فقه اهل بیت علیهم‌السلام

سال بیستم
بهار و تابستان ۱۳۹۳

۷۷-۷۸

- صاحب امتیاز و مدیر مسئول: **سیدمحمود هاشمی شاهرودی**
- سردبیر: **عبدالرضا ایزدپناه**
- هیئت تحریریه: **عبدالرضا ایزدپناه، سیّدمرتضی تقوی، محمد زروندی رحمانی، سیّدعباس صالحی، احمد مبلّغی، رضا مختاری، محمدحسن نجفی**
- مدیر داخلی: **سیدشهاب لاجوردی**

.....

فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت(ع) از طریق سایت‌های ذیل به صورت تمام متن قابل دسترسی است:

www.afiqh.org

www.SID.ir

www. magiran.com

www. noormags.com

.....

نشانی:

قم، صندوق پستی ۵۵۹ / ۳۷۱۸۵

تلفن امور مشترکین: ۳۷۷۴۴۳۸۸ـ۰۲۵

نمابر: ۳۷۷۴۴۹۶۳ـ۰۲۵

همراه: ۰۹۱۲۲۵۲۰۷۹۶

حوزهٔ پژوهشی مجله:

- مسائل مستحدثهٔ فقهی؛ تبیین اجتهادی مسائل جدید.
- موضوع شناسی فقهی؛ شناسایی و تحلیل موضوعات جدید و طرح آنها در محافل فقهی برای بسترسازی ذهنی فقه پژوهان و پرداختن به موضوعات جدید.
- طرح دیدگاههای نو در دانش اصول و دیگر علوم مرتبط با فقه.
- مطالعهٔ تطبیقی مکتب فقهی اهل بیت(ع) با دیگر مذاهب و مکاتب فقهی.
- مطالعهٔ تطبیقی ساختارها و دیدگاههای حقوقی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی فقه با دانشهای مشابه.
- تاریخ فقه و فقها و مکاتب فقهی.
- اطلاع رسانی در حوزهٔ پژوهشهای فقهی، مراکز و مؤسسات فقهی، نرم افزارهای فقهی و ... .

.....

یادآوری:

- مجله در حوزهٔ مسائل مستحدثه، از مقالات اجتهادی فقها و در سایر حوزه ها، از مقالات فضلای حوزه و دانشگاه در صورت برخورداری از موازین علمی و پژوهشی، استقبال می کند.
- مجله در ویرایش و تلخیص نوشته ها آزاد است.
- مسئولیت مقالات برعهدهٔ نویسندگان است.
- نقل مطالب فصلنامه با ذکر مأخذ، مجاز است.
- مقالات ارسالی بازپس فرستاده نمی شود.

.....

راهنمای تهیه و پذیرش مقالات:

۱. درج نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبهٔ علمی، نشانی، پست الکترونیکی و شماره تلفن نویسنده، ضروری است. (مقاله ارسالی در صورت تایید یا عدم تایید، مسترد نمی شود).

۲. مقالات به صورت تایپ شده همراه با لوح فشرده (CD) آن ارسال و یا به پست الکترونیکی مجله ارسال شود.

۳. مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی و خارجی چاپ و یا همزمان به مجله دیگری ارسال شده باشد.

۴. مقاله باید به لحاظ نوآوری و انسجام منطقی و قوت استدلال و شیوه نگارش و ارجاع به منابع دست اول، نصاب علمی لازم را در سطح مقالات منتشر شده در مجله فقه اهل بیت(ع) داشته باشد و با ساختار زیر ارائه شود:

۱ـ۴ـ عنوان، گویا و متناسب با محتوای مقاله.

۲ـ۴ـ چکیدهٔ بحث در حداکثر ۲۵۰ کلمه.

۳ـ۴ـ کلید واژه ها بین ۳ تا ۷ کلمه به منظور تسهیل در جستجوی الکترونیکی.

۴ـ۴ـ متن اصلی مقاله که متضمن تحلیل مستند و مستدل موضوع مقاله است.

۵ـ۴ـ نتیجه.

۶ـ۴ـ کتاب شناسی الفبایی با ترتیب ذیل:

نام مشهور نویسنده، نام اصلی نویسنده، نام کتاب، جلد، شهر محل چاپ، ناشر، نوبت چاپ و سال انتشار.

در مورد مقالات به جای نام و مشخصات کتاب باید عنوان کامل مقاله و نام نشریه و شماره و سال آن درج شود.

۵ـ ارجاعات و توضیحات و عبارات لاتین در پاورقی آورده شود.

.....

شیوه بررسی و چاپ مقالات:

۱. مقالات رسیده، نخست توسط سردبیر بررسی می شوند و در صورت تناسب با موضوع فصلنامه برای ارزیابی به هیئت تحریریه ارسال می شوند.

۲. هیئت تحریریه در رد یا قبول و نیز اصلاح مقالات آزاد است.

۳. مسئولیت مطالب مندرج در هر مقاله بر عهده نویسنده است.

۴. حق چاپ پس از پذیرش برای فصلنامه محفوظ است.

بسم الله الرحمن الرحیم

فهرست مطالب

ملکیت مال متعین مشتبه میان افراد معیّن.....آیت اللّه لطف اللّه صافی گلپایگانی / ۵

روش فقهی تجمیع و مدیریت سرمایه ها.....احمد حسنی / ۲۳

استناد پذیری مذاق شریعت؛ تأملات و پرتوها.....حمید ستوده / ۷۷

اعتبار ادله اثبات حاصل از راه های غیرشرعی.....مسعود امامی / ۱۰۲

یکاهای وزن و حجم در اسلام به حسب سیستم متریک.....محمد علی ارجمند لاری / ۱۲۳

نگاهی نو به سهم الارث فرزندان در قرآن.....سیدمحمدجواد موسوی / ۱۵۵

تحلیل فقهی ـ حدیثی اعراض از حق مالکیت.....امید توکلی کیا / ۱۸۴

حق زوجه بر استمتاع جنسی.....سجاد شهباز قهفرخی / ۲۰۸

جریمه دیرکرد وام های بانکی حرمت یا حلیت.....سیدجابر موسوی راد / ۲۴۲

بررسی «آیه بغی» در قرآن کریم .....سیدمحمدمهدی رفیع پور / ۲۷۲

واکاوی فقهی ادله حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی .....علی میثمی تهرانی / ۲۹۹

چکیده عربی مقالات..... / ۳۴۲

چکیده انگلیسی مقالات..... / ۳۵۳

ملکیت مال متعین مشتبه میان افراد معیّن

○ لطف الله صافی گلپایگانی

چکیده

اگر ملکیت مال معینی، مردد میان یکی از دو یا چند نفر معلوم و مشخص باشد و راهی برای تعیین مالک آن نباشد، موضوع این مسئله نه از موارد قاعده علم اجمالی است که مقتضای آن، احتیاط و اجتناب همه اطراف از تصرف در آن مال است و نه از موارد کاربرد قاعده قرعه است.

مقتضای ادله کتاب و سنت در این مسئله، توزیع و تقسیم این مال میان افراد اطراف شبهه است.

کلید واژگان: مال معین، مال مشتبه، ملکیت، افراد معین، علم اجمالی.

اگر مالی که عین و مقدار آن معلوم است، به یکی از دو نفر یا یکی از چند نفر معلوم و محصور متعلق باشد و نسبت هر یک از افراد با آن مال، مساوی و یکسان بوده به گونه ای که هیچ یک از آنان نمی داند کدام یک به طور مشخص و معین، صاحب آن مال است و فقط همین قدر می داند که این مال، یا ملک او یا ملک دوستش است، دو حالت برای آنها متصور است: گاهی بین آن دو یا چند نفر در حکم قضیه، نزاع و اختلاف است و برای حل اختلاف خود اقدام به طرح دعوا در محکمه می کنند و گاهی آنچه برای آنان مهم است دانستن حکم شارع مقدس در مسئله است و مخاصمه ای ندارند. هر یک از آنان این احتمال را می دهد که این مال، ملک او و یا ملک دوستش است و ملک غیر آنان نیست.

شکی نیست که در اینجا علم اجمالی تأثیر ندارد تا به مقتضای آن، احتیاط ـ یعنی اجتناب از تصرف در آن مال ـ بر هر یک از آنان واجب شود، مانند هنگامی که معلوم باشد یکی از دو ظرف، نجس یا یکی از این دو مال، غصبی است و واجب است که از هر دو ظرف یا از هر دو مال اجتناب؛ زیرا اجتناب از ظرف نجس یا مال غصبی که در هر یک از دو طرف وجود دارد، واجب است و این بر خلاف محل بحث، یعنی موردی است که شخص، علم اجمالی داشته باشد که این مال، ملک او یا ملک دیگری است؛ زیرا در این صورت تصرف در آن مال به طور مطلق ـ یعنی خواه آن مال، ملک او باشد یا ملک دیگری ـ حرام نیست، بلکه فقط در صورتی که ملک دیگری باشد، تصرف در آن حرام است. پس در این مورد، ممکن نیست امر به اجتناب از حرامی تعلق بگیرد که در این میان وجود ندارد.

بنابراین می توان گفت تصرف شخص در این مال که می داند ملک اوست یا ملک دیگری، از حیث تکلیفی حرام نیست؛ به دلیل «کلّ شيء هو لک حلال حتّی تعلم أنّه حرام بعينه»[1]؛ هر چیزی برای تو حلال است تا زمانی که به شیء حرام، به

۱. حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۱۷، ص۸۷، ب ۴ از ابواب ما یکتسب به، ح۱ و۴.

طور مشخص و معین علم پیدا کنی». همچنان که از نظر حکم وضعی نیز به ضامن بودن وی حکم نمی شود؛ زیرا حکم به ضامن بودن شخص متصرف، دائر مدار این است که اثبات شود وی مال شخص دیگری را تصرف یا آن را اتلاف کرده است؛ مگر اینکه در مورد اموال، مبنای «اصالة الحظر» را اختیار کنیم. بر این مبنا، تصرف در این مال از حیث تکلیفی جایز نیست، ولی ضامن بودن شخص متصرف، تابع این است که اسباب ضمان واقعاً محقق شود و حکم به ضمان، دائر مدار احراز و اثبات اسباب ضمان به حسب ظاهر است. البته برخی از تصرفات مانند فروختن و اجاره دادن آن مال، از حیث حکم وضعی جایز نیست؛ زیرا مقتضای دیدگاه «اصالة الفساد» در معاملات، با توجه به استصحاب بقاء مال در ملک مالک آن و منتقل نشدن آن به مشتری، جایز نبودن اینگونه تصرفات است.

تاکنون بیان حکم مسئله بر اساس مقتضای علم اجمالی بود ولی بر اساس ادله می توان برای توزیع و تقسیم این مال بین افراد اطراف شبهه، به کتاب و سنت استدلال کرد:

استدلال به کتاب

توزیع و تقسیم مال بین افراد اطراف شبهه، حکم به عدل است که در کلام خداوند متعال به آن امر شده است: «**وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ**[2]؛ و هنگامی که میان مردم داوری می کنید، به عدالت حکم کنید».

اشکال: آنچه واجب است، حکم کردن به حق است، ولی توزیع و تقسیم این مال میان افراد اطراف شبهه، حکم به حق نیست، بلکه حکم به غیر حق است.

پاسخ: آنچه بر حاکم واجب است، حکم کردن بر اساس موازین و معیارهای شرعی است، و مراد از حکم به عدل همین است. اما حکم به واقع و به آنچه در

۲. نساء، آیهٔ ۵۸.

واقع حق است، جز از کسی که به اذن خداوند متعال عالم و آگاه به واقعیات باشد صادر نمی شود و ظاهر این است که خداوند به آنان نیز اذن نداده بر اساس علوم لدنّی ـ که موهبت الهی به ایشان است ـ قضاوت کنند؛ مگر به حضرت داود(ع) که خداوند متعال به او فرمود: «**يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ**...»[3]؛ و نیز به امام مهدی(عج) مطابق آنچه در برخی روایات وارد شده است.[4] علاوه بر این، مستفاد از اخبار[5] این است که حکم بر اساس موازین و معیارهای شرعی ـ خواه مطابق با واقع باشد یا مطابق نباشد ـ حکم به حق است.

اشکال: کسی که بر اساس موازین و معیارهای شرعی و به استناد آنها حکم می کند، برای او علم عادی یا ظن معتبر به واقع حاصل می شود و این با موضوع مورد بحث ما متفاوت است، زیرا کسی که به تنصیف مال میان دو نفر اطراف شبهه حکم می کند، بدون شک می داند که حکم او مطابق واقع نیست.

پاسخ: درست است که حاکم می داند حکم او مطابق واقع نیست ولیکن عدل و انصاف، این گونه اقتضا می کند و حکم کردن براساس آن، مورد امر شارع است.

اشکال دیگر: چرا بر اساس قرعه حکم نمی شود؟ چرا که با حکم بر اساس قرعه، ظن حاصل می شود که حکم مزبور مطابق واقع است.

پاسخ: قدر متیقن از حکم بر اساس قرعه، موارد مشکلی است که از نظر عرفی راهی برای برطرف کردن اشکال و شبهه نباشد؛ در حالی که حکم به تنصیف مال، برطرف کننده اشکال و شبهه است؛ زیرا به سبب این حکم، صاحب حق به بخشی از حق خود می رسد. عرف با امکان حکم به تنصیف مال عرف، به قرعه رجوع نمی کند.

---

۳. ای داود همانا ما تو را خلیفه و نماینده خود در زمین قرار دادیم؛ پس در میان مردم به حق داوری کن: ص، آیه۲۶.

۴. عروسی حویزی، **نور الثقلین**، ج۴، ص۴۴۵ ـ ۴۵۲.

۵. حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج ۲۷، ص۲۳۲، ب ۲ از ابواب کیفیت حکم و احکام دعوی.

پاره‌ای از مطالب در این خصوص، پیش از این در بحث دیگری بیان شده است.[6]

استدلال به روایات

محکم‌ترین و کامل‌ترین روایت از حیث سند و دلالت که در این باره به آن استدلال می‌شود، روایت ابو بصیر است. کلینی و شیخ طوسی ـ رضوان اللّه علیهما ـ این روایت را به اسنادشان از حسن بن محبوب از ابن رئاب از ابو بصیر نقل کرده‌اند:

قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَر(ع) عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ فِي عَقْد وَاحِد[عقدة واحدة] أَوْ قَالَ: فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَ مُهُورُهُنَّ مُخْتَلِفَة، قَالَ: «جَائِز لَه وَ لَهُنَّ قُلْتُ: أَ رَأَيْتَ إِنْ هُوَ خَرَجَ إِلَى بَعْضِ الْبُلْدَانِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ الْأَرْبَعِ وَ أَشْهَدَ عَلَى طَلَاقِهَا قَوْماً مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبِلَادِ وَ هُمْ لَا يَعْرِفُونَ الْمَرْأَةَ ثُمَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبِلَادِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ تِلْكَ الْمُطَلَّقَةِ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ مَا دَخَلَ بِهَا، كَيْفَ يُقْسَمُ مِيرَاثُهُ؟ قَالَ: إِنْ كَانَ له وَلَدٌ فَإِنَّ لِلْمَرْأَةِ الَّتِي تَزَوَّجَهَا أَخِيراً مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبِلَادِ رُبُعَ ثُمُنِ مَا تَرَكَ وَ إِنْ عُرِفَتِ الَّتِي طُلِّقَتْ مِنَ الْأَرْبَعِ بِعَيْنِهَا وَ نَسَبِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا مِنَ الْمِيرَاثِ وَ [ليس: تهذيب الأحكام] عَلَيْهَا الْعِدَّة. قَالَ: وَ يَقْتَسِمْنَ (يقسّمن) الثَّلَاثُ نِسْوَةٍ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ ثُمُنِ مَا تَرَكَ وَ عَلَيْهِنَّ الْعِدَّةُ وَ إِنْ لَمْ تُعْرَفِ الَّتِي طُلِّقَتْ مِنَ الْأَرْبَعِ اقْتَسَمْنَ الْأَرْبَعُ نِسْوَةٍ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ ثُمُنِ مَا تَرَكَ بَيْنَهُنَّ جَمِيعاً وَ عَلَيْهِنَّ جَمِيعاً الْعِدَّةُ[7]؛

ابو بصیر گفت از امام باقر(ع) از حکم مردی که چهار زن را در یک عقد یا گفت: در یک مجلس تزویج کند در حالی که مهریه‌های آنان مختلف و

---

۶. بحث پیرامون آن، در تحقیق جداگانه‌ای با عنوان (مدعی بودن دو نفر نسبت به یک مال بدون اینکه بینه و یدی بر ملکیت باشد).

۷. کلینی، **الکافی**، ج۷، ص۱۳۱، ح۱؛ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج۸، ص۹۳، ح ۳۱۹؛ حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۲۶، ص۲۱۷، ب ۹ از ابواب میراث ازواج، ح ۱.

متفاوت باشد، سؤال کردم. حضرت فرمود: برای آن مرد و زنان جایز و صحیح است. گفتم: اگر آن مرد به شهر دیگری برود و در آنجا یکی از آن چهار زن را طلاق دهد و عده‌ای از اهل آن شهر را که آن زن را نمی‌شناسند، بر طلاق آن زن شاهد گیرد و بعد از به پایان رسیدن عده زنی که طلاق داده شده، با زنی از اهل آن شهر ازدواج کند و پس از مقاربت با آن زن از دنیا برود، میراث آن مرد چگونه میان زنان او تقسیم می‌شود؟ حضرت فرمود: اگر آن مرد دارای فرزند باشد، یک چهارم از یک هشتم میراث، برای آن زنی است که از اهل آن شهر اخیراً تزویج کرده است و اگر آن زنی که از میان چهار زن، طلاق داده شده، به طور معین و مشخص همراه با نسب او شناخته شده باشد، چیزی از میراث به او نمی‌رسد و بر او عده نیست و فرمود: سه زن دیگر، سه چهارم از یک هشتمِ میراث را میان خودشان تقسیم می‌کنند، و بر آنان لازم است عده نگه دارند و اگر آن زنی که از میان چهار زن طلاق داده شده، شناخته نشود، آن چهار زن، سه چهارم از یک هشتمِ میراث را میان خودشان تقسیم می‌کنند و بر همه آنان لازم است عده نگه دارند.

شیوه استدلال به روایت

شیوه استدلال به این روایت آن است که نسبت چهار زن، به سه چهارم از یک هشتمِ میراث، یکسان و مساوی است؛ پس براساس عمل به این روایت و نیز قاعده عدل و انصاف میان آنان به چهار قسمت تقسیم می‌شود. به همین سبب ـ همان گونه که در کتاب جواهر آمده ـ این حکم از مورد روایت به موارد دیگر تعدی می‌کند؛ مثلاًبه موردی که زن طلاق داده شده، فقط میان دو یا سه نفر، یا میان پنج نفر، مشتبه و مردد باشد.[۸]

۸. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج۳۹، ص۲۰۰.

بنابراین، اقتصار بر مورد روایت ابو بصیر و اشکال در تعدی آن به موارد دیگر، چنان که از علامه در قواعد[9] نقل شده، جمود بر ظاهر لفظ روایت است که عرف آن را نمی‌پذیرد؛ زیرا برای مورد روایت غیر از آنچه ذکر گردید، هیچ گونه احتمال خصوصیتی وجود ندارد.

شاید بتوان گفت موارد وقوع شرکت به سبب مخلوط شدن دو مال با یکدیگر به گونه‌ای که هیچ یک از دو مال قابل تشخیص و تفکیک از دیگری نباشد نیز از این قبیل است؛ زیرا مخلوط شدن دو مال به گونه‌ای که امکان تشخیص و تفکیک را از میان ببرد، سبب می‌شود نسبت هر یک از شرکا مثلاً به هر یک از دانه‌های گندم یا جو یکسان باشد. فقها بر وقوع شرکت در این صورت اتفاق نظر دارند و ادعا کرده‌اند که روایات نیز بر آن دلالت دارد. علت آن نیز فقط همان است که بیان شد؛ یعنی یکسان بودن نسبت هریک از شرکا به هر یک از دانه‌های گندم یا جو و اقتضای قاعده عدل و انصاف.

ممکن است گفته شود: میان دو مثال تفاوت روشنی است؛ زیرا در مثال اول، علم اجمالی وجود دارد که یکی از چهار زن، هیچ سهمی از سه چهارمِ یک هشتمِ میراث ندارد و با این حال از سهم سه زنی که سه چهارمِ یک هشتم، متعلق به آنان است کسر می‌شود و به آن زنی که از یک هشتم سهمی ندارد، داده می‌شود، ولی در مثال دوم، عوض آنچه از مال یکی از دو شریک به دیگری داده می‌شود، از مال دیگری نیز به او داده می‌شود، پس چیزی از حق آنان کم نمی‌شود. بنابراین در حکم به شرکت، هر صاحب حقی به حق خود می‌رسد، بر خلاف مثال اول؛ زیرا حکم به توزیع و تقسیم میراث میان زنان فقط بر اساس قاعده عدل و انصاف خواهد بود.

درجواب این اشکال باید گفت که اینگونه تفاوت‌ها موجب متفاوت شدن

۹. همان.

حکم عـرف به عـدل و انصـاف در این مـوارد نمی شـود. حکم عـرف در تـمـام این مثال هـا از یک سنخ است؛ همچنان که در موارد قـرعه نیز حکم بر اسـاس قرعه ـ آن گونه که شارع مقرر کرده ـ از نظر عرف، حکم به عدالت است.

به هر حـال، روایت ابو بصیـر، تنها دلیل حکم به توزیع و تـقسیم مـال، در این مسئله است؛ همان گونه کـه در مثال مذکـور در روایت ابو بصیر، به توزیع و تقسیم سه چهـارمِ یک هشتمِ میراث زوج، مـیان چهار زن حکم شده است، در مـورد مالی کـه مـعـلوم است مـالک آن یکی از دو نـفـر، یا یکی از سـه نـفـر یا یکی از چهـار نفـر می باشد، به توزیع و تقسیم این مال میان آن دو نفر، یا آن سه نفـر، یا آن چهار نفر، حکم می شود.

چه بسـا برای حکم به توزیع و تقسـیم مـال به کیـفـیـتی که ذکـر شـد، به روایت سکونی از امام صادق(ع) از پدرش از امام علی(ع) استدلال می شود:

> رجل اسْتَوْدَعَ رجلًا دِينَارَيْنِ وَ اسْتَوْدَعَهُ آخَرُ دِينَاراً فَضَاعَ دِينَارٌ منها [منهـما] فَقَضَى أَنَّ لِصَاحِبِ الدِّينَارَيْنِ دِينَاراً وَ يَقْتَسِمَانِ الدِّينَارَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ[10]؛
>
> شخـصی دو دینار نزد کسی ودیعـه نهاد و شخص دیگری یـک دینار نزد همان کس به امـانت گـذاشت و از این دینارها یک دینار گـم شـد. پـس حـضـرت فرمود: یک دینار به صاحب دو دینار دهند و دینار دوم به طور تنصیف، میان آنان تقسیم می شود.

ادعا شـده فقـهای امامـیه به این روایت عـمل کرده اند و ضعف سنـد آن به سبب وجـود سکـونی ـ اگـر قـائـل به ضـعف آن باشـیم ـ با عـمل اصـحـاب جبـران شـده است.[11و12]

---

۱۰. صـــدوق، **من لا یحضره الفقیه**، ج۳، ص۳۷، ح۳۲۷۸؛ طـوسـی، **تهـذیب الاحکام**، ج۶، ص۲۰۸، ح ۴۸۳؛ حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۱۸، ص۴۵۲، ب ۱۲ از کتاب صلح، ح ۱.

۱۱. سید داماد در کـتـاب خود ص۵۷ فرمـوده است: ضـعیف بودن سکـونی یکی از غلطهـای

از روایت سکونی، قاعده‌ای کلی استفاده می‌شود که در سایر مواردی که ملکیت مال بین افرادی مردد باشد به گونه‌ای که نسبت آنان با آن مال یکسان باشد، با الغاء خصوصیت و تنقیح مناط قطعی که مقتضای عدل و انصاف است و حکم عقل به اختصاص نیافتن آن حکم به موردش، به آن قاعده عمل می‌شود. پس مفهوم موافق این روایت، بلکه در برخی موارد، اولویت قطعی آن، قاعده عدل و انصاف است.

اشکال

چه بسا دلالت این روایت بر قاعده کلی، مورد تأمل و تردید واقع شود؛ به سبب توهم اینکه اگر این روایت در مقام بیان حکم موردی باشد که دینار متعلق به صاحب یک دینار، از دو دینار شخص دیگر، مشخص و معین بوده و بعد از گم شدن یک دینار از سه دینار، شبهه حاصل شده که دینار کدام یک از آنان گم شده است؛ در این صورت حکم به عدل و انصاف اقتضا می‌کند که به صاحب یک دینار، دو سوم دینار از دو دینار باقی مانده، و به صاحب دو دینار، یک سوم دینار داده شود؛ زیرا احتمال اینکه دینارِ گم شده از مال صاحب دو دینار باشد، دو برابر احتمال صاحب یک دینار است.

توضیح این مطلب آنکه اگر فرضاً نفر اول، هزار دینار و نفر دوم، یک دینار داشته باشد و یک دینار از تمام آنها گم شود، آیا عدل و انصاف اقتضا می‌کند که به

مشهور است و قول صحیح این است که سکونی ثقه و مورد اعتماد است و در ص ۵۸ فرموده است: نسبت ضعیف بودن سکونی از پیشوایان علم رجال که وثاقت و عدم وثاقت راویان احادیث را بیان می‌کنند، به من نرسیده است، در حالی که اتفاق علمای امامیه بر تصدیق وثاقت و عمل به روایت او نقل شده است. بنابراین روایاتی که سکونی نقل کرده، ضعیف نیستند، بلکه این روایات از روایات موثقه‌ای که به آنها عمل شده، هستند و ضعیف شمردن این روایات، ناشی از ضعف در تشخیص و کوتاهی در تتبع و تفحص است.

۱۲. شهید ثانی، **مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ج۴، ص۲۶۶.

نفر اول، نهصد و نود و نه دینار بدهیم و دینار باقی مانده میان آن دو تنصیف شود؟ با اینکه نسبت احتمال اینکه دینار گم شده از نفر دوم باشد در مقایسه با احتمال اینکه دینار گم شده از نفر اول باشد، نسبت یک به هزار است. بنابراین، هرچه مقدار دینارهای نفر اول زیادتر باشد، احتمال اینکه دینار تلف شده از دینارهای او باشد قوی تر و احتمال اینکه از نفر اول باشد، ضعیف تر می گردد.

پس عدل و انصاف اقتضا می کند که به نسبت احتمال اینکه دینار گم شده از مال کدام یک از آن دو باشد، یک دینار بین آنها تقسیم شود.

اگر مورد روایت سکونی، فرض اشتباه دینارها قبل از گم شدن دینار باشد، حکم به عدل و انصاف در این مورد، این است که میان صاحب دو دینار و صاحب یک دینار، در سه دینار شرکت قهریه حاصل شده و بر این پایه از هر یک از سه دینار، دو سوم، برای صاحب دو دینار و یک سومِ آن برای صاحب یک دینار می باشد و بعد از گم شدن یک دینار از سه دینار، از هر یک از دو دینار باقی مانده دو سوم، برای صاحب دو دینار و یک سوم برای صاحب یک دینار، باقی می ماند. بنابراین هنگامی که مثلاً هزار دینار به صورت اشاعه، ملک دو نفر باشد که هشتصد دینار آن ملک یکی، و دویست دینار آن ملک دیگری باشد و از این هزار دینار مشاع، دویست دینار تلف شود، عدل و انصاف اقتضا می کند از هشتصد دیناری که به صورت اشاعه باقی مانده، صد و شصت دینار، برای صاحب دویست دینار و ششصد و چهل دینار، برای صاحب هشتصد دینار باشد و اگر گفته شود ششصد دینار به صاحب هشتصد دینار، و دویست دینار میان آن دو بالتنصیف تقسیم می شود، بر خلاف عدل و انصاف است.

بنابراین انصاف این است که این روایت نمی تواند دلیل بر این قاعده باشد؛ بلکه روشن گردید که نسبت دو نفر به مالِ باقی مانده، یکسان نیست تا به تنصیف مال میان آنان حکم شود؛ لذا حکم به تنصیف در این روایت یا حمل بر تعبد و یا

برخی محمل های صحیح دیگر می شود و یا معنای آن به اهلش (صلوات اللّه علیهم اجمعین) واگذار می گردد.

پاسخ

پاسخ این اشکال آن است که می توان گفت حکم به تقسیم یک دینار میان دو نفر به طور مساوی بر اساس این احتمال که دینار گم شده مال هر یک از آن دو باشد نیست تا گفته شود احتمال اینکه دینار گم شده از مال صاحب دو دینار باشد، قوی تر است؛ بلکه بر اساس این احتمال است که یک دینار از دو دینار باقی مانده، مال هر یک از دو نفر باشد؛ یعنی علم اجمالی وجود دارد که ملک فرد اول و یا ملک فرد دوم است و مقتضای این علم اجمالی آن است که در هر صورت، یک دینار میان آن دو نفر تنصیف شود؛ اگر چه برای یکی از دو نفر، دینارهای فراوانی باشد، و برای دیگری تنها همین دینار باشد که ملکیت آن میان او و صاحبش مردد است.

روایت اسحاق بن عمار

از جمله روایاتی که برای اثبات قاعده عدل و انصاف به آن استناد شده و سپس بر اساس آن در مسئله مورد بحث ما، به توزیع و تقسیم مال بین دو یا چند نفر که معلوم است آن مال، ملک یکی از آنان است حکم داده شده، روایت اسحاق بن عمار از امام صادق(ع) است. این روایت را مشایخ سه گانه کلینی، شیخ صدوق، شیخ طوسی روایت کرده اند. از شیخ طوسی نقل شده که به آن عمل کرده است[۱۳]:

فِي الرجُلِ يُبْضِعُهُ الرَّجل ثَلَاثِينَ دِرْهَماً فِي ثَوْبٍ وَآخَر عِشْرِينَ دِرْهَماً فِي ثَوْبٍ فَبَعَثَ(فيبعث الثوبين) بِالثَّوْبَيْنِ فَلَمْ يَعْرِفْ هَذَا ثَوْبَهُ وَ لَا هَذَا ثَوْبَهُ قَالَ: يُبَاعُ الثَّوْبَانِ فَيُعْطَى صَاحِبُ الثَّلَاثِينَ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ الثَّمَنِ وَ الْآخَرُ خُمُسَيِ الثَّمَنِ

۱۳. شهید ثانی این مطلب را در مسالک از شیخ طوسی نقل کرده است: ج۴، ص۲۶۷.

قال: قُلْتُ: ۳ فَإِنَّ صَاحِبَ الْعِشْرِينَ قَالَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثِينَ: اخْتَرْ أَيَّهُمَا شِئْتَ قَالَ قَدْ أَنْصَفَهُ[۱۴]؛

اسحاق بن عمار گوید: از امام صادق(ع) سؤال کردم: شخصی سی درهم و دیگری بیست درهم به یک نفر می دهند تا برای هر یک از آنان لباسی بخرد. آن شخص دو لباس را با هم برای آنان فرستاد، ولی آنان لباس خود را نمی شناسند. امام(ع) فرمود: هر دو لباس فروخته و سه پنجم بهای آنهابه صاحب سی درهم و دوپنجم به صاحب بیست درهم، داده می شود. اسحاق بن عمار می گوید: گفتم: صاحب بیست درهم به صاحب سی درهم گفت: هر کدام از دو لباس را می خواهی اختیار کن و بردار. امام(ع) فرمود: با وی با انصاف رفتار کرده است.

ظاهر این است که حکمی که در این روایت ذکر شده تنها براین اساس صحیح و مطابق عدل و انصاف است که نسبت ارزش هر یک از دو لباس به دیگری، در حالی که متمایز از هم باشند، همان نسبت بهای هر یک از دو لباس به دیگری باشد و همین ارزش آنها تا زمانی که مشتبه گردیده اند، باقی مانده باشد؛ به گونه ای که خرید آنها به هر بهایی با ملاحظه ارزش نسبت دو پنجم و سه پنجم میان آنها باشد.

بنابراین، ارزش دو لباس و نیز بهایی که در عوض هر یک از آن دو واقع می شود، در هر دو صورت یکسان است و تفاوتی ندارند. فقط در صورت اول، هر یک از دو لباس از دیگری متمایز است و در صورت دوم، دو لباس مشتبه و مردد گردیده اند. پس حکم عادلانه این است که هر یک از دو نفر به همین نسبت سه پنجم و دوپنجم در دو لباس شراکت داشته باشند و با توجه به اینکه تفکیک و جدا

۱۴. کلینی، **کافی**، ج۷، ص۴۲۱، ح۲؛ صدوق، **من لایحضره الفقیه**، ج۳، ص۳۶، ح ۳۲۷۷؛ همو، **مقنع**، ص۳۶۸؛ شیخ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج ۶، ص۲۰۸، ح۴۸۲؛ حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۱۸، ص۴۵۱، ب ۱۱ از کتاب صلح، ح ۱.

کردن دو لباس به این نسبت ممکن نیست، مقتضای حکم به عدالت این است که آن دو لباس فروخته شود و بهای آن به همان نسبتی که ذکر شد، میان آن دو نفر تقسیم شود. این حکم مطابق عدل و انصاف بوده و باید چنین حکم می شد؛ زیرا ظاهر این است که تفاوت بهای دو لباس، به نسبت تفاوت ارزش آن دو می باشد.

نتیجه اینکه بدون شک، حکم مذکور موافق و مطابق عدل و انصاف است و این روایت غیر از این صورت را شامل نمی شود؛ مانند اینکه ارزش لباسِ گران تر، کم شود و ارزش هر دو لباس به سبب اشتباه، مساوی و یکسان گردد و نسبت بهای دو لباس، به غیر از آنچه پیش از این بود تغییر یابد. در این صورت، حکم به عدل و انصاف به گونه دیگری خواهد بود.

تمام کلام این که بر اساس دلالت این روایت، در غیر این صورت نیز حکم به عدل و انصاف، واجب است و حکم به عدل به این مورد اختصاص ندارد. البته همان گونه که روشن است، حکم به عدل و انصاف به حسب موارد، متفاوت می باشد.

ممکن است اشکال شود که این حکم از باب قاعده عدل و انصاف نیست؛ بلکه دادن حق هر صاحب حق به اوست و حکم به عدل و انصاف تنها در موردی است که مالک میان دو یا چند نفر مشتبه و مردد باشد، مانند مورد روایت ابو بصیر و روایت سکونی، یا مواردی که دو مال مشتبه و مردد شود، به گونه ای که تشخیص داده نشود کدام یک از دو مال ملک کدام یک از دو مالک می باشد.

پاسخ این اشکال آن است که تفاوتی میان این موارد وجود ندارد؛ زیرا عرف، حکم تمام این موارد را موافق و مطابق با عدل و انصاف می داند. در مواردی که دو مال مشتبه و مردد گردند، عدل و انصاف اقتضا می کند که با محاسبات دقیق نسبت هر یک از دو مال استخراج و به شرکت حکم گردد و در موردی که مالک میان دو یا

چند نفر مشتبه و مردد گردد، عدل و انصاف اقتضا می کند تا آن مال میان آنان توزیع و تقسیم شود.

ولی انصاف این است که این فرض از قاعده عدل و انصاف خارج است و اگر روایت اسحاق بن عمار ناظر به این فرض باشد، مطابق قواعد اصلی که به دادن حق به صاحب آن حکم می کند، صادر شده است و ارتباطی با مسئله مورد بحث ما ندارد.

البته اگر فرض شود که این روایت ناظر به صورتی است که قیمت دو لباس معلوم نبوده و فروختن هر یک از آنها به تنهایی ممکن نباشد، حکم این است که دو لباس فروخته شد و از مجموع بهای آنها به نسبت بهایی که هر یک از دو نفر پرداخته اند، به آنان پرداخت شود، ولی این فرض جداً نادر است. اما هنگامی که قیمت دو لباس معلوم و نسبت هر یک به دیگری مساوی باشد، هر دو نفر به نسبت مساوی در دو لباس شریک خواهند بود، یا یکی از دو لباس برای یکی از آنان و لباس دیگر برای شخص دیگر و در صورتی که نسبت قیمت های دو لباس متفاوت باشد، لباسی که قیمتش بیشتر است برای کسی که بهای بیشتر داده و لباس دیگر برای شخص دیگر خواهد بود و این حکم موافق عدل و انصاف است.

به هر حال تعیین مراد از این روایت بسیار مشکل و استناد به آن برای قاعده عدل و انصاف، مشکل تر است. بنابراین تنها روایت ابو بصیر باقی می ماند که با الغاء خصوصیت بین موارد ـ چنان که صاحب جواهر کرده ـ و قبول اینکه میان اشتباه دو مالک که منطوق روایت است و اشتباه دو مال تفاوتی نیست، در این مسئله قابل استناد است.

اشکال: روایات متواتر قرعه[15] با روایت ابو بصیر و امثال آن تعارض دارد. روایات قرعه دلالت براین دارند که جایگاه قرعه، جایگاه اماره است و قرعه طریق

۱۵. ر. ك: حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۲۷، ص۲۵۷، ب ۱۳ از کیفیت حکم.

معرفت واقع و رسیدن به آن است و خطا نمی کند. با وجود روایات قرعه چگونه می توان به روایتی عمل کرد که شأن طریقیت نداشته و نظری به رفع شک و وصول به واقع ندارد، بلکه عمل به آن اجمالاً موجب قطع به مخالفت با واقع هم هست؟

پاسخ: طریقیت قرعه مانند طریقیت سایر طرق و امارات عرفی ظن آور، همچون خبر شخص عادل و بیّنه و ظواهر الفاظ نیست که شارع آنها را به منزله قطع به واقع تنزیل کرده است، بلکه آنچنان که از روایات استفاده می شود، قرعه فقط در موارد خاصی که شارع تعیین کرده، با عنایت خاص خداوند متعال، به واقع اصابت می کند و خطا نمی کند و مواردی که دشواری و شبهه و بلکه جهالت آن با حکم شارع مرتفع می گردد، اگر چه این رفع شبهه و جهالت از روی تعبد و به حسب ظاهر باشد، از موارد قرعه نیست. بنابراین، مثل این موارد به نحو تخصیص یا تخصص از ادله قرعه خارج است.

ظهور روایات قرعه در این است که عمل به قرعه در مواردی است که مشاجره ناشی از دشواری و پیچیدگی و شبهه و جهالت، عملاً مرتفع نمی گردد، مگر از طریق قرعه و در غیر از این موارد به قرعه عمل نمی شود، مگر اینکه دلیل خاص وارد شده باشد.

گاهی عمل به قرعه برای حل و فصل مخاصمات اعمال می شود که در این صورت فقط با حکم قاضی شرعی واقع می شود و شاید روایت «الْقُرْعَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا لِلْإِمَامِ؛[16] قرعه تنها برای امام می باشد» به این نوع از قرعه برگردد که امام(ع)یا نایب خاص یا عام او برای حل و فصل مرافعات، به قرعه عمل می کند. گاهی قرعه برای رفع شبهه ای است که برای یک یا چند نفر حاصل شده است، مانند برخی از مثال های ذکر شده در روایات قرعه که امر بر اشخاص مشتبه گردیده است، خواه آن

۱۶. شیخ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج۶، ص۲۴۰، ح۵۹۲؛ حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۲۷، ص ۲۵۹، ب ۱۳ از کیفیت حکم، ح ۹.

امر در واقع معین و به حسب ظاهر مشتبه و مردد باشد، یا در واقع نیز مبهم و غیر معین باشد. در این صورت هر گاه دو طرف نزاع بر انجام قرعه تراضی کنند، بدون شک عمل به قرعه جایز است، اگرچه نزد حاکم شرعی واقع نشود. البته این سؤال مطرح می شود که آیا عمل به این نوع قرعه واجب است و عدول از آن جایز نیست؟

نکته دیگر آنکه آیا هنگامی که قرعه نزد حاکم شرعی ثابت شد، یا در حضور او یا به دستور وی واقع شد، می تواند بر اساس آن حکم کند؟ ظاهر روایات این است که عمل به نتیجه قرعه در تمام موارد واجب است. همچنین هنگامی که یکی از افرادی که امر بر آنان مشتبه شده از حاکم شرعی قرعه را درخواست کند، بر حاکم واجب است بر اساس قرعه حکم کند. والله هو العالم

پوشیده نباشد که حکم به رجوع به قرعه در روایات، در برخی از موارد بر قاعده عدل و انصاف نیز منطبق است، مانند روایتی که در برخی وصیت های مبهم و غیر معین ـ همانند وصیت به آزادی بیست تن از شصت برده موصی ـ وارد شده است.

در مطالب پیش گفته، مورد قاعده ای که قاعده عدل و انصاف نامیده شده و مورد قاعده قرعه بیان شد و معلوم گردید که این دو قاعده با هم تعارض ندارند. همچنین علت مقدم داشتن قاعده عدل و انصاف بر قاعده قرعه روشن گردید، با اینکه قاعده عدل و انصاف به منزله اصل و قاعده قرعه به منزله اماره بوده و از قاعده عدل و انصاف قوی تر است.

حکم مسئله ای که در عنوان این بحث آمده نیز روشن گردیده و معلوم شد که از صغریات قاعده عدل و انصاف است و اللّه العالم.

منابع و مآخذ

۱ . قرآن

۲ . حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، مؤسسه آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث، قم چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ. ق.

۳ . بحث پیرامون آن، در تحقیق جداگانه ای با عنوان (مدعی بودن دو نفر نسبت به یک مال بدون اینکه بیّنه و یدی بر ملکیت باشد)، خواهد آمد.

۴ . سید داماد در کتاب خود در ۵۷ فرموده است: ضعیف بودن سکونی یکی از غلطهای مشهور است و قول صحیح این است که سکونی ثقه و مورد اعتماد است و در ص ۵۸ فرموده است: نسبت ضعیف بودن سکونی از پیشوایان علم رجال که وثاقت و عدم وثاقت راویان احادیث را بیان می کنند، به من نرسیده است، در حالی که اتفاق علمای امامیه بر تصدیق وثاقت و عمل به روایت او نقل شده است. بنابراین روایاتی که سکونی نقل کرده، ضعیف نیستند، بلکه این روایات از روایات موثقه ای که به آنها عمل شده، هستند و ضعیف شمردن این روایات، ناشی از ضعف در تشخیص و کوتاهی در تتبع و تفحص است.

۵ . شهید ثانی، زین الدین بن علي، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، مؤسسة المعارف الإسلامیه ـ قم، چاپ اوّل، ۱۴۱۳ هـ. ق.

۶ . شیخ طوسی، محمد بن الحسن، **تهذیب الأحکام**، تهران، دارالکتب الإسلامیه، چهارم، ۱۳۹۳هـ. ق.

۷ . صدوق، ابو جعفر محمد بن علي بن الحسین بن بابویه قمی، **من لا یحضره الفقیه**، دار الکتب الإسلامیه، طهران، چاپ سوم، ۱۴۰۴، ۱۳۶۳ هـ. ش.

۸ . ـــــــــ، **المنقع**، قم، موسسة الإمام الهادي، اوّل، ۱۴۱۵ هـ. ق.

۹ . عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، **تفسیر نور الثقلین**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۲ هـ. ق ۱۳۷۰ هـ. ش.

۱۰ . کلینی، محمد بن یعقوب ابن اسحاق، **الکافي**، دارالکتب الإسلامیه، تهران، سوم ۱۳۸۸ هـ. ق.
۱۱ . نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، بیروت، مؤسسة التاریخ العربي ـ چاپ هفتم، بی تا.

فقه اهل‌بیت ۷۸ـ۷۷

روش فقهی تجمیع و مدیریت سرمایه‌ها

(جایگزین شرکت سهامی)

○ احمد حسنی*

چکیده

روش متداول و فراگیر برای تجمیع سرمایه به منظور انجام فعالیت‌های اقتصادی در دنیای امروز، شرکت‌های سهامی است. این شرکت‌ها از لحاظ فقهی مخدوش بوده و از جنبه حقوقی و اقتصادی نیز دچار اشکالاتی هستند. در این مقاله، به این اشکالات اشاره شده و برای پاسخ صحیح و مشروع، به نیاز تجمیع سرمایه و مدیریت آن، انواع شرکت در فقه بررسی گردیده و شرکت فقهی متناسب با این نیاز انتخاب و بر اساس ضوابط آن، سازوکاری برای مدیریت شرکت طراحی شده است. قسمت پایانی مقاله، به تبیین برتری این شرکت فقهی بر شرکت سهامی علاوه بر مشروعیت آن، اختصاص یافته است.

کلید واژگان: سرمایه، سرمایه گذار، فعالیت اقتصادی، شرکت سهامی، تجمیع سرمایه.

---

* دانش آموخته حوزه علمیه قم.

مقدمه

منظور از «بازارهای سرمایه گذاری» فضاهایی است که سرمایه برای انجام فعالیت های مشخص اقتصادی تجمیع شده و به نحوی بین افراد شراکت به وجود می آید و امکان فروش سهم برای سرمایه گذاران در شرکت نیز فراهم می گردد. در دنیای امروز، راهکار متداول و فراگیر برای تجمیع سرمایه برای یک فعالیت اقتصادی در این بازارها «شرکت سهامی» است. شرکت سهامی دارای «شخصیت حقوقی مستقل» و «مسئولیت محدود» بوده و نظام تصمیم گیری در آن بر اساس «رأی اکثریت» است. این موارد از منظر فقهی دچار اشکال است، از جهات دیگری نیز این شرکت ها با اشکالاتی مواجه هستند که بدان ها اشاره می شود.

اشکالات فقهی شرکت های سهامی

شرکت های سهامی بر پایه های اساسی «شخصیت حقوقی»، «مسئولیت محدود» و «حاکمیت رأی اکثریت» استقرار دارند. اصل این موارد و یا وجود آنها در شرکت های سهامی، از نظر فقهی دچار اشکال بوده و مخدوش است.

امکان مالک شدن برخی عناوین مثل عنوان امام یا عنوان مسلمین یا برخی اعیان خارجی مثل مسجد، فی الجمله در شرع پذیرفته شده است اما بحث از شخصیت حقوقی که یکی از ثمرات آن امکان مالکیت می باشد برای برخی عناوین، اعیان و یا نهادهایی که در زمان شارع وجود نداشته اند، محل بحث و اشکال فقهی است.[1]

انتساب مالکیت به عناوین ذکر شده که در زمان شارع صورت می گرفته، بدین

۱. حائری، مالکیت شخصیت های حقوقی، **مجله فقه اهل بیت(ع)**، شماره۲۱ ؛ **فقه العقود**، ج۱، ص۸۰.

سبب بوده که مثلاً در مورد عنوان امام، شارع می خواسته ثمرات مالکیت برخی اموال مربوط به شأن امامت، تماماً و دائماً برای جایگاه امامت باشد و اگر مالکیت برای عنوان امام قرار داده نمی شد و شخص امام مالک قلمداد می گردید، نتیجه مورد نظر حاصل نمی شد و آن اموال به فرزندان آن امام به ارث می رسید.

در مورد مسجد نیز واقفان، یا اعطاکنندگان می خواسته اند ثمرات مالکیت اشیاء اعطایی، تماماً و دائماً برای مسجد باشد. در این فرض به طور طبیعی و عرفی باید مالکیت را به مسجد نسبت می دادند؛ چرا که اگر غیر از مسجد را مالک آن اشیاء در نظر می گرفتند به هدف خویش دست نمی یافتند. مسجد نیز به دلیل موقوفی بودن آن، چنین جایگاهی را داشته است که پذیرای چنین مالکیتی باشد.

در مورد شرکت های سهامی خلاف برخی مؤسسات عام المنفعه شناخته شده با عنوان شخصیت حقوقی ـ که مالکیت خود آن مؤسسات مد نظر تملیک کنندگان اموال به آنها بوده است ـ نه تنها امکان مالکیت شرکا وجود دارد بلکه ملاحظه می شود که بیشتر آثار مالکیت شرکا برای ایشان در نظر گرفته شده اما در میزان مسئولیت شرکا آثار مالکیت آنان نفی شده است[۲].

در غیر از موارد پذیرفته شده در شرع، آنچه از گذشته تاکنون در عرف و عقلا به شخصیت حقوقی استناد می شده مواردی است که می خواسته اند چیزی را به عنوان، جهت، شیء و یا نهادی تملیک کنند به گونه ای که آثار ملکیت برای همان عنوان، جهت، شیء و یا نهاد قرار داده شود؛ مثلاً پدری می خواسته چیزی را به «فرزندی که هنوز به دنیا نیامده است» تملیک کند؛ نیکوکاری اعطا و صرف دائمی درآمد اموال خویش را برای «مستمندان یک شهر» خواستار بوده؛ شخصی اموالی را به یک «معبد» یا «آرامگاه» تملیک کرده یا گروهی از متموّلین که مؤسس یک نهاد

۲. البته موارد دیگری نیز به عنوان اثرات نفی مالکیت شرکا بیان شده که قابل توجه نیستند و معمولاً مورد نیاز و التفات قرار نمی گیرند. ر. ك: سنهوری، **الوسیط**، ج۵، ص۲۹۲ ـ ۲۹۴.

خیریه بوده‌اند، برخی دارایی های خود را به آن «نهاد خیریه» تملیک می کردند تا به وسیله آن نهاد برای مصارف خیریه مشخصی هزینه شود.

آنچه به طور خاص در مورد شرکت سهامی، قابل توجه و تعجب‌آور است اینکه تملیک کنندگان دارایی به شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی، همان سهام‌دارانی هستند که سود شرکت به جیب آنها وارد می شود و به میزان سهام، حق رأی دارند و ضرر و خسارت نیز تا کمتر از دارایی شرکت، از اموال شرکت که در واقع همان اموال شرکا است پرداخت می شود اما اگر خسارت، بیش از دارایی شرکت باشد، شرکا مسئولیتی ندارند.

به نظر می رسد هدف اصلی از مالکیت بخشی به خود شرکت و اندیشه شخصیت حقوقی برای شرکت های سهامی، توجیه خسارت ندیدن شرکا بیش از دارایی شرکت است، در حالی که مصادیق عرفی و عقلایی مالکیت های این چنینی، کاملاً با آن متفاوت است. این اندیشه برای توجیه مؤلفه دیگر این شرکت ها، یعنی حاکمیت اکثریت نیز به کار گرفته شده است.

برخی از محصولات رفتار و اندیشه های توجیه گرانه غربی، گاه عقلایی خوانده می شود، بدون آنکه ریشه عقلایی آن (به معنای مورد نظر در فقه) به درستی مد نظر قرار گیرد.[۳] بدون نظر به شرع، اندیشه مالکیت شرکت سهامی و شخصیت بخشیدن به آن، از نظر عقلایی، اندیشه ای نارس و ناقص است. خاستگاه این اندیشه و چرایی پدیدار شدن آن را باید در نظام سرمایه داری غربی جستجو کرد که به سرمایه و صاحبان آن چنین جایگاهی می دهد.

علاوه بر اشکال اساسی متکی نبودن شخصیت حقوقی شرکت سهامی به سیره عقلا و در عوض، اتکای آن به طراحی مهندسان مالی و اندیشه ورزان حقوقی، همان طور که اشاره شد، از منظر شرعی اصل حقیقت شخصیت حقوقی

۳. موسویان، **ابزارهای مالی اسلامی(صکوك)**، ص۳۱۸.

در خارج از موارد موجود در زمان شارع، محل بحث است.

لازم است به این مطلب نیز توجه شود که اگر شخصیت حقوقی را در مورد شرکت های سهامی علی رغم همه اشکالات آن بپذیریم، این مطلب نهایتاً می تواند مسئولیت محدود شرکت ها را توجیه کند، اما نظام تصمیم گیری در شخصیت های حقوقی نوپیدا ـ بر فرض مشروع دانستن آنهاـ موضوع مستقلی برای بررسی فقهی است و ممکن است اندیشه صحیح فقهی، حاکمیت حاکم شرع بر این شخصیت ها باشد و در این صورت همچون گذشته، دلیلی بر مشروعیت حاکمیت رأی اکثریت در شرکت ها وجود نخواهد داشت.

در هر صورت نمی توان نظام مالی و اقتصادی یک کشور اسلامی و مدعی حاکمیت اسلام را بر این گونه امور که مورد بحث و دارای ابهام و ایراد است استوار کرد، خصوصاً اینکه در شریعت، شرکت و قواعد و شرایط آن تبیین شده و برای نفی لوازم شرکت فقهی که از جمله آن، مسئولیت شرکا و در عین حال، رعایت کامل حقوق آنان در تصمیم گیری های شرکت است، نمی توان چنین راه هایی را پیمود.

رعایت نکردن حقوق اقلیت

به دلیل حاکمیت اکثریت در شرکت های سهامی، در بسیاری از مواقع حقوق سهامداران اقلّیت رعایت نمی شود. مقاله «مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی؛ حقوق انگلستان و ایران» به این مطلب اشاره می کند:

> قاعده اکثریت یکی از اصول بنیادین حکومت شرکتی در شرکت های سهامی و حقوق شرکت های غالب کشورهای دنیا بوده است... از یک نظر، قاعده می تواند هنوز ناعادلانه باشد، چه اعمال آن مستلزم تمرکز قدرت شرکتی در دستان اکثریت سهامداران است که از این طریق می توانند از آن سوء استفاده کنند؛ در حالی که هر یک از سهامداران در تأمین سرمایه شرکت مشارکت

می کنند، فقط یک گروه از ایشان، یعنی سهامداران اکثریت، قادرند تصمیمات الزام آوری را که ممکن است متضمن منافع اقلّیت سهامداران نباشد، اتخاذ نمایند. حتی در جایی که تصمیمات صادقانه اتخاذ شده اند، می توانند با سیاستگذاری های ضعیفی همراه باشند و سبب زیان شرکت گردند.

همراه شدن قاعده اکثریت با برخی اصول حقوق شرکت ها نیز باعث رشد فزاینده قابلیت سوء استفاده در شرکت ها شده است. این باور که شرکت از نظر قانون، شخصیت حقوقی مستقل محسوب شده و هم او به عنوان خواهان ذینفع، و نه سهامداران آن، می تواند دعوای شرکت را علیه اشخاص طرح و پیگیری نماید و این که دعاوی سهامداران در چنین مواقعی شنیده نخواهد شد، قدرت شرکتی را تقریباً به طور کامل در اختیار سهامداران اکثریت قرار می دهد.

دادگاه ها هم نشان داده اند که تمایلی به شنیدن اختلافات بین سهامداران نداشته و به طور کلّی بر این باورند که چنین اختلافاتی باید در مجامع عمومی سهامداران طرح و حل و فصل گردند، حتی در صورتی که دادگاه ها به شنیدن دعاوی اقلیت تمایل نشان دهند، مشکلات عملی طرح چنین دعاوی ای به اندازه کافی دلسرد کننده هستند. مدیران همیشه می توانند به استناد محرمانه بودن اطلاعات تجاری مورد درخواست، از ارائه چنین اطلاعاتی به سهامدار ناراضی خودداری کنند. از این ها گذشته، برای یک سهامدار، هزینه های طرح دعوی در چنین مواردی، در مقایسه با فواید احتمالی آن، می تواند بسیار نامتناسب بوده و در نتیجه او را کاملاً بی انگیزه و از طرح دعوا منصرف کند.

بنابراین سوء استفاده از قاعده اکثریت امکان پذیر است و چنین امکانی

می تواند سبب یأس سرمایه گذاری شرکتی و نوعی نقض غرض از تحول و تکامل نهاد حقوقی ـ اقتصادی شرکت که به گفته بسیاری از نظریه پردازان حقوقی همانا فائق شدن بر مشکلات مربوط به جذب سرمایه است، باشد. با وجودی که قاعده اکثریت به طور بالقوه فرصت سوء استفاده را برای سهامداران اکثریت فراهم می سازد، نظریه پردازان حقوق شرکت ها هم چنان به حمایت از آن اهتمام ورزیده اند.[۴]

زیاد بودن ورشکستگی به دلیل مسئولیت محدود

یکی از قواعد شرکت های سهامی، اختیار اعلام ورشکستگی توسط سهامداران یا مدیران در مواقع فزونی بدهی ها از دارایی های شرکت است. مسئولیت محدود این شرکت ها این امکان را برای شرکا پدید می آورد که خود را با اعلام ورشکستگی، از پرداخت بدهی بیشتر از دارایی شرکت خلاص کنند، در حالی که در شرکت فقهی، باید هر یک از شرکا به اندازه سهم خود در شرکت، نسبت به پرداخت کل بدهی اقدام کند. با توجه به این مطلب، می توان احتمال ورشکستگی و تعطیلی شرکت فقهی را ضعیف دانست؛ چرا که برای شریکانی که موظف به پرداخت بدهی می گردند حفظ سرمایه مولّد و سودآفرین شرکت و پرداخت بدهی از سایر دارایی هایشان ترجیح دارد؛ خصوصاً در مواقعی که تعداد شرکا فراوان باشد، ورشکسته کردن شرکت بسیار بعید به نظر می رسد. این نکته نیز قابل توجه است که طبیعتاً در چنین شرکت هایی میزان محافظت و حسابرسی برای جلوگیری از بروز بدهی های سنگین به دلیل نبودن مسئولیت محدود، قوی تر خواهد بود.

علاوه بر ظلم و اجحافی که در حق طلبکاران شرکت های سهامی هنگام

---

۴. رحمانی، مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی؛ **حقوق انگلستان و ایران**، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص۴۵۴.

ورشکستگی رخ می دهد، اصل ورشکسته کردن این شرکت ها، اتلاف سرمایه های مادی و معنوی آنها است. سخت افزارهایی که با ساخت یک شرکت پدید می آید، قواعد، روش ها و نرم افزارهایی که برای ارائه محصول با کیفیت و یا مدیریت صحیح ایجاد می گردد، نیروی انسانی با انگیزه ای که به کار در شرکت مشغول می شود و مهارت و تجربه لازم برای کار خود را پیدا می کند و خانواده هایی که معاش آنان با فعالیت شرکت تأمین می گردد، با ورشکسته کردن شرکت از دست می روند یا دچار آسیب می شوند.

گاه مجموع سودی که این شرکت ها به مرور زمان به صاحبان سهام خود می پردازند چندین برابر ارزش سهام آنان است ولی با این وجود، در مواقعی که برای شرکت بدهی هایی پدید می آید که از ارزش دارایی های شرکت بیشتر است، ورشکستگی شرکت اعلام می گردد، در حالی که اگر مطابق قواعد فقهی، بدهی توسط شرکا پرداخت می گردید و شرکت از بحران عبور می کرد می توانست دوباره برای صاحبان سهام، سودآوری کند و یا حتی ارزش های بالاتری را پدید آورد. کمتر فرد یا گروه موفقی را می توان یافت که در مراحل سیر تکاملی خود در هر زمینه ای دچار مشکل و یا حتی بحران نشده باشد. آنچه مهم است مدیریت بحران و عبور از بحران و حرکت رو به رشد است.

آنچه گفته شد، در اندازه خود، در جلوگیری از بروز انحصار در اقتصاد مؤثر است.[5] اشخاص یا شرکت هایی که از قدرت مالی لازم برخوردارند و یا به نحوی به کانون هایی از قدرت و ثروت متصل هستند، در صورت مواجهه با مشکلات و یا بحران ها، معمولاً امکانات لازم برای عبور از مشکل و بحران را در اختیار دارند، اما اشخاص یا شرکت های نوپا و مستقل، به دلیل نداشتن توانایی لازم در این

۵. بحث انحصار، بحث پردامنه داری در اقتصاد است که بررسی علل و تأثیرات آن مجال مستقلی را طلب می کند.

شرایط و گرفتاری ها (که گاه توسط همان قدرت های مالی رقیب، طراحی و تحمیل می گردد) آسیب جدی می بینند و از گردونه حذف می شوند. اگر قواعد شرکت فقهی در مورد شرکت ها رعایت گردد، علاوه بر دارایی های خود به دارایی سهامداران نیز اتکا دارند و در این صورت اعتبار و توانایی لازم برای عبور از بحران ها را خواهند داشت.

در این مقاله از شرکت سهامی به عنوان چهره شاخص شرکت های تجاری نام برده شده ولی باید توجه داشت که سایر انواع شرکت های امروزی که دارای ویژگی های مورد اشاره می باشند نیز مخدوش هستند.

در ادامه، شرکت فقهی متناسب با نیاز فعالیت های اقتصادی با سرمایه گذار متعدد تبیین شده و بر اساس اصول آن، ساز و کاری برای تصمیم گیری در شرکت طراحی شده است که علاوه بر انطباق کامل بر ضوابط فقهی، پیشرفته تر و عادلانه تر از روش موجود در شرکت های سهامی است.

محور اول: انواع شرکت در فقه و احکام آنها

شرکت دو گونه است: شرکت غیر عقدی(شرکت مطلق) و شرکت عقدی.

الف) شرکت غیر عقدی(شرکت مطلق)

شرکت غیر عقدی و یا شرکت مطلق عبارت است از مالکیت دو نفر و یا بیشتر بر ملک یا حقی به صورت مشاع. مال مشاع یا مشترك می تواند شامل موارد زیر باشد:

- عین خارجی، مانند خانه و باغ خریداری شده توسط دو یا چند نفر
- منفعت، مانند منفعت خانه اجاره شده توسط دو یا چند نفر
- دین، مانند دین خریدار یک زمین مشاعی به مالکان آن

ـ حق، مانند حق خیار با این فرض که در نتیجه فوت صاحب حق به ورثه او منتقل شود.

شرکت در اثر برخی اسباب حاصل می شود که اختیاری یا قهری هستند.

۱. **شرکت اختیاری:** شرکتی است که با یکی از اسباب اختیاری زیر پدید می آید:

الف) عقد: شرکت ممکن است در نتیجه عقدی از عقود حاصل شود؛ چنان که چند نفر ملکی را خریداری و یا اجاره کنند و یا به آنها هبه شود. (شرکت حاصل از عقد، غیر از شرکت عقدی است. توضیح شرکت عقدی خواهد آمد)

ب) تشریک: مانند اینکه کسی مالک منزل یا باغ یا کارخانه ای است و دیگری را در آن به صورت مشاع شریک خود قرار می دهد(سه دانگ آن را به وی می فروشد) یا اینکه به مدت مشخصی مالک منفعت منزل یا باغ یا کارخانه ای است و این منفعت را با این ویژگی که مثلاً خودش از آن به طور مساوی حق بهره برداری دارد(منفعت محدود شده را) به دیگری منتقل می کند و آن عین را به این صورت اجاره می دهد.

ج) مخلوط نمودن (مزج اختیاری): چنان که در گذشته رایج بوده است که کشاورزان یک منطقه گندم های خود را در یک انبار می ریختند و هر یک به مقدار گندمی که می ریخت، در گندم های انبار شریک می شد و یا اینکه عده ای اسکناس های یکسان خود را با یکدیگر مخلوط کنند به گونه ای که نتوان صاحب آنها را تشخیص داد.

د) حیازت مشترك مباحات: مانند آنکه چند نفر به کمک یکدیگر زمین مواتی را احیا کنند یا چاهی را حفر کنند.

۲. **شرکت قهری:** شرکت قهری نیز شرکتی است که با یکی از اسباب غیر اختیاری زیر ایجاد می شود:

الف) ارث: چنان که کسی فوت کند و ورثه متعدد داشته باشد، آنها در ماترك مورّث خود شریک می شوند.

ب) امتزاج: چنان که از روی غفلت، گندم ها یا اسکناس های چند نفر با یکدیگر مخلوط شود، در این صورت گندم ها و اسکناس های آنان بدون اراده صاحبان آنها ممزوج شده است.

نکته: امتزاج دو جنس، خواه قهری باشد و خواه اختیاری، اگر به گونه ای باشد که پس از مخلوط شدن، دو جنس از یکدیگر تمییز داده نشوند، یعنی تعدد خود را حقیقتاً از دست داده و پیکر واحدی را تشکیل بدهند (مانند مخلوط شدن روغن زیتون کسی با روغن زیتون دیگری یا مخلوط شدن روغن زیتون کسی با روغن بادام دیگری) موجب تحقق شرکت واقعی حقیقی می شود و اگر پس از امتزاج، تعدد خود را حقیقتاً از دست ندهند مانند امتزاج گندمِ کسی با گندم دیگری و یا گردوهای کسی با گردوهای دیگری یا اسکناس های کسی با اسکناس های دیگری، عده ای از فقها قائل هستند که در این موارد شرکت ظاهری حکمی شکل می گیرد که در حکم شرکت واقعی است و تمام احکام مال مشترك در آن جاری است و برخی دیگر از فقها این موارد را شرکت نمی دانند[۶].

توجه: عقد و تشریک از روش های مورد اتفاق برای ایجاد شرکت غیر عقدی اختیاری هستند.

احکام شرکت غیر عقدی

۱. اگر یکی از دو شریک درخواست قسمت کند، اجابت درخواست او بر شریک دیگر واجب است و در صورت امتناع از این کار، بر آن مجبور می شود. اما اگر پس از قسمت مال مشترك به دلیل نقصان در عین یا قیمت، ضرری به وجود

۶. مطالب این قسمت برگرفته از کتاب **العروة الوثقی** (محشّی)، ج۵، ص۲۷۴، **تحریر الوسیلة**، ج۱، ص۶۲۲ است.

می آید که به طور معمول مورد مسامحه قرار نمی گیرد، اجابت درخواست قسمت از سوی شریک دیگر واجب نیست.[۷]

۲. تصرف در مال مشترك برای هر یک از شرکا تنها با رضایت بقیه جایز است و شخص مأذون باید از نظر مقدار و کیفیت تصرف، به مقداری که اذن داده شده اکتفا کند. البته در صورت مطلق بودن اذن، اذن به انجام کاری، اذن در لوازم آن کار نیز می باشد.

اگر تصرف موجب نقص در عین شود و یکی از دو شریک اذن در تصرف در مال مشترك را نمی دهد، شریک دیگر می تواند به حاکم شرع رجوع کند تا برای در امان ماندن از ضرر به او برای تصرف اذن دهد.

اگر دو نفر در مالی شریک باشند و بر یکدیگر سخت بگیرند و یکی از ایشان از دادن اذن هر گونه تصرفی در آن مال امتناع ورزد، به گونه ای که به ضرر بینجامد شریک دیگر می تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا به او برای تصرف اصلح مطابق نظرش اذن دهد.[۸]

ب) شرکت عقدی

عقد شرکت طبق دیدگاه مشهور، بین دو یا چند نفر واقع می شود تا با مالی که

۷. این مسئله در بسیاری از کتب بیان شده از جمله: **تحریر الوسیلة**، ج۱، ص۶۳۰؛ گلپایگانی، **هدایة العباد**، ج۲، ص۴۶؛ اراکی، **المسائل الواضحة**، ج۲، ص: ۲۷؛ فاضل لنکرانی، **تفصیل الشریعة**، ص۱۲۰؛ شبیری زنجانی، **المسائل الشرعیة**، ص۴۷۹؛ سیستانی، **المسائل المنتخبة**، ص۳۲۴؛ صافی گلپایگانی، **هدایة العباد**، ج۲، ص۶۲. در ادامه خواهد آمد که این مسئله در بین فقها به صورت «لا خلاف» ثابت است.

۸. این احکام در کلام عده ای از فقها مورد تصریح قرار گرفته است؛ از جمله: خویی، **منهاج الصالحین**، ج۲، ص۱۲۳؛ تبریزی، **منهاج الصالحین**، ج۲، ص۱۴۲؛ وحید خراسانی، **منهاج الصالحین**، ج۳، ص۱۴۳؛ فیاض، **منهاج الصالحین**، ج۲، ص۲۸۶؛ سبزواری، **جامع الأحکام الشرعیة**، ص۳۴۱.

بین آنها مشترك است معامله و داد وستد کنند: اثر عقد مزبور آن است که هر یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران برای کسب و معامله در مال الشرکه اذن در تصرف می یابد و سود و زیان این کسب بین آنها به نسبت مالشان تقسیم می شود.[9]

عقد شرکت، عقدی جایز است و هر یک از شرکا می تواند هر زمان بخواهد آن را فسخ کند.

همچنین عقد شرکت در اثر فوت و جنون و سفاهت باطل می شود.

تحلیل و تبیین عقد شرکت

با توجه به فروضی که فقها در متون فقهی از عقد شرکت بیان داشته اند و آنها را قبول و یا رد کرده اند، می توان صورت های پیش رو را برای این عقد(بدون داوری درباره آنها) در نظر گرفت:

۱. عقد شرکت بین دو شریک بدون هیچ شرطی خلاف وضعیت طبیعی در توزیع سود و زیان (توزیع سود و زیان به نسبت سهم الشراکة).

۲. عقد شرکت بین دو شریک و انجام کار توسط یکی از آنها و قراردادن سهمی از سود برای او بیش از مقدار طبیعی (این صورت در جایی که هر دو کار می کنند اما یکی کار بیشتری انجام می دهد نیز وجود دارد).

۹. دیدگاه دیگری وجود دارد که برای تحقق عقد شرکت، مشترك بودن آن مال به صورت اشاعه را لازم نمی داند و معتقد است پس از اجرای صیغه عقد(و بدون نیاز به امتزاج)، در اموال و منافع مورد نظر برای کار و کسب مشترك، شرکت ایجاد می شود (طباطبایی یزدی، **العروة الوثقی**، ج۲، ص۶۹۹). دیدگاه دیگر، تحقق شرکت را صرفاً با خلط و امتزاج میسر می داند و وجود شرکت عقدی را در کنار سایر عقود انکار می کند با این استدلال که با وجود امتزاج، دلیلی برای انشاء چنین عقدی وجود نخواهد داشت(طباطبایی یزدی، **العروة الوثقی مع تعلیقات الفاضل**، ج۲، ص۵۸۲).

توجه: صاحبان این دو مبنا مسلم می دانند که نتیجه ای که قائلین مبنای مشهور از عقد شرکت دنبال می کنند، واقع شده و صحیح می باشد اما در چیستی عقد شرکت و محل استفاده از آن اختلاف دارند.

۳. عقد شرکت بین دو شریک و قراردادن سهمی از سود یا زیان بیش از مقدار طبیعی برای یکی از آنها(بدون انجام کاری توسط وی).

۴. عقد شرکت بین صاحبان دو عین مجزا (که برای اکتساب به آنها نیاز است) و قراردادن سهم معینی از سود برای آنها

در صحت نوع اول از عقد شرکت اختلافی نیست، اما در سایر موارد خصوصاً در دو مورد اخیر اختلاف نظر وجود دارد.

از آنجا که در بازارهای سرمایه گذاری ـ به دلایلی که ذکر خواهد شد ـ از نوع اول عقد شرکت استفاده خواهد شد، به تحلیل این نوع از عقد شرکت می پردازیم.

قبل از بررسی، به یک اصل مورد تأیید عقلا و شرع اشاره می کنیم و آن اینکه: اگر نمائی برای یک شیء حاصل شود صاحب آن شیء مالک آن نما خواهد بود و اگر خسارتی در آن شیء واقع شود نیز این خسارت متوجه مالک آن است.

این مطلب در مورد جایی که یک شیء بین چند نفر مشترك باشد نیز صادق است و اگر نمائی پدید آید، متعلق به مالکان آن شیء (به همان نسبتی که در مالکیت شیء دارند) می باشد و اگر خسارتی نیز در آن شیء پدید آید متوجه مالکان شیء به نسبت مالکیت آنها خواهد بود. توزیع نماء(سود) و یا خسارت(زیان) را بر اساس سهم هر یک از مالکان، «قاعده طبیعی در توزیع سود و زیان» می گوییم.[۱۰]

حال آنچه در باره نوع اول عقد شرکت می توان بیان داشت این است که منشأ این نوع از عقد شرکت، رضایت مالکان در تصرف است، یعنی پایه و اساس این نوع، آن است که هر یک از مالکان، به تصرف در مال مشترك، مطابق آن چیزی که در مورد آن، با مالک یا مالکان دیگر توافق کرده اند راضی است و این رضایت را در قالب عقد بیان می دارد. این رضایت به اقدامی سودآورانه تعلق گرفته است که بر

۱۰. اصطلاحاً برای نماء حاصل شده از یک شیء، تعبیر ربح و سود به کار نمی برند. مساوی دانستن این دو واژه در اینجا به دلیل سببیت نماء در تحصیل سود است.

حسب توافق، انجام دهنده آن هر کسی از شرکا و یا همه آنها و یا شخص یا اشخاصی غیر از ایشان می تواند باشد و هر سودی که از این اقدام حاصل شود طبق قاعده ای که اشاره شد بین شرکا تقسیم می شود؛ همان گونه که اگر خسارتی متوجه مال مشترك شد، این خسارت به ایشان نیز وارد می گردد.

نتیجه اینکه در نوع اول از عقد شرکت، به «انشاء عقد» برای جایز بودن انجام فعالیت سودآورانه در مال مشترك نیازی نیست، بلکه نفس رضایت به موضوع عقد برای جایز بودن انجام تصرف کفایت می کند.[11] در واقع، عملکرد عقد شرکت، مشخص شدن چیزی است که دو یا چند شریک در مورد آن توافق می کنند و رضایت به آن را اعلام می دارند. آنچه در اینجا مهم است و مجوّز تصرف را پدید می آورد، رضایت همه شرکا به تصرفی است که بر سر آن توافق می شود؛ چه این رضایت را با انشاء ابراز کنند و چه اینکه آن را با اعلام بفهمانند و چه از راه دیگری مثل علم به رضایت برای متصرف ثابت شود. این مطلب در مورد «عدم رضایت» نیز صادق است؛ یعنی اگر کسی که به او اذن در تصرف در شیء داده شده است به هر شکلی کشف کند که مالک یا مالکان آن، دیگر راضی به تصرف او نیستند، حق تصرف در آن شیء را ندارد و برای ممنوعیت در تصرف، نیازی به انشای فسخ نیست.

اصولاً علت جایز بودن عقد شرکت را همین نکته باید دانست و منشأ ممنوعیت تصرف(یا به تعبیر متعارف، بطلان عقد شرکت) در فرض موت، جنون،

۱۱. البته باید دانست در جایی که شخصی با علم به رضایت مالک یک شیء، در آن تصرف می کند هر چند انجام تصرف برای او از حیث حکم تکلیفی جایز است اما طبق نظر بسیاری از فقها برای صحت تصرفات اعتباری مثل بیع، اجاره و... مجرد رضایت مالک کافی نیست و اذن او قبل از انجام معامله و یا اجازه و امضای او پس از انجام معامله لازم است. همان گونه که مشخص است در عقد شرکت بر سر مورد تصرف، گفتگو و توافق حاصل می شود و این توافق اعلام رضایت جمعی شرکا بر مورد تصرف و اذن ایشان می باشد.

سفاهت و ورشکستگی نیز همین است؛ چرا که در فرض موت، وارث و در فرض جنون، ولی و در فرض سفاهت، قیم باید به تصرف راضی باشند و در فرض ورشکستگی نیز چون حق طلبکاران به مال مشترك تعلق می گیرد باید به تصرف در این مال رضایت داشته باشند.[۱۲]

۱۲. تحلیل بیان شده در تمام چهار مورد از عقد شرکت می تواند جاری باشد و اساس عقد شرکت چیزی جز اباحه تصرف هر یک از مالکان به تصرف به نظر نمی رسد. این تحلیل برای حالت اول مسلم دانسته شد، اما سایر حالت ها:

ابتدا حالت سوم (عقد شرکت بین دو شریک و قراردادن سهمی از سود یا زیان بیش از مقدار طبیعی برای یکی از آنها بدون انجام کاری توسط وی):

در اینکه آیا با شرط کردن می توان برای برخی سودی بیشتر از دیگران در نظر گرفت یا خیر، نظرات متفاوتی مطرح شده است. همان طور که گفته شد هر نماء و سودی که حاصل می شود بین شرکا به نسبت سهم الشراکه توزیع می گردد و اگر خسارتی نیز متوجه گردد همین طور خواهد بود. در این صورت اگر شرط سود بیشتر برای یکی از شرکا، به صورت شرط فعل باشد که اگر سودی حاصل شد، درصد مشخصی از این سود توسط یکی از این دو شریک به دیگری تملیک شود، صحت این شرط متوقف بر این است که لزوم رعایت شرط ابتدایی را قائل شویم و «المؤمنون عند شروطهم» را ناظر به شروط ابتدایی هم بدانیم(که بسیاری به آن قائل نیستند)، اما اگر به صورت شرط نتیجه باشد، با توجه به اینکه مالک شدن قسمتی از سود خلاف وضعیت طبیعی توزیع سود و زیان، نیاز به سبب دارد، این شرط صحیح نخواهد بود.

حالت چهارم (عقد شرکت بین صاحبان دو عین مجزا (که برای اکتساب به آنها نیاز است) و قراردادن سهم معینی از سود برای آنها):

در جایی که دو یا چند مال برای انجام یک کار سودآورانه لازم است و امتزاج یا تشریکی بین آنها اتفاق نیفتاده است نیز می توان عقد شرکت را جاری ساخته و سهمی برای هر یک از شرکا در سود در نظر گرفت؟

برای روشن شدن بحث ابتدا باید این فرض را محل بحث قرار دهیم که دو مال مشابه به اندازه مساوی برای انجام یک کار نیاز است؛ مثلاً برای حمل و نقل یک بار، نیاز به دو خودروی هم شکل می باشد که یک خودرو را شخصی و خودروی دیگر را شخص دیگری

محور دوم: شرکت فقهی مناسب بازارهای سرمایه گذاری

و پاسخ ابهامات و اشکالات

اگر تحلیل مذکور مورد تأیید باشد و برای عقد شرکت از نوع اول (عقدِ شرکت

در اختیار دارد، در اینجا اگر صاحبان این دو خودرو به استفاده از خودروی خویش رضایت دهند که هر یک خودروی خود را برای این کار قرار دهد، عرف، سود به دست آمده را مستند به این دو خودرو می داند که با توجه به یکسان بودن سهم هر یک از صاحبان این دو خودرو در تحصیل سود، سود به نسبت مساوی بین هر دو تقسیم می شود.

اما در فرضی که دو شیء متفاوت باشد نیز عرف، سود حاصل شده را مستند به این دو شیء مجزای از هم می داند اما در اینکه هر یک چه میزان از سود را مالک هستند مردد می شود. در این جا پس از تحصیل سود، می تواند مصالحه به کار آید.

حال به سؤال مطرح شده باز می گردیم که آیا می توان بین دو یا چند مال مجزا از هم عقد شرکت منعقد کرده و هنگام عقد برای هر یک از صاحبان آنها درصد مشخصی از سود را در نظر گرفت؟ به نظر می رسد جواب حالت سوم را در اینجا نیز بتوان مطرح کرد که اگر این شرط کردن به نحو شرط فعل باشد و شرط ابتدایی را کافی بدانیم، این شرط کردن برای تعیین میزان سود هر یک می تواند مفید باشد و اگر نتوانیم با شرط ابتدایی درست کنیم نمی توانیم مشخص کردن سهم را نافذ بدانیم.

اما حالت دوم (عقد شرکت بین دو شریک و انجام کار توسط یکی از آنها و قراردادن سهمی از سود برای او بیش از مقدار طبیعی):

در این حالت نیز بین دو شریک و یا شرکا همان قانون برقرار است و سود و زیان به نسبت سهم الشراکه بین ایشان تقسیم می شود، اما چیزی که اضافه شده است این است که مثلاً در فرض وجود دو شریک در یک مال، یک شریک به شریک دیگر می گوید: «اگر کار و تصرف مورد نظر را در این مال الشرکه انجام دهی فلان درصد از سود حاصل شده برای من(سود به نسبت سهم الشراکه) برای تو باشد» و این همان جعاله است(طبق نظر فقها، بیان جعاله به صورت درصدی از یک شیء نامعلوم مثل سودی که بعد حاصل می شود صحیح می باشد) که برای طرف مقابل الزام آور نیست و چیزی از تحلیل اباحه تصرف بودن مال مشترك در دست متصرف، کم نمی کند.

در این جا مناسب است به این نکته نیز اشاره شود که به نظر می رسد ماهیت مضاربه، مزارعه

بدون شرط کردن سود و زیان بر خلاف سهم هر یک از شرکا) کارکردی بیش از «رضایت هر یک از شرکا به تصرف» دانسته نشود، مناسب است در بازارهای سرمایه گذاری از این نوع عقد شرکت استفاده شود که همان شرکت غیر عقدی(شرکت مطلق) همراه با رضایت شرکا به تصرف است و اگر این تحلیل مورد تأیید نباشد و برای انعقاد عقد شرکت، کارکرد و تأثیر دیگری نیز لحاظ گردد، مناسب است که در این بازارها، از شرکت غیر عقدی استفاده شود. البته با این فرض که شرکا به تصرف مطابق موضوع مشخص شده ای رضایت داشته باشند و رضایت خود را با قرار دادن سرمایه و مشترك کردن سرمایه خویش با سایر سرمایه گذاران اعلام کنند. علّت استفاده نکردن از سایر انواع عقد شرکت، در ادامه خواهد آمد.

استفاده از عقد شرکت نوع اول در بازارهای سرمایه گذاری و به طور کلی، بهره گرفتن از شرکت فقهی در چنین مجالی، با توجه به ویژگی ها و احکام آن، ممکن است ابهاماتی را به همراه داشته باشد که در این قسمت به این ابهامات و پاسخ به آنها می پردازیم.

ویژگی تقسیم پذیری شرکت با درخواست تقسیم هر یک از شرکا

همان طور که گذشت اگر یکی از دو شریک، متقاضی قسمت باشد، اجابت درخواست او بر شریک دیگر واجب است و در صورت امتناع، به این کار مجبور می شود. حال این سؤال پدید می آید که در شرکت فقهی مورد نظر برای بازارهای

< و مساقات نیز اباحه تصرف و انشای جعاله از طرف مالک برای عامل باشد. با این توصیف می توان دو گونه مشارکت را تصور کرد: یکی مشارکت سرمایه و سرمایه که همان شرکت مطلق همراه با رضایت تصرف(عقد شرکت) است و دیگر مشارکت کار و سرمایه که عبارت است از اباحه تصرف و جعاله.

سرمایه گذاری، اگر یکی از شرکا درخواست تقسیم کند چگونه سرمایه گذاری ثبات خواهد داشت؟

در پاسخ باید گفت حکمی که بدان اشاره شد در دو فرض کنار می رود و حکم ثانویه مبنی بر واجب نبودن اجابت درخواست قسمت، برقرار خواهد بود:

۱. حکم ثانویه واجب نبودن اجابت درخواست قسمت در فرض ضرری بودن آن

شرکت های بازار سرمایه گذاری با هدف فعالیت اقتصادی مفید و سودآور برای شرکا شکل گرفته اند و اموال مشترك در آنها چیزهایی هستند که ترکیب آنها با یکدیگر توان ایجاد محصول را پدید آورده است و به همین دلیل ارزش ترکیبی آن اموال، به مراتب بیش از ارزش انفرادی آنها می باشد.

واضح است که تقسیم مال مشترك در این شرکت ها به دلیل از بین بردن توانایی ایجاد محصول، باعث ضرر و زیان شدید شرکا خواهد بود؛ خصوصاً با توجه به اینکه در معمول شرکت های این بازار، تعداد شرکا فراوان است و تفکیک این شرکت ها به اجزای فراوان، تقریباً هیچ ارزشی برای هر جزء باقی نخواهد گذاشت. با در نظر گرفتن این واقعیت، اگر کسی خلاف اغراض متعارف و صحیح عقلایی(که ممکن است به طور نادر رخ دهد)، تقسیم شرکت را از سایر شرکا درخواست کند که نتیجه آن ضرر و خسارت شدید همه شرکا و خود درخواست دهنده است، با توجه به این که امکان فروش سهم در شرکت های سرمایه گذاری به خوبی فراهم است و اگر کسی از سرمایه گذاری در یک شرکت بازار سرمایه گذاری به هر دلیلی پشیمان بود، می تواند با فروش سهم، خود را از شراکت خلاص کند، آیا چنین شخصی هدفی جز اضرار به غیر را دنبال می کند؟ (فرض این است که این شرکت ها برای تولید محصولاتی حلال و مطابق موازین شرع و هنجارهای کشور اسلامی شکل گرفته اند و درخواست تقسیم سهم به دلیل جلوگیری از حرام یا مشابه

آن نیست). [۱۳]

این مورد طبق مبانی متعدد فقها در قاعده «لاضرر و لاضرار»، از مصادیق بارز این قاعده بوده و حکم «لزوم اجابت درخواست تقسیم» را منتفی می کند، حتی اگر درخواست کننده تقسیم، هدف اضرار به غیر را نداشته باشد نیز به دلیل حکم لاضرر، اجابت درخواست تقسیم بر سایر شرکا واجب نخواهد بود.

در همین زمینه، روایتی را که در کتاب دعائم الاسلام آمده است، می توان به عنوان تأیید در نظر گرفت:

عَنْ جعفر بن محمد(ع) أَنَّهُ قَالَ: إِذَا اشْتَرَكَ قَوْمٌ فِي حَوَائِطَ وَ أَرَاضٍ شَتَّى أَوْ بَعْضُهَا قَرِيبٌ مِنْ بَعْضٍ إِنْ أَحَبَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ فَلَا بَأْسَ وَ إِنْ أَحَبَّ أَنْ يُجْمَعَ لَهُ نَصِيبُهُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ وَاحِدَةٍ بِقِيمَةِ عَدْلٍ فَلَا بَأْسَ وَ إِذَا كَانَ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَا يَنْقَسِمُ عَلَى الْأَنْصِبَاءِ أَوْ إِذَا انْقَسَمَ دَخَلَ مِنْهُ الضَّرَرُ عَلَى بَعْضِ الشُّرَكَاءِ وَ كَانَ حَقُّهُ مِنْهُ مَا لَا يَكَادُ أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ عَلَى الِانْفِرَادِ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تُجْمَعَ حِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي نَاحِيَةٍ بِقِيمَةِ عَدْلٍ؛ [۱۴]

از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: اگر گروهی در باغ ها و زمین هایی که پراکنده اند یا برخی از آنها نزدیک یکدیگرند، شریک بودند و هر یک از ایشان، دوست داشت تا سهم خود را در هر ناحیه دریافت کند، اشکالی ندارد و اگر دوست دارد قیمت عادلانه سهم او در هر ناحیه برای وی

۱۳. توجه دادن به قصد اضرار به غیر در شخص درخواست کننده تقسیم با توجه به وجود امکان فروش سهم، به دلیل شباهت بسیار این مورد با روایت معروف قاعده لاضرر یعنی داستان سمرة بن جندب می باشد؛ چرا که سمره می توانست به راحتی با پذیرفتن پیشنهاد رسول خدا(ص) با اذن گرفتن وارد منزل انصاری شود و یا اینکه پیشنهاد تملک نخل های دیگری را که عدد آن به ده رسید، می پذیرفت، اما امتناع کرد و حضرت نیز طبق یک نقل وی را «رجلٌ مضارٌ» خواند.

۱۴. تمیمی مغربی، **دعائم الإسلام**، ج۲، ص۵۰۱.

جمع بسته شود، اشکالی ندارد و اگر هر یک از آنها [به گونه ای باشد که] برحسب سهم ها تقسیم پذیر نباشد یا اینکه اگر تقسیم شود به برخی از شرکا ضرر وارد می شود و حق ایشان از آن، به گونه ای باشد که به تنهایی [با فرض تقسیم]، نفع بردن از آن بعید است، واجب است که سهم هر یک از ایشان در هر منطقه با قیمت عادلانه جمع بسته شود.

این روایت در جایی است که چند شیء جدا از هم بین گروهی مشترك می باشد و بخواهند هر یک از این اشیاء جدا از هم را تقسیم کنند. در صورتی که این تقسیم مستلزم ضرر باشد حکم می کند که باید از روش دیگر تقسیم که در مورد این روایت فرض دارد، یعنی تقسیم در کل، استفاده کنند.

از این روایت استفاده می شود که اگر تقسیم یک شیء واحد مستلزم ضرر باشد نمی توان آن را با تفکیک و تجزیه تقسیم کرد. البته در اعتبار این کتاب و مؤلف آن بحث هایی وجود دارد.

واجب نبودن عدم اجابت در خواست قسمت در فرض ضرری بودن تقسیم برای شرکا به صورت «لا خلاف» در بین فقها ثابت است؛ یعنی اگر هر فقیهی این مسئله را مطرح کرده باشد اجابت درخواست یکی از شرکا مبنی بر تقسیم مال مشترك را در فرض ضرری بودن تقسیم لازم ندانسته است.[15]

۱۵. تمیمی مغربی، **دعائم الإسلام**، ج۲، ص۴۹۹؛ طوسی، **المبسوط في فقه الإمامية**، ج۲، ص۳۴۴؛ طوسی، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی**، ص۴۲۹؛ کیدری، **إصباح الشيعة بمصباح الشريعة**، ص۲۶۱؛ فاضل آبی، **كشف الرموز فی شرح المختصر النافع**، ج۲، ص۱۰؛ محقق حلی، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج۲، ص۱۰۸؛ علامه حلی، **تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية**، ج۳، ص۲۳۹؛ علامه حلی، **تلخيص المرام في معرفة الأحكام**، ص۱۳۶؛ **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**، ج۱، ص۴۳۳، **غاية المراد في شرح نكت الإرشاد**، ج۲، ص۳۵۴، **الدروس الشرعية في فقه الإمامية**، ج۲، ص۱۱۸، **مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج۴، ص۳۱۹، **مجمع الفائدة و**

در برخی از کتب فقهی علاوه بر اینکه بر تقسیم نکردن در فرض ضرری بودن تقسیم اشاره شده، آمده است:

> اگر شریک درخواست فروش مال مشترکی را بکند تا ثمن بین ایشان تقسیم شود در حالی که تقسیم آن باعث نقص در مال مشترك است، واجب است شریک دیگر درخواست فروش او را اجابت کند و اگر امتناع کند بر این امر مجبور می شود.[16]

در این باره باید گفت فرض این مسئله جایی است که راه دیگری جز فروش کل آن شیء برای حل مشکل ضرری بودن قسمت، وجود نداشته باشد؛ در حالی که اگر این امکان وجود داشته باشد که شخص متقاضی تقسیم، بتواند صرفاً سهم خویش را بفروشد؛ این حکم در آنجا جاری نیست؛ چرا که ممکن است شریک دیگر به تقسیم ضرری و دریافت عین سهم خود از مال مشترك رضایت بیشتری داشته باشد تا دریافت ثمن آن.[17] در بازارهای سرمایه گذاری این امکان وجود دارد که شخص بتواند صرفاً سهم خویش را بفروشد.

۲. حکم ثانویه واجب نبودن اجابت درخواست قسمت با کمک شرط ضمن عقد خارج لازم

درخواست نکردن تقسیم شرکت را می توان در ضمن عقد خارج لازم شرط

البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج۱۰، ص۲۱۱، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج۲۱، ص۱۷۱، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج۲۶، ص۳۰۹، توضيح المسائل (محشّی ـ امام خمینی)، ج۲، ص۲۹۱ و تحرير الوسيلة، ج۱، ص۶۳۰، هداية العباد (گلپایگانی)، ج۲، ص۴۶، المسائل الواضحة(اراکی)، ج۲، ص۲۷، تفصيل الشريعة (فاضل لنکرانی)، ص۱۲۰؛ المسائل الشرعية (شبیری زنجانی)، ص۴۷۹؛ المسائل المنتخبة (سیستانی)، ص۳۲۴، هداية العباد (صافی)، ج۲، ص۶۲. در مورد دیدگاه اهل سنت، ر. ك: مغنی ابن قدامه، ج۱۰، ص ۱۰۲.

۱۶. منهاج الصالحين (خویی)، ج۲، ص۱۲۳، جامع الأحكام الشرعية (سبزواری)، ص۳۴۲.

۱۷. رجوع فرمایید به: منهاج الصالحين (تبریزی) ج۲، ص۱۴۳.

کرد، زیرا درخواست تقسیم شرکت، یک فعل است که می توان انجام یک عقد لازم را به عدم انجام آن فعل مشروط کرد. در برخی از کتب فقهی به این مطلب تصریح شده است[18].

ضرورتی برای مقید کردن شرط در ضمن عقد لازم به «مدت مشخص» در برابر «همیشگی» به نظر نمی رسد و ممکن است کتبی که این حکم را با این قید ذکر کرده اند، درصدد بیان قدر متیقن حکم باشند.

نکته قابل توجه این است که شرط ضمن عقد خارج لازم می تواند برای مقید کردن شریک مفید باشد و اگر این شریک تصمیم به فروش سهم خویش به دیگری بگیرد در صورتی که با خریدار نیز چنین شرطی را بکند، این حکم در مورد او نیز ثابت است. اما در صورت فوت، جنون، اغماء، سفاهت و ورشکستگی نمی توان با استفاده از این شرط، وارث، ولیّ، قیّم و طلبکاران را ملزم به عدم درخواست قسمت کرده و از اجابت درخواست قسمت آنان سر باز زد. اگر وارث، ولی، قیم و طلبکاران به تصرف در مال مشترك رضایت داشته باشند، برای جایز بودن تصرف کافی است.[19] در بسیاری از موارد این رضایت وجود دارد ولی بحث در موارد نادری است که ممکن است پیش آید.

---

۱۸. **منهاج الصالحین** (سیستانی)، ج۲، ص۱۹۱، **منهاج الصالحین** (محشّی، حکیم)، ج۲، ص۱۵۸، **منهاج الصالحین** (خویی)، ج۲، ص۱۲۳، **جامع الأحکام الشرعیة** (سبزواری)، ص۳۴۲، **منهاج الصالحین** (تبریزی)، ج۲، ص۱۴۳، **منهاج الصالحین** (وحید خراسانی)، ج۳، ص۱۴۳.

۱۹. هر چند صحت وضعی تصرفات اعتباری (انتقال مال مشترك اعم از عین یا نماء آن با بیع، اجاره یا ...) از منظر بسیاری از فقها منوط به اذن یا اجازه ایشان است و در این زمینه مجرد رضایت را کافی نمی دانند. البته می توان گفت که اگر در سهم مربوط به ایشان این اذن یا اجازه صورت نگرفت و مجرد رضایت وجود داشت مانعی ایجاد نمی کند؛ چون این تصرفات برای طرف مقابل، در خصوص این میزان از سهم، اباحه آور خواهد بود.

نکته: درخواست قسمت در مال مشترك، با فسخ در عقود جایز تفاوت دارد. فسخ در عقود جایز باعث می شود که به محض فسخ، عقد منفسخ شود، اما در مال مشترك به محض درخواست قسمت، مال مشترك منقسم نمی شود و این درخواست اگر با اجابت شرکا مواجه شد و امور لازم برای تقسیم صورت گرفت، آن گاه آن مال مشترك توزیع می گردد. ثمره این نکته آن است که اگر با شریک در ضمن یک عقد لازم شرط کنند که حق درخواست قسمت ندارد، در این صورت اجابت درخواست قسمت او واجب نیست و امری مثل فسخ، در اختیار او نیست که با فسخ به هدفش برسد؛ به خلاف همین وضعیت در عقود جایز که حتی اگر در ضمن عقد لازم نیز شرط کنند که آن عقد جایز را فسخ نکند، ولی این شرط را رعایت نکند و خلاف شرع مرتکب شود، فسخ او نافذ است و عقد باطل می شود.

ویژگی جواز عقد شرکت یا منوط بودن جواز تصرف در مال مشترك به استمرار رضایت شرکا

همان طور که بیان شد «هر گونه تصرف در مال مشترك، باید با رضایت همه شرکا باشد». همچنین «عقد شرکت، عقدی جایز است و هر یک از شرکا حق فسخ آن را دارد». حال این سؤال مطرح می شود که اگر عقد شرکت، با فسخ از بین می رود و تصرف در مال مشترك با عدم رضایت، ممنوع است، پس شرکت های فقهی مورد نظر برای بازارهای سرمایه گذاری با امکان فسخ یا عدم رضایت هر یک از شرکا به تصرف، چگونه به فعالیت خود ادامه خواهند داد؟

در پاسخ باید گفت حکمی که بدان اشاره شد در فرض ضرری بودن تصرف نکردن برای شرکا، کنار می رود و حکم ثانویه مبنی بر منوط نبودن جواز تصرف در مال مشترك به استمرار رضایت تمام شرکا یا جایز نبودن عقد شرکت، برقرار خواهد بود.

همان طور که گذشت در شرکت های بازارهای سرمایه گذاری(که با هدف فعالیت اقتصادی مفید و سودآور برای شرکا شکل گرفته اند) درخواست نامتعارف تقسیم به دلیل ضرر و زیانی که به شرکا می رساند، بدون هیچ اختلاف نظری در میان فقها، پذیرفته نیست و این شرکت ها بدین صورت، تقسیم پذیر نخواهند بود. در همین فرض، عدم رضایت قلبی یک شریک به مطلق تصرف (با این فرض که نارضایتی قلبی به دلیل برخی ناراحتی ها و عصبیت ها حقیقتاً در یکی از شرکا به وجود آید که به صورت نادر اتفاق می افتد[۲۰]) و به تبع آن، حکم به جایز نبودن تصرف در اموال شرکت، باعث ضرر همه شرکا و از جمله شریک ناراضی به تصرف خواهد بود؛ خصوصاً که توقف فرآیند تولید محصول در شرکت های امروزی باعث نقص و آسیب سرمایه و اموال شرکت بوده و هزینه های نگهداری و ... را به شرکا تحمیل می کند، ضمن آنکه اعتبار شرکت و عنوان تجاری آن را تضعیف می نماید. این مورد نیز، از مصادیق قاعده «لاضرر و لاضرار» بوده و حکم «منوط بودن جواز تصرف به رضایت همه شرکا» را منتفی می کند.

در بازارهای سرمایه گذاری، امکان فروش سهم به خوبی فراهم است و در فرض هر گونه کراهت نسبت به نوع فعالیت یا شخصیت و رفتار شرکا، امکان فروش سهم و خارج شدن از این شرکت به راحتی وجود دارد. این نکته، جریان قاعده لاضرر را بیشتر تقویت می کند.

---

۲۰. یک حالت دیگر که به ندرت ممکن است پیش بیاید این است که شخص ناراضی به تصرف، مدعی باشد که با توجه به شرایطی که به وجود آمده است فعالیت شرکت(با توجه به کاربری آن شرکت که برای آن تأسیس شده و ساز و برگ یافته است) برای مدت محدود یا نامحدود، ضرر و خسارت و ضایع کردن سرمایه های شرکت و اتلاف وقت است. در این صورت به حاکم شرع مراجعه می شود(مراد از فرض مطرح شده در متن، این سنخ موارد نیست). در ادامه این گونه مواردِ اختلاف در ضرری بودن تصرف، مورد بررسی قرار می گیرد.

در این شرکت ها که تعداد شرکا بسیار زیاد است و خود شرکا هنگام تشکیل شرکت، نوع تصرف را مشخص و بر آن توافق کرده اند و شرکت در مسیر تحقق آن قرار دارد و ابزار و تجهیزات بر اساس آن شکل گرفته یا در حال شکل گیری است، تصرف اصلح، همان تصرف مورد توافق است. فتوای فقهای معاصر نیز مبنی بر رجوع به حاکم شرع، در جایی که یکی از دو شریک به تصرف در مال مشترك بین آن دو، اذن نمی دهد به گونه ای که به ضرر می انجامد، برای در نظر گرفتن تصرف اصلح است:

> اگر دو نفر در مالی شریک باشند و بر یکدیگر سخت بگیرند و یکی از ایشان از دادن اذن به هرگونه تصرفی در آن مال امتناع ورزد، به گونه ای که به ضرر بینجامد، شریک دیگر می تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا به او برای تصرف اصلح حسب نظرش اذن دهد.
>
> اگر ترك تصرف موجب نقص در عین شود و یکی از دو شریک، اذن در تصرف در مال مشترك را نمی دهد شریک دیگر می تواند به حاکم شرع رجوع کند تا به او برای تصرف اذن دهد تا از ضرر در امان باشد[21].

باید توجه داشت که رجوع به حاکم شرع در فتوای مذکور، برای یافتن تصرف اصلح است و پس از آن که در فرض نارضایتی یکی از دو شریک به تصرف که موجب ضرر را برای ایشان فراهم آورده است، حکم به جواز تصرف (البته تصرف مطابق با مصلحت هر دو شریک) برای فقیه ثابت شده است، برای یافتن تصرف اصلح و نزدیک تر به مصلحت هر دو شریک، فتوا به رجوع به حاکم شرع داده است.

---

۲۱. این مطلب در کلام عده ای از فقها مورد تصریح قرار گرفته است: **منهاج الصالحین** (محشّی، حکیم)، ج۲، ص۱۵۸؛ **منهاج الصالحین** (خویی)، ج۲، ص۱۲۳؛ **منهاج الصالحین** (تبریزی)، ج۲، ص۱۴۲؛ **منهاج الصالحین** (وحید خراسانی)، ج۳، ص۱۴۳؛ **منهاج الصالحین** (فیاض)، ج۲، ص۲۸۶، **جامع الأحکام الشرعیة** (سبزواری)، ص۳۴۱.

تقسیم مال مشترك در فرض ضرری بودن آن در گذشته مورد ابتلا بوده و از قدیم، فقهایی در این زمینه اظهار نظر کرده و تمامی آنها اجابت درخواست تقسیم یکی از شرکا در فرض ضرری بودن را واجب ندانسته اند، اما فرض راضی نبودن یکی از شرکا به تصرف به گونه ای که به ضرر سایر شرکا منجر شود، به این درجه مورد ابتلا نبوده و به همین علت، مورد بحث واقع شده است. اصولاً در یک مال، که عده ای در آن سهیم و شریک هستند، علی رغم اینکه تقسیم مال مشترك از ارزش آن می کاهد یا ضرر دیگری را ایجاد می کند، گاه پیش می آید که برخی از شرکا به دلیل برخی منافع و نیات که در داشتن مالکیت مستقل بر یک قسمت از آن مال مشترك می بینند، متقاضی تقسیم آن مال می شوند، اما اینکه بخواهند از هر نوع تصرف سودآورانه در آن مال، که خود نیز در آن سود شریک هستند ناراضی باشند، جز در برخی فروض نادر، رخ نمی دهد. اینکه فقها این صورت را معمولاً ذکر نکرده اند نیز به دلیل عدم وقوع و مبتلا نشدن به آن است. در هر صورت، اگر این مسئله نیز در کتب فقهی از قدیم طرح می شد، فتوای نفی ضرر در این مورد نیز از ایشان صادر می گردید و «لا خلاف» دیگری در این مسئله شکل می گرفت.

بررسی امکان شرط ضمن عقد برای جلوگیری از عدم رضایت شرکا یا عدم فسخ عقد شرکت

مطابق دیدگاهی که عقد شرکت را نفس رضایت به انجام فعالیت اقتصادی در مال مشترك می دانست و مفاد آن را چیزی جز اباحه تصرف هر یک از شرکا در مال مشترك نمی دید، از آنجا که اموری مثل رضایت، دوست داشتن، کینه و بغض و ... ، اموری ارادی نیستند و در اختیار انسان نمی باشند و گاهی با اسباب گوناگون حادث می شوند و یا از بین می روند، نمی توانند مورد التزام قرار گیرند. در نتیجه نمی توان در ضمن عقد خارج لازم این گونه شرط کرد که «این معامله را مشروط به

این انجام می دهم که همواره رضایت به تصرف در مال مشترك را داشته باشی» .[۲۲]

بله، می توان بدین صورت شرط کرد که «هرگاه از تصرف ناراضی بشوی باید فلان مبلغ را بپردازی»؛ چرا که اگر افراد به مفاد این شرط توجه داشته باشند، به صورت معمول یا قلباً ناراضی به تصرف نمی شوند و یا اگر ناراضی هم بشوند، از نارضایتی نسبت به تصرف، دست بر می دارند. اما این امکان وجود دارد که کسی از تصرف ناراضی باشد و این نارضایتی را از ترس پرداخت مبلغ اعلام نکند و یا

۲۲. ممکن است گفته شود رضایت در امور معاملی «رضایت معاملی» است که امری اختیاری است؛ مثلاً جایی که شخصی به دلیل بیماری فرزندش مجبور می شود جواهراتی را که بسیار به آن علاقه داشته است، بفروشد، علی رغم اینکه به فروش جواهرات «طیب نفس» ندارد اما رضایت معاملی دارد و آن را برای درمان فرزندش به فروش می رساند. در پاسخ باید گفت: تفکیک رضایت قلبی از رضایت معاملی و طیب نفس، تفکیک صحیحی نیست و شخص یا رضایت قلبی به انجام معامله دارد و یا اینکه به انجام آن راضی نیست (ما جعل الله لرجل من قلبین فی جوفه). در مورد مثال بیان شده نیز باید گفت درست است که شخص به جواهرات علاقه دارد اما به دلیل علاقه بالاتر به فرزندش و کسر و انکسار این دو علاقه مندی و مصلحت در قلب شخص، درمان فرزندش را به داشتن جواهر ترجیح می دهد و حقیقتاً به فروش جواهرات رضایت قلبی دارد و به همین سبب نسبت به آن اقدام می کند. همچنین ممکن است گفته شود به طور وجدانی این مطلب درك می شود که مالک یک شیء می تواند بگوید که «من به استفاده شما از مال خویش از الآن تا یک ماه آینده رضایت دارم» و از همینک این رضایت را برای یک ماه در خویش موجود می بیند و لذا می تواند به آن در ضمن یک عقد لازم متعهد شود. در پاسخ باید گفت: آنچه از زمان حال به عنوان رضایت نسبت به تصرف در یک مال تا یک ماه آینده دیده می شود، در واقع «مقتضی رضایت نسبت به تصرف تا یک ماه آینده» است؛ یعنی به دلیل شرایط مساعدی که بین مالک شیء و متقاضی تصرف در آن وجود دارد، مالک خود را از الآن تا یک ماه دیگر راضی به تصرف وی می بیند، اما اگر در میان این یک ماه مانعی رخ دهد و مثلاً رابطه دوستی به دشمنی تبدیل شود، رضایت به تصرف از دست می رود و مالک از تصرف در مال خویش ناراضی می شود. رضایت امری قلبی است و وجود یا عدم آن، به رفتار قلب در طول زمان در شرایط گوناگون بستگی دارد.

حتی به صراحت اعلام کند و مبلغ را بپردازد و یا اینکه علی رغم تصریح، به تکلیف خـود عـمل نکنـد و از پرداخت مـبلغ امتنـاع کند. به هر حـال، در صـورتی کـه به نارضـایتی تصـریح کند، مـشکل بـاقی خـواهد بود. خـلاصـه، این روش نمی تواند مشکل جـواز شرکت در برابر افرادی را کـه بر خلاف اغراض صحیح عقلایی رفـتار می کنند، حل کند.

مطابق دیدگاهی که فـسخ را در عقد شرکت، فعلی از افـعال می داند(و نه صرف نارضایتی قلبی) هر چند می توان در ضمن عقد خارج لازم، عدم فسخ را شرط کرد، اما از آنجـا که افرادی کـه بر خلاف اغراض عـقلایی رفتار می کـنند، می توانند خلاف شرع مرتکب شده و عقد را فسخ کنند، باز مشکل برقرار خواهد بود.

با صـرف نظر از این اشکال، ایـن شـرط را برای هر یـک از شـرکـا می توان در ابتـدای تحـقق شـرکت قرار داد و آنـان نیز در صـورتی کـه سـهم خـویش را به دیگری بفروشند، می توان این شرط را در ضمن عقـد فروش سهم یا عقد لازم دیگری برای خریداران جدید نیز در نظر گرفت، اما در صورت فوت، جنون، اغماء، سفاهت و ورشکستگی نمی توان وارث، ولی، قیم و طلبکاران را ملزم کرد و در فرض وجود اغراض غیر عقلایی در ایشان، باز مشکل باقی خواهد بود.

در هر صورت، روش استفاده از شرط ضمن عقد خـارج لازم برای جلوگیری از نارضـایتی به تصـرف در مال مـشترك یـا عدم فـسخ عـقد شـرکت، روش مناسـبی نیست و همان دلیل لاضرر به قوّت برای آن کافی است.

ویژگی ممنوعیت تصرف در مال مشترك یا بطلان عقد شرکت در اثر بروز مرگ، جنون، بیهوشی، سفاهت، ورشکستگی

بروز حـوادثی چون مـرگ، جنون، بیـهوشی، سـفـاهت، ورشکسـتگی باعث بطلان عقـد شرکت و عدم جـواز تصرف شرکـا در اموال شرکت می شـود. حال این

سؤال وجود دارد که در صورت بروز این حوادث، اداره شرکت چگونه خواهد بود؟

طبق تحلیلی که از عقد شرکت بیان شد کارکرد اساسی عقد شرکت در نوع اول آن، رضایت مالکان یک شیء مشاع به انجام تصرف است و این مطلب که اگر نماء و سودی در اثر انجام آن تصرف به دست آمد مالکان آن شیء مشاع، به نسبت سهمی که دارند مالک آن نماء و سود نیز خواهند بود، تابع عقد شرکت نیست، بلکه مبتنی بر یک قانون عقلایی و شرعی در مالکیت است.

با در نظر گرفتن این تحلیل، در صورت بروز فوت، جنون، بیهوشی، سفاهت یا ورشکستگی برای یکی از شرکا، رضایت سایر شرکا به انجام تصرفات، سر جای خودش باقی است اما به رضایت وارث، ولیّ، قیّم و یا طلبکاران نیز نیاز است.

در شرکت های بازارهای سرمایه گذاری، همان طور که توضیح داده شد، نارضایتی یکی از شرکا به تصرف به دلیل لاضرر باعث عدم جواز در تصرف نمی گردد. این حکم برای وارث، ولی، قیم و یا طلبکاران یکی از شرکا نیز صادق است.

در صورت نپذیرفتن این تحلیل و لحاظ اثری خاص برای عقد شرکت و لازم دانستن اذن جدید شرکا در صورت بروز این حوادث و بطلان عقد شرکت برای جواز تصرف و استمرار فعالیت، با عنایت به این مطلب که عدم اذن یا رضایت هر یک از شرکا به استمرار فعالیت باعث ضرر و خسارت برای سایر شرکا می باشد، اذن یا رضایت جدید ایشان معتبر نخواهد بود[۲۳].

البته سابقاً به این نکته اشاره شد که اگر تحلیل مورد اشاره از عقد شرکت مورد

---

۲۳. با فرض پذیرش تحلیل مذکور نیز در صورت رخدادن حوادث موت، جنون و... اگر به هر دلیلی رضایت برخی از شرکا به تصرف از دست برود، نارضایتی ایشان به دلیل لاضرر، باعث ممنوعیت تصرف نخواهد شد.

پذیرش نباشد، در بازارهای سرمایه گذاری بدون هرگونه نیاز به تحقق عقد شرکت، از شرکت غیر عقدی استفاده می کنیم(اگر تحلیل مورد نظر را بپذیریم شرکت عقدی نوع اول تفاوتی با شرکت غیر عقدی همراه با رضایت شرکا به تصرف نخواهد داشت).

ویژگی لزوم رضایت شرکا به هرگونه تصرف در مال مشترک

سابقاً این حکم بیان شد که هر گونه تصرف در مال مشترك، باید با رضایت همه شرکا باشد. با عنایت به اینکه نظرات شرکا در مورد نحوه مدیریت و نوع و شکل تصرف به طور معمول یکسان نیست و رعایت نکردن نظر هر یک از ایشان ممکن است به نارضایتی وی به تصرف در مال مشترك بینجامد، اداره این شرکت ها چگونه خواهد بود؟

برای فهم بهتر سؤال باید دو حالت را در هر یک از موارد اختلاف نظر بین سرمایه گذاران (شرکا) در نظر بگیریم:

حالت اول(حالت عادی) این است که همه شرکا در عین اختلاف نظر، رأی و نظری را که مورد پسند اکثر شرکا می باشد، قبول دارند و اقلیت، هر چند ممکن است از عدم استقبال از نظرشان خشنود نباشند، اما نسبت به تصرف مطابق نظر اکثریت، رضایت دارند؛ چرا که ساز و کار تصمیم گیری جمعی را روش مناسبی برای اداره شرکت می دانند که در کل، مصالح بهتر و بیشتری را تأمین می کند، هر چند تصرف مورد نظر را اقدام شایسته ای ندانند.

به نظر می رسد در بسیاری از تصمیمات شرکت های بازارهای سرمایه گذاری این حالت بین شرکا وجود داشته باشد، که می توان با آموزش فرهنگ کار گروهی و ترویج روحیه همکاری و تعاون در کنار اصل برادری بر آن تأکید کرد.

حالت دوم(حالت ویژه) این است که حداقل یک نفر از گروه اقلیت، واقعاً از

تصرف در مال مشترك با كيفيت مورد نظر اكثريت ناراضى است. در اينجا فرض بر اين است كه منشأ نارضايتى اين است كه نظر خويش را نظر اصلح براى شركت يا مفيد براى خود مى داند.[۲۴]

محل مورد بحث حالت دوم است و سؤال اين است كه در چنين حالتى اداره شركت چگونه خواهد بود؟

براى پاسخ به اين سؤال بايد دو دسته تصرفات تكوينى و تصرفات اعتبارى را به طور مستقل بررسى كرد. در تصرفات تكوينى سه حالت قابل توجه است:

۱. نارضايتى از نوع و چگونگى يک تصرفِ لازم براى فعاليت است؛ به گونه اى كه اختلاف نظر در آن (و نارضايتى هر يک از طرفين به نحوه تصرف مورد رضايت طرف ديگر)، موجب معطل ماندن آن تصرف و تعطيلى شركت و يا سبب بروز خسارتى ديگر در مال مشترك گردد و هر دو طرف به اين موجبيت اعتقاد دارند.[۲۵]

در اين فرض، تحقق ضرر قطعى است[۲۶] و حكم منوط بودن جواز تصرف در

---

۲۴. در برابر اين حالت كه نارضايتى به يک تصرف خاص به دليل اغراض ناسالم و با هدف ضربه زدن به شركا باشد، ممكن است در تمام فروض اين حالت(حتى جايى كه اين نارضايتى به خسارتى نمى انجامد، بلكه مانع سود بيشتر آن مى گردد) با استناد به دليل حكم ضرر، اين حكم ثابت دانسته شود.

۲۵. حالت نارضايتى به اصل تصرفى كه انجام ندادن آن موجب تعطيلى شركت يا بروز خسارتى ديگر در مال مشترك مى گردد و هر دو طرف به اين موجبيت اعتقاد دارند، ملحق به بخش قبل است(نارضايتى به مطلق تصرف) و به سبب ضررى بودن آن، مورد توجه قرار نمى گيرد.

۲۶. سابقاً اين توضيح داده شد كه تعطيلى شركت هاى امروزى قطعاً از مصاديق لاضرر است؛ چرا كه در شركت هاى امروزى از يک سو، توقف فرآيند توليد محصول، باعث نقص و آسيب سرمايه و اموال شركت بوده و هزينه هاى نگهدارى تأسيسات و تجهيزات و... را به شركا تحميل مى كند و از سوى ديگر باعث تضعيف اعتبار شركت و عنوان تجارى آن در بازار مى گردد كه جبران آن، گاه مدت ها طول مى كشد و گاه غير قابل جبران است.

مال مشترك به رضایت همه شرکا کنار می رود و برای در نظر گرفتن تصرف اصلح باید به حاکم شرع مراجعه کرد. فتوایی که از برخی فقهای معاصر در بخش قبل نقل گردید ناظر به این مورد نیز هست؛ چرا که این حکم به مناط ضرر صادر شده بود.[۲۷]

۲. نارضایتی از اصل یک تصرف یا نوع و نحوه انجام تصرفی باشد که انجام ندادن آن تصرف، موجب تعطیلی کار در مال مشترك یا بروز هر نوع خسارت دیگری نیست و هر دو طرف به این موجبیت اعتقاد دارند.

از آنجا که اگر در این فرض، تصرف مورد نظر انجام نشود فعالیت شرکت متوقف نمی شود و به عملیات سودآور در راه شناخته شده خود ادامه می دهد، موضوع حکم لاضرر ثابت نیست. در نتیجه، این حکم که باید تصرف، مورد رضایت همه شرکا باشد، برقرار خواهد بود.

۳. نارضایتی از اصل یک تصرف یا نحوه انجام تصرفی باشد و در تعطیل کنندگی یا خسارت زا بودن انجام ندادن آن تصرف، بین طرفین اختلاف است.

در این فرض نیز به حاکم شرع مراجعه می شود. حاکم شرع در صورت اثبات موجب تعطیلی یا خسارت زا بودن انجام ندادن آن تصرف (ضرری بودن آن)، همانند مورد اول، به تصرف اصلح رأی می دهد و اگر این مطلب برایش ثابت نشود، حکم مورد دوم را جاری کرده و به انجام ندادن آن تصرف به علت ناراضی بودن برخی از شرکا حکم خواهد کرد.

۲۷. «اگر دو نفر در مالی شریک باشند و بر یکدیگر سخت بگیرند و یکی از ایشان از دادن اذن به هرگونه تصرفی در آن مال امتناع ورزد به گونه ای که به ضرر بینجامد، شریک دیگر می تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا به او برای تصرف اصلح حسب نظرش اذن دهد. اگر ترك تصرف موجب نقص در عین شود و یکی از دو شریک، اذن در تصرف در مال مشترك را نمی دهد شریک دیگر می تواند به حاکم شرع رجوع کند تا به او برای تصرف اذن دهد تا از ضرر در امان باشد».

توجـــه: در صـورتی که اقلیت بخـواهند اصل یک تصـرف انجام شـود یا یک تصـرف جاری به نحـو دیگری صـورت پذیرد و اکـثریت، مـخالـف آن باشند نیز سـه حالت مذکور و حکم هر یک ثابت خواهد بود.

آنچه گـذشت در مورد تصرفـات تکوینی بود اما در مورد تصـرفات اعتبـاری نیز باید بین انواع تصرف تفصیل داد:

۱. **تصرفـات اعتباری مربـوط به انتقال مـالکیت (بیع)**: در این زمـینه بایـد بین کلیت شـرکت یا واحدهـا و اجزای مـولّد و سودآور آن و بیـن محـصولات شـرکت و اجزاء غیر مولّد و راکد آن فرق گذاشت.

اگـر شریکـی از فروش کلیت شـرکت یا واحـدهای مـولّد آن ناراضی بوده و مـایل به بقاء مالکیت و استمرار بهره‌مندی از سـود بود، با توجه به وجود بازارهای سرمایه‌گذاری که عرضه در آن به صورت سهام صورت می‌گیرد نیز مشکلی وجود ندارد.

در مـورد فروش مـحـصولات شـرکت یا اجـزاء غیـر مـولّد و راکد آن، شـخص ناراضی به طور مـعـمول به اصل فـروش با شـرایط مـد نظر شرکـا رضـایت ندارد، نه اینکه بخواهد علی‌رغم انجام فـروش توسط سایر شرکا مالکیت خـود را بر محصول باقی بگذارد؛ مـثلاً از فـروش مـحـصـول به یک مشـتـری خاص ناراضی است امـا در صـورتی کـه سـایر شـرکا به فـروش رضـایت داشـتـه و به فـروش اقـدام کنند او نیـز به فروش رضـایت دارد و نمی‌خواهد در آن محـصول، شریـک مشتـری باشد، بلکه او نیز فروش را امضا می‌کند تا به ثمن و سود دست یابد. انگیزه‌ای عقلایی و خارج از فرض اضرار، برای بقاء مالکیت شریک در محـصولات شرکت و اجزاء غیر مولّد به نظر نمی‌رسد[۲۸].

۲۸. اگر موردی هم یافت شود، باید به مالکیت شریک احترام گذاشت که حتـی در این فرض نیز پس از انجام تصـرف از ناحیه سـایر شرکا، بـه سبب احکام مال مـشترك و رجـوع به حاکم در تصرفات تکوینی مشکلی نخواهد بود.

۲ . تصرفات اعتباری مربوط به تملّک (خرید) : در تملک نیز بین تملک یک شرکت یا واحدها و اجزای مولّد و سودآور و تملک اشیائی غیر از این موارد تفاوت وجود دارد .

در مورد تملک یک شرکت یا واحدها و اجزای مولّد آن، با توجه به وجود بازارهای سرمایه گذاری که در آن عرضه به صورت سهام صورت می گیرد، مشکلی وجود ندارد و اگر با نقدینگی شرکت(پول) برای خرید این موارد اقدام شد باید معادل سهم شریک ناراضی از نقدینگی شرکت به وی اعطا شده و شرکت یا جزء مولّد، خریداری و سهام آن به نسبت سهم هر یک از شرکا تقسیم گردد .[۲۹]

سایر اشیاء نیز اگر در مورد تملک بدین ترتیب با نقدینگی شرکت خریداری شد باید در حسابداری شرکت، متعلق به خریداران آن در نظر گرفته شود و اگر در فرآیند سودآوری قرار گرفت، اجرت شرکت معادل سهم شریک ناراضی برای وی لحاظ گردد . نکته قابل توجه در این قسمت و فروض مشابه، این است که اگر شریک ناراضی، به قرار گرفتن این اشیاء در فرآیند سودآوری در شرکت نیز ناراضی بود، قواعد حالات سه گانه تصرفات تکوینی در مال مشترك جاری خواهد بود .

۳ . تصرفات اعتباری مربوط به انتقال منفعت (اجاره دادن) : این حالت ممکن است در کلیت شرکت یا واحدهای مولّد آن و یا برخی محصولات و اجزاء شرکت، رخ دهد . شخص ناراضی با مستأجر یا مستأجرین در منفعت مشخص شریک خواهد بود و در این مدت با توجه به قواعد مال مشترك در مورد آن تصمیم گیری خواهند کرد .

---

۲۹ . اگر این اجزاء مولد داخل زمین مشترك قرار داده شود یا چرخه تولید آن با شرکت تکمیل گردد، اجرت بهره گیری از شرکت معادل سهم شریک ناراضی از مال مشترك به وی داده می شود . البته در صورتی که شریک ناراضی از این تصرفات تکوینی نیز ناراضی باشد، حالات سه گانه ای که در مورد تصرفات تکوینی بیان شد در این زمینه برقرار خواهد بود .

۴ . تصرفات اعتباری مربوط به دریافت منفعت (اجاره اشخاص یا اعیان) :

شرکای متقاضی این اجاره در منفعت اشخاص یا اعیان اجاره شده شریک هستند و معادل سهم شریک ناراضی از نقدینگی پرداخت شده به عنوان اجرت، به وی پرداخت می شود. در مورد اِعمال تصرف تکوینی در مال مشترك در نسبت با این منافع، در فرض ناراضی بودن شریک، حالات سه گانه تصرف تکوینی برقرار می باشد.

در هر صورت هیچ مانع و مشکلی در خصوص تصرفات اعتباری به نظر نمی رسد و احترام به مالکیت همه شرکا مسئله ای ایجاد نمی کند و تصرفات تکوینی در نسبت با تصرفات اعتباری انجام شده، ملحق به حالات سه گانه ای است که بدان اشاره شد.

طراحی متناسب با ضوابط مذکور برای بازارهای سرمایه گذاری

لازم است در بازارهای سرمایه گذاری برای مدیریت مال مشترك(شرکت)، ساز و کاری برای تصمیم گیری جمعی در نظر گرفته شود تا در مواقع متعددی که نیاز به تصمیم گیری برای نحوه اداره شرکت است، تصمیمات به موقع و کارگشا برای شرکت اتخاذ گردد. همدلی و تعامل مثبت شرکا با یکدیگر و ترویج و تاکید آن و فرهنگ سازی و آموزش در این زمینه، باعث خواهد شد تا اختلافات منجر به نارضایتی به حداقل برسد. عامل دیگر برای کاهش این اختلافات، طراحی ساختار مناسب است. در این زمینه، چینش ساختار مبتنی بر انجام تصمیم گیری های مهم و اساسی توسط شرکا و سپردن تصمیم گیری های خرد و جزئی به گروهی زیر نظر خود می تواند اقدام مناسبی باشد. سپرده شدن تصمیم گیری های جزئی و نظارت بر عملکرد شرکت به این گروه برای خود شرکا نیز مفید است؛ چرا که وقت کمتری برای شرکت می گذارند و برای بسیاری از امور که تخصص آن را ندارند خود را به

درد سر نمی اندازند.

بدین منظور برای هر یک از شرکت ها، دو نهاد «هیئت همکاری های سرمایه گذاران» و «کارگروه نظارت و مدیریت» ایجاد می گردد. «هیئت همکاری های سرمایه گذاران» شامل همه شرکا هستند که مسائل اساسی شرکت توسط ایشان تصمیم گیری می شود. این هیئت «کارگروه نظارت و مدیریت» را انتخاب می کند تا مسائل جزئی تر در آن تصمیم گیری شود. مناسب آن است که اعضای این کارگروه، افرادی کارشناس، دوراندیش، دارای روحیه همکاری و تعامل قوی و صاحب توان نظارت باشند. «مدیر عامل» نیز توسط «کارگروه نظارت و مدیریت»، پیشنهاد و با تصویب «هیئت همکاری های سرمایه گذاران» مدیریت مستقیم شرکت را به عهده می گیرد.

مبنای عمل این ساز و کار در حالت عادی، رأی اکثریت شرکا(با لحاظ ضریب رأی برای شرکا متناسب با میزان سهم) در نظر گرفته شده است. فرض در این حالت این است که همه شرکا، رأی اکثریت را پذیرا هستند.

اما در حالت ویژه که حداقل یکی از شرکا در «هیئت همکاری سرمایه گذاران» و یا «کارگروه نظارت و مدیریت» به رأی اکثریت در حدی اعتراض دارد که از تصرف در مال مشترك، مطابق رأی اکثریت ناراضی است، این نارضایتی را با «اعلام عدم رضایت» ابراز می کند. در این صورت، اگر آن تصرف، تصرف تکوینی در مال مشترك باشد و شرکا اذعان داشتند که انجام ندادن تصرف مورد نظر، باعث تعطیلی واحد و یا هر گونه خسارت دیگر به شرکت نمی شود (و شرکت راه معمول و متعارف خود را بدون آن تصرف خواهد پیمود) شرعاً حق آن تصرف را ندارند و باید آن موضوع را از دستور خارج کنند، اما اگر حداقل یکی از شرکا حقیقتاً انجام ندادن آن تصرف را باعث خسارت می داند این مطلب را با «اعلام خسارت زایی» ابراز می کند. در این صورت، موضوع به «نهاد تشخیص

ضرر و مصلحت» ارجاع داده می شود.[۳۰]

نهاد تشخیص ضرر و مصلحت، نهادی است که حاکم شرع در بازارهای سرمایه گذاری به نمایندگی از خویش تأسیس می کند و حکم آن را تنفیذ می نماید. البته حاکم شرع می تواند در مواردی که صدق ضرر و خسارت واضح است و نیاز به بررسی ندارد و وجود مصلحت در رأی اکثریت معلوم است و یا در مقطعی که امکان رسیدگی به تک تک موارد وجود ندارد و مصلحت نوعیه در رأی اکثریت دیده شده یا در همین فرض، علی رغم عدم مصلحت نوعیه در رأی اکثریت اما به دلیل مصلحت ختم نزاع، رأی اکثریت را به طور کلی تنفیذ کند.

نهاد تشخیص ضرر و مصلحت می تواند به نمایندگی از حاکم شرع در این زمینه مطالعه و بررسی کند و مواردی را که مصلحت در رأی اکثریت معلوم است، اعلام نماید؛ مثلاً یکی از موارد مهم و پر تکراری که وجود مصلحت در رأی اکثریت معلوم است، رأی گیری در هیئت همکاری سرمایه گذاران برای تعیین و تشکیل ارکان شرکت (اعم از کارگروه نظارت و مدیریت و مدیر عامل) از میان نامزدهایی است که واجد شرایط بودن آنان احراز شده است.

این نهاد می تواند برای انواع گوناگون فعالیت اقتصادی به طور تخصصی شکل بگیرد و نقش مؤثری در اتقان و کیفیت بالای تصمیمات اقتصادی داشته باشد. این نهاد می تواند آن قدر از نظر سازو کار قوی عمل کند که پس از اعلام نارضایتی و پس از آن، اعلام خسارت زایی، به طور مستقیم و بر خط ارتباط بگیرد و از موضوع آگاه شده و با طرفین صحبت کند و در صورتی که نیاز به بررسی

۳۰. وجه اینکه اگر حتی یک نفر هم حقیقتاً انجام ندادن آن تصرف را باعث ضرر و خسارت می داند، باید موضوع به نهاد تشخیص ضرر و مصلحت ارجاع شود، این است که حقیقت اقدام او این است که انجام ندادن تصرف مورد نظر را باعث ضرر و خسارت در سهم خویش می بیند و حق دادخواهی برای جلوگیری از ضرر را دارد.

مفصّل تر نداشته باشد رأی خود را نیز اعلام کند.

اگر مورد نارضایتی، صرفاً از تصرفات اعتباری بود یا اینکه شخص ناراضی، به پیامدهای تکوینی آن تصرف اعتباری رضایت داشت، سایر شرکا می توانند طبق ضوابطی که بیان گردید، پیگیر تصمیم خود باشند. بازارهای سرمایه گذاری و حسابداری شرکت ها باید این ضوابط را برای خود تعریف کنند.

تعریف ضوابط تصرفات اعتباری مواجه با شریک یا شرکای ناراضی و شیوه محاسبات مالی مربوط به آن، به دلیل عمومی بودن آنها برای تمامی شرکت ها به آسانی صورت می گیرد که در قالب یک نرم افزار ساده، قابل ارائه به عموم شرکت ها می باشد.

اگر نارضایتی از تصرفات اعتباری همراه با پیامدهای تکوینی بود و شخص ناراضی از آن امور تکوینی نیز ناراضی بود، انجام آن تصرفات تابع قواعد تصرفات تکوینی و ساز وکارهایی است که برای آن طراحی شده است.

تذکر این نکته، ضروری است که در این صورت، لحاظ ضرر در تصمیم گیری ها (توسط شرکا یا نهاد تشخیص ضرر و مصلحت) در نسبت با خصوص مال مشترك است.

بررسی امکان شرط ضمن عقد برای جلوگیری از نارضایتی به تصرفات اکثریت شرکاء

اشکالاتی که درباره شرط ضمن عقد خارج لازم برای جلوگیری از نارضایتی از تصرف یا عدم فسخ عقد شرکت بیان گردید در اینجا نیز جاری است.

دلایل استفاده نکردن از انواع دیگر عقد شرکت در بازارهای سرمایه گذاری

همان طور که گذشت چهار نوع عقد شرکت تصویر شده و در کلمات فقها درباره آنها اظهار نظر شده است و فقهایی هم بوده اند که هر چهار نوع را پذیرفته اند. این چهار نوع عبارتند از:

۱ . عقد شرکت بین دو شریک بدون شرط کردن هیچ شرطی خلاف وضعیت طبیعی در توزیع سود و زیان (توزیع سود و زیان به نسبت سهم الشراکه) ؛

۲ . عقد شرکت بین دو شریک و انجام کار توسط یکی از آنها و قراردادن سهمی از سود برای او بیش از مقدار طبیعی ؛

۳ . عقد شرکت بین دو شریک و قراردادن سهمی از سود یا زیان بیش از مقدار طبیعی برای یکی از آنها(بدون انجام کاری توسط وی) ؛

۴ . عقد شرکت بین صاحبان دو عین مجزا (که برای اکتساب به آنها نیاز است) و قراردادن سهم معینی از سود برای آنها .

گفته شد که در بازارهای سرمایه گذاری از نوع اول عقد شرکت استفاده می کنیم که حقیقت آن همان شرکت غیر عقدی همراه با رضایت شرکا به تصرف است . اما چرا از سایر انواع بهره نمی گیریم :

دلیل اینکه از نوع چهارم عقد شرکت (مجزا بودن دو یا چند مال مورد نیاز برای فعالیت اقتصادی بدون مزج یا تشریک آنها) استفاده نمی کنیم ، این است که اکثر قریب به اتفاق فقها امتزاج و مشترك بودن را شرط دانسته اند . البته اگر بخواهیم از دلیل لاضرر برای جلوگیری از فروپاشی شرکت استفاده کنیم نیز باید از این حالت صرف نظر کنیم .

توجه : امکان ایجاد شرکت در چند شیء مجزای از هم که هر یک مالک جداگانه ای دارد با استفاده از روش های اختیاری ایجاد شرکت ، از جمله روش عقد و روش تشریک ـ که در ابتدای مقاله به آنها اشاره شد ـ به راحتی میسر است و این نوع از عقد شرکت اساساً مورد نیاز نخواهد بود .

دلیل اینکه از نوع سوم عقد شرکت (شرط کردن سود و زیان بر خلاف میزان سهم هر یک از شرکا در مال مشترك) استفاده نمی کنیم این است که بسیاری از فقها آن را قبول ندارند ، ضمن آنکه در صورت بروز موت ، جنون ، سفاهت و یا

ورشکستگی، قرار تقسیم سود و زیان خلاف وضعیت طبیعی باطل می شود؛ چرا که شرکت باطل شده است.[۳۱]

علت استفاده نکردن از نوع دوم عقد شرکت (شرط کردن سودی بیشتر برای شریک عامل) نیز همین نکته اخیر است.[۳۲]

جریان دلیل لاضرر برای اثبات جواز تصرف در فرض حادث شدن موت، جنون، سفاهت و یا ورشکستگی و نارضایتی وارث، ولیّ، قیّم و یا طلبکاران به تصرف، مستلزم این است که چون حکم لاضرر از ناحیه شارع صادر شده و با رخدادن یکی از حوادث گفته شده با فرض نارضایتی وارث، ولی، قیم و یا طلبکاران به تصرف، حکم شارع به اباحه تصرف حادث می شود و با توجه به اینکه عقد شرکت باطل شده و قرار تقسیم سود و زیان خلاف وضعیت طبیعی از بین رفته است، اگر نماء و سودی برای مال مشترك پدید آید، بر حسب سهم الشراکه بین شرکا تقسیم می شود. البته این مطلب محل فکر و تأمل است و عقد شرکت نوع اول یا همان شرکت غیر عقدی همراه با رضایت شرکا به تصرف، نیاز را به خوبی برطرف می کند و ضرورتی برای استفاده از انواع دیگر عقد شرکت نیست.

ممکن است گفته شود در فرض نیاز به افزایش سرمایه در مراحل میانی یا پایانی اجرای طرح ساخت یا بهره برداری از یک واحد، باید برای سرمایه گذاران جدید، سهم بندی دیگری را خارج از وضعیت طبیعی توزیع سود و زیان (تقسیم بر اساس سهم الشراکه) در نظر گرفت؛ چرا که مدتی است که از اجرای طرح گذشته و

۳۱. در کتاب **عروة الوثقی** آمده است: تبطل الشرکة بالموت و الجنون و الإغماء و الحجر بالفلس أو السفه بمعنی أنّه لا یجوز للآخر التصرف و أما أصل الشرکة فهی باقیة. نعم یبطل أیضاً ما قرّراه من زیادة أحدهما في النماء بالنسبة إلی ماله أو نقصان الخسارة کذلک: سید کاظم طباطبایی، **عروة الوثقی**، ج۲، ص۷۰۴.

۳۲. طبق تحلیلی که از این نوع در این مقاله ارائه گردید و حقیقت این حالت همان رضایت به تصرف در مال مشترك همراه با جعاله دانسته شد، با بروز موت، جعاله باطل می شود.

قرار دادن سرمایه گذاران جدید در کنار سرمایه گذاران اولیه و توزیع سود و زیان به یک نسبت بین ایشان، باعث نارضایتی سرمایه گذاران اولیه خواهد شد. در پاسخ باید گفت با گذشت زمان و پیشرفت مراحل طرح، ارزش شرکت و سهام آن نیز بالا می رود و سرمایه گذار جدید باید سهام با قیمت جدید را خریداری کند نه اینکه با همان قیمت اولیه سهام وارد شراکت شود. در نتیجه، عقد شرکت نوع اول یا شرکت غیر عقدی برای تمام نیازهای این بازار کفایت می کند.

محور سوم: برتری های شرکت فقهی طراحی شده برای بازارهای سرمایه گذاری بر شرکت سهامی برخاسته از نظام سرمایه‌داری

با توضیحاتی که گذشت تفاوت شرکت فقهی طراحی شده برای بازارهای سرمایه گذاری و شرکت سهامی عبارتند از:

۱) نبودن «شخصیت حقوقی مستقل» و نپذیرفتن «مسئولیت محدود» در شرکت های بازارهای سرمایه گذاری.

۲) وجود «نهاد تشخیص ضرر و مصلحت» برای حل اختلافاتِ همراه با ادّعای ضرر در میان شرکا

با ملاحظه این دو تفاوت، فواید و برتری های شرکت های فقهی موجود در بازارهای سرمایه گذاری در برابر شرکت های سهامی بدین صورت می باشد:

۱. تضییع نشدن حقوق اقلیت و برخورد عادلانه با نظر ایشان در تصمیم گیری ها

به دلیل حاکمیت اکثریت در شرکت های سهامی، در بسیاری از مواقع حقوق سهامداران اقلّیت رعایت نمی شود که به این مطلب سابقاً اشاره شد ولی در شرکت فقهی طراحی شده برای بازارهای سرمایه گذاری به حقوق شرعی اقلیت به خوبی توجه می شود و مسائلی که در شرکت های سهامی در بی توجهی به اقلیت دیده

می شود، وجود نخواهد داشت، ضمن اینکه سازوکار مدیریت و تصمیم گیری مناسبی برای این شرکت ها تدارك دیده شده است.

۲. تقویت روحیه کار جمعی و تعامل سازنده، افزایش همدلی و صمیمیت بین سرمایه گذاران

رعایت حقوق شرعی اقلیت در شرکت های فقهی مورد نظر برای بازارهای سرمایه گذاری و داشتن امکان «اعلام نارضایتی» به تصرف تکوینی مورد نظر اکثریت و یا امکان «اعلام خسارت زایی» نسبت به تصرف مورد مخالفت اکثریت (در صورت ضرری دانستن عدم آن تصرف) و ارجاع مسئله به نهاد تشخیص ضرر و مصلحت، باعث خواهد شد که اعضای شرکت با هدف رسیدن به تصمیمات همراه با رضایت تمامی ایشان به تصرف، اساس تصمیم گیری ها و سایر تعاملات را بر مدار گفتگوی سازنده، همدلی و صمیمیت قرار دهند تا از ناراحتی و نارضایتی هر یک از شرکا تا آنجا که ممکن است جلوگیری کنند. در این صورت حتی در فرضی که برخی از شرکا با برخی تصمیمات مخالف باشند، امید آن هست که اعمال حقوق قانونی مانند «اعلام نارضایتی» به تصرف، به حداقل برسد. توجه به این نکته لازم است که طیف گسترده ای از تصمیمات در هر شرکت، به مسائلی مربوط است که داشتن نظر مخالف در آنها، به نارضایتی به تصرف تکوینی مطابق نظر سایرین نمی انجامد.

۳. اعتلای نظام تصمیم گیری و گرفتن تصمیمات بهتر برای هر شرکت

تصمیم گیری، رخدادی مهم در سرنوشت هر فرد یا جامعه ای است. منشأ رشد و تعالی و یا انحطاط و افول در افراد انسان و یا جوامع انسانی را باید در تصمیمات اتخاذ شده در موقعیت های گوناگونِ هر یک جستجو کرد. شرکت نیز یک اجتماع کوچک انسانی است و تصمیم گیری در آن، رخداد بسیار مهمی است

که افق های پیش رو، جهت حرکت و تدبیر نحوه حرکت شرکت را مشخص می کند تا شرکت به سر منزل مقصود واصل گردد.

نکته دیگر اینکه اشتباه در محاسبه و گرفتن تصمیم غلط در جایی که پای منافع انسان در میان باشد فراوان رخ می دهد. در جایی که مالک و اداره کننده واحد تولیدی یک نفر باشد، این تصمیم غلط، نتایج و تبعات خود را خواهد داشت و از آن گریزی نیست، اما در جایی که یک واحد را یک جمع مالک بوده و اداره می کنند، در بسیاری از مواقع غلط بودن تصمیم و ناقص و غیر کارشناسی بودن آن را فرد یا افرادی از این جمع تشخیص می دهند و با آن مخالفت می کنند. در شرکت های سهامی، به نظرِ این افراد، در صورتی که در اقلیت باشند، اعتنایی نمی شود، اما در شرکت های فقهی طراحی شده، در چنین مواردی افراد اقلیت می توانند با «اعلام نارضایتی» مانع تصرف شوند و در صورتی که اکثریت، انجام ندادن تصرف را موجب خسارت و ضرر بدانند و «اعلام خسارت زایی» کنند نیز، موضوع به نهاد تشخیص ضرر و مصلحت، ارجاع داده می شود و این نهاد با توجه به جایگاه کارشناسانه ای که برای آن در نظر گرفته شده است، با شنیدن استدلال هر دو طرف و بررسی لازم، تصرف اصلح را اعلام می دارد.

این ویژگی، باعث گرفتن تصمیمات بهتر و با اتقان و صحت بیشتر برای شرکت خواهد بود.

۴. اعتلای دانش مدیریت شرکت ها

روند مورد نظر در نظام تصمیم گیری شرکت های فقهی بازار سرمایه گذاری باعث خواهد شد که برای جلب نظر شرکا و یا به کرسی نشاندن یک دیدگاه، از مطالعه و استدلال قوی تر همراه با ارائه مستندات بهتر و بیشتر استفاده شود و این گونه نخواهد بود که به صرف اینکه یک نظر، متعلق به اکثریت است (حتی بدون

هرگونه مطالعه و کارشناسی درباره آن) به اجرا گذاشته شود.

این ویژگی علاوه بر اینکه به نوبه خود باعث ارتقای نظام تصمیم گیری در یک شرکت خواهد بود و به اتقان تصمیمات کمک خواهد کرد، ارتقای سطح دانش تولید شده در مدیریت کلان یک شرکت را نتیجه خواهد داد و برای مدیران آینده شرکت، علّت تصمیمات اتخاذ شده را روشن خواهد کرد و پشتوانه خوبی برای تصمیمات جدید و یا تجدید نظر در تصمیمات گذشته را پدید خواهد آورد.

۵. ظلم نکردن به طلبکاران شرکت در صورت ورشکستگی آن

از منظر فقه، اگر گروهی در یک واحد تولیدی شریک بودند و در اثر نوع مدیریت شرکا یا نمایندگان ایشان در آن واحد تولیدی، بدهی هایی پدید آمد، وظیفه هر یک از شرکا این است که به میزان سهمی که در آن واحد دارند تأمین کننده بدهی پدید آمده برای شرکت باشند. معمولاً قرار شرکا در این مواقع این است که از درآمد واحد، برای پرداخت بدهی ها اقدام شود. در صورتی که بدهی های واحد سنگین شده و حتی از ارزش کل دارایی های شرکت فزونی گیرد، وظیفه شرکا این خواهد بود که به میزان سهمی که دارند تأمین کننده بدهی شرکت باشند. این وظیفه در شرکت های سهامی با مسئولیت محدود رعایت نمی شود و در چنین حالتی با اعلام ورشکستگی، نهایتاً دارایی های شرکت در اختیار طلبکاران قرار می گیرد. این ظلم و اجحاف در حق طلبکاران، در شرکت های فقهی بازارهای سرمایه گذاری انجام نمی شود. البته رعایت این حکم علاوه بر تحقق عدالت، زمینه مدیریت بهتر شرکت و انجام احتیاط در پدید آوردن دیون و اطلاع از عملکرد مدیران را فراهم خواهد آورد.

لازم است به این نکته توجه شود که تحقق بدهی برای شرکت به دو گونه، امکان دارد: یکی اینکه شرکا تصویب کنند که مدیران شرکت می توانند صرفاً در

حد دارایی های مشترك واحد(شرکت)، ایجاد بدهی کنند و یا زمینه ایجاد بدهی را فراهم کنند و دیگر اینکه مدیران شرکت اجازه یابند علاوه بر دارایی های شرکت بر اساس سایر دارایی های شرکا (دارایی های غیر از مستثنیات دین ایشان) تا سقف خاصی یا حتی به طور مطلق، بدهی ایجاد کنند. البته در هر دو صورت، اگر به هر دلیل، بدهی شرکت بیش از دارایی های آن شود، شرکا مسئول پرداخت آن هستند.

۶. کاهش میزان ورشکستگی ها و از بین رفتن سرمایه مادی و معنوی یک شرکت

موظف بودن شرکا به تأمین بدهی های بیشتر از کل دارایی های شرکت در شرکت های فقهی بازارهای سرمایه گذاری، علاوه بر رعایت عدالت و اجحاف نکردن در حق طلبکاران آن، می تواند در کاهش ورشکستگی ها مؤثر باشد؛ چرا که این انگیزه در شرکا وجود نخواهد داشت تا با اعلام ورشکستگی، از پرداخت بدهی بیشتر از دارایی شرکت فرار کنند و بدین ترتیب سرمایه های مادّی و معنوی مربوط به یک واحد حفظ شده، از بیکاری کارگران و تعطیلی واحد جلوگیری می شود.

ورود شرکت های سهامی به ایران

مقاله «مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی؛ حقوق انگلستان و ایران» به این نکته اشاره می کند که:

> به طور کلی تحول و تکامل هر قاعده حقوقی در هر سیستم حقوقی را می توان مرهون زمینه های اجتماعی و به ویژه زیرساخت های فرهنگی، اقتصادی ـ اجتماعی و سیاسی آن سیستم دانست. وقتی زمینه تکامل یک قاعده فراهم نباشد، آن قاعده ممکن است حتی اهمیت نیابد.[۳۳]

وی سپس به بررسی وضعیت جامعه ایران در نسبت با قاعده رأی اکثریت از

۳۳. **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۵۰، ص ۴۷۱.

جهت سیاسی، فرهنگی و اجتماعی در بستر تاریخ پرداخته و چنین نتیجه گرفته است:

اقتباس از حقوق شرکت های مدرن که بر حکومت قاعده اکثریت استوار بود، توسط حقوق ایران، نمی توانست به دلیل وجود ارتباط میان حقوق شرکت های مدرن و حقوق ایران با ریشه های مذهبی، فرهنگی و یا سیاسی باشد؛ چه این عوامل به هیچ وجه استعداد تجویز تکامل تدریجی به سمت شرکت های مدرن در ایران را نداشتند. در غیاب چنین ارتباطی جای تعجب است که چرا و چگونه حقوق ایران به اقتباس از حقوق شرکت های مدرن دست زده است.

یک پاسخ ممکن و البته مناسب آن است که گفته شود هدف ایران تنها غربی کردن حقوق مربوط به شرکت های سنتی با هدف پیوند زدن ایده شرکت تجاری مدرن(آن گونه که در اقتصاد کشورهای غربی وقت وجود داشت)، به بدنه این حقوق بوده است. چنین غربی کردنی از زمان رضاشاه(مؤسس پادشاهی پهلوی) در دهه های ۲۰ و ۳۰ میلادی آغاز شد. در دوران حکومت وی تغییرات گسترده ای در حقوق و نهادهای جامعه، مشابه آنچه سابقاً در ترکیه صورت گرفته بود، رخ داد. اقتصاد ایران در شرف تجربه یک صنعتی شدن ناگهانی بر مبنای مدل اروپایی آن بود و شرکت ها می توانستند به روند چنین صنعتی شدنی سرعت ببخشند، آن گونه که شرکت های اروپایی به روند صنعتی شدن در اروپا سرعت داده بودند.

در سال ۱۳۰۴، قانون تجارت در سطحی گسترده، هم از نظر شکل و هم از نظر محتوی از مدل اروپایی آن اقتباس شد که در نتیجه آن قوانین راجع به شرکت های تجاری به بدنه حقوق تجارت ایران الحاق و به عموم مردم اجازه تأسیس چنین شرکت هایی اعطا شد. این قانون که به ویژه متأثر از حقوق

شرکت های فرانسه و بلژیک بود مطابقت با اصول کلی حقوق اسلام را نیز سر لوحه کار خود قرار داده بود. متعاقباً قانون تجارت دیگری که جز در خصوص شرکت های سهامی، هنوز به عنوان قانون تجارت حاکم در ایران شناخته می شود، جایگزین قانون مصوب ۱۳۰۴ گردید. در این قانون شرکت های تجاری به هفت نوع تقسیم می شدند و به ویژه ماده ۷۲ آن، به صراحت قاعده اکثریت را در شرکت های سهامی پیش بینی می کرد. محمدرضا شاه، راه پدر را در غربی کردن ادامه داد.

در سال ۱۳۴۷ دولت او لایحه ۳۰۰ ماده ای جدیدی را با اقتباس از الگوی فرانسوی، جهت ترمیم نواقص قانون تجارت در خصوص شرکت های سهامی، به مجلس پیشنهاد کرد. این لایحه که به تصویب مجلس وقت رسیده است اکنون به عنوان منبع اصلی و اولی حقوق راجع به شرکت های سهامی در ایران محسوب می گردد. این قانون مجدداً حاکمیت قاعده اکثریت در شرکت های سهامی را تأیید و به منظور حمایت از سهامداران اقلیت راهکارهای معدودی را پیش بینی می کند. می توان این چنین فرض کرد که قاعده اکثریت در حقوق شرکت های ایران بر همان مبانی ای که مورد استناد و تکیه نظریه پردازان حقوقی در اقتصاد غرب بوده، استوار شده است.[۳۴]

تناظر نوع حکومت هر کشور و نوع مدیریت شرکت

این نکته از مقاله مورد اشاره که «به طور کلی تحول و تکامل هر قاعده حقوقی در هر سیستم حقوقی را می توان مرهون زمینه های اجتماعی و به ویژه زیرساخت های فرهنگی، اقتصادی ـ اجتماعی و سیاسی آن سیستم دانست»، نکته جالب و محل تأملی در نسبت با نوشتار حاضر است. پس از بررسی های فقهی درباره شرکت در

۳۴. همان، ص۴۷۴.

این مقاله و در نظر گرفتن امکان «اعلام نارضایتی» و یا «اعلام خسارت زایی» برای شرکا، در کنار «احترام به رأی اکثریت» در فرض عدم اِعمال این دو امکان و همچنین طراحی «نهاد تشخیص ضرر و مصلحت» به نمایندگی از «حاکم شرع»، التفات به این نکته حاصل شد که این وضعیت در مقایسه با وضعیت سیاسی کشور، حالت تناظری دارد:

> یکی از نظریات ارائه شده برای توجیه قاعده اکثریت در حقوق کشورها، نظریه سیاسی است: نظریه سیاسی برای توضیح رابطه بین سهامداران و مدیران در شرکت های سهامی، توسط نظریه پردازانی ساخته و پرداخته شده است که به شرکت ها با دیدی سیاسی نگاه می کنند. این نظریه عموماً با تکیه به برخی شباهت های موجود بین دولت ها و شرکت ها، سعی در توسعه اصول دموکراسی از اولی به دومی دارد. این نظریه با قیاس موضوعاتی چون ساختار سازمانی و سلسله مراتب اداری، مفاهیم مشارکت، عضویت و شهروندی، هدف سازمانی، تقسیم قوا و مکانیزم تصمیم سازی موجود، هم در شرکت ها و هم در دولت ها با هم، مدعی است شرکت ها نیازمند نوعی حکومت هستند، همان گونه که هر گروه انسانی سازمان یافته دیگر چنین نیازی دارد.[۳۵]

نتیجه

عقد شرکت بدون شرط کردن سود و زیان بر خلاف سهم هر یک از شرکا که در این مقاله همان شرکت غیر عقدی(شرکت مطلق) همراه با رضایت شرکا به تصرف دانسته شد، برای پوشش نیاز بازارهای سرمایه گذاری مناسب است. این نوع شرکت با توجه به احکام خاص آن که در بازارهای سرمایه گذاری مصداق دارد،

۳۵. همان، ص۴۶۱.

تقسیم‌پذیر نیست، قابل فسخ نمی‌باشد و در اثر بروز مرگ، جنون، بیهوشی، سفاهت و ورشکستگی یک یا برخی از شرکا متزلزل نمی‌شود. در مورد لزوم رضایت شرکا به تصرفات و مسئله تصمیم‌گیری و مدیریت مال مشترك نیز با توجه به احکام خاصی که به آنها اشاره شد، می‌توان با نهادینه کردن ابزار «اعلام نارضایتی» و «اعلام خسارت‌زایی» در دو سطح مدیریت شرکت، یعنی «هیئت همکاری سرمایه‌گذاران» و «کارگروه نظارت و مدیریت» و ایجاد نهاد «تشخیص ضرر و مصلحت» به عنوان مرجع نهایی، سازوکاری طراحی کرد که روند تصمیم‌گیری و مدیریت شرکت به نحو مطلوب و صحیحی انجام شود. شرکت فقهی طراحی شده از جهات متعددی بر شرکت سهامی برتری دارد.

منابع و مآخذ

۱. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبداللّه بن أحمد بن محمد، **المغنی**، قاهره، مکتبة القاهرة، ۱۰ جزء، ۱۳۸۸هـ ـ ۱۹۶۸م.
۲. اراکی، محمد علی، **المسائل الواضحة**، ۲ جلدی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم ـ چاپ اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان**، ۱۴ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳هـ. ق.
۴. امام خمینی، سید روح اللّه، **تحریر الوسیلة**، ۲ جلدی، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، ۱۳۸۴هـ. ق.
۵. ـــــــــ، سید روح اللّه، **توضیح المسائل** (محشّی)، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ هشتم، ۱۴۲۴هـ. ق.

۶ . بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم، **الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة**، ۲۵ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵هـ. ق.

۷ . تبریزی، جواد بن علی، **منهاج الصالحین**، ۲ جلدی، قم، مجمع الإمام المهدي (عجّل اللّه تعالی فرجه)، چاپ اول، ۱۴۲۶هـ. ق.

۸ . تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، **دعائم الإسلام**، ۲ جلدی، قم، مؤسسة آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۳۸۵هـ. ق.

۹ . حسینی حائری، سید کاظم، **فقه العقود**، ۲ جلدی، قم، مجمع الفکر الإسلامي، چاپ دوم، ۱۴۲۳هـ. ق.

۱۰ . ـــــــــ، «مالکیت شخصیت های حقوقی»، **مجله فقه اهل بیت(ع)**، شماره ۲۱، بهار ۱۳۷۹ هـ. ش.

۱۱ . حکیم، سید محسن، **منهاج الصالحین** (محشّی)، ۲ جلدی، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.

۱۲ . حسینی حلبی(ابن زهره)، حمزة بن علی، غنیة النزوع إلی علمي الأصول و الفروع، یک جلدی، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷هـ. ق.

۱۳ . خویی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، ۲ جلدی، قم، نشر مدینة العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰هـ. ق.

۱۴ . رحمانی، عطاءاللّه، «مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی، حقوق انگلستان و ایران»، **مجله تحقیقات حقوقی(علمی ـ پژوهشی)**، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸ .

۱۵ . سبزواری، سید عبد الأعلی، **جامع الأحکام الشرعیة**، یک جلدی، قم، مؤسسة المنار، چاپ نهم، بی تا.

۱۶ . سنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۰م.
۱۷ . سیستانی، سید علی، **المسائل المنتخبة**، یک جلدی، قم، دفتر حضرت آیة اللّه سیستانی، چاپ نهم، ۱۴۲۲هـ. ق.
۱۸ . شبیری زنجانی، سید موسی، **المسائل الشرعية**، یک جلدی، قم، مؤسسة نشر الفقاهة، چاپ اول، ۱۴۲۸هـ. ق.
۱۹ . شهید اول، محمد بن مکی عاملی، **الدروس الشرعية في فقه الإمامية**، ۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۲۰ . ـــــــــ، محمد بن مکی عاملی، **غاية المراد في شرح نكت الإرشاد**، ۴ جلدی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۲۱ . شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، **مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ۱۵ جلدی، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۲ . صافی گلپایگانی، لطف اللّه، **هداية العباد**، یک جلدی، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۶هـ. ق.
۲۳ . طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **العروة الوثقى (محشّی)**، ۵ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ. ق.
۲۴ . ـــــــــ، **العروة الوثقى**، ۲ جلدی، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹هـ. ق.
۲۵ . ـــــــــ، **العروة الوثقى مع التعليقات**، دو جلدی، قم، انتشارات مدرسه

امام علی بن ابی طالب(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۸هـ. ق.
۲۶ . ـــــــــ، **العروة الوثقی مع تعلیقات الفاضل**، ۲ جلدی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، بی تا.
۲۷ . طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **المبسوط في فقه الإمامية**، ۸ جلدی، تهران، المکتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷هـ. ق.
۲۸ . ـــــــــ، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی**، یک جلدی، بیروت، دار الکتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۰هـ. ق.
۲۹ . علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان**، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۳۰ . ـــــــــ، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة**، ۶ جلدی، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ. ق.
۳۱ . ـــــــــ، **تلخیص المرام في معرفة الأحکام**، یک جلدی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۱هـ. ق.
۳۲ . فاضل آبی، ... الحسن بن ابی طالب ابن ابوالمجد یوسفی، **کشف الرموز في شرح المختصر النافع**، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۳۳ . فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة ـ المضاربة، الشرکة، المزارعة، المساقاة، الدین و ...** ، یک جلدی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵هـ. ق.
۳۴ . کابلی، محمد اسحاق فیاض، **منهاج الصالحین**، ۳ جلدی، بی جا، بی نا، ۱۴۱۹هـ. ق.

۳۵ . کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، **إصباح الشیعة بمصباح الشریعة**، یک جلدی، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶هـ. ق.
۳۶ . گلپایگانی، سید محمد رضا، **هدایة العباد**، ۲ جلدی، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۳۷ . محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ۴ جلدی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ. ق.
۳۸ . موسویان، سید عباس، **ابزارهای مالی اسلامی(صکوك)**، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۹۰هـ. ش.
۳۹ . نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ۴۳ جلدی، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴هـ. ق.
۴۰ . وحید خراسانی، حسین، **منهاج الصالحین**، ۳ جلدی، قم، مدرسه امام باقر(ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸هـ. ق.

استناد پذیری مذاق شریعت؛

تأملات و پرتوها

○ حمید ستوده*

چکیده

مذاق شریعت در عرصه استدلالات فقهی، با دو گرایش حذف و ضابطه‌مندی مواجه است؛ اعتقاد ناپذیری مذاق شریعت، انتقاد ناپذیری و قطع آفرینی کاذب، مهم‌ترین تأملاتی است که به استناد آن، به حذف مذاق شریعت از ساحت فقهی و جایگزین کردن دستگاه سازی از ادله فتوا داده شده است. با این وجود، می توان با بازشناسی مذاق شریعت، ادله اعتبار آن را انعکاس داد و با ضابطه‌مندی مذاق، ابهامات و اشکالات آن را مرتفع ساخت تا این موضوع، از استدلالات شخصی خارج شود و مبانی آن نیز در میان مباحث اصولی منقح گردد. نوشتار حاضر، پرتوی مجدد در استنادپذیری مذاق شریعت و نقد اندیشه نفی آن است.

کلید واژگان: مذاق شریعت، استنادپذیری، اعتقاد ناپذیری، انتقاد ناپذیری.

---

* پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).

مقدمه

ساختار جوامع امروزی با توجه به دگرگونی اوضاع و احوال محیطی، به لحاظ کمی و کیفی، پیچیدگی فزاینده‌ای یافته و فقیهان را روز به روز، با پرسش‌هایی نو مواجه ساخته است؛ پرسش‌هایی پیچیده که گاه با استناد به ظهور تک به تک نصوص، راه حلّی نمی‌یابد و از این رو، برخی از فقیهان با توجه به مذاق شارع و فهم و درک تازه‌ای که با استفاده از ذوق سلیم و درک منضبط خود، با روش کندوکاو در مجموع شواهد و قراین و فحوای آنها به دست می‌آورند و با قطع به حکم حاصل شده، آن را تبیین و تحلیل می‌کنند و مراجعه زود هنگام به اصول عملیه را نیز نمی‌پذیرند.

در مقاله «مذاق شریعت؛ جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»،[1] مباحث بسیاری در مفهوم‌شناسی حقیقت مذاق شریعت، رهیافت ضابطه‌مند در استنباط حکم از آن، تفاوت این موضوع با مسائل مشابه، ادله اعتبار و شرایط استناد و نیز مبانی و کارکردهای آن به اجمال، بیان شد و گستره قابلیت تمسک به آن نیز روشنی یافت. برخی از مباحث این پژوهش، در مقاله «چیستی مذاق شریعت و آسیب‌شناسی فقهی آن»، مندرج در فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، شماره ۷۳، نقد و ارزیابی شد که البته راقم این سطور، نقد و بررسی آن را از جانب استادان و محققان ارجمند، بزرگ‌ترین لطف و محبت تلقی می‌کند و با عنایت به آنکه از برکت فکر و اندیشه آنان متنعّم شده، از آنان تشکر می‌کند و البته، نکاتی را در پاسخ به تأملات مطرح شده مبذول می‌دارد؛ نکاتی که اگر با تعمق لازم در آن مقاله نیز قرین بود، خود نمایان بود. لذا، در نقدِ نقد نیز، از همان مقاله اول، و پرتوی روشن‌تر بر همان مطالب استفاده می‌شود.

---

۱. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱.

پنهان نیست که مقاله «مذاق شریعت؛ جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، که در این نوشتار با نام مقاله مذاق گرایی از آن یاد می شود، با توجه به این دغدغه نگاشته شد که امروز، مذاق شریعت در گفتمان فقهی، به لفظ و عنوانی تبدیل نشود که همراه با معنایی شناور و غیر ثابت به کار رود.[۲] بنابراین، مقاله مذکور، تک نگاره ای مستقل است که با رویکرد قاعده مندسازی مذاق شریعت و انعکاس ادله اعتبار آن تدوین یافت تا این موضوع در میان مباحث اصولی مطرح گردد و مطمح نظر اندیشمندان فقهی قرار گیرد؛ نه آنکه صرفاً، تدوین آن مقاله برای نقد اندیشه حذف مذاق باشد، گر چه لازمه آن است. وانگهی، اگر در تبیین این اندیشه به کتاب فقه و عرف استناد شده، به این دلیل بود که هنگام تدریس این موضوع توسط استاد محترم، جز جزوه ای از بحث های فقهی و کتاب مزبور که قابلیت ارجاع پذیری و استناد داشت، نگاشته چاپ شده و مورد استنادی در دست نبود. هر چند، با مطالعه همان منابع نیز دنیای ذهنی مؤلف، روشن شده و گرایش ایشان درباره این موضوع، در قلم و بیانشان هویدا گردیده بود. لذا با مطالعه مقاله «استناد فقهی به مذاق در بوته نقد»[۳] نیز، مطلب جدیدی بیش از آنچه درباره نفی مذاق گرایی در کتاب مذکور و مقاله انتقادی ناقد محترم وجود دارد، فهمیده نشد. باری، آن مقاله، روایتی غلیظتر را از این نگرش به دست می دهد.

به هر روی، اینک نقد مباحث انتقادی با سیر منطقی و منسجم، بررسی و ارزشیابی می شود تا میزان صحت و سقم انتقادات و مدعای برگزیده، مشخص گردد.

---

۲. ر. ك: عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۳، ص ۱۲۶.

۳. ر. ك: علیدوست و عشایری منفرد، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، **فصلنامه حقوق اسلامی**، ش ۲۲، سال ۱۳۸۸.

مفهوم و رویکرد استنباطی از مذاق شریعت

ناقد محترم در مواضع مختلفی از مقاله خویش بر این باور است که مذاق شریعت از دیدگاه مؤلف، به معنای تجمیع شواهد است. وی، به هنگام گزارش مقاله مؤلف، می‌نویسد:

> مقاله مزبور ابتدا به تعریف مذاق شریعت پرداخته و آن را دستیابی به حکم شرعی از طریق جمع‌آوری قراین و شواهد دانسته است که مانع از مراجعه زود هنگام به اصول عملیه می‌شود.[۴]

وی سپس، با تحمیل این انگاره بر آن مقاله، اشکالاتی را بر این نوع از یکسان انگاری متفرع کرده است؛[۵] در حالی که چنین می‌نماید که ناقد محترم، مفهوم‌شناسی مذاق شریعت را با روش‌شناسی استکشاف آن، در هم آمیخته و یکسان پنداشته است.

توضیح آنکه مذاق شریعت به صراحت در مقاله مذاق‌گرایی، تعریف و دیدگاه کاشف الغطاء در آن اختیار شده[۶] و با بسیاری از عبارات صاحب جواهر نیز تأیید گردیده و ارجاع داده شده است.[۷]

صاحب جواهر بر این باور است که آگاهی از زبان و راز و رمز شریعت، معرفتی است که خداوند به برخی از بندگان خود اعطا می‌کند.[۸] وی معتقد است

---

۴. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب‌شناسی فقهی آن»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۳، ص ۱۳۲.

۵. همان، ص ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۶ و ۱۳۸؛ و نیز ر. ك: علیدوست و عشایری منفرد، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، **فصلنامه حقوق اسلامی**، ش ۲۲، ص۱۰ـ۱۲.

۶. جعفر کاشف الغطاء نجفی، کشف الغطاء، ج۱، ص۱۸۸.

۷. ر. ك: نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۱، ص۳۰۳؛ ج۲، ص۳۲۹؛ ج۱۵، ص۱۹۶؛ ج۲۴، ص ۲۲۲؛ ج۲۷، ص ۲۱۷؛ ج۳۰، ص ۳۱۰؛ ج۳۲، ص۶؛ ج۴۰، ص ۳۸۷.

۸. همان، ج۱۰، ص ۲۸۵.

که آگاهی از زبان شریعت، توانایی کشف مذاق شارع و سازگاری یا عدم انسجام یک دلیل با مذاق شرع را در پی دارد.[9]

کاشف الغطاء نیز بر این باور است که اعتبار منطوق ها، با کنایه ها و رموز ـ در صورتی که احتمال آن ضعیف نباشد ـ از نظر متفاهم عرفی، یکسان تلقّی می شود.[10]

بنابراین، واقعیت مذاق شریعت، پی بردن به اراده شارع و فهم و درکی تازه از همان راز پنهانی است که به ذهن مجتهد عطا می شود. قهراً راه و روش آن، واکاوی در شواهد و قراین مختلف و پراکنده شرعی است تا در پی انسجام گرایی، برآیندی مشترك از مجموعه آنها پدید آید. در این نظام اکتشافی، باورها و ارتکازات متشرعه نیز که در بسیاری از موارد، از شرع سرچشمه گرفته می تواند از خواست های شارع پرده بردارد و لذا در کنار سایر موارد قرار می گیرد. بررسی لوازم نامطلوب یک حکم و توجه به انسان شناسی شارع نیز در همین چارچوب، قابل تحلیل و ادغام است و با تعریف مذاق، ناسازگاری نخواهد داشت؛ چرا که این موارد نیز، از جمله شواهد و قراینی است که در کنار سایر موارد می تواند فقیه را به رمز و راز شریعت در یک موضوع (مذاق شارع) رهنمون کند، به عنوان نمونه، صاحب جواهر در برخی موارد، مانند استحباب قراردادن ظرف آب در سمت راست به هنگام وضو، پس از استناد به مذاق شارع، به تبیین آیات و روایات پشتیبان آن پرداخته است.[11] از این رو، برخی از محققان در کتاب فقه و عقل بر این باورند که اجتهاد، افزون بر مقدمات معروف، به برخی مباحث کلامی، همانند شناخت حقیقت انسان از منظر دین، انتظار دین از انسان و... نیازمند است و

۹. همان، ج۸، ص ۴۰۵.

۱۰. ر. ك: جعفر کاشف الغطاء، **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء**، ج۱، ص۱۸۸.

۱۱. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۲، ص۳۲۹.

استنباط بدون این گونه آگاهی ها نمی تواند مجتهد را به هدف واقعی برساند و چه بسا، رهاورد آن با جوهره دین همخوانی نداشته باشد.[12]

به هر روی، در مقاله مذاق گرایی، صراحتاً استفاده از قانون تجمیع قراین و توجه به ارتکازات عقلی و شرعی به مثابه منطق کشف تلقی شده است؛ یعنی از این روش، به مثابه یک شیوه معتبر یا قابل استناد در استنباط حکم شرعی از استکشاف مذاق شارع، در کنار دیگر شروطِ اعتباربخشی مذاق، نام برده شده است.[13]

در استنتاج نهایی از آن مقاله نیز صریحاً، ذکر شد که استظهار مجموعی از احکام و ادله، یا هم نشینی اشارات و اشعارات فقهی در کنار یکدیگر می تواند خاستگاهی برای کشف مذاق شریعت تلقی گردد.[14]

نتیجه آنکه از دیدگاه مؤلف، تجمیع قراین از جمله شروط معتبر در رسیدن به مذاق شرع است؛ نه خود مذاق. البته باید توجه داشت که گاهی ممکن است یک به یک شواهد و قراینی که فقیه را به کشف مذاق شارع می رساند، بر شمرده و مسجل شود و گاه، صرفاً در ذهن او مرور گردد و با عبارتی کلی، بسان «مجموع ادله» از قراین و شواهدی که مذاق شریعت را کشف کرده، یاد کند.

با این وجود، ناقد محترم با استقرای ناقصی که آن را جست و جوی قانع کننده برشمرده، اصرار بر انحصار کاربرد مذاق در مواردی دارد که فقیه با وجود قطع به یک حکم شرعی، سند معین و بیان پذیری در اعتبار آن ارائه نمی دهد.[15] وی در

۱۲. علیدوست، **فقه و عقل**، ص۱۳۱.

۱۳. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۲۸ـ۱۲۹.

۱۴. همان، ص ۱۳۷.

۱۵. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش۷۳، همان، ص۱۱۹ و ۱۳۷.

مقطعی از مقاله خویش می نگارد:

جستار در آثار فقیهان مذاق گرا نشان می دهد که ایشان، مذاق را برای اثبات سه گونه فتوا به کار می برند: ... سوم، فتوایی که فقیه برای اثبات آن، تنها به مذاق تمسک کرده و دلیل معتبر دیگری که بتوان به آن تمسک کرد، نیز در مقام وجود نداشته است... مشکل اصلی در همین قسم است که غیر از مذاق، هیچ دلیل معتبری وجود ندارد.[16]

ولی شگفت آور، آن است که ناقد محترم، در همین مقاله انتقادی، «مذاق» را با «مجموع الادله» نیز یکسان پنداشته و معترف است که در آغاز، مقصود از مذاق شریعت، همان نگاه کلی به مجموعه اسناد معتبر بوده که به تدریج موجب شده تا وقتی فقیه در نهان خانه ذهنش، دلیل بیان ناپذیری بر ادعایی داشته باشد، اعم از آنکه دلیل مذکور، مجموعه ای از آیات و روایات معتبر و عقل باشد، یا همانند اجماع، سیره و ... ، از دلیل خود به نام مذاق شریعت تعبیر کند.[17]

وی در ادامه چنین می نگارد:

امروزه دیگر فقیهان ما تعبیر مذاق شریعت را به صورت منضبط تنها در جایی که برداشت عرف پسندی از مجموعه ادله معتبر داشته باشند، به کار نمی برند، بلکه به صورت عام، هرگاه استدلال بیان ناپذیری داشته باشند، از این تعبیر بهره می برند.[18]

قهراً، مفهوم کلام ایشان آن است که در گذشته، تعبیر مذاق شریعت، در مواردی که برداشت منضبط از مجموع ادله انجام شده، به کار می رفته است.

نویسنده در مقطعی دیگر از آن مقاله، ظهورگیری از ادله شرعی را به دو بخش

۱۶. همان، ص ۱۲۸.
۱۷. همان، ص۱۲۴.
۱۸. همان، ص ۱۲۵ـ ۱۲۶.

استظهـار از تک سندها و استظهار از مجـموعه اسناد تقسـیم کرده و معتـرف است که تمسک به مجموعه اسناد نیز در کلمات فقها به دو صورت دیده می شود:

فقـیه، گاه اسنادی را کـه از همنشین کردن آنهـا به یک حکم فقهی رسـیده، به صورت روشن در اختیار خوانـنده کتابش قرار می دهد تا خواننده، چگونگی تعامل اسناد برای دلالت بر آن حکم فقهی را به چشم خود ببیند و گاه بی آنکه به اسناد مـورد نظر خود اشاره کند، بـه صورت مبـهم از چیزی کـه خود آن را مجموع الادله می نامد، یاد می کند.[19]

از این رو، بنابر آنچـه متـن ایشان در سطور مـذکور، مـعنایش را برای خـواننده آشکار می کند، از نگاه ناقـد، استعـمال مـذاق در مجمـوع الادله هم وجود داشـته و این گـونه استعـمـال، امـری مستحـدث نیسـت؛ با این وجود به گـمان وی، امـروزه استعمـال مذاق تغییر کرده و بیـشتر در موارد بیان ناپذیر فقـهی، به عنوان امری جدید مطرح شده است.

البـته، پـنهان نیـست کـه اگـرچه به سبب تـقارن روش دسـتیابی بـا کشف مـذاق شـریعت، مـمکن است این مـوضـوع با «تجـمیع شـواهد» در برخی مـوارد، تسـاوق مصـداقی داشتـه باشد، ولی هیچ گاه این دو با یـکدیگر تطابق مفهـومی ندارند؛ زیرا تجمیع قراین، همیشه به کشف مذاق منتهی نمی شود؛ بلکه این روش، به دو هدف انجام می شود: گاهی ممکن است که تجـمیع قراین، یا حتی تجمیع برخی از ادله، فقـیه را مـستقیـماً به یـک حکم شرعی برسـاند و گاهی نیـز ممکن است کـه وی را به اکـتشـاف مـذاق شـرع رهنمـون گـردانـد کـه از این رهگذر و به سبب تـلائم حکم با مذاق، حکم شرعی مطلوب نیز به دست آید؛ زیرا مراد از معنای مذاق، فهم آن راز پنهـانی است کـه بین قرایـن متـعـدد و متـشـابه فقـهی وجـود دارد؛ در حالـی که ناقـد مـحتـرم، گمـان کرده کـه از دیدگاه مـؤلف، تعـریف مذاق شـریعت عبـارت است از

۱۹. همان، ص ۱۱۷.

دستیابی به حکم شرعی از طریق جمع آوری ادله و شواهد؛ یعنی همان قسم اول، که اصولاً، خارج از محل نزاع است.[20]

به هر روی، در باور این قلم، کشف نظر و اراده شارع که گاه ممکن است با شیوه و روش انضمامی از انسجام شواهد و قراین شرعی فهمیده شود، به معنای حقیقت مذاق شریعت خواهد بود؛ نه صرفاً تجمیع ادله یا قراین.

باری، در مقام نام گذاری فقهی و صرف نظر از صحت و سقم مذاق معتبر، تفاوتی ندارد که فقیه به یک یک مستندات تجمیعی در کشف مذاق، به طور تفصیلی تصریح کند یا با عنوانی اجمالی از آن یاد نماید.

به هر روی، مسلم است که اگر فهم و دریافت فقیه از رهگذر مذاق شرع، به صورتی بی ضابطه و بر اساس یافته ها و داده های گذشته ذهنی و غیرقابل استناد باشد، از آن سلب اعتبار می شود؛ چرا که این ادعا، تهی از دلالت معرفتی و فاقد محتوای واقعی است؛ لذا همان طور که در مقاله مذاق گرایی، آشکارا گفته شد، ادعای دست یافتن به مذاق شریعت به آسانی مقدور نیست و این ادعا، جز از سوی عده ای که پیوسته انس و ممارست با فقه و مصادر احکام داشته اند، امکان ندارد.[21]

به هر حال، نکته مهم آن است که فقیه با احاطه بر قراین فقهی و با جمع آوری و هم پوشانی شواهد، رمزها و کدهای مختلفی که در سراسر متون دینی پراکنده است، به نوعی اطمینان، یا استظهار نوعی از فحوا و ما حصل آنها دست یابد که در تک به تک آن موارد یافت نمی گردد؛ اعم از آنکه آن را برای مخاطب خویش بیان کند، یا در ذهن خود نگه دارد.

---

۲۰. همان، ص ۱۳۲.

۲۱. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبار سنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۲۹.

ناگفته پیداست که خلاف دیدگاه ناقد محترم که مـذاق شرع را به مثابه یک دلیل برشمـرده اند،[۲۲] استناد به مذاق، خـود دلیلی مستقل به شـمار نمی آید و از این رو، نمی توان به شـواهد اکتـشافی آن به صـورت جداگانه تـمسّک جسـت؛ چرا که اولاً، تنهـا استـناد به یک شاهد و حـکم خاص نخـواهد بود و ثانیـاً، با خـرد کردن قـراین و شواهد متعدد معرفـتی در کشف مذاق، یعنی با تحلیل برآیند به دست آمده به اجزای مختلف آن، روشن می شود کـه در هر یک از این گونـه قراین، بیش از یک اشـعار و استیناس یـافت نمی شود. لذا، استناد فقیه به تک تک آنها به صورت مـجزّا نخواهد بود، بلکه این استناد از آن روی است کـه جملگی بـا هم، دلالتی را بر کشف مـذاق شرع اثبات کننـد. برای نمونه، صاحب جواهر که خـود فقیهی مـذاق گرا می باشد، هنگام بحث پیرامون حرمت هتک مقدسات دینی چنین می فرماید:

> برای فقیه آشـنا و همدم با لسان شارع، زیبنده نیست که برای تمـامی جزئیات و تک تک گـزاره ها، به دنبـال آیـه یا روایتی خـاص باشـد. آیا شـایسـتـه است فردی برای جایز نبودن استنجاء با اوراق قرآن، از امام طلب روایت کند؟[۲۳]

از این رو، ایشـان برای فـتـوا به حـرمت هتک مـحـترمـات دینی، بـه ادله تعظیم شعائر الله و آنچه از دأب و روش شرع در بین مردم ظاهر است، استناد می کند.

به هر روی، پنهان نیـست که در اکتشاف مـذاق شرع، با حفظ شرایط اعـتبار آن کـه در مقـاله مـذاق گرایی کـاملاً تـبیین شد، گـاه به مـجمـوعـه ای از قراین شـرعی با مفادی یکنواخت استدلال می شود وگاه به مـدلول مجموعه ای از ادله پراکنده استناد می شود که انضـمام مضامین گـوناگون آنها در کنار هم، سبب ایفـای مدعایی تازه از رهگذر کشـف مذاق شارع می گـردد که قـهراً، قسـم دوم به سبب استظـهار آن ادله و

---

۲۲. عـشایری منفـرد، «چیستی مـذاق شـریعت و آسیب شناسی فـقـهی آن»، فـصلنامـه فـقـه اهل بیت(ع)، ش ۷۳، ص ۱۲۸.

۲۳. نجفی، جواهر الکلام، ج۲، ص۵۲.

هم‌پوشانی آنها، همانند ظهور انفرادی در دلالت مطابقی و التزامی یک روایت، حجت خواهد بود. بنابراین، ابهامی در مؤید بودن یا مکمّل بودن شواهد تجمیعی برای کشف مذاق شارع و استنباط حکم حاصل از آن وجود ندارد.

گستره استنباط حکم از مذاق شریعت

از دیدگاه نگارنده، قابلیت کشف ملاك و مصلحت، در بسیاری از احکام امضایی و غیرتوقیفی، بویژه در حوزه موضوعات اجتماعی از رهگذر طبیعت نصوص، مناسبات حکم و موضوع و سایر قراین امکان پذیر است،[۲۴] اما چنین قابلیتی در تعبدیات بسیار محدود می گردد تا به تشریع محرّم منتهی نشود؛ بویژه آنکه بنابر برخی از مبانی اصولی، اصل فعل، به تنهایی در اعمال عبادی دارای مصلحت نیست؛ یعنی عبادات بدون قصد قربت دارای مصلحت نیست، در حالی که قصد قربت نیز در مأموربه شرعی داخل نخواهد بود.

ناقد محترم در تأمل دیگر خود، بر این باور بوده که کاربست مذاق در گستره تعبدیات، در مقاله «مذاق شریعت؛ جستاری در اعتبار سنجی و کارآمدی»، به کلی منع شده است و لذا اشکالات دیگری را متفرع بر انگاره خود وارد دانسته است؛[۲۵] در حالی که با مروری مجدد بر آن مقاله، با اندکی دقت در عبارات آن و تحمیل نکردن پیش فرض های ذهنی در تفسیر آن متن، کاملاً روشن می سازد که مؤلف نیز به استنادپذیری مذاق، بویژه در فهم و تفسیر نصوص تعبدی باور داشته است، آنگاه که به روشنی می نگارد:

---

۲۴. همان، ج۲، ص۱۳۰: «انّ الاحکام الشرعیة عندنا معلومة لمصالح واقعیة؛ احکام شرعی نزد ما شیعیان، بر پایه مصالحی واقعی شناخته شده است».

۲۵. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، ش ۷۳، ص ۱۳۵.

با عطف توجه به صراحت احکام تعبدی و ثبات دائمی آنها، هیچ گاه نیازی به تغییر احکام تعبّدی وجود ندارد،[۲۶] بلکه هر گونه تغییری در ماهیت آنها با بطلان عمل رو به رو است. از این رو، مذاق شرع نیز در اینجا کارآیی چندانی جز در فهم و تفسیر نصوص این دسته از احکام نخواهد داشت؛ چه اینکه عقل قادر به درك و تشخیص حکمت ها و علت های آن نیست و انّ دین الله لایصاب بالعقول.[۲۷]

همچنین، در کابردهای مذاق شریعت، به صراحت بیان شد که موافقت با مذاق شریعت، می تواند به مثابه مرجّحی در باب تعارض و یا به مثابه کلیدی در حلّ مشکل روایاتی فرض گردد که احتمال تقطیع یا نقل به معنا در آنها وجود دارد. همچنین، اتکا به مذاق شریعت می تواند به مثابه قرینه ای عام در فهم مراد از عمومات و اطلاقات لفظی در همه ابواب فقهی بوده، در پاره ای از موارد، فقیه را در تمسّک یا عدم استناد به آن عمومات و اطلاقات مطمئن تر کند؛[۲۸] به عنوان نمونه آیت الله محقق داماد در بحث صلاة ـ با تقریر آیت الله جوادی آملی ـ روایات مختلف و بعضاً متعارض را که در مقدار تقدم و تأخر جایگاه زنان نسبت به مردان هنگام اقامه نماز وجود دارد، در همین چارچوب با تمسک به مذاق شریعت، تحلیل لفظی کرده و آنها را به عنوان اندازه های کمّی غیرالزامی در ایجاد فاصله میان زن و مرد برشمرده اند و از این رهگذر، اختلاف آنها را توجیه کرده است.[۲۹]

---

۲۶. ناگفته پیداست که آنچه در واقع ذکر شد، مربوط به تغییر حکم از حیث فتوایی، اجتهادی یا استنباطی است؛ چه اینکه مبنای فقه امامیه بر تخطئه است، نه تصویب. به دیگر بیان، حکم عندالله قابل تغییر نبوده و همواره در لوح محفوظ، ثابت خواهد بود.

۲۷. عندلیت ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبار سنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۱۲.

۲۸. همان، ص۱۳۵ـ ۱۳۶.

۲۹. جوادی آملی، **کتاب الصلاه**، (تقریرات درس آیت الله سیدمحمد محقق داماد)، ج ۳، ص ۲۶.

بنابراین، مذاق شریعت در باب تعبدیات نیز می تواند اجمالاً کارایی داشته باشد و لذا مؤلف در مقاله مذاق شریعت، به کارآیی اندك عقل و علّت اندك بودن آن در تعبدیات، صریحاً اشاره کرده و نوشته است:

> عبادیات نیازمند نص صریح از سوی شارع است و عقل در آن کارایی چندانی نخواهد داشت؛ مثلاً فقها صورت تکبیرة الاحرام را به «الله اکبر» دانسته و در این باره به توقیفی بودن عبادات استناد کرده و رأی و نظر را در آن بر نمی تابند؛ از آن روی بر می تابند؛ زیرا ممکن است در غیر این صورت به تشریع محرّم منجر گردد و از این رو، دست یافتن به ملاك عبادات، کاری بسیار دشوار می نماید.[۳۰]

نتیجه آنکه، برای فقیه بسیار ضروری است که با عنایت به جنبه های ثابت و متغیر دین، اغراض جعل اینگونه احکام را تا حد امکان از راه مذاق شریعت کشف کند و فقهی را پایه گذاری کند که در همه جنبه های فقاهت، در عین پایبندی به تعبّد در تعبّدیات، نتیجه اجتهادش به گونه ای نباشد که از نگاه عقلایی، توجیه پذیری ندارد. برای روشن شدن بیشتر بحث، به یک نمونه از محقق نجفی در کتاب الصلاة اشاره می شود. ایشان می نویسد:

> اگر عبور از مقابل نمازگزار در زمین مباح یا زمینی باشد که عبور از آن جایز است، نمی توان عابر را دفع کرد و در حال نماز به او سنگ زد، یا کارهایی کرد که میان عامه رواج دارد و موجب اذیت عابر می شود... بلکه چه بسا با استناد به روایت ابوسعید خدری و مانند آن در دعائم الاسلام از علی(ع) بر جواز قتل عبور کننده استناد می شود؛ ... . در حالی که تمسک به آن، توجیه پذیر نیست و بر کسی که با زبان شرع آشنا است و به احکام و سهولت

۳۰. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۱۳.

آن آگاه است و می داند که شارع، احکام خود را به گونه ای مستحسن در نزد عقول تشریع کرده، روشن می شود که همه اینها با مذاق شریعت منافی و ناسازگار است.[۳۱]

البته، کاربرد مذاق در تعبدیات، به معنای حضور بی ضابطه آن نیست؛ مثلاً هیچ گاه نمی توان با استناد به مذاق شریعت (بر فرض صحت)، از رهگذر استناد به اشارات موجود در برخی از آیات مانند آیه اکمال دین و ملازمت همیشگی امیرالمؤمنین(ع) با پیامبر اکرم(ص) به جواز قرائت شهادت ثالثه در تشهد نماز فتوا داد؛ بلکه قطعاً انجام این کار، به سبب تکلم آدمی، موجب بطلان آن نماز خواهد بود.

تفاوت مذاق شریعت با مقاصد شرع

از جمله نهادهای مشابه با مذاق شریعت، نظریه مقاصد شریعت است. مقاصد شریعت همان مصالح، اصول و اهداف فراگیر و ثابتِ قانون گذار است که چارچوب های اساسی فقه و شرع را تشکیل می دهد و به صورت صریح یا ظاهر در ادلّه بیان شده است. توجه به آن اهداف، میزانی شایسته در تشخیص صحّت و خطای استنباطات فقهی و یا تفسیر ادله احکام است که گاه، برخی از احکام جزئی نیز از آن استخراج می شود؛ به عنوان نمونه، صاحب جواهر با استناد به سهولت داشتن دین و نفی عسر و حرج، در فرض گران قیمت بودن خرید آب، قول به وجوب آن را نفی کرده است؛[۳۲] در حالی که در فرایند منضبط در استکشاف مذاق شریعت (تذوّق فقیهانه)، دلایل صریح و مستقیمی بر استدلال یک حکم وجود ندارد. لذا فقیه برای دست یابی به مذاق شریعت می تواند با روش تجمیع و بهره گیری از اشاره ها و شواهد موجود در کتاب و سنّت و کلمات فقها، در کنار

۳۱. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۸، ص۴۰۵.
۳۲. همان، ج ۵، ص۹۷.

حکم اقتضایی عقل و نیز تحلیل، ارزیابی و ادغام آنها در چارچوبی معین و مبین، به کشف اراده شارع و استنباط حکم شرعی از آن بپردازد.[۳۳]

ناقد محترم در این بحث از مقاله، با تغییر و تحریف برخی عبارات، برداشت خود را از مذاق شریعت، به روشنی بر مؤلف تحمیل کرده و مدعی است که مراد مؤلف از مذاق در این بخش از نوشتار، به معنای تذوّق بی ضابطهٔ فقهی است که قابلیت استظهار در آن وجود ندارد و فقط در جایی به کار می رود که نه ظاهری وجود داشته و نه تصریحی.[۳۴] لذا، برای بررسی این قسمت از کلام ناقد محترم، ابتدا، عین عبارات ایشان در نقل قول، آورده شده و سپس، با همان عبارات اصلی در متن این بخش از مقاله که تغییر یافته، تطبیق می شود و توضیحات تکمیلی نیز ارائه می گردد. وی می نویسد:

> ایشان در بیان تفاوت بین مقاصد و مذاق شریعت به روشنی نوشته اند:
> «عناوین مرتبط با مذاق به صورت صریح یا ظاهر در متون دینی وجود دارد.
> از این رو، نیازی به تذوّق فقیهانه در کشف این عناوین وجود ندارد».[۳۵]

در حالی که در متن اصلی مقاله، کلمه «مقاصد شریعت»، با توجه به معنایی که از آن تبیین شد، به جای «مذاق» وجود دارد که در ادامه عین آن عبارت از مقاله اصلی ذکر می شود:

> مقاصد شریعت در متون دینی ما به صورتی صریح یا ظاهر وجود دارد و طبعاً، نیازی به تذوّق فقیهانه نیست.[۳۶]

---

۳۳. همان، ص۱۲۲.

۳۴. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۳، همان، ص ۱۳۴.

۳۵. همان.

۳۶. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص۱۱۶.

همچنین، در مقاله مذاق گرایی و در ضمن پنجمین نقدی که راقم این سطور، بر اندیشه حذف مذاق فقهی وارد دانسته بود، آشکارا لزوم دقت به تفاوت میان مقاصد شریعت و مذاق شریعت را تذکر داده و نوشته است:

> پنج. توجه به تفاوت میان مذاق شریعت و مقاصد شرع بایسته است؛ چرا که مدرك و مبنای مقاصد شرع ـ بر خلاف نتیجه مذاق شریعت ـ به صورت نصّ یا ظاهر وجود دارد و نیازی به تذوّق در آن، به چشم نمی آید.[۳۷]

بنابراین، اولاً به صراحت گفته شده است که تنها «مقاصد شریعت» در متون دینی ما به صورتی صریح یا ظاهر وجود دارد، نه «مذاق شریعت»؛ زیرا آنچه هنگام کشف مذاق، پیش روی فقیه است، اشاره ها و شواهد موجود در کتاب، سنّت و کلمات فقها، در کنار حکم اقتضایی عقل است. ثانیاً، با توجه به صدر و ساقه مقاله «مذاق شریعت؛ جستاری در اعتبار سنجی و کارآمدی» و نیز با عنایت به انگیزه تدوین آن، چطور عبارت «تذوّق»، در این قسمت از مقاله، به معنای مذاق بی ظهور فقهی است؟ به راستی چطور ممکن است که مراد از تذوّق، یا تذوّق فقیهانه در عبارات مذکور به معنای امری بی ضابطه و در تقابل با ظهورات باشد؛ در حالی که در ادامه همان جمله اول، گفته شده است که «با تذوّق فقهی و استظهار مجموعی ادله می توان به آن اراده شارع نائل گشت».[۳۸] باری، آن گونه که گفته شد، آنچه دست کم به هنگام استنباط مذاق شریعت پیش روست، چه بسا حکم عقلی غیرقطعی به همراه برخی از آیات و روایاتی است که فقط به صورت ایماء و اشاره به آن مسئله ربط می یابند و کلید حلّ مسئله نیز حصول اطمینان نوعی به اراده شارع، از رهگذر تراکم شواهد و تکثر قراین برای رسیدن به تولید فهم و دلالتی

۳۷. همان، ص۱۳۱.
۳۸. همان، ص۱۱۶.

تازه (مذاق شریعت) می باشد.

ثالثاً، ناقد محترم در صدر همان صفحه و صفحه قبلی آن مقاله که ادعای تذوّق بی ظهور فقهی را به مؤلف انتساب داده، مطلبی را کاملاً مخالف با این ایراد درباره مذاق گرایی مؤلف فرموده اند که وجود این دوگانه انگاری در یک ورقه، جای بسی تأمل دارد. ایشان قبل از انتساب تذوّق بی ضابطه به مؤلف، در تبیین دیدگاه او فرموده است:

> ما به جای مذاق گرایی ارتکازمحور، توجه تفصیلی به ادله شرعی و تجمیع آنها و تبدیل کردن آنها به دستگاهی دلالت کننده، روشن و آشکار را پیشنهاد داده بودیم و ظاهراً، این همان چیزی است که نویسندگان محترم در این مقاله از آن دفاع کرده اند؛ بویژه آنجا که به صراحت نوشته اند: اگر فهم و دریافت فقیه، از رهگذر مذاق فقه و شرع، به صورتی بی ضابطه و بر اساس یافته ها و داده های گذشته ذهنی و غیر قابل تعبیر باشد، حجّت نخواهد بود؛ زیرا این نوع از علم یا اطمینان، از راه های مرسوم و عادی به شمار نمی آید.[۳۹]

رابعاً، مؤلف در مقاله مذاق گرایی به هنگام نقد اندیشه حذف مذاق، صریحاً گفته است:

> دغدغه ناقد، در سیال و غیر منضبط خواندن مذاق شریعت، پذیرفتنی است. از همین روی، رسالت نوشتار حاضر، سامان دادن به آن است تا اولاً، تفاوت مذاق شرع با موارد مشابه، بازشناخته شود و ثانیاً، ادّعای

۳۹. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، ش ۷۳، همان، ص ۱۳۳ـ ۱۳۴؛ عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۲۸.

مذاق شریعت آنگاه پذیرفتنی باشد که شواهد پشتیبان بر پایه ضابطه و معیار خاص آن بیان گردد.[۴۰]

بنابراین، از نگاه این قلم، باید دقیقاً مدارك و اسناد مذاق روشن باشد و صرف اشاره به مدارك مذاق نیز قابل پذیرش و اعتبار نخواهد بود.

اینک، پرسش اصلی از ناقد محترم آن است که چرا به هیچ یک از نکات انتقادی مطرح شده بر اندیشه حذف مذاق در مقاله «مذاق شریعت؛ جستاری در اعتبار سنجی و کارآمدی»، پاسخ نداده است و به جای بررسی محتوایی و استدلالی مذاق شریعت، سعی دارد تا معنای مذاق را در مقاله مؤلف، به تعریفی که خودش آن را ارائه داده نزدیک کرده و سپس، همان را نفی کند؛[۴۱] تعریفی که به معنای تذوّق بی ضابطه و بدون پشتوانه فقهی است و مؤلف نیز آن را نفی کرده بود؟ بویژه آنکه ایشان، در مقاله انتقادی خویش، به صراحت بیان کرده که انتقاد از یک گزاره، باید مسبوق به داشتن تصوری دقیق از خود گزاره و آشنایی با استدلالی باشد که آن گزاره را حمایت می کند.[۴۲] پس چرا با آنکه مؤلف در مقاله مذاق گرایی صریحاً بیان داشته که «نگرش حذف مذاق، اگرچه در نگاه ابتدایی ناقد است، ولی در واقع، همخوان و هم نوا با مدعای مؤلف (نفی مذاق بی ضابطه) است»،[۴۳] به منازعه بی فایده عنب و انگور ورود کرده است؟

---

۴۰. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۳۱.

۴۱. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۳، ص ۱۳۵.

۴۲. همان، ص ۱۲۷.

۴۳. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۳۰.

لزوم ضابطه‌مندی مذاق برای جلوگیری از پیامدهای منفی آن

ناقد محترم، دغدغه و نگرانی اصلی خود را در به کارگیری مذاق شریعت، بیان ناپذیری و شناور بودن آن در کلمات فقها می داند که در نتیجه، قرین اعتماد برانگیزی کافی نخواهد بود. ایشان، سه اشکال را بر بی ضابطه بودن مذاق شریعت متفرّع ساخته و مرقوم داشته است:

اتکای فقاهت بر مذاق شریعت، موجب بروز سه اشکال است:

الف) احتمال ابتنای پنهان فتاوا بر منابع نامعتبری مانند قیاس یا استحسان.

ب) احتمال ورود تدریجی منبع واره‌های دیگر به دانش فقه، بر اساس تئوری شیب لغزنده.

ج) اعتقاد ناپذیری و انتقاد ناپذیری مذاق شریعت به سبب ابهام معنایی.[۴۴]

وی، همچنین، احتمال رویش مذاق از ارتکازات نامعتبر را که ناشی از مطالعات پراکنده در منابع نامعتبر، مانند احادیث ضعیف، نقل‌های تاریخی کم اعتبار و ... است و نیز قطع آفرینی کاذب در مذاق شریعت را که به سبب انس فقیه با منابع معتبر و نامعتبر پدید می آید، از دیگر آسیب‌های جدی در این موضوع برمی شمارد که مذاق گرایی فقهی، با آن مواجه است.[۴۵]

ایشان در نتیجه این اشکالات، پیشنهاد حذف این تعبیر و نهاد تئوریک را از ساحت استدلالات فقهی داشته، توصیه به دستگاه سازی منضبط از ادله پنهان و گسسته نما دارند تا نحوه تعامل ادله تشکیل دهنده در آن دستگاه آشکار شود و معلوم گردد که دقیقاً، کدام آیات و روایات و با چه تعاملی بر مدعایشان دلالت می کند.[۴۶]

---

۴۴. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، ش ۷۳، ص ۱۲۶ـ۱۲۷.

۴۵. همان، ۱۱۹ـ۱۲۳.

۴۶. همان، ص۱۱۶، ۱۲۸ و ۱۳۲، ۱۳۳ ـ۱۳۴.

با این وجود، همان گونه که در نقد اندیشه حذف مذاق، در مقاله مذاق گرایی تبیین شد و بر پایه تنظیم ضوابط و دلیل اعتبار مذاق شریعت که در آن مقاله به تفصیل گفته آمد، می توان نگرانی های اندیشه مخالف با مذاق گرایی را زدود؛ زیرا اولاً، بر پایه مبانی اصولی امامیه، دلیل ظنی هیچ گاه، به تنهایی به مثابه سندی قابل اتکا نخواهد بود و از همین روی، فقهای امامیه قاطعانه، با اجتهاد مذموم، بسان قیاس، استحسان و مصالح مرسله و قطع حاصل از آنها مخالفت ورزیده اند؛ با این وجود، اعتبار مذاق شریعت منضبط، دلالت مفهومی و مدلول عرفی شواهد و قراین بوده و رهین حصول اطمینان نوعی و نه شخصی، برای فقیه است که شیوه ای بر پایه متفاهمات عرفی تلقی می شود[۴۷] و با قطع به حکم حاصل از آن، از دایره حرمت عمل به غیر علم خارج می شود.

ثانیاً، همان گونه که در مقاله اول بیان شد، برای اعتبار و حجیت مذاق شریعت، باید ضوابط و شرایطی مانند مراجعه به کتاب، سنّت و کلمات اعیان قوم، توجّه به حکم عقل، دقت در ارتکازات عقلاییه و متشرّعه با استفاده از قانون تجمیع قراین در حدّی که اطمینان نوعی را حاصل آورد، رعایت شود و تبیین گردد؛ چرا که در غیر این صورت، ادّعای مذاق، امری مبهم گردیده، معیاری برای صحّت و سقم آن وجود نخواهد داشت. باری، سامان دهی به مذاق شریعت و تبیین خاستگاهای پیدایش آن، موجب می شود تا احتمال استناد مذاق شرع و حکم حاصل از آن به ارتکازات نامعتبر و برخاسته از خیالات و توهمات، یا منابع نامعتبر مانند قیاس و استحسان زائل شود و به سطح امری اعتقادپذیر و انتقادپذیر ارتقاء یابد. البته، باید توجه داشت که در روش شناسی کشف مذاق شارع، به هنگام رویارویی با هر یک از شواهد و قراین پشتیبان، چه بسا مناقشه وخدشه ای نسبت به هر یک از آنها در ذهن نقش بندد، ولی این نکته به معنای بطلان محض آنها نخواهد

۴۷. کاشف الغطاء نجفی، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، ج ۱، ص ۱۸۸.

بود؛ زیرا هر یک به تنهایی، بهره‌ای و لو اندك، از اعتبار را دارا هستند یا می‌توان احتمال صحت آن را تقویت کرد و از همین روی، همواره در کلمات فقها، برای مؤیدات یا استیناس‌های فقهی، با عناوینی بسانِ «یشعر»، «یؤید»، «یستأنس» و واژگانی از این دست، ذکر می‌گردند؛ وانگهی، هیچ‌گاه خدشه در صغری، به معنای بطلان یک قاعده نیست؛ بویژه آنکه استناد فقیه به تک‌تک آنها به صورت مجزّا نیز نبوده، بلکه این استناد از آن روی است که جملگی با هم، دلالتی را بر کشف مطلوب اثبات کنند.

همچنین، ناگفته نماند که ضابطه‌مندی مذاق، سبب می‌شود تا قطع به اراده شارع از پی کشف مذاق او به عنوان قطعی، صوری و کاذب نباشد؛ بلکه قابلیت انتقال به دیگران را نیز داشته باشد و لذا مرحوم کاشف الغطاء، فهم اراده و مذاق شریعت را به ذوق سلیم و درك منضبط از مجموعه شواهد و قراین شرعی محدود می‌کند تا قطع آفرینی کاذب را نفی کند.[۴۸] البته، باید توجه داشت که علم و اطمینان، همان صورت ذهنی قطع به شیء است که مقرون به دقت و استدلال گشته و مسبوق به جهل است. از این رو، مقصود از آن صرفاً یقین به معنای اخص و منطقی که عقلاً احتمال خلاف ندارد، نخواهد بود.

به هر روی، معلوم است که نمی‌توان ادعای فهم مذاق شریعت را از هر فردی پذیرفت، بلکه این ادّعا، از فقیه کارکشته‌ای برمی‌آید که عمری را غوّاص دریای فقاهت بوده و به ویژه، با زبان فقه‌الحدیث آشنایی کاملی داشته باشد.[۴۹]

ثالثاً، اقتضای پیشرفت دانش اصول یا فلسفه فقه آن است که مبانی نوپدید فقهی یا اصولی، در فضای آزاد اندیشی فکری، همواره با روش منطقی و مستدل،

---

۴۸. همان.

۴۹. عندلیب و ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ص ۱۲۸ـ۱۲۹.

نقد و بررسی گردد، نه آنکه پیشنهاد حذف آنها داده شود تا مبادا در آینده، مبانی ضعیف و مستحدث دیگری پدید آید.

رابعاً، به نظر می‌رسد که به جای ابداع اصطلاحات مبهمی مانند «دستگاه سازی» و «دستگاه شبکه ای، حلقوی و هرمی»، یا «فقیه دستگاه گرا»،[50] که در فضای فقهی کنونی، بویژه برای فضلای غیر فارسی زبان، به روشنی مفهوم نیست، با تأکید بر همان اصطلاحات معهود و در پرتو عنوانی مانند مذاق شریعت، به ضابطه مندی و تحصیل تفصیلی و مدیریت شده شواهد پشتیبان در کشف اراده شارع پرداخت و آن را از اتقان آکادمیک برای پر کردن رخنه های استدلالی برخوردار ساخت؛ بویژه با توجه به سابقه تاریخی این عنوان که به اعتقاد ناقد محترم، در دوران گذشته، تعبیر مذاق شریعت به معنای نگاه کلی به مجموعه اسناد بوده[51] و در مواردی که برداشت منضبط و عرف پسندی از مجموع ادله می شده کاربرد داشته است، ولی امروز دیگر آن را برای موارد بیان ناپذیر استعمال می کنند.[52]

البته همان طور که گفته شد، از دیدگاه مؤلف باید میان تجمیع شواهد و قراین برای رسیدن به مذاق شارع و تجمیع ادله برای رسیدن به یک حکم شرعی تفاوت قائل شد.

به هر روی، طبق مبنای ناقد محترم، تفکیک مذاق شرع از دستگاه سازی، به سبب اجمال و تفصیل مناشیء تحصیلی آن صحیح نیست، آنجا که می فرماید:

---

۵۰. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، ش ۷۳، ص ۱۲۸.

۵۱. همان، ص۱۲۴.

۵۲. همان، ص ۱۲۵ـ ۱۲۶.

در همان مواردی که فقیهان مذاق گرا با اعتماد به ارتکازات اجمالی شان به مذاق تمسک می کنند، فقیهان دیگر به جای مذاق گرایی، ارتکازات پنهانشان را آشکارا به دستگاهی منضبط تبدیل کرده تا نحوه تعامل ادله تشکیل دهنده در آن دستگاه آشکار شود و معلوم گردد که دقیقاً، کدام آیات و روایات و با چه تعاملی بر مدعایشان دلالت می کند.[۵۳]

بویژه آنکه ایشان در همین مقاله انتقادی، معترف است که در فضای فقهی معاصر، برخی از فقهای امامیه، از انسجام شواهد و قراین برای رسیدن به مذاق شریعت استفاده کرده اند؛ فقیهی مانند محقق سبزواری در مهذّب الأحکام، برای اثبات برخی مسائل فقهی مانند حرمت تشبیب، به فحوای مجموعه ای از ادله و تعامل اجزای آن با هم به صورت منسجم، استناد کرده و عنوان آن را نیز مذاق شریعت نامیده و از پی آن، حکم شارع را در این زمینه بیان کرده است.[۵۴] بویژه آنکه برخی از محققان معاصر نیز، اذعان دارند که عطف توجه فقیه به عناصری همانند اهداف و روح شریعت و نیز مجموعه دین و ادله آن ضروری است و لذا، بر این باورند که بی اعتنایی به این موضوع، پدیده ای است که جز ارائه حکمی ناهماهنگ با مذاق شارع، و روح شریعت دستاوردی نخواهد داشت.[۵۵]

نتیجه

از خلال مباحث پیش گفته، روشن شد که ناقد محترم در مقاله «چیستی مذاق

۵۳. عشایری منفرد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۳، ص۱۱۶، ۱۲۸ و ۱۳۲.
۵۴. همان، ص۱۳۱؛ و نیز ر. ك: سبزواری، **مهذب الاحکام**، ج۱۶، ص ۸۰.
۵۵. ر. ك: علیدوست، **فقه و عقل**، ص ۱۳۳.

شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، بر این باور است که مذاق شریعت در نگاه مؤلف، به معنای تجمیع شواهد است و بر این پندار خویش، تأملاتی را روا دانسته است؛ در حالی که به استناد مقاله مذاق گرایی، حقیقت مذاق، پی بردن به اراده شارع از رهگذر رمز و راز پنهانی است که به ذهن مجتهد عطامی شود. باری، استفاده از قانون عرفی تجمیع قراین و توجه به ارتکازات عقلایی و شرعی در حدی که اطمینان نوعی را پدید آورد، در استنباط حکم شرعی از رهگذر استکشاف مذاق شارع، به مثابه یک روش معتبر و ایده قابل استناد تلقّی می شود.

ناقد محترم در تأملی دیگر، بر این باور است که کاربست مذاق در گستره تعبدیات، از دیدگاه مؤلف، به کلی منع شده و بر این انگاره خود نیز اشکالات دیگری را متفرع کرده است؛ در حالی که مؤلف در مقاله مذاق گرایی، به روشنی استنادپذیری مذاق در مقام فهم و تفسیر نصوص تعبدی را پذیرفته و انحاء گوناگون در شیوه های تفسیری آن را در بخش کابرد مذاق، بیان کرده است.

در نهایت اینکه تنظیم ضوابط مذاق گرایی و تبیین صحیح ادله در اعتبار آن، سبب استنادپذیری مذاق شریعت می گردد و مناشی حصول آن، قابلیت انتقال می یابد و طبعاً، دغدغه های موجود در آسیب های پیش روی مذاق هم فرومی کاهد و از این رهگذر می توان آن را با عنوانی معهود و آشنا، به جای مصطلحاتی همانند دستگاه سازی حلقوی یا هرمی و ... ، در میان مباحث اصولی و استدلالات فقهی، مورد نقد و بررسی قرار داد.

منابع و مآخذ

۱. جوادی آملی، عبد الله، **کتاب الصلاة**، (تقریرات فقه آیت الله سیدمحمد محقق داماد)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹هـ. ق.

۲. سبزواری، سید عبد الاعلی، **مهذب الاحکام**، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳هـ. ق.

۳. عشایری منفرد، محمد، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، فصلنامه فقه اهل بیت(ع)، ش ۷۳، ۱۳۹۲هـ. ش.

۴. علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و عرف**، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۸۴هـ. ش.

۵. ــــــــــ، **فقه و عقل**، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۱هـ. ش.

۶. علیدوست، ابوالقاسم و محمد عشایری منفرد، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، **فصلنامه حقوق اسلامی**، ش۲۲، ۱۳۸۸هـ. ش.

۷. عندلیب، محمد و ستوده، حمید، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، **فصلنامه فقه اهل بیت(ع)**، ش ۷۰ـ۷۱، ۱۳۹۱هـ. ش.

۸. کاشف الغطاءنجفی، جعفر بن خضر مالکی، **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۸۰هـ. ش.

۹. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، چاپ ششم، بی تا.

۱۰. نوری، میرزا حسین، **مستدرك الوسائل** و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسة آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۸هـ. ق.

فقه اهل‌بیت ۷۸ـ۷۷

اعتبار ادله اثبات حاصل از راه‌های غیرشرعی

○ مسعود امامی*

چکیده

به دست آوردن ادله اثبات از طرق غیرشرعی و غیرقانونی جایز نیست. این ادله در صورتی که خللی در کاشفیت آنها باشد، اعتباری ندارند و در غیر این صورت به استناد اطلاق ادله روایی معتبر می باشند. اطلاق قانون نیز گویای اعتبار این ادله است.

کلید واژگان: ادله اثبات، بیّنه، شهادت، قسم، سوگند، اقرار، علم قاضی.

مقدمه

ادله اثبات در نظام قضایی اسلام عبارت است از اقرار، شهادت، سوگند و علم قاضی. تردیدی نیست که ادله اثباتی که از راه‌های شرعی و قانونی به دست آمده

* دانش آموخته حوزه علمیه قم، masoudimami@yahoo.com

معتبر است؛ اما سؤال اینجاست که آیا ادله ای که از راه های غیر شرعی یا غیر قانونی به دست آمده نیز معتبر است و می توان به واسطه آنها ادعای خود را در دادگاه اثبات کرد؟ ادله حاصل از راه های غیرشرعی یا غیرقانونی مانند اقرار زیر شکنجه یا تهدید یا فریب، علم قاضی حاصل از قراین غیرشرعی مانند تجسّس حرام یا استراق سمع غیرقانونی، یا شهادت شهودی که شهادت آنها برخاسته از نگاه حرام یا ورود غیرقانونی و غیرشرعی به خانه کسی بوده است.

در این نوشتار، حکم تکلیفی و وضعی ادله اثباتی که از راه های غیرشرعی و غیرقانونی به دست آمده است بررسی می شود. مقصود از حکم وضعی، اعتبار و حجیت این ادله برای اثبات دعوا در دادگاه و غیر دادگاه است.

حکم تکلیفی به دست آوردن ادله غیرشرعی و غیرقانونی

حکم تکلیفی تحصیل این گونه ادله روشن است؛ زیرا معنای غیر شرعی بودن این ادله، جایز نبودن تحصیل این ادله است، مگر اینکه ضرورت، به دست آوردن چنین ادله ای را اقتضا کند، در این صورت به حکم ثانوی جایز خواهد بود و تخصّصاً از عنوان ادله غیر شرعی خارج است. در استفتایی از امام خمینی آمده است:

> سؤال: آیا از نظر اسلام می توان جهت اقرار و اعتراف گرفتن از افراد زانی و زانیه و لواطکار با شیوه هایی از قبیل تهدید و بلوف زدن و البته بدون کوچکترین شکنجه و فحاشی عمل کرد یا نه؟
>
> پاسخ: جایز نیست.[1]

در این فتوا امام خمینی تهدید و بلوف را برای اقرار گرفتن جایز نمی داند وبه طریق اولی راه هایی همچون شکنجه در نظر ایشان نامشروع است. در اصل ۲۵

۱. امام خمینی، **استفتائات**، ج ۳، ص ۴۵۷، سؤال ۸.

قانون اساسی آمده است :

بازرسی و نرساندن نامه ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون.

اصل ۳۸ قانون اساسی مقرر می دارد :

هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند، مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود.

مواد ۵۷۸ و ۵۸۲قانون تعزیرات نیز ضمانت های اجرایی این اصول قانون اساسی را بیان کرده است. در این مواد آمده است :

ماده ۵۷۸ : هر یک از مستخدمین و مأمورین قضایی یا غیر قضایی دولتی برای این که متهمی را مجبور به اقرار کند، او را اذیت و آزار بدنی نماید علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می گردد و چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد فقط دستور دهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم به واسطه اذیت و آزار فوت کند مباشر، مجازات قاتل و آمر، مجازات آمر قتل را خواهد داشت.

ماده ۵۸۲ : هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی، مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را در غیر مواردی که قانون اجازه داده حسب مورد مفتوح یا توقیف یا معدوم یا بازرسی یا ضبط یا استراق سمع نماید یا بدون اجازه صاحبان آنها مطالب آنها را افشاء نماید به حبس از یک سال تا سه سال و یا جزای نقدی از شش تا هجده میلیون ریال محکوم خواهد شد.

حکم وضعی ادله غیرشرعی و غیرقانونی

۱. اقسام ادله غیرشرعی و غیرقانونی

برای دست یابی به حکم وضعی ادله مذکور لازم است اقسام این ادله تبیین شود. غیرشرعی و غیرقانونی بودن به دست آوردن دلیل، اقسام مختلف دارد:

الف) گاهی ارتکاب عمل غیرشرعی و غیرقانونی در به دست آوردن دلیل از سوی مدّعی یا وکیل او صورت گرفته است؛ مانند اینکه مدعی با فریب و وعده دروغ، شاهدی را به دادگاه آورده است و یا با فریب و وعده دروغ، طرف دعوا را به اقرار تشویق کرده است. گاهی ارتکاب عمل غیرشرعی و غیرقانونی از سوی شاهد است؛ مانند اینکه کسی به طور غیر قانونی وارد منزل دیگری شده و در آنجا شاهد جرمی بوده است. گاهی نیز ارتکاب عمل غیرشرعی و غیرقانونی از سوی پلیس و مقامات قضایی است؛ مانند اینکه پلیس یا مقامات قضایی به اجبار از متهم اقرار گرفته اند یا از راه های غیر قانونی به جمع دلایل پرداخته اند.

تذکر این نکته در اینجا لازم است که اگر شاهد، هنگام تحمّل شهادت مرتکب فعل حرامی شده باشد از عدالت ساقط است، پس اگر عدالت او هنگام اداء شهادت احراز نشود، شهادتش قبول نیست. در این صورت بی اعتباری شهادت او به سبب فقدان شرط عدالت هنگام اداء شهادت است نه به سبب ارتکاب فعل حرام هنگام تحمّل شهادت. برخی از فقهای معاصر در استفتایی در همین مورد به این نکته اشاره کرده اند.[۲]

۲. **نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی**، سؤال۵۸۶۵: «سؤال: اگر شهودی که به زنا شهادت می دهند، به صورت غیر اتفاقی زنا را مشاهده کنند، مثلاً به صورت تفحصی و جستجوگرانه و با کمین نشستن (به این صورت که مثلاً از قبل از محل قرار زانی و زانیه اطلاع یافته و آنهارا زیر نظر گرفته باشند) آیا مرتکب حرام شده اند؟ در صورتی که مرتکب حرام

ب) دلایل غیرشرعی و غیرقانونی از منظر دیگر به دو بخش تقسیم می شوند: بخش اول دلایلی است که استفاده از راه غیرشرعی و غیرقانونی برای رسیدن به دلیل، موجب خلل در کاشفیت و اعتبار دلیل می شود؛ مانند اقرار یا شهادتی که به اجبار، اکراه و شکنجه به دست آید. تردیدی نیست که اقرار و شهادت هنگامی از آنچه بر آن اقرار شده یا شهادت داده شده کشف عقلایی می کنند که از روی اختیار باشد، اما اگر اقرار و شهادت به اجبار و اکراه باشد، عقلا این دو دلیل را از آنچه بر آن اقرار شده یا شهادت داده شده کاشف نمی دانند. بخش دوم، دلایلی است که

> شده باشند، آیا مشاهده ای که اساس آن حرمت تکلیفی دارد می تواند به عنوان بینه شرعی معتبر باشد یا آنکه این مقدار حرمت، موجب فسخ شهود می گردد. پس شهادت آنها از باب فسخ شهود از حجیت ساقط است؟ و نیز در همین خصوص، آیا بین جایی که با اعتقاد به حلیت و به عنوان مثلاً مبارزه با منکرات و ردع آن از جامعه اقدام به چنین کاری کرده باشد و غیر آن، تفاوت هست؟

آیت اللّه محمد تقی بهجت: اگر با تفحص محرم باشد و آن هم ثابت شود سبب سقوط از عدالت شهود می شود و شهادتشان مقبول نیست. ۱۳۸۱/۰۵/۲۰.

آیت اللّه سید علی سیستانی: تجسس حرام است ولی اگر این کار با عدالت آنها منافات نداشته باشد شهادت آنها قبول می شود. ۱۰ جمادی الاولی ۱۴۲۳ هـ. ق.

آیت اللّه لطف اللّه صافی گلپایگانی: شاهد باید عادل باشد و تفحص و تجسس از کارهای مخفی مردم حرام است و مبارزه با منکرات مجوز ارتکاب خلاف شرع نیست. البته در مواردی که می دانند کسانی می خواهند مرتکب زنا بشوند باید از وقوع خلاف شرع جلوگیری نمایند واللّه العالم. ۱۳۸۱/۰۴/۳۱.

آیت اللّه ناصر مکارم شیرازی: این کار جایز نیست و سبب فسق شهود می شود مگر در مواردی که علم به حرمت نداشته باشند. همیشه موفق باشید. ۱۳۸۱/۰۴/۳۰.

آیت اللّه سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: در فرض مسأله کاری که انجام می دهند، یعنی از راه جستجو و نشستن در کمین و زیرنظر گرفتن تعقیب می کنند صحیح نیست، بلکه حرام است و موجب فسق می شود. ۱۳۸۳/۰۳/۱۷

آیت اللّه حسین نوری همدانی: موارد مختلف است. در صورتی که با اذن حاکم شرع باشد موجب فسق شهود نمی شود. ۱۳۸۱/۰۶/۱۴».

استفاده از راه غیرشرعی و غیرقانونی برای رسیدن به دلیل موجب خلل در کاشفیت دلیل نمی شود؛ مانند رؤیت یا استراق سمع حرام و غیر قانونی یک جرم.

۲. پیشینه حقوقی

اصل ۳۸ قانون اساسی ـ چنان که گذشت ـ حکم بی اعتباری برخی از مصادیق ادله غیرشرعی و غیرقانونی را که نقصان در کاشفیت دارند بیان کرده است، اما قانون اساسی و سایر قوانین موضوعه در مورد اعتبار سایر اقسام و مصادیق این گونه ادله ساکت است. از این رو می توان گفت که از نظر حقوقی اطلاق مواد مربوط به اعتبار و حجیت ادله اثبات در قانون مدنی، آیین دادرسی مدنی، قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری، فرضی را که این ادله از طرق غیر قانونی کسب شود نیز شامل می گردد و اعتبار این ادله با تمسک به اطلاق مواد مذکور قابل اثبات است.

در اینجا مناسب است نگاهی نیز به حقوق سایر کشورها داشته باشیم. دکتر ایرج گلدوزیان در بحث مفصلی در باره «تحصیل دلیل باطل و آثار آن در سیستم های حقوقی مختلف» به بررسی این موضوع در حقوق فرانسه و برخی از کشورهای اروپایی و غیراروپایی پرداخته است.[۳]

گزارش او از سیستم های حقوقی مختلف حاکی از این است که مقررات و رویه یکسانی در این مورد در بیشتر کشورهای مورد بررسی وجود ندارد. به نظر می رسد یکی از علل این تشتّت و نابسامانی، علاوه بر آنچه پس از این خواهد آمد، تفکیک نکردن روشن و دقیق میان ادله غیر قانونی کاشف از واقعیت و ادله غیر قانونی ناقص در کشف، در حقوق این کشورهاست. این ادعا با مطالعه گزارش تفصیلی ایشان اثبات می شود.

۳. گلدوزیان، **ادله اثبات دعوا**، ص ۳۰۱ـ۳۱۷.

به طور خلاصه می توان گفت که بنابر گزارش ایشان، در سیستم های حقوقی کامن لا مانند سیستم های حقوقی حاکم بر کشورهای انگلیس، آمریکا، کانادا و اسرائیل گرایش کمتری به ابطال ادله غیر قانونی نسبت به کشورهای دارای حقوق نوشته شده، مانند فرانسه، آلمان، چکسلواکی، سوئد، بلژیک، هلند و پرتغال وجود دارد.

۳. بی اعتباری ادله غیرشرعی و غیرقانونی ناقص در کشف

از نگاه عقلی روشن است که چنین ادله ای به علت نقصان و کاستی در کشف از واقعیت، فاقد اعتبار و حجیت در دادگاه است و ادعایی با آن، له یا علیه مدعی یا متهم ثابت نمی شود، حتی می توان گفت که بی اعتباری این گونه ادله به سبب خروج تخصصی آنها از ادله اثبات است؛ زیرا دلیلی که فاقد جنبه دلیلیت و کاشفیت است دلیل نیست و فقط صورت ظاهری دلیل را دارد.

از نظر فقهی نیز به اجماع فقها اختیار، شرط صحت اقرار، شهادت و قسم است و به همین سبب اقرار به واسطه اکراه، اجبار و شکنجه موجب اثبات جرم و استحقاق مجازات نیست.[۴] روایات متعدد بر این مطلب دلالت دارد؛ مانند این روایت:

عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ بُنْدَارَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي الْبَخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ(ع): أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ(ع) قَالَ: مَنْ أَقَرَّ عِنْدَ

۴. طوسی، **النهایة**، ص ۷۱۸؛ محقق حلی، **شرائع الإسلام**، ج۴، ص۱۷۶، ۹۵۵؛ ابن ادریس حلّی، **السرائر** ج۳، ص۴۲۹؛ محقق حلّی، **المختصر النافع**، ص۲۲۴؛ حلی، **الجامع للشرائع**، ص۵۵۲؛ علامه حلّی، **قواعد الأحکام**، ج۳، ص۵۵۱، ۵۶۵؛ علامه حلّی، **تحریر الأحکام** (ط. ق)، ج ۲، ص۲۳۰؛ شهید ثانی، **الروضة البهیة**، ج ۹، ص۳۳؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۴۱، ص۲۷۹؛ خویی، **مبانی تکملة المنهاج**، ج۱، ص۱۷۲؛ امام خمینی، **تحریر الوسیلة**، ج۲، ص ۴۵۹.

تَجْرِيدٍ أَوْ تَخْوِيفٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ تَهْدِيدٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ؛ [5]

امیر المؤمنین(ع) فرمود: هر کس در حالی که شمشیر به روی او کشیده شده یا ترسانده شده یا محبوس گردیده یا تهدید شده اقرار کند مجازاتی بر او نیست.

همچنین شرط اعتبار قسم نیز، نبودن اکراه و اجبار است. [6] در استفتایی از مراجع معاصر، شهادتی که با اکراه و تهدید به دست آمده باشد نیز در عدم حجیت به اقرار ملحق شده است. [7]

در منابع فقهی این مسئله در باره سرقت مطرح است که اگر کسی دیگری را با

۵. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۳، ص۱۸۵، ح۱؛ همان، ج۲۸، ص۲۶۱.

۶. علامه حلّی، **قواعد الأحکام**، ج ۳، ص ۴۴۵؛ فاضل هندی (اصفهانی)، **کشف اللثام** (ط. ق)، ج ۲، ص ۳۴۱.

۷. **نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی**، سؤال۹۰۴۳: سؤال: آیا اقرار یا شهادتی که از طرق غیر شرعی ـ مثلاً با تهدید یا ایراد ضرب ـ اخذ می شود حجیت دارد؟

آیت اللّه محمد تقی بهجت: حجیت ندارد. ۱۳۸۰/۱۱/۰۴

آیت اللّه سید علی خامنه ای: صرف اقرار یا شهادت تحمیلی مادام که موجب علم نشود اعتباری ندارد. ۱۳۷۹/۰۷/۱۲

آیت اللّه سید علی سیستانی: حجت نیست. ۱۳۸۰/۰۴/۰۲

آیت اللّه لطف اللّه صافی گلپایگانی: عدم حجیت چنین سؤالاتی واضح است واللّه العالم. ۱۳۸۱/۰۹/۰۹

آیت اللّه محمد فاضل لنکرانی: خیر حجیت ندارد و منشأ اثری نمی تواند باشد. ۱۳۸۰/۰۴/۰۶

آیت اللّه ناصر مکارم شیرازی: بی شک اقراری معتبر است که بدون فشار و تهدید انجام گیرد ولی اگر اقرار گیرنده مرتکب خلاف شود و اقراری با فشار بگیرد ولی بعد با قراین روشن ثابت شود که اقرار کننده حقیقت را افشاء کرده است معتبر می باشد. ۱۳۸۰/۰۳/۲۴

آیت اللّه سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: چنین اقرار و شهادتی حجیت تعبدیّه ندارد ولکن اگر به ضمیمه قراین، علم به صحت حاصل شود، از جهت حصول علم، حجت است.

زدن، اکراه بر اقرار به سرقت کند و اقرار کننده پس از اقرار، مال مسروق را بیاورد آیا حد سرقت در مورد او جاری می شود؟ بیشتر فقها به صرف اقرار و آوردن مال مسروق، حد را جاری نمی دانند، بلکه در صورت وجود قراین قطعی بر سرقت اقرار کننده، او را مستحق حد می دانند.[8] برخی از فقها به استناد روایت معتبر سلیمان بن خالد، حد را جاری می دانند.[9] روایت مذکور بدین قرار است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ سَرَقَ سَرِقَةً فَكَابَرَ عَنْهَا فَضُرِبَ فَجَاءَ بِهَا بِعَيْنِهَا، هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَلَكِنْ لَوِ اعْتَرَفَ وَلَمْ يَجِئْ بِالسَّرِقَةِ لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ عَلَى الْعَذَابِ؛[10]

سلیمان بن خالد می گوید: از امام صادق (ع) در باره مردی سؤال کردم که مرتکب سرقت شده، ولی آن را انکار می کند. سپس آنقدر کتک می خورد که مال مسروق را باز می گرداند. آیا در این صورت حد قطع دست در مورد

۸. علامه حلی، **قواعد الأحکام**، ج۲، ص۲۷۰، شهید ثانی، **مسالک الأفهام**، ج۱۴، ص۵۱۶؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۴، ص۹۵۵؛ محقق حلی، **المختصر النافع**، ص۲۲۴. علامه حلی، **إرشاد الأذهان**، ج۲، ص۱۸۴؛ علامه حلی، **قواعد الأحکام**، ج۳، ص ۵۶۵؛ علامه حلی، **تحریر الأحکام الشرعیه** (طبع جدید)، ج۵، ص۳۶۵، رقم ۶۸۶۴. فخر المحققین حلی، **إیضاح الفوائد**، ج ۴، ص۵۳۸ و ۵۳۹؛ شهید اول، **اللمعة الدمشقیّة**، ص ۲۶۲؛ شهید ثانی، **الروضة البهیّة**، ج ۹، ص ۲۷۷؛ جمال الدین حلی، **المقتصر**، ص ۴۱۴؛ فاضل آبی، **کشف الرموز**، ج ۲، ص ۵۸۰؛ فاضل هندی، **کشف اللثام**، ج ۲، ص ۴۲۸؛ طباطبایی حائری، **ریاض المسائل**، ج ۱۶، ص ۱۲۸؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۴۱، ص۵۲۵ و ۵۲۶؛ امام خمینی، **تحریر الوسیلة**، ج ۲، ص ۴۸۸؛ مرعشی نجفی، **السرقة علی ضوء القرآن و السنة**، ص۲۸۸

۹. طوسی، **النهایة**، ص ۷۱۸؛ ابن براج، **المهذّب**، ج۲، ص۵۴۴؛ حلی، **الجامع للشرائع**، ص۵۶۱؛ علامه حلی، **مختلف الشیعة**، ج۹، ص۲۲۴ و ۲۲۵.

۱۰. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۸، باب ۷ از ابواب حدّ السرقة، ص۲۶۰ و ۲۶۱، ح۱.

او جاری می شود؟ امام صادق (ع) فرمود: بله، ولی اگر اعتراف کرد و مال را نیاورد دستش قطع نمی شود؛ زیرا با شکنجه اعتراف کرده است.

از این روایت فهمیده می شود که آوردن مال سرقت شده توسط اقرار کننده دلیل مفید علم بر ارتکاب سرقت توسط اوست. از این رو، اجرای حد سرقت مستند به اقرار نیست، بلکه مستند به قرینه موجب علم قاضی است. پس هیچ یک از فقها اقرار به واسطه اکراه و اجبار را موجب ثبوت جرم نمی داند، بلکه آوردن مال مسروق را نیز لازم می شمارند؛ به علاوه، بیشتر آنان آوردن مال مسروق را نیز مادامی که موجب علم برای قاضی نشود مفید برای ثبوت جرم ندانسته اند.

توجه به این نکته لازم است که حجیت نداشتن چنین دلایلی به سبب یک امر اعتباری ـ یعنی غیر قانونی بودن آن دلایل ـ نیست، بلکه به این سبب است که این ادله عقلاً فاقد اقتضاء حجیت و دلیلیت است. بنابراین، حتی اگر فرض کنیم که قانون گذار به دست آوردن چنین دلایلی را منع نکرده باشد باز هم این گونه دلایل فاقد کاشفیت واقعی و عقلایی است. پس تا آن امر حقیقی وجود دارد قانون گذار حکیم چنین دلایلی را فاقد اعتبار می داند.

۴. اعتبار عقلی ادله غیرشرعی و غیرقانونی کاشف از واقعیت

چنان که گذشت در این گونه ادله، خللی در کاشفیت دلیل غیر قانونی و غیر شرعی وجود ندارد؛ یعنی نگاه حرام و غیر قانونی به ارتکاب قتل یا زنا، یا استماع حرام و غیر قانونی اقرار متهمی به جرم قتل یا زنا، واقعاً و عقلاً کاشف از وقوع قتل و زنا است. پس این گونه ادله اقتضای دلیل بودن را دارند. به همین سبب، شارع یا قانون گذار می تواند آنها را معتبر بشمارد و حتی به سبب مصلحت یا ضرورتی اهمّ، منع شرعی یا قانونی کسب چنین دلیلی را بردارد و حکم تکلیفی آن را به جواز تبدیل کند. استفتایی از حضرت آیت اللّه فاضل لنکرانی گویای همین نکته

است کـه در مـوارد ضـروری، منع شـرعی و قـانونی تحـصیل ایـن ادله برداشتـه می شود.[11]

۵. اعتبار قانونی ادله غیرشرعی و غیرقانونی کاشف از واقعیت

پس از اینکه روشن شـد کـه کـاشـفیت عـقلی و واقـعی این گـونه دلایل مـحـرز است، این پرسش مطرح می شود که آیا این گونه دلایل، قانوناً نیز حق و یا جرمی را در دادگـاه ثابت می کند یا خیـر؟ به عبـارت دیگر، این گـونه دلایل به سبب کـشف از واقـعیت، اقـتـضـاء صـحت و اعـتبـار را دارد و سـخن در ایـن است کـه آیا مـلاك و مصلحتی وجود دارد که مانع از این اقتضاء اولی شود؟

اگر ملاك و مـصلحتی مهم تر از کـشف واقعیت که مـوجب بطلان این ادله شود وجود داشتـه باشد، عقل به استناد مـصلحت اهمّ، به بطلان این ادله حکم می کند و در غیـر این صـورت، حکم عقل به اسـتناد مصلحت کـشف واقع، صحـت و اعتبار این ادله است.

نخستین ملاکی که می تواند به عنوان مـانع تلقی شود، ملاك و مفسده ای است

۱۱. فـاضل لـنکرانی، **جامع المسائل**، ج۱، ص۵۲۲: «استفتاء: اخیراً شایع است که با کنترل تلفن افراد به مـدت طولانی سعی و تلاش در این می نمایند کـه جرمی برای فرد پیـدا نمایند. اولاً آیا قاضی حق اعطاء چنین حکم کنتـرلی (در غیر مصالح حکومتی) دارد یا خیر؟ ثانیاً آن موارد دلیل شرعی به محکومیت فردی هست یا خیر؟ آیت اللّه محمد فاضل لنکرانی: نظر به اینکه هدف از حکومت حـقه الـهیـه تثبیت موازین شـرع و تنفیذ احکام اسـلام است لذا لازم بلکه ضروری است که بر خـلاف موازین شرع عمل نشود. بلـی در بعض موارد حفظ نظام یا مـصالح عـامه مـردم یا برقـرار کردن واجبی مهم مـتوقـف بر ارتکاب محرّم و خلاف شـرعی است کـه به درجه اهـمیت آن امـور نمی رسـد و در چنین مـواردی مسـأله تزاحم و اهم و مـهم پیش می آید کـه لازم است رعـایت مـرجـحات و اهم و مـهم بشـود و در حد ضـرورت اقـدام شود. و چـنانچه در مـوارد ضروری نواری به دست آمـد، نفس نوار دلیل نمی شود. قـاضی باید طبق موازین باب قضا و اقرار و شهود و علم خود عمل کند.»

که در حرمت و ممنوعیت به دست آوردن این گونه ادله وجود دارد. پس مفسده‌ای که به سبب حرمت تکلیفی در تحصیل این ادله وجود دارد هر چند لطمه‌ای به کاشفیت آن نمی‌زند ولی ممکن است قانون گذار به سبب دور کردن مردم از ارتکاب این حرام به بی اعتباری این ادله حکم کند. به عبارت دیگر، هدف قانون گذار این است که مردم و مقامات قضایی بدانند که با فعل حرام و غیر قانونی مانند تجسس نامشروع، چیزی در دادگاه ثابت نمی‌شود تا در این صورت تمایلی به اینگونه کارها پیدا نکنند.

به نظر می‌رسد با توجه به نکات ذکر شده نمی‌توان از نظر عقلی به روش واحدی در مورد اعتبار یا عدم اعتبار این قسم از ادله در همه جرایم و حقوق رسید؛ زیرا چه بسا در برخی از جرایم و حقوق مهم مثل قتل عمد، مصلحت کشف واقع بر مصلحت دور کردن مردم و مقامات قضایی از تحصیل ادله غیرشرعی و غیرقانونی، رجحان داشته باشد و به عکس، در برخی دیگر از جرایم و حقوق غیر مهم، مصلحت دور کردن مردم و مقامات قضایی از تحصیل ادله غیرشرعی و غیرقانونی بر مصلحت کشف واقع، رجحان یابد. شاید علت اینکه در حقوق کشورهای مختلف ـ چنان که گذشت ـ مقررات و رویه یکسانی در این مورد وجود ندارد همین نکته است.

۶. تأسیس اصل اولی

با توجه به تحلیل ارائه شده در بندهای قبل می‌توان اصل اولی هنگام شک در اعتبار این قسم از ادله غیرشرعی و غیرقانونی را تعیین کرد؛ زیرا این قسم از ادله،

۱۲. در موارد شک در مانع به اتفاق همه اصولیان استصحاب عدم مانع جاری است. اختلاف اصولیان در موارد شک در مقتضی است که به نظر شیخ انصاری و بیشتر اصولیان، استصحاب جاری نیست و به نظر آخوند خراسانی و برخی دیگر جاری است.

اقتضای حجیت و اعتبار را دارند و هنگام شک در وجود مانع، اصل عدم مانع است.[12] پس در صورت فقدان دلیل اجتهادی، اقتضای اصل اولی، اعتبار این گونه ادله است.[13]

۷. اعتبار شرعی ادله غیرشرعی و غیرقانونی کاشف از واقعیت

به دلایل پیش رو می توان گفت که این قسم از ادله به دست آمده از راه های غیر قانونی و غیر شرعی دارای حجیت و اعتبار شرعی می باشند. به عبارت دیگر، هر چند حکم تکلیفی اکتساب چنین دلایلی حرمت است، اما حکم وضعی آنها اعم از اینکه به نفع متهم یا علیه او باشد صحت و حجیت شرعی است. ادله شرعی مورد استناد بدین قرار است:

دلیل اول: اطلاق ادله لفظی حجیت اقرار، بینه، علم قاضی و قسم در قرآن کریم و روایات، شامل مواردی که این دلایل از راه ها و مقدمات نامشروع تحصیل شده باشد نیز می گردد.[14] حجیت هیچ یک از این ادله در قرآن و روایات به موردی که از راه های مشروع تحصیل شود، مقید نشده است.

پس اگر شاهدی بدون اجازه صاحب خانه ای وارد منزل او شود و شاهد وقوع جرمی باشد، شهادت او در صورت احراز عدالتش هنگام اداء، معتبر است؛ هر چند راه رسیدن به تحمّل این شهادت غیر شرعی است و یا اگر شاهدی به سبب وعده ای دروغ، حاضر به اداء شهادت شود در این صورت نیز شهادت او معتبر

۱۳. پس از این خواهد آمد که با وجود اطلاق لفظی ادله قرآنی و روایی برای حجیت ادله غیر قانونی کاشف از واقع، جایی برای اجرای اصل باقی نمی ماند.

۱۴. مراجعه شود به: حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۷، ص۱۱، ابواب صفات القاضی و ما یجوز أن یقضی به (ابواب کیفیة الحکم و احکام الدعوی، ص۲۲۹)؛ کتاب الشهادات، ص۳۰۷.

است؛ هر چند راه رسیدن به اداء این شهادت غیر شرعی می باشد.

توجه به این نکته لازم است که در ادله روایی اعتبار چهار شاهد عادل در جرم زنا، هیچ اشاره‌ای به بی اعتباری شهادتی که از راه غیر شرعی حاصل شده باشد، نشده است؛ در حالی که شهادت دقیق و بالمعاینه بر جرم زنا به گونه‌ای که شاهد به تعبیر روایات، دخول و خروج را دیده باشد، غالباً خالی از نگاه حرام نیست. پس ترك استفصال در روایات شهادت بر زنا میان موارد غالبی که تحمّل شهادت با گناه همراه است و مواردی که تحمّل شهادت با گناه همراه نیست، گویای این است که اعتبار شهادت در زنا به شهادتی که از راه‌های شرعی تحصیل شده باشد مقید نیست.

به عبارت دیگر، نهی تکلیفی از برخی مقدمات تحصیل دلیل اثبات، با امضای حجیت آن منافاتی ندارد. اصولیان همین بحث را در مسئله نهی در معاملات مطرح کرده‌اند. بنابر نظر بیشتر اصولیان، نهی در معاملات موجب فساد معامله نیست، زیرا «اگر دلیل امضا دارای اطلاق و عمومی باشد، نهی تکلیفی از معامله‌ای موجب تقیید یا تخصیص اطلاق و عموم دلیل امضا نیست؛ چون منعی وجود ندارد که حکم تکلیفی معامله‌ای، حرمت و حکم وضعی آن صحت باشد».[15]

اثبات صحت ادله حاصل از راه‌های غیر شرعی بر این اساس نسبت به صحت معامله در بحث نهی در معاملات به طریق اولی است؛ زیرا در بحث نهی در معاملات، نهی به طور مستقیم متوجه ایجاد معامله است.[16] اما در بحث ادله غیر قانونی، نهی تکلیفی متوجه مقدمات تحصیل دلیل است. پس به طریق اولی

۱۵. خویی، **محاضرات في اصول الفقه**، ج ۵، ص ۴۱.

۱۶. اصولیان در بحث نهی در معاملات فرض‌های مختلفی را در مورد توجه نهی به سبب، مسبب و غیره مطرح کرده‌اند. در این مورد به منابع اصولی مراجعه شود.

منافاتی میان حرمت تکلیفی تحصیل دلیل و صحت وضعی آن نمی باشد.

دلیل دوم: هر چند مسئله مطرح شده در سؤال به طور صریح در منابع روایی و فقهی یافت نمی شود، ولی مسئله دیگری در کتابهای فقهی و در منابع روایی مطرح شده که می تواند ما را در رسیدن به پاسخ درست یاری رساند. در منابع روایی و فقهی، شرایط متعددی برای شاهد ذکر شده است؛ از جمله این شرایط، بلوغ، عدالت و ایمان است. مسئله ای که در روایات و به تبع آن در کتب فقهی مطرح شده این است که اگر شاهد هنگام تحمّل شهادت فاقد یکی از این شرایط باشد ولی هنگام ادای شهادت دارای همه شرایط باشد؛ مثلاً اگر شاهد هنگام تحمّل شهادت، صغیر یا فاسق یا غیر مسلمان باشد ولی هنگام اداء شهادت بالغ و عادل و مؤمن باشد، آیا در این صورت شهادتش معتبر است یا خیر؟

صاحب جواهر پس از پذیرش اعتبار چنین شهادتی می گوید: «روایات مستفیض یا متواتر و اجماع محصّل و منقول بر اعتبار چنین شهادتی است».[17] فقهای دیگر نیز همین نظر را پذیرفته اند.[18]

دلیل فقها برای این فتوا علاوه بر روایات وارد شده در خصوص این موضوع،[19] این است که از ادله اشتراط این شرایط به دست می آید که شرایط

۱۷. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۴۱، ص۸۶.

۱۸. محقق حلی، **شرائع الإسلام**، ج۴، ص ۱۲۰؛ علامه حلی، **تحریر الأحکام الشرعیة**، ج۲، ص۲۱۱؛ علامه حلی، **قواعد الأحکام**، ج۳، ص۴۹۷؛ فاضل هندی، **کشف اللثام**، ج۱۰، ص۳۱۱؛ طباطبایی حائری، **ریاض المسائل** (ط ـ القدیمة)، ج۲، ص۴۳۸؛ خویی، **مبانی تکملة المنهاج**، ج۱ ص۹۹؛ امام خمینی، **تحریر الوسیلة**، ج۲، ص ۴۴۴؛ گلپایگانی، **کتاب الشهادات**، ص۱۸۵؛ فاضل لنکرانی، **تفصیل الشریعة، القضاء و الشهادات**، ص۴۴۹؛ تبریزی، **اسس القضاء و الشهادة**، ص۴۸۴.

۱۹. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۷، ص۳۴۲: بَابٌ أَنَّ الصَّبِيَّ إِذَا تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ قَبْلَ الْبُلُوغِ وَ شَهِدَ بِهَا بَعْدَهُ قُبِلَتْ؛ و نیز مراجعه شود به: **وسائل الشیعة**، ج ۲۷، ص۳۸۷: بَابُ أَنَّ الْكَافِرَ إِذَا أُشْهِدَ عَلَى شَهَادَةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ فَشَهِدَ بِهَا قُبِلَتْ.

مزبور، شرایط هنگام ادای شهادت است، نه شرایط هنگام تحمّل شهادت. بنابراین اگر کسی هنگام تحمل شهادت فاسق باشد ولی پس از آن توبه کند و هنگام اداء شهادت عادل گردد، شهادت او پذیرفته می شود.

از این حکم شرعی که مستند به روایات معتبر است فهمیده می شود که آنچه مورد نظر شارع در شرایط و قیود برای حجیت ادله اثبات دعوا می باشد، طریقیت و کاشفیت واقعی و عقلایی این ادله است و اموری که دخالتی در این موضوع ندارند نمی توانند به عنوان شرط و قید برای دلایل اثبات تلقی شوند. بنابراین چون عدالت، ایمان و بلوغ حین اداء شهادت در کاشفیت از واقع تأثیرگذار هستند به عنوان شرایط شاهد، قید شده اند و به همین سبب چون عدالت، ایمان و بلوغ حین تحمّل شهادت، تأثیری در کاشفیت ندارند از جمله شرایط شاهد نیستند. همین ملاك در مسئله مورد بحث ما نیز وجود دارد؛ زیرا ارتکاب فعل حرام در تحصیل دلیل، خللی به کاشفیت آن وارد نمی کند، بنابراین می توان گفت که چنین دلیلی دارای حجیت و اعتبار است.

همچنین می توان گفت که اطلاق فتوای همه فقها در این مسئله به اعتبار شهادت شاهدی که هنگام تحمّل شهادت فاسق است ولی هنگام اداء شهادت عادل می باشد، شامل فرضی می شود که تحمل شهادت شاهد فاسق از طرق غیرشرعی باشد. اگر نظر فقها در این قسم از ادله غیر شرعی بر عدم حجیت بود، بسیار مناسب بود که ذیل همین مسئله متذکر می شدند که اگر شاهدی که هنگام تحمل شهادت فاسق است از راه غیر شرعی متحمّل شهادت شود شهادتش حجت نیست؛ در حالی که هیچ یک از فقهاء ـ با تتبع فراوان ـ چنین فتوایی نداده است. پس اطلاق فتوای فقها بر حجیت شهادت شاهدی که هنگام تحمل شهادت، فاسق و هنگام اداء شهادت، عادل است دلیل معتبری برای مقلدین می باشد.

نگارنده برای تکمیل این پژوهش، استفتایی برای مراجع معاصر ارسال کرده

است که برخی از آنها به آن پاسخ داده‌اند. پاسخ ارائه شده از سوی آنها مطابق نتیجه این پژوهش است. متن استفتاء و پاسخ ارائه شده بدین قرار است:

سؤال: اگر در طریق تحصیل ادله اثبات دعوا (بیّنه، اقرار، علم قاضی و قسم) خلاف شرعی از طرف مدعی یا شاهد یا مقامات قضایی صورت گیرد؛ مانند اینکه اقرار متهم تحت اجبار و شکنجه باشد یا شاهد با ارتکاب نگاه حرام، شاهد جرمی باشد. در این صورت در موارد ذیل علاوه بر حکم تکلیفی حرمت تحصیل چنین ادله‌ای، حکم وضعی حجیت و اعتبار این ادله چگونه خواهد بود؟

الف) ارتکاب فعل حرام موجب خلل در کاشفیت دلیل گردد؛ مانند اینکه اقرار و شهادت تحت اجبار و اکراه صورت گیرد؟

ب) ارتکاب فعل حرام موجب خلل در کاشفیت دلیل نشود؛ مانند اینکه تحمّل شهادت با نگاه حرام باشد؟

ج) آیا در حکم شرعی موارد فوق تفاوتی میان ارتکاب فعل حرام توسط مدعی یا شاهد یا مقامات قضایی یا شخص دیگری وجود دارد؟

آیت اللّه ناصر مکارم شیرازی:

روشن است که اگر اقرار به صورت اکراه و اجبار انجام گیرد حجیت ندارد ولی اگر اقرار مذکور سبب کشف ادله معتبر دیگری شود آن ادله معتبر است هرچند اقرار اجباری کار خلافی بوده است. همچنین شهادتی که با مقدمه حرام انجام گرفته باشد اعتباری ندارد مگر اینکه شاهد توبه کرده باشد و صفت عدالت در او احراز گردد. ۱۳۸۹/۰۵/۱۳

آیت اللّه سید عبدالکریم موسوی اردبیلی:

الف) اقرار و شهادت اکراهی اعتبار ندارد. ب) تحمل شهادت با نگاه حرام موجب عدم اعتبار شهادت نمی‌شود مگر این که منجر به سقوط شاهد از

عدالت گردد. ج) به نحوی فرق وجود دارد؛ در مدعی عدالت شرط نیست ولی در قاضی و شاهد عدالت مشروط است. لذا اگر ارتکاب حرام باعث شود که قاضی حین قضاوت یا شاهد حین ادای شهادت عدالت نداشته باشد ارتکاب حرام موجب خلل می شود. ۱۳۸۹/۰۵/۲۱[۲۰]

نتیجه

اگر ادله ای که از طرق غیرشرعی و غیرقانونی به دست آمده است به سبب ارتکاب عمل غیر شرعی و غیر قانونی، خللی در کاشفیت و دلیلیت آنها به وجود آمده باشد، علاوه بر حرمت شرعی و ممنوعیت قانونی از اعتبار و حجیت نیز ساقط است؛ اما اگر به سبب ارتکاب عمل غیرشرعی و غیرقانونی خللی در کاشفیت و دلیلیت آنها به وجود نیامده باشد در این صورت دارای حجیت و اعتبار شرعی و قانونی است.

منابع و مآخذ

۱. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰هـ. ق.

۲. ابن برّاج طرابلسی، عبد العزیز، **المهذب**، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۶هـ. ق.

۳. امام خمینی، سید روح اللّه، **استفتاءات**، ۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۲۲هـ. ق.

۲۰. نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۷۴۵۶.

۴ . ـــــــــــ، **تحریر الوسیلة**، ۲ جلدی، مؤسسه مطبوعاتی دار العلم، چاپ اول، هـ. ق.
۵ . تبریزی، جواد بن علی، **أسس القضاء و الشهادة**، یک جلدی، قم، دفتر مؤلف، چاپ اول، بی تا.
۶ . حائری طباطبایی، سید علی بن محمد، **ریاض المسائل (ط ـ الحدیثة)**، ۱۶ جلدی، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ. ق.
۷ . حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشیعة**، ۳۰ جلدی، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹هـ. ق.
۸ . حلّی، جمال الدین ابوالعباس احمد بن محمد بن فهد، **المقتصر من شرح المختصر**، یک جلدی، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۹ . حلّی، یحیی بن سعید، **الجامع للشرائع**، یک جلدی، قم، مؤسسة سید الشهداء العلمیة، چاپ اول، ۱۴۰۵هـ. ق.
۱۰ . خویی، سید ابوالقاسم، **محاضرات في أصول الفقه**، قم، بی نا، چاپ چهارم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۱۱ . ـــــــــــ، **مبانی تکملة المنهاج**، ۲ جلدی، قم، مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۲۲هـ. ق.
۱۲ . شهید اول، محمد بن مکی عاملی، **اللمعة الدمشقیة في فقه الإمامیة**، یک جلدی، بیروت، دارالتراث ـ الدار الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۱۳ . شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة** (محشّی ـ کلانتر)، ۱۰ جلدی، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۱۴ . ـــــــــــ، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، ۱۵ جلدی، قم،

مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۱۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی**، یک جلدی، بیروت، دارالکتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۰هـ. ق.
۱۶. علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان**، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۱۷. ــــــــــ، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط ـ الحدیثة)**، ۶ جلدی، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ. ق.
۱۸. ــــــــــ، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط ـ القدیمة)**، ۲ جلدی، مشهد، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، بی تا.
۱۹. ــــــــــ، **قواعد الأحکام في معرفة الحلال و الحرام**، ۳ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۰. ــــــــــ، **مختلف الشیعة في أحکام الشریعة**، ۹ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۱. فاضل آبی، زین الدین ابو علی الحسن بن ابی طالب بن ابوالمجد، **کشف الرموز في شرح المختصر النافع**، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۲۲. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسیلة ـ القضاء و الشهادات**، یک جلدی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ. ق.
۲۳. ــــــــــ، **جامع المسائل** (فارسی)، دو جلدی، قم، انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم، ۱۳۸۴ هـ. ش.

۲۴ . فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن الحسن، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، ۱۱ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶هـ. ق.
۲۵ . فخر المحققین حلّی، ابوطالب محمد بن الحسن بن یوسف، **إیضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد**، ۴ جلدی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷هـ. ق.
۲۶ . گلدوزیان، ایرج، **ادله اثبات دعوا**، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۶ .
۲۷ . محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، **المختصر النافع في فقه الإمامیة**، ۲ جلدی، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸هـ. ق.
۲۸ . ــــــــــ، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ۴ جلدی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ. ق.
۲۹ . مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، **السرقة علی ضوء القرآن و السنة**، یک جلدی، قم، انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیة اللّه مرعشی نجفی ـ ره ـ، چاپ اول، ۱۴۲۴هـ. ق.
۳۰ . موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، **کتاب الشهادات**، یک جلدی، قم، جناب مقرر کتاب، چاپ اول، ۱۴۰۵هـ. ق.
۳۱ . نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ۴۳ جلدی، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴هـ. ق.
۳۲ . نرم افزار **گنجینه استفتائات قضایی**، قوه قضائیه، معاونت آموزش.

یکاهای وزن و حجم در اسلام

به حسب سیستم متریک

○ محمد علی ارجمند لاری*

چکیده

یکاهای شرعی وزن و حجم در بسیاری از مسائل فقهی، از جمله مقدار کرّ، مقدار آب وضو و غسل، نُصُب زکات، زکات فطره، کفارات، مهر السنه و دیات کاربرد دارند. پژوهشگران شیعه و سنّی برای تعیین دقیق وزن ها و حجم های شرعی به حسب کیلو گرم و لیتر، شیوه های مختلفی معرفی کرده‌اند که در این نوشتار به برخی از مهم ترین آنها می پردازیم؛ شیوه‌ای جدید نیز مطرح شده که به نظر نویسنده، دقیق تر و منطقی تر از روش های پیشین است.

کلید واژگان: دستگاه اندازه گیری اسلامی، یکاهای شرعی، شعیره، درهم، دینار، مدّ، صاع، کرّ.

---

* دانش‌آموخته حوزه علمیه قم.

مقدمه

بسیاری از احکام شرعی در دین اسلام مبتنی بر یک سری وزن ها و حجم هایی است که تا مدت ها برای مسلمانان کم و بیش آشنا و ملموس بود، اما به مرور زمان و با جایگزین شدن سامانه های جدید اندازه گیری، این نیاز پیدا شد که سامانه اندازه گیری شرعی با سامانه های جدید برابرسازی شود.[1] امروزه در بیشتر کشورها از یک سامانه اندازه گیری به نام دستگاه بین المللی یکاها استفاده می شود که قرابت زیادی با دستگاه متریک دارد. از این رو نیاز است که یکاهای شرعی با یکاهای این دستگاه بین المللی برابرسازی شوند.

برخی از مسائل فقهی مربوط به یکاهای وزن یا حجم

کاربرد زیاد کمیت های وزن و حجم در احکام شرعی، بر کسی پوشیده نیست؛ اما برای نمونه به چند مورد اشاره می شود:

۱. **آب کرّ**: در احکام آب مطلق گفته شده: «اگر عین نجس یا چیزی که نجس شده است به آب کرّ برسد، چنانچه به سبب این ملاقات، بو، رنگ یا مزه آب تغییر کند، نجس می شود و اگر هیچ یک از اوصاف سه گانه آب به سبب ملاقات تغییر نکند، آب نجس می شود».[2] چنانکه روشن است، مقدار کرّ برای مردم عصر ما یک مفهوم مجمل و نامأنوس است؛ پس باید مقدار دقیق کرّ به حسب لیتر،[3] معین

۱. برای مثال در زمان صفویه در ایران، مثقال صیرفی جایگزین مثقال شرعی شد (عاملی بیضایی، **الأوزان و المقادیر**، ص۱۱۵) و از آن پس بزرگان زیادی در رساله های خود به برابرسازی اوزان شرعی با مثقال صیرفی پرداختند. (بهاء الدین عاملی، **رسالة في الکر**؛ محمدتقی مجلسی، **روضة المتقین في شرح من لا یحضره الفقیه**؛ عاملی بیاضی، **الأوزان و المقادیر**؛ بحرانی، **الحدائق الناضرة في أحکام العترة الطاهرة** و ...).

۲. شبیری زنجانی، **رساله توضیح المسائل**، ص۱۱، مسئله ۱۷.

۳. لیتر، یکای حجم که برابر با حجم یک مکعب با اضلاع ۱۰ cm است.
(www.en.wikipedia.org/wiki/Liter)

شود تا بتوان حکم کرّ را بر آبی جاری و یا از آن نفی کرد.

۲. **مقدار آب وضو و غسل**: در مستحبات وضو و غسل گفته شده: «مستحب است وضو با یک مدّ آب، و غسل با یک صاع آب باشد».[۴]

۳. **نصاب زکات اموال**: در زکات طلا و نقره گفته شده: «نصاب اول طلا ۲۰ دینار و نصاب بعدی آن چهار دینار است. نصاب اول نقره نیز ۲۰۰ درهم و نصاب بعدی ۴۰ درهم است.»[۵] این بدان معناست که اگر طلا یا نقره مسکوك به وزن ۲۰ دینار یا ۲۰۰ درهم برسد، زکات به آن تعلق می‌گیرد. پس باید وزن دقیق دینار و درهم مورد نظر شارع را به دست آورد. در مورد زکات غلات نیز گفته شده: «نصاب غلّات اربعه پنج وَسْق است».[۶]

۴. **مهر السنة**: یعنی مقداری که در شرع برای مهریه معین شده و مستحب است که مهریه بیشتر از آن نباشد. مقدار مهر السنه چهل اوقیه شرعی و یک نشّ و به عبارت دیگر، ۵۰۰ درهم است.[۷]

۵. **کفارات**: در کفارات نیز مدّ طعام در موارد مختلف ذکر شده است.[۸]

۶. **مقادیر دیات**: به عنوان مثال مقدار دیه در قتل عمد، هزار دینار یا ده هزار درهم است.[۹]

دستگاه اندازه گیری: یک سامانه اندازه‌گیری،[۱۰] مجموعه‌ای از واحدهاست

---

۴. حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۱، ص۴۸۱، ابواب الوضوء، باب ۵۰، اسْتِحْبَابِ الْوُضُوءِ بِمُدٍّ مِنْ مَاءٍ وَ الْغُسْلِ بِصَاع.

۵. طباطبایی یزدی، **العروة الوثقی**، ج۲، ص۲۸۵، فصل في زكاة النقدين.

۶. سیدابوالحسن موسوی اصفهانی، **وسیلة النجاة** (با حواشی امام خمینی قدس سره)، ص ۲۷۶.

۷. کلینی، **الکافي**، ج۵، ص۳۷۵، باب السنة في المهور، ح ۱ ـ ۵؛ شهید اول، **اللمعة الدمشقية**، ص۱۸۳، الْفَصْلُ السّادِس: في الْمَهْرِ.

۸. کفاره افطار عمدی روزه، کفاره تخلف نذر و قسم و ... .

۹. محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۴، ص۲۲۸.

10. System of measurement.

که با آنها می توان هر چیز قابل اندازه گیری را که دارای اهمیت تاریخی، نظم و تعریف است، مشخص کرد. از نظر علمی، برخی کمیت ها بعد از آنالیز شدن به عنوان واحدهای اساسی تعیین می شوند؛ به طوری که دیگر واحدهای مورد نیاز را می توان از آنها به دست آورد؛ در حالی که در دوره های اولیه و تاریخی، واحدها با اجازه نهادهای حاکم اعطا می شدند[11] و الزاماً به خوبی مرتبط یا خودسازگار نبودند.[12] دستگاه اندازه گیری اسلامی،[13] دستگاه متریک، دستگاه بریتانیایی (امپراتوری)، دستگاه آمریکایی و دستگاه بین المللی یکاها، نمونه هایی از دستگاه های اندازه گیری هستند.

دستگاه متریک: دستگاه متریک،[14] یک سامانه اندازه گیری ده دهی است. این دستگاه اولین بار در سال ۱۷۹۱ در فرانسه استفاده شده و هم اکنون پایه دستگاه اندازه گیری در تمامی کشورها، به جز ایالات متحده، لیبریا و میانمار است. تا قبل از سال ۱۸۷۵، نخستین نمونه های اندازه گیری را دولت فرانسه نگهداری می کرد؛ اما بعد از آن به یک نهاد فراحکومتی به نام کنفرانس عمومی وزن ها و اندازه ها[15]

۱۱. به معنای تعبدی بودن آنهاست و این تعبد در دستگاه های شرعی از جانب شارع و در دستگاه های عرفی از جانب حاکمان بوده است.

۱۲. ویکی پدیا، دانش نامه آزاد: (www.fa.wikipedia.org/wiki) سامانه های اندازه گیری.

۱۳. یکاهای دستگاه اندازه گیری اسلامی:

الف) یکاهای اصلی: ۱. یکاهای وزن (از کوچک به بزرگ): شعیرة، طسوج، قیراط، دانگ، درهم (وزنة)، دینار (مثقال)، نواة، إستار، نشّ، اوقیة، رطل (عراقی، مدنی، مکی)، قنطار؛ ۲. یکاهای طول: شعرة، شعیرة، اصبع، قبضة، شبر، ذراع، مایل، فرسنگ، برید، مسافت؛

ب) یکاهای فرعی: ۱. یکاهای حجم: مُدّ، کیلجة، صاع، مکوك، ویبة، قفیز، جریب، وسق، کرّ؛ ۲. یکاهای مساحت: قفیز و جریب.

14. Metric system.

15.General Conference on Weights and Measures.

سپرده شد. در سال ۱۹۶۰، این نهاد، دستگاه بین المللی یکاها[۱۶](SI) را به عنوان جایگزین دستگاه متریک منتشر کرد.[۱۷] یکاهای اصلی این سامانه عبارت اند از: واحد طول: متر (m)؛ واحد جرم: کیلوگرم (kg)؛ واحد زمان: ثانیه (s)؛ واحد شدت جریان الکتریکی: آمپر (A)؛ واحد دما: کلوین (k)؛ واحد مقدار ماده: مول (mol) و واحد شدت نور: کاندلا[۱۸] (cd).

یکا (واحد) اندازه گیری[۱۹]: از جنبه های مشترك همه اندازه گیری ها، وجود یک یکای اندازه گیری است. یکای هر کمیت باید به گونه ای باشد که در شرایط فیزیکی تعیین شده، تغییر نکند و در دسترس باشد.[۲۰]

روش های مطرح برای تبدیل وزن های شرعی به کیلو گرم: چنان که گفته شد، امروزه مبنای اندازه گیری وزن و حجم تقریباً در تمام کشورها ـ از جمله کشورهای اسلامی ـ کیلو گرم و لیتر است و مسلمانان امروزه کمتر با اوزان و مکاییل شرعی آشنایی دارند. به همین دلیل نیاز است تا یکاهای شرعی را به حسب یکاهای امروزی تعریف کرد. در این زمینه روش هایی مطرح شده که به هر کدام نقدهایی وارد است.

الف) دینارهای عتیقه باقی مانده از عصر اموی، موجود در موزه ها[۲۱]؛

در این روش مسکوکات زرین باقی مانده از عصر اموی که در موزه های

---

16. International System of Units.

۱۷. ویکی پدیا، دانش نامه آزاد: (www.fa.wikipedia.org/wiki) دستگاه متریک.

۱۸. ویکی پدیا، دانش نامه آزاد: (www.fa.wikipedia.org/wiki) دستگاه بین المللی یکاها.

19. Unit of measurement.

۲۰. فیزیک و آزمایشگاه سال دوم دبیرستان، ص۸ و ۹.

۲۱. در مجموع، ۳۳ دینار در موزه های مصر، عراق، لندن و غیره با وزن تقریبی ۱۳۹/۴۷۳ گرم.

مختلف نگهداری می شوند، بررسی شده و میانگین وزن آنها به دست آمده که تقریباً ۴/۲۴ گرم است و از آنجا که نسبت وزن درهم به دینار $\frac{۷}{۱۰}$ است، وزن درهم برابر با ۲/۹۶۸= ۷/ ۰×۴/۲۴ یعنی تقریباً ۲/۹۷ گرم خواهد بود.[۲۲] برخی فقهای شیعه نیز این مطلب را پذیرفته اند.[۲۳]

این روش از جهاتی نقدپذیر است:

۱. استناد به وزن چند سکه معدود که احتمال خطا[۲۴] در آنها وجود دارد، ظن آور خواهد بود و از نگاه فقهی دلیلی بر حجیت چنین ظنّی نداریم.

۲. سکه هایی که در این پژوهش بررسی شده اند، مربوط به دوره عبدالملک مروان هستند، در صورتی که احکام مربوط به وزن های شرعی، پیش از آن و در زمان رسول خدا(ص) صادر شده اند. بنابراین، معیار، سکه های موجود در آن زمان است؛[۲۵] یعنی سکه های خسروانی ساسانی[۲۶] و یا دینارهای رومی.[۲۷]

۳. بر اساس موازین فقهی، برای تعیین وزن درهم و دینار روش دقیقی وجود دارد که به آن خواهیم پرداخت و در این صورت دیگر به استفاده از چند سکه معدود نیاز نخواهیم داشت.

---

۲۲. الغفیلی، «الصاع بین المقاییس القدیمة والحدیثة». (www.saaid.net/bahoth)

۲۳. شبیری زنجانی، سیدموسی، **رساله توضیح المسائل**، ص۳۸۵، مسئله ۱۸۷۲.

۲۴. احتمالات خطا: ۱. سکه ها سال ها در زیر خروارها خاك و یا در محل های آلوده بوده اند که احتمال سایش یا تغییر وزن آن ها وجود دارد؛ ۲. احتمال ضرب سکه ها به صورت غیر استاندارد؛ و... .

۲۵. البته گفته شده که وزن دینار از آنچه در زمان رسول خدا(ص) بوده، تغییر نکرده است (محمدباقر مجلسی، **اوزان المقادیر**، ص۱۳۲)، ولی احتمال اختلاف به اندازه چند سوت وجود دارد؛ زیرا در آن زمان، امکان اندازه گیری به دقت امروز وجود نداشته است.

۲۶. به آن کسروی می گفته اند. (ر. ك: شهید اول، **ذکری الشیعة**، ج۱، ص۱۳۶).

۲۷. ابن اثیر، **النهایة في غریب الحدیث و الأثر**، ج۴، ص۲۱۹.

ب) بر اساس گنجایش دو کف دست انسان عادی؛[۲۸]

فیروزآبادی در قاموس گفته است:

مُدّ یکی از مکاییل است که برابر است با وزن دو رطل یا یک رطل و یک سوم[۲۹] یا به اندازه گنجایش دو دست یک انسان عادی؛ به طوری که دستانش را پُر کند و آنها را [برای دادن] جلو آورد. به همین دلیل، آن را مُدّ نامیده اند.[۳۰]

درباره ماده صاع نیز گفته شده:

صاع چهار مدّ است و هر مدّ یک رطل و یک سوم رطل است. داودی گفته است: «معیار صاع ـ که با معیار قبلی اختلافی ندارد ـ عبارت است از چهار کف دست به کف دست کسی که نه دستش بزرگ و نه کوچک است».[۳۱]

سپس اضافه می کند که خودش این روش را آزمایش کرده و نتیجه درست بوده است.[۳۲] کمیسیون پژوهش های علمی و صدور فتوا در عربستان سعودی نیز بر اساس همین شیوه، مقدار مدّ را حدود ۶۵۰ گرم یا ۶۲۸ میلی لیتر تعیین کرده است.[۳۳] بر همین اساس، مقدار صاع ـ که چهار برابر مدّ است ـ ۲/۶۰۰ گرم یا ۲/۵۱۲ لیتر خواهد بود.

نقد: ممکن است این روش بر اساس مبنای حجیت قول لغوی پذیرفتنی باشد، اما وقتی روشی در دست باشد که بتوان وزن دقیق مدّ و صاع را با دقت چند میلی گرم به دست آورد، دیگر نیازی به این روش نخواهد بود. به همین دلیل،

---

۲۸. یعنی شخصی که دستانش نه بیش از حدّ متعارف، بزرگ و نه کوچک است.

۲۹. منظور وی از رطل، رطل عراقی است و دو رطل طبق نظر جمهور اهل سنت، و یک و یک سوم رطل طبق نظر مذهب حنفی است.

۳۰. **ترتیب القاموس المحیط**، ذیل «م د د».

۳۱. همان، ذیل «ص و ع».

۳۲. یعنی مطابق همان دو رطل یا یک رطل و یک سوم درآمده.

۳۳. الغفیلی، «**الصاع بین المقاییس القدیمة والحدیثة**».

پژوهشگران شیعه و حتی سعودی این روش را نقد کرده اند.[۳۴]

ج) استفاده از وزن های عرفی که وزن آنها به حسب گرم معلوم است.

ابراهیم سلیمان عاملی بیضایی، پژوهشگر مدقق شیعی، در کتاب اوزان و مقادیر از این روش بهره برده است. ایشان در ذیل صاع شرعی گفته است: «از آنجا که صاع ۹۲۱/۳۷۵ درهم صیرفی است و از آنجا که درهم صیرفی ۳/۲ گرم است، پس صاع ۲۹۴۸/۴ گرم است».[۳۵] در ذیل مُدّ شرعی نیز گفته است:

> مدّ شرعی سه چهارم کیلو،[۳۶] به جز مقدار بسیار کمی از آن است که مورد اعتنا نیست؛ چرا که مدّ شرعی سه و نیم اقّه استامبول است و اقّه ۲۱۳/۳ گرم است. پس مُدّ شرعی به ۷/۷۴۶= ۳/۵ × ۲۱۳/۳ گرم خواهد بود و این مقدار [تنها ۳/۳] گرم از ۷۵۰ گرم کمتر است».[۳۷]

به این روش نیز اشکالاتی وارد است:

۱. وجود واسطه در این روش باعث شده که نتایج متفاوتی به دست آید؛ مثلاً وزن درهم بر اساس هر یک از وزن های واسطه، رقم خاصی خواهد داشت که هر چند اختلاف آنها بسیار کم است، ولی با شیوه ضبط و دقت که مورد نظر صاحب کتاب بوده، سازگار نیست.

توضیح: از آنجا که طبق نظر علمای شیعه، یک صاع برابر با ۱۱۷۰ درهم شرعی است، اگر صاع ۲۹۴۸/۴ گرم باشد، وزن یک درهم ۲/۵۲= ۱۱۷۰÷۲۹۴۸/۴ گرم خواهد بود و از آنجا که یک مدّ برابر با ۲۹۲/۵ درهم شرعی است، اگر مدّ

---

۳۴. عاملی بیاضی، **الأوزان و المقادیر**، ص۱۲۴؛ الغفیلی، **«الصاع بین المقاییس القدیمة والحدیثة»**، المطلب الثاني: مقدار الصاع بالمقاییس الحدیثة.

۳۵. عاملی بیاضی، **الأوزان والمقادیر**، ص۷۹ (با دخل و تصرف و تبدیل ارقام کسری به اعشاری).

۳۶. یعنی ۷۵۰ گرم.

۳۷. عاملی بیاضی، ابراهیم سلیمان، **الأوزان والمقادیر**، ص۱۲۳ (با دخل و تصرف).

۷/ ۷۴۶ گرم باشد، وزن یک درهم ۵۵/ ۲ = ۵/ ۲۹۲ ÷ ۷/ ۷۴۶ گرم خواهد بود.

۲. برای تعیین وزن دقیق یکاهای شرعی، روش منطقی به نحو برهان لمّی وجود دارد. از این رو برای تعیین آنها نیاز به واسطه نیست.

تبدیل اوزان شرعی به یکاهای دستگاه متریک

در ابتدا لازم است تعریفی از یکاهای شرعی وزن و حجم بیان شود:

تعریف اوزان شرعی:

از آنجا که یکاهای شرعی وزن و حجم متعددند، در اینجا به برخی از مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱. **شعیره**: عبارت است از یک «دانه جو متوسط»[۳۸] که پایه وزن‌های شرعی است و منظور، دانه‌های پوست‌نکنده است که چوب و مقدار اضافه از دو طرف آنها جدا شده باشد؛[۳۹] زیرا این مقدار، قدر متیقّن از نام «دانه» است.

۲. **طسّوج**: در بسیاری از کتب لغت تصریح شده که «طسّوج» دو حبّه شعیر است.[۴۰]

۳. **قیراط**: عبارت است از ۳/ ۴۲ شعیره. صاحب جواهر به این مطلب

۳۸. شیخ مفید، **المقنعة**، ص۲۵۱؛ طوسی، **النهاية في مجرّد الفقه و الفتاوی**، ص۱۹۱؛ قاضی ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۱۶۶؛ ابن ادریس حلّی، **السرائر**، ج۱، ص۴۶۹؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص۱۳۸؛ علامه حلّی، **منتهی المطلب**، ج۸، ص۴۶۳.

۳۹. علامه حلّی، **تذکرة الفقهاء**، ج۱۵، ص۳۲۲.

۴۰. جوهری، **الصحاح**، ج۱، ص۳۲۷، ماده طسج، ج۴، ص ۱۶۰۹، ماده مکک؛ حمیری، **شمس العلوم**، ج۷، ص۴۱۱۰، ماده طسج؛ ابن منظور، **لسان العرب**، ج۱۰، ص۴۹۱، ماده مکک؛ طریحی، **مجمع البحرین**، ج۲، ص۳۱۵، ماده طسج؛ واسطی زبیدی، **تاج العروس**، ج۳، ص۴۲۵، ماده طسج.

تصریح کرده[41] و از کلمات دیگران نیز چنین استفاده می شود. ابن اثیر در نهایه گفته است: «قیراط در بیشتر شهرها نصف یک دهم[42] دینار است و اهل شام آن را یک بیست و چهارم دینار می دانند». [43] پس، از آنجا که دینار ۶۸/۵۷ شعیره است، نتیجه این گونه می شود:

۶۸/۵۷÷۲۰ = ۳/۴۲۸۵

صاحب عروه نیز هر دینار را ۲۰ قیراط دانسته[44] و در کتاب سفینة النجاة نیز شبیه همین مطلب آمده است. [45]

۴. **دانگ**: عبارت است از ۸ شعیره. [46] این مقدار گاهی به مشهور علمای شیعه[47] و گاهی به اجماع فقهای شیعه نسبت داده شده است. [48] فیومی آن را ۸/۴

۴۱. ایشان فرموده: «قیراط ۳ شعیره و $\frac{۳}{۷}$ شعیره است» (نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۵، ص۱۶۹) که به طور دقیق تر ۳/۴۲۸۵۷ شعیره خواهد بود.

۴۲. یعنی یک بیستم.

۴۳. ابن اثیر، **النهایة في غریب الحدیث و الأثر**، ج۴، ص۴۲، ماده قرط.

۴۴. طباطبایی یزدی، **العروة الوثقی**، ج۲، ص۲۸۵.

۴۵. کاشف الغطاء نجفی، **سفینة النجاة**، ج۲، ص۹۸.

۴۶. جوهری، **الصحاح**، ج۴، ص۱۶۰۹ (ماده مکک)؛ ابن منظور، **لسان العرب**، ج۱۰، ص۴۹۱، ماده مکک؛ شیخ مفید، **أحکام النساء**، ص۶۰؛ همو، **الإشراف في عامة ...**، ص۴۱؛ همو، **المقنعة**، ص۲۵۰؛ طوسی، **النهایة في مجرد الفقه و الفتاوی**، ص۱۹۱؛ قاضی ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۱۶۶؛ ابن ادریس حلّی، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج۱، ص۴۶۹؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص۱۳۸؛ همو، **المختصر النافع في فقه الإمامیة**، ج۱، ص۵۶؛ علامه حلّی، **إرشاد الأذهان**، ج۱، ص۲۸۲؛ همو، **تحریر الأحکام**، ج۱، ص۳۷۱ و ۴۲۵؛ همو، **تذکرة الفقهاء**، ج۵، ص۱۲۱ و ۳۴۰؛ فیض کاشانی، **مفاتیح الشرائع**، ج۱، ص۵۰؛ علامه مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۹.

۴۷. علامه حلّی، **تذکرة الفقهاء**، ج۱۵، ص۳۲۲؛ علامه مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۹؛ حسینی عاملی، **مفتاح الکرامة**، ج۱۱، ص۲۹۴.

۴۸. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۵، ص۱۷۴.

دانه دانسته است.[۴۹]

۵. **درهم**: عبارت است از ۶ دانگ و به عبارت دیگر ۴۸ شعیره.[۵۰] در بین فقهای شیعه ادعای اجماع بر آن شده است.[۵۱] البته بنابر نظر فیومی که دانگ را ۸/۴ حبّه می داند، درهم برابر با ۵۰/۴ حبّه خواهد بود.[۵۲]

نکته: از آنجا که در متون فقهی و روایی در بیشتر موارد، سایر وزن ها و مکیال ها با وزن درهم برابرسازی شده اند، به نظر می رسد که یکای وزن در دستگاه اندازه گیری اسلامی، وزن یک درهم باشد.[۵۳]

۶. **دینار**: همان مثقال شرعی[۵۴] و نسبتش با درهم $\frac{۷}{۱۰}$ است.[۵۵] بنابراین یک

۴۹. فیومی، **المصباح المنیر**، ج۲، ص۲۳۰، ماده رطل. البته ممکن است منظور وی از حبّه، قمحة (دانه گندم) باشد که در این صورت کلام وی صحیح است، چرا که از نظر ما نیز دانگ برابر با ۸/۴ قمحة است (عاملی بیاضی، **الأوزان و المقادیر**، ص۲۷) ـ و مخالف قول سایرین نیست؛ زیرا منظور دیگران از حبّه، شعیره (دانه جو) است.

۵۰. جوهری، **الصحاح**، ج۴، ص۱۴۷۷، ماده دنق؛ و ص۱۶۰۹، ماده مکک؛ ابن منظور، **لسان العرب**، ج۱۰، ص۴۹۱، ماده مکک؛ فیومی، **المصباح المنیر**، ج۲، ص۱۹۳، ماده دره؛ شیخ مفید، **أحکام النساء**، ص۶۰؛ همو، **الإشراف في عامة ...**، ص۴۱؛ همو، **المقنعة**، ص۲۵۱؛ طوسی، **المبسوط**، ج۸، ص۲۰؛ همو، **النهایة في مجرد الفقه و الفتاوی**، ص۱۹۱؛ قاضی ابن براج، **المهذب**، ج۱، ص۱۶۶؛ ابن ادریس حلّی، **السرائر**، ج۱، ص۴۶۹؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص۱۳۸؛ علامه حلّی، **تحریر الأحکام**، ج۱، ص۳۷۱؛ شهید اول، **البیان**، ص۳۰۲؛ شهید ثانی، **الروضة البهیة**، ج۲، ص۳۱.

۵۱. علامه حلّی، **منتهی المطلب**، ج۸، ص۴۶۳؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۵، ص۱۷۴.

۵۲. البته همانطور که پیش تر گفته شد، ممکن است منظور وی از حبّة، حمصه باشد نه شعیره که در این صورت عدد ۵۰/۴ مورد قبول ما هم هست. (عاملی بیاضی، **الأوزان و المقادیر**، ص۳۸)

۵۳. مثل یک کیلو در دستگاه متریک.

۵۴. طوسی، **المبسوط**، ج۸، ص۲۰.

۵۵. همان، ج۸، ص۲۰؛ محقق حلّی، **المعتبر في شرح المختصر**، ج۲، ص۵۲۹؛ علامه حلّی، **تحریر الأحکام**، ج۱، ص۳۷۱؛ شهید اول، **البیان**، ص۳۰۲.

دینار برابر با ۶۸/۵۷= ۷/ ۰÷ ۴۸ شعیره خواهد بود.[۵۶] به نظر می رسد این مطلب بین فقهای شیعه، اجماعی است.[۵۷] طبق نظر فیومی، وزن دینار برابر با ۷۲= ۷/ ۰÷۴/ ۵۰ حبّه خواهد بود.

۷. **نشّ**: عبارت است از ۲۰ درهم[۵۸] یا ۹۶۰ شعیره و گویا مورد اجماع فقهای شیعه است.[۵۹]

۸. **اوقیه**: ۴۰ درهم[۶۰] یا ۱۹۲۰ شعیره است و گویا مورد اجماع است.[۶۱]

۹. **رطل**: به سه معنا به کار رفته است:

الف) رطل عراقی: ۱۳۰ درهم[۶۲] و در نتیجه ۶۲۴۰ شعیره است.[۶۳] این مطلب، بین فقهای شیعه مشهور است[۶۴] و از برخی روایات نیز استفاده می شود؛[۶۵] چرا که مقدار صاع را برابر با ۹ رطل عراقی و یا ۱۱۷۰ درهم قرار داده است که در

---

۵۶. محمدباقر مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۴؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۵، ص۱۷۵.

۵۷. محمدباقر مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۳؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۵، ص۱۷۵.

۵۸. کلینی، **الکافي**، ج۵، ص۳۷۵، باب السنة في المهور، ح ۱ ـ ۵.

۵۹. طوسی، **المبسوط**، ج۸، ص۴۴.

۶۰. کلینی، **الکافي**، ج۵، ص۳۷۵، باب السنة في المهور، ح ۱ ـ ۵.

۶۱. طوسی، **المبسوط**، ج۸، ص۴۴.

۶۲. محقق حلّی، **المعتبر في شرح المختصر**، ج۱، ص۴۷؛ علامه حلّی، **نهایة الإحکام في معرفة الأحکام**، ج۱، ص۲۳۳؛ شهید ثانی، **الروضة البهیة**، ج۱، ص۲۵۵؛ بهاء الدین عاملی، **رسالة في الکر**، ص۲۳۵؛ حرّ عاملی، **الفوائد الطوسیة**، ص۴۰.

۶۳. بهاء الدین عاملی، **رسالة في الکر**، ص۳۷۵.

۶۴. فیض کاشانی، **مفاتیح الشرائع**، ج۱، ص۵۰؛ موسوی عاملی، **مدارك الأحکام**، ج۵، ص۱۳۴؛ مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۸؛ بهاء الدین عاملی، **رسالة في الکر**، ص۲۳۵.

۶۵. کلینی، **الکافی**، ج۴، ص۱۷۲، باب الفطرة، ح۹؛ شیخ صدوق، **من لا یحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۷۶، باب الفطرة، ح۲۰۶۳.

این صورت مقدار رطل عراقی برابر خواهد بود با ۱۹۵ = ۶÷۱۱۷۰ . برخی نیز آن را ۱۲۸/۵۷ درهم دانسته اند.[۶۶]

ب) رطل مدنی: عبارت است از ۱۹۵ درهم[۶۷] و به عبارتی ۹۳۶۰ شعیره. این نیز از برخی روایات استفاده می شود؛[۶۸] چرا که مقدار صاع را برابر با ۶ رطل مدنی و یا ۱۱۷۰ درهم بیان کرده اند که در این صورت مقدار رطل مدنی برابر خواهد بود با ۱۹۵ = ۶÷۱۱۷۰ .

ج) رطل مکی: دو برابر رطل عراقی[۶۹]، یعنی ۲۶۰ درهم یا ۱۲۴۸۰ شعیره است. به نظر می رسد که این مطلب، نظر مشهور فقهای شیعه باشد.[۷۰]

---

۶۶. فیومی، **المصباح المنیر**، ج۲، ص۲۳۰، ماده رطل. از فقهای شیعه تنها علامه حلّی در دو کتابش این نظر را داده است: **تحریر الأحکام**، ج۱، ص۳۷۴؛ **منتهی المطلب**، ج۸، ص۱۹۴.

۶۷. شریف مرتضی، **المسائل الناصریات**، ص۶۸؛ محقق حلّی، **المعتبر في شرح المختصر**، ج۱، ص۴۷؛ علامه حلّی، **منتهی المطلب**، ج۱، ص۳۷؛ بهاء الدین عاملی، **رسالة في الکر**، ص۳۷۵؛ مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۸؛ فیض کاشانی، **معتصم الشیعة**، ج۱، ص۳۵۴؛ حرّ عاملی، **الفوائد الطوسیة**، ص۴۰.

۶۸. کلینی، **الکافي**، ج۴، ص۱۷۲، باب الفطرة، ح۹؛ شیخ صدوق، **من لا یحضره الفقیه**، ج۲، ص۱۷۶، باب الفطرة، ح۲۰۶۳؛ شیخ طوسی، **تهذیب الأحکام**، ج۴، ص۷۹، باب ۲۴: تمییز فطرة أهل الأمصار، ح۱.

۶۹. بهاء الدین عاملی، **رسالة في الکر**، ص۳۷۵؛ حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۱، ص۱۶۸؛ جمال الدین عاملی، **معالم الدین**، ج۱، ص۱۳۰؛ مجلسی، **مرآة العقول**، ج۱۳، ص۱۵؛ بحرالعلوم، **مصابیح الأحکام**، ج۱، ص۱۰۳؛ شیخ الشریعة، **رسالة في تحدید الکر**، ص۱۹۶.

۷۰. بحرانی، **الحدائق الناضرة**، ج۱، ص۲۷۸.

تعریف حجم های شرعی

۱. مدّ: برابر است با وزن ۲/۲۵ رطل عراقی[۷۱] یا ۲۹۲/۵ درهم[۷۲] یا ۱۴۰۴۰ شعیره. این مطلب، نظر مشهور فقهای شیعه[۷۳] و یا اجماعی بین آنهاست.[۷۴] همچنین در برخی روایات تصریح شده که مدّ برابر با ۲۹۲/۵ درهم است.[۷۵]

۲. صاع: برابر است با چهار مدّ[۷۶] و به عبارتی ۱۱۷۰ درهم[۷۷] که برابر با ۵۶۱۶۰ شعیره است. به نظر می رسد فقهای شیعه و سنّی در اینکه صاع برابر با

۷۱. شیخ طوسی، **المبسوط**، ج۱، ص۲۱۴؛ طبرسی، **المؤتلف من المختلف**، ج۱، ص۲۸۰؛ قاضی ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۱۶۶؛ ابن ادریس حلّی، **السرائر**، ج۱، ص۱۰۶؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص۱۴۱؛ علامه حلّی، **إرشاد الأذهان**، ج۱، ص۲۸۳؛ همو، **تحریر الأحکام**، ج۱، ص۳۷۴؛ شهید اول، **البیان**، ص۲۹۳؛ موسوی عاملی، **مدارك الأحكام**، ج۵، ص۱۳۴؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۵، ص۲۰۹؛ حرّ عاملی، **الفوائد الطوسیة**، ص۴۱.

۷۲. شیخ صدوق، **الهدایة في الأصول و الفروع**، ص۱۷۰؛ همو، **المقنع**، ص۱۵۶؛ مفید، **المقنعة**، ص۲۵۰؛ علامه حلّی، **تحریر الأحکام**، ج۱، ص۴۲۵؛ همو، **منتهی المطلب**، ج۸، ص۴۶۳؛ شیخ انصاری، **کتاب الطهارة**، ج۲، ص۴۳۹.

۷۳. موسوی عاملی، **مدارك الأحكام**، ج۵، ص۱۳۴؛ مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۴.

۷۴. شیخ طوسی، **الخلاف**، ج۲، ص۵۹؛ ابن زهره، **غنیة النزوع**، ص۱۲۱.

۷۵. **الفقه** (المنسوب إلی الإمام الرضا علیه السلام)، ص۱۹۷؛ شیخ صدوق، **من لا یحضره الفقیه**، ج۲، ص۳۵.

۷۶. شیخ صدوق، **الهدایة في الأصول و الفروع**، ص۱۷۰؛ همو، **المقنع**، ص۱۵۶؛ مفید، **المقنعة**، ص۲۵۰؛ شیخ طوسی، **الجمل و العقود في العبادات**، ص۹۸؛ همو، **المبسوط**، ج۱، ص۲۱۴؛ قاضی ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۱۶۶؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص۱۴۱؛ علامه حلّی، **إرشاد الأذهان**، ج۱، ص۲۸۳؛ همو، **تحریر الأحکام**، ج۱، ص۳۷۴؛ شهید ثانی، **مسالک الأفهام**، ج۱۰، ص۹۲؛ حرّ عاملی، **الفوائد الطوسیة**، ص۴۱.

۷۷. مفید، **المقنعة**، ص۲۵۰؛ قاضی ابن براج، **المهذب**، ج۱، ص۱۶۶؛ شهید اول، **البیان**، ص۳۳۶.

چهار مدّ است، متفق القول هستند.[78]

۳. **وَسق**: عبارت از ۶۰ صاع[79] و به عبارتی ۷۰۲۰۰ درهم یا ۳۳۶۹۶۰۰ شعیره است. این مطلب، اجماعی است[80] و روایات متعددی نیز در بارهٔ این موضوع وجود دارد.[81]

۴. **کرّ**: برابر است با وزن ۱۲۰۰ رطل عراقی[82] و به عبارتی ۱۵۶۰۰۰ درهم و یا ۷۴۸۸۰۰۰ شعیره. مقدار ذکرشده به حسب رطل عراقی، بین فقهای شیعه مشهور است؛[83] اما مرحوم صدوق و سید مرتضی آن را برابر با ۱۲۰۰ رطل مدنی تعریف کرده اند[84] که در این صورت برابر با ۱۱۲۳۲۰۰۰ شعیره خواهد بود.

---

۷۸. شیخ طوسی، **الخلاف**، ج۲، ص۵۹؛ محقق حلّی، **المعتبر في شرح المختصر**، ج۲، ص۵۳۳؛ مجلسی، **أوزان المقادیر**، ص۱۳۴.

۷۹. شیخ صدوق، **المقنع**، ص۱۵۶؛ مفید، **المقنعة**، ص۲۳۶؛ شریف مرتضی، **جمل العلم و العمل**، ص۱۲۳؛ ابو الصلاح حلبی، **الکافي في الفقه**، ص۱۶۵؛ سلاّر دیلمی، **المراسم العلویة**، ص۱۲۹؛ شیخ طوسی، **المبسوط**، ج۱، ص۲۱۴؛ قاضی ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۱۶۶؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص۱۴۱؛ علامه حلّی، **منتهی المطلب**، ج۸، ص۱۹۰.

۸۰. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱۵، ص۲۰۸.

۸۱. **الفقه المنسوب إلی الإمام الرضا علیه السلام**، ص۱۹۷؛ کلینی، **الکافي**، ج۳، ص۵۱۲، بَابُ أَقَلّ مَا یَجِبُ فِیهِ الزَّکَاةُ مِنَ الْحَرْثِ، ح۱ و ۵؛ شیخ طوسی، **الاستبصار**، ج۲، ص۱۴، باب ۷ المقدار الذي تجب فیه الزکاة، ح۱ و ۲ و ۳ و ۷ و ۸.

۸۲. مفید، **المقنعة**، ص۴۲؛ شیخ طوسی، **الاقتصاد الهادي إلی طریق الرشاد**، ص۲۵۳؛ همو، **الجمل و العقود في العبادات**، ص۵۵؛ قاضی ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۲۱؛ ابن ادریس حلّی، **السرائر**، ج۱، ص۶۰؛ محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص۵؛ شهید اول، **اللمعة الدمشقیة**، ص۲۳.

۸۳. موسوی عاملی، **مدارك الأحکام**، ج۱، ص۴۷؛ فیض کاشانی، **معتصم الشیعة فی أحکام الشریعة**، ج۲، ص۱۴۱؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۱، ص۱۶۸.

۸۴. شیخ صدوق، **من لا یحضره الفقیه**، ج۱، ص۶؛ **الانتصار في انفرادات الإمامیة**، ص۸۵؛ شریف مرتضی، **جمل العلم و العمل**، ص۴۹؛ همو، **المسائل الناصریات**، ص۶۸.

جدول کمیت‌های وزن و حجم شرعی بر اساس شعیره

کمیت های وزن به حسب گرم							
قیراط	دانگ	درهم	دینار	نشّ	اوقیه	رطل عراقی	رطل مدنی
۳.۴۲۸۵۷	۸	۴۸	۶۸.۵۷	۹۶۰	۱۹۲۰	۶۲۴۰	۹۳۶۰

کمیت های حجم به حسب گرم			
مدّ	صاع	وسق	کرّ
۱۴۰۴۰	۵۶۱۶۰	۳۳۹۶۶۰۰	۷۴۸۸۸۰۰

تعیین وزن حبّه شعیر متوسط به حسب گرم

چنان که پیش تر اشاره شد، به نظر می رسد که یکای وزن شرعی، وزن یک درهم است؛ اما پایه همه اوزان شرعی، شعیره، یعنی دانه جو متوسط است. پس با به دست آوردن وزن دقیق حبّه متوسط شعیر می توان سایر وزن ها را بر آن قیاس کرد.[۸۵] برای به دست آوردن وزن یک حبّه شعیر متوسّط یا به تعبیر دیگر متوسّط وزن یک حبّه شعیر، روش ذیل پیشنهاد می شود:

روش کار: برای تعیین وزن حبّه، ۳۰۰۰ دانه جو را با ترازوی دقیق طلافروشی وزن می کنیم. وزن به دست آمده عبارت است از ۲۰۳/۰۶ گرم. با تقسیم این وزن بر ۳۰۰۰، وزن متوسط یک دانه به دست خواهد آمد که برابر است با ۰/۰۶۷۶۸ یا تقریباً ۰/۰۶۷۷.

در واقع در بین این ۳۰۰۰ دانه شعیر، سه حصّه وجود دارد: دانه های درشت، دانه های متوسط و دانه های ریز؛ به طوری که وزن حصه متوسط برابر با متوسط وزن هر سه حصه است. پس با به دست آوردن متوسط وزن ۳۰۰۰ دانه جو، در

۸۵. منظور از قیاس در اینجا، قیاس منطقی و ریاضی است که حجت است؛ زیرا معادلات بین حبّه شعیر و دیگر اوزان شرعی، همگی به وسیله اجماع یا شهرت نزدیک به اجماع از فقهای شیعه ثابت شده و تبدیل اوزان آنها به هم نیز بر اساس ضرب و تقسیم ریاضی صورت می پذیرد.

واقع متوسط وزن حدود ۱۰۰۰ دانه جو متوسط را به دست خواهیم آورد.

وزن سایر یکاهای شرعی به حسب گرم

با در دست داشتن وزن شعیره به حسب گرم، می توان وزن سایر یکاهای شرعی را محاسبه کرد:

کمیت های وزن به حسب گرم							
قیراط	دانگ	درهم	دینار	نشّ	اوقیه	رطل عراقی	رطل مدنی
۳.۴۲۸۵۷	۸	۴۸	۶۸.۵۷	۹۶۰	۱۹۲۰	۶۲۴۰	۹۳۶۰
۰/۰۶۷۷ g							
۰/۲۳۲	۰/۵۴۱۶	۳.۲۴۹۶	۴.۶۴۱۵	۶۴.۹۸۲۴	۱۲۹.۹۶۴۸	۴۲۲.۳۸۵۶	۶۳۳.۵۷۸۴
کمیت های حجم به حسب گرم							
مدّ	صاع		وسق		کرّ		
۱۴۰۴۰	۵۶۱۶۰		۳۳۹۶۶۰۰		۷۴۸۸۰۰۰		
۰/۰۶۷۷ g							
۹۵۰.۳۶۷۶	۳۸۰۱.۴۷۰۴		۲۲۹۹۱۵.۸۵۴		۵۰۶۸۶۲.۷۲		

تعیین حجم دقیق مدّ، صاع، وسق و کرّ به حسب لیتر

مدّ، صاع، وسق و کرّ از کمیت های حجم هستند. پس لازم است که مقدار آنها به حسب لیتر نیز محاسبه شود. برای این کار ۳۰۰۰ شعیره را که در دسته های ۵۰۰ تایی تقسیم شده اند،[۸۶] درون استوانه مدرّج (مِزور) ریخته، سطح آن را تعیین می کنیم. مقادیر به دست آمده به ترتیب عبارت اند از: ۲۹، ۲۹/۵، ۲۹/۵، ۲۹، ۲۹ و ۲۹/۵ میلی لیتر که مجموع آنها عبارت است از ۱۷۵/۵ میلی لیتر و با تقسیم

۸۶. این کار برای دقت بیشتر در اندازه گیری انجام می شود.

آن بر ۳۰۰۰ متوسط حجم یک دانه به حسب میلی لیتر به دست خواهد آمد که عبارت است از: ۰/۰۵۸۵ میلی لیتر؛ مقدار به دست آمده حجم دانه شعیره، به همراه متوسط فضایی است که بین آن و سایر دانه ها قرار می گیرد.[۸۷]

با داشتن حجم متوسط شعیره می توان حجم یکاهای شرعی حجم را به حسب میلی لیتر به دست آورد:

کمیت های وزن به حسب گرم			
مدّ	صاع	وسق	کرّ
۱۴۰۴۰	۵۶۱۶۰	۳۳۹۶۶۰۰	۷۴۸۸۰۰۰
×۰/۰۵۸۵ ml			
۸۲۱.۳۴	۳۲۸۵.۳۶	۱۹۸۷۰۱.۱	۴۳۸۰۴۸

چند نکته

یک. ابعاد پیمانه های شرعی

از آنجا که مدّ و صاع پیمانه اند لازم است که ابعاد ظرف آنها به حسب سانتی متر مشخص شود. از آنجا که هر میلی لیتر برابر با یک سانتی متر مکعب است[۸۸] ($1ml = 1cm^3$) خواهیم داشت:

۸۷. باید توجه داشت که می توان حجم دانه ها را بدون احتساب فضای خالی بین آنها محاسبه کرد، اما از آنجا که به عنوان مثال پیمانه صاع، پیمانه ای است که ۵۶۱۶۰ دانه جو را به همراه فضای بین آنها در خود جای می دهد، پس باید این مقدار را هم در نظر گرفت؛ در غیر این صورت، مقدار به دست آمده کمی از گنجایش پیمانه مورد نظر کمتر خواهد بود.

۸۸. چرا که یک لیتر برابر با مکعبی با اضلاع ۱۰ سانتی متر است و از آنجا که میلی لیتر، 10^{-3} (یعنی یک هزارم) لیتر است (www.en.wikipedia.org/wiki/Litre) بنابراین، یک میلی لیتر برابر با مکعبی با اضلاع یک سانتی متر خواهد بود.

$821/34\ ml = 821/34\ cm^3$ = ۱ مدّ

$3285/36\ ml = 3285/36\ cm^3$ = ۱ صاع

$198701/1\ ml = 198701/1\ cm^3$ = ۱ وسق

$438048\ ml = 438048\ cm^3$ = ۱ کرّ

حال از آن جا که حجم «استوانه» برابر با $\pi r^2 h$ می باشد،[۸۹] هریک از پیمانه های یاد شده می تواند ظرفی استوانه با ابعاد ذیل باشد:

۱. مدّ: استوانه ای با قطر قاعده ۱۲ سانتی متر و ارتفاع ۷/۲۶۳ سانتی متر.

$\pi r^2 h = 3/1416 \times 6^2 \times 7/263 \cong 821/34\ cm^3$

۲. صاع: استوانه ای با قطر قاعده ۱۵ سانتی متر و ارتفاع ۱۸/۶ سانتی متر.

$\pi r^2 h = 3/1416 \times 7/5^2 \times 18/5 \cong 3285/36\ cm^3$

۳. وسق: استوانه ای با قطر ۶۱ سانتی متر و ارتفاع ۶۸ سانتی متر.

$\pi r^2 h = 3/1416 \times 30/5^2 \times 198701/1 \cong 198701/1\ cm^3$

۴. کرّ: استوانه ای با قطر ۸۱ سانتی متر و ارتفاع ۸۵ سانتی متر.

$\pi r^2 h = 3/1416 \times 40/5^2 \times 85 \cong 438048\ cm^3$

همچنین از آنجا که حجم مکعب، برابر با مکعب ضلع آن است، هر یک از پیمانه های پیش گفته می تواند ظرفی مکعب با ابعاد ذیل باشد:

۱. مدّ: مکعبی به ضلع ۹/۳۶۵ سانتی متر.

$s^3 = 9/365^3 = 821/34\ cm^3$

۲. صاع: مکعبی به ضلع ۱۴/۸۶۶ سانتی متر.

$s^3 = 14/866^3 = 3285/36\ cm^3$

---

۸۹. h: ارتفاع استوانه؛ r: شعاع قاعده و n (نسبت محیط دایره به قطر) به طور تقریبی (۳/۱۴۱۶) محاسبه شده است.

۳. وسق: مکعبی به ضلع ۵۸/۳۵۳۵ سانتی متر.

$s^3 = 58/3535^3 = 198701/1\ cm^3$

۴. کرّ: مکعبی به ضلع ۷۸/۴۶۲۸ سانتی متر.

$s^3 = 78/4628^3 \cong 438048\ cm^3$

دو. شبهه تفاوت وزن حبوب در مکان های مختلف

گفته شده که اندازه گیری اوزان شرعی به حسب شعیره، دقیق نیست؛ زیرا وزن و اندازه دانه های جو در مکان های مختلف، متفاوت است[۹۰]. در پاسخ چند مطلب بیان می شود:

۱. تقدیر به شعیره، در روایات و عبارات فقها و کتب لغت آمده است. پس شکی نیست که شعیره پایه اندازه گیری اوزان شرعی است.

۲. مقادیر مطرح شده در دستگاه اندازه گیری اسلامی، تعبدی هستند[۹۱] و بعید نیست که شارع مقدس برای آسان کردن، برای هر منطقه ای وزن شعیراتی را که در همان منطقه کشت یا استفاده می شوند، ملاك قرار داده باشد.

البته بدون شک اگر در صورت امکان از شعیرات نواحی مختلف، نمونه هایی تهیه آزمایش شوند و متوسط وزن و حجم دانه ها در نواحی مختلف اندازه گیری شود، نتیجه دقیق تری خواهیم داشت.

سه. شبهه تفاوت وزن نصاب غلات مختلف

گفته شده که «تعیین یک وزن برای تمامی غلّات در صورتی صحیح است که

۹۰. فیض کاشانی، الوافی، ج۶، ص۳۱۵؛ الغفیلی، «الصاع بین المقاییس القدیمة و الحدیثة»، پی نوشت ۱۴.

۹۱. همان طور که در تعریف دستگاه اندازه گیری بیان شد، در دوره های اولیه و تاریخی، واحدها با اجازه نهادهای حاکم اعطا می شدند.

وزن هر صاع در تمامی غلّات یکسان باشد، ولی با عنایت به اینکه صاع و وسق پیمانه های خاص بوده، قهراً با توجه به سبکی و سنگینی غلاّ ت (بر طبق وزن حجمی آنها) وزن نصاب غلّات مختلف تغییر می کند». [۹۲]

نباید فراموش کرد که تبدیل این پیمانه ها به وزن، در خود روایات صورت گرفته[۹۳] و از نظر اختلاف حبوبات در وزن مخصوص، فرقی بین وزن های جدید و قدیم نیست؛ البته اصل این مطلب درست است که وزن مخصوص[۹۴] حبوبات و مواد مختلف، متفاوت است. بنابراین برای مثال، یک صاع خرما لزوماً ۳/۸۰۱ کیلوگرم نمی شود و به عکس ۳/۸۰۱ کیلوگرم از خرما لزوماً به اندازه حجم یک صاع نمی شود. پس باید بین روایاتی که مثلاً صاع را معیار تکلیف زکات فطره قرار داده اند و روایاتی که حجم های شرعی را با وزن برابرسازی کرده اند، جمع کرد.

جمع پیشنهادی: به نظر می رسد روایات صاع، برای زمانی است که مکلف بخواهد تکلیف خود را از همان جنس ادا کند؛ مثلاً اگر خواست گندم بدهد؛ پیمانه صاع را از گندم پُر می کند و اگر خواست خرما بدهد پیمانه را از خرما پر می کند و همین طور در سایر اجناس. اما روایات وزن، برای زمانی است که مکلف بخواهد تکلیف خود را از غیر اجناس زکاتی ـ یعنی به حسب قیمت ـ ادا کند که در این صورت باید وزن یک صاع به لحاظ وزن درهم در نظر گرفته شود؛ یعنی اگر بخواهد قیمت هر یک از اجناس را بدهد، باید قیمت ۳/۸۰۱ کیلوگرم از آن جنس را بدهد.

---

۹۲. شبیری زنجانی، **رساله توضیح المسائل**، ص۳۸۶، م ۱۸۷۲.

۹۳. نشانی چند روایت، در تعریف رطل عراقی بیان شد.

۹۴. وزن مخصوص عبارت است از نسبت وزن یک ماده به واحد حجم که از رابطه: $\gamma = pg$ به دست می آید که در آن γ (گاما) وزن مخصوص، p (رو) چگالی و g (شتاب گرانش) می باشد. چگالی (مقدار ماده ای که واحد حجم را اشغال می کند) نیز خود از رابطه: $p=\frac{m}{v}$ به دست می آید که در آن m جرم و v حجم و p چگالی است.

چهار. تعیین دقیق قیمت در چند نمونه از احکام شرعی

الف) زکـــات فطره: برای تعیین قیمت دقیق زکات فطره، دو مرحله را باید پیمود:

اول، تعیین قیمت دقیق یک حبّه شعیر: برای این کار ابتدا تعداد حبّه شعیر موجود در یک کیلو گرم (۱۰۰۰ گرم) از شعیر را به دست می‌آوریم:

$$۱۰۰۰ \div ۶۷۶۸ \cong ۱۴۷۷۵/۴$$

پس یک کیلوگرم جو دارای حدود ۱۴۷۷۵/۴ دانه متوسط است. حال قیمت ۱۰۰۰ گرم جو متوسط را تقسیم بر عدد به دست آمده می‌کنیم تا قیمت دقیق یک حبّه شعیر به دست می‌آید. به عنوان مثال، اگر قیمت یک کیلو جو پوست‌نکنده ۱۲۰۰ تومان باشد، خواهیم داشت:

$$۱۲۰۰ \div ۱۴۷۷۵/۴ = ۰/۰۸۱۲ \text{ تومان}$$

که قیمت دقیق یک حبّه شعیر متوسط است.

۲. تعداد حبه‌های موجود در یک صاع را ضرب در قیمت واحد حبّه شعیر می‌کنیم:

$$۵۶۱۶۰ \times ۰/۰۸۱۲ \cong ۴۵۶۱ \text{ تومان}$$

عدد به‌دست‌آمده، قیمت دقیق یک صاع جو است که دادن کمتر از آن مجزی نیست.

ب) مقـدار دیه قتل عـمد: یکی از مقادیر آن عبارت است از ۱۰۰۰ دینار شرعی[۹۵] که وزن آن برابر خواهد بود با:

$$۱۰۰۰ \; ۴/۶۴۱۵ = ۴۶۴۱/۵ \; g$$

۹۵. محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۴، ص ۲۴۵.

و از آنجـا کـه وزن یک سکـه تمـام بهـار آزادی برابر با ۸/۱۳۳ گـرم است،[۹۶] خواهیم داشت:

۴۶۴۱/۵ ÷ ۸/۱۳۳ ≅ ۵۷۰/۷

که تعداد سکـه های بهار آزادی موجود در ۴۶۴۱/۵ گرم می باشـد؛ یعنی قاتل باید این تعداد سکه به اولیای مقتول بپردازد.

ج) نصـاب زکـات طلا: طلا دارای دو نصـاب است: نصـاب اول آن عبـارت اسـت از ۲۰ دینـار؛[۹۷] به این معنـا کـه اگـر کسی دارای ۲۰ دینـار شـرعی باشـد، باید $\frac{۱}{۴۰}$ = ۰/۰۲۵ آن را به عنوان زکات بپـردازد. وزن ۲۰ دینار شرعی برابر است با:

۲۰ × ۴/۶۴۱۵ = ۹۲/۸۳ g

و از آنجا کـه وزن ربع، نیم، تمام، دو و نیم و پنج سکه بهـار آزادی به ترتیب: ۲/۰۳۲۲۵؛ ۴/۰۶۶۵؛ ۸/۱۳۳؛ ۲۰/۳۳۲۵ و ۴۰/۶۶۵ گرم است،[۹۸] کسی که دارای تعـداد زیر از سکه های مذکـور باشد، باید یک چهلم آن را بـه عنوان زکات بپردازد:

عدد ربع بهار ۴۵/۶۷ ≅ ۲/۰۳۲۲۵ ÷ ۹۲/۸۳

عدد نیم بهار ۲۲/۸۲ ≅ ۴/۰۶۶۵ ÷ ۹۲/۸۳

عدد تمام بهار ۱۱/۴۱ ≅ ۸/۱۳۳ ÷ ۹۲/۸۳

عدد دو و نیم بهار ۴/۵۶ ≅ ۲۰/۳۳۲۵ ÷ ۹۲/۸۳

عدد پنج بهار ۲/۲۸ ≅ ۴۰/۶۶۵ ÷ ۹۲/۸۳

۹۶ . ویکی پدیا، دانش نامه آزاد (www.fa.wikipedia.org/wiki) سکه بهار آزادی.

۹۷ . محقق حلّی، **شرائع الإسلام**، ج۱، ص ۱۴۹ ـ ۱۵۰.

۹۸ . ویکی پدیا، دانش نامه آزاد (www.fa.wikipedia.org/wiki) سکه بهار آزادی.

نصاب دوم آن نیز چهار دینار است که به ترتیب بالا قابل محاسبه است.

باید توجه داشت که وزن های مطرح شده برای سکه بهار آزادی، وزن مجموع سکه است نه وزن طلای خالص آن، ولی از آنجا که احکام شرعی به عنوان دینار[99] تعلق گرفته اند، لذا تفاوت عیار مسکوك جدید با مسکوك شرعی لحاظ نمی شود و وزن مجموع مسکوك جدید لحاظ می شود؛ همان طور که در دینار این چنین بوده است.

د) **مهر السنه**: عبارت است از ۵۰۰ درهم که وزن آن عبارت است از: ۱۲۰۰g=۲/۴×۵۰۰؛ البته در حال حاضر در ایران مسکوك نقره ضرب نمی شود تا تعداد مسکوك نقره موجود در ۱۲۰۰ گرم و قیمت آن، محاسبه شود.

نتیجه

دستگاه اندازه گیری اسلامی، شامل بر یکاهای دقیق و منظم وزن و حجم[100] است. برای تبدیل آنها به اوزان کنونی، یعنی کیلوگرم و لیتر، روش هایی معرفی شده که به نظر نویسنده اشکالاتی به آنها وارد است و روش منطقی برای این کار، استفاده از معیارهای مطرح شده در روایات معتبر و اجماعات فقهاست که وزن حبّه شعیر را ملاك سایر یکاها قرار داده اند و با به دست آوردن وزن یک حبّه شعیر، می توان وزن دقیق سایر یکاهای شرعی را با برهان لمّی به دست آورد.

---

۹۹. یعنی مسکوك طلا.

۱۰۰. و همین طور طول و مساحت که در این مقاله به آن اشاره نشد.

فهرست منابع و مآخذ

۱ . ابن منظور مصری، محمد بن مکرم، **لسان العرب**، تحقیق: احمد فارس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ هـ. ق.

۲ . اصفهانی، سید ابو الحسن، **وسیلة النجاة** (با حواشی امام خمینی قدّس سرّه)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، چاپ اول، ۱۴۲۲هـ. ق.

۳ . شیخ الشریعة اصفهانی، فتح اللّه بن محمد جواد نمازی، **رسالة في تحدید الکر بالوزن و المساحة**، تقریر: محمد حسین سبحانی تبریزی، بی نا، بی جا، بی تا. ملاحظات: این رساله در ضمن نخبة الأزهار چاپ شده است.

۴ . مجلسی دوم، محمد باقر بن محمدتقی، **أوزان المقادیر**، تحقیق: علی رضا رحیمی ثابت، قم، کتابفروشی بصیرتی، چاپ اول، بی تا. ملاحظات: این کتاب همراه مسکّن الفؤاد، تألیف شهید ثانی چاپ شده است.

۵ . ــــــــــــ، **مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول**، تحقیق: سید هاشم رسولی محلاتی، دار الکتب الإسلامیة، چاپ دوم، تهران، ۱۴۰۴هـ. ق.

۶ . بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، **الحدائق الناضرة في أحکام العترة الطاهرة**، تحقیق: محمدتقی ایروانی، سید عبدالرزّاق مقرّم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵هـ. ق.

۷ . بحرالعلوم، سید مهدی، **مصابیح الأحکام**، تحقیق: سید مهدی طباطبایی و فخرالدین صانعی، قم، منشورات میثم التمّار، چاپ اول، ۱۴۲۷هـ. ق.

۸ . مفید، محمّد بن محمد بن نعمان عکبری، بغدادی، **أحکام النساء**، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.

۹ . ـــــــــــ، **الإشراف في عامّة فرائض أهل الإسلام**، تحقیق و تصحیح: مهدی نجف، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق. ملاحظات: این کتاب در جلد نهم از مجموعه مصنفات شیخ مفید چاپ شده است.

۱۰ . ـــــــــــ، **المقنعة**، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.

۱۱ . ابن اثیر جزری، مبارك بن محمد، **النهاية في غريب الحديث و الأثر**، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، بی تا.

۱۲ . جمعی از نویسندگان، **فیزیک و آزمایشگاه سال دوم دبیرستان**، تهران، شرکت چاپ و نشر کتاب های درسی ایران، چاپ یازدهم، ۱۳۸۹هـ. ش.

۱۳ . جوهری، اسماعیل بن حمّاد، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية**، تحقیق: احمد عبدالغفور عطّار، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.

۱۴ . ابن زهره حسینی، حمزة بن علی، **غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.

۱۵ . ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، **الكافي في الفقه**، تحقیق: رضا استادی، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین(ع)، اصفهان، چاپ اول، ۱۴۰۳هـ. ق.

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

۱۷ . علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**، تحقیق: فارس حسون، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.

۱۸ . ـــــــــــ، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة**، تحقیق: ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ. ق.

۱۹ . ـــــــــــ، **تذکرة الفقهاء**، تحقیق: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت(ع)، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، چاپ اول، بی تا.

۲۰ . ـــــــــــ، **منتهی المطلب في تحقیق المذهب**، تحقیق: بخش فقه در جامعه پژوهش های اسلامی، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲هـ. ق.

۲۱ . ـــــــــــ، **نهایة الإحکام في معرفة الأحکام**، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ. ق.

۲۲ . محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **المعتبر في شرح المختصر**، تحقیق: محمدعلی حیدری، سید مهدی شمس الدین، سید ابو محمد مرتضوی و سید علی موسوی، قم، مؤسسه سید الشهداء(ع)، چاپ اول، ۱۴۰۷هـ. ق.

۲۳ . ـــــــــــ، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، تحقیق: عبدالحسین محمد علی بقّال، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ. ق.

۲۴ . حمیری، نشوان بن سعید، **شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم**، تحقیق: حسین بن عبد الله العمری، مطهر بن علی الاریانی و یوسف محمد عبد اللّه، بیروت، دار الفکر المعاصر، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ. ق.

۲۵ . انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، **کتاب الطهارة**، تحقیق: گروه پژوهش در کنگره، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵هـ. ق.

۲۶ . سلاّر دیلمی، حمزة بن عبد العزیز، **المراسم العلویة فی الاحکام النبویة**، تحقیق: محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، چاپ اول، ۱۴۰۴هـ. ق.
۲۷ . شبیری زنجانی، سید موسی، **رساله توضیح المسائل**، قم، انتشارات سلسبیل، چاپ اول، ۱۴۳۰هـ. ق.
۲۸ . شریف مرتضی، علی بن الحسین، **المسائل الناصریات**، تحقیق: مرکز پژوهش و تحقیقات علمی، تهران، رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۲۹ . ـــــــــ، **جمل العلم و العمل**، نجف اشرف، مطبعة الآداب، چاپ اول، ۱۳۸۷هـ. ق.
۳۰ . طبرسی، امین الإسلام فضل بن الحسن، **المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف**، تحقیق: مدیر شانه چی، واعظ زاده، زاهدی، دکتر مصطفوی، دکتر فاطمی، دکتر موحد و سید مهدی رجایی، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۳۱ . قاضی ابن برّاج، عبد العزیز، **المهذب**، تحقیق: جمعی از محققین و مصححین تحت إشراف آیت اللّه جعفر سبحانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۶هـ. ق.
۳۲ . طریحی، فخر الدین، **مجمع البحرین**، تحقیق: سید احمد حسینی، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶هـ. ق.
۳۳ . طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ اول، ۱۳۹۰هـ. ق.
۳۴ . ـــــــــ، **الجمل و العقود في العبادات**، مشهد، مؤسسه نشر دانشگاه مشهد، ۱۳۸۷هـ. ق.

۳۵ . ـــــــــــ، **الخلاف**، تحقیق: سیدعلی خراسانی، سید جواد شهرستانی، شیخ محمدمهدی طه نجف، مجتبی عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷هـ. ق.
۳۶ . ـــــــــــ، **المبسوط في فقه الإمامية**، تحقیق: سید محمدتقی کشفی، تهران، المکتبة المرتضوية لإحیاء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷هـ. ق.
۳۷ . ـــــــــــ، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی**، بیروت، دار الکتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰هـ. ق.
۳۸ . ـــــــــــ، **تهذیب الأحکام**، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷هـ. ق.
۳۹ . عاملی بیاضی، ابراهیم سلیمان، **الأوزان و المقادیر**، لبنان، چاپ اول، ۱۳۸۱هـ. ق.
۴۰ . عاملی، محمد بن الحسین، **رسالة الکر**، تحقیق: مرتضی احمدیان، قم، کتابفروشی بصیرتی، چاپ اول، ۱۳۹۰ هـ. ق. ملاحظات: این کتاب همراه با حبل المتین و رسائل شیخ بهایی چاپ شده است.
۴۱ . ـــــــــــ، **رسالة في الکر**، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۶هـ. ق. ملاحظات: این کتاب ضمن رساله های خطی فقهی چاپ شده است.
۴۲ . عاملی، الحسن بن زین الدین، **معالم الدین و ملاذ المجتهدین (قسم الفقه)**، تحقیق: سید منذر حکیم، قم، مؤسسة الفقه للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ. ق.
۴۳ . حرّ عاملی، محمد بن الحسن بن علی بن الحسین، **الفوائد الطوسیة**،

تحقیق: سید مهدی لاجوردی حسینی و محمد درودی، قم، المطبعة العلمیة، چاپ اول، ۱۴۰۳هـ. ق.

۴۴ . ـــــــــــ، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، تحقیق: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت(ع)، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹هـ. ق.

۴۵ . حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة**، تحقیق: محمدباقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ. ق.

۴۶ . شهید اول، محمد بن مکی عاملی، **اللمعة الدمشقیة في فقه الإمامیة**، تحقیق: محمدتقی مروارید و علی اصغر مروارید، بیروت، دار التراث، الدار الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.

۴۷ . ـــــــــــ، **ذکری الشیعة في أحکام الشریعة**، تحقیق: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت(ع)، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ. ق.

۴۸ . ـــــــــــ، **البیان**، تحقیق، محمد حسّون، چاپ اول، ۱۴۱۲هـ. ق.

۴۹ . شهید ثانی، زین الدین بن علی، **الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة**، تحقیق: سید محمد کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.

۵۰ . ـــــــــــ، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، تحقیق: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.

۵۱ . موسوی عاملی، محمد بن علی، **مدارك الأحکام في شرح شرائع الإسلام**، تحقیق: گروه پژوهش مؤسسه آل البیت(ع)، قم، مؤسسه آل البیت(ع)،

چاپ اول، ۱۴۱۱هـ. ق.

۵۲ . الغفیلی، عبداللّه بن منصور، «الصاع بین المقاییس القدیمة والحدیثة»، www.saaid.net/bahoth.

۵۳ . منسوب به امام رضا(ع)، **الفقه**، مشهد، مؤسسه آل البیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۰۶هـ. ق.

۵۴ . فیومی، احمد بن محمد بن علی مقری، **المصباح المنیر في غریب الشرح الکبیر للرافعي**، قم، منشورات دار الرضی، چاپ اول، بی تا.

۵۵ . فیروز آبادی، مجد الدین محمد بن یعقوب، **ترتیب القاموس المحیط**، تحقیق: احمد الزاوي، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۳۹۹هـ. ق.

۵۶ . صدوق، محمّد بن علی بن بابویه قمی، **المقنع**، تحقیق: گروه پژوهش مؤسسه امام هادی(ع)، قم، مؤسسه امام هادی(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵هـ. ق.

۵۷ . ــــــــــ، **الهدایة في الأصول و الفروع**، تحقیق: گروه پژوهش مؤسسه امام هادی(ع)، قم، مؤسسه امام هادی(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ. ق.

۵۸ . ــــــــــ، **من لا یحضره الفقیه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳هـ. ق.

۵۹ . فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، **معتصم الشیعة في أحکام الشریعة**، تحقیق: مسیح توحیدی، تهران، مدرسه عالی شهید مطهری، چاپ اول، ۱۴۲۹هـ. ق.

۶۰ . ــــــــــ، **مفاتیح الشرائع**، قم، کتابخانه آیة اللّه مرعشی نجفی، چاپ اول، بی تا.

۶۱ . کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافي**، تحقیق: علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷هـ. ق.

۶۲ . کاشف الغطاء نجفی، احمد بن علی بن محمدرضا، **سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات**، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۳هـ. ق.

۶۳ . نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، تحقیق: عباس قوچانی و علی آخوندی، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.

۶۴ . واسطی زبیدی حسینی، سید محمد مرتضی، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقیق و تصحیح: علی شیری، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ. ق.

۶۵ . طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، **العروة الوثقی فیما تعمّ به البلوی**، بیروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹هـ. ق.

66. www.en.wikipedia.org/wiki

67. www.fa.wikipedia.org/wiki

نگاهی نو به
سهم الارث فرزندان در قرآن

○ سیدمحمدجواد موسوی*

چکیده

در آیه ۱۱ سوره نساء در مورد تقسیم ارث بین فرزندان ابتدا آمده است: «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ»؛ سپس سهم بیشتر از دو دختر دو سوم، و سهم یک دختر نصف تعیین شده است. در ادامه، سهم غیر فرزندان؛ یعنی پدر و مادر، هر کدام یک ششم، شوهر یک چهارم، و همسر یک هشتم تعیین شده است.

در این تحقیق درصدد هستیم تا اثبات کنیم که خداوند در قرآن کریم سهم همه ورثه را ثابت و از اصل مال تعیین نفرموده؛ بلکه سهم غیر فرزندان را ثابت و از اصل مال، و سهم دختران را متغیر و از باقی مانده مال تعیین فرموده است و در صورتی برای دختر یا دختران سهم معینی مشخص فرموده که فرزندان شامل دختر و پسر باشند، نه در صورتی که

---

* دانش آموخته حوزه علمیه قم.

فرزندان فقط دختر باشند؛ زیرا اگر مانند مشهور علما قائل شویم برای فرزندان در صورتی که تنها دختر باشند سهم معینی مشخص شده است، در این صورت جمع سهام ورثه عدد یک نمی شود؛ به عبارت دیگر جمع صور بیشتر از مخرج مشترک می شود. لذا به نظر می رسد با توجه به قرینه کلام، معنای آیه: «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ» این است که اگر فرزندان شامل پسر و دو دختر باشند، پسر در مجموع مثل دو دختر ارث می برد؛ یعنی سهم دو دختر نصف، و نصف دیگر سهم پسران است؛ خواه یک پسر باشد یا بیشتر. در فراز بعدی آیه، سهم فرزندان اگر شامل پسر و بیشتر از دو دختر باشند مشخص می شود؛ به این صورت که سهم دختران دو سوم تعیین شده و یک سوم باقی مانده سهم پسر است. در فراز آخر، سهم فرزندان اگر شامل اولاد پسر و یک دختر باشد مشخص می شود؛ به این صورت که سهم یک دختر نصف تعیین شده و نصف دیگر سهم پسر است. اگر همه فرزندان دختر یا پسر باشند، سهم معینی ندارند؛ بلکه سهم آنها با معیّن شدن سهم غیر فرزندان و مقیّد شدن سهم آنها به وجود فرزند مشخص می شود.

کلید واژگان: آیات ارث، روایات ارث، سهم الإرث، عَوْل و تعصیب.

طرح مسئله

یکی از مباحث مهم و اختلافی بین فقهای شیعه و سنی، بحث عول و تعصیب است. در اصطلاح فقهی اگر جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه، بیشتر از اموال میت شود، به آن «عَوْل» می گویند؛ مثل اینکه وارثان، سه دختر، پدر، مادر و شوهر باشند؛ زیرا مشهور علما معتقدند سهم پدر و مادر، هرکدام یک ششم، سهم شوهر یک چهارم، و سهم فرزندان اگر تنها سه دختر باشند، دو سوم است. بنابراین جمع سهم آنها پانزده دوازدهم می شود. طبق نظر فقهای اهل سنت در این فرض، از سهم همه ورثه به نسبت سهمشان کم می شود و طبق نظر فقهای شیعه فقط از سهم دختران کم می شود. همچنین اگر جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه، کمتر از اموال میت شود، به آن «تعصیب» می گویند؛ مانند اینکه

وارثان، یک دختر و پدر میت باشند؛ زیرا مشهور علما معتقدند سهم پدر یک ششم، و سهم فرزند اگر فقط یک دختر باشد، نصف است. بنابراین جمع سهم آنها چهار ششم می شود. طبق نظر فقهای اهل سنت در این فرض، زیادی مال فقط به پدر داده می شود و به نظر فقهای شیعه، زیادی مال به پدر و دختر داده می شود.

ریشه اختلاف بین فقهای شیعه و سنی این است که آنها اتفاق نظر دارند در تمام فروض، عمل به ظاهر سهام تعیین شده در قرآن کریم ممکن نیست؛ زیرا در برخی فروض جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه بیشتر از اموال میت، و در برخی فروض کمتر می شود.

ما در این نوشتار درصدد هستیم تا ریشه اختلاف را از بین ببریم و اثبات کنیم که در تمام فروض، عمل به ظاهر سهام تعیین شده در قرآن کریم ممکن است؛ زیرا در هیچ فرضی جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه، بیشتر و یا کمتر از اموال میت نمی شود.

در این مقاله پس از بیان نظریه مشهور مفسران و فقیهان درباره سهم الارث فرزندان، اشکالات نظریه مشهور و راه حل های آنها بررسی و نقد، و پس از آن، نظریه جدید به صورت استدلالی بیان شده است.

نظریه مشهور فقها و مفسران

برداشت مشهور مفسران و فقهای فریقین از آیه «**لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ**»،[1] این است که اگر اولاد میت، دختر و پسر باشند، هر پسر مثل دو دختر ارث می برد. به عبارت دیگر، مشهور علما از این فراز آیه، قانون کلی استخراج کرده اند که در فرضی که اولاد میت، دختر و پسر باشند، هر پسر دو برابر دختر ارث می برد؛ خواه اولاد میت شامل پسر و یک دختر باشد یا دو دختر یا بیشتر از دو دختر. بر

۱. سوره نساء، آیه۱۱.

همین اساس، آنها معتقدند که فرازهای بعدی آیه، یعنی « فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ»[2] سهم فرزندان را در صورتی که فقط دختر باشند، مشخص می کند؛ ولی ما از آیه «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ» این گونه برداشت می کنیم که این فراز، حکم فرضی را بیان می کند که فرزندان میت، شامل پسر و دو دختر باشند. در فرازهای بعدی، حکم فرضی بیان می شود که فرزندان شامل پسر و بیشتر از دو دختر یا یک دختر باشند و در ادامه آیه، سهم سایر ورثه چنین تعیین شده: پدر و مادر هر کدام یک ششم «وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ»[3]؛ شوهر یک چهارم «فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ»؛ و همسر یک هشتم «فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم». [4] بنابراین نتیجه برداشت مشهور علما این است که اگر فرزندان، فقط پسر یا شامل دختر و پسر باشند، سهم ثابت و معینی ندارند؛ ولی اگر فرزندان فقط دختر باشند، مانند غیر فرزندان، یعنی پدر، مادر، شوهر و همسر، سهم ثابت و معین دارند.

نقد نظریه مشهور علما

۱. مشهور علما ضمیر «کنَّ» را که جمع مؤنث است و به ظاهر باید به جمع مؤنث؛ یعنی نساء برگردد، به جمع مذکر یعنی اولاد برمی گردانند و ضمیر «کانت» را که مفرد مؤنث است و باید به مفرد مؤنث؛ یعنی انثی برگردد، به مفرد مذکر؛ یعنی ولد ارجاع می دهند؛[5] زیرا اگر ضمیر را به نساء و انثی برگردانند، آیه فقط بر تعداد

۲. همان.

۳. همان.

۴. فخررازی، **تفسیر کبیر**، ج۹، ص۲۰۵؛ زمخشری، **تفسیر کشّاف**، ج۱، ص۴۸۰؛ طبرسی، **مجمع البیان**، ج۲، ص۴۲؛ شیخ طوسی، **تفسیر تبیان**، ج۴، ص۳۷۱ـ۳۸۱.

۵. البته بازگرداندن ضمیر جمع مؤنث به اولاد و مفرد مؤنث به فرزند، دارای توجیه ادبی است؛ ولی خلاف ظاهر است.

دخترهای میت دلالت می کند و بر انحصار فرزندان به دختر دلالت نمی کند.

۲. مشهور علما معتقدند: «فَوْقَ اثْنَتَیْنِ» بر دو دختر و بیشتر از دو دختر دلالت می کند؛ در صورتی که ظاهر آن دلالت می کند که منظور بیشتر از دو دختر است. البته چون در قرآن به سهم دو دختر تصریح نشده است، مشهور فقها معتقدند: «فَوْقَ اثْنَتَیْنِ» بر دو دختر نیز دلالت می کند.

۳. ظاهر آیات ارث (آیات ۱۱، ۱۲ و ۱۷۶ سوره نساء) دلالت می کند که سهم همه ورثه از اصل مال نیست؛ زیرا بعد از تعیین سهم بعضی از ورثه لفظ «ما ترك»، و بعد از تعیین سهم بعضی دیگر لفظ «مِمّا ترك» آمده است. مشهور علما از این اختلاف ظاهر الفاظ قرآن هیچ استفاده ای نمی کنند و معتقدند که سهم همه ورثه از اصل مال تعیین شده است. لذا همواره با مشکل افزایش سهام ورثه روبه رو می شوند.

۴. مشهور علما می پذیرند که عمل به ظاهر سهام تعیین شده در قرآن کریم ممکن نیست و این خود بهترین گواه است که برداشت ایشان خلاف ظاهر قرآن است.

۵. نتیجه مشهور علما بر خلاف حکم عقل است؛ زیرا اگر فرزندان فقط دختر باشند، سهم آنها با معین شدن سهم غیر فرزندان و مقید کردن سهم آنها به وجود فرزند مشخص می شود و تعیین سهم ثابت و معین برای دختران باعث تعارض سهام ورثه می گردد؛ زیرا از یک طرف سهم فرزندان اگر بیشتر از دو دختر باشد، دو سوم تعیین شده و از طرف دیگر جمع سهم غیر فرزندان که سهم آنها مقید به وجود فرزند شده، بیشتر از نصف تعیین شده است و جمع دو سوم و نصف، ممکن نیست.

۶. نتیجه مشهور علما خلاف قانون ریاضی است؛ زیرا از نظر علم ریاضی همه ورثه نباید سهم ثابت و معینی داشته باشند؛ چرا که در این صورت در برخی

فروض که همه ورثه وجود دارند، جمع سهام آنها بیشتر از اموال می شود و در برخی فروض که بعضی از ورثه وجود ندارند، جمع سهام آنها کمتر از اموال میت می شود. ما معتقدیم که خداوند حکیم در تمامی فروض، چه میت فرزند داشته باشد و چه نداشته باشد، این قانون را مدّ نظر داشته است. لذا همواره در آیات ارث، سهم بعضی از ورثه را ثابت و از اصل مال تعیین فرموده و برای بعضی از ورثه سهم معینی مشخص نفرموده یا سهم متغیری تعیین فرموده و باقی مانده سهم آنها را برای اشخاصی که سهم ثابت و متغیری ندارند، ولی نام آنها جزء ورثه است، قرار داده؛ مثل سهم پسر در صورتی که میت فرزند داشته باشد و سهم پدر در فرضی که میت فرزندی نداشته باشد و سهم مادر در صورتی که میت فرزند و پدر نداشته باشد. لذا در هیچ فرضی، جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه، بیشتر یا کمتر از اموال میت نمی شود.

بنابراین برداشت مشهور علما خلاف ظاهر قرآن و نتیجه آن نیز خلاف قانون ریاضی است. برای روشن شدن مطلب، مشکلات این نظریه و راه حل های آن را بیان می کنیم.

مشکلات نظریه مشهور علما

۱. **زیاد بودن سهام ورثه:** طبق استنباط مشهور علما در برخی فروض، جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه بیشتر از اموال میت می شود؛ مثل فرضی که وارثان، سه دختر، پدر، مادر و زوج باشند؛ زیرا آنها معتقدند سهم فرزندان اگر فقط سه دختر باشند دو سوم، سهم پدر و مادر جمعاً یک سوم، و سهم زوج یک چهارم تعیین شده است که جمع سهم آنها پانزده دوازدهم می شود. بنابراین در این فرض به اندازه یک چهارم سهم ورثه زیاد است و اموال میت کم می آید. در اصطلاح فقهی به این مشکل، «عَوْل» می گویند.

۲ . کم بودن سهام ورثه : طبق استنباط مشهور علما در برخی از فروض، جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه، کمتر از اموال میت می شود؛ مانند فرضی که وارثان، یک دختر و پدر میت باشند؛ زیرا آنها معتقدند سهم فرزند اگر فقط یک دختر باشد نصف، و سهم پدر یک ششم تعیین شده است که جمع سهم آنها چهار ششم می شود. بنابراین در این فرض به اندازه دو ششم سهم ورثه کم می آید و اموال میت زیاد می آید. در اصطلاح فقهی به این مشکل، «تعصیب» می گویند.

راه حل های مشکل افزایش سهام ورثه

الف) راه حل عمربن خطّاب

عمربن خطّاب معتقد است در صورتی که جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه، بیشتر از اموال میت شود، مانند فرضی که وارثان، سه دختر، پدر، مادر و شوهر باشند، نقص به سهم همه ورّاث وارد می شود. اکثر اهل سنت و صحابه تابع نظر عمربن خطاب هستند.[۶]

دلیل عمربن خطّاب و برخی از فقهای اهل سنت

عمربن خطاب وقتی برای اولین بار به مشکل افزایش سهام ورثه برخورد، به صراحت اعتراف کرد نمی دانم سهم کدام یک از ورثه را به طور کامل پرداخت کنم و نقص به سهم چه کسی وارد کنم. وی پس از مشورت، تصمیم گرفت از سهم همه ورثه به نسبت کم کند.[۷] اکثر اهل سنت این مسئله را با مسئله دیون و وصیت قیاس

۶. ابن قدامه مقدسی، **المغنی**، ج۶، ص۱۸۴؛ شیخ طوسی، **الخلاف**، ج۴، مسئله۸۱، ص۷۳؛ مصطفوی، **فقه مقارن**، ص۴۹۱ـ۴۸۱؛ علم الهدی، **الانتصار**، ص۵۶۱ـ۵۶۸؛ مغنیه، **فقه امام جعفرصادق(ع)**، ج ۵ و ۶، ص۲۱۵ـ۲۱۷؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۳۹، ص۱۰۷ـ۱۰۹.
۷. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۳۹، ص۱۰۶.

می کنند؛ زیرا آنان معتقدند در صورتی که طلب طلبکاران بیشتر از اموال بدهکار شود یا وصیت وصیت کننده برای چند موصی له بیشتر از یک سوم شود و ورثه اجازه بیشتر از ثلث را ندهند، به نسبت از سهم همه طلبکاران یا موصی له کم می شود.[8]

نقد دلیل فقهای اهل سنت

محال نیست که طلب طلبکاران بیشتر از اموال بدهکار شود یا وصیت کننده بیشتر از یک سوم وصیت کند و وارثان اجازه بیشتر از ثلث را ندهند؛ اما محال است خداوند حکیم سهمی برای ورثه تعیین کند که در برخی فروض جمع آنها بیشتر از اموال میت شود. بنابراین قیاس این مسئله با دیون و وصیت، صحیح نیست.

ب) راه حل ابن عباس

ابن عباس معتقد است در صورتی که سهام ورثه با هم تداخل کنند، مانند فرضی که وارثان، سه دختر، پدر، مادر و شوهر باشند، سهم پدر، مادر و شوهر به طور کامل پرداخت می شود[9] و هرچه باقی ماند، به دختران داده می شود. شیعیان و برخی از اهل سنت مانند ظاهریان و برخی از صحابه و تابعان در این مسئله پیرو ابن عباس هستند.[10]

البته برخی از علمای بزرگ شیعه مانند سید مرتضی در «الانتصار» نظر و

۸. شهید ثانی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج۸، ص۹۶؛ شیخ طوسی، **الخلاف**، ج۴، مسئله۸۱، ص ۷۳؛ مصطفوی، **فقه مقارن**، ص۴۹۱ـ۴۸۱؛ علم الهدی، **الانتصار**، ص۵۶۱ـ۵۶۸؛ مغنیه، **فقه امام جعفر صادق(ع)**، ج ۵ و ۶، ص۲۱۵ـ۲۱۷؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۳۹، ص۱۰۷ـ۱۰۹.

۹. همان.

۱۰. علم الهدی، **الانتصار**، ص۵۶۱.

استدلال ابن عباس را نمی‌پذیرند. ایشان معتقد است به دلیل وجود اجماع، فقط از سهم دختر یا خواهران میت کم می‌شود؛[11] ولی علامه حلی در شرایع معتقد است: اگر وارثان، پدر، مادر، زوج و دختر باشند، علاوه بر سهم دختر، از سهم پدر میت نیز کم می‌شود.[12]

بنابراین در بین علمای شیعه اجماعی وجود ندارد که در صورتی که جمع سهام ورثه بیشتر از اموال میت شود، از سهم چه کسی کم شود؛ بلکه فقط اجماع وجود دارد که نباید از سهم همه ورثه کم شود. همچنین در پذیرش روایت ابن عباس اجماعی وجود ندارد؛ اگرچه اکثر فقهای شیعه، مانند شهید ثانی در لمعه[13] و شیخ طوسی در خلاف،[14] به آن استناد کرده‌اند و علت کم شدن از سهم دختران یا

۱۱. فامّا اعتماد من نفی العول من أصحابنا و غیرهم علی انّ الزوج و الزوجة کانت لکلّ واحد منهما فریضة فحطا إلی دونها و کذلک الأبوان حطّا من فریضة إلی اخری و البنات و الاخوات لم یهبطا من فریضة إلی اخری فدخول النقص علی من لم یلحقه نقص اولی من دخوله علی من نقص. فلیس بشیء و انّما هو دعوی محضة ...
و هم یروون هذا الترجیح عن ابن عباس و إذا صحّ عنه فلاحجة فیه لما اشرنا إلیه. و المعتمد فی نفي العول علی ما قررناه. (والذي یدلّ علی صحة ما ذهبنا إلیه: إجماع الطائفة علیه؛ فانهم لا یختلفون فیه و قد بیّنا انّ اجماعهم حجة): (علم الهدی، **الانتصار**، ص۵۶۳).

۱۲. العول عندنا ـ معاشر الإمامیة ـ باطل؛ لاستحالة ان یفرض اللّه سبحانه في مال ما لا یقوم به و لا یکون العول إلّا بمزاحمة الزوج أو الزوجة، فیکون النقص داخلاً علی الأب أو البنت أو البنتین ... ، مثل زوج و أبوین و بنت أو زوج و أحد الأبوین و بنتین فصاعداً أو زوجة و أبوین و بنتین. (**شرائع الاسلام**، ج۴، ص۲۱). گفتنی است شهید ثانی در **لمعه** (ج۸، ص۹۴) معتقد است: علامه حلی در فرضی قائل است نقص به سهم پدر وارد می‌شود که فرزند وجود نداشته باشد؛ ولی اگر در کلام علامه حلی دقت شود، ایشان فرضی را بیان می‌کند که میت فرزند دارد؛ زیرا برای نظر خود مثال‌هایی ذکر می‌کند که دختر نیز جزء ورثه است.

۱۳. إنّما ذکرناه (روایة ابن عباس)؛ لاشتماله علی أمور مهمّة منها: بیان علة حدوث النقص علی من ذکر: (شهیدثانی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج۸، ص۹۲).

۱۴. دلیلنا: اجماع فرقة ... و أیضاً روی الزهري ... فقال: ابن عبّاس ... . (شیخ طوسی، **الخلاف**، ج ۴، مسئله ۸۱، ص۷۳).

خواهران میت را روایت ابن عباس می دانند. در ماده ۹۱۴ قانون مدنی آمده است: «اگر به واسطه بودن چندین نفر صاحبان فرض، ترکه میت کفایت نصیب تمام آنها را نکند، نقص بر بنت و بنتین وارد می شود».

دلیل ابن عباس

ابن عباس برخلاف عمر بن خطاب معتقد است در صورت تداخل سهم دختران یا خواهران با سایر ورثه، دختران و خواهران دیگر سهم مشخصی ندارند. براین اساس، ابتدا سهم سایر ورثه به طور کامل پرداخت می شود و اگر مالی باقی ماند، به دختران یا خواهران میت داده می شود.[15] به دلیل اهمیت این بحث، بخشی از روایت ابن عباس را از کتب شیعه نقل می کنیم. البته راویان این روایت از اهل سنت هستند. در این روایت، ابن عباس نظر شخصی خود را بیان می کند و می گوید:

> سبحان اللّه العظیم، آیا هیچ فکر کرده اید چگونه ممکن است خدایی که عدد ریگ های بیابان را می داند، در سهام ورثه، نصف و نصف و ثلث قرار داده باشد؛ با توجه به اینکه هر مالی که تصور شود، تنها مشتمل بر دو نصف است و دیگر جایی برای ثلث نیست! سپس می گوید: اگر سهم پدر، مادر، شوهر یا همسر با سهم دختران یا خواهران میت تداخل کند، سهم پدر، مادر، شوهر یا همسر به طور کامل پرداخت می شود؛ زیرا مادر، شوهر و همسر در قرآن کریم دو سهم دارند؛ یک سهم در صورتی که میت فرزند

۱۵. شهید ثانی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج۸، ص۹۶؛ شیخ طوسی، **الخلاف** ج۴، مسئله۸۱، ص۷۳؛ مصطفوی، **فقه مقارن**، ص۴۹۱ـ۴۸۱؛ علم الهدی، **الانتصار**، ص۵۶۱ـ۵۶۸؛ مغنیه، **فقه امام جعفر صادق(ع)**، ج ۵ و ۶، ص۲۱۵ـ۲۱۷؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج۳۹، ص۱۰۷ـ۱۰۹.

ندارد و یک سهم در صورتی که میت فرزند دارد، سپس هرچه مال باقی ماند، به دختران یا خواهران میت داده می شود؛ زیرا دختران و خواهران در قرآن کریم فقط یک سهم دارند.[16]

گفتنی است ابن عباس و همه فقهای اهل سنت اتفاق نظر دارند که اگر جمع سهام ورثه کمتر از اموال میت شود و مال اضافه بیاید، زیادی مال به دختر، خواهر و مادر میت داده نمی شود؛[17] بلکه فقط به عصبه، یعنی مردان خویشاوند داده می شود.

۱۶. فَقَالَ ابْنُ عَبَّاس: سُبْحَانَ اللّه الْعَظِيم، أَ تَرَوْنَ أَنَّ الَّذي أَحْصى رَمْلَ عَالِجٍ عَدَداً جَعَلَ فى مَالٍ نِصْفاً وَنِصْفاً وَثُلُثاً؟ فَهذَانِ النِّصْفَانِ قَدْ ذَهَبَا بِالْمَالِ، فَأَيْنَ مَوْضِعُ الثُّلُث؟ فَقَالَ لَهُ زُفَرُ بْنُ أَوْسٍ الْبَصْرِيّ: يَا أَبَا الْعَبَّاس، فَمَنْ أَوَّلُ مَنْ أَعَالَ الْفَرَائِضَ؟ فَقَالَ: عُمَرُ بْنُ الْخَطَّاب؛ لَمَّا الْتَفَّتْ عِنْدَهُ الْفَرَائِضُ وَدَفَعَ بَعْضُهَا بَعْضاً، قَالَ: وَاللّه مَا أَدْرِى أَيُّكُمْ قَدَّمَ اللّهُ وَأَيُّكُمْ أَخَّرَ، وَمَا أَجِدُ شَيْئاً هُوَ أَوْسَعُ مِنْ أَنْ أَقْسِمَ عَلَيْكُمْ هذَا الْمَالَ بِالْحِصَصِ، فَأَدْخَلَ عَلى كُلِّ ذى حَقٍّ مَا دَخَلَ عَلَيْهِ مِنْ عَوْلِ الْفَرِيضَةِ، وَايْمُ اللّه أَنْ لَوْ قَدَّمَ مَنْ قَدَّمَ اللّهُ، وَأَخَّرَ مَنْ أَخَّرَ اللّهُ، مَا عَالَتْ فَرِيضَةٌ. فَقَالَ لَهُ زُفَرُ بْنُ أَوْسٍ: وَأَيُّهَا قَدَّمَ، وَأَيُّهَا أَخَّرَ؟ فَقَالَ: كُلُّ فَرِيضَةٍ لَمْ يُهْبِطْهَا اللّهُ ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ عَنْ فَرِيضَةٍ إِلاّ إِلى فَرِيضَةٍ، فَهذَا مَا قَدَّمَ اللّهُ، وَأَمَّا مَا أَخَّرَ اللّهُ فَكُلُّ فَرِيضَةٍ إِذَا زَالَتْ عَنْ فَرْضِهَا، لَمْ يَكُنْ لَهَا إِلاّ مَا بَقِيَ، فَتِلْكَ الَّتِي أَخَّرَ. وَأَمَّا الَّتِي قَدَّمَ، فَالزَّوْجُ لَهُ النِّصْفُ، فَإِذَا دَخَلَ عَلَيْهِ مَا يُزِيلُهُ عَنْهُ رَجَعَ إِلَى الرُّبُعِ، وَلاَ يُزِيلُهُ عَنْهُ شَىء؛ وَالزَّوْجَةُ لَهَا الرُّبُعُ، فَإِذَا زَالَتْ عَنْهُ صَارَتْ إِلَى الثُّمُنِ، لاَ يُزِيلُهَا عَنْهُ شَيْءٌ؛ وَالأُمُّ لَهَا الثُّلُثُ، فَإِذَا زَالَتْ عَنْهُ صَارَتْ إِلَى السُّدُسِ، وَلاَ يُزِيلُهَا عَنْهُ شَيء؛ فَهذه الْفَرَائِضُ الَّتِي قَدَّمَ اللّهُ عَزَّ وَجَلَّ. وَأَمَّا الَّتى أَخَّرَ، فَفَرِيضَةُ الْبَنَاتِ وَالأَخَوَاتِ، لَهَا النِّصْفُ وَالثُّلُثَانِ، فَإِذَا أَزَالَتْهُنَّ الْفَرَائِضُ عَنْ ذلكَ لَمْ يَكُنْ لَهَا إِلاّ مَا بَقِيَ، فَتِلْكَ الَّتِي أَخَّرَ اللّهُ، فَإِذَا اجْتَمَعَ مَا قَدَّمَ اللّهُ وَمَا أَخَّرَ، بُدِئَ بِمَا قَدَّمَ اللّهُ، فَأُعْطِيَ حَقَّهُ كَامِلاً، فَإِنْ بَقِيَ شَيء كَانَ لِمَنْ أَخَّرَ الله، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيء فَلاَ شَيء لَهُ فَقَالَ لَهُ زُفَرُ بْنُ أَوْسٍ: فَمَا مَنَعَكَ أَنْ تُشِيرَ بِهذَا الرَّأْيِ عَلى عُمَرَ؟ فَقَالَ: هَيْبَتُه. (کلینی، **الکافی**، ج۷، ص۷۹).

۱۷. به عقیده امامیه اگر کسی بمیرد و یک دختر و یک خواهر و جد از او به جا بماند، نصف مال بالفرض به دختر داده می شود و باقی مانده مال نیز به دلیل آیه «اولوالأرحام» بالقرابة به او داده می شود و به خواهر و جد ارث نمی رسد... بنا به مذهب ابوبکر و ابن عباس به دختر نصف مال می رسد و بقیه را به عنوان عصبه به جد می دهند. (**فقه تطبیقی، شرح و ترجمه کتاب خلاف شیخ طوسی**، ص۱۳۲، مسئله ۱۰۴؛ سیوطی، **درالمنثور**، ج۲، ص۲۵۱).

۱. همان طور که خداوند برای پدر، مادر، زوج و زوجه سهم معیّنی مشخص کرده، سهم دختر را نیز مشخص کرده است. راه حل مشکل زیادتر بودن سهام ورثه از اموال میت، این نیست که از سهم دختر یا خواهر کم کنیم؛ بلکه باید به دنبال اصلاح استنباط خود از آیات قرآن کریم باشیم تا در آن استنباط، هیچ گاه جمع سهامی که خداوند برای ورّاث تعیین فرموده، بیشتر یا کمتر از مال میت نشود.

۲. در قرآن کریم برای پدر میت، فقط در صورتی سهمی مشخص شده است که میت فرزند داشته باشد. بنابراین پدر نیز مانند دختر و خواهر میت، در قرآن کریم یک سهم دارد، ولی ابن عباس از سهم پدر کم نمی کند.

نکته درخور تأمّل

جای بسی تعجب است که اکثر فقهای شیعه در رویارویی با مشکل افزایش سهام ورثه از اموال میت، به روایت ابن عباس استناد می کنند و نظر او را نظر حضرت علی(ع) و اهل بیت پیامبر(ص) می دانند؛ زیرا ابن عباس و علمای اهل سنت معتقدند که خواهر و برادر میت همراه مادر میت ارث می برند؛ ولی علمای شیعه معتقدند در صورتی که مادر یا پدر میت زنده باشند، خواهر و برادر میت ارث نمی برند.[۱۸]

ابن عباس معتقد است: خواهر همراه مادر ارث می برد، ولی چون سهم او با سهم شوهر و مادر تداخل می کند، باقی مانده مال به او داده می شود و سهم او دیگر نصف نیست. بنابراین ابن عباس در این روایت نظر شخصی خود را بیان

۱۸. المسألة المعروفة بالمشركة و هي زوج و أمّ و اخوان من أمّ و إخوة لأب و أمّ فعند الإمامية انّ للزوج النصف و للأمّ باقي المال بالتسمية و الردّ، و ليس للإخوة و الأخوات حظّ في هذا الميراث. (علم الهدی، **الانتصار**، ص۵۷۲)

می کند و نظر وی ارتباطی به نظر حضرت علی(ع) ندارد.

فقهای شیعه در این فرض، نصف مال را به شوهر و ثلث آن را به مادر میت می دهند و به خواهر ارثی نمی دهند. از این رو در این فرض به اندازه یک ششم مال زیاد می آورند.[19] البته در روایت ابن عباس از طریق شیعه، به نام وارثانی که سهمشان نصف و ثلث است، اشاره نشده است؛ اما در روایت ابن عباس از طریق اهل سنت، به نام وارثان که سهمشان نصف و ثلث است، اشاره شده است. در روایت ایشان آمده که ابن عباس در فرضی که وارثان، شوهر، خواهری که از یک پدر و مادر است و مادر میت باشند، چنین گفته؛[20] زیرا به اعتقاد مشهور علما سهم شوهر در صورتی که همسرش اولاد نداشته باشد نصف، و سهم خواهری که از یک پدر و مادر است نیز نصف، و سهم مادر در صورتی که میت فرزند و اخوه

۱۹. البته ما معتقدیم در این فرض، مادر سهم مشخص ندارد و باقی مانده سهم شوهر به مادر داده می شود؛ زیرا زمانی سهم مادر ثلث است که سه شرط وجود داشته باشد: ۱. میت فرزندی نداشته باشد؛ ۲. پدر و مادر، هر دو وارث باشند؛ ۳. میت اخوه (برادر یا خواهر) نداشته باشد؛ زیرا در آیه ۱۱ سوره نساء آمده است: «... فَإِن لَّمْ يَكن لَّهُ وَلَد وَ وَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ...». در این فرض، شرط دوم وجود ندارد. بنابراین مادر سهم مشخصی ندارد. در برخی روایات نیز تصریح شده اگر وارث، شوهر و مادر باشند، سهم شوهر نصف و مابقی سهم مادر است: «فإن تركت امرأة زوجها و امّها فللزوج النصف و مابقي فللأمّ». (شیخ صدوق، **من لایحضره الفقیه**، ج۴، ص۲۶۸) اما علمای شیعه و سنی معتقدند برای اینکه سهم مادر ثلث باشد، دو شرط لازم است: ۱. میت فرزند نداشته باشد؛ ۲. میت خواهر و برادر نداشته باشد. در ماده ۹۰۳ قانون مدنی نیز آمده است: فرض دو وارث، ثلث ترکه است: ۱. مادر متوفی در صورتی که میت اولاد و اخوه نداشته باشد. ۲. کلاله امّی در صورتی که بیش از یکی باشند.

۲۰. در روایت اهل سنت آمده است: «روی عن ابن عبّاس انّه قال «في زوج و أُخت و أُمّ: من شاء باهلته انّ المسائل لا تعول؛ إنّ الّذی احصی رمل عالج عدداً اعدل من ان يجعل في مال نصفاً و نصفاً و ثلثاً هذان نصفان ذهباً بالمال، فاين موضع الثلث؟» متقی هندی، **کنزالعمال**، ج۱۱، ص ۲۷ بیهقی؛ **السنن الکبری**، ج ۶، ص ۲۵۳؛ ابن قدامه مقدسی، **المغني**، ج ۷، ص ۲۶.

نداشته باشد ثلث است.

البته در یک فرض دیگر ممکن است دو وارث سهمشان نصف و یک وارث سهمش ثلث باشد و آن فرضی است که وارثان میت، شوهر و یک خواهر که از یک پدر و مادر است و دو خواهر مادری باشند؛ زیرا علمای شیعه و سنی معتقدند سهم شوهر نصف، و سهم یک خواهر که از یک پدر و مادر است نیز نصف، و سهم دو خواهر مادری ثلث است. ولی استدلال ابن عباس این فرض را در برنمی گیرد؛ چرا که خواهری که از یک پدر و مادر است و خواهر مادری هر دو یک سهم دارند و فقهای شیعه معتقدند: در این فرض، فقط از سهم خواهرِ پدر و مادری کم می شود و سهم او را از نصف به یک ششم کاهش می دهد؛ زیرا اگر مال زیاد می آمد، فقط به خواهر پدر و مادری داده می شد.

راه حل های مشکل کاهش سهام ورثه

الف) راه حل اهل سنت

فقهای اهل سنت و ابن عباس معتقدند در صورتی که جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه کمتر از اموال میت شود و وارثی نباشد که سهم مشخص نداشته باشد، مانند فرضی که وارثان، یک دختر، مادر و پدر میت باشند، زیادی مال فقط به عصبه میت، یعنی به خویشاوندان پدری و مردان آنها داده می شود. بنابراین زیادی مال به ترتیب به پدر، برادر و عموی میت می رسد، ولی به دختر، مادر وخواهر میت چیزی اضافه تر از سهمشان داده نمی شود.[۲۱]

---

۲۱. ابن قدامه مقدسی، **المغنی**، ج۶، ص۱۷۹؛ مصطفوی، **فقه مقارن**، ص۴۷۷؛ شیخ طوسی، **الخلاف**، مسئله۸۰، ص۶۸؛ مغنیه، **فقه امام جعفر صادق(ع)**، ج ۵ و ۶، ص۲۱۵ـ۲۱۰؛ شهید ثانی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج۸، ص۹۶؛ سیوطی، **الدر المنثور في التفسير المأثور**، ج۲، ص۲۵۱.

دلیل اهل سنت

فقهای اهل سنت، برای اثبات نظر خود به این روایت از پیامبر(ص) استناد می کنند: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو الأولى رجل ذكراً؛ سهم صاحبان فرض را بپردازید و هرچه مال اضافه آمد، برای مردان نزدیک میت است». [۲۲]

ب) راه حل مشهور شیعه

فقهای شیعه معتقدند در صورتی که جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه کمتر از اموال میت شود و وارثی نباشد که سهم مشخص نداشته باشد، مانند فرضی که وارثان، یک دختر، مادر و پدر میت باشند، زیادی مال به صاحبان سهم داده می شود، ولی به شوهر و همسر به طور مطلق، و به مادر با وجود مانع، [۲۳] چیزی اضافه تر از سهمشان داده نمی شود. [۲۴]

در ماده ۹۱۴ قانون مدنی آمده است: «... و اگر پس از موضوع کردن نصیب صاحبان فرض، زیادتی باشد و وارثی نباشد که زیاده را به عنوان قرابت ببرد، این زیاده بین صاحبان فرض بر طبق مقررات مواد فوق تقسیم می شود؛ لکن زوج و زوجه مطلقاً و مادر اگر حاجب داشته باشد، از زیادی چیزی نمی برد».

البته برخی از فقهای گذشته شیعه[۲۵] و حتی معاصر ائمه(ع) و برخی از مفسران

۲۲. همان.

۲۳. فقهای شیعه معتقدند: اگر میت دو برادر و بیشتر، یا چهار خواهر و بیشتر یا یک برادر و دو خواهر داشته باشد مانع(حاجب) می شوند سهم مادر از یک ششم بیشتر شود؛ البته به شرط اینکه برادران و خواهران ابوینی باشند و پدر میت نیز جزء ورثه باشد.

۲۴. مصطفوی، **فقه مقارن**، ص۴۷۷؛ شیخ طوسی، **الخلاف**، مسئله۸۰، ص۶۸؛ مغنیه، **فقه امام جعفر صادق (ع)**، ج ۵ و ۶، ص ۲۱۰ـ۲۱۵؛ شهید ثانی، **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية**، ج۸، ص۸۰.

۲۵. ر. ك: شهید ثانی، **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية**، ج۸، ص۸؛ کلینی، **الکافی**، ج ۷، ص۷۹.

عصر حاضر[۲۶] معتقدند که زیادی مال فقط به دختران داده می شود و به پدر و مادر چیزی اضافه تر از سهمشان داده نمی شود؛ همان طور که اگر مال کم می آمد، فقط از سهم دختران کم می شد و دلیل حکم خود را روایات اهل بیت(ع) می دانند.[۲۷] بنابراین بین فقها و مفسران شیعه اجماعی وجود ندارد که اضافه مال به چه کسی داده شود.

دلیل فقهای مشهور شیعه

۱. دلیل قرآنی: «... وَ أُولُوا الأَرحامِ بَعضُهُم أَولی بِبَعضٍ في كتابِ اللّهِ ...؛ و در کتاب خدا خویشاوندان در ارث، بعضی شان بر بعضی دیگر اولویت دارند».[۲۸]

۲. دلیل روایی: در روایتی از امام صادق(ع) آمده است: «المال للأقرب والعصبة في فيه التراب؛ زیادی مال، برای خویشاوندان نزدیک است و به عصبه چیزی داده نمی شود».[۲۹] علمای شیعه از این آیه و روایت استنباط کرده اند تا زمانی که دختر و مادر میت زنده هستند، عصبه، یعنی برادر و عموی میت ارث نمی برند. در نتیجه زیادی مال را علاوه بر پدر به دختر و مادر میت نیز می دهند.[۳۰]

جمع روایت پیامبر(ص) و امام صادق(ع): عصبه در روایت پیامبر(ص) به معنای پسر و پدر است؛ عصبه ای که در روایت امام صادق(ع) بیان شده ارث

۲۶. مانند علامه طباطبایی، **المیزان**، ج۴، ص۲۱۴.

۲۷. مانند روایت امام صادق(ع) که در آن آمده است: «الولد و الإخوة هم الّذين يزادون و ينقصون»؛ (حرّ عاملی، **وسائل الشيعة**، ج۲۶، ص۸۳، ح۱۶).

۲۸. سوره احزاب، آیه۶.

۲۹. حرّ عاملی، **وسائل الشيعة**، ج۲۶، ص۸۵، باب بطلان تعصیب، ح۱.

۳۰. مصطفوی، **فقه مقارن**، ص۴۷۷؛ شیخ طوسی، **الخلاف**، مسئله۸۰، ص۶۸؛ مغنیه، **فقه امام جعفر صادق(ع)**، ج ۵ و ۶ ص۲۱۰ـ۲۱۵؛ شهید ثانی، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ج۸، ص۹۴.

نمی برد، به معنای برادر میت است؛ آن هم در فرضی که میت دختر داشته باشد. بنابراین می توان این دو روایت را با هم جمع کرد، به طوری که با هم تضاد نداشته باشند.

اگر عصبه در روایت پیامبر(ص) را به معنای برادر میت بگیریم و قائل شویم که دختر همراه برادر میت ارث می برد، این استنباط خلاف نص قرآن است؛ زیرا طبق نص قرآن با وجود فرزند برای میت، برادر و خواهر او ارث نمی برند که إن شاءاللّه در جای خود به ادله آن خواهیم پرداخت. البته فقهای شیعه معتقدند که با وجود دختر برای میت، برادران میت ارث نمی برند؛ ولی فقهای اهل سنت و ابن عباس معتقدند که برادران میت همراه دختر میت ارث می برند.

نظریه جدید

از آنجا که خداوند متعال در قرآن کریم سهم پدر، مادر، و همسر میت را در صورتی که میت فرزند داشته باشد، به صورت واضح معین کرده و فرموده سهم پدر و مادر، هر کدام یک ششم، زوج یک چهارم، و زوجه یک هشتم است، لذا به تبع سهم آنها سهم فرزندان میت مشخص می شود.

بنابراین آنچه سهم فرزندان میت را زیاد یا کم می کند، وجود دیگر وراث است و کم یا زیاد بودن فرزندان در اصل سهم آنها اثری ندارد. برای مثال اگر میت، زن، و میراث او ششصد هزار تومان باشد و وارثانش فقط فرزندانش باشند، تمام اموال به آنها داده می شود و اگر وارثان او، پدر و فرزندانش باشند، سهم پدر صد هزار تومان است و مابقی مال؛ یعنی پانصد هزار تومان سهم فرزندان میت است. اگر مادر نیز به ورثه اضافه شود، سهم مادر هم صد هزار تومان خواهد بود و سهم پدر تغییر نمی کند. اگر شوهر نیز به ورثه اضافه شود، سهم او هم صد و پنجاه هزار تومان خواهد بود و سهم پدر و مادر تغییر نمی کند، ولی سهم فرزندان با زیاد شدن

سایر ورثه تغییر می کند؛ چرا که سهم آنها در هر صورت باقی مانده مال است.

اگر اولاد میت، همگی دختر یا پسر باشند، روشن است که باقی مانده مال به طور مساوی بین آنها تقسیم می شود. اما اگر فرزندان، شامل دختر و پسر باشند، روشن و واضح نیست اموال میت باید چگونه بین آنها تقسیم شود. چند فرض می توان تصور کرد:

۱. دختر و پسر به طور مساوی ارث ببرند؛

۲. پسر بیشتر از دختر ارث ببرد؛

۳. دختر بیشتر از پسر ارث ببرد؛

۴. فقط برای دختر سهم خاصی تعیین شود؛ یعنی اگر بین فرزندان یک دختر باشد، سهم یک دختر و اگر بین آنها دو دختر باشد، سهم دو دختر و اگر بین آنها بیشتر از دو دختر باشد، سهم بیشتر از دو دختر مشخص شود و باقی مانده سهم یک دختر و بیشتر از آن، سهم پسر (یک پسر یا بیشتر) باشد؛

۵. برعکس فرض چهارم، یعنی برای یک پسر، دو پسر و بیشتر از آن سهم خاصی معین شود و باقی مانده سهم آنها سهم دختران (یک دختر یا بیشتر) باشد.

با این مقدمه وارد اصل بحث می شویم تا مشخص شود خداوند متعال اموال میت را بعد از کسر سهم سایر ورثه، چگونه بین دختر و پسر، تقسیم فرموده است.

در آیه ۱۱ سوره نساء سه امر مبهم وجود دارد:

۱. معنا و مفهوم جمله «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ» چیست؟

۲. در کجای آیه سهم دو دختر مشخص شده است؛ زیرا دور از ذهن است که خداوند متعال سهم یک دختر و بیشتر از دو دختر را مشخص فرموده باشد، ولی سهم دو دختر را مشخص نکرده باشد.

۳. یک دوم یا یک سوم باقی مانده سهم دختران سهم چه کسی است؟

باقی مانده سهم دختران به یقین نمی تواند سهم پدر، مادر و شوهر باشد؛ زیرا

جمع سهم آنها بیشتر از یک دوم، و باقی مانده سهم دختران حداکثر یک دوم است و جمع یک دوم و بیشتر از یک دوم ممکن نیست.

با دقت در آیه «يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ» مشخص می شود که سهم دو دختر چقدر تعیین شده و باقی مانده سهم دختران، متعلق به چه کسی است. به نظر می رسد معنای آیه این گونه است که اگر فرزندان شامل پسر و دو دختر باشند، پسر (خواه یک نفر باشد یا بیشتر) مانند دو دختر ارث می برد. از آنجا که پیش از این برای دو دختر سهم مشخص نشده است، اموال میت به دو قسمت مساوی تقسیم می شود؛ نصف آن به دو دختر، و نصف دیگر آن به پسر یا پسران داده می شود.[31]

سپس در فراز بعدی آیه؛ یعنی «فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ»، نیز در فرضی برای دختران یا یک دختر سهمی مشخص شده که فرزندان شامل دختر و پسر باشند؛ اگر دخترها بیشتر از دو نفر باشند، سهم آنها دو سوم، و اگر یک دختر باشد، سهم او یک دوم است و باقی مانده، سهم پسر است. حال اگر یک پسر باشد، همه یک سوم یا یک دوم باقی مانده سهم دخترها به او داده می شود و اگر بیشتر از یک پسر باشد، باقی مانده مال به طور مساوی بین آنها تقسیم می شود.

۳۱. در اینجا این پرسش برای محققان قرآنی مطرح می شود که جمله «فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ» در آیه ۱۷۶ سوره نساء به چه معناست؟ الف و لام در کلمه «فَلِلذَّكَرِ» در آن آیه با توجه به قرینه «إخوة و رجالاً»، الف و لام عهد ذکری است؛ یعنی برادران میت است. منظور از «أُنثيين» نیز با توجه به قرینه کلام، دو خواهر میت است. بنابراین جمله «فَلِلذَّكَرِ مثل حظّ الانثيين» در آن آیه در صدد بیان سهم برادر در صورتی که تعداد آنها بیشتر از دو نفر باشد است و می فرماید: سهم برادران مثل سهم دو خواهر است و از آنجا که قبل از این عبارت، سهم دو خواهر دو سوم تعیین شده، بنابراین سهم برادران نیز مانند دو خواهر، دو سوم است. توضیح بیشتر آن در مقاله ای خواهد آمد که سهم وارثین را در صورتی که میت فرزند نداشته باشد، بررسی می کند.

در این پژوهش براساس ظاهر قرآن اثبات شد که در هیچ فرضی جمع سهام تعیین شده در قرآن کریم برای ورثه، بیشتر یا کمتر از مال میت نمی شود. برای تأیید این نظریه، به ادله عقلی، قرآنی و روایی نیز می توان استناد کرد.

دلیل عقلی

وقتی خداوند متعال در قرآن کریم به سهم هایی برای ورثه امر می کند و به متجاوزان وعده عذاب می دهد، باید مکلف بتواند به آن سهام عمل کند و اگر قائل شویم که همه سهم وراث از اصل مال تعیین شده است، عمل به سهام تعیین شده در قرآن کریم ممکن نیست؛ زیرا در برخی فروض جمع سهم وراث، از اموال میت بیشتر می شود. خداوند در سوره نساء بعد از اینکه سهم ورثه را مشخص می کند، می فرماید:

تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ.[۳۲]

منظور از حدود خدا در اینجا احکام ارث و فرائض و سهام معین شده است که خداوند متعال تجاوز از این حدود را گناهی بزرگ دانسته و به متجاوزان، وعده عذاب داده است.

واضح است که هرگونه کاهش یا افزایش سهم ورثه به هر عنوان، تجاوز از حدود الهی است. طبق نظریه جدید، به هیچ یک از ورثه سهمی بیشتر یا کمتر از سهم مشخص شده در قرآن کریم داده نمی شود.

دلیل قرآنی

با دقت در آیات ارث متوجه خواهیم شد که خداوند بعد از تعیین سهم دختران، از تعبیر «ماترك»، و بعد از تعیین سهم سایر ورثه در صورتی که میت اولاد

۳۲. سوره نساء، آیه ۱۳ و ۱۴.

داشته باشد، از تعبیر «ممّا ترك» استفاده فرموده است. همچنین در آیه ۱۱ سوره نساء بعد از تعیین سهم دو سوم برای دختران از عبارت «ماترك»، و در آیه ۱۷۶ بعد از تعیین سهم دو سوم برای دو خواهر میت از تعبیر «مما ترك» استفاده فرموده است. علت این اختلاف تعابیر چیست؟ ما معتقدیم که هیچ حرفی در قرآن زائد نیست؛ بلکه در برخی آیات درك حتی یک حرف هم راه گشای فهم قرآن کریم خواهد بود.

به نظر ما با توجه به قرائن، هر کجای قرآن کریم بعد از تعیین سهم ورثه تعبیر «مما ترك» آمده، سهم آن ورثه ثابت و از اصل مال تعیین شده است و هر کجا بعد از تعیین سهم ورثه تعبیر «ما ترك» آمده، سهم آن ورثه متغیر و از باقی مانده مال تعیین شده است. همچنین اگر بعد از تعیین سهم ورثه، از تعبیر «مما ترك» و «ما ترك» استفاده نشده، از قرینه مشخص می شود که سهم آن ورثه از «ما ترك» است یا از «ممّا ترك». برای مثال در تعیین سهم بیشتر از دو دختر، از لفظ «ما ترك» استفاده شده، ولی در تعیین سهم یک دختر از هیچ لفظی استفاده نشده است. در این مورد، از قرینه سهم بیشتر از دو دختر مشخص می شود که سهم دختران از «ماترك» است.

ادله روایی

دو دسته روایت از اهل بیت (علیهم السلام) به ما رسیده است. دسته اول، روایاتی است که به طور کلی می فرماید: نباید سهام ورثه کم یا زیاد بیاید؛[۳۳] دسته دوم، روایاتی هستند که به طور مصداقی سهام ورثه را به صورتی تعیین کرده اند که اضافه یا کم نمی آید؛ زیرا در این روایات برای اولاد میت اگر فقط دختر باشند، سهم معین و ثابتی مشخص نشده است. البته اکثر فقها روایتی را که مشهور علما به آن عمل نکرده باشند نمی پذیرند، حتی اگر آن روایت از نظر سند صحیح باشد؛

۳۳. ر. ك: کلینی، **کافی**، ج۷، ص۷۹، کتاب المیراث.

همچنین روایتی را که مشهور علما به آن عمل کرده باشند می پذیرند، هر چند سند آن روایت ضعیف باشد. بنابراین فقط به عنوان مؤید، روایاتی را ذکر می کنیم و قضاوت آن با خوانندگان محترم خواهد بود.

روایت اول:

بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ حَمَّادٍ ذِي النَّابِ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي رَجُلٍ مَاتَ وَ تَرَكَ ابْنَتَيْهِ وَ أَبَاهُ قَالَ: لِلأَبِ السُّدُسُ وَ لِلِابْنَتَيْنِ الْبَاقِي ... ؛[۳۴]

از امام صادق(ع) نقل شده که ایشان در مورد مردی که فوت شده و وارثان او پدر و دو دختر میت هستند، چنین می فرماید: سهم پدر یک ششم است و بقیه ماترك به دو دختر داده می شود.

امام صادق(ع) در این فرض سهم معینی برای فرزندان میت که فقط دختر هستند مشخص نفرموده؛ ولی علمای شیعه و سنی در این فرض می فرمایند: سهم پدر یک ششم، و سهم دو دختر دو سوم است و به اندازه یک ششم سهام ورثه کم، و اموال میت زیاد می آید. فقهای شیعه در این فرض زیادی مال را به نسبت بین پدر و دو دختر تقسیم می کنند. در نتیجه سهم پدر یک پنجم و سهم دو دختر چهار پنجم می شود. فقهای اهل سنت یک ششم اضافی را فقط به پدر میت می دهند و سهم پدر دو ششم می شود.

روایت دوم:

أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِي، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ، عَنْ صَفْوَانَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ خِدَاشٍ الْمِنْقَرِي أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ، وَ تَرَكَ ابْنَتَهُ وَ أَخَاهُ، قَالَ: الْمَالُ لِلِابْنَةِ؛[۳۵]

۳۴. حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۲۶، ص۱۳۱؛ شیخ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج۹، ص۲۷۴.
۳۵. کلینی، **الکافی**، ج ۷، ص ۸۷، ح ۴.

روایت شده که از امام کاظم(ع) درباره تقسیم میراث مردی سؤال شد که یک دختر و یک برادر از او به جا مانده بود. حضرت در جواب فرمودند: همه مال به دخترش داده می شود.

در این روایت حضرت نفرموده نصف ارث به دختر داده می شود. بالفرض چون سهم مشخص شده او در قرآن کریم نصف است و نصف دیگر به دلیل قرابت به او داده می شود. اما علمای شیعه می فرمایند: در این فرض سهم دختر نصف ماترك است و نصف مال زیاد می آید و چون وارث نزدیک تری به میت وجود ندارد، نصف دیگر نیز به دلیل قرابت به او داده می شود. علمای اهل سنت هم می فرمایند: سهم دختر نصف ماترك است و زیادی مال به عصبه، یعنی برادر میت داده می شود.

روایت سوم:

امام باقر(ع) در مورد میراث زنی که فوت شده و وارثان او شوهر، پدر و مادر و یک دختر بودند، چنین فرموده اند:

عَلِيّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ؛ وَ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسى، عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ جَمِيعاً، عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ، قَالَ: قُلْتُ لِزُرَارَةَ: إِنِّي سَمِعْتُ مُحَمَّدَ بْنَ مُسْلِمٍ وَ بُكَيْراً يَرْوِيَانِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي زَوْجٍ وَ أَبَوَيْنِ وَ ابْنَةٍ، فَلِلزَّوْجِ الرُّبُعُ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْماً، وَ لِلأَبَوَيْنِ السُّدُسَانِ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْماً، وَ بَقِيَ خَمْسَةُ أَسْهُمٍ فَهُوَ لِلابْنَةِ؛ لأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ ذَكَراً لَمْ يَكُنْ لَهَا غَيْرُ خَمْسَةٍ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْماً، وَ إِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا خَمْسَةُ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْماً؛ لأَنَّهُمَا لَوْ كَانَا ذَكَرَيْنِ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا غَيْر ... ؛[۳۶]

برای شوهر یک چهارم، معادل سه سهم از دوازده سهم؛ برای پدر و مادر در مجموع دو ششم، معادل چهار سهم از دوازده سهم؛ و آنچه باقی

۳۶. همان، ص۹۶، ح۱.

می ماند که معادل پنج سهم است، برای تنها دختر او خواهد بود. اگر به جای یک دختر یک پسر وارث بود، باز هم بیش از پنج سهم از دوازده سهم نصیب او نمی شد و اگر به جای یک دختر، دو دختر بود، سهم آن دو همین پنج سهم از دوازده سهم بود و اگر به جای دو دختر دو پسر وارث بودند، باز هم نصیب آن دو پسر، بیش از دوازده سهم نمی شد.

بنابراین در این روایت نیز تصریح شده که اگر اولاد میت همگی پسر یا دختر باشند، سهم مشخصی ندارند و باقی مانده مال به آنها داده می شود.

روایت چهارم:

ابو بصیر عن أبي عبدالله (ع)، قال: **أربعة لا يدخل عليهم ضرر في الميراث: الوالدان، و الزوج، والمرأة؛**[37]

امام صادق(ع) می فرمایند: در تقسیم ارث به چهار نفر ضرر وارد نمی شود: پدر، مادر، شوهر و زن.

از این روایت می توان استنباط کرد که سهم همه ورثه از اصل مال نیست؛ بلکه سهم غیر فرزندان از اصل مال، و سهم فرزندان از باقی مانده مال است؛ زیرا اگر سهم همه ورثه از اصل مال باشد، همه ورثه باید ضرر کنند؛ به عنوان مثال اگر میت زن، و ماترك وی ششصد هزار تومان باشد، سهم پدر، یک ششم؛ یعنی صد هزار تومان است. اگر وارثان دیگر مثل مادر و شوهر نیز اضافه شوند، به آنها نیز سهمشان داده می شود و ضرری به سهم پدر وارد نمی شود و سهم وی همان صد هزار تومان است؛ اما با افزایش سایر ورثه، دختران ضرر می کنند؛ چرا که سهم آنها از باقی مانده مال است و هر چه تعداد وارثانی که از اصل مال میت ارث می برند بیشتر باشد، مال کمتری نصیب دختران می شود. البته سهم آنها تغییر نمی کند و همان نصف یا دو سوم است؛ اما هر چه باقی مانده مال بیشتر باشد، مال

۳۷. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۶، باب ۷ از ابواب موجبات ارث، ص ۷۷، ح۳.

بیشتری نصیب دختران می شود.

برخی از علمـای شیعـه، ضـرر در این روایـت را به مـعنای کـاهش گـرفتـه و فـرمـوده اند کـه چـون طبق این روایت، از سـهم پدر، مـادر، شـوهـر، و همـسـر کم نمی شـود، پس از سـهم دختـران کـاسـته می شـود. ولی صـحیح نیـست ضـرر را به معنای کـاهش بگیریم؛ زیرا هیچ کس حق ندارد از سهـمی که خداوند برای دخـتران قـرار داده، کم کند. بنابـراین ضـرر در این روایت همـان مـعنای لغـوی خـود را دارد (یعنی ضرر و زیان مالی).

روایات دیگری نیـز وجـود دارد کـه اثبـات مـی کند اگـر همـه اولاد میت دخـتـر باشند، سـهـم مـشـخـصی ندارند و باقی مـانده مـال به آنهـا داده می شـود؛ لکن برای رعایت اختصار از ذکر این روایات صرف نظر می کنیم.

البته روایاتی از اهل بیت(ع) در کتاب های معتبر شیعه نقل شده که از آنها می توان استفاده کرد سهم هر پسر دو برابر سهم دختر است؛ مانند روایتی که در آن آمده:

علي بن سـالم، عن أبيـه، قـال: سألـت أبا عبـداللّه عليـه السـلام، فـقلت له: كيف صار الميراث للذكر مثل حظّ الأنثيين؟ فقال: **لأنّ الحبّات التي أكلها آدم وحوّاء في الجنّة كـانت ثماني عشرة حبّة، أكل آدم منها اثنتي عشـرة حبّة، وأكلت حوّاء ستاً...** ؛[38]

علت اینکه سـهم پسر دو برابر دختر است، این است کـه حضـرت حوا و آدم در بهشت در مجموع، هجده عدد گندم خوردند و از این تعداد، دوازده عدد آن را حضرت آدم(ع) و شش عدد آن را حضرت حوا خورد.

در روایت دیگری آمده:

عن الرضـا(ع) عن آبائه، عن عـلي (ع) ـ في حـديـث ـ: إنّ رجـلاً سـأله، لِمَ صار الميراث للذكر مثل حظّ الأنثيين؟ فقال: **من قبل السنبلة كان عليها ثلاث**

۳۸. همان، ص ۹۶، ح ۶.

حبّات، فبادرت حوّاء فاكلت منها حبّة، و اطعمت آدم حبّتين، فلذلك ورث الذكر مثل حظّ الأنثيين؛[39]

چون حضرت آدم(ع) و حوا در مجموع سه گندم خوردند که دو عدد آن را حضرت آدم و یک عدد دیگر را حضرت حوا خورد، سهم پسر دو برابر سهم دختر است.[40]

یا در روایتی دیگر آمده:

قال: فذكر ذلك بعض اصحابنا لأبي عبدالله(ع)، فقال: **إنّ المرأة ليس عليها جهاد، ولا نفقة ولا معقلة، و انما ذلك على الرجال، فلذلك جعل للمرأة سهماً واحداً وللرجل سهمين؛**[41]

چون جهاد و نفقه بر عهده مرد است، سهم پسر دو برابر سهم دختر است.

همچنین در روایتی دیگر نقل شده:

يونس بن عبدالرحمن، عن أبي الحسن الرضا(ع)، قال: قلت له: كيف صار الرجل إذا مات وولده من القرابة سواء، يرث[ترث] النساء نصف ميراث الرجال، هنّ اضعف من الرجال، واقلّ حيلة؟ فقال: **لأنّ الله عزّوجلّ فضّل الرجال على النساء درجة، لأنّ النساء يرجعن عيالاً على الرجال؛**[42]

به دلیل فضیلت مرد بر زن، سهم پسر دو برابر دختر است. (البته مشهور فقها معتقدند نوه پسری هرچند دختر باشد، از نوه دختری اگرچه پسر باشد، بیشتر ارث می برد).

با این حال ما نمی توانیم به دلیل چند روایت، از ظاهر قرآن دست برداریم و علت حکم مشهور فقها نیز این روایات نیست؛ بلکه برداشت آنها از قرآن کریم این است که هر پسر دو برابر دختر ارث می برد که مفصل به نقد این برداشت پرداختیم.

۳۹. همان، ص۹۶، ح۶.
۴۰. همان، ح۷.
۴۱. همان، ص۹۳، ح۱.
۴۲. همان، ص۹۴، ح۲.

متأسفانه شاهد هستیم که برخی افراد، از برداشت مشهور فقها، علیه قرآن استفاده می‌کنند و در فضای مجازی و اینترنت، قضیه تقسیم ارث قرآن را در صدر می‌آورند و ادعا می‌کنند که قرآن کلام وحی نیست و نویسنده آن حساب ساده ریاضی را نمی‌دانسته و به همین دلیل سهام ورثه را به گونه‌ای تقسیم کرده که همواره مسلمانان در عمل به آن با مشکل افزایش یا کاهش سهام ورثه روبه رو می‌شوند. امیدواریم این مقاله پاسخی محکم و قانع کننده به شبهه افکنان علیه قرآن کریم باشد.

رفع اشکال

ممکن است گفته شود که درست است بین سهم الارث دختر و پسر تبعیض وجود ندارد، در عمل، در برخی فروض، دختران سهم الإرث بیشتری نصیبشان می‌شود؛ برای مثال اگر وارثان، یک دختر و ده پسر باشند، سهم یک دختر نصف و سهم ده پسر نیز نصف است و این خلاف عدالت و عرف است و مردم آن را نمی‌پذیرند. جواب این شبهه آن است که تعیین سهم برای وراث کاملاً تعبدی است و باید بدون چون و چرا مطابق دستور خداوند عمل شود. آنچه مسلّم و قطعی است، در قرآن کریم سهم یک دختر نصف تعیین شده است. اگر تصور شود نصف دیگر آن سهم غیر فرزندان است باید عرض کنیم، یا میت زن است و وارثان دیگر او پدر، مادر و شوهر هستند که جمع سهم آنها بیشتر از نصف است؛ یا میت مرد است و وارثان دیگر او پدر، مادر و همسر هستند که جمع سهم آنها کمتر از نصف است. بنابراین باقی مانده سهم یک دختر نمی‌تواند سهم غیر فرزندان باشد. لذا باید بپذیریم که باقی مانده سهم یک دختر، سهم پسر است.

نتیجه

از مباحث مطرح شده نتیجه می‌گیریم در قرآن کریم بین سهم الارث دختر و پسر تفاوت وجود دارد، ولی هرگز تبعیض نیست؛ زیرا در تقسیم ارث، ابتدا سهم

پدر، مادر، شوهر یا همسر ـ اگر زنده باشند ـ خارج می شود و باقی مانده مال، سهم فرزندان است؛ خواه یک نفر باشد یا بیشتر.

حال اگر فرزندان فقط دختر یا پسر باشند، باقی مانده مال به طور مساوی بین آنها تقسیم می شود و اگر شامل دختر و پسر باشند، از چند حالت خارج نیست: یا یک دختر بین آنهاست یا دو دختر یا بیشتر از دو دختر. خداوند در قرآن کریم سهم یک دختر و دو دختر را نصف، و سهم بیشتر از دو دختر را دو سوم تعیین فرموده و باقی مانده مال، متعلق به پسر است؛ خواه یک پسر باشد یا بیشتر.

مؤید این نتیجه آیه هفت سوره نساء است؛ زیرا از ظاهر آیه شریف استفاده می شود که بین سهم مرد و زن تبعیض وجود ندارد:

لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً.

ردیف	فرزندان میت	سهم الإرث
۱	فقط دختر دارد	سهم مشخص ندارد؛ لذا باقی مانده سهم غیر فرزندان برای آنهاست.
۲	فقط پسر دارد	سهم مشخص ندارد؛ لذا باقی مانده سهم غیر فرزندان برای آنهاست.
۳	یک دختر و یک پسر یا بیشتر دارد	نصف باقی مانده سهم غیر فرزندان برای یک دختر است و نصف دیگر آن برای پسر است.
۴	دو دختر و یک پسر یا بیشتر	نصف باقی مانده سهم غیر فرزندان برای دو دختر است و نصف دیگر آن برای پسر است.
۵	بیشتر از دو دختر و پسر دارد (خواه یک پسر یا بیشتر)	دو سوم باقی مانده سهم غیر فرزندان برای بیشتر از دو دختر است و یک سوم دیگر آن برای پسر است.

منابع و مآخذ

۱. قرآن کریم.
۲. حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، مؤسسه آل البیت(ع) لإحیاء التراث، ۱۴۱۲هـ. ق.
۳. زمخشری، **الکشّاف**، قاهره، چاپ استقامة، ۱۳۶۵هـ. ق.
۴. سیوطی، محمد جلال الدین عبد الرحمن بن ابی بکر، **الدر المنثور في التفسیر المأثور**، چاپخانه اسلامیه، ۱۳۷۷هـ. ق.
۵. شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی، **اللمعة الدمشقیة**، تصحیح و اعراب: مصطفی نصر اللهی و ابراهیم محمدی، قم، گنج عرفان، ۱۳۸۱.
۶. شیخ صدوق، **من لا یحضره الفقیه**، دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۱۰هـ. ق.
۷. طبرسی، فضل بن الحسن، **مجمع البیان في تفسیر القرآن**، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، ۱۳۳۹هـ. ش.
۸. طوسی، ابو جعفر محمدبن الحسن، **التبیان في تفسیر القرآن**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰هـ. ق.
۹. ـــــــــ، **تهذیب الأحکام**، بیروت، دار التعارف، ۱۴۰۱هـ. ق.
۱۰. ـــــــــ، **الخلاف**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۸۵.
۱۱. طباطبایی، سید محمدحسین، **المیزان في تفسیر القرآن**، دارالکتب الإسلامیّه، ۱۳۷۲هـ. ش.
۱۲. علم الهدی، سید مرتضی، **الانتصار**، بیروت، مؤسسه تاریخ عربی، بی تا.
۱۳. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافي**، چاپ آخوندی، ۱۳۶۵هـ. ق.
۱۴. ـــــــــ، الکافي، نشر دارالحدیث، ۱۳۸۷هـ. ش.
۱۵. فخر رازی، محمد بن عمر، **التفسیر الکبیر**، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۸هـ. ق.
۱۶. مغنیه، محمد جواد، **فقه امام جعفر صادق(ع)**، قم، انتشارات قدس، بی تا.
۱۷. مصطفوی، سید کاظم، **فقه مقارن**، مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی، ۱۳۹۰.
۱۸. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۸.

تحلیل فقهی ـ حدیثی

اعراض از حق مالکیت

○ امید توکلی کیا*

چکیده

حق، سلطه‌ای است که برای شخص بر شخص دیگر یا بر مال یا شیء، جعل و اعتبار می شود و هر صاحب حقی می تواند از حق خویش صرف نظر کند. متعلق حق، گاهی «دین» و گاهی «عین» است. اسقاط حق دینی را «ابراء» و صرف اسقاط حق عینی را «اعراض» گویند. در این نوشتار درصدد تبیین این مطلب هستیم که علاوه بر عمومیت حدیث «سلطنت» و سیره عقلا، روایات نیز بر حجیت مسقط بودن اعراض دلالت دارند؛ هرچند که اکثر فقها در سند و دلالت این روایات خدشه وارد کرده و آنها را دربردارنده این معنا ندانسته‌اند. با وجود روایاتی که از ادله اجتهادی هستند، استناد قائلان زایل نشدن ملکیت به استصحاب که از ادله فقهی است، صحیح به نظر نمی رسد.

کلید واژگان: روایات اعراض، حق مالکیت، اسقاط حق، زوال ملکیت.

---

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه.

مقدمه

خروج یک شیء از محدوده تسلط شخص، از دو حال خارج نیست:

۱. **غیراختیاری**: نظیر غصب، سرقت، فرار پرنده و یا غرق شدن اموال در دریا. در این گونه موارد، رابطه ملکیت به دلخواه مالک قطع نشده است.

۲. **اختیاری**: این صورت چهار فرض دارد: «تملیک عین» به دیگری از طریق بیع، صلح، هبه و وصیت؛ «تملیک منفعت» از طریق اجاره؛ «اباحه منفعت»، مثل عاریه؛ «رفع ید از عین و رها ساختن آن بدون تملیک عین یا منفعت به دیگری و یا اباحه منافع آن». فقط فرض اخیر از مصادیق اعراض است.[۱]

مفهوم اعراض

اعراض در لغت به معنای روی گرداندن و انصراف است[۲] و در اصطلاح فقه و حقوق به روی گرداندن از مال تحت تملک خویش به نیت ترك مالکیت، اعراض گفته می شود.[۳]

اقسام اعراض

اعراض به اعتبار متعلق آن، سه قسم است:

۱. **اعراض از وطن**: ترك وطن به قصد اعراض همیشگی از آن، موجب زوال حکم وطن است.

۲. **اعراض از ملک**: در اینکه صرف اعراض از ملک، موجب برداشته شدن

۱. ایروانی، **جمان المسلک في الاعراض عن الملک**، ص۲۱۶.

۲. حسن مصطفوی، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، ج۸، ص۹۲. در قرآن کریم در برخی آیات اعراض در این معنا به کار رفته است: آل عمران/۲۳، نساء/۶۳، اعراف/۱۹۹، طه/۱۰۰ و۱۲۴، انبیاء/۳۲، نور/۴۸، سجده/۲۲.

۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، **دانشنامه حقوق خصوصی**، ج۱، ص۳۵۸.

حق مالکیت می گردد یا خیر، اختلاف است. مرحوم حکیم قول نخست را مشهور دانسته است[۴]، اما در انتها در این نسبت مناقشه کرده است.[۵]

۳. **اعـراض از حق**: اعراض از حقـوقی مانند حق خیـار، شفعه و اختصاص (حق اولویت) که اسقاط پذیرند، موجب برداشته شدن حق است.[۶]

اقوال و ادله در مسئله

قائلان به زایل نشدن ملکیت، دو دلیل دارند:

۱. **«اطلاق ادله ملکیت»**: به عنوان مـثال حـدیث **«النّاس مـسلّطون علی اَمـوالهم»** حاکی از این است کـه پس از تحقق عنوان مالکیت، شخص نمی تواند با روی گردانی از آن، مالکیت را از بین ببرد.

۲. **«استصحاب بقای ملکیت»**: ایشان می گویند در صورتی که شک کنیم بعد از اعـراض، آن ملکیت سـابق از بین رفت یا همـچنان باقی است، بقـای ملکیت را اسـتصـحاب مـی کنیم و می گـوییم این مـال هنوز ملک اعـراض کننده است و با اعـراض، از ملکیت او خارج نشـده است؛ برای مـثال، اگـر کسی مـالی را پشت در منزل قـرار دهد و شک کند که آیا مـالکیـتش درباره آن از بین رفتـه یا نه، استـصحـاب ملکیت جاری می شود. بنابراین مقتضای استصحاب، زایل نشدن ملکیت است.[۷]

در مقابل قائلان به زوال ملکیت براثر اعراض، سه دلیل بیان کرده اند:

۱. **«سیـره عقـلا»**: سیره عقلا بر آن است که اگـر مالک از مالش اعراض کرد، دیگر آن شخص را مالک، و آن مال را ملک او نمی دانند؛ به عنوان مثال، اگر کسی

۴. سید محسن طباطبایی حکیم، **مستمسک العروة الوثقی**، ج ۱۲، ص۱۹۷.
۵. همان، ص۲۰۰.
۶. هاشمی شاهرودی، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع)**، ج۱، ص۵۷۴.
۷. مولی احـمد نراقی، **مستند الشیعة**، ج۱۵، ص ۳۷۲ـ۳۷۳؛ ایروانی، **جمـان المسلک...**، ص۲۱۷.

مالی مانند میز یا مبلمانی مندرس را پشت در منزلش بگذارد، بنای عقلا بر این است که اگر از مالش روی گردانده، این اعراض را زایل کننده ملکیت می دانند و این سیره عقلا ردعی ندارد.

۲. **عموم «حدیث سلطنت»**: عموم حدیث «الناس مسلّطون علی اَموالهم» دلالت بر این دارد که ملک در ید مالک و تحت سلطه اوست و عموم سلطه مالک چنین اقتضا دارد که او بتواند در هر زمانی آن را از تحت سلطه خویش خارج کند؛ همان طور که می تواند با حفظ اصل ملکیت، ملکیت آن را به دیگری منتقل سازد و چنانچه نتواند یکی از اموال خود را از مالکیت خویش خارج سازد، این محدودیت با تمامیت سلطه و کمال اختیارات او منافات خواهد داشت.

۳. **روایات**: چندین دسته از روایات در بحث اعراض مطرح شده است و ما در این قسمت پس از دسته بندی این روایات، برای اثبات اینکه بیشتر آنها در بحث اعراض حجیت دارند، به تفکیک به بررسی سند و دلالت هر کدام پرداخته ایم.

بررسی روایات اعراض

الف) روایات وارد شده در خصوص غرق شدن کشتی

درباره غرق شدن کشتی، روایتی با دو سند متفاوت نقل شده است:

۱. محمد بن یعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبدالله(ع) ـ في حديث ـ عن أميرالمؤمنين(ع)، قال: **«وإذا غرقت السفينة و ما فيها، فأصابه النَّاس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأَهله وَهم أَحقّ به و ما غاص عليه النَّاس و تركه صاحبه فهو لَهم**[۸]؛

هرگاه کشتی و آنچه در آن است غرق شود و اموال به دست مردم بیفتد، آن اموالی که دریا آنها را به ساحل افکنده، متعلق به صاحبانش خواهد بود و آن

۸. حرّ عاملی، **وسائل الشیعة**، ج ۲۵، ص ۴۵۵.

اموالی کـه مـردم با غـواصی به دست آورده انـد و صـاحبانشـان آنهـا را رها کرده اند، متعلق به خارج کنندگان آن اموال است.

بحث سندی: روایت از نظر سندی موثق است. سکونی هرچند عامی مذهب است، امـا فقـهای امـامیـه به روایات او اعـتمـاد می کنند و در غـالب موارد منقـول از سکونی، نوفلی (حسین بن یزید) از او نقل می کند؛ لذا به روایات نوفلی هم اعتماد می کنند.

برخی می فرمـایند که این روایت از بحث اعـراض، اجنبی است؛ زیرا اعراض مـتـوقف است بر اینکـه انسـان بداند کـشـتی غـرق شـده و مـال او هم در آن بوده؛ در حالی کـه ممکن است مالک اصلاً از غـرق شدن کشتی خبر نداشته باشـد یا نداند که مال او در کـشتی بوده. از سوی دیگر مـمکن است وی امید داشـته باشد کـه این مال به وسـیله جـزر و مد از دریـا خارج شـود؛ در این صـورت، طبیعی اسـت که از مـال خود اعـراض نکرده است. بنابراین موضوع روایت سکونی «تالف عـرفی» است که با اعراض، نسبت عموم و خصوص من وجه دارد.[9]

به نظر می رسـد تعبیـر «و ترکـه صاحبه» کـه در روایت سکونی وارد شـده، در استدلال مذکور مورد توجه قرار نگرفته است. از این عبارت چنین استفاده می شود که تملک مال غرق شده توسط غواصان، مشروط به اعراض مالک آن است. برخی می فرمایند که این حدیث صراحت در اعراض مالک دارد.[10]

مشابه روایت پیشین، از شعیری با سند ذیل نقل شده است:

۲. محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي عبدالله، عن منصور بن العبّاس، عن الحسن بن عـليّ بن يقطين، عن أمية بن عـمرو،

۹. خویی، **موسوعة الإمام الخوئي**، ج ۳۰، ص۴۶۰.

۱۰ صـافی گلپایگانی، **ذخیرة العقبی**، ج ۱۰، ص۷۶؛ منتظری، **کتاب الخمس و الأنفال**، ص۱۰۴؛ سبحانی، **الخمس في الشريعة الإسلامية**، ص۱۸۴.

عن الشعيري، قال: سئل أبوعبدالله(ع) عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص و اخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: **امّا ما اخرجه البحر فهو لأهله، اللّه اخرجه و امّا ما اخرج بالغوص فهو لهم و هم احقّ به**؛[11]

... در مورد یک کشتی که در دریا شکسته و اموال و محموله آن غرق شده، از امام صادق(ع) پرسش شد. آن حضرت فرمود: اموالی که دریا بیرون می‌افکند، متعلق به صاحبانش است و اموالی که با غواصی خارج می‌شود، متعلق به کسی است که آنها را خارج کرده است.

سند این روایت به دلیل وجود افرادی همچون ابی عبداللّه (محمد بن احمد رازی جامورانی) که به لحاظ حدیثی، فردی ضعیف و دچار فساد عقیده بوده است، و منصور بن عباس که نجاشی وی را مضطرب‌الامر دانسته است، و امیة بن عمرو که واقفی مذهب بوده و توثیق نشده است،[12] و شعیری (اسماعیل بن ابی زیاد سکونی) که به گفته برخی[13] مورد نفرین امام صادق(ع) قرار گرفته، ضعیف است[14].

برخی معتقدند که ضمیر در «فهو لهم» به صاحبان کالا برمی‌گردد و تفصیل تنها به جهت سبب خروج مالی است که گاهی دریا و گاهی غوّاصی است.[15] این مطلب اولاً با ظاهر روایت سازگاری ندارد و کاملاً بعید است؛[16] زیرا ظاهر روایت

۱۱. حر عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۲۵، ص ۴۵۵ ـ ۴۵۶.
۱۲. مامقانی، **تنقیح المقال**، ج۱۱، ص۲۱۳.
۱۳. مقداد بن عبداللّه سیوری حلی، **التنقیح الرائع**، ج ۴، ص۲۷۱.
۱۴. شهید ثانی، **مسالک الافهام**، ج ۱۴، ص ۷۷؛ سبحانی، **نظام القضاء و الشهادة**، ج ۲، ص ۷۹. برخی (حسینی کوه‌کمری) معتقدند شعیری که مورد لعن امام صادق (ع) قرار گرفته، «ابواسماعیل بشار شعیری» بوده است، نه شعیری راوی روایت که «اسماعیل بن ابی زیاد سکونی» است. (مقداد بن عبداللّه سیوری حلی، **التنقیح الرائع**، ج ۴، پاورقی۱، ص۲۷۲).
۱۵. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۴۰، ص۴۰۰.
۱۶. فاضل هندی، **کشف اللثام والابهام**، ج ۱۰، ص۱۳۶.

در مقام تفصیل بین مالکان است و نه آنچه خداوند یا دیگری از دریا خارج کرده است؛[17] ثانیاً تفصیل به جهت سبب خروج ـ همانند تفصیل بین اینکه خروج مال در شب بوده است یا روز ـ ارتباطی با حکم شرعی مسئله ندارد.[18]

به نظر می‌رسد مفاد این روایت نیز در بحث اعراض قابل استناد است و مخالفتی با قواعد ندارد؛ چرا که مخالفت در صورتی است که غواصی را از اسباب ملکیت بدانیم؛ در حالی که اولاً غواصی از اسباب تملیک نیست،[19] ثانیاً از عبارت: «و ترکه صاحبه» در روایت سکونی، اعراض مالک را از اموالی که متعلق به غواصان است، می‌توان استنباط کرد و قرائن حالیه (ترک کردن محل غرق شدن اموال و بازنگشتن به مدت طولانی) نیز بر اعراض مالک از اموالی که غواصان به دست می‌آورند، دلالت دارد. مؤید این مطلب، فرمایش برخی فقهاست که این روایت را حمل بر اعراض کرده‌اند.[20]

بنابراین هرچند سند این روایت ضعیف است، ولی بنا به فرموده محقق سبزواری، مشهور فقها به آن عمل کرده‌اند[21] و بسیاری بر این عقیده‌اند که عمل مشهور (شهرت عملی) ضعف سند را جبران خواهد کرد.[22] حتی برخی (شهید ثانی، محقق بهبهانی) نه تنها شهرت را جبران کننده ضعف سند می‌دانند، بلکه

۱۷. سبحانی، **نظام القضاء و الشهادة**، ج ۲، ص۸۰.

۱۸. تبریزی، **اسس القضاء و الشهادة**، ص ۳۳۹.

۱۹. رشتی، **کتاب القضاء**، ج ۲، ص۱۲۲؛ فاضل هندی، **کشف اللثام والابهام**، ج ۱۰، ص ۱۳۶؛ یوسف بحرانی، **الحدائق الناضرة**، ج ۱۲، ص ۳۴۵.

۲۰. محمدباقر سبزواری، **کفایة الاحکام**، ج ۲، ص۷۲۴.

۲۱. البته برخی معتقدند شهرت، ضعف سند را جبران نمی‌کند. (محمد عاملی، **مدارک الاحکام**، ج ۳، ص۲۶۸؛ آشتیانی، **کتاب القضاء**، ج ۲، ص ۸۷۹؛ موسوی خویی، **مصباح الاصول**، ج ۲، ص۲۷۰).

۲۲. شهید ثانی، **مسالک الافهام**، ج ۱۴، ص۷۷ حسین بن محمد بحرانی، **الانوار اللوامع**، ج ۱۴، ص۱۸۲؛ کاشف الغطاء، **انوار الفقاهة ـ کتاب القضاء**، ص۱۳۸.

روایت جبران کننده به شهرت را، قوی تر از روایات صحیحه می شمارند.[۲۳] لذا بر این مبنا روایت یاد شده حجیت دارد و می توان از آن در بحث اعراض استفاده کرد و بر فرض که شهرت را جبران کننده ضعف سند ندانیم، دست کم می توان از مفاد روایت به عنوان مؤید استفاده کرد.[۲۴]

ب) روایات وارد شده در خصوص فروش خاکهٔ زرگری

۱. محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن أبي عبدالله، عن علي بن حديد، عن علي بن ميمون الصائغ، قال: سألت أباعبدالله(ع) عما يكنس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: **تصدّق به فإمّا لك و إمّا لأهله**، قال: قلت: فإنّ فيه ذهباً و فضّة و حديداً فبأيّ شيء أبيعه؟ قال: **بعه بطعام**، قلت: فإن كان لي قرابة محتاج أعطيه منه؟ قال: **نعم**[۲۵]؛

علی بن میمون می گوید: از امام صادق(ع) پرسیدم: خاکروبه های زرگری را می فروشم. با بهای آن چه کنم؟ امام فرمود: آن را از جانب خودت یا صاحبانش صدقه بده. گفتم: در آن طلا و نقره و آهن وجود دارد، به چه چیز آن را بفروشم؟ امام فرمود: آن را با مواد خوراکی معامله کن. گفتم: اگر خویشان نیازمندی داشته باشم، می توانم به آنها بدهم؟ امام(ع) فرمود: آری.

۲۳. ربانی، **دانش درایة الحدیث**، ص۱۰۱.

۲۴. برخی فقها دو روایت سکونی و شعیری را یک روایت دانسته اند که از دو طریق نقل شده است که هر دو یک شخص (شهید ثانی، **مسالک الافهام**، ج ۱۴، ص ۷۷؛ موسوی خویی، **موسوعة الامام الخویی**، ج ۳۰، ص۴۶۰) و منسوب به باب الشعیرند که نام محله ای در بغداد است، می باشند. (سبحانی، **نظام القضاء و الشهادة**، ج۲، ص۷۹) البته برخی معتقدند که شعیری، شاگرد اسماعیل بن ابی زیاد سکونی بوده است؛ ولی صاحب مفتاح الکرامه می گوید که لقب «شعیری» برای جماعتی به کار می رود که مشهورترین آنها سکونی است و شاید شاگرد، لقب استاد را برای خود برگزیده است. (سیدجواد عاملی، **مفتاح الکرامة**، ج ۱۰، ص۱۳۵)

۲۵. حرعاملی، **وسائل الشیعة**، ج ۱۸، ص۲۰۲.

منظور از احمد بن ابی عبداللّه، احمد بن محمد بن خالد برقی است که نجاشی و شیخ طوسی شخص او را موثق دانسته اند و فقط گفته اند که از افراد ضعیف، حدیث نقل می کرده است.[۲۶] حق این است که نقل روایت از افراد ضعیف، نه دلیل ضعیف بودن راوی است و نه دلیل بر ضعیف بودن روایت هنگامی که مستند به شخص موثقی باشد؛ از طرف دیگر روایات زیادی وجود دارد که بزرگان از افراد ضعیف نقل کرده اند.[۲۷] محدث نوری نیز وی را از بزرگان حدیث دانسته است.[۲۸] مشهور شده که علی بن حدید به دلیل اینکه شیخ طوسی در چندین موضع، وی را تضعیف کرده است[۲۹] و برخی نیز وی را فطحی مذهب دانسته اند،[۳۰] ضعیف است؛ در حالی که وی از کسانی است که مورد وثوق ائمه بوده و ایشان مردم را به رجوع و عمل به روایات وی امر می فرموده اند.[۳۱] برخی نیز وی را شخص موثقی دانسته اند.[۳۲] برخی دیگر در جواب جرح وی به دلیل فطحی مذهب بودنش گفته اند: «عدم تنافي الوثاقة مع كون الرجل فطحيّاً».[۳۳] علامه حلّی، علی بن میمون را موثّق دانسته و می فرماید: «الأقرب عندي قبول روايته»؛ علاوه بر اینکه امام صادق(ع) در حق وی دعا فرموده است[۳۴].

برخی فقها دلالت این روایت را «قوی» دانسته اند[۳۵]. شهید ثانی در مبحث بیع

۲۶. همان، ج۳۰، ص۳۰۴ـ۳۱۰.
۲۷. سید مهدی بحرالعلوم، **الفوائد الرجالية**، ج ۱، ص ۳۳۸ـ۳۳۹.
۲۸. نوری، **خاتمة المستدرك**، ج ۴، ص ۳۹.
۲۹. طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج ۷، ص۱۰۱؛ همو، **الاستبصار**، ج ۱، ص۴۰؛ همو، ج ۳، ص۹۵.
۳۰. کشی، **رجال الکشی و اختیار معرفة الرجال**، ص۵۷۰.
۳۱. حرعاملی، **وسائل الشیعة**، ج۳۰، ص۲۳۳.
۳۲. سید مهدی بحرالعلوم، **الفوائد الرجالية**، ج ۱، ص۴۰۵.
۳۳. موسوی خویی، **معجم رجال الحدیث**، ج ۱۲، ص۳۳۱.
۳۴. علامه حلی، **رجال العلامة الحلی ـ خلاصة الأقوال فی معرفة احوال الرجال**، ص۹۶.
۳۵. محمد تقی مجلسی، **روضة المتقین**، ج ۷، ص۳۲۹.

صرف، آنجا که درباره خاکهٔ زرگری تعیین تکلیف می کند، می فرماید: «اگر قرائن دال بر اعراض مالک وجود داشته باشد، شخص زرگر می تواند آن اموال را تملک کند، همچون سایر اموال که صاحبانشان از آنها اعراض می کنند».[۳۶] بنابراین صرف اعراض، سبب خروج مال از ملکیت مالک می گردد؛ البته مشروط بر اینکه قرائن و شواهد حال، بر آن دلالت داشته باشد. ایشان سپس به عنوان یک قاعده کلی بیان می کند هر مالی که مالک از آن اعراض کند، از ملکیت مالکش خارج می گردد و دیگری می تواند آن را تملک کند و این قاعده، علاوه بر زرگری، بر دیگر مشاغل همچون آهنگری، خیاطی و نانوایی نیز صدق می کند. برخی معتقدند که این روایت اگر با قرائن مفید علم همراه باشد، دلالت بر اعراض دارد؛ به ویژه درباره اموالی که در عرف، به طور معمول از آنها اعراض می شود، با توجه به عرف، ظن را نیز می توانیم معتبر بدانیم.[۳۷] برخی دیگر گفته اند وجه تردید در اینکه فرمود: «**إمّا لک و إمّا لأهله**»، اعراض و عدم اعراض مالک از آن است.[۳۸] برخی نیز معتقدند که عبارت «اما لک» تنها در صورت اعراض واقعی مالک صحیح است که زرگر می تواند آن را تملک کند و در غیر این صورت باید متعلق به مالکش باشد[۳۹] و تخییر بی معنا خواهد بود. برخی فرموده اند احتمال اعراض در حدیث یادشده بعید است؛ زیرا صدقه، حکم مال مجهول المالک است و اگر اعراض محقق باشد، باید خاکهٔ زرگری متعلق به زرگر باشد و هرگونه که بخواهد در آن تصرف کند، نه اینکه مکلف به صدقه گردد.[۴۰] در جواب گفته شده است که امر به

۳۶. شهید ثانی، **مسالک الافهام**، ج ۳، ص۳۵۲.
۳۷. محمدباقر سبزواری، **کفایة الاحکام**، ج ۱، ص۵۰۶.
۳۸. فیض کاشانی، **الوافی**، ج ۱۸، ص۶۲۸.
۳۹. طباطبایی یزدی، **حاشیة کتاب المکاسب**، ج۱، ص۱۹۱ و ۱۹۲؛ مجلسی، روضة المتقین، ج ۱۱، ص۱۳۴.
۴۰. یوسف بحرانی، **الحدائق الناضرة**، ج ۱۹، ص۳۱۲.

صـدقه دادن، بـه دلیل جـهل به اعـراض و عـدم آن است و لـذا در صـورت وجـود نشانه ای بـر اعراض صاحب مـال، زرگر مـالک آن می گردد. تکلیف به دادن صـدقه نیز حـمل بر استحبـاب می شود و مؤید این مطلـب، کلام امام است که می فـرماید: **«إمّا لك و إمّا لأهله»**.[41]

شبیه این روایت با سندی دیگر از علی بن میمون نیز نقل شده است:

و بِإسْنَاده عَن مُحَمَّد بْن أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَن عِمْرَان عَن أَيّوب عَن صَفْوَان عَن عَلِيٍّ الصَّائِغِ، قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ تُرَابِ الصَّوَّاغِينَ وَ إِنَّا نَبِيعُهُ، قَالَ: أَمَا تَسْتَطِيعُ أَن تَسْتَحِلَّهُ من صَاحِبِهِ؟ قَالَ: قُلْتُ: لَا، إِذَا أَخْبَرْتُهُ اتَّهَمَنِي، قَال: بِعْهُ، قُلْتُ: بِأَيِّ شَيء نَبِيعُهُ؟ قَالَ: بِطَعَامٍ، قُلْتُ: فَأَي شَيء أَصْنَعُ بِهِ؟ قَالَ: تَصَدَّقْ بِهِ إِمَّا لَك وَ إِمَّا لِأَهْلِه قُلْتُ: إِنْ كَانَ ذَا قَرَابَة مُحْتَاجاً أَصِلُهُ؟ قَالَ: نَعَم».[42]

علی صایغ گـوید: از امـام صـادق(ع) در باره خـاك (مـغـازه) ریـخـتـه گـران پرسیدم و این کـه مـا آن را می فـروشیم، حـضـرت فـرمـود: نمی توانی از صاحبش حـلالیت بطلبی؟ گفتم: نه چون اگر به او بگویم مـرا متهم می کند، فرمود: آن را بفروش، گـفتم: در مقابل چه چیز بفروشم؟ فـرمود: در مقابل طعام، گـفتم: آن طعام را چه کنـم؟ فرمود: صـدقه بده (ثواب آن) یا برای تو است و یا برای صـاحبانش (چون مـعلوم نیست صـاحب آن اعراض کـرده یا خیـر) گفـتم: اگر خویشـاوندی نیازمند داشـته باشم به او صله دهم؟ فـرمود: آری.

ج) روایات وارد شده در خصوص لقطه حیوانات

۱. عن عدة من أصـحابنا، عن أحمـد بن محمد و سـهل بن زیاد جمیـعاً، عن ابن محبوب، عن عبـداللّه بن سنان، عن أبي عبداللّه(ع)، قال: **«من أصـاب**

۴۱. طباطبایی یزدی، **حاشیة کتاب المکاسب**، ج ۱، ص۱۹۱.
۴۲. حرعاملی، **وسائل الشیعة**، ج ۱۸، ص ۲۰۲، ح ۲.

مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلّت و قامت (و سيّبها صاحبها ممّا لم يتبعه)، فأخذها غيره فأقام عليها و أنفق نفقةً حتى أحياها من الكلال و من الموت، فهي له و لا سبيل له عليها و إنّما هي مثل الشيء المباح؛[43]

هر کس به مال یا شتری در بیابان برخورد کند که توان حرکت نداشته و صاحبش آن را به دلیل آنکه با او همراهی نمی کرده، رها کرده باشد و این شخص آن را با صرف هزینه و آب و علف توان بخشد و از ناتوانی و مرگ نجات دهد، مال او می شود و مالکش دیگر بر او حقی ندارد و مانند اشیای مباح است».

بیشتر فقها این روایت را صحیح دانسته و برخی فرموده اند که این روایت دال بر این است که مال بعد از اعراض مالکش، شبه مباح است. وجه شبه آن نیز این است که اعراض سبب خروج مال از ملکیت شخص می گردد و پس از آن هرکس آن را تملک کند، مالکش می شود و ذکر کلمه «بعیر» از باب تمثیل است. بنابراین هر مالی که صاحبش از آن اعراض کند، از ملکیت مالکش خارج می گردد و روایت سفینه مؤید این معناست.[44] برخی می گویند: عبارت: «و إنّما هی مثل الشيء المباح» بر اعراض دلالت دارد.[45]

۲. عن محمد بن يحيى، عن عبداللّه بن محمد، عن أبيه، عن عبداللّه بن المغيرة، عن السكوني، عن أبی عبداللّه(ع): «**إنّ أمير المؤمنين (عليه السّلام) قضى في رجل ترك دابّته من جهد، فقال: إن تركها في كلاء و ماء و أمن فهي له، يأخذها حيث أصابها، و إن تركها في خوف و على غير ماء و لا كلاء، فهي لمن أصابها؛**[46]

۴۳. همان، ج ۲۵، ص۴۵۸.
۴۴. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۶، ص ۲۰۸.
۴۵. مجلسی، **روضة المتقین**، ج ۱۰، ص۴۳۲.
۴۶. حرعاملی، **وسائل الشیعة**، ج ۲۵، ص۴۵۸.

امیرالمؤمنین (ع) در مورد مردی که حیوان خود را در بیابان رها ساخته بود، چنین قضاوت کرد که اگر آن را در کنار آب و علف و جای امن رها ساخته، مال خود اوست، هر وقت بخواهد می تواند آن را با خود ببرد؛ ولی اگر آن را در بیابان نا امن و بی آب و علف رها ساخته باشد، مال کسی است که آن را تیمار کند».

برخی[47] این روایت را از جهت سکونی ضعیف شمرده اند، ولی به عقیده برخی از فقها، اصحاب ما بر عمل به روایات سکونی اجماع دارند.[48] از طرف دیگر، عبداللّه بن مغیره که این روایت را از سکونی نقل کرده از اصحاب اجماع[49] است.[50]

برخی از فقها معتقدند که ذیل حدیث بر اعراض دلالت دارد و می توان از آن الغای خصوصیت کرد و گفت: هر مالی که صاحبش از آن اعراض، و آن را رها

۴۷. مجلسی، **مرآة العقول**، ج ۱۹، ص۱۱۵.

۴۸. طوسی، **العدة في أصول الفقه**، ج ۱، ص۱۴۹ـ۱۵۰.

۴۹. این اصطلاح در علم رجال، بر گروهی ویژه از راویان احادیث اطلاق می شود که بر تصدیق روایاتشان و نیز مقام علمی و فقاهتشان اجماع شده است.
به قول مشهور، اصحاب اجماع هیجده نفر هستند:
«زرارةبن اعین معروف بن خرّبوذ، برید بن معاویه، ابوبصیر اسد ـ و به قولی مراد ـ فضیل بن یسار و محمدبن مسلم، از اصحاب امام باقر و امام صادق علیهماالسّلام؛
جمیل بن درّاج، عبداللّه بن مسکان، عبداللّه بن بکیر، حمّاد بن عیسی، حمّاد بن عثمان و ابان بن عثمان، از یاران امام صادق علیه السّلام؛
یونس بن عبدالرّحمان، صفوان بن یحیی، محمّد بن ابی عمیر، عبداللّه بن مغیره، حسن بن محبوب و احمد بن محمّد بن ابی نصر، از شاگردان امام کاظم و امام رضا علیهماالسّلام.

۵۰. کشّی، **رجال الكشّي (اختيار معرفة الرجال)**، ص۵۵۶؛ حر عاملی، **وسائل الشيعة**، ج ۳۰، ص ۲۲۳ـ۴۱۴.

کند، جزء مباحات اصلی خواهد بود و هر کسی می تواند آن را تملک کند.[51] عبارت «ترك دابّته»، دلالت دارد بر اینکه اعراض از مال، سبب انقطاع ملکیت می گردد و بر فرض ضعف سند، حداقل از آن می توان به عنوان مؤیدی بر بحث اعراض استفاده کرد.[52]

مشابه این روایت، روایتی با سند دیگر و اندکی تفاوت در عبارت نقل شده است:

عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ شَمُّونٍ عَنِ الأَصَمِّ عَنْ مِسْمَعٍ عَنْ أَبِي عَبْدِاللّه(ع)، قَالَ: «إِنَّ أَمِيرَالْمُؤْمِنِين(ع) كَانَ يَقُولُ فِي الدَّابَّةِ إِذَا سَرَّحَهَا أَهْلُهَا أَوْ عَجَزُوا عَنْ عَلَفِهَا أَوْ نَفَقَتِهَا فَهِيَ لِلَّذِي أَحْيَاهَا. قَالَ: وَ قَضَى أَمِيرُالْمُؤْمِنِين(ع) فِي رَجُلٍ تَرَكَ (دَابّة بِمَضِيعَة) فَقَالَ: إِنْ تَرَكَهَا فِي كَلَاءٍ وَ مَاءٍ وَ أَمْنٍ فَهِيَ لَهُ يَأْخُذُهَا مَتَى شَاءَ وَ إِنْ كَانَ تَرَكَهَا فِي غَيْرِ كَلَإٍ وَ لَا مَاءٍ فَهِيَ لِمَن أَحْيَاهَا؛[53]

امیر مؤمنان (ع) در مورد چهارپایی که صاحبانش آن را رها کرده و یا از علف و هزینه آن عاجز شده اند، فرمود: چهارپا برای کسی است که آن را احیا کند و حضرتش در باره مردی که چهارپایی را در جایی که ازبین می رود رها کرده، فرمود: اگر آن را در جایی که سرسبزی و آب است رها نموده، چهارپا برای اوست و هر زمان که بخواهد آن را می گیرد و اگر در جای بدون علف و آب رها کرده چهارپابرای کسی است که آن را احیاء نموده».

د) سایر روایات

۱. محمد بن یعقوب، عن عليّ بن إبراهيم، عن حمّاد، عن حريز بن هاشم،

---

۵۱. مکارم شیرازی، **القواعد الفقهية**، ج ۲، ص ۱۲۵.

۵۲. مصطفوی، **مائة قاعدة فقهية**، ص ۵۱.

۵۳. حرعاملی، **وسائل الشيعة**، ج ۲۵، ص۴۵۸.

عن أبي عبداللّه (ع)، قال: **لا بأس بلقطة العصى و الشظاظ و الوتد و الحبل و العقال و اشباهه**، قال: و قال ابوجعفر(ع): **ليس لهذا طالب**؛[54]

برداشتن اشیایی مثل چوب دستی، میخ، ریسمان و دست بند مانعی ندارد.

[سپس راوی اضافه کرد که] امام باقر(ع) فرمود: این گونه اشیا طالب ندارد.

بیشتر فقها این روایت را حسن[55]، و برخی صحیح[56] دانسته اند.

برخی می گویند که از عموم تعلیل «لیس لهذا طالب» استفاده می شود که مالی را که از آن اعراض شده، می توان تملک کرد و از تعبیر «لا بأس بلقطة العصی ... » استفاده می شود که هرگونه تصرف در مالی که از آن اعراض شده، جایز است و آن را می توان تملک هم کرد؛ بلکه غالباً انسان چوب و مانند آن را که از بیابان بر می دارد، تملک می کند. این روایت روشن ترین روایت در بحث اعراض است، ولی دلیل بر خروج مالی که از آن اعراض شده از ملک مالک نیست و تنها بر جواز تملک آن دلالت می کند.[57]

به نظر می رسد این روایت حاکی از این است که مالی که از آن اعراض شده، ابتدا از ملکیت مالکش خارج می گردد و حکم مال مباح را می یابد، سپس هر کسی می تواند آن را به وسیله حیازت مالک شود. علاوه بر این، قدر متیقن از سیره عقلا این است که اموال کم ارزش با اعراض مالک، از ملکیت وی خارج می شوند.

۲. محمد بن یعقوب، عن عده من اصحابنا، عن سهل بن زیاد و احمد بن محمد جمیعاً، عن ابن محبوب، عن معاویة بن وهب، قال: «سمعت

---

۵۴. همان، ص۴۵۶.

۵۵. مجلسی، **مرآة العقول**، ج ۱۹، ص ۱۱۵؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۸، ص ۳۰۳؛ عاملی، **مفتاح الکرامة**، ج۱۷، ص۷۵۴.

۵۶. نجفی، **جواهر الکلام**، ج۳۸، ص۲۷۹.

۵۷. شبیری زنجانی، **کتاب نکاح**، ج ۱، ص۷۱.

اباعبداللّه(ع) یقول: **أیّما رجل أتی خربة بائرة فاستخرجها و کری أنهارها و عمرها، فإنّ علیه فیها الصدقة، فإن کانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها و ترکها فأخربها ثمّ جاء بعد یطلبها؛ فإن الأرض للّه عزّوجلّ و لمن عمرها؛**[58] معاویة بن وهب می گوید: از امام صادق(ع) شنیدم که فرمود: هرکس وارد مکان ویرانی شود و آن را آباد کند و جوی های آب را لایروبی کند، باید زکات آن را بپردازد، اگر پیش از او مال کسی بوده که آن را ترك کرده و ویران شده است و پس از آباد شدن به دست دیگری، وی بیاید و آن را درخواست کند؛ حقی ندارد؛ چرا که زمین از آن خداوند و کسی است که آن را آباد کرده است».

بیشتر فقها این روایت را از حیث سند، صحیح دانسته اند.[59]

برخی معتقدند که مورد این روایت ترك و اعراض از زمین است؛ زیرا در مورد کسی که غایب می شود و به سفر می رود و اراده بازگشت و آبادانی زمین خود را دارد تعبیر «غاب عنها و ترکها» به کار نمی رود.[60]

جمع بندی روایات: به نظر می رسد که روایات وارد شده درباره اعراض، ناظر به موارد خاصی هستند، اما از مجموع آنها می توان این قاعده را به دست آورد که «کل مال ترکه صاحبه، زال ملکیّته»؛ یعنی اعراض، سبب خروج مال از ملکیت شخص می شود. در روایت عبداللّه بن سنان واژه «مال» به طور مطلق به کار رفته و عطف کلمه «بعیر» بر آن، عطف جزء بر کل است و مصداقی از مال را بیان کرده

۵۸. حرعاملی، **وسائل الشیعه**، ج ۲۵، ص۴۱۴، ح ۱.

۵۹. مجلسی، **روضة المتقین**، ج ۱۱، ص ۲۴۹؛ مجلسی، **مرآة العقول**، ج ۱۹، ص۳۷۰؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۸، ص۲۲؛ سید محمدجواد حسینی عاملی، **مفتاح الکرامة**، ج ۷، ص ۱۰؛ موسوی خویی، **معجم رجال الحدیث**، ج ۵، ص۱۴۱.

۶۰. امام خمینی، **کتاب البیع**، ج ۳، ص۵۲؛ سید محسن طباطبایی حکیم، **مستمسک العروة الوثقی**، ج ۹، ص۵۹۹؛ تبریزی، **منهاج الصالحین**، ج۱، ص۳۸۲.

است و خصوصیتی در آن وجود ندارد؛ لذا حکم آن شامل تمامی اموال می شود.
استفاده از کلماتی همچون «ترك» و «تسریح» و «تسییب» و امثال آن در روایات نیز هرچند که اعم از اعراض است، اما با توجه به قرائن و شواهد حال، بر اعراض مالک دلالت دارد.

گفته شده: صحیحه یونس بن عبدالرحمن[۶۱] معارض با روایات مذکور است،[۶۲]

عليّ بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس بن عبدالرحمن، قال: سألت عبداً صالحاً، فقلت: جعلت فداك كنّا مرافقين لقوم بمكّة فارتحلنا عنهم و حملنا بعض متاعهم بغير علم و قد ذهب القوم و لانعرفهم و لانعرف أوطانهم فقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به؟ قال: فقال: **تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة**»، فقال يونس: قلت له: لست أعرفهم ولا ندري كيف نسأل عنهم.

قال: فقال: «**بعه و اعط ثمنه أصحابك**» قال: فقلت: جعلت فداك أهل الولاية؟ قال: فقال: «**نعم**»؛

یونس عبدالرحمن می گوید: از عبد صالح (موسی بن جعفر(ع))، پرسیدم و گفتم: فدایت شوم در مکه همراه با گروهی بودیم و ما مفارقت کردیم از آنها و بدون آگاهی بخشی از متاع آنان را با خود برداشتیم و آنان رفته اند و ما آن ها را نمی شناسیم و وطن آنها را نمی دانیم و متاع نزد ماست با آن چه کنیم؟ امام(ع) فرمود: با خود ببرید تا کوفه به آنان ملحق شوید، یونس گوید: به آن حضرت گفتم: من آنان را نمی شناسم و نمی دانم چگونه باید

۶۱. کلینی، **الکافی**، ج ۵، ص ۳۰۹، ح ۲۲.
۶۲. محقق داماد، **قواعد فقه ـ بخش مدنی**، ص ۲۷۵.

سراغ آنها را بگیرم، فرمود: آن را بفروش و ثمن آن را به اصحابت بده، گفتم: فدایت شوم به اهل ولایت؟ فرمود: آری.

به نظر می رسد که روایت مذکور اعم از مدعاست و موضوع آن، مال مجهول المالک است و ارتباطی با اعراض ندارد؛ چرا که یونس اشتباهی مال دیگری را برداشته و خود می گوید: «وحملنا بعض متاعهم بغیر علم»؛ در حالی که در اعراض، مالک با قصد و اراده مالش را ترك می کند و دیگر اینکه صدقه دادن حکم مال مجهول المالک است[۶۳].

نتیجه

برخی معتقدند که اعراض موجب زوال مالکیت شخص نمی شود؛ اما برخی دیگر با استناد به سیره عقلا و عموم حدیث سلطنت و روایات، قائل به زوال مالکیت هستند. فقهای گروه نخست می فرمایند: روایات اعراض به لحاظ سند و دلالت خدشه پذیرند و نمی توان آنها را دلیل اعراض و سبب از بین رفتن مالکیت دانست؛ در حالی که با توجه به تحقیق صورت گرفته در خصوص سند و دلالت این روایات، مشخص گردید که احادیث یادشده هم به لحاظ سندی و هم به لحاظ دلالی، معتبرند و حجیت دارند و با توجه به قاعده اصولی تقدم ادله اجتهادی بر ادله فقاهتی، می توان گفت با وجود روایات که از ادله اجتهادی هستند، استناد به استصحاب که از ادله فقاهتی است، صحیح نیست. بنابراین، تنها با استناد به روایات و با فرض فقدان سایر ادله می توان اثبات کرد که اعراض یکی از مصادیق و طرق زوال مالکیت است.

۶۳ یوسف بحرانی، **الحدائق الناضرة**، ج ۱۹، ص۳۱۲.

منابع و مآخذ

۱. آشتیانی، محمد حسن، **کتاب القضاء**، قم، انتشارات زهیر، ۱۴۲۵هـ. ق.

۲. انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، قم، مجمع الفکر الإسلامي، ۱۴۲۸هـ. ق.

۳. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، **دانشنامه حقوق خصوصی**، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴.

۴. ایروانی، علی، **جمان المسلک في الإعراض عن الملک**، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶هـ. ق.

۵. بحرالعلوم، سید مهدی، **الفوائدالرجالیة**، تهران، مکتبةالصادق، ۱۴۰۵هـ. ق.

۶. بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، **بلغة الفقیه**، تهران، مکتبةالصادق، ۱۴۰۳هـ. ق.

۷. بحرانی، حسین بن محمد، **الأنوار اللوامع في شرح مفاتیح الشرائع**، قم، مجمع البحوث العلمیة، بی تا.

۸. بحرانی، یوسف، **الحدائق الناضرة في أحکام العترة الطاهرة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵هـ. ق.

۹. تبریزی، جواد، **منهاج الصالحین**، قم، مجمع الإمام المهدي، ۱۴۲۶هـ. ق.

۱۰. ــــــــ، **اسس القضاء والشهاده**، قم، بی جا، بی تا.

۱۱. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، قم، مؤسسه آل البیت(ع) لإحیاء التراث العربي، ۱۴۲۹هـ. ق.

۱۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، **إیصال الطالب إلی المکاسب**، تهران، منشورات اعلمی، بی تا.

۱۳. حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، بیروت، دارإحیاءالتراث

العربي، ۱۳۹۱هـ. ق.
۱۴. ـــــــــ، **منهاج الصالحين** (محشّی)، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰هـ. ق.
۱۵. حلّی، محمدبن الحسن، **إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷هـ. ق.
۱۶. حلّی، مقداد بن عبداللّه، **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع**، قم، کتابخانه آیت اللّه مرعشی نجفی، ۱۴۰۴هـ. ق.
۱۷. حلّی، الحسن بن یوسف، **رجال العلامة الحلّی ـ خلاصة الأقوال في معرفة أحوال الرجال**، نجف، المطبعة الحيدرية، ۱۳۸۱هـ. ق.
۱۸. ربانی، محمدحسن، **دانش درایة الحدیث**، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۰.
۱۹. رشتی، حبیب اللّه، **کتاب القضاء**، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱هـ. ق.
۲۰. سبحانی، جعفر، **نظام القضاء والشهادة في الشريعة الاسلامية الغرّاء**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸هـ. ق.
۲۱. ـــــــــ، **الخمس في الشريعة الاسلامية الغرّاء**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۲۰هـ. ق.
۲۲. سبزواری، سید عبد الأعلی، **مهذّب الأحكام في بيان الحلال و الحرام**، قم، مؤسسة المنار، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۳. سبزواری، محمدباقر، **کفاية الأحكام**، اصفهان، انتشارات مهدوی، بی تا.
۲۴. سیفی مازندرانی، علی اکبر، **دلیل تحریر الوسیلة ـ احیاء الموات و اللقط**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵هـ. ق.
۲۵. شبیری زنجانی، سید موسی، **کتاب نکاح**، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹هـ. ق.

۲۶. صافی گلپایگانی، علی، **ذخیرة العقبی في شرح العروةالوثقی**، قم، گنج عرفان، ۱۴۲۷هـ. ق.
۲۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، **حاشیةکتاب المکاسب**، قم، طلیعه نور، ۱۴۲۹هـ. ق.
۲۸. طوسی، محمد بن الحسن، **تهذیب الأحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۵هـ. ق.
۲۹. ـــــــــ، **المبسوط في فقة الإمامیة**، تهران، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷هـ. ق.
۳۰. ـــــــــ، **الاستبصارفي مااختلف من الأخبار**، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۹۰هـ. ق.
۳۱. ـــــــــ، **العدة في أصول الفقة**، قم، انتشارات ستاره، ۱۴۱۷هـ. ق.
۳۲. عاملی، زین الدین بن علی، **رسائل الشهید الثاني**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱هـ. ق.
۳۳. ـــــــــ، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ۱۴۲۵هـ. ق.
۳۴. عاملی، سیدمحمدجواد، **مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة**، بیروت، دارإحیاء التراث العربي، بی تا.
۳۵. عاملی، محمد، **مدارك الأحکام في شرح عبارات شرائع الإسلام**، بیروت، مؤسسه آل البیت(ع)، ۱۴۱۱هـ. ق.
۳۶. فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسیلة: الوقف، و الصدقة، ... الصید و الذباحة**، قم، مرکز فقهي ائمه اطهار، ۱۴۲۴هـ. ق.
۳۷. فاضل هندی، شیخ بهاء الدین محمد بن الحسن، **کشف اللثام وإلابهام عن**

قواعدالأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶هـ. ق.

۳۸. فیض کاشانی، سید محسن، **الوافي**، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین علی(ع)، ۱۴۰۶هـ. ق.

۳۹. قزوینی، علی، **صیغ العقود و الإیقاعات**، قم، انتشارات شکوری، ۱۴۱۴هـ. ق.

۴۰. قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات في أجوبة السؤالات**، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳هـ. ق.

۴۱. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، **انوارالفقاهة ـ کتاب القضاء**، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲هـ. ق.

۴۲. کشی، محمد بن عمر، **رجال الکشی ـ اختیار معرفة الرجال**، مشهد، نشر دانشگاه مشهد، ۱۴۰۹هـ. ق.

۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافي**، قم، دارالحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹هـ. ق.

۴۴. مامقانی، عبدالله، **تنقیح المقال في معرفة الرجال**، بیروت، مؤسسه آل البیت(ع)، بی تا.

۴۵. مجلسی، محمد باقر، **مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول**، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۰۴هـ. ق.

۴۶. ــــــــــ، **ملاذ الاخیار في فهم تهذیب الأخبار**، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶هـ. ق.

۴۷. مجلسی، محمدتقی، **روضة المتقین في شرح من لایحضره الفقیه**، قم، مؤسسه کوشانپور، ۱۴۰۶هـ. ق.

۴۸. محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقه ـ بخش مدنی ۲**، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، ۱۳۸۷.

۴۹. مصطفوی، حسن، **التحقیق في کلمات القرآن الکریم**، تهران، مرکز الکتاب للترجمة و النشر، ۱۴۰۲هـ. ق.
۵۰. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، **مائة قاعدةٍ فقهیة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقهیة**، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین(ع)، ۱۴۱۱هـ. ق.
۵۲. منتظری، حسین علی، **کتاب الخمس و الأنفال**، قم، بی تا.
۵۳. موسوی خلخالی، سید محمد مهدی، **فقةالشیعه ـ کتاب الاجارة**، تهران، مرکز فرهنگی منیر، ۱۴۲۷هـ. ق.
۵۴. موسوی خمینی، سیدروح اللّه، **کتاب البیع**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۴.
۵۵. ـــــــــ، **تحریرالوسیلة**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۲۴هـ. ق.
۵۶. موسوی خمینی، سید مصطفی، **مستند تحریر الوسیلة**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۵۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، قم، نشر مدینةالعلم، ۱۴۱۰هـ. ق.
۵۸. ـــــــــ، **موسوعة الإمام الخوئی**، قم، مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۱۸هـ. ق.
۵۹. ـــــــــ، **مصباح الاصول**، قم، مؤسسة نشر الفقاهة، ۱۴۲۲هـ. ق.
۶۰. ـــــــــ، **معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة**، قم، نشر الثقافة الإسلامیة، بی تا.
۶۱. نایینی، محمدحسین، **منیة الطالب في شرح المکاسب**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۲۴هـ. ق.

۶۲. ـــــــــــ، **منية الطالب في شرح المكاسب**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۲۷هـ. ق.
۶۳. نجفی، محمد حسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، بیروت، دارإحياء التراث العربي، بی تا.
۶۴. نراقی، احمد، **مستندالشيعة في أحكام الشريعة**، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۵هـ. ق.
۶۵. نراقی، محمد، **مشارق الأحكام**، قم، کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، ۱۴۲۲هـ. ق.
۶۶. نوری، حسین، **خاتمة المستدرك**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۷هـ. ق.
۶۷. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(علیهم السلام)**، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶هـ. ق.

حق زوجه بر استمتاع جنسی

○ سجاد شهباز قهفرخی *

چکیده

نظام حقوقی اسلام در ساختار خانواده، حقوق جنسی زن را متناسب با نیازهای فطری و فیزیولوژیکی او طراحی کرده است. نظام حقوقی اسلام علاوه بر پذیرش ساختار «تک‌شوهری» برای زنان و قرار دادن مجازات‌های سنگین برای زنانی که قصد ارضای جنسی خود در خارج از چارچوب خانواده را داشته باشند، نگاهی نو، به این موضوع مبتنی بر احترام و کرامت برای زن دارد. تبیین نظریه اسلام در خصوص «حق زوجه بر استمتاع جنسی» نیازمند بحث از ادله فقهی است. کندو کاو در ادله فقهی و بررسی برخی فروع فقهی به این نتیجه رهنمون می کند که شوهر موظف است نیازهای جنسی زوجه را برآورده سازد و در صورت تخطی زوج از این وظیفه و تحقق عسر و حرج برای زوجه، حاکم شرع می تواند زن را طلاق قضایی دهد.

کلید واژگان: حقوق زن، حقوق جنسی، رابطه جنسی، حق استمتاع، طلاق قضایی.

---

* عضو هیئت علمی دانشگاه شهرکرد.

مقدمه

مفهوم حق را به عنوان آنچه مبتنی بر عدالت، برای افراد بشر پیش بینی شده است و توسط نیروی الزام آوری مورد حمایت قرار می گیرد، می توان با عنایت به منبع، قلمرو و ضمانت اجرا، به حق حقوقی و حق اخلاقی تقسیم کرد. درهم تنیدگی حق حقوقی با حق اخلاقی و همچنین ابتناء بسیاری از حقوق، بر ارزش ها و حقوق اخلاقی، موضوعاتی بدیهی در مباحث فلسفه حقوق به شمار می روند؛ به نحوی که حتی برخی ادعا کرده اند استدلال حقوقی، عیناً همان استدلال اخلاقی است تا آنجا که دست کم در امور بنیادین، تنها قانون واقعی در هر جامعه ای قانون اخلاقی است و اگر قانونگذار، قانونی را خلاف قاعده اخلاقی برگزیند آن قانون از اعتبار ساقط است.[1] آمیختگی و امتزاج قواعد حقوق خانواده با نظام ارزشی و اخلاقی، تبلور خاص و نمونه ای اعلا از آمیختگی حقوق و اخلاق می باشد. یکی از قواعد پذیرفته شده اخلاقی(صرف نظر از گرایش مذهبی) نظام تک شوهری در حقوق خانواده است. زنان، حسب فطرت و ویژگی های خاص وجودی خود، تمامی محبت و علاقه خود را برای یک شوهر هزینه می کنند. رابطه ای که بین زن و مرد به عنوان ارکان تشکیل دهنده خانواده ایجاد می گردد علاوه بر تأمین نیازهای مادی و روانی، باید پاسخگوی نیازهای طبیعی و فطری به نام «نیاز جنسی» نیز باشد. تأمین این نیاز به قدری اهمیت دارد که حتی برخی اساتید حقوق، اساس رابطه زوجیت را «رابطه جنسی» دانسته اند.[2] اگرچه بی گمان، علقه و رابطه بین زن و شوهر علقه مبارك و فراتر از «رابطه جنسی» است، لکن این نیاز نیز مانند سایر نیازمندی های بشری باید مورد احترام و حمایت قرار گیرد.

در نظام حقوقی مبتنی بر ساختار «تک شوهری»، ممکن است تأمین نیاز

۱. راسخ، **حق و مصلحت**، ص ۷۴.
۲. لنگرودی، **حقوق خانواده**، ص۱۵۸.

جنسی زنان به علل مختلف مورد تهدید قرار گیرد. نظام حقوقی اسلام علاوه بر پذیرش ساختار «تک شوهری» برای زنان و قرار دادن مجازات های سنگین برای زنانی که قصد ارضای جنسی خود در خارج از چارچوب خانواده را داشته باشند، در این موضوع نگاهی نو، مبتنی بر احترام و کرامت برای زن دارد. تبیین نظریه اسلام در خصوص «حق زوجه بر استمتاع جنسی» نیازمند بحث از ادله فقهی است. ممکن است سؤالات متعددی در این زمینه پیش آید؛ سؤالاتی مانند اینکه اگر زنی از نظر مزاجی سرد بوده و دیر تحریک شود و به همین دلیل نه تنها از رابطه جنسی لذت نبرد بلکه این عمل برای او ناراحت کننده نیز باشد، چگونه باید از حق جنسی او حمایت کرد؟ یا اگر زنی گرم مزاج بوده و در حالت تحریک مداوم باشد، فقه چه حمایتی برای او اندیشیده است؟ اگر شوهر وی توان ارضاء مشروع او را نداشته باشد، برای حمایت از زن چه راه حلی را باید پیمود؟ یا در صورتی که در هنگام درخواست زوج، زن برای انجام عمل زناشویی آمادگی نداشته باشد، به منظور حمایت از حق استمتاع زن، چه راهکاری باید اندیشیده شود؟

فقها در خصوص حقوق جنسی زوجه، در مباحث مختلفی نظیر نکاح، طلاق و حدود به تناسب بحث، به بررسی مصداقی برخی از اقسام این حق پرداخته اند. بحث از حق هم خوابگی(قسم)، ترك رابطه جنسی، مشروعیت عزل، دخول از مقعد و غیره در مباحث نکاح و بحث از مواردی همچون افضا، لزوم پرداخت دیه در صورت آسیب به زوجه در طی رابطه جنسی و غیره در مباحث جزایی فقه منعکس شده است.

همچنین فقها با استناد به روایاتی که دستورالعمل هایی برای رابطه جنسی پیشنهاد می کنند و با توجه به لسان این ادله و با حمل این اوامر بر استحباب،[3] بعضاً در مقدمه کتاب النکاح به برخی حقوق جنسی زوجین، البته با نگاهی اخلاقی و نه الزام آور، پرداخته اند.

۳. فاضل لنکرانی، **النکاح**، ص ۱۶ـ۱۴؛ خویی، **موسوعة الامام الخوئي**، ج۳۲، ص۲۴ـ۲۳.

در راستای تبیین حق استمتاع جنسی زن پس از ازدواج، ابتدا پیش فرض های این پژوهش مطرح و سپس به بررسی ادله مختلف در این موضوع پرداخته خواهد شد. مقاله در دو قسمت ادله عام و ادله خاص تدوین شده است. در بحث از ادله عام، دلایل عامی که می توان از آنها حق استمتاع زوجه را استنباط کرد بررسی می شود و در ادله خاص، دلایلی که به صورت مشخص به حق جنسی زوجه توجه و اشاره کرده بیان می گردد و در پایان نیز به تحلیل و نقد ادله مخالفان پرداخته شده است.

گردآوری اطلاعات در این مقاله با استفاده از روش کتابخانه ای و مراجعه مستقیم به منابع انجام شده است و داده های آن با شیوه توصیفی ـ تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته اند.

پیش فرض های پژوهش

این پژوهش دارای پیش فرض هایی است که مؤلف بر اساس آنها به تقریر مطالب پرداخته است از جمله اینکه:

الف) تبیین و تعریف حق در نظام حقوقی اسلام، از منابع فقهی یعنی قرآن، سنت، عقل و اجماع با اتکا به روش های استنباطی اصولی امکان پذیر است.

ب) حقوق جنسی مطرح شده در این پژوهش در فرضی موضوعیت دارند که اصل رابطه جنسی از طریق انعقاد عقد نکاح مشروع(دائم یا موقت) باشد.

ج) زوجین از عیوب موجب فسخ نکاح خالی باشند. به عبارت دیگر، این پژوهش ناظر بر حقوق جنسی «زوجین سالم» است.

بررسی ادله

ادله فقهی که می توانند مورد استناد قرار گیرند به دو دسته ادله عام و ادله خاص تقسیم می شوند:

الف) ادله عام

در منابع فقهی، آیات و روایات و حتی قواعد متقن فقهی وجود دارد که می تواند «لزوم حسن معاشرت در تمامی روابط بین زوجین» را اثبات کند و می توان موضوع مقاله را یکی از مصادیق این عناوین تلقی کرد. از این رو، از این ادله به عنوان ادله عام یاد می گردد.

۱. حرمت ایذاء مسلمان و به خصوص همسر

ایذاء معنای گسترده ای دارد که شامل هرگونه ناراحت سازی دیگران می باشد.[۴] اعمالی از قبیل ضرب و شتم، غیبت، تهمت، برآورده نساختن نیازهای مشروع دیگری و... را می توان مصادیقی از ایذاء تلقی کرد. در کتب متعدد روایی، باب خاصی به عنوان «ایذاء المؤمن» اختصاص داده شده است.[۵]

روایات این باب که ناظر بر کرامت ذاتی بشر هستند، انجام هرگونه فعل یا ترك فعلی را که به موجب آن، انسان دیگری ناراحت و آزرده شود، تقبیح کرده اند. در طی یک رابطه جنسی، حساسیت روحیه طرفین بالا می رود و لذا زوجین حق ندارند مرتکب اعمالی گردند که باعث ناراحتی و اذیت شدن طرف مقابل می شود. نمونه بارز ایذاء، ایذاء در حین رابطه و عمل جنسی است؛ زیرا در این موقعیت، احساسات طرفین به خصوص زنان به هیجان و حساسیت بالایی رسیده و هرگونه بدرفتاری جنسی باعث می شود که این احساسات مشروع، جریحه دار شوند.

پیامبر اکرم(ص) در مورد ایذاء همسر می فرماید:

۴. مازندرانی، شرح الکافی، ص ۲۴۸.

۵. فیض کاشانی، الوافی، ج ۵، ص ۵۹۵؛ حرعاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۲، ص ۲۶۴؛ حرعاملی، هدایة الأمة إلی أحکام الأئمة علیهم السلام، ج ۵، ص ۱۸۵؛ بروجردی، جامع أحادیث الشیعة، ج ۲۵، ص ۵۴۶.

محمد بن علی بن الحسین في (عقاب الأعمال): في عیادة المریض عن النبی(ص)، قال: **من کان له امراة تؤذیه لم یقبل اللّه صلاتها و لاحسنة من عملها حتی تعینه (تعتبه) و ترضیه و إن صامت الدهر و قامت و أعتقت الرقاب وانفقت الأموال في سبیل اللّه** و ... ؛[6]

هر کس همسری داشته باشد و او را اذیت کند، تا وقتی که رضایت او را جلب نکند، خداوند نماز و حسنات او را نمی‌پذیرد هرچند که تمام عمر را روزه بدارد و تمام اموال خود را انفاق کند و ... .

از این رو، با عنایت به این دسته از ادله باید هر عملی را که قبل، حین و بعد از رابطه جنسی، «ایذاء» نامیده شود، محکوم کرد. بنابراین، در مواردی که رعایت نکردن حق استمتاع زوجه باعث ایذاء وی شود، این عنوان باعث تحریم افعال شوهر خواهد شد.

۲. آیه شریفه «و عاشروهنّ بالمعروف»

تکلیف به حسن معاشرت بین زوجین در آیه ۱۹ سوره نساء مطرح شده است. محققان در تفسیر این عبارت، معاشرت به معروف را صحبت کردن و معاشرت کردن[7] و انصاف در رفتار و زیبایی در گفتار[8] و برخی فقها نیز آن را رفتاری که بین سایر مردمان متعارف است نامیده‌اند.[9]

معاشرت به معنای همراهی و مصاحبت و تعامل آمده و معروف نیز به معنای عمل کردن بر وفق فرمان الهی گفته شده است.[10] برخی محققان نیز عبارت

۶. حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، ج ۲۰، ص۱۶۳.
۷. راوندی، **فقه القرآن**، ج۲، ص ۱۸۴.
۸. قمی مشهدی، **تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب**، ج ۳، ص ۳۶۰.
۹. ابن ادریس، **السرائر**، ج ۲، ص ۶۵۵.
۱۰. طریحی، **مجمع البحرین**، ج ۵، ص ۹۴.

«وعاشروهن بالمعروف» را به معنای «با زنان به شایستگی زندگی کنید» دانسته اند و این شایستگی را در صورتی محقق می دانند که زنان و مردان به وظایف خود اعم از واجب و مستحب عمل کنند.[11]

حسن معاشرت یا خوش رفتاری زن و شوهر مربوط به عرف و عادات و رسوم اجتماعی است و مقتضای آن برحسب زمان و مکان و فرهنگ زن و شوهر متفاوت می باشد. داشتن روابط جنسی به طور متعارف، از لوازم حسن معاشرت است و هرگاه زن یا شوهر از آن امتناع کنند، خلاف وظیفه حسن معاشرت رفتار کرده اند.[12]

امام صادق(ع) در روایتی **(رحم اللّه عبداً أحسن فیما بینه و بین زوجته فان اللّه عزّوجلّ قد ملکه ناصیتها و جعله القیم علیها)** مردانی را که روابط بین خود و همسرشان را حسنه و نیکو نموده اند دعا فرموده اند.[13] پیامبر(ص) نیز در مورد حسن رفتار با زنان می فرماید: **«خیرکم خیرکم لنسائه و أناخیرکم لنسائي**، بهترین شما کسی است که بهترین رفتار را با همسر خود داشته باشد و من بهترین شما، در رفتار با همسر هستم».[14]

امر به معاشرت بالمعروف، اگرچه مقتضی وجوب اجابت هرگونه درخواستی از سوی زوجه نیست؛ اما باید پذیرفت که هرگاه درخواست های زوجه، مشروع باشد و رد این درخواست ها از سوی مرد منجر به ظلم و جور بر زن شود، قطعاً اقتضای وجوب خواهد داشت.[15]

---

۱۱. قریشی، **قاموس قرآن**، ج ۵، ص ۱.
۱۲. صفایی و امامی، **حقوق خانواده**، ج ۱، ص ۱۳۷.
۱۳. مجلسی دوم، **روضة المتقین**، ج ۸، ص ۳۷۷.
۱۴. همان، ص ۳۷۹.
۱۵. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۱، ص ۱۴۹.

مقتضای وجوب معاشرت بالمعروف، آن است که مرد در مواجهه با درخواست زن مبنی بر برقراری رابطه جنسی، نیاز جنسی زن را به نحو متعارف ارضا کند؛ به گونه ای که زن از این رابطه به لذت مطلوبی برسد. شیخ طوسی نیز با استناد به همین دلیل می نویسد: «معاشرت به معروفی که امر قرآن است، اقتضا دارد نزدیکی به گونه ای باشد که زوجین از آن لذت ببرند.[16]

۳. قاعده نفی عسر و حرج

یکی از قواعد مشهور و متقن فقهی، قاعده نفی عسر و حرج است. حرج به معنای ضیق و تنگی است و مقصود از نفی حرج، نفی هرگونه حرج خارجی است.[17] به عبارت دیگر، در دین اسلام هیچ حکمی که موجب ضیق و تنگی برای مکلفین شود جعل نشده است.[18] معیار قاعده، مطلق مشقت و سختی نیست، بلکه مشقت و سختی ای که عادتاً قابل تحمل نباشد.[19] درعین حال ملاك حرج، ملاك شخصی تلقی شده است.[20] اعمال خشونت در رفتار جنسی و عدم ارضاء جنسی در نظام حقوقی مبتنی بر ساختار تک شوهری، باعث ایجاد عسر و حرجی برای زوجه می شود که عادتاً نیز قابل تحمل نیست.

اگرچه بیشتر علما حق زوجه را در مورد برقراری رابطه جنسی هر چهار ماه یکبار قلمداد کرده اند،[21] ولی این سؤال مطرح است که اگر قبل از انقضاء این مدت، زن به علت نیاز جنسی تقاضای برقراری رابطه جنسی کند، مرد با چه

۱۶. طوسی، **المبسوط**، ج ۶، ص ۱۳.
۱۷. محمدی، **قواعد فقه**، ص ۱۸۴.
۱۸. موسوی بجنوردی، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ص ۲۵۳.
۱۹. مکارم شیرازی، **القواعد الفقهیة**، ج ۱، ص ۱۸۲.
۲۰. همان، ص ۱۹۶.
۲۱. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۱، ص ۱۴۸.

تکلیفی مواجه است؟ اگر مرد را مکلف به اجابت درخواست زن گرم مزاج ندانیم، آیا زن برای تأمین نیاز جنسی خود به عسر و حرج دچار نمی شود؟ تأمین نکردن نیاز جنسی زوجه نیز در بسیاری موارد غیر قابل تحمل است و از این رو زن به عسر و حرج دچار می شود.

اگر تکلیف کردن زوجه به اطاعت از شوهر به وسیله تمکین با این اطلاق «در هر وقت که زوج خواهد از او استمتاع یابد به جماع و سایر آنچه موجب التذاذ شود»[۲۲] پذیرفته شود، در مواردی که زن به لحاظ روحی و احساسی تمایلی به رابطه ندارد و برقراری رابطه جنسی از سوی مرد، زن را به سختی و مشقت می اندازد، به صورتی که ممکن است این سختی و مشقت به لحاظ حساسیت موقعیت روحی زن لطمات جبران ناپذیری به او وارد کند چه چاره ای باید اندیشید؟ همچنین در مواردی که زن و مرد از نظر مزاجی متفاوت هستند و این تفاوت در مزاج به اندازه ای شدید است که زن را به سختی و مشقت غیر قابل تحملی انداخته باشد چه باید کرد؟

تمکین به برقراری رابطه جنسی، امری اضافی است که باید طرف قبولی هم داشته باشد،[۲۳] همچنین تمکین نکردن از سوی شخصی را که وظیفه او تمکین است، نشوز می نامند؛[۲۴] بنابراین در صورتی که زن در وضعیت روحی مناسبی برای برقراری رابطه جنسی نباشد و از انجام عمل جنسی امتناع کند، نمی توان به نشوز بودن او حکم کرد. در چنین مواردی عسر و حرج به وجود آمده برای زوجه باعث می شود تا در تمامی موارد، عذر زن پذیرفته شود.

هرگاه زن متقاضی برقراری رابطه زناشویی باشد، ولی همسر حاضر به

۲۲. نراقی، **رسائل و مسائل**، ج ۲، ص ۱۱۹.
۲۳. میرزای قمی، **جامع الشتات في أجوبة السؤالات**، ج ۴، ص ۳۶۰.
۲۴. همان.

همبستری با وی نباشد و یا نتواند از نظر جنسی او را ارضا کند، و در صورت عدم ارضاء جنسی، زن به عسر و حرج دچار شود در این مورد آیا قاضی می تواند مرد را به برقراری رابطه جنسی ملزم کند یا اینکه صرفاً می تواند به تقاضای زوجه حکم طلاق را صادر کند؟

با توجه به قاعده نفی عسر و حرج نمی توان مرد را به برقراری رابطه جنسی ملزم کرد؛ زیرا مفاد این قاعده صرفاً نفی عسر و حرج می باشد همان گونه که در آیه شریفه آمده است «ما جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ؛ در دین حرجی برای شما قرار داده نشده است». [25]

به نظر ما در این قاعده رفع حکم اتفاق می افتد و نمی توان به استناد این قاعده حکم جدیدی را وضع کرد. با این حال، باید در نظر داشت که با توجه به لزوم معاشرت بالمعروف، تلاش مرد برای خارج شدن زن از وضعیت عسر و حرج نیز لازم است. در این مورد، چنانچه مرد به برقراری رابطه جنسی اقدام و سعی در ارضای زن کند، وضعیت عسر و حرج از بین می رود. لذا ابتدا باید مرد به برقراری رابطه جنسی ملزم شود و در صورت عدم امکان و یا عدم اراده مرد، زن طلاق داده شود.

در مواردی که مرد حاضر به ارضای زوجه نیست و یا اینکه اساساً توان ارضای همسر خود را نداشته باشد[26] و از این رهگذر زن به مشقت دچار شده باشد، قاضی می تواند حکم به طلاق بدهد. باید اضافه کرد که امتناع ناموجه شوهر از برقراری رابطه زناشویی نیز در مواردی که برای زن عسر و حرج ایجاد می کند، موجب پدید

۲۵. حج، آیه۷۸.

۲۶. البته در مواردی که مرد دچار عنن باشد، زوجه می تواند نکاح را فسخ کند. موضوع مطرح شده، مربوط به جایی است که اگرچه مرد عنین نیست لکن توان ارضای کامل زوجه را نیز ندارد.

آمدن حق درخواست طلاق برای زن می شود. در تمامی موارد ذکر شده باید توجه داشت که وضعیت عسر و حرج حالتی استمراری است، لذا تحقق یک مورد در ماه یا چند مورد در سال نمی تواند دستاویزی برای استناد زوجه به عسر و حرج باشد.

۴. قاعده لاضرر

قاعده مزبور از پرکاربردترین و بحث برانگیزترین قواعد فقهی است. در خصوص این قاعده مبانی مختلفی توسط فقها مطرح شده است[۲۷] اما به نظر می رسد مبنای شیخ انصاری کامل تر باشد، لذا در این بخش تنها مبنای نظری ایشان بیان می گردد. شیخ انصاری معتقد است که مراد از «لا» در جمله «لاضرر و لاضرار في الإسلام»، نفی جنس حقیقی نیست؛ زیرا در عالم خارج، واقعاً ضرر وجود دارد. در این جمله، واژه «حکم» در تقدیر گرفته شده و منظور آن است که حکم ضرری در اسلام وجود ندارد؛ بدین معنا که هر حکمی که از ناحیه شارع وضع گردد، اگر مستلزم ضرر باشد یا در اثر اجرای آن، ضرری به مردم وارد شود، وفق این قاعده برداشته خواهد شد.[۲۸] به عبارت دیگر، هرگاه حکمی سبب تحقق ضرر گردد، از آنجایی که ضرر(مسبب) در اسلام نباید تحقق پیدا کند، پس حکم(سبب) نیز ثابت نخواهد شد. بر این مبنا، کلیه احکامی که مستلزم ضرر برای زن هستند، برداشته شده اند. بنابراین می توان با استفاده از این ادله عموم و اطلاق ادله ای را که از حق استمتاع زوج سخن را نده اند، تخصیص و تقیید زد. ازاین رو در مواردی که برقراری رابطه جنسی از لحاظ جسمی یا روحی برای زن مضر

۲۷. برای مشاهده اختلاف نظرات موجود رجوع شود به: انصاری، **فرائدالاصول**، ج ۲، ص ۵۳۳؛ خراسانی، **کفایة الاصول**، ج ۲، ص ۲۶۷؛ شریعت اصفهانی، قاعده لاضرر، ص ۲۵؛ نراقی، **عوائدالایام**، ص ۱۸؛ امام خمینی، **رسائل**، ج ۱، ص ۵۰.

۲۸. انصاری، **فرائدالاصول**، ج ۲، ص ۵۳۳.

باشد، حکم به وجوب تمکین او ساقط می شود. از سوی دیگر، در مواردی که برقراری رابطه جنسی از لحاظ جسمی یا روحی برای زن مضر باشد، می توان گفت که چنین زنی شأن تمکین را ندارد ولذا تمکین بر او واجب نیست.

ب) ادله خاص

در بررسی ادله، مواردی یافت می شود که از مفاد هریک از آنها و یا از تحلیل روابط این ادله و یا حتی از مجموع این ادله می توان تئوری کلی این موضوع را دریافت. در برخی ادله نیز صراحتاً از برخی حقوق جنسی زوجه یاد شده است.

۱. ملاعبه پیش از نزدیکی

زنان در خصوص مسائل جنسی دارای ویژگی های خاصی هستند. امام علی(ع) در روایتی می فرماید: «عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسین بن سعید، عن الحسین بن علوان، عن سعدبن طریف عن الاصبغ بن نباتة، قال: قال أمیر المؤمنین(ع): **خلق اللّه الشهوة عشرة أجزاء فجعل تسعة أجزاء في النساء و جزءاً واحداً في الرجال**؛ خداوند شهوت را در ده جزء آفرید و نه جزء آن را در زنان قرار داد و یک جزء آن را در مردان قرار داده است.[۲۹] در روایت دیگری ضمن تأیید این مطلب، به حیاء بسیار زیاد زنان اشاره شده است[۳۰] که همین حیاء مانع از بسیاری گناهان در جامعه می شود. ازاین رو، طی یک رابطه جنسی مسائل متعدد و گوناگونی وجود دارد که مردان باید دقت کافی را به آنها داشته باشند. در کتب روایی، ابواب مختلفی تحت عناوین «استحباب مکث و درنگ و

۲۹. کلینی، **الفروع من الکافي**، ج ۵، ص ۳۳۹.
۳۰. همان، ح۵.

ملاعبه و ترك عجله در زمان نزدیکی»[۳۱و۳۲] یا «بیان آداب لمس کردن زوجه و زمان ها و مکان ها و اعمال شایسته و مورد کراهت برای انجام آن»[۳۳و۳۴] یا «ملاعبه (عشق بازی کردن) با همسر»[۳۵و۳۶] و سایر عناوین مشابه آمده است.

روایات، ملاعبه و معاشقه با زوجه را یک عمل پسندیده ـ که جزء سنن رسول اللّه(ص) است ـ معرفی کرده اند. مطابق روایت نبوی: «**کلّ لهو باطل الا ما کان من ثلاثة: رمیك عن قوسك و تأدیبك فرسك و ملاعبتك أهلك؛ فانّه من السنة**؛ هر عمل لهوی باطل است، به جز ... معاشقه و ملاعبه با همسر، که این کار از سنت است.»[۳۷] در روایت دیگری از نبی مکرم اسلام از مواقعه با همسر قبل از انجام ملاعبه، به جفا تعبیر شده است.[۳۸] تعبیر به جفا در این موارد بیانگر حق بودن استمتاع برای زوجه است؛ چرا که اگر زوجه حقی بر استمتاع جنسی نداشته باشد و طرف مستمتع در رابطه صرفاً زوج باشد، رعایت نکردن دستور به ملاعبه، نباید جفا تلقی شود.

در برخی دیگر از روایات به آرامش داشتن و رعایت سکینه و طمأنینه طی رابطه جنسی اشاره شده و از هرگونه تعجیل حین این رابطه، نهی شده است. امام علی(ع) در روایتی می فرماید: «**إذا أراد أحدکم أن یأتي أهله فلایعجّلها، فإنّ للنساء حوائج**؛ هنگامی که قصد می کنید با همسر خود همبستر شوید، با شتاب با

۳۱. «باب اسْتِحْبَابِ الْمَكْثِ وَ اللَّبْثِ وَ الْمُلَاعَبَةِ وَ تَرْكِ التعْجِيلِ عِنْدَ الْجِمَاعِ»
۳۲. نوری، **مستدرك الوسائل**، ج ۱۴، ص ۲۲۱.
۳۳. «بیان آداب الملامسة و أوقاتها الممدوحة و المکروهة و أماکنها و ما یکره عندها»
۳۴. بروجردی، **جامع أحادیث الشیعة**، ج ۲۵، ص ۳۸۸.
۳۵. باب استحباب ملاعبة الرجل و مداعبتها.
۳۶. حرعاملی، **هدایة الأمة إلی أحکام الأئمة علیهم السلام**، ج ۷، ص۱۶۶.
۳۷. نوری، **مستدرك الوسائل**، ج ۱۴، ص ۲۲۱.
۳۸. حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، ج ۱۴، ص ۱۴۵.

او رفتار نکنید؛ همانا زنان نیازهایی دارند». [۳۹] در این روایت، امام به نیازهای جنسی زنان اشاره کرده و دستور داده اند رابطه جنسی به نحوی باشد که حاجت و نیاز زن نیز تأمین شده باشد.

فیض کاشانی ذیل روایتی از امام صادق(ع) که می فرماید: «**إذا جامع أحدكم أهله فلا يأتيهنّ كما يأتي الطير ليمكث و ليلبّث**؛ هنگامی که با همسر خود همبستر می شوید مانند پرندگان آمیزش نکنید؛ بلکه با آرامش و درنگ او را سست نمایید» [۴۰] در بیان فلسفه لزوم این آرامش به تفاوت احساسات زن و مرد اشاره کرده است. ایشان می نویسد: «پس از تحقق عمل دخول، مرد آرام می شود و شهوت او کمرنگ می گردد؛ اما شوق و شهوت زن پس از انجام عمل دخول تقویت شده و ادامه دارد». [۴۱] از این رو، امام معصوم با در نظر گرفتن این تفاوت فیزیولوژیکی راهکاری را برای ارضای هر دو طرف ارائه کرده است.

در پژوهشی پیرامون انواع خشونت خانوادگی نزد زنان درك نکردن نیازهای غریزی زنان توسط شوهر و رها کردن زن بعد از ارضاء توسط مرد به ترتیب با پراکندگی ۸۲٪ و ۷۵٪ توسط گروه نمونه به عنوان خشونت های جنسی علیه زنان معرفی شده است. [۴۲] بنابر این به نظر می رسد در این دسته از روایات، مردان به درك نیازهای غریزی زنان توجه داده شده اند و همین امر نشان دهنده اهمیت موضوع برای شارع بوده است. شارع با بیان این دستورها، مردان را به رعایت این حق اولیه توجه داده است.

۳۹. حرعاملی، **هداية الأمة إلى أحكام الأئمة عليهم السلام**، ج ۷، ص ۱۱۶.
۴۰. فیض کاشانی، **كتاب الوافي**، ج۲۲، ص ۷۲۱؛ حرعاملی، **هداية الأمة إلى أحكام الأئمة عليهم السلام**، ج ۷، ص ۱۱۶.
۴۱. فیض کاشانی، **كتاب الوافي**، ج۲۲، ص ۷۲۱.
۴۲. ملک افضلی و همکاران، «بررسی انواع خشونت خانوادگی نزد زنان در شهر اصفهان، سال ۱۳۸۲»، **مجله علوم پزشکی دانشگاه آزاد اسلامی قم**، شماره ۲، ص ۶۵.

۲. وجود دستورالعمل هایی برای استمتاع بیشتر زوجه

استمتاع و بهره وری جنسی، امری طرفینی است که زوجین نسبت به آن محق هستند. در بررسی روایات، ادله ای یافت می شود که برای هرچه بیشتر شدن این لذات مشروع، دستورالعمل هایی پیشنهاد شده است. اگرچه این دستورالعمل ها را بر استحباب حمل کرده اند[۴۳]، اما از مجموع این روایات می توان پی برد که زوجین بایستی به نیازهای جنسی یکدیگر توجه و دقت لازم و کافی را داشته باشند. ازاله موهای زائد توسط مردان،[۴۴] انجام ندادن عمل زناشویی در اوقاتی که معمولاً زن آرامش روانی مناسبی ندارد؛ مانند شب یا روزی که زلزله ای اتفاق افتاده یا کسوف یا خسوفی محقق شده است[۴۵] و همچنین توصیه های پیامبر به داماد خویش حضرت علی بن ابی طالب(ع) قابل توجه می باشد.[۴۶] توصیه های پیامبر ضمن این حدیث طولانی و همچنین سایر روایات مشابه، لزوم توجه و دقت مردان در تعامل با همسر را گوشزد می کند.

در این بین، روایاتی وجود دارد که صراحتاً لذت بردن زن را مهم تلقی کرده است. امام رضا(ع) می فرماید:

الرسالة الذهبية للرضا(ع): **ولا تجامع امرأة حتى تلاعبها و تكثر ملاعبتها و تغمز ثديها، فإنك إذا فعلت ذلك (غلبت شهوتها) واجتمع ماؤها، لأنّ ماءها يخرج من ثديها و الشهوة تظهر من وجهها و عينيها و اشتهت منك مثل الذي تشتهيه منها؛**[۴۷]

۴۳. برای نمونه نگاه کنید به: فاضل لنکرانی، **النکاح**، ص۱۶ـ۱۴.

۴۴. ابن حیون، **دعائم الإسلام**، ج ۲، ص ۲۱۳.

۴۵. حرعاملی، **هداية الأمة إلى أحكام الأئمة عليهم السلام**، ج ۴، ص ۲۲۵؛ ابن بابویه قمی، **المقنع**، ص ۱۰۷؛ مفید، **الاختصاص**، ص ۲۱۸.

۴۶. بروجردی، **جامع احادیث الشیعة**، ج ۲۵، ص ۳۹۳ـ۳۸۷.

۴۷. نوری طبرسی، میرزا حسین، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، ج۱۴، ص۲۲۱.

با همسر خود همبستر مشو مگر اینکه با او ملاعبه نمایی و ملاعبه کردن را زیاد تکرار کن و پستان های او را مالش بده؛ هنگامی که تو این گونه عمل کنی شهوت و اشتیاق زن بیشتر می شود و آب او جمع می شود؛ زیرا آب او از بین پستان هایش خارج می شود؛ و شهوت و اشتیاق از چهره و چشم او هویدا می گردد و در چنین حالتی تو نیز به همان هیجانی خواهی رسید که او رسیده است.

در این حدیث، دستورالعمل و راهکاری برای لذت بردن زوجه از رابطه زناشویی ارائه شده است.

از دیگر دستورهای وارده، می توان به استحباب انجام عمل زناشویی در شب اشاره کرد. زنان[۴۸] به علت حالت حیاء و شرم ممدوحی که دارند از انجام این عمل در روز روشن پرهیز می کنند. همچنین در شب، آسودگی و آرامش مناسبی وجود دارد[۴۹] که باعث لذت بردن بیشتر زن می گردد.

این دستورالعمل ها، برای التذاذ بیشتر طرفین ارائه شده اند ولی جنبه الزامی ندارند؛ لذا طرفین می توانند آن گونه که تمایل دارند و لذت بیشتری می برند عمل کنند.

از سوی دیگر در فقه، از برقراری رابطه زناشویی در ایام خاصی که معمولاً زنان آمادگی جسمی یا روحی لازم برای برقراری رابطه جنسی را ندارند؛ مانند ایام حیض، نفاس و یا حالت احرام زن، نهی تحریمی شده است؛[۵۰] مثلاً به موجب آیه ۲۲۲ سوره بقره مادامی که زن در ایام حیض می باشد، نزدیکی با او حرام است.[۵۱]

---

۴۸. خویی، **موسوعة الامام الخوئی**، ج۳۲، ص ۸.

۴۹. یونس / ۶۷؛ نمل / ۸۶.

۵۰. ابن زهره حلبی، **غنیة النزوع**، ص ۳۶۳.

۵۱. ابن ادریس حلی، **السرائر**، ج۱، ص ۱۵۰ و ۳۴۸؛ اشتهاردی، **مدارك العروه**، ج ۵، ص ۳۱۷؛ فاضل لنکرانی، **النکاح**، ص ۱۳۶.

در مورد شأن نزول این آیه نگاشته اند که کناره گیری از زنان در ایام حیض یکی از سنت های رایج بین یهودیان بود که به اعراب جاهلی نیز سرایت کرده بود. این سنت به اندازه ای افراطی بود که در ایام حیض زنان، مردان حتی مسکن و آب و غذا خوردن خود را از زنان حائض جدا می کردند. از سوی دیگر، مسیحیان منطقه در این ایام هیچ چیزی را رعایت نمی کردند و با زنان حائض همبستر می شدند[۵۲]. با نزول این آیه، مسلمانان راه میانه ای را در پیش گرفتند. در ایام حیض اگرچه عمل دخول حرام است، اما سایر استمتاعات مباح اعلام شده است[۵۳]. در این مورد نگاشته اند: «اعتزال از موضع حیض که خون از آن جاری می شود، لازم است.»[۵۴] همچنین این فتوا مستند به روایتی از امام صادق(ع) در مورد روابط زناشویی در این دوره است که می فرماید: «همه گونه تمتع جایز است به جز رابطه دخول از فرج». حضرت در ادامه همین روایت تأکید می کند که «همانا زن، بسان عروسک مرد است.»[۵۵و۵۶] استفاده از تعبیر «لعبه»(عروسک) ناظر بر این است که در ایام حیض نباید در رفتار جنسی به نحوی عمل شود که زن اذیت شود. به نظر می رسد حساسیت روحیه زن به طور عام و حساسیت بیشتر ایشان در این دوره باعث گردیده است تا از این تعبیر در روایت استفاده شده است. نباید گمان شود که

۵۲. راوندی، **فقه القرآن**، ج ۲، ص ۵۱؛ فاضل مقداد، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، ج ۱، ص ۴۳؛ فاضل، کاظمی، **مسالک الأفهام إلی آیات الأحکام**، ج ۱، ص ۹۲؛ ملکی میانجی، **بدائع الکلام فی تفسیر آیات الأحکام**، ص ۴۴.

۵۳. طوسی، **الإستبصار**، ج ۱، ص ۲۹۱.

۵۴. ابن ادریس حلّی، **السرائر**، ج ۱، ص ۱۵۰.

۵۵. سَالت أَبَا عَبْد اللَّه (ع) مَا یَحلّ لِلرَّجُلِ مِنَ الْمَرْأَةِ وَ هِیَ حَائِض؟ قَالَ: کُلُّ شَیء غَیْرَ الْفَرْجِ قَالَ: ثُمَّ قَالَ: إِنَّمَا الْمَرْأَةُ لُعْبَةُ الرَّجُلِ.

۵۶. کلینی، **الفروع من الکافي**، ج ۵، ص ۵۳۹؛ حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج ۲، ص ۳۲۲؛ محمدتقی مجلسی، **روضة المتقین**، ج ۹، ص ۲۳۸.

در این روایت زن به مانند عروسکی بدون احساس تلقی شده است که بازیچه دست و احساس مردان است؛ بلکه از متن و سیاق روایت به خوبی بر می‌آید که امام معصوم در مقام بیان ظرافت احساس و زیبایی روان زن است.

صدور چنین دستورالعمل هایی که از نظر تعداد روایت و حتی اتقان سندی قابل توجه می باشد به خوبی بیانگر حق بودن استمتاع و بهره وری زن در فرایند عمل جنسی است. منتقدان حقوق اسلام که بعضاً حقوق اسلامی را حقوقی مردانه می نامند با ملاحظه این دسته روایات قطعاً نظر خود را تغییر خواهند داد.

۳. حق هم خوابگی(حق قسم)

اگر قسم به فتح «قاف» خوانده شود به معنای قسمت و پاره است و اگر به کسر خوانده شود به معنای بهره ونصیب خواهد بود[۵۷] با لحاظ این دو گونه معنا، هر دو قرائت صحیح خواهد بود. از نظر عرف، قسم به معنای تقسیم کردن شب ها بین زوجات است.[۵۸] نقل شده است که فقها به اتفاق معتقدند زوجه هر چهار شب یک بار حق هم خوابگی دارد.[۵۹] البته این اتفاق نظر فقها، مستند به روایات متعدد موجود در این زمینه است[۶۰]. این حق را یک حق مشترك بین زوجین دانسته اند.[۶۱] مشترك بودن این حق بین زوجین به دلیل ماهیت استمتاع است. با توجه به همین

---

۵۷. ابن منظور مصری، **لسان العرب**، ج ۱۲، ص ۴۷۸؛ خلیل بن احمد فراهیدی، **العین**، ج ۵، ص ۸۶.

۵۸. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۱، ص ۱۴۶.

۵۹. بحرانی، **الحدائق الناضرة**، ج ۲۴، ص ۵۸۸؛ طباطبایی، **ریاض المسائل**، ج ۲، ص ۱۴۹؛ فاضل لنکرانی، **النکاح**، ص ۴۷۲.

۶۰. حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج ۲۱، ص ۳۳۷.

۶۱. نجفی، **جواهرالکلام**، ج ۳۱، ص ۱۵۰.

ماهیت اشتراکی است که در صورت توافق طرفین، قابل اسقاط است. در صورتی که زوج این حق زوجه را رعایت نکند، لازم است در اولین فرصت، اهمال خود را جبران کند.[۶۲]

غرض از تشریع حق هم خوابگی، ایجاد و افزایش انس و محبت بین زوجین، رعایت عدالت و پرهیز از ایذاء و اذیت زن است و دلیل قرانی آن نیز آیه «و عاشروهن بالمعروف ... » می باشد[۶۳]. عموم زنان، بیش از رابطه جنسی، به محبت و توجه همسر خود نیاز دارند. حق قسم برای تأمین نیاز زنان به محبت جعل شده است. هنگامی که زن و شوهری حداقل هر چهارشب یک بار در آغوش یکدیگر آرام می گیرند و به تعبیر قرآنی به «سکینه» می رسند؛[۶۴] احساس امنیت و آرامش زن تأمین شده و در صورت برقراری رابطه جنسی، لذت بیشتری می برد.

۴. حق بر انجام عمل جنسی

روایات، برقراری رابطه جنسی به همراه دخول را هر چهار ماه یک بار بر زوج واجب کرده اند.[۶۵] این وجوب بدین معناست که زوج بایستی حداقل هر چهار ماه یک بار همسر خود را ارضا کند. بنابراین در واقع چهره دیگر این تکلیف، حق زوجه بر برقراری رابطه جنسی به همراه دخول است؛ بر مبنای حق بودن است که زوجه می تواند از این حق خود صرف نظر نماید ولی زوج نمی تواند بیش از این مدت از برقراری رابطه امتناع کند. در روایتی از امام رضا(ع) در مورد مردی

۶۲. همان، ص ۱۹۳.
۶۳. همان، ص ۱۴۹.
۶۴. روم / ۶۴.
۶۵. کلینی، **الفروع من الکافي**، ج ۶، ص ۱۳۰ـ۱۳۴؛ حرّ عاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج ۲۲، ص ۳۴۲.

پرسیده شد که به سبب ورود مصیبتی بدون اینکه قصد اضرار به همسر را داشته باشد، یک سال با همسر خود مجامعت نکرده است؛ امام فرمودند: «وسأل صفوان بن یحیی أبا الحسن الرضا(ع) عن رجل یکون عنده المرأة الشابّة فیمسک عنها الاشهر والسنة لایقر بها لیس یرید الاضرار بها یکون لهم مصیبة أیکون في ذلک آثماً؟ قال: **إذا ترکها أربعة أشهر کان آثماً بعد ذلك**؛ اگر بیش از چهارماه این عمل را ترك کند گناهکار خواهد بود». [۶۶] در روایت مشابه دیگری امام(ع) در ادامه پاسخ فرموده‌اند: «عن صفوان بن یحیی، قال: سألت الرضا(ع) عن الرجل یکون عنده المرأة الشابّة فیمسک عنها الأشهر و السنة لایقربها لیس یرید الاضرار بها یکون لهم مصیبة یکون في ذلک آثماً؟، قال: **إذا ترکها أربعة أشهر کان آثماً بعد ذلك إلاّ أن یکون بإذنها**؛ ... مگر اینکه به اذن زوجه‌اش باشد». [۶۷] این حکم اولیه بوده و در صورتی که زن قبل از انقضاء این مدت، مطالبه رابطه کند، مرد مکلف به تأمین نیاز زن است. در مورد ضمانت اجرای این حکم، باید گفت که تخطی از این واجب بر مرد، گناه است و در صورتی که از این رهگذر زن به عسر و حرج بیفتد می تواند از حاکم شرع تقاضای طلاق کند. این مسئله مورد فتوای برخی از بزرگان نیز بوده است. [۶۸]

گاهی زوج به قصد ضرر رساندن و اذیت کردن همسر، قسم یاد می کند که با همسر دائمی خود که پیشتر با او دخول انجام داده است، بیش از چهارماه رابطه جنسی نداشته باشد. به این عمل ایلاء گفته می شود. [۶۹] گاهی نیز زوج به همسر خود می گوید: «پشت تو برای من، مانند پشت مادرم است». به این عمل نیز ظهار

۶۶. طوسی، **تهذیب الأحکام**، ج ۷، ص ۴۱۲.
۶۷. همان، ص ۴۱۹.
۶۸. طباطبایی یزدی، **العروة الوثقی**، ج ۲، ص ۸۱۰.
۶۹. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۳، ص ۲۹۷.

گفته می شود.[۷۰و۷۱] این دو عمل به موجب آیات قرآنی حرام اعلام شده اند.[۷۲] در صورت تحقق این اعمال، مرد مکلف است پس از پرداختن کفارهٔ شکستن قسم، با همسر خود رابطه جنسی برقرار سازد، در غیر این صورت، حاکم شرع زن را طلاق می دهد.[۷۳] در فلسفه این حکم باید به نیاز زن نسبت به رابطه جنسی توجه کرد. با اینکه شکستن قسم حرام اعلام شده است؛ لکن در این گونه قسمی که حقوق مشروع همسر مخدوش می شود، خود شارع دستور به شکستن قسم داده است.

۵. عزل

عزل به معنای خارج کردن اندام تناسلی مرد هنگام انزال از فرج زن می باشد؛ به نحوی که منی در خارج از آن ریخته شود.[۷۴] در مورد مشروعیت عزل بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای اهل سنت آن را مستحب و مشروع دانسته اند.[۷۵] از میان فقهای شیعه برخی این عمل را بدون رضایت زوجه حرام

۷۰. ظِهار در فقه اسلامی نوعی جدایی در رابطه زناشویی است که مقررات آن در چهار آیه نخست سوره مجادله آمده است. ظهار وقتی به وقوع می پیوندد که مرد همسر خود را به پشت (ظَهرِ) زنی که بر او محرم و حرام ابدی است، مثل مادر یا خواهر یا دخترش، تشبیه کند؛ یعنی مثلاً به همسرش بگوید: «تو برای من مثل پشت مادرم هستی». در فرهنگ اعراب پیش از اسلام این کار موجب طلاق و ممنوعیت ابدی ازدواج می شده، اما در مقررات اسلامی هرچند حرام و گناه است اما آثاری حقوقی به همراه دارد؛ از جمله اینکه باعث می شود تا آمیزش جنسی بین زوجین ممنوع شود مگر اینکه شوهر از ظهار رجوع کرده و کفاره ظهار را بپردازد.

۷۱. نجفی، **جواهرالکلام**، ج۳۳، ص۹۶.

۷۲. بقره / ۲۲۶؛ مجادله / ۳.

۷۳. کلینی، **کافی**، ج ۶، ص ۱۳۳؛ حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج ۲۲، ص ۳۴۲.

۷۴. خویی، **موسوعة الامام الخوئي**، ج ۳۲، ص ۱۱۲.

۷۵. ابن حجر عسقلانی شافعی، **فتح الباري في شرح صحیح البخاری**، ج ۹، ص ۳۰۸؛ نووی، **المجموع شرح المهذّب**، ج ۱۶، ص ۴۲۱ـ۴۲۲؛ عینی، **عمدة القاری في شرح صحیح البخاري**، ج ۲۰، ص ۱۹۵.

اعلام کرده[۷۶]، برخی برای این عمل دیه تعیین کرده،[۷۷] برخی نیز آن را به طور مطلق جایز دانسته اند[۷۸] برخی نیز این عمل را مکروه تلقی نموده و در عین حال برای آن قائل به دیه شده اند.[۷۹] صاحب جواهر نیز این قول را به مشهور منتسب کرده است.[۸۰] برخی دیگر نیز معتقدند که در صورت اذن زوجه، این عمل مشروع بوده و در صورت عدم اذن وی، این عمل کراهت دارد.[۸۱] با وجود روایات متعددی که بر جواز عزل دلالت دارند،[۸۲] نمی توان منکر جواز عزل شد، لکن از جمع روایات باید همین نظر اخیر را پذیرفت. حکم کراهت، حکم اولیه موضوع، تلقی می گردد اما در صورتی که عزل باعث ایذاء زوجه شود، ادله حرمت ایذاء بر ادله این حکم اولیه مقدم خواهند بود.

۶. دخول از مقعد

در مورد جواز یا عدم جواز دخول از مقعد دو دسته روایت وجود دارد که باید به تحلیل آن پرداخت. از امام صادق(ع) در مورد مردی پرسیده شد که از مقعد با همسر خود رابطه دارد، امام پاسخ فرمودند: «عن عبداللّه بن ابی یعفور، قال: سألت أبا عبداللّه(ع) عن الرجل یأتي المرأة في دبرها، قال: **لا بأس إذا رضیت** ... در صورتی که زن راضی باشد اشکالی ندارد ...».[۸۳] در روایت دیگری امام به

۷۶. طوسی، **الخلاف**، ج ۴، ص۳۵۹.
۷۷. علامه حلی، **تحریر الأحکام الشرعیة**، ج ۲، ص ۲۷۸.
۷۸. خویی، **موسوعة الامام الخوئی**، ج۳۲، ص ۱۱۴؛ بهجت، **جامع المسائل**، ج ۳، ص۴۱۷.
۷۹. محقق حلی، **شرائع الإسلام**، ج ۲، ص ۲۶۵.
۸۰. نجفی، **جواهرالکلام**، ج۲۹، ص۱۱۲.
۸۱. فاضل لنکرانی، **النکاح**، ص۳۴.
۸۲. کلینی، **کافی**، ج۵، ص۵۰۴؛ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ج ۷، ص ۴۱۸.
۸۳. حرّ عاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج۲۰، ص ۱۴۶.

صورت مطلق این عمل را جایز دانسته است: عن ابن أبي يعفور، قال: سألت أبا عبدالله(ع) عن الرجل يأتى المرأة في دبرها، قال: **لا بأس به**،[۸۴] و در روایت دیگر ضمن اعلام جواز اصل این عمل، فرموده است: «عن ابن أبی یعفور قال: سألته عن إتيان النساء في إعجازهنّ، فقال: **ليس به بأس، و ما أحب أن تفعله**؛ من دوست ندارم این کار را انجام دهم».[۸۵] در روایت فتح بن یزید جرجانی نیز امام رضا(ع) فرموده اند: «و عن الفتح بن يزيد الجرجاني، قال: كتبت إلى الرضا(ع) في مثله، فورد الجواب: **سألت عمن أتى جارية في دبرها، والمرأة لعبة فلاتؤذي، و هي حرث كما قال الله**؛ زن، عروسک مرد است، پس او را اذیت نکنید؛ و همانطور که خداوند فرموده است(بقره/ ۲۲۳) زن، حرث(محل زراعت) است».[۸۶] همچنین در چند روایت دیگر جواز این عمل از آیات قرآنی استنباط شده است. حضرت لوط با اینکه می دانسته است که قوم او در انجام عمل جنسی، فرج زن را نمی خواهند؛ خطاب به ایشان می فرماید: «... **قال يا قوم هؤلاء بناتي هنّ أطهرلكم** ...؛ اینها دختران من هستند که برای شما پاك ترند»[۸۷و۸۸] فلذا مشروعیت دخول از مقعد با زنان را به صورت ضمنی پذیرفته است.

در دسته دیگری از روایات این عمل حرام اعلام شده است. پیامبر فرموده اند: «**محاش النساء على أمتي حرام**؛ مقعد زنان، بر امت من حرام است»[۸۹] و در روایتی از امام صادق(ع) نقل شده است که در مورد مردی سؤال شد که از مقعد با همسر خود رابطه دارد؛ امام از این عمل، اعلام کراهت کردند و فرمودند: « و عن أبي

۸۴. همان، ص۱۴۷.
۸۵. همان.
۸۶. همان، ص ۱۴۴.
۸۷. هود / ۷۸.
۸۸. حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج ۲۰، ص ۱۴۶، ح۳.
۸۹. **تهذیب الاحکام**، ج۷، ص۴۱۶.

بصیر عن أبي عبداللّه(ع) قال: سألته عن الرجل يأتي أهله في دبرها فكره ذلک و قال: و إيّاكم و محاشّ النساء و قال: **إنّما معنى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنّى شئتم ...) أي ساعة شئتم**؛ از مقعد زنان بپرهیزید». و در ادامه همین روایت، معنای آیه شریفه «**نِساؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُم** ...»[۹۰] را حمل بر زمان کرده است؛[۹۱] یعنی هر زمان که خواستید با زنان خود رابطه داشته باشید. صاحب جواهر نیز پس از نقل این احادیث ضمن خدشه در سند و دلالت این روایت، هیچ کدام از روایات منع را نمی‌پذیرد. اما در نهایت، معتقد است که با عنایت به این روایات باید این عمل را حمل بر کراهت بسیار شدید کرد.[۹۲]

لکن با تأمل در روایات این باب به نظر می‌رسد برای جمع بین این دو دسته روایت می‌توان راهی غیر از حکم به کراهت شدید پیمود. روایات جواز، جواز را به رضایت زوجه مقید کرده‌اند و در روایت چهارم نیز از زوجه به «لعبه» تعبیر شده است و اذیت او را روا ندانسته است. بنابراین، روایات مطلق این دسته را باید حمل بر رضایت زوجه نمود. لذا در صورتی که زوجه راضی به این فعل باشد کراهتی وجود ندارد. از سوی دیگر، روایات دال بر عدم جواز را نیز می‌توان در مورد فرضی دانست که زن رضایت ندارد. صاحب جواهر نیز این نظر را ارائه می‌کند ولی به دلیل نبودن سابقه برای این فتوا و همچنین به منظور فرار از خرق اجماع مرکب، این نحوه جمع را نمی‌پذیرد.[۹۳] در نهایت به نظر می‌رسد با توجه به روایات موجود در این باب هرگونه اجماعی در این خصوص، مدرکی محسوب شده و قابل استناد نیست. از سوی دیگر، نبودن سابقه برای یک فتوا نمی‌تواند

۹۰. بقره / ۲۲۳.
۹۱. حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج۲۰، ص۱۴۴، ح۹.
۹۲. نجفی، **جواهرالکلام**، ج ۲۹، ص ۱۰۶.
۹۳. همان، ص ۱۰۸.

باعث وهن آن نظر و فتوا گردد، بنابراین به نظر می‌رسد با عنایت به لسان این ادله، بهترین نوع جمع، همین جمعی باشد که از سوی صاحب جواهر ارائه شده است. در این صورت رضایت‌مندی زوجه نیز از عمل زناشویی تأمین شده است.

از مجموع ادله مذکور بر می‌آید که در فرایند عمل جنسی، زوجین باید به نیازهای یکدیگر احترام بگذارند. این برداشت که زن وسیله شهوت‌رانی مرد بوده و برای التذاذ او مکلف به تبعیت است، قطعاً مطرود فقه شیعه است. زن حق دارد در فرایند عمل جنسی، همچون مرد کامیاب شود و فقه شیعه مواردی را که باعث آزار و اذیت زن شده تقبیح و تحریم کرده است و در مواردی نیز که احتمال ناراحتی زن وجود داشته است موضوع را به رضایت او منوط کرده است. لذا مجموعاً حق بهره‌وری و کامیابی جنسی زن از ادله قابل استنتاج می‌باشد.

بررسی ادله مخالفان

در میان مباحث فقها عنوان «حق استمتاع یا تمتع جنسی زن» به صورت مستقل مورد بحث واقع نشده و ظاهراً مورد توجه هم نبوده است؛ لکن شاید بتوان از برخی عبارات ایشان، نظر دیگری استنتاج کرد. به منظور تنقیح موضوع و پاسخ‌گویی به شبهات و یا سؤالات و یا نظرات مخالف با نظریه مطرح شده در این مقاله، در ادامه به بیان و نقد ادله عمده مخالفان پرداخته خواهد شد.

۱. اطلاق آیه «... نساؤکم حرث لکم فأتوا حرثکم أنّی شئتم...»

آیه ۲۲۳ سوره شریفه بقره می‌فرماید: «**... نساؤکم حرث لکم فأتوا حرثکم أنّی شئتم ...**»؛ برخی با استدلال به این آیه حق جنسی را مختص زوج پنداشته و نگاشته‌اند: «در هر وقت که زوج خواهد از او استمتاع یابد به جماع و سایر آنچه

موجب التذاذ شود»[۹۴] در حالی که با خدشه در دلالت آیه، اساس فتوای ایشان متزلزل می گردد.

آنچه نیاز به بحث و بررسی دارد، تحلیل معنای لفظ «أنّی» در تفسیر این آیه شریفه می باشد که در این مورد چند گونه استدلال شده است؛ نخست آنکه لفظ «أنّی» در عبارت «**فأتوا حرثکم أنّی شئتم**» بر جواز مقاربت از حیث مکان دلالت داشته و از این رو جواز وطی از دبر از آن استفاده می شود.[۹۵] برخی لفظ را ناظر بر زمان و مؤید دیدگاه خود را آیه ۲۲۲ سوره بقره دانسته اند که به مسئله حیض زنان و نزدیکی نکردن با ایشان در این ایام دلالت دارد[۹۶] به گونه ای که در غیر این زمان استمتاع از زن در هر زمان که مرد بخواهد جایز است.

برخی نیز معتقدند که واژه «أنّی» در آیه مطلق آمده و در زمان و مکان استعمال گردیده است، بنابراین، به مردان حق هرگونه بهره وری جنسی از زن را می دهد. مردان در هر زمان و مکان، می توانند از همسر خود هر نوع استمتاعی داشته باشند[۹۷] این عده در مقام اثبات دیدگاه خود به روایات متعددی که در تفسیر این آیه آمده است، استناد می کنند.[۹۸]

در پاسخ به قائلین اطلاق می توان چنین استدلال کرد:

الف) این آیات در مقام رفع حظر[۹۹] است و امر عقیب حظر نیز صرفاً بر مورد

۹۴. نراقی، **رسائل و مسائل**، ج۲، ص۱۱۹.

۹۵. روحانی، **فقه الصادق**، ج ۲۱، ص ۷۰ـ۷۱؛ علم الهدی، **رسائل**، ج ۱، ص ۲۳۳.

۹۶. فاضل هندی، **کشف اللثام**، ج ۲، ص ۵۴؛ خویی، **موسوعة الامام الخوئي**، ج۳۲، ص۱۰۸ـ۱۰۷.

۹۷. محقق حلی، **شرائع الإسلام**، ج۲، ص۶۰۷.

۹۸. حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج ۱۴، ص۱۱۰.

۹۹. بسیاری از اصولیان معتقدند که صیغه امر ظهور در وجوب دارد. این عده از علما در امری که بعد از نهی واقع می شود با هم اختلاف دارند. بعضی از آنها قائل اند که امرِ بعد از نهی،

اصل جـواز عـمـل دلالت دارد؛[100] بدین معنا کـه با مـرتفع شـدن مـمنوعیت ایام حـیض، نزدیکی با زن در هـر زمـان و مکـان یا به هر شکل مـمنوع نیـست، امـا آیه درصدد اثبات این امر نمی باشد که تمام انواع استمتاع در هر زمان و مکان حق مرد یا تکلیف زن است. به تعبیر دیگر، اطلاق آیه در جهت جواز رفع حظر است، نه در جهت اثبات حق یا تکلیف.[101]

ب) آیه درصـدد بیـان این مطلـب است کـه زنان برای بقـای نسل مـانـند حـرث می باشند. بقای نـوع، تقییـد زمانی یا مکانی بر نمی دارد؛ بنابراین، درصـدد اثبات حق استمتاع برای مرد به صورت مطلق نیست.[102]

نهـایـت مطلب آنکه حـتـی اگـر عـمـوم یـا اطلاقی برای این آیه اثبـات گـردد، با استفاده از ادله ای کـه بحث شد می توان این عموم و اطلاق را تخصیص و تقـییـد زد و حق استمتاع جنسی زوجه را مورد لحاظ قرار داد.

۲. روایات دال بر انحصار حقوق زوجه

یکی از فـقـهـای برجستـه[103] با استناد به روایاتی کـه در ادامـه به آنهـا خـواهیم پرداخت، حـقـوق زوجـه را در تأمـین غـذا و پوشش مناسب و بخـشش هـنگام خطا منحصر کرده است و حـتی صراحتاً فرموده: «حق استمتـاع مربوط به زوجه نیست و به همیـن دلیل بر شـوهر واجب نیـست در صـورت مطالبـه رابطه از سـوی زن آن را

بر اباحه دلالت می کند. بعـضی دیگر قائل به وجوب اند و برخی دیگر هم امـر بعد از نهی را تابع امر قبل از نهی دانسته اند؛ مثال موضوع بحث آیه «إذا حللتم فاصطادوا» می باشد.

۱۰۰. آخوند خراسانی، **کفایة الاصول**، ج ۱، ص ۲۱۱.

۱۰۱. شکری و مؤمن، «نقش قـاعده لاضـرر در حق خـودداری زن از تمکین خـاص»، مـجله **مطالعات راهبردی زنان**، شماره ۵۱، ص ۱۱۰.

۱۰۲. طباطبایی، **ریاض المسائل**، ج ۲، ص ۲۲۳.

۱۰۳. نجفی، **جواهرالکلام**، ج ۳۱، ص ۱۵۳.

اجابت نماید»؛[۱۰۴] از جمله این روایات می توان به روایات ذیل اشاره کرد:

الف) اسحاق بن عمار از امام صادق(ع) پرسید: حق زوجه بر مرد چه چیزی است که در صورت انجام آن، مرد، محسن محسوب شود؟ «عن اسحاق بن عمّار، قال: قلت لأبي عبداللّه (ع): ما حقّ المرأة على زوجها الذّي إذا فعله كان محسناً؟ قال: **يشبعها و يكسوها و إن جهلت غفرلها** ... امام پاسخ فرمودند: او را سیر کند و بپوشاند و اگر خطایی کرد، ببخشد... .»[۱۰۵]

ب) از امام در مورد حقوق زوجه پرسیده شد؛ امام فرمودند: «عن شهاب بن عبدربّه، قال: قلت لأبي عبداللّه (ع): ما حقّ المرأة على زوجها؟ قال: **يسدّ جوعتها و يستر عورتها ولايقبح لها وجهاً** ... ؛ شکم او را سیر کند، عورت او را بپوشاند (کنایه از اینکه به او پوشش مناسب بدهد) و بر او ترشرویی نکند...».[۱۰۶]

اگرچه این روایات همان گونه که گفته اند مستفیض و بلکه متواتر هستند[۱۰۷] لکن در بررسی آنها باید دقت داشت که این روایات در مورد نفقه و میزان آن وارد شده اند و نمی توان با تمسک به انحصار وارده و اطلاق این دسته از روایات حقوق زوجه را به رفع گرسنگی و تأمین پوشش و عدم ترشرویی منحصر کرد؛ زیرا اساساً این روایات در مقام بیان حداقل های زندگی زناشویی بوده اند و از موضوع تأمین نیازهای جنسی انصراف دارند.

نتیجه

در نگاهی منظومه وار به حقوق اسلام، حق استمتاع جنسی زنان قابل استنباط

---

۱۰۴. همان.

۱۰۵. کلینی، **کافی**، ج ۵، ص ۵۱۰، ح۱.

۱۰۶. حرعاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج ۲۱، ص ۵۱۳، ح۱.

۱۰۷. نجفی، **جواهرالکلام**، ج۳۱، ص۱۵۳.

است. زوجه در رابطه زناشویی حق دارد بهره وری و استمتاع جنسی را تجربه کند و مرد نیز در مواردی که برقراری رابطه زناشویی به تقاضای زوجه باشد، مکلف به اجابت زوجه است. با وجود حق استمتاع جنسی زوجه، هرگاه مرد بدون داشتن عذر موجه از برقراری رابطه زناشویی امتناع ورزد، گناهکار است و همچنین هر گاه از قبل مسائل زناشویی، حقوق جنسی زن تأمین نگردد و مرد قادر به ارضای جنسی وی نباشد به نحوی که زن دچار عسر و حرج شود، می تواند از حاکم شرع درخواست طلاق کند.

منابع و مآخذ

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی حلّی**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ. ق.
۲. ابن بابویه قمی، محمد بن علی، **المقنع**، قم، مؤسسهٔ امام مهدی، چاپ اول، ۱۴۱۵هـ. ق.
۳. ابن حیون تمیمی مغربی، نعمان بن محمد، **دعائم الإسلام**، قم، مؤسسة آل البیت(ع)، چاپ اول، ۱۳۸۵هـ. ق.
۴. ابن زهره حلبی حسینی، حمزة بن علي، **غنیة النزوع إلی علمي الأصول و الفروع**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۵. ابن منظور مصری، محمد بن مکرّم، **لسان العرب**، بیروت، دارصادر، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۶. ابن حجر عسقلانی شافعی، احمدبن علی، **فتح الباري في شرح صحیح البخاري**، بیروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۷. آخوند خراسانی، محمدکاظم، **کفایة الاصول**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸هـ. ق.

۸. اشتهاردی، شیخ علی پناه، **مدارك العروه**، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۹. امام خمینی، سیدروح اللّه، **رسائل**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، چاپ اول، ۱۳۸۲هـ. ش.
۱۰. انصاری، شیخ مرتضی، **فرائدالاصول**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲هـ. ق.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، **الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵هـ. ق.
۱۲. بروجردی، آقاحسین، **جامع أحادیث الشیعة**، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول، ۱۳۸۶هـ. ق.
۱۳. بهجت، محمدتقی، **جامع المسائل**، قم، بی نا، بی تا.
۱۴. حرعاملی، محمد بن الحسن بن علی، **هدایة الأمة إلی أحکام الأئمة علیهم السلام**؛ به تصحیح گروه حدیث بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ناشر آستان مقدس امام رضا(ع)، مجمع البحوث الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۱۵. ـــــــــ، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، قم، مؤسسة آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹هـ. ق.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم، **موسوعة الإمام الخوئي**، بی جا، بی نا، بی تا.
۱۷. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، تهران، نشر طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۸. راوندی، قطب الدین سعید بن عبداللّه بن حسین، **فقه القرآن**، قم، مکتبة آیة اللّه مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۵هـ. ق.
۱۹. روحانی، سید محمد صادق، **فقه الصادق**، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۴هـ. ق.
۲۰. شریعت اصفهانی، فتح اللّه، **قاعده لاضرر**، قم، بی نا، بی تا.

۲۱. شکری، فریده و مؤمن، رقیه سادات، «نقش قاعده لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص»، **مجله مطالعات راهبردی زنان**، تهران، ۱۳۹۰، شماره ۵۱.
۲۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، **حقوق خانواده**، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۳هـ. ش.
۲۳. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم، **العروة الوثقی**، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹هـ. ق.
۲۴. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد بن ابی معاذ، **ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ. ق.
۲۵. طباطبایی، سید محمد حسین، **المیزان في تفسیر القرآن**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۲هـ. ق.
۲۶. طریحی، فخر الدین بن محمد؛ **مجمع البحرین**؛ به تصحیح حسینی اشکوری، احمد، تهران، نشر مرتضوی، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی، **الإستبصار فیما اختلف من الأخبار**؛ به تصحیح حسن موسوی خرسان، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۹۰هـ. ق.
۲۸. ـــــــــ، **الخلاف**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷هـ. ق.
۲۹. ـــــــــ، **المبسوط في فقه الامامیه**، تحقیق محمد باقر بهبودی، تهران، المکتبة المرتضویه، ۱۳۸۷هـ. ق.
۳۰. ـــــــــ، **تهذیب الأحکام**، به تصحیح سید حسن موسوی خرسان، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷هـ. ق.
۳۱. علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحکام الشرعیة**

علی مذهب الإمامیة، بی جا، بی نا، بی تا.

۳۲. ـــــــــ، **مختلف الشیعة في أحکام الشریعة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ. ق.

۳۳. علم الهدی، سید مرتضی، **رسائل**، تحقیق سید مهدی رجایی، قم، دارالقرآن، ۱۴۰۵هـ. ق.

۳۴. عینی، بدرالدین، **عمدة القاري في شرح صحیح البخاري**، بیروت، دارإحیاء التراث العربي، بی تا.

۳۵. فاضل لنکرانی، محمد، **النکاح (تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسیلة)**، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱هـ. ق.

۳۶. فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبد الله، **کنز العرفان في فقه القرآن**، قم، بی نا، بی تا.

۳۷. فاضل هندی(اصفهانی)، بهاءالدین محمد بن الحسن بن محمد، **کشف اللثام**، قم، مکتبة آیة اللّه العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۵هـ. ق.

۳۸. فاضل کاظمی اسدی، جواد بن سعد بن علی، **مسالک الأفهام إلی آیات الأحکام**، بی جا، بی نا، بی تا.

۳۹. فراهیدی، خلیل بن احمد، **العین**، قم، منشورات دارالهجره، ۱۴۱۰هـ. ق.

۴۰. فیض کاشانی، ملامحسن، **کتاب الوافی**، اصفهان، کتابخانه امام أمیر المؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶هـ. ق.

۴۱. قریشی، علی اکبر، **قاموس قرآن**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲هـ. ق.

۴۲. قمی مشهدی، محمد بن محمدرضا، **تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب**، به تصحیح حسین درگاهی، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸هـ. ش.

۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافی**، به تصحیح غفاری، علی اکبر و آخوندی، محمد، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷هـ. ق.
۴۴. لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق خانواده**، تهران، نشر گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰هـ. ش.
۴۵. مازندرانی، محمدصالح بن احمد، **شرح اصول الکافي**، به تصحیح ابوالحسن شعرانی، تهران، المکتبة الإسلامیه، ۱۳۸۲.
۴۶. مجلسی، محمدتقی بن مقصودعلی، **روضة المتقین في شرح من لا یحضره الفقیه**، به تصحیح موسوی کرمانی، حسین و اشتهاردی، شیخ علی پناه، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶هـ. ق.
۴۷. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ. ق.
۴۸. محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقه**، تهران، یلدا، ۱۳۷۳هـ. ش.
۴۹. مفید، ابی عبدالله محمد بن محمدبن نعمان، **الاختصاص**، به تصحیح علی اکبر غفاری و سید محمود محرمی زرندی، قم، الموتمر العالمي لألفیة الشیخ المفید، ۱۴۱۳هـ. ق.
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقهیة**، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین(ع)، ۱۴۱۱هـ. ق.
۵۱. ملک افضلی، حسین و مهدی زاده، مرتضی و زمانی، احمد رضا و فرج زادگان، زیبا، «بررسی انواع خشونت خانوادگی نزد زنان در شهر اصفهان، سال ۱۳۸۲»، **مجله علوم پزشکی دانشگاه آزاد اسلامی قم**، قم، سال۱۴، ۱۳۸۳، شماره۲.
۵۲. ملکی میانجی، محمد باقر، **بدائع الکلام في تفسیر آیات الأحکام**، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۰هـ. ق.

۵۳. موسوی بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ، **القواعد الفقهیه**، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ. ق.
۵۴. میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات في أجوبة السؤالات**، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳هـ. ق.
۵۵. نجفی، محمدحسن بن محمدباقر، **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، به تصحیح شیخ عباس قوچانی، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، بی تا.
۵۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، **رسائل و مسائل**، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۷. ـــــــــ، **عوائدالأیام**، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۸. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، به تصحیح مؤسسة آل البیت علیهم السلام، قم، مؤسسة آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۸هـ. ق.
۵۹. نووی، یحیی بن شرف، **المجموع شرح المهذّب**، بیروت، دارالفکر، بی تا.

جریمه دیر کرد وام های بانکی

حرمت یا حلیت

○ سید جابر موسوی راد *

چکیده

حلیت یا حرمت گرفتن جریمه دیر کرد وام های بانکی، یکی از مسائل مهم بانکی به شمار می آید. بیشتر فقها گرفتن این جریمه را خلاف شرع و مصداق بارز ربا دانسته‌اند. علاوه بر این که روایاتی خاص در این باب وارد شده، گرفتن این جریمه، مصداق همان ربای جاهلی است که قرآن از آن نهی کرده است. در مقابل، برخی از فقها با مطرح کردن راهکارهایی چون جداسازی ربا از وجه التزام، تبیین ضرر وارد بر قرض دهنده، روایت «...لي ّالواجد بالدين يحل ّعرضه و عقوبته»، قاعده وجوب وفای به عهود، حکم حکومتی، کاهش ارزش پول، در صدد اثبات حلیت این امر برآمده‌اند.

---

* طلبه مقطع سطح ۴ حوزه علمیه قم.

در این مقاله، با بررسی راهکارهای یاد شده به این نتیجه رسیده‌ایم که گرفتن این جریمه وجه شرعی ندارد؛ مگر آنکه مدت زیادی از زمان مقرر پرداخت قرض گذشته و تورم به میزان چشمگیری بالا رفته باشد؛ به صورتی که عرف، پرداخت این پول را معادل پول قبلی نداند.

کلید واژگان: جریمه دیر کرد، بانک، وجه التزام، ربای جاهلی، کاهش ارزش پول

مقدمه

جواز یا حرمت گرفتن جریمه دیرکرد وام های بانکی، از مسائل مهمی است که در نظام بانکداری کشور موجب نزاع های علمی زیادی شده است. از طرفی این مسئله در نهادهای قانون‌گذار موجب بروز اختلافاتی گردیده است[1] و از طرف دیگر، با وجود رأی مشهور فقها، در باره حرمت دریافت این جریمه، برخی از فقهای معاصر برای اثبات حلیت دریافت این جریمه راه‌هایی را نشان داده‌اند. در این میان، اقتصاددانان استدلال می‌کنند که قول به حرمت، حتی اگر متناسب با اصول فقهی و شرعی باشد، در نگاه کلان و به صورت نظام مند، موجب بروز مغایرت‌هایی می‌شود که با روح دین سازگار نیست.

استدلال این اقتصاددانان این است که با حذف دیرکرد، تأخیر در بازپرداخت

---

۱. گرفتن جریمه دیر کرد، در میان نهادهای قانون گذار هم اختلافات زیادی برانگیخته است. در سال ۱۳۶۱ شورای نگهبان با تأیید دبیر آن زمان شورای نگهبان (آیت اللّه صافی گلپایگانی) اجازه دریافت جریمه دیر کرد را به بانک‌ها می‌دهد. در سال ۱۳۶۸ این قانون دوباره به مجمع تشخیص مصلحت نظام رفت و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز دریافت این جریمه را قانونی دانست. این قانون بعد از تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام، به تأیید مقام معظم رهبری رسید. (برای مشاهده تغییرات این قانون در سال های مختلف، ر.ك: موسویان، «بررسی فقهی ـ حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران»، مجله فقه و حقوق، شماره ۴، ص۱۲ـ۲۳).

تسهیلات بانکی افزایش می یابد؛ در این شرایط با تأخیر در پرداخت وام ها، بانک ها با کمبود سپرده مواجه می شوند و با افزایش معوقات و کاهش توان وام دهی بانک ها، تولید به شدت صدمه می بیند و زمینه افزایش قیمت ها و تورم فراهم می شود. نتیجه این روند، افزایش بیکاری، رکود و ورشکستگی بانک هاست که قطعاً هیچ یک از علما خواستار چنین اوضاعی نیستند.

اغلب قریب به اتفاق فقها از دیرزمان، حکم به حرمت گرفتن جریمه دیرکرد داده اند؛ اما در مقابل، امروزه برخی فقها راه هایی برای اثبات حلیت دریافت جریمه دیرکرد پیشنهاد کرده اند:

۱. استدلال از طریق جداسازی وجه التزام از ربا؛

۲. استدلال از طریق تبیین ضرر وارد بر قرض دهنده؛

۳. استدلال از طریق روایت «لی الواجد بالدین یحل عرضه و عقوبته»؛

۴. استدلال از طریق قاعده وجوب وفای به عهود؛

۵. استدلال از طریق حکم حکومتی حاکم شرع یا تعزیر قاضی؛

۶. استدلال از طریق کاهش ارزش پول.

به نظر می رسد که هیچ کدام از این راه حل ها برای اثبات حلیت دریافت جریمه دیرکرد کافی نیست و بنابراین گرفتن جریمه دیرکرد بانک ها حرام است؛ مگر اینکه آن قدر مدت طولانی بگذرد و تورم افزایش یابد که دیگر ادای این مقدار پول، ادای آن دین محسوب نشود.

در این مقاله ابتدا ادله حرمت بررسی شده و سپس ادله مخالفان نقد گردیده و در نهایت، راه حلی اقتصادی برای جای گزینی این جریمه پیشنهاد شده است.

ادله فقهی حرمت دریافت جریمه دیرکرد

چنان که گفتیم، بیشتر فقها، دریافت این جریمه را حرام می دانسته اند، اما فتواهای

مخالفی هم وجود دارد.[۲] مهم ترین ادله موافقان حرمت بدین شرح است:

۱. **ربوی بودن معامله**: موافقان حرمت، معتقدند که گرفتن جریمه دیرکرد مصداق واضح ربا گرفتن است. صاحب جواهر در این باره می نویسد: «بلکه آن، بدون شک و اختلافی ربای حرام است».[۳]

علت ربوی بودن، این است که ملاك ربا، شرط کردن افزایش مال در قرض است[۴] و در اینجا افزایش مدت قرض زمان دار، در مقابل زیاد کردن مقداری مال

۲. از جمله آیت اللّه گلپایگانی در پاسخ به پرسشی درباره جریمه های بانکی فرموده اند:
«شرط زیاده، اگرچه به عنوان حق الزحمه و سایر مذکورات در سؤال باشد، ربا و حرام است و جریمه نیز حرام است؛ ولی اگر مدیون به نحو شرعی در ضمن عقد خارج لازم، ملتزم شده باشد که اگر از موعد مقرر تأخیر انداخت، مبلغ معینی مجاناً بدهد، اشکال ندارد». (**مجمع المسائل**، ج۲، ص ۹۱).
هم چنین آیت اللّه صافی دراین باره می نویسد:
«گرفتن خسارت تأخیر پرداخت جایز نیست، مگر اینکه در ضمن عقد لازم شرط شود و برای مهلت و تأخیر در مطالبه نباشد.» (آیت اللّه صافی، **جامع الاحکام**، ج۲، س ۱۹۹۵).
آیت اللّه مکارم به این پرسش، پاسخ های متفاوتی داده اند. ایشان در یک پاسخ به یک استفتاء می گویند: «جبران خسارت تأخیر تأدیه، ربا بوده و حرام است؛ ولی اگر فاصله زمانی زیادی بوده و تورم هم زیاد باشد به صورتی که پرداخت مبلغ مذکور، عرفاً ادای دین به حساب نمی آید، باید آن را به قیمت روز حساب کرده یا مصالحه کند». (آیت اللّه مکارم، **الربا و البنک الاسلامي**، ص ۱۸۰).
اما در جای دیگر به این استفتاء پاسخی دیگر داده اند:
«جریمه دیرکرد اگر جنبه تعزیر از سوی حکومت اسلامی داشته و به صورت عادلانه باشد، جایز است؛ همچنین اگر در عقد جداگانه خارج لازمی قید شده باشد. ولی اگر به معنای سود اجباری باشد، اشکال ندارد». (**استفتائات آیت اللّه مکارم**، ج۱، ص۵۸۹، س ۱۷۰۱).
فتواهای دیگری هم از این دست وجود دارد؛ ولی در اینجا فقط خواستیم این نکته را بیان کنیم که در کنار اکثریت فقها، برخی دیگر با شرایط و قیودی، این جریمه را شرعی دانسته اند.

۳. نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۲۵، ص ۳۴.

است. به عبارت دیگر، موجب در پی داشتن منفعت در مقابل قرض می شود.

۲. روایات خاص: همچنین قائلان به حرمت، به برخی روایات در این باب اشاره کرده اند که در حرمت اخذ این زیادی صراحت دارد:

الف) صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر(ع):

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبَانٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ: في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمّى فيأتيه غريمه فيقول: انقدني من الذي لي كذا و كذا، و أضع لک بقيته، أو يقول: انقدني بعضاً و امدّ لک في الأجل فيما بقي. فقال(ع): **لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً، يقول اللّه عزّ و جلّ: فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون و لاتُظلَمون**[5]؛

محمد بن علی بن الحسین با اسنادش از ابان از محمد بن مسلم از امام باقر(ع) نقل می کند: راجع به مردی سؤال شد که در زمان معینی دینی بر عهده او بوده و طلبکار می آید و می گوید که مقداری از دین را به من نقداً بده و بقیه را به تو می بخشم یا اینکه می گوید مقداری را به من نقداً بده و زمان پرداخت بقیه را برای تو تمدید می کنم.

امام(ع) فرمودند: تا زمانی که طلبکار به اصل مال اضافه نکند، مشکلی در آن نمی بینم. خداوند عزّوجلّ می فرماید: برای شما سرمایه هایتان است که نه ظلم کنید و نه مورد ظلم قرار بگیرید.

۴. این معیار در روایات مربوط به ربا بیان شده است؛ از جمله این روایت از امام صادق(ع) که فرموده اند: «و امّا الربا الحرام فهو الرجل يقرض قرضاً و يشترط أن يردّ كثر ممّا اخذه فهذا هو الحرام؛ ربای حرام این است که انسان قرضی را بگیرد و شرط کند که فرد بدهکار مبلغی بیشتر از آنچه گرفته بدهد؛ پس این عملی حرام است». (حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج ۱۸، ص ۱۶۰).

۵. همان، ص ۳۷۶.

روایت از جهت سندی، صحیحه محسوب می شود.

وجه دلالت نیز به این صورت است که در روایت، زمان دار بودن قرض به شرط زیاد نکردن مال جایز شمرده شده است؛ لذا مفهومش این است که اگر زمان دار بودن قرض به شرط افزایش مال باشد، حلّیت آن از بین می رود.

ب) صحیحه محمد بن قیس از امام باقر(ع):

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ(ع)، قَالَ: **قضى اميرالمؤمنين(ع) في رجل امره نفرٌ ليبتاع لهم بعيراً بنقدٍ و يزيدونه فوق ذلك نظرةً فابتاع لهم بعيراً و معه بعضهم، فمنعه ان يأخذ منهم فوق ورقة نظرة**[6]؛

محمد بن یعقوب از علی بن ابراهیم از پدرش از ابن ابی نجران از عاصم بن حمید از محمد بن قیس از امام باقر(ع) نقل می کند که ایشان فرمودند: امیرالمؤمنین(ع) راجع به مردی قضاوت کرد که گروهی وی را امر کرده بودند که برای آنها نقداً شتری را خریداری کرده و آنها در قبال تأخیر در پرداخت، مبلغی را به مبلغ اولیه اضافه کنند، سپس آن مرد هم شتر را برای آنها خرید و همراه او برخی از آنها بودند؛ امام وی را از اینکه به سبب تأخیر، از آنها پول بیشتری بگیرد، منع کرد.

روایت از نظر سندی صحیحه محسوب می شود. محمد بن یعقوب، همان شیخ کلینی است که در وثاقتش تردیدی نیست، بقیه راویان هم امامی، ثقه و جلیل هستند.

وجه دلالت به این صورت است که آن فرد بعد از اینکه برای آن ها شتری را خرید، مدت دین را تأخیر انداخت و در مقابل، قیمت شتر را بالا برد. امام در روایت، از دریافت این زیادی نهی می کنند.

۶. همان، ص ۳۸.

ممکن است گمان شود مقصود روایت در جایی است که شخص شتر را نقداً به قیمتی خریده و سپس آن را به صورت نسیه به قیمت دیگری فروخته است.

در نقد این گمان گفته شده که درست نیست؛ زیرا مطابق آن، دو عقد مستقل رخ داده که هیچ یک به دیگری مشروط نیست و چنین عقدی مطابق قواعد، مشکلی ندارد.[۷]

ج) صحیحه محمّد بن قیس از امام باقر علیه السلام:

بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ يُوسُفَ بْنِ عَقِيلٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ(ع)، قال: **منع أميرالمؤمنين عليه السلام الثلاثة تكون صفقتهم واحدة، يقول أحدهم لصاحبه: اشتر هذا من صاحبه و أنا أزيدك نظرة يجعلون صفقتهم واحدة. قال عليه السلام: فلا يعطيه إلّا مثل ورقه الذى نقد نظرة...**[۸]؛

حسین بن سعید از یوسف بن عقیل از محمد بن قیس از امام باقر(ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: امیرالمؤمنین(ع) منع فرمودند که سه نفر یک معامله داشته و در آن، یکی به دیگری بگوید: این را از شخص دیگر بخر و من در قبال تأخیر، مبلغی به تو می‌افزایم و آنها، این را در یک معامله قرار می‌دهند. امام(ع) فرمودند: نباید به او به سبب تأخیر، مبلغی اضافه بر مبلغ نقدی بدهد.

روایت از نظر سندی صحیحه محسوب می‌شود. وجه دلالت آن به این صورت بیان شده است که نهی از افزایش قیمت در مقابل تأخیر در پرداخت قیمت کالا، به این دلیل است که دریافت این افزایش، مصداق زیاد کردن قرض به ازای

۷. سیفی مازندرانی، **فقه الربا**، ص ۳۴۳.
۸. حرّ عاملی، **وسائل الشیعه**، ج ۱۸، ص ۳۹.

تأخیر در ادای آن است و از همین رو فقها بین اینکه دین از قیمت باشد یا نباشد، تفاوتی نگذاشته اند[9].

۳. ربای جاهلی بودن دریافت این جریمه: دلیل سوم این است که جریمه دیر کرد، همان ربای جاهلی است که قرآن از آن نهی کرده است. ربای قرضی جاهلی[10] به دو صورت بوده است[11]:

الف) قرض دهنده بعد از رسیدن زمان تحویل پول، در مقابل تمدید این زمان، مبلغی اضافی می گرفته است. شیخ طوسی[12] و طبرسی[13] در ذیل آیه ۱۶۱ سوره نساء، این ربا را مصداق ربای عصر جاهلیت می دانند. بسیاری از مفسران و تاریخ نگاران اهل سنت چون طبری[14] نیز این مطلب را ذکر کرده اند.

ب) قرض دهنده از ابتدا پول خود را در مقابل مقداری سود و پول اضافه به شخص دیگر قرض می داده است.

البته در باره اینکه نوع دوم از ربا در جاهلیت بوده است یا نه، اختلافاتی وجود دارد[15] اما در این که نوع اول ربا در جاهلیت مرسوم بوده، اختلافی نیست.

---

۹. سیفی مازندرانی، **فقه الربا**، ص ۳۴۳.

۱۰. بحث ما در مورد ربای قرضی است. اینکه آیا ربای معاملی در عصر جاهلیت بوده یا نبوده، بحثی دیگر است.

۱۱. البته ربای جاهلی به انواع یاد شده منحصر نبوده، بلکه انواع دیگری هم داشته است. (ر.ك: مصباحی مقدم و احمدوند، «ابعاد شناخت ربای جاهلی»، مجله **مطالعات اقتصاد اسلامی**، شماره دوم، ص ۳۷ـ ۷۰).

۱۲. شیخ طوسی، **التبیان**، ج ۳، ص ۳۸۹.

۱۳. طبرسی، **مجمع البیان**، ج۳، ص ۲۱۴.

۱۴. طبری، **جامع البیان**، ج ۶، ص ۱۷.

۱۵. بسیاری از علمای شیعه ربای عصر جاهلیت را شامل هر دو قسم می دانند. در مقابل، بیشتر علمای اهل سنت ربای عصر جاهلیت را محدود به نوع اوّل می دانند.

به عبارت دیگر، ربای جاهلی فقط به این صورت نبوده که از ابتدا سودی در مقابل اصل پول در نظر گرفته شود؛ بلکه یک نوع از ربای جاهلی که بیشتر هم رواج داشته به این صورت بوده است که در مقابل دیرکرد پرداخت قرض، مبلغی به اصل آن اضافه می شده است.

اینها ادله اصلی اثبات حرمت دریافت این جریمه هستند. همان طور که گفتیم در مقابل، برخی فقها راه های دیگری برای اثبات حلیت این جریمه ذکر کرده اند که به آنها اشاره می کنیم:

استدلال از طریق جداسازی ربا از وجه التزام

مشهورترین راهی که برخی فقها برای اثبات حلیت جریمه بیان کرده اند؛ این است که بین دریافت مبلغ اضافه به ازای تأخیر و دریافت مبلغ اضافه به سبب جریمه، تفکیک قائل شویم. آنچه حرام است این است که در مقابل تأخیر قراردادی بسته شود که مطابق آن در مقابل هر روز تأخیر، مقداری پول جریمه پرداخت شود. اما اگر فردی پول خود را در زمانی معین بخواهد و مبلغی را صرفاً جهت جریمه و تأخیر در پرداخت، در ضمن عقد خارج لازم، معین کند، ادله ربا شامل آن نمی شود. در این مورد، تعهد قرض گیرنده (مدین) در عقد قرض، به معنای التزام وی به انشای عقد لازمی در خود قرض نیست که در آن فرد به پرداخت مبلغ معیّنی ملتزم شود؛ بلکه عقد قرض به صورت شرعی منعقد می شود و در آن التزام به مبلغ خاصی وجود ندارد. ولی قرض گیرنده (مقترض) بعد از آن در عقد دومی، تعهد می کند که مبلغ خاصی را به عنوان «غرامت تأخیر به سبب التزام وی به ادای قرض در سر وقت» بپردازد.

به عبارت دقیق تر در اینجا اگر مفهوم این شرط، مجاز بودن قرض گیرنده (مدیون) به تأخیر در ادای دین در مقابل مبلغی معین باشد، ربا صورت می گیرد؛

ولی اگر مقصود، الزام قرض گیرنده (مدیون) به ادای دین در زمان مقرّر باشد که وجه التزام در مقابل ادا نکردن قرض باشد، دلیلی بر ربوی نبودن این عقد است.

مطابق این نظریه، باید بین ربا و وجه التزام که در واقع شرطی کیفری است، تفکیک قائل شد. ربا، مبلغی افزون بر میزان اصل بدهی، در ازای اعطای مهلت است؛ در حالی که در فرض مورد بحث قرض دهنده فقط اصل بدهی را در سررسید می خواهد و اگر در صورت تأخیر، مبلغی را شرط می کند، برای واداشتن قرض گیرنده به پرداخت وام در زمان معیّن است. به همین دلیل هم گرفتن خسارت تأخیر در پرداخت قرض در قالب شرط ضمن عقد، جنبه شرعی می یابد.

آیت اللّه رضوانی، از فقهای شورای نگهبان در تبیین فقهی این نظریه می گوید:

> ... جریمه تأخیر، ربا نیست؛ بلکه بانک می گوید سر ماه باید قسط خود را بپردازی؛ اگر نیاوری، در همان موقع باید فلان مبلغ را به عنوان جریمه بپردازی، نه اینکه جریمه را می دهی تا مبلغ [قسط] یک ماه دیگر پیش تو بماند. لذا تأخیر تأدیه، ربا نیست. حال که ربا نیست، اگر در ضمن عقد یا قرض شرط شده باشد، حکم «المؤمنون عند شروطهم» دارد و اشکال به وجود نمی آید.[16]

این استدلال درصدد بیان این مدعاست که حقیقت ربا این است که این مبلغ به عنوان «مازاد پول در مقابل زمان تأخیر» گرفته شود و در روایات هم همین امر حرام شمرده شده است. اما اگر قرض دهنده این مبلغ را در زمان معینی طلب کند و قصد او هم گرفتن پول در همان زمان معین باشد، اما به منظور التزام قرض گیرنده به وفای به عهد مبلغی گرفته شود، گرفتن این مبلغ مشکلی ندارد.

---

۱۶. موسویان، «بررسی فقهی ـ حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران»، **مجله فقه و حقوق**، شماره ۴، ص ۲۵.

امـا این راه درست به نـظر نمی‌آیـد؛ زیرا مـلاك ربـوی بودن، اعطای هـر نوع منفعتی در قبال قرض است. در اینجا حتی اگر گرفتن این مبلغ، به عنوان غرامت و جریمه باشد، عمومیت عنوان «جرّ منفعت برای قرض»، نیز بر آن صادق است و در نتیجه معامله ربوی می شود.

باید توجه داشت کـه وقتی عنوانی از عناوین شـرعی حرام باشد، هر مـصداقی کـه تحت آن عنوان قـرار بگیـرد (به هـرنحـوی) حـرام می شـود و نمی توان بین وجـه التـزام یا غـیـر وجـه التـزام تفـاوتـی قـائل شـد؛ زیرا مـلاك ربا در هر دو وجـود دارد. بنابراین این نوع فـرق گـذاشـتن، صـرفاً حیله ای شـرعی برای سـرپوش گـذاشـتن بر حقیقت ربا به نظر می آید.

امام خمینی در مورد حیله های ربا می فرمایند:

کـسی که در آیات و روایات وارد در باب ربا دقت کنـد و توجه کند می فـهمـد ربا مـال حـرامی اسـت کـه مـفـاسـد و مـشکلات بسـیـاری را به بار می آورد و خـداوند این عـمـل را در کـتـابش، ظلم خـوانده و می فرمـاید: «برای شـمـا سـرمـایه تـان است کـه نه ظلم کنیـد و نه مـورد ظلم قـرار بگیـرید» و آنچه در روایات راجع به شـدت حـرمت ربا و اینکه درهـمی از آن چه را آثاری دارد، بخواند، می فهمد که تخلص از ربا با تغییر عبارت و عنوان و باقی ماندن ربا بر حالتش، تحـقق پیدا نمی کند؛ مثلاً اگر کسی به دیگـری بیست دینار بدهد تا به او بعـد از یک مـاه، هزار دینار قـرض بدهد، کـار حـرامی مـرتکب شـده است و اگر چه در قرض، شرط زیادی وجود نداشته باشد.

پس در اینجا و اگرچه که شرط زیادی در قرض نیست و زیادی به سبب تأخیر ثمن یا قرض است، ولی در عـین حال این عمل حـرام است؛ یا از این جهت کـه عنوان ربـا همـچنان صـدق می کنـد؛ همـان طور کـه عـرفـاً هم این عنوان

صدق می کند؛ یا به جهت کشیده شدن مفاسد ربا در این عمل. و خلاصه اینکه جایز نیست که به هیچ صورتی با این حیله ها از ربا خلاصی جوییم[۱۷].

لذا این نظریه که «در حیله های ربا، قصد ابتدایی، گرفتن ربا و پول بیشتر در مقابل قرض است، اما در مورد جریمه دیرکرد، قصد اصلی، گرفتن پول در زمان معین است؛ ولی چون آن فرد این پول را پرداخت نکرده، این جریمه در نظر گرفته شده است»، نمی تواند موجب حلّیت مبلغ جریمه شود؛ زیرا در اینجا هم از همان ابتدا معلوم است که در مقابل تأخیر در پرداخت قرض، باید جریمه پرداخت شود و همین امر برای صدق عنوان «جرّ منفعت در مقابل قرض» کافی است.

علاوه بر اینکه دلیل حرمت، تنها ربوی بودن دریافت این جریمه نیست و این توجیه به یقین شامل دلایل گروه دوم و سوم نمی شود.

همچنین باید توجه کرد که در حرمت دریافت این جریمه، هیچ تفاوتی ندارد که این کار در ضمن خود عقد قید شود یا در ضمن عقدی مستقل قید شود یا اینکه اصلاً در عقدی قید نشود، ولی این کار در عمل صورت بگیرد؛ زیرا همه این موارد از نگاه عرفی، مصادیق «جرّ منفعت» برای آن قرض محسوب می شود.

استدلال از طریق تبیین ضرر وارد بر قرض دهنده

ضرر، به دو گونه می تواند به نفع قائلان به حلیت قرار بگیرد:

۱. گاهی اوقات ضرر موجب ضمان است. اگر شخصی به فرد دیگری ضرری برساند، در مقابل آن ضامن است و باید حق او را ادا کند.

۲. گاهی اوقات ضرر در قاعده «لا ضرر» استفاده می شود و با این عنوان، احکام اولیه را لغو می کند؛ مثلاً روزه حکم شرعی اوّلی است که وجوب آن به واسطه ضرر، برداشته می شود.

۱۷. امام خمینی، **کتاب البیع**، ج ۵، ص۵۲۸.

موافقان حلال بودن دریافت این مبلغ، معمولاً از راه اول وارد شده اند. راه اول این گونه تقریر می شود که دریافت غرامت در این گونه موارد، به سبب ضرر وارد بر قرض دهنده است و از آنجا که قرض گیرنده سبب ضرر زدن به قرض دهنده شده است، باید این ضرر را به نحوی جبران کند.

آیت اللّه بجنوردی در این زمینه گفته است که بانک، سود را شرط نمی کند تا ربا تحقق یابد؛ بلکه چون بانک با پول کار می کند، تأخیر ادای بدهی، مانع تحقق منافع می شود؛ بنابراین بانک ضرر می بیند و باید جبران شود[18].

برخی فقها این نحوه استدلال را قبول ندارند؛ زیرا معتقدند که از بین بردن منفعت، غیر از ضرر است و آنچه موجب پرداخت مابه ازا می شود، ضرر است، نه از بین بردن منفعت[19].

به نظر می رسد این اشکال درست نباشد؛ زیرا از بین بردن منافع بانکی از مصادیق واضح و بارز ضرر است و عرف به این امر شهادت می دهد. در عرف درباره «کسی که چون پولش در اختیار دیگری است، نمی تواند به اندازه کافی سود کند»، گفته می شود که وی ضرر کرده است.

اما اشکال دیگری که درباره این دلیل به نظر می رسد آن است که این شرط موجب ربا می شود؛ چرا که موجب جرّ منفعت برای قرض دهنده است و این ضرر نمی تواند جلوی این حکم را بگیرد؛ زیرا هر نوع ضرری در شرع نفی نشده است. اگر بخواهیم بگوییم ضرر در اینجا باعث حلیت دریافت جریمه دیرکرد وام یا انعقاد معامله غیر ربوی می شود، باید تمام وام های قرض الحسنه به طور کامل تعطیل گردد؛ زیرا بانک در تمام وام های قرض الحسنه، مبلغی را وام می دهد و در این مدت با پولی که به قرض گیرنده داده است، نمی تواند کار کند و در نتیجه دچار

۱۸. مجموعه سخنرانی ها و مقالات هشتمین سمینار بانکداری اسلامی، ص ۳۳.
۱۹. خویی، مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۳۰.

ضرر می شود. در نتیجه در تمام وام های قرض الحسنه باید مبلغی سود برای دفع ضرر بانکی در نظر گرفته شود. آیا این جز مصداق بارز و واضح ربا گرفتن است؟

البته ممکن است این تفاوت در اینجا وجود داشته باشد که در معاملات قرضی، شخص قرض دهنده از ابتدا با رضایت خود، مقداری از ضرر را می پذیرد و لذا ضرر موجب ضمان نمی شود. اما وی به تأخیر آن از زمان سر رسید، راضی نبوده و در نتیجه ضرر موجب ضمان می شود.

اما این تفاوت نمی تواند گرفتن مبلغ اضافی را توجیه کند؛ زیرا اگر کسی قائل شد که «اگر ضرر حاصل از قرض دادن از روی رضایت نباشد، موجب ضمان می شود» باید قرضی را هم که از ابتدا قرض دهنده شرط می کند به مقدار ضرر مالی وارد به وی، سودی اضافی گرفته شود، حلال بدانیم (زیرا در این مورد فرد به ضرر حاصل از قرض رضایت نداشته و طبق قاعده، این ضرر هم موجب ضمان می شود)، در حالی که اجماع فقها بر حرمت دریافت این مبلغ اضافه است.

خلاصه اینکه انجام هر واجب و ترك هر محرّمی ممکن است به نوعی ضرر دنیوی منجر شود. اما این نوع ضرر در شرع موجب تعطیل احکام نمی شود؛ مثلاً خود حج یا خمس موجب ضرر مالی بر فرد می شود و مطمئناً نمی توانیم به سبب ضرر موجود در خود احکام شرعی، آنها را اجرا نکنیم؛ زیرا اساساً مقداری ضرر که در تمام احکام شرعی وجود دارد، هرگز موجب ضمان نمی شود. از همین رو هم برخی فقها تصریح کرده اند که ضرری که ناشی از طبع و مقتضای احکام شرعی است (مثل ضرر حاصل از خمس، زکات، حج یا حتی ربا نگرفتن) تخصصاً شامل قاعده لا ضرر نمی شود؛ بلکه این قاعده مربوط به ضرر زاید بر اصل واجبات است[۲۰]. برخی دیگر از فقها نیز خروج این نوع ضرر را به صورت تخصیصی می دانند[۲۱]. البته

۲۰. فاضل لنکرانی، **کتاب الحج**، ج۱، ص۱۰۷.

۲۱. شیخ انصاری، **فرائد الاصول**، ص ۵۳۷.

اینکه خروج ضرر موجود در نفس احکام تخصیصی است یا تخصصی، بحثی مفصل است، اما سخن در این است که این گونه ضرر موجود در احکام شرعی، موجب ضمان نمی شود.

البته اگر کسی این اشکال را بکند که در این موارد (حج یا خمس) به ظاهر ضرری مالی به فرد می رسد، اما به واقع خداوند ضرر مالی وی را جبران می کند، پاسخ می دهیم که اولاً ضرری که موجب ضمان می شود و در قاعده لاضرر هم از آن استفاده می شود، همین ضرر مالی ظاهری است. علاوه بر اینکه ممکن است کسی بگوید با نگرفتن ربا در جریمه دیرکرد هم صرفاً ضرری ظاهری به فرد می رسد، ولی خداوند در واقع ضرر مالی وی را جبران می کند.

در باره راه دوم هم می توان همین اشکال را مطرح کرد؛ ضرر مالی حج یا خمس یا ربا نگرفتن، هیچ گاه موجب تعطیل این احکام نمی شود. همه احکام شرعی ممکن است موجب بروز ضرری ظاهری گردد، اما ضرری که در نفس احکام شرعی به مقتضای طبعشان وجود دارد، نمی تواند به عنوان حکمی ثانوی، جلوی وجوب احکام اولیه را بگیرد.

استدلال به روایات خاص

دلیل دیگری که قائلان به حلیت به آن استناد می کنند، این روایت از پیامبراکرم(ص) است که فرمودند: «لیُّ الواجد بالدین یحلّ عرضه و عقوبته؛ اینکه بدهکار دارای پول، ادای دینش را به تأخیر بیندازد، موجب حلال شدن آبروی او و مجازات وی می شود» که اطلاق آن، شامل عقوبت مالی به سبب تأخیر در ادای قرض هم می شود.

متن روایت بدین شرح است:

الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ الطّوسِي فِي (مَجَالسه) عَنْ أَبِيه عَنْ جَمَاعَةٍ عَنْ أَبِي الْمُفَضَّلِ عَنِ الْمُفَضَّلِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْبَيْهَقِي عَنْ هَارُونَ بْنِ عَمْرٍو الْمُجَاشِعِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ

جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) وَ عَنِ الْمُجَاشِعِي عَنِ الرِّضَا عَنْ آبَائِهِ عَنْ عَلِي(ع) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ(ص): لَيُّ الْوَاجِدِ بِالدَّيْنِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَ عُقُوبَتَهُ مَا لَمْ يَكُنْ دَيْنُهُ فِيمَا يَكْرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ؛ [۲۲]

حسن بن محمد طوسی از پدرش از جماعتی از ابی مفضّل از مفضّل بن محمد بیهقی از هارون بن عمرو مجاشعی از محمد بن جعفر از پدرش ابی عبداللّه واز مجاشعی از امام رضا از پدرانش از امام علی و ایشان از رسول خدا(ص) نقل می کند که ایشان فرمودند: اینکه بدهکار دارای پول، ادای دینش را به تاخیر بیندازد، موجب حلال شدن آبروی او و مجازات او می شود؛ تا زمانی که قرض او در زمرهٔ چیزی که خداوند عزّوجلّ آن را دوست ندارد، نباشد.

به این دلیل چند اشکال شده است:

۱. بدون شک این دلیل اخص از مدعی است؛ زیرا تنها مخصوص بدهکاری است که دارای پول است همان طور که نمی توانیم به اطلاق آن حتی درمورد بدهکار دارای پول بدون حکم حاکم شرع ملتزم شویم.

۲. علاوه بر اینکه دلالت این حدیث (برفرض اعتبار سند آن) بر گرفتن چیزی از فرد بدهکار به معنای دلالت آن بر جواز گرفتن چیزی از بدهکار توسط خود فرد طلبکار نیست. [۲۳]

به نظر می رسد اشکالات یاد شده نمی تواند این وجه را رد کند:

به اشکال اول و دوم می توان چنین پاسخ داد که بحث ما درباره کسی است که توانایی پرداخت اصل قرض و مبلغ اضافی را دارد، اما اگر کسی توانایی این امر را نداشته باشد و بتواند اعسار و ورشکستگی خود را ثابت کند، تخصصاً از بحث ما

۲۲. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج۱۸، ص۳۳۴.

۲۳. درس خارج فقه حجت الاسلام و المسلمین ابوالقاسم علیدوست.

http://a-alidoost.ir/fa/?p =329

خارج می شود؛ همچنین حتی اگر بپذیریم اجرای این حکم به حکم حاکم شرع نیاز دارد؛ بحث ما در مورد بانک های جامعه اسلامی است که مناسبات کلی آن به تأیید حاکم شرع رسیده است.

اشکال سوم واضح به نظر نمی آید؛ زیرا درست است که این دو امر (جواز گرفتن مبلغی از قرض گیرنده و جواز گرفتن مبلغی از قرض گیرنده از ناحیه خود قرض دهنده برای خودش) با هم متفاوت هستند، امّا اطلاق روایت شامل امر دوم هم می شود و دلیلی برای نفی شمول اطلاق نسبت به آن، بیان نشده است.

اما به نظر می رسد این روایت به دو دلیل قابلیت اثبات مدعا را ندارد:

نخست ضعف سند این روایت است. مقصود از ابی مفضل، محمد بن عبداللّه ابی مفضل شیبانی است که در توثیق وی اختلاف وجود دارد. نجاشی، حلی و غضائری وی را تضعیف کرده اند. شیخ طوسی هم وی را کثیر الروایة دانسته و در ادامه می گوید: «برخی از اصحاب وی را تضعیف کرده اند». درباره هارون بن عمرو مجاشعی هم هیچ توثیقی نرسیده است.

دوم، اشکالی اساسی بر استدلال به این روایت وجود دارد که «عقوبت واجد بالدین» می تواند از راه های حلال و راه های حرام صورت بگیرد و بدون شک این روایات، فقط شامل راه های حلال آن می شود. بنابراین، روایات ربا عمومیت این روایت را تخصیص می زنند و بیان می کنند که عقوبت وی تنها از راه های حلال غیر ربوی جایز است.

استدلال از طریق قاعده وجوب وفای به عهود

دلیل دیگر، ادله وجوب وفای به عهد است؛ مانند روایت معروف «المؤمنون عند شروطهم»؛ یعنی مؤمنان باید به شروطشان وفادار باشند و درصورت وفا نکردن به شرط، می توان جریمه ای دریافت کرد.

البته واضح است که این دلیل با این بیان، به هیچ وجه نمی تواند اثبات کننده حلیت باشد؛ زیرا وفای به شروطی واجب است که مخالف کتاب و سنت، و در اینجا ربوی نباشد؛ در حالی که فرض در اینجا ربوی بودن معامله است.

برخی برای حل این مشکل، به وجوهی برای اثبات ربوی نبودن این معامله اشاره کرده اند. آیت اللّه تسخیری در این باره می نویسد:

> این احتمال وجود دارد که اشکال تحلیل حرام بر شرط کیفری وارد نیاید، خصوصاً اگر همراه با اموری باشد که به طور کلی چنین شرطی را از شبهه ربا دور سازد. با ملاحظه چند نکته، این مطلب هرچه بیشتر روشن می شود:
>
> نکته نخست: چنین شرطی طبیعی و متعارف است؛ زیرا چنان که سابقاً بیان شد، تأخیر معمولاً برای وام دهنده موجب ضرر می شود. هرچند معتقدیم حیثیت اضرار، حیثیت تقییدیه نیست و حتی اگر تخلف از شرط موجب ضرر نگردد، باز هم شرط کننده به دلیل تخلف از شرط می تواند بر اساس قاعده مزبور مطالبه غرامت کند، ولی در اینجا فقط به دیدگاه عادت عرفی اشاره کردیم که چون غالباً تخلف موجب ضررمی شود، شرط جریمه مالی را صحیح می داند.
>
> نکته دوم: هرچند معسر بودن بدهکار موجب می شود که تخلف وی از تسویه وام مصداق ظلم نباشد، ولی این موضوع مانع ثبوت شرط و نتایج آن بر ذمه او نمی شود. بر این اساس هرگاه بدهکار قدرت پرداخت پیدا کرد، بر وی واجب است که دین خود را بپردازد؛ زیرا شرطی که سابقاً آن را پذیرفته، اقتضای چنین امری را دارد و این مطلب با ناتوانی وی از پرداخت بدهی در هنگام ادا منافات ندارد.
>
> نکته سوم: علت تفاوت این مورد با «تعطی» یا «تربی» این است که در اینجا

وام دهنده قبل از هر چیز از بدهکار می خواهد طلبش را بپردازد و پس از آنکه وی از پرداخت طلب تخلف کرد، از وی درخواست می کند تا به شرط مورد توافقشان عمل کند. و این مورد با مورد «تعطی» یا «تربی» که از ابتدا مبتنی بر رباست، تفاوت دارد؛ چنان که با قاعده «کل قرض جرّ نفعاً فهو ربا» نیز فرق دارد؛ زیرا این نوع قرض فی نفسه موجب نفع نمی شود و تنها در صورت تخلف مدیون، موجب مبلغ اضافه ای می شود که آن را در ضمن عقد شرط کرده اند و این مطلبی است که همه فقها در موردی مانند پیش بها(بیعانه) آن را پذیرفته اند. همچنین مجمع فقه اسلامی در نشست هفتم خود به طور جدی بر نوعی از فروش اقساطی صحه می گذارد که طلبکار و بدهکار توافق کنند که اگر بدهکار از پرداخت هرکدام از اقساط امتناع ورزد، در صورتی که وی معسر نباشد، همه آن اقساط، حال شوند.

حکم به حال شدن دین به سبب مرگ مدیون نیز مؤید دیدگاه ماست. با توجه به اینکه حال شدن اقساط، سود اقتصادی در پی دارد، آیا می توان گفت که این مورد نیز مصداق قرضی است که نفعی را در پی دارد و بنابراین، ربا است؟

آنچه که مانع تطبیق قاعده «کل قرض جرّ نفعاً فهو ربا» بر مورد ما می شود و در نتیجه مانع می گردد که مصداق ربای جاهلی باشد، وجود عنوان تخلفی است که موضوع شرط را محقق می سازد.

آنچه این مطلب را به ذهن نزدیک می سازد، ملاحظه این نکته است که مورد ما دارای آثار اقتصادی ربا نمی باشد، بلکه با جهت گیری های عدالت اسلامی که اسلام آن را نسبت به هر دو سوی معامله مورد توجه قرار می دهد، سازگار است (لاتظلمون و لاتظلمون).

باز هم آنچه که این مطلب را به ذهن نزدیک می سازد، این نکته است که

عرف، قاعده «کل قرض جرّ نفعاً فهو ربا» را بر موردی منطبق نمی داند که طلبکار اقدام به قرض دادن می کند و از ابتدا می داند که بدهکار قطعاً هدیه مناسبی به وی خواهد داد. همچنین عرف، قاعده مزبور را بر موردی که بانک بدهکار را تشویق به هدیه دادن می کند و یا به او وعده می دهد که وی را در قرض های آینده از مشتریان ممتاز خود قرار خواهد داد، منطبق نمی داند. شهید صدر می گوید: «هرکس که چیزی را به بانک ببخشد، بانک او را از مشتریان درجه اول خود قرار خواهد داد».

بلکه نظر وی این است که «بانک می تواند شرط کند که قرض گیرنده هنگام پرداخت قرض، باید مبلغی مساوی با ارزش دو عنصر سودآوری که بانک آنها را ملغی کرده است (عنصر غرامت بابت وام های ازدست رفته و عنصر سود سرمایه) برای مدت مثلاً پنج سال به بانک قرض بدهد و هیچ مانع شرعی در این مورد وجود ندارد؛ زیرا چنین موردی ربا نمی باشد».

این مورد نظیر موردی است که بانک ها و مؤسسه های اسلامی شرط می کنند که وام گیرنده باید در نزد آنها حساب جاری افتتاح کند؛ اگر چه اعتقاد نگارنده بر این است که قاعده «کل قرض جرّ نفعاً فهو ربا» بر دو مثال اخیر منطبق است، اما در اطلاق این قاعده به عنوان یک قاعده فراگیر، شک وجود دارد.

ششم: به منظور اینکه این مورد کاملاً از شبهه ربا فاصله پیدا کند، پیشنهاد می شود که مبلغ جریمه مالی بیش از قیمت فایده رایج باشد و نیز پیشنهاد می گردد که این شرط به گونه ای عنصر تعویق انداختن را اثباتاً در بر داشته باشد[۲۴].

۲۴. تسخیری، «شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا» **مجله فقه اهل بیت(ع)**، شماره ۳۵، ص ۶۹ـ۷۱.

چند نکته درباره نکاتی که ایشان مطرح کردند:

۱. بحث ضرر را پیش از این مطرح کردیم. در مورد بحث خلف وعده هم گفتیم که اگر قرار است در مقابل خلف وعده مجازاتی صورت بگیرد، باید از راه شرعی باشد، نه از راهی غیر شرعی مثل ربا گرفتن.

۲. درباره نکته دوم، باید توجه داشت که بحث ما در مورد فرد دارای توانایی مالی است؛ زیرا واضح است که فردی که توانایی مالی ندارد، تخصصاً از بحث ما خارج است.

۳. تعطّی یا تربّی در عرب جاهلی، به این صورت بوده که از ابتدای عقد، تعهد می شد که یا پول در زمان مقرر پرداخت گردد یا اینکه مبلغی به عنوان جریمه گرفته شود. همین روند در معاملات بانکی کنونی هم جریان دارد؛ زیرا قرض گیرنده از ابتدا می داند که اگر مبلغ را در زمان معین نپردازد، باید مبلغ اضافی را بابت جریمه بدهد، حتی اگر بگوییم در این مورد، تعطی یا تربی جاهلیت رخ نداده، دیگر ادله ربا شامل آن می شود.

۴. در مورد نکته چهارم باید دانست که جرّ منفعت به دو صورت تصور می شود: یکی اینکه در مقابل خود قرض مبلغی اضافه گرفته شود و دیگر اینکه در صورت تأخیر، مبلغی اضافه گرفته شود. اطلاق جرّ منفعت شامل هر دوی آنها می شود.

۵. حال شدن اقساط، منفعت است؛ اما منفعتی نیست که در مقابل قرض گرفته شود؛ بلکه منفعتی است که در مقابل پرداخت زودتر قرض، به قرض گیرنده می رسد. آن منفعتی در شرع رباست که آمدن منفعت به سبب قرض دادن باشد، نه به سبب حال شدن قرض. علاوه بر اینکه روایات خاصی هم در این زمینه وجود دارد.

۶. درباره اینکه گفته شده این معامله شامل آثار منفی ربا نمی شود، اولاً عقول ما توانایی تشخیص تمام مصالح و مفاسد شرعی را ندارد و اگر کسی بخواهد این گونه استدلال کند، باید در مواردی که ربا به حسب ظاهر اثر منفی ندارد هم قائل به حلیت ربا شود که هیچ فقیهی این امر را نمی پذیرد؛ ثانیاً: آثار منفی ربا همان طور که از ابتدای قرض گرفتن تصور می شوند، از بعد از زمان تحویل قرض هم تصور عقلی دارند.

۷. درباره بحث ظلم نیز باید گفت که اولاً برای جلوگیری از ضرر بانک ها می توان مجازات هایی غیر از مجازات مالی در نظر گرفت (نمونه هایی از این راه ها در انتهای این مقاله می آید)؛ ثانیاً، نباید فراموش کرد که بانک ها از همین سرمایه های مردمی، سودهای کلان به دست می آورند. بنابراین نباید فقط به سود خود از راه غیرشرعی بیندیشند؛ ثالثاً، اگر ضرر حاصل از احکام شرعی را ظلم بخوانیم، باید ضرر حاصل از وام های قرض الحسنه را هم که در آن، بانک ها مدتی نمی توانند با پول کار کنند و در نتیجه ضرر می بینند، ظلم بدانیم که هیچ فقیهی آن را نمی پذیرد.

۸. در ادامه ادعا شده که عرف، قاعده «کل قرض جر نفعاً فهو ربا» را بر موردی منطبق نمی داند که طلبکار اقدام به قرض دادن می کند و از ابتدا می داند که بدهکار قطعاً هدیه مناسبی به وی خواهد داد. به نظر می رسد اگر طلبکار صرفاً احتمال بدهد که در مقابل قرض، هدیه مناسبی دریافت خواهد کرد، عرف این عمل را مشمول این قاعده نمی داند. اما اگر قرض گیرنده بداند که باید هدیه را بدهد و قرض گیرنده هم بداند که حتماً هدیه می گیرد، عرف این قرض را مشمول قاعده یاد شده می داند.

۹. باید پرسید که با افزایش جریمه، مصداق «جرّ منفعت» تحقق پیدا نمی کند یا اینکه مصداق «جرّ منفعت» کامل تر و بیشتر محقق می شود؟

استدلال از طریق حکم حکومتی حاکم شرع یا تعزیر قاضی

یکی دیگر از راه های اثبات جواز، دریافت جریمه در این زمینه حکم حکومتی حاکم است که با توجه به ضرورت نیاز جامعه، چنین قانونی را وضع کند و به حلیت این عمل حکم دهد. همچنین قاضی هم می تواند برای مجازات قرض گیرنده که از ادای قرض خود سر باز می زند، جریمه ای تعیین کند.

اما به نظر می رسد که صرف حکم قاضی نمی تواند حرمت را بردارد؛ زیرا مجازات های قاضی نمی تواند از راه غیر شرعی و در این مورد، از طریق ربا باشد.

اما درباره حاکم شرع در درجه اول باید دامنه اختیارات وی را مشخص کنیم. با ادله ای که برشمردیم، ثابت شد که گرفتن این مبلغ اضافی حرام است. اکنون باید پرسید آیا حاکم شرع این اختیار را دارد که حرام را حلال یا حلال را حرام کند؟ این امر نیاز به بحث های مفصلی دارد. اینجا به همین مقدار اشاره می شود که بدون شک حاکم شرع به صرف هر مصلحتی، نمی تواند مصلحت احکام شرعی را نادیده گرفته، حرام را حلال یا حلال را حرام کند. اعتبار حاکم شرع به این است که احکام اسلام را اجرا کند، نه اینکه خود، احکام الهی را نقض کند. البته، زمانی که یکی از عناوین ثانویه جلوی اجرای حکم اوّلی را بگیرد، حکم ثانوی نافذ است. اما حکم دوم هم در حقیقت حکمی اسلامی است. حکم ثانوی نیز منحصر به مواردی چون عسر و حرج نیست، بلکه شامل موارد دیگری هم می شود؛ نظیر تزاحم دو مصلحت با هم که مطابق قاعده «الأهمّ فالمهمّ»، حاکم شرع حکمی مخالف احکام اولیه اسلام می دهد.

آیت اللّه مکارم شیرازی درباره اختیارات ولی فقیه می نویسند:

> برخی از اعاظم فرموده اند که ولایت فقیه، مطلق و غیر مقید به چیزی است؛ بله، این امر درست است؛ ولی مقصود از ولایت مطلقه این است که ولایت به اموری مثل ضرورت یا اضطرار مقید نمی شود. ولایت فقیه، مقید

به عناوین ثانوی مثل ضرر و اضطرار نیست؛ بلکه شامل سایر عناوین ثانوی مثل اهم و مهم هم می شود... مثال هایی چون تعطیلی حج در برخی سال ها یا احداث خیابان ها و تخریب خانه مردم (بدون اجازه صاحبشان) همه مصادیقی از قاعده اهم و مهم هستند... مصلحت حکومت اسلامی اگر ظنی و مشکوك باشد، هیچ کسی آن را مقدم بر احکام اسلام نمی داند و اگر قطعی باشد، اگر مصلحت حکم اوّلی اسلامی بیشتر باشد، کسی ملتزم به این نمی شود که آن را بر حکم اوّلی اسلامی مقدم کنیم و اگر مصلحت حکومت اسلامی بر مصلحت حکم اوّلی مقدم باشد، این امر داخل در عناوین ثانویه می شود. بنابراین بازگشت ولایت فقیه از جهت شرعی، به قاعده اهم و مهم است[۲۵].

به هر صورت این بحث دامنه طولانی و مفصلی دارد؛ اما بدون شک حاکم شرع این اختیار را ندارد که برای هر مصلحت کوچکی، احکام شرعی را تغییر دهد. اگر قرار باشد که حاکم شرع بتواند به سبب هر مصلحت کوچکی، احکام شرعی را تغییر دهد، در درازمدت تمام احکام دین اسلامی تغییر می کند و حلال پیامبر(ص) حرام، و حرام وی حلال می گردد.

اکنون سخن ما در این است که به نظر می رسد مصلحت منفعت بانکی، هرگز از مصلحت اجرای حکم اولیه این مسئله بالاتر و بیشتر نیست. البته تشخیص این امر برعهده خود حاکم شرع است؛ اما به نظر می رسد که نگرفتن جریمه دیرکرد، نه موجب تعطیل نظام بانکی و نه موجب اختلال در این نظام می شود؛ بلکه ضرر آن برای بانک ها بسیار ناچیز است و با راهکارهایی دیگر که در بخش آخر این مقاله خواهد آمد، می توان جلوی آن را تا حد زیادی گرفت.

---

۲۵. مکارم شیرازی، **بحوث فقهیة هامة**، ص ۵۱۲ـ۵۱۳.

استدلال از طریق کاهش ارزش پول

راه حل آخر این است که گفته شود پرداخت این مبلغ برای جبران کاهش ارزش پولی است که در طول مدت تأخیر صورت می گیرد. بحث ضمان کاهش ارزش پول یا نفی آن، یکی دیگر از مسائلی است که اختلاف زیادی میان صاحب نظران فقهی برانگیخته است. اما باید دانست که اگر گرفتن مبلغ اضافی برای جبران کاهش ارزش پول را حلال بدانیم، این امر به دیرکرد پول اختصاص ندارد؛ بلکه حتی در صورت ادای قرض در زمان معین باز هم ادای مقدار کاسته شده از ارزش پول، ضرورت دارد.

آیت اللّه بجنوردی در این زمینه می گوید:

> حقیقت اسکناس نتیجتاً صرف اعتبار مالیت نمی باشد، بلکه اعتبار و ارزش و مالیت به نحوه قدرت خرید می باشد؛ به طوری که بدهی یک میلیون تومانی عبارت است از بدهی به میزان قدرت خریدی که در مبلغ یک میلیون تومان متجلی می شود. واقعاً در مورد قرض اسکناس باید گفته شود، قرض عبارت است از: «تملیک مال الآخر بالضمان بان یکون علی عهدته و ادائه فی الوقت المعین». با توجه به حقیقت اسکناس که عینی ندارد و هویتش همان توان خرید است، پس اسکناس، تملیک مقداری معین از قدرت خرید خواهد بود که به ازایش همان مقدار قدرت خرید باید برگردانده شود.
>
> لذا وقتی دو میلیون تومان قرض گرفته می شود، در حقیقت قدرت خریدی برابر دو میلیون تومان قرض گرفته شده است و موقع ادای بدهی باید همان میزان قدرت خرید را بپردازد؛ هر چند مبلغ بیشتری اسکناس را پرداخت نماید. در غیر این صورت بدهی خویش را تأدیه ننموده است[۲۶].

۲۶. موسوی بجنوردی، «مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه»، **پژوهشنامه متین**، شماره ۱۹، ص ۱۶.

بحث جبران کاهش ارزش پول یا نفی این بحث، به مجال مفصلی نیاز دارد که تک تک ادله طرفین بررسی شود. در استدلال آیت اللّه بجنوردی، پول حقیقتی مثلی شمرده نشده است؛ اما بسیاری از فقها پول را حقیقتی مثلی می دانند که باید عین آن برگردانده شود. بنابراین مطابق نظر آنها قدرت خرید، در حقیقت پول لحاظ نشده است. به هر صورت بررسی ادله مربوط به این بحث، نیازمند مجال مستقلی است.[۲۷] در اینجا بدون اشاره به جزئیات بحث، قول مختار بیان می شود. قول مختار این است که کاهش ارزش پول به دو صورت ممکن است؛[۲۸] گاهی اوقات کاهش ارزش پول در حدی زیاد است که عرف، پول اداشده را به هیچ وجه معادل پول قرض داده شده نمی داند. در این گونه موارد، موضوع حکم شرعی تغییر می کند. آنچه حرام است، ادای مقدار اضافه تر از قرض است؛ اما عرف در اینجا قیمت روز را معادل همان مقدار اولیه می داند. در این گونه موارد اصلاً ربایی رخ نمی دهد؛ بلکه از نگاه عرفی، همان مقدار پول ادا شده است.

۲۷. برای آشنایی با تفصیلات بحث، به مقالات ذیل رجوع شود:

ـ آیت اللّه سید محمود هاشمی شاهرودی، مقاله «ضمان انخفاض قیمة النقد»، **قراءات فقهیة معاصرة**؛

ـ سید محسن سعیدی، «نظریه جبران کاهش ارزش پول»، **فقه اهل بیت(ع)**، شماره ۴۵؛

ـ احمد علی یوسفی، «بررسی فقهی نظریه های جبران کاهش ارزش پول»، **فقه اهل بیت(ع)**، شماره ۳۰ و ۳۱؛

ـ همو، **کتاب ربا و تورم**؛

ـ مصاحبه های انجام شده در شماره ۷ **مجله فقه اهل بیت(ع)** با آقایان: ابوطالب تجلیل، محمدهادی معرفت، محمدمهدی آصفی، سید محمدحسن مرعشی، سید محمد موسوی بجنوردی.

۲۸. همچنان که در ابتدای مقاله ذکر کردیم، این تفصیل را آیت اللّه مکارم شیرازی نیز در برخی از فتاوای خود ذکر کرده اند. البته بررسی تفصیلی تر بحث، نیاز به مجالی مستقل دارد.

البته چنان که گفتیم، در این صورت دیگر این مبلغ، جریمه دیرکرد محسوب نمی شود، بلکه ادای همان مبلغ اولیه است. از این رو، حتی قرض های عادی بانکی هم که تأخیری در ادای آن رخ نداده، می تواند بر اساس نرخ تورم محاسبه شود.

البته اینجا بحث های زیادی میان فقها صورت گرفته که حقیقت پول، مثلی است یا خیر و آیا اصولاً پول را می توان مثلی یا قیمی دانست یا نه؟ ولی حتی اگر حقیقت پول را مثلی بدانیم، بدون شک عرف، پولی را که تا حد زیادی ارزش آن کاسته شده است، مثل پول اوّلی نمی داند.

اما گاهی اوقات ارزش پول کاهش زیادی نداشته است؛ به طوری که عرف ادای این مقدار را با مقدار قرض شده، برابر می داند. در این گونه موارد هیچ دلیلی برای گرفتن مبلغی بیشتر از مقدار قرض داده شده نداریم؛ زیرا عُرف گرفتن مبلغ اضافی را مصداق جرّ منفعت در مقابل پول می داند؛ اگر چه با محاسبات دقیق بانکی ممکن است که «جرّ منفعتی» رخ نداده باشد.

پاسخ به اشکالات اقتصاددانان

با توجه به ادله یاد شده به نظر می رسد که گرفتن جریمه دیرکرد، صورت شرعی ندارد. البته برخی بانک ها به ظاهر جریمه دیرکرد نمی گیرند، اما کارهای دیگری انجام می دهند که کاملاً برخلاف فلسفه بانکداری اسلامی است که قرار است در خدمت مردم و عدالت اقتصادی باشد؛ برای مثال، برخی بانک ها در گرفتن وثیقه و ضمانت چنان زیاده روی می کنند که فقط با جمعیت کمی از مردم امکان عقد قرارداد باقی می ماند یا اینکه سطح بهره را حتی از سود ربوی هم بسیار بیشتر افزایش می دهند که این خود، مصداق بارزی از معاملات ربوی است.

راه حلی که به نظر می رسد این است که روند ذیل را انجام دهیم:

۱ . اگر از زمان مقرر تحویل قرض مدت طولانی گذشته است و با افزایش تورم، عرف دیگر پرداخت آن مبلغ را پرداخت واقعی قرض نمی داند، در این صورت همان طور که در بحث کاهش ارزش پول گفتیم، می توان به مقدار تفاوت ارزش پول، مبلغ اضافی گرفته شود.

۲ . اما اگر مدت طولانی از پرداخت آن نگذشته و تورم در حد چشمگیری نبوده است، بانک ها می توانند یک سلسله سیاست های تشویقی و تنبیهی دیگر وضع کنند؛ برای مثال، کسانی را که خوش حساب بوده اند، برای وام ها یا برخی تسهیلات در اولویت قرار دهند یا کسانی را که بدحساب بوده اند، از برخی تسهیلات مثل اعطای چک یا انتقال حواله ها یا ... محروم سازند.

علاوه بر این، کارمندان دولت به راحتی می توانند گواهی کسر حقوق بیاورند. در این صورت بدون نیاز به ضامن یا اموری از این دست، مشکل حل می شود.

البته با وجود این راه حل ها ممکن است بانک ها تا حدی، سود کمتری نسبت به گذشته به دست آورند؛ اما در عین حال باید به وظیفه اصلی آنها و نقششان در جامعه اسلامی توجه داشت. متأسفانه امروزه بانک ها، بیشتر از آنکه نهادی برای خدمت رسانی به مردم باشند، وسیله ای برای سود بیشتر خودشان شده اند. این بانک ها هرگز نگاه کلی و جامع به فعالیت های خود ندارند. سودهای کلانی که آنها از سپرده های مردمی به دست می آورند، نادیده انگاشته می شود؛ اما کم ترین ضررها باید به هر صورتی جبران شود! اگر نگاهی کلان به سودهای بانک ها داشته باشیم، در می یابیم که این ضررهای جزئی به آسانی در مقابل سودهای کلانی که بانک ها از همین سپرده های مردمی می برند، جبران می شود.

۳ . در این میان نباید نقش سرمایه دارانی که بیشترین تعویقات بانکی را دارند و با نپرداختن آنها، در راستای افزایش سرمایه شخصی خود و اختلال در نظام بانکی

کشور گام برمی‌دارند و در عمل به افساد اقتصادی مشغول‌اند، نادیده گرفت؛ بلکه باید مجازات‌های خاص کیفری برای این افراد تعیین کرد.

امروزه مسبِّب بسیاری از معوقات بانکی، همین سرمایه‌داران بوده‌اند؛ ولی قانون جریمه دیرکرد، نه تنها مانع افزایش این تعویقات نشده است، بلکه بسیاری از سرمایه‌دارانی که دارای این تعویقات هستند، پرداخت این دیرکرد را سودآورتر از ادای به موقع قرض خود می‌دانند. بنابراین راهی جز ایجاد مجازات‌های کیفری خاص برای این افراد وجود ندارد.

منابع و مآخذ

۱. انصاری، مرتضی، **فرائد الاصول**، جامعه مدرسین، قم.
۲. امام خمینی، سید روح اللّه، **کتاب البیع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۳. تسخیری، محمدعلی، «شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا»، **مجله فقه اهل بیت(ع)**، شماره ۳۵، پاییز ۱۳۸۲.
۴. حرعاملی، **وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، مؤسسة آل البیت(ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۵. خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، قم، ۱۳۷۱.
۶. سیفی مازندرانی، علی، **فقه الربا**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، چاپ اوّل، ۱۳۸۸.
۷. طبرسی، **مجمع البیان في تفسیر القرآن**، انتشارات ناصر خسرو، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۲.
۸. طبری، ابوجعفر محمد بن جریر، **جامع البیان**، دار المعرفه، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۲.

۹ . طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، **المبسوط**، المکتبة المرتضویه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ .
۱۰ . ـــــــــــ، **التبیان في تفسیر القرآن**، دار إحیاء التراث العربي، بیروت، بی تا .
۱۱ . فاضل لنکرانی، محمد، **کتاب الحج**، دار التعارف للمطبوعات، لبنان، چاپ دوم، ۱۴۱۸ .
۱۲ . مکارم شیرازی، ناصر، **الربا و البنک الاسلامی**، مدرسة الامام علی بن ابیطالب، قم، ۱۴۲۲ .
۱۳ . ـــــــــــ، **بحوث فقهیة هامة**، مدرسه الامام علي بن ابیطالب، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۸ .
۱۴ . مصباحی مقدم، غلامرضا و خلیل اللّه، احمدوند، «ابعاد شناخت ربای جاهلی»، **مجله مطالعات اقتصاد اسلامی**، شماره دوم، بهار و تابستان ۱۳۸۸ .
۱۵ . موسویان، سید عباس، «بررسی فقهی ـ حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران»، **مجله فقه و حقوق**، شماره ۴، بهار ۱۳۸۴ .
۱۶ . موسوی بجنوردی، سید محمد، «مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه»، **پژوهشنامه متین**، شماره ۱۹ .
۱۷ . نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، دار إحیاء التراث العربي، بیروت، چاپ هفتم .
۱۸ . یوسفی، احمدعلی، **ربا و تورّم**، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، تهران، ۱۳۸۱ .

بررسی «آیه بغی» در قرآن کریم

○ سیدمحمد مهدی رفیع پور *

چکیده

یکی از مباحث مهم کتاب جهاد، بحث «اهل بغی» است. این بحث، هم به لحاظ موضوعی و هم به لحاظ حکمی، نیازمند پژوهشی گسترده است. در فقه امامیه مشهور علما، تنها قیام علیه امام معصوم را مصداق بغی دانسته و از این رو کمتر به جزئیات این فصل از کتاب جهاد رسیدگی کرده‌اند. عده‌ای نیز در برخورد با کسانی که به مبارزه مسلحانه با حاکم اسلامی روی آورده‌اند، احکام «محاربه» را پیشنهاد داده‌اند. از دیدگاه نویسنده، اهل بغی کسانی هستند که بر گروهی از مسلمانان و از جمله حاکمان اسلامی، شورش مسلحانه کرده و حاضر به دست کشیدن از موضع خود نیز نیستند.

از آنجا که مباحث مربوط به بغی گسترده است، در این مقاله بر جنبه قرآنی بحث «اهل بغی» تمرکز شده و در مواردی نیز میان آراء مشهور علمای امامیه و علمای اهل سنت، به‌ویژه دو مذهب حنفیه و شافعیه مقارنه صورت گرفته است.

کلید واژگان: اهل بغی، محاربه، فقه امامیه، فقه حنفیه، فقه شافعیه.

---

* مدرس حوزه و دانشگاه.

مقدمه

فقهای اسلام در کتاب جهاد، فصلی را به بحث از «اهل بغی» و احکام مربوط به آنان اختصاص داده اند. به اجمال، «اهل بغی» کسانی هستند که علیه حاکم اسلامی یا گروهی از مسلمانان قیام مسلحانه می کنند. این بحث ابعاد و مسائل متعددی دارد که در یک مقاله نمی توان به همه آنها پرداخت. با استقرار جمهوری اسلامی در کشور ایران، زمینه بررسی این مباحث از فقه که متأسفانه سالیان درازی در فراموشی و انزوا قرار گرفته بود، فراهم شده است.

موضوع اصلی بحث در این نوشتار، بررسی «آیه بغی در قرآن کریم» از دیدگاه فقه سه مذهب بزرگ اسلامی، یعنی امامیه و حنفیه و شافعیه است.[1]

۱. بغی در لغت

اصل معنای لغوی «بغی»، تعدی و تجاوز از حد است.[2] ابن اثیر جزری در باره این کلمه با اشاره به روایت معروف عمار می نویسد:

> فی حدیث عمّار: تقتله الفئة البَاغِيَة هي الظالمة الخارجة عن طاعة الإمام و اصل البَغْي مجاوزة الحدّ؛[3]
>
> در حدیث عمار آمده است: تو را گروه ستمگر می کشند؛ آنان ظالمانی هستند که از اطاعت امام خارج شدند و اصل بغی تجاوز از حد است.

راغب اصفهانی معتقد است: بغی، طلب و اراده تجاوز از حد است؛ خواه

۱. برای مطالعه فشرده فهرستی از احکام اهل بغی، ر. ك: **فرهنگ فقه**، ج۲، ص۵۱.

۲. جوهری، اسماعیل بن حمّاد، الصحاح **تاج اللغة و صحاح العربیه**، ج۶، ص۲۲۸۱ (بَغَی) علی النَّاس (بَغْیاً) ظَلَم و اعْتَدَی فهو (بَاغ) و الجمعُ (بُغَاةٌ) و (بَغَی) سَعَی بالْفَسَاد و منه الفِرْقَةُ البَاغِيَةُ؛ لأَنَّهَا عَدَلَتْ عَنِ القَصْدِ و اصْلُهُ مِنْ (بَغَی) الجُرْحُ إِذَا تَرامَی إلی الْفَسَاد»، فیّومی **المصباح المنیر**، ج۲، ص۵۷.

۳. ابن اثیر جزری، **النهایة**، ج۱، ص۱۴۳.

از حد عبور شود یا نشود و بغی بر دو قسم است: ممدوح و مذموم؛ ممدوح مانند تجاوز از عدل به احسان و تجاوز از واجب به مستحب؛ مذموم مانند تجاوز از حق به باطل یا به شبهه.[۴]

ولی همان گونه که عده‌ای از پژوهشگران گفته‌اند، موارد کاربرد لغوی بغی، مذموم بودن آن را می‌رساند و قید «بغیر الحق» که در برخی آیات قرآن در ادامه کلمه بغی آمده، قید تأکیدی و توضیحی است؛[۵] ـ همانند: «وَ قَتلِهِمُ الأنبیاءَ بغیرِ الحقِّ» بنابراین بغی خوب نداریم و بغی هیچ گاه به حق نخواهد بود.

نکته دیگر اینکه به نظر برخی پژوهشگران، اصل معنای لغوی بغی، طلب و اراده شدید است و در صورتی که با حرف «علی» استفاده شود، به معنای تجاوز از حد به کار می‌رود؛ مانند آیه «فإن بغت إحداهما علی الأخری» یا آیه «فلاتبغوا علیهنَّ سبیلاً».[۶]

۲. اهل بغی از دیدگاه قرآن کریم

قرآن کریم نخستین منبعی است که بحث «اهل بغی» را وارد فرهنگ اسلامی کرده است. خدای متعال در سوره حجرات ـ که از سوره‌های مدنی قرآن کریم است[۷] ـ می‌فرماید:

وَ إِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَ أَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ؛[۸]

۴. راغب اصفهانی، **مفردات الفاظ القرآن**، ص۱۳۶.
۵. منصور حسن، **البغي السياسي**، ص۳۱ـ۳۲.
۶. مصطفوی، **التحقیق في کلمات القرآن الکریم**، ج۱ ـ۲، ص۳۰۹.
۷. همه تفاسیر این مطلب را دارند، از جمله: طباطبایی، **المیزان**، ج۱۸، ص۳۰۴.
۸. حجرات: ۹ (ترجمه دکتر فولادوند).

و اگر دو طایفه از مؤمنان با هم بجنگند، میان آن دو را اصلاح دهید، و اگر [باز] یکی از آن دو بر دیگری تعدّی کرد، با آن [طایفه ای] که تعدّی می کند بجنگید تا به فرمان خدا بازگردد؛ پس اگر بازگشت، میان آنها را دادگرانه سازش دهید و عدالت کنید که خدا دادگران را دوست می دارد.

متن آیه کاملاً روشن است. در این آیه سه حکم شرعی وجود دارد:

حکم اول: در صورت درگیری داخلی میان دو گروه از امت اسلامی، دیگران موظف هستند که ابتدا تلاش کنند صلح را در میان آنان برقرار سازند. از دیدگاه قرآن جنگ در میان مسلمانان به هیچ عنوان پذیرفته نیست و می فرماید: بررسی کنید کدام گروه جنگ را آغاز کرده و با او بر خورد کنید یا بررسی کنید کدام گروه بر حق بوده و کدام گروه باطل و شما با گروه حق همراه شوید. قرآن به اسباب درگیری میان آن دو گروه کاری ندارد، آیه از این جهت اطلاق دارد و می فرماید اگر به هر دلیلی میان دو گروه از امت اسلامی جنگ رخ داد، دیگران باید تلاش کنند و صلح را حاکم سازند. البته پس از برقراری صلح، باید به دعوای طرفین توجه شود و حق و عدالت رعایت گردد؛ چنان که در حکم سوم خواهد آمد؛ اما جنگ در هر حال باید متوقف شود.

حکم دوم: اگر یکی از آن دو گروه صلح را نپذیرفت و بر دیگری تجاوز کرد، حکم دوم مطرح می گردد و آن، وجوب جهاد با گروه متجاوز است. اینجاست که مفهوم «اهل بغی» وارد فرهنگ اسلامی می شود و بار منفی پیدا می کند. جهاد با «اهل بغی» بر اساس این بخش از آیه مشروعیت دینی می یابد. باغی و متجاوز باید سرکوب شود و در صورت کشته شدن، هدر است و مسئولیتی برای طرف مقابل ندارد. جنگ با «اهل بغی» باید تا زمانی ادامه یابد که آنان به حکم خدا ـ صلح ـ پایبند شوند.

در اینجا ممکن است سؤال شود که اگر هر دو گروه اصرار بر درگیری داشتند و

هر دو بر هم یورش بردند، چه حکمی پیدا می کند؟ به نظر می رسد با توجه به تعبیر «بغی» که قرآن به کار برده و حکم را بر اساس آن تشریع کرده، می توانیم بگوییم در این فرض هم چون هر دو گروه باغی شده و به حکم الهی صلح و آتش بس گردن ننهاده اند، هر دو محکوم به حکم جهاد هستند و مسلمانان باید هر دو را سرجایشان بنشانند.[9]

نکته مهم دیگری که از این مقطع استفاده می شود و عالم مشهور حنفی، ابوبکر جصّاص(متوفّی ۳۷۰) به درستی آن را بیان کرده، این است که از دیدگاه قرآن، اعتقادات اهل بغی سبب مشروعیت جنگ با آنان نیست، بلکه زمانی جنگ با آنان مجاز می شود که به گروهی از مسلمانان حمله کنند. او در ادامه به سیره امام علی بن ابی طالب علیه السلام در برخورد با خوارج اشاره می کند.[10]

حکم سوم: پس از اینکه گروه متجاوز تنبیه شد و حاضر به پذیرش حکم خدای متعال گردید، قرآن کریم دستور به صلح می دهد؛ اما این بار به «صلح عادلانه» امر می کند و در ادامه می فرماید: «در همه کارها باید قسط و عدل را رعایت کنید؛ چرا که خداوند عادلان را دوست دارد». اکنون سؤال این است که میان صلح در حکم اول و صلح در اینجا چه تفاوتی وجود دارد که اولی به صورت مطلق بیان شده است، اما دومی با قید عدالت؟

متأسفانه بسیاری از تفاسیر در این زمینه سکوت کرده اند. برخی از مفسران

۹. زمخشری، **الکشّاف**، ج۴، ص۳۶۵؛ قرطبی، **الجامع لاحکام القرآن**، ج ۱۶، ص۲۰۳ و زحیلی در **تفسیر المنیر**، ج۲۶، ص۲۴۱، مدعای ما را بدون اشاره به چگونگی الحاق، آورده است.

۱۰. «و في هذه الآية دلالة على انّ اعتقاد مذاهب اهل البغي لا يوجب قتالهم ما لم يقاتلوا؛ لانّه قال: «فَإِنْ بَغَتْ إِحْداهُما عَلَى الْأُخْرى فَقاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلى أَمْرِ اللَّهِ»، فإنّما امر بقتالهم إذا بغوا على غيرهم بالقتال و كذلك فعل علي بن ابي طالب رضي اللّه عنه مع الخوارج». الجصّاص، **احکام القرآن**، ج۳، ص۵۹۸.

همچون آلوسی، اضافه شدن این قید را برای تأکید و جلب توجه مسلمانان به موضوع عدالت دانسته اند؛ زیرا ممکن است مسلمانان به علت جنگی که با باغیان داشته اند، به موضوع عدالت کم توجهی کنند.[11] اما به اعتقاد زمخشری علت این مطلب، آن است که در ابتدا هر دو طرف درگیر، اهل بغی بوده یا به اشتباه درگیر شده بودند و لذا مسئولیتی(ضمان) در کار نبوده و هر مال یا نفسی که تلف شده باشد، هدر قلمداد می گردد؛ اما پس از میانجیگری مسلمانان، چون گروه باغی مسئول تمام اقدامات خود است، لذا پس از تسلیم شدن به صلح باید خسارت هایی را که ایجاد کرده، عادلانه جبران کند.[12] علامه طباطبایی بدون اینکه تفاوت صلح اول با صلح اخیر را بیان کنند، در باره عادلانه بودن صلح در بخش اخیر می فرمایند:

> اما اصلاح، تنها به این نباشد که سلاح ها را زمین بگذارید و دست از جنگ بکشید، بلکه اصلاحی توأم با عدل باشد؛ به این معنا که احکام الهی را در مورد هر کسی که به او تجاوز شده ـ مثلا کسی از او کشته شده و یا عرض و مال او و یا حق او تضییع شده ـ اجرا کنید.[13]

به نظر می رسد قرآن کریم از نیاوردن قید عدالت در صلح اول و آوردن آن در

---

۱۱. «و تقييد الإصلاح هنا بالعدل؛ لأنّه مظنّة الحيف لوقوعه بعد المقاتلة». آلوسی، **روح المعانی في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني**، ج۱۳، ص۳۰۲.

۱۲. «فإن قلت: فلمَ قرن بالإصلاح الثاني العدل دون الأوّل؛ قلت: لأنّ المراد بالاقتتال في أوّل الآية أن يقتتلا باغيتين معاً أو راكبتي شبهة، و أيتهما كانت؛ فالذي يجب على المسلمين أن يأخذوا به في شأنهما: إصلاح ذات البين، و تسكين الدهماء بإراءة الحق و المواعظ الشافية، و نفي الشبهة، إلاّ إذا أصرتا، فحينئذ تجب المقاتلة. و أما الضمان فلا يتجه، و ليس كذلک إذا بغت إحداهما، فإنّ الضمان متّجه على الوجهين المذكورين». زمخشری، **الكشّاف عن حقائق غوامض التنزيل و عيون الأقاويل**، ج۴، ص۳۶۵.

۱۳. طباطبایی، **المیزان**، ج۱۸، ص۳۱۴.

صلح پس از جنگ، مقصود خاصی دارد و همان گونه که زمخشری بیان کرده اند، در تحقق صلح قبل از جهاد با اهل بغی، پیگیری خساراتی که طرفین به هم وارد کرده اند، لازم نیست؛ چرا که مصلحت صلح اقتضا می کند از برخی ضررها چشم پوشیده تا درگیری پایان یابد. اما اگر اهل بغی پافشاری کردند تا جنگ برپا شد و آنگاه پس از مداخلهٔ مسلمانان، حاضر به پذیرش صلح شدند، در اینجا همان گونه که علامه طباطبایی فرموده اند، باید صلح عادلانه برقرار شود و متجاوزان، جبران خسارات خود را برعهده بگیرند. توضیح بیشتر این مطلب خواهد آمد.

محمد قرطبی، از علمای بنام مالکیه (متوفّی ۶۷۱ هـ. ق) و دکتر زحیلی، دانشمند معاصر، در باره صلح عادلانه معتقدند که براساس این آیه کریمه، عدالت در صلح، اقتضا می کند که پیگیری خون ها و مال های تلف شده متوقف شود؛ چرا که در صورت پیگیری چنین اموری، صلح آسیب خواهد دید و بغی ادامه می یابد.[۱۴]

اشکال این سخن آن است که اگر این مطلب در صلح اول مطرح می شد، پذیرفتنی بود، اما هنگامی که یک طرف با پافشاری بر بغی سبب جنگ شده و با دیدن قدرت نظامی مسلمانان، حاضر به صلح گردیده ـ و در واقع به نوعی شکست خورده ـ مسلمانان که قدرت برتر را دارند، چرا نباید خسارت های جانی و مالی را مطالبه کنند. این صلح با پیگیری عدالت آسیب نخواهد دید؛ چرا که اهل بغی در فرض تحقق جنگ، چاره ای جز تسلیم نمی بینند. خلاصه اینکه دلیلی برای دست برداشتن از ظهور قید «بالعدل» برای پیگیری عدالت، وجود ندارد.

فاضل مقداد(متوفّی ۸۲۶ هـ. ق) از علمای مشهور امامیه معتقد است که اساساً

۱۴. «قوله تعالی: «فَإِنْ فَآءَت فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُما بِالْعَدْلِ»، يدلّ على انّ من العدل فى صلحهم الا يطالبوا بما جرى بينهم من دم و لا مال، فإنه تلف على تاويل، و فى طلبهم تنفير لهم عن الصلح و استمرار في البغي». زحیلی، **التفسیر المنیر**، ج۲۶، ص۲۴۲.

استدلال به این آیه برای جنگ با اهل بغی صحیح نیست؛ چرا که از دیدگاه ما کسانی که بر امام معصوم خروج می کنند، کافر قلمداد می شوند؛ در حالی که آیه شریف در باره جنگ میان دو گروه از مؤمنان است. او به قول شافعی استشهاد می کند که گفته: «اگر جنگ علی(ع) با خوارج نبود، ما احکام مربوط به اهل بغی را نمی دانستیم». پس معلوم می شود که از دیدگاه شافعی، احکام بغی در قرآن نیامده و آیه ربطی به اهل بغی ندارد.[15] او در ادامه به قول راوندی اشاره می کند که او هم در آیات الاحکام خود، برای جنگ با اهل بغی به این آیه استدلال نکرده است.

به نظر فاضل مقداد برای جهاد با اهل بغی باید به آیه «**أطیعُوا اللّه و اطیعوا الرّسول و أُولِي الأَمرِ منکم**»[16] یا «**یا أیّها النبيُّ جاهِدِ الکفارَ و المنافقین**»[17] استناد کرد.[18]

در تفسیر نمونه هم نظر فاضل مقداد تأیید شده و آیه مورد بحث با جهاد با اهل بغی بی ارتباط قلمداد گردیده است.[19]

مشهور[20] فقهای ما با اینکه در تعریف بغی، تنها شورش علیه امام معصوم را

---

۱۵. «استدلّ بهذه الآیة المعاصر علی قتال البغاة و هو خطاء؛ فإنّ الباغي هو من خرج علی الإمام العادل بتأویل باطل و حاربه و هو عندنا کافر؛ لقوله صلّی اللّه علیه و آله لعلیّ علیه السّلام: «یا علیّ حربک حربي و سلمک سلمي» فکیف یکون الباغي المذکور مؤمناً حتّی یکون داخلاً في الآیة؟ و لا یلزم من ذکر لفظ البغي في الآیة ان یکون المراد بذلک البغاة المعهودین عند أهل الفقه کما قال الشافعيّ: ما عرفنا أحکام البغاة إلّا من فعل علیّ علیه السّلام...». فاضل مقداد، **کنزالعرفان**، ج۱، ص۳۵۸.

۱۶. نساء: ۵۸.

۱۷. توبه: ۷۳.

۱۸. **کنز العرفان**، ج۱، ص۳۵۸.

۱۹. مکارم شیرازی و همکاران، **تفسیر نمونه**، ج۲۲، ص۱۶۹.

۲۰. طوسی، **المبسوط**، ج۷، ص۲۶۲؛ علاّمه حلّی، **تذکرة الفقهاء**، ج۹، ص۴۱؛ سبزواری، **کفایة الاحکام**، ج۱، ص۳۶۹؛ طباطبایی، **ریاض المسائل**، ج۸، ص۲۳؛ روحانی، **فقه الصادق**، ج۱۳، ص۱۰۸.

ملاك دانسته اند ـ چنان که خواهد آمد ـ اما برای جنگ با اهل بغی به این آیه تمسک کرده اند. در دو روایت هم، آیه به جهاد با خوارج تطبیق شده است.[21] اگر به فرد باغی، مؤمن گفته شده، به اعتبار صفت او پیش از ورود به جنگ و پیش از رد صلح است؛ یعنی موضوع اولیه که آیه با آن آغاز می شود، دو گروه از مسلمانان است؛ اما پس از عرضه شدن صلح و اصرار بر بغی و ظلم، آیا همچنان عنوان مؤمنان بر آنها صادق است یا نه، روشن نیست. شیخ طوسی و به تبع ایشان طبرسی این نکته را به درستی بیان کرده اند.[22]

به هر حال، با آمدن قید جدید «بغی» در متن آیه، ممکن است موضوع دچار تغییراتی شود. از همین جاست که دیدگاه مفسران ما با مفسران اهل سنت تفاوت می کند؛ چرا که در کتب اهل سنت تصریح شده که اهل بغی به تصریح قرآن از مؤمنان قلمداد می شوند[23]، در حالی که نزد فقهای ما ـ امامیه ـ جنگ با امام معصوم(ع) از اسباب کفر است.

به نظر ما آیه یک معنای کلی را برای جهاد با اهل بغی تشریع می کند و اختصاصی به شورش بر امام معصوم(ع) ندارد. از آنجا که حکومت اسلامی اختصاصی به زمان معصومان ندارد و همواره عده ای مسلمان حکومت های اسلامی را اداره کرده و می کنند، بنابراین تجاوز هر گروهی از مسلمانان به حاکم و کارگزاران او مصداقی از آیه کریمه می شود. برخی از علمای برجسته متأخر امامیه

---

۲۱. کلینی، **الکافی**، ج۸، ص۱۸۰؛ قاضی نعمان، **دعائم الاسلام**، ج۱، ص۳۸۸.

۲۲. طوسی، **التبیان في تفسیر القرآن**، ج۹، ص۳۴۶؛ طبرسی، **مجمع البیان**، ج۹، ص۲۰۰؛ و از معاصران: صدر، **ماوراء الفقه**، ج۲، ص۳۸۹.

۲۳. عمرانی شافعی یمنی، **البیان في مذهب الامام الشافعي**، ج۱۲، ص۱۸: «انّ البغي لایُخرج عن الایمان؛ لأن اللّه سمّاهم مؤمنین في حال بغیهم»؛ زحیلی، **الفقه الحنفي المیسّر**، ج۲، ج۳۲۷: «وکلا الفریقین ـ البغاة و الخوارج ـ مسلمون. قال اللّه تعالی: ...» در فقه حنبلی: **المغنی**، ج۱۰، ص۴۷.

همچون علامه شهید مطهری تصریح کرده‌اند که شورش بر امام عادل در هر زمان، یکی از مصادیق این آیه است.[۲۴] حاکم اسلامی و کارگزاران او گروهی از مؤمنان هستند و تجاوز گروهی دیگر به آنان، مصداق روشنی از آیه مبارکه است حتی برخی این مورد را اولی می‌دانند.[۲۵]

بنابراین، اگر ما در ماجرای شورش خوارج بر امیرالمؤمنین(ع) قائل به کفر متجاوزان شدیم، این حکمی است که از ادله دیگر استفاده شده و همان گونه که ملاحظه شد، آیه هم ظهور روشنی در مؤمن بودن گروه متجاوز پس از اصرار بر بغی ندارد و اگر داشته باشد، مسلّماً قابل تخصیص است. اما مطلبی که از شافعی نقل شد، دلالت ندارد که ایشان دلالت آیه را برای جهاد با اهل بغی، ناتمام می‌داند؛ چرا که روشن است که سیره امیرالمؤمنین(ع) در جنگ با خوارج، مهم‌ترین منبعی است که فروع بحث در جهاد با اهل بغی را می‌توانیم از آن، استخراج کنیم؛ در حالی که در آیه مورد نظر تنها اصل حکم جهاد با آنان تشریع شده است.

۲ـ۲ شأن نزول آیه کریمه

آیات قرآن، به قیود و شرایط شأن نزولشان مقید و محدود نیستند، اما برای

---

۲۴. «قهراً یکی از مواردش آنجایی است که مردمی بر امام عادل زمان خودشان خروج کنند. چون او امام عادل و به حق است و این علیه او قیام کرده، فرض این است که حق با اوست نه با این، پس باید که له او و علیه این وارد جنگ شد». مطهری، مرتضی، **مجموعه آثار**، ج۱۶، ص۶۲۷ و نیز ر. ك: منتظری، حسینعلی، **دراسات في ولاية الفقيه**، ج۳، ص۲۸۰.

۲۵. «لو وجب دفع الباغي على بعض المؤمنين فدفعه عن إمام المؤمنين يجب بطريق أولى.» منتظری، پیشین، ج۱، ص۱۲۸: «و الآية تدلّ على حكم البغاة؛ لأنّه إذا طلب القتال لبغي طائفة على طائفة فللبغي على الإمام أولى ...» زحیلی، **الفقه الشافعي الميسّر**، ج۲، ص۳۶۷.

تکمیل بحث، اشاره به شأن نزول این آیه مناسب است. در الدر المنثور آمده است که احمد، بخاری، مسلم، ابن جریر، ابن منذر، ابن مردویه و بیهقی ـ در کتاب سنن ـ از انس روایت کرده اند:

شخصی به رسول خدا(ص) عرضه داشت که چه خوب بود سری به عبد اللّه بن ابی (بزرگ منافقین) بزنی. رسول خدا(ص) بدون درنگ بر الاغی سوار شد و مسلمانان هم با او به راه افتادند. راهی که می باید طی می کردند، زمینی خشک و شوره زار بود. همین که رسول خدا(ص) به عبد اللّه و هم فکرانش رسید، عبد اللّه گفت: از من دور شو، به خدا سوگند بوی الاغت ناراحتم کرد. مردی از انصار گفت: به خدا سوگند الاغ رسول خدا(ص) خوش بوتر از تو است. بعضی از یاران عبد اللّه به حمایت از او و بعضی از یاران رسول خدا به حمایت از آن جناب برخاستند و هر دو طایفه عصبانی بودند؛ سپس دست به شاخه های خرما بردند و بعضی با دست و با کفش به یکدیگر زدند. اینجا بود که آیه «وَ إِنْ طائِفَتانِ مِنَ الْمُؤْمِنِین اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَیْنَهُما» نازل شد.[۲۶]

چند نقل دیگر هم، البته متفاوت در «الدر المنثور» روایت شده است؛ از جمله اینکه بین اوس و خزرج درگیری ـ با شمشیر و کفش ـ پیش آمد و به همین دلیل آیه نازل شد.[۲۷]

ولی همانگونه که علامه طباطبایی فرموده اند: «در انطباق آیه و مضمون آن و حکمی که در آن آمده با این روایات، ابهامی هست.»[۲۸] که دلیل آن با تأمل روشن می گردد.

---

۲۶. سیوطی، **الدّرّ المنثور**، ج۷، ص۵۶۰.

۲۷. همان، ص۴۸۷.

۲۸. طباطبایی، **المیزان**، ج۱۸، ص۳۲۰.

۳. تفاوت بغی با محاربه

بحث دیگری که برای تبیین دقیق موضوع لازم است به آن بپردازیم، تفاوت «بغی» با «محاربه» است. مدرك اصلی و اولی در بحث «محاربه» آیه۳۳ سوره مبارکه مائده است:

إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيم؛[۲۹]

کیفر کسانی که با خدا و پیامبرش می جنگند و در زمین به فساد می کوشند، این است که کشته یا به دار آویخته شوند یا دست و پایشان در جهت مخالف قطع شود و یا از سرزمین خود تبعید شوند؛ این رسوایی آنها در دنیاست و در آخرت نیز عذابشان بزرگ است.

یکی از تفاوت های بغی با محاربه این است که عنصر اصلی در محاربه، ایجاد فساد و به هم زدن امنیت اجتماعی است؛ در حالی که عنصر اصلی در بغی خروج بر حاکمان برای گرفتن حکومت است. لذا افرادی که به دزدی یا قاچاق مسلحانه اقدام می کنند، محارب هستند نه باغی.[۳۰] علامه طباطبایی در ذیل این آیه می نویسند:

---

۲۹. مائده: ۳۳. (ترجمه دکتر پور جوادی). در تفسیر آیه اختلاف نظر است که آیا تعبیر «محاربه» و «إفساد في الأرض» مترادفند و بر یک فرد صدق می کنند یا اینکه دو عنوان مجزّا هستند. تحقیق در این موضوع از عهده این نوشتار خارج است؛ اما از نظر علامه طباطبایی این دو عنوان مجزا نیست. طباطبایی، **المیزان**، ج۵، ص۳۲۶. برای مطالعه بیشتر، ر. ك: هاشمی شاهرودی، **قراءات فقهية معاصرة**، ج۱، ص۳۴۹؛ مؤمن، **كلمات سديدة**، ص۳۶۱.

۳۰. در این زمینه ر. ك: آصفی، **الجهاد**، ص۱۳۴؛ صدر، **ماوراء الفقه**، ج۹، ص۲۴۰: «المحارب: هو معلن الحرب ضدالمجتمع كمالو كان يقتل عشوائياً أو ضد السلطة الشرعية و هو الباغي.»

مراد از محاربه و افساد به طوری که از ظاهر آیه بر می‌آید، اخلال به امنیت عمومی است و قهراً شامل آن مواردی نمی‌شود که به روی فرد معیّن سلاح کشیده شود و او را به تنهایی تهدید کند؛ چون امنیت عمومی وقتی خلل می‌پذیرد که خوف عمومی و ناامنی جای امنیت را بگیرد و بر حسب طبع، وقتی محارب می‌تواند چنین خوفی را در جامعه پدید آورد که مردم را با اسلحه تهدید به قتل کند و به همین جهت است که در سنت، یعنی روایاتی که در تفسیر این آیه وارد شده نیز محاربه و فساد در ارض به چنین عملی، یعنی به شمشیر کشیدن و مثل آن تفسیر شده است.[۳۱]

تفاوت دیگر این است که بغی یک پدیده اجتماعی است و با فرد ـ وحتی افراد محدود ـ محقّق نمی‌گردد، در حالی که در محاربه هر فردی با کشیدن سلاح روی مردم مشمول عنوان محارب می‌شود؛ چرا که تعریف رسمی محارب در فقه امامیه ـ همان گونه که امام خمینی ذکر فرموده‌اند ـ چنین است: «محارب کسی است که سلاحی را از نیام برکشد (آماده استفاده کند) یا آن را برای ترساندن مردم و افساد در زمین آماده سازد»[۳۲]. در فقه اهل سنت هم «حرابة» به معنای سرقت و قطع طریق و مانند آن است که به صورت مسلحانه انجام شود. ابن رشد مالکی نظر همه ائمه اهل سنت را این گونه گزارش می‌کند: «علما اتفاق نظر دارند که محاربه، آشکار ساختن سلاح و بستن راه در خارج شهر است؛ اما در باره کسی که در داخل شهر محاربه کند، اختلاف دارند».[۳۳] پس تفاوت محاربه با بغی و شورش علیه حکومت

۳۱. طباطبایی، **المیزان في تفسیر القرآن**، ج۵، ص۳۲۷.

۳۲. امام خمینی، **تحریر الوسیلة**، ج۲، ص۴۴۳؛ محقق حلّی، **شرائع الاسلام**، ج۴ ـ ۳ همراه با تعلیقات سیدصادق شیرازی، ص۹۵۸؛ علامه حلّی، **قواعد الاحکام**، ج۳، ص۵۶۸؛ طباطبایی، **ریاض المسائل**، ج۱۶، ص۱۴۹.

۳۳. ابن رشد اندلسی، **بدایة المجتهد**، ج۲، ص۶۶۷. و نیز ر. ك: زحیلی، **الفقه الشافعي المیسّر**، ج۲، ص۴۱۳؛ همو، **الفقه الحنفي المیسّر**، ج۲، ص۳۷۴.

اسلامی، روشن است.

البته در شورش گروهی از مسلمانان علیه گروه دیگر ـ و نه علیه حکومت اسلامی ـ این دو موضوع به یکدیگر مشابهت بیشتری پیدا می کنند و متأسفانه در کلمات فقها تفاوتی میان این دو، دیده نشد. شاید بتوان گفت در محاربه اگر سلاحی هم به کار می رود، برای ترساندن مسلمانان ـ به قصد دزدی یا قصدی مشابه ـ است و اولاً بیشتر جنبه فردی ـ یا حداکثر گروهی معدود ـ دارد و سازمان یافته نیست، ثانیاً به قصد تصرف اراضی و زندگی مسلمانان نیست. این بحث نیازمند کاوشی ژرف تر است که فعلاً مجال آن وجود ندارد.

نکته ای که تذکر آن در پایان بحث مفید به نظر می رسد، این است که در قانون مجازات اسلامی اخیر آمده است: «گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران، قیام مسلحانه کند، باغی محسوب می شود و در صورت استفاده از سلاح، اعضای آن به مجازات اعدام محکوم می گردند».[۳۴] یعنی از نگاه قانون گذار، استفاده از سلاح، جرم «بغی» را به «محاربه» تبدیل خواهد کرد. بیان نظر دقیق تر در این موضوع، نیازمند پژوهش بیشتر در بحث محاربه است.

۴. تعریف باغی در فقه شیعه

شیخ طوسی در خلاف، مبحثی را با عنوان «کتاب الباغی» مطرح کرده و در تعریف باغی می نویسد: «باغی کسی است که بر امام عادل خروج (شورش) و با او نبرد کند و مانع تسلیم حق (حکومت) به او شود و این کلمه، صفت مذمومی است»[۳۵].

شیخ در اثر دیگرش می نویسد: «باغی کسی است که بر امام عادل خروج

۳۴. قانون مجازات اسلامی، ماده۲۸۷، مصوّب۱۳۹۲.

۳۵. طوسی، کتاب الخلاف، ج۵، ص۳۳۵.

(شورش) کند و اقتدارش را درهم شکند و بر امام تکلیف است که با آنان نبرد کند». [۳۶]

این تعبیر که باغی کسی است که بر امام عادل خروج کند، در سخن بسیاری از فقهای ما آمده است. [۳۷] شهید ثانی آن را مشهور دانسته و حتی احتمال می دهد که حقیقت شرعیه در معنای یاد شده پیدا کرده است. [۳۸] پیش از شهید ثانی، مرحوم فخرالمحققین معتقد بود کلمه باغی در معنای یاد شده حقیقت شرعی دارد. [۳۹] علامه حلی نیز این تعریف را مطابق عرف فقها می داند. [۴۰]

محقق اردبیلی تصریح می کند که مقصود از اهل بغی، همان خوارج است و مراد از امام عادل در تعابیر فقها، خصوص امام معصوم(ع) است. [۴۱] صاحب جواهر هم با آوردن واژه «علیه السلام» تعبیر امام عادل را در خصوص معصوم متعیّن می سازد و می نویسد:

فلا خلاف بین المسلمین فضلاً عن المؤمنین في أنّه یجب قتال من خرج علی إمام عادل ـ علیه السلام ـ بالسیف و نحوه إذا ندب إلیه الإمام علیه السلام عموما أو خصوصاً؛ [۴۲]

۳۶. شیخ طوسی، **الاقتصاد الهادي إلی طریق الرشاد**، ص۳۱۵.

۳۷. محقق حلّی، **شرایع الإسلام**، ج۱، ص۳۰۷؛ علامه حلّی، **ارشاد الأذهان**، ج۱، ص۳۵۲؛ همو، **قواعد الأحکام**، ج۳، ص۳۳۴؛ شهید اول، **الدروس الشرعیة**، ج۳، ص۲۴.

۳۸. «و لعلّه حقیقة شرعیّة فیه.» (شهید ثانی، **مسالک الأفهام**، ج۱۲، ص۱۱۵).

۳۹. «فإن الباغي حقیقة شرعیة فیمن خرج علی إمام عادل و الخطاب الشرعي یحمل علی حقیقته»، فخرالمحققین، **ایضاح الفوائد**، ج۴، ص۱۶۴.

۴۰. «المراد بالباغی فی عرف الفقهاء: المخالف للإمام العادل، الخارج عن طاعته بالامتناع عن أداء ما وجب علیه بالشرائط الآتیة»، (علامه حلّی، **تذکرة الفقهاء**، ج۹، ص۳۹۱.)

۴۱. ... یرید تعریف الباغي، و هو المسمّی بالخارجي و یرید بالإمام العادل المعصوم علیه السّلام؛ **مجمع الفائدة والبرهان**، ج۷، ص۵۲۴.

۴۲. نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام**، ج۲۱، ص۳۲۴؛ **فرهنگ فقه**، ج۲، ص۵۱.

میان مسلمانان، چه رسد به مؤمنان، در باره وجوب جنگ با کسی که با سلاح بر امام عادل علیه السلام خروج کرده و امام علیه السلام به صورت عمومی یا خصوصی فراخوان می دهد، اختلافی نیست.

تحولی که در متون فقه امامیه در تعریف اهل بغی ملاحظه می شود، تقسیم این عنوان به دو قسم است، آیت اللّه خویی اهل بغی را به دو گروه تقسیم می کنند: کسانی که بر امام معصوم علیه السلام شورش کرده اند و کسانی که بر گروهی از مسلمانان حمله کرده اند که باید با آنان بر اساس آیه ۳۳ سوره مائده، رفتار شود. ایشان آیه قرآن را در ذیل قسم دوم ذکر کرده اند[۴۳] و گویا همانند فاضل مقداد، معتقدند که آیه ارتباطی با شورش علیه امام ندارد. ایشان با اینکه «اهل بغی» را از انحصار تفسیر معروف درآورده اند، در بیان احکام این قسم بسیار مختصر بحث فرموده اند.

برخی از علما برای الحاق فقیه حاکم به معصوم، به ادله ولایت عامه ولایت فقیه تمسک کرده اند،[۴۴] ولی نیازی به این کار نیست؛ چرا که از اساس همان گونه که گفتیم، حکم بغی اختصاصی به خروج بر امام معصوم(ع) ندارد و اصل تشریع آن در مورد تعدی گروهی از مسلمانان بر گروه دیگر است و تعدی بر امام معصوم(ع) یک مورد مخصوص با احکام خاص است.

---

۴۳. البغاة، و هم طائفتان: إحداهما: الباغية على الإمام عليه السّلام، فإنّه يجب على المؤمنين ان يقاتلوهم حتّى يفيئوا إلى امر اللّه و إطاعة الإمام عليه السّلام، و لا خلاف في ذلک بين المسلمين و الأخرى: الطائفة الباغية على الطائفة الأخرى من المسلمين، فإنّه يجب على سائر المسلمين ان يقوموا بالإصلاح بينهما، فإن ظلّت الباغية على بغيها قاتلوها حتّى تفيءَ إلى امر اللّه. خویی، **منهاج الصالحین**، ج۱، ص۳۶۱؛ تبریزی، **منهاج الصالحین**، ج۱، ج۳۷۰.

۴۴. روحانی، **فقه الصادق**، ج۱۳، ص۱۰۸؛ آصفی، **الجهاد**، ص۱۳۲.

در کلام شیخ طوسی سه شرط ویژه برای صدق عنوان «اهل بغی» وجود دارد: توان درگیری مسلحانه و قدرت (منعة)، خروج از سیطره قدرت امام، داشتن بهانه دینی (تأویل).[۴۵] این سه قید در کلام علمای اهل سنت هم وجود دارد که به آن اشاره خواهیم داشت. درباره قید اول و دوم مطلب روشن است؛ چرا که در غیر آن دو فرض، اساساً لشکرکشی و جهاد با آنان بی معنی است و هرگاه حاکم بخواهد، می تواند آنان را دستگیر کند. علاوه بر این، همان گونه که برخی از محققان گفته اند در صورتی که آنان مخالفت مسلحانه نداشته باشند، از روح شریعت، بعید است که صرفاً به علت مخالفت سیاسی یا اقتصادی برخورد مسلحانه را تشریع کند.[۴۶]

اما دلیل قید سوم، ظاهراً ایجاد تفاوت میان اهل بغی با محاربان و مفسدان است. کسانی که با انگیزه دزدی و قاچاق مسلحانه با حکومت درگیر می شوند، اهل بغی نیستند چنان که خواهد آمد ـ و به همین دلیل قید «انگیزه و بهانه دینی داشتن» به تعریف اهل بغی اضافه شده تا شامل محاربان و مفسدان نشود. ولی به نظر می رسد برای تفاوت گذاری میان این دو عنوان، راه دیگری نیز وجود دارد که پیش تر گذشت و آن، تفاوت در قصد و انگیزه آن دو گروه با هم است که اگر پذیرفته شود، دلیلی برای لحاظ این شرط ـ با وجود اطلاق آیه و روایات ـ وجود ندارد. دلیل ما در نفی شرطیت این قید، اطلاق ادله است.

اما برخی از معاصران برای نفی این قید به قضیه خوارج اشاره کرده و گفته اند: چون کسانی که با امیرمؤمنان جنگیدند بدون شک اهل بغی هستند و از طرفی هم شبهه دینی نداشته اند، پس معلوم می شود چنین شرطی اساساً

۴۵. طوسی، **المبسوط**، ج۷، ص۲۶۴.
۴۶. آصفی، **الجهاد**، ص۱۳۹.

معتبر نیست.[47] اشکال این بیان آن است که خود امیرالمؤمنین(ع) آنها را طالبین حقی نامیده است که خطا کردند.

لَا تُقَاتِلُوا الْخَوَارِجَ بَعْدِي فَلَيْسَ مَنْ طَلَبَ الْحَقَّ فَأَخْطَأَهُ كَمَنْ طَلَبَ الْبَاطِلَ فَأَدْرَكَهُ؛[48]

پس از من خوارج را نکشید؛ زیرا کسی که دنبال حق بوده و به اشتباه افتاده همانند کسی نیست که دنبال باطل بوده و به آن رسیده است.

این کلام حضرت؛ بدین معناست که خوارج اهل شبهه و تأویل بودند.

۵. تعریف «اهل بغی» در فقه حنفی

در فقه حنفی برخی از بزرگان همچون کاشانی حنفی[49]، به اتحاد اهل بغی با خوارج حکم کرده‌اند، ولی نظر رسمی و معروفی که پذیرفته شده، این است که میان خوارج با اهل بغی، با وجود اشتراك در حکم، تفاوت وجود دارد؛ چنان که خواهد آمد. تعریف معروف و مختصر اهل بغی که در الدرالمختار آمده، چنین است:

هم الخارجون عن الامام الحق بغیر الحق؛[50]

کسانی که به ناحق بر حاکمی که به حق قدرت را به دست آورده، شورش کرده‌اند.

---

۴۷. روحانی، دلیل دیگری برای الغای این شرط اقامه نموده: هل یعتبر فیهم الشبهة و أن یکونوا علی المبائنة بتأویل یعتقدونه کما عن جماعة، أم لا؟ الظاهر هو الثاني؛ للقطع بأنّ أصحاب الجمل و صفین من البغاة و لم یکن لهم شبهة و بذلک یظهر عدم اعتبار نصب إمام لأنفسهم(**فقه الصادق**، ج۱۳، ص۱۱۶).

۴۸. سید رضی موسوی، **نهج البلاغة**، حکمت ۶۰.

۴۹. «فالبغاة هم الخوارج و هم قوم من رأیهم أنّ کلّ ذنب کفر کبیرة أو صغیرة یخرجون علی إمام أهل العدل و یستحلّون القتال و الدماء و الأموال بهذا التأویل و لهم منعة و قوة» (کاشانی حنفی، **بدائع الصنائع**، ج۷، ص۲۰۷.)

۵۰. حصکفی، **الدّرّ المختار**، ص۳۵۱.

ابن العابدین (متوفّی۱۲۵۲ هـ. ق) نکته ای را در حواشی خود افزوده که باید به آن توجه داشت: «بر اساس مذهب حنفی، خروج بر حاکمی که حکومت را با زور به دست آورده ـ مثل کودتا ـ و توانسته قدرت خود را تثبیت و مستقر کند، جایز نیست». [51] بنابراین حتی اگر حاکم اسلامی عادل نباشد، برای حفظ مصلحت نظام اسلامی، کسی حق شورش علیه او را نخواهد داشت.

برای تحقّق عنوان بغی لازم است افرادی که بر حاکم اسلامی شورش کرده اند، یک مبنای دینی ـ و البته نادرست ـ داشته باشند که از آن با عنوان «تأویل» یاد می شود و ما معادل «توجیه شرعی» یا «بهانه دینی» را برای آن پیشنهاد می کنیم. اگر گروهی بدون انگیزه شرعی به مردم مسلمان حمله کنند و به مال و جان آنها آسیب برسانند، راهزن و دزد قلمداد می شوند و اهل بغی نیستند. [52] پس برای تحقق بغی، داشتن بهانه دینی هم لازم است. قید دیگری که برای تحقق این عنوان لازم است، وجود اقتدار گروهی است؛ یعنی اگر چند نفر به صورت پراکنده به مسلمانان حمله ور می شوند، عنوان اهل بغی بر آنان صدق نمی کند ـ حتی اگر بهانه دینی داشته باشند ـ و اینها حکم دزد و راهزن دارند. [53] از آنجا که خوارج نیز همانند اهل بغی، هم بهانه دینی و هم اقتدار گروهی داشتند، لازم است به تفاوت

۵۱. «الظاهر انّ المراد به ما یعمّ المتغلب؛ لأنّه بعد استقرار سلطنته و نفوذ قهره لایجوز الخروج علیه کما صرّحوا به.» (ابن عابدین، **ردّ المحتار علی الدر المختار**، ج۶، ص۳۹۹). آقای صالحی نجف آبادی در کتاب «جهاد در اسلام» از عبدالقادر عودة نقل می کند که رأی راجح در چهار مذهب فقهی عامه و شیعه زیدیه این است که قیام بر امام فاسق و فاجر جایز نیست، صالحی نجف آبادی، **جهاد در اسلام**، ص۱۳۴.

۵۲. ابن عابدین، **ردّ المحتار علی الدر المختار**، ج۶، ص۴۰۰؛ زحیلی، **الفقه الحنفي المیسّر**، ج۲، ص۳۲۶.

۵۳. ابن عابدین، **ردّ المحتار علی الدر المختار**، ج۶، ص۴۰۰؛ زحیلی، **الفقه الحنفي المیسر**، ج۲، ص۳۲۷.

میان اهل بغی و خوارج اشاره شود.

دکتر زحیلی در باره تفاوت میان اهل بغی و خوارج در فقه حنفی می گوید:

با اینکه هر دو گروه از اطاعت امام خارج شده اند، این تفاوت میان آنها وجود دارد که خوارج به علت آنچه خود می پندارند، خون و مال دیگر مسلمانان را مباح می شمارند؛ اما اهل بغی این گونه نیستند و برای گرفتن حکومت و امثال آن به دیگران حمله می کنند.[۵۴] لکن در کلام علامه ابن عابدین تصریح شده که عنوان اهل بغی، اعم از خوارج است.[۵۵]

۶. تعریف «اهل بغی» در فقه شافعی

در کتاب المهذب که یکی از متون کهن فقه شافعی است، چنین آمده است:

هنگامی که گروهی از مسلمانان بر امام خروج و شورش کنند و با شبهه دینی قصد برکناری او را داشته باشند یا مانع حق او شوند و از سیطره او خارج شوند، امام با آنها می جنگد.[۵۶]

همان گونه که ملاحظه می شود، امام مقید به عدالت نشده است؛ یعنی حتی اگر امام مسلمین جائر هم باشد، کسانی که بر او شورش می کنند با داشتن دو

۵۴. **الفقه الحنفي الميسّر**، ج۲، ص۳۲۷. نکته جالب دیگری که در پایان بحث دکتر زحیلی آمده، این است که سبّ و دشمنی با برخی از صحابه در عین اینکه ضلالت است، از اسباب کفر قلمداد نمی شود: «و سبّ احد الصحابة و بغضه لایکون کفراً لکن یضلل فإن علیا رضی الله عنه لم یکفر شاتمه حتی لم یقتله.

۵۵. «لکنّ الظاهر من کلام الاختیار و غیره أن البغاة أعمّ فالمراد بالبغاة مایشمل الفریقین.» **الفقه الحنفي الميسّر**، ج۲، ص۳۲۷. نکته جالب دیگری که در ذیل کلام این عالم برجسته حنفی مذهب آمده، این است که به صراحت پیروان محمد بن عبدالوهاب را مصداق خوارج زمان خود می داند.

۵۶. شیرازی، **المهذّب**، ج۱، ص۳۴۰.

شرطی که در فقه حنفی از آنها سخن گفتیم، اهل بغی قلمداد می شوند: وجود بهانه دینی «تأویل» و قدرت «منعة».

دکتر وهبة زحیلی، عالم شافعی معاصر نیز تأکید می کند که در فقه شافعی، شورش علیه امام مسلمانان، حتی اگر جائر باشد، بغی است. ایشان در تعریف اهل بغی می نویسد: «هم مسلمون مخالفوا الامام و لو کان جائراً و کانوا عادلین؛ آنها مسلمانانِ مخالفِ امام هستند هر چند که امام جائر و آنها عادل باشند»؛[57] ولی این موضوع در تاریخ فقه شافعی محل بحث بوده است. برای مثال امام نووی که از علمای طراز اول این مذهب است، در روضة الطالبین به صراحت می نویسد: «الباغي في اصطلاح العلماء هو المخالف لامام العدل الخارج عن طاعته بامتناعه من أداء الواجب علیه أو غیره»[58]. طبق این عبارت، قید عدالت برای پیشوای مسلمانان لازم است و در غیر این صورت عنوان بغی بر مخالفان مسلح او، صدق نمی کند.

قید دیگری که به تعریف اهل بغی در برخی کتب[59] اضافه شده، این است که لازم است آنها از حیطه قدرت و نفوذ حاکم اسلامی خارج باشند؛ در غیر این صورت احکام باغین برآنان جاری نمی گردد؛ چرا که امام نیازی به لشکرکشی

۵۷. زحیلی، **الفقه الشافعي المیسّر**، ج۲، ص۳۶۶.

۵۸. نووی، **روضة الطالبین**، ج۷، ص۲۷۰. در پاورقی این صفحه آمده که قید عدالت در کلام خود امام شافعی هم وجود دارد و نظر جمهور علما هم همین بوده است. در ادامه از قفّال و امام رافعی به عنوان دو عالمی که جائر را هم ملحق به عادل کرده اند، نام می برد. عمرانی هم معتقد است امام در صورت فسق خود به خود عزل می گردد (**البیان في مذهب الامام الشافعي**، ج۱۲، ص۱۳ و ۱۸) لکن معلوم نیست آقای عمرانی، اگر امام فاسق حاضر به کناره گیری نباشد، حکم جواز قیام علیه او را بدهد؛ چرا که پس از چند صفحه نظر قفّال را نقل کرده، سکوت می کند. به هرحال موضوع جای بررسی بیشتر دارد.

۵۹. عمرانی شافعی، **البیان في مذهب الامام الشافعي**، ج۱۲، ص۱۶.

نخواهد داشت. این قید در کلام شیخ طوسی گذشت و به نظر درست می‌آید.

نکته مهم دیگر در فقه شافعی، این است که با وجود حکم قتال با اهل بغی، آنها نه تنها غیر مسلمان قلمداد نمی‌شوند ـ که این را دیگر مذاهب هم دارند ـ بلکه حتی فاسق هم نیستند؛ چرا که به دلیل دستاویز مذهبی که به آن معتقد هستند ـ هرچند از نظر ما باطل باشد ـ نمی‌توان حکم فسق را برآنان مترتب کرد.[۶۰]

نتیجه

برخی از مهم‌ترین نتایج بحث این است:

۱. در قرآن کریم به اصل موضوع بغی توجه شده و این عنوان در مورد شورش گروهی از مسلمانان علیه گروه دیگر و نیز شورش گروهی از مسلمانان علیه حاکم اسلامی به کار رفته است.

۲. جنگ امیرالمؤمنین(ع) با خوارج، مصداق روشن جهاد با اهل بغی است و بسیاری از احکام این موضوع از این مصداق استنباط شده است؛ اما نباید بحث بغی را به آن محدود کرد. از همین رو برخلاف دیدگاه مشهور علمای امامیه، لازم نیست حاکم اسلامی معصوم باشد تا عنوان «بغی» بر معارضان مسلح صدق کند.

۳. شرط «تأویل» در صدق عنوان «اهل بغی» لازم نیست، اما اقتدار مسلّحانه و خروج از حیطه تسلط امام لازم است.

۴. بغی با محاربه تفاوت دارد، عنصر اصلی در محاربه، ایجاد فساد و بر هم زدن امنیت اجتماعی است و عنصر اصلی در بغی، خروج بر حاکم برای گرفتن حکومت است.

۶۰. نووی، **روضه الطالبین**، ج۷، ص۲۷۰.

منابع و مآخذ

۱ . قرآن کریم

۲ . آلوسی، سید محمود، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم**، بیروت، دار الکتب العلمیة، اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.

۳ . ابن رشد مالکی اندلسی، محمد، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، بیروت، دارالکتب العلمیة، دوم، ۱۴۲۰هـ. ق.

۴ . ابن عابدین، محمد امین، **حاشية إبن عابدين(ردّ المحتار على الدّرّ المختار)**، بیروت، دار المعرفة، دوم، ۱۴۲۸هـ. ق.

۵ . امام خمینی، سید روح الله، **تحرير الوسيلة**، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، چاپ دهم، ۱۴۲۵هـ. ق.

۶ . تبریزی، میرزا جواد، **منهاج الصالحين**، قم، مجمع الامام المهدی(عج)، اول، ۱۴۲۶ هـ. ق.

۷ . جصّاص، ابوبکر، **أحكام القرآن**، بیروت، دارالفکر، اول، ۱۴۲۱ هـ. ق.

۸ . جوهری، اسماعیل بن حمّاد، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية**، بیروت، دارالعلم للملایین، اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.

۹ . حصکفی حنفی، محمد بن علی، **الدرالمختار**، بیروت ، دارالکتب العلمیة، اول، ۱۴۲۳هـ. ق.

۱۰ . حلی، فخر المحققین محمد، **ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد**، قم، اسماعیلیان، اول، ۱۳۸۷هـ. ش.

۱۱ . روحانی، سید محمدصادق، **فقه الصادق**، ایران ، دار الکتاب، مدرسه امام صادق(ع)، اول، ۱۴۱۲ هـ. ق.

۱۲ . زحیلی، وهبة، **التفسير المنير فی العقيدة و الشريعة و المنهج**، بیروت ـ دمشق، دارالفکر المعاصر، دوم، ۱۴۱۸ هـ. ق.

۱۳ . ـــــــــــ، **الفقه الحنفي الميسّر**، دمشق، دارالفكر، اول، ۱۴۳۱ هـ. ق.
۱۴ . ـــــــــــ، **الفقه الشافعي الميسّر**، دمشق، دارالفكر المعاصر، دوم، ۱۴۳۱هـ. ق.
۱۵ . زمخشری، محمود، **الكشّاف عن حقائق غوامض التنزيل**، بيروت، دارالكتاب العربي، سوم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۶ . سبزواری، محمدباقر، **كفاية الاحكام**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، اول، ۱۴۲۳هـ. ق.
۱۷ . سيوطی، جلال الدين، **الدّرّ المنثور في التفسير بالمأثور**، بيروت، دارإحياء التراث العربي، اول، ۱۴۲۱هـ. ق.
۱۸ . شهيد اول، محمد، **الدروس الشرعية في فقه الإماميّه**، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، دوم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۱۹ . شهيد ثانی، زين الدين، **مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۰ . شيرازی، ابواسحاق، **المهذّب في فقه الشافعي**، بيروت، دارالفكر، ۱۴۱۷هـ. ق.
۲۱ . صدر، سيد محمد، **ماوراء الفقه**، بيروت، دارالاضواء للطباعة و النشر و التوزيع، اول، ۱۴۲۰هـ. ق.
۲۲ . طباطبائی، سيد محمد حسين، **الميزان في تفسير القرآن**، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، پنجم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۲۳ . طباطبائی، سيد محمدعلی، **رياض المسائل**، قم، مؤسسة آل البيت(ع)، اول، ۱۴۲۳هـ. ق.
۲۴ . طبرسی، فضل بن الحسن، **مجمع البيان في تفسير القرآن**، تهران، انتشارات ناصر خسرو، سوم، ۱۳۷۲هـ. ش.
۲۵ . طوسی، **التبيان في تفسير القرآن**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بی تا.

۲۶ . ـــــــــــ، **الاقتصاد الهادي إلى الطريق الرشاد**، اصفهان، کتابخانه جامع چهل ستون، اول، ۱۳۷۵هـ. ش.
۲۷ . ـــــــــــ، **المبسوط في فقه الإماميّة**، تهران، المکتبة المرتضوية، سوم، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۲۸ . ـــــــــــ، **کتاب الخلاف**، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، دوم، ۱۴۲۰هـ. ق.
۲۹ . علامه حلّی، الحسن بن یوسف، **تذکرة الفقهاء**، ۱۴ جلدی، قم، مؤسسة آل البیت(ع)، اول، ۱۴۱۴هـ. ق.
۳۰ . ـــــــــــ، **قواعد الأحکام**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، اول، ۱۴۱۳هـ. ق.
۳۱ . ـــــــــــ، **مختلف الشيعة**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، دوم، ۱۴۱۳هـ. ق.
۳۲ . عمرانی شافعی یمنی، ابوالحسین یحیی، **البيان في مذهب الإمام الشافعی**، بی جا، دارالمنهاج، بی تا.
۳۳ . قرطبی مالکی، محمد، **الجامع لأحکام القرآن**، بیروت، دارإحیاء التراث العربي، اول، ۱۴۲۲هـ. ق.
۳۴ . فیّومی، احمد، **المصباح المنير**، قم، دارالهجره، سوم، ۱۴۲۵هـ. ق.
۳۵ . کاشانی حنفی، ابوبکر، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بیروت، دارالفکر، اول، ۱۴۱۷هـ. ق.
۳۶ . کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافی**، تهران، دارالکتب الإسلامية، ششم، ۱۳۸۴هـ. ش.
۳۷ . محقق حلی، جعفر بن الحسن، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۲۳هـ. ق.
۳۸ . مصطفوی، حسن، **التحقيق في کلمات القرآن الکريم**، بیروت، دارالکتب

العلمية، سوم، بی تا.
۳۹. مغربی تمیمی، نعمان بن محمد، **دعائم الاسلام**، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، دوم، ۱۳۸۵هـ.ق.
۴۰. موسوی، سید رضی، **نهج البلاغة**، قم، مؤسسة نهج البلاغة، اول، ۱۴۱۴هـ.ق.
۴۱. مؤمن، محمد، **کلمات سدیدة في مسائل جدیدة**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، اول، ۱۴۱۵هـ.ق.
۴۲. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۴هـ.ق.
۴۳. نووی، محیی الدین یحیی، **روضة الطالبین**، بیروت، دارالکتب العلمیة، سوم، ۱۴۲۷هـ.ق.
۴۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، قراءات فقهیة معاصرة، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی. اول، ۱۴۲۳هـ.ق.
۴۵. آصفی، محمد مهدی، **الجهاد**، قم، مؤسسه بوستان کتاب، اول، ۱۴۲۱هـ.ق.
۴۶. موسوی خویی، سید ابو القاسم، **منهاج الصالحین**، قم، نشر مدینة العلم، ۱۴۱۰هـ.ق.
۴۷. راغب اصفهانی، **مفردات الفاظ القرآن**، قم، ذوي القربی، پنجم، ۱۴۲۶هـ.ق.
۴۸. فاضل مقداد، **کنز العرفان في فقه القرآن**، تهران، مجمع العالمي للتقریب بین المذاهب الاسلامیة، اول، ۱۴۱۹هـ.ق.
۴۹. منتظری، حسین علی، **دراسات في ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة**، ۴ جلدی، قم، نشر تفکر، دوم، ۱۴۰۹هـ.ق.
۵۰. منصورحسن، عبدالملک، **البغي السیاسي**، صنعاء ـ الجمهوریة الیمنیة، مؤسسة المنصور الثقافیة للحوار بین الحضارات، دوم، ۲۰۰۲م.

فارسی:

۱. جمعی از نویسندگان(زیر نظر آیت اللّه سید محمود هاشمی شاهرودی)، **فرهنگ فقه**، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۸هـ. ش.

۲. صالحی نجف آبادی، نعمت الله، **جهاد در اسلام**، تهران، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۶هـ. ش.

۳. عمید زنجانی، عباسعلی، **فقه سیاسی**، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۸۳هـ. ش.

۴. مکارم شیرازی و همکاران، **تفسیر نمونه**، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ اول، ۱۳۷۴هـ. ش.

۵. میر محمد صادقی، حسین، **حقوق کیفری اختصاصی(جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی)**، تهران، نشر میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۰هـ. ش.

واکاوی فقهی ادله حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی

○ علی میثمی تهرانی *

چکیده

یکی از مسائل مستحدثه در عرصه فقه حکومتی، حکم استفاده از سلاح های کشتارجمعی در جنگ علیه کفار حربی است. مؤلف پس از تعریف مسئله و بیان موضوع، در پی اثبات این است که اصل اولی در این موضوع از منظر اسلام حرمت است؛ در ادامه نیز با طرح ادله‌ای نظیر حرمت مسموم کردن آب های آشامیدنی و مناطق مسکونی دشمن در جنگ، حرمت اعتدا و ظلم و زیرپا گذاشتن عدالت، حرمت کشتار غیر نظامیان، حرمت عهدشکنی، حرمت استفاده از سلاح های آتش زا در جنگ، قاعده سعی در فساد، قاعده وزر، ضرورت پیروی از حکم حاکم اسلامی، حرمت استفاده از سلاح های کشتارجمعی را از منظر فقه شیعه اثبات کرده و ادله مخالفان، نظیر قاعده

* محقق و مدرس سطح عالی حوزه علمیه قم.

اعتدا و اصل بازدارندگی و مقابله به مثل را پاسخ داده است.
کلیـد واژگان: سلاح های کشتار جمعی، نقض عهد، القای سم، اعتدا، عدالت، اخلاق اسلامی، جهاد، مقاتله.

مقدمه

در دنیای معاصر با توسعه تکنولوژی در زمینه های مختلف، در عرصه تسلیحات جنگی نیز تحولات گسترده ای رخ داده است؛ آن چنان که بشر امروزی به سلاح هایی دست یافته که با استفاده از آن، می تواند چندین بار کره زمین را با خاك یکسان کند. این نوع تسلیحات که در اصطلاح، در زمره تسلیحات کشتارجمعی قرار می گیرد، یکی از عمده ترین چالش های فرا روی بشر امروزی به شمار می رود. در حقوق بشردوستانه معاصر، قواعدی با عنوان مقررات حاکم بر جنگ معین شده است.[1] دقت در آداب جنگ ـ یا به تعبیر صحیح تر، جهاد ـ در اسلام، این حقیقت را آشکار می کند که آنچه امروزه در نظام حقوق بین المللی مورد تأکید قرار گرفته، در آموزه های اسلام از دیرباز وجود داشته است. بنابراین می توان مدعی بود که فرهنگ اسلام نخستین مبدأ تدوین قواعد بشر دوستانه بین المللی بوده است.[2] این در حالی است که در آموزه های تحریف شده ادیان دیگر، نه تنها بر حقوق بشردوستانه تأکید نشده، بلکه تشویق های فراوانی برای سرکوبی مطلق دشمن صورت گرفته است.[3]

---

۱. ر. ك: ظالمی، الفقه السیاسي في الاسلام، ص۵۶، ۷۴، ۱۱۹ و ۱۲۰؛ زحیلی، العلاقات الدولیّة في الاسلام مقارنة بالقانون الدولي الحدیث، ص۶۷؛ محمد کاظم مکی، النظم الاسلامیه، ص۲۶۵.

۲. محقق داماد «تدوین حقوق بشردوستانه بین المللی و مفهوم اسلامی آن»، مجله تحقیقات حقوقی، ش۱۸، ص۱۵۲.

۳. ر. ك: زحیلی، آثارالحرب في الفقه الاسلامی، ص۴۴؛ نواوی، العلاقات الدولیة والنظم القضائیة في الشریعة الاسلامیه، ص ۱۲۳؛ علی منصور، الشریعة الاسلامیة والقانون الدولي العامّ، ص ۳۳۱ و ۳۷۹؛ لبون، تمدن اسلام و عرب، ص۳۳۳.

این خود گواه تفاوت ماهیتی نگاه اسلام با دیگر مکاتب به جنگ است. با بررسی احکام متعالی اسلام در باب جنگ، به مقرراتی دست می یابیم که استفاده از تسلیحات کشتار جمعی را به صراحت ممنوع اعلام می کنند؛ در واقع دین مبین اسلام از همان آغاز بر مبنای هدایت بشر بنا شده و انگیزه و دلیل جهاد فی سبیل اللّه در منطق اسلام، هرگز انتقام جویی، جاه طلبی، کشورگشایی، به دست آوردن غنائم و اشغال سرزمین های دیگران نبوده و نیست؛ بلکه اسلام همه اینها را محکوم کرده است و می گوید استفاده از سلاح و جهاد کردن فقط باید در راه خدا و برای اجرای قوانین الهی و گسترش توحید و عدالت و دفاع از حق و ریشه کن ساختن ظلم و فساد و تباهی باشد و بس، نه نسل کشی و قتل عام بندگان مستضعف خدا.[۴]

وَمَا لَكُمْ لاَ تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيّاً وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيراً؛[۵]

و چرا شما در راه خدا [و در راه نجات] مردان و زنان و کودکان مستضعف نمی جنگید؟ همانان که می گویند: پروردگارا، ما را از این شهری که مردمش ستم پیشه اند بیرون ببر، و از جانب خود برای ما سرپرستی قرار ده، و از نزد خویش یاوری برای ما تعیین فرما.

در این مقاله مهم ترین ادله فقهی حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی از منظر فقه شیعه، بررسی می شود.

۱. تبیین موضوع و روش تحقیق در آن

۱ـ۱. تبیین مسئله

موضوع سلاح های کشتارجمعی دارای جنبه های فقهی گسترده ای است؛ نظیر حکم

۴. مکارم شیرازی، **تفسیر نمونه**، ج۲، ص۱۸.
۵. نساء، آیه ۷۵.

تولید، نگهداری، خرید و فروش و ... ؛ ولی روشن است که بحث تفصیلی درباره همه آنها از حوصله این نوشته خارج است. بر این اساس، مقاله حاضر تنها در پی تبیین برخی از مهم ترین ادله فقهی حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی در عرصه مجاهده با کفار حربی است. حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی در برابر مسلمانان، اهل کتاب و کفار غیر حربی نیز هر چند موضوع بحث مستقیم این مقاله نیست، لازمه فقهی حکم حرمت در مسئله محل بحث، به قیاس اولویت است. اصطلاح «سلاح های کشتار جمعی» را نخستین بار سراسقف کلیسای کانتنبری، در ۲۸ دسامبر ۱۹۳۷ هنگام توصیف ویرانی های ناشی از بمباران شهر گرنیکای اسپانیا به کار برد. بعدها در سال ۱۹۴۸، عبارت «تسلیحات کشتار جمعی» در یکی از اسناد کمیسیون «تسلیحات نوع متعارف» به کار رفت و از آن پس رواج گسترده ای یافت.[۶] معیار تشخیص این سلاح ها از دیگر تسلیحات، یکی قدرت تخریبی بالای این سلاح ها و دیگری هدف به کارگیری آنهاست؛ زیرا ماهیت این سلاح ها قدرت تخریب آنهاست و جز به منظور کشتار وسیع به کار نمی روند. آثار مخرب آنها چنان است که نمی توانند به اهداف معینی محدود شوند. این آثار عموماً پیش بینی ناپذیر و مهارناشدنی اند. از این روست که این سلاح ها را سلاح های وحشت نیز می نامند.[۷] امروزه مشهورترین سلاح های کشتار جمعی عبارت اند از: سلاح های اتمی، بیولوژیک و شیمیایی. از آنجا که موضوع بحث اعم از این مصادیق است، حکم آن، شامل تمامی این مصادیق خواهد بود.

۱ـ۲. اهمیت موضوع شناسی

موضوع شناسی در این گونه مباحث فقهی اهمیت ویژه ای دارد و فقیه

۶. ممتاز، **حقوق بین الملل سلاحهای کشتار جمعی**، ترجمه امیرحسین رنجبریان، ص۸ و ۱۲.
۷. همان، ص ۱۳ ـ ۱۴.

نمی تواند بدون پرداختن به موضوع شناسی، حکم فقهی صحیحی را در این گونه موارد صادر کند؛ تا آنجا که شاید بتوان ادعا کرد اهمیت منطق موضوع شناسی در این مباحث نوظهور، کمتر از اهمیت منطق حکم شناسی نیست و یکی از روشن ترین موارد تأثیر زمان و مکان در اجتهاد جواهری پویا را می توان همین اهتمام به موضوع شناسی مسائل نوظهور فقهی دانست؛ زیرا موضوع شناسی فقیه در این گونه مسائل پیچیده نوظهور، بر حکم فقهی وی در این باب تأثیر فراوانی خواهد داشت. با نگاه محققانه فقهی به مسئله مورد بحث، درمی یابیم که نمی توان تمامی سلاح ها را تحت عنوانی عام دسته بندی کرد و حکم یکسانی برای همه آنها داد و مدعی نگاه یکسان شارع مقدس به تمامی آنها شد. اگر فقیه بداند که سلاح های کشتار جمعی در یک لحظه ده ها هزار نفر را نابود می کند و آثار ماندگار این سلاح ها ـ که به شکنجه ای تاریخی شبیه است ـ تا نسل های بعد هم باقی می ماند، قطعاً در استنباط او از حکم فقهی مؤثر است. بر این اساس، کسانی که قرار است در خصوص حکم فقهی سلاح های کشتار جمعی اظهارنظر فقیهانه کنند، باید شناخت موضوع را در اولویت قرار دهند؛ چون اگر کسی از ماهیت این موضوع آگاهی صحیحی نداشته باشد و نداند که آثار تخریبی این سلاح ها در طول و عرض حیات بشری چگونه و تا چه حد است، چه آثاری بر نسل های آینده دارد و در زمان انفجار چه گستره ای از انسان ها و زمین را نابود می کند، اساسا نمی تواند حکم درستی از اسلام در این باب استنتاج کند.

اگرچه موضوع استفاده از سلاح های کشتارجمعی از مسائل جدید است، اما می توان موارد مشابه آن را در فقه پیدا کرد؛ مواردی نظیر مسموم کردن آب ها و مناطق، آتش زدن درختان و مزارع و خانه ها، جاری کردن آب به سمت دشمن برای غرق کردن آنها و ... .

۲. مقتضای اصل اولی در موضوع استفاده از سلاح های کشتار جمعی

در مباحث فقهی بحثی با عنوان «مقتضای اصل اولی» مطرح است تا اگر دست فقیه از ادله ای که حکم مسئله را روشن کند کوتاه شد و یا اینکه ادله مطرح شده از سوی وی پذیرفته نشد، به مقتضای آن اصل رجوع شود. آنچه از مجموعه معارف دینی به دست می آید، این است که مقتضای اصل اولی در این مقام، حرمت استفاده از هرگونه سلاح کشتار جمعی است که موجب اذیت و آزار و قتل عام انسان ها و حتی حیوانات، یا موجب نابودی محیط زیست شود. اصلی ترین ادله ای که این اصل را ثابت می کند، اطلاق و عموم بسیاری از آیات و روایاتی است که بر احترام جان و مال انسان ها، بلکه احترام حیات حیوانات و نباتات دلالت دارد؛ از جمله، اطلاق و عموم آیاتی نظیر:

مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً[۸]؛

هرکس، دیگری را نه به قصاص، قتل کسی یا ارتکاب فسادی بر روی زمین بکشد، چنان است که همه مردم را کشته باشد.

وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللّهُ لاَ يُحِبُّ الفَسَادَ[۹]؛

و چون والی و سر پرست کاری شود ـ و قدرت و ریاست یابد یا چون پشت کند و از نزد تو بازگردد ـ می کوشد تا در زمین تباهی کند و کشت و نسل ـ دام یا نژاد ـ را نابود سازد و خدا تباهکاری را دوست نمی دارد.

وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ[۱۰]؛

و نفسی را که خداوند حرام کرده است جز به حق مکشید.

---

۸. مائده، آیه ۳۲.

۹. بقره، آیه ۲۰۵.

۱۰. انعام، آیه ۱۵۱.

همچنین عموم و اطلاق روایات معصومین (ع) درمورد نهی جنگجویان مسلمان از کشتن افراد غیر نظامی، تخریب خانه ها، مزارع، کشتن حیوانات، و ... است. به عنوان مثال، امام صادق(ع) می فرمایند: هرگاه رسول خدا (ص) می خواست لشکری اعزام کند، آنها را در مقابل خود می نشاند و پس از توصیه به تقوای الهی می فرمود:

سیروا بسم اللّه و باللّه و في سبیل اللّه و علی ملّة رسول اللّه لا تغلوا و لاتمثّلوا و لا تغدروا و لا تقتلوا شیخاً فانیاً و لا صبیاً و لا امراةً و لا تقطعوا شجراً إلاّ ان تضطرّوا إلیها و ایّما رجلٍ من ادنی المسلمین او افضلهم نظر إلی احد من المشرکین فهو جار حتّی یسمع کلام اللّه فإن تبعکم فاخوکم في الدین و إن ابی فابلغوه مامنه و استعینوا باللّه[11]؛

با نام خدا و استعانت از او و برای او و بر سنّت پیامبرش حرکت کنید، کسی را به غل و زنجیر نکشید، مُثله نکنید، در نبرد مکر و فریب به کار نبندید، پیران فرتوت و کودکان و زنان را نکُشید و درختان را قطع نکنید مگر که ناچار شوید و هرکس از مسلمانان چه پست ترین شان و چه برترین شان، به یکی از کفار مهلت داد آن شخص در پناه مسلمانان است تا کلام خدا را بشنود، اگر اسلام را پذیرفت، برادر دینی شماست و گرنه، او را به محل خود بازگردانید و از خداوند طلب یاری کنید.

همچنین امیر مؤمنان، علی(ع) در نامه تاریخی خود به مالک اشتر می فرمایند:

... واشعر قلبك الرحمةَ للرعیة ... و لا تکوننَّ علیهم سَبُعاً ضاریاً تغتنِمُ اکلهم. فإنّهم صنفان: إمّا اخ لَكَ في الدین او نظیر لك في الخلق ...؛[12]

قلب خویش را نسبت به ملت خود مملو از رحمت و محبت و لطف کن ...

---

۱۱. حر عاملی، **وسائل الشیعه**، ج۱۵، کتاب الجهاد، ص ۵۸.

۱۲. سید رضی، **نهج البلاغه**، نامه ۵۳.

و همچون حیوان درنده‌ای نسبت به آنان مباش که خوردن آنان را غنیمت شماری؛ زیرا آنها دو گروه بیش نیستند؛ یا برادران دینی تو هستند و یا انسانهایی همچون تو.

بر اساس عموم و اطلاق این آیات و روایات می توان نتیجه گرفت که اصل اولی در اسلام، حرمت تجاوز و تعدی و کشتن و اذیت و آزار دیگران، حتی غیر مسلمانان است. بر این اساس هر چند از این اطلاق و عموم، مواردی خاص تخصصاً، یا با تخصیص و تقیید خارج شده است، باز هم در صورت شک در مسئله‌ای نظیر حرمت استفاده از سلاح های کشتارجمعی، به عموم و اطلاق ادله اولیه رجوع کرده و اصل بر حرمت است.

۳. ادله فقهی حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی

در این بخش، هشت دلیل اصلی از ادله فقهی حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی را بررسی می کنیم.

۳ـ۱. حرمت مسموم کردن آب های آشامیدنی و مناطق مسکونی دشمن

از رسول خدا (ص) روایتی با نقل های مختلف، اما مضمون واحد وارد شده است که بر حرمت مسموم کردن محل سکونت دشمن دلالت دارد: «عن سكوني عن جعفرعن أبيه عن عليّ(ع): أنّ النبي (ص) نهى أن يلقى السمّ في بلاد المشركين؛ رسول خدا(ص) از سم پاشیدن در مناطق مشرکان نهی کرده است»[۱۳]، «عن علي (ع): **أنّ النبي نهى أن يرمي السمّ في بلاد المشركين**؛ رسول خدا(ص) از سم پاشیدن در مناطق مشرکان نهی کرده است».[۱۴] هرچند برخی در سند این

۱۳. ر. ك: طوسی، **تهذيب الأحكام**، ج۶، ص۱۴۳؛ مجلسی ثانی، **بحارالأنوار الجامعة لدرر أخبار الائمة الأطهار**، ج۱۹، ص۱۷۷ـ۱۷۸.

۱۴. فیض کاشانی، **الوافي**، ج ۱۵، ص۹۷؛ کلینی، **الفروع من الكافي**، ج ۵، ص۲۸.

حدیث از آن جهت که سکونی در آن واقع شده است اشکال کرده اند، ولی اکثر قریب به اتفاق رجالیون، وی را مقبول الروایه دانسته اند؛ حتی حضرت آیت اللّه خویی که معروف به سختگیری در توثیقات است، از این روایت به معتبره سکونی تعبیر کرده و طبق آن فتوا داده است. افزون بر این، بسیاری از فقهای قدیم و معاصر طبق آن فتوا داده اند.

همان گونه که مشاهده می شود، در خود روایت از عنوان عام «بلاد» استفاده شده و نامی از آب یا زمین یا هوا برده نشده است؛ بلکه حضرت به صورت مطلق فرموده اند سم پاشیدن در سرزمین مشرکان ممنوع است. پس ظهور و دلالت منطوقی روایت شامل ابزارهای مسموم کننده زمین، هوا، آب و ... می شود؛ ویژگی ای که در بیشتر سلاح های کشتارجمعی معاصر وجود دارد. علاوه بر این، هر چند نهی در این روایات در مورد سم وارد شده است، ملاك نهی اختصاص به سم ندارد و قطعاً عنوان سم دارای موضوعیت نیست؛ بلکه این عنوان به هرگونه سلاحی اشاره دارد که سبب کشتار افراد بی گناه در خارج از مناطق جنگی ـ اعم از انسان ها و حیوانات ـ می باشد و یا به مزارع و محیط زیست آسیب می رساند. به بیان دیگر، این گونه احکام جنبه تعبدی ندارد تا ملاك حرمت، تنها موضوع سم دانسته شود و الغای خصوصیت جایز نباشد؛ بلکه از احکام توصلی است. لذا می توان از آن الغای خصوصیت کرد و به ابزارهای کشتار جمعی تعمیم داد که همانند سم، بلکه در حد بیشتری، سبب نابودی می شوند.[15] علاوه بر این،

۱۵ . ر. ك: سبزواری، **مهذّب الأحكام في بيان الحلال و الحرام**، ج ۱۵، ص۱۲۴؛ شهید ثانی، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ج ۲، ص۳۹۲؛ همو، **مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۳، ص۲۵؛ نجفی، **جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام**، تصحیح عباس قوچانی، ج ۲۱، ص ۶۸.

می توان مدعی شد این عنوان شامل هرگونه سلاح های کشتار جمعی می شود؛ زیرا به قیاس اولویت، آسیب سلاح های کشتار جمعی نظیر سلاح های هسته ای، بسیار بیشتر و به مراتب هولناك تر از مسموم کردن آب شهر دشمن است. بنابراین به اولویت قطعی حاصل از دلالت مفهومی روایت، می توان گفت اگر استفاده از سم که به منطقه محدودی آسیب می رساند حرام باشد، استفاده از بمب اتم و سلاح های میکروبی و شیمیایی به طریق اولی حرام است. علاوه بر این، مطابق برخی نقل ها از این روایت که می فرماید:

لا يقطع الأشجار المثمرة و لا تحرق إلاّ أن يدعو إلى ذلك ضرورة، و لا يلقى السمّ في ديارهم ...؛[16]

قطع کردن درختان میوه و سوزاندن آنها مگر در حالت ضرورت و همچنین ریختن سم در دیار کفار و دشمن جایز نیست.

برمی آید که در مواردی نظیر سوزاندن و قطع درختان، یا مبارزه با زنان و کشتن ایشان، استثنائاتی وجود دارد؛ نظیر اینکه زن به میدان مبارزه نظامی وارد شود یا اینکه پیروزی متوقف بر قطع درختان باشد؛ ولی در موضوع مسموم کردن، هیچ استثنایی وجود ندارد و به طور مطلق ممنوع است؛ چرا که هدفمند نیست و هر کسی که در معرض آن قرار گیرد، از بین می رود؛ پس روشی ناجوانمردانه است[17] و محال است اسلام با اقدامات بی منطق کشتار جمعی موافقت داشته باشد.[18] بنابراین بر اساس این روایت، امروزه که دامنه آسیب رسانی کنترل نشده تسلیحات

۱۶. القاضی ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۲۹۹.

۱۷. محقق داماد، «تدوین حقوق بشر دوستانه بین المللی و مفهوم اسلامی آن»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ش ۱۸، ص۱۹۰.

۱۸. ر. ك: علامه حلّی، **مختلف الشيعة في أحكام الشريعة**، ج۴، ص ۴۰۳ ـ ۴۰۴؛ محدث نوری، **مستدرك الوسائل**، ج۱۱، ص۴۱.

کشتار جمعی به هیچ وجه با استفاده از سم قابل مقایسه نیست، به طریق اولی به کارگیری این تسلیحات از منظر اسلام ممنوع خواهد بود.[19]

۳ـ۲. حرمت اعتدا و ظلم و زیر پا گذاشتن عدالت

یکی از عناوینی که در فقه اسلامی مشتمل بر احکام تکلیفی و وضعی بسیاری است، عنوان اعتداست. از جمله احکام مربوط به این عنوان، حرمت تجاوز از حد با استفاده از سلاح های کشتار جمعی در جنگ است. براساس آیات و روایاتی که بر حرمت اعتدا در میدان جنگ با دشمن دلالت دارند، می توان به طور قطع به حرمت استفاده از سلاح های کشتارجمعی فتوا داد. آیاتی که بر حرمت و منع اعتدا و تجاوز در استفاده از ابزارهای جنگی دلالت دارند، فراوان است؛ نظیر:

وَقَاتِلُواْ فِي سَبِيلِ اللّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلاَ تَعْتَدُواْ إِنَّ اللّهَ لاَ يُحِبِّ الْمُعْتَدِينَ؛[20]

و در راه خدا با کسانی که با شما می جنگند، بجنگید و از اندازه درنگذرید؛ زیرا خداوند تجاوزکاران را دوست نمی دارد.

این آیه از کلیدی ترین آیات درباره حرمت استفاده از ابزارهای کشتارجمعی به شمار می رود؛ زیرا می توان درباره جنگ با دشمنان از آن استفاده کرد. بر اساس این آیه، استفاده از هرگونه سلاح جنگی که مصداق تعدّی و تجاوز از حد باشد،

---

۱۹. ر. ك: طوسی، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی**، ص۵۱؛ علامه حلّی، **مختلف الشيعه**، ج۴، ص۴۰۳، مسئله ۱۴؛ محقق کرکی، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج۳، ص۳۸۵؛ شهید اول، **الدروس الشرعيه في فقه الإماميه**، ج۲، ص۳۲؛ شهید ثانی، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ج۲، ص۳۹۲؛ محقّق حلّی، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج۱، ص۳۴۴؛ صدر، **ماوراء الفقه**، ج۲، ص۳۸۵؛ خویی، **منهاج الصالحين**، ج۱، ص۳۷۱؛ نجفی، **جواهر الكلام**، كتاب الجهاد، ج۲۱، ص ۶۶؛ مقدس اردبیلی، **مجمع الفائدة و البرهان**، ج۷، ص۴۵۲ـ۴۵۳.

۲۰. بقره، آیه ۱۹۰.

حرام است. نکته ظریفی که در استنباط فقهی از این آیه وجود دارد، این است که حرمت اعتدا و گسترش جنگ به کشتار غیر نظامیان دشمن از باب تخصیص نیست، بلکه زنان و کودکان و پیران و همانند آنها تخصصاً خارجند.[۲۱] نیز از این آیه برمی‌آید، افزون بر حرمت کشاندن جنگ به غیر نظامیان، تعدّی به باغستان‌ها، گیاهان و زراعت‌ها و نیز استفاده از مواد سمی برای مسموم کردن آب‌های آشامیدنی دشمن، یعنی جنگ شیمیایی و میکروبی هم جایز نیست؛[۲۲] زیرا نهی در «لاتعتدوا» مطلق است و شامل هرگونه اعتدا، حتی به محیط زیست هم می‌شود.[۲۳]

آیه دیگر مرتبط با این موضوع عبارتست از:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ لِلّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُواْ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ؛[۲۴]

ای کسانی که ایمان آورده اید، برای خدا به داد برخیزید [و] به عدالت شهادت دهید، و البته نباید دشمنی گروهی شما را بر آن دارد که عدالت نورزید. عدالت ورزید که آن به تقوا نزدیک تر است، و از خدا پروا دارید، که خدا به آنچه انجام می دهید آگاه است.

هر چند این آیه به جنگ اختصاص ندارد، مفید این معناست که در اسلام، دشمنی مسلمانان با برخی انسان‌ها هرگز مجوز ظلم نیست و مجاهدان مسلمان

۲۱. طباطبایی، **المیزان في تفسیر القرآن**، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، ج۲، ص۸۸.
۲۲. مکارم شیرازی، **تفسیر نمونه**، ج۲، ص۱۹.
۲۳. مقدس اردبیلی، **زبدة البیان في احکام القرآن**، ص۳۰۶.
۲۴. مائده، آیه ۸.

هیچ گاه نباید در برخورد با دشمن از جاده عدالت خارج شوند؛ زیرا جهاد در اسلام، آدم کشی صرف نیست و شرایط متعددی دارد؛ از جمله: پرهیز از جنگ های کور و بدون هدف، ضرورت رعایت اصل تفکیک بین نظامیان و غیرنظامیان، حرمت کشتار غیر جنگجویان حربی، اعم از کشاورزان، تاجران، بازرگانان، پیمانکاران، اطفال، زنان، نابینایان، معلولان، راهبان و صومعه نشینان، محدودیت زمانی و تحریم آغازگری جنگ در ماه های حرام، محدودیت مکانی و تحریم گسترش جنگ به اماکن محترم اعم از مسجدالحرام یا اماکن مقدس دیگر، حتی کنیسه ها و کلیساها، محدودیت روشی به معنای جایز نبودن کشتار دشمن با هر وسیله ممکن (حتی در صورت اقدامات غیر انسانی دشمن).[۲۵]

از آیه:

لاَ يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ؛[۲۶]

خدا شما را از نیکی کردن و عدالت ورزیدن با آنان که با شما در دین، نجنگیده اند و از سرزمینتان بیرون نرانده اند، باز نمی دارد. خدا کسانی را که به عدالت رفتار می کنند دوست دارد.

نیز می توان همین معنا را استفاده کرد. در کنار آیات، بسیاری از روایات نیز بر حرمت تعدی در جنگ دلالت دارند؛ از جمله:

۲۵. ر. ك: ضیایی بیگدلی، **اسلام و حقوق بین الملل**، ص ۱۴۶ـ۱۵۳؛ مدرسی، **تفسیر هدایت**، ترجمه احمد آرام، ج۱، ص۳۲۳؛ ابواتله، **الاسلام و العلاقات الدولية في السلم والحرب**، ص ۱۸۷؛ زحیلی، **آثار الحرب في الفقه الاسلامي**، ص۲۱؛ محقق داماد، «تدوین حقوق بشردوستانه بین المللی و مفهوم اسلامی آن»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ش ۱۸، ص۱۶۵.

۲۶. ممتحنه، آیه ۸.

محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن معاوية بن عمّار، قال: أظنّه عن أبي حمزة الثّمالي عن أبي عبدالله (ع)، قال: كان رسول اللّه (ص) إذا أراد أن يبعث سرّية دعاهم فأجلسهم بين يديه ثمّ يقول: سيروا بسم اللّه و باللّه و في سبيل اللّه و على ملّة رسول اللّه (ص) لا تغلوا ولاتمثّلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صبياً ولا امراةً ولا تقطعوا شجراً إلاّ أن تضطرّوا إليهاوَ ايّها رجل من أدنى المسلمين وأفضلهم نظر إلى رجل من المشركين فهو جارحتى يسمع كلام اللّه فان تبعكم فأخوكم في دينكم و إن أبى فأبغلوه مأمنه ثم استعينوا باللّه عليه؛ [27]

امام صادق(ع) فرمود: هرگاه رسول خدا(ص) می خواست لشکری را به سویی بفرستد آنها را فرا می خواند و پیش روی خود می نشانید و سپس به آنها می گفت: به نام خدا و برای خدا و در راه خدا و بر آیین رسول او حرکت کنید، کسی را به غل و زنجیر نکشید، خیانت نکنید، کسی را گوش و بینی نبرید، فریبکار و خدعه گر نباشید، پیرمرد از کار افتاده را به قتل نرسانید، زنان و کودکان را نکشید، درختی را قطع نکنید مگر آنکه ناچار به قطع آن گردید و هر کدام از مسلمانان چه پست ترین آنها و چه برترین شان که به مردی از مشرکین مهلت داد آن شخص مشرك در پناه آن مسلمانان است تا کلام خدا را بشنود پس اگر (در اثر شنیدن و استماع) به پیروی شما (و دین خدا) درآمد او برادر شما در دین محسوب می شود و اگر حاضر به پذیرفتن دین حق نشد، او را به امان گاهش (و خانه و کاشانه اش) برسانید و از خدا بر او کمک گیرید.

عن عليّ بن إبراهيم عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله(ع) قال: إنّ النبي (ص) كان إذا أراد أن يبعث أميراً على سرّية أمره بتقوى اللّه عزّ

۲۷. طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص۱۳۸ـ۱۳۹.

وجلّ في خاصّة نفسه ثمّ في اصحابه عامّة، ثمّ يقول: اغزوا [اغز] بسم اللّه وفي سبيل اللّه قاتلوا من كفر باللّه ولا تغدروا ولا تغلّوا ولا تمثّلوا ولاتقتلوا وليداً...؛[۲۸]

هرگاه رسول خدا(ص) می خواست امیری را بر سپاهی بگمارد و به جنگ بفرستد او را به رعایت تقوا در مورد خود و در مورد سپاهانش فرمان می داد و سپس به آنها می گفت: به نام خدا و برای خدا و در راه خدا و بر آیین رسول او با کفار جنگ کنید، خیانت نکنید، کسی را غل و زنجیر نکنید، کسی را گوش و بینی نبرید، فریبکار و خدعه گر نباشید، کودکان را نکشید.

روينا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه عن علي (ع): ان رسول اللّه(ص) إذا بعث جيشاً او سرّية اوصى صاحبها بتقوى اللّه في خاصة نفسه و بمن [من] معه من المسلمين خيراً وقال: **اغزوا بسم اللّه وفي سبيل اللّه و على ملّة رسول اللّه. لاتقاتلوا القوم حتّى تحتجّوا عليهم... ولا تقتلوا وليداً و لا شيخاً كبيراً ولا امراة ـ يعني إذا لم يقاتلوكم ـ ولا تمثّلوا ولاتغلّوا ولاتغدروا؛**[۲۹]

هرگاه رسول خدا(ص) می خواست لشکری را به سویی بفرستد آنها را توصیه به تقوا می کرد و سپس به آنها می گفت: به نام خدا و برای خدا و در راه خدا و بر آیین رسول او با این گروه بجنگید تا بر آنان غلبه کنید...، خیانت نکنید، کسی را گوش و بینی نبرید، فریبکار و خدعه گر نباشید، پیرمرد از کار افتاده را به قتل نرسانید، زنان و کودکان را نکشید، درختی را قطع نکنید مگر آنکه ناچار به قطع آن گردید.

---

۲۸. ر. ك: کلینی، **الفروع من الكافي**، ج ۵، ص۲۹ـ۳۰؛ حرّ عاملی، **وسائل الشيعه**، ج۱۵، ص۵۹، ح۳؛ مجلسی ثانی، **بحارالأنوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الأطهار**، ج۱۹، ص۱۷۹.

۲۹. ر. ك: تمیمی مغربی، **دعائم الاسلام**، ج ۱، ص۳۶۹؛ محدث نوری، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، ج۱۱، ص۳۹ـ۴۰.

سیره جهادی پیامبر اسلام (ص) نیز روشن می کند که جنگ جوانمردانه در اسلام یک اصل است. در اسلام مبارزه در راه خدا و برای خداست؛ از این رو هیچ مبارز مسلمانی نمی تواند کوچک ترین ستمی در حق افراد دشمن انجام دهد یا بی عدالتی را وسیله رسیدن به پیروزی قرار دهد. پایبندی به اصول و ارزش های انسانی در اسلام چنان اهمیتی دارد که حتی ناجوانمردی دشمن، عدول از ارزش های انسانی را روا نمی سازد.[۳۰]

بر این اساس در جنگ حنین، پیامبر(ص) نه تنها اکثریت را بخشید و اموال و اسیران کافران را به آنها برگرداند، بلکه مالک بن عوف، رهبر هوازن را نیز عفو کرد و صد شتر به او داد و بعد از اینکه مالک اسلام آورد، پیامبر(ص) او را به رهبری مسلمانان هوازن (و بنی سعد) ـ که به نوشته ابن هشام شش هزار نفر بودند ـ گمارد؛ همچنین بنی سعد را به دلیل اینکه در کودکی از حلیمه سعدیه شیر خورده بود، بخشید.[۳۱]

آن حضرت، محروم کردن دشمن از آب آشامیدنی و مسموم کردن آب را هرگز روا نمی داشت و هنگامی که در جنگ خیبر به او پیشنهاد شد راه آب را به قلعه یهودیان ببندد یا آب آشامیدنی آنها را مسموم کند، به شدت مخالفت کرد.[۳۲] علاوه بر این به اسود راعی که چوپان یهودیان بود و هنگام محاصره خیبر مسلمان شد و همراه با گله گوسفندان یهودیان خیبر نزد مسلمانان آمد و به آنان پناهنده شد، فرمود: «گوسفندان، امانت یهود نزد شماست؛ هر چند در حال جنگیم، باید آنها برگردانده شوند» پیامبر(ص) این عمل را در برابر صدها سرباز گرسنه از میان سپاهیان خود انجام داد.[۳۳]

---

۳۰. طباطبایی، **المیزان في تفسیر القرآن**، ج۲، ص۶۲؛ مکارم شیرازی، **تفسیر نمونه**، ج۱۱، ص۴۵۸.

۳۱. علی اکبر حسنی، **تاریخ تحلیلی و سیاسی اسلام**، ج۱، ص۲۶۵.

۳۲. حر عاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج۱۵، ص ۵۸ ـ ۶۲.

۳۳. عبدالملک ابن هشام، **السیرة النبویة**، ج۳، ص۳۴۴.

در جنگ خندق نیز پس از مرگ عمرو بن عبدود به دست حضرت علی(ع)، نوفل بن عبداللّه، سردار دیگر مشرکان، به خندق پرت شد و ابوسفیان از ترس تلافی پیامبر(ص) و مثله شدن جسد نوفل به جای جسد حمزه(ع)، مبلغ ۱۰ هزار دینار یا درهم، برای پیامبر(ص) فرستاد تا جسد او را برگرداند، اما پیامبر(ص) هم پول و هم جسد را باز گرداند و فرمود: «ما پول مرده نمی خوریم». [۳۴]

زمانی که بلال پس از فتح خیبر، به ناچار زن اسیری را از راهی که از کنار کشته ها می گذشت، عبور داده بود، پیامبر(ص) با لحن تندی به وی فرمود: «مگر رحم و عاطفه از شما برداشته شده است». [۳۵]

براساس این روایات، در مکتب اسلام، هم هدف و هم وسیله مهم است و تنها از وسیله ای می توانیم استفاده کنیم که شریعت آن را تأیید کرده باشد. اسلام اجازه نمی دهد که مسلمانان برای یک پیروزی مقطعی و محدود به یک مکان و زمان خاص، اخلاق و انسانیت را در جنگ زیر پا گذاشته، نوعی شکست تاریخی را برای اسلام برجای گذارند. [۳۶] بر همین اساس است که نظر محققانه فقهی، به حرمت استفاده از ابزارهای کشتارجمعی در جنگ حکم می شود. [۳۷]

---

۳۴. مجلسی ثانی، **بحارالانوار**، ج۲۰، ص۲۰۵.

۳۵. سیوطی، **الدر المنثور في التفسير المأثور**، ج۲، ص۲۶؛ آیتی، **ترجمه تاریخ یعقوبی**، ج۱، ص۴۱۶.

۳۶. ر. ك: مجلسی ثانی، **بحارالأنوار**، ج۳۲، ص۳۹۹؛ محقق حلی، **شرائع الاسلام**، ج۱، ص۳۱۲؛ طباطبایی، **المیزان في تفسير القرآن**، ج۴، ص۲۷۷ ـ ۲۷۸.

۳۷. ر. ك: طوسی، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی**، ص۲۹۲؛ القاضي ابن برّاج، **المهذّب**، ج۱، ص۳۰۳؛ علامه حلّی، **منتهی المطلب في تحقيق المذهب**، ج۱۴، ص۱۰۱ـ۱۰۴؛ همو، **قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام**، ج۱، ص۴۸۶؛ همو، **تلخيص المرام في معرفة الأحكام**، با تحقیق و تصحیح هادی القبیسی، ص۸۰؛ نجفی، **جواهر الكلام**، ج۲۱، ص۷۳؛ احمدی میانجی، **الاسير في الاسلام**، ص۹۱.

۳ـ۳. حرمت کشتار غیر نظامیان

در منابع دینی، آیات و روایات متعددی بر حرمت قتل زنان، اطفال، دیوانگان و سالخوردگان کفار دلالت دارد. پس اگر سلاح های کشتار جمعی به قتل ایشان منجر گردد، استفاده از آنها به طور غالب مصداق یکی از محرمات شرعی خواهد بود؛[۳۸] به عنوان مثال در آیه ۲۰۵ سوره مبارکه بقره درباره شخصی از دشمنان پیامبر آمده است:

وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللّهُ لاَ يُحِبُّ الفَسَادَ؛

و چون والی و سرپرست کاری شود ـ یا چون پشت کند و از نزد تو بازگردد ـ می کوشد تا در زمین تباهی کند و کشت و نسل ـ دام یا نژاد ـ را نابود سازد و خدا تباهکاری را دوست نمی دارد.

در این آیه خداوند به تبهکاری های مردمانی که به تعبیر قرآن «ألدّ الخصام» هستند اشاره و در آیات بعدی جایگاه آنان را جهنم ذکر می کند. صدر و ذیل این آیه نشان می دهد که این کار، یعنی از بین بردن حرث و نسل، برخلاف رضایت خداوند است. «حرث» به معنی زراعت و «نسل» به معنی اولاد است و بر اولاد انسان و غیر انسان اطلاق می شود. بنابراین هلاك کردن حرث و نسل به معنای از میان بردن هرگونه موجود زنده است؛ اعم از نبات، حیوان و انسان. روشن است که سلاح های کشتار جمعی، از ابزارهای نابود کننده حرث و نسل است. روایات فراوانی نیز بر این معنی دلالت می کنند؛ به عنوان مثال، پیامبر اسلام (ص) هنگام اعزام نیروهای مسلح به جنگ موته فرمودند:

---

۳۸. ر. ك: طوسی، **المبسوط**، ج۲، کتاب الجهاد، ص۱۳؛ مقدس اردبیلی، **مجمع الفائدة و البرهان**، ج۷، ص۴۵۲؛ شهید ثانی، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ج۲، ص ۲۹۲.

وستجدون فيها رجالاً في الصوامع معتزلين الناس فلا تعرّضوا لهم؛[39]

البتـه مردانی را در دیرها خـواهید یافت کـه از مردم کناره گرفته (و به عـبادت مشغول)اند، مبادا متعرض آنها شوید.

سفـارش ایشان در تمامی جنگ ها این بود کـه به پیران و زنان و کودکـان تعرض نشود.[40] امام علی (ع) نیز در توصیه هایی به یاران خود در جنگ جمل فرمودند:

لاتقاتلوا القوم حتّی یبدؤکم فانّکم بحمد اللّه علی حجّة وکفّکم عنهم حتّی یبدؤکم حجة اخری و إذا قاتلتموهم فلا تجهزوا علی جریح فإذا هزمتموهم فلا تتبعوا مدبراً و لاتکشفوا عورة ولاتمثّلوا بقتیل وإذا وصلتم إلی رحال القوم فلا تهتکوا ستراً ولاتدخلوا داراً ولا تأخذوا من اموالهم شیئاً و ...؛

شما جنگ را آغاز نکنید تا آنان شروع کنند. به زخمی ها حمله نکنید. فراریان را تعقیب نکنید. لباس از تنشان نکنیـد و کشف عورت نکنید. کشتگان را مُثله نکنید. به کاروان های غیر نظامی هـجوم نبرید. داخل خانه ها نشوید. زنان را هر چند که به شما پرخاش کنند، مورد ضرب و شتم قرار ندهید.[41]

همچنین از امام سجاد (ع) نقل شده که فرمودند:

انّ رسـول اللّه (ص) نهی عن قـتل النسـاء و الولدان في دار الحـرب إلاّ ان تقاتل، وإن قاتلت أیضاً فامسك عنها ما امکنك؛[42]

پیامبر از قتل زنان و کودکان در جنگ نهی کـرد مگر اینکه مستقیماً وارد جنگ شوند و آنگاه که با آنان مجبور به جنگ می شوی نیز تا جایی که میسر است از آنان پرهیز کن.

---

۳۹. مجلسی ثانی، **بحارالانوار**، ج۲۱، ص۶۰.
۴۰. همان، ج۹۷، ص۲۵.
۴۱. همان، ج۳۲، ص۲۱۳.
۴۲. همان، ج۹۷، ص۶۵، ح۷.

نیز در حدیث دیگری آمده است که پیامبر(ص) در یکی از جنگ ها جنازه زنی را دید، بسیار متأثر شد و فرمود: «چرا او را کشتید؟ او که سزاوار کشتن نبود». همچنین می فرمود: «کودکان را در جنگ به قتل نرسانید» و در مقابل اعتراض اصحاب می گفتند آنها کودکان مشرکان هستند، کوبنده پاسخ می داد: «مگر شایسته ترین شما کودکان مشرکان نبودید؟»[۴۳] سخنان مفصل حضرت امام علی(ع) در آغاز جنگ صفین درباره تفکیک بین نظامیان و غیر نظامیان نیز از مشی قاطع اسلام در این زمینه حکایت دارد؛ آن حضرت فرمود:

... فإذا كانت الهزيمة بإذن اللّه فلا تقتلوا مدبراً و لا تصيبوا مُعوراً و لا تُجهزوا على جريح و لا تهيجوا النساءَ بأذىً و إن شَتَمنَ أعراضكم و سَبَبنَ امراءكم فإنّهن ضعيفات القُوى و الأنفس والعقول. إن كنّا لَنُؤمر بالكفّ عنهنَّ و انّهنَّ لَمُشركاتٌ و ان كان الرجل ليَتناولُ المرأة في الجاهلية بالفهر أو الهِراوَةِ فيعيَّرُبِهَا و عقبه من بعده؛[۴۴]

... اگر به اذن خدا شکست خوردند و فرار کردند، آنکه پشت کرده [و از جنگ، برگشته] را نکشید؛ آن را که قدرت دفاع ندارد آسیب نرسانید؛ مجروحان را به قتل نرسانید؛ زنان را با آزار دادن تحریک نکنید، هر چند آبروی شما را بریزند، یا امیران شما را دشنام دهند؛ که آنان در نیروی بدنی و

۴۳. ر. ك: نسائی، **السنن الكبری**، ج۵، ص۱۸۴؛ احمد بن حنبل، **مسند احمد**، ج۳، ص۴۳۵؛ محمد طی، **الامام علي(ع) و مشكلة نظام الحكم**، ص۱۴۶؛ ابواتله، **الاسلام و العلاقات الدولية في السلم والحرب**، ص۱۱۵ و ۱۸۵؛ باناجه، **المبادئ الاسلامية للعلاقات الدولية و الدبلوماسية وقت السلم والحرب**، ص۱۰۲؛ علی منصور، **الشريعة الاسلامية والقانون الدولي العام**، ص۳۱۳؛ اسماعیل اسماعیلی، «اصل نخستین در برخورد با غیر مسلمانان»، **مجله فقه**، ش ۱۴، ص۱۰۴؛ زحیلی، **آثارالحرب في الفقه الاسلامی**، ص۴۹۷؛ ابویوسف، **الخراج**، ص۱۹۵.

۴۴. **نهج البلاغه**، ترجمه محمد دشتی، نامهٔ شماره ۱۴؛ و نیز ج۳، ص۱۵ با تحقیق محمد عبده.

روانی و اندیشه کم توانند، در روزگاری که زنان مشرك بودند، مأمور بودیم دست از آزارشان برداریم، و در جاهلیت اگر مردی با سنگ یا چوب دستی، به زنی حمله می کرد، او و فرزندانش را سرزنش می کردند.

حفص بن غیاث از امام صادق(ع) پرسید: چگونه جزیه از زنان ساقط شد؟ حضرت در جواب فرمودند:

لأنّ رسول اللّه(ص) نهی عن قتل النساء و الولدان في دارالحرب إلاّ أن يقاتلن، فإن قاتلت أيضاً فامسك عنها ما أمكنك[45]؛

پیامبر از قتل زنان و کودکان در جنگ نهی کرد مگر اینکه مستقیماً وارد جنگ شوند و آنگاه که با آنان مجبور به جنگ می شوی نیز تا جایی که میسر است از آنان پرهیز کن.

بنابراین، پیشوایان معصوم(ع) با نهی از کشتن بیهوده و بی مبالاتی در مجازات مردم، آن را موجب زوال مُلک دانسته اند.[46] نکته فقهی در خور تأمل در بررسی این گونه روایات، این است که پیامبر اکرم(ص) کسی را صرفاً به دلیل کفر و شرك مستحق قتل ندانسته است. شاهد بر این مطلب، نهی ایشان از کشتن عده ای از مشرکان و کفار، مانند زنان، اطفال، سالخوردگان، صومعه نشینان، بازرگانان، فرستادگان، گروگان ها و کسانی است که در خانه را به روی خود ببندند.[47] در

۴۵. حر عاملی، **تفصیل وسائل الشیعه**، ج۱۵، ص۶۴.

۴۶. ر. ك: ابویعلی حنبلی، **الاحکام السلطانیه**، ص۵۲؛ جعفر سبحانی، **فروغ ابدیت**، ج۲، ص۳۴۸؛ محمد ابن هشام، **السیرة النبویة**، ج۴، ص۷۸؛ ابن واضح یعقوبی، **تاریخ الیعقوبي**، ج۲، ص۶۱؛ طبری، **تاریخ الأمم والملوك**، ج۲، ص۳۴۱؛ ابن اثیر، **الکامل في التاریخ**، ص۶۲۰.

۴۷. ر. ك: طوسی، **النهایة في مجرد الفقه و الفتاوی**، ینابیع الفقهیه، کتاب الجهاد، ص۵۱؛ قطب الدین راوندی، **فقه القرآن**، ینابیع الفقهیه، کتاب الجهاد، ص۱۱۸؛ اسماعیل اسماعیلی، «اصل نخستین در برخورد با غیر مسلمانان» **مجله فقه**، ص۱۰۱ـ۱۰۲.

حالی که اگر ملاك قتل، کفر آنها باشد، اینها نیز کافرند.[48] اهمیت جان غیر نظامیان، به ویژه زنان و کودکان به حدی است که مشهور فقهای امامیه، معتقد به مصونیت زنان و کودکان از تعرض هستند؛ هر چند جنگجو باشند. مرحوم صاحب جواهر ادعا می کند که برای ممنوعیت کشتن زنان و کودکان، مخالفی نیافته و علامه حلی ممنوعیت قتل این افراد را اجماعی می داند.[49] بنابراین، نسل کشی از منظر اسلام ذاتاً حرمت شرعی دارد و از گناهان کبیره به شمار می آید. اسلام به حکم اصل کلی «و لقد کرّمنا بني آدم»،[50] برای هر انسانی احترام قائل شده و در فقه اسلامی کشتن هر بی گناهی محکوم به حرمت است. واضح است که استفاده از سلاح های کشتارجمعی سبب از بین رفتن زنان، کودکان و انسان های بی گناه می شود؛ در حالی که از منظر فقه اسلامی غیرنظامیان هرگز نباید هدف تهاجم قرار گیرند و قتل عام شوند؛ زیرا عموم آنها به مقاتله برنخاسته اند و بنابراین مصونیت دارند.[51] از این رو اسلام هیچ گاه اجازه به کارگیری تسلیحات کشتار جمعی را که مشخصه بارز آنها کشتار بدون کنترل و بی حد و حصر و بدون تفکیک افراد نظامی و غیرنظامی از همدیگر است، نخواهد داد. بدون شک استفاده از این گونه

۴۸. نجفی، **جواهر الکلام في شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۱، ص۶۸؛ خویی، **منهاج الصالحین**، ج۱، ص۳۷۳.

۴۹. ر. ك: طوسی، **المبسوط في فقه الإمامیه**، ج۲، ص۱۳؛ نجفی، **جواهر الکلام**، ج ۲۱، ص۷۳ـ ۷۵؛ علامه حلّی، **منتهی المطلب في تحقیق المذهب**، ص۹۱۱؛ همو، **تلخیص المرام في معرفة الأحکام**، ص۸۰؛ سید عبد الأعلی سبزواری، **مهذّب الأحکام في بیان الحلال و الحرام**، ج۱۵، ص۱۲۶ـ۱۲۴؛ حسینی شیرازی، **الفقه**، ج۴۷، ص۲۰۵؛ شهید ثانی، **الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة**، ج ۲، ص ۲۹۳؛ میرزا حسین نوری، **مستدرك الوسائل**، ج۱۱، ص ۴۹ ـ ۵۳؛ محقق حلی، **شرائع الاسلام**، ج۱، ص۱۱۲ ـ ۱۱۳.

۵۰. اسراء، آیه ۷۰.

۵۱. مکارم شیرازی، **تفسیر نمونه**، ج۲، ص۱۹.

تسلیحات، با آموزه های مسلم اسلامی که بنیان آنها بر هدایت و کرامت ذاتی بشریت است، در تضاد آشکار است.[۵۲]

۳ـ۴. حرمت عهدشکنی

بر اساس آیات و روایات یکی از ویژگی های اصلی مؤمنان راستین، وفای به عهد است. از نظر عقل و عقلا و عرف نیز وفای به پیمان ها اساس شکل گیری روابط حسنه اجتماعی و بین المللی است. برخی آیات کتاب الهی درباره وفای به پیمان و قرارداد ـ که با تعابیر گوناگون از قبیل عقد، عهد، و میثاق در آیات آمده است ـ به این شرح است:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ؛[۵۳]

ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خود وفا کنید.

وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً؛[۵۴]

و به پیمان های خود وفا کنید که از پیمان ها سؤال خواهد شد.

وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ؛[۵۵]

و کسانی که نسبت به اماناتشان و پیمانشان رعایت کننده هستند.

وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُواْ وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاء والضَّرَّاء وَحِينَ الْبَأْسِ

۵۲. ر. ك: طیب، **اطیب البیان في تفسیر القرآن**، ج ۲، ص۳۵۱؛ مکارم شیرازی، **تفسیر نمونه**، ج ۲، ص۱۹؛ نجفی خمینی، **تفسیر آسان**، ج۱، ص۴۲۳؛ عاملی، **تفسیر عاملی**، ج ۱، ص۳۱۹؛ ابوالفتوح رازی، **روض الجنان و روح الجنان في تفسیر القرآن**، ج ۳، ص۶۹؛ سیوطی، **الدر المنثور في تفسیر المأثور**، ج۱، ص۲۰۵؛ کلینی، **الفروع من الکافي**، ج۵، ص۲۷، ح۱؛ حرّ عاملی، **تفصیل وسائل الشیعة**، ج۱۵، ص۵۸، ح۲.

۵۳. مائده، آیه ۱.

۵۴. اسراء، آیه ۳۴.

۵۵. مؤمنون، آیه ۸.

وأولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ[56]؛

و مؤمنین کسانی هستند که به پیمان های خود وفا می کنند هنگامی که پیمان می بندند و در سختی و آسایش صبر می کنند و نیز در هنگام جنگ اینان کسانی هستند که راست گفتند و اینانند پرهیزگاران.

بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ واتَّقَى فَإِنَّ اللّهَ يُحِبّ الْمُتَّقِينَ[57]؛

آری هر کس به پیمانش وفا کند و پرهیزکاری پیشه کند پس خداوند پرهیزکاران را دوست دارد.

وفاداری به پیمان، از دستورهای مکرر امامان معصوم(ع) و سیره مستمر ایشان نیز بوده است. به عنوان مثال، حضرت امیرمؤمنان، علی(ع) در فتنه مشهور حکمیت فرمودند:

ویحکم أبعد الرّضا و المیثاق و العهد نرجع؟ ألیس اللّه تعالی قد قال: أوفوا بالعقود و قال: و أوفوا بعهداللّه إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأیمان بعدَ توکیدها وقد جعلتم اللهَ علیکم کفیلاً؛[58]

وای بر شما آیا بعد از رضایت و پیمان و عهد از قرارم برگردم؟ آیا خدا نفرمود که به عهد وفا کنید و گفت وفا کنید به عهد خدا آنگاه که پیمان بستید و قسم هایتان را بعد از محکم کردن آنها نقض نکنید در حالی که خداوند شما را بر آنها کفیل قرار داده است.

ایشان در نهج البلاغه نیز می فرمایند:

و إن عقدت بینك و بین عدوّ عقدةً او البستَه منك ذمّة فحط عهدك بالوفاء، وارعَ ذمّتك بالامانة، واجعل نفسك جنّة دون ما أعطیت فانّه لیس من فرائض

---

۵۶. بقره، آیه ۱۲۷.

۵۷. آل عمران، آیه ۷۶.

۵۸. بحارالانوار، ج۳۲، ص۵۴۵.

اللّه شيء الناس اشدّ عليه اجتماعاً مع تفرّق اهوائهم و تشتّت آرائهم من تعظيم الوفاء بالعهود، و قد لزم ذلك المشركون فيما بينهم دون المسلمين لِمَا استوبَلوا من عواقب الغدر، فلاتَغدِرَنَّ بذمّتك، ولاتَخيسَنَّ بعهدك، و لاتختلنَّ عدوّك، فإنّه لايجترئ على اللّه إلاّ جاهل شقيّ. و قد جعل اللّه عهده و ذمّته امناً، افضاه بين العباد برحمته و حريماً يسكنونَ إلى مَنَعَتِه و يستفيضونَ إلى جِواره؛[۵۹]

اگر بین خود و دشمنت پیمانی بستی و یا تعهد کردی که به او پناه دهی، جامه وفا را بر عهد خود بپوشان و تعهدات خود را محترم بشمار و جان خود را سپر تعهدات خویش قرار ده! زیرا هیچ یک از فرایض الهی مانند وفای به عهد و پیمان نیست که مردم جهان با تمام اختلافاتی که دارند نسبت به آن اینچنین اتفاق نظر داشته باشند و حتی مشرکان زمان جاهلیت آن را مراعات می کردند، چرا که عواقب پیمان شکنی را آزموده بودند. بنابراین، هرگز پیمان شکنی مکن و در عهد خود خیانت روا مدار و دشمنت را فریب مده، زیرا غیر از شخص جاهل و شقی، کسی گستاخی بر خداوند را روا نمی دارد. خداوند عهد و پیمانی را که به نام او منعقد می شود با رحمت خود مایه آسایش بندگان و حریم امنی برایشان قرار داده تا به آن پناه برند.

در مکتوبه ای از رسول اللّه (ص) نیز آمده است: «و إذا نقضوا العهد سلّط اللّه عليهم عدوّهم؛ و چون نقض عهد کردند خداوند دشمنشان را بر آنها مسلط کرد.»[۶۰] علامه مجلسی در توضیح روایت فرموده است: «ظاهر این است که مراد

---

۵۹. **نهج البلاغه**، ترجمه دشتی، نامه ۵۳، ص۱۰۲۷ـ۱۰۲۸.

۶۰. محمد باقر مجلسی، **بحارالانوار**، ج۷۰، ص۳۶۹.

از عهد همان معاهده با کفار است.»[61] نیز امام موسی کاظم(ع) از پدرانش، از رسول خدا(ص) نقل کرده است: «لا دینَ لمن لا عهدَ له؛ دین ندارد کسی که به پیمان خود وفا نکند».[62] از سیره ایشان نیز موارد بسیاری از مراقبت از پیمان ها نقل شده است.[63] بنابراین، اصل در اسلام، وفای به معاهدات است. حال با توجه به عضو بودن جمهوری اسلامی ایران در پیمان های بین المللی منع گسترش سلاح های کشتار جمعی، نظام اسلامی شرعاً باید به این تعهدات پایبند بماند. این پایبندی نه یک حرکت تقیه ای تاکتیکی، بلکه یک استراتژی اخلاقی اسلامی است. بر این اساس، به دلیل عضویت نظام جمهوری اسلامی ایران در پیمان های منع استفاده از سلاح های کشتارجمعی، از نظر فقه اسلامی نقض این پیمان ها و استفاده از سلاح های کشتارجمعی ممنوع است.

۳ـ۵. حرمت استفاده از سلاح های آتش زا

از دیگر مواردی که در آداب جهاد در متون دینی آمده و همانند منع انتشار سم در بلاد کفار، در موضوع بحث می توان به آن نیز استناد کرد، منع استفاده از سلاح های آتش زا علیه دشمن است. در روایات نیز به این مورد اشاره شده است:

عن أبي عبدالله (ع)، قال: إن النبيّ(ص) كان إذا بعث أميراً له على سرية أمره بتقوى الله عزّ وجلّ في خاصة نفسه ثمّ في أصحابه عامّة ثمّ يقول: ... ولا تحرقوا النخل ... ولاتحرقوا زرعاً ...؛[64]

هرگاه امیری را به همراه گروهی برای جهاد می فرستاد وی را امر به تقوای

---

۶۱. همان.
۶۲. همان، ج۷۲، ص۹۶.
۶۳. ابن هشام، **السیرة النبویة**، ج ۲، ص ۳۳۲ـ۳۳۳.
۶۴. حر عاملی، **وسائل الشیعة**، ج۱۵، ص۵۹، ح۳.

خداوند خصوصاً در مورد خودش و سپس یارانش می کرد و می گفت درخت خرما را آتش نزنید و محصولات کشاورزی را نسوزانید.

عبداللّه ابن مسعود عن أبیه، قال: قال رسول اللّه (ص): **لا تعذّبوا بالنّار فإنّه لا یعذّب بالنّار الاّ ربّها**؛[65]

پیامبر(ص) فرمود: با آتش عذاب نکنید که با آتش جز خدای آتش عذاب نمی کند.

بر اساس این گونه روایات نتیجه می گیریم که استفاده از برخی تسلیحات غیر متعارف کشتار جمعی در جنگ حرام است؛ چراکه مصداق سلاح های آتش زاست.[66] مصادیق این گونه سلاح ها در عصر رسول خدا (ص) و ائمه (ع) بسیار ابتدایی بوده است، ولی مصادیق پیشرفته تری از آن در عصر حاضر موجود است که به قیاس اولویت قطعی، می توان حکم حرمت را شامل آنها نیز دانست.

۳ـ۶. قاعده سعی در فساد

یکی دیگر از ادله فقهی که می توان بر اساس آن، بر حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی حکم داد، قاعده حرمت سعی در فساد است. این قاعده، برگرفته از حکم کلی قرآنی است که در وصف انسان های شرور می گوید: «**وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا** ...؛ و آنگاه که متولی امر می شود تلاش می کند که در زمین فساد برپا کند.»[67] براین اساس، در پیش گرفتن هر مسیری که در نهایت به فساد بر روی زمین منجر می شود، مصداق سعی در فساد، و موضوع این قاعده است و در نتیجه محکوم به حرمت خواهد بود. از منظر عقل، عقلا و عرف نیز

۶۵. ابن ابی شیبه کوفی، **المصنّف**، ج۷، ۶۵۸.
۶۶. محقق حلّی، **شرائع الاسلام**، ج۱، ص۶۶؛ محقق کرکی، **جامع المقاصد**، ج۳، ص۳۸۵.
۶۷. بقره، آیه ۲۰۵.

استخدام سلاح های کشتار جمعی، از روشن ترین مصادیق سعی در فساد به شمار می رود و از منظر فقه شیعه ممنوع است؛ زیرا طبق این قاعده، آنچه به فساد در زمین ختم می شود، ممنوع است. با توجه به اینکه سلاح های کشتارجمعی از نظر تخریب محیط زیست و تأثیر بر انسان ها و ژنتیک انسانی با سلاح های متعارف، به طور اساسی تفاوت دارند و امنیت جهانی را به مخاطره می اندازد. روشن است که اسلام اجازه این افساد را به مسلمانان نخواهد داد.

۳ـ۷. قاعده وزر

یکی دیگر از ادله فقهی که می توان بر اساس آن به حرمت کاربرد سلاح های کشتارجمعی حکم داد، قاعده وزر است. این قاعده از حکم حکیمانه الهی برگرفته شده است که می فرماید: «**ولا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزرَ أُخری**».[۶۸] براین اساس از منظر فقه اسلامی، دامنه مجازات نباید کسانی را دربرگیرد که استحقاق آن را ندارند. به عبارت دیگر، هیچ کس نباید دچار عواقب وزر و وبالی گردد که دیگران مرتکب آن شده اند. مطابق نظر عقل، عقلا و عرف، به کارگیری سلاح های کشتار جمعی، نقض این قاعده را به صورتی تکرارشونده، انبوه، پیش بینی ناپذیر و خارج از کنترل در پی دارد؛ زیرا به شیوه ای گسترده و فارغ از تمایزگذاری، مجموعه ای وسیع از انسان ها را هدف قرار می دهد. طبق قاعده وزر، کشتن بی گناهان به دلیل تعداد معدودی گناهکار صحیح نیست. به همین دلیل، استفاده از سلاح های کشتار جمعی که نه تنها یک نسل، بلکه نسل های بعدی را هم از بین می برد، مجاز نیست.

۴. بررسی ادله مخالفان

آنچه گفته شد، ادله موافقان حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی بود.

---

۶۸. انعام، آیه۱۶۴؛ اسراء آیه ۱۵؛ فاطر، آیه ۱۸؛ زمر، آیه ۷؛ نجم، آیه ۳۸.

ممکن است در مقام نظر، کسانی استدلال هایی در نفی حرمت این موضوع داشته باشند. البته روشن است که این استدلالات در مقام نظر، برای دستیابی به حکم اولیه اسلام است؛ وگرنه در مقام عمل حکم حکومتی ولی فقیه فصل الخطاب در این مسئله و اجرای آن بر همگان لازم است. در این بخش به بررسی مهم ترین ادله فقهی مخالفان می پردازیم.

۴-۱. قاعده ضرورت بازدارندگی و ترساندن کفار

قاعده ضرورت ترساندن و بازدارندگی کفار، برآمده از آیات قرآنی است و موافقان استفاده از سلاح های کشتارجمعی براین اساس به آن استناد می کنند که چون کفار در حال حاضر مسلح به ده ها هزار کلاهک هسته ای در سرتاسر نقاط جهان هستند، در مقابل، اسلام نیز به بازدارندگی متقابل و مبتنی بر ارعاب مستکبران و موازنه قدرت نظامی دعوت می کند. پس مسلمین نیز باید مسلح به سلاح های کشتار جمعی باشند و حتی اگر در شرایطی لازمه بازدارندگی و ارعاب کفار مسلح به سلاح های کشتار جمعی، استفاده از این سلاح ها باشد، اسلام آن را اجازه می دهد.

یکی از محکم ترین ادله ایشان آیه ای از کلام اللّه مجید است که در مقابله با دشمن، بر مسلمانان لازم می داند قدرت دفاعی و نظامی خود را تا حد امکان افزایش دهند و می فرماید:

وَأَعِدّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِن دُونِهِمْ لاَ تَعْلَمُونَهُمُ اللّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيءٍ فِي سَبِيلِ اللّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لاَ تُظْلَمُونَ؛[۶۹]

و در برابر آنها آنچه در توان دارید از نیرو و اسبان آماده فراهم سازید تا بدین

۶۹. انفال، آیه ۶۰.

وسیله دشمن خدا و دشمن خود و دشمنان دیگری غیر از آنها را که شما نمی شناسید، [و] خداوند آنها را می شناسد، بترسانید. و هر چیزی را که در راه خدا انفاق کنید [در روز جزا] به طور کامل به شما داده خواهد شد و بر شما هرگز ستم نمی رود.

در این آیه شریفه که از محکمات کتاب الهی است، خداوند متعال به صورت امر وجوبی، واجب فرموده که مسلمانان خود را آماده کنند. از ظهور عنوان «اعدّوا»، وجوب آمادگی برای مقابله با دشمنان استفاده می شود. این آمادگی، هم شامل نیروی انسانی می شود و هم شامل ابزار و ادوات جنگی. عبارت «مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ» بر عمومیت دلالت دارد، خداوند می فرماید هر مقدار که استطاعت دارید، خود را تقویت کنید. تعبیر «مِنْ قُوَّةٍ» نیز اطلاق دارد و شامل هرگونه سلاح می شود. بر این اساس، اگر چه در برخی روایات از «قوة» به شمشیر یا سپر تعبیر شده، روشن است که این موارد، مصادیقی از سلاح است. در آیه شریف، هدف از لزوم تقویت بنیه جنگی مسلمانان، ترساندن دشمنان آشکار خدا و مسلمین و کسانی است که عداوت شان پنهان است. از این مهم استفاده می شود که اصل ترساندن کفار، یکی از اصولی است که حکومت اسلامی در دکترین امنیتی نظام اسلامی همواره باید به آن توجه داشته باشد. نمی توان از آیه شریفه استفاده کرد که لزوم تقویت فقط برای ترساندن باید باشد؛ بلکه ترساندن، یکی از غایاتی است که برای لزوم تقویت جنگی مد نظر است. در نتیجه، در مواردی که در دشمنان ترسی هم ایجاد نشود، باز از آیه به عنوان یک وجوب شرعی که ظهور در مولوی بودن هم دارد، استفاده می شود که مسلمانان همیشه باید خود را به قوی ترین سلاح هایی که در توان دارند، مجهز سازند. بنابراین از این آیه و اطلاق آن چنین استفاده می شود که در دنیای معاصر، تولید سلاح اتمی به منظور تقویت نیروی دفاعی مسلمانان جایز و بلکه واجب است. این وجوب به ویژه در صورتی

مؤکد می شود که این امر، موجب ترس دشمنان و کسانی شود که قصد مقابله با مسلمانان و نظام اسلامی را دارند. بنابراین با عنایت به اطلاق محکم و همه جانبه این آیه، از منظر اسلام تولید سلاح های کشتار جمعی نه تنها حرام نیست، بلکه با هدف بازدارندگی و ترساندن کفار، دستیابی به این گونه سلاح ها در شرایط ظالمانه کنونی جهانی، جایز، بلکه بر حکومت اسلامی واجب است.

۴-۱-۱ نقد و بررسی استدلال به قاعده بازدارندگی

در جواب این استدلال، باید گفت که اگرچه ظهور ابتدایی آیه یاد شده و اطلاق آن، محکم تر از آن است که به راحتی مورد مناقشه قرار گیرد، برخی آیات دیگر در نتیجه گیری نهایی از این آیه خدشه ایجاد می کند. به بیان ساده تر، شکی نیست که مسلمانان از نظر نظامی در مقابل کفار و منافقان باید به قدری توانمند باشند که همین توان بالای دفاعی و ترس دشمن از تلافی مسلمانان، بزرگ ترین اهرم بازدارنده در مقابل دشمن باشد، اما اینکه اسلام اجازه دهد از هر وسیله ای، هرچند که خلاف روح رأفت و جوانمردی اسلامی استفاده شود و اینکه در جهان معاصر، سلاح های کشتار جمعی یگانه عامل ترساندن کفار و بازدارندگی ایشان از تجاوز به مسلمانان است، به شدت تأمل برانگیز است. توضیح اینکه در مقابل اطلاق محکم آیه ذکر شده، می توان به اطلاق برخی آیات معارض با این آیه نیز اشاره داشت؛ به عنوان مثال خداوند در جای دیگری می فرماید:

وَقَاتِلُواْ فِي سَبِيلِ اللّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلاَ تَعْتَدُواْ إِنَّ اللّهَ لاَ يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ[۷۰]؛

و در راه خدا، با کسانی که با شما می جنگند؛ بجنگید، ولی از اندازه درنگذرید؛ زیرا خداوند تجاوزکاران را دوست نمی دارد.

بر اساس ظهور ابتدایی آیه، و نه ظهور مستقر انتهایی فتوا داده شود، این آیه بر

۷۰. بقره، آیه ۱۹۰.

پایه اطلاقش، به راحتی دلالت دارد که استفاده از سلاح های کشتار جمعی که از موارد روشن اعتدا در جهان معاصر است، به طور مطلق حرام و ممنوع است.

بیشتر مفسران در مورد «لا تعتدوا» دو احتمال داده اند: احتمال اول اینکه مراد، نهی از تجاوز به غیر جنگجویان است؛ یعنی به غیر جنگجویان ستم نکنید و فقط با کفار و مشرکانی بجنگید که در حال جنگ مستقیم با شما هستند. ابن جریر و ابن قندر و ابن ابی حاتم به صراحت از ابن عباس نقل کرده اند که مراد از «لاَ تَعْتَدُوا» این است:

> لا تقتلوا النساء و لا الصبیان و لا الشیخ الکبیر ولا من القی إلیکم السلم و کفّ یده فإن فعلتم هذا فقد اعتدیتم؛[71]
>
> زنان و کودکان و پیرمردان را و کسی را که به سوی شما دست صلح دراز کرده، نکشید که اگر این کارها را کنید تجاوز کرده اید.

بر اساس این احتمال، حتی با مردانی از کفار که به صورت مستقیم در جنگ شرکت نمی کنند، نباید جنگید. احتمال دوم این است که مراد از نهی از اعتدا در سه مورد است: یکی اینکه مسلمانان باید پیش از جهاد، کفار را به اسلام دعوت کنند، بنابراین اگر بدون دعوت به اسلام با آنان بجنگند، از مصادیق تجاوز است. دوم آنکه با هم پیمانان مسلمانان جنگ نکنند. سوم آنکه با کودکان و زنان و پیرمردان نجنگند. این نظر مفسران بود. اما نظر فقهی حکم می کند که ظاهراً هیچ یک از این دو احتمال، به تنهایی صحیح نیست؛ بلکه نهی از اعتدا یک نهی مطلق است و از هرگونه تجاوز نهی می کند؛ یعنی هر چیزی که بر آن اعتدا صدق کند. بدین سبب، این نهی شامل نهی از تخریب ساختمان ها، از بین بردن درختان و مسموم کردن آنها، و مثله کردن و شکنجه و زنده زنده سوزاندن و نظایر آن نیز می شود. بر این اساس به طور قطع و یقین می توان نظر داد که استفاده از سلاح های

۷۱. طبری، **جامع البیان عن تأویل آي القرآن**، ج۲، ص ۱۹۰.

کشتار جمعی، از مصادیق اعتداست که در این آیه تحریم شده است. در نتیجه می توان گفت آیه شریفه ای که موافقان تولید سلاح های کشتارجمعی به آن و امثال آن استناد می کنند، به این آیه شریفه مقید و محدود می شود؛ یعنی مسلمانان باید نیروی نظامی خود را تا اندازه ای تقویت کنند که عنوان اعتدا بر آن صدق نکند. نیز از آنجا که این گونه سلاح ها موجب فساد در زمین می شود، آیات دال بر نهی از فساد نیز می توانند آیات محل بحث را در برخی مصادیق، مقید و محدود کنند.

علاوه بر این، از منظر سیره عرف و کارشناسان خبره نظامی و شیوه عقلا در دنیای امروز، سلاح های کشتار جمعی تنها اهرم بازدارنده نیست؛ بلکه چه بسا داشتن این سلاح ها، بهانه ای به دست کفار دهد؛ زیرا بدیهی است که اگر دکترین موازنه آتش به نحو مطلق، به عنوان دکترین موازنه رعب مدِ نظرِ اسلام معرفی شود، هرگز با داشتن یک یا چند سلاح هسته ای محدود، نمی توان در مقابل چندین هزار سلاح کشتار جمعی رقیب، به این هدف دست یافت. در نتیجه نظام اسلامی نیز باید در همان حد به تکثیر این سلاح ها اهتمام کند که با توجه به امکانات محدود آن، این امر دست کم در کوتاه مدت و شاید میان مدت چندان دست یافتنی نخواهد بود. در نتیجه نظام اسلامی، حداکثر می تواند چند سلاح محدود در مقابل سلاح های اتمی نامحدود دشمنان تولید کند. این امر موازنه رعب را فراهم نمی کند و صاحبان زرادخانه های اتمی، از چند بمب اتمی چندان احساس ترس نمی کنند؛ بلکه برعکس بهانه ای می شود برای حمله و حتی حمله هسته ای به نظام اسلامی. در حالی که این موازنه رعب را از راه های نظامی دیگری نیز می توان به دست آورد؛ راه هایی که بیشتر از اینکه مبتنی بر توسعه حداکثری قدرت آتش باشد، بر توسعه معقول قدرت آتش، متناسب با مقدورات و ملزومات هر کشور صلح طلب عاقل و بر توسعه حداکثری ایمان و روحیه شهادت طلبی در میان جوانان مسلمان متکی است. به نظر می رسد در حال حاضر این الگو، موفق تر از الگوی مد نظر موافقان

تولید سلاح های کشتارجمعی، در راه توسعه امنیت مسلمانان عمل می کند. تجارب ایران، عراق، لبنان، سوریه، فلسطین و جای جای جهان اسلام، شاهد گویای این واقعیت است که امروز نه برخورداری از سلاح های کشتار جمعی تنها اهرم بازدارنده کفار از تجاوز به نظام اسلامی است و نه کسانی که هزاران هزار از این سلاح ها در اختیار دارند، در دنیای چندان امنی زندگی می کنند! بر این اساس، عرف و عقلا نیز چنین اطلاقی را از آیه مورد بحث که مورد نظر موافقان تولید سلاح های کشتار جمعی است نمی پذیرند. بنابراین قاعده فقهی بازدارندگی و ایجاد ترس که موافقان تولید سلاح های هسته ای به آن استناد می کنند، از نفی حرمت استفاده از این نوع سلاح ها ناتوان است.

۴-۲. قاعده ضرورت اعتدا و مقابله به مثل

یکی دیگر از قواعدی که ممکن است برخی بر اساس آن، استفاده از سلاح های کشتار جمعی را مجاز بدانند، قاعده ضرورت اعتدا و مقابله به مثل است. این قاعده برگرفته از این آیه شریفه است که می فرماید:

الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ؛ [۷۲]

این ماه حرام در برابر آن ماه حرام است، و [هتک] حرمت ها قصاص دارد. پس هرکس بر شما تعدی کرد، همان گونه که بر شما تعدّی کرده، بر او تعدّی کنید و از خدا پروا بدارید و بدانید که خدا با تقواپیشگان است»،

می توان نتیجه گرفت که مسلمانان برای مقابله به مثل با تهدید کفار و به هم نخوردن موازنه قدرت بین اسلام و کفر به نفع جبهه کفر، می توانند چنین سلاح های کشتار جمعی را تولید کنند. بر اساس همین استدلال، در صورت استفاده

۷۲. بقره، آیه ۱۹۴.

کفـار از این نوع سلاح ها، مـسلمانان نیـز می توانند در مقـام مقابله به مـثل، از چنین سـلاح هایی استـفـاده کنند. پس استـفـاده از سلاح های کـشتـار جـمعی، در شـرایط خاص مجاز است.

۴-۲-۱. نقد و بررسی استدلال به قاعده اعتدا

در پاسخ ایـن اسـتـدلال باید دقت داشت کـــه اولاً از ظاهر آیه شـریفـه چـنین برمی آید که مورد این قـاعده، شرایطی است که تجاوز ظالمانه، مـحقق شده باشد. بر این اساس، صرف داشتن سـلاح های کشتارجمعی، در عـرف از مصادیق تجاوز مـحسـوب نمی شود. در نتیـجه، فـرض اول این اشکال از مـدلول آیه شریفـه ظاهراً خارج است. ثانیاً در فـرض دوم اشکال، یعنی استفاده کفـار از این نوع سلاح ها نیز باید گـفت که آیه شـریفه صـرفاً در مـقام بیـان مشـروعیت اصل مـقابله به مـثل است؛ یعنی گـویا می خـواهد بیـان کنـد که اصـل مـقابـله به مـثل در کل پذیرفـتـه است. پس نمی توان از آن اطلاقی را اسـتفـاده کرد؛ به عنـوان مثـال، مفـسر یا فـقیـهی از این آیه شریفه چنین برداشت نکرده که اگر کفار، زن هـا و کودکان مسلمین را اسیر کنند و به آنها تجـاوز و آنان را مثله کرده و به قتل برسـانند، در مقابل، مسلمـانان نیز می توانند به زن ها و کـودکان کـفار ایـن گونه تعـرض کنند. بر این اسـاس، نمی توان از این آیه شـریفه جـواز مقـابله به مثل را اسـتخـراج کرد و بر پایه آن فـتوا داد کـه در صورتی کـه کفار آب های آشامیـدنی شهرهای مسلمانان را مسمـوم کردند، مسلمانان هم باید در مقـام مقـابله به مثل، آب های آشـامیـدنی شهـرهای آنها را مسـموم کنند؛ چـرا که آیه شریفـه فقط در مـقام بیان اصل مـشروعیت کـلی مقابله به مـثل است و اطلاقی به این شکل که مـوافقان تولید سـلاح های کشتارجـمعی در پی آن هستند، ندارد. حـداکثر ظهور آیه در این است که مسلمانان نباید در مـقابل تجاوز کفار، بی اعتنا باشند و اگر آنها به مسلمانان آسیب زدند، مسلمانان نیز باید در مقام مقابله به مثل، آسیب آنها را تلافی کنند؛ زیرا هم عقل و هم عقلا متفق اند کـه اگر دشمن سزای عملش را نبیند،

در تجاوز جسورتر می شود. اما این هرگز به معنای آن نیست که دشمن هر عملی انجام داد، مسلمانان از او تقلید کنند و همان کار را علیه او انجام دهند؛ حتی اگر مرزهای عدالت و اخلاق را درنوردید. مسلّم است که این اطلاق گیری ابتدایی، در تعارض با سایر آیات و روایات، هرگز مستقر نشده، حجیت نخواهد یافت. ثالثاً چه بسا بتوان برداشتی دقیق تر نیز از آیه شریفه داشت؛ به این بیان که می توان ادعا کرد آیه ظهور در این دارد که مقابله به مثل مسلمانان نباید بیش از تجاوز کفار باشد؛ یعنی در مقام بیان نوع مقابله به مثل نیست و فقط در مقام نفی زیادتی آن است. به بیان دیگر، آیه شریفه تنها در مقام نفی اعتدای افزون تر از حد است و بس، نه اثبات اعتدای محقق. بر این اساس، این آیه اساساً صلاحیت مبنا قرار گرفتن برای استدلال مخالفان حرمت تولید سلاح های هسته ای را از دست خواهد داد.

نتیجه

آنچه آمد، گوشه ای از ادله فقهی بود که در مسئله حرمت استفاده از تسلیحات کشتار جمعی از منظر فقه شیعی به آن استناد می شود. اما فارغ از تمامی این ادله، مسلمانان هرگز نباید اقدامی کنند که باعث تضییع بیت المال، بی اعتباری حکومت اسلامی و بدبینی به امت اسلامی شود،[۷۳] به ویژه در اوضاعی که حاکم نظام اسلامی به صراحت به حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی حکم داده است، نقض این حکم، از نظر شرعی برای هیچ مقام حقیقی یا حقوقی دیگری جایز نیست؛ زیرا موضوع محل بحث، جدای از مباحث کارشناسی فقهی، یک موضوع حکومتی است و شأن حاکم اسلامی است که با مراعات اصول عقلایی، عزت، حکمت و مصلحت و با در نظر گرفتن شرایط زمان و مکان، حرف آخر را در این

۷۳. عمید زنجانی، **فقه سیاسی**، ج۳، ص ۴۲۶.

زمینه بزند. نیز در جای خود و در بحث دکترین امنیتی نظام اسلامی، باید روشن گردد که در درگیری جهانی بین اسلام و کفر، قدرت اصلی نظام اسلامی برای برهم زدن موازنه به نفع جبهه توحید، نه در قدرت برتر اسلحه، بلکه در ایمان و اراده قوی تر است؛ ایمانی که بر پایه سنت الهی پیروزی حق بر باطل، در عرصه درگیری تاریخی بین حق و باطل، هرگز شکست نخواهد خورد.

بر این اساس، حرمت استفاده از سلاح های کشتار جمعی در فقه اسلامی، به معنای تسلیم شدن در برابر مستکبران مسلح به این سلاح ها و جواز ترك درگیری با مستکبران نیست؛ بلکه در نگاهی عمیق تر، این حکم به این معناست که نظام اسلامی در جهاد با نظام کفر جهانی و غلبه نهایی آن، اصولاً از چنین سلاح هایی بی نیاز است. از این رو، رهبر انقلاب نیز در بیانی که برخاسته از مبانی یاد شده است، به صراحت فرمودند:

> ما اعتقاد به بمب اتم نداریم، به سلاح اتمی نداریم؛ دنبالش هم نخواهیم رفت. برطبق مبانی اعتقادی ما، مبانی دینی ما، به کار بردن این گونه وسایل کشتار جمعی اصلاً ممنوع است، حرام است. این، ضایع کردن حرث و نسل است که قرآن آن را ممنوع کرده. ما دنبال این نمی رویم. ما دنبال آن چیزی می رویم که قدرت های سلطه گر حقیقتاً از آن باید بترسند، و من اعتقادم این است الان هم از همان می ترسند، و آن بیدار کردن روح حماسه و عزت اسلامی است در همه امت اسلام. ما این کار را خواهیم کرد؛ این را بدانند.[۸۰]

۸۰. بیانات امام خامنه ای، در دیدار با دست اندرکاران ساخت ناوشکن جماران، ۱۳۸۸/۱۱/۳۰.

فهرست منابع و مآخذ

۱. **قرآن کریم**.

۲. **نهج البلاغه**.

۳. ابن اثیر، ابوالحسن، **الکامل في التاریخ**، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، ۱۴۰۸ هـ. ق.

۴. ابن حمزه طوسی، ابوجعفر محمد بن علی، **الوسیلة إلی نیل الفضیله**، تهران، مرکز الحج و العمره، ۱۴۰۶هـ. ق.

۵. ابن زهره حلبی، **غنیة النزوع إلی علمي الأصول و الفروع**، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ هـ. ق.

۶. ابن کثیر دمشقی، ابوالفداء اسماعیل بن عمر، **البدایة و النهایة**، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۷هـ. ق.

۷. ابن هشام، محمد، **السیرة النبویة**، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، ۱۴۱۵هـ. ق.

۸. ابواتله، خدیجه، **الاسلام و العلاقات الدولیة في السلم والحرب**، قاهره، دارالمعارف، ۱۹۸۳م.

۹. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، **زبدة البیان في أحکام القرآن**، تهران، کتابفروشی مرتضوی، بی تا.

۱۰. ــــــــ، **مجمع الفائدة والبرهان**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹هـ. ق.

۱۱. اسماعیلی، اسماعیل، «اصل نخستین در بر خورد با غیر مسلمانان»، **مجله فقه**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، سال۱۴، شماره۳، زمستان ۱۳۷۶.

۱۲. برقی، ابوجعفر احمد بن محمد بن خالد، **المحاسن**، قم، دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۷۱ هـ. ق.

۱۳ . حرّ عاملی، محمد بن الحسن، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، قم، مؤسسه آل البیت(ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹هـ. ق.

۱۴ . حسینی، سید ابراهیم، **اصل منع توسل به زور و موارد استثناء آن در اسلام و حقوق بین الملل معاصر**، قم، نشر معارف، ۱۳۸۲ .

۱۵ . حسینی عاملی، سید محمدحسن، **الزبدة الفقهیة في شرح الروضة البهیة**، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۵هـ. ق.

۱۶ . حلبی، ابو الصلاح، **الکافي في الفقه**، اصفهان، مکتبة الامام امیرالمؤمنین علی(ع)، ۱۳۶۲ هـ. ش.

۱۷ . حلی، ابن ادریس، **السرائر**، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، چاپ جامعه مدرسین، دوم، ۱۴۱۰هـ. ق.

۱۸ . محقق حلی، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن الحسن، **المختصر النافع**، طهران، مؤسسة البعثة، چاپ دوم، ۱۴۰۲هـ. ق.

۱۹ . ــــــــــ، **شرایع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۱۲هـ. ق.

۲۰ . ــــــــــ، **تلخیص المرام في معرفة الأحکام**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱هـ. ق.

۲۱ . علامه حلّی، الحسن بن یوسف بن مطّهر، **مختلف الشیعة في أحکام الشریعة**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، بی تا.

۲۲ . ــــــــــ، **منتهی المطلب في تحقیق المذهب**، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲هـ. ق.

۲۳ . ــــــــــ، **قواعد الاحکام في معرفة الحلال و الحرام**، قم، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسین، ۱۴۱۳هـ. ق.

۲۴. خویی، سید ابو القاسم، **منهاج الصالحین**، قم، نشر مدینة العلم، ۱۴۱۰هـ. ق.
۲۵. رازی، ابوالفتوح حسین بن علی، **روض الجنان و روح الجنان في تفسیر القرآن**، مشهد، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۴۰۸هـ. ق.
۲۶. راوندی، قطب الدین سعید بن هبةاللّه، **فقه القرآن في شرح آیات الأحکام**، قم، کتابخانه آیت اللّه مرعشی نجفی، ۱۴۰۵هـ. ق.
۲۷. زحیلی، وهبة بن مصطفی، **آثار الحرب في الفقه الإسلامي**، دمشق، دارالفکر، ۱۴۱۲هـ. ق.
۲۸. ـــــــــ، **التفسیر المنیر في العقیدة و الشریعة و المنهج**، بیروت، دارالفکر المعاصر، ۱۴۱۸هـ. ق.
۲۹. ـــــــــ، **العلاقات الدولیّة في الاسلام مقارنة بالقانون الدولي الحدیث**، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۹۷۸م.
۳۰. سبحانی، جعفر، **فروغ ابدیت**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵ هـ. ش.
۳۱. سبزواری، سید عبد الأعلی، **مهذّب الأحکام في بیان الحلال و الحرام**، قم، مؤسسة المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳هـ. ق.
۳۲. سیوطی، جلال الدین، **الدر المنثور في التفسیر بالمأثور**، قم، کتابخانه آیة اللّه مرعشی نجفی، ۱۴۰۴هـ. ق.
۳۳. شریف لاهیجی، محمد بن علی، **تفسیر شریف لاهیجی**، تهران، دفتر نشر داد، ۱۳۶۲.
۳۴. شیرازی، سید محمد، **الفقه**، بیروت، دارالعلوم، چاپ دوم، ۱۴۰۹هـ. ق.
۳۵. صدر، سید محمد، **ماوراء الفقه**، تحقیق و تصحیح: جعفر هادی دجیلی، بیروت، دارالاضواء للطباع و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰هـ. ق.

۳۶. صدوق، محمد بن علی، **من لایحضره الفقیه**، قم، جامعه مدرسین، چاپ سوم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۷. علامه طباطبایی، محمدحسین، **المیزان في تفسیر القرآن**، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۴ هـ. ش.
۳۸. ـــــــــ، ترجمه **تفسیرالمیزان**، سید محمد باقر موسوی همدانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج۵، ۱۳۷۴.
۳۹. طبرسی، ابو علی فضل بن الحسن، **مجمع البیان في تفسیر القرآن**، بیروت، دارالمعرفه، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ. ق.
۴۰. طبری، محمد بن جریر، **تاریخ الأمم والملوك**، بیروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ۱۴۰۳هـ. ق.
۴۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، **تهذیب الأحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷هـ. ق.
۴۲. ـــــــــ، **المبسوط في فقه الامامیة**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
۴۳. ـــــــــ، **النهایة في مجرد الفقه و الفتاوی**، بیروت، دارالکتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۰هـ. ق.
۴۴. عاملی، ابراهیم، **تفسیر عاملی**، تهران، انتشارات صدوق، ۱۳۶۰ هـ. ش.
۴۵. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، **الدروس الشرعیة في فقه الامامیة**، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، چاپ دوم، ۱۴۱۷هـ. ق.
۴۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی، **الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة**، نجف، انتشارات جامعة النجف الدینیه، ۱۳۷۸هـ. ق.
۴۷. ـــــــــ، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳هـ. ق.

۴۸ . علی منصور، **الشریعة الاسلامیة والقانون الدولي العامّ**، قاهره، مطابع اهرام التجاریه، ۱۹۷۱م.
۴۹ . عمید زنجانی، عباسعلی، **وطن و سرزمین**، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۶۸ .
۵۰ . ـــــــــ، **فقه سیاسی**، تهران، امیر کبیر، چاپ سوم، ۱۳۷۷ .
۵۱ . فاضل مقداد، جمال الدین مقدادبن عبداللّه، **کنز العرفان في فقه القرآن**، تهران، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۱۹هـ. ق.
۵۲ . فیض کاشانی، ملا محمد محسن ابن شاه مرتضی، **تفسیر الصافي**، تهران، انتشارات صدر، ۱۴۱۵هـ. ق.
۵۳ . ـــــــــ، **الوافي**، تحقیق و تصحیح: حسینی اصفهانی، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی(ع)، ۱۴۰۶هـ. ق.
۵۴ . قاضی ابن البرّاج، **المهذب**، با اشراف جعفر سبحانی، قم، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسین، ۱۴۰۶هـ. ق.
۵۵ . قرائتی، محسن، **تفسیر نور**، تهران، مرکز فرهنگی درسهایی از قرآن، ۱۳۸۳ هـ. ش.
۵۶ . محقق ثانی(عاملی کرکی)، علي بن الحسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، قم، مؤسسة آل البیت(ع) لإحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۱۴هـ. ق.
۵۷ . کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، **الکافي**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷هـ. ق.
۵۸ . مجلسی ثانی، المولی محمدباقر بن المولی محمدتقی، **بحارالانوار الجامعة لدرر أخبار الائمة الاطهار**، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۴هـ. ق.
۵۹ . محقق داماد، سید مصطفی، «تدوین حقوق بشردوستانه بین المللی و مفهوم اسلامی آن»، **مجله تحقیقات حقوقی**، تابستان و زمستان ۷۵، شماره ۱۸ .

۶۰. مکارم شیرازی، ناصر، **تفسیر نمونه**، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۳۷۴ هـ. ش.
۶۱. ممتاز، جمشید، **حقوق بین الملل سلاحهای کشتار جمعی**، ترجمه: امیر حسین رنجبریان، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۶۲. نجفی، محمدحسن بن باقربن عبدالرحیم، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، تحقیق و تصحیح: عباس قوچانی، بیروت، دار إحیاء التراث العربي، بی تا.
۶۳. نوری، میرزاحسین (محدّث)، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، مشهد، مؤسسة آل البیت(ع) لإحیاء التراث، ۱۴۱۷.
۶۴. نواوی، عبدالخالق، **العلاقات الدولیّة والنظم القضائیّة في الشریعة الاسلامیّة**، بیروت، دارالکتاب العربي، اول، ۱۳۹۴هـ. ق ـ ۱۹۷۴م.
۶۵. یعقوبی، ابن واضح، **تاریخ الیعقوبی**، قم، منشورات الشریف الرضي، ۱۳۷۳ هـ. ش.

الموجز

تعريب: ابراهيم خزرجي

ملكية المال المعين المشتبه بين أفراد معينين

لطف الله الصافي الگلپايگاني

لو ترددت ملكية مال معيّن بين أحد شخصين أو جماعة معيّنين ومعلومين ولاطريق لتعيين المالك منهم، فإن موضوع هذه المسألة ليس من موارد قاعدة العلم الإجمالي التي تقتضي الاحتياط والاجتناب عن جميع الأطراف المشتبهة بلحاظ التصرف في ذلك المال، ولا هي من موارد قاعدة القرعة.

ومقتضي أدلة الكتاب العزيز و السنة الشريفة في المقام توزيع هذا المال و تقسيمه بين الأفراد و الأطرف المشتبهة.

الكلمات المفتاحية: المال المعيّن، المال المشتبه، الملكية، الأفراد المعيّنين، العلم الإجمالي.

الطريق الفقهي لجمع رأس المال وكيفية التعامل معه وإدارته (البديل لشركة الأسهم)

أحمد الحسني

الطريق المتعارف والشائع في هذا الزمان لجمع رأس المال لغرض القيام بنشاطات اقتصادية هو شركات الأسهم، وهذه الشركات مخدوش فيها فقهياً و قانونياً و اقتصادياً، كما أنّها تواجه إشكاليات عديدة نحاول في هذا المقال الإشارة إليها والإجابة عنها، وسنتعرض هنا الي ما يلي الحاجة لجمع رأس المال وكيفية التعامل معه، دراسة أنواع الشركات فقهياً واختيار الشركة التي تتناسب مع هذه الحاجة و من ثمّ عرض المنهج الصحيح لإدارتها طبق الضوابط لذلك.

ويتكفّل القسم الأخير من المقال بيان أفضلية هذه الشركات الفقهية علي شركة الأسهم مضافاً إلي مشروعيتها.

الكلمات المفتاحية: رأس المال، المتموّل، النشاط الاقتصادي، شركة الأسهم، جمع رأس المال.

الاستناد الي مذاق الشريعة
تأملات و أضواء

حميد ستوده

يواجه بحث مذاق الشريعة في مجال الاستدلال الفقهيإشكالية الرفض وإعطاء ضابطة؛ ومن أهم التأملات التييواجهها البحث المذكور عدم التسليم بمذاق الشرع ورفضه، وعدم قبول ما يعترض عليه والقطع به، ممّا أدي ذلك إلي القول برفض مذاق الشريعة وإبعاده عن الساحة الفقهية والاستعاضة عن الأدلة فيه بالفتوي؛ ولذا لابد من فسح المجال لمعرفة مذاق الشريعة لتي يمكن استعراض الأدلة الدالةعلي اعتباره، وأيضاً يمكن ـ باعطاء ضابطة للقول به ـ رفع الابهامات والاشكالات عنه، لكييخرج هذا الموضوع عن دائرة الاستدلال الشخصي وتنقّح مبانيه من خلال المباحث الاصولية، والمقال الذي بين يدي القاري الكريم هو رؤية جديدة في إمكانية الإستناد الي المذاق الشرعي و نقد الرأي القائل برفضه.

الكلمات المفتاحية: مذاق الشريعة، إمكان الاستناد إليه، رفض القول به ونقده.

اعتبار أدلة الإثبات المستفادة من الطرق غير الشرعية

مسعود الامامي

لايجوز استفادة أدلة الاثبات من خلال الطرق غيرالشرعية وغيرالقانونية، فإنّه لوحصل ما يخلّ فيكاشفيتها فلا اعتبار بها، ويكون الاعتبار حينئذٍ لإطلاق الأدلة الروائية، ق ما انّ إطلاق القانون يدل علي اعتبار تلك الأدلة أيضاً.

الكلمات المفتاحية: أدلة الإثبات، البينة، الشهادة، القسم، اليمين، الإقرار، علم القاضي.

وحدات الوزن والحجم في الإسلام حسب النظام المتري

محمدعلي أرجمند لاري

تمتاز الوحدات الشرعية كالوزن والحجم فيكثير من المسائل الشرعية بالأهمية البالغة، ك كمعرفة مقدار الكرّ، مقدار الماء في الوضوء والغسل، أنصاب الزكاة، الكفّارات، مهر السنّة، والديات.

وقد عرض الباحثون من علماء الفريقين طرق مختلفة وعديدة للمعرفة الدقيقة بالأوزان والأحجام الشرعية بحسب الكيلو غرام والليتر، و نتعرض في المقام لبعضها وأهمها، و قد عرض الكاتب رؤية جديدة أكثر دقّة وعقلانية من الطرق المذكورة تتضح من خلال البحث.

الكلمات المفتاحية: مقياس الوحدات الشرعية، الوحدات الشرعية، الشعيرة، الدرهم، الدينار، المدّ، الصاع، الكرّ.

رؤية جديدة حول إرث الأولاد في القرآن الكريم

السيد محمدجواد الموسوي

بدأت الآية الحادية عشر من سورة النساء الواردة في تقسيم الإرث بين الأولاد بقوله تعالي: «للذكر مثل حظ الانثيين»، ثم ذكرت سهم ما يزيد علي البنتين وأن سهم البنت الواحدة النصف، ثم ذكرت سهم غيرالأولاد ـ أي الأبوين ـ وأنّ لكل منهما السدس، وللزوج الربع، والزوجة الثمن. وقد حاول كاتب المقال اثبات أنّ الله تعالي أثبت سهام جميع الورثة في القرآن الكريم ولم يعيّن أنّها من أصل المال، لكنّه أثبت سهام غيرالأولاد وجعلها من أصل المال، وجعل سهام البنات متغيّره وتدفع من باقي المال، فيما عيّن في بعض الصور سهماً للبنت أو البنات ليشمل لفظ الأولاد الذكر والانثي، لا سيّما إذا كان الأولاد بنات فقط، وذلك أنّنا لوقلنا بما عليه المشهور ـ بأنّ الأولاد لو كانوا إناثاً فقط فإنّ لهنّ سهماً معيّناً ـ فإنّ مجموع سهام الورثة حينئذٍ لايكون العدد واحداً، وبعبارة اخرييكون مجموع الصور أكثر من المخرج؛ لذا فالظاهر أنّ معني قوله تعالي: «للذكر مثل حظ الانثيين» ـ نظراً الي قرائن الكلام ـ هو أن لفظ الأولاد لو كان شاملاً للذكر والانثيين فإن الذكر سوف يأخذ من حيث المجموع مثل مايأخذه الانثيين، أييكون سهم البنتين نصفاً، والنصف الآخر سهم الذكر، سواء كان واحداً أو أكثر. وفي المقطع الآخر من الآية ورد بأنّه لو كان سهم الأولاد شاملاً للذكر و ما زاد علي البنبين، فإنّه سوف يكون سهم الإناث الثلثين، والثلث الباقي سهم الذكر. وفي الفقرة الأخيرة من الآية ورد بأنّه لو شمل سهم الأولاد الذكر الواحد والبنت الواحدة فإنّه سوف يكون سهم البنت حينئذٍ نصفاً، والنصف الآخر سهم الذكر، ولو كان جميع الأولاد إناثاً أو ذكوراً فإنّه لا سهم معيّن لهم، بل يكون سهمهم معلوماً ومعيناً بتعين سهم غيرالأولاد فيما لو تقيّدت سهامهم بوجود الولد.

الكلمات المفتاحية: آيات الإرث، رويات الإرث، سهام الإرث، العول والتعصيب.

دراسة فقهية حديثية الإعراض عن حق المالكية

اميد تو كلي نيا

الحق عبارة عن سلطة ثابتة لشخص عليشخص آخر، أو علي مال أو شي معين، وهو قابل للجعل والاعتبار، وبإمكان صاحب الحق الإعراض عن حقّه. وقد يكون متعلّق الحق ديناً، وقد يكون عيناً، ويقال لغضّ الطرف عن حق الدين: إبراء، و عن الحق العيني: إعراض. والمقال في مقام بيان الفرق بين الحقّين المذكورين، فإنّ الأخبار ـ مضافاً الي عموم حديث السلطنة وسيرة العقلاء ـ تدل علي حجّية مسقطية الإعراض عن الحق علي الرغم من خدش أكثر الفقهاء في أسناد هذه الروايات ودلالتها، وأنّها لاتدل علي المعني المذكور، ومع هذه الأخبار ـ التي هي من الأدلة الاجتهادية ـ يبدو انّ استدلال القائلين بعدم زوال الملكية بالاستصحاب أمراً خاطئاً.

الكلمات المفتاحية: روايات الإعراض، حق المالكية، إسقاط الحق، زوال الملكية.

حق الزوجة في الإستمتاع الجنسي

سجاد شهباز قهفرخي

تتناسب الحقوق الجنسية للمرأة في النظام الحقوقي للإسلام ـ لغرض بناء الاسرة ـ مع الحاجة الفطرية للمرأة وطبيعة خلقتها، فإنّ النظام الحقوقي في الإسلام ـ مضافاً الي إقراره نظرية الزوج الواحد للمرأة، وإنزال أشدّ العقوبة بالتي تريد إشباع الشهوة الجنسية خارج نطاق الاسرة ـ يبتني من خلال رؤية جديدة لهذا الموضوع علي أساس احترام المرأة وإكرامها وبيان رؤية الإسلام بالنسبة لحق الزوجة في الإستمتاع الجنسي، وهوبحاجة الي عرض وبحث الأدلة الفقهية في المسألة ودراسة بعض الفروع الفقهية التي تدل علي انّ الزوج مكلّف بتلبية الحاجة الجنسية للزوجة، وانّ بإمكان الحاكم الشرعي طلاقها فيما لو تجاهل الزوج ذلك وكان فيه علي الزوجة عسر وحرج.

الكلمات المفتاحية: حقوق المرأة، الحقوق الجنسية، العلاقات الجنسية، حق الاستمتاع، الطلاق قضائياً.

غرامة تأخير دفع القروض المصرفية
(الحرمة أو الحلّية)

السيد جابر الموسوي

تعدّ حلّية أو حرمة أخذ غرامات التأخير علي دفع القروض المصرفية من أهم المسائل المصرفية، حيث يري أكثر الفقهاء مخالفة أخذ الغرامة للشرع وأنّها المصداق البارز للربا المحرّم في الجاهلية الذي نهي عنه في الكتاب العزيز، مضافاً الي ورود أخبار خاصة في هذا الباب.

فيما يري البعض الآخر من الفقهاء حلّية ذلك لما يلي: القول بالفصل بين الربا والالتزام، الضرر الوارد علي المقترض، خبر: «لي الواجد بالدين يحل عرضه و عقوبته»، قاعدة وجوب الوفاء بالعقود، حكم الحاكم، هبوط القيمة المالية.

وقد توصّل الباحث في هذا المقال الي أنّه لاوجه شرعي لأخذ الغرامة المالية، إلا ان يمرّ وقت طويل علي الوقت المقرر لدفع القرض، وتشتدّ الأزمة المالية، وترتفع الأسعار بشكل ملحوظ بحيث يري العرف انّ دفع هذا المبلغ آنذاكيعادل المبلغ السابق.

الكلمات المفتاحية: غرامة التأخير، المصرف، وجه الالتزام، الربا في الجاهلية، هبوط القيمة المالية.

دراسة آية البغي في القرآن الكريم

السيد محمدمهدي رفيع پور

يعدّ بحث أهل البغي أو البغاة، أحد أهم مباحث كتاب الجهاد، وهو بلحاظ الموضوع و الحكم بحاجة الي دراسة علمية واسعة، وذلك انّ مشهور علماء الإمامية يرون انّ الخروج علي الإمام المعصوم هو المصداق الوحيد للبغي؛ ولذا نجدهم قلّما تعرّضوا لجزئيات المسألة فيكتاب الجهاد، بينما يري البعض تطبيق أحكام المحاربة علي من شهر السلاح وخرج علي الحاكم الإسلامي، ويريكاتب المقال انّ أهل البغي أو البغاة هم من شهر السلاح علي جماعة من المسلمين بما فيهم الحاكم الإسلامي، واتخذوا العدّة لقتالهم دون تراجع عن مواقفهم تجاه المسلمين.

من هنا كانت الأبحاث المرتبطة بمسألة البغي والبغاة واسعة، وقد حاولنا في هذا المقال تركيز البحث علي الجانب القرآني لبحث أهل البغي، وقد أشرنا في بعض المواضع الي آراء علماء الإمامية و مقارنتها مع آراء علماء الجمهور ـ خصوصاً الحنفية و الشافعية ـ.

الكلمات المفتاحية: أهل البغي (البغاة)، المحاربة، فقه الإمامية، فقه الحنفية، فقه الشافعية.

دراسة فقهية لأدلة القول بحرمة استخدام أسلحة الدمار الشامل

على الميثمي الطهراني

من المسائل المستحدثة في مجال فقه الدولة الحكم باستخدام أسلحة الدمار الشامل في الحرب مع الكفار الحربيين. وقد صار كاتب المقال ـ بعد بيان المسألة و التعريف بها و بيان موضوع البحث فيها ـ بصدد إثبات أنّ الأصل الأولي فيها من وجهة نظر الإسلام والفقه الإمامي هو الحرمة، ثم استعرض أدلة القول بحرمة استخدام أسلحة الدمار الشامل، مثل: حرمة إلقاء السم في مياه الشرب للعدو، حرمة الإعتداء والظلم وتجاهل العدل، حرمة قتل الأبرياء العزّل، حرمة نقض العهود والمواثيق، حرمة استخدام الأسلحة الحارقة في الحرب، قاعدة السعي في الفساد، قاعدة الوزر، ضرورة متابعة الحاكم الاسلامي. ثم أجاب عن أدلة المخالفين كالقول بقاعدة الإعتداء، وأصل الردّ بالمثل.

الكلمات المفتاحية: أسلحة الدمار الشامل، نقض العهود، إلقاء السم، الإعتداء، العدل، الأخلاق، الأخلاق الإسلامية، الجهاد، المقاتلة.

Fiqh - e - Ahl - e - Bait

Proprietor and Director:

Ayatollah Sayed Mahmood Hashemi Shahroodi

Editorial Director:

Abd Al - Reza Izad Panah

Editorial Board:

Abd-Al-Reza Izad Panah, Sayed Mortaza Taghavi,

Mohammad Rahmani, Sayed Abbas Salehi,

Ahmad Moballeghi, Reza Mokhtari,

Mohammad Hasan Najafi

Address:

P.O. Box 37183 - 559

Qom - Iran

Tel: + 98 25 37739999

Fax: + 98 25 37744963

Abstracts of the Articles

Translated by Mohammad Kheirian

The Ownership of a Specific Property with an Unidentified Owner among a Specific Group

Lutf Allah Safi Golpaygani

If the ownership of a specific property belongs to one of two or more specific individuals and thereis no way to determine its rightful owner, the subject of this problem is neither an instance of the rule of *'ilmijmali* (collective knowledge) according to which all parties should be cautious not to seize that property, not a case to use the rule of drawing.

Key words: specific property, property with an unidentified owner, ownership, specific people, *'ilmijmali*(collective knowledge)

Jurisprudential Method of Capital Raising and Management in Economic Affairs (A Substitute for Joint Stock Companies)

Ahmad Hasani

Vol 20; No 77-78

The conventional and comprehensive method for capital-raising to conduct economic activities in the contemporary world is Joint Stock Companies. This type of companies is marred from the viewpoint of jurisprudence and has problems from legal and economic viewpoint as well. These problems have been covered in this article and in order to provide a correct *shar'i* answer to the need to capital-raising and its management, different types of companies in jurisprudence have been studied. Then a company has been selected which is mentioned in *fiqh* and meets the above mentioned demand. A management mechanism has been devised for this type of company as well. Finally, the article explains the advantages of this type of company over Joint Stock Companies in addition to its legitimacy from jurisprudential point of view.

Key words: capital, investor, economic activity, Joint Stock Companies, capital-raising

Provability of *Midhaq-i Shari'at*; Contemplations and New Insights

Hamid Sutude

In the field of jurisprudential reasoning, *midhaq-i Shari'atifaces* two approaches one of which negates it and the other believes it can be regulated. Inability to find *midhaq-i Shari'at,* impossibility to criticize such a *midhaq* and its making false certainty are among the most important considerations which have prepared the grounds for jurists to issue a fatwa to remove it from the jurisprudential discussions and replace it with a framework of reasons; nevertheless, through reinvestigation of *midhaq-i Shari'at,* the reasons of its validity can be reflected and through its regulation, remove the questions and ambiguities so that this issue comes out of personal reasoning and its foundations among the jurisprudential principles are clarified. This paper sheds a new light on the provability of *midhaq-i Shari'at* and criticizing the idea of its negation.

Key words: *Midhaq-i Shari'at,* provability, incredibility, uncriticizability

Validity of Proofs Obtained from Non-Shar'i Methods

Mas'udImami

It is not permissible to obtain proofs through *non-Shar'i* and illegitimate methods. These proofs will lose their validity if they fail to reveal the intended ruling by *Shari'a*. Otherwise they will be valid based on the generic tone of reasons in hadith. Generality of the law also indicates the validity of these proofs.

Key Words: proof, evidence, testimony, vow, confession, knowledge of the judge

Weight and Volume Units in Islam Compared to Metric System

Muhammad 'Ali ArjmandLari

Shar'i units of weight and volume are applied in numerous jurisprudential issues such as the amount of water which is *kurr*, the amount of water needed for *wudu* and *ghusl*, the quotas of *zakat, zakat al-fitra, kaffarat, mahr al-sunna* and *diat*. Shiite and Sunni scholars have proposed different methods to precisely determine the weights and volumes in kilogram and liter. Out of these methods, some important ones have been covered in this article and a new method has also been presented which, in author's opinion, is more precise and more reasonable than previous methods.

Key words: Islamic measurement system, *Shar'i units*, *sha'ire*, dirham, dinar, *mudd*, *sa'*, *kurr*

A New Look at Inheritance Shares of Children in the Holy Qur'an

Sayyid Muhammad JavadMusawi

In Sura al-Nisa' verse no.11 about the division of heritage among children, first it says "for the male shall be the like of the share of two females", then the share of more than two daughters have been set as two-third and the share of one daughter has been set as half. Later the share of family members other than children namely the father and the mother have been set as one-sixth, the husband as a quarter and the wife as one-eighth.

This article tries to prove that Allah (swt) has not determined the share of all heirs as a fixed amount out of the main properties rather He has determined the share of heirs other than children as a fixed amount and daughters' share as a floating amount out of the remnant of the properties. He has determined a fixed amount for the daughter or daughters if the children are comprised of sons and daughters not if the children are all daughters; because if we believe, like the famous ruling by jurists, that a specific share has been set for children if they are all daughters then the sum of shares will not equal one. In other words, the fraction will be more than one. Therefore it seems that according to the context of the verse, "for the male shall be the like of the share of two females" means that if children include boys and two daughters, boys will have a share of heritage equal to the share of two daughters i.e. two daughters will receive half of the heritage and the other half belongs to boys whether one boy or more. The next phrase in the verse, the share of children, with sons and more than two daughters have been specified that the share of daughters is two-thirds and the remaining one-third is left for sons. In the last part, the share of children including sons and one daughter has been specified that the share of the daughter is half and the other half goes to sons. If children are all sons or all daughters, they have no specific share but their share will be specified after the share of those heirs other than children have been specified and confined to a case where the deceased has children.

Key words: the verses of inheritance, the hadiths of inheritance, the share from the heritage, *'awl* and *ta'sib* (division rules)

Fiqhi-Hadithi Analysis of the I'rad (Waiver) of the Right of Property

Omid Tawakkolinia

A right is a kind of authority considered and made for a person over another person, property or object and any person with a right is free to waiver his/her right. The referent of the right is sometimes a debt and sometimes an object. Tovoluntarily relinquish a right of a debt is called *Ibra'and* to voluntarily relinquisha right of an object is called *I'rad*. In this article, the author tries to show that along with general tone of the hadith of saltanat and common sense, there are also some hadiths that indicate the validity of *I'rad* to voluntarily relinquish a right; although most of jurists have questioned the reliability of the source of the hadith as well as its indication and have denied such a meaning for those hadiths. In view of the existence of those hadiths as reasons for *ijtihad*, referring to istis-hab, as a reason for fiqh to argue the continuation of the right of property does not sound correct.

Key words: hadiths about *I'rad*, the right of property, voluntarily relinquish a right, expiration of a right

The Wife's Right of Sexual Gratification

SajjadShahbaz

Islamic legal system has designed women's sexual rights in the structure of family according to their natural and physiological needs. Apart from the rule that obliges women to have only one husband and heavy punishments for those who try to gratify their sexual needs out of the family, Islamic legal system has a new point of view based on respect for women. To explain Islam's opinion about the wife's right of sexual gratification requires a discussion about jurisprudential reasons. Investigation of jurisprudential reasons and some secondary jurisprudential topics leads to this conclusion that the husband is responsible to gratify the wife's sexual needs in such a way that she is satisfied and if the husband does not undertake his responsibility in this regard which leads to hardship for the wife then the ruler of *Shar'* can divorce the wife through a judicial procedure.

Key words: wife's rights, sexual rights, sexual intercourse, the right of gratification, judicial divorce

Fines for the Delay in Repayment of Bank Loans:Haram or Halal?

Sayyid Jabir Musawi Rad

It is an important issue in banking whether the fines for the delay in repayment of bank loans are *halal* or haram. Most of jurists consider it to be against *shari'a* and a clear example of usury. Moreover, there are some hadiths in this respect. This fine is also an instance of *jahiliriba*(a type of usury during the era of ignorance) which Qur'an has forbidden. On the contrary, some jurists have tried to prove its permissibility through such solutions as differentiating of usury from penalty, recompensing the losses of the debtee, hadith of those who are in debt deserve to be punished, the rule of the obligation to keep promises, government rulings, decrease in the value of the money.

Having discussed the above mentioned solutions, the author has concluded that taking this fine has no *shar'i* justification; unless a long time has passed from the time of repayment and inflation has been remarkably high so that the society does not consider the money to have the same value as before.

Key words: fines for the delay in repayment, bank, penalty, *jahiliriba*, decrease in money value

Investigation of Baghy Verse in the Holy Qur'an

Sayyid Muhammad Mahdi Rafi'pur

One of the important discussions in the book of Jihad is the issue of *ahl-I baghy* (those who engage in armed struggle). This issue requires an extensive research both concerning its subject matter and its ruling. In the jurisprudence of *Imamiyya,* most jurists have considered uprising against the infallible Imam ('a) as the only instance of *baghy*, therefore, they have not discussed this issue of the book of Jihad in detail. Some jurists, however, have suggested the ruling of *Muhariba* (fighting) for those who engage in an armed fight against the Islamic ruler. The author believes *ahl-I baghy* are people who wage an armed struggle against a group of Muslims and/or the Islamic ruler and are not willing to stop.

Since the discussions about *baghy* are extensive, this article has only focused on the Quranic aspect of the issue and in one part it has compared famous opinions of the *Imamiyya* Shiite as well as Sunni scholars, especially those who belong to Hanafi and *Shafi'i* schools.

Key Words: *Ahl-I baghy*, *muhariba*, *Imamiyyafiqh*, Hanafifiqh, Shafi'Ifiqh

Jurisprudential Investigation of the Reasons for the Prohibition of the Application of the Weapons of Mass Destruction

'Ali Maythami Tehrani

One of the new issues in the governmental jurisprudence is the ruling about the application of the weapons of mass destruction in a war against aggressive infidels. Having defined the question and clarified the subject, the author tries to argue that the initial principle from an Islamic viewpoint is prohibition; later he proves, from the viewpoint of Shiite jurisprudence, the prohibition to apply weapons of mass destruction through providing such reasons as the prohibition to poison drinking water and residential areas during a war, prohibition of aggression, tyranny and injustice, prohibition to kill civilians, prohibition to violate treaties, prohibition to use fire-causing weapons in a war, the rule of those who try to create corruption, the ruleof *wizr* (consequences of an action), the necessity to follow the Islamic ruler. He has also answered the reasons of critiques such as the rule of aggression, the rule of deterrence and retaliation.

Key words: weapons of mass destruction, violation of treaty, poisoning, aggression, justice, Islamic morality, Jihad, retaliation