرکا از این کار خودداری کنند؛ با این شرط که تقسیم موجب ضرر آن‌ها نشود، حاکم ممتنع را مجبور به تقسیم می‌کند. در نتیجه اگر تقسیم به شیوه خاص مستلزم ضرر شود، ولی چنین ضرری در شیوه دیگر موجود نباشد؛ می‌توان ممتنع را تنها به شیوه بی‌ضرر مجبور کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۰۸). موارد بسیار دیگری از تطبیق این قاعده می‌توان در کتب فقهی یافت که به دلیل مشابهت با موارد بیان شده و نیز برای رعایت اختصار از بیان آن‌ها خودداری می‌شود.

نتیجه‌گیری

بنا بر آنچه بیان شد، ولایت حاکم بر ممتنع از ریشه‌دارترین مباحث فقهی است که موجب شده است به عنوان رکنی در فقه مورد استناد باشد. اگر کسی از ادای حقوق دیگران یا انجام تکالیف خود امتناع کند، حاکم جامعه اسلامی بنا بر وظیفه خود به جای فرد ممتنع وارد عمل می‌شود و در نتیجه حاکم کسانی را که مانع رسیدن صاحبان حق به حقوق خودشان می‌شوند، مجبور به ایفای وظیفه می‌کند و اگر در جایی اجبار ممکن نباشد، خود اقدام می‌نماید. ادله‌ای که برای این قاعده قابل اسناد است، برخی آیات همچون آیه اطاعت و یا آیه صادقین و نیز برخی روایات و سنت پیامبر ﷺ است. بنا بر ادله ذکر شده، ولایت بر ممتنع پذیرفته شده است. به همین دلیل در موارد بسیاری پس از حکم به ولایت حاکم بر ممتنع، آن را نتیجه ولایت مجتهد می‌دانند؛ زیرا حفظ نظام اجتماعی مردم و برپایی عدل از وظایف امام است. ولی فقیه نیز همین وظایف را در برابر اجتماع دارد و آرمان و شعار تمامی افراد بشر نیز برقراری عدالت اجتماعی است، از این رو ادله نقلی نیز به برپایی چنین عدالتی حکم می‌کند. در جامعه‌ای که عمل به قانون و وظایف قانونی به عنوان زیر بنای تمام روابط

اجتماعی پذیرفته شده است، به ناچار بایستی با قانون شکنان برخوردی مناسب داشت تا تجاوز آنان از مرزهای ترسیم شده از سوی حاکم، اختلالی در نظم عمومی به وجود نیاورده و دیگران را نیز به تخلف تشویق نکند.



فهرست منابع

۱. ازهری، محمد بن احمد (۱۴۲۱ق)، تهذیب اللغة، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۳. بحرانی، حسین بن محمد (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، چاپ اول، قم: مجمع البحوث العلمیة.
۴. تفتازانی، سعدالدین (۱۴۰۹ق)، شرح المقاصد، چاپ اول، قم: الشریف الرضی.
۵. جصاص، احمد بن علی (۱۴۰۵ق)، احکام القرآن، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶ق)، الصحاح، تصحیح احمد عبدالغفور عطار، چاپ اول، بیروت: دار العلم للملایین.
۷. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۳ق)، القواعد الفقهیة، چاپ اول، بیروت: مؤسسه امام رضا علیه السلام.
۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات الفاظ القرآن، چاپ اول، بیروت: دارالقلم.
۹. صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ق)، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۷۴ش)، المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، چاپ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. طباطبایی، سید محسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۱۲. طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۵ق)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ اول، بیروت: مؤسسه الاعلمی.
۱۳. طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵ش)، مجمع البحرین، تصحیح احمد حسینی اشکوری، چاپ سوم، تهران: مرتضوی.
۱۴. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۵. فخر رازی، محمد بن عمر (بی تا)، تفسیر کبیر رازی، چاپ سوم، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۱۶. قرشی، علی اکبر (۱۳۷۱ق)، قاموس قرآن، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۷. کاشانی، ملا حبیب الله شریف (۱۴۰۴ق)، تسهیل المسالک الی المدارک، چاپ اول، قم: المطبعة العلمیة.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیة.



۱۹. مجلسی، محمد تقی (۱۴۰۶ق)، روضة المتقين في شرح من لايحضره الفقيه، چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگي اسلامي كوشانپور.
۲۰. محقق داماد يزدي، سيد مصطفي (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مركز نشر علوم اسلامي.
۲۱. مفيد، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق)، الاختصاص، چاپ اول، قم: المؤتمر العالمي.
۲۲. مكارم شيرازي، ناصر (۱۳۷۴ش)، تفسير نمونه، با همكاري جمعي از طلاب، چاپ اول، تهران: دارالكتب الإسلامية.
۲۳. موسوي خميني، سيد روح الله (بي تا)، تحرير الوسيلة، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۲۴. _____ (۱۴۲۳ق)، ولايت فقيه، چاپ دوازدهم، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني علیه السلام.
۲۵. ميرزاي قمي، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷ق)، رسائل الميرزا القمي، چاپ اول، قم: دفتر تبليغات اسلامي.
۲۶. نجفي، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۲۷. نجفي (كاشف الغطاء)، جعفر بن خضر مالكي (۱۴۲۰ق)، شرح الشيخ جعفر علي قواعد العلامة ابن المطهر، بي جا: مؤسسه كاشف الغطاء - الذخائر.

شهادت بر ملکیت به استناد قاعده ید

زهرا سادات سرکشیکیان^۱

چکیده

از منظر فقهی و حقوقی مستند شهادت، علم قطعی شاهد به مشهود به است؛ اما در رابطه با شهادت نسبت به مالکیت ذوالید یعنی فردی که مالی را تحت اختیار دارد، این سؤال مطرح است که با توجه به اینکه بر اساس قاعده «ید» استیلا و سلطه فرد بر عین، نشانه مالکیت شخص است؛ آیا در مقام شهادت می توان با استناد به ید بر مالکیت شخص نسبت به عین گواهی داد؟ در رابطه با این امر میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ به این معناکه برخی قائل به جواز شهادت به ید (یعنی استیلائی فرد بر عین) هستند، اما مشهور فقها قائل به جواز شهادت به مالکیت فرد هستند. در حقوق تصریحی به این امر نشده است، اما طبق ماده ۱۳۱۵ ق.م، انسان می تواند به تصرف یک فرد شهادت دهد و طبق ماده ۳۵ ق.م، تصرف مالکانه دلیل مالکیت است؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. بنابراین با جمع این دو ماده می توان به این نتیجه دست یافت که به واسطه شهادت بر تصرف یک فرد، مالکیت آن فرد قابل اثبات است.

واژگان کلیدی: شهادت، قاعده ید، فقه، حقوق.

۱. دکتری فقه و مبانی حقوق، پژوهشگر پژوهشگاه مطالعات اسلامی جامعه الزهراء (ع).

مقدمه

شهادت شهود، یکی از ادله مهم در اثبات دعواست که باید مستند به علم قطعی باشد. در عین حال قاعده ید، محور بسیاری از معاملات روزمره و نشانه بر مالکیت شخصی است که به صورت بلامنازع بر مالی تسلط دارد. بر این اساس در زمان طرح دعوا نسبت به چنین شخصی که بر مال و عینی استیلا دارد، اما مستند قطعی بر مالکیت وی وجود ندارد؛ این سؤال مطرح است که آیا برای شهود امکان دارد تا با تمسک به قاعده ید بر مالکیت فرد شهادت دهند و یا اینکه تنها می‌توانند بر ید فرد بر عین مورد نظر شهادت دهند؟ در تحقیق حاضر تلاش بر تبیین اقوال فقها در رابطه با مسئله مذکور و نیز بررسی مواد و مباحث حقوقی در این ارتباط است؛ از این رو ابتدا به عنوان به صورت مختصر درباره مستند شهادت، یعنی «علم قطعی» و طرق حصول آن مطالبی بیان می‌شود.

مستند شهادت

از نظر فقه‌های امامیه مستند شهادت، علم قطعی^۱ شاهد به مشهود به است (محقق حلی، ۱۳۶۰، ج ۴، ص ۱۸۱؛ عاملی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۸۷؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۵۴). علم قطعی شاهد باید از طریق دیدن، شنیدن و یا دیدن همراه شنیدن به حسب اختلاف مواردی که ذیلاً به آن‌ها اشاره می‌شود، به دست آمده باشد:

دیدن: در اموری که دیدن برای آن کفایت می‌کند و در آن‌ها احتیاج به شنیدن نیست؛ مانند اعمال و افعالی همچون غصب، سرقت، قتل، رضاع، ولادت، زنا و لواط (جبعی عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۵۵؛ نجفی، بی‌تا، ج ۴۱، ص ۱۲).

شنیدن همراه دیدن: در اموری که مورد شهادت اقوال اشخاص باشد؛ مانند عقود (نکاح، بیع، اجاره) و ایقاعات (طلاق) (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱، ص ۱۵۰) و قذف^۲ (جبعی عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۵۵).
شنیدن: منظور از شنیدن در اینجا شیوع پیدا کردن خبر است تا جایی که برای شنونده ظن غالب نزدیک به یقین به امری پیدا شود (طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۲۳؛ عاملی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۸۸؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۵۵) و این زمانی حاصل می‌شود که خبر پی در پی از جماعتی بیاید که توافق آن‌ها بر کذب محال باشد (محقق حلی، ۱۳۶۰، ج ۴، ص ۱۸۱۲). این طریقه گاهی

۱. «علم یقینی عادی» (محقق حلی، ۱۳۶۰، ص ۱۸۱۰).

۲. «نسبت زنا یا لواط به کسی دادن» (قاروبی تبریزی، ۱۳۶۸، ج ۹، ص ۳۳۲).

شیوع، گاهی تسامع و گاهی استفاضه نامیده می‌شود (نجفی، بی تا، ص ۱۳۴).

در محقق شدن استفاضه، تعداد معینی شرط نیست؛ بلکه تعداد آن با توجه به اختلاف خبر دهندگان فرق می‌کند. البته شرط است که تعداد خبر دهندگان از تعداد شاهدان عادل (که دو نفر هستند) بیشتر باشد تا به این ترتیب بین خبر عادل (یعنی شاهد) و بین استفاضه تفاوت حاصل شود (جبعی عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۵۵). طبق نظر مشهور فقها با استفاضه هفت چیز ثابت می‌شود که عبارتند از: «نسب»، «مرگ»، «ملک مطلق» (که سبب آن بیان نشده است)، «وقف»، «نکاح»، «عتق» (آزاد کردن بنده) و «ولایت قاضی» (طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۲۳؛ عاملی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۸۸؛ محقق حلی، ۱۳۶۰، ج ۴، ص ۱۸۱؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۵۵).

ادله فقهی بر لزوم استناد شهادت به علم قطعی عبارتند از:

آیه ۳۶ سوره اسراء: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾؛ «هرگز آنچه را که به آن علم و اطمینان نداری، دنبال مکن» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۸۰؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۲۲۶؛ نجفی، بی تا، ج ۴۱، ص ۱۲۱). در تفسیر آمده است چیزی را که نشنیده و ندانسته‌ای، نگو؛ شنیده، دیده و دانسته‌ام. برخی نیز گفته‌اند: «یعنی شهادت دروغ نده». این آیه نسبت به هر گفتار یا کردار یا تصمیمی که از روی علم نباشد، عمومیت دارد. گویا می‌گوید جز آنچه که به درستی آن علم داری، مگو (طبرسی، ۱۳۵۰، ج ۱۴، ص ۱۳۵؛ طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۱۳، ص ۱۲۶).

آیه ۸۶ سوره زخرف: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾؛ «مگر کسانی که شهادت می‌دهند به حق و آن‌ها کسانی هستند که علم دارند» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۸۰؛ نجفی، بی تا، ص ۱۲۲؛ حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص ۳۶۳). در تفسیر آمده است فرشتگان به اذن خدا تنها برای مؤمنین شفاعت می‌کنند؛ کسانی که آنچه را که با زبان‌ها به آن شهادت می‌دهند، با قلب‌شان آن را می‌دانند؛ زیرا خدا با شهادت، علم به آن را شرط کرده است (طبرسی، ۱۳۵۰، ج ۲۲، ص ۲۷۸).
- روایتی که پیامبر ﷺ زمانی که از شهادت از ایشان سؤال شد، فرمود: «هَلْ تَرَى السَّمْسَ؟ عَلَيَّ مِثْلَهَا فَأَشْهَدُ أَوْ دَعُ؟ آیا خورشید را می‌بینی؟ بر مثل این شهادت بده و یا شهادت را رها کن» (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۰؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۲۲۶؛ نجفی، بی تا، ج ۴۱، ص ۱۲۲؛ حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص ۳۶۳؛ راوندی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۳۹۷).

- روایت علی بن غیاث از امام صادق علیه السلام که آن حضرت فرمود: «لَا تَشْهَدَنَّ بِشَهَادَةٍ حَتَّى تَعْرِفَهَا كَمَا تَعْرِفُ كَفَّكَ؛ شهادتی را نده تا زمانی که بر آن معرفت داشته باشی، همان‌گونه که



دستت را می‌شناسی» (نجفی، بی‌تا، ص ۱۲۲؛ حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص ۳۶۳).

از منظر حقوق موضوعه بر اساس ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی «شهادت باید از روی قطع و یقین باشد، نه به طور شک و تردید». حقوقدانان بر اساس این ماده قائلند مستند شهادت، قطع و یقین است؛ یعنی علم عادی که از راه‌های متعارف و محسوس به دست می‌آید، نه خیالبافی و پندار و گمان (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۲۹۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۷). به طور معمول شاهد باید در صحنه‌ای که به آن گواهی می‌دهد، حضور داشته باشد و آنچه را که می‌بیند یا می‌شنود، نقل کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۷). بنابراین کسی که شهادت بر تصرف، غصب، سرقت، اتلاف یا جرح و ضرب می‌دهد، باید آن را دیده باشد (امامی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۹۹) یا کسی که بر ناسزا یا صدای انفجار یا اقرار شهادت می‌دهد، باید آن را شنیده باشد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۷). بنابراین دیدن و شنیدن دو راه غالب و متعارف برای حصول علم است، اما تنها راه رسیدن به علم نیست؛ بلکه مهم آن است که راه حصول علم، راهی متعارف و قابل قبول باشد؛ به‌گونه‌ای که بر حسب عرف و عادت برای هر انسان ایجاد علم کند. در امور کیفری باید دقت بیشتری کرد؛ زیرا هر شک و شبهه‌ای به نفع متهم تفسیر می‌شود و شاهد به واقعه‌ای (جرم) شهادت می‌دهد که باید جزمی و یقینی باشد و این جزم و یقین حتی‌الامکان از راه حس به دست آمده باشد. شهادت اشخاص ناشنوا و لال و نابینا هم در مواردی که بتوانند با سایر حواس خود موضوع شهادت را تحمل کنند و در هنگام ادای شهادت بتوان به مفاد شهادت آن‌ها پی برد، جایز است. برای مثال شخص نابینا می‌تواند به آنچه که شنیده است، شهادت دهد (زراعت و حاجی‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۲۹۸ و ۲۹۹).

نکته افتراق فقه و حقوق در مسئله استناد به علم قطعی، این است که در فقه می‌توان با استناد به «شیاع» و «تسامع» شهادت داد؛ در حالی که قانون مدنی از چنین شهادتی نام نمی‌برد و هیچ حکمی درباره امکان پذیرش چنین شهادتی وجود ندارد؛ بلکه تنها ممکن است در دادرسی‌های کیفری جزء اماره‌های قضایی به حساب آید. شاید بتوان گفت دلیل این امر، این است که در دوران قدیم اطلاع پیدا کردن درباره اموری مانند نسب، مرگ، ملک مطلق، نکاح و ... غالباً از راه «شیاع» و «تسامع» بود و به همین دلیل شهادت با استناد به «شیاع» و «تسامع» صحیح بود، اما در دوران کنونی این امور با توجه به تنظیم اسناد و مدارک، آزمایش DNA و ... قابل اثبات است و دیگر نیازی به شهادت شهود در رابطه با

این امور نیست. در عین حال برخی حقوقدانان تلاش کرده‌اند تا اثبات کنند در برخی موارد مانند نسب، مرگ، مالکیت، وقف و ... جز از راه تکیه بر شهرت و اعتماد عمومی نمی‌توان به واقعه دست یافت و استماع چنین شهادتی، مورد نیاز عمومی است و عرف آن را معتبر می‌شمارد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۴-۲۲).

شهادت مستند به ید از منظر فقه امامیه

اگر چه به طور کلی شهادت باید مستند به علم قطعی باشد، اما در عین حال با توجه به اینکه بر اساس قاعده «ید» استیلا و سلطه فرد بر شیء، نشانه مالکیت شخص و ملک بودن شیء است؛ آیا در مقام شهادت می‌توان با استناد به اماره ید بر مالکیت شخص گواهی داد؟ در ادامه برای پاسخ به این سؤال در ابتدا به تبیین فقهی قاعده «ید» پرداخته می‌شود. قاعده ید، یکی از قواعد معتبری است که مورد قبول تمامی فقهای اسلام و بلکه همه عقلا و مورد استناد ایشان است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۷۹). در تعریف ید آمده است: «ید عبارت است از سلطه و اقتدار شخص بر شیء، به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلا او باشد و بتواند هر گونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۲۷). مفاد قاعده ید این است که استیلا و سلطه فرد بر شیء، مثبت مالکیت آن شخص است و در واقع طبع اصلی و اولیه تسلط انسان بر شیء، نشانه مالکیت شخص و ملک بودن شیء است؛ مگر آنکه خلافش ثابت شود (همان، ص ۳۳ و ۳۴).

یکی از بحث‌های مهم درباره قاعده ید، اثبات اماره بودن آن است که مورد تصریح برخی فقها قرار گرفته است (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰، ج ۴، ص ۳۴۶). اهمیت اثبات اماره بودن ید از آن جهت است که به طور کلی امارات در طریق بودن به واقع و ارائه آن همچون قطع طریقی می‌باشند (ذهنی تهرانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۴) و در واقع امارات، قائم مقام قطع طریقی هستند (حسینی، ۱۴۱۳، ص ۳۰). قطع طریقی آن است که حکم در آن بر ذات موضوعی واقعی حمل شده باشد، بدون اینکه کوچک‌ترین دخالتی برای قطع در تشریح و توجه آن نسبت به مکلف باشد. بر این اساس، اعتبار این قسم از قطع صرفاً از باب این است که واقع را نشان می‌دهد و خاصیت آن، طریق بودن و ارائه واقع است. بنابراین هر اماره معتبر و اصل شرعی و عقلی که واجد این خصوصیت باشد مانند «بینه» و «استصحاب»، باید بتواند به جای



آن قرار گیرد و فایده‌ای که بر قطع مترتب است؛ آن را نیز افاده نماید و از این نظر با قطع هیچ فرق ندارد. البته تنها فرقی که بین آن‌هاست، اینکه قطع طریقی حجیت و اعتبارش ذاتی است، ولی امور یاد شده جعلی و تنزیلی هستند (ذهنی‌تهرانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۳). بر این اساس، امارات عبارتند از راه‌هایی که کاشف از واقع هستند و ما را به واقع می‌رسانند (محمدی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۰۷) و به همین علت از سوی شارع حجیت یافته‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۸). حجیت آن‌ها نیز عرضی است؛ یعنی بر اساس جعل شارع و یا به حکم عقل حجت هستند (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۱۶۱).

بر اساس قول به اماره بودن قاعده ید است که گفته شده است: «مبنا و ملاک حجیت ید، آن است که تسلط و استیلائی مالکانه، کاشفیت نوعی از مالکیت دارد و شارع نیز این امر را حجت می‌داند» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۹). برخی درباره اعتبار «ید» و دلایل اماره بودن آن معتقدند معتبر بودن ید و تصرف مالکانه بلامنازع، از بدیهیات و مسلمات است که نیاز به استدلال ندارد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۰۷)، اما در عین حال فقهای بزرگ برای آن چهار دلیل اقامه کرده‌اند که عبارتند از:

۱. سنت

– روایت حفص بن قیاس: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ لَهُ رَجُلٌ أَرَأَيْتَ إِذَا رَأَيْتَ سَيِّئًا فِي يَدَيْ رَجُلٍ أَيْجُوزُ لِي أَنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ قَالَ نَعَمْ قَالَ الرَّجُلُ أَشْهَدُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ وَلَا أَشْهَدُ أَنَّهُ لَهُ فَلَعَلَّهُ لِعَيْبِهِ فَقَالَ لَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع أَفِيحِلُّ الشِّرَاءَ مِنْهُ قَالَ نَعَمْ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع فَلَعَلَّهُ لِعَيْبِهِ فَمِنْ أَيْنَ جَازَ لَكَ أَنْ تَشْتَرِيَهُ وَ يَصِيرَ مِلْكًا لَكَ ثُمَّ تَقُولُ بَعْدَ الْمَلِكِ هُوَ لِي وَ تَخْلِفُ عَلَيْهِ وَ لَا يَجُوزُ أَنْ تَنْسِبَهُ إِلَى مَنْ صَارَ مِلْكُهُ مِنْ قَبْلِهِ إِلَيْكَ ثُمَّ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع لَوْ لَمْ يَجُزْ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سُوقٌ؛ امام صادق ع به مردی که از ایشان سؤال کرده بود آیا اگر من چیزی در دست کسی ببینم، جایز است شهادت بدهم آن شیء مال اوست؟ فرمود: آری، جایز است. آن مرد گفت: شهادت خواهم داد که آن مال در دست اوست، ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد؛ زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت ع فرمود: آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری، حلال است. امام ع فرمود: شاید مال دیگری باشد، پس چگونه جائز است تو آن را بخری و بعد از تملکش بگویی که متعلق به من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به

مالکیت کسی که تواز ناحیه او مالک گردیده‌ای؛ اقرار کنی؟ سپس حضرت علیه السلام فرمود: اگر این امر جایز نباشد، برای مسلمان‌ها بازاری برپا نمی‌ماند» (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۸۲).

- روایت امام صادق علیه السلام در رابطه با فدک: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام فِي حَدِيثٍ فَدَكَ أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ علیه السلام قَالَ لِأَبِي بَكْرٍ أَتَحْكُمُ فِينَا بِخِلَافِ حُكْمِ اللَّهِ فِي الْمُسْلِمِينَ قَالَ: لَا. قَالَ: فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ شَيْءٌ يَمْلِكُونَهُ أَدْعَيْتُ أَنَا فِيهِ مَنْ تَسْأَلُ الْبَيْتَةَ قَالَ: إِيَّاكَ كُنْتُ أَسْأَلُ الْبَيْتَةَ عَلَى مَا تَدْعِيهِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: فَإِذَا كَانَ فِي يَدِي شَيْءٌ فَادَّعَى فِيهِ الْمُسْلِمُونَ تَسْأَلُنِي الْبَيْتَةَ عَلَى مَا فِي يَدِي وَقَدْ مَلَكَتُهُ فِي حَيَاةِ رَسُولِ اللَّهِ صلی الله علیه و آله وَبَعْدَهُ وَلَمْ تَسْأَلِ الْمُؤْمِنِينَ الْبَيْتَةَ عَلَى مَا ادَّعَوْا عَلَيَّ كَمَا سَأَلْتَنِي الْبَيْتَةَ عَلَى مَا ادَّعَيْتُ عَلَيْهِمْ إِلَى أَنْ قَالَ وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلی الله علیه و آله الْبَيْتَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَتَكَرَّحَ رَاعِي، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۹۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۸۳؛ اگر چیزی در دست مسلمانان بود و من ادعا کردم که این چیز از آن من است، در مقام خصومت و دعوی از چه کسی مطالبه بینه می‌کنی؟ ابوبکر گفت از شما چون مدعی هستید و آن‌ها ذوالید. حضرت فرمود: فدک در زمان رسول خدا صلی الله علیه و آله در دست ما و پس از آن نیز در دست ما بود. حالا اگر شما مدعی هستید که این فدک مال مسلمین و فیء است، اینجا بینه با کیست؟ بینه با شماست! چون من ذوالید هستم. در نهایت امیرالمؤمنین علیه السلام فرمود: پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمود: بینه بر مدعی است و قسم بر منکر».

- روایت مسعدة بن صدقة: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ كُلُّ شَيْءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بَعْنِيهِ فَتَدْعَهُ مِنْ قِبَلِ نَفْسِكَ وَذَلِكَ مِثْلُ الثَّوْبِ يَكُونُ قَدْ اشْتَرَيْتَهُ وَهُوَ سَرِقَةٌ أَوْ الْمَمْلُوكِ عِنْدَكَ وَلَعَلَّهُ حُرٌّ قَدْ بَاعَ نَفْسَهُ أَوْ خُدْعَ فَبِيعَ أَوْ فَهْرٌ أَوْ امْرَأَةٌ تَحْتِكَ وَهِيَ أُخْتُكَ أَوْ رَضِيعَتِكَ وَ الْأَشْيَاءُ كُلُّهَا عَلَى هَذَا حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ أَوْ تَقَوْمٌ بِهَ الْبَيْتَةَ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۱۳ و ۳۱۴)؛ امام صادق علیه السلام فرمود: همه چیز بر تو حلال است، مگر آنکه به حرمت آن آگاه شوی، مثل لباسی که آن را خریده‌ای؛ در حالی که ان به سرقت رفته است و بنده‌ای که نزد توست، اما شاید آن حر باشد که خودش را فروخته ... پس همه چیز به همین صورت است (همه چیز بر تو حلال است)، مگر آنکه بینه‌ای بر خلاف بیاید یا علم به خلاف پیدا شود». مسعدة بن صدقة، عامی است و از حیث کتب رجال اعتبار ندارد؛ اما به دلیل اینکه روایت مذکور مورد عمل تمامی اصحاب قرار گرفته است، ضعف روایت جبران می‌شود. این روایت دلالت صریح دارد بر اینکه اگر انسان چیزی را درید کسی دید، باید آثار ملکیت را بر آن بار نماید؛ از این رو



می بینیم که این شیء خرید و فروش می شود. امام صادق علیه السلام در پایان، يك ضابطه کلی ارائه می دهد و می فرماید: «الأشياء كُلُّهَا عَلَى هَذَا (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۸۴)؛ مگر آنکه بینه ای بر خلاف بیاید یا علم به خلاف پیدا شود».

- موثقه یونس بن یعقوب: «فِي امْرَأَةٍ تَمُوتُ قَبْلَ الرَّجُلِ أَوْ رَجُلٍ قَبْلَ الْمَرْأَةِ قَالَ مَا كَانَ مِنْ مَتَاعِ النِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ وَ مَا كَانَ مِنْ مَتَاعِ الرَّجُلِ وَ النِّسَاءِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَ مَنْ اسْتَوْلَى عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ فَهُوَ لَهُ لَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۰۲). این روایت دال بر این است که اثاثیه مربوط به زن، چون زن ذوالید در آن است؛ اماره است بر اینکه در ملکیت اوست و اثاثیه مربوط به مرد نیز چون مرد ذوالید است، به وی اختصاص دارد و اثاثیه ای که هر دو در آن ذوالید هستند، مشترک بین آن هاست. از این رو صرف استیلاء و سلطه بر يك شیء نزد عرف و عقلا موجب آثار مالکیت است. حضرت نیز بر حسب این روایت آثار مذکور را تنفیذ فرموده اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۸۴). بر اساس این روایات ید هر انسانی حجت و دلیل بر مالکیت اوست، مگر در جایی که خلاف آن اثبات شود و یا حداقل مدعی مخالفی وجود داشته باشد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۰۸).

۲. بنای عقلا

عقلای تمام ملل در تمامی اعصار به این قاعده استناد نموده و ید را اماره برای ملکیت دانسته اند. شارع مقدس نیز با این عقلا متحدالمسلك است؛ از این رو بنای عقلانیز دلیلی متضمن بر حجیت این قاعده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۸۶؛ ر.ک: حسینی، ۱۴۱۳، ص ۳۰).

۳. اجماع مدرکی

اجماع فقها و تسالم اصحاب بر حجیت قاعده ید، و این امر مورد اتفاق همه است و مخالفی در مسئله وجود ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۸۵). از این رو برخی تصریح کرده اند که یکی از ادله مؤید اماره بودن ید، اجماع مسلمین است؛ یعنی مسلمان ها اتفاق دارند بر اینکه مالی که در دست هر کسی است، محکوم به ملکیت اوست و دیگران باید آثار ملکیت برای «ذوالید» را مترتب کنند و متعرض او نشوند. البته این اجماع به دلیل وجود روایات و بنای عقلا، مدرکی و مستند به همان هاست و دلیل مستقلی نیست (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۰۸ و ۲۰۹).

۴. عسر و حرج

اگر ید حجیت نداشته باشد، عسر و حرج بسیاری به وجود می‌آید و مستلزم اختلال نظام دین و دنیا خواهد بود؛ بر این اساس امام صادق علیه السلام در ذیل حدیث حفص بن غیاث فرموده است: «لَوْلَمْ يَجُزْ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سُوقٌ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۸۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۸۵؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۰۹). بعد از اثبات اماره بودن ید بر مالکیت، سؤال این است که آیا شهادت به مقتضای ید جایز است و آیا انسان می‌تواند به استناد قاعده ید، شهادت بر مالکیت ذوالید دهد؟ به عنوان مثال اگر ما مالی را در دست کسی ببینیم، آیا می‌توانیم در محکمه بر مالکیت این فرد شهادت دهیم؟

در این رابطه در بین فقها چند نظر وجود دارد و این امر به موضوعی بودن علم یا طریقی بودن آن بر می‌گردد که بین صاحب نظران اختلاف است. از نظر برخی فقها، شارع مقدس علم به مشهود به راه نحو موضوعی ملاحظه کرده است؛ از این رو در آن تصرف نموده است و صرفاً قطع و علمی که از راه حس برای شاهد حاصل شود، مناط قرار داده است و موردی که قطعش از راه ملاحظه «ید» یا «اظهار بیّنه» باشد، تخطئه فرموده و آن را مجوز ادای شهادت قرار نداده است (ذهنی تهرانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰؛ نیز ر.ک: انصاری، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۹). برای مثال در صورتی که دو نفر بر سر یک خانه مسکونی با هم نزاع داشته باشند و هر یک ادعای مالکیت آن را کنند و تنها یکی از آن دو ذوالید باشد، اگر دو نفر عادل بخواهند شهادت دهند که خانه ملک کدام یک از آن دو نفر است؛ می‌توانند در عمل شهادت‌شان به امارات ظنیّه قناعت کنند و بگویند (ید) اماره ملکیت است و آثار ملکیت را بر آن ملک جاری کنند. در اینجا اماره به جای قطع می‌نشیند، اما در مقام شهادت، علم موضوعیت دارد. بنابراین اگر علم و یقین دارند، شرعاً جایز است که شهادت دهند و در غیر این صورت شهادت‌شان قبول نیست، جز به دلیل خاص (انصاری، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۹). شیخ طوسی در این رابطه فرموده است: «در صورتی که ید همراه با تصرفات بلا منازع باشد، شهادت به ید جایز است (نه شهادت به مالکیت)». ایشان در ادامه سخن خویش فرموده است: «در صورتی که تصرف فرد بر چیزی طولانی شود، مثلاً چند سال بگذرد و بلا منازع باشد؛ برخی فقها قائلند به اینکه شاهد می‌تواند با استناد به آن به ملکیت شهادت دهد. اما دیدگاه دیگر این است که ید منحصر در ملکیت نیست؛ بلکه انواع گوناگونی دارد. گاهی اجاره است، گاهی وکالت است،



گاهی وصیت است و بنابراین هر چند مدتش طولانی باشد، اما شهادت به ملکیت جایز نیست» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۸۲).

نظر مشهور بین فقها، این است که شاهد می تواند ید متصرف را مناط قرار دهد و به ملك مطلق شهادت دهد؛ بلکه برخی بزرگان ادعای عدم خلاف در آن نموده اند (ذهنی تهرانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰؛ نیز ر.ک: انصاری، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۹). محقق حلی در این راستا فرموده است: «در صورتی که ید همراه با تصرفات بلامنازع باشد، شهادت به مالکیت شخص متصرف جایز است» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۲۳). علامه حلی نیز معتقد است در صورتی که ید همراه با تصرفات بلامنازع باشد، شهادت به مالکیت شخص متصرف جایز است؛ بلکه جواز گواهی به ملکیت، به مجرد ید اقوی است (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۰۲). بنا بر این دیدگاه، علم مأخوذ در باب شهادت علم طریقی است و هر امری که قائم مقام علم باشد و انسان بتواند به واسطه آن شهادت بدهد، کفایت می کند. در واقع در همه امارات و طرق و اصولی که قائم مقام علم به نحو طریقی باشد، می توان مستنداً به آن ها شهادت داد و سوگند خورد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۰۹). امام خمینی علیه السلام در رابطه با شهادت به ملکیت به مقتضای قاعده ید فرموده است: «در این رابطه دو وجه وجود دارد که وجیه ترین آن ها عدم جواز است، مگر با قیام قرائن قطعی که موجب قطع باشند. البته شهادت به ملکیت ظاهری با تصریح به آن، به اینکه بگوید: این ملك اوست به مقتضای ید او یا به مقتضای استصحاب - نه به طور مطلق - جایز است» (موسوی خمینی، بی تا، ج ۴، ص ۱۵۷).

ادله فقهی بر مقبولیت شهادت مستند به ید عبارتند از:

- روایت حفص بن غیاث - که در میان فقها بسیار معروف است، - درباره ید از امام صادق علیه السلام: «قَالَ لَهُ رَجُلٌ أَرَأَيْتَ إِذَا رَأَيْتَ سَيْنًا فِي يَدِي رَجُلٍ أَيْجُوزُ لِي أَنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ قَالَ نَعَمْ قَالَ الرَّجُلُ أَشْهَدُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ وَلَا أَشْهَدُ أَنَّهُ لَهُ فَلَعَلَّهُ لِعَیْبِهِ فَقَالَ لَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام أَفَبِجُلِّ الشَّرَاءِ مِنْهُ قَالَ نَعَمْ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام فَلَعَلَّهُ لِعَیْبِهِ فَمِنْ أَيْنَ جَازَ لَكَ أَنْ تَشْتَرِيَهُ وَ يَصِيرَ مَلَكًا لَكَ ثُمَّ تَقُولُ بَعْدَ الْمَلِكِ هُوَ لِي وَ تَخْلَفُ عَلَيْهِ وَ لَا يَجُوزُ أَنْ تَنْسِبَهُ إِلَى مَنْ صَارَ مَلَكُهُ مِنْ قَبْلِهِ إِلَيْكَ ثُمَّ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام لَوْ لَمْ يَجْزْ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سُوقٌ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۸۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ص ۳۰۹)؛ مردی از امام صادق علیه السلام سؤال کرد: 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 آن

مال در دست اوست، ولی گواهی نمی‌دهم که به او تعلق دارد؛ زیرا ممکن است مال دیگری باشد. حضرت علیه السلام فرمود: آیا حلال است آن شیء از او خریده شود؟ مرد گفت: آری، حلال است. امام علیه السلام فرمود: شاید مال دیگری باشد؛ پس چگونه جایز است تو آن را بخری و بعد از تملکش بگویی که متعلق به من است و بر آن سوگند یاد کنی، ولی جایز نیست نسبت به مالکیت کسی که تو از ناحیه او مالک گردیده‌ای، اقرار کنی؟ سپس حضرت علیه السلام فرمود: اگر این امر جایز نباشد، برای مسلمان‌ها بازاری برپا نمی‌ماند.

این روایت از نظر سند قوی نیست، اما به دلیل اینکه فقها به آن عمل کرده‌اند و به اصطلاح «شهرت فتوایی» دارد، ضعف سند جبران شده است. این روایت افزون بر آنکه ید را اماره مالکیت می‌داند، اجازه شهادت بر مالکیت اشیای موجود در دست افراد را نیز داده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۱؛ نیز ر.ک: جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۱۶، ص ۱۵۵). پس دلالت این روایت صریح است به اینکه شهادت و سوگند مستند به ید جایز است و شاید بیشتر شهادت‌ها و سوگند‌ها در مسائل حقوقی، مستند به قاعده ید باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۴۰۰). در نهایت آن حضرت در توجیه قاعده ید فرموده است: «لَوْ لَمْ يَجْزُ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سُوقٌ». ایشان با این بیان، لزوم تأمین رونق زندگی اقتصادی و استحکام بخشیدن به داد و ستدها و حسن جریان امور در روابط اجتماعی و مدنی را که مطلوب عقل و شرع است، انگیزه پذیرش قاعده فوق معرفی نموده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۳).

- شهرت: مشهور بین فقها این است که شاهد می‌تواند ید متصرف را مناط قرار دهد و به ملك مطلق شهادت دهد؛ حتی برخی بزرگان ادعای عدم خلاف نسبت به این امر کرده‌اند (ذهنی تهرانی، بی‌تا، ج ۵۰، ۱؛ نیز ر.ک: انصاری، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۹).

شهادت مستند به ید از منظر حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه در رابطه با شهادت مستند به ید، ماده قانونی خاصی وجود ندارد و در هیچ ماده قانونی ذکر نشده است که بتوان ید متصرف را مناط قرار، و به ملکیت ذوالید شهادت داد؛ اما به نظر میرسد با کنار هم قرار دادن مواد ۱۳۱۵ و ۳۵ قانون مدنی بتوان راهی برای ایجاد هماهنگی بین فقه و حقوق، و رفع این مشکل پیدا نمود.

طبق نص صریح ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی، «شهادت باید از روی قطع و یقین باشد نه به طور شک و تردید». بر اساس این ماده شاهد باید به امری که شهادت می‌دهد، یقین

داشته باشد و اگر از روی ظن و تردید گواهی دهد؛ شهادت او اعتباری ندارد. شاهد باید به وسیله حواس ظاهری خود بر مورد شهادت اطلاع یافته باشد (در صورتی که اطلاع بر امر به وسیله حس بینایی باشد، او را شاهد بصری و اگر به وسیله حس شنوایی باشد، او را شاهد سمعی گویند) (امامی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۹۹). بنابراین کسی که شهادت بر تصرف می‌دهد، باید آن را دیده باشد. بر این اساس زمانی که انسان می‌بیند که شخصی بر مالی ید دارد، می‌تواند بر تصرف این فرد شهادت دهد.

طبق نص صریح ماده ۳۵ قانون مدنی، «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». تصرفی که از آن به ید تعبیر می‌شود، عبارت از سلطه و اقتدار مادی است که شخص بر مالی مستقیم یا به واسطه غیر دارد. متصرف مال ممکن است در حقیقت مالک آن باشد و یا به اجازه مالک آن را در تصرف داشته باشد؛ چنانکه ممکن است بر خلاف رضایت مالک بر آن سلطه پیدا کرده و در تصرف غاصبانه خود داشته باشد. عموماً کسی که مالی را در تصرف دارد و هر گونه که بخواهد در آن عمل می‌نماید، هر گاه نسبت به آن مدعی مالکیت باشد؛ در عرف و قانون مالک شناخته می‌شود تا خلاف آن ثابت شود؛ زیرا در جامعه منظم کسی نمی‌تواند به عنوان مالکیت مال دیگری را علناً متصرف شود و انحای تصرفات کند و مالک نیز سکوت اختیار کند و به مراجع قضایی مراجعه نکند. این فرض حقوقی از نظر حفظ نظم جامعه است و هر کس ادعایی نسبت به مال مورد تصرف دیگری دارد، می‌تواند به دادگاه رجوع کند و علیه متصرف اقامه دعوی نماید و نباید به وسیله قوه شخصی خود، آن را از تصرف متصرف خارج کند (امامی، بی‌تا، ج ۶، ص ۵۱ و ۵۲).

در نهایت با تلفیق دو ماده فوق، یعنی ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی که بر اساس آن انسان می‌تواند به تصرف یک فرد شهادت دهد و نیز ماده ۳۵ قانون مدنی که بر اساس آن تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ می‌توان نتیجه گرفت که به واسطه شهادت بر تصرف یک فرد، مالکیت آن فرد قابل اثبات است.

نتیجه‌گیری

از نظر فقه آنچه در شهادت به آن استناد می‌شود، «علم قطعی» است که از طریق دیدن مستقیم یا شنیدن مستقیم و یا دیدن همراه شنیدن و نیز شیوع و استفاضه به دست می‌آید. ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی نیز بر شرط بودن علم قطعی در شهادت دلالت دارد که مراد از آن، علم عادی است که از راه‌های متعارف و محسوس یعنی دیدن یا شنیدن مورد شهادت به دست می‌آید. علی‌رغم لزوم استناد شهادت بر علم قطعی، مشهور فقها قائلند به اینکه شهادت به مالکیت ذوالید امکان‌پذیر است؛ زیرا «ید» یکی از قواعد فقهیه است که بر طبق آن «اگر فردی سلطه و اقتدار بر چیزی داشته باشد، به‌گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلا او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد؛ مالک آن شمرده می‌شود»؛ زیرا ید او به واسطه روایاتی که در این زمینه وجود دارد و به خاطر بنای عقلا و رفع عسر و حرج، اماره بر ملکیت و اماره نیز کاشف از واقع و حجت است. بنابراین شاهد می‌تواند ید متصرف را مناط قرار داده و به مالکیت ذوالید شهادت دهد؛ این در حالی است که برخی فقها معتقدند در این صورت شاهد تنها می‌تواند به ید (یعنی استیلا فرد بر عین) شهادت دهد.

در حقوق موضوعه در رابطه با شهادت مستند به ید، ماده قانونی خاصی وجود ندارد؛ اما با تحلیل ارتباط بین مواد حقوقی می‌توان به این نتیجه دست یافت که طبق ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی انسان می‌تواند به تصرف یک فرد شهادت دهد و طبق ماده ۳۵ قانون مدنی تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. در نتیجه به واسطه شهادت انسان بر تصرف یک فرد، مالکیت آن فرد ثابت می‌شود.

فهرست منابع

۱. امامی، حسن (بی تا)، حقوق مدنی، قم: انتشارات اسلامی.
۲. انصاری، مرتضی (۱۳۸۷ش)، رسائل شیخ انصاری، ترجمه و شرح جمشید سمیعی، اصفهان: خاتم الانبیاء.
۳. جبعی عاملی، زین الدین (۱۳۸۲ش)، شرح لمعه، حمید مسجد سرایی، قم: انتشارات حقوق اسلامی.
۴. جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل بیت (فارسی)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۵. جبعی عاملی، زین الدین (۱۴۱۹ق)، مسالك الافهام الي تنقيح شرايع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۶. حائری، علی (۱۴۱۸ق)، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسایل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۸. حسینی، محمد (۱۴۱۳ق)، القواعد الفقهييه، مشهد: مؤسسه امام رضا (ع).
۹. حاجی زاده، حمیدرضا و عباس زراعت (۱۳۸۸ش)، ادله اثبات دعوي، کاشان: قانون مدار.
۱۰. ذهني تهرانی، محمد جواد (بی تا)، تشریح المقاصد في شرح الفرائد، قم: حاذق.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذيب الاحكام، تهران: دارالکتب الاسلاميه.
۱۲. _____ (۱۳۸۷ش)، المبسوط في فقه الاماميه، تهران: المكتبه المرتضويه لاحياء الآثار الجعفريه.
۱۳. _____ (۱۴۰۸ق)، الوسيله الي نيل الفضيله، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۴. طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ق)، فقه استدلالی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. طباطبایی قمی، تقی (۱۴۰۰ق)، فقه استدلالی، قم: مطبعه الخيام.
۱۶. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۶۳ش)، الميزان في تفسير القرآن، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۵۰-۱۳۶۰ش)، مجمع البيان في تفسير القرآن، ترجمه ابراهیم میرباقری، احمد بهشتی، محمد رازی، هاشم رسولی محلاتی، علی صحت، علی کاظمی، محمد مفتاح ضیاء الدین نجفی و حسین نوری، تهران: نشر فراهانی.
۱۸. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۹. قاروبی تبریزی، حسن (۱۳۶۸ش)، النضید فی شرح روضه الشہید، قم: داوری.
۲۰. قطب الدین راوندی، سعید بن ہبۃ اللہ (۱۴۰۵ق)، فقہ القرآن، قم: کتابخانہ آیت اللہ مرعشی نجفی.
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، قم: دار الکتب الاسلامیہ.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸ش)، اثبات و دلیل اثبات، تہران: میزان.
۲۳. محقق داماد، مصطفیٰ (۱۴۰۶ق)، قواعد فقہی، تہران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۴. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسہ اسماعیلیان.
۲۵. _____ (۱۳۶۰ش)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ترجمہ ابوالقاسم بن احمد یزدی، تہران: مؤسسہ انتشارات و چاپ دانشگاه تہران.
۲۶. محمدی، علی (۱۳۸۷ش)، شرح اصول فقہ، قم: دارالفکر.
۲۷. عاملی، محمد بن مکی (۱۳۸۳ش)، شرح لمعہ، ترجمہ حمید مسجد سراپی، قم: حقوق اسلامی.
۲۸. موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱ق)، قواعد فقہیہ، تہران: مؤسسہ عروج.
۲۹. موسوی خمینی، سید روح اللہ (بی تا)، تحریر الوسیلہ، ترجمہ علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. نجفی، محمد حسین (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۳۱. ولایی، عیسیٰ (۱۳۸۷ش)، فرہنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تہران: نشر نی.

بیع فضولی در فقه امامیه

زهرا محمدی پرچوی^۱

شیلا یزدانی^۲

چکیده

یکی از مباحث مورد مناقشه در باب بیع، بحث بیع فضولی است که در صحت و بطلان این معامله نظرات مختلفی از سوی فقهای امامیه مطرح شده است. برخی قائل به عدم مشروعیت آن شده‌اند و آن را باطل می‌دانند و برخی دیگر آن را مشروع دانسته‌اند و به صحت آن حکم می‌کنند و آن را از اساس باطل نمی‌دانند؛ بلکه معتقدند صرفاً فاقد نفوذ و اثر است. در این نوشتار اقوال مختلف در باب صحت و بطلان و قول تفصیل این نوع بیع و ادله این اقوال (آیات، روایات، دلیل عقلی، اجماع) مطرح، و سپس با توجه به اهمیت بالای نقش اجازه در تنجیز بیع فضولی به موضوع اجازه متأخر مالک و تأثیر آن در بیع فضولی پرداخته شده است؛ زیرا در این خصوص میان فقهای امامیه نظرات متفاوتی وجود دارد که عده‌ای قائل به کاشفیت و عده‌ای قائل به ناقلیت اجازه در این بیع هستند. ثمرات و نتایج بسیاری برای کاشفیت یا ناقلیت وجود دارد که از آن جمله می‌توان به احکام نمائات حاصله بین زمان وقوع عقد و صدور اجازه مالک و حق شفعه اشاره کرد. این تحقیق بر پایه روش کتابخانه‌ای و تجزیه و تحلیل استنباط فقهی بیع فضولی نگاشته شده است.

واژگان کلیدی: بیع فضولی، کشف، نقل.

۱. استاد جامعة الزهراء و دانش آموخته سطح ۴ فقه و اصول، گرایش فقه خانواده.

mohammadparchavi@gmail.com

۲. دانش آموخته سطح ۳ فقه و اصول جامعة الزهراء و (نویسنده مسئول) shyshakhar99@gmail.com



مقدمه

در بیع فضولی همه شرایط عقد بیع وجود دارد، اما شخص بایع اجازه تصرف در مبیع و فروش آن را ندارد؛ زیرا بایع شخص فضولی است که بدون اجازه و رضایت مالک معامله انجام می‌دهد. از این رو بیع فضولی، از جمله مباحثی است که بر سر بطلان و صحت آن اختلاف آرای زیادی میان فقهای امامیه دیده می‌شود. برخی فقها قائل به بطلان و عدم مشروعیت این بیع هستند و آن را از اساس لغومی دانند و برای اثبات مدعای خود دلایلی از آیات قرآن کریم، روایات معصومین علیهم‌السلام، اجماع و دلایل عقلی بیان می‌کنند. این در حالی است که مشهور فقها بیع فضولی را مشروع دانسته‌اند، قائل به صحت آن هستند و به روایات مختلفی از معصومین علیهم‌السلام در این زمینه استناد می‌کنند که مشهورترین ادله آنان، روایت عروه باریقی از رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم است. نقش اجازه در تنجیز بیع فضولی اهمیت ویژه‌ای دارد؛ زیرا اجازه، شرط صحت آن بوده است. در این زمینه باز هم فقها اختلاف نظر دارند و دو قول «کشف و نقل» مطرح می‌شود. اجازه کاشفیت دارد به این معناست که این عقد بیع از همان زمان وقوع درست بوده است و ناقلیت اجازه، به این معناست که اجازه شرط تأثیر عقد است. طبق هر کدام از این دو مبنا، نتیجه و ثمره بحث در عمل متفاوت خواهد بود؛ از جمله درباره نمائات حاصل از بیع فضولی در فاصله بین زمان وقوع عقد و صدور اجازه از سوی مالک، حق شفعه و ... که به مواردی در این نوشتار اشاره شده است.

با مراجعه به کتب فقهی و مقالات و ... آشکار می‌شود که با وجود مشهور بودن نظریه صحت معاملات فضولی، مباحث و فروعات زیادی همچون ماهیت اجازه، زمان تأثیر آن و ... از سوی فقها طرح و مورد بررسی قرار می‌گیرد. این نوشتار به دنبال ارائه نظر و قول صحیح درباره ماهیت بیع فضولی در فقه امامیه با توجه به ادله موجود است؛ زیرا در این خصوص میان فقهای امامیه اتفاق نظر وجود ندارد و اثر وضعی این معاملات فضولی متفاوت خواهد بود. از این رو ضرورت دارد که این بحث مورد بررسی و تحقیق قرار گیرد تا به این سؤالات پاسخ داده شود که ماهیت بیع فضولی در فقه امامیه چیست؟ مفهوم کاشفیت و ناقلیت به چه معناست؟ اقوال فقها پیرامون بیع فضولی چیست؟ ادله هر یک از اقوال فقها کدام است؟ نقش اجازه در تنجیز بیع فضولی چیست؟

پیشینه این بحث به صورت مستقل در قرآن و سنت معصومین علیهم‌السلام ذکر نشده است، اما مضمون برخی روایات شامل معنای بیع فضولی است. عنوان بیع فضولی به صورت مستقل

از قرن ششم هجری در کتاب‌های فقه شیعه بیان شده است. اگر چه معنی و مضمون بیع فضولی از ابتدای پیدایش فقه یعنی زمان پیامبر اسلام ﷺ وجود داشته و پس از آن بیع فضولی در کتاب‌های فقهی شیعه تا قرن دهم هجری کم بوده است و بیشتر نظرات فقیهان درباره صحت و بطلان بیع فضولی دیده می‌شود، اما از قرن دهم یعنی از زمان محقق ثانی رحمته الله علیه و مقدس اردبیلی رحمته الله علیه بیع فضولی به صورت گسترده و با بیان مطالب درباره کشف و نقل آن در کتاب‌های فقهی مورد بحث واقع شده است. تکامل نظرات فقیهان درباره بیع فضولی و نقش اجازه در آن در قرن سیزدهم یعنی در زمان شیخ انصاری رحمته الله علیه به صورت دقیق و علمی از سوی فقیهان امامیه عرضه شد و تا زمان حاضر نیز نظریه‌های مختلف درباره کشف و نقل توسط فقهای بزرگ شیعه با دقت مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. در عصر حاضر کتب، مقالات و رسالاتی در این باب تقریر شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به کتاب‌های بررسی تطبیقی بیع فضولی در کشورهای ایران، انگلیس و آمریکا (۱۴۰۰) تألیف محمد شجاعی اشاره کرد که در این کتاب به بررسی بیع فضولی در کشورهای ایران و انگلیس و آمریکا پرداخته شده است. در این کتاب بیشتر به جنبه حقوقی بیع فضولی و تطبیق قوانین مربوط به آن در سه کشور ایران، انگلیس و آمریکا پرداخته شده است. کتاب بررسی تطبیقی غرامات قابل مطالبه بیع فضولی در نظام حقوقی ایران (۱۳۹۹) نگاشته فرزاد محمدی نیز کوشیده است بر اساس قواعد موجود و نظرات فقهای متقدم و معاصر مفهومی درست و صحیح از غرامات ارائه دهد و آن را با قوانین حاکم بر سایر کشورها مقایسه کند. این کتاب به بررسی تطبیقی غرامات بیع فضولی در حقوق ایران پرداخته است؛ در حالی که مقاله حاضر تنها بیع فضولی را از جنبه فقهی مورد بررسی قرار می‌دهد، نه مسائل مرتبط به آن. مقاله «ماهیت معامله فضولی» (۱۳۹۷) نوشته مهدی رحمانی منشادی، «کاشفیت یا ناقلیت اجازه معامله فضولی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران» (۱۳۹۵) اثر محمدطه خراط‌ها و سید مصطفی سعادت مصطفوی، «کشف و نقل در بیع فضولی» (۱۳۸۵) تألیف محمد جواد موسی زاده گسگری و «بررسی کاشفیت یا ناقلیت اجازه در بیع فضولی از نگاه شیخ انصاری و میرزای نایینی» (۱۳۹۷) نگاشته سید محمد رضا تقی حسینی اشاره کرد. در مقاله اول ماهیت معامله فضولی مورد بررسی قرار گرفته و مقاله دوم عهده‌دار تبیین و بررسی معامله فضولی در قانون مدنی ایران شده است. مقاله سوم نیز به نگاه شیخ انصاری و میرزای نایینی پرداخته است.

مفهوم‌شناسی

از آنجاکه در بیع فضولی بحث کاشف و ناقل بودن اجازه مطرح می‌شود، ضروری است مفهوم کشف و نقل در لغت و اصطلاح بیان شود. کاشفیت اجازه در بیع فضولی به معنای آشکار و ظاهر کردن و برداشتن پوشش از اجازه مالک است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۲، ص ۵۶۶). همچنین گفته‌اند مصدر کاشفیت اجازه یعنی اجازه‌ای را که پنهان بود، آشکار کرد (القزوینی الرازی، ۱۳۹۹، ج ۵، ص ۱۸۱). ناقلیت اجازه نیز به معنای اجازه از جایی به جای دیگر بردن است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۴، ص ۱۵۴۸). ناقلیت اجازه در بیع فضولی نیز به معنای تحویل اجازه از مکانی به مکان دیگر است (القزوینی الرازی، ۱۳۹۹، ج ۵، ص ۴۶۳).

از نظر اصطلاحی نیز ناقل بودن اجازه بدین معناست که آثار عقد بیع از زمان اجازه مالک بر آن مترتب می‌شود؛ مانند اینکه عقد در زمان اجازه انجام شده باشد و کاشف بودن اجازه بدان معناست که بیع پیش از اجازه مالک، انجام و آثار خرید و فروش بر آن مترتب شده است (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۹۹).

اقوال فقها درباره بیع فضولی

یکی از مباحثی که در باب بیع مورد مناقشه واقع می‌شود، بحث بیع فضولی است؛ زیرا یکی از شرایط نافذ بودن عقد، مالکیت هر یک از فروشنده و خریدار نسبت به عوضی است که به طرف مقابل منتقل می‌کند یا اینکه مالک آن عقد را اجازه کند. بنابراین اگر چنین مالکیتی تحقق نیابد، در صحت و بطلان آن اقوالی مطرح شده است.

مبنای اول: عدم مشروعیت بیع فضولی

برخی فقها همچون شیخ طوسی، محقق اردبیلی، فخرالدین حلی و محدث بحرانی این بیع را حتی در صورت صدور اجازه از سوی مالک باطل دانسته و قائل به عدم مشروعیت آن شده‌اند (طوسی، بی تا، ص ۳۸۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۱۵۸؛ حلی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۴۱۷؛ بحرانی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۳۷۸)؛ زیرا معاملات فضولی مشمول عمومات و اطلاقات صحت معامله نیست و اصل اول در معاملات، صحت و بطلان است. بنابراین مقتضای قاعده بطلان است.

مبنای دوم: مشروعیت بیع فضولی

مشهور فقهای شیعه، بیع فضولی را مشروع می‌دانند و معتقدند این معاملات مشمول عموماً صحت است (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۴۳۷). بر اساس مقتضای قاعده، صحت این بیع با اجازه و رضایت بعدی است و در این باره روایت خاصه نیز وجود دارد. از این رو این معاملات از اصل کالعدم و باطل نیست؛ بلکه موقوف و متزلزل است؛ یعنی اگر مالک اصلی بعداً اجازه و امضا کرد، صحیح و لازم است و اگر رد کرد، باطل است. عدم وقوع این معاملات به معنای عدم نفوذ و تأثیر فعلی و استقلالی و از حین عقد است، نه اینکه رأساً لغو و باطل باشد.

ادله قائلین به صحت و مشروعیت بیع فضولی

فقهاییی که قائل به صحت و مشروعیت بیع فضولی هستند، برای این نظر خود ادله‌ای را ارائه کرده‌اند که به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۱. آیات

عموم آیه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) شامل بیع فضولی نیز می‌شود و این عملی که فضول انجام داده است، عرفاً مصداق برای بیع است؛ از این رو مشمول «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» می‌شود و نتیجه مدلول این آیه شریفه، صحت بیع است. بنابراین عموم آیه دال بر این است که این بیع، صحیح است. عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۵) نیز شامل بیع فضولی می‌شود؛ زیرا این عملی که فضول انجام داده است، عنوان عقد بر آن صدق می‌کند. بنابراین مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نیز است.

۱-۲. روایات

بر فرض اینکه صحت بیع فضولی مقتضای قاعده نباشد و از اطلاق و عموم آیات و روایات ابواب معاملات نیز استفاده نشود، روایات خاص ارائه می‌شود؛ زیرا روایات خاصه در تأیید و تأکید مفاد اطلاقات و عموماً است.

روایت اول: روایت عروه بارقی از رسول اکرم ﷺ

بنا بر این روایت، رسول اکرم ﷺ يك دينار به عروه داد و به او فرمود: «إشتر لنا به شاةً للأضيحة؛ یک گوسفند برای قربانی برای ما بخر». عروه بايك دينار دو گوسفند خرید و در



راه که می آمد، یکی از آن دورا به یک دینار فروخت و با یک گوسفند و یک دینار خدمت رسول اکرم ﷺ رسید. حضرت به او فرمود: «بارک الله لك في صفقة يمينك» (بیهقی، بی تا، ج ۶، ص ۱۱۲؛ احسائی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۰۵، ح ۳۶).

روایت دوم: صحیحہ محمد بن قیس

محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام روایتی را نقل کرده است که حضرت فرمود:

«قَصَى امير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدة و أبوه غائب، فأشترها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال عليه السلام: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى يُنفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى تُرسل ابني، فلما رأى ذلك سيده الوليدة الأول أجاز بيع ابنه (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۱، ص ۲۰۳)؛ امیر مؤمنان علیه السلام قضاوت کرد در مورد کنیزی که پسر مولایش، او را در غیاب پدرش، فروخت. کنیز از مولای دوم فرزند پسری به دنیا آورد. سپس مولای اول آمد با مشتری مخاصمه کرد و گفت پسر من جاریه را بدون اجازه من فروخته است. (این منازعه را خدمت امیر مؤمنان می آوردند) و حضرت به مولای اول جاریه فرمود: حکم این است هم جاریه و هم ولد او را بگیری. بعد از حکم حضرت، مشتری التماس می کند (حضرت را قسم می دهد و چاره جویی می کند) حضرت فرمود: تو هم برو همان فرزند مولای اول که جاریه را به تو فروخت، بگیر تا بیع را بپذیرد. مشتری همین کار را کرد. مولای اولی گفت پسر من را برگردان او هم گفت نه به خدا فرزند تو را آزاد نمی کنم، تا اینکه تو فرزندی که از من گرفتی را برگردانی. وقتی مولای اولی دید جریان از این قرار است بیع فرزندش را اجازه داد.»

امام باقر علیه السلام پس از نقل این روایت سکوت کرد و این سکوت، علامت صحت معامله با اجازه بعدی است.

روایت سوم: فحوای روایات باب نکاح

برخی بزرگان همچون صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۸، ص ۱۱۹) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۲، ص ۲۷۶) و دیگران به فحوای روایات باب نکاح استدلال کرده و گفته اند که به حکم

روایات، نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است؛ خواه نکاح انسان حرّ باشد یا نکاح عبد. برای نمونه به دو روایت اشاره می‌شود.

در روایت اول محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام روایت می‌کند:

«أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ قَالَ النِّكَاحُ جَائِزٌ إِنْ شَاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبْلَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنْ تَرَكَ الْمُتَزَوِّجُ تَزْوِيجُهُ فَالْمَهْرُ لِأُمِّهِ (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۰، ص ۲۸۱، ح ۳)؛ از امام باقر علیه السلام پرسیدند: مردی غایب بود و در غیابش مادرش برای او زن گرفته است [ایا این ازدواج صحیح است؟] امام علیه السلام فرمود: عقد صحیح است. اگر فرزند رضایت دهد، می‌تواند و اگر هم رضایت ندهد، می‌تواند آن ازدواج را رها کند و اگر این فرزند این ازدواج را رها کند، مهر بر عهده مادر است.»

در صحیح زراره از امام باقر علیه السلام نیز آمده است:

«سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَقَالَ ذَلِكَ إِلَى سَيِّدِهِ إِنْ شَاءَ أَجَازُهُ وَإِنْ شَاءَ فَرَقَ بَيْنَهُمَا قُلْتُ أَضْلَحَكَ اللَّهُ إِنْ أَحْكَمَ بِنِ عْتَيْبَةَ وَابْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وَأَصْحَابَيْهِمَا يَقُولُونَ إِنَّ أَضْلَ النِّكَاحِ فَاسِدٌ وَلَا تَحِلُّ إِجَازَةُ السَّيِّدِ لَهُ فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ علیه السلام إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ إِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ فَإِذَا أَجَازَهُ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ (همان، ج ۲۱، ص ۱۱۴، ح ۱)؛ به امام باقر علیه السلام قضاوت امیرالمؤمنین علیه السلام را درباره مردی روایت می‌کند که پسرش بدون اجازه کنیز او را فروخته و مردی که این کنیز را خریده است، از او صاحب فرزندی شده است. وقتی پدر این قضیه را فهمید، به این خرید و فروش رضایت نداد و هر دو طرف به امیرالمؤمنین علیه السلام شکایت کردند. امام علیه السلام به صاحب کنیز دستور داد که کنیز و فرزندش را بگیرد. مشتری حضرت را قسم داد که به او رحم کند و حضرت به او دستور داد که فروشنده را گروگان بگیرد تا پدرش به فروش کنیز رضایت دهد. او نیز چنین کرد و صاحب کنیز به فروش کنیز و فرزندش رضایت داد.»

اگر نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است، بیع فضولی به طریق اولی صحیح خواهد بود. وجه اولویت این است که شارع مقدس در نکاح سختگیری و به این امر اهتمام ویژه‌ای دارد و آن‌گونه که در امور مالی مسامحه و تساهل دارد، در امر نکاح و ازدواج ندارد. با این اوصاف اگر نکاح فضولی صحیح باشد، به طریق اولی بیع فضولی نیز صحیح خواهد بود (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۳۲).



روایت چهارم: صحیحه دوم زراره

استدلال این حدیث به عموم تعلیل، ذیل حدیث است که می‌فرماید: «إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ إِتْمَا عَصَى سَيِّدَهُ فَإِذَا أَجَازَهُ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۰، ص ۲۶۲، ح ۳).

ظاهر تعلیل فوق این است که ملاک بطلان، معصیت الهی است؛ یعنی کاری خلاف شرع باشد و از سوی شارع تشریح نشده باشد. اگر از ناحیه شارع مانعی ندارد و خلاف شرع نیست، پس با رضایت و اجازه بعدی قابل حل است. این مسئله يك کبرای کلی، و با استناد به قانون «العله تعمم»، شامل نکاح عبد بدون اذن مولی- که مورد روایت است- می‌شود؛ زیرا اصل نکاح، جزء شریعت است و فقط باید حق مولی هم مراعات شود و اذن گرفته شود؛ ولی این کار صورت نگرفته است که آن نیز با اجازه لاحق صحیح است. در بیع فضولی هم همین‌گونه است؛ یعنی اصل بیع خلاف شرع نیست؛ بلکه عقدی است که از اهلش و در محل صحیح آن واقع شده و تصرفی نیز صورت نگرفته است تا قبیح و حرام باشد؛ بلکه فقط انشای عقد شده و با اجازه مالک اصلی هیچ مانعی از صحت و لزوم وجود ندارد (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۳۵).

روایت پنجم: روایات دیگری در باب نکاح عبد و امه

روایت دیگر صحیحه علی بن جعفر از برادرش حضرت امام کاظم علیه السلام است. در این روایت آمده است: «سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكَةٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ غَائِبٌ هَلْ يَجُوزُ النِّكَاحُ. قَالَ إِذَا كَرِهَ الْغَائِبُ لَمْ يَجْزِ النِّكَاحُ» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۱، ص ۱۹۰، ح ۱).

روایت بیانگر آن است که کنیزی که دو مولا داشت، در غیاب یکی از مولاهایش او را به ازدواج فردی درآوردند (یکی از دو مولی اذن نداده بود و بی اطلاع بود). امام علیه السلام فرمود: «اگر مولای غایب کراهت دارد، یعنی وقتی با خبر شد راضی نشد؛ نکاح جایز نیست و منعقد نمی‌شود». مفهوم شرط کلام امام علیه السلام این است که اگر راضی باشد، نکاح جایز است. حال از مجموع روایات نکاح فضولی انسان آزاد یا برده به دست می‌آید که نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۳۹).

روایت ششم: روایات باب مضاربه

روایت ششم، موثقه جمیل از امام صادق علیه السلام است: «فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا يُشْتَرَى بِهِ ضَرْبًا مِنَ الْمَتَاعِ مُضَارِبُهُ فَذَهَبَ فَاشْتَرَى بِهِ غَيْرَ الَّذِي أَمَرَهُ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَ» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۹، ص ۱۸، ح ۹).

بنا بر این روایت، کسی مالش را به مردی داد تا با آن متاع خاصی را خریداری کند و با آن مال به صورت مضاربه تجارت کند. وی متاع دیگری که مورد مضاربه نبود، خریداری کرد که از این نظر شراء او فضولی و بدون اذن مالک بود. امام علیه السلام در این باره فرمود: «این مرد ضامن است، یعنی اگر کالای خریداری شده تلف شود؛ باید خسارت صاحب سرمایه را بدهد و سودی را که حاصل می شود، برابر قرارداد باید میان آن دو قسمت شود». در اینجا نسبت به شراء مذکور اذن قبلی وجود نداشته است و از این نظر فضولی است. امام حکم به بطلان نکرد؛ بلکه فرمود «الربح بینهما» که کاشف از صحت شراء فضولی است. افزون بر این امام علیه السلام به طور مطلق حکم به صحت کرد و قید نکرد که اگر صاحب پول راضی شود و اجازه کند، صحیح است و مالک سود می شود. درباره دو روایت فوق، دو احتمال وجود دارد:

۱. حدیث را بر ظاهرش حمل کنیم و بگوییم شراء در خصوص مورد حدیث (مضاربه) به دلیل نص خاص، نیاز به اجازه بعدی ندارد. طبق این احتمال، حدیث دلیل بر صحت بیع فضولی با اجازه بعدی [نظریه مشهور] نیست، ولی قابل استناد است؛ زیرا معامله فضولی مورد بحث با شراء مورد روایت از این نظر که در هر دو اذن سابق وجود ندارد، مشترك هستند و اگر با نبودن اذن قبلی شراء مذکور صحیح است؛ پس معامله فضولی هم صحیح است. البته از خارج دلیل داریم؛ یعنی باید اجازه بعدی ضمیمه شود، ولی در مورد حدیث چنین دلیلی نداریم.

۲. حدیث را بر فرض وجود رضایت مالک مال حمل کنیم و بگوییم: اگر چه در حدیث به وجود رضایت بعدی تصریح نشده است، ولی نیازی هم به آن نبود؛ زیرا در غالب معامله های سودآور مالک اصلی راضی می شود. بنابراین در مورد حدیث هم صحت شراء و مالک شدن سود با رضای بعدی بوده است. طبق این احتمال روایت، دلیل بر صحت معامله فضولی است (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۴۰).

شیخ اعظم پس از طرح دو احتمال فوق، در پایان فرموده است: «از آنجا که احتمال اول هم منتفی نیست، دلیل بودن این روایات ناتمام است؛ ولی به عنوان تأیید مطلب مشهور ارزشمند است» (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۵۸).

روایت هفتم: روایات اتجار با مال یتیم

شیخ اعظم در مکاسب می گوید: روایات تجارت غیر ولی با مال یتیم که تجارتش فضولی



است و اذن سابق ندارد، مثل روایات مضاربه است؛ یعنی در هر دو اذن سابق وجود ندارد و در هر دو امام علیه السلام حکم به صحت کرده است. «الریح بینهما» یا «الریح للیتیم»، کاشف از صحت است و در ظاهر حدیث، رضای بعدی هم مطرح است و همان دو احتمالی که در مورد روایات مضاربه وجود داشت، در این مورد هم وجود دارد. بنابراین روایات تجارت با مال یتیم مؤید است، نه دلیل (عاملی جزینی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۲۹؛ انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۶۰).

دلایل دیگر

از جمله دلایل دیگری که برای اثبات صحت و مشروعیت بیع فضولی وجود دارد به شرح زیر است:

وقوع عقد فضولی از اهل آن و محل مناسب آن

بنا بر کلام مشهور عقد فضولی، عقدی است که از اهل آن و در محل و موضع مناسب آن واقع شده است؛ یعنی از کسی که برای معامله و انشای عقد اهلیت دارد، عاقل و بالغ و قاصد و مختار است و از این لحاظ نقصی ندارد، صادر شده باشد. افزون بر آنکه متاع هم مالیت داشته است؛ یعنی از نظر عرف و شرع، قابل معاوضه است. چنین عقدی حتماً صحیح است و وجهی ندارد که از اساس باطل باشد و تنها موقوف بر اجازه مالک اصلی است (حلی، ۱۴۱۶، ج ۵، ص ۵۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۸، ص ۱۱۸).

البته این بیان قصور دارد و قابل مناقشه است. شهید در غایة المراد فرموده است: «این استدلال مصادره به مطلوب است؛ زیرا اصل این سخن که عقد فضولی، عقدی است صادر شده از اهل آن و واقع شده در محل آن، محل بحث است؛ چون شاید اذن سابق و یا دست کم رضای قلبی مقارن عقد لازم باشد. در نوع معاملات فضولی این جهت منتفی است و پیش از اینکه اصل صدور از اهل و وقوع در محل احراز شود، به آن استناد کرده اند» (عاملی جزینی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۷۸). در این باره بیان کامل تری از شیخ انصاری و مرحوم خوئی و امام خمینی وجود دارد، مبنی بر اینکه در معاملات فضولی، مقتضی برای صحت موجود و مانع از آن مفقود است؛ پس مقتضی اثر خود را می گذارد. (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۵۰؛ توحیدی تبریزی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۹ و ۲۰؛ موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۳۳).

یقیناً بیع فضولی اجاره، نکاح و سایر عقود او، بیع عرفی و عقلایی است و نیز یقیناً بر

عقد فضولی، عقد صدق می‌کند و بر تجارت او با مال دیگری تجارت صدق می‌کند. بنابراین عموماً صحت عقود و معاملات، عقد فضولی را شامل می‌شود. همچنین اعتبار مباشرت [یعنی حتماً باید خود مالک اصل عقد را انشا کند] مانع از صحت است. لزوم اذن قبلی و حداقل لزوم و اشتراط رضای قلبی مقارن، مانع از صحت است؛ ولی خوشبختانه دلیلی بر اعتبار آن‌ها وجود ندارد تا مانع شوند. بر فرض شك در اعتبار هم به اصاله العموم یا اصاله الاطلاق آیات و روایات معاملات تمسك و اعتبار آن‌ها را نفی می‌کنیم. در نتیجه تنها فردی که به یقین از عموم و اطلاق استثنا شده است، معامله فضولی عاری از اذن قبلی و اجازه بعدی خواهد بود. سایر افراد مشکوک الخروج هستند و جای استناد به اصل لفظی عموم یا اطلاق است. در نتیجه صحت معاملات فضولی با اجازه مالک، کاملاً قانونی و مقتضای قاعده است و نیازی به استدلال به روایات و ادله خاصه نیست. البته از باب تأکید و تأیید و توضیح مطلب، استناد به این‌ها معنی ندارد (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۱۶).

دلایل بطلان و عدم مشروعیت بیع فضولی

قائلین به بطلان برای اثبات مدعای خود به چهار دلیل (کتاب، سنت، اجماع و حکم عقل) تمسک کرده‌اند.

۱. قرآن

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (نساء: ۲۹) «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید، مگر اینکه تجارتی با رضایت شما انجام گیرد».

به این آیه با دو بیان استدلال شده است:

مفهوم حصر آیه: در عربی هر گاه در کلام «لا» و «إلا» ذکر شود، مفید حصر است؛ خواه «لا» ناهیه باشد یا نافیه. در آیه مذکور نیز ابتدا فرموده است: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ و سپس فرموده است ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ...﴾. مفاد آیه این است که منحصرأً تجارتی که از تراضی مالکان ناشی شود، موجب تملك و تصاحب و مجوز اکل است و چون قید و مقید ذکر شده است، مفهوم حصر کلام این است که اگر اصلاً تجارت نباشد؛ بلکه غصب و سرقت و مانند آن باشد، مجوز اکل و تملك نیست و اگر تجارت باشد ولی قید عن تراض نباشد، باز هم



مجوز اکل نیست و چون نهی، ارشادی وضعی است؛ صحیح نیست و طرف مالک نمی شود. تنها تجارتی که از تراض سرچشمه بگیرد و دارای رضایت مالک ها باشد، صحیح است. بیع فضولی، تجارت است؛ ولی عن تراض نیست و به حکم مفهوم حصر موجب تملک نیست و مجوز اکل نخواهد داشت. معنای بطلان هم چیزی جز این نیست.

مفهوم وصف آیه: بیان دوم استدلال، به مفهوم وصف آیه است که تجارت را به عن تراض قید کرده است. وصف مذکور دلیل انحصار حکم جواز و مشروعیت به مورد وصف است، وگرنه ذکر وصف لغو می بود؛ پس مفهوم وصف کلام این است که تجارتی که ناشی از تراضی نباشد، جایز و مشروع نیست. بیع فضولی از همین نوع است، پس صحیح نیست (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ص ۴۴۴ و ۴۵۰).

۲. سنت

برای بطلان بیع فضولی به چند روایت استناد شده است:

- روایت مستفیض نبوی ﷺ

این روایت از طریق خاصه و عامه نقل شده است. از طریق عامه در سنن بیهقی در سه جا چنین آمده است که رسول خدا ﷺ در جواب حکیم بن جزام فرمود: «لا بیع ما لیس عندک» (بیهقی، بی تا، ج ۵، ص ۲۵۷ و ۳۱۷ و ۳۳۹). از طریق خاصه نیز دو روایت در وسائل الشیعه (جرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۴۷، ح ۲ و ۵) و دو روایت در مستدرک (نوری، ۱۴۰۷، ج ۱۳، ص ۲۳۰، ح ۳ و ۴) نقل شده است که رسول خدا ﷺ «بیع ما لیس عند البائع» را نهی کرده است. از این روایت نبوی خبر واحد مستفیض و از سه روایت متجاوز است، ولی متواتر هم نیست. نهی رسول خدا ﷺ از چنین بیعی، از نوع نهی مولوی تعبدی نیست تا فقط بر حرمت تکلیفی چنان بیعی دلالت کند؛ بلکه نهی ارشادی وضعی است و به بطلان آن اشاره دارد؛ زیرا از نظر قواعد اصولی هر گاه نهی به ذات معامله ای تعلق بگیرد، ارشاد به فساد است و قطعاً ظاهر عبارت «ما لیس عندک» مقصود نظر نیست؛ یعنی منظور این نیست که بایع نباید متاعی را که نزدش نیست، بفروشد؛ زیرا وجود مال در نزد بایع موضوعیت ندارد و شرط صحت یا لزوم معامله نیست؛ بلکه مالک می تواند مال خود را در هر جا که باشد، به دیگری بفروشد. بنابراین تعبیر فوق یا کنایه از عدم تملک است؛ یعنی متاعی را که مالک

نیستی، نباید بفروشی و یا کنایه از عدم تسلط بایع بر تسلیم است؛ یعنی متاعی را که نمی توانی به مشتری تحویل دهی، نباید بفروشی. در اینجا وجه عدم تسلط، عدم تملك است؛ یعنی چون ملك تو نیست، تسلط بر تسلیم نداری؛ یعنی لازم را ذکر نموده و ملزوم (عدم تملك را) اراده نموده است. خلاصه اینکه مفاد حدیث می گوید بیع مالی که مالك آن نیستی، باطل است و بایع فضولی هم مالك مبیع نیست؛ پس بیع او باطل است (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۵۵).

- روایت دیگر نبوی ﷺ

رسول گرامی اسلام ﷺ می فرماید: «لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بیع إلا فيما تملك» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۹۲). استدلال به این نبوی از دو نظر بهتر از استدلال به نبوی قبلی است؛ اولاً با توجه به عبارت «لا تبع» در حدیث قبلی، اگر چه نهی از خود معامله ظهور در ارشاد و وضعی دارد، ولی احتمال دارد که مولوی تعبدی باشد و صرفاً بر حرمت تکلیفی دلالت کند، نه فساد وضعی؛ اما در این حدیث نبوی ﷺ عبارت «لا بیع» آمده است که ظهور در نفی جنس دارد و به احتمالی، مقصود نفی حقیقی خود جنس است؛ یعنی بیع مالی که ملك بایع نیست، در واقع اصلاً بیع نیست و وقتی بیع نباشد، طبعاً احکام آن را هم نخواهد داشت. به احتمال دیگر مقصود نفی ادعایی جنس است؛ یعنی در حقیقت نفی تمام آثار بیع مورد نظر است و اگر هیچ اثری ندارد، گویا بیع نیست و به دیگر احتمال، مقصود نفی خصوص اثر بارز بیع (صحت) است که در هر صورت بر نفی صحت دلالت می کند. ثانیاً در حدیث نبوی قبل عبارت «مالیس عندك» وجود دارد و حداکثر کنایه از نفی ملك است، اما به احتمال قوی منظور از آن، مالی است که ملك بایع است؛ اما قدرت بر تسلیم ندارد. از این نظر است که بیع اشکال دارد، نه از فضولی بودن بایع و عدم ملکیت متاع، ولی در این حدیث نبوی عبارت «فیما یملك» وجود دارد که صریح در مالك بودن مبیع، و اراده عدم تسلط بر تسلیم خلاف ظاهر است. حدیث با «لا» و «الا» مفید حصر است؛ یعنی منحصرأً بیع «ما یملك»، بیع و صحیح است. مفهوم حصر این است که بیع «ما لا یملك»، اصلاً بیع و یا صحیح نیست (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۵۸).

- صحیح صفار از امام حسن عسکری ﷺ

«فِي رَجُلٍ بَاعَ قِطْعًا أَرْضٍ فَيَحْضُرُهُ الْخُرُوجُ إِلَى مَكَّةَ وَالْقَرْيَةِ عَلَى مَرَّاحِلٍ مِنْ مَنْزِلِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ



مِنَ الْمُقَامِ مَا يَأْتِي بِحُدُودِ أَرْضِهِ وَعَرَفَ حُدُودَ الْقَرْيَةِ الْأَرْبَعَةَ فَقَالَ لِلشُّهُودِ إِشْهَدُوا أَنِّي قَدْ بَعْتُ فُلَانًا يَعْني الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الْقَرْيَةِ الَّتِي حَدَّ مِثْهَا كَذَا وَالثَّانِي وَالثَّلَاثُ وَالرَّابِعُ وَإِنَّمَا لَهُ فِي هَذِهِ الْقَرْيَةِ قِطَاعُ أَرْضَيْنِ فَهَلْ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرِي ذَلِكَ وَإِنَّمَا لَهُ بَعْضُ هَذِهِ الْقَرْيَةِ وَقَدْ أَقَرَّ لَهُ بِكُلِّهَا فَوَقَعَ بِاللَّحْقِ لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ وَقَدْ وَجَبَ الشِّرَاءُ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ»^۱ (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۳۳۹، ح ۱).

مرحوم صاحب حدائق به این حدیث استدلال کرده و فرموده است: «لایجوز می گوید که این معامله حرام و نامشروع است، نه اینکه جایز و موقوف به اجازه مالک باشد. هیچ وجهی برای تحریم وجود ندارد، جز اینکه بایع مالک مبیع نیست و بدون اذن مالک نقل و انتقال درست نیست. پس این روایت دلیل منع و بطلان بیع فضولی است» (بحرانی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۳۸۶). معامله فقط نسبت به مقداری که ملک خود اوست، واجب و ثابت است.

- صحیح محمد بن قاسم بن فضل از امام موسی کاظم علیه السلام

«عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ امْرَأَةٍ مِنْ آلِ فُلَانٍ بَعْضَ قِطَاعِهِمْ وَكَتَبَ عَلَيْهَا كِتَابًا بِأَنَّهَا قَدْ قَبَضَتْ الْمَالَ وَلَمْ تَقْبِضْهُ فَيُعْطِيهَا الْمَالَ أَمْ يَمْنَعُهَا قَالَ قُلْ لَهُ لِيَمْنَعَهَا أَشَدَّ الْمَنْعِ فَإِنَّهَا بَاعَتْهُ مَا لَمْ تَمْلِكْهُ»^۲ (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۳۳۴، ح ۲). امام علیه السلام دلیل منع را مالک نبودن بایع و فضولی بودن بیع دانسته است. از این رو بر اساس حکم «العله تعمم»، بیع فضولی کلاً باطل است (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۶۱).

- مکاتبه حمیری از حضرت ولی عصر علیه السلام

«الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ائْتِيَانُهَا إِلَّا عَنْ مَالِكِهَا أَوْ بِأَمْرِهِ أَوْ رِضَا مِنْهُ»^۳ (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۳۳۷). امام علیه السلام، جواز ابتیاع ضیعه (مزرعه، باغ، ملک) را در خریدن از مالک آن یا خرید به امر مالک (از وکیل وی) و یا خرید با رضایت مالک منحصر کرده است. ظاهر حدیث این است که نفس ابتیاع حتی انشای ضیعه معامله، باید با رضای مالک باشد. مفهوم حصر این است که اگر

۱. از امام علیه السلام سؤال شد: مردی چند قطعه ملک در قریه‌ای داشت و آماده سفر حج بود و فرصت نداشت به آنجا برود و حدودش را معین کند؛ بنابراین به صورت کلی تمام املاک قریه را که قسمتی از آن مال دیگران بود، فروخت. آیا چنین معامله‌ای صحیح است؟ امام عسکری علیه السلام در جواب مرقوم فرمود: «فروختن چیزی که مال او نیست، جایز نیست و خرید از فروشنده در برابر آنچه که دارد، واجب است».

۲. از طرف مردی که از زنی از خانواده فلانی مقداری از گله‌های آن‌ها را خریده و بر روی آن‌ها یادداشتی نوشته است که پول را دریافت کرده است، اما دریافت نکرده است؛ آیا باید پول را به او بدهد. او گفت: «به او بگو که به شدت از او جلوگیری کند؛ زیرا او چیزی را که نداشت، به او فروخت».

۳. «خرید مال جایز نیست، مگر از صاحب آن یا به دستور او یا با رضایت او».

هیچ کدام از سه گزینه نبود، اتباع جایز نیست و فهم عرفی از عدم جواز، عدم مشروعیت و بطلان معامله است. معامله فضولی در این مفهوم داخل است؛ پس جایز نیست و مشروعیت ندارد (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۶۲).

- صحیحہ محمد بن مسلم از امام باقر (ع)

قَالَ: سَأَلَهُ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ التَّيْلِ عَنْ أَرْضٍ اشْتَرَاهَا بِقَمِ التَّيْلِ، وَ أَهْلُ الْأَرْضِ يَقُولُونَ: هِيَ أَرْضُهُمْ وَ أَهْلُ الْأَشْيَافِ يَقُولُونَ: هِيَ أَرْضُنَا؟ فَقَالَ (ع): «لَا تَشْتَرِهَا إِلَّا بِرِضَا أَهْلِهَا» (اخر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۳۳۴، ح ۳). شیوه استدلال به این حدیث همانند شیوه استدلال به مکاتبه حمیری است و پاسخ ما نیز همان است، به جز اشکال سندی که در مکاتبه بود و در صحیحہ نیست (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۶۳).

۳. اجماع

جمعی از بزرگان فقه همچون شیخ طوسی در مسئله ادعای اجماع کرده اند. وی در الخلاف ضمن اینکه پذیرفته است که عده ای از فقها قائل به صحت هستند، ولی عذر آورده است که مخالفت آنان قادح نیست (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۶۸). ابن زهره نیز در غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع و ابن ادریس در السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی در باب مضاربه ادعای اجماع کرده اند. ابن ادریس گفته است: «اگر غاصب با عین مال غصبی - که ملک غیر است - متاعی خریداری کند، بلاخلاف معامله اش باطل است؛ بنابراین به حکم اجماع، بیع فضولی باطل است. (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۰۷؛ حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۱۵)

۴. حکم عقل

بر اساس حکم عقل، بیع فضولی تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک است (صغرا) و تصرف کذایی، عقلاً قبیح است؛ زیرا ظلم و تعدی به حدود حریم مالک است (کبرا). بنابراین بیع فضولی، قبح عقلی دارد. ضمن آنکه هر جا قبح عقلی به مناسط ظلم و مفسده عامه باشد [به حکم ملازمه عقلی میان ادراک عقلی و حکم شرعی]، کاشف از حرام شرعی است. روایاتی هم

۱. «گفت: مردی از اهل نیل از او درباره زمینی که در دهانه نیل خریده است، پرسید و اهل آن سرزمین گفتند: آن سرزمین آن هاست و اهل اسیاف گفتند: در روز است. سرزمین ما؟ حضرت فرمود: آن را نخرید، مگر با رضایت صاحبانش.»



وجود دارد که بر حرمت شرعی دلالت می‌کنند و مؤید حکم عقلی هستند، از جمله توقیعی که در کتاب الاحتجاج از حضرت ولی عصر علیه السلام نقل شده است که حضرت می‌فرماید: «لَا يَجِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ»^۱ (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۵۴۰ و ۵۴۱). بنابراین بیع فضولی، حرمت شرعی دارد. همچنین اگر حرمت و نهی به معامله‌ای تعلق بگیرد، مستلزم فساد آن است. بنابراین بیع فضولی، شرعاً باطل است (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۶۷).

نقش اجازه در تنجیز بیع فضولی

اصل اعتبار اجازه در نفوذ و تأثیر معامله فضولی قطعی است، ولی بحث در نحوه دخالت آن در صحت و لزوم و تحقق معامله است. اجازه در اینجا دو حالت دارد: کشف و نقل. «کشف یا کاشف بودن، بدین معنی است که پس از اجازه حکم می‌شود به اینکه آثار عقد بیع یعنی نقل و انتقال و غیره از هنگام وقوع عقد حاصل بوده است. مثلاً اگر دیروز عقد واقع شده و امروز اجازه مالک به آن ملحق شده است، این اجازه کاشف است از اینکه از همان دیروز بیع تحقق یافته و آثار بر آن مترتب شده است؛ یعنی اجازه مقارن با عقد بوده است. نقل یا ناقل بودن، به این معنی است که آثار عقد از هنگام عقد مترتب نشده است؛ بلکه از هنگام اجازه مترتب شده است؛ یعنی عقد در حین اجازه واقع شده است» (فیض، ۱۳۹۵، ص ۳۵۷).

اقوال فقها در رابطه با نحوه تأثیر اجازه در بیع فضولی، گوناگون است. برخی معتقدند اجازه ناقل است، ولی بیشتر فقها قائل به کاشف بودن آن هستند. از میان قائلین به کشف، برخی به کشف حقیقی، گروهی به کشف انقلابی و جمعی به کشف حکمی نظر دارند. دسته‌ای نیز قائل به کشف هستند، بدون اینکه به نوع خاصی از اقسام آن اشاره کنند (صفایی، ۱۳۹۷، ص ۱۷۴).

بررسی اقوال فقها پیرامون کشف و نقل

فقها درباره کشف و نقل اقوالی دارند که به بررسی این دو قول می‌پردازیم:

۱. نقل

برخی فقهاء معتقدند آثار عقد از هنگام صدور اجازه مترتب، و از این هنگام مورد معامله

۱. «تصرف در اموال دیگری بدون اذن او برای کسی جایز نیست».

به مشتری منتقل می‌شود؛ زیرا رضای مالک یا شرط تحقق، انتقال و یا علت و سبب مؤثر در نفوذ عقد است که در هر دو صورت انتقال باید بعد از حصول آن‌ها محقق شود؛ چون مشروط بعد از شرط و معلول بعد از علت می‌آید. بنابراین انتقال مالکیت بعد از اجازه تحقق ضرورت می‌یابد (حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۲).

۲. کشف

عده بسیاری از فقها قائل به کشف هستند و معتقدند که بعد از صدور اجازه مالک، ملکیت از زمان عقد به مشتری منتقل می‌شود و در مقابل قائلین به نقل هر کدام به یکی از طرق زیر نظر خود را توجیه کرده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۲۷۴؛ قمی، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۲۷۹)

- کشف حقیقی

بنا بر کشف حقیقی، بعد از اجازه مالک معلوم می‌شود که حقیقتاً از هنگام اجرای عقد ترتیب اثر داده می‌شود و عقد از همان ابتدا نافذ بوده است؛ به همین خاطر به آن کشف حقیقی می‌گویند. طرفداران این نوع کشف به وجوه گوناگونی استدلال کرده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. محقق کرکی و شهید ثانی معتقدند عقد، سبب تام مالکیت است و دلیل آن نیز آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۵) است و تمام بودن این سبب در مورد بیع فضولی با اجازه مالک روشن می‌شود. بنابراین در صورت اجازه مالک تمام بودن عقد، معلوم و ترتیب اثر ملکیت بر آن واجب می‌شود، در غیر این صورت تنها وفای به عقد واجب نبوده؛ بلکه وفای به عقد همراه با چیز دیگر یعنی اجازه ضرورت یابد (عبدالعالی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۷۴ و ۷۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۲۹۹).

شیخ انصاری بر این استدلال اشکال کرده و گفته است: «اگر مقصود از اینکه عقد سبب تام مالکیت بوده و با اجازه کشف می‌شود، عقدی است که توأم با رضایت مالک واقع می‌شود؛ ما نیز آن را قبول داریم، اما سخن این است که به وسیله اجازه تمام بودن آن، سبب و هم‌زمانی رضایت مالک با عقد به دست نمی‌آید؛ زیرا اجازه، بیانگر هم‌زمانی رضایت مالک با اجرای عقد نیست تا علت تامه بودن عقد اثبات شود. می‌توان گفت لازمه صحت عقد فضولی این است که اجازه مالک قائم مقام رضایت مالک است. پس همان‌گونه که رضایت مالک در تمام بودن سبب دخالت دارد، اجازه او نیز چنین نقشی دارد. از این رو نمی‌توان



گفت که اثر مالکیت قبل از اجازه تحقق یابد (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۲۷۸ و ۲۷۹). صاحب جواهر نیز معتقد است که شرایط شرعی مانند شرایط عقلی نیست؛ بلکه تابع قراری است که از طرف شارع صادر شده است؛ یعنی تقدم مشروط بر شرط در امور تکوینی ناممکن است، اما در احکام شرعی امکان پذیر است؛ مانند غسل جمعه در روز پنجشنبه و دادن زکات فطر و پیش از وقت و از آنجا که مالکیت نیز یک امر اعتباری است؛ پس می توان تقدم آن را بر اجازه تصور نمود (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۲، ص ۲۸۶).

- کشف انقلابی

قائلین به این نظر معتقدند که اجازه، رضایت به مضمون عقد است و چون مقتضای عقد انتقال از هنگام انعقاد آن عقد به است؛ اجازه هم موجب تحقق همین مضمون از زمان انعقاد عقد به صورت انقلاب می شود؛ یعنی مورد معامله که تا زمان اجازه متعلق به مالک بوده است، بعد از اجازه و زمان انعقاد عقد به مشتری منتقل می شود (ایروانی غروی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۲۷؛ طباطبایی الحکیم، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۳۵ و ج ۱۴، ص ۴۹۵؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳۱۳).

- کشف حکمی

از آنجا که ایراداتی به کشف حقیقی و انقلابی وارد شده است، برخی فقها از کشف دیگری به نام کشف حکمی نام برده اند و معتقدند معامله فضولی قبل از اجازه هیچ اثری ندارد و مالکیت تحقق نیافته است، اما بعد از اجازه در حکم ملک بوده و تمام آثار ممکن بر یک عقد صحیح بر آن مترتب می شود و با اینکه پیش از اجازه، مبیع متعلق به مالک بوده و نمائات حاصل از آن نیز باید به وی تعلق داشته باشد؛ ولی بعد از اجازه، نمائات حاصل از مبیع از زمان عقد به مشتری منتقل می شود و اجازه در عین ناقل بودن، در حکم کاشف محسوب می شود (غروی نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۴۱). بنابراین کشف حکمی از نظر عین مانند نقل (انتقال) منافع نمائات در کشف حقیقی است. شیخ انصاری طرح این نظریه را از ابتکارات شریف العلمای مازندرانی می داند (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۰).

به نظر شیخ انصاری اعتقاد به ناقلیت اجازه به دلیل آنکه متضمن تغییر مالکیت از رضایت است، مطابقت تام با قواعد (قاعده علیت) و عمومات (ادله ای همچون «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹)) دارد؛ چون رضایت مالک، جزء سبب و دست کم شرط پیدایش

مالکیت است؛ اما روایات کاشف این اجازه را تأیید می‌کند؛ به‌گونه‌ای که شهید اول می‌گوید از روایت محمد بن قیس^۱ (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۵۹۱) کاشف بودن اجازه استفاده می‌شود (عاملی جزینی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳۶). پس از نظر شیخ انصاری با وجود این قبیل روایات، احتمال کشف حکمی نیز وجود خواهد داشت (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۰۴)؛ زیرا در این نظر اصل مالکیت از آن مالک دانسته شده است و تنها احکام قابل اجرا متوقف می‌شود.

نتایج عملی کشف و نقل

منافع و نمائاتی که در فاصله زمانی بین عقد و اعلام رضایت مالک پدید می‌آید، بنا بر کشف به طور مطلق از آن کسی است که عین به او انتقال یافته است؛ زیرا انتقال از زمان عقد صورت گرفته است. پس منافع نیز از همان هنگام انتقال می‌یابد و بنا بر نقل، متعلق به کسی است که عین از او منتقل شده است؛ زیرا انتقال از هنگام اجازه صورت می‌یابد بنا بر نقل، در صورتی که قبل از اجازه طرف مقابل عاقدی که از طرف خویش مبادرت به اجرای عقد نموده است (اصیل)، انشای خود را فسخ نماید؛ موجب بطلان آن خواهد شد؛ به این معنا که اگر اجازه را ناقل بدانیم، فسخ وی همانند آن خواهد بود که پس از ابراز قبول مشتری اقدام به فسخ نماید که بدون شک سبب بی‌اثر شدن انشای قبلی اوست؛ در حالی که اگر اجازه کاشف باشد، از طرف اصیل عقد تمام است. در نتیجه طرف مقابل یعنی کسی که فضولی از طرف او عقد را اجرا نموده است، حق فسخ دارد. (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۰۹ و ۳۱۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۹۰ و ۱۹۱).

بنا بر نقل، مالک اصیل می‌تواند در آن مبیعی که به غیر منتقل شده است، تصرف کند؛ ولی اگر اجازه را کاشف بدانیم، تصرف مالک در آن چیزی که از او به غیر منتقل شده است، جایز نخواهد بود (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۱۳). اگر یکی از طرفین عقد قبل از صدور اجازه به هر دلیلی مانند فوت، صلاحیت مالکیت را از دست بدهد یا مبیع ویژگی ملک بودن را از دست بدهد، مانند آنکه مبیع مایع باشد و نجس شود و نیز اگر یکی از عوضین تلف شود؛ بنا بر

۱. «قَصَى أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ﷺ فِي وِلْدَةِ بَاعِهَا ابْنُ سَيِّدِهَا وَأَبُوهُ غَائِبٌ فَاسْتَوْلَدَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ فِجَاءَ سَيِّدِهَا فَخَاصَمَ سَيِّدَهَا الْآخَرَ فَقَالَ وَوَلِدَتِي بَاعَهَا ابْنِي بَعِيرٍ إِذْنِي فَقَالَ ﷺ الْحُكْمُ أَنْ يَأْخُذَ وَوَلِدَتُهُ وَابْنَتُهَا فَتَأْسَدُهُ الَّذِي اشْتَرَاهَا فَقَالَ لَهُ خُنْ إِبْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيدَةَ حَتَّى يَنْفُذَ الْبَيْعَ لَكَ فَلَمَّا رَأَى أَبُوهُ قَالَ لَهُ أَرْسَلْ ابْنِي قَالَ لَا وَاللَّهِ لَا أَرْسَلُ ابْنَكَ حَتَّى تُرْسِلَ ابْنِي فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيدَةِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ الْحَدِيثَ».

کاشفیت، معامله صحیح و بر اساس ناقلیت، باطل است (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۰۱). مدت سه روزه خیار حیوان در صورت کشف از زمان عقد و بنابر نقل از زمان اجازه محاسبه می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۲، ص ۲۹۱). اگر مال غیر منقول بین دو نفر مشترک باشد و شخصی به عنوان فضولی سهم نفر اول را به فرد ثالثی بفروشد، سپس نفر دوم نیز سهم خود را به دیگری منتقل نماید؛ اگر در این هنگام نفر اول بیع فضولی را اجازه دهد، در صورت کشف حق شفعه متعلق به فرد ثالث است؛ ولی بنا بر نقل نفر اول حق شفعه دارد (نجفی جواهری، ۱۹۸۱، ج ۲۲، ص ۲۹۱). اگر قبل از اجازه، مشتری فوت کند و چنانچه بعداً مالک اجازه دهد، بنا بر کشف مبیع به ورثه مشتری منتقل می‌شود؛ اما بر اساس نقل با فوت مشتری عقد باطل می‌شود و موضوعی برای اجازه باقی نمی‌ماند (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۰۰).

نتیجه‌گیری

بیع فضولی، یکی از اقسام معاملات است که در آن تمام شرایط عقد برقرار است؛ جز اینکه در این نوع معامله فروشنده مالک مال نیست و اجازه فروش آن را هم ندارد. در واقع شخصی بدون اجازه مالک اصلی، مال متعلق به او را منتقل می‌کند. درباره صحیح یا باطل بودن بیع فضولی، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بنا بر دیدگاه مشهور بیع فضولی در صورتی که مالک آن را اجازه دهد، صحیح است. منظور از اجازه، اظهار رضایت مالک پس از وقوع عقد بیع است.

مشهورترین دلیل کسانی که بیع فضولی را صحیح می‌دانند، روایت عروه باریقی است. فقها به روایات دیگری همچون «صحیحه محمد بن قیس» نیز برای اثبات صحت بیع فضولی استناد کرده‌اند. افزون بر آن، قواعد عام برگرفته از قرآن و روایات که بر حلال بودن بیع و صحیح بودن عقود مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» نیز بر صحت بیع فضولی دلالت دارند؛ از این رو فقیهانی همچون شیخ انصاری در بیع فضولی با استناد به دلایل مذکور به صرف فقدان رضایت مالک، عنوان عقد و بیع را از آن سلب نمی‌کنند و بعدها که اجازه از سوی مالک صادر شد، سایر آثار بیع بر آن مترتب می‌شود.

از میان فقیهان شیعه شیخ طوسی، ابن زهره، محقق اردبیلی و صاحب حدائق، بیع فضولی را حتی در صورت صدور اجازه از سوی مالک باطل می‌دانند و برای اثبات مدعای خود به ادله‌ای همچون آیه ۲۹ سوره نساء «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و روایاتی که خرید و فروش اموالی

را که در ملکیت طرفین نیست، نهی کرده‌اند، استناد می‌کنند. شیخ طوسی و ابن زهره نیز ادعای اجماع کرده‌اند. با توجه به دلیل عقلی، شکی نیست که تصرف در اموال دیگران عقلاً قبیح است و بیع فضولی نیز تصرف در اموال دیگران بدون رضایت آنان، و قبیح و حرام است. نهی و حرمت در معاملات هم که دلالت بر بطلان آنها دارد.

از نظر قائلان به صحت بیع فضولی، این بیع در صورتی صحیح است که اجازه مالک را به دنبال داشته باشد. فقها برای اجازه مالک، احکامی همچون ناقل بودن اجازه و کاشف بودن اجازه را ذکر کرده‌اند. ناقل بودن اجازه، بدین معناست که آثار عقد بیع از زمان اجازه مالک بر آن مترتب می‌شود و کاشف بودن اجازه، بدان معناست که بیع پیش از اجازه مالک انجام و آثار خرید و فروش بر آن مترتب شده است. به گفته شیخ انصاری، بیشتر فقهای شیعه بر این نظرند که اجازه، کاشف است. بدین ترتیب اگر مال یا کالای مورد معامله در بیع فضولی در فاصله بین عقد بیع و اجازه مالک از نظر کمی یا کیفی افزایش داشته باشد مانند آنکه گوسفندی فربه یا بچه دار شود، در صورت کاشف بودن اجازه، این افزایش از آن خریدار است و اگر اجازه ناقل دانسته شود، افزایش ایجاد شده در کالا برای فروشنده است. برای نظرات کشف و نقل آثار عملی بسیاری نیز وجود دارد که به حکم نمائات حاصله و حق شفعه و ... اشاره شد.

فهرست منابع

۱. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق)، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم: مؤسسه الامام صادق علیه السلام.
۲. احسائی، ابن ابی جمهور (۱۴۰۳ق)، عوالی اللثالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیّه، قم: مطبعه سیدالشهداء علیه السلام.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
۴. القزوینی الرازی، احمد بن فارس (۱۳۹۹ق)، معجم مقاییس اللغه، تصحیح عبدالسلام محمد هارون، بیروت: دارالفکر.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۸ق)، المکاسب، قم: مؤسسه الهادی.
۶. ایروانی غروی، میرزا علی (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، قم: منشورات ذوی القربی.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۹ق)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۳ق)، بلغه الفقیه، محمدتقی آل بحرالعلوم، چاپ چهارم، تهران: مکتبه الصادق علیه السلام.
۹. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین (بی تا)، السنن الکبری، بیروت: دارالفکر.
۱۰. تقی حسینی، سید محمدرضا (۱۳۹۷)، «بررسی کاشفیت یا ناقلیت اجازه در بیع فضولی از نگاه شیخ انصاری و میرزای نائینی»، ش ۷، فصلنامه فقیهانه، ص ۴۹ - ۳۲.
۱۱. توحیدی تبریزی، محمد علی (۱۴۱۷ق)، مصباح الفقاهه، چاپ چهارم، قم: انتشارات انصاریان.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۱۳. حلی، احمد بن ادریس (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۶ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۵. حلی، محمد بن حسن (۱۳۶۳ش)، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۱۶. خراطها، محمدطاهها و سید مصطفی سعادت مصطفوی (۱۳۹۵)، «کاشفیت یا ناقلیت اجازه معامله فضولی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران»، دوفصلنامه علمی پژوهشی مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ش ۳۴، ص ۲۵ - ۵.

۱۷. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷ش)، لغت نامه دهخدا، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۸. رحمانی منشادی، مهدی (۱۳۹۷)، «ماهیت معامله فضولی»، فصلنامه پژوهش های حقوق حقوق یار، ش ۸، ص ۳۱۲ - ۲۹۳.
۱۹. شجاعی، محمد (۱۴۰۰ش)، بررسی تطبیقی بیع فضولی کشورهای ایران و انگلیس و آمریکا، بی جا: نیکان طب.
۲۰. صفایی، سید حسین (۱۳۹۷ش)، بررسی انواع بیع، بی جا: انتشارات دارالکتب الاسلامیه.
۲۱. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۲ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۲. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۳۷۴ش)، مستمسک عروه الوثقی، قم: دارالتفسیر.
۲۳. _____ (بی تا)، نهج الفقه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۷ق)، الخلاف، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۵. _____ (بی تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دارالاندلس.
۲۶. عاملی جبعی، زین الدین (۱۴۱۲ق)، الروضه البهیة، ترجمه حسن بن محمد سلطان العلماء، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۷. عاملی جزینی، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. _____ (۱۳۷۳ش)، غایه المراد فی شرح النکت الارشاد، چاپ اول، قم: مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه.
۲۹. عبدالعالی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث.
۳۰. غروی نائینی، محمد حسین (۱۴۱۳ق)، المکاسب و البیع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۱. _____ (۱۴۱۸ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، بی جا: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۲. فیض، علیرضا (۱۳۹۵ش)، مبادی فقه و اصول، چاپ ۲۴، بی جا: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. قمی، ابوالقاسم بن ملامحمد (۱۳۹۹ش)، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، چاپ اول، بی جا: فقه الثقلین.
۳۴. محمدی خراسانی، علی (۱۳۸۸ش)، کوثر فقه، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

۳۵. محمدی، فرزاد (۱۳۹۹ش)، بررسی تطبیقی غرامات قابل مطالبه بیع فضولی در نظام حقوق ایران، بی‌جا: انتشارات زرین اندیشمند.
۳۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۲ش)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۷. موسوی زاده گسگری، محمد جواد (۱۳۸۵)، «کشف و نقل در بیع فضولی»، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۴، ص ۱۹۰-۱۶۹.
۳۸. نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱م)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

تبیین شاخص‌های اخذ اجرت در واجبات فقه امامیه

حکیمه اکبری^۱

چکیده

یکی از موضوعات مورد نقد و بررسی در فقه، قاعده جواز اخذ اجرت در واجبات و شاخص‌های واجبات شامل این قاعده است. برخی ادله مانند ناسازگاری اخذ اجرت با قصد قربت، منجر به صدور حرمت دریافت اجرت در واجبات شده است. علمایی همچون محقق ثانی، علامه حلی، شیخ طوسی، علامه طباطبایی و مقدس اردبیلی مطلقاً اخذ اجرت را جایز نمی‌دانند، اما برخی دیگر از علما مانند محقق کرکی، صاحب جواهر، یزدی طباطبایی و امام خمینی^ع اخذ اجرت در واجبات را صحیح می‌دانند. برخی شاخص‌های واجبات که اخذ اجرت در آن‌ها جایز است، عبارتند از نماز، روزه، شهادت، قضاوت، واجب کفایی و نظامی، حج استیجاری، کفن و دفن میت. در این پژوهش که به روش کتابخانه‌ای، تحلیلی و توصیفی انجام شده است، تلاش شده است برخی شاخص‌های واجبات که می‌توان در آن‌ها اجرت دریافت کرد، از دیدگاه فقه امامیه معرفی و پیشینه تاریخی اخذ اجرت را مشخص کرد. همچنین این موضوع بررسی می‌شود که اجیر کردن موجب اسقاط تکلیف از مستاجر می‌شود تا این رهگذر به کسب آگاهی در بخشی از تاریخ فقه شیعه در حوزه شاخص‌های اخذ اجرت بر واجبات منجر شود.

واژگان کلیدی: اجیر، اخذ اجرت بر واجبات، تنافی اخذ اجرت با قصد قربت، شاخص‌های عبادات واجب.



مقدمه

مسئله اخذ اجرت بر واجبات، یکی از مسائل مهم فقهی و مورد نیاز مکلفین به احکام اسلامی است. موارد متنوعی از اخذ اجرت در طول تاریخ به چشم می‌خورد که در میان اقشار مختلف و در طبقات اجتماعی، انواع گوناگون و حتی در اجتماعات غیر اسلامی و در میان مستکبران نیز رواج داشته است. در آیات قرآن کریم نیز نمونه‌هایی از اخذ اجرت وجود دارد؛ مانند ساحران که از فرعون اجرت سحر و ساحری خویش را طلب کردند. در دوران جاهلیت اجرت‌گیری در کارهای حرام نیز رواج داشته است. از نظر قرآن اخذ اجرت در برابر کارها، از عرف اجتماعات بشری است و سابقه دیرین دارد، اما به خاطر جریان داشتن این مسئله در بیشتر باب‌های فقهی به‌ویژه در مسائل استیجاری، ضرورت پرداختن به موضوع را بیشتر می‌کند. عمومیت داشتن موضوع به مسائل فردی و در برداشتن مسائل مهم اجتماعی، اهمیت بحث را بیشتر می‌کند. بررسی نوشته‌های فقهی پیش از محقق حلی، گویای آن است که در ادبیات فقه این دوره درباره اخذ اجرت بر انجام امور عبادی و اعمال واجب به صورت مسئله‌های کلان و قاعده فقهی سخنی وجود ندارد. ظاهراً نخستین بار شیخ مفید بعد از محقق حلی، به ناهماهنگی بین وجوب عمل و اخذ اجرت اشاره کرده و زمینه استدلال عقلی تنافی وجود با اخذ اجرت را برای مشهور فراهم نموده است. شیخ طوسی نیز برای اثبات عدم اخذ اجرت بر واجبات با استناد به روایات و این استدلال عقلی معتقد است واجب، عملی است که آدمی نمی‌تواند آن را از سوی دیگری انجام دهد؛ استدلالی که چندی بعد توسط علامه حلی به شدت تقویت شد؛ زیرا وی معتقد بود اخذ اجرت با قصد قربت تنافی دارد. دلیل او بعدها از عمده‌ترین مستندات عقلی حرمت اخذ اجرت بر شاخص‌های واجبات در روایات شناخته شد، دیدگاهش بعدها مورد توجه جدی برخی فقها قرار گرفت و مسئله اخذ اجرت بر واجبات را سامان داد. برخی دیگر از فقها همچون محقق کرکی و محقق اردبیلی نسبت به ادعای منافات اخذ اجرت با قصد قربت رویه سکوت را بر می‌گزینند و از وجود دیدگاه مشهور سخن نمی‌گویند. صاحب جواهر و شیخ حسین آل عصفور پس از تحلیل و نقد و بررسی دیدگاه فقیهان پیش از خود مانند شیخ مفید، نه به تفضیل می‌گیرند و نه راه احتیاط را در پیش می‌گیرند؛ بلکه تنها روایات باب استیجار را مستمسک خویش می‌کنند و در کنار عدم پذیرش دیدگاه مشهور، اخذ اجرت بر واجبات را عملی جایز و استیجار برای واجبات را

امری مشروع به شمار می‌آورند؛ زیرا اعتقاد بر این مطلب را فاقد دلیل می‌دانند. برای نشان دادن اهمیت و وسعت دامنه بحث شاخص‌های اخذ اجرت در واجبات، نمونه‌هایی بیان شده است. برای مثال در باب طهارت که یکی از باب‌های فقهی است، سؤال می‌شود که اخذ اجرت بر تجهیز و آماده کردن میت از قبیل غسل دادن، کفن نمودن، دفن کردن و مانند این‌ها جایز است یا منع شرعی دارد؟ در بحث صلاة نیز مسائل مختلفی وجود دارد، مانند اینکه آیا اخذ اجرت بر نماز میت و یا برای امامت نماز جماعت و یا نماز و روزه فوت شده از میت بر فرض واجب بودن، جایز است یا خیر؟ در باب حج نیز سؤال می‌شود که آیا می‌توان در مقابل نیابت بر کل اعمال حج یا بعضی از آن‌ها، از طرف پول گرفت یا منع شرعی دارد؟ همچنین قصد و نیت اجیر در هنگام امتثال واجب چگونه باید باشد؟

مفهوم‌شناسی

برخی اصطلاحات رایج درباره پرداخت و دریافت وجه از سوی طرفین عقد در شاخص‌های عبادات واجب استیجاری نیازمند توضیح است که در این بخش به آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱. اجرت

اجرت در لغت به معنای کرایه و دستمزدی است که به اجیر داده می‌شود (فیروزآبادی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۴۹۰). در اصطلاح نیز به معنای عوضی که مستأجر در قبال استفاده از منفعت مال یا کار به مؤجر یا اجیر می‌پردازد (شاهرودی، ۱۳۲۷، ج ۱، ص ۲۴۷). پیشنهاد مقدار اجرت می‌تواند از سوی هر یک از اجیر یا مستأجر داده شود؛ دستمزدی که بر اساس عقد یا شبه عقد در مقابل کار بدنی یا خدمتی پرداخت می‌شود. خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «قَالَتِ ابْنُ أَبِي يَدْعُوكَ لِيَجْزِيَكَ أَجْرًا مَا سَقَيْتَ لَنَا»؛ (قصص: ۲۵) «زن به موسی علیه السلام گفت: پدرم تو را می‌طلبد تا تو را به پاداش آب دادن گوسفندان برای ما مزد دهد». ساحران نیز به عنوان اجیر به فرعون پیشنهاد دادند که اجرتی داشته باشند و فرعون قبول کرد (اعراف: ۱۱۳ و ۱۱۴؛ شعراء: ۴۱ و ۴۲).

۲. اخذ اجرت

اخذ اجرت به معنای گرفتن پول در برابر انجام عمل است که غالباً بر طبق قرارداد بین دو طرف یا بیشتر معین می‌شود (بجنوردی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۶۵) هر عملی که دارای منفعت حلال

و مقصود برای عقلا باشد، اخذ اجرت و قرارداد بر آن جایز است؛ اگر چه داخل در عنوانی باشد که حق تعالی آن را بر مکلف واجب قرار داده باشد. پس باید دقت شود فعل واجبی که برای امتثال آن اجرت قرار داده شده است، ایجاب مذکور را دارد یا خیر و آیا به واسطه آن می توان امر متوجه به آن را اسقاط کرد؟ پس از اتیان عمل، وجوب ساقط می شود و عامل نیز استحقاق اجرت را دارد. اگر صالح و قابل نباشد نیز شخص استحقاق اجرت را دارد و می تواند آن را از مستأجر مطالبه کند، ولی واجب از ذمه مستأخر ساقط نمی شود؛ بلکه همچنان بر عهده اش باقی می ماند. بنابراین اگر وقت آن باقی است، موظف و مکلف است که آن را انجام دهد و در صورت انقضای وقت، بر ترکش معاقب است (ذهنی تهرانی، ۱۴۲۴، ج ۴، ص ۱۱۲).

۳. اجیر

اجیر در لغت به معنای مزدگیر و کسی است که با گرفتن دستمزد برای دیگری کار می کند (معلوف، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۸). در اصطلاح فقه نیز به معنای کسی است که نیروی کار خود را به اجاره می دهد و طبق قرارداد مستحق اجرت می شود (عمید، ۱۳۴۲، ص ۹۲؛ انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۷۳).

۴. استیجار

در لغت به معنای مطلق اجیر گرفتن برای انجام کاری است، چه عبادت باشد و چه نباشد (دهخدا، ۱۳۰۹، ج ۱، ص ۱۳۹). در اصطلاح فقهی نیز به معنای اجیر گرفتن برای انجام اعمال عبادی شخص دیگری است (مکارم، ۱۳۸۸، ص ۷۶). شیخ انصاری از جمله فقهایی است که در بررسی مسئله اخذ اجرت بر واجبات و قصد قربت، حصول قصد قربت در عبادات استیجاری را یکی از مهم ترین خاستگاه های بروز اختلاف و تعدد دیدگاه بین فقیهان پیشین می داند. وی در توضیح چگونگی حصول قصد قربت در عبادات استیجاری، انعقاد اجاره را برای انجام عملی می داند که اجیر آن را با انگیزه تقرب به خدا و به نیابت از مستأجر انجام می دهد. از این رو اجرت در برابر نیابت قرار دارد، نه در برابر عمل تا با اخلاص در تنافی باشد (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۲۸).

۵. قصد قربت

قصد قربت در لغت به معنای کاری نیکو با نیت تقرب به خداوند است (عمید، ۱۳۸۹، ص ۸۱۴).

در اصطلاح نیز به معنای انگیزه انسان در انجام عبادت امتثال امر الهی است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۹۶). اگر فردی عملی را به خاطر امتثال امر الهی انجام دهد، به اخلاص نزدیک است. به عبارتی اگر عملی را فقط به قصد قربت اتیان کند، اخلاص است از عملی که افزون بر قصد قربت، دریافت اجرت هم انگیزه برای انجام عملش باشد (مدرسی یزدی، ۱۳۹۳، ص ۳۰).

قصد قربت در عبادات استیجاری

اجیر برای به دست آوردن اجرت، عبادات استیجاری را به قصد ترتب اثر دنیوی توأم با قصد تقرب به خدا انجام می دهد. برای صحت عمل نیز باید مراتبی را رعایت کند که در ادامه مورد بررسی قرار می گیرد.

۱. قصد قربت در عبادات استیجاری

برخی فقها مانند صاحب عروه و مرحوم حکیم معتقدند در عبادات استیجاری چون امر توصلی است، قصد قربت شرط نیست؛ بلکه همان صورت عمل کافی است؛ یعنی همین که نائب مثلاً یک ماه از طرف منوب عنه روزه بگیرد، کافی است؛ هر چند قصد قربت نکند؛ زیرا قصد قربت در عبادات استیجاری ضرورت ندارد و عمل مورد اجاره باید این قابلیت را داشته باشد که از نظر عقد اجاره اطمینان پذیرد تا ضمان مستأجر خارج شود (مدرسی یزدی، ۱۳۹۳، ص ۴۶؛ یزدی طباطبایی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۶). عده ای از علما همچون خویی، مرحوم کاشف الغطا و مکارم معتقدند شارع مقدس از ما عبادت خواسته است و اساس عبادت نیز قصد قربت است. عبادت بدون قصد قربت، عبادت نیست. حج بدون قصد قربت و روزه بدون قصد قربت، عبادت نیست و اگر به فرض بپذیریم حج صوری مایه ابهت مسلمانان می شود، پس فایده ای دارد؛ ولی نماز و روزه صوری که در خانه به تنهایی انجام می شود، اگر بدون قصد قربت باشد؛ چه فایده ای دارد (خویی، ۱۴۰۰، ص ۳۴۵).

۲. لزوم قصد قربت بر اجیر و مستأجر

از آنجا که مستأجر می خواهد با عبادت واجب حتی به وسیله اجیر به خداوند نزدیک تر شود، پس باید قصد قربت کند، نه اجیر. مستأجر نیز هنگام پرداخت وجه به اجیر قصد قربت می کند، ولی اجیری که وجه را می گیرد؛ لازم نیست قصد قربت کند و به انگیزه همان



اجرت عبادت را انجام می‌دهد. بنابراین مشکل قصد قربت با تعدد موضوع حل می‌شود؛ یعنی برای نایب (اجیر) قصد قربت لازم نیست؛ بلکه مستأجر باید در کار خود قصد قربت نماید. همان‌گونه که فقها معتقدند نایب برای اینکه ضمان از عهده وی خارج شود و امثال امر شارع را به جا آورد و تأکید در اخلاص صورت پذیرد، بهتر است قصد قربت کند. شخص پس از اجیر شدن، خود را در انجام عمل قربی نایب از فلان شخص قرار می‌دهد. پس در واقع به واسطه عمل نایب منوب عنه به حق تعالی تقرب می‌جوید و حصول قربت برای نایب، همان تحقق قربت برای منوب عنه و نفس این نیابت مستحب و راجح است؛ زیرا در حق منوب عنه احسان محسوب می‌شود (ذهنی تهرانی، ۱۴۲۲، ج ۴، ص ۱۱۰۲).

۳. رفع تنافی اخذ اجرت با اخلاص

فقه‌های شیعه با عبارات کوتاهی منافات مسئله اخذ اجرت بر واجبات با قصد قربت را رفع کرده‌اند. برای مثال مرحوم یزدی معتقد است «کسی که بر انجام عبادتی اجیر می‌شود، دین و حقی بر عهده‌اش قرار می‌گیرد و ادای دین، واجب است و به هنگام ادای دین، قصد اطاعت امر خدا کند و داعی او قرب به خداوند است و گاهی داعی با امر اجاره که غیر الهی است؛ همراه می‌شود» (یزدی طباطبایی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۴). محقق خویی نیز معتقد است «مالکیت اجیر بدون آنکه متوقف بر انجام عمل در خارج باشد، به محض اخذ اجرت محقق می‌شود. اجیر عمل را نه صرفاً برای اجرت، بلکه به خاطر امر مولی و خوف الهی انجام می‌دهد» (توحیدی، ۱۴۱۲، ص ۷۰۷). بنابراین اخذ اجرت بر واجبات نه تنها با اخلاص منافات ندارد؛ بلکه موجب تأکید در اخلاص نیز می‌شود؛ زیرا مبلغی را از صاحب متوفی برای انجام عبادات نیابتی از میت دریافت کرده است، وفای به عهد از جانب شارع واجب است. پس اجیر چون نماز را هم به قصد امر خود نماز و هم به قصد امر اجاره به نحو قربی انجام می‌دهد، تأکید در اخلاص می‌شود (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۷).

راه حل فقها برای صحت اخذ اجرت با قصد قربت

فقه‌های شیعه همچون مرحوم یزدی و کاشف الغطا نظریه‌هایی مبنی بر صحت اخذ اجرت توأم با قصد قربت آورده‌اند که عبارتند از:

۱. مؤکد بودن اجاره برای قصد قربت

مرحوم کاشف الغطا، علامه عاملی و بسیاری از فقهای دیگر به صراحت بیان می‌کنند که نه تنها نمی‌توان اخذ اجرت را با قصد قربت منافی دانست؛ بلکه باید اذعان داشت وجوبی که از اجاره حاصل می‌شود، قصد قربت را تأکید می‌کند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۲، ص ۳۰۳).

۲. تعدد سبب وجوب

صاحب عروه درباره تعدد سبب وجوب معتقد است اجاره به این اعتبار که سبب واجب شدن موضوع خود می‌شود، در موردی که موضوع اجاره عمل واجب عبادی است؛ موجب تضاعف و تعدد سبب وجوب می‌شود. از این رو اجاره، مؤکد قصد قربت می‌شود (یزدی طباطبایی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۳۲).

۳. اثر داعی بر داعی

نظریه داعی بر داعی درصدد صحت بخشیدن بر عملی عبادی است که نائب به ازای انجام آن، مزد مالی یا عوض دنیوی اخذ می‌کند. در این صورت دو انگیزه متفاوت در طول یکدیگر قرار می‌گیرند؛ داعی اصلی اخلاص و تقرب به خداوند و داعی دوم، امر دنیوی دریافت مزد است. صاحب عروه در تقریر نظریه داعی بر داعی می‌گوید آن چیزی که به اخلاص عمل عبادی آسیب می‌رساند، تنها و تنها قرار دادن داعی دنیوی در عرض داعی امتثال امر عبادی است؛ حال اگر داعی دنیوی در طول داعی امتثال امر عبادی قرار گیرد، بدین گونه که داعی برای عمل عبادی امتثال امر الهی و داعی برای امتثال امر الهی، غرضی دنیوی و اخروی باشد؛ هیچ آسیبی بر اخلاص عمل عبادی وارد نمی‌شود؛ مانند نماز جعفر طیار که برای گشایش امور دنیوی به جا آورده می‌شود. فرد عمل را با حالت اخلاص و قصد قربت انجام می‌دهد، ولی انگیزه و داعی او آن است که خداوند روزی او را وسعت بخشد. بدیهی است این اغراضی که به ذات باری تعالی بر نمی‌گردد، تفاوتی وجود ندارد که این غرض دریافت مزد باشد و یا چیز دیگری از امور دنیوی و اخروی؛ همان گونه که غالب مردم نیز خداوند باری مرتبت را از روی ترس و یا طمع عبادت می‌کنند. از این رو آنچه در انجام عمل عبادی لازم است، تنها توسط و در میان بودن امتثال امر الهی است؛ هر چند داعی و باعث برای امتثال امر الهی خود امری باشد که به خود انجام دهنده عمل عبادی بر می‌گردد، چه



در غیر این صورت عبادت تنها به اعمال عبادی اولیایی همچون امیرمؤمنان علیه السلام انحصار می یابد که ذات باری را از آن جهت به عبادت می نشینند که سزاوار عبادت است (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۳۶).

از نظر ایشان اگر چه اخذ اجرت داعی بر انجام عمل عبادی است، اما این داعی نه در عرض داعی امتثال امر الهی، بلکه در طول آن جای دارد. به عبارتی در اجاره بر واجبات تردیدی نیست که اجیر با هدف دریافت اجرت عمل عبادی را قربتاً الی الله به جا می آورد و بسی آشکار است که در صحت عبادت، چیزی جز این معتبر نیست که فعل به داعی امتثال امر الهی باشد؛ از این رو غرض و هدفی که آدمی را به اتیان فعل عبادی با داعی امتثال امر الهی و قربتاً الی الله و می دارد، می تواند دنیوی و اخروی باشد که به خدای متعال برنگردد. حاصل سخن اینکه در عبادات جز در میان بودن امتثال امر الهی و اینکه داعی نخستین برای اتیان عمل عبادی امتثال امر الهی باشد، لزومی برای اعتبار چیز دیگر وجود ندارد و لازم نیست که امتثال امر الهی، غایت غایات قرار گیرد (همان، ص ۱۳۳).

۴. لزوم عمل بر اوفوا بالعقود

برای تسلط مستأجر بر عمل عقد اجاره باید عمل بر اجیر از دو ناحیه واجب شود؛ یکی وجوب آن عبادت به خودی خود و دیگری از ناحیه شمول آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و مشکل قصد قربت در عبادات استیجاریه را می توان با ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ حل کرد؛ یعنی مستأجر هنگامی که با موجر قرارداد اجاره برای يك سال نماز می بندد، عمل به این قرارداد به حکم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بر او واجب می شود. اجیر در مقابل دریافت مال الاجاره به قصد انجام این امر که واجب الهی است، تسلطی بر عمل پیدا می کند و عبادات استیجاریه را انجام می دهد. لازمه آن نیز همان قصد قربت و وفای به عهد است؛ پس نمی تواند آن را ترک کند (مدرسی یزدی، ۱۳۹۳، ص ۵۴). با توجه به توضیحات بالا ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بی شك امر توصلی است.

محقق یزدی گفته است امر ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ را نمی توان يك امر توصلی محض یا تعبدی محض دانست؛ بلکه هر جایی به رنگ متعلقش در می آید. اگر شخصی برای يك امر توصلی اجیر شود، ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ او را به عمل توصلی ملزم می کند؛ این در حالی است که اگر برای یک عبادت اجیر شود، ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ شامل او می شود و او را به انجام عمل تعبدی وادار

می‌کند. اگر برای تطهیر مسجد اجبر شود، ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ توصلی خواهد بود؛ در حالی که اگر برای انجام نماز استیجاری اجبر شود، امر مذکور تعبدی است و با قصد قربت منافاتی ندارد (یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۱۳۳ و ۱۳۴).

۵. اعتقاد به اعمال استیجاری

اعمال برای کسی که به دین اعتقاد ندارد، بی معنا و لغو است؛ زیرا عدم اعتقاد به روز رستاخیز و قرار گرفتن در پیشگاه عدل الهی برای او متصور نیست. او درکی از زندگی معنوی اخروی که در گرو امتثال به اعمال عبادی جعل شده بر انسان‌ها و اطاعت از باری تعالی ندارد، اما نگاه فرد دیندار متفاوت است. او بر اساس عقلانیت، اصل لزوم عبادت و اطاعت را اثبات می‌کند و درباره شکل و نحوه عبادت تابع احکام شریعت و متعبد به آن است. تعبدی که در دیگر احکام شرعی جاری است، درباره نماز و روزه استیجاری هم جاری است. البته در کنار این نکته حکمت‌هایی هم وجود دارد که برای ما قابل فهم است. روایات فراوانی در باب امکان قضای نمازهای میت توسط خویشاوندان سببی یا نسبی یا افراد دیگر برای اموات در منابع روایی ذکر شده است که می‌توان گفت تواتر مضمونی دارند و امکان قضای عبادات اموات را به صورت استیجاری اثبات می‌کنند که در این نوشتار به ذکر دو روایت می‌پردازیم. از علی بن حمزه که از اصحاب امام صادق و امام کاظم (عهما) نقل شده است که گفت از امام درباره مردی که از طرف پدر و مادر و سایر بستگان خویش حج و عمره به جا می‌آورد و نماز می‌خواند و روزه می‌گیرد، سؤال کردم؛ امام علیه السلام فرمود: «اشکالی ندارد و چنین فردی مأجور است و اجر دیگری نیز به خاطر ارتباط خویشاوندی به او داده می‌شود»^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۸، ص ۲۷۸). امام صادق علیه السلام نیز فرموده است: «نماز و روزه و صدقه و حج و عمره و هر عمل صالحی به حال میت نافع است و حتی اگر میت در تنگنا باشد، برایش گشایش ایجاد و گفته می‌شود این گشایش در مقابل عمل فلان فرزندت است و یا در مقابل عمل فلان برادر دینی توست»^۲ (همان، ص ۲۸۰). این حکم به نماز و روزه اختصاص ندارد. اگر پدری به کسی بدهکار

۱. «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: إِنَّ الصَّلَاةَ وَالصَّوْمَ وَالصَّدَقَةَ وَالْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ وَكُلَّ عَمَلٍ صَالِحٍ يَنْفَعُ الْمَيِّتَ حَتَّىٰ إِنَّ الْمَيِّتَ لَيَكُونُ فِي ضَيْقٍ فَيُؤْتَىٰ عَنْهُ وَيُقَالُ هَذَا بِعَمَلِ ابْنِكَ فُلَانٍ وَبِعَمَلِ أَخِيكَ فُلَانٍ أَوْ لَوْ فِي الدِّينِ».

۲. «وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ فِي أَصْلِهِ وَهُوَ مِنْ رِجَالِ الصَّادِقِ وَالْكَاطِمِ عليهما السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَحُجُّ وَيَعْتَمِرُ وَيُصَلِّي وَيَصُومُ وَيَتَصَدَّقُ عَنِ وَالِدَيْهِ وَذَوِي قَرَابَتِهِ، قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ يُؤْجَرُ فِيمَا يَصْنَعُ وَلَهُ أَجْرٌ آخَرَ بِصَلَاةِ قَرَابَتِهِ».

باشد، ورثه موظفند در صورت توان آن دین را ادا کنند. این حکم اهمیت تکلیف را نشان می‌دهد که حتی با مرگ هم برخی تکالیف مانند نماز و روزه برداشته نمی‌شوند. انسان تا در قید حیات است، باید نسبت به امتثال اوامر الهی اهتمام ورزد تا قصوری از او صادر نشود. هنگامی که شخص بداند تکالیف او با مرگش ساقط نمی‌شوند؛ بلکه بر عهده فرزندان او قرار می‌گیرد، از باب عطف و دلسوزی به فرزندان و پیشگیری از به مشقت افتادن آن‌ها می‌کوشد تا زنده است، تکالیف و دیونش را خود ادا کند تا جبران آن منوط به اقدام فرزندان بعد از وفات وی نباشد؛ اگر چه فرزندان آدمی دنباله وجود و ثمره عمر او هستند؛ چنانکه در دیون مالی این مسئله قابل درک است. بی‌شک پدر و مادر بر گردن فرزند حق دارند و فرزند مدیون والدین و موظف به احسان به آن‌هاست. این تکلیف چنانکه در زمان حیات والدین جاری است، پس از مرگ آن‌ها هم جاری است. فرزندان با اعمال نیک و خیرات و مبرات می‌توانند بخشی از دین خود به والدین شان را ادا کنند.

درباره جواز اجیر کردن فردی برای تجهیز میت، احکام نماز، غسل، کفن، دفن و... وجوب مطلق است و بالمباشره ثابت نشده است. درصد کمی از افراد وجود دارند که شرایط نیابت تجهیز میت در آن‌ها جمع باشد. پس اگر اولیای میت شرایط نیابت را ندارند، شرط است که نائب بگیرند. در تمام تاریخ همه امور میت به صورت جماعت برگزار شده است، پس اگر ولی اذن به جماعت ندهد؛ از آنجایی که فرض تنهایی و فرادی اصلاً تصور خارجی ندارد، پس جماعت اثبات می‌شود و اوصاف امام جماعت در آن شرط است.^۱ واجب است اجرت واجبات استیجاری (نماز و روزه) را از اصل مال بدهند، چه میت وصیت کرده باشد یا

۱. «الصلاة على الميت وإن كان فرضاً على الكفاية، إلا أنه كسائر أنواع تجهيزه أولى الناس بها أولاهم بميراثه، فلو أراد المباشرة بنفسه أو عين شخصاً لها لا يجوز مزاحمته، بل الأقوى اشتراط إذنه في صحة عمل غيره. ولو أوصى الميت بأن يصلي عليه شخص معين، فالأحوط على الولي الإذن، وعلى الوصي الاستئذان منه. يستحب فيها الجماعة، والأحوط إعياب اجتماع شرائط الإمامة من العدالة ونحوها هنا أيضاً، بل الأحوط اعتبار اجتماع شرائط الجماعة من عدم الحائل ونحوه، وإن لا يبعد عدم اشتراط شيء من شرائط الإمامة والجماعة، إلا فيما يشترط في صدقها عرفاً، كعدم البعد المفريط والحائل الغليظ ولا يتحمل الإمام هنا عن المأمومين شيئاً. يجوز أن يصلي على ميت واحد في زمان واحد أشخاص متعددون فرادى، بل وبالجماعات المتعددة و يجوز لكل منهم قصد الوجوب ما لم يفرغ منها أحد، فإذا فرغ نوى الباقر الاستحباب أو القرية وكذلك الحال في المصلين المتعددين في جماعة واحدة. يجوز للمأموم نيئة الأفراد في الأثناء، لكن بشرط أن لا يكون بعيداً عن الجنازة بما يضرب ولا خارجاً عن المحاذاة المعتبرة في المنفرد».

نکرده باشد؛ مگر آنکه وصیت کرده باشد از ثلث مالش بدهند، بر خلاف حج و زکات و خمس از ثلث مال و در صورت اجازه دادن ورثه میت، از اصل مال پرداخت می‌کنند^۱ (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۸۴).

اخذ اجرت در عبادات استیجاری

فقه‌ها در رابطه با اخذ اجرت در عبادات استیجاری دو نظر دارند؛ برخی قائل به حرمت اخذ اجرت و برخی قائل به صحت اخذ اجرت هستند.

۱. نقد نظر قائلین به حرمت اخذ اجرت بر واجبات

برخی فقها قائل به حرمت اخذ اجرت بر عبادات استیجاری هستند، از جمله مرحوم شیخ انصاری در مکاسب محرمة اخذ اجرت در اعمال واجب را اعم از عینی و کفایی به خاطر وجوب خود عمل حرام می‌داند (مدرسی یزدی، ۱۳۹۳، ص ۱۹). ایشان دلیل آن را این‌گونه بیان کرده است که چون مستأجر بر عمل تسلط ندارد؛ پس عمل استیجاری صحیح نیست. از نظر این بزرگوار مستأجر باید حق ابراء اجیر - اقاله از اجیر - و تأجیل داشته باشد؛ زیرا «الْتَأْسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (ابی جمهور، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۲۲۲)، در حالی که مستأجر در اجاره عمل واجب هیچ یک از این حقوق را ندارد (اصفهانی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۹۷). محقق نائینی می‌فرماید: «در صحت اجاره دورکن شرط است: عمل مورد اجاره که به ازای آن مال الاجاره پرداخت شده است، باید ملک مؤجر (اجیر) و تحت سلطنت او باشد، عمل مورد اجاره باید بتواند برای مستأجر حاصل شود؛ یعنی آن را استیفاء نماید؛ چون در عمل واجب عینی تعیینی هر دورکن مفقود است، پس اجاره باطل است (غروی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۵).

در نقد این مسئله می‌توان این‌گونه عنوان کرد که عمل واجبی که مورد اجاره قرار می‌گیرد، از آنجا که متعلق امر الهی و متعلق اجاره است؛ دو حیثیت دارد:

۱. «يَخْرُجُ الْكَفَنُ - عَدَا مَا اسْتُثْنِيَ - مِنْ أَصْلِ التَّرَكَةِ مُقَدِّمًا عَلَى الدَّيُونِ وَالْوَصَايَا وَالْمِيرَاثِ، وَالظَّاهِرُ خُرُوجُ مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ الْأَلْتِيقُ بِشَأْنِ مِنْهُ، وَكَذَا سَائِرُ مَوْنِ التَّجْهِيزِ، وَلَا يَنْبَغِي تَرْكُ الْإِحْتِطَاءِ فِي الرَّائِدِ عَلَى الْوَأَجِبِ؛ مَعَ التَّحْفُظِ عَلَى عَدَمِ إِهْلَاتِهِ وَكَذَا يَخْرُجُ مِنَ الْأَصْلِ الْمَاءُ وَالسِّدْرُ وَالْكَافُورُ وَ قِيَمَةُ الْأَرْضِ وَ اجْرَةُ الْحَمَلِ وَالْحَقَّارُ وَ غَيْرُهَا مِنْ مَوْنِ التَّجْهِيزِ؛ حَتَّى مَا تَأْخُذُهُ الْحُكُومَةُ لِلدَّفْنِ فِي الْأَرْضِ الْمُبَاحَةِ، وَلَوْ كَانَتْ التَّرَكَةُ مُتَعَلِّقَةً لِحَقِّ الْغَيْرِ بِسَبَبِ الْفُلْسِ أَوْ الزَّهَانَةِ، فَالظَّاهِرُ تَقْدِيمُ الْكَفَنِ عَلَيْهِ. نَعَمْ، فِي تَقْدِيمِهِ عَلَى حَقِّ الْجِنَايَةِ إِشْكَالٌ. وَلَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ تَرْكَةٌ بِمِقْدَارِ الْكَفَنِ دُفِنَ غُرْبَانًا، وَلَا يَجِبُ عَلَى مُسْلِمِينَ بَدْلُهُ، بَلْ يَسْتَحِبُّ».



الف. از نظر تعلق امر اجاری، مستأجر می تواند (إبراء، اقاله و تأجیل) کند؛ یعنی می تواند بگوید اگر عمل را هم انجام ندهی، تو را بری الذمه می کنم و هم می تواند با توافق اجیر اقاله کند و مال الاجاره را پس بگیرد و دیگر از طرف مستأجر الزامی بر انجام عمل وجود نداشته باشد و هم می تواند تأجیل کند و بگوید از نظر من تأخیر مانعی ندارد. به این معنا که اگر تأخیر کردی، من ادعایی ندارم و نهایت آن است که اگر اجازه تأخیر به حدی باشد که مساوی عدم تحقق مورد اجاره باشد؛ مساوی با ابراء می شود. بنابراین مستأجر از نظر تعلق امر اجاری می تواند ابراء، اقاله و تأجیل کند و هیچ مشکلی ندارد؛ هر چند از نظر تعلق امر الهی، اجیر ناچار است عمل خود را در وقت معین انجام دهد و این دو منافاتی با هم ندارند (مدرسی یزدی، ۱۳۹۳، ص ۸۲).

ب. اجیر سلطنت بر ایقاع فعل داشته باشد تا بتواند آن را تحویل دهد و سلطنت تشریعی بر ترک فعل لازم نیست. درباره استیفای عمل همین که عملی متعلق غرض مستأجر واقع شود و به هر نوعی از آن انتفاع برد، کفایت می کند و اجاره صحیح است.

محقق نائینی مفقود بودن دورکن اجاره بر عمل واجب عینی و تعیینی را در بطلان استیجار دخیل می داند، اما رکن اول، عمل واجب در ملک اجیر نیست و سلطنت بر آن ندارد؛ یعنی نتیجه عمل صرف نظر از انتساب به فاعلش، واجب است در خارج محقق شود. رکن دوم، مستأجر نمی تواند عمل واجب اجیر را استیفا کند و عمل اجیر برای خودش محقق و موجب برائت ذمه خودش می شود؛ در نتیجه ثوابش هم مال خودش است و ربطی به مستأجر ندارد (غروی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۵).

در نقد این نظریه می توان این گونه عنوان کرد که در اجاره شرط آن است که اجیر سلطنت بر ایقاع فعل داشته باشد تا بتواند آن را تحویل دهد و سلطنت تشریعی بر ترک فعل لازم نیست. درباره استیفای عمل همین که عملی متعلق غرض مستأجر واقع شود و به هر نوعی از آن انتفاع برد، کفایت می کند و اجاره صحیح است (مدرسی یزدی، ۱۳۹۳، ص ۸۹).

۲. قائلین به صحت اخذ اجرت بر عبادات

برخی فقها قائل بر صحت اخذ اجرت بر عبادات هستند؛ مانند شیخ اصفهانی که ادعا کرده است عمل مسلمان مالیت ندارد و مال به آن اطلاق نمی شود، اما احترام دارد و می تواند مورد اجاره واقع شود و در قبال آن اجرت اخذ شود؛ در حالی که اگر عمل متعلق امر الهی واقع و

واجب شود، دیگر احترام آن ساقط می‌شود و نمی‌توان اجرت اخذ کرد (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۹۵). در نقد این نظریه فقها عنوان کرده‌اند تعریف مال هر فایده‌ای که عقلاً در آن رغبت داشته باشند (چه عین و چه فعل) و آن نادر و مفید هم باشد، مال بر آن صدق می‌کند. عمل عبادی چون مورد رغبت عقلاست و ندرت هم دارد، پس مالیت دارد و مال بر آن صادق است؛ چون در قبال عمل مال پرداخت می‌شود (همان، ص ۱۹۷).

شاخص‌های واجبات

در فقه اسلامی مبحث عبادات از سایر مباحث مانند معاملات توسط فقهای بزرگوار جدا سازی شده است. بهترین معیار و شاخص برای جدا سازی عبادات از معاملات معیار قصد قربت است؛ زیرا اشکالات دنیوی و اخروی بودن بر قصد قربت وارد نیست. قرب الهی مهم‌ترین مسئله در انجام واجبات است که باید در همه شاخص‌ها به آن توجه کرد. افزون بر آن معیارهای دیگری مانند اخلاص، خضوع، معرفت، آگاهی، بصیرت و انگیزه پاک، حفظ شریعت در صحت و قبولی واجبات دخیل است. صحت اخذ اجرت نیز در عبادات استیجاری، شهادت، قضاوت، اذان، واجبات کفایی و ... بسیار مهم است تا موجب انحراف و انحطاط در دین نشود.

۱. صحت اخذ اجرت در شاخص عبادات استیجاری

برخی فقها مانند شیخ انصاری و صاحب جواهر در عبادات استیجاری همواره به دنبال رفع تنافی قصد تقرب با قصد ترتب اثر دنیوی بودند. مرحوم شیخ انصاری معتقد است چگونه این دو قصد با هم تنافی دارد؛ در حالی که غالب مردم قصد ترتب اثر دنیوی در عبادات‌شان دارد. برای مثال نماز، روزه، حج و زیارت را به سبب توسعه رزق انجام می‌دهد و در روایات هم به آن ترغیب شده‌اند. برای مثال نماز و تیره و یا خواندن سوره واقعه برای حل فلان مشکل یا گرفتاری نافع است؛ زیرا از خود خدا حوائج دنیوی را طلب می‌کند و نماز را قرۃ الی الله می‌خواند تا سعه رزق دهد. این مسئله با اخلاص و قصد قربت منافات ندارد (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۸۳؛ یزدی طباطبایی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۲۵) یا قصد ترتب دنیوی لزوماً با قصد قربت تنافی ندارد و قابل جمع است؛ مانند فرد زارع که بذر می‌افشاند تا سبز شود و قصد دنیوی دارد، اما می‌تواند قصد قربت هم داشته باشد؛ چون در روایات آمده است که زراعت مستحب است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۳۸۴).



علما برای صحت عبادات استیجاری راهکارهایی را ذکر کردند. برای مثال اجیر گرفتن برای قضای نماز و روزه از طرف اموات خالی از اشکال نیست، ولی برای صحت وجهی که می‌پردازد؛ باید به صورت هدیه باشد و عملی که اجیر انجام می‌دهد، به صورت تبرع مناسب است؛ در حالی که در حج و زیارت نیابتی مشروع است. به سبب تکریم قرآن کریم و رعایت احتیاط و استحباب قرآن باید به نحو هدیه باشد؛ زیرا در اشتراء ثمن را فدای قرآن می‌کند (خویی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۷۴۳ و ۷۴۴)، اما به جا آوردن روزه و نماز قضا و نیز روزه و نماز مستحبی به قصد قربت بدون گرفتن اجرت اشکالی ندارد؛ چنانکه نیابت با اجاره یا جعاله یا شرط ضمن عقد و مانند این‌ها صحیح است. قصد اخذ اجرت در عبادات زمانی حرام است که اجیر قصدی مانند ریا را در عمل خود وارد کند (مدرسی یزدی، ۱۳۹۳، ص ۴۹۴).

۲. صحت اخذ اجرت بر شاخص تحمل شهادت

مرحله تحمل بر شهادت یعنی کسی مثلاً شاهد بر معامله‌ای باشد. مشهور فقها معتقدند اگر کسی بر تحمل شهادتی دعوت شد، واجب است قبول کند؛ هر چند مشتمل بر زحمت نیز باشد و در مقابل افرادی مانند ابن ادریس به وجوب آن معتقد نیستند. فقهای مشهور بر وجوب تحمل شهادت به آیه شریفه «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» (بقره: ۲۸۲) استدلال می‌کنند (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۵۲).

اصل وجوب تحمل شهادت با اینکه عمل واجب است، می‌توان در آن اجرت اخذ کرد. فقط باید مشخص شود که این وجوب عینی است یا کفایی؟ با توجه به آیه فوق بر حسب طبع اولی، ظهور در وجوب عینی تعیینی دارد. با توجه به وجود قرینه‌ای در آیه شریفه و ضمیمه ارتکاز متشرعه، می‌توان استنباط کرد که وجوب تحمل شهادت کفایی است؛ زیرا آیه شریفه ابتدا می‌فرماید: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا رِجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ» (بقره: ۲۸۲)؛ «دو نفر از مردان تان را شاهد بگیرید و اگر دو مرد نبود، یک مرد و دو زن را شاهد بگیرید». سپس می‌فرماید: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا»؛ «شهداء (دو مرد یا یک مرد و دو زن) را که گفتیم استشهاد کنند، از قبول تحمل شهادت ابا نکنند» (مکارم، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۸۱)؛ یعنی شاهدانی که آیه از آن‌ها نام برده است، نباید از قبول تحمل شهادت ابا کنند؛ نه اینکه اگر دو یا سه نفر برای شهادت حاضر شدند. باز اگر عده دیگری را دعوت کردند، بر آنها هم واجب باشد که قبول کنند. پس با توجه به صدر و ذیل آیه شریفه معلوم می‌شود نمی‌خواهد بگوید هر

کسی که دعوت شود، واجب است قبول کند؛ بلکه همان تعدادی را که مستحب است، آن‌ها را شاهد بگیرند (دو مرد یا یک مرد و دو زن)؛ بر آن‌ها واجب است که قبول شهادت کنند (یزدی، ۱۴۲۱، ص ۲۶۱).

بنابراین لازم است اگر افراد زیادی برای شهادت دعوت و حاضر شدند شاهد باشند، اگر یکی از این افراد برای ساقط شدن واجب کفایی از خود به دیگری اجرت دهد تا تحمل شهادت کند، جایز نیست آن را اخذ کند؛ چون اکل مال به باطل است (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۵۲)، اما اگر مدعی بخواهد بالخصوص فردی این عمل را انجام دهد و آن فرد در قبال آن پول تقاضا کند؛ در این صورت اخذ اجرت صحیح است (مدرسی، ۱۳۹۳، ص ۲۶۳).

۳. اخذ اجرت در شاخص قضاوت

در شرایطی که واجب عینی باشد و با حکم قاضی مدعی به مال ضایع شده خود برسد، از آنجا که منفعتی به او رسیده است؛ مشکلی در جواز اخذ اجرت نیست. با توجه به آنکه یکی از شرایط قضاوت اجتهاد است، برخی فقها این شرط را موضع وفاق و اجماع می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۲۵۷؛ حلی، ۱۴۰۸، ج ۸، ص ۴۳۱) و ادعای اجماع فیض کاشانی (کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۴۷) نیز مؤیدی قوی برای تحقق اجماع بر این شرط محسوب می‌شود؛ زیرا به قول شیخ انصاری، وی از جمله کسانی است که اعتنایی به اجماعات ادعا شده در کتب فقها ندارد (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۴). برخی چون سید محمد مجاهد نیز این شرط را موضع اجماع تمامی مسلمین می‌دانند؛ زیرا فقهای عامه نیز اجتهاد را شرط در حاکم می‌دانند و قضاوت غیر مجتهد را به شرط آنکه سلطان و پادشاه مقتدری وی را متولی منصب قضاوت نموده باشد، تجویز کرده‌اند که این تجویز به خاطر ضرورت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ص ۶۹).

در زمان ما با توجه به فراوانی حجم دعاوی و کمبود قاضی مجتهد جامع‌الشرایط با آنکه اجتهاد در قضاوت شرط است؛ اما تصدی منصب قضاوت برای غیر مجتهدینی که عالم به احکام و مسائل فقهی و حقوقی هستند، ولو از طریق تقلید با اذن ولی امر مسلمین و ولی فقیه زمان جایز است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۶۷). از آنجا که طبق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قضات موظف به تطبیق دعوا بر قوانین هستند و اگر قاضی مجتهد و نظرش درباره پرونده‌ای معارض با قانون باشد، پرونده مذکور به شعبه دیگری محول می‌شود؛ معلوم می‌گردد که قضات صرفاً تطبیق‌دهنده پرونده‌های محوله بر مواد قانونی که



از سوی مراجع ذی صلاح تدوین می‌شود، هستند. پس قضاات فعلی مانند ابزاری در دست قوه قضاییه برای تشخیص موضوعات و تطبیق آن‌ها بر مواد قانونی محسوب می‌شوند و اینکه حکم آن‌ها قطعی نیست و قابلیت نقض دارد، شاهدهی بر این ادعاست (عزیزاللهی و تولایی، ۱۳۹۷، ص ۱۴۴). حال با در نظر گرفتن هر دو حیثیت قضاات دادگستری، متصدی قضاوت یا ابزاری در دست حاکم شرع می‌توان اجرت خواهی آن‌ها را جایز دانست؛ زیرا طبق آنچه گفته شد، حرمت اخذ اجرت بر واجبات فاقد اعتبار است و اگر قضاات دادگستری را قاضی و قضاوت را بر آن‌ها واجب بدانیم، باز هم اجرت خواهی آن‌ها مشروع است؛ زیرا جواز اخذ اجرت بر واجبات وجیه است و اگر آن‌ها صرفاً کارشناس حقوق و تطبیق دهنده پرونده‌های محوله بر مواد قانونی تلقی کنیم، باز هم اجرت خواهی آن‌ها موجه به نظر می‌رسد؛ زیرا عملی غیر واجب را انجام می‌دهند و طبق قاعده احترام عمل مسلمان به آن اجرت تعلق می‌گیرد (محمدحسین زاده، عزیزاللهی و رضوان طلب، ۱۳۹۷، ص ۱۴۵). از سوی دیگر روایاتی که اخذ اجرت بر قضاوت را حرام می‌دانند، ناظر بر قضاتی است که از جانب سلطان جور تعیین می‌شوند. ادله مجوزین اجرت بر واجبات که از جمله آن‌ها قضاوت است، موجه جلوه می‌کند و با جواز اخذ اجرت بر قضاوت، از بررسی دیگر منابع قاضی بی‌نیاز هستیم. درباره قضاات فعلی دادگستری نیز چه آن‌ها را قاضی شرعی مأذون از جانب ولی فقیه بدانیم و چه جزء کارشناس حقوقی تطبیق دهنده مصادیق بر احکام بشمریم، اخذ اجرت آن‌ها خالی از منع شرعی به نظر می‌رسد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۵، ص ۶۵۳).

۴. صحت اخذ اجرت بر شاخص اذان

برخی معتقدند چون اذان از عبادات است، پس اخذ اجرت بر آن با قصد قربت منافات دارد. مشهور قائلند که اذان بر دو قسم است؛ اذان نماز و اذان دخول وقت. بعضی هم معتقدند اذان یک قسم است. درباره اذان نماز باید گفت این اذان، عبادت است و با اخذ اجرت سازگاری ندارد و آن به خاطر روایات خاصه است. زید بن علی از پدرشان امام سجاد علیه السلام از پدرانشان از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل می‌کنند که «شخصی نزد حضرت آمد و عرض کرد: یا امیرالمؤمنین! والله من شما را به خاطر خدا دوست می‌دارم. حضرت به او فرمود: ولی من تو را به خاطر خدا مبعوض می‌دارم. عرض کرد: چرا؟! حضرت فرمود: چون در اذان تجاوز می‌کنی و برای تعلیم قرآن اجرت می‌گیری. از رسول الله صلی الله علیه و آله شنیدم که فرمود: کسی که بر تعلیم

قرآن اجرت بگیرد، حطش در روز قیامت همان خواهد بود» (روحانی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۸۰). اذان اعلامی (وقت دخول) چون توصلی است و قصد قربت در آن شرط نیست، می تواند بر آن اخذ اجرت نمود (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۴۹).

۵. صحت اخذ اجرت در شاخص واجبات نظامیه

واجبات نظامیه، واجباتی است که نظام اجتماعی و معیشتی مسلمین بر آن متوقف است؛ مانند طبابت، زراعت و در واجبات نظامیه هم که به نحو کفایی واجب است، حتی اگر بالعرض واجب عینی شود؛ اخذ اجرت جایز است. برای مثال اگر فقط یک طبیب در شهر باشد، باز اخذ اجرت بر طبابتش جایز است. به خاطر اجماع و سیره قطعیه است که می توان بر واجبات نظامیه اخذ اجرت کرد. البته این در نظر کسانی مفید است که مدرکشان بر حرمت اخذ اجرت بر واجبات اجماع باشد؛ یعنی در واجبات نظامیه اجرت جایز و در واجبات غیر نظامیه اخذ اجرت حرام است (همان، ص ۱۳۷)؛ چون وجوب واجبات نظامیه مشروط به عوض در مقابل عمل است و اگر عوضی نباشد، اساساً وجوبی ندارند و اخذ اجرت بر غیر واجب است (همان، ص ۱۲۹؛ مدرسی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶).

۶. صحت اخذ اجرت در شاخص واجبات کفایی

در واجبات کفایی اگر به همان صورتی که در دین اسلام واجب شده است، عقد اجاره بسته شود (دفن کفائياً)؛ اخذ اجرت به معنای اکل مال به باطل محسوب می شود و صحیح نیست، اما اگر وضعیت به گونه ای دیگر باشد؛ اخذ اجرت صحیح است، مانند:

۱. اگر از نظر زمانی فرصت برای انجام واجب بر همه باشد، اگر فردی اجیر شود که زودتر از دیگران آن عمل را انجام دهد یا در مکان خاصی صورت پذیرد (دفن میت)، مانعی در اخذ اجرت در این موارد نیست؛ اما اگر عقد اجاره بر صورتی که شارع واجب نموده است، بسته شود (انجام دفن کفائياً)؛ اکل مال به باطل است و واجب نیست (مدرسی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۸).
۲. امام خمینی و آیت الله مکارم معتقدند انسان برای بعضی کارهای مستحبی مانند زیارت قبور امامان علیهم السلام از طرف زندگان می تواند اجیر شود، ولی احتیاط واجب آن است برای مقدمات کار پول بگیرد و می تواند اعمال مستحبی را انجام دهد و ثواب آن را به اموات یا زنده ها هدیه کند.

۳. اگر چه گفته‌اند اخذ اجرت بر واجبات مصداق اکل مال به باطل است، اما این در صورتی است که بر عمل به نحوی که واجب است، عقد اجاره بسته شود؛ حال آنکه اگر به جهت غرضی مثلاً می‌خواهند مکانی متبرک شود و از فرد خاصی تقاضا شود نماز ظهر را در آنجا بخواند، چنین اجاره‌ای در عمل واجب صحیح است؛ زیرا اتیان نماز در آن مکان واجب نیست (همان، ص ۱۴۷).

۴. اگر فردی تولی اموال یتیم می‌کند، می‌تواند اجرتش را از اموال یتیم بردارد (جرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۲، ص ۱۸۶).

۵. اخذ اجرت در مقابل بذل آب و غذا برای مضطر جایز است، در حالی که این بذل واجب باشد.

۶. مادری که شیر اولیه (لبأ) به فرزند می‌دهد، به اطلاق آیه «فَإِنَّ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَأُمَّهُنَّ فِی جُورِهِنَّ» (طلاق: ۶) در قبالش اجرت اخذ کند.

۷. بعد از مرگ انسان در عمل واجبی که قابلیت دارد توسط شخص دیگری انجام شود، این عمل را «نیابت» و شخص به جا آورنده را «نایب» می‌گویند. در (دفن، صلاة میت) نایب می‌تواند بابت نیابتش تقاضای اجرت کند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۱۵۹). دلیل جواز نیابت در عبادات غیر از شهرت فتوایی بین علمای اسلام، روایاتی از معصومین علیهم‌السلام است. از حضرت جواد الائمه علیه‌السلام وارد شده است که موسی بن قاسم به ایشان گفت: «می‌خواهم یک طواف از طرف شما و پدر شما انجام دهم، ولی به من گفته‌اند نمی‌توانی از طرف اوصیا طوافی انجام دهی. آیا همین طور است؟». امام علیه‌السلام فرمود: «بَلْ طُفَّ مَا أَمَكَّنَكَ فَاتَّهَ جَائِزٌ؛ طواف کن، هر مقدار که می‌توانی» (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۴، ص ۳۴) در روایتی دیگر از امام هادی علیه‌السلام درباره فردی که به نیابت ایشان قبر پدر بزرگوارشان را زیارت نموده بود، آمده است: «با این کارت که پدرم را زیارت کردی، اما ثوابش را به من دادی؛ از ناحیه خدا برای تو اجر و ثواب عظیمی است» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۵۰، ص ۱۰۵). همچنین پسر بزرگ‌تر در رابطه با پدر میت خود، امر و جویی بر نیابت از او در نمازهای فوت شده دارد و دیگران امر استحبابی از میت دارند. بنابراین نیابت بر آن‌ها واجب نیست و اخذ اجرت برای آنان بر اساس عقد اجاره بر نیابت در عمل، اکل مال به باطل نیست و صحیح است (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۸۰).

۷. صحت اخذ اجرت در شاخص حج نیابتی

حج در لغت به معنی قصد به شیء معظم و در شرع مقدس اسلام قصد و اراده مکلف به بیت الله الحرام با اوصاف و زمان و شرایط مخصوص است (الجرجانی، ۱۳۷۰، ص ۳۶). حج از ارکان دین و ترک آن توسط مستطیع از گناهان کبیره محسوب می شود. در اهمیت آن و در مذمت ترک آن، روایات مختلفی وارد شده است. امام صادق علیه السلام می فرماید: «مَنْ مَاتَ وَلَمْ يَحِجَّ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ وَلَمْ يَمْنَعْهُ مِنْ ذَلِكَ حَاجَةٌ تَجْحَفُ بِهِ أَوْ مَرَضٌ لَا يُطِيقُ فِيهِ الْحَجَّ، أَوْ سُلْطَانٌ يَمْنَعُهُ، فَلَيْمَتْ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا (صدوق، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۸۲)؛ کسی که بمیرد و حال آنکه حجة الاسلام را به جا نیاورده باشد، در حالی که مانعی از به جا آوردن رانداشته باشد یا سلطان ظالمی مانع از حج شود، پس بمیرد یا یهودی یا نصرانی».

کسی که حج بر او واجب شده است، اما به سبب بیماری شدید به حج نرفته است یا به سبب پیری امیدی ندارد که خود حج را به جا آورد، می تواند انجام حج را از جانب خود به نایبی واگذار نماید. نایب گرفتن برای حج در قالب عقد اجاره یا جعله صورت می گیرد (روحانی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۹ و ۴۳). در صورتی که نایب حج را به طور صحیح به جا نیاورد و حج فاسد شود، مکلف است ضمن کامل کردن حج مورد اجاره، دوباره سال بعد هم آن را به جا آورد (همان، ص ۴۶). اگر کسی به شخص دیگری وصیت تملیکی کند که بعد از فوتش مالی به اندازه زاد و توشه حج به او بدهند تا به نیابت از وی به حج برود، مطلقاً بعد از مرگ موصی و جوب حج ثابت می شود. اگر میت وصیت کرده باشد که از ثلث مالش هزینه حج را بدهند، بر وراث واجب است که اجابت کنند؛ در حالی که اگر وصیتی نکرده باشد، وارث باید از کل مال هزینه را پرداخت نمایند (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۳۷). اگر کسی اجیر شود که در طواف خودش دیگری را هم طواف دهد برای مثال قوی اندام باشد، در این صورت طواف هر دوی آنها صحیح است. اگر طواف دهنده متبرعاً و برای رضای خدا دیگری را طواف دهد، عقد اجاره جایز است؛ حتی می تواند در وسط عمل آن را رها کند، مگر در مواقع خاص و طواف از جانب حامل و محمول، طواف خودشان محسوب می شود. برخی محققین و اعلام اشکال وارد کردند که تا قبول از جانب موصی له نباشد، حج بر او مستقر نمی شود؛ چون وصیت عقد است و قبول لازم دارد. مرحوم سید علیه السلام در پاسخ می فرماید: عقدیت وصیت با سایر عقود فرق می کند. سایر عقود قائم به طرفین و توافق میان طرفین است و قبول و صحت آن



منوط به تمامیت آن توافق بین دو طرف است که باید در مجلس عقد این تراضی حاصل شده است و تا آخر باقی بماند. از این رو اگر موجب مجنون شود یا بمیرد، عقد باطل است و شکل نمی‌گیرد؛ بر خلاف وصیت که حق قبول در اختیار موصی له مستقلاً است و اصلاً لازم نیست در مجلس عقد باشد، حتی اگر علم هم نداشته باشد و بعد از مرگ موصی مطلع شود و قبول کند؛ قبولش صحیح و مانند اباحه لازمه و این شخص عرفاً مستطیع و واجد الحج است. مسئله دیگر در این باب، قصد نیابت بر اجیر واجب و لازم است؛ اگر کسی اجیر شد و طواف را انجام داد، دیگر نمی‌تواند آن را برای خود قرار دهد (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۴۳)؛ چون حج از جمله اعمالی است که امکان قصد و نیت در آن به شکل‌های مختلف و اشخاص مختلف وجود دارد؛ یعنی حج‌ها ذوی الوجوه هستند و هر حجی را که نایب می‌تواند آن را به صورت واجب یا مستحب و یا آن را برای خودش یا برای منوب عنه و یا هر شخص دیگری انجام دهد. همچنین اشتراط تعیین نوع حج واجب است؛ زیرا تعیین نوع عمل مقتضای قواعد اجاره است که باید مراعات شود؛ زیرا موجب غرر می‌شود و چون از امور معاوضی است، باید بر شیء معین انشا گردد. حال اگر شیء مبهم باشد، تبدیل واقعی بین مال و عمل مورد نظر صورت نمی‌پذیرد. برای مسیر تعیین شده غرض خاصی برای موجد وجود داشته باشد، تخلف از آن صحیح نیست؛ چون از شروط ضمن عقد است و عدول از آن جایز نیست. اگر غرض خاصی در بین نباشد و به حسب تعارف چنین تعیینی صورت گرفته باشد، عمل به آن لازم نیست. مطلب جالب دیگر درباره حج استیجاری، آن است که در سایر عبادات بعد از مرگ شخص فقط می‌توان نایب گرفت و حج، تنها عبادتی است که نیابت از انسان زنده هم ممکن است. دلیل آن افزون بر شهرت فتوایی بین علمای اسلام، روایاتی از معصومین علیهم‌السلام است. البته در حج واجب نیابت از منوب عنه زنده که قادر بر انجام مباحثی است، جایز نیست و چنین فردی اگر غالب حج خود را از طریق نیابت انجام دهد؛ کفایت از حجه الاسلامش نمی‌کند و بری الذمه نمی‌شود. دلیل آن نیز قاعده اولی در عبادات است؛ به این معنا که «قاعده اولی در اعمال عبادی عدم جواز نیابت است، مگر در جایی که با دلیل خاص خارج شود»؛ یعنی آنکه عاجز و معذور از انجام حج مباحثی باشد، ولی در حج و عمره مستحب چنین شرطی لازم نیست. نکته قابل توجه در حج استیجاری، آن است که باید ببینیم مستأجری که فردی را اجیر کرده است؛ نظرش چیست. اگر قرارداد طبق نظر

میّت است، طبق نظر او انجام شود و اگر طبق نظر وصی یا ولی است، طبق نظری باید عمل شود و اگر آزاد است، به نظر خود اجیر عمل می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۹). اگر نظر میت و ولی درباره طریقه امتثال حج فاسد باشد، در این صورت وظیفه اجیر قصد قربت و باید طبق قرارداد اجاره عمل کند و این با قصد قربت منافات ندارد؛ اگر چه نظرش با نظر مستاجر فرق کند، ولی علم به بطلان ندارد و یقین هم ندارد خلاف واقع باشد. لزومی هم ندارد که مستاجر اجیری را انتخاب کند که موافق نظر خودش باشد و از اجیر سؤال نمی‌شود که نظر شما در فلان مسئله چیست و مستاجر هم نیاز نیست از اجیر درباره صحت عمل حج نیابی سؤال کند؛ چرا که کسی که حج را انجام می‌دهد، قولش معتبر و امین است. بنا بر روایاتی اگر اجیر متهم است، باید تحقیق شود و اگر متهم نیست، تحقیق لزوم ندارد؛ یعنی قول هم نمی‌خواهد و عملش قبول است و اجمالاً ثابت می‌شود. در مسئله حج صریح بیان شده است که هم زن می‌تواند از طرف مرد اجیر شود و هم بالعکس؛ مانند سایر دیون دیگر. همچنین شرایطی برای منوب‌عنه در تحقق حج استیجاری بیان شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به موت، معذوریت، بلوغ، عقل و جنون اشاره کرد که برخی از آن‌ها مورد اتفاق همه فقها و برخی مورد اختلافی است. غالب فقها نیابت از کودکان را جایز می‌دانند، ولی بلوغ آنان را مشروط نمی‌دانند. تنها تعدادی از فقها بلوغ را شرط منوب‌عنه دانسته‌اند. درباره جنون منوب‌عنه، باید بین جنون اطلاق و جنون ادواری تفصیل قائل شد. اگر جنون اطلاق و همیشگی باشد، تکلیفی بر او وارد نیست. نیابت از او نیز معنی و مفهومی ندارد، اما اگر جنونش ادواری باشد و در دوره افاقه احوالش حج بر او استقرار یابد، نیابت از وی مجاز و مشروع است؛ زیرا در حال سلامت تکلیف متوجه او شده است و باید آن را امتثال کند و جنون بعدی مانع آن می‌شود. بنابراین ناچار باید از طریق نیابت باید ابراء ذمه شود (حائری طباطبایی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۶۹).

نتیجه‌گیری

در این نگاشته به ارائه آیات و روایات و ادله فقهی پیرامون قاعده جواز اخذ اجرت بر نیابت از انجام واجبات، واجبات نظامی، قضایی، حج و... پرداخته و روشن شد که اخذ اجرت با قصد قربت تضادی ندارد و اشکالی پیش نمی‌آید. همچنین این قاعده می‌تواند به مثابه یک قاعده کلی مورد اتکا قرار گیرد و نظر مشهور درباره قاعده اخذ اجرت در شاخص‌های

عبادات واجب به تردید مبتلاست. ادعای مبتنی بر منافات اخذ اجرت با اخلاص و قصد قربت مورد تأیید بسیاری از فقها نیست؛ زیرا اخذ اجرت با قصد قربت بنا بر آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «داعی بر داعی» سازگاری دارد. اگر چه به عمل مسلمان مال اطلاق نمی‌شود، ولی می‌تواند مورد اجاره واقع شود و اطلاق ادله اجاره شامل اعمال واجب عینی و کفایی می‌شود. از حکمت‌های این‌گونه از احکام، مایوس نشدن از رحمت الهی است و راه جبران کاستی‌های بندگانش را حتی پس از مرگ باز گذاشته است. این امر موجب می‌شود که انسان توجه بیشتری به اعمال خود داشته باشد.



فهرست منابع

۱. ابی جمهور، محمد بن علی (۱۴۰۳ق) عوالی اللثالی، قم: مؤسسه سیدالشهداء علیه السلام.
۲. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ق)، الاجاره، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. انصاری، مرتضی (۱۳۸۶ق)، مکاسب المحرمه، چاپ اول، قم: مؤسسه الهادی.
۴. بجنوردی، محمد (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهی، چاپ سوم، تهران: مؤسسه عروج.
۵. توحیدی، محمد علی (۱۴۱۲ق)، مصباح الفقاهه، چاپ اول، بیروت: دارالهادی.
۶. جرجانی، علی بن محمد (۱۳۷۰ش)، التعریفات، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعه، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. حسینی مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۰ق)، مستند العروه الوثقی، چاپ اول، قم: لطفی.
۱۱. دهخدا، علی اکبر (۱۳۰۹ش)، تهران: مؤسسه لغت نامه دهخدا.
۱۲. ذهنی تهرانی، محمد جواد (۱۴۲۲ق)، تشریح المطالب، چاپ اول، قم: حاذق.
۱۳. روحانی، محمد صادق (۱۳۷۷ش)، مناسک الحج، قم: بی نا.
۱۴. شاهرودی، محمود (۱۳۲۷ش)، فرهنگ فقه، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
۱۵. صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ق)، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. _____ (۱۳۶۸ش)، ثواب الاعمال و عقاب الاعمال، چاپ چهارم، تهران: رضی.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه.
۱۸. عزیزاللهی، حجت و علی تولایی (۱۳۹۷)، «بررسی منابع درآمد قاضی در فقه امامیه»، دوفصلنامه علمی ترویجی مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ش ۳۸، ص ۹۲-۷۱.
۱۹. عمید، حسن (۱۳۸۹ش)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: اشجع.
۲۰. غروی نائینی، محمد حسین (۱۴۱۳ق)، المکاسب البیع، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی جامعه مدرسین قم.
۲۱. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۱۰ق)، تفضیل الشریعه، قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۲. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۵ق)، قاموس اللغه، بیروت: دارالکتب العلمیه.



۲۳. کلینی رازی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۷ش)، الکافی، چاپ سوم، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
۲۴. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، بحارالانوار، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه الوفا.
۲۵. محمدحسین زاده، عبدالرضا، حجت عزیزاللهی و محمدرضا رضوان طلب (۱۳۹۷)، «حقوق رسمی قضات دادگستری و قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات»، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۵۴، ص ۱۴۸ - ۱۲۹.
۲۶. مدرسی یزدی، محمدرضا (۱۳۹۳ش)، بررسی گستره فقهی اخذ اجرت در واجبات و مستحبات، قم: دارالسلام.
۲۷. معلوف، لویس (۱۴۱۵ق)، المنجد فی اللغة، بیروت: دارالمشرق.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۸ش)، انوار الفقاهه، تهران: انتشارات مؤسسه آیت الله مکارم شیرازی.
۲۹. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۶۸ش)، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۰. _____ (۱۴۱۵ق)، حاشیه مکاسب المحرمه، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۱. یزدی، علی (۱۳۷۰ش)، حاشیه مکاسب، چاپ اول، قم: منشورات الشریف الرضی.
۳۲. یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه مکاسب، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۳. _____ (۱۴۱۴ق)، تکمله العروه الوثقی، چاپ اول، قم: داوری.

شرایط نکاح منقطع از منظر فقه

فریبا شریفی^۱

چکیده

ازدواج موقت، از جمله موضوعات فقهی در باب نکاح است که از دیرباز مورد مناقشه بوده است و سابقه آن به زمان خلفای راشدین بازمی‌گردد. علی‌رغم اتفاق نظر اکثریت فقهای مسلمان در مشروعیت متعه برخی مخالفان با شایعه تحریم آن و شبهه افکنی و عده‌ای کج‌اندیش با تفسیر نادرست و سوءاستفاده فرصت طلبان، موجب به وجود آمدن فضای نامساعدی نسبت به این موضوع شده و امامیه را به خاطر فتوا به جواز آن مورد بی‌مهری قرار داده‌اند. پژوهش حاضر با هدف بررسی شرایط نکاح منقطع و تبیین نظرات فقها، در پی اثبات مشروعیت متعه است؛ عقدی شرعی و قانونی بین زن و مرد واجد شرایط با تعیین مدت مشخص و مهر معلوم که آثار و احکامی خاص بر آن مترتب می‌شود. بنا بر نتایج این پژوهش، عقد موقت یا متعه با وجود شرایط عمومی همچون قصد، رضایت، عدم مانع شرعی و اذن پدری برای باکره و شرایط اختصاصی همچون تعیین مدت و مهر امکان‌پذیر است و با پایان مدت یا بذل آن، منحل می‌شود و زن بنا بر نوعش عده نگه می‌دارد. بدیهی است وجود چنین شرایط و احکامی، حاکی از جواز و مشروعیت نکاح منقطع و برای رفاه افرادی است که به هر دلیل قادر به ازدواج دائم نیستند. بنای اسلام از این حکم نیز حفظ عفت و پاکدامنی است.

واژگان کلیدی: ازدواج موقت، متعه، مهر، نکاح منقطع.



مقدمه

میل جنسی و حب شهوات، یکی از امیال فطری بشری و ارضای آن، یکی از نیازهای مبرم زندگی هر انسانی است. اهمیت اغنا و ارضای این غریزه تا آنجاست که ازدواج راسنت الهی می‌داند. ازدواج به عنوان اولین عامل تشکیل مهم‌ترین نهاد اجتماعی یعنی تشکیل خانواده به شکل دائم و منقطع، قابل اجراست. نکاح منقطع، از جمله موضوعات فقهی در باب نکاح است که سابقه آن به زمان خلفای راشدین باز می‌گردد. منابع تاریخی اعم از شیعه و سنی به خوبی نشان می‌دهد که در زمان پیامبر ﷺ و نیز بعد از رحلت ایشان در زمان خلیفه اول، متعه انجام می‌شده است. خلیفه دوم پس از یک جریان، این نوع ازدواج را تحریم کرد. نکاح منقطع هم از نظر شرایط و هم از نظر احکام و ارکان اهمیت بسیاری دارد. این مسئله از نظر ماهیت، احکام، ارکان و شرایط و باید و نبایدها در کتب فقهی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، اما از نظر شرایط و جنبه فقهی آن کمتر مورد بررسی موشکافانه قرار گرفته است و همین امر موجب سوءاستفاده‌های تأسف برانگیز برخی متمکنین عیاش که توجهی به شرایط خاص متعه ندارند، شده و سالیان درازی است که تبلیغات بیگانگان بر روی ازدواج موقت به عنوان بخشی از فرهنگ شیعه متمرکز شده است. این در حالی است که با مقایسه دقیق میان نتایج بی‌بندوباری اخلاقی در جهان و آثار اجتماعی ازدواج موقت، باید به دنبال بررسی و تبیین قوانین و شرایط صحیح و همه‌جانبه و پیاده کردن این سنت پیامبر ﷺ بود. این موضوع افزون بر علم فقه در علوم دیگری همچون حقوق، اخلاق، روان‌شناسی و علوم انسانی نیز مورد بررسی واقع شده است. فقها و نویسندگان شیعه از گذشته تا امروز در کتب فقهی و مقالات بسیاری به این موضوع پرداخته‌اند. شیخ طوسی در النهایه، شیخ حر عاملی در وسائل شیعه، سید یزدی در عروة الوثقی، سید مرتضی در الانتصار، صاحب جواهر در جواهر الکلام، شیخ بحرانی در الحدائق، امام راحل ﷺ در توضیح المسائل و بسیاری از بزرگان دیگر به بیان شرایط نکاح منقطع پرداخته‌اند. هدف از نگارش این مقاله، بررسی دقیق شرایط متعه با استفاده از اقوال مختلف و پراکنده فقها در بیان شرایط و جمع‌آوری آن است. روش تحقیق این مقاله، کتابخانه‌ای و دسته‌بندی و توصیف مطالب و اسناد به مراجع آن است و ضمن مفهوم‌شناسی واژگان کلیدی و با بیان شرایط عمومی و شرایط خصوصی و احکام خاص متعه، تلاش شده است ضمن تبیین شرایط نکاح منقطع به هدف مورد نظر

که آشنایی با این شرایط برای پاسخ به سوءاستفاده‌کنندگان است، دست یافت و به این سؤال پاسخ داد که به راستی با وجود ادله و شرایط و احکام ویژه مترتب بر نکاح منقطع، چرا برخی متمکن عیاش از این موضوع سوءاستفاده می‌کنند و یا جواز آن را زیر سؤال می‌برند؟

مفهوم‌شناسی

در ابتدای بحث، معنای لغوی اصطلاحی برخی واژه‌های مهم بیان می‌شود.

۱. نکاح منقطع

نکاح در لغت به معنای هم‌بستری، وطی و نزدیکی عقد ازدواج آمده است (ازهری، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۶۲). بنا بر آنچه که جوهری گفته است نیز به معنای هم‌بستری، جماع و عقد ازدواج است (جوهری، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۰۴ و ج ۱، ص ۴۱۳). راغب نیز می‌گوید نکاح در اصل برای عقد و در استعاره مورد استفاده در هم‌بستری دارد (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ج ۷، ص ۱۰۷). ابن منظور معتقد است نکاح به معنای هم‌بستری و عقد یا نزدیکی است (ابن منظور، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۲۶ و ج ۸، ص ۱۴). این واژه در پژوهش حاضر به معنای تزویج و ازدواج است. در اصطلاح نیز به معنای عقدی است که متضمن اباحه وطی باشد (شریعی، بی‌تا، ج ۴، ص ۲۰۰). همچنین گفته‌اند عقدی است که مورد آن تملیک منفعت بضع است (جرجانی، بی‌تا، ص ۲۴۶) و نیز عقدی است که متضمن ایجاد رابطه زوجیت است (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۴۹).

منقطع نیز در لغت به معنای آنچه که دائم نیست و ناقص است، آمده است (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۶، ص ۲۲۸). نکاح منقطع در لغت به معنای ازدواج مقرر به مدت (ابن منظور، بی‌تا، ج ۲، ص ۷) و قطع نکاح بدون طلاق است (همان، ج ۵، ص ۶۶). نکاح منقطع در اصطلاح نیز به معنای آن نوع ازدواجی است که در آن مرد و زن برای مدت معین و با مهر معلوم محرم می‌شوند (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۵۶). نکاح منقطع یا ازدواج موقت یا عقد تمتع، یکی از انواع نکاح است که تفاوت آن با ازدواج دائم، در مدت و مهریه است (جرجانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۸).

۲. مهر

مهر در لغت به معنای صداق و مهریه (جوهری، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۸۴) و نیز مهریه و حیاء (ابن منظور، بی‌تا، ج ۴، ص ۵۵) در اصطلاح به معنای مالی است که به مناسبت عقد نکاح مرد ملزم به دادن

آن به زن می شود و زن به صرف عقد ازدواج مالک مهریه می شود؛ هر چند استقرار مالکیت بر همه آن منوط به تحقق دخول است (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۲۳). همچنین گفته اند مهر یا صداق عبارت است از مالی که زن بر اثر ازدواج مالک آن می گردد و مرد ملزم به پرداخت آن به زن می شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ص ۲۵۹).

۳. متعه

این واژه در لغت به معنای بهره و استمتاع، حج متعه (جوهری، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۲۸۲)، چیزی که از آن بهره برداری شده، کالا، استفاده و سود جستن (ابن منظور، بی تا، ج ۸، ص ۲۳۹)، انتفاء قلیل، توشه اندک (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۶، ص ۲۲۶) و نکاح زن محدود به مدت (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۷۵۷) آمده است. متعه در اصطلاح نیز به معنای ازدواج زن و مرد در مدت معین با مهر معین است که با اتمام مدت آن، زن و مرد بدون طلاق از یکدیگر جدا می شوند (همان، ج ۲، ص ۲۵۰). در واقع نوعی ازدواج در مذهب شیعه است که در آن عقد ازدواج برای مدت معین و محدودی با مهریه ای معلوم بین زن و مرد ایجاد و با پایان آن رابطه زن و مرد و زوجیت آن ها منقضی می شود (شربینی، بی تا، ج ۴، ص ۱۸۶).

۴. عده

عده در لغت به معنای تربص، انتظار و درنگ (جوهری، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۴۰۱)، صبر و انتظار زن برای ازدواج مجدد (جرجانی، بی تا، ص ۱۳۹) و نیز شمردن و انتظار آمده است (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۱۵). در اصطلاح فقها نیز عبارت است از تربص و حالت انتظار شرعی که زن باید بعد از طلاق، زوال نکاح یا وفات شوهر مدتی درنگ کند و سپس شوهر دیگری اختیار نماید (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۴، مسئله ۲۴۲۸). همچنین به مدتی گفته می شود که زن برای ازدواج مجدد صبر کند؛ یعنی تربص و انتظار و نگه داشتن زن در مدت معینی که ترک ازدواج کرده است با ثبوت حق رجوع یا بدون آن (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۳۴). برخی دیگر از فقها نیز آن را به معنای مدت زمان معینی دانسته اند که زن پس از جدایی از شوهر یا کسی که به اشتباه با او آمیزش کرده است، باید صبر کند و تا پایان آن مدت ازدواج نکند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۸۲).

در پژوهش حاضر، معنای مورد نظر مدت زمانی است که در ازدواج موقت زن باید تربص اختیار کند و این مدت در متعه متفاوت است. عده متمم دو حیض کامل است؛ یعنی بعد

از تمام مدت و یا بذل آن اگر زن حامله نیست، باید دو حیض کامل عده نگه دارد؛ اما اگر حامله است و در عده وفات نیست، زمان عده تا پایان وضع حملش است و اگر در عده وفات است، هر کدام از وضع حملش و چهار ماه و ده روز عده وفات دورتر باشد، همان عده اش است.

شرایط عمومی نکاح منقطع

عقد موقت از آنجا که برای مدت زمان معین و مهر مشخص جاری می شود و رابطه زوجیت را در پی دارد، برای اینکه آثار شرعی و حقوقی بر آن مترتب شود؛ باید شرایطی را داشته باشد. این شرایط شامل شرایط صحت عقد نکاح به صورت کلی و عمومی و نیز شرایط اختصاصی است که تنها مخصوص متعه است. در صورت نبودن هر یک از این شرایط، عقد موقت صحیح نخواهد بود. شرایط عمومی شامل قصد، رضایت، نبودن موانع شرعی و اذن پدر یا جد پدری است که در این بخش مورد بررسی قرار می گیرد.

۱. قصد

قصد، عبارت از ایجاد وضع جدید در عالم تقدیر و شرط صحت عقد است. مشهور فقها معتقدند عقد به قصد انشاء محقق می شود، به شرط مقرون بودن به چیزی که بر قصد دلالت کند. تبعیت عقد از قصد، امری مسلم است و در قالب قاعده فقهی «العقود تابعه القصد» مورد بحث قرار می گیرد (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۶).

اراده و قصد هنگامی مؤثر است که تحت تأثیر اکراه و شرایط غیر قابل تحمل بیرونی و درونی قرار نگیرد، در غیر این صورت قصد و اراده نافذ نخواهد بود. نکاح یا ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً بر قصد دلالت دارند، واقع می شود. ایجاب، اعلام قصد ازدواج گوینده با مخاطب خود و قبول، اعلام قصد پذیرش آن امر است. معمولاً ایجاب از طرف زن و قبول از طرف مرد است، اما عقد نکاح با وجود تقدم قبول بر ایجاب نیز صحیح است. امام خمینی رحمته الله علیه در مسئله ۲۳۷۰ توضیح المسائل می فرماید: «مرد و زن و یا وکیل آن ها که صیغه را می خوانند، قصد انشاء داشته باشند؛ یعنی اگر خودشان می خوانند زن با گفتن «زَوْجَتُكَ نَفْسِي» قصدش این باشد که خود را زن او قرار دهد و مرد با گفتن «قَبِلْتُ التَّرْوِيحَ» زن بودن او را برای خود قبول نماید» (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ص ۴۲۵). از آنجا که متعه نوعی عقد است، پس قصد هم

به عنوان شروط عقد در ازدواج موقت شرط و معتبر است و از آنجا که شرط صحت عقد است، فقدان آن موجب بطلان عقد می‌شود. در واقع با فقدان قصد، عقد ایجاد نمی‌شود.

۲. رضایت

رضا، شوق به ایجاد وضع جدید و شرط نفوذ عقد است. رضا و اختیار در صحت عقد شرط است؛ پس اگر از روی اکراه و اجبار باشد، صحیح نیست. مرد و زن برای ازدواج باید رضایت داشته باشند و از اختیار خود ازدواج نمایند و اگر بدون آن باشد، عقد باطل است (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ص ۳۰۹). ازدواج موقت از این نظر که احتیاج به عقدی دارد که مشتمل بر ایجاب و قبول لفظی است؛ پس مجرد رضایت قلبی طرفین کافی نیست و معاطات و نوشتن و اشاره کفایت نمی‌کند (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۵). تراضی، شرط صحت عقد، و ایجاب و قبول مکره در نظر شارع به دلیل فقدان شرط تراضی به منزله معدوم است و دلیل آن نیز این آیه شریفه است که می‌فرماید: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را در میان خود به باطل و از طریق نامشروع نخورید، مگر اینکه تجارتي با رضایت طرفین شما انجام گیرد» (نساء: ۲۹).

فقه‌های شیعه به لزوم مختار بودن متعاقدان اتفاق نظر دارند؛ زیرا در غیر این صورت فرد غیر مختار مسئول عمل دیگری خواهد بود و این خلاف اصل است. پس عقد فاقد رضا به علت فقدان شرط مذکور، غیر صحیح است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۴۳). برخی فقها قائل به صحت عقد فاقد رضا هستند (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۱۸، ص ۳۷۴). در نظر فقهای اهل سنت نیز اختیار و رضایت، از جمله شرایط عقد است و مستند آن‌ها نیز آیه ۲۹ سوره نساء و حدیث ۲۱۸۵ از صحاح ابن ماجه به روایت از ابی سعید خدری از پیامبر ﷺ است که آن حضرت فرمود: «انما أَلْبِيعُ عَنْ تَرَاضٍ»^۲ (جزیری، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۶۳).

۳. عدم مانع شرعی

مانع شرعی عبارت است از هر موردی که از نظر شرعی مانع ازدواج می‌شود. در برخی موارد با وجود شرایط صحت نکاح، به دلیل وجود موانع پیوند میان مرد و زن امکان پذیر نیست.

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا».

۲. «لَا أَلْبِيعَ اللَّهُ مِنْ قَبْلِ أَنْ أُعْطِيَ أَحَدًا مِنْ مَالِ أَحَدٍ مِنْ غَيْرِ طَيِّبِ نَفْسٍ، إِنَّمَا أَلْبِيعُ عَنْ تَرَاضٍ».

این موارد که به عنوان موانع نکاح مشهورند، شامل قرابت نسبی، سببی، رضاعی، شوهر داشتن، عده زن، کفر، احرام و لعان و طلاق بار سوم و نهم هستند.

۱-۳. قرابت نسبی

مفهوم واحد از این نوع خویشاوندی، یعنی تولد شخصی از دیگری یا منتهی شدن دو شخص به مبدأ مشترک که از نسل یکسان هستند و در سه مجموعه طبقه بندی می شوند. ضابطه محارم نه گانه که ازدواج با آن ها حرام است، گروه های ارثی به جز (اولاد عمو و عمه و دایی و خاله) هستند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۷).

۲-۳. قرابت رضاعی

به معنای خویشاوندی است که به علت شیر خوردن به وجود می آید. اگر زنی به کودکی شیر دهد با این شرایط که شیر از ولادت شرعی باشد، شیر خوردن از پستان باشد، کودک زیر دو سال باشد، شیر خالص باشد، از یک شوهر باشد، زن شیرده واحد باشد، شیر خوردن باعث رویدن گوشت و استحکام استخوان شود و بین شیردهی چه کمی چه کیفی فاصله نیفتد، آنگاه زن شیرده مادر رضاعی شیرخوار، صاحب شیر یعنی شوهر زن شیرده پدر رضاعی، خواهران و برادران زن و مرد، دایی ها و خاله ها و عمه ها و عموهای رضاعی و اولاد زن و مرد، خواهران و برادران رضاعی شیرخوار می شوند. به سبب این عناوین به وجود آمده و خویشاوندی رضاعی، حرمت نکاح بین آن ها مترتب می شود و هر عنوانی که در نَسَب جزء محرمات است، همان عنوان هم در رضاع از محرمات است (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۸۲-۷۶).

۳-۳. قرابت سببی (مصاهره)

مصاهره ارتباطی است که به وسیله عقد نکاح میان زوجین و اقربای زوجین حاصل می شود و در پی آن موجب حرمت نکاح می شود. نکاح زن پدر و هر چه بالاتر رود بر پسر، زوجه پسر و هر چه پایین تر رود بر پدر، مادر زنی که با او نزدیکی شده بر مرد و نیز مادر زنی که عقد شده اما دخول نشده بر مرد حرام است. نکاح خواهر زن همزمان با زن جمع شود، بر مرد حرام است. نکاح مرد بر برادرزاده یا خواهرزاده زنش حرام است، مگر با اذن او؛ اما برعکس جایز است (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۲۹۵).



۴-۳. شوهر داشتن

اگر مردی با زنی که شوهر دارد، ازدواج کند و به این موضوع عالم باشد؛ زن تا ابد بر او حرام می‌شود و اگر جاهل به موضوع باشد، به شرط دخول با آن زن نیز حرام ابدی می‌شود (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۸۵).

۵-۳. عده زن

ازدواج با زنی که در عده دیگری است، حرام و این، از ضروریات فقه است. دلیل این حکم نیز آیات ۲۳۲، ۲۸۲، ۲۳۴ سوره بقره و آیه ۱ سوره طلاق است که بر وجوب تربص و عده زن مطلقه و زنی که شوهرش فوت شده است، دلالت می‌کند. در صورت علم هر دو به موضوع و حکم یا علم یکی از آن‌ها، هر چند دخول هم نباشد و نیز با دخول هر چند جاهل باشند، حرام ابدی می‌شوند (همان، ص ۸۶).

۶-۳. احرام و لعان

برای مُحرم جایز نیست زمانی که در حال احرام است، ازدواج و نکاح انجام دهد و فرقی ندارد زن نیز محرم باشد یا نه و اگر با علم به حرمت انجام دهد، حرام ابدی می‌شوند؛ چه دخول انجام دهد و چه ندهد (همان، ص ۹۵). هر کس بر زنش نسبت زنا دهد، باید حد قذف بر او جاری شود؛ مگر اینکه لعان انجام دهد و زمانی که لعان انجام شود، حد از او برداشته می‌شود، اما بر زنش تا ابد حرام می‌شود (همان).

۷-۳. کفر

برای مرد مسلمان ازدواج با زن کافر غیرکتابی جایز نیست و در جواز کافر کتابی، اختلاف است. قول به ازدواج مرد مسلمان با زن کافر کتابی به صورت نکاح منقطع بلکه دائم نیز خلاف قول مشهور است؛ چون مشهور می‌گویند عدم جواز مطلقاً چه انقطاعی چه دائم (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۲۸)، اما به خاطر مخالفت نکردن با مشهور بهتر است احتیاط شود. برای زن مسلمان نیز ازدواج با غیر مسلمان جایز نیست (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۹۳).

۸- ۳. طلاق بار سوم و نهم

اگر مردی زن آزاده‌ای را سه بار طلاق دهد که بین دو تالی اول رجوع بدون محلل باشد و زنی که ۹ بار طلاق داده شده و طلاق عدی بوده است، حرام ابدی می‌شوند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۰۶).

۴. اذن پدر یا جد پدری

دختر دوشیزه برای ازدواج موقت یا دائم باید از پدر و در صورت نبود پدر از جد پدری خود اجازه بگیرد. ازدواج دختر باکره با اذن ولی دختر امکان پذیر است، اما در عین حال مورد نظرات مختلف واقع شده است.

۱- ۴. اذن پدر برای باکره

ازدواج دختر باکره، اصطلاحی فقهی است که در روایات و کتب فقهی درباره آن بحث شده است. برخی روایات موافق و برخی مخالف اذن پدر در ازدواج دختر باکره هستند. برخی فقها همچون شیخ صدوق، شیخ طوسی، بحرانی و بیشتر فقهای معاصر معتقدند دختر دوشیزه بالغه برای ازدواج نیاز به اجازه دارد (صدوق، ۱۴۱۸، ص ۲۶۰؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۵۳؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۳، ص ۲۱۲). برخی نیز اجازه پدر را لازم نمی‌دانند و معتقدند دختر باکره بالغه، مستقل است. صاحب جواهر می‌گوید: «کَمَا إِنَّ الْمَشْهُورَ فِي مَحَلِّ الْبَحْثِ نَقْلًا وَ تَحْصِيلاً بَيْنَ الْقَدَمَاءِ وَ الْمَتَأَخِّرِينَ سُقُوطُ الْوَلَايَةِ عَنْهَا بَلْ عَنِ الْمُرْتَضَى فِي الْإِنْتِصَارِ وَ النَّاصِرِيَّاتِ الْإِجْمَاعِ عَلَيْهَا». همچنین آنچه در موضوع تحقیق به نقل و جمع بین گذشتگان و متأخرین مشهور است، این است که ولایت از او ساقط شده است و حتی از شریف مرتضی در الانتصار و ناصریه نیز بر آن اجماع وجود دارد (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۹، ص ۱۷۵). در این میان برخی از جمله شیخ انصاری و امام خمینی علیه السلام اعتقاد به نظریه تشریک دارند و معتقدند که دختر و پدر هر دو باید راضی باشند. شیخ انصاری در کتاب النکاح می‌گوید: «وَ أَمَّا قَوْلُ بِالتَّشْرِيكِ بَيْنَ الْجَارِيَةِ وَ آيِهَا فِي الْإِذْنِ بِمَعْنَى عَدَمِ جَوَازِ الْعَقْدِ أَحَدَهُمَا إِلَّا مَعَ إِذْنِ الْآخَرِ؛ وَ أَمَّا نَظْرِيَةُ اشْتِرَاكِ إِذْنِ الْكَنِيزِ وَ پَدْرَشْ بِهٖ اَيْنَ مَعْنَا سْتِ اَكَّهٖ بَا اِذْنِ يَكِي اَزْ اَنِّ هَا بَدُونِ اِذْنِ دِيْغَرِي جَايِزِ نِيْسْتِ» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۲۵). امام خمینی علیه السلام نیز در تحریر الوسیله می‌فرماید: «وَ اَمَّا اِذَا كَانَتْ بَكَراً فَفِيْهٖ اَقْوَالٌ: ... وَ الْاَحْوُطُ الْاِسْتِثْنَانُ مِنْهُمَا؛ وَ اِگر دَخْتَرِ بَاكِرَهٗ اسْتِ اَحْتِيَاظُ وَاجِبُ اَنِّ اسْتِ كَهٗ اَزْ هَرِّ دَوِ اِذْنِ



گرفته شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۵۴). برخی نیز همچون شیخ طوسی بین ازدواج دائم و موقت فرق قائل شده‌اند (طوسی، ۱۳۶۴، ص ۳۴).

۲- ۴. اذن پدر برای غیرباکره

فقه‌های شیعه معتقدند زنی که قبلاً ازدواج کرده و بکارتش توسط جماع از بین رفته است یا دختری که ولّی او نباشد، نیاز به اذن ولّی ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۵۹۰). ثیب یعنی دختری که قبلاً ازدواج کرده است، موافقت خودش کافی است و نیازی به اذن ولّی ندارد (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۵۰).

بنابراین برای هر ازدواجی چه دائم چه موقت، شرایط گفته شده باید رعایت شود؛ یعنی زن و مرد قصد انجام عقد داشته باشند، رضایت و عدم اکراه و اجبار در نکاح شرط است و باید با همان تشریفات شرعی و همان الفاظ بیان شده در شرع ادا شود، موانعی همچون سبب، نسب، رضاع، احرام، لعان، کفر، در عده بودن زن و شوهر داشتن زن در کار نباشد و طبق نظر اکثر فقها اذن پدر برای دختر باکره، از مهم‌ترین شروط عمومی ازدواج موقت و دائم است.

شرایط اختصاصی نکاح منقطع

افزون بر وجود شرایط عمومی برای صحیح بودن صیغه موقت که بیان شد، نکاح منقطع برای اینکه صحیح باشد؛ باید برخی شرایط اختصاصی را نیز داشته باشد. شروط مهم که مختص متعه هستند، عبارتند از: تعیین مدت زمان عقد و تعیین مهریه.

۱. تعیین مدت

مهم‌ترین ویژگی متعه و عامل تفاوت آن با دائم تعیین مدتی است که با اتمام آن و یا بذل آن توسط مرد، ازدواج بدون نیاز به طلاق به پایان می‌رسد. این مدت حداقل و حداکثری ندارد. برخی معتقدند اگر مدت ازدواج موقت از طول عمر انسان معمولی فراتر باشد، ازدواج به دائم تبدیل می‌شود. برخی دیگر نیز معتقدند اگر مدت در زمان عقد موقت تعیین نشود، قرارداد به ازدواج دائم تبدیل می‌شود. مدت عقد را می‌توان تمدید کرد. همچنین مرد می‌تواند از ادامه صرف نظر و در اصطلاح مدت باقی مانده را بذل کند و زوجیت را به پایان

برساند و یا طرفین می‌توانند پس از پایان مدت آن را به ازدواج دائم تبدیل کنند. ذکر مدت، شرط صحت عقد منقطع است و به قول مشهور در صورت عدم ذکر آن، متعه به دائم تبدیل می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۱۷۲). سید مرتضی نیز مدت را شرط می‌داند و می‌گوید متعه، همان نکاح زمان دار است (شریف مرتضی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۷۱).

برخی دیگر از فقها چون شهید ثانی معتقدند که اگر در عقد موقت مدت ذکر نشود، باطل است و زوجیتی برقرار نشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۱۵) و دلیل این حکم را صحیح زراره از امام صادق علیه السلام بیان می‌کند که فرموده است: «متعه ای وجود ندارد، مگر به دو امر مدت معین و مهر معین» (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۴۶۵). امام خمینی علیه السلام در تحریر الوسیله می‌نویسد: «تعیین مقدار مدت با خود آن‌هاست و باید با زمان معین باشد و از کم و زیاد محفوظ بماند. اگر آن را مقدر به یک یا دو مرتبه کند بدون مشخص کردن زمان، متعه بودنش باطل و عقد دائم منعقد می‌شود که البته اشکال دارد و احوط، اجرای طلاق و تجدید ازدواج است» (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۱۱).

۲. تعیین مهر

در نکاح متعه ذکر مدت معلوم و مهر معلوم، شرط است و به واسطه این دو شرط از دائم تمایز پیدا می‌کند. در ازدواج موقت نیز مثل ازدواج دائم باید مهریه‌ای تعیین شود و مقدار آن بسته به توافق طرفین است، اما برخلاف ازدواج دائم که می‌توان تعیین مهریه را به بعد از ازدواج موکول کرد یا اصولاً توافقی بر آن نکرد، در ازدواج موقت عدم تعیین مهریه در زمان عقد موجب بطلان قرارداد می‌شود. شیخ طوسی در النهایه می‌گوید: «اگر مهر ذکر نشود و تعیین نشود، عقد نکاح صحیح واقع نمی‌شود» (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۴۸۹).

طبق آنچه از آیه شریفه «و زانی را که متعه می‌کنید، واجب است مهر آنان را پرداخت کنید» (نساء: ۲۴) استفاده می‌شود، نسبت به تعیین و پرداخت مهریه توصیه و تأکید شده است و در متعه از شروط و ارکان است. ذکر مهریه در ازدواج موقت شرط است؛ پس اگر اخلاف در آن شود، باطل است و اعتبار مهریه به آن است که مالیت داشته باشد، چه عین خارجی باشد یا کلی در ذمه یا منفعت یا عملی که صلاحیت عوض قرار گرفتن را داشته باشد و نیز اعتبارش به آن است که کیل و وزن و یا عدد و یا مشاهده وصف بسته

۱. «فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ قَرِيبَةً».



به نوع آن معلوم باشد و مقدارش بسته به نظر و رضایت طرفین دارد که کم باشد یا زیاد (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۱۰).

احکام خاص نکاح منقطع

ازدواج موقت افزون بر شرایط اختصاصی، دارای احکام مخصوص است که تفاوت‌هایی با احکام دائم دارد و با عقد متعه، این احکام بر آن مترتب می‌شود.

۱. انقضای عقد

طلاق در متعه وجود ندارد و انقضای آن با پایان مدت یا بذل مدت است. طبق نظر مشهور ایلاء و لعان نیز در آن امکان ندارد؛ هر چند در لعان و ظهار اختلاف نظر وجود دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۳۷).

۲. ارث

در این مورد نیز اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقیهان معتقدند زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند، مگر شرط ضمن عقد کنند (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۵۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۳۹). نظر مشهور این است که ارث نمی‌برند و شرط توارث نیز باطل است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۱۹۰). سید مرتضی معتقد است که ارث می‌برند، مگر به شرط عدم توارث (شریف مرتضی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۰۲).

۳. تعداد

بر اساس نظر مشهور مرد در ازدواج موقت محدودیتی در تعداد ندارد و به هر میزان که بخواهد، می‌تواند همسر موقت اختیار کند؛ بر خلاف ازدواج دائم که به چهار همسر همزمان محدود شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۰۲).

۴. عده

بر اساس نظر مشهور مدت عده ازدواج موقت، دو بار پاک شدن از حیض پس از پایان متعه است. زنی که حیض نمی‌بیند و در سن یائسگی نیست، باید ۴۵ روز عده نگه دارد و اگر شوهر در اثنای ازدواج موقت بمیرد، عده همانند ازدواج دائم چهار ماه و ده روز است (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۱۳).

۵. نفقه

در ازدواج موقت مرد موظف به پرداخت نفقه نیست، مگر در شرایطی که بر آن توافق کرده باشند (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ص ۴۱۲، م ۲۴۲۴).

بنابراین دو شرط مهم تعیین مدت و تعیین مهریه، از شرایط صحت متعه است و هر گونه اخلاف در این دو شرط، صحت ازدواج موقت را مختل می‌کند. برخی احکام مخصوص متعه عبارتند از اینکه در متعه نفقه و ارث نیست، مگر شرط کرده باشند. در متعه طلاق نیز وجود ندارد و محدودیتی در تعداد زوجه موقت برای مرد نیست و مدت عده زن در متعه با دائم متفاوت است.

نتیجه‌گیری

ازدواج یا نکاح، پیوندی میان زن و مرد است که رابطه زناشویی بر پایه آن شکل می‌گیرد و مجموعه‌ای از تکالیف و حقوق شرعی و قانونی بر آن‌ها حاکم می‌شود. این قرارداد و عقد بر دو قسم است: نکاح دائم که بر اساس آن خانواده شکل می‌گیرد و به عنوان یک بنیاد اجتماعی پایدار به شمار می‌آید و نکاح موقت که در فرهنگ اسلامی به ازدواج موقت، نکاح منقطع و متعه تعبیر می‌شود و بر اساس آن رابطه زناشویی موقت یا بلندمدت معین و مهریه مشخص پدید می‌آید. ازدواج موقت نیز هر عقد دیگری دارای شرایط عمومی از جمله قصد، رضایت و عدم مانع شرعی است و تفاوت آن با ازدواج دائم، در شروط اختصاصی مدت معلوم و مهر مشخص است. غیر از محدود بودن مدت در نکاح منقطع و تعیین مهر، احکام خاصی نیز بر این ازدواج مترتب می‌شود. در ازدواج موقت ارث و نفقه‌ای برای زن وجود ندارد، مگر آنکه زوجین آن را شرط کرده باشند. با انقضای مدت و یا بذل آن، عقد موقت پایان می‌پذیرد و طلاق و وجود ندارد. از نظر تعداد زن متعه برای مرد هیچ محدودیتی وجود ندارد. مدت عده نگه داشتن زن در نکاح منقطع با دائم، متفاوت است؛ در حالی که شکی در جواز و حلیت متعه و اینکه نوعی از ازدواج است، وجود ندارد. بنابراین ازدواج موقت، نوعی نکاح قراردادی است که در آن زن و مرد به عنوان زن و شوهر هر چند موقت با تعیین مهر و مدت مشخص به هم محرم می‌شوند و رابطه‌شان مشروع و تابع مقررات شرعی و قانونی است. از این رو قابل مقایسه با روابط نامشروع نیست و جایی برای سوءاستفاده باقی نمی‌ماند.

فهرست منابع

۱. ابن ماجه، محمد بن يزيد (۱۴۱۸ق)، سنن ابن ماجه، چاپ اول، بيروت: دارالجيل.
۲. ازهری، محمد بن احمد (۱۴۲۱ق)، تهذيب اللغة، چاپ اول، بيروت: دار احیاء التراث العربی.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. _____ (۱۴۱۵ق)، کتاب مکاسب، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. ایروانی، محمدباقر (۱۳۹۳ش)، دروس تمهیدیہ فی فقہ الاستدلالی، چاپ سوم، قم: مرکز نشر هاجر.
۶. بحرانی، یوسف (ش ۱۳۶۳)، حدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۷. جرجانی، علی بن محمد (۱۴۰۳ق)، کتاب التعريفات، چاپ اول، لبنان: دارالکتب العلمیة بیروت.
۸. جزیری، عبدالرحمن بن محمد (۱۴۲۴ق)، الفقه علی مذاهب الاربعه، چاپ اول، لبنان: دارالکتب العلمیة بیروت.
۹. جوهری، ابونصر اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، چاپ چهارم، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۰. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۳ق)، وسائل الشیعه، چاپ پنجم، بیروت، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۱۱. خطیب شربینی، محمد بن احمد (۱۴۱۲ق)، مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، لبنان: دارالکتب العلمیة البیروت.
۱۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۰۴ق)، المفردات فی غریب القرآن، چاپ دوم، قم: دفتر نشر کتاب.
۱۳. شریف مرتضی، علی بن الحسین (۱۴۱۵ق)، الانتصار، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۴. صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۸ق)، الهدایة فی الاصول و الفروع، چاپ اول، قم: مؤسسه الامام الیهادی علیه السلام.
۱۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۴ش)، تهذيب الاحکام، چاپ اول، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۶. _____ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۷. _____ (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العربی.
۱۸. العالمی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، شرح اللمعة دمشقیه، چاپ دوم، قم: منشورات مکتب داوری.
۱۹. قرشی، علی اکبر (۱۳۷۱ق)، قاموس قرآن، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق)، احکام النساء، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.

۲۱. مکارم شیرازی، ناصر (ق ۱۴۲۴)، کتاب نکاح، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۲. موسوی بجنوردی، سید حسن (بی تا)، القواعد الفقهیه، قم: دارالکتب الاسلامیه.
۲۳. موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، توضیح المسائل، چاپ نهم، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۴. _____ (۱۳۸۵ ش)، تحریر الوسیله، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۵. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷ ش)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۶. یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۷ ق)، العروة الوثقی، چاپ اول، بی جا: مؤسسه نشر الاسلامی.