

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه علمی تخصصی

مصباح الحقیق

سال دوم، شماره چهارم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: معاونت پژوهش حوزه علمیه خراسان

(با همکاری مدرسه عالی فقاقت مشهد)

مدیر مسئول: سید مصباح عاملی

سر دبیر: سید حمید علوی آریز

مدیر اجرایی: کاظم ابراهیم زاده بخت آباد

برگرداننده چکیده انگلیسی: محمدرضا انجم شعاع

ویراستار ادبی و صفحه آرا: احمد عدالتیان

آدرس دفتر فصلنامه: مشهد، چهارراه شهدا، خیابان آیت الله شیرازی ۱۰،

مدرسه علمیه آیت الله العظمی خویی رحمته الله علیه

تلفن: ۰۵۱-۳۲۲۳۰۹۴۱

سامانه ارسال و مشاهده مقالات:

muf.journals.hozehkh.com

به موجب ماده ۱۳ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۱۸ مجلس شورای اسلامی، پروانه انتشار

نشریه مصباح الفقه در زمینه فقه و حقوق اسلامی (تخصصی) به زبان فارسی و ترتیب انتشار

دوفصلنامه، با گستره سراسری و نوع انتشار مجله‌ای، به نام حوزه علمیه خراسان، معاونت پژوهش در

تاریخ ۱۳۹۸/۰۵/۲۸ به شماره ثبت ۸۵۶۵۱ از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صادر گردید.

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

- ۱) سیدمحسن حسینی فقیه (مدرس دروس خارج حوزه علمیه خراسان)
- ۲) محمدحسن ربانی بیرجندی (مدرس دروس خارج حوزه علمیه مشهد)
- ۳) هادی شمس آبادی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
- ۴) ابوالفضل عادل‌نی‌ا (مدرس دروس خارج حوزه علمیه مشهد)
- ۵) سیدحمید علوی آریز (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
- ۶) محمدرضا کاظمی (استاد حوزه علمیه خراسان و استادیار دانشگاه آزاد اسلامی مشهد)
- ۷) محمد مروارید (مدرس دروس خارج حوزه علمیه مشهد)

آرای نویسندگان مقالات، لزوماً دیدگاه مجله نیست.

نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.

نشانی: مشهد مقدس، بلوار شارسن، انتهای شوشتری ۷،

مرکز مدیریت حوزه علمیه خراسان، معاونت پژوهش (اداره نشر و تولیدات علمی)

تلفن تماس: ۰۵۱-۳۲۰۰۸۳۲۷

سامانه مدیریت نشریات علمی حوزه علمیه خراسان:

journals.hozehkh.com

راهنمای تدوین و ارسال مقالات

الف. شرایط عمومی

رعایت نکات زیر برای تنظیم مقاله الزامی است:

۱. مقاله بایستی در سطح علمی پژوهشی، مستند و دارای نوآوری علمی باشد.
۲. مقالات ارسالی نباید کپی برداری از آثار چاپ شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ یا برای نشریه دیگری، یا همایش ها و... به طور هم زمان ارسال شده باشد.
۳. مقالات دریافتی، نخست توسط هیئت تحریریه بررسی شده و در صورت انطباق با معیارهای مجله، به منظور ارزیابی، به صورت بی نام برای دو تا سه نفر از داوران صاحب نظر ارسال می شود.

ب. نحوه تنظیم مقالات

۱. عنوان مقاله: مختصر و متناسب با محتوا (فارسی و انگلیسی).
۲. نام و نشانی نویسنده/نویسندگان: نام، نام خانوادگی، درجه علمی، آدرس محل کار، رایانامه و تلفن همراه (فارسی و انگلیسی).
۳. چکیده: حداقل ۱۵۰ کلمه و حداکثر ۱۹۰ کلمه در یک پاراگراف (تا ۱۰ خط). چکیده انعکاس دهنده محتوای کلی مقاله است؛ شامل هدف، روش، بدنه مقاله، یافته ها و نتیجه گیری.
۴. کلیدواژه ها: متشکل از حداقل ۴ کلمه تا حداکثر ۷ واژه.
۵. مقدمه: بیان مسئله، مبانی نظری و پیشینه پژوهش، اهداف، سؤال (ها) یا فرضیه (های) پژوهش و یافته ها (نتایج پژوهش و دستاوردها).
۶. نتیجه گیری: بررسی نتایج پژوهش و تبیین یافته ها، بیان پیشنهادها و محدودیت ها.
۷. مقاله ارسالی از ۸ هزار کلمه (۲۵ صفحه ۲۵۰ کلمه ای) بیشتر نباشد.
۸. تیتراهای اصلی با شماره های ۱-، ۲-، ۳- و... و زیرمجموعه آن ها با ۱-۱-، ۱-۲- و... مشخص شود.
۹. ارجاعات در متن مقاله بین پرانتز به صورت نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/ صفحه (طباطبائی، ۱۴۲۰ق: ۱۸۶/۲) نوشته شود.
۱۰. در تمام ارجاعات، نام خانوادگی نویسنده ذکر شده و از به کارگیری کلماتی همچون «همان» و «همو» اجتناب شود.
۱۱. منابع لاتین به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/ جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) بیاید.

۱۲. نقل قول‌های مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک‌ونیم سانتی متر) از راست درجه شود.
۱۳. شکل لاتینی نام‌های خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
۱۴. یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری است) در پاورقی درج شود.
۱۵. ارجاع در یادداشت‌ها به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
۱۶. منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/نویسندگان)، تاریخ انتشار، نام کتاب (ایتالیک)، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد، نیازی نیست)، محل نشر: نام ناشر. (فقط برای سال‌های قمری «ق» استفاده شود و سال‌های شمسی و میلادی، حرفی لازم ندارد)
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده، نویسندگان)، تاریخ انتشار، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه (ایتالیک)، دوره/سال، شماره.
- پایگاه‌های اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، تاریخ انتشار، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
۱۷. مقاله باید با توجه به آیین نگارش زبان فارسی نوشته شود و معادل لاتین اصطلاحات و اسامی مؤلفان در پایین هر صفحه پانویس شود.
۱۸. مقاله پس از تایپ (ذخیره‌سازی با فرمت Word 97-2003) در صفحه A4، فونت B Zar 13 برای کلمات فارسی، IR Zar 13 برای کلمات عربی و Time New Roman 12 برای کلمات انگلیسی، حداکثر در ۲۵ صفحه، در سامانه فصلنامه به نشانی muf.journals.hozehkh.com بارگذاری شود.
۱۹. جدول‌ها و نمودارها باید دارای عنوان باشند. عنوان جدول در بالای جدول و با قلم B Zar 10 پررنگ و عنوان نمودار در پایین نمودار با B Zar 10 پررنگ قرار گیرد. مطالب و ارقام داخل جدول با قلم B Zar 11 تنظیم شوند.
۲۰. به مقالاتی که بدون راهنمایی و نام اساتید حوزوی (سطوح عالی) و اساتید دانشگاهی (استاد، دانشیار و استادیار) باشد ترتیب اثر داده نخواهد شد.
- یادآوری: حق رد یا قبول و نیز ویرایش مقالات برای مجله محفوظ است.

فهرست مقالات

- | | |
|-----|--|
| ۱ | سنجه‌های کشف اهمیت در «مرّجّح اهمّ» از منظر اصول فقه فریقین
روح‌الله رئیس‌السادات، محمدحسن ربانی بیرجندی، سیدمحسن حسینی فقیه |
| ۲۷ | باز کاوی تطبیقی مالکیت مراتع و جنگل‌ها در فقه امامیه و حنفیه
سیدعلی دلبری، مجید خرسندی |
| ۵۳ | بررسی سن ممیزی صبی، با تکیه بر مفهوم‌شناسی آن در لغت، فقه و حقوق ایران
عمار جعفری نژاد، حسن حکیم‌باشی، محسن جهانگیری، مهدی صالحی مقدم |
| ۷۱ | مطالعه «ذمه» در فقه اسلام و «دارایی» در حقوق کلاسیک فرانسه، با تأکید بر فقه عامه
محمدعلی سعیدی، مصطفی شاهبازی |
| ۱۰۳ | مدخلی بر اجازه ورد در عقد فضولی
غلامرضا یزدانی |
| ۱۲۵ | واکاوی تطبیق قاعده «من أدرك» در دوران امر بین درک یک رکعت نماز با وضو یا تمام نماز با تیمم
سیدرضا حسنی |
| ۱۴۹ | چکیده‌های انگلیسی |

سنجه‌های کشف اهمیت در «مرجح اهم»

از منظر اصول فقه فریقین^۱

روح‌الله رئیس‌السادات^۲

محمدحسن ربانی بیرجندی^۳

سیدمحسن حسینی فقیه^۴

چکیده

نمونه‌های عینی دو حکم «متزاحم» در مصادیق فراوانی دیده می‌شود و لزوم واریسی معیارهای تشخیص حکم مهم‌تر را آشکار می‌کند؛ اما با نگاهی اجمالی به مباحث «اصول فقه»، این نکته رخ می‌نماید که از برخی مباحث، مانند تزاحم و مرجح اهم و مهم، به صورت پراکنده بحث شده است. مسئله محوری در این نوشتار، جایگاه مهم‌ترین مباحث اصولی مرتبط و دخیل در کشف اولویت و اهمیت، در اصول فقه فریقین است. ایده نگارنده در واکاوی این مسئله، به جای اشتراک‌یابی در عناوین، بازپژوهی بر روی محتوای انگاره‌ها است؛ با این توضیح که به دلیل عدم اشتراک عنوان تزاحم در اصول فقه دو مکتب امامیه و اهل تسنن، برای واریسی سنجه‌ها می‌بایست سراغ محتوای اصولی فقهی مطالبی رفت که احتمال ارتباط با مبحث کشف اهمیت و اولویت دارند. یافته‌های این تحقیق که با روش توصیفی تحلیلی صورت گرفته، نشان می‌دهد، در اصول فقه فریقین مباحثی همچون قاعده «درء المفسده اولی من جلب المصالح»، مناسبت حکم و موضوع و نیز مقاصد شریعت، جایگاه خاصی در کشف اهمیت دارند. همچنین در این مقاله، دو خاستگاه مهم بحث تزاحم در مبانی اهل تسنن یعنی «فقه الأولویات» و «فقه الموازنات» بررسی شده و هر چند از حیث عناوین، تفاوت بیشتری ملاحظه می‌شود، ولی از حیث محتوا اشتراکات فراوانی وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: تزاحم، مرجحات، اهمیت، مصلحت، مقاصد.

۱. این مقاله از رساله سطح چهار حوزه علمیه خراسان استخراج شده است.

۲. دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه خراسان. (نویسنده مسئول) mahdi19970606@gmail.com

۳. مدرس دروس خارج حوزه علمیه خراسان. hozehjournais@gmail.com

۴. مدرس دروس خارج حوزه علمیه خراسان. hosseini@gmail.com

«تراحم» و مرجحات آن، با معانی اصطلاحی خاص خود، در علم اصول پیشینه طولانی ندارد؛ هرچند مباحثی که خاستگاه آن به شمار می‌رود، مطرح بوده است؛ مانند اجتماع امر و نهی، دلالت امر بر نهی از ضد و ترتب. مطالعه منابع اصولی امامیه نشان می‌دهد که نخستین بار شیخ انصاری تراحم را به عنوان اصطلاحی اصولی و به معنای «تنافی دو حکم دارای ملاک»، مطرح کرد. (انصاری، ۱۴۱۶ق: ۵۲/۴) سپس آخوند خراسانی در کفایة الاصول به طور گسترده و جدی بحث تراحم را مطرح کرده (خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۵۵) و مرحوم نائینی و شارحان بعدی آن کتاب نیز مباحث دیگری بر آن افزودند و درباره آن به صورت مستقل بحث کردند.

اصولیان امامیه به مناسبت بحث تراحم، «مرجح اهم و مهم» را مطرح کرده‌اند؛ از جمله میرزای نائینی، شهید صدر و آیت الله خوئی به مرجحات تراحم، مثل مرجح تقدیم اهم بر مهم، پرداخته‌اند. (نائینی، ۱۳۷۶: ۳۲۲/۱؛ صدر، ۱۴۱۷ق: ۸۷/۷؛ خوئی، ۱۴۲۸ق: ۴۷۶/۱) مرحوم مظفر نیز به صورت مختصر این مرجح را مطرح کرده و به ذکر راه‌های شناخت اهمیت و اولویت، مانند مناسبت حکم و موضوع و شناخت ملاک‌های احکام از راه دلایل نقلی، می‌پردازد و بعد مثال‌هایی در این زمینه، مانند حکم «محافظة بر بیضة اسلام» یا حق الناس را ذکر می‌کند. (مظفر، ۱۴۳۰ق: ۲۱۹/۳)

در هر حال، هدف، پژوهشی است که به مشخص کردن دامنه و توسعه کلیدواژه‌ها برسد تا دستیابی به سنجه‌های مشابه در اصول فقه فریقین، در محتوای مشابه، آسان شده و به پژوهشگران در این حوزه کمک شود. درمورد پیشینه بحث به جز مطالب مذکور، به صورت مستقل می‌توان به مقاله‌های زیر اشاره کرد:

«ارزیابی مقایسه‌ای ادله و مبانی مذاهب پنج‌گانه فقهی در باب قاعده اهم و مهم»، (خادمی، ۱۳۹۷) «تبیین قاعده اهم و مهم و جایگاه آن در فقه و قانون مجازات اسلامی»، (روضه‌سرا و حسین‌نژاد کریمی، ۱۳۹۶) «مبانی فقهی قاعده اهم و مهم»، (سترگ، ۱۳۹۰) «راهکار حل تراحم حقوق از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق موضوعه ایران»، (مرتاضی،

۱۳۹۳) «اجرای تراحم در احکام حقوقی»، (خردمندی، ۱۳۹۲) «نقش قاعده اهم و مهم در حل تراحمات اخلاق امنیتی»، (طجری، ۱۳۹۴) «فقه و مقاصد شریعت»، (علی دوست، ۱۳۸۴) «بررسی تراحم اهم و مهم در فعالیت‌های اطلاعاتی» (طالبی، ۱۳۹۶) و «مبانی قرآنی و حدیثی کاربرد قاعده اهم و مهم در بهداشت و سلامت». (یوسفی، ۱۳۹۷)

اما نوآوری این مقاله در ضمن چند مطلب ذکر می‌شود: الف) در آثاری که ذکر شد، عموماً در مورد دلایل حجیت قاعده اهم و مهم بحث شده و بسیار کم در مورد راه‌های کشف اهمیت و اولویت، بحث کافی دیده می‌شود؛ در حالی که در این مقاله به صورت مستقل و مفصل به راه‌های کشف اهمیت پرداخته شده است. ب) در همان موارد نادری که در آن مقاله‌ها به تبیین راه‌های کشف اهمیت پرداخته شده، به ذکر کلیات بسنده شده است؛ حال آنکه در این مقاله به تنقیح قواعد و مسائل مختلف اصولی که در راه کشف اهمیت مؤثر است، پرداخته شده است؛ البته اشاراتی از این مسائل در کتب اصولیان وجود دارد، ولی این جستار، به نظر اولین اثر مستقل در این زمینه است که مسائل دخیل در کشف اهمیت در آن گردآوری شده است. ج) پژوهش تحلیلی و مقارنه‌ای در آثار اهل تسنن، به ویژه معاصران ایشان، صورت نگرفته است؛ چرا که عنوان تراحم در منابع اهل تسنن به معنای مصطلح اصولی امامیه وجود ندارد و یا بسیار کم به کار رفته است.

۱- کلیات

۱-۱- تعریف تراحم

تراحم در لغت به معنای «گردآمدن گروهی بر چیزی، تلاطم امواج و راندن برخی از آن‌ها برخی دیگر را در یک تنگنا»، آمده است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۶۲/۱۲)

مؤلف مقایس اللغة در مورد ریشه تراحم، یعنی «رحم»، معنایی را بیان می‌کند که عبارت است از: انضمام، باهم آمدن و ازدحام مردم با قید شدت و تأکید. (ابوالحسن، ۱۴۰۴ق: ۴۹/۳) تراحم در اصطلاح، «تنافی دو حکم دارای ملاک، در مقام امتثال» است، به سبب آنکه مکلف، قادر به انجام هر دو در یک زمان نیست. (خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۷۴؛ نائینی، ۱۳۷۶:

۳۱۷/۱؛ صدر، ۱۴۱۷ق: ۲۶/۷)

عنوان تراحم به معنای اصطلاحی از عناوین مختص اصولیان امامیه متأخر از زمان شیخ انصاری، آخوند خراسانی و محقق نائینی، به بعد است. نگارنده بر این باور است که مفهوم تراحم در کلمات متقدمان اصولی امامی و اهل تسنن فراوان دیده می شود؛ اما به ندرت اصولیان معاصر سنی، مطابق همان عنوان تراحم تعاریفی را ارائه می دهند که از جمله می توان به این مورد اشاره کرد: «هرگاه تعارض دو حکم شرعی در واقع عملی رخ دهد، به گونه ای که مکلف از جمع بین آن دو عاجز باشد، پس در این حالت مکلف اضطراراً یکی را و به جهت اولویت آن انتخاب می نماید.» (وکیلی، ۱۴۲۰ق: ۱۲۲؛ قحطانی، ۱۴۲۵ق: ۲۳۵/۲۹)

۱-۲- اقسام تراحم

پیش از ورود به بحث ذکر این مطلب ضروری است که تراحم اقسامی دارد:

الف. تراحم امثالی: دو حکم متوجه مکلف شده و تراحم در دو عمل است که مشکل از ناحیه مکلف بوده و در واقع او در تطبیق مصداق بین دو طرف، به دلیل عدم قدرت، دچار «تنافی» شده است. (نائینی، ۱۳۵۲: ۱۸۳/۱)

ب. تراحم ملاکی: دو حکم متوجه مکلف شده و تراحم در یک عمل است، ولی از دو جهت دارای مصلحت و مفسده است و مشکل از ناحیه ملاک است که در واقع بین دو ملاک، تنافی واقع شده است. (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۴ق: ۲۷/۶)

ج. تراحم حفظی: تنافی میان احکام واقعی در موارد مشتبه، در مقام محافظت از اغراض تشریع است و یا به عبارتی، تنافی میان اغراض احکام تشریعی در مقام پیروی از اغراض تشریع رخ داده است؛ برخی از اصولیان، فلسفه جعل احکام ظاهری (اصول عملیه) را از راه تراحم حفظی تبیین کرده اند. (صدر، ۱۴۱۷ق: ۳۲۵/۴)

تراحم حفظی که مربوط به عالم تشریع است، به بحث مرجحات تراحم (تکلیف مکلف بر گزینش و ترجیح حکمی از دو حکم است) ارتباطی ندارد؛ اما در تراحم امثالی و ملاکی، به نظر با اندکی تفاوت، مرجح اهم و مهم در هر دو قسم کاربرد دارد.

۱-۳- تعریف مرجح اهمیت (اهم و مهم)

لزوم مقدم کردن حکم مهم تر بر مهم، هنگام تراحم آن ها در مقام امثال و پیروی از حکم،

یعنی: در موردی که نمی‌توان، هم به اهم و هم به مهم عمل کرد، باید به اهم عمل کرد و مهم را فرو گذاشت. (نائینی، ۱۳۷۶: ۳۲۲/۱؛ صدر، ۱۴۱۷ق: ۸۷/۷؛ خوئی، ۱۴۲۸ق: ۴۷۶/۱)

وجه امتیاز مرجح «تقدیم اهم بر مهم» از میان دیگر مرجحات باب تزاحم، عبارت است از: اولاً، کاربرد این مرجح بسیار وسعت دارد و قابل قیاس با دیگر مرجحات، مانند مرجح «واجب مضیق» بر «واجب موسع» نیست و ثانیاً، مشهور، دیگر مرجحات را نیز به مرجح اهمیت برمی‌گردانند. (نائینی، ۱۳۷۶: ۳۹۹/۱؛ اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۰۹ق: ۱۸۵؛ رشتی، ۱۳۱۱ق: ۲۶۱؛ یزدی، ۱۴۱۰ق: ۱۶۳/۲)

۱-۴- خاستگاه تزاحم در اصول فقه

اهمیت، اولویت و مصلحت اهم، عناوینی است که در اصول و فقه فریقین در بحث مرجحات باب تزاحم استفاده می‌شود؛ اما عنوان تزاحم و مرجحات آن در اصول فقه اهل تسنن مطرح نیست، مگر افراد نادری از معاصران که عنوان تزاحم را به معنای اصطلاحی امامیه مطرح کرده‌اند. (وکیلی، ۱۴۲۰ق: ۱۲۲؛ قحطانی، ۱۴۲۵ق: ۲۳۵/۲۹)

اما مفهوم تزاحم و مرجحات آن در اصول فقه اهل تسنن در مباحث مختلفی مطرح است؛ مانند مقاصد الشریعه، مصلحت و مفسده، تعارض، استحسان، مصالح مرسله و به‌ویژه در آرای معاصران از حنابل و سلفی‌ها در مباحث فقه الاولویات، فقه الموازنات و فقه الواقع. (ملهی الحجری، ۱۴۳۹ق: ۴۴)

خاستگاه تزاحم در اصول فقه امامیه مباحثی همچون اجتماع امرونی، دلالت نهی بر فساد و... است و به دلیل آنکه در مورد آن پژوهش‌های فراوانی صورت گرفته، از تکرار آن پرهیز می‌کنیم؛ اما چون در مورد خاستگاه بحث تزاحم و مرجحات آن در اصول فقه و فقه اهل تسنن پژوهشی صورت نگرفته، دو خاستگاه مهم آن بیان می‌شود:

۱-۴-۱- فقه الاولویات

این اصطلاح بین قدمای اصولی اهل تسنن رایج نیست؛ ولی در بین معاصران آن‌ها این واژه رایج است. قرضای در تعریف آن می‌گوید: «قراردادن هر شیء اعم از احکام و اعمال در مرتبه خودش به صورت عادلانه، پس آنچه اولویت دارد مقدم می‌شود»؛ (قرضای،

۱۴۱۶ق: ۹) اهل تسنن معاصر در این زمینه کتاب‌های مفصلی نگاشته‌اند.

البته در فقه الاولویات، تمام آنچه به‌نوعی در معارف اهمیت بیشتری دارد، به‌ترتیب اولویت بیان می‌شود؛ اعم از اینکه دارای دو طرف باشد و نزاعی در میان باشد، یعنی مباحث مربوط به «تعدل و ترجیح» و در اصطلاح، تعارض ادله، یا جایی باشد که دو تکلیف در مقام امثال با هم تراحم کنند و یا اینکه یک‌طرفی باشد و نزاعی در بین نباشد.

۱-۴-۲- فقه الموازات

این اصطلاح نیز در بین قدما رایج نبوده است؛ به‌عنوان نمونه برخی چنین می‌گویند: «چنین اصطلاحی را در بین متقدمین از علمای اصول نیافتم؛ بلکه معنای آن از لابه‌لای کلام ایشان در بحث تعارض و ترجیح بین مصالح و مفاسد دیده می‌شود؛ مانند عبارت جوینی و دیگران.» (ملهی الحجری، ۱۴۳۹ق: ۲۶)

در میان تعاریفی که برای فقه الموازات، ذکر شده، به نظر می‌رسد این تعریف کامل‌تر باشد: «علم به احکام شرعی‌ای است که مصالح و مفاسد متعارض و متراحم، به‌جهت تقدیم راجح از آن دو موردسنجش قرار می‌گیرند.» (ملهی الحجری، ۱۴۳۹ق: ۲۷) در فقه الموازات نیز تمام سنجه‌ها و ملاک‌هایی که در سنجش بین دو حکم، موجب امتیاز یکی از طرف‌ها می‌شود، چه بحث تعارض ادله و چه بحث تراحم اصطلاحی، مطرح شده است. پس از بیان کلیات که در آن مفهوم تراحم در اصول فقه فریقین و خاستگاه تراحم در اصول فقه اهل تسنن و ارسی شد، اصل موضوع این تحقیق در ضمن دو مطلب نگاشته می‌شود.

۲- سنجه‌های کشف اهمیت

پیش از پرداختن به اصل بحث، این تذکر ضروری به نظر می‌رسد که مراد از مسائل اصولی دخیل در کشف اهمیت، نفس مرجحات باب تراحم نیست؛ چراکه مرجحات باب تراحم بنا بر مشهور عبارت است از: تقدیم واجب بدون بدل بر بدل دار، تقدیم واجب مضیق بر موسع، تقدیم واجبی که مشروط به قدرت عقلی باشد بر واجبی که مشروط به قدرت شرعی است و تقدیم اهم بر مهم؛ پس مراد از مباحثی که در ادامه خواهد آمد فقط مربوط به

مرجح اهم و مهم است و همچنين مباحثي است که در اصول فقه فریقین برای کشف اهميت یکی از دو یا چند حکم متزاحم به آن پرداخته شده است؛ نه اینکه ادعای نگارنده این باشد که موارد زیر باید جزء مرجحات باب تزاحم به شمار آیند؛ بنابراین مرجح، همان «تقديم اهم بر مهم» است و مواردی که ذکر خواهد شد، فقط کاشف اهميت یا اولويت یکی از اطراف تزاحم است.

۲-۱- قاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»

مصلحت یعنی آنچه با مقاصد انسان در امور دنیوی، یا اخروی و یا هر دو، موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت و یا دفع ضرر است. (حلی (محقق)، بی تا: ۲۲۱؛ قمی، ۱۳۷۸: ۹۲/۲) در مورد جایگاه مصلحت در اصول فقه امامیه باید گفت که «معلل بودن شریعت به مصالح»، امری مورد توافق فقهای متقدم و متأخر امامیه است. (عاملی (شهید اول)، ۱۴۰۰ق: ۱۳۸/۲؛ نائینی، بی تا: ۳۶)

علمای فریقین در تعریف این قاعده، این گونه نگاشته‌اند: هرگاه نزد مکلف، مفسده و مصلحت در امری از امور دینی یا دنیایی تعارض کرد، اصل در حق مکلف، دفع مفسده است؛ زیرا دفع مفسده مهم‌تر از جلب منفعت است. (علی دوست، ۱۳۸۸: ۵۱۹؛ ابن نجیم، ۱۴۱۳ق: ۹۹)

فقهای امامیه به این قاعده در آثار خویش پرداخته‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۲۵ق: ۶۵/۲؛ خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۲۷۷؛ حکیم، ۱۴۲۹ق: ۱۳۹) و همچنین در کتب اهل تسنن نیز به این قاعده پرداخته شده است. (سبکی، ۱۴۱۱ق: ۱۰۵/۱؛ زرقاء، ۱۴۲۰ق: ۵۹۴/۲) هر چند امامیه بر این باورند که این قاعده کلیت ندارد؛ زیرا چه بسا عقلاً جلب مصلحت زیاد را بر دفع مفسده اندک، مقدم بدانند؛ (حکیم، ۱۴۱۳ق: ۵۴۴) اما به طور کلی در مبحث تزاحم و مرجح اولویت و اهميت، از این مسئله بهره‌ها جسته‌اند. (فاضل مقداد، ۱۴۰۳ق: ۴۹۳؛ خمینی، ۱۳۹۰ق: ۴۴۸/۱ و ۱۳۷۸: ۴۵۲/۲۰)

این مسئله همچنین در آثار اهل تسنن، جایگاه بسیار مهمی دارد؛ تا جایی که فنوحی حنبلی می‌گوید:

«کاربرد این قاعده در فقه حدوحصر ندارد و چه بسا نصف فقه را در بر بگیرد؛ زیرا احکام یا برای جلب منافع است یا دفع مفاسد؛ بنابراین حفظ ضروریات پنج گانه (دین، نفس، عقل، نسب و مال) در این قاعده داخل می شود؛ زیرا محل اعمال این قاعده در تعارض مصالح و مفاسد است؛ بنابراین قاعده مشتمل بر مقاصد شریعت و در حمایت از مصالح خلق و دفع ضرر از ایشان است و از این رو در فقه مقاصد، از اهمیت ویژه ای برخوردار است.» (فتوحی حنبلی، ۱۴۰۰ق: ۴/۴۴۳)

نگارنده بر این باور است که اشتراکات فراوانی بین دو مبحث مقاصد شریعت و مصلحت در مبانی اهل تسنن وجود دارد. از طرفی با توجه به کلیت نداشتن این قاعده می بایست هر مورد جدا سنجیده شده و به وسیله دیگر راه های کشف اهمیت، ارزیابی شود. مطلب دیگر، جایگاه تشخیص این مصلحت سنجی ها است که آیا بر طبق مبانی صحیح شرعی و بدون دخالت آرای بشری و هوای نفسانی نتیجه گیری می شود، یا اینکه وسیله برای هدف، توجیه می شود. در مورد ارتباط قاعده یاد شده و کاشفیت اهم نیز باید گفت: فارغ از اختلاف نظری که در مورد کلیت نداشتن این قاعده وجود دارد، به صورت موردی می توان ادعا کرد که در برخی موارد تراحم، این قاعده اقتضا دارد که از یکی از اطراف تراحم، کشف اهمیت کند.

۲-۲- مصالح مرسله

علمای فریقین مصالح مرسله را این گونه تعریف کرده اند: امور حافظ مقاصد مهم شرع و فاقد نص شرعی بر اعتبار آن ها را «مصالح مرسله» و استنباط حکم شرعی از طریق این مصالح را «استصلاح» گویند. (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۸ق: ۳۸۱؛ غزالی، ۱۴۱۳ق: ۱/۴۱۶)

آنچه در اینجا مورد نظر است، مصالح ضروری و ارتباط احتمالی آن با قاعده اهم و مهم است. برای مصالح مرسله ضروری، جنگی را مثال زده اند که کفار، گروهی از مسلمانان اسیر را سپر خود می کنند و در صورت هدف قرار دادن آن ها، تمام مسلمانان کشته خواهند شد. در اینجا مصلحت قطعی و کلی که مربوط به همه مسلمانان است، اقتضا می کند که آن اسیران مسلمان کشته شوند. البته اعتبار این مصلحت از جانب شارع مقدس معلوم و مسلم

نیست؛ چون قتل مسلمان بی گناه در شرع معهود نیست؛ الغای آن از سوی شارع نیز محرز نیست. (آمدی، ۱۴۰۰ق: ۱۹۵/۴) در اینجا بعید نیست از باب دفع افسد به فاسد و ترجیح اهم بر مهم، عمل مذکور صحیح باشد؛ البته در این صورت به عقل یا سنت باز خواهد گشت و از این جهت، مصالح مرسله دلیل مستقلى برای استنباط حکم شرعی محسوب نخواهد شد.

۲-۳- مقاصد شریعت

مقاصد ضروری شریعت را در پنج چیز خلاصه کرده‌اند: حفظ دین، حفظ جان، حفظ عقل، حفظ نسب و حفظ مال؛ (کمالی، ۱۴۲۱ق: ۱۴۵) البته برخی حفظ عرض و آبروی مسلمان را نیز اضافه کرده و آن را بر حفظ مال مقدم می‌دانند. (اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق: ۴۷/۱) حال برخی، حفظ نسب را به معنای حفظ ناموس تأویل کرده‌اند (غزالی، ۱۴۱۷ق: ۱۷۴) و برخی حفظ عرض را اضافه نموده‌اند؛ در نتیجه مقاصد در نزد ایشان ۶ مورد است. (قرافی، ۱۴۲۰ق: ۱۷۰/۴)

این مسئله در کلمات بسیاری از بزرگان فقهای امامیه، از قدما و معاصران نیز دیده می‌شود (عاملی (شهید اول)، ۱۴۰۰ق: ۳۶/۱؛ احسائی، ۱۴۱۰ق: ۴۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۹ق: ۴۳۴/۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق: ۱۵/۱؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۴ق: ۹۳؛ بروجردی، ۱۴۲۷ق: ۹/۱ و ۱۶) و ایشان همچنین جایگاه ویژه‌ای برای حفظ آبروی مؤمن در مباحث فقهی قائل‌اند. (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق: ۴۳۲/۴ و ۴۵۰؛ اردبیلی (مقدس)، ۱۴۰۳ق: ۵۰۱/۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۶۵۳/۴۱) واضح است که یکی از ثمرات مهم بحث مقاصد شریعت، تعیین تکلیف و تشخیص مرجع اهم برای برون‌رفت از تراحم است. از طرفی رابطه تنگاتنگی بین مبحث مقاصد و مصلحت و «مذاق الشریعه» وجود دارد.

به نظر می‌رسد دلیل اینکه اهل تسنن زودتر سراغ نگاه مقاصدی به احکام رفته‌اند، از طرفی فقدان نصوص بوده است و از طرفی چون قیاس را حجت می‌دانسته‌اند و قیاس هم آرای بشری است، بنابراین، هم با تعارضات فراوانی در ادله مواجه شده‌اند و هم در مقام تراحم به‌ناچار برای برون‌رفت از آن زودتر درب نگاه مقاصدی را گشوده‌اند.

۲-۴- مذاق شریعت

با آنکه مذاق شریعت اصطلاحی جدید است، ولی پیشینه آن در کلام بزرگان دیده می‌شود. مرحوم کاشف‌الغطاء در توضیح آن می‌فرماید: «مذاق شرع، فهم و درک جدیدی است که فقیه با بهره‌گیری از ذوق سلیم و درک منضبط، پس از جست‌وجو در مجموع ادله، به آن دست می‌یابد.» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱/۱۸۷)

یکی از کاربردهای مهم این مسئله در تشخیص اهم در مرجح اهم و مهم است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ۵۰۶) و در بعضی مسائل، به‌ویژه مسائل مستحدثه که ممکن است نصوص خاصی درمورد آن وجود نداشته باشد و فقیه در ارزیابی آن به تراحم بر بخورد، یکی از راه‌هایی است که می‌توان با آن، کشف اهمیت نمود. دیگر اینکه از مذاق شریعت می‌توان برای تعیین اصلح و افسد، بهره جست و در واقع مذاق شریعت، مکمل قاعده «درء المفسده اولی من جلب المنفعه»، دفع افسد به فاسد و تشخیص مصلحت نظام و مقاصد شریعت است. به‌عنوان مثال، مرحوم آقا ضیاء عراقی در تراحم فردی که در مکان غضبی، نماز بر او واجب شده است، مفسده غضب را قوی‌تر از مصلحت نماز یافته‌اند و آن را مستند به مذاق شارع نموده (عراقی، ۱۴۱۷ق: ۲/۴۳۴) و امام خمینی نیز در کتاب البیع این فرع فقهی را می‌آورند: «در شرع مقدس فروش قرآن به کفار به جهت تسلط آن‌ها بر مصحف و مس آن حرام است... اما چون مذاق شریعت مقدسه، لزوم تبلیغ دین اسلام و گسترش احکام و لزوم هدایت مردم است، بنابراین در تراحم بین این دو حکم، این مصالح مذکور از مفسده احتمال مس قرآن توسط کفار، قوی‌تر و اقوی است.» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲/۷۲۶)

۲-۵- مناسبت حکم و موضوع

مناط‌ها، روابط و مناسبت‌هایی است که در دید عرف میان هر حکم و موضوع آن وجود دارد. این مناسبت‌ها در گذار زندگی، در ذهن اهل عرف جامعه‌ای خاص رسوخ کرده است؛ به گونه‌ای که به‌عنوان دلیلی شرعی و لفظی، گاهی سبب تخصیص و گاهی سبب تعمیم حکم می‌شود. (صدر، ۱۴۱۷ق: ۱/۲۵۷)

این مناسبت، یکی از راه‌های کشف اولویت در موارد تراحم است؛ (مظفر، ۱۴۳۰ق:

۲۱۹/۳) به عنوان نمونه شهید صدر این مثال را برای تشخیص اهم به وسیله بحث مناسبت حکم و موضوع آورده است:

«در تراحم بین حرمت غضب و حفظ نفس محترمه با توجه به مناسبت حکم و موضوع، اهم بودن و اولویت حفظ نفس محترمه برداشت می شود، گرچه حفظ نفس محترمه موجب تلف مال غیر یا تصرف در مال غیر گردد؛ زیرا این مطلب از لحاظ عرفی و عقلایی ثابت است که ملاک حفظ مال و عدم جواز تصرف غیر در آن بدون اذن صاحبش، از شئون و توابع احترام غیر و مال غیر است؛ بنابراین معقول نیست که این احترام مال غیر با حفظ اصل وجود و نفس انسان دیگر بتواند مزاحمت ایجاد کند و عرف و عقلا اهمیت حفظ نفس محترمه را بیشتر می دانند.» (صدر، ۱۴۱۷ق: ۹۸/۷)

در آرای اهل تسنن نیز مناسبت مسلکی از مسالک علت به شمار می رود که در واقع یکی از اقسام قیاس بوده و در تشریع حکم و مصلحت دخیل است (غزالی، ۱۴۱۷ق: ۳۱۱) و می تواند یکی از راه های برون رفت در تراحم بین احکام باشد.

نگارنده بر این باور است که مناسبت مسلکی فارغ از اینکه نزد امامیه فاقد حجیت است، اما از جهتی با بحث مناسبت حکم و موضوع، شباهت دارد؛ البته تفاوت هایی دقیق و علمی بین این دو وجود دارد که برخی از محققان معاصر به این تفاوت ها پرداخته اند. (علی شاهی قلعه جوئی، ۱۳۹۱: ۶۷)

۲-۶- تنقیح مناط

علمای فریقین «تنقیح مناط» را این گونه تعریف نموده اند: در اصطلاح وصفی است که حکم از نظر وجود و عدم به آن وابسته است و چون معمولاً حکم به علت منوط است، به آن مناط گویند؛ بنابراین تنقیح مناط همان تعیین علت است. (حلی (محقق)، ۱۳۶۴: ۱۲۵/۲؛ شبلی، بی تا: ۲۲۱؛ شوکانی، ۱۴۱۲ق: ۲۲۱/۷)

البته تعریف تنقیح مناط در بین امامیه متفاوت است. شهید ثانی می فرماید: «تنقیح مناط عبارت است از راه یابی به متعلق حقیقی حکم و تبیین و استخراج آن از درون نصوص و

تعبیرات ظاهری، به کمک نصوص.» (عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۶۰: ۲۲۴/۱)

نگارنده بر این باور است که مسئله تنقیح مناط یا الغای خصوصیت، در مسئله تراحم و تشخیص اهم، از دو راه به فقیه یاری می‌رساند: الف) تشخیص علت و ملاک احکام؛ ب) تشخیص موضوع؛ زیرا یکی از موارد پر کاربرد تنقیح مناط، مسائل فقهی نوپیدا و مستحدثه است و گاهی آن مسئله مستحدثه از موارد تراحم است؛ بنابراین الغای خصوصیت، برای تشخیص موضوع به فقیه کمک می‌کند.

بنابراین تراحم در مسائل مستحدثه و نوپیدا، اقتضائات زمان و مکان، و فقه‌الواقع در فقه اهل تسنن، کاربرد فراوانی دارد؛ اما باید توجه کرد که این تنقیح ملاک و علت، قطعی و منصوص یا «منصوص‌العله» باشد؛ زیرا اگر ظنی باشد، وارد مقوله قیاس خواهد شد که موردنهی روایات معصومان (علیهم‌السلام) و فقهای امامیه است.

برای تبیین نقش تنقیح مناط در کشف اهمیت، نمونه‌ای ذکر می‌شود:

«در بحث قواعد فقهی ناظر بر تکثیر موالید و کنترل جمعیت، در تراحم بین فرزندآوری بانوان با مشاغل اجتماعی ایشان، برخی برای اولویت داشتن و اهم بودن شأن مادری و تولید و تکثیر نسل مادران، از راه تنقیح مناط دلیل آورده‌اند؛ به این بیان که: مسئله حفظ نسل که از فروعات حفظ نفس است، به‌عنوان مناط اصلی است؛ از این رو، نسل جامعه باید باقی و سالم بمانند و آیندگان باید مصونیت جانی و روانی داشته باشند. در این رابطه هرآنچه به سلامت نسل لطمه زند، از جمله عقیم‌سازی، مذموم است. به این ترتیب از آنجا که محور تنقیح مناط، بحث علت است و محور الغای خصوصیت، موضوع حکم است، می‌گوییم: در مسئله حفظ نسل به‌عنوان یکی از مقاصد شریعت توسط دو ابزار عقل و عرف از طریق تنقیح مناط، یعنی با منفتح کردن و پاک کردن علت حکم، چنین استنباط می‌شود که در هر شرایطی حفظ نسل، اهم است.» (مظاهری و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۳۶)

۲-۷- قیاس اولویت

عموم فقها و اصولیان امامیه، قیاس تشبیه و تمثیل را نپذیرفته‌اند، ولی قیاس منصوص العله و قیاس اولویت را قبول کرده‌اند. قیاس مستنبط العله نیز از سوی اندیشمندان اصولی پذیرفته نشده است. (جناتی، ۱۳۷۰: ۲۶۵ و ۲۶۹ و ۳۰۲؛ نملة حنبلی، ۱۴۲۰ق: ۴/۱۹۲۱) در قیاس اولویت، چنانچه دو شرط «سنخیت حکم» و «اقوی بودن ملاک» محقق باشد و بتوان صورت‌هایی را فرض کرد که تزامم اصطلاحی رخ داده باشد، مثلاً فرد ناگزیر از یکی از دو حالت «أف گفتن» یا آزار دادن والدین باشد، در این صورت قاعده اهم و مهم به معنای اصطلاحی به جریان می‌افتد و أف گفتن اولویت می‌یابد. در اینجا اولویت نه به معنای لغوی (صرف برگزیدن یکی از دو طرف)، بلکه به معنای اصطلاحی (برگزیدن یکی از دو حکم متزامم در مقام عمل) است. (خادمی، ۱۳۹۷: ۲۱۵)

۲-۸- استحسان

استحسان به معنای خارج شدن از مدلول دلیل کلی به واسطه وجود مصالح موردی و جزئی است. به این دلیل که گاهی احکام حاصل از ادله عقلی و قیاس، خشک و انعطاف‌ناپذیر است، به طوری که عمل به آن باعث بروز مفاسدی می‌شود و با تمسک به استحسان، این نتایج تلطیف و به مصلحت تبدیل می‌شود. (ولائی، ۱۳۸۷: ۵۷) اگر معنای استحسان را «اخذ به اقوی الدلیلین» بگیریم، خود استحسان یکی از مرجحات تزامم خواهد بود. (حکیم، ۱۴۱۸: ۳۶۳)

فارغ از اینکه استحسان را یکی از منابع مستقل اجتهاد بدانیم یا نه، آنچه در بحث استحسان به عنوان مبنای قاعده اهم و مهم می‌تواند مطرح باشد و در پیشامدها و مسائل مستحدثه به ما یاری رساند، استحسان به ضرورت و مصلحت است؛ یعنی «ترک عمل به دلیل» یا قیاس خاص و «عمل به دلیل» یا قیاس قوی‌تر در مقام تزامم، به جهت مصلحت یا به اقتضای ضرورت. البته در این صورت، به نظر می‌آید که دیگر دلیل مستقلی به نام استحسان نخواهیم داشت؛ بلکه مستند به ضرورت و مصلحت خواهد بود. همچنین اگر استحسان را به دلایلی دیگر، چون اجماع یا عرف و عادت، قبول داشته باشیم، با توجه به اینکه دلایل مذکور دلایل مستقلی

هستند، با وجود آن‌ها نیازی به استحسان نخواهد بود. (خادمی، ۱۳۹۷: ۲۰۱)

نگارنده بر این باور است که استحسان در بحث اهم و مهم، با مبانی امامیه شباهت دارد؛ از جهت توجه به عرف و مصلحت‌سنجی که اگر مراد این باشد، وارد بحث مصلحت و مفسده می‌شود؛ ولی نکته اینجاست که در استحسان، خروج از مدلول دلیل مطرح است، حال اگر دلیل، نص باشد، «اجتهاد در مقابل نص» خواهد بود که مورد قبول امامیه نیست.

۲-۹- سد ذرایع

اصطلاح «سد ذرایع»، یعنی ممانعت از هر کاری که به‌طور طبیعی مفسده‌ای را به دنبال دارد. (نملة حنبلی، ۱۴۲۰ق: ۱۰۱۷/۳) بیشتر دانشمندان اهل تسنن به استناد اصل سد ذرایع، هر عملی را که مقدمه حرام باشد، ممنوع می‌دانند. (نملة حنبلی، ۱۴۲۰ق: ۱۰۱۶/۳) هر ذریعه پیش از مقدمه شدن، دارای حکمی از جنس وجوب یا حرمت بوده است؛ اما پس از ذریعه و مقدمه شدن، حکم دیگری (از باب مقدمه بودن) بر آن بار می‌شود که در مقابل حکم قبلی است. در این حالت، مکلف با تراحم احکام در مقام امتثال مواجه می‌شود و چون قابل جمع نیستند، باید بر اساس شناخت ملاک‌های اهمیت، یکی از دو حکم را برگزیند.

برای مثال، ورود به منزل دیگری بدون اذن جایز نیست؛ اما چنانچه شخصی در آتش سوزی منزلش گرفتار شود و تنها راه نجاتش ورود به منزل دیگری باشد، از باب مقدمه واجب، ورود بدون اذن حتی واجب می‌شود. این حکم با حکم حرمت پیشین تراحم پیدا می‌کند و بدیهی است که با تقدیم اهم بر مهم، در مقام عمل بر آن رجحان می‌یابد. (خادمی، ۱۳۹۷: ۲۱۵)

نگارنده بر این باور است که مصداق دیگری را هم می‌توان ذکر کرد که به مبانی امامیه نزدیک است: طبق تعریف، سد ذرایع به معنای بستن راهی است که به‌صورت طبیعی منجر به مفسده شود و باید جایی را در نظر گرفت که احتمال ورود به مفسده وجود دارد؛ به‌عنوان مثال، «اصلاح ذات‌البین» در میان اقوام بر شخصی واجب شده و ناگزیر باید دخالت کند و از طرفی نیز احتمال عقلایی می‌دهد که با این دخالت او ممکن است خون یا عرض و ناموس مسلمانی به خطر بیفتد؛ به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت زیاد «دعاء، عرض و مال مؤمن» و سفارش فقها به احتیاط در این سه گزاره، می‌بایستی احتیاط کرده و راه مفسده را ببندد.

به عبارتی، مکلف نباید در این نزاع ورود پیدا کند و وجوب اصلاح ذات‌البین به دلیل اولویت احتیاط در خون مسلمان و مؤمن، از گردن او ساقط می‌شود. البته این احتیاطی که امامیه در بحث دماء مؤمن به آن قائل‌اند، به دلیل نصوص است و دایره‌اش محدود است؛ ولی سد ذرایع پشتوانه حجیت ندارد.

۲-۱۰- اقتضائات زمان و مکان

تحولات زمان و مکان مورد توجه امامیه است و یکی از کاربردهای آن در تراجم بین احکام و حقوق است. این بحث در مبانی امامیه، به‌ویژه معاصران، در مباحث موضوع‌شناسی مسائل مستحدثه و نوپیدا مطرح است. در نظرات اهل تسنن نیز «فقه الواقع» یا «فقه النوازل» یا «فقه الأحداث» پدیده‌ای نوظهور است که در بین معاصران اهل تسنن رواج دارد؛ مثل فقه‌الاولویات و فقه‌الموازانات که اصطلاحی گرفته‌شده از کلمات متقدمان است.

در تعریف آن گفته شده است: «آنچه در زندگی بشر جریان پیدا می‌کند از پدیده‌های مختلف، چه مسائل مربوط به معیشت، عادت‌ها و تقلیدها، چه آن پدیده‌هایی که به صورت جدید و مستحدثات برای بشر اتفاق می‌افتد». (بوعود، ۲۰۰۶: ۲) به عبارتی علم به تمام جوانب موضوعات مسائل، با توجه به علم روز و تغییر زمان و مکان.

در موازنه بین دو حکم متراحم با نگرش فقه مقاصدی و فقه‌الواقع و فقه پویا بایستی توجه داشت که این نگرش منجر به ایجاد فقه جدید و دین جدید و بدعت نشود. (علی‌دوست، ۱۳۸۴: ۴۱؛ البانی، ۲۰۰۶: ۲۴) در واقع آنچه در برخی موارد موجب کشف اولویت در بین دو حکم می‌شود، توجه به اقتضائات زمان و مکان است که بسیار نزدیک به مناسبت حکم و موضوع و مباحث تشخیص مصلحت است و فقه‌الواقع یا فقه پویا خاستگاه آن در مباحث فقهی است.

نگارنده بر این باور است که می‌توان مسائل دخیل در کشف اولویت را این‌گونه جمع‌بندی کرد: برخی از موارد ریشه در نصوص دارد و حجیت آن عقلی، عقلایی، نقلی قطعی و نیز از بخشی یا از مجموعه معارف دین است؛ مانند: مقاصد الشریعه، مذاق شریعت، مصلحت‌سنجی و قیاس منصوص‌العله. برخی از موارد نیز ظنی و به آرای بشری و شخصی

متکی است؛ مانند: استحسان، سد ذرایع و مناسبت مسلکی (قیاس مردود). برخی موارد هم مباحث عقلایی و ارتکازی است که به‌ویژه برای تشخیص موضوعات و مصادیق و مسائل مستحدثه در موارد تراحم و تشخیص اهم، فقیه یا مکلف را یاری می‌رساند؛ مانند: فقه‌الواقع یا توجه به اقتضائات زمان و مکان و نیز مناسبت حکم و موضوع.

۳- تطبیقات فقهی

حال در اینجا به‌غیر از تطبیقات فقهی که در بعضی از موارد بالا یادآوری شد، به برخی از تطبیقات فقهی مرجح تقدیم اهم بر مهم در منابع فریقین، جهت نمونه اشاره می‌شود:

۳-۱- تراحم حفظ نظام با حقوق اشخاص

در برخی موارد ممکن است بین حقوق اشخاص با حق حاکمیت، یا حقوق عمومی و اجتماعی با حفظ نظام اسلامی، تراحم به وجود آید؛ کدام یک ترجیح دارد و مقدم است؟ در واکاوی این مسئله و رسیدن به اقوال فقهای امامیه، نکته‌ای اساسی باید ملاحظه شود که «وجود موضوع» برای این بحث است؛ یعنی در اعصار گذشته به‌دلیل اینکه موقعیتی برای تشکیل نظام اسلامی نبوده و طبعاً نظامی وجود نداشته است، چنین فرع فقهی در بین آرای مشهور فقها به‌صورت گسترده و دقیق و مستقل مطرح نبوده است؛ هرچند در لابه‌لای کلمات فقهای بزرگ در این زمینه مطالبی ذکر شده است. (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۳ق: ۲۸۷/۴؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۱ق: ۷۹/۲؛ نائینی، ۱۴۱۹ق: ۳۹ و ۸۱؛ حائری، ۱۴۱۵ق: ۱۵؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ۹۹)

در عصر حاضر، امام‌خمینی مصلحت حفظ نظام اسلامی را قاعده‌زیربنایی در فقه حکومتی و سیاسی اسلام مطرح کرده‌اند که به‌عنوان واجبی عقلی و ضرورتی شرعی نیازی به دلیل ندارد؛ از این رو حفظ دین و نظام اسلامی از روشن‌ترین مصادیق «مالایرضی الشارح» بترکه است؛ یعنی آنچه شارع مقدس راضی به ترک آن نیست؛ بنابراین در تراحم آن با دیگر واجبات و حقوق حفظ اسلام، «بیضه اسلام» و «نظام اسلامی» مقدم است. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۴۶/۲)

به‌عنوان مثال: اگر مصلحت حفظ نظام و امنیت ملی و عمومی در مواردی اقتضا کند که از برخی افراد شنود صورت گیرد، هرچند اصل این عمل از باب تجاوز به حریم خصوصی افراد و تجسس حرام است، ولی به دلیل اهمیت حفظ نظام (البته با رعایت ضوابط خاص و اصول اخلاقی) جایز خواهد بود. (ر.ک. طجری، ۱۳۹۲: ۲۱/۱۸؛ طالبی، ۱۳۹۶: ۱۱/۲)

البته در این مسئله برخی از اهل تسنن دچار افراط نیز هستند؛ یعنی حتی اطاعت از نظام و حکومتی که از راه غلبه به حکومت برسد و از ابتدا مخالف شریعت شکل گرفته باشد را لازم می‌دانند و در تراحم حقوق اشخاص با حکومتی که اصطلاحاً طاغوت باشد و یا حکومتی باشد که بر اساس شریعت بر سر کار آمده، اما بعداً دچار انحراف از مسیر شریعت شده، حکم حکومت و اطاعت از آن را مقدم می‌دانند. (قاضی ابی‌یعلی، ۱۳۸۰ق: ۱۱؛ باجوری، ۱۴۲۹ق: ۲۵۶/۲؛ قلقشندی، ۱۴۲۷ق: ۷۱/۱؛ غزالی، ۱۴۲۱ق: ۹۷؛ شمس‌الدین، ۱۴۲۰ق: ۱۱۷)

صحیح است که بر مبنای امامیه چنین حکومتی طاغوت و اطاعت از آن معصیت است، ولی نگارنده بر این باور است که اگر از افراط این قول صرف نظر کنیم، قدر متیقن آن این است که اگر نظامی اسلامی بر سر کار آید که بنای آن پیروی از شریعت مقدس باشد، طبق مبنای مشهور اهل تسنن نیز اطاعت از آن از مهم‌ترین واجبات است و طبعاً در صورت تراحم حق حفظ نظام و برخی حقوق اشخاص، حفظ نظام به دلیل مرجح تقدیم اهم بر مهم، ترجیح دارد.

۳-۲- سقط جنین

فقه‌های بزرگ امامیه در زمینه سقط جنین مباحث مفصلی را از گذشته مطرح کرده‌اند. (مفید، ۱۴۱۳ق: ۸۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷۲۹/۱؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق: ۴۴/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۳۷۶/۴) از منظر فقه شیعی، سقط جنین برای حفظ سلامتی جسمی و روانی مادر، قبل از دمیده شدن روح، تنها به استناد قاعده «نهی عسر و حرج» و قاعده «لاضرر» امکان‌پذیر است؛ آن‌هم در صورتی که بقای جنین مستلزم نقص عضو یا درد تحمل‌ناپذیری برای مادر باشد و زنده نگه داشتن جنین در خارج رحم نیز میسر نباشد. (خمینی، ۱۴۲۲ق: ۲۸۱/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ۴۳۶)

در واقع بین حفظ جان مادر و حفظ جنین، تراحم به وجود می آید و طبق قاعده اهم و مهم، حفظ جان مادر، اهم است و بعد از دمیده شدن روح، به دلیل اینکه این دو قاعده، در حق تمامی مکلفان است، نمی تواند به نفع مادر و ضرر جنین مورد استناد قرار گیرد. بعضی نظرات مذاهب اربعه اهل تسنن نیز مانند نظر فقهای امامیه است. (بغوی، ۱۴۱۸ق: ۱۱۷/۶؛ مرداوی، ۱۹۷۸: ۳۸۶/۱؛ جوینی (ابوالمعالی)، ۱۴۲۸ق: ۳۳۷/۱۴؛ بخاری، ۱۴۲۴ق: ۳۷۴/۵؛ رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق: ۱۷۹/۹؛ رعینی، ۱۴۱۲ق: ۴۷۷/۳)

۳-۳- کالبدشکافی، پیوند اعضا و اهدای عضو

در واکاوی و رسیدن به اقوال فقهای امامیه در این مسئله نیز باید «وجود موضوع» را در نظر گرفت؛ یعنی در اعصار گذشته، به دلیل نرسیدن علم پزشکی به این موفقیت، مسئله پیوند یا اهدای اعضای مردگان (تشریح و ترقیع) در منابع دسته اول فقهی فریقین مطرح نبوده است. در هر صورت دلیل عمده موافقان برداشت عضو از مردگان به منظور پیوند به بیماران مسلمان و نجات جان آنان، قاعده تراحم است.

یکی از این اقسام تراحم بین مقدمه و «ذی المقدمه»، در مواردی است که فعل حرامی مقدمه عمل واجبی باشد، یا عمل به امر واجبی مستلزم عمل حرامی باشد؛ مانند نجات نفس محترمه ای که از نارسایی قلبی رنج برده، در شرف مرگ است و تنها راه نجات او، برداشت قلب از بدن مرده مسلمان در دسترس است و می دانیم که قطع اعضای مردگان مسلمان، مغایر با احترام مسلمان و در حکم مثله و حرام است. با مراجعه به مرجحات باب تراحم، این نتیجه حاصل می شود که حکم با اهمیت بیشتر، بر حکم دیگر مقدم است و حفظ جان مسلمانان از اهم واجبات است. (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۳۳۷/۲۹؛ خوئی، ۱۴۲۷ق: خمینی، بی تا: ۶۲۴/۲؛ سیستانی، ۱۴۲۲ق: ۵۷۴؛ بحرانی، ۱۴۲۳ق: ۳۳)

در منابع اهل تسنن نیز، در بین معاصران ایشان، به ویژه در فقه جدید، (فقه النوازل) مفصل به این مسئله پرداخته شده است. (بعضی از طالبان علم، ۱۴۳۱ق: ۱/۲۵)

۳-۴- جواز عدم هم سانی جنسیتی پزشک و بیمار در ضرورت

در فقه امامیه یکی از احکام مورد اتفاق، رعایت و ملاحظه هم سانی پزشک و بیمار در جنسیت است. این حکم اولیه است؛ اما فقها در شرایط خاص و در نبود پزشک هم جنس،

با رعایت مسائلی که در کتب فقهی ذکر شده و البته تا جایی که مقدور باشد، حکم به عدم اشکال مراجعه به پزشک جنس مخالف داده‌اند. در بررسی حکم فقها، دلیلی که مطرح شده، اضطرار و ضرورت است. (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۱۶۱/۴؛ حلی (ابن‌ادریس)، ۱۴۱۰ق: ۶۰۸/۲؛ حلی (علامه)، ۱۳۸۸ق: ۵۷۳؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق: ۷/۳)

برخی از بزرگان نیز تصریح کرده‌اند که به دلیل دَوْران امر بین اهم و مهم و ترجیح اهم (حفظ جان و صحت)، این مورد از موارد استثنائیه حرمت نظر به نامحرم است. (خوئی، ۱۴۱۸ق: ۶۵/۳۲؛ اراکی، ۱۴۱۹ق: ۱۹)

علمای اهل تسنن نیز نگاه پزشک به جنس مخالف را در ضرورت جایز می‌دانند. (ابن حجر هیتمی، ۱۳۵۷ق: ۴۱۷/۵؛ بجیری مصری، ۱۳۶۹ق: ۹۷/۳؛ عینی، ۱۴۲۰ق: ۱۳۸/۱۲؛ ابومالک، ۲۰۰۳: ۴۷/۳)

نتیجه‌گیری

۱. شباهت‌ها و تفاوت‌ها بین نظرات فریقین، در مسائل دخیل در کشف اهمیت در مرجع اهم، عبارت است از: الف) از جهت عنوان: در موارد قاعده «درء المفسده اولی من جلب المنفعه»، «دفع افسد به فاسد»، «مقاصد شریعت»، (قدمای امامیه تعبیر به مقاصد الشریعه می‌کنند و برخی معاصران مثل شهید صدر، تعبیر به اهداف شریعت می‌کنند) «تنقیح مناط» و «قیاس اولویت»، شباهت وجود دارد. اهل تسنن به جای توجه به اقتضائات زمان و مکان و فقه نوپیدا و پویا، تعبیر به فقه‌الواقع کرده‌اند و به جای مناسبت حکم و موضوع، تعبیر به «مناسبت مسلکی» می‌کنند. ب) از حیث محتوا: میان عناوین مقاصد الشریعه و مصلحت و بین عناوین فقه‌الواقع، توجه به اقتضائات زمان و مکان و فقه پویا شباهت فراوانی است. از لحاظ محتوایی نیز یکی از تعاریفی که برای استحسان به کار برده شده، با بحث تراحم تطبیق دارد.

۲. در پایان از آنجا که تراحم حقوق یکی از بحث‌های مهم است، به‌ویژه به پژوهشگران در علم حقوق مصطلح، پیشنهاد می‌شود که در مورد تفاوت‌ها و شباهت‌های راه‌های برون‌رفت در تراحم حقوق در فقه اسلامی و حقوق بشر مصطلح، پژوهش دقیقی صورت دهند.

فهرست منابع

* قرآن کریم

١. ابن حجر هيثمي، احمد بن محمد، ١٣٥٧ق، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مصر: المكتبة التجارية الكبرى.
٢. ابن منظور، محمد بن مكرم، ١٤١٤ق، لسان العرب، ج٣، بيروت: دار الفكر - دارصادر.
٣. ابن نجيم مصري، زين الدين بن ابراهيم، ١٤١٣ق، الأشباه و النظائر، بيروت: دارالكتب العلمية.
٤. ابوالحسين، احمد بن فارس بن زكريا، ١٤٠٤ق، معجم مقائيس اللغة، قم: دفتر تبليغات اسلامي.
٥. أبو مالك، كمال بن السيد سالم، ٢٠٠٣، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، قاهره: المكتبة التوفيقية.
٦. احسايي، ابن ابي جمهور، محمد بن علي، ١٤١٠ق، الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية، قم: كتابخانه آيت الله مرعشي نجفي.
٧. احمد بن حنبل، ابو عبد الله أحمد بن محمد، ١٤١٩ق، مسند احمد بن حنبل، بيروت: عالم الكتاب.
٨. اراكي، محمد علي، ١٤١٩ق، كتاب النكاح، قم: نورنگار.
٩. اردبيلي (مقدس)، احمد بن محمد، ١٤٠٣ق، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الاذهان، قم: اسلامي.
١٠. اصفهاني، محمد حسين، ١٤٠٩ق، الإجارة، قم: اسلامي.
١١. الباني، محمد بن ناصر الدين، ٢٠٠٦، سؤال و جواب حول فقه الواقع، بي جا: مكتبة الاسلاميه.
١٢. انصاري، مرتضى بن محمد امين، ١٤١٦ق، فرائد الأصول، ج٥، قم: اسلامي.
١٣. آشتياني، ميرزا محمد حسين، ١٤٢٥ق، كتاب القضاء، قم: زهير-المؤتمر العلامة الآشتياني.

۱۴. آمدی، علی بن محمد، ۱۴۰۰ق، الإحكام فى اصول الأحكام، بيروت: دارالكتب العلمية.
۱۵. باجورى، ابراهيم بن محمد، ۱۴۲۹ق، حاشية الباجورى على شرح الغزى، رياض: دارالعصماء.
۱۶. بجيرمى المصرى، سليمان بن محمد، ۱۳۶۹ق، التجريد لنفع العبيد، بى جا: مطبعة الحلبي.
۱۷. بحر العلوم بروجرى، سيدمهدى، ۱۴۲۷ق، مصايح الأحكام، قم: ميثم التمار.
۱۸. بحراني، محمد، ۱۴۲۳ق، فقه الطب و التضخم النقدي، بيروت: ام القرى.
۱۹. بخارى ابن مازة، محمود بن احمد، ۱۴۲۴ق، المحيط البرهاني فى الفقه النعماني، بيروت: دارالكتب العلمية.
۲۰. بعضى از طالبان علم، ۱۴۳۱ق، بحوث لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، سعودى: مكتبة الشاملة.
۲۱. بغوى شافعى، محمد بن الفراء، ۱۴۱۸ق، التهذيب فى فقه الإمام الشافعى، بيروت: دارالكتب العلمية.
۲۲. بوعوه، احمد، ۲۰۲۰، فقه الواقع؛ اصول و ضوابط، ج ۲، مصر: دارالسلام.
۲۳. جناتى، محمد ابراهيم، ۱۳۷۰، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامى، تهران: كيهان.
۲۴. جوينى، أبوالمعالى، يوسف بن محمد، ۱۴۲۸ق، نهاية المطلب فى دراية المذهب، بى جا: دارالمنهاج.
۲۵. حائرى، سيد كاظم، ۱۴۱۵ق، القضاء فى الفقه الاسلامى، قم: مجمع الفكر الاسلامى.
۲۶. حكيم طباطبايى، سيد محمد تقى، ۱۴۱۸ق، اصول العامة فى الفقه المقارن، ج ۲، قم: مجمع جهانى اهل بيت (عليه السلام).
۲۷. حكيم، طباطبايى، محمد سعيد، ۱۴۱۴ق، المحكم فى اصول الفقه، قم: مؤسسة المنار.
۲۸. -----، ۱۴۲۹ق، قواعد العامة فى الفقه المقارن، تهران: مجمع تقريب مذاهب.

۲۹. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ق، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان.

۳۰. -----، بی تا، معارج الاصول، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).

۳۱. -----، ۱۳۶۴، المعبر فی شرح المختصر، قم: مؤسسه سیدالشهدا (علیه السلام).

۳۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۲۱ق، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة، قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).

۳۳. -----، ۱۳۸۸ق، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).

۳۴. -----، ۱۴۲۵ق، نهاية الوصول الی علم الاصول، قم: مؤسسه الامام الصادق.

۳۵. حلی (فخرالمحققین)، محمد بن الحسن، ۱۳۸۷ق، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: اسماعیلیان.

۳۶. حلی (ابن ادريس)، محمد بن منصور، ۱۴۱۰ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: اسلامی.

۳۷. حلی (فاضل)، مقداد بن عبدالله سیوری، ۱۴۰۴ق، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

۳۸. خادمی، مریم، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، «ارزیابی مقایسه ای ادله و مبانی مذاهب پنج گانه فقهی در باب قاعدة اهم و مهم»، پژوهش نامه مذاهب اسلامی، س ۵، ش ۱۰.

۳۹. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم بن حسین، ۱۴۰۹ق، کفایة الاصول، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).

۴۰. خمینی (امام)، سیدروح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، قم: اسلامی.

۴۱. -----، ۱۹۸۶، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۴۲. -----، ۱۴۲۲ق، استفتائات، ج ۵، قم: اسلامی.

۴۳. خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۸ق، موسوعة الإمام الخوئی، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.

۴۴. _____، ۱۴۲۷ق، فقه الاعذار الشرعية و المسائل الطیبة (المحشی)، قم:

دارالصدیقة الشهیدة (ع)

۴۵. _____، ۱۴۲۸ق، غایة المأمول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

۴۶. رافعی قزوینی، محمد بن عبدالکریم، ۱۴۱۷ق، العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الکبیر، بیروت: دار الکتب العلمیة.

۴۷. رشتی، میرزا حبیب الله، ۱۳۱۱ق، الإجارة، بی جا.

۴۸. رعینی مالکی، محمد بن عبدالرحمن، ۱۴۱۲ق، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، بی جا: دارالفکر.

۴۹. زرقاء، مصطفی احمد، ۱۴۲۰ق، المدخل الی نظریة الالتزام العامة فی الفقه الاسلامی، دمشق: دارالقلم.

۵۰. سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ق، مهذب الاحکام فی الحلال و الحرام، ج ۴، قم: موسسة المنار.

۵۱. سبکی، تاج الدین بن علی، ۱۴۱۱ق، الأشباه و النظائر، بیروت: دارالکتب العلمیة.

۵۲. سیستانی، سید علی، ۱۴۲۲ق، مسائل المنتخبة، قم: دفتر آیت الله سیستانی.

۵۳. شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادريس، ۱۴۲۲ق، الأم، قاهره: دارالوفاء.

۵۴. شبلی، محمد مصطفی، بی تا، اصول الفقه الاسلامی، بیروت: دارالهدنة.

۵۵. شمس الدین، محمد مهدی، ۱۴۲۰ق، نظام الحکم و الادارة فی الإسلام، بیروت: موسسة الدولية.

۵۶. شوکانی، محمد، ۱۴۱۲ق، إرشاد الفحول، بی جا: موسسة الکتب الثقافیة.

۵۷. صدر (شهید)، سید محمد باقر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، بیروت: دارالاسلامیة.

۵۸. _____، ۱۳۶۱، الإسلام یقود الاحیاء، قم: مرکز الدراسات للشهید صدر.

۵۹. طالبی، علی نقی و صادق محمدپور و ولی محمدی، ۱۳ دی ۱۳۹۶، «تراحم اهم و

مهم در فعالیت های اطلاعاتی»، راسخون: rasekhoon.net.

۶۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۹ق، العروة الوثقی، قم: اسلامی.

۶۱. طجری، علی بهرام، پاییز ۱۳۹۴، «نقش قاعده اهم و مهم در حل تراجمات اخلاق امنیتی»، معرفت اخلاقی، س ۶، ش ۲.
۶۲. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم: اسلامی.
۶۳. -----، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی الفقه الامامیة، ج ۳، تهران: مکتبة المرتضویة لاحیاء آثار الجعفریة (علیه السلام).
۶۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۳۶۰، الروضة البهیة، تهران: علمیه اسلامیة.
۶۵. -----، ۱۴۱۴ق، حاشیة الإرشاد، قم: اسلامی.
۶۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، بی تا، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید.
۶۷. -----، ۱۴۱۴ق، الدروس الشرعیة فی الفقه الامامیة، ج ۲، قم: اسلامی.
۶۸. عراقی (آقا ضیاء)، ضیاء الدین، ۱۴۱۷ق، نهاية الأفكار، ج ۳، قم: اسلامی.
۶۹. علی شاهی قلعه جوئی، ابوالفضل، زمستان ۱۳۹۱، «مناسبت حکم و موضوع؛ کارکردها و سازوکارهای تشخیص در بیان فقیهان»، مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۴، ش ۹۱.
۷۰. عینی، احمد بن حسین، ۱۴۲۰ق، البناية شرح الهدایة، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۷۱. علی دوست، ابوالقاسم، ۱۳۸۸، فقه و مصلحت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۷۲. غزالی، محمد بن محمد، ۱۴۱۷ق، المستصفی فی علم الأصول، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۷۳. -----، ۱۴۲۱ق، الإقتصاد فی الاعتقاد، بیروت: دارالمکتبة الحلال.
۷۴. فتوحی حنبلی، ابن النجار، ۱۴۰۰ق، شرح الکوکب المنیر، دمشق: دارالفکر.
۷۵. قاضی ابی یعلی، محمد بن حسین، ۱۴۱۴ق، الأحکام السلطانیة، بیروت: دارالفکر.
۷۶. قحطانی، مسفر بن علی بن محمد، جمادی الثانی ۱۴۲۵ق، «فقه الأولویات أهمیته و ضوابطه فی الشریعة الاسلامیة»، الحکمة، ۲۹.

۷۷. قرافی، احمد بن ادريس، ۱۴۲۰ق، نفائس الاصول في شرح المحصول، بيروت: المكتبة العربية.
۷۸. قرضاوی، يوسف، ۱۴۱۶ق، في فقه الاولويات دراسة جديدة في ضوء القرآن و السنة، ج ۲، قاهره: مكتبه وهبة.
۷۹. قلقشندي، احمد بن علي، ۱۴۲۷ق، مآثر الانافة في معالم الخلافة، بيروت: عالم الكتب.
۸۰. قمی (ميرزا)، ابوالقاسم بن محمد حسن، ۱۳۷۸، قوانين الاصول، تهران: مكتبة العلمية الإسلامية.
۸۱. كمالی، عبدالله يحيى، ۱۴۲۱ق، مقاصد الشريعة الاسلامية في ضوء فقه الموازنات، بيروت: دار ابن حزم.
۸۲. مرداوى، على بن سليمان، ۱۹۷۸، الإنصاف، ج ۲، بيروت: دار احياء التراث العربى.
۸۳. مظاهرى، معصومه، ۱۳۹۱، «قواعد ناظر بر تكثير مواليد»، مطالعات راهبردى زنان، ش ۵۷.
۸۴. مظفر، محمدرضا، ۱۴۳۰ق، اصول الفقه، ج ۵، قم: اسلامى.
۸۵. مفيد (شيخ)، بغدادى، محمد بن محمد، ۱۴۱۳ق، المقنعة، قم: كنز جهمانى هزاره شيخ مفيد.
۸۶. مكارم شيرازى، ناصر، ۱۴۲۲ق، بحوث فقهية هامة (لمكارم)، قم: مدرسة الإمام على بن أبى طالب (عليه السلام).
۸۷. ملهى الحجرى، عرف احمد محمد، ۱۴۳۹ق، فقه الموازنات فى الشريعة الاسلامية و تطبيقاته المعاصرة، ج ۲، دمشق: مكتب الثقافة.
۸۸. نائينى، محمد حسين، ۱۴۱۹ق، تنبيه الإسلام و تنزيه الملة، قم: مؤسسه احسن الحديث.
۸۹. -----، ۱۳۷۶، فوائد الأصول، قم: جامعه مدرسين.
۹۰. -----، ۱۳۵۲، أجود التقريرات، قم: مطبعة العرفان.
۹۱. نجفى (كاشف الغطاء)، جعفر بن خضر، ۱۳۸۳، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، قم: بوستان كتاب.

٩٢. نجفی، محمدحسن، ١٤٠٤ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار
إحياء التراث العربی.

٩٣. نملة حنبلی، عبدالکريم بن علی بن محمد، ١٤٢٠ق، المذهب فی اصول الفقه
المقارن، ریاض: مكتبة الرشد.

٩٤. وکیل، محمد، ١٤٢٠ق، فقه الأولويات دراسة فی الضوابط، بی جا: المعهد العالمی
للفکر الاسلامی.

باز کاوی تطبیقی مالکیت مراتع و جنگل‌ها در فقه امامیه و حنفیه

سیدعلی دلبری^۱

مجید خرسندی^۲

چکیده

در فقه اسلامی، احکام خاصی برای منابع طبیعی، از جمله مراتع و جنگل‌ها وضع شده است که از مهم‌ترین آن احکام، بررسی مالکیت این ثروت‌های خدادادی است. انسجام بخشی و تبیین دیدگاه و مبانی فقه‌های امامیه و حنفیه پیرامون این موضوع، هدف اصلی این تحقیق قرار گرفته است که در نتیجه، مخاطب با آرا و دیدگاه‌های فقیهان هر دو مذهب آشنا می‌شود و به شباهت‌ها و تفاوت‌های هر دو مذهب در این باره به شکل مقارنه‌ای دست می‌یابد. برای دستیابی به این هدف، مالکیت مراتع و جنگل‌ها طبق مذهب امامیه در زمان حضور پیامبر اکرم و معصومان علیهم‌السلام و نیز در زمان غیبت ایشان، بررسی شده و بر اساس مذهب حنفیه نیز از زمان پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم تاکنون کنکاش شده است. این جستار با روش توصیفی، تحلیلی و مقارنه‌ای نشان می‌دهد که در فقه امامیه، مراتع و جنگل‌ها جزء انفال و ملک حاکم اسلامی بوده و در فقه حنفیه نیز جزء مباحات عامه است که ملک شخص خاصی نیست و هر کس در دستیابی به آن‌ها نسبت به دیگران سبقت بگیرد، مالک آن‌ها می‌شود.

کلیدواژه‌ها: مالکیت، انفال، مباحات، مراتع، جنگل‌ها.

۱. مدرس دروس خارج حوزه علمیه خراسان و دانشیار گروه علوم قرآن و حدیث دانشگاه علوم اسلامی

رضوی. (نویسنده مسئول) delbari@razavi.ac.ir

۲. دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه خراسان. m.khursandi@gmail.com

پیش از پرداختن به بحث مالکیت مراتع و جنگل‌ها، لازم است اشاره مختصری به تعریف عناوین و مصطلحات موضوع شود. این منظور در تعریف لغوی مالکیت می‌نویسد: «مالکیت به معنای تسلط بر شیء و قدرت بر استفاده انحصاری از آن است.» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۴۹۲/۱۰)

امام خمینی در تعریف اصطلاحی مالکیت نوشته است: «أَنَّ الْمَلَكَ فِي جَمِيعِ الْمَوَارِدِ إِضَافَةٌ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَمْلُوكِ»؛ (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۴۳/۱) یعنی مالکیت همان رابطه خاص میان مالک و مملوک است که امکان هر گونه تصرف مالک در ملک را نشان می‌دهد. یکی از صاحب نظران معاصر حنفی می‌گوید: «الْمَلَکُ هُوَ اتِّصَالٌ شَرْعِيٌّ بَيْنَ إِنْسَانٍ وَ شَيْءٍ يَكُونُ مُطْلَقًا لِتَصَرُّفِهِ فِيهِ وَ حَاجِزًا لِتَصَرُّفِ غَيْرِهِ عَنْهُ» (قلعه جی، بی تا: ۱۸۳۲/۲) (مالکیت عبارت است از رابطه شرعی بین انسان و شیء، به طوری که آن رابطه، مجوز مطلق تصرف شخص، در آن شیء و مانع تصرف دیگران در آن باشد). دیگر فقیهان و حقوق دانان نیز تعاریف مشابهی، ذکر کرده‌اند. (یزدی، ۱۳۷۰: ۵۳/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۳)

مراتع جمع مرتع^۱ به معنای سبزه‌زار، چراگاه و گیاهان خودرویی است که در بیابان‌ها می‌روید. (ر.ک. دهخدا، ۱۳۷۷، ۱۸۲/۱۲) درباره تعریف اصطلاحی مرتع بین صاحب نظران اختلاف نظر است و اجمالاً می‌توان گفت که مرتع عبارت است از: «سرزمینی که مدتی از طول سال، از پوشش گیاهی خودرو برخوردار باشد و ممکن است از دو نوع مراتع مصنوعی و طبیعی، تشکیل شده باشد.» (شوکت فدایی و سند گل، ۱۳۷۸: ۱۹)

در تعریف لغوی واژه جنگل^۲ آمده است: «جنگل: زمین وسیعی پر از درخت‌های انبوه. جای پر درخت و بیشه و وسعت زیادی از زمین مشجر. اجتماع درخت‌های زیاد در یک محل به طوری که بپوشانند زمین را و زمینی که پوشیده شده باشد از درخت و نی و علف.» (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۲۸۶/۲)

1. Rang
2. Forest

در اصطلاح، تعریف‌های متعددی از جنگل شده است. در اینجا به نمونه‌ای از تعاریف جنگل اشاره می‌شود: «زمینی (اعم از خشکی و آبی) است که عمدتاً از درخت و درختچه همراه با سایر رستنی‌های چوبی و علفی خودرو پوشیده شده باشد، مشروط به آنکه مساحت آن کمتر از نیم هکتار و تاج پوشش درختی آن به‌طور طبیعی کمتر از پنج درصد نباشد.» (سایت وزارت جهاد کشاورزی، «دستورالعمل ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی برای طرح‌های کشاورزی تولیدی»، ۱۳۹۹/۹/۱۳)

۱- جایگاه بحث مالکیت مراتع و جنگل‌ها در فقه امامیه و حنفیه

بی‌شک مالک واقعی همه چیز اولاً و بالذات، خدای متعال است. اوست که مالک انسان و همه اشیا و اموال، با ملکیت حقیقی است. اوست که به‌صورت تکوینی همه چیز را در اختیار دارد و «احاطه قیومی» بر همه چیز دارد و جهان هستی، ذاتاً به وی تعلق دارد. این است همان حقیقت ملک‌یه‌ای که بر اساس آن، برای خدای متعال، ملکیت حقیقی و اعتباری در نظر گرفته می‌شود؛ اما بحثی که وجود دارد این است که در طول مالکیت خداوند، مالکیت اعتباری مراتع و جنگل‌ها متعلق به کیست؟

در اینجا لازم است، قبل از پرداختن به بحث مالکیت، اشاره مختصری به تعریف عناوینی شود که در فقه امامیه و حنفیه، مراتع و جنگل‌ها زیرمجموعه آن‌ها قرار می‌گیرد، تا ماهیت آن‌ها در دو مذهب، مقایسه و در نهایت حکم مالکیت آن‌ها روشن شود.

در فقه امامیه، مراتع و جنگل‌ها زیرمجموعه عنوان انفال قرار می‌گیرد. فقهای قدیم شیعه در هنگام تعریف انفال، آن را تعریف نکرده و فقط به ذکر مصداق‌های آن بسنده کرده‌اند. قدیمی‌ترین تعریف در کتب فقهی موجود، در آثار شیخ مفید به چشم می‌خورد که در آن از روش تعریف به مثال، بهره برده و به ذکر مصادیق آن از دیدگاه خود اکتفا کرده و هیچ ضابطه و ملاکی ارائه نداده است. ایشان در کتاب ارزنده المقننه نوشته است:

«الأنفال كل أرض فتحت من غير أن يوجف عليها بحيلٍ ولا ركابٍ والأرضون الموات و تركات من لا وارث له من الأهل و القرابات و الآجام و البحار و المفاوز و المعادن و قطاع الملوک.» (مفید، ۱۴۱۳ق: ۲۷۸) (انفال هر زمینی را گویند که بدون اینکه لشکری بر آن

تاخته باشد، فتح شده و نیز زمین‌های موات و ارث بدون وارث، جنگل‌ها، نیزارها، دریاها، بیابان‌ها، معادن و زمین‌های ویژه پادشاهان است.)

همچنین فقهای امامیه در مورد مصادیق انفال از جهاتی با هم اختلاف دارند. یکی از این جهات، تعداد و مقدار انفال است. برخی انفال را پنج مورد، (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۴۷؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۹ق: ۱/۱۶۶؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۶/۱۱۶) برخی هفت مورد، (خوئی، بی‌تا: ۳۵۶/۱۵) برخی ۱۰ مورد، (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق: ۱/۳۶۴؛ مروارید، ۱۴۱۰ق: ۵/۴۳۴) برخی یازده مورد (نراقی، ۱۴۱۵ق: ۱۰/۱۳۹) و برخی شمار آن‌ها را پانزده مورد دانسته (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۱/۱۰۶) و برخی نیز برای انفال مورد و مصداق قائل نیستند، بلکه هرگونه مال بی‌صاحب را جزء انفال و اموال حکومت اسلامی به شمار می‌آورند و مصادیق ذکر شده در روایات را از باب نمونه می‌دانند؛ از جمله امام خمینی در کتاب الیبع بر این اساس مشی کرده است. ایشان در تعریف انفال می‌نویسد:

«و هو أن کل شیء أرضاً کان أو غیرها إذا لم یکن له ربُّ فهو للوالی یضَعُه حیث شاء فی مَصَالِحِ المسلمین.» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۳/۲۵) (انفال عبارت است از هر مالی، چه زمین باشد و چه غیر زمین که هرگاه مالک و سرپرست خصوصی نداشته باشد، از آن رهبر جامعه است و او می‌تواند در هر جایی که صلاح بداند آن را به مصرف برساند.) طبق این تعریف چون معمولاً و غالباً مراتع و جنگل‌ها مالک خصوصی ندارد، زیرمجموعه انفال قرار می‌گیرد و احکام انفال بر آن‌ها جاری می‌شود.

اما در فقه حنفیه، مراتع و جنگل‌ها زیرمجموعه عنوان انفال قرار نمی‌گیرد؛ بلکه زیرمجموعه مباحات است. مقصود از مباحات نیز ثروت‌هایی است که خودبه‌خود در عالم وجود دارد و کسی آن‌ها را ایجاد نکرده است. (قلعه‌جی، بی‌تا: ۲/۱۸۳۲) در کتاب فقه اسلامی و أدلته که کتابی در فقه مقارن مذاهب اهل سنت است آمده:

«المباح: هو المأل الذی لم یدخُل فی ملک شخص معین، و لم یوجد مانع شرعی من تملک کالماء فی منبِعِه، و الکلاً و الحطب و السَّجَر فی البراری، و صید البر و البحر.» (زحیلی، ۱۴۰۹ق: ۴/۹۰۸) (مباح مالی است که متعلق به شخص خاصی نیست و مانع شرعی از تملک آن وجود ندارد؛ مثل آب در منبعش، علف و هیزم و درخت در بیابان‌ها، شکار در خشکی و دریا.)

دلیل آن روایاتی است از رسول خدا ﷺ که فرموده‌اند:

«الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلَاءِ، وَ الْمَاءِ، وَ النَّارِ.» (سجستانی، ۱۴۳۰ق: ۳۴۴/۵)
 (مسلمانان در سه چیز شریک‌اند: آب، گیاه و آتش.) و «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، يَسْعُهُمَا الْمَاءُ
 وَ الشَّجَرُ.» (سجستانی، ۱۴۳۰ق: ۶۷۸/۴) (مسلمان، برادر مسلمان است؛ آب و درختان برای
 آن‌ها گشایش ایجاد می‌کند.)

بنابراین طبق مذهب حنفیه، مراتع و جنگل‌ها در زمره مباحات قرار می‌گیرد و احکام آن
 را به دنبال خواهد داشت. (ر.ک. سرخسی، ۱۴۱۴ق: ۱۶۶/۲۳)

بحث دیگری که در ارتباط با انفال، از جمله مراتع و جنگل‌ها مطرح است و تأثیر بسزایی
 در اداره، تملک و بهره‌برداری از آن دارد، کیفیت بهره‌برداری و تملک آن‌ها از طرف مردم
 است؛ به این صورت که آیا حاکم اسلامی می‌تواند مراتع و جنگل‌ها را در اختیار مردم قرار
 دهد؛ به عبارت دیگر، آیا مردم می‌توانند مالک مراتع و جنگل‌ها شوند یا فقط حق تصرف در
 آن‌ها را خواهند داشت؟ اگر جواب مثبت است، نحوه مالکیت یا بهره‌برداری چگونه خواهد
 بود؟

مردم به دو روش عمده می‌توانند از مراتع و جنگل‌ها بهره‌برداری اختصاصی کنند: اول،
 واگذاری مالکیت به آن‌ها و دوم، واگذاری منافع به آن‌ها. انتقال مالکیت این منابع به بخش
 خصوصی بر اساس مبنای مشهور فقها از راه‌های متعددی امکان‌پذیر است.
 یکی از راه‌های مالک شدن که در احادیث و فتوای فقها ذکر شده، احیا کردن است؛ به
 این ترتیب که هر کس زمین «موات بالاصاله»، یا زمینی که صاحب آن «اعراض» نموده و یا
 از بین رفته، به‌طوری که اثری از خود او و اولادش نیست را آباد سازد، مالک آن می‌شود.
 با توجه به اینکه پرداختن به این موضوع، خروج از محل بحث است، از پرداختن به آن
 صرف‌نظر شده و به جای خود محوّل می‌شود.

۲- مالکیت مراتع و جنگل‌ها در فقه امامیه

مسئله مالکیت مراتع و جنگل‌ها در فقه امامیه ضمن چند بحث پیگیری می‌شود.

۲-۱- مالکیت مراتع و جنگل‌ها در زمان حضور معصومان (علیهم‌السلام)

همان‌طور که اشاره شد، مالک تمام هستی، ذات اقدس ربوبی است و طبق مذهب امامیه در طول ملکیت خداوند، ملکیت برای پیامبر و امام (علیهم‌السلام) در نظر گرفته می‌شود. (ر.ک. منتظری، ۱۴۰۹ق: ۴۲۸/۷)

گذشت که ادعای مذهب امامیه بر این است که مراتع و جنگل‌ها از مصادیق انفال است؛ از این‌رو مالکیت انفال به‌عنوان «کل» بررسی می‌شود. وقتی بحث از مالکیت انفال به‌عنوان کل، مطرح شود و حکم آن به دست آید، قطعاً شامل مراتع و جنگل‌ها به‌عنوان زیرمجموعه آن نیز خواهد بود.

۲-۱-۱- مالکیت انفال در قرآن کریم

بر اساس آیه اول سوره انفال، در دوره حیات پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) مالکیت انفال با ایشان بوده است: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ (از تو درباره انفال می‌پرسند، بگو: انفال از آن خدا و رسول اوست).

این آیه بعد از پیروزی مسلمانان بر کفار در جنگ بدر، نازل شد و شأن نزول آن، این است که پس از شکست دشمنان، در بین مسلمانان درباره کیفیت تقسیم غنائم اختلاف افتاد و این اختلاف باعث شد که آیه مذکور نازل شود و خدای متعال انفال را ملک خویش و رسولش بداند. (طوسی، بی تا: ۷۳/۵)

اگرچه این آیه در زمینه غنائم جنگی وارد شده، ولی مفهوم آن، حکمی کلی و عمومی است و تمام اموال اضافی، یعنی آنچه مالک خصوصی ندارد را شامل می‌شود؛ چراکه الف‌ولام در کلمه اول انفال، الف‌ولام عهد و در کلمه دوم انفال برای جنس و یا برای «استغراق» است. علت اینکه خدای متعال فرمود: ﴿قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾، اشاره به علت حکم از راه بیان موضوع اعم آن دارد؛ یعنی به جای اینکه تعبیر به «غنائم» کند، تعبیر به «انفال» کرده است. گویا فرموده است: از تو مسئله غنائم را می‌پرسند؛ در جوابشان حکم مطلق زیادات و انفال را بیان کن و بگو: همه انفال، نه تنها غنائم، از آن خدا و رسول او است و «لازمه تضمینی» آن این است که غنیمت هم از آن خدا و رسول است. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می‌شود که مفهوم اصلی انفال، نه تنها غنائم جنگی،

بلکه همه اموالی که مالک خصوصی ندارد، اعم از معادن، زمین‌های موات، اموال ویژه پادشاهان، جنگل‌ها و نیزارها، دریاها، قله کوه‌ها، ارث بی‌وارث و امثال آن‌ها را شامل می‌شود و تمام این اموال متعلق به خدا و پیامبر ﷺ است و به تعبیر دیگر، متعلق به حکومت اسلامی است و در مسیر منافع عموم مسلمانان مصرف می‌شود. (ر.ک. طباطبائی، ۱۳۹۳ق: ۱۰/۹)

در هر صورت، آیه مبارکه نشان می‌دهد که در زمان حیات رسول خدا ﷺ، انفال ملک ایشان است؛ اما در جواب به این سؤال که پس از پیامبر خدا ﷺ انفال متعلق به کیست، از آیه مذکور حکمی به دست نمی‌آید؛ اما احادیث صحیح و معتبری نشان می‌دهد که پس از رسول خدا ﷺ، این اموال در اختیار امامان معصوم ﷺ قرار دارد و آن‌ها هر طور که صلاح بدانند، آن اموال را مصرف می‌کنند.

۲-۱-۲- مالکیت انفال در روایات و کلمات فقها

از احادیث متعددی به دست می‌آید که در زمان حضور رسول خدا و امامان معصوم ﷺ، انفال، ملک آن‌ها بوده و آنان، در هر جا که مصلحت می‌دیدند، آن را به مصرف می‌رسانده‌اند که به چند نمونه در اینجا اشاره می‌شود.

الف- در صحیح‌ه حفص بن بختری از امام صادق ﷺ چنین نقل شده است:

«الْأَنْفَالُ مَا لَمْ يَوْجَفْ عَلَيْهِ بِخَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ أَوْ قَوْمٌ صَالِحُونَ أَوْ قَوْمٌ أُعْطُوا بِأَيْدِيهِمْ وَ كُلُّ أَرْضٍ خَرِبَةٍ وَ يُطُونُ الْأَوْدِيَةَ فَهُوَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَ هُوَ لِلْإِمَامِ مِنْ بَعْدِهِ يَضَعُهُ حَيْثُ يَشَاءُ.» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۳۶۴/۶) (منظور از انفال سرزمین‌هایی است که بدون جهاد و یا با مصالحه و یا از راه هدیه به دست آمده باشد و همچنین هر سرزمین خراب و عمق دره‌ها که تمام این‌ها مال پیامبر خدا ﷺ و امام معصوم ﷺ بعد از ایشان است که در هر جا مصلحت بدانند به مصرف می‌رسانند.)

این حدیث شامل محتوای آیه مبارکه است؛ با این فرق که این نکته را نیز واضح می‌کند که هر چه ملک خدای متعال باشد، در اختیار پیامبر خدا ﷺ و امام ﷺ بعد از ایشان قرار می‌گیرد. از این جهت، سهمی را که قرآن کریم از انفال برای خدای متعال، معین کرده، از آن پیامبر خدا ﷺ و پس از ایشان، ملک امام معصوم ﷺ است؛ در آخر نیز مطلب جدیدی اضافه می‌کند که پیامبر ﷺ و امام ﷺ هر طور صلاح بدانند می‌توانند در آن تصرف نمایند؛

این حدیث، مضمون آیه شریفه را به گونه‌ای شفاف تفسیر کرده است.

ب- در موثقه زراره از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است:

«قُلْتُ لَهُ مَا يَقُولُ اللَّهُ ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ قَالَ: وَهِيَ كُلُّ أَرْضٍ جَلَا أَهْلُهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهَا بِحَيْلٍ وَلَا رِجَالٍ وَلَا رِكَابٍ فَهِيَ نَقْلٌ لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ.» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۳۶۴/۶) (زراره می گوید: از امام صادق (علیه السلام) درباره قول خدای متعال که «از شما درباره انفال می پرسند، بگو: انفال از آن خدا و پیامبرش است.» سؤال کردم، حضرت فرمودند: هر سرزمینی که اهلش، از آنجا کوچ کرده‌اند، بدون آنکه جنگی با آن‌ها صورت گرفته باشد، از انفال است که از آن خداوند و رسولش است.)

با دقت در این حدیث نیز روشن می شود که انفال، ملک و یژه رسول اکرم و امامان معصوم (علیهم السلام) است و ایشان هرطور مصلحت بدانند می توانند در آن‌ها تصرف کنند.

غیر از این روایات، روایات فراوان دیگری نیز در این زمینه وجود دارد که به دلیل رعایت اختصار از آوردن آن‌ها صرف نظر می شود. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۳۶۴/۶، احادیث ۴، ۷، ۸، ۱۲، ۱۷، ۲۲، ۲۸، ۲۹ و ۳۰)

ج- فتوای فقها

فقهای امامیه نیز فتوا داده‌اند که انفال در زمان حضور، ملک رسول خدا و ائمه (علیهم السلام) پس از ایشان است. آنان از این باب با هم اتفاق نظر دارند؛ به عنوان نمونه شیخ طوسی درباره مالکیت انفال می نویسد:

«الانفال كانت لرسول الله خاصة في حياته، و هي لمن قام مقامه بعده في أمور المسلمين... وليس لاحد أن يتصرف فيما يستحقه الامام من الانفال والاحماس إلا بإذنه.» (طوسی، ۱۴۰۰ق: ۱۹۹) (انفال در زمان حیات رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) مخصوص ایشان است و بعد از رحلت حضرت متعلق به کسی است که جانشین آن حضرت در امور مسلمانان است... هیچ کس حق ندارد در اموالی که به عنوان انفال و خمس، حق امام (علیه السلام) است، بدون اجازه ایشان تصرف کند.)

محقق حلی هم در کتاب شرایع می نویسد:

«الأنفال وهي ما يستحقه الإمام من الأموال على جهة الخصوص كما كان للنبي (صلی الله علیه و آله)» (حلی (محقق)، ۱۴۰۹ق: ۱۶۶/۱) (انفال عبارت است از اموالی که مخصوص امام است؛ همان طور

که قبلاً برای پیامبر ﷺ بود.)

دیگر فقیهان امامیه نیز در این باره اتفاق نظر دارند. (طوسی، ۱۳۶۴: ۱۴۲/۴؛ بحرانی، بی تا: ۴۸۱/۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۴۷؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۱۶/۱۶؛ خویی، بی تا: ۳۵۶/۱۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق: ۳۶۴/۱؛ مروارید، ۱۴۱۰ق: ۴۳۴/۵؛ نراقی، ۱۴۱۵ق: ۱۳۹/۱۰؛ خمینی، ۱۴۳۴ق: ۳۸۷/۱)

هر چند آیه شریفه یاد شده فقط دلالت بر مالکیت خدا و پیامبر نسبت به انفال دارد، اما با ملاحظه روایات معتبر و عبارات فقها روشن می شود که فقهای امامیه بر این مطلب اتفاق نظر دارند که انفال، مخصوص همه معصومان (علیهم السلام) است؛ مخصوصاً در زمان حیات این بزرگواران که کسی بدون اجازه آن ها نمی تواند در این اموال تصرف نماید.

۲-۱-۳- انفال، ملک شخصیت حقوقی معصومان

پس از اثبات ملکیت انفال، این سؤال مطرح می شود که آیا انفال متعلق به منصب رسالت و امامت پیامبر و امامان معصوم (علیهم السلام) است، یا اینکه ملک شخصی آن ها است؛ به عبارت دیگر، انفال ملک شخصیت حقیقی پیامبر ﷺ و امام (علیه السلام) است، یا ملک شخصیت حقوقی آن ها. این سؤال خیلی اهمیت دارد و جواب دقیق به آن زمینه ساز حکم شرعی انفال در عصر غیبت امام زمان (عج) خواهد بود. برای پاسخ به این پرسش لازم است مالکیت انفال به صورت دقیق معنا شود.

الف- معنای مالکیت پیامبر ﷺ و امام (علیه السلام) نسبت به انفال

در اینکه گفته می شود: انفال از آن پیامبر ﷺ و امام (علیه السلام) است، در نظر اول، سه احتمال، تصور می شود:

احتمال اول، اینکه رسالت و امامت، عنوان مشیر باشند. در این احتمال، فرض این است که منظور، شخص امام (علیه السلام) باشد که اداره امور جامعه را بر عهده دارد؛ مثلاً امام علی (علیه السلام) در هنگام امامت خود، مالک تمام انفال، خمس ها و «فیء» باشد و این به دلیل شخص خودش باشد، نه به دلیل امامتش و عنوان امامت برای اشاره به شخص وی باشد؛ مثل صاحب کلاه سفید که این عنوان، اشاره به شخص دارد و هیچ مدخلیتی در موضوع ندارد.

مقتضای احتمال مذکور این است که آنچه برای امام علی (علیه السلام) از انفال و خمس ها و...

در هنگام حیات آن بزرگوار بوده، بعد از فوت ایشان به وارثان او طبق سهمشان انتقال پیدا می‌کند؛ همان طور که مثلاً اموال آقای زید به وارثانش منتقل می‌شود، که طبق این احتمال می‌توان گفت: همه زمین‌های موات، دریاها، کوه‌ها، جنگل‌ها، معادن، صحراها و مانند آن با فوت آن حضرت (علیه السلام) به وارثان ایشان منتقل شده و برای امام بعد از ایشان چیزی به عنوان سهم امام باقی نمی‌ماند. (ر.ک. منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۱/۷)

با بررسی عبارات فقها روشن می‌شود که آن‌ها کلام شفاف و صریحی در این باره ندارند. بیشتر فقهای امامیه فقط به این نکته بسنده کرده‌اند که انفال از آن خدای متعال، پیامبر اکرم و ائمه معصوم (علیهم السلام) است؛ اما کیفیت ملکیت آن‌ها را مشخص نکرده‌اند. البته از ظاهر عبارت بعضی از فقیهان این برداشت می‌شود که انفال ملک شخصی معصومان (علیهم السلام) است؛ چرا که در آیه شریفه و احادیث، معمولاً حرف «لام» استعمال شده که ظهورش در ملکیت شخصی است؛ به عنوان نمونه محقق حلی در شرایع بعد از اینکه خمس را به ۶ قسمت تقسیم می‌کند، می‌نویسد: «ما كان قبضه النبي أو الإمام ينتقل إلى وارثه». (حلی (محقق)، ۱۴۰۹ق: ۱۶۴/۱) (هرآنچه رسول خدا (صلی الله علیه و آله) و یا امام (علیه السلام) آن را به دست آورده‌اند به وارثانشان منتقل می‌شود).

با تأمل در عبارت شرایع، در بدو امر، این نکته به ذهن متبادر می‌شود که سهمی که از خمس، متعلق به رسول خدا (صلی الله علیه و آله) و امام (علیه السلام) است، متعلق به شخص ایشان بوده و پس از وفات آن‌ها به وارثانشان منتقل می‌شود؛ البته هرچند عبارت شرایع مربوط به تقسیم خمس است، ولی از آنجا که خمس و انفال بر یک مبنا استوار هستند و حکم هر دو در ملکیت یکسان است، بنابراین همین مبحث درباره تقسیم انفال هم جاری می‌شود.

اما با ملاحظه عبارات قبل و بعد در شرایع و نیز با دقت در عبارت‌های شارحان آن، روشن می‌شود که مراد محقق حلی از سهمی که به ورثه منتقل می‌شود، سهمی است که آن‌ها آن را دریافت نموده و مانند سایر اموالشان، جزء اموال شخصی شده است؛ نه سهمی که هنوز نگرفته‌اند و مربوط به جایگاه و منصب رسالت و امامت است. (ر.ک. نجفی، ۱۳۶۲: ۸۷/۱۶؛ عاملی، ۱۴۱۱ق: ۳۹۷/۵)

احتمال دوم، اینکه رسالت و امامت «حیثیت تعلیله» داشته باشند؛ مثل رئیس دانشگاه که از جهت ریاست او بر دانشگاه، برای او حقوق سالیانه و ماهیانه در نظر گرفته‌اند. طبق این احتمال

همه انفال و خمس ها از آن شخص پیامبر ﷺ و امام علی علیه السلام است؛ اما به عنوان اجرت رسالت و امامت قرار داده شده که علت واسطه در ثبوت حکم است؛ (ر.ک. منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۱/۷) چون این احتمال، در واقع به احتمال اول برمی گردد، بنابراین مطالبی که در احتمال اول بیان شد در اینجا هم جریان پیدا می کند.

احتمال سوم، اینکه رسالت و امامت «حیثیت تقییدیه» داشته باشند. در این احتمال، فرض این است که در واقع موضوع حکم، همین علت است و انفال از آن منصب رسالت و امامت است، نه ملک شخص پیامبر ﷺ و امام علی علیه السلام. در این احتمال عنوان رسالت و امامت واسطه ثبوت حکم برای شخص است و در واقع، حکم برای خود واسطه ثابت شده است. از طرف دیگر ملکیت، امری اعتباری است که آن را برای مقام و منصب نیز می توان اعتبار کرد؛ چنان که بسیاری از دارایی ها و اموال، ملک حکومت و دولت به حساب می آید. همچنین می توان آن را برای مکان ها هم اعتبار کرد؛ همان طور که بعضی از دارایی ها و اموال، ملک حسینی، یا مسجد، یا بیمارستان و یا امثال آن به شمار می آیند.

مقتضای احتمال سوم آن است که هر آنچه برای منصب رسالت و امامت باشد، به امام بعدی انتقال پیدا می کند؛ همان طور که ولایت و رهبری جامعه هم دست به دست می شود. (ر.ک. منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۱/۷)

آنچه از این سه احتمال، صحیح به نظر می رسد، همین احتمال سوم است؛ چرا که ولایت و امامت در نظام اسلامی و بافت اسلام تنیده شده و ایشان ولایت تصرف در نفوس و اموال مردم دارند؛ چنان که انسان بر نفس و اموال خویش ولایت دارد؛ بلکه ایشان «اولی به تصرف» در امور مؤمنان هستند. ﴿الْبَنَى أُولَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ (احزاب، ۶)

تدبیر و اداره امور جامعه، چه حق باشد و چه باطل، به نظام مالی نیاز دارد. آنچه در تمام عصرها و کشورها معمول است، این است که اموال و منابع عمومی را که متعلق به افراد و اشخاص نیست، بلکه متعلق به تمام جامعه و عموم مردم است، در اختیار رئیس و رهبر جامعه قرار می دهند؛ چون ایشان نماینده عموم مردم و حافظ حقوق و منافع آنهاست. (ر.ک. منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۱/۷)

ب- ادله مالکیت حقوقی امام (علیه السلام) نسبت به انفال

از آیات و احادیثی که درباره خمس، فیء و انفال رسیده، نیز برداشت می شود که انفال ملک منصب امامت و رهبری پیامبر (صلی الله علیه و آله) و امام (علیه السلام) است، نه ملک شخصی آنها که در ادامه به مواردی از آنها اشاره می کنیم.

۱. روایات:

در روایت صحیحی از امام هادی (علیه السلام) درباره اموالی که از پدرشان به ارث مانده، به نقل از علی بن راشد آمده که از ایشان پرسید: گاهی اموالی را برای ما می آورند و می گویند این اموال، مال ابوجعفر است که پیش ماست؛ ما در برابر این اموال چه وظیفه ای داریم؟ حضرت در جواب فرمودند: «مَا كَانَ لِأَبِي سَبَبِ الْإِمَامَةِ فَهُوَ لِي، وَ مَا كَانَ غَيْرُ ذَلِكَ فَهُوَ مِيرَاثٌ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۶/۳۷۴) (مالی که به عنوان مقام امامت پیش پدرم بوده است، مال من است؛ اما مالی که به عنوان امامت پیش پدرم نبوده، [اموال شخصی آن حضرت بوده است] طبق قانون قرآن کریم و سنت پیامبر (صلی الله علیه و آله) بین ورثه تقسیم می شود).

این حدیث به صراحت دلالت دارد که قسمتی از اموال، متعلق به مقام و جایگاه امامت است که نزد امام معصوم (علیه السلام) قرار داشته و فقط به امام بعدی منتقل می شود و دیگر وارثان سهمی در آن ندارند؛ برخلاف اموال شخصی امام (علیه السلام) که بین همه ورثه طبق قانون ارث تقسیم می شود.

همچنین علی بن حسین مرتضی در رساله محکم و متشابه، با نقل از تفسیر نعمانی به سند خود از امام علی (علیه السلام) بعد از اینکه خمس را بیان نموده که نصف آن حق امام است، می فرماید:

«إِنَّ لِلْقَائِمِ بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ بَعْدَ ذَلِكَ الْأَنْفَالِ الَّتِي كَانَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ. قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ وَإِنَّمَا سَأَلُوا الْأَنْفَالَ لِيَأْخُذُوا بِهَا لِأَنفُسِهِمْ فَأَجَابَهُمُ اللَّهُ بِمَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ». (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۶/۳۷۰) (همانا برای قائم به امور مسلمانان، انفالی است که برای رسول (صلی الله علیه و آله) خدا بود. خدای متعال در قرآن کریم فرموده است: «از شما درباره انفال می پرسند؛ بگو: انفال ملک خدا و پیامبرش است.» آنها انفال را طلب کردند تا برای خودشان قرار دهند و خدای متعال با این آیه مبارکه جواب آنها را داد).

این روایت دلالت دارد بر اینکه انفال بعد از رسول اکرم صلی الله علیه و آله متعلق به کسی است که زعامت و هدایت جامعه اسلامی را به عهده دارد و ایشان امام معصومی است که خدای متعال این جایگاه را به او واگذار کرده است. در بعضی از احادیث معتبر، واژه «امام» به کار برده شده و در این حدیث به جای آن، عبارت «القائم بامور المسلمين» آمده است و این دلالت دارد بر آنکه منظور از امام علیه السلام، مقام و جایگاه امامت است که سکان و قوام امور مسلمانان را به عهده دارد. در واقع انفال، ملک مقام و منصب امامت است و باید در جهت پیشبرد مصالح عمومی مسلمانان به کار گرفته شود.

روایات بیشتری نیز در این زمینه آمده است. (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵۳۹/۱؛ کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵۱۳/۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۳۶۵/۶، ۱۲۰/۱۱، ۵۴۷/۱۷، ۹۳/۱۹ و ۱۰۹؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق: ۲۶/۱۶)

۲. سیره عقلا:

سیره و روش عقلا این مبنا را ثابت می کند که اموال عمومی و انفال، ملک شخصی رهبر و حاکم جامعه نیست؛ بلکه متعلق به جایگاه و منصب حاکمیتی آن هاست؛ چون سیره و سلوک عقلا نسبت به این اموال این است که این ها، قیم و سرپرست ندارند، دولت ها و حکومت ها سرپرست و ولی آن ها هستند و باید آن ها را طبق مصالح مردمشان به مصرف برسانند. دین اسلام در این رابطه نظریه نوینی مطرح نکرده که با روش مرسوم میان حکومت ها منافات داشته باشد؛ در حقیقت دین اسلام این سیره عقلا را پذیرفته و امضا کرده است.

امام خمینی در کتاب البیع در این رابطه نوشته است:

«متفاهم از تمامی روایات باب انفال این است که آنچه برای امام علیه السلام است، عنوان واحدی است که بر موارد زیادی منطبق می شود و ملاک در تمام آن ها یکی است و آن عبارت است از هر چیزی، چه زمین و چه غیر زمین، زمانی که صاحبی نداشته باشد؛ پس آن ملک امام است و او هر جا مصالح مسلمانان اقتضا کند، آن را هزینه می کند. این روش در میان دولت ها [غیرمسلمان] نیز رایج است... اگر خواستی بگو: این ها اموال ملی هستند و دولت ها سرپرست اداره آن ها برای مصالح مردم می باشند و اسلام در این باره

روش جدیدی که باروش رایج میان دولت‌ها مغایر باشد، ابداع نکرده است.»

(خمینی، ۱۴۲۱ق: ۴۱/۳)

۳. شواهد و قرائین:

علاوه بر دلایل گذشته، شواهد و قرائین دیگری دلالت دارند که انفال، ملک شخصی امام (علیه السلام) نیست؛ بلکه ملک حقوقی ایشان است. در اینجا به اقوال برخی از فقها در این باره اشاره می‌شود:

مرحوم ابن‌ادریس در سرائر بعد از آنکه ولایت رهبری (ولاء الامامة) را نسبت به اموال میت بی‌وارث بیان می‌کند، می‌نویسد: «فإذا مات الامام انتقل الى الامام الذي يقوم بأمر الأمة مقامه، دون ورثته الذين يرثون تركته.» (حلی (ابن‌ادریس)، ۱۴۱۰ق: ۲۶۶/۳) (زمانی که امام (علیه السلام) فوت کرد، اموال ایشان به امام بعدی که در اداره امور امت، جانشین وی شده، منتقل می‌شود؛ نه به ورثه امام).

از آنجا که مرحوم ابن‌ادریس حلی اموال امام (علیه السلام) از جمله اموال میت بی‌وارث را بعد از فوت ایشان، از آن امام بعدی می‌داند، نه از آن بقیه ورثه امام (علیه السلام) روشن می‌شود که از نظر ایشان، ارث میت بی‌وارث، که از مصادیق انفال است، برای شخص امام (علیه السلام) نیست؛ بلکه متعلق به منصب و جایگاه امامت است.

امام خمینی نیز در تحریر الوسیله آورده است: «ظاهر آن است که انفال، مثل خمس، ملک شخص پیامبر خدا و امامان معصوم (علیهم السلام) نیست؛ بلکه آن‌ها مالک تصرف در انفال هستند.» (خمینی، ۱۳۹۲: ۳۳۶/۱)

این ادله و مؤیدها بیانگر آن است که اموال عمومی و انفال و از جمله، جنگل‌ها و مراتع، متعلق به رسول خدا و ائمه معصوم (علیهم السلام) است؛ از این جهت که آن‌ها زعیم و رهبر امت اسلامی هستند. به عبارت دیگر، جنگل‌ها و مراتع، ملک رسول خدا (صلی الله علیه و آله) و امام (علیه السلام) به معنای «صاحب مقام رسالت و امامت»، یعنی همان «والی و حاکم» است. در نتیجه این اموال ملک شخصیت حقیقی آن‌ها نیست؛ بلکه ملک شخصیت حقوقی آن‌هاست.

۲-۲- مالکیت جنگل‌ها و مراتع در زمان غیبت

حکم مراتع و جنگل‌ها که از مصادیق انفال است، در زمان حضور معصومان (علیهم السلام) تا

حدودی حکم آن را در زمان غیبت ایشان روشن می‌کند؛ چون بر اساس ادله و قراین مذکور، انفال ملک رهبر و حاکم حکومت اسلامی است و ایشان آن‌ها را طبق مصالح نظام اسلامی و در راه اجرای عدالت اجتماعی مورد استفاده قرار می‌دهد. با مراجعه به آثار فقهای امامیه مشخص می‌شود که آن‌ها درباره حکم انفال در عصر غیبت اختلاف دیدگاه دارند. گروهی از فقیهان امامیه معتقدند که تصرف در انفال و از جمله، مراتع و جنگل‌ها در زمان حضور و غیبت بر عموم شیعیان مباح است و آنان هرگاه بخواهند می‌توانند در آن‌ها تصرف کنند. فقها طبق روایاتی (حر عاملی، ۱۴۰۳ق: ۳۸۱/۶-۳۸۳ و ۳۸۵) بر این باورند که از سوی ائمه (علیهم‌السلام) «اذن عام» در تصرف رسیده و هر کس می‌تواند بر اساس آن اذن که از روایات مطلقه احیا و اخبار تحلیل استفاده می‌شود، در انفال که متعلق به امام است، تصرف کند؛ بدون اینکه نیازی به اجازه مخصوص باشد.

اگرچه از این روایات استفاده می‌شود که ائمه (علیهم‌السلام) استفاده از حقوقشان، از جمله انفال را برای شیعیان حلال کرده‌اند؛ اما سؤال این است که آیا این، حکمی تبلیغی و شرعی دائمی است، یا اینکه آن حضرات حکم مصلحتی و حکومتی را بیان فرموده‌اند.

در فرض دوم، نمی‌توانیم این روایات را مستند استنباط حکم شرعی قرار داده و از آن قوانین الهی را به دست آوریم. به احتمال بسیار قوی این روایات از نوع دوم است؛ بدین سان که ائمه (علیهم‌السلام) در روزگاری زندگی می‌کردند که حکومت امویان و عباسیان بر سر کار بودند، حکومت‌هایی که غیر مشروع بودند و حق تصرف در انفال را نداشتند؛ اما آنان در انفال و دیگر انواع بیت‌المال تصرف می‌کردند و مؤمنان و شیعیان بر اثر رفت و آمد و معاشرت با کارگزاران حکومت‌های اموی و عباسی، با آنان دادوستد و هم‌زیستی داشتند و طبعاً از اموال حکومت و کارگزاران آنان، به دست مردم، از جمله شیعیان می‌رسید. ائمه (علیهم‌السلام) نیز مصلحت را در آن دیدند که تصرف در انفال و خمس را در «مناکح»، «مساکن» و «متاجر» و یا تنها در مناکح برای شیعیان حلال کنند، تا آنان به راحتی بتوانند به زندگی خود ادامه دهند و از این زاویه دچار مشکل نشوند؛ چون در غیر این صورت آنان گاه مجبور می‌شدند در این اموال تصرف کنند و این تصرف در واقع، تصرف در مال حرام و غاصبانه بود.

به عبارت دیگر، بعید نیست که از روایات تحلیل، استفاده شود که هرگاه حکومت

غیراسلامی در جامعه استقرار یابد، از آنجا که مشروع نیست و حق تصرف در انفال را ندارد، انفال برای شیعیان مباح باشد؛ اما هرگاه حکومت اسلامی استقرار یابد، لازم است در چهارچوب قوانین حکومت در آن‌ها تصرف شود و کسی حق ندارد بدون اجازه مسئولان و فراتر از قانون در انفال تصرف کند.

اما قول قوی‌تر و منتخب در این رابطه آن است که انفال در زمان غیبت، ملک ولی فقیه عادل بوده که در ادامه اشاره مختصری به این نظریه می‌شود.

طبق مذهب امامیه که در جای خودش ثابت شده،^۱ بین اختیارات رسول خدا و ائمه معصوم (علیهم‌السلام) در زمان حضور و اختیارات فقیه عادل در عصر غیبت، برای اداره حکومت اسلامی و اجرای قوانین و دستورات اسلامی، هیچ تفاوتی وجود ندارد و در حقیقت ولایت ولی فقیه ادامه همان ولایت پیامبر اکرم و امامان معصوم (علیهم‌السلام) است.

بنابراین اگر در عصر غیبت، دولتی اسلامی با رهبری ولی فقیه جامع‌الشرایط تشکیل شود، اموال عمومی و انفال و از جمله، مراتع و جنگل‌ها در اختیار او قرار خواهد گرفت؛ زیرا او والی و رهبر است و این اموال برای رسول خدا و امامان معصوم (علیهم‌السلام) در عصر حضور، از این جهت قرار داده شده که آن‌ها امام و هدایتگر جامعه‌اند. در نتیجه اگر کسی این ویژگی را داشته باشد، اگرچه بقیه ویژگی‌های معصومان (علیهم‌السلام) را دارا نباشد، این منابع، در اختیار او قرار خواهد گرفت.

دلیل دیگری که دلالت بر ملکیت ولی فقیه بر انفال دارد، این است که قبلاً ثابت شد که انفال، ملک منصب امامت و رهبری پیامبر و ائمه (علیهم‌السلام) است و در واقع ملک شخصیت حقوقی آن‌هاست، نه شخصیت حقیقی. با توجه به این مطلب هرگاه ولی فقیه به‌عنوان نایب عام امام (علیهم‌السلام) سکان جامعه اسلامی را در زمان غیبت بر عهده گیرد، برای اداره جامعه اسلامی و برقراری عدالت اجتماعی، تمام انفال و از جمله مراتع و جنگل‌ها، ملک ایشان خواهد بود.

۱. ر.ک. نراقی، ۱۴۰۸:ق ۱۸۷؛ خمینی، ۱۴۲۱:ق ۴۶۷/۲، ۴۱/۳ و ۴۲؛ خمینی، ۱۳۷۹: ۵۱ و ۵۹؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۸: ۱۳؛ جوادی آملی، ۱۳۶۸: ۱۸۸؛ مصباح یزدی، ۱۳۹۱: ۱۰۷؛ منتظری، ۱۴۰۹:ق ۲۱۴/۲ و ۳۱/۳.

نتیجه آنکه طبق نظر اکثر فقهای امامیه،^۱ ولی فقیه در زمان غیبت، مالک تمام انفال، از جمله مراتع و جنگل‌ها خواهد بود و طبق مصلحت جامعه اسلامی در آن تصرف می‌کند.

۳- مالکیت مراتع و جنگل‌ها در فقه حنفیه

در مذهب حنفیه مراتع و جنگل‌ها زیرمجموعه عنوان مباحات قرار می‌گیرد. فقهای حنفیه برای مباحات مصادیق گوناگونی در کتاب‌های فقهی نام برده‌اند که در اینجا به تعدادی از آن‌ها از باب نمونه اشاره می‌شود: علف‌های مراتع، درختان جنگل، زمین‌های موات، زمین‌های بی‌مالک، معادن، آب‌ها، حیوانات خشکی و دریایی، فضا و... (سرخسی، ۱۴۱۴ق: ۱۶۱/۲۳ و ۱۶۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق: ۹۱۱/۴ و ۵۶۲/۶)

همان‌طور که ذکر شد از مصادیق مباحات، علف‌های خودرو و درختان خودرو در جنگل‌ها است که از آن‌ها تعبیر به «کلاء» و «آجام» شده است. همچنین در تعریف «کلاء» گفته شده: عبارت است از علف‌ها و گیاهانی که در زمین، به صورت خودرو و بدون کشت، برای استفاده و چرای چهارپایان می‌روید، اعم از اینکه خشک شده باشد یا اینکه تازه باشد. (قلعه‌جی، بی‌تا: ۱۶۵۳/۲) در تعریف «آجام» نیز گفته شده: درختان انبوه و مترکم در جنگل‌ها یا زمین‌های بی‌مالک را گویند. (ابویوسف، بی‌تا: ۱۱۷؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق: ۱۹۳/۶؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق: ۹۰۹/۴)

بعد از آنکه ثابت شد علف‌های روییده در مراتع و درختان در جنگل‌ها از مصادیق مباحات است، اکنون سؤال این است که آیا این تعبیر کلاء و آجام شامل محل بحث، یعنی مراتع و جنگل‌ها می‌شود یا خیر. در پاسخ باید گفت: بحث ما درباره اصل مرتع و جنگل، یعنی اصل زمین است، همراه با آنچه در داخل آن‌ها از علف‌ها، هیزم‌ها، چوب‌ها، درختان و... است؛ در حالی که تعبیرهای مذکور فقط شامل علف‌ها و درختان بدون عرصه و زمین می‌شود؛ بنابراین همان‌طور که در تعریف مباح ذکر شد، مباح دو نوع مصداق دارد: منقول و غیرمنقول و کلاء و آجام از مصادیق منقول است، ولی خود مراتع و جنگل‌ها از مصادیق

۱. البته بعضی از فقهای امامیه مثل صاحب جواهر در خصوص مالکیت بعضی از اراضی، مثل زمین‌های آباد طبیعی، قائل‌اند که این‌ها زیرمجموعه انفال قرار نمی‌گیرد؛ بلکه جزء مباحات اصلی است. (ر.ک. نجفی،

غیرمنقول است. در نتیجه بحث مراتع و جنگل‌ها شامل کلاء و آجام نمی‌شود. در ادامه به بررسی مالکیت مباحات و در نتیجه مالکیت مراتع و جنگل‌ها در فقه حنفیه پرداخته می‌شود.

۳-۱- مالکیت مباحات

مباحات که ثروت‌های خدادادی است، به تمامی مسلمانان بلکه به تمام مردم تعلق دارد و استفاده و بهره‌برداری از آن‌ها برای تمام مردم، مشاع است. اکنون سؤالی که مطرح می‌شود این است که مالک این مباحات کیست؟ در پاسخ باید گفت: مباحات در ابتدا ملک کسی نیست و همه در استفاده آن مساوی هستند؛ اما اگر کسی بر آن تسلط و استیلا پیدا کند مالک آن می‌شود.

دلیل آن روایات زیادی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است که در این رابطه بیان شده و به عنوان نمونه به مواردی اشاره می‌شود.

(الف) «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ، فَهُوَ لَهُ.» (سجستانی، ۱۴۳۰ق: ۶۷۹/۴) (هرکس در دستیابی به چیزی از دیگر مسلمانان سبقت و پیشی بگیرد، مالک آن می‌شود).

(ب) «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ.» (ترمذی، ۱۳۹۵ق: ۶۵۵/۳؛ بخاری، ۱۴۲۲ق: ۱۰۶/۳) (هرکس زمین مرده‌ای را احیا کند مالک آن می‌شود).

(ج) «مَنْ عَمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا.» (بخاری، ۱۴۲۲ق: ۱۰۶/۳) (هرکس زمینی که ملک کسی نیست را آباد کند از دیگران نسبت به آن اولویت دارد).

(د) «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلَاءِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ.» (سجستانی، ۱۴۳۰ق: ۳۴۴/۵) (مسلمانان [مردم] در سه چیز شریک‌اند: آب، گیاه و آتش).

سرخی از فقهای حنفیه در توضیح و تفسیر حدیث آخر که حدیث مشهوری از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است، می‌نویسد: استفاده و بهره‌برداری از سه عنوانی که در روایت آمده، مثل استفاده از نور خورشید و فضا است. همه مسلمانان و غیرمسلمانان در بهره‌برداری از آن مساوی‌اند و کسی حق ندارد دیگران را از استفاده از آن منع کند؛ این مثل استفاده از معابر و راه‌های عمومی است. ایشان در ادامه می‌افزاید: منظور از لفظ «شُرَكَاء» که در روایت آمده بیان اصل مباح بودن و مساوی بودن مردم در بهره‌برداری از آن است؛ نه اینکه مردم مالک آن‌ها

باشند. (ر.ک. سرخسی، ۱۴۱۴ق: ۲۳/۱۶۴)

علاوه بر احادیث پیامبر ﷺ، در منابع عامه از جمله حنفیه عباراتی آمده که مطلب مذکور را تأیید می کند؛ چنان که یکی از اسباب مالکیت را استیلا و مسلط شدن بر مباحات دانسته اند: «إنَّ أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة وهي: الاستيلاء على المباح... وفي القانون المدني هي ستة: الاستيلاء على ما ليس له مالك من منقول أو عقار.» (زحیلی، بی تا: ۵۶۲/۶) برای ترجمه عبارت، ابتدا باید دانست که در تفسیر «الاستيلاء على المباح» گفته شده: «الاستيلاء على المباح: السبق إلى وضع اليد على مال لا مالك له». (قلعه جی، ۱۴۰۸ق: ۶۷) استیلا به معنای سبقت گرفتن در مسلط شدن بر مال بی مالک است.

بنابراین معنای عبارت یادشده، این طور است: اسباب مالکیت تام (مالکیت خود شیء و منفعتش) در شریعت، چهار مورد است: مسلط شدن بر مباحات... و در قانون مدنی شش مورد است: مسلط شدن بر چیزی که مالک ندارد، چه منقول باشد و چه غیر منقول.

در مجله عدلیه که توسط جمعی از نویسندگان حنفی نوشته شده، با اقتباس از روایات پیامبر ﷺ بر این مطلب تأکید شده و آمده: «برای هرکسی جایز است از مباحات استفاده کند، البته به شرط اینکه به مردم آسیب نرساند.» (جمعی از نویسندگان، بی تا: ۲۴۱) همچنین آمده است: «کسی حق ندارد دیگران را از دستیابی و استفاده از مباحات منع کند.» (جمعی از نویسندگان، بی تا: ۲۴۱)

البته باید یادآوری کرد که جواز تصرف همه مردم در مباحات مشروط به این است که قانونی مبنی بر عدم جواز تصرف یا محدود شدن تصرف وضع نشده باشد. چنان که در ماده ۸۳۲ و ۸۳۵ قانون مدنی سوریه و ماده ۸۷۴ قانون مدنی مصری و بقیه قوانین مدنی، محدودیت هایی در این زمینه قرار داده شده است:

ماده ۸۳۲: ۱. زمین های غیرزراعی که مالک خصوصی ندارد، ملک دولت است؛ ۲. تملک این زمین ها و یا تصرف آنها بدون مجوز قانونی برابر با مقررات، جایز نیست.

ماده ۸۳۵: درخواست تصاحب و تملک هریک از حقوق حقیقی درمورد املاک ثبت شده در سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و همچنین درمورد جنگل ها و املاک متروکه، متصل یا محافظت شده، مجاز نیست. (سایت نادى المحامى السورى، ۲۰۱۹/۱۰/۳)

بنابراین مراتع و جنگل‌ها که از مباحات است، در ابتدا ملک کسی نیست و هر کس زودتر از دیگران نسبت به تسلط بر آن‌ها اقدام کند، مالک آن‌ها می‌شود؛ به شرط آنکه قوانین موجود از آن ممانعت نکند؛ اما با توجه به قوانین موضوعه، این اموال در حال حاضر جزء اموال عمومی دولت محسوب می‌شود و بدون مجوز قانونی، حق دخل و تصرف در این اموال داده نشده است.

۴- تفاوت نظر امامیه و حنفیه در مالکیت مراتع و جنگل‌ها

همان طور که فقهای امامیه، مراتع و جنگل‌ها را ملک دولت اسلامی می‌دانند، فقهای حنفیه نیز آن‌ها را ملک دولت اسلامی می‌دانند؛ اما با این تفاوت که امامیه آن‌ها را جزء انفال و حنفیه جزء مباحات می‌دانند. فرق دیگری که وجود دارد اینکه رئیس دولت از نظر امامیه در عصر حضور، رسول خدا و ائمه هدی (علیهم‌السلام) و در عصر غیبت، فقیه جامع‌الشرایط است، ولی از نظر مذهب حنفیه در عصر حضور، رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و پس از او خلفای اربعه و پس از خلفای اربعه، دولت‌های حاکم بر شهرهای مسلمانان‌اند.

یکی از معایبی که می‌توان برای نظریه فقه حنفیه برشمرد این است که تمام ثروت‌های خدادادی، از جمله مراتع و جنگل‌ها در اختیار دولت حاکم بر کشور اسلامی قرار می‌گیرد، اگرچه ایشان فاسق باشد؛ بنابراین، معلوم نیست که چنین حاکمی چه بلایی بر سر این سرمایه‌های ملی درمی‌آورد؛ برخلاف فقه امامیه که یکی از شرایط ولی فقیه را عدالت می‌داند؛ (ر.ک. خمینی، ۱۴۳۴ق: ۵۰) در نتیجه چنین حاکمی نهایت تلاش خود را در توزیع و صرف این اموال در جهت عدالت اجتماعی معطوف می‌کند.

ثمره عملی که برای مالکیت مراتع و جنگل‌ها در این دو نظام فقهی می‌توان بیان نمود این است که طبق فقه حنفیه، پادشاه و امثال ایشان که به عنوان حاکم اسلامی بر امت اسلامی حکومت می‌کنند، از ثروت‌ها و سرمایه‌های ملی به نفع شخصی خود سوءاستفاده می‌کنند و هر روز ثروتمندتر می‌شوند، در مقابل مردم و به‌ویژه افراد کم‌درآمد، هر روز فقیرتر و فاصله طبقاتی بین حاکم و امت هر روز بیشتر می‌شود؛ برخلاف نظام فقهی امامیه که در شرایط ولی فقیه، عدالت (خمینی، ۱۴۳۴ق: ۵۰) و زهد در دنیا (ر.ک. منتظری، ۱۴۰۹ق:

۹۱/۲) را قرار داده‌اند و طبق این شرایط است که ولی فقیه مانند افراد متوسط جامعه، بلکه افراد کم‌درآمد جامعه زندگی می‌کند.

تفاوت دیگری که بین مالکیت در فقه امامیه با حنفیه وجود دارد، این است که در فقه حنفیه، دولت، مالک واقعی نیست؛ بلکه مالک آن، عموم مسلمانان هستند و حاکم اسلامی به‌عنوان نماینده مردم حق تصرف در آن را دارد؛ برخلاف امامیه که دولت و به عبارت صحیح‌تر، حاکم اسلامی، مالک واقعی آن است.

شیخ طوسی از فقهای امامیه در کتاب خلاف که کتابی در زمینه فقه مقارن است، می‌نویسد: «کل موضع وجب المال لبیت المال (یکون للمسلمین) عند الفقهاء، و عندنا للإمام، دلیلنا: اجماع الفرقه و أخبارهم.» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۳/۴) (در هر جا که مالی برای بیت‌المال دانسته شده است، نزد فقهای اهل سنت برای مسلمانان است و نزد ما برای امام است... دلیل ما اجماع فرقه امامیه و روایات آنان است).

در پایان، نگارنده لازم می‌داند که با اقتباس از تعریف امام خمینی از انفال که به نظر تعریف جامعی نسبت به سایر تعریف‌ها است، به پیشنهاد ماده‌ای قانونی بپردازد که عبارت است از: «هر نوع مالی، چه منقول و چه غیر منقول، هر گاه مالک و سرپرست خصوصی نداشته باشد، از آن حکومت اسلامی است.»؛ بنابراین مواردی که تعریف اصطلاحی مرتع و جنگل بر آن صدق نمی‌کند، با توجه به داشتن پوشش گیاهی و درختی غیر متعارف و با توجه به این قاعده کلی، زیر مجموعه انفال قرار گرفته و احکام انفال بر آن‌ها جاری می‌شود.

نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه گذشت و مبتنی بر آیات، روایات، اقوال فقها و تحلیل صحیح آن‌ها، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. در فقه امامیه، مراتع و جنگل‌ها جزء انفال و انفال، ملک حاکم اسلامی است که برای اثبات این حکم به آیات قرآن، روایات معصومان (علیهم‌السلام) و کلمات فقها استناد شده است. حاکم اسلامی در زمان رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و بعد از ایشان، در زمان حضور سایر معصومان (علیهم‌السلام)، خود این بزرگواران و در زمان غیبت هم ولی فقیه جامع‌الشرایط است و طبق فقه امامیه حاکم

اسلامی هر طور صلاح بداند در آنها تصرف می کند.

۲. در مالکیت امام و حاکم اسلامی نسبت به انفال، سه احتمال متصور است: اول، عنوانِ مشیر بودن رسالت و امامت؛ دوم، حیثیت تعلیله داشتن؛ سوم، حیثیت تقییدیه داشتن. با توجه به رد احتمال اول و دوم، احتمال سوم ثابت می شود که دلالت بر این دارد که انفال ملک شخصیت حقوقی امام و حاکم اسلامی است، نه شخصیت حقیقی آنها و مستند این احتمال، روایات اهل بیت (علیهم السلام)، سیره عقلا و مؤیدات و قرائین است.

۳. در فقه حنفیه، مراتع و جنگل ها جزء مباحات اولیه است که از ثروت های خدادادی به حساب می آید. مهم ترین مستند این حکم، روایت معروفی از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) است که مسلمانان یا همه مردم را در سه چیز شریک می دانند: آب، گیاه و آتش. طبق مبنای حنفیه، مباحات در ابتدا ملک کسی نیست و هر کس نسبت به دیگران بر آنها سبقت بگیرد، مالک آنها می شود. البته در عصر کنونی، حکومت اسلامی به عنوان نماینده مردم، مسئولیت صیانت و نگه داری از آنها را به عهده دارد و در واقع به نمایندگی از مردم، مالک آنها محسوب می شود؛ بنابراین برای حفظ و بقای ثروت های عمومی و نیز رعایت عدالت و مصلحت عمومی، حتی برای آیندگان، دولت از تصرف بی رویه و قطع درختان و تغییر پوشش های گیاهی جلوگیری به عمل می آورد.

۴. تفاوت اساسی که بین مالکیت در فقه امامیه با حنفیه وجود دارد، این است که در فقه حنفیه، دولت، مالک واقعی نیست؛ بلکه مالک آن، عموم مسلمانان هستند و حاکم اسلامی به عنوان نماینده مردم حق تصرف در آن را دارد؛ برخلاف امامیه که دولت و به عبارت صحیح تر، حاکم اسلامی، مالک واقعی آن است.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، بیروت: دار صادر.
۲. أبویوسف، یعقوب بن إبراهیم، بی تا، الخراج، تحقیق طه عبدالرئوف سعد و سعد حسن محمد، بی جا: المكتبة الأزهرية للتراث.
۳. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب الخمس، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵ق، الحدائق الناضرة، قم: اسلامی.
۵. بخاری، محمد بن إسماعیل، ۱۴۲۲ق، صحیح البخاری، تحقیق محمد زهیر بن ناصر الناصر، دمشق: دار طوق النجاة.
۶. ترمذی، محمد بن عیسی، ۱۳۹۵ق، سنن الترمذی، تحقیق أحمد محمد شاكر، مصر: شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
۷. جمعی از نویسندگان، بی تا، مجله الأحكام العدلیة، تحقیق نجیب هواینی، کراچی: نور محمد، کارخانه تجارت کتب آرام باغ.
۸. جوادی آملی، عبدالله، ۱۳۶۸، ولایت فقیه: رهبری در اسلام، چ ۲، بی جا: رجاء.
۹. حر عاملی، محمد، ۱۴۰۳ق، وسائل الشیعة، تحقیق عبد رحیم ربانی شیرازی، تهران: کتاب فروشی اسلامی.
۱۰. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، قواعد الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. حلّی (محقق)، جعفر بن حسن، ۱۴۰۹ق، شرائع الإسلام، تحقیق عبدالحسین محمدعلی بقال، چ ۲، تهران: اسماعیلیان.
۱۲. حلّی، محمد بن احمد بن ادریس، ۱۴۱۰ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چ ۲، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۱۳. خامنه‌ای، علی، ۱۳۸۸، اجوبة الاستفتائات (فارسی)، تهران: هدی.
۱۴. خمینی، روح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۱۵. -----، ۱۳۹۲، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۶. -----، ۱۴۳۴ق، ولایت فقیه (حکومت اسلامی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۷. خوئی، أبوالقاسم، بی تا، المستند فی شرح العروة الوثقی، تحقیق مرتضی بروجردی، قم: مؤسسه احیای آثار امام خوئی.
۱۸. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، چ ۲، تهران: دانشگاه تهران.
۱۹. زحیلی، وهبة، ۱۴۰۹ق، الفقه الإسلامی و أدلته، دمشق: دارالفکر.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، اموال و مالکیت، چ ۲۹، تهران: میزان.
۲۱. سجستانی، أبوداود، ۱۴۳۰ق، سنن أبی داود، تحقیق شعیب الأرئوط، بی جا: دارالرسالة العالمية.
۲۲. سرخسی، محمد بن أحمد، ۱۴۱۴ق، الميسوط، بیروت: دارالمعرفة.
۲۳. شوکت فدایی، محسن و عباسعلی سندگل، ۱۳۷۸، مقدمه‌ای بر دام و مرتع، تهران: دفتر طرح و برنامه ریزی و هماهنگی امور پژوهشی.
۲۴. طباطبائی، محمدحسین، ۱۳۹۳ق، المیزان فی تفسیر القرآن، چ ۲، قم: اسماعیلیان.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۴، تهذیب الاحکام، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۲۶. -----، ۱۴۰۰ق، النهایة، چ ۲، بیروت: دارالکتاب العربی.
۲۷. -----، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم: اسلامی.
۲۸. -----، بی تا، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۹. -----، ۱۳۸۷ق، الجمل و العقود فی العبادات، مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد.
۳۰. عاملی، محمد، ۱۴۱۱ق، مدارک الأحکام، بیروت: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۳۱. قلعه جی، محمدرواس، بی تا، الموسوعة الفقهية الميسرة، بیروت: دارالنفایس.

۳۲. -----، ۱۴۰۸ق، معجم لغة الفقهاء، بی‌جا: دارالنفایس.
۳۳. کاسانی، أبوبکر بن مسعود، ۱۴۰۶ق، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، چ ۲، بی‌جا: دارالکتب العلمیه.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۵. مجلسی، محمدباقر، ۱۴۰۴ق، مرآة العقول، چ ۲، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۶. مروارید، علی أصغر، ۱۴۱۰ق، الینایع الفقهیة، بیروت: دارالتراث - الدار الإسلامیه.
۳۷. مصباح یزدی، محمدتقی، ۱۳۹۱، مردم‌سالاری دینی و نظریه ولایت فقیه، بی‌جا: مؤسسه امام خمینی.
۳۸. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، ۱۴۱۳ق، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۳۹. منتظری، حسینعلی، ۱۴۰۹ق، مبانی فقهی حکومت اسلامی، قم: مؤسسه کیهان.
۴۰. نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۲، جواهرالکلام، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۵ق، مستند الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۴۲. یزدی، محمد کاظم، ۱۳۷۰، حاشیه مکاسب، چ ۴، قم: اسماعیلیان.
- منابع اینترنتی:
۴۳. سایت نادى المحامى السورى، ۲۰۱۹/۱۰/۳، «استشارات و أسئلة و أجوبة فى القوانين السورية»: <https://www.syrian-lawyer.club>
۴۴. سایت وزارت جهاد کشاورزی، ۱۳۸۵/۱۰/۴، «دستورالعمل ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی برای طرح‌های کشاورزی تولیدی»:
- https://maj.ir/index.aspx?page_=dorsaetoolseinstruction&lang=1&sub=0&PageID=31103&PageIDF=0&tempname=Main.
۴۵. وبلاگ منابع حقوقی دکتر احمد بیگی، ۱۳۹۲/۹/۲۵، «قانون مدنی مصر»:
- <http://beygi-ahmad.blogfa.com/post/40>.

بررسی سن ممیزی صبی، با تکیه بر مفهوم‌شناسی آن در لغت، فقه و حقوق ایران

عمار جعفری نژاد^۱

حسن حکیم‌باشی^۲

محسن جهانگیری^۳

مهدی صالحی مقدم^۴

چکیده

اهل لغت سن خاصی را نسبت به «صبی ممیز» و «غیرممیز» بیان نکرده‌اند و تنها زمان تولد تا بلوغ را، به طور کلی مورد توجه قرار دادند؛ اما فقها در کتب فقهی، سن تمیز و عدم تمیز صبی را، به توان کودک در تشخیص اجمالی بین نفع و ضرر خودش و عدم آن، تعبیر نموده‌اند که به طور معمول، از زمان تولد تا سن شش و هفت سالگی را ناممیز و از این سن به بعد تا چهارده و پانزده سالگی که سن بلوغ و تکلیف صبی فرامی‌رسد را ممیز دانسته‌اند. حقوق‌دانان نیز به تبعیت از فقها، همین سن را در مورد صبی ممیز و غیرممیز بیان نموده‌اند؛ با این تفاوت که سن تمیز را معمولاً بین ده تا دوازده سالگی می‌دانند. البته بعضی از حقوق‌دانان سن تمیز را نسبی دانسته و دلیل آن را قدرت قوه درک کودک می‌دانند. در نوشته حاضر که مبتنی بر روش جمع‌آوری در کتابخانه بوده و از روش تحلیلی توصیفی کمک گرفته است، این نتیجه به دست آمده که از زمان تولد تا حدود سن هفت سالگی، سن عدم تمیز کودک و از این سن تا زمان بلوغ که حدود سن پانزده سالگی است، سن تمیز کودک خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: صبی، صغیر، طفل، کودک، ممیز، غیرممیز، بلوغ.

۱. دانش‌پژوه سطح چهار حوزه علمیه خراسان. (نویسنده مسئول) ammar62000@yahoo.com

۲. مشاور رئیس دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی. Hakimbashi45@yahoo.com

۳. دانشیار فقه و اصول دانشگاه علوم اسلامی رضوی. m.jahangiri2008@gmail.com

۴. دانشجوی دکتری حقوق جزای دانشگاه علوم اسلامی رضوی. mahdi12salehi@gmail.com

معانی مختلفی در کتب لغوی، فقهی و حقوقی در ارتباط با کلمه «صبی» بیان شده است. این مقاله در نظر دارد:

۱. به مفهوم صبی پردازد که با کلماتی همچون صغیر، طفل و در فارسی با کودک، مترادف است؛
۲. کاربرد این کلمات را طبق مفهومشان، از لحاظ کلیت و عمومیت در بحث‌های مختلف فقهی و حقوقی در زمینه جرم و مجازات و... بررسی کند؛
۳. با تعریف صبی «ممیّز» و «غیر ممیّز»، سن خاصی را نسبت به دو بخش «قوة تمیّز» و «عدم تمیّز» که حقوق فقهی کودک را در بر می‌گیرد، مشخص نماید که در حوزه علوم جزایی ملاک عمل قرار می‌گیرد؛
۴. به ثمره اثبات ممیّز بودن یا نبودن طفل پرداخته و شک حاصل درباره «ممیّز بودن» یا نبودن وی را برطرف کند؛
۵. جهت اختلاف نظرات در زمینه «سن تمیّز» صبی در فقه امامیه را بررسی کند.

۱- صبی در لغت

«کودکان» یا واژه‌های مشابه دیگری که بر این معنا دلالت دارد، از جمله اطفال، صغار و نوجوانان، به عنوان یکی از گروه‌های آسیب‌پذیر اجتماعی، از زوایای مختلفی از سوی روان‌شناسان، جامعه‌شناسان، فقیهان و حقوق‌دانان مورد توجه قرار گرفته و در تعریف آن نظرات مختلفی، ابراز شده است. (طه، ۱۳۹۰: ۱۵۳)

در ابتدا به جهت وضوح مطالب به بیان مفهوم صبی، صغیر، کودک، یا طفل در لغت و اصطلاح که در بعضی از کتب لغت آمده اشاره و بعد از آن به ذکر تعاریف فقهی و حقوقی پرداخته خواهد شد.

«فرزند صغیر انسان را کودک (طفل) نامند. این لفظ بر فرزند مذکر (پسر) و مؤنث (دختر) و نیز جمع آن‌ها (فرزندان) اطلاق شده است و تا زمانی که به سن تمیّز نرسیده، او را طفل صغیر نامند.» (المقری فیومی، ۱۴۰۵: ۳۷۴) در کتب لغت دیگر نیز تعاریف مشابهی از طفل وجود دارد؛ (طریحی، ۱۴۱۶: ۱۱۰۶/۲) فرزند انسان از زمان تولد تا بلوغ، کودک یا

«صغیر» نامیده می‌شود که معادل آن در زبان عربی، طفل است. (ابراهیم و دیگران، ۱۹۸۹: ۵۶؛

انوری، ۱۳۸۱: ۵۹۸۹/۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۱۸۲/۴)

همچنین، کودک تا زمانی که در شکم مادر است و زاییده نشده، «جنین» نام دارد. (عمید، ۱۳۸۲: ۷۰۸/۱؛ ابراهیم و دیگران، ۱۹۸۹: ۱۴۱) هرچند در لغت عرب، کودک بر جنین در رحم مادر اطلاق شده، ولی در محاورات رایج عرفی و نیز در اصطلاح فقیهان، متداول نیست و استفاده نمی‌شود. (المقری فیومی، ۱۴۰۵ق: ۱۱۱)

در کتاب العین آمده است: «رضیع الصبی، در زبان عربی به کودکی گفته می‌شود که شیر مادر را از پستان او می‌خورد (فراهیدی، ۱۴۲۱ق: ۶۸۳/۱) و در زمان شیرخوارگی «رضیع» نام دارد.» (عمید، ۱۳۸۲: ۱۰۴۶/۲؛ المقری فیومی، ۱۴۰۵ق: ۲۲۹؛ ابراهیم و دیگران، ۱۹۸۹: ۳۵۰) به‌طور کلی کودک در لغت عبارت است از هر پسر و دختری که به «نضج» و رشد نرسیده باشد. دوران کودکی از دوران بارداری شروع و تا بلوغ ادامه دارد (نجفی و دیگران، ۱۳۷۷: ۱۱) و بخشی از دوره مهم تکوین و شکل‌گیری توأم شخصیت آدمی است. به عبارت دیگر کودک یا طفل در لغت به بچه انسان پیش از بلوغ یا انسان نابالغ گفته می‌شود. (معظمی، ۱۳۸۸: ۵۱)

صغیر در لغت، خرد و کوچک و مقابل کبیر است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۴۹۳۸/۱۰) و کسی است که به سن بلوغ نرسیده باشد؛ (قدیانی، ۱۳۷۵: ۶۳) «الصغر» یعنی آنچه در سن و یا حجم کوچک باشد (مروج، ۱۳۷۹: ۳۰۵) و «صغار» جمع صغیر است. (امامی، ۱۳۷۵: ۱۲۴/۵) راغب اصفهانی درباره صغیر آورده: از اسامی متضاد است که با در نظر گرفتن بعضی به بعضی دیگر به کار می‌رود؛ مثل چیزی که در کنار چیز دیگری، کوچک است. (اصفهانی، بی تا: ۵۶۱/۲)

در فرهنگ معین نیز اشاره دارد که: صغار و صغرا که جمع خرد و کوچک است، مترادف کودک و فرزندی است که به حد بلوغ نرسیده است. (معین، ۱۳۸۴: ۶۴۴؛ عمید، ۱۳۸۲: ۱۳۶۱/۲)

«صغر» وصفی است که از زمان ولادت تا بلوغ به انسان ملحق می‌شود (عبدالمنعم، ۱۹۱۹:

۳۷۰) و در نهج البلاغه این گونه آمده است: «من عظم صغار المصائب ابتلاه الله بكبارها» (قرشی، ۱۳۷۷: ۶۳۷/۲)

صغیر در لغت، کاربرد عام و گسترده تری نسبت به طفل دارد؛ به طوری که به هر موجود یاشیء کوچک از آن نوع اطلاق می شود؛ چنان که این معانی برای آن ذکر شده: کوچک، خرده، ریز، محقر، خفیف، پست، غیر مهم، جزئی، کم، دون، کوچک شدن، جوان، تازه، نوین، نوباوه، نورسته، برنا. (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۱۴۸)

منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد (قدیانی، ۱۳۷۵: ۶۷) و الطفل یعنی کودک. (جبران مسعود، ۱۳۸۶: ۱۱۲۷/۲؛ افراهم البستانی، ۱۳۷۴: ۳۳۶؛ عمید، ۱۳۸۲: ۱۴۰۰/۲)

در لسان العرب آمده: به بچه های کوچک انسان و چهارپایان، طفل گفته می شود. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۰۱/۱۱)

واژه طفل در عربی برای مذکر و مؤنث یکسان است. بعضی از مفسران در تفاسیر خویش به این مطلب اذعان کرده اند؛ مانند شیخ طوسی که در ذیل آیه ﴿ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِيَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ﴾ (غافر، ۶۷) می گوید: «منظور از طفل، انسان کوچک و خردسال است.» (طوسی، ۱۳۶۵: ۲۵۹/۲) و همچنین، آورده: «اطلاق طفل به کودک، زمان به دنیا آمدن او تا بالغ شدنش است.» (طوسی، بی تا: ۲۹۲/۷)

صبی دلالت بر پایین بودن سن می کند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۳۱/۳) و در تاج العروس نیز آمده: «صبی به کودک گفته می شود که هنوز از شیر گرفته نشده است.» (زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۹۰/۱۹)

۲- صبی در فقه

در اصطلاح فقهی نیز به فرزند انسان از زمان تولد تا ابتدای بلوغ، کودک اطلاق می شود. این تعبیر در بسیاری از مباحث به چشم می خورد؛ (انصاری، ۱۳۹۱: ۶۰/۱) به طور مثال درباره خواندن نماز میت بر طفل، آمده است: «بر جنازه طفلی که به حد بلوغ نرسیده باید دعا شود.»

(طباطبائی حائری، ۱۴۰۹ق: ۱/۱۵۶) و همچنین در ارتباط با موضوع تبعیت صبی از والدین خویش در احکام اسلامی، بعضی از فقها این گونه آورده‌اند: «حکم طفلی که به سن بلوغ نرسیده مطلقاً، پسر باشد و یا دختر، از جهت مسلمان یا کافر بودن، حکم والدین اوست و در احکامی مثل طهارت و نجاست، از آن‌ها تبعیت می‌نماید. این مسئله بین فقها اجماعی است و روایات متواتری بر آن دلالت دارد.» (طباطبائی، ۱۴۱۲ق: ۸/۱۰۹)

این معنای اصطلاحی صبی، از کلمات فقها در مباحث مربوط به بلوغ نیز به خوبی استفاده می‌شود؛ زیرا تکلیف و رفع «حجر» از کودک را مشروط به بلوغ دانسته‌اند (نجفی، بی‌تا: ۴/۲۶؛ کرکی، ۱۴۰۸ق: ۵/۱۸۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۳/۳۶۲؛ عاملی، ۱۴۲۵ق: ۴/۱۴۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۲ق: ۹/۲۳۷) و در تعریف بلوغ آورده‌اند: «بلوغ همان انتهای مرحله صغر و کودکی و دخول در مرحله تکلیف است.» (قلعه جی، ۲۰۰۰: ۱/۳۶۰)

در رابطه با تعریف طفل در فقه، عبیری در پایان نامه خویش می‌نویسد: «در فقه تعریفی از طفل ارائه نشده است؛ هرچند برای خروج از دوران صغر و طفولیت امارت و نشانه‌هایی را بیان نموده‌اند؛ از قبیل بلوغ و رشد و تمیز و رفع حجر، که با نگاه کلی می‌توان گفت: طفل به کسی گفته می‌شود که هنوز به حد بلوغ و رشد و تمیز نرسیده است.» (عبیری، ۱۳۹۰: ۲۲)

اما این تعریف، دارای اشکال است. ایشان ابتدا می‌گویند که در فقه تعریفی از طفل ارائه نشده و بعد از آن در تعریفی که بیان کرده نشانه‌های خروج از طفولیت را به عنوان تعریفی کلی برای طفل در فقه ارائه می‌کنند؛ در صورتی که در فقه و در کلمات فقها و حتی حقوق دانان، تعریف صحیح و جامعی از طفل داریم: «کودک کسی است که به حد بلوغ نرسیده باشد.» (انصاری، ۱۳۹۱: ۱/۶۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۶؛ شاملو، ۱۳۸۰: ۳۰۱) همچنین صغیر در کتاب اصطلاحات فقهی این گونه تعریف شده است: «نداشتن اموری که بلوغ شرعی با آن‌ها تحقق می‌یابد.» (مروج، ۱۳۷۹: ۳۰۵)

۲-۱- صبی ممیز

تمیز قوه‌ای است در مغز انسان که به او توانایی می‌دهد که معانی و مفاهیم را از یکدیگر جدا ساخته و مشخص نماید. (المقری فیومی، ۱۴۰۵ق: ۵۸۷)

ممیز، از ماده تمیز گرفته شده و به معنای جدایی اشیا از یکدیگر است. (انصاری، ۱۳۹۱: ۵۹/۱) در قرآن نیز به این نکته اشاره شده است: ﴿لِيَمِيزَ اللَّهُ الْخَبِيثَ مِنَ الطَّيِّبِ﴾ (انفال، ۳۷) (تا خداوند افراد پلید را از پاکیزه جدا سازد)

بنابراین صبی ممیز کسی است که بتواند اجمالاً بین نفع و ضرر خودش فرق گذارد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰: ۳۸/۳)

۲-۲- صبی غیر ممیز

غیر ممیز بر کودک کی اطلاق می شود که به حدی از فهم نرسیده و قدرت تشخیص سود و زیان خود را ندارد؛ مانند کودک شیرخوار و بچه های سه چهار ساله (انصاری، ۱۳۹۱: ۵۹/۱) که تصرفاتشان به هیچ عنوان صحیح نیست؛ چه ولی اذن بدهد و یا ندهد و تصرف او در چیز کوچکی باشد و یا بزرگ که در این دوره معمولاً کودک تا سنین شش و هفت سالگی ناممیز است. (فیض، ۱۳۶۵: ۱۶۹)

همچنین در معجم المصطلحات الفقهیه آمده است: «صغیر غیر ممیز کسی است که خرید و فروش را از هم تشخیص نمی دهد و نمی داند که در فروش باید از ملک طرف مقابل خارج شود و در خرید بایستی جنسی به ملک او در آید و تشخیص نمی دهد ضرر و زیان فاحش را.» (جرجس، ۱۹۹۶: ۲۱۹)

۳- صبی در حقوق

کودک در علوم مختلف از جمله روان شناسی، زیست شناسی، جامعه شناسی و حقوق بررسی شده و هریک از دانشمندان از دید خود، کودک و کودکی را تبیین نموده اند. (معظمی، ۱۳۸۸: ۵۱)

در اصطلاح حقوقی، طفل یا صغیر به کسی گفته می شود که از نظر سن به رشد جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد؛ (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۷۵؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۵۷) اما این تعریف خالی از ابهام نیست؛ زیرا معلوم نیست که رشد و نمو جسمانی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی در چه زمانی حاصل می شود.

البته قبل از اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۶۱، صغیر به کسی گفته می‌شد که به سن هجده سال تمام نرسیده بود؛ ولی با حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ و در نتیجه لغو هجده سالگی به عنوان «سن کبر»، امروزه مفهوم صغیر در فقه و حقوق مدنی یکسان است. (انصاری، ۱۳۹۱: ۶۱/۱)

بنابراین کودک یا «صغیر» به کسی اطلاق می‌شود که به سن بلوغ نرسیده و کبیر نشده است. (انصاری، ۱۳۹۱: ۶۰/۱) به عبارتی وصف صغیر در برابر کبیر که صفت شخص بالغ است قرار می‌گیرد؛ (معظمی، ۱۳۹۴: ۳۱) با این توضیح که در قوانین مدنی کلمه کودک مترادف با صغیر و طفل به کار رفته و صغیر کسی است که بالغ و رشید نشده باشد. (امامی، ۱۳۷۵: ۱۸۷/۵)

نکته مهم در مورد کاربرد دو کلمه صغیر و طفل در کتب فقهی و حقوقی این است: معمولاً در مواردی که مسائل حقوقی بحث می‌شود، از کلمه صغیر به جای کلمه کودک استفاده می‌شود و اگر بحث جرم و مجازات فرد به میان آید، کلمه طفل را به کار می‌برند؛ اما باید این مطلب را در نظر گرفت که در اینجا کلیت و عمومیتی در کار نیست و می‌توان از هر دو کلمه در کتب فقهی و حقوقی بهره برد.

۳-۱- صبی ممیز

کتاب اصطلاحات حقوق جزا، صبی ممیز را این گونه تعریف می‌کند: «فرد غیربالغی که خوب و بد را تشخیص می‌دهد که بین ۱۰ تا دوازده سالگی تا دوران بلوغ است.» (قدیانی، ۱۳۷۵: ۶۴)

کودک، قدرت تمیز و ادراک نسبت به بدی‌ها و خوبی‌ها را دارد و آن‌ها را در حد ضعیف تشخیص می‌دهد و کودک در این دوره، ممیز نامیده می‌شود. (اصغری، ۱۳۸۷: ۱۳۰) در حقیقت اطفال ممیز، اطفال غیربالغی هستند که قوه درک و تمیز نسبی دارند. (معظمی، ۱۳۹۴: ۳۱)

امامی در حقوق مدنی خویش می‌نویسد: «صغیر ممیز کسی است که می‌تواند عقود و ایقاعات را از یکدیگر تشخیص دهد و سود و زیان و آثار و احکام مهم آن را بداند.» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۵۰/۵)

کاتوزیان نیز می‌گوید: طفل ممیز به کودکی گفته می‌شود که شعور کافی و قدرت اراده کردن را دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۷)

بعضی از حقوق‌دانان می‌گویند: صغیر ممیز، صغیری است که نفع و ضرر را در دادوستد (در امور جزایی) مثل اشخاص عاقل و بالغ تشخیص دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۴۰۶؛ گلدوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳۹) و دارای قوه درک و تمیز نسبی است؛ با اینکه به سن بلوغ نرسیده، زشت را از زیبا و سود را از زیان بازمی‌شناسد و می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد. (صفایی، ۱۳۸۸: ۲۰۴)

یکی دیگر از حقوق‌دانان می‌گوید: «کودک ممیز کسی است که به‌طور اجمال از دادوستدها و خریدوفروش‌ها و معاملات سر دریاورد؛ بدین گونه که بفهمد، فروختن مستلزم آن است که مال کاملاً از ملک فروشنده بیرون می‌رود و به ملک خریدار منتقل می‌شود. وقتی کودک به هفت‌سالگی رسید رفته‌رفته در آستانه تشخیص و تمیز پا گذارده و هرچه بزرگ‌تر می‌شود رشد و درک او بیشتر می‌شود.» (فیض، ۱۳۶۵: ۱۶۹)

۳-۲- صبی غیر ممیز

صغیر غیر ممیز فرد غیر بالغی است که معمولاً خوب و بد را تشخیص نمی‌دهد؛ که تا ۱۰ یا دوازده سالگی است. (قدیانی، ۱۳۷۵: ۶۳)

امامی می‌گوید: «طفل غیر ممیز کسی است که نتواند نفع و ضرر خود را تشخیص دهد.» (امامی، ۱۳۷۵: ۵/۱۶۹) و یکی دیگر از حقوق‌دانان طفل غیر ممیز را این گونه تعریف می‌کند: «کسی که به سن بلوغ نرسیده و علاوه بر آن فاقد تمیز نسبت به موضوع معینی است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۴۹۳)

بعضی از حقوق‌دانان نیز می‌گویند: صغیر غیر ممیز، صغیری است که قوه تشخیص سود و زیان و آثار و احکام مهم عقد و ایقاعات را ندارد؛ (امامی، ۱۳۷۵: ۵/۲۵۰) یعنی به سنی نرسیده که قوه ادراک خوب و بد در او ایجاد شده باشد (شامیاتی، ۱۳۹۴: ۷۹) و به عبارتی دارای قوه درک و تمیز نیست و زشت را از زیبا و سود را از زیان تشخیص نمی‌دهد و نمی‌تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد. (صفایی، ۱۳۸۸: ۲۰۵)

بنابراین کودکان غیر ممیز کودکانی هستند که از زمان ولادت تا سن هفت سالگی بنا به قول گروهی از صاحب نظران و تا سن ده سالگی بنا به قول گروهی دیگر، در مرحله فقدان ادراک به سر می‌برند. (اصغری، ۱۳۸۷: ۷۲)

۴- بررسی صحت تقسیم صبی به ممیز و غیر ممیز

همه انسان‌ها در اوایل عمرشان، از قوه درک و تمیز برخوردار نیستند و تدریجاً با رشد اعضای بدن از نظر فکری نیز رشد کرده و اعمال آن‌ها نسبت به کسب منافع و دفع هر گونه ضرری هدفمند می‌شود؛ تا زمانی که منافع و مضرات را ادراک و فهم می‌نمایند. (زرقانی، ۱۴۰۶ق: ۵۹/۱)

۴-۱- ضابط تمیز و عدم تمیز کودک

حقوق فقهی کودک به دو بخش تقسیم می‌شود که از آن به قوه تمیز و قوه عدم تمیز تعبیر شده و این بستگی به سن خاصی ندارد. چه بسا کودکی به سن ۱۰ سال نرسیده باشد و قدرت تشخیص خوب و بد را نداشته باشد، یا کودکی به سن سیزده سال رسیده باشد، ولی قدرت تمیز و تشخیص حسن از قبح را نداشته باشد؛ بنابراین دین مبین اسلام سن خاصی را برای تمیز مشخص نکرده است. (فرقانی، ۱۳۷۹: ۶۶)

معمولاً در قوانین جزایی هیچ‌یک از کشورها کلمه «تمیز» را تعریف نمی‌کنند؛ ولی محققان و متخصصان علوم جزایی، معانی مختلفی از این کلمه به دست داده‌اند که دو معنای مهم آن به شرح زیر است:

بنا به تعریف اول، به عقیده برخی از علمای حقوق جزا، تمیز عبارت از آگاهی طفل است به اینکه مرتکب عمل غیرقانونی و یا خلاف نظام‌های اجتماعی شده است.

بنا به تعریف دوم، تمیز عبارت از قدرت تشخیص خوب از بد است و این کار مستلزم داشتن رشد عقلی است. (صلاحی، ۱۳۸۶: ۲۳۰)

در ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، حد بلوغ و رشد از هم تفکیک شده و از لحاظ دارا بودن مسئولیت کیفری، دختر ۹ سال تمام قمری و پسر ۱۵ سال تمام قمری، همانند بزرگسالان

شناخته شده‌اند. حداقل سن نیز برای این قبیل افراد مشخص نشده است؛ در صورتی که در قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار، قانون‌گذار اطفال را در مرحله اول به اطفال بین ۶ تا ۱۲ سال تقسیم کرده و قبل از این مرحله، طفل هر چند که مرتکب جرم شده باشد، مورد توجه قرار نمی‌گیرد و حتی به وضع اخلاقی و خانوادگی او رسیدگی نمی‌شود؛ (شامبیاتی، ۱۳۹۴: ۷۸) در صورتی که محیط و خانواده و زمان و مکان در این امر بی‌تأثیر نیست. قدرت تشخیص کودکی که در محیط خانواده بهتری از حیث فرهنگی رشد کرده، به مراتب از کودکان فاقد این شرایط بهتر است. (فرقانی، ۱۳۷۹: ۶۶)

به نظر می‌رسد که به عقیده قانون‌گذار، حد تمیز و عدم تمیز در دختر، ۷ تا ۹ سالگی و در پسر، ۷ تا ۱۵ سالگی باشد؛ به این نحو که بین ۷ تا ۹ سالگی در دختر و ۷ تا ۱۵ سالگی در پسر، سن غفلت و بی‌خبری و حد شعور و عدم شعور است و بعد از ۹ سالگی در دختر و ۱۵ سالگی در پسر، سن اطلاع و آگاهی و تمیز است. به عقیده برخی از دانشمندان، به طور کلی برای تعیین سن کودک ممیز باید گفت که وقتی کودک به سن ۷ سالگی می‌رسد در آستانه تشخیص و تمیز پا گذارده و هر چه بزرگ‌تر می‌شود، رشد و درک او از حقایق و وقایع اطرافش بیشتر می‌شود. به عبارت دیگر پس از ۷ تا ۱۵ سالگی پسر می‌توان عنوان طفل ممیز را بر او اطلاق کرده و برای دختر از ۷ تا ۹ سالگی می‌توان چنین اطلاقی نمود. (فیض، ۱۳۶۵: ۱۶۷)

۴-۲- تودید در ممیز و غیرممیز بودن صبی

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که هر زمان در ممیز بودن و یا غیرممیز بودن طفل شک کنیم، برای رفع آنچه باید کرد. در پاسخ می‌توان گفت: مدعی کسی است که قول او مخالف اصل است و دلیل اثبات ادعا با وی است. کسی که مدعی ممیز بودن طفل است باید دلیل بیاورد که او دارای درک نسبی امور و دارای قوه تشخیص خوبی از بدی و زشتی از زیبایی است. (معظمی، ۱۳۹۴: ۳۲) به عبارت دیگر: فردی که کلامش طبق اصل است به دلیلی نیاز ندارد و شخصی که ادعایش، خلاف اصل است باید دلیل بیاورد.

عبیری در پایان نامه خویش در این باره می نویسد: از آنجا که حالت عدم تمیز در صغیر مقدم بر تمیز است، یعنی صغیر نخست غیر ممیز است و بعد تمیز را به دست می آورد، در صورت شک در حدوث تمیز، حکم به بقای حالت سابق می نماییم؛ به عبارتی صفت عدم تمیز را استصحاب می کنیم؛ بنابراین کسی که ادعای عدم تمیز می کند و بدین سبب معامله صغیر را باطل می داند، از آنجا که ادعایش موافق اصل است، نیاز به اقامه دلیل ندارد، بلکه طرف دیگر که صغیر را ممیز و دارای اراده حقوقی می داند، باید ادعای خود را با دلیل ثابت کند. (عبیری، ۱۳۹۰: ۶۷)

به نظر می رسد سن عدم تمیز با تشخیص دادگاه معین می شود؛ ولی با توجه به اهمیتی که قانون گذار برای این سن قائل شده است، از جمله آنکه در ماده ۱۴۷ ق.م.اسلامی (سن بلوغ، در دختران و پسران، به ترتیب ۹ و ۱۵ سال تمام قمری است) با احراز ممیزی بودن طفل مسئولیت کیفری دادرسی ویژه کودکان و نوجوانان پررنگ تر می شود، ضرورت دارد که حسن تمیز با ضوابط علمی تعیین شود؛ از این رو در مورد افراد نابالغ، بر اساس مقررات این قانون، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می شود. (معظمی، ۱۳۹۴: ۳۲)

۴-۳- شروع مرحله تمیز

اجماع فقها در این است که کودک غیر ممیز مشمول هیچ حکمی از احکام تکلیفی، هر چند احکام مستحبی، قرار نمی گیرد. (نجفی، بی تا: ۲۶۵/۲۲؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق: ۱۱۰/۷ و ۱۴۱۳ق: ۲۸۱/۲ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ۱۴۹/۵؛ حلی (محقق)، ۱۳۶۴: ۷۴۸/۲)

در فقه امامیه بعضی سن معینی را ملاک تشخیص و تمیز می دانند و از این جهت نزد فقها اختلافاتی به چشم می خورد؛ از آن جمله برخی سن ۱۰ سالگی را ابتدای مرحله تمیز می دانند (طرابلسی، ۱۴۰۶ق: ۲۸۸/۲؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق: ۳۳۵/۴) و برخی دیگر ۷ یا ۸ سالگی را ملاک می دانند. (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۲۲۹/۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ۶۵۳/۲؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق: ۳۰۶/۷؛ الاعرج، ۱۴۱۶ق: ۵۳۰/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۴۱۶/۱۳)

در فقه عامه نیز، صغیر غیر ممیز را این گونه معرفی می نمایند: «کسی که خرید و فروش را نمی فهمد، یعنی نمی داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن

است و بین «غبن» فاحش و آشکار مانند غبن به میزان پنج درهم و غبن کم، فرق نمی گذارد و به کسی که بین این‌ها فرق می گذارد، صغیر ممیز می گویند.» (جزیری غروی، ۱۴۱۹ق: ۱۴۲/۲)

دلیل اختلافات ناشی از آغاز مرحله تمیز نسبت به صبی را بایستی در میان روایات متعدد در این زمینه جست وجو کرد که در این مقاله به ذکر بخش کمی از این روایات به طور اجمالی پرداخته خواهد شد:

روایاتی در این زمینه موجود است که آغاز مرحله تمیز را ۶ سالگی می داند؛ به طور مثال در حدیث صحیح محمد بن مسلم آمده است: از امام صادق (علیه السلام) یا باقر (علیه السلام) سؤال نمودم که چه زمانی باید کودک نماز بخواند. فرمودند: آنگاه که نماز را بفهمد.^۱ گفتم: چه زمانی می فهمد؟ فرمودند: آنگاه که ۶ ساله شد. (طوسی، ۱۳۹۰ق: ۳۸۱/۲، ح ۶)

در روایات دیگری آمده که ابتدای این مرحله بین سنین ۶ و ۷ سالگی است؛ مانند سؤالی که در حدیثی صحیح از امام صادق (علیه السلام) پرسیده می شود که: چه زمان باید کودک را در انجام نماز مؤاخذه نمود؟ و حضرت می فرمایند: بین ۶ و ۷ سالگی. (طوسی، ۱۳۹۰ق: ۳۸۱/۲، ح ۷) در برخی دیگر از روایات، مرحله تمیز را بین ۷ تا ۹ سالگی (کلینی، ۱۳۸۸ق: ۴۰۹/۳، ح ۱؛ طوسی، ۱۳۹۰ق: ۳۸۰/۲، ح ۱) و در برخی آن را ۱۰ سالگی بر شمرده اند؛ همانند این روایت از امام صادق (علیه السلام) که فرمود: آنگاه که کودک ۱۰ ساله شود، جایز است در یک سوم از اموال خودش وصیت نماید. (طوسی، ۱۳۹۰ق: ۱۸۲/۹، ح ۷؛ کلینی، ۱۳۸۸ق: ۲۹/۷، ح ۴)

در نهایت گروه پنجم از روایات است که ملاک ممیز بودن کودک را قدرت فهم مطالب و تشخیص امور قرار داده است؛ از امام کاظم (علیه السلام) سؤال شده است: کودکی که به حد بلوغ نرسیده، اگر دارای زن باشد، می تواند زن خود را طلاق دهد و یا اموال خود را صدقه دهد؟ حضرت فرمودند: اگر طبق سنت و مقررات فقه اسلام طلاق دهد و صدقه را درموردی که نیاز و سزاوار است مصرف نماید، بلا مانع و جایز است.^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۷۹/۲۲، ح ۷)

۱. «إِذَا عَقَلَ الصَّلَاةَ»

۲. «إِذَا طَلَّقَ لِلسَّنةِ وَ وَضَعَ الصَّدَقَةَ فِي مَوْضِعِهَا وَ حَقَّهَا، فَلَا بَأْسَ، وَ هُوَ جَائِزٌ».

نتیجه گیری

آنچه از کتب لغت به دست می آید، صرف تعریفی کلی از صبی است و سن خاصی برای ممیزی کودک از کتب لغوی استخراج نمی شود و تنها بعضی از تعاریف در برخی از کتب لغوی گویای سن صبی به طور کلی از تولد تا بلوغ است؛ اما این گونه نیست که بتوان سن ممیزی را از این تعاریف استخراج کرد.

اما در کتب فقهی، می توان گفت: برداشتی که بر اساس نظرات به دست می آید، این است که فاصله تولد تا حدود هفت سالگی و از این سن به بعد تا پانزده سالگی را می توان سن تعیین کننده ای برای ناممیزی و ممیزی صبی در نظر گرفت. آنچه برخی از فقها در این باره به آن تأکید کرده اند، توان کودک در تشخیص بین نفع و ضرر خودش به طور اجمال است که فرق بین این دو را درک کند تا ضرر احتمالی را از خویش دور و منفعت احتمالی را جلب نماید.

حقوق دانان نیز صبی را از نظر ممیزی بررسی کرده اند و با پیروی از فقها، سن هفت تا ده سالگی برای کودکان ناممیز و از این سن تا سن بلوغ، یعنی سن پانزده سالگی را برای ممیزی صبی، در نظر گرفته اند.

رشد و نمو جسمی و روحی کودک، تشخیص و ادراک کودک از خوب و بد، شعور کافی و قدرت اراده و تشخیص نفع و ضرر همانند اشخاص عاقل و بالغ، از جمله مواردی است که حقوق دانان برای رسیدن به سنی مشخص برای تمیز و عدم تمیز در کودک از آن ها استفاده نموده اند.

البته اینکه بعضی از حقوق دانان سن تمیز را نسبی دانسته اند و اراده حقوقی کودک را در تشخیص سود و زیان خودش، دخیل در سن تمیز و عدم تمیز صبی می دانند، خللی به ثبات سن ممیزی در صبی که اکثر حقوق دانان به آن معتقدند وارد نمی کند. با این توجیه که دلیل ایشان بر نسبی بودن سن ممیزی در کودک این است: با اینکه طفل به سن بلوغ نرسیده، اما می تواند اراده حقوقی داشته باشد؛ اما باید گفت: تعریف نسبی بودن سن ممیزی کودک این نیست که کودک، قبل از سن بلوغ بتواند اراده حقوقی کند، بلکه نسبی بودن سن ممیزی در

طفل را این گونه بایستی تعریف کرد که ممکن است کودکی حتی قبل از سن هفت سالگی با توان و استعداد و هوش سرشار خویش بتواند اراده حقوقی نماید و ممکن است کودکی حتی بعد از هفت سالگی تا پانزده سالگی، نتواند این اراده را از خود نشان و بروز دهد؛ بنابراین تعریفی که بعضی از حقوق دانان از نسبی بودن سن تمیز و عدم تمیز کودک ارائه نموده اند، دچار اشکال واضحی است که با اندک تأملی این اشکال در کلام این حقوق دانان مشخص می شود.

با توجه به بررسی های به عمل آمده در مورد سن ممیزی صبی، نتیجه به دست آمده این است که همان سنی که در کتب فقها، در این باره مطرح شده و از روایات به دست آمده است، یعنی، زمان تولد تا حدود شش و هفت سالگی نسبت به ناممیزی کودک و از هفت سالگی تا سن بلوغ که همان پانزده سالگی است، نسبت به سن تمیز طفل، می تواند سن ممیزی صبی را روشن نماید.

البته نظرات بعضی از حقوق دانان که سن ممیزی صبی را برخلاف سایر فقها و حقوق دانان، نسبی می دانند، استثنا تلقی می شود و عملاً مورد توجه نیست. ذکر این نکته الزامی است که در قانون مجازات اسلامی جدید مصوب ۱۳۹۲، با اینکه قانون گذار گاهی به وجود اطفال ممیز و غیر ممیز اشاره دارد، اما سخنی درباره سن ممیزی اطفال به میان نمی آورد و سن مشخصی را بیان نمی کند و این خود یکی از نواقصی است که در این گونه قوانین بایستی مورد توجه قرار گرفته و رفع شود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن ادریس، محمد بن احمد، ۱۴۱۰ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: اسلامی.
۲. ابن فارس بن زکریا، احمد، ۱۴۰۴ق، معجم مقاییس اللغة، تصحیح عبدالسلام محمد بن هارون، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، تصحیح احمد فارسی، ج ۳، بیروت: دارالفکر.
۴. اصغری، عبدالرضا، ۱۳۸۷، سن مسئولیت کیفری در حقوق و جزای اسلامی و حقوق موضوعه، مشهد: مؤسسه انصار.
۵. الاعرج، سید عمیدالدین، ۱۴۱۶ق، کنز الفوائد، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. افرام البستانی، فؤاد، ۱۳۷۴، المنجد الطلاب، فرهنگ جدید عربی و فارسی، ترجمه محمد بندر ریگی، بی جا: حر.
۷. امامی، حسن، ۱۳۷۵، حقوق مدنی، ج ۱۱، تهران: اسلامی.
۸. انصاری، قدرت الله، ۱۳۹۱، احکام و حقوق کودکان در اسلام برگرفته از موسوعه احکام الاطفال و ادلته، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۹. انوری، حسن، ۱۳۸۱، فرهنگ بزرگ سخن، تهران: سخن.
۱۰. باهری، محمد، ۱۳۸۱، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران: رهام.
۱۱. بحرانی، آل عصفور، شیخ یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵ق، الحقائق الناطره فی احکام العترة الطاهرة، تصحیح محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۲. جبران، مسعود، ۱۳۸۶، فرهنگ الفبایی الرائد، ترجمه رضا انزابی نژاد، ج ۵، مشهد: آستان قدس رضوی.
۱۳. جرجس، جرجس، ۱۹۹۶، معجم المصطلحات الفقهیه و القانونیه، بیروت: الشركة

العالمية للكتب.

۱۴. جزیری غروی، سید محمد عبدالرحمن، ۱۴۱۹ق، الفقه علی مذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت، بیروت: دارالتقنین.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۰، ترمینولوژی حقوق، چ ۲۳، تهران: گنج دانش.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تصحیح گروه پژوهش مؤسسه آل البيت، قم: مؤسسه آل البيت.
۱۷. حلّی (علامه)، ابومنصور حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، قواعد الاحکام، تصحیح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: الاسلامی.
۱۸. -----، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت.
۱۹. -----، ۱۴۱۲ق، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، بی جا: مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه.
۲۰. حلّی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، ۱۳۶۴، المعبر فی شرح المختصر، قم: مؤسسه سید الشهداء (علیه السلام).
۲۱. خوانساری، سید احمد، ۱۴۰۵ق، جامع المدارک، تهران: مکتبه الصدوق.
۲۲. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
۲۳. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد بن فضل، بی تا، المفردات فی غریب القرآن، بی جا: مرتضوی.
۲۴. رواس قلعجی، محمد، ۲۰۰۰، موسوعه الفقهیه المیسره، بی جا: دارالفنایس.
۲۵. زبیدی، محمد مرتضی، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، تصحیح علی شیر، بیروت: دارالفکر.
۲۶. زرقانی، عبدالباقی، ۱۴۰۶ق، شرح الزرقانی، مصر: طبع عیسی الحلبي.
۲۷. سعدی، ابوجیب، ۱۴۰۸ق، القاموس الفقہی لغة و اصطلاحاً، چ ۲، دمشق: دارالفکر.
۲۸. شامیاتی، هوشنگ، ۱۳۹۴، بزہکاری اطفال و نوجوانان، تهران: مجد.
۲۹. شاملو، احمد، ۱۳۸۰، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی، بی جا: دادیار.

۳۰. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۲، تشکیل قراردادها و تعهدات، چ ۳، تهران: دانشگاه تهران.
۳۱. صفایی، سیدحسین، ۱۳۸۸، حقوق مدنی اشخاص و مهجورین، تهران: سمت.
۳۲. صلاحی، جاوید، ۱۳۸۶، بزهکاری اطفال و نوجوانان، تهران: میزان.
۳۳. طباطبائی، سیدعلی، ۱۴۱۲ق، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالذلال، بیروت: دارالهادی.
۳۴. طباطبائی حائری، محمدعلی، ۱۴۰۹ق، الشرح الصغير، قم: مكتبة آية الله المرعشی نجفی.
۳۵. طرابلسی، عبدالعزیز بن البرّاج، ۱۴۰۶ق، المهدّب، قم: الاسلامی.
۳۶. طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶ق، مجمع البحرين، چ ۳، تهران: مرتضوی.
۳۷. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۵، التبیان فی تفسیر القرآن، چ ۳، تهران: اسلامیة.
۳۸. —————، بی تا، التبیان فی تفسیر القرآن، تحقیق احمد قصیر عاملی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۹. —————، ۱۳۹۰ق، تهذیب الاحکام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۰. طه، فریده، ۱۳۹۰، بررسی کنگره‌های پیشگیری از جرم و عدالت کیفری سازمان ملل متحد - نوجوانان در معرض خطر بزهکاری، تهران: میزان.
۴۱. عاملی، زین الدین بن علی، ۱۴۲۵ق، مسالک الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۴۲. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن، ۱۹۹۹، المصطلحات و الالفاظ الفقهی، قاهره: دارالفضیله.
۴۳. عیری، حسین، ۱۳۹۰، «مسئولیت حقوقی و کیفری اطفال در فقه امامیه و مذاهب اربعه»، پایان‌نامه سطح سه حوزه علمیه خراسان.
۴۴. عمید، حسن، ۱۳۸۲، فرهنگ فارسی عمید، تهران: امیر کبیر.
۴۵. فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی، ۱۴۱۶ق، کشف اللثام، تصحیح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۶. فتح‌الله، بتول، ۱۳۹۳، حقوق کودک، تهران: جهاد دانشگاهی.

۴۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۲۱ق، کتاب العین، بی‌جا: دار احیاء التراث العربی.
۴۸. فرقانی، منصور، ۱۳۷۹، مبانی فقهی و حقوقی جرائم و تأدیب کودک، تهران: سازمان مرکزی انجمن اولیا و مربیان جمهوری اسلامی ایران.
۴۹. فیض، علیرضا، ۱۳۶۵، تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: امیرکبیر.
۵۰. قدیانی، عباس، ۱۳۷۵، فرهنگ اصطلاحات حقوق جزاء تهران: عابدزاده.
۵۱. قرشی، علی اکبر، ۱۳۷۷، مفردات نهج البلاغه، تهران: قبله.
۵۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۲، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: مدرس.
۵۳. کرکی، علی بن حسین، ۱۴۰۸ق، جامع المقاصد، قم: مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
۵۴. کلینی، یعقوب بن اسحاق، ۱۳۸۸ق، اصول کافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۵. گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۸، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، ج ۱۷، تهران: میزان.
۵۶. مروج، حسین، ۱۳۷۹، اصطلاحات فقهی، بی‌جا: بخشایش.
۵۷. مصطفی، ابراهیم و محمدعلی نجار، احمد حسن زیارت، حامد عبدالقادر، ۱۹۸۹، المعجم الوسیط، مجمع اللغة العربیه، استانبول: دارالدعوه.
۵۸. معظمی، شهلا، ۱۳۸۸، بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران: دادگستر.
۵۹. -----، ۱۳۹۴، دادرسی ویژه کودکان و نوجوانان، تهران: دادگستر.
۶۰. معین، محمد، ۱۳۸۴، فرهنگ فارسی معین، چ ۳، تهران: ادنا.
۶۱. المقری فیومی، احمد بن محمد بن علی، ۱۴۰۵ق، مصباح المنیر، قم: مؤسسه دارالهجره.
۶۲. موسوی بجنوردی، محمد، ۱۳۹۰، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۶۳. نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۷، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
۶۴. نجفی، محمدحسن، بی‌تا، جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

مطالعه «ذمه» در فقه اسلام و «دارایی» در حقوق کلاسیک

فرانسه، با تأکید بر فقه عامه

محمدعلی سعیدی^۱

مصطفی شهابازی^۲

چکیده

یکی از فوایدی که پژوهشگران «حقوق تطبیقی» برای مطالعات آن برمی شمارند، پی بردن به نقاط قوت و ضعف موضوع مورد مطالعه در نظام‌های مختلف است. «ذمه» یکی از مفاهیم پر کاربرد در حقوق اسلامی و فقه است؛ به گونه‌ای که می‌توان کاربرد آن را از باب عبادات تا قصاص و دیات، در فقه مشاهده کرد؛ با وجود این، تعریفی از آن در قانون دیده نمی‌شود. ذمه در حقوق اسلامی به عنوان محلی اعتباری برای تعلق دیون شناسایی شده است که همین مفهوم با اندکی تغییر در حقوق فرانسه با عنوان «دارایی» آمده است. سؤال اصلی این تحقیق این است که این دو چه نسبتی از «نسب اربعه»، با یکدیگر برقرار کرده‌اند و آثار هریک از این دو نهاد چیست. به عبارت دیگر، این دو نهاد چه شباهت‌ها و چه تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند؟ در فرآیند تحقیق، به این برآوردها می‌رسیم که نهاد ذمه، دارای امتیازاتی همچون عام بودن از حیث موضوع، استمرار بقا حتی پس از فوت شخص و داشتن شخصیت حقوقی است و این امور باعث برتری نهاد ذمه بر نظریه دارایی است. در این تحقیق از روش مطالعه تطبیقی خرد و کتابخانه‌ای، استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: ذمه، دارایی، عهده، حق ذمی، مافی الذمه.

۱. استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی. (نویسنده مسئول)

saeedi_mha@yahoo.com

۲. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه خراسان. shahbazimostafa@gmail.com

در خصوص اهمیت تحقیق حاضر می‌توان گفت: به نظر می‌رسد یکی از مشکلات امروز جامعه حقوقی ما دریافت ناصحیح از مفاهیم حقوقی است. (اسماعیلی و مهاجرانی، ۱۳۹۵: ۴۶) در تمام نظام‌های قانون‌گذاری، قانون‌گذار برای ارائه نهاد‌های حقوقی نیاز به تعریف برخی از این نهادها دارد. (اسماعیلی و مهاجرانی، ۱۳۹۵: ۲۹)

بحث تعاریف اگرچه یکی از مباحث اساسی علم منطق است و سخن فراوانی در باب آن گفته شده، ولی همچنان در علوم اعتباری چون حقوق، بحثی جامع در آن شکل نگرفته است. علت این امر آن است که تعریف مفاهیم و موضوعات در عالم حقوق و فقه و همچنین اخلاق، دایرمدار فهمی قبلی از اعتبار است. از طرفی در عالم حقوق با مفاهیم ارزشی سروکار داریم که در تعریف آن‌ها از گزاره‌های توصیفی استفاده می‌کنیم (اگرچه در واقع اینجا توصیفی صورت نمی‌گیرد) و از طرفی با مفاهیمی سروکار داریم که در گزاره‌های امری یا دستوری به کار می‌رود؛ همچون باید، نباید و می‌تواند. (اسماعیلی و مهاجرانی، ۱۳۹۵: ۲۷)

توضیح بیشتر آنکه، امور بر سه قسم حقیقی، انتزاعی و اعتباری است. علی‌رغم اختلاف نظر در خصوص ماهیت مفاهیم حقوقی، مشهور حقوق‌دانان معتقدند که ماهیت این مفاهیم، از سنخ مفاهیم اعتباری است. وجود اعتباری در حیطه قدرت انسان قرار دارد و خالق موجود اعتباری، خود انسان است؛ (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۱) از همین روی مرحوم نائینی معتقد است که اعتباری، به اموری اطلاق می‌شود که «تقرر» و وجودش در ظرف اعتبار است؛ بنابراین تقرر و ثباتش در اختیار اعتبارکننده است. (نائینی، ۱۴۱۷ق: ۳۸۱/۴)

مرحوم عراقی نیز امور اعتباری را بر سه قسم می‌داند و معتقد است که اعتباریات به اعتباریات محض یا صرف، اعتباریات ادعائیه تنزیله و اعتباریات قصدیه، تقسیم‌پذیر است. اعتباریات قصدیه^۱ با اعتبار اعتبارکننده، تقرر و ثبوت می‌یابد؛ اما بعد از پایان آن اعتبار، بازهم باقی است؛ مثل زوجیت و ملکیت. این قسم اگرچه با «انشاء» ایجاد می‌شود،^۲ ولی بقای

۱. به علت آنکه دو قسم دیگر، ارتباطی به بحث حاضر ندارند، از توضیح آن‌ها خودداری می‌شود.
۲. «انشاء» یعنی ایجاد معنا در نفس الامر و نفس الامر یعنی ظرف ثبوت و تحقق. (طباطبائی، ۱۴۲۳: ۲۵/۱)

این امور دیگر در دست اعتبارکننده نیست؛ (عراقی، ۱۴۱۷ق: ۸۹/۴) امور حقوقی از قسم اعتباریات قصدیه است.

علی‌رغم تعدد نگاشته‌ها در خصوص مسائل مرتبط با ذمه، از قبیل مالکیت «مافی الذمه»، «نقل ذمه»، «ضم ذمه» و... در میان آثار حقوقی اثری که به‌صورت مستقل به بررسی ماهیت این نهاد پرداخته و آن را با نهاد مشابه خارجی، یعنی «دارایی» تطبیق داده باشد، به چشم نمی‌خورد.

در خصوص پیشینه و نوآوری تحقیق حاضر می‌توان به دو اثر اشاره کرد: اول، مقاله‌ای با عنوان «ذمه و عهده در فقه شیعه»، که طبق عنوان آن، نویسنده به‌دنبال مقایسه دو مفهوم ذمه و عهده در فقه شیعه است؛ در حالی که اثر حاضر به مطالعه مقارنه‌ای بین ذمه و دارایی با تأکید بر فقه عامه پرداخته است. اثر دوم با عنوان «ذمه از دیدگاه فقه امامیه با رویکردی بر نظرات امام خمینی» است که این مقاله هم بدون مطالعه و مقایسه مفهوم ذمه با مفاهیم مشابه، به شرح و بسط این عنوان از منظر فقه امامیه، مخصوصاً نظرات امام خمینی رحمته‌الله، پرداخته است.

سؤال تحقیق

سؤال اصلی این تحقیق این است:

نسبت بین ذمه و دارایی چیست؟

با روشن شدن نسبت میان این دو مفهوم، قلمرو کارایی هریک نیز مشخص می‌شود. در حق و دین، شخصی به نام بستانکار یا متعهدله، به‌طور مستقیم حقی بر عهده شخص دیگری به نام مدیون یا متعهد دارد. از آنجا که محل تعلق دین، مستقیماً ذمه اشخاص است، برای شناسایی دقیق مفهوم حق دینی که گاه به آن «حق ذمی» نیز اطلاق می‌شود، بهترین راه، شناسایی محل تعلق آن، یعنی همان ذمه است.

واژه ذمه در حقوق اسلامی کاربرد فراوانی دارد. در مقابل در حقوق کلاسیک و حقوق فرانسه از عنوان دارایی یا «Patrimoine» استفاده می‌شود که نوشتار حاضر با روش مطالعه تطبیقی خرد و کتابخانه‌ای و با مقدمه، سه بخش و نتیجه‌گیری به این مسئله پرداخته است. در بخش اول، به مفهوم ذمه و مسائل مربوط به آن، در بخش دوم به مفهوم دارایی، آثار و شرایط

آن در حقوق فرانسه و در قسمت سوم به تطبیق ویژگی‌های ذمه در فقه اسلامی با دارایی در حقوق کلاسیک فرانسه پرداخته می‌شود.

۱- ذمه^۱

یکی از نوآوری‌های فقه اسلامی، به کارگیری مفهوم «ذمه» است.^۲ گویا تعریف ذمه، از «ارتکاز عقلا» در باب غضب گرفته شده است؛ آنجا که عین مغضوب، موجود باشد، می‌گویند: عین در عهده غاصب است و اگر عین، تلف شده باشد، می‌گویند: عین در ذمه غاصب است. از آنجا که عین بعد از تلف، مثل یا قیمت است، تصور شده که ذمه، ظرف چیزی کلی است که وجود خارجی ندارد. (صدر، ۱۳۷۹: ۳)

ذمه در متون فقهی به دو صورت به کار رفته است: گاه در معنای عام است و گاه در معنای خاص. ذمه در معنای عام، کلیه تکالیف و تعهدات (اعم از عبادی، غیرعبادی، مالی، غیرمالی، عبادی مالی، حقوقی، حقوقی مالی) و به طور کلی تمام الزامات و التزامات را در بر می‌گیرد. ذمه در معنای خاص ذمه‌ای است که هرگاه برای دیگری به مالی مشغول شود، او مالک این ذمه می‌شود؛ پس ضمان، مختص ذمه به معنای خاص است و تکلیف محض، مخصوص ذمه در معنای عام؛ به عبارتی، هرگاه تعهد محض باشد، اشتغال ذمه به معنای عام را ایجاد می‌کند، ولی اگر تعهد دینی باشد، اشتغال ذمه به معنای خاص که همراه ضمان است، ایجاد می‌شود. (بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲)

ذمه به معنای عام، موضوع نوشته حاضر است و مطالب مربوط به ذمه در سه قسمت مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛ ابتدا کلیاتی درباره مفهوم ذمه و سپس ویژگی‌های آن و در خاتمه نیز زمان انتهای آن با توجه به حقوق اسلامی، بررسی می‌شود.

1. obligation.

۲. در حقوق روم ذمه، شناخته شده نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۹/۳)

۱-۱- مفهوم‌شناسی ذمه

۱-۱-۱- ذمه در لغت

ذمه در لغت به معنای عهد و امان است. به همین دلیل، کافری که با حکومت اسلامی معاهده‌ای بسته، کافر ذمی نامیده می‌شود. ذمه به معنای ضمان نیز آمده و در همین استعمال است که وقتی کسی می‌گوید: در ذمه من، فلان مبلغ برای دیگری است، منظور این است که وی ضامن همان مبلغ برای مشارالیه (شخص اشاره شده) است. (خوری شرتونی، ۱۴۰۳: ۳۷۲) ازهری، ذمه (به فتح ذال و میم) را به معنای چاه کم آب دانسته که جمع آن، ذم است. (ازهری، ۱۴۲۲: ۱۲۹۳) این واژه به معنای مذمت کردن، نکوهش کردن و سرزنش کردن نیز است. (بندر ریگی، ۱۳۶۲: ۱۷۳)

از همین جا اشتباه برخی از نویسندگان که ذمه (به کسر ذال) را به معنای اخیر دانسته‌اند، آشکار می‌شود. ذمه (به کسر ذال) به معنای عهد بوده و جمع آن، ذمم و ذمام است. ازهری می‌نویسد: «رجل ذمی: له عهد». (ازهری، ۱۴۲۲: ۱۲۹۳) وی همچنین معنای ذمه در آیه شریفه ﴿إِلَّا وَلَا ذِمَّةً﴾ (توبه، ۱۰) را به معنای امان دانسته است. ابن عرفه ذمه را به معنای ضمان دانسته است: «وهو فی ذمّتی؛ ای: فی ضمانی» (ازهری، ۱۴۲۲: ۱۲۹۳) و از همین روست که به اهل ذمه، اهل ذمه می‌گویند؛ چرا که در ضمان مسلمانان هستند. جوهری اهل ذمه را به معنای اهل عقد و ذمه را به معنای امان می‌داند. (جوهری، ۱۴۲۸: ۳۷۵) یکی دیگر از لغت‌شناسان عرب معانی زیر را برای ذمه (به کسر ذال) نقل کرده است: حمایت، پناه، امنیت، جان و مال، امان، عهد، پیمان، تعهد، حمایت، مسئولیت، حرمت، مصونیت. وی همچنین «ذمه مالیه» را به معنای مجموعه حقوق و تعهدات هر فرد، بدهی و دیون مالی و نیز ذمم را به معنای مطالبات می‌داند. (باتمان غلیچ، ۱۳۹۶: ۱۱۵۲/۱)

۱-۱-۲- ذمه در اصطلاح

واژه ذمه در قرآن فقط در دو آیه ۸ و ۱۰ سوره توبه^۲ و به معنای عهد و پیمان آمده است.

۱. ذمام به معنای حق، احترام و پاس گرفتن است. (بندر ریگی، ۱۳۶۲: ۱۷۳)
 ۲. ﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا ذِمَّةً يَرِضُوكُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ وَيَأْبَىٰ قُلُوبُهُمْ وَأَكْثَرُهُمْ فَاسِقُونَ﴾ و ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ﴾.

این واژه در ۱۵ ماده از مواد قانون مدنی، به همین شکل و بدون ترکیب با واژه دیگری^۱ به کار رفته است.^۲

فقهها در مواردی که تکلیف مالی، پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد، ظرفی به نام ذمه را جعل کرده‌اند (همدانی، ۱۴۱۶ق: ۶۱۱/۱۴) که محتوای این ظرف نیز دین است که به عنوان امری اعتباری برای مال کلی و نامعینی استفاده می‌شود. (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۱۷۶/۲۲؛^۳ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ۳۱۸/۵) در فقه، تمایل بر این است که روابط شخص با شخص، حتی الامکان به رابطه شخص با شیء ارجاع شود. به این معنا که بسیاری از موارد بالا که در آن پای دو شخص در میان است و رابطه آنها از لحاظ حقوقی «حق دینی» و رابطه شخص با شخص تلقی می‌شود، مانند دیون و مطالبات، از لحاظ فقهی رابطه شخص با شیء تلقی می‌شود.

خلق مفهوم اعتباری ذمه به عنوان ظرفی برای دیون و تعهدات، از راه‌های «عینی سازی» روابط حقوقی است. در مواردی که برای آثار مالی عقد، پایگاه مادی و عینی وجود نداشته، فقها مفهوم «ذمه» را به عنوان ظرفی برای دارایی شخص و مظهر ثبوت آثار عقد، اختراع کرده‌اند. (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۰: ۱۵۹) لفظ ذمه در نصوص شرعی به معنای مصطلح در فقه به کار نرفته است و به تعبیری، «حقیقت شرعی» ندارد؛ از این رو نمی‌توان احکام فقهی خاصی را بر موارد کاربرد آنها در آیات و روایات مترتب کرد. (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۰: ۱۷۲)

در باره مفهوم اصطلاحی ذمه اختلاف نظر وجود دارد. به نظر بعضی، ذمه وصفی در شخص است که به موجب آن، شخص صلاحیت می‌یابد تا حقی، «له» و یا «علیه» او جریان یابد. (ابن عابدین، ۱۹۷۹: ۲۸۱/۵) حتی از ظاهر کلام بعضی از فقهای عامه همچون ابوزید، برمی‌آید که ذمه همان عقل است. در این صورت ذمه ذات نیست و عمدتاً وصفی برای اشخاص است.

در مقابل، بعضی دیگر برای ذمه ارزش ذاتی قائل شده‌اند و فراتر از وصفی ساده بر این

۱. از قبیل: ما فی الذمه، اشتغال الذمه، مشغول الذمه.

۲. مواد ۲۹۱، ۲۹۷، ۳۰۰، ۳۲۱، ۳۲۲، ۵۰۵، ۶۵۳، ۶۸۴، ۶۹۸، ۷۰۷، ۷۲۴، ۷۳۰، ۷۴۶، ۷۷۵ و ۷۹۰ ق.م.

۳. «الدین فی الذمة أمر کلی لا وجود له فی الخارج».

عقیده‌اند که ذمه، وجود اعتباری مستقلی است که می‌تواند محل تعلق حق و تکلیف باشد. همان طور که فخرالاسلام از علمای عامه می‌نویسد: هر انسانی که متولد می‌شود، صاحب ذمه است و آن ذمه صلاحیت دارد که حق و تکلیف به آن تعلق گیرد. (وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۱۷ق: ۲۷۴) در برداشت اول ذمه، وصفی محض است؛ اما در برداشت دوم، ذمه موصوفی است که صلاحیت اشتغال به حق و تکلیف به آن اضافه می‌شود. روشن است در معنای ذاتی، شیء اتصاف‌پذیر است.

به‌نظر بعضی دیگر از فقهای عامه ذمه، محل ضمان است. همان طور که عده‌ای دیگر بر این عقیده‌اند که ذمه معنایی است که به‌موجب آن، شخص صلاحیت تحمل حق و تکلیف می‌یابد. (وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۱۷ق: ۲۷۵) در معنای شایع و مرسوم، ذمه ظرف اعتباری است که در شخص فرض می‌شود و حقوق و تکالیف شخص در آن تجمع می‌یابد. (سرخسی، ۱۴۱۴ق: ۳۳۳/۲) در این کاربرد شباهت زیادی میان ذمه و مفهوم دارایی (Patrimoine) که در حقوق کلاسیک فرانسه از آن یاد می‌شود، وجود دارد.

بر اساس نظر مشهور، ذمه فقط ظرف کلیات است، نه ظرف اعیان شخصی و خارجی. به‌عبارت دیگر، به‌نظر مشهور، حقوق مربوط به عین به ذمه اشخاص تعلق نمی‌گیرد؛ اما دیون که اموری کلی است به ذمه تعلق می‌گیرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۲۰) بنا بر این نظر که گاه به خطا آن را به کلیه فقها نسبت می‌دهند، ثبوت دین بر عهده شخص زمانی تصورپذیر است که محلی برای وجود آن در انسان تصور شود و این محل فرضی همان ذمه است؛ اما باید دانست که هیچ‌گاه در حقوق اسلامی ذمه اختصاص به اموال نیافته است؛ بلکه محل تجمع کلیه حقوق و تکالیف اعلام شده؛ چه حقوق و تکالیف از اقسام حق الناس و یا از اقسام حق الله.

بعضی از نویسندگان با توجه به فقه امامیه، ذمه را چنین تعریف کرده‌اند: «ذمه صفت و حالتی است در انسان که به‌وسیله آن شایستگی پیدا می‌کند که چیزهایی به نفع او یا ضرر او ثابت شود؛ او به گردن دیگری یا دیگری به گردن او حقی داشته باشد. ذمه کسی مشغول است، یعنی بر عهده اوست؛ یعنی التزام و تعهد دارد که ذمه خود را بری کند.» (فیض، ۱۳۶۹:

بر خلاف نظریه مشهور که مظلوف ذمه را منحصر اعیان کلی و یا امور کلی می‌دانند، چه در میان عامه (حنابله) و چه فقهای امامیه، بعضی بر این عقیده‌اند که گاه متعلق ذمه یا تعهد بر ذمه، عین کلی است و گاه عین شخصی و خارجی. ایشان اعیانی شخصی که می‌تواند به ذمه تعلق گیرد را به دو دسته تقسیم می‌کنند:

الف) در مورد اعیان مضمونه؛ مثل عین مغصوبه‌ای که غاصب متعهد به رد آن است. در این مورد نیز گفته شده که شخص غاصب، مشغول الذمه است.

ب) در مورد اعیان غیر مضمونه؛ مانند تعهد امین به رد مال در مورد امانت؛ به عنوان مثال «مستودع» و «مستأجر» و «مستعیر»، هر سه در مال معین خارجی امین محسوب می‌شوند و موظف به برگرداندن آن به صاحب عین هستند. این نوع تعهد نیز علی‌رغم تعلق به عین خارجی، گاه مافی الذمه نامیده شده است. (حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۳۳/۵)

اهلیت با ذمه متفاوت است و نباید اهلیت را با آن یکی دانست. «اهلیت وجوب» یا «اهلیت تمتع»، صلاحیت شخص در برخورداری از حقوق و یا تحمل تکالیف است و به همین دلیل است که اصطلاح شایع در حقوق کشورهای عربی، یعنی اهلیت وجوب، بیشتر از اهلیت تمتع که در حقوق ایران رواج یافته، مفید این معناست. «اهلیت ادا» یا «اهلیت تصرف» که معمولاً به آن «اهلیت استیفا» نیز گفته می‌شود، به معنای صلاحیت شخص در اجرای حقوق اوست؛ بنابراین روشن می‌شود که اهلیت، نشانه و اثر وجود ذمه در شخص است. برای روشن تر شدن رابطه میان ذمه و اهلیت باید گفت که اهلیت وجوب در انسان دارای دو عنصر است:

اول، صلاحیت ثبوت حق برای او و یا برخورداری از حقوق قانونی، که به موجب آن می‌تواند دیگران را الزام به رعایت حقش کند.

دوم، صلاحیت ثبوت تکلیف برای او که به موجب آن، شخص قابلیت التزام در موارد قانونی را می‌یابد.

در عنصر اول، اهلیت وجوب، از زمانی که شخص، جنینی بیش نیز نیست، برای او فراهم می‌شود. در این وضعیت و برای حفظ و برخورداری از این عنصر، نیاز به تقدیر مفهومی به نام ذمه نیست؛ چون در این فرض، حقی علیه او جریان نمی‌یابد؛ اما در عنصر دوم، اهلیت

وجوب، که در واقع صلاحیت ثبوت تکلیف است، نیازمند دو امر است:

اول اینکه شخص لااقل تولد یابد؛ چون جنین شایستگی تکلیف را ندارد و نمی‌توان او را مکلف پنداشت. هرچند دایره تکالیف برای طفل بعد از ولادت نیز تا زمان بلوغ و اهلیت قانونی ناقص باقی می‌ماند.

دوم اینکه تعلق تکلیف نیازمند تقدیر مفهومی به نام ذمه است؛ یعنی ضروری است که محلی برای تعلق تکالیف و یا استقرار آن وجود داشته باشد؛ به گونه‌ای که با تعلق تکلیف، اشتغال و با سقوط آن فراغت یابد.

این دو عنصر اخیر از حیث وجود و مصداق با یکدیگر ملازمه دارند؛ هرچند در مفهوم با هم مغایرند؛ زیرا برای اینکه شخصی شایستگی ثبوت تکلیف داشته باشد، نیازمند آن است که محلی اعتباری، خارج از شخصیت انسانی او تصور شود که آن محل، جایگاهی برای استقرار آن تکالیف باشد. این است که در عمل، اهلیت و ذمه با یکدیگر ملازمه دارند. هر جا اهلیتی باشد، ذمه‌ای نیز وجود دارد و بالعکس؛ اما اهلیت از نظر مفهوم با ذمه متفاوت است. اگر اهلیت به معنای صلاحیت و شایستگی قانونی است، ذمه به معنای محل استقرار محسوب می‌شود. (وزاره الاوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۱۷ق: ۲۷۶)

به نظر نگارنده اولاً و «بالذات» تکالیف نیازمند محل استقرار است و به دلیل تأمین و مراعات کامل شخصیت انسانی، فرض محل اعتباری برای تعلق تکالیف بر آن منطقی است؛ اما ثانیاً و «بالعرض» و به دلیل «علقه مشابَهت»، ذمه در مرتبه بعدی، محل استقرار حقوق نیز تلقی شده است؛ به گونه‌ای که می‌توان ذمه را محل تجمع تکالیف و حقوق دانست.

برخی فقهای اهل سنت معتقدند که ذمه با اهلیت وجوب مترادف است (تفتازانی، بی‌تا: ۳۴۲/۲) و برخی دیگر معتقدند که ذمه با اهلیت استیفا مترادف است و برخی قائل اند که این دو، دو حقیقت متغایرند که نسبت بین آن‌ها «عموم و خصوص من وجه» است؛ بدین معنا که هریک بدون دیگری تصور نمی‌شود. عبد و بنده، فقط ذمه دارد، ولی اهلیت ندارد و کودک ممیز اهلیت دارد، ولی ذمه مستقل ندارد و قدر مشترک، فرد آزاد و بالغ است که اهلیت تام دارد؛ (قرافی، بی‌تا: ۲۲۶/۳) اما از نظر امامیه نسبت بین این دو «عموم و خصوص مطلق» است.

اشتباه مشهوری که حتماً باید از آن پرهیز کرد، اشتباه گرفتن ظرف و مظروف است. گاه به جای «مالکیت مافی الذمه» و «مالک مافی الذمه»، گفته می‌شود: «مالک ذمه». این در حالی است که هیچ کس نمی‌تواند مالک ذمه خود و یا دیگری شود؛ چون ذمه برخلاف مافی الذمه، قابلیت تملک ندارد.^۱ همان طور که اشاره شد، تفاوت ذمه و مافی الذمه، تفاوت ظرف و مظروف است. کسی که می‌خواهد آب یا مظروف را بیاشامد، هیچ گاه ظرف آب را نمی‌خورد. به همین ترتیب عبارت «اداء ذمه» درست نیست و به جای آن باید گفت: «اداء مافی الذمه». ناگفته نماند که گاهی مجازاً به لحاظ «علاقه حال و محل»، می‌توان ذمه را به جای مافی الذمه به کار برد؛ چنان که در باب «تصارف ذم» به جای تصارف «ما فی الذم» تصارف ذم گفته می‌شود که این از اساس، استعمال مجازی است و البته ذوق سلیم حقوقی، مجاز را بر حقیقت ترجیح نمی‌دهد.

۲-۱- ویژگی‌های ذمه

با مطالعه مقررات فقهی و با توجه به استعمالات مختلفی که در مورد ذمه صورت گرفته، می‌توان برای ذمه ویژگی‌های زیر را در نظر گرفت:

الف) ذمه ظرف اعتباری است که برای اشخاص فرض می‌شود؛ بنابراین جنین قبل از تولد، ذمه‌ای ندارد. به همین ترتیب وجود ذمه برای حیوانات نیز پذیرفتنی نیست؛^۲ بنابراین اگر کسی به نفع حیوانی وصیت کند، اگر قصدش تملیک، یعنی انعقاد وصیت تملیکی باشد، به نحوی که موصی به (چیزی که برای وارث گذاشته شده) وارد مالکیت حیوان شود، وصیت باطل است، چون حیوان ذمه‌ای ندارد تا بتواند تملک کند؛ اما اگر قصد او توصیه به دیگران در جهت انفاق به حیوان باشد، اشکالی ندارد. البته، امروزه در حقوق به لحاظ اینکه برای مؤسسات و شرکت‌های تجاری نیز شخصیت حقوقی در نظر گرفته شده، این گونه شخصیت‌ها نیز بنا بر اعتبار قانون، همچون اشخاص حقیقی دارای ذمه هستند.

۱. برای مشاهده نمونه‌ای که به جای عنوان «آثار اتحاد مافی الذمه و طلب» آمده، یعنی «آثار اتحاد ذمه و طلب»، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۴۰۶/۱.

۲. هر چند در پاره‌ای منابع فقهی تصور نوعی ذمه برای حیوانات و جمادات، به اعتبار ذمه داشتن مالک آن‌ها، معقول به شمار رفته است. (مکاشفی، ۱۴۰۹: ۴۴)

ب) هر شخص دارای یک ذمه است و نمی‌توان برای شخص، ذمه‌های متعددی در نظر گرفت؛ همان‌طور که چند شخص نیز نمی‌توانند با یکدیگر در ذمه واحدی شریک باشند.

ج) هر شخص پس از تولد، دارای ذمه است، حتی اگر دینی نداشته باشد؛ زیرا ذمه همراه با شخصیت است. همچنین هر انسانی، اهلیت تمتع دارد؛ بنابراین نمی‌توان شخص را بدون قابلیت داراشدن یا متعهدشدن در نظر گرفت؛ بنابراین حتی طفلی که تازه متولد شده و هیچ مالی ندارد، کسی به نفع او وصیت نکرده و ارثی برای او به جای نمانده، باز هم دارای ذمه است. در مورد اشخاص حقوقی نیز، علی‌القاعده، پس از تشکیل و ایجاد، می‌توان ذمه‌ای در نظر گرفت.

د) ذمه در شخص، نوعی محل اعتباری است؛ بنابراین حدودمرزی ندارد. ذمه تاب گنجایش اجزای مثبت و منفی را بدون محدودیت دارد. این است که هر شخص می‌تواند دیون زیاد، یا اجزای مثبت و اموال زیادی داشته باشد، بدون آنکه خللی در ذمه او پدید آید.

ه) ذمه محلی است برای تمام دیون و هیچ دینی بر دین دیگر ترجیح ندارد؛ مگر اینکه صاحب دین بابت طلب خود، رهن گرفته باشد و دارای حق عینی باشد که در این فرض، او نسبت به سایر طلبکاران مقدم است. برخی از حقوق شخصی نیز در فقه اسلام، مقدم شده است؛ مانند هزینه‌های تجهیز و تکفین متوفا و نیز نفقه زوجه و فرزندان شخص؛ بنابراین تقدم برخی از دیون از حیث ثبوت در ذمه، سبب ترجیح آن دین نسبت به دیون بعدی نیست و از طرفی دیونی که بر ذمه اشخاص تعلق می‌یابد، مال خاصی از اموال او را مقید نمی‌کنند و این امر برخلاف حقوق عینی افراد بر اموال اشخاص است که دقیقاً مال مشخصی را مقید می‌کنند و همین امر تفاوت اساسی میان حقوق عینی و دینی را تشکیل می‌دهد.^۱

هرگاه دین به‌طور صحیح به ذمه تعلق گرفت، احترام به آن مساوی است و ترجیح منتفی است. در غیر این صورت معاملات افراد با عذر خواهد بود؛ چرا که بر فرض وجود رتبه در دیون، برای اشخاص غیرممکن بود که بتوانند دیون سابق مدیون خود را تشخیص دهند و

۱. برخی از حقوق‌دانان معتقدند تفکیک عین و دین در فقه مبتنی بر نظریه ذمه است؛ بدین معنا که مبنای این تفکیک، تعلق یا عدم تعلق به ذمه است. (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۲۰/۱)

بدین ترتیب رتبه دین خود را بیابند.

و) ذمه به شخص تعلق دارد و دین پس از ایجاد، به ذمه تعلق می گیرد و بدین ترتیب بر اعیان اموال و اجزای داخل در ذمه شخص، قید و محدودیتی ایجاد نمی کند. (زحیلی، ۱۴۰۹ق: ۵۳/۴؛ سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۷/۱) در عین حال می توان گفت: در حقوق اسلام نیز همچون حقوق فرانسه، دارایی اشخاص وثیقه عام بستانکاران شخص محسوب می شود؛ ولی نه به این معنا که ایشان حق عینی بر ذمه شخص نسبت به اموال خاصی یافته باشند؛ بلکه به این معنا که بستانکار می تواند از محل اموال بدهکار خود، حقش را استیفا نماید.

به عبارت دیگر ذمه به شخص تعلق دارد، نه به اموال و ثروت او. ذمه، مستقل از صاحبش است؛ بنابراین مدیون می تواند با سرمایه ای که دارد تجارت کند، هبه کند، قرض دهد، چیزی بخرد و...؛ اگرچه میزان دیون او بیشتر از اموالش باشد. برخلاف حقوق غرب که ذمه را مجموعه دارایی فرد، اعتبار می کنند، اسلام به ذمه به عنوان شخصیتی قانونی نگاه می کند. (بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲۲)

۳-۱- انتهای ذمه

ذمه برای شخص از بدو تولد به وجود می آید. البته می توان گفت که ذمه از زمان حمل نیز به وجود می آید؛ اگرچه به صورت ضعیف، آن هم فقط برای تملک و نفع بردنی ناقص؛ اما دارای وجود متزلزلی است که با تولد استقرار می یابد. ذمه برای شخص در تمام مدت حیات او محفوظ می ماند و کسی نمی تواند آن را سلب کند؛ حتی خود شخص نیز نمی تواند به سببی از اسباب، ترتیبی اتخاذ نماید که فاقد ذمه شود. با فوت شخص، ذمه او هم منتفی می شود؛ چرا که ذمه متصل با شخصیت اوست؛ البته در این زمینه اختلاف نظر نیز دیده می شود:

الف) جمهور عامه (مالکیه و شافعیه و بعضی از حنابله) بر این عقیده اند که بعد از فوت شخص، ذمه تا زمان تسویه حقوق متعلق بر ترکه باقی می ماند و پس از تسویه، ذمه مرده نیز خاتمه می یابد؛ بنا بر این نظر، میت حتی می تواند پس از فوت، حقوق جدیدی بیابد؛ مثلاً شخصی طبق قانون، توری جهت صید قرار داده و پس از فوت او حیوان مباحی در تور می افتد. در این وضعیت اکثریت عامه، میت را مالک آن حیوان می دانند؛ به گونه ای که گویا

حیوان صید شده، عنصری در دارایی شخص مرده محسوب می شود.

به همین ترتیب، ایشان بر این عقیده اند که ممکن است ذمه مرده پس از فوت نیز مشغول شود؛ مثلاً در معامله ای مشتری، «خیار عیب» دارد و پس از معامله، فروشنده فوت می کند و مشتری نیز بدون آنکه به فوریت خیار عیب خللی وارد آید، معامله را فسخ می کند. به نظر ایشان پس از فوت، ذمه فروشنده اشتغال به ثمن می یابد. ممکن است سبب اشتغال ذمه او قهری باشد؛ مانند اینکه شخص در زمان حیات خود از روی دشمنی، چاله ای حفر کرده و پس از فوت او، اموال شخصی دیگر به علت سقوط در چاله از بین رفته است.

فقه های عامه، معمولاً به روایتی از پیامبر ﷺ استناد می کنند که به موجب آن «نفس مؤمن تا زمان ادای دین بسته به آن است».^۱ (الالبانی، ۱۴۰۸ق: ۳۱۳؛ فنسنگ، ۱۹۳۶: ۱۱۵/۱) در همین راستا است که مالکیه وصیت بر شخص فوت کرده را در صورت علم وصیت کننده به فوت او، صحیح می دانند. به نظر ایشان مقصود از وصیت، قضای دیون میت است. در مقابل، شافعیه مطلقاً (اعم از علم و جهل وصیت کننده به فوت موصی له) وصیت را صحیح نمی دانند. (الابی الأزهري، ۱۴۲۱ق: ۳۱۷/۲)

بعضی از اقوال امامیه، نشان دهنده پذیرش این نظر، حداقل از حیث پاره ای از آثار است؛ به عنوان مثال، در صورت فوت شخص و انتقال اجباری «خیار» به ورثه و توافق ایشان بر فسخ، در صورتی که ورثه معامله را فسخ نمایند و عین «ثمن» در میان «ترکه» موجود باشد، همان به مشتری داده می شود؛ زیرا در اثر فسخ، هریک از دو مورد معامله به مالک قبل از عقد برمی گردد. به نظر مشهور، هرگاه عین ثمن موجود نباشد، هریک به مقدار سهم الارث خود از ثمن باز می گرداند؛ اما بعضی از فقها بر آن اند که چنانچه ارث گذارنده ترکه ای نداشته باشد که بتوان ثمن را از آن ادا کرد، ورثه می توانند عقد را فسخ کنند، مبیع داخل در مالکیت میت می شود، ثمن بر ذمه او قرار می گیرد، ورثه ملزم نیستند از دارایی خود ثمن را بپردازند و مانند موردی است که حق خیار برای ثالث باشد و یا وکیل، حق فسخ داشته باشد و آن را فسخ کند؛ در این صورت مبیع، موضوع حق طلبکاران قرار گرفته و مشتری مانند طلبکاران دیگر

۱. «نفس مؤمن معلقه بدینه حتی تقتضی عنه». (حدیث ۸۶۰ و ۸۶۱)

جزء زیان دیدگان محسوب می شود. (امامی، ۱۳۷۱: ۵۳۴/۱)

ب) به نظر برخی از فقهای حنفیه، فوت شخص باعث از بین رفتن ذمه نیست؛ بلکه آن را ضعیف می کند. در این نظر ذمه فقط به میزان ضروری جهت تسویه حقوق طلبکاران باقی می ماند. (بخاری، بی تا: ۳۱۶/۴: مکاشفی، ۱۴۰۹ق: ۴۷) به نظر ایشان نیز اگر فرد فوت شده، در زمان حیات، توری جهت صید پهن کرده باشد، اما پس از فوت او حیوان مباحی در تور گرفتار شود، مالکیت برای او ایجاد می شود؛ همان طور که با فسخ معامله ذمه او اشتغال به ثمن می یابد؛ اما در این نظر وصیت بر میت صحیح نیست، چه وصیت کننده علم به فوت وصیت شونده داشته باشد و چه علم به فوت او نداشته باشد.

ابویوسف بر این نظر است که اگر برای زنده و مرده ای وصیت شد، وصیت برای زنده و نه برای مرده صحیح است؛ چون میت اهلیت وصیت را ندارد؛ بنابراین مزاحمتی برای حق زنده به وجود نمی آید. او معتقد است که اگر وصیت کننده علم به فوت وصیت شونده نداشته، وصیت برای او درست است؛ اما اگر علم به فوت او داشت، وصیت به لحاظ لغو بودن باطل است.

به نظر برخی از حنفیان، «کفالت» از دین میت «مفلس» نیز صحیح نیست؛ چرا که به نظر ابوحنیفه دین، عبارت از فعل است و میت نیز عاجز از فعل است؛ پس کفالت از او به منزله کفالت از دین ساقط است. این مورد همانند جایی است که شخصی از انسانی که دینی بر عهده او نیست کفالت کند که این کفالت نیز به علت فقدان دین باطل است؛ اما اگر فرد فوت شده مفلس نباشد، فعل توسط قائم مقام او اجراشدنی است. (کاسانی حنفی، ۱۴۲۰ق: ۹/۶)

خلاصه آنکه به نظر این گروه از فقهای حنفی، با فوت، ذمه نه نابود می شود و نه باقی می ماند؛ بلکه تخریب می شود. به نظر بسیاری از ایشان در صورتی که فرد فوت شده، مال و یا کفیلی داشته باشد، ذمه ضعیف او از این راه تقویت می شود؛ اما اگر مال یا کفیلی نداشته باشد، ذمه ساقط می شود. به نظر بسیاری از مالکیه، «ترکه مستغرق» در حکم ملک میت باقی می ماند؛ اما در ترکه ای که مستغرق دین نباشد، اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از ایشان

معتقدند که کماکان همچون ترکه مستغرق ملک متوفا است و بعضی معتقدند که به ملکیت ورثه منتقل می‌شود. برخی دیگر بر این عقیده‌اند که معادل دین در ملکیت متوفا می‌ماند و زائد بر آن به ملکیت ورثه، درمی‌آید. (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۱۸/۱)

ج) مالکیت و بعضی از حنبله بر این عقیده‌اند که ذمه شخص با فوت از بین می‌رود. اگر فرد فوت شده مالی از خود باقی گذاشته باشد، دین به مالیت آن مال تعلق می‌گیرد و در غیر این صورت دین ساقط می‌شود؛ چون محلی برای استقرار باقی نمانده است. (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۱۷/۱)

د) هرچند در فقه امامیه با صراحت و در بحثی کافی، تصریح به بقای ذمه پس از فوت اشخاص دیده نمی‌شود، اما از بعضی روایات و عقاید امامیه، اگرچه به صورت موردی، می‌توان آثار بقای ذمه، اگرچه پس از فوت متوفا را دید؛ از جمله، روایات معتبری وجود دارد که به موجب آن، ضمان از متوفا جایز شمرده شده است. جواز ضمان از ذمه متوفا تلویحاً اشاره به بقای ذمه او دارد.

به عنوان مثال، «در روایتی ابوسعید خدری نقل می‌کند: با رسول خدا ﷺ در برابر جنازه‌ای بودیم. حضرت فرمود: آیا متوفا دین دارد؟ گفتند: بله، دو درهم مدیون است. حضرت فرمودند: خودتان بر جسد نماز بگذارید. علی (علیه السلام) عرض کرد: ای رسول خدا، آن دو درهم را من بر عهده گرفتم و من ضامن او هستم و دو درهم را می‌پردازم. سپس پیامبر ﷺ برخاست و بر جنازه نماز گزارد و سپس رو به علی (علیه السلام) کرد و فرمود: خداوند تو را جزای خیر دهد و ذمه‌ات را آزاد سازد، همان طور که تو ذمه برادرت را آزاد کردی.»^۱ (حرّ عاملی، بی‌تا: ۴۲۴/۱۸)

۲- دارایی^۲

در عرف و اصطلاح متداول در بین مردم، دارایی به کلیه اموال و حقوق مالی شخص، اعم

۱. در ذیل روایت آمده است: «جزاک الله عن الاسلام خیر اوفک وهانک کما فککت رهان اخیک». در این روایت کلمه «رهان» به معنای ذمه به کار رفته است. (حرّ عاملی، بی‌تا: ۴۲۴/۱۸)

2. property, asset, wealth, finance, possession, estate

از عینی و دینی اطلاق می‌شود. این مفهوم در حقوق موضوعه، فایده عملی داشته، آثار مهمی بر آن مترتب است؛ مثلاً توقف تاجر با مقایسه دارایی او و بدهی‌هایش معین می‌شود (ماده ۴۱۲ ق.ت) و دارایی شخص بدهکار به وسیله دایره اجرای ثبت، یا اجرای دادگاه، توقیف می‌شود و یا به فروش می‌رسد؛ اما حقوق دانان دارایی را در مفهومی وسیع‌تر از آنچه گفتیم، استفاده می‌کنند. به عبارت دقیق‌تر، دارایی توانایی و ظرفیت داراشدن حقوق و تکالیف مالی است و اموال و دیون، اجزای تشکیل دهنده آن است که همواره در حال تغییر، افزایش یا کاهش بوده و حتی ممکن است، شخصی چیزی جز بدهی نداشته باشد، ولی چنین شخصی نیز دارایی دارد. (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۳)

۲-۱- مفهوم‌شناسی دارایی

۲-۱-۱- دارایی در لغت

دارایی در لغت فارسی به معنای پارچه ابریشمی، یا پشمی لطیف و نیز داشتن مال و مکنت است. (جهانبخش، ۱۳۶۱: ۱۴۳) واژه فرانسوی «Patrimoine» به معنای دارایی، از اصل لاتین «Patrimonium» گرفته شده است. این واژه با کلماتی همچون «Matrimonium» که در فرانسه امروزی «Regime Matrimonial» از آن گرفته شده، قرابت ساختاری دارد. مفهوم اصل به معنای مبدأ و نیز مفهوم اقتدار در این نوع واژگان، در نظر است. به همین دلیل است که به میراث بازمانده از پدر، «Patrioine» گفته می‌شود؛ چراکه میراث بازمانده از پدر یا نیاکان مبتنی بر اقتدار ایشان است. به همین ترتیب «Patrimoine moral» یا دارایی اخلاقی که شامل مجموعه قواعدی است که از نیاکان به جای مانده و راهبردی اخلاقی دارد، نیز کاربرد دارد.

۲-۱-۲- دارایی در اصطلاح

این واژه در ۱۰ ماده^۱ از مواد قانون مدنی به همین شکل استفاده شده که به نظر می‌رسد بیشتر معنای عرفی آن مدنظر است. مال با دارایی فرق دارد؛ دارایی مفهوم گسترده‌تری از مال داشته و جنبه منفی اموال و بدهی‌های فرد را هم شامل می‌شود. برای مثال ۱۰۰ هزار تومان قرض هر فرد هم دارایی او محسوب می‌شود که در اصطلاح به آن دارایی منفی گفته

۱. مواد ۶۵۳، ۸۴۵، ۱۰۲۵، ۱۰۲۸، ۱۱۱۸، ۱۱۸۶، ۱۲۲۵، ۱۲۳۶، ۱۲۳۷ و ۱۲۳۹ ق.م.

می‌شود.

در حقوق عرفی به تقلید از حقوق فرانسه، به جای ذمه، از عنوان دارایی استفاده می‌شود. واژه «Patrimoine» در کاربرد حقوقی، معمولاً ناظر به عناصر ثروت و تمول اشخاص است. در این کاربرد دارایی شامل اموال اشخاص، اعم از جاندار و بی‌جان، منقول و غیرمنقول، مادی یا غیرمادی می‌شود؛ چه شخص طبیعی و چه حقوقی.

اصطلاح «Biens patrimoniaux» در مقابل «Biens extrapatrimoniaux» قرار می‌گیرد. نوع اخیر مربوط به اموری است که شخص انسان دارنده آن است؛ چه در قلمرو فیزیکی انسان، مانند حیات، سلامت مادی و... باشد و یا روحی، مانند شرافت، شهرت و آرامش و...؛ بنابراین مرز میان داشته‌های غیرمالی اشخاص و دارایی مالی، فراوان است. با این حال گاه در بین آرای صادرشده از محاکم فرانسه دیده می‌شود که مفهوم «Patrimoine» از مفهوم خاص خود خارج شده است؛ به عنوان مثال شعبه کیفری دیوان عالی کشور فرانسه در ۲۴ می ۱۸۶۰، خاطره میت را جزء دارایی خانواده‌اش تلقی کرده است؛ اما در معنای خاص، دکتین حقوقی امروزه، درباره واژه یادشده، منحصراً نظر به اجزای اقتصادی دارد و در مقابل، امور مربوط به جسم انسان و یا روح انسان، اموری غیرمالی است و برای توصیف آن از واژه «extrapatrimoniaux» استفاده می‌شود.^۱ (seriaux, 2002: 1)

بنابر آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که دارایی در یکی از کاربردهای خود شامل عناصر خارجی ارزشمندی است که افراد آن را در تملک خود دارند. این دیدگاه اقتصادی درباره مفهوم دارایی در مقررات مختلف نیز دیده می‌شود و در بسیاری از اوقات وقتی سخن از دارایی اشخاص می‌شود، نظر به همین معناست؛ به عنوان مثال ماده ۴-۱۸۴۴ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «شرکت می‌تواند دارایی خود را انتقال دهد»، یا ماده ۵-۱۸۴۴ قانون مدنی درمورد انتقال دارایی سخن می‌گوید و یا ماده ۸۷۸ این قانون بحث از انتقال دارایی شخص حقیقی می‌کند. در این ماده آمده که «طلبکاران تر که می‌توانند متقاضی تقسیم دارایی

1. Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon 1939, cité par seriaux, (Alain), Répertoire de droit civil, t.V111, Dalloz, mot.Patrimoine no I, p.1.

متوفا با دارایی وارث شوند». کلمه «Patrimoine» در ماده ۲۷۲ قانون مدنی نیز به همین معنا به کار رفته است.

همان طور که می‌بینیم، در کاربرد مذکور، نظر به اجزای دارایی است. حقوق دانان با گذر از اجزای اقتصادی و قابل مبادله، کاربردهای دیگری را نیز به طور هم عرض ابداع کرده‌اند؛ از جمله «دارایی ملت» یا «دارایی عام بشریت» که این مفاهیم، مشتمل بر عناصر متعددی از جمله عناصر طبیعی و هنری است که به واسطه ارتباط تام آن با ثروت متعلق به هر ملت، یا نوع بشریت می‌توان آن ملت، یا نوع بشر را دارنده آن تلقی کرد.

در ارتباط با کاربرد دیگر واژه یادشده باید گفت: گاه دارایی به معنای کل اموال نیز به کار می‌رود. در این کاربرد اقلام عادی و اجزای دارایی به حساب نمی‌آیند. دارایی می‌تواند کمیت بی حد و انتهایی داشته باشد و نیز می‌تواند تنها شامل یک قلم مال باشد. در اینجا سؤالی مطرح می‌شود که آیا می‌توان تصور کرد که در ظرف دارایی هیچ عنصری نباشد؛ به این معنا که دارایی بدون اجزای تشکیل دهنده باشد. پاسخ این است که هیچ منعی وجود ندارد. در وضعیتی که منظور از دارایی، مجموعه دارایی فعلی و یا آتی شخص باشد، می‌توان پذیرفت که شخص دارای آن مجموعه باشد، اما داخل آن نیز عنصری یافت نشود. (seriaux, 2002: 2)

در تئوری کلاسیک فرانسوی که توسط ابری و رو (Aubry et Rau) در اثر مشهورشان به نام *Cours de droit civil* تبیین و تشریح شده، رابطه ناگسستگی بین شخصیت و دارایی وجود دارد. در این تئوری، دارایی به مجموع حقوق و تکالیف شخص اطلاق می‌شود، نه به اجزای آن. این نظریه دارای سه نتیجه اساسی است:

الف) فقط اشخاص، اعم از حقوقی یا حقیقی می‌توانند دارایی داشته باشند. نه دارایی به طور مستقل وجود دارد و نه می‌توان شخصی را بدون دارایی یافت؛ چرا که در این تئوری، دارایی به معنای توانایی ایجاد حق و تکلیف مالی است.

ب) هر شخص فقط یک دارایی دارد. دارایی به موجب شخصیت، واحد و تجزیه‌ناپذیر است و هیچ کس نیز نمی‌تواند دارایی خود را به چند جزء تقسیم کند؛ بلکه شخص با کلیت

دارایی خود در مقابل بستانکاران قرار می‌گیرد.

ج) دارایی در طول زندگی و حیات شخص، اعم از حقوقی یا حقیقی، انتقال‌ناپذیر به دیگران است. آنچه به دیگران منتقل می‌شود، فقط اجزای دارایی است؛ چراکه کسی نمی‌تواند توانایی و اختیار را به دیگری منتقل نماید.

به نظر نویسندگان فرانسوی با فوت، دارایی به ورثه منتقل می‌شود (Colin et Capitan, 1953: 61) و در ارتباط با اصل وحدت دارایی باید افزود: بعضی از قوانین همچون قانون آلمان، انگلیس و آمریکا، وحدت موردنظر را در فعالیت‌های خاصی مورد توجه قرار داده‌اند که به موجب آن دارایی اشخاص در آن فعالیت‌های ویژه، تخصیص می‌خورد و از دارایی عام آن اشخاص جدا می‌شود. به این تئوری، «نظریه اختصاص دارایی» اطلاق می‌شود و حقوق فرانسه نیز آن را انکار نکرده است.

در بعضی از آرای فرانسوی، موقوفات به صورت اختصاص جمعی از اموال به هدفی مشخص، توصیف شده است. (Cass.1 civ, 15 fevr. 1983. bull. Civ.I, nO 61)، (cité par seriaux, 2002: 2 L. no) بازگشت‌ناپذیر اموال و یا حقوق به اجرای فعالیتی عام‌المنفعه و بدون قصد سود» (L. no 18 a.1 du 23 juill. 1987 art. 571-87). توصیف شده است. همچنین شرکت‌های تک‌شریک با مسئولیت محدود، در واقع توسط شخصی حقیقی و یا حقوقی به واسطه اختصاص جمعی از اموال به فعالیتی اقتصادی و یا کشاورزی مشخص تشکیل شده‌اند.

در همه این موارد که از نظریه اختصاص دارایی پیروی شده، می‌بینیم اشخاص با ایجاد شخص حقوقی دیگری، قسمی از دارایی خود را به طور خالص در اختیار آن شخص قرار داده‌اند و بدین ترتیب با دو یا چند شخص با دارایی‌های مجزا مواجه هستیم و از این حیث انتقادی بر تئوری کلاسیک وارد نیست.

توضیح آنکه هدف قانون‌گذار مثلاً از تجویز شرکت‌های تک‌شریک این بوده که تجار یا کشاورزان قسمتی از اموال خود را به فعالیت‌های حرفه‌ای اختصاص دهند. به منظور جدا کردن قسمتی از اموال از سایر اموال و نیز به منظور اینکه سایر اموال از تعقیب بستانکارانی

که به موجب فعالیت حرفه‌ای شخص از او طلب کار شده‌اند، دور بماند، دو راه حل وجود دارد:

راه حل اول: پذیرفتن این امر که تجار و زارعان بتوانند دارایی خود را به چندین دارایی مجزا تفکیک کنند؛

راه حل دوم: توسل به مفهوم شخصیت حقوقی، به گونه‌ای که اشخاص یادشده بتوانند شرکتی تأسیس کنند و آن‌ها تنها شریک آن شرکت باشند.

راه حل دوم از این مزیت برخوردار است که قرابت خود را با حقوق عام حفظ کرده است؛ وانگهی راه حل دوم با اصل وحدت دارایی شخص نیز هماهنگ است. این راه حل هر چند قواعد مربوط به دارایی را حفظ کرده، اما موجب خلق پدیده شگفت‌انگیزی شده است؛ از این جهت که هر شرکت با شریکی واحد تشکیل شده و تنها یک عضو دارد. به همین دلیل است که راه حل انتخاب شده، موجب تغییر در مفهوم شرکت می‌شود.

در بند اول ماده ۱۸۳۲ قانون مدنی فرانسه، تشکیل شرکت با دو یا چند شریک پیش‌بینی شده است. با این حال در بند دوم ماده ۱۸۳۳ همان قانون، آمده است که می‌توان در موارد پیش‌بینی شده در قانون، با اراده واحد، یک شرکت ایجاد کرد. این امر در بند دوم ماده ۱۸۳۲ نیز تجویز شده است. از جمع این مقررات به دست می‌آید که در حقوق فرانسه، ایجاد شرکت تک‌شریکی، استثنایی بر قاعده است و جز در مواردی که در قانون تصریح شده، مجاز نیست.

در ارتباط با وحدت دارایی و به عنوان نقض، ممکن است گفته شود: چطور می‌توان پذیرفت که شخصی مستمند، دارایی داشته باشد؟ حقیقت این است که همین مستمند حداقل مالک لباس خودش است و در غیر این صورت نیز فرض تملک دارایی توسط او منتفی نیست. نباید اجزای دارایی با دارایی خلط شود. دارایی در نتیجه «اهلیت تمتع» برای افراد ایجاد می‌شود. در روزگار ما، اهلیت عام تمتع، که چیزی جز تملک اموال به طور نامحدود و بهره‌برداری از آن نیست، برای موجودات انسانی از زمان انعقاد نطفه تا زمان مرگشان شناخته شده است. امروزه تأسیساتی مثل برده‌داری و یا شرایطی که در آن برای زن به هنگام ازدواج

مجبوریت ایجاد می کرده، دیگر وجود ندارد. مرگ مدنی نیز از سال ۱۸۵۴ برافزوده است. در ارتباط با جنینی که نطفه او منعقد شده، هر چند متولد نشده است، فرضی قدیمی، حقوقی که امروزه به موجب آرای محاکم، در ردیف قواعد عمومی حقوق قرار گرفته را لحاظ کرده و برای جنین نیز اهلیت تمتع از ارث در نظر گرفته است. (Cass.1 civ, 10 dec. 1985, Bull.)

(civ.I., no 339, cité par seriaux, 2002: 3)

ماده ۹۰۶ قانون مدنی فرانسه مقرر می دارد: «...برای تملک مجانی میان زندگان، انعقاد نطفه در هنگام هبه کافی است و نیز برای تملک از طریق وصیت، انعقاد نطفه کسی که برایش وصیت شده در زمان فوت وصیت کننده کفایت می کند. علاوه بر این هبه و وصیت مزبور مؤثر نخواهند بود، جز در صورتی که طفل، زنده متولد شود.»

اشخاص حقوقی نیز به طور عام، در حدود تخصص خود اهلیت تمتع دارند. تنها در موارد استثنایی و خاص، این اشخاص اهلیت خود را از دست می دهند؛ به عنوان مثال، عدم اهلیت ناشی از محکومیت کیفری و یا محدودیت های قانونی ناشی از عدم اطمینان به فعالیت های شخص حقوقی از این قبیل است و جز در این موارد، اهلیت قانونی در نتیجه وجود دارایی برای اشخاص حقوقی نیز منطبق با قاعده است.

در حقوق فرانسه، مؤلفان مثال های دیگری جهت انتقاد به نظریه کلاسیک ارائه داده اند؛ از جمله استناد به مقررات وراثت. دلیل بر این انتقاد، پذیرش وراثت اختیاری از سال ۱۸۰۴ توسط مقررات فرانسوی است. آشکارترین نتیجه این مقررات این است که وارث از طرفی مالک اموال شخصی خودش است و از طرف دیگر مالک اموالی است که از متوفا با قبول «ماترک» به دست آورده است. این دو دارایی تا زمان پرداخت به تمام بستانکاران ترکه، به وسیله اموالی که پیش از این متعلق به متوفا بوده و از این پس به وارث تعلق یافته، از یکدیگر مجزا است. به همین ترتیب، بستانکاران ارث می توانند با تفکیک یا تقسیم اموال، ترکه را از تعقیب طلبکاران شخصی وارث خارج نمایند. در این باره ماده ۸۷۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «طلبکاران در هر شرایط و علیه هر طلبکاری می توانند تقسیم دارایی متوفا از دارایی وارث را تقاضا نمایند.» در این ماده منظور از «هر طلبکار» طلبکاران شخصی وارث است. (Civ.15)

(juill 1891. Cité par seriaux, 2002: 3)

انتقال‌ناپذیر بودن قسمتی از دارایی شخص بر اساس شروط قانونی و مجاز که رویه قضایی فرانسه آن را پذیرفته (Cass ler civ. octobre 1985, Bull. civ.I. no 252. cité) 3: 2002 par scriaux) و یا توقیف‌ناپذیر بودن اموالی که مقرر است در دارایی دارنده باقی بمانند و یا موردی که ناشی از حق استرداد است که قانون مقرر کرده، می‌تواند به جامعیت وحدت دارایی شخص خدشه وارد کنند؛ به‌عنوان مثال برای مورد اخیر می‌توان به ماده ۱-۳۶۸ قانون مدنی فرانسه اشاره کرد، که در آن در ارتباط با ارث فرزندخوانده مقرر شده که اگر وی «اقرای نزولی» نداشته باشد، اموالی را که از سرپرست دریافت کرده، باید به سرپرست یا وراث سرپرست برگرداند.

همان طور که با دقت در مثال‌های نقل شده برمی‌آید، گاه دوگانگی دارایی، کامل و گاه ناقص است. در فرض اول و تجمع دارایی شخص وارث در کنار دارایی ارث گیرنده تا قبل از تصفیه ترکه، دوگانگی کامل است؛ اما در سایر فرض‌ها دوگانگی به‌صورت ناقص مشاهده می‌شود؛ چراکه در تمام این حالات، اموال یا مجموعه‌ای از اموال، مشمول مقرراتی قرار می‌گیرد که کم‌ویش مجموعه‌ای مستقل را در ضمن دارایی ایجاد می‌نماید. به این دوگانگی در ادبیات جدید حقوق فرانسه «دوگانگی در ضمن توده‌ای واحد»^۱ گفته می‌شود. (Seriaux, 2002: 3)

۳- تطبیق ویژگی‌های ذمه در فقه اسلامی با دارایی در حقوق فرانسه

هرچند ذمه در حقوق اسلام شباهت زیادی با مفهوم دارایی در حقوق فرانسه دارد، اما مقایسه این دو مفهوم تفاوت‌هایی را نشان می‌دهد که در ادامه بررسی می‌شود.

الف) در نظریه کلاسیک فرانسوی و در بدو طرح این نظریه، دارایی منحصرأ شامل حقوق مالی افراد بر اعیان خارجی بود. به عبارت دیگر، دارایی هر شخص مجموعه‌ای از اموالی بود که شخص بر آن حق عینی داشت. بدین ترتیب حقوق دینی اشخاص در زمره

۱. برای اشاره به این دوگانگی در متون فرانسوی از عبارت «Dualisme larvé» استفاده شده که در ترجمه آن ترجیح دادیم از عبارت «دوگانگی در ضمن توده‌ای واحد» استفاده کنیم.

دارایی او محسوب نمی‌شد. بعدها حقوق‌دانان به‌دلیل ایجاد هماهنگی میان حقوق دینی و عینی از این حیث به‌طور گسترده‌ای، دیونی که هر شخص موظف به ادای آن است را داخل در دارایی شخص فرض کردند. (Planiol et Ripert, 1952, t.3, Les biens, 1952, no) (15)

بعضی از حقوق‌دانان کلاسیک فرانسه با تحلیلی مبتنی بر متن، از ماده ۲۰۹۲ قانون مدنی فرانسه، دیون را مشمول عنوان دارایی تلقی نکرده‌اند. در این ماده آمده است: «هر کس که به‌طور شخصی متعهد باشد، ملزم است تعهد خود را به‌وسیله تمام اموال منقول و غیرمنقول و حال و آینده خود ادا نماید.» همان‌طور که می‌بینیم این ماده نظر بر دارایی مثبت شخص دارد؛ اما این دکترین بعداً مورد مناقشه قرار گرفت.^۱ بعضی از مقررات نیز تمایل بر آن دارند که مفهوم دارایی را منحصرأ در موجودی شخص، اعم از اصل و «نمات» آن، خلاصه کنند؛ به‌عنوان مثال ماده ۲۷۲ قانون مدنی فرانسه پس از اشاره به واژه «Patrimoine» و به‌عنوان توضیح فقط به اصل و نمات و عناصر مثبت دارایی اشاره می‌کند.

به‌عکس در حقوق اسلام و بنا به نظر مشهور، متعلق ذمه، اعیان کلی است؛ بنابراین علی‌القاعده مطالبات کلی و دیون کلی به ذمه اشخاص تعلق می‌گیرد. به همین دلیل است که «ابراء» اعیان معین صحیح نیست؛ چون موضوع ابراء مافی الذمه است؛ (عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۸۸: ۳۵۷) بنابراین اگر در عقد اجاره، مستأجر منافع ملک را برای مدت یک سال در مقابل ده‌میلیون ریال اجاره کرده باشد، موجر می‌تواند ذمه مستأجر را نسبت به آن ابراء نماید؛ اما مستأجر نمی‌تواند ذمه موجر را نسبت به ادای منافع به او ابراء نماید؛ هر چند می‌تواند حق عینی خود بر مال را ساقط کند.

ب) در نظریه کلاسیک و قدیمی که از حقوق روم اقتباس شده بود، تعهد، رابطه‌ای شخصی میان صاحب دین و مدیون تلقی می‌شد و انتقال آن، چه از ناحیه صاحب دین (انتقال طلب) و چه از ناحیه مدیون (انتقال دین) امکان‌پذیر نبود؛ زیرا هریک از صاحبان دین دارای

1. seriaux, 1994, La notion juridique de patrimoine. Breves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD, civ.1994. 801 Spec. no 1, cité par seriaux, op.cit., no 8. p.3.

اخلاق مخصوصی است؛ از قبیل سماجت یا سهل انگاری. همچنان که هریک از مدیونان نیز دارای اخلاق خاصی است؛ از قبیل خوش حسابی یا بدحسابی. هریک از این اوصاف در ارزش دین سهم بسزایی دارد. (توکل‌ی کرمانی، ۱۳۸۰: ۱۹)

به همین دلیل است که در دیدگاه سنتی رومی به جای انتقال دین یا طلب، نظر به تبدیل تعهد بود و در این تلقی، تعهد اصلی با تمام «طواری» و خصائص آن زایل می‌شد و به جای آن تعهد دیگری می‌نشست. این عقاید بعدها در فرانسه تعدیل شد؛ اما بعضی از آثار آن باقی ماند. نویسندگان کلاسیک فرانسه در عین حال قائل به جواز انتقال دین به صورت قهری و از طریق ارث بودند. به نظر اساتید کلاسیک، ظرف دارایی که حقوق و تکالیف مالی متوفای آن جمع شده، پس از فوت او باقی می‌ماند؛ اما بقای این ظرف بدون اتصال آن به شخص غیرممکن است. از این رو به ناچار دارایی را به وارث متوفای به عنوان جانشین او، نسبت می‌دهند. به همین دلیل است که در حقوق فرانسه گفته می‌شود، وارث ادامه‌دهنده شخصیت مورث است. به موجب این نظریه در لحظه فوت، حقوق و دیون ارث‌گذارنده در یک لحظه به وارث یا وارثان منتقل می‌شود.

البته وارث نیز مخصوصاً در صورتی که دیون متوفای بیش از حقوق و اجزای مثبت دارایی او باشد، می‌تواند ترک را رد نماید و یا به شرط ملاحظه ماترک و سنجش فزونی و یا کاستی آن نسبت به دیون، آن را بپذیرد. ماده ۷۷۴ قانون مدنی فرانسه در این باره مقرر می‌دارد: «ارث می‌تواند بدون قید و ساده پذیرفته شود و یا به شرط ملاحظه و سنجش فزونی و یا کاستی آن نسبت به دین.»^۱ در صورت اخیر، وارث مسئول دیون ترک، جز به میزان اجزای مثبت ترک نخواهد بود؛ بنابراین در حقوق فرانسه با مرگ شخص، ذمه او هم خاتمه می‌یابد، اما مجموعه اموال و دیون او به ورثه منتقل می‌شود؛ ولی در فقه اسلامی نسبت به زمان خاتمه ذمه، اتفاق نظر وجود ندارد و همان طور که اشاره شد، هر چند بعضی نظر به خاتمه ذمه داده‌اند، اما بسیاری از نویسندگان عامه قائل به بقای ذمه شخص، حتی پس از فوت او هستند. روایات معتبری نیز

1. Art.774: "une succession peut être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire".

از طریق امامیه در اثبات این نظریه وجود دارد.

ج) در حقوق کلاسیک فرانسه به تبع حقوق روم، از همان لحظه فوت، نه تنها اموال و حقوق مالی مورث به مالکیت ورثه درمی آمد، بلکه کلیه دیون و تعهدات او نیز به ورثه منتقل می شد. وراثت می بایست دیون مورث خود را از محل ترکه می پرداخت و در صورت فقدان مال یا عدم کفایت ترکه، مسئول بود که شخصاً دیون مورث را بپردازد؛ اما در حقوق اسلام ورثه فقط مالک اموال شخص فوت شده می شوند؛ زیرا شخصیت مورث با فوت او زایل می شود. بدین ترتیب با فوت مورث، ترکه در حکم وثیقه مطالبات طلبکاران درمی آید؛ بدون آنکه حق دینی به حق عینی اصلی بر ترکه تبدیل شود.

د) در حقوق کلاسیک فرانسه دارایی فقط شامل مجموعه ای از حقوق و تکالیف مالی فرد است و هر آنچه ارزش مالی داشته باشد، داخل در مفهوم دارایی است؛ بنابراین حقوق سیاسی افراد و یا حقوقی که در کادر حقوق بشر قرار می گیرد، مثل حق حیات و حق آزادی و امثال آن مربوط به دارایی نیست. دعاوی مربوط به وضعیت مدنی افراد، مثل دعاوی زوجیت و دعاوی نسب و امثال آن، هرچند ممکن است آثار مالی داشته باشد، اما خود از جزای دارایی شخص محسوب نمی شود و در ظرف دارایی اشخاص نیز قرار نمی گیرد. از این رو کلیه حقوق عینی اشخاص، اعم از اصلی یا تبعی، مثل مالکیت، حق «ارتفاق»، حق «انتفاع»، رهن و امثال آن و نیز حقوق دینی، داخل در دارایی اشخاص است و به همین ترتیب جنبه های مالی حقوق مربوط به مالکیت ادبی و هنری، برخلاف جنبه های غیر مالی، داخل در دارایی به حساب می آید.

اما محتوای ذمه در فقه اسلامی متفاوت است. فقه اسلامی، به حقوق مالی افراد اکتفا نمی کند و سایر حقوق و تکالیف آن ها، اگرچه مالی نیز نباشد، در ذمه افراد استقرار می یابد. بعضی از تکالیف و واجبات اسلامی که به هیچ عنوان جنبه مالی ندارد، مانند نماز، روزه، حج و امثال آن بر ذمه افراد قرار می گیرد؛ بنابراین گفته می شود: فلانی چند ماه روزه و نماز بر ذمه دارد. به همین ترتیب بعضی از واجبات و اعمال عبادی که جنبه های مالی نیز دارد، همچون خمس، زکات، صدقه فطره و امثال آن نیز در ذمه قرار می گیرد؛ بنابراین از این جهت گستره

ذمه، در حقوق اسلامی فراتر از حقوق غربی است. در عوض مفهوم دارایی در حقوق فعلی فرانسه، شامل کلیه حقوق مالی می‌شود.

ها) بعضی از نویسندگان حقوق اسلامی، بحث از تخریب ذمه و یا حتی حدوث عیب بر ذمه را مطرح می‌کنند. همان طور که اشاره شد، به نظر شافعیه بعد از فوت، ذمه متوفا نه معدوم می‌شود و نه همچون زمان حیات او باقی می‌ماند، بلکه ذمه تخریب می‌شود. (ابن قدامة مقدسی، ۱۴۲۴ق: ۳۱۱/۴) بعضی نیز در باب حواله گفته‌اند: «هرگاه حواله بر مشغول‌الذمه واقع شود و بعد از عقد معلوم شود که او معسر بوده است، محتال، حق فسخ دارد؛ زیرا ذمه محال‌علیه به علت اعسار او، معیب بوده است و این خیار نیز در واقع خیار عیب است.»^۱ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۲۰) هرچند به حدوث عیب بر ذمه یا تخریب آن کمتر تصریح شده و این قبیل تعبیّرات شیوع نیافته، اما می‌تواند حکایت از تلقی متفاوت فقها از مفهوم ذمه بنماید.

این گفته به انضمام عقاید دیگری همچون بقای ذمه پس از فوت صاحب ذمه، نشان‌دهنده اعطای نوعی شخصیت حقوقی، هرچند ناقص، به ذمه است. در حالی که در حقوق فرانسه عمدتاً دارایی را مجموعه‌ای از اموال می‌دانند که عناصر و اجزای آن تبدیل به کل تجزیه‌ناپذیری شده است. به همین دلیل است که انتساب اوصافی مثل عیب و نقص و تخریب به دارایی در حقوق فرانسه ممتنع است. (سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۹/۱)

نتیجه‌گیری

در نگاهی کلی، قانون‌گذار ایرانی، در راستای مطالعات تطبیقی، به منابع و نظام‌های حقوقی متفاوت و متعددی متوسل شده است. گاهی از منابع اسلامی که به مکتب حقوق فطری تمایل دارد، استفاده کرده و گاهی از منابع غربی که تمایل به مکتب حقوق وضعی و تحقیقی دارند، بهره‌مند شده است. این التقاط به‌نوبه خود موجب ترقی در قانون‌گذاری

۱. در مقابل به نظر می‌رسد مبنای واقعی خیار در فرض بالا، تخلف از شرط ضمن عقد است. قید «جهل محتال به اعسار محال‌علیه» در ماده ۷۲۹ دلالت قوی‌تری به وجود این مبنا دارد. البته در کتب فقهی عمدتاً، ضرر محتال به‌طور مستقیم مبنای خیار معرفی شده و حتی تصریح شده که در این حکم، بین شرط توانگری محال‌علیه یا عدم آن فرقی نیست. (ر.ک. نجفی، ۱۳۶۷: ۱۶۵/۲۶)

می‌شود. برآیندهای این تحقیق را می‌توان چنین برشمرد:

۱- بعضی از مقررات حقوق فرانسه (از جمله ماده ۲۷۲) تمایل بر آن دارند که مفهوم دارایی را منحصرأدر موجودی شخص، خلاصه کنند؛ اما در حقوق اسلام (بنا به نظر مشهور)، متعلق ذمه، اعیان کلی است؛ بنابراین علی‌القاعده مطالبات کلی و دیون کلی به ذمه اشخاص تعلق می‌گیرد.

۲- در نظریه کلاسیک فرانسه، با مرگ شخص، ذمه او هم خاتمه می‌یابد؛ ولی در فقه اسلامی، بسیاری از نویسندگان عامه قائل به بقای ذمه شخص، اگرچه پس از فوت او، هستند؛ روایات معتبری نیز از طریق امامیه در اثبات این نظریه وجود دارد.

۳- در حقوق کلاسیک فرانسه، کلیه دیون متوفا نیز به ورثه منتقل می‌شود و در صورت فقدان مال یا عدم کفایت ترکه، شخصاً مسئول پرداخت دیون مورث هستند؛ اما در حقوق اسلام ورثه فقط مالک اموال متوفا می‌شوند.

۴- در حقوق فرانسه دارایی فقط شامل مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف مالی فرد است؛ اما در فقه اسلامی سایر حقوق و تکالیف افراد، اگرچه مالی نیز نباشد، در ذمه افراد استقرار می‌یابد.

۵- در حقوق اسلام نظرات و عقایدی ارائه شده که نشان‌دهنده اعطای نوعی شخصیت حقوقی (اگرچه ناقص) به ذمه است؛ برخلاف حقوق کلاسیک فرانسه. با توجه به این ویژگی‌ها می‌توان گفت که نسبت بین ذمه و دارایی، «عموم و خصوص مطلق» است.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن عابدين، محمدامين بن عمر، ۱۹۷۹، حاشية ردّ المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الابصار، بيروت.
۲. ابن قدامه مقدسى، ابى محمد عبدالله، ۱۴۲۴ق، المغنى على مختصر الخرقى، قم: دارالكتاب العلمية.
۳. الابى الأزهرى، عبدالسميع، ۱۴۲۱ق، جواهر الاكلیل، بيروت: المكتبة العصرية.
۴. ازهرى، محمد بن احمد، ۱۴۲۲ق، معجم تهذيب اللغة، رياض زكى قاسم، بيروت: دارالمعرفة.
۵. اسماعيلى، محسن و على مهاجرانى، بهار و تابستان ۱۳۹۵، «ماهيت و الكوى تعريف در مفاهيم حقوقى»، حقوق اسلامى، س ۱۷، ش ۴۳.
۶. الالبانى، محمد ناصرالدين، ۱۴۰۸ق، صحيح سنن الترمذى، بى جا: مكتبة الترييه العربى لدول الخليج.
۷. امامى، سيدحسن، ۱۳۷۱، حقوق مدنى، چ ۵، تهران: كتاب فروشى اسلاميه.
۸. باتمان غليچ، محمدحسين، ۱۳۹۶، فرهنگ مترجم عربى - فارسى، تهران: ميزان.
۹. بحراني، آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم، ۱۴۰۵ق، الحداثق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، قم: اسلامى (وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم)
۱۰. بخارى، عبدالعزيز بن احمد، بى تا، كشف الاسرار عن اصول فخرالاسلام البزدوى، قاهره: دارالكتاب الاسلامى.
۱۱. بندر ريگى، محمد، ۱۳۶۲، فرهنگ جديد عربى - فارسى، ترجمه منجد الطلاب، چ ۴، تهران: اسلامى.
۱۲. توكلی كرماني، سعيد، ۱۳۸۰، انتقال تعهد، تهران: دانشور.
۱۳. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، ۱۳۸۶، الفارق، دائرة المعارف عمومى حقوق، تهران: كتابخانه گنج دانش.

۱۴. -----، ۱۳۸۲، فن استدلال، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۵. -----، ۱۳۸۲، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۶. جهانبخش، ولی الله، ۱۳۶۱، فرهنگ بیان، بی جا: حجتی.
۱۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۲۸ق، معجم الصحاح، خلیل مأمون شیخا، چ ۲، بیروت: دارالمعرفه.
۱۸. حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشرعیه، بیروت: دار احیاء تراث عربی.
۱۹. حسینی عاملی، سید محمد جواد، بی تا، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۲۰. خوری شرتونی، سعید، ۱۴۰۲ق، اقرب الموارد فی فصح العربیه والشوارد، قم: منشورات مکتبه آیه الله مرعشی.
۲۱. زحیلی، وهبة، ۱۴۰۹ق، الفقه الاسلامی وادلتہ، چ ۳، بیروت: دارالفکر.
۲۲. سرخسی، محمد بن احمد، ۱۴۱۴ق، اصول السرخسی، تحقیق ابوالوفا افغانی، بیروت: دارالکتاب العلمیه.
۲۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، چ ۲، بی جا: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۲۴. صدر، سید محمد باقر، بهار ۱۳۷۹، «حواله»، مجله فقه اهل البيت (علیه السلام)، س ۶، ش ۲۱.
۲۵. صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم زاده، ۱۳۸۴، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چ ۱۰، تهران: سمت.
۲۶. طباطبائی، سید محمد حسین، ۱۴۲۳ق، بدایه الحکمه، تحقیق و تعلیق شیخ عباس علی زارعی، بی جا: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۳۸۸ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بی جا: دارالعلم الاسلامی.
۲۸. -----، ۱۴۱۳ق، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه

المعارف الإسلامية.

۲۹. عراقی، ضیاءالدين، ۱۴۱۷ق، نهاية الافكار، قم: اسلامى.
۳۰. عميد زنجانى، عباسعلى، ۱۳۸۲، موجبات ضمان، درآمدى بر مسئوليت مدنى و اسباب و آثار آن در فقه اسلامى، تهران: ميزان.
۳۱. فنسنگ، أ.ى، ۱۹۳۶، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى، ليدن عبدالباقى، بى جا: مكتبه بريل.
۳۲. فيض، عليرضا، ۱۳۶۹، مبادئ فقه و اصول، تهران: دانشگاه تهران.
۳۳. قرافى، احمد بن ادريس، بى تا، انوار البروق فى انواء الفروق، بيروت: دارالكتب العلميه.
۳۴. كاتوزيان، ناصر، ۱۳۷۴، نظريه عمومى تعهدات، تهران: يلدا.
۳۵. كاسانى حنفى، علاءالدين ابى بكر، ۱۴۲۰ق، كتاب بدائع الصنائع، بيروت: دارالفكر.
۳۶. محمد ناصرالدين، ۱۴۰۸ق، صحيح سنن الترمذى، عربستان سعودى: مكتبه التريه العربى لدول الخليج.
۳۷. مسعود بن عمر تفتازانى، بى تا، التلويح الى كشف حقائق التنقيح، محمدعدنان درويش، بيروت: دارالارقم.
۳۸. مكاشفى، طه كباشى، ۱۴۰۹ق، الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت فى الفقه الاسلامى: دراسة مقارنة، رياض: مكتبه الحرمين.
۳۹. موسوى بجنوردى، سيدمحمد و فائزه مقتدايى، تابستان ۱۳۹۲، «ذمه از دیدگاه فقه اماميه بارويكردى بر نظرات امام خمينى»، پژوهش نامه متين، س ۱۵، ش ۵۹.
۴۰. نائينى، محمد حسين، ۱۴۱۷ق، فوائد الاصول، قم: اسلامى.
۴۱. نجفى، شيخ محمدحسن، ۱۳۶۷، جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام، تهران: دارالكتب الاسلاميه.
۴۲. نعمت اللهى، اسماعيل، پاييز ۱۳۹۱، «ذمه و عهده در فقه شيعه»، مطالعات اسلامى: فقه و اصول، س ۴۴، ش ۹۰. آقارضا بن محمدهادى، ۱۴۱۶ق، مصباح الفقيه، قم: مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث ومؤسسة النشر الإسلامى.

٤٣. وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ١٤١٧ق، الموسوعة الفقهية، كويت: دارالصفوة.

44. Colin (Ambrise) et Capitan (Henri), 1988, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5e ed, paris, Dalloz.
45. Planiol et Ripert (Georges), 1952, *Traité pratique de droit civil français*, T.3, LGDJ.
46. seriaux (Alain), 1992, *Droit des obligations*, 2e ed, PUF.
47. seriaux (Alain), 2002, *Répertoire de droit civil*, T.III, 31e annee, Dalloz.

مدخلی بر اجازه ورد در عقد فضولی

غلامرضا یزدانی^۱

چکیده

در خصوص زمان تأثیر اجازه در عقد فضولی، بین محققان اختلاف نظر وجود دارد. مهم‌ترین سؤال در این زمینه این است که آیا اراده مالک «مجیز»، نقش فعال داشته و اوست که زمان تأثیر اجازه را تعیین می‌کند و یا اراده وی منفعل بوده و تعیین زمان تأثیر اجازه، به اراده او نیست. اگر اراده مالک، فعال باشد، به این معناست که بنا بر قول به «کشف»، مالک می‌تواند از زمان اجازه، عقد را اجازه کند و برعکس بر طبق نظریه «نقل»، این امکان برای مالک وجود دارد که عقد را از زمان انعقاد آن اجازه نماید؛ اما اگر اراده فاعل، منفعل باشد به این معناست که زمان تأثیرگذاری اجازه، توسط قانون‌گذار تعیین شده و آنچه به اراده فاعل بستگی دارد، اجازه یا رد معامله است. هرگاه مالک، اجازه را اختیار کند، بنا بر دیدگاه کشف، عقد از زمان انعقاد و بنا بر دیدگاه نقل، عقد از زمان اجازه، تنفیذ می‌شود و مالک نمی‌تواند خلاف این ترتیب را اراده نماید. در نوشتار حاضر که مبتنی بر روش تحلیلی توصیفی است، این نتیجه به دست آمده که اراده مجیز، نقشی فعال داشته و از زمانی عقد فضولی مؤثر خواهد بود که وی اراده کند. در صورتی که اراده مجیز در این خصوص، احراز نشود، به نظر می‌رسد اجازه از زمان خود اجازه، عقد را مؤثر می‌سازد.

کلیدواژه‌ها: اجازه، رد، بیع فضولی، فضول، مجیز.

۱. مدرس سطوح عالی حوزه علمیه خراسان و عضو هیئت علمی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

ygholamreza1@gmail.com

یکی از شرایط صحت معامله آن است که معامله توسط مالک، وکیل و یا ولی وی انجام شود. چنانچه شخصی که نه مالک بوده و نه سمتی از طرف مالک داشته، اقدام به انعقاد معامله نماید، معامله انجام شده اصطلاحاً معامله «فضولی» نامیده می شود. برخی از فقها و محققان بر این باورند که چنین معامله ای از اساس باطل است. (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۱۶۸/۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق: ۳۵۰/۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق: ۵۱۹/۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۲۰۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۲۰/۱) در مقابل، اکثر فقها و محققان بر این باورند که معامله فضولی معامله ای صحیح، اما غیر نافذ است. نفوذ معامله فضولی با اراده متعاقب مالک انجام می شود و بعد از اجازه بیع فضولی توسط مالک، معامله نافذ می گردد؛ اما این سؤال مطرح می شود که اجازه مالک از چه زمانی معامله فضولی را نفوذ می بخشد؛ از زمان وقوع عقد، یا از زمان تحقق اجازه و یا با وضعیتی دیگر.

برای پاسخ به این سؤال که اراده مالک، فعال است یا منفعل و اینکه اساساً زمان تأثیر اجازه، چه زمانی است، ابتدا دیدگاه «کشف» و «نقل» از حیث «مرحله ثبوت» بررسی شده و سپس مسئله در «مرحله اثبات» مورد کنکاش واقع خواهد شد.

به دیگر سخن، ابتدا باید بررسی شود که نظریه کشف و نظریه نقل هر دو ثبوتاً ممکن باشند؛ بدین معنا که آیا می توان برای هر کدام از کشف و نقل، تصویر و تقریب صحیحی ارائه داد تا در مرحله ثبوت و واقع با محذور عقلی مواجه نشوند؛ چرا که اگر مثلاً در عالم ثبوت صرفاً برای نظریه نقل بتوان تصویر درستی ارائه داد، ولی نظریه کشف ثبوتاً مشکل داشته باشد، دیگر نوبت به مرحله اثبات نمی رسد؛ بلکه نزاع در مرحله ثبوت پایان می پذیرد؛ یعنی وقتی نظریه کشف، بر فرض، ثبوتاً مشکل داشته باشد و با محال عقلی همراه باشد، دیگر معنا ندارد که در عالم اثبات برای صحت آن دنبال دلیل بود.

بعد از فراق از مرحله ثبوت اگر دریافتیم که هر دو نظریه کشف و نقل از جهت ثبوت ممکن بوده و با محذور عقلی مواجه نیست، آنگاه وارد مرحله اثبات شده و در این مرحله این مسئله بررسی می شود که از نگاه قانون گذار، کدام نظریه صحیح بوده و آیا مالک می تواند به اراده خود، خلاف آن را مقرر نماید.

پیشینه تحقیق

موضوع حاضر در لابه‌لای کتب فقهی مورد بررسی قرار گرفته، ولی در قالب مقاله و تألیفی مستقل تاکنون به رشته تحریر نیامده است. تنها اثری که در این خصوص یافت شد، مقاله‌ای است با عنوان «بررسی فقهی و حقوقی اجازه و رد در معامله فضولی» که در فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲۰، سال ۱۳۹۴ به چاپ رسیده است. این مقاله برخلاف عنوان خود، تقریباً فاقد بررسی فقهی است و صرفاً دیدگاه شیخ انصاری و صاحب جواهر در آن منعکس شده است؛ ولی تحقیق حاضر، علاوه بر اینکه کاملاً فقهی است و تلاش شده، دیدگاه تمامی فقهای امامیه در آن منعکس شود، واجد این نکته است که مسئله‌محور بوده و صرفاً به زمان تأثیر اجازه و رد پرداخته است. وانگهی در مقاله حاضر، بین مرحله ثبوتی و اثباتی تفکیک شده و سؤال مطرح شده در مقاله، به تفکیک از حیث ثبوتی و اثباتی مورد واکاوی قرار گرفته است.

۱- امکان‌سنجی ثبوتی نظریه نقل

در خصوص اینکه مفهوم نظریه کشف و نقل، به چه معناست، بین محققان اختلاف نظر وجود داشته و معانی متعددی برای آن‌ها ارائه شده است. حقیقت است این است که هریک از محققان ضمن ارائه مفهوم مختلفی برای کشف یا نقل در پی این هستند تا معنا و مفهومی را ارائه نمایند که با محدودی در عالم ثبوت مواجه نشود؛ از این رو، در تحقیق حاضر هریک از معانی نظریه نقل و نظریه کشف به‌طور جداگانه بررسی می‌شود، تا از این رهگذر این نتیجه به دست آید که آیا می‌توان از نظریه نقل و کشف، تصویری ارائه داد که هیچ محدود عقلی و ثبوتی نداشته باشد.

۱-۱- جزئیت اجازه برای انشا

برخی بر این عقیده‌اند که «اجازه»، جزء اخیر علت ملکیت (عقد) است. مطابق این دیدگاه، عقد مؤثر، مرکب از ایجاب و قبول و اجازه است و با آمدن اجازه است که عقد تمام می‌شود و اثر آن، که ملکیت و انتقال باشد، حاصل می‌شود. نتیجه منطقی این تحلیل آن است که از زمان اجازه، موضوع حکم عقلاً به نقل و انتقال (عقد) پدیدار می‌شود. به‌دیگر

سخن، عقد در صورتی صحیح و نافذ است که هم قصد و هم رضایت همراه آن باشد؛ اما در عقد فضولی که توسط فضول انشا شده است، رضایت فضول ملاک عمل نبوده و ارزشی ندارد و رضایت مالک است که به عقد اعتبار می‌بخشد و چون با اجازه است که رضایت مالک اعلام می‌شود، بنابراین با اجازه، عقد تکمیل می‌شود. (قدیری، بی تا: ۴۷۹؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ۳۳۷؛ طاهری، ۱۴۱۸ق: ۱۲۵/۲)

۱-۱-۱- نقد و نظر

به نظر می‌رسد این دیدگاه خالی از اشکال باشد. (قدیری، بی تا: ۴۷۹؛ خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۲۲/۲) البته برخی از محققان، اشکالاتی را مطرح کرده‌اند؛ ولی این اشکالات پذیرفتنی نیست؛ به عنوان نمونه فخرالمحققین در اشکال به این دیدگاه فرموده است: لازمه این نظریه این است که امر معدوم در امر موجود تأثیر کند و این محال است. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۱۹/۱) به دیگر سخن، عقد تأثیر در ملکیت دارد؛ حال اگر اجازه «کاشفه» باشد و فرض شود که عقد فضولی در اول ماه، منعقد شده و در آخر ماه، اجازه مالک به آن ملحق شده، در این صورت، عقد در روز اول ماه و از همان روز، مؤثر در ملکیت است؛ اما اگر اجازه «ناقله» باشد، در روز آخر ماه که اجازه می‌آید عقدی وجود ندارد؛ یعنی در زمان اجازه (آخر ماه) عقد معدوم است. به بیان بهتر اگر اجازه ناقله باشد، در مثال پیش گفته ملکیت از روز آخر ماه محقق می‌شود؛ اما اینجا سؤال می‌شود که چه چیز این ملکیت را به وجود آورده است. اگر گفته شود که عقد فضولی اول ماه، این مالکیت را به وجود آورده، این اشکال را در بر دارد که این عقد در آخر ماه معدوم است و نمی‌توان پذیرفت که امر معدوم (عقد) تأثیر گذاشته و اثر ملکیت را به وجود بیاورد.

به نظر می‌رسد اشکال پیش گفته، صحیح نباشد؛ زیرا اولاً، آن چیزی که معدوم می‌شود اسباب بیع است، نظیر «بعث» و «قبلت» و امثال آن؛ چون این‌ها از مقوله لفظ است و به محض اینکه از دهان خارج شد، تمام شده و محو می‌شود؛ ولی ماهیت بیع باقی است و بر همین اساس است که «اقاله» و «فسخ» در عقود لازم، صحیح است؛ (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۱۳/۲) ثانیاً، این اشکال بر نظریه کشف نیز وارد است؛ زیرا چطور اجازه بعدی در عقدی که معدوم شده تأثیر می‌گذارد؟

۱-۲- ناقلیت اجازه از حین عقد

برخی از طرفداران نظریه نقل، در بیان آن می‌گویند: هرچند با اجازه است که نقل مالکیت اتفاق می‌افتد، ولی این انتقال مالکیت از زمان عقد صورت می‌گیرد؛ بدین معنا که در بیع فضولی در فاصله بین عقد و اجازه، مبیع در ملک مالکش باقی است و بعد از تحقق اجازه، مبیع واقعاً از حین اجازه داخل در ملک مشتری می‌شود. مطابق این تفسیر نباید پنداشت که انتقال مالکیت از همان ابتدا از زمان عقد صورت می‌گیرد و اجازه، کاشف از آن است، بلکه تا قبل از آمدن اجازه، مبیع در ملک مالک آن باقی است و با اجازه است که انتقال مالکیت رخ می‌دهد؛ البته زمان تحقق انتقال مالکیت، همان زمان وقوع عقد است. (حکیم، ۱۴۱۵ق: ۳۷/۲) برخی از محققان ضمن اذعان به این دیدگاه، آن را «کشف انقلابی» نام نهاده‌اند. (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۲۷/۲)

۱-۲-۱- نقد و نظر

نظریه نقل مطابق تفسیر حاضر، با اشکالاتی مواجه شده که هریک به‌طور جداگانه نقد و بررسی می‌شود.

الف- لزوم انقلاب واقعیت

نخستین اشکالی که بر نظریه ناقلیت با تفسیر حاضر، وارد شده این است که لازمه این معنا، انقلاب است؛ زیرا آنچه ملک مالک در زمان بین عقد و اجازه است، تبدیل می‌شود به ملک شخص دیگر و این معنا به‌وضوح محال است. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: «انقلاب ماهیت اگرچه در امور حقیقی محال است، اما در امور اعتباری محال نیست؛ چرا که مناط امتناع در امور اعتباری، لغویت است؛ بدین معنا که اعتبار اموری محال است که لغو و بی‌فایده باشد.» (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۲۴/۲)

ب- لزوم تأثیر امر متأخر در متقدم

اشکال دومی که بر تفسیر حاضر وارد شده این است که مطابق این تقریب، لازم می‌آید که امر متأخر در امر متقدم تأثیر بگذارد؛ زیرا عقدی که مثلاً در اول ماه واقع شده، فاقد وصف تأثیر بوده و با اجازه، واجد آن می‌شود.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: اولاً، اینکه امر متأخر در امر متقدم تأثیر گذارد، در فقه سابقه دارد؛ (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۸۶/۲۲) مثلاً هرگاه شخصی فاقد سمت قضاوت در پرونده‌ای قضایی، حکمی صادر کند، خود این حکم اثری ندارد، اما هرگاه حاکم شرع این حکم را تنفیذ کند، این حکم از روزی که صادر شده، مؤثر است؛ ثانیاً، مسئله تأثیر و تأثر در «امور تکوینی» با «امور تشریعی» و اعتباری فرق دارد و نباید بین تکوین و تشریع اشتباه کرد. وقتی در امور تشریعی گفته می‌شود که فلان امر، دارای اثر است، مراد از «صفت تأثیر» اعتبار مؤثر بودن، در نقل و انتقال و معامله است.

ج- لزوم تقدم معلول بر علت

اشکال دیگر این نظریه آن است که لازمه آن، تقدم معلول بر علت است؛ زیرا علت عبارت است از اجازه و معلول آن، که ملکیت باشد، قبل از زمان اجازه محقق می‌شود. در پاسخ این اشکال نیز می‌توان گفت: اگرچه اجازه از نظر وجود، از ملکیت متأخر است، ولی زمان اعتبار ملکیت مقدم است.

د- لزوم اجماع دو مالک بر مملوک واحد

اشکال دیگری که بر این نظریه وارد شده، این است که لازمه این نظریه جمع بین دو مالک بر ملکی واحد است؛ زیرا در زمان بین عقد و اجازه، یعنی زمانی که اجازه نیامده است، مبیع واقعاً ملک فروشنده است و بعد از آمدن اجازه، واقعاً ملک خریدار می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۸۹/۲۲؛ یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

در پاسخ از این اشکال نیز می‌توان گفت: همین که زمان اعتبار فرق دارد کافی است که از این محذور پاسخ داده شود. (روحانی، ۱۴۱۲ق: ۱۴/۱۶) وانگهی عقلاً ممنوع نیست که دو مالک بر یک ملک جمع شوند؛ زیرا ملکیت عبارت است از سلطنت بر شیء و اشکالی ندارد که دو شخص بر شیئی سلطنت داشته باشند. اگر اشکال شود که هر چند اجتماع دو مالک بر شیء واحد، محال عقلی در پی ندارد، اما عرف این را نمی‌پذیرد، در پاسخ می‌توان گفت: بر فرض صحت این ادعا، مربوط به این بحث نمی‌شود؛ زیرا بحث فعلی، ثبوتی است نه اثباتی.

۱-۳- تمام‌العله بودن اجازه

یکی از معنایی که برای اجازه بیان شده، این است که اجازه «تمام السبب» و «تمام‌العله»

برای نقل و انتقال باشد، نه اینکه شرط یا جزء عقد قرار بگیرد؛ چرا که حقیقت معامله عبارت است از «اعتبار ملکیت در افق نفس» و الفاظ عقود صرفاً آشکار کننده آن اعتبار نفسانی است و چون اعتبار ملکیتی که فضول کرده، صرفاً تخیلی بیش نیست و واقعیت عقلایی ندارد، بنابراین وقتی مالک اجازه می‌کند، در واقع آن زمان وی تبدیل معامله را اعتبار می‌کند و این اعتبار است که باعث انتقال مالکیت می‌شود.

اشکالی که بر این تفسیر وارد است اینکه اولاً، در علم اصول ثابت شده است که موجودات اعتباری نیز دارای ظرف اعتبار هستند و آنچه در افق نفس است، صرفاً تصور مبادله و معامله است و مادامی که در خارج انشا نشود، نمی‌تواند موضوع اثر باشد؛ ثانیاً، برگشت این نظریه به انکار صحت عقد فضولی است، در حالی که مطابق دیدگاه اکثر محققان، عقد فضولی، عقد باطلی نیست.

۱-۴- جزء العله بودن اجازه به نحو قهقرایی

معنای دیگر نقل این است که اجازه در تأثیر عقد دخیل است، به این نحو که ملکیت بعد از زمان اجازه حاصل می‌شود و تا زمان عقد، استمرار می‌یابد؛ یعنی ملکیت به نحو «قهقرایی» در زمان بین عقد و اجازه پیدا می‌شود و اجازه اثر قهقرایی نسبت به قبل از خود تا زمان اجازه دارد؛ (ایروانی، ۱۴۰۶ق: ۱۲۷/۱) البته سید این معنا را از اقسام قول به کشف دانسته‌اند. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۴۹/۱)

نتیجه‌ای که تا اینجا در تحقیق به دست می‌آید، این است که نظریه نقل، اگرچه بنا بر بعضی از تفاسیری که برای آن شده در مرحله ثبوت با مشکل مواجه است، ولی بنا بر بعضی از تفاسیر دیگر، اشکالی نداشته و اجمالاً این دیدگاه از نظر ثبوتی محال نیست.

۲- امکان سنجی ثبوتی نظریه کشف

مفهوم «کاشفه بودن» اجازه بدین معناست که با ابراز اجازه توسط مالک، کشف می‌شود که عقد فضولی از زمان تحقق، صحیح بوده است. برای کاشفه بودن اجازه نیز معانی متعددی بیان شده است. به نظر می‌رسد تمام این معانی تلاش‌هایی است برای تصویر صورتی صحیح و بدون اشکال از حیث ثبوت و واقع؛ صورتی که با محذور عقلی مواجه نباشد. در ادامه

تک تک این ایده ها نقل و مورد بررسی قرار می گیرد.

۲-۱- نظریه کشف حقیقی

نظریه کشف حقیقی بدین معنا است که با آمدن اجازه از سوی مالک، کشف می شود که عقد از زمانی که واقع شده، صحیح بوده و احکام عقد صحیح از زمان وقوع عقد بر آن بار می شود؛ از این رو، اگر مثلاً آقای الف، ماشین آقای ب را در اول ماه رجب فروخته و مالک، در آخر ماه رمضان عقد روز اول ماه رجب را اجازه کرده است، اگر اجازه کاشفه باشد، معنایش این است که عقد بین فضول و آقای ب از روز اول ماه رجب صحیح بوده و این ماشین از روز اول ماه رجب در واقع ملک مشتری بوده است و منافع آن متعلق به مشتری خواهد بود؛ همچنان که خسارات وارده در ملک مشتری اتفاق می افتد. (یزدی، ۱۴۲۱: ۱۴۸/۱)

این معنا برای کشف، عقلاً با محذوری مواجه نیست و برخی از محققان به این نظریه گرایش دارند. شیخ مفید در موردی که شخصی، کنیز شخص دیگری را به صورت فضولی به فروش می رساند، می نویسد: «اگر خریدار، کنیز را حامله کرد و یا کنیز را آزاد کرد و یا کنیز را به عقد کسی در آورد، چنانچه مالک، عقد فضولی را رد کند، تمامی آثار فروش فضولی از بین می رود؛ از جمله اینکه می تواند فرزند کنیز را استرقاق کند، عتق را ابطال نماید و یا نکاح کنیز را منحل کند.» (مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۶) ظاهر فتوای شیخ مفید آن است که ایشان کشف حقیقی را مورد تأیید قرار داده است. علاوه بر شیخ مفید، گروهی از محققان نیز همین دیدگاه را قبول دارند. (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷: ۱۹۲/۳ و ۱۴۱۰: ۱۰۴؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۲۷/۲؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۴: ۲۱ و ۱۴۲۲: ۳۳۱ و ۱۴۱۲: ۲۷۷/۱ و ۱۴۱۳: ۱۵۸/۳؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۲۲۷/۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۲۱/۱۶؛ سید مجاهد، بی تا: ۲۹۰؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۷۴/۴؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۳۶۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۳۵۱/۲؛ امامی، بی تا: ۳۰۵/۱؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۸۲)

۲-۲- کاشفیت اجازه از وصف «تعقب»

بدون تردید، شرط صحت عقد فضولی آن است که در پی آن، اجازه مالک بیاید. به تعبیر دیگر، «تعقب اجازه» شرط صحت عقد فضولی است. این شرط، هنگام عقد موجود است و

نظریه کاشفیت اجازه از وصف تعقب به این معنا است که اجازه کاشف از امری است که مقارن عقد است؛ اجازه در این معنا دلیل است بر تحقق آن امر از حین عقد. (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۸۶/۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۹۰/۴؛ نراقی، ۱۴۱۵ق: ۳۶۷/۲)

۲-۳- کشف به نحو لیم

برخی بر این اعتقادند که خود اجازه، شرط صحت عقد است؛ البته به نحو شرط متأخر. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۳۱/۲؛ خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۳۳/۲)

انتقادی که بر این دیدگاه وارد است اینکه معنای شرط اصطلاحی این است که در صحت فعلی عقد دخالت دارد و از طرفی فرض این است که شرط در حین عقد موجود نیست، بنابراین نمی توان گفت: عقد بالفعل صحیح است.

۲-۴- کشف اجازه از وجود رضایت تقدیری مالک

برخی از محققان، از جمله محقق رشتی، برای تبیین کاشفیت اجازه، بیان ویژه ای دارند که برگشت به دو مقدمه دارد:

۱. رضایتی که در تصرف در اموال غیر، معتبر است، رضایت فعلی نیست؛ بلکه رضایت تقدیری نیز کفایت می کند. مراد از رضایت تقدیری رضایت فعلی مالک نسبت به تصرف متصرف نیست؛ زیرا این رضایت در بیع فضولی وجود ندارد؛ بلکه منظور این است که فرد به تصرف شخص دیگری در اموالش واقعاً راضی است و یا به نحوی راضی به تصرف در اموالش است که برای او سودآور باشد.

۲. هرگاه اجازه محقق شود، معلوم می شود که این رضایت و شرط از اول امر حاصل بوده است؛ بنابراین اجازه کشف می کند از وجود شرط در حین عقد؛ پس اجازه صرفاً نقش کاشفیت دارد. (رشتی، بی تا: ۱۳۵)

تفاوت این معنا با معنای اول این است که در اولی که کشف محض را گفته بود، عقد در تأثیر کردن مطلقاً نیازی به رضایت ندارد، چه رضای فعلی و چه تقدیری و این اجازه کشف می کند از امری که متقوم به امر متأخری نیست؛ چرا که در معنای دوم شرط، متقوم بود به امر متأخر، (واقعاً یا لحاظاً) ولی مراد از کشف در این معنا این است که اجازه و رضای فعلی که اظهار شده، دلیل بر این است که او عقد را از زمان عقد اجازه کرده است؛ رضای تقدیری او موجود بوده است، در زمان عقد.

این نظریه اشکالات متعددی داشته است؛ تا جایی که آیت الله خوئی آن را عجیب شمرده و می نویسد: «وفیه أن هذا من عجائب الكلام، فإنه مضافاً إلى ما تقدم من أن الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجاً للعقد الفضولی عن الفضولية فكيف بالرضا التقديری... علی أنه لا دلیل علی كون الإجازة كاشفة عن الرضا التقديری بوجه، بل هو تخيل محض و رجم بالغیب كما هو واضح علی المتأمل.» (خوئی، بی تا: ۷۷۱/۲)

برخی از اشکالاتی که بر این دیدگاه وارد شده این است:

۱. در جایی که مالک، فضول را از تصرف در اموالش منع کرده و بازهم فضول اقدام به معامله کرده باشد، مسلماً مالک در زمان عقد، رضایت تقدیری ندارد؛ در حالی که اگر اجازه به این معامله ملحق شود، صحیح خواهد بود.

۲. گاهی ممکن است در زمان عقد، معامله به ضرر مالک بوده باشد، اما بعداً همین معامله به نفع و مصلحت مالک شود؛ بنابراین اگر مالک، عقد را اجازه کند، نمی توان از اجازه، رضایت مالک در حین عقد را کشف کرد. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

۳. لازمه این نظریه این است که در صورت علم به رضایت مالک، بتوانیم در ملک او تصرف کنیم، اگرچه او هیچ وقت آن را اجازه نکند؛ در حالی که التزام به این مطلب، صحیح نیست. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۵۰/۱)

۴. اگر ملاک جواز تصرف، علم تصرف کننده به مصلحت باشد، هر کسی با این ادعا که تصرف وی در مال غیر، دارای مصلحت است، حتی مصلحت اخروی، اجازه خواهد یافت در مال دیگری تصرف کند و این باعث هرج و مرج می شود؛ چرا که شخص در مال دیگری تصرف می کند و ابراز می دارد که به نظر من، این تصرف مصلحت اخروی دارد. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۴۱/۲)

۲-۵- کشف حکمی

مطابق این دیدگاه آثار عقد از حین عقد «تعبداً» مترتب می شود؛ زیرا از طرفی کشف حقیقی عقلاً ممکن نیست و از طرفی اقتضای ادله نقلی، کشف حقیقی است؛ بنابراین به ناچار می توان گفت: با آمدن اجازه، آثار عقد از زمان تحقق آن مترتب می شود. با این نظریه در واقع جمع بین عقل و نقل صورت می گیرد. این نظریه به شریف العلما نسبت داده شده

(خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۴۲/۲؛ یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۴۸/۱) و علاوه بر ایشان، بسیاری از محققان دیگر همین دیدگاه را ترجیح می‌دهند. (خوئی، ۱۴۱۰ق: ۱۸/۲؛ لاری، ۱۴۱۸ق: ۸۶/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق: ۳۰۸/۱؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ۲۵/۳)

۲-۶- کشف حیثی

این معنا در واقع حد وسط بین نظریه نقل و کشف حقیقی است. به این معنا که ظاهر اجازه‌ای که متعلق به مضمون عقد است، «تنفیذ» عقد است و این تنفیذ موجب تأثیر عقد در زمان قبل از خود می‌شود، نسبت به آنچه ممکن است تنفیذ به آن تعلق بگیرد. «ارتکاز» عرف و عادت این است که هرگاه امری توسط عنوان متأخری، موضوع حکم قرار گرفته باشد، آن امر را موضوع حکم تلقی می‌کنند و آثار مترتب بر این موضوع را از اول امر بر آن بار می‌کنند و این تأخیر در واقع به منزله واسطه در ثبوت است. (نائینی، ۱۳۷۳: ۲۴۱/۱)

۳- بررسی اثباتی نظریه‌های نقل و کشف

بعد از اثبات امکان ثبوتی هریک از دو نظریه نقل و کشف، در این بخش به این مطلب پرداخته می‌شود که شارع مقدس و عقلا کدام‌یک از این دو نظریه را پذیرفته و در معاملات خود طبق آن مشی می‌کنند. به‌دیگر سخن، بعد از اثبات آنکه هر دو نظریه نقل و کشف از نظر ثبوتی امکان دارد، این سؤال مطرح می‌شود که اثباتاً کدام‌یک از دو احتمال، موردپذیرش است. برخی از محققان در پاسخ به این سؤال، توقف کرده و نظریه‌ای را برگزیده‌اند. (حلی (علامه)، ۱۴۱۰ق: ۳۶۰/۱ و ۱۴۲۰ق: ۲۲۷/۲ و ۱۴۱۳ق: ۱۹/۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق: ۴۵۰/۱؛ خمینی، بی‌تا: ۵۱۰؛ روحانی، بی‌تا: ۲۴۶)

اما همان طور که گذشت، برخی از محققان نظریه کشف و برخی نظریه نقل را ترجیح داده‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد این دیدگاه‌ها در فرضی مهم است که مالک مجیز، نسبت به زمان تأثیر اجازه، اعمال اراده نکرده باشد؛ ولی اگر مالک مجیز، زمان تأثیر اجازه را تعیین کرده باشد، اجازه از همان زمان، مؤثر خواهد بود.

دلیل اینکه اراده اجازه‌دهنده، نقشی فعال دارد را باید در ماهیت اجازه، جست‌وجو کرد؛ چراکه به نظر می‌رسد اجازه از نظر ماهیت، عملی حقوقی به شمار می‌آید. از این رو، به‌مانند

سایر اعمال حقوقی، می‌بایست اراده انشایی فرد موجب، برای تحقق آن وجود داشته باشد. (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۴۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۵۶) منطقاً همان طور که اجازه‌دهنده و موجب، می‌تواند اجازه را انشا کند و به آن لباس تحقق ببخشد، می‌تواند زمان تأثیر آن را نیز تعیین نماید.

طرفداران این دیدگاه که اجازه، عملی حقوقی است، درباره توجیه حقوقی بودن آن، با یکدیگر اختلاف نظر دارند. گروهی از محققان، اجازه را بیع مستقل و جدیدی می‌دانند که توسط مالک انشا شده است. به موجب این دیدگاه، ایجابی که توسط فضول انشا شده، بعد از اجازه بیع توسط مالک، کان‌لم‌یکن فرض می‌شود و اجازه مالک، ایجاب به شمار می‌رود. قبولی که اصیل (خریداری که فضول نیست) سابقاً ارائه کرده است و مقدم بر این ایجاب بوده، به ایجاب مالک (اجازه مالک) ضمیمه شده و در نهایت منتهی به انشای عقد می‌گردد. (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق: ۴۴۵/۱)

در مقابل، برخی از محققان با این تحلیل که اجازه به معنای اعطای نیابت و نمایندگی به فضول است، اجازه را عمل حقوقی دانسته‌اند. مطابق این دیدگاه، مالک با اجازه عقد فضولی در حقیقت به فضول، نمایندگی و وکالت در عقد می‌دهد و روشن است که اعطای نمایندگی، عمل حقوقی است. از این رو، اجازه عمل حقوقی و «ایقاع» به شمار رفته و علاوه بر لزوم انشا باید ابراز نیز بشود. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۲۹/۱)

گروهی دیگر به این استناد اجازه را عمل حقوقی می‌دانند که اجازه باعث انتساب عقد به مالک می‌شود. به دیگر سخن، مطابق این دیدگاه برای تحقق عقد صحیح علاوه بر قصد و رضا، باید عقد به مالک منتسب شود. در مواردی که فضول اقدام به انشای عقد می‌کند، قصد و رضا وجود داشته، ولی عقد منتسب به مالک نیست؛ بنابراین در این حالت، عقد مؤثر نیست. آنگاه که اجازه به این عقد ملحق می‌شود، عقد را به مالک منتسب می‌کند. از این رو، اجازه عمل حقوقی بوده و نیازمند انشا و ابراز است. (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ۳۱۹/۱؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰/۱)

البته باید افزود که برخی از فقها و محققان ماهیت اجازه را واقعه‌ای حقوقی می‌دانند؛ چراکه اجازه را عبارت از رضایت ساده مالک تفسیر می‌کنند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۲۲/۳)

خمینی، بی تا: ۲/۲۷۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۳۶) طبق این انگاره، علاوه بر اینکه اجازه، نیازمند اراده انشایی نبوده، ابراز آن نیز نباید ضرورت داشته باشد؛ زیرا عقد با اراده و قصد فصول محقق شده است و بعد از ضمیمه شدن رضایت باطنی مالک، قصد و رضا هر دو وجود داشته و عقد تشکیل می شود. (خمینی، بی تا: ۲/۲۷۴)

طرفداران این نظریه برای اثبات آن، گاه به ادله نقلی نظیر ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (نساء، ۲۹) و «لایحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفس» استدلال کرده اند؛ چرا که در این ادله، آنچه ملاک صحت عقد است، رضایت مالک است. گاهی نیز چنین استدلال شده که صحت و نفوذ، از احکام شرعی است که شارع برای معامله پس از تنفیذ مقرر کرده است، نه ماهیتی انشائیه توسط مالک. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۳۴) علاوه بر این، گفته شده است که آنچه عقد را می سازد، قصد انشاست، نه رضایت شخص. رضایت شخص صرفاً شرط اعتبار و نفوذ معامله ای است که سابقاً در عالم اعتبار، انشا شده است. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۳۶) همچنین رضایت، حالت انفعالی است و نمی توان آن را مخلوق اراده انشایی دانست.

به نظر می رسد این دیدگاه تمام (صحیح) نباشد؛ زیرا آنچه از آیه شریفه استفاده می شود این است که برای صحت عقد، رضایت مالک شرط است؛ ولی کیفیت رضایت و اینکه «رضای باطنی» کافی است و یا باید رضایت ابراز شود، در آیه اشاره نشده است. روایت «لایحل مال امرء مسلم...» نیز اختصاص به معاملات نداشته تا از عدم تصریح به لزوم انشای رضایت، صرف وجود رضا در عقد غیرنافذ را ملاک صحت آن دانست؛ بلکه روایت یادشده، ملاک جواز تصرف در مال غیر را اعلام می کند که شامل تصرفات مادی صرف نیز می شود.

همچنین هرچند «نفوذ»، نظیر «صحت» و «بطالان»، حکمی شرعی و وضعی است که قانون گذار بسته به مورد بر عقد بار می کند، ولی باید دانست، آنچه مالک آن را با اعلام رضایت، انشا می کند، نفوذ معامله نیست، بلکه انشای رضایت است؛ اما بعد از اینکه رضایت مالک به عقد ملحق شد، حکم نفوذ توسط قانون گذار بر عقد مترتب خواهد شد. علاوه بر این، هرچند رضایت، حالتی انفعالی است و چه بسا گاهی بدون اختیار حاصل می شود، ولی زمانی رضایت در عقد فضولی ثمربخش است که با انشا همراه باشد؛ زیرا ممکن است مالک

بعد از آنکه از انشای عقد فضولی مطلع شد، رضایت به معامله داشته باشد، ولی به جهتی حاضر نشود معامله را قبول کند و آن را رد می‌کند. بدون تردید صرف حصول رضایت برای مالکی که قصد قبول معامله را ندارد، نمی‌تواند به عقد فضولی، اعتبار و نفوذ بدهد.

به هر حال در مواردی که مالک، با اعمال اراده، زمان تأثیر اجازه را مشخص نکرده باشد، به نظر می‌رسد، اجازه ناقله باشد؛ زیرا نظریه نقل، هم با قواعد و عموماً سازگارتر است و هم با مرکز عرف و بازار هماهنگ‌تر است؛ برای اثبات این ادعا به چند دلیل می‌توان تمسک کرد: (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۰۸/۳)

۱. یکی از دلیل‌های ناقله بودن اجازه آن است که هرچند اجازه، به عقدی فضولی تعلق می‌گیرد که سابقاً انشا شده، ولی این تعلق از زمان وقوع اجازه، رخ می‌دهد؛ از این رو از زمان اجازه است که عقد فضولی قابل انتساب به مالک خواهد بود و در نتیجه نقل وانتقال از زمان اجازه اتفاق می‌افتد. به دیگر سخن، زمانی عقد، مفید نقل وانتقال است که منتسب به مالک باشد و در عقد فضولی، زمان انتساب عقد به مالک، زمان تحقق اجازه است. در نتیجه اجازه، ناقله خواهد بود. (فیاض، بی تا: ۱۲۶/۲)

۲. لازمه نظریه کاشفیت اجازه، بطلان عقد فضولی است؛ زیرا معامله‌ای که فضول انجام داده دو صورت دارد: اول اینکه از حین وقوع صحیح باشد که در این صورت نیازی به اجازه نیست؛ یعنی در این فرض اجازه که صرفاً نقش واسطه در اثبات را دارد، هیچ دخلی در تصحیح عقد فضولی ندارد، بلکه خود عقد فضولی صحیح بوده و نقش اجازه این است که به ما که از واقع خبر نداشته‌ایم، اعلام می‌کند که این عقد صحیح است و این با ارتکاز عرف و عقلا سازگار نیست؛ زیرا عرف، عقد واقع شده از فضول را بی‌اهمیت می‌داند و منتظر اجازه مالک می‌نشیند، یعنی به اجازه به عنوان شیء مؤثری در عقد نگاه می‌کند، نه اینکه صرفاً نقش اعلام کنند را داشته باشد.

صورت دوم این است که عقد فضولی از حین وقوع، باطل بوده باشد. این صورت در واقع اعلام بطلان عقد فضولی است که نه تنها قائلی ندارد، بلکه روایات اهل بیت (علیهم‌السلام) خصوصاً روایات باب نکاح بر صحت آن دلالت دارد. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۴۶/۲)

۳. لازمه نظریه کشف این است که شخص اجازه‌کننده، مالک نباشد و وقتی مالک نیست و فردی اجنبی است، دیگر نیازی به اجازه او نیست؛ زیرا عقد همیشه بین دو مالک

واقع می‌شود و وقتی گفته می‌شود که اجازه کاشفه است، در واقع معنای این نظریه این است که عقدی بین دو مالک واقع شده (اصیل و فضول هر کدام مالک اجناس، فرض شده‌اند) و اجازه صرفاً نقش کاشفیت دارد؛ یعنی وقتی اجازه کاشف بود و نقش فعالی در سازندگی عقد نداشت، فرض شده که فضول، مالک کالای فروخته شده است. اگر این را گفتیم، دیگر نیازی به اجازه نیست؛ زیرا حسب فرض یا ادعا، اصیل مالک کالای خودش است و فضول هم مالک کالای دیگر.

به دیگر سخن، لازمه نظریه کشف، تناقض گویی است؛ زیرا از طرفی گفته می‌شود اجازه نقش کاشفیت دارد و نقش فعالی ندارد، که یعنی عقد بین دو مالک واقع شده است و اراده اجازه کننده هیچ نقشی ندارد، جز اینکه کشف می‌کند از اینکه عقد صحیحی واقع شده است؛ از طرفی نیز اجازه لازم است، در حالی که اگر عقد بین دو مالک واقع شده و اجازه کننده شخصی اجنبی باشد، دیگر چه نیازی به اجازه اوست. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق: ۱۴۶/۲)

۴. نظریه کاشفیت اجازه با ارتکاز عرف و عقلا نیز سازگار نیست؛ زیرا عرف عقد فضولی را تا وقتی که اجازه به آن ملحق نشود، هیچ و بی‌فایده فرض می‌کنند. در واقع عرف برای اجازه در عقد فضولی نقش فعالی قائل است. (خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق، ۱۴۶/۲)

۵. روایات نیز با نظریه کشف مساعد نیست. مهم‌ترین روایاتی که به استناد آن‌ها نظریه کشف، استفاده شده، صحیحۀ محمد بن قیس و صحیحۀ حذاء است.

الف) صحیحۀ محمد بن قیس

مطابق این روایت، فرزند شخصی بدون اجازه پدر، کنیز متعلق به پدر را فروخته و مشتری با کنیز هم‌بستر شده و صاحب فرزند می‌شود. پدر بعد از اطلاع از معامله، بیع را اجازه می‌کند. حضرت (علیه السلام) بعد از اجازه، فرزند کنیز را حر اعلام کرده و در حقیقت ملحق به خریدار (اصیل) دانستند.^۱

۱. «قَصَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) فِي وَلِيدَةٍ بَاعَهَا ابْنُ سَيِّدِهَا وَأَبُوهُ غَائِبٌ فَاسْتَوْلَدَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا فَقَوْلَدَتْ مِنْهُ غُلَامًا ثُمَّ جَاءَ سَيِّدُهَا الْأَوَّلُ فَخَاصَمَ سَيِّدَهَا الْآخَرَ فَقَالَ: وَلِيدَتِي بَاعَهَا ابْنِي بَعِيرُ إِذْنِي. فَقَالَ: الْحُكْمُ أَنْ يَأْخُذَ وَلِيدَتَهُ وَابْنَهَا فَتَأْسِدَهُ الَّذِي اشْتَرَاهَا فَقَالَ لَهُ: خُذْ ابْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيدَةُ حَتَّى يَنْقُدَ لَكَ الْبَيْعَ فَلَمَّا أَخَذَهُ قَالَ لَهُ أَبُوهُ: أَرْسِلْ ابْنِي قَالَ: لَا وَاللَّهِ لَا أَرْسِلُ إِلَيْكَ ابْنَكَ حَتَّى تَرْسِلَ ابْنِي فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيدَةِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ.» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۲۱۱/۵)

برخی این را که بعد از اجازه، حضرت علیه السلام فرزند کنیز را حر و آزاد معرفی کرده‌اند، نشانگر آن می‌دانند که اجازه، بیع را از ابتدا تصحیح نموده است؛ چرا که اگر اجازه از زمان اجازه، مؤثر باشد، بدین معناست که این فرزند بعد از بیع، برده بوده و با اجازه، آزاد می‌شود؛ در حالی که چون «عتق» و آزادسازی، حتی به صورت فضولی رخ نداده، معنا ندارد که اجازه، سبب آزادی فرزند شود. در حقیقت، با آمدن اجازه، معلوم می‌شود که این فرزند از همان ابتدا، حر و آزاد متولد شده و بیع از زمان وقوع، مؤثر می‌شود. (نائینی، ۱۳۷۳: ۲۴۱/۱)

نقدی که بر این استدلال وارد شده این است که چه اجازه ملحق به بیع شود و چه نشود، این فرزند از همان ابتدا، حر و آزاد خواهد بود؛ چرا که خریدار بعد از خرید کنیز با این تصور که بیع صحیح بوده و مالک کنیز شده است، با وی هم‌بستر شده و بنابراین وطی و دخول، «وطی به شبهه» بوده است و می‌دانیم که در موارد وطی به شبهه، آثار نکاح صحیح بر آن بار می‌شود. (یزدانی، ۱۳۹۷: ۴۱)

از این رو، از اینکه امام علیه السلام فرزند را آزاد و ملحق به خریدار معرفی کرده‌اند، نمی‌توان نتیجه گرفت که با اجازه، عقد از زمان، وقوع تصحیح شده است؛ بلکه چه بسا علت آزاد معرفی کردن فرزند، رخ دادن وطی به شبهه باشد. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۳۵/۲)

ب: صحیحۃ حذاء

از جمله روایاتی که برای اثبات نظریه کشف به آن استدلال شده، صحیحۃ حذاء است؛^۱ (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴۰۹/۳) ولی باید دانست در صورتی می‌توان با این صحیح، نظریه کشف را استنباط کرد که در صحیح، مرتکب خلاف ظاهرهای متعدد شویم. به دیگر سخن، روایت ظهور در نظریه کشف ندارد و نمی‌توان با روایتی که حتی ظهور در نظریه

۱. «عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلِيَانِ لَهُمَا وَهُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ فَقَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ وَأَيُّهُمَا أَذْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَدْرِكَهَا فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَذْرَكَ رَضِيًّا قُلْتُ: فَإِنْ أَذْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ قَالَ: يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَذْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَرَضِيَ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تَدْرِكَ الْجَارِيَةَ أَتَرْتُهُ قَالَ: نَعَمْ يَعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تَدْرِكَ فَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاهَا بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثَ وَنِصْفُ الْمَهْرِ قُلْتُ: فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَلَمْ تَكُنْ أَذْرَكَتْ أَيْرِثُهَا الرَّجُلُ الْمُدْرِكُ قَالَ: لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أَذْرَكَتْ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ أَبُوهَا هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تَدْرِكَ قَالَ: يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَالْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ» (كلینی، ۱۴۰۷ق: ۴۰۱/۵)

کشف نداشته، قواعد را کنار گذاشت.

جهت اینکه این صحیحه، با نظریه کشف مخالفت دارد این است که باید اولاً، واژه «ولیان» در روایات به معنای اولیای غیر از پدر و جد پدری تفسیر شود؛ ثانیاً، عبارت «النکاح جایز» را که ظهور در صحت داشته به معنای «نکاح غیر نافذ» یا «صحت تاهلیه» دانست؛ ثالثاً، واژه «خیار» که ظهور در «حق خیار» دارد را حمل بر «امکان اجازه یا رد» نمود. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲/۲۳۷)

نتیجه گیری

گرچه در ابتدای امر چنین به نظر می‌رسد که کاشفیت یا ناقصیت اجازه از احکام شرعی است، ولی همان طور که ملاحظه شد اکثر محققان در تبیین نظریه خود به قصد و نظر مالک توجه کرده و در پی کشف نظر مالک هستند؛ بدین معنا که وقتی مالک عقدی را اجازه می‌کند، به چه نظر دارد؟ آیا می‌خواهد عقد را از زمان عقد، اجازه کند یا از زمان اجازه؟ از این رو، به نظر می‌رسد بتوان از این تلاش‌ها که در جهت تبیین مراد و مقصود مالک صورت گرفته، نتیجه گرفت که تمام ابتکار کار در بحث اجازه به دست مالک بوده و اراده او نقش فعالی دارد. در نتیجه اگر او خواست عقد را از زمان اجازه تنفیذ کند می‌تواند این کار را بکند و اگر خواست می‌تواند از زمان وقوع عقد آن را اجازه نماید. همچنین با توجه به تحلیل‌هایی که در تأیید نظریه ناقله بودن اجازه عنوان شد، می‌توان گفت: در فرض سکوت اجازه‌دهنده و عدم ابراز اراده صریح نسبت به زمان تأثیرگذاری اجازه، فرض می‌شود که اراده کرده که عقد از زمان تحقق اجازه مؤثر بوده باشد و به دیگر سخن، اجازه ناقله خواهد بود.

فهرست منابع

۱. ابن براج (قاضی)، ۱۴۰۶ق، المذهب، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۲. اراکی، محمدعلی، ۱۴۱۵ق، کتاب البیع، قم: مؤسسه در راه حق.
۳. اردبیلی، احمد، ۱۴۰۳ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۴. اصفهانی، سیدابوالحسن، ۱۴۲۲ق، وسیلة النجاة (مع حواشی الامام الخمينی)، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۵. اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه کتاب المکاسب، قم: انوار الهدی.
۶. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۷. امامی، سیدحسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران: اسلامی.
۸. ایروانی، علی، ۱۴۰۶ق، حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۹. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵ق، الحقائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۰. تبریزی، جواد، ۱۴۱۶ق، إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب، قم: اسماعیلیان.
۱۱. حکیم، سیدمحسن، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۱۲. حکیم، سیدمحمد سعید، ۱۴۱۵ق، منهاج الصالحین، بیروت: دارالصفوة.
۱۳. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۱۰ق، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۴. _____، ۱۴۲۰ق، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۱۵. _____، ۱۴۱۳ق، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).

۱۶. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم، ۱۴۰۶ق، حاشیة المکاسب، بی جا: وزارت ارشاد اسلامی.

۱۷. خمینی، سیدروح الله، بی تا، تحریر الوسيلة، قم: دارالعلم.

۱۸. -----، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.

۱۹. خمینی، سیدمصطفی، ۱۴۱۸ق، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.

۲۰. خوئی، سیدابوالقاسم، بی تا، مصباح الفقاهه، بی جا: بی نا.

۲۱. -----، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم.

۲۲. روحانی، سیدصادق، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق علیه السلام، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.

۲۳. -----، بی تا، منهاج الصالحین، بی جا.

۲۴. سبزواری، سیدعبدالأعلى، ۱۴۱۳ق، مهذب الأحكام، ج ۴، قم: مؤسسه المنار.

۲۵. سبزواری، محمدباقر، ۱۴۲۳ق، کفایة الأحكام، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).

۲۶. سید مجاهد، محمد، بی تا، کتاب المناهل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۲۷. سیستانی، سیدعلی، ۱۴۱۷ق، منهاج الصالحین، ج ۵، قم: دفتر آیت الله سیستانی.

۲۸. شهیدی، مهدی، ۱۳۹۰، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.

۲۹. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۶، حقوق قراردادها، ج ۲، تهران: سمت.

۳۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، ۱۴۱۶ق، هداية العباد، قم: دارالقرآن الکریم.

۳۱. طاهری، حبیب الله، ۱۴۱۸ق، حقوق مدنی، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).

۳۲. طباطبائی، سیدعلی، ۱۴۱۸ق، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۳۳. طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین

- حوزه علمیه قم).
۳۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۱۴ق، حاشیه الإرشاد، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۳۵. -----، ۱۴۲۲ق، حاشیه الشرایع، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۶. -----، ۱۴۱۲ق، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۷. -----، ۱۴۱۳ق، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۸. عاملی، سیدجواد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۳۹. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، ۱۴۱۷ق، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ج ۲، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۴۰. -----، ۱۴۱۰ق، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت: دارالتراث.
۴۱. فیاض، محمد اسحاق، بی تا، منهاج الصالحین، بی جا: بی تا.
۴۲. قدیری، محمدحسن، ۱۴۱۸ق، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله.
۴۳. قمی (میرزا)، ابوالقاسم، ۱۴۱۳ق، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران: کیهان.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۵. کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۶. کلینی، محمد بن یعقوب، ۴۰۷ق، الکافی، ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۷. گلپایگانی، سیدمحمد رضا، ۱۴۱۳ق، هداية العباد، قم: دارالقرآن الکریم.
۴۸. لاری، سیدعبدالحسین، ۱۴۱۸ق، التعليقة على المكاسب، قم: مؤسسة المعارف

الاسلاميه.

۴۹. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۹، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، قم: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۰. مفید، محمد بن نعمان، ۱۴۱۳ق، المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۱. نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۳۷۳، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: مکتبه المحمديه.
۵۲. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۳. نراقی، احمد، ۱۴۱۵ق، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۵۴. وحید خراسانی، حسین، ۱۴۲۸ق، منهاج الصالحین، چ ۵، قم: مدرسه امام باقر (علیه السلام).
۵۵. یزدانی، غلامرضا، ۱۳۹۷، حقوق خانواده، تهران: مجد.
۵۶. یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، حاشیه المکاسب، دوم، قم: اسماعیلیان.

واکاوی تطبیق قاعده «من أدرك» در دوران امر بین درک یک رکعت نماز با وضو یا تمام نماز با تیمم

سیدرضا حسنی^۱

چکیده

مسئله اوقات نماز از جمله مسائلی است که دارای فروعات بسیار فقهی است. یکی از این فروعات، وظیفه مکلف در دوران درک یک رکعت از نماز با وضو در وقت و یا درک تمام نماز با تیمم در وقت است. این فرع فقهی از جمله فروعی است که بررسی آن به بررسی قاعده فقهی «من أدرك» بستگی دارد. قاعده من أدرك، از جمله قواعد پرکاربرد در مسئله اوقات نماز بوده که استفاده شده از احادیثی با این مضمون است: «من أدرك رکعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة». (هر کس رکعتی از نماز را در داخل وقت درک کند [به جا آورد] گویا تمامی نماز را درک کرده است.) در نوشتار پیش رو نویسنده بعد از بیان مفاهیم کلی قاعده از جمله معنای اصطلاحی رکعت، در پرتو ادله‌ای که برای قاعده مزبور ذکر شده است، به بیان مفاد استفاده شده از روایات در مورد قاعده من أدرك، پرداخته و سپس حکم مسئله مورد بحث را مشخص نموده است.

کلیدواژه‌ها: ادراک، وقت نماز، رکعت، مبادرت، قاعده «من أدرك».

۱. مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم. s.r.hasani110@gmail.com

یکی از ارکان عبادی تمام ادیان آسمانی و خصوصاً دین مبین اسلام، نماز بوده که دربرگیرنده ارتباط خاص میان عبد و معبود است. در آیات قرآن کریم و روایات اهل بیت (علیهم السلام) اهمیت بسزایی در مورد این فریضه مهم الهی بیان شده است؛ به حدی که معیار قبولی تمام اعمال، قبولی نماز قرار داده شده و بدون قبول آن در درگاه الهی، سایر اعمال انسان‌ها مورد قبول واقع نخواهد شد. (کلینی، ۱۴۱۹ق، ۳/۲۶۸)

یکی از شرایط اصلی انجام این تکلیف بزرگ توسط بندگان، علم به مسائل آن است که بحث وقت نماز از مهم‌ترین آن‌هاست. طبق روایات اهل بیت (علیهم السلام) مؤمنان باید بر «مواظبت بر اوقات نماز» اهتمام ورزند و عواقب سختی برای ضایع کننده نماز در روایات مطرح شده است. بی‌تردید بحث اوقات نماز از مباحث مورد ابتلای مؤمنان است که خود دارای مسائل ریز و درشت بسیاری است. یکی از مسائلی که در باب اوقات نماز مطرح است، حکم وظیفه مکلف هنگام دوران امر بین درک تمام نماز با تیمم، داخل در وقت و یا فقط در رک رکعتی از آن با وضو در وقت است. (یعنی زمانی که هر دو را می‌تواند انجام دهد) از آنجا که حل این مسئله با به کارگیری قاعده فقهی «من أدرك» امکان‌پذیر است، ابتدا به بیان مسائل کلیات و مفاهیم این قاعده فقهی و سپس بیان حل مسئله پرداخته می‌شود.

قاعده من أدرك، از روایاتی با این مضمون استفاده شده است که «من أدرك رکعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة». (هر کس رکعتی از نماز را در داخل وقت درک کند، [به جا آورد] گویا تمامی نماز را درک کرده است.) این روایات هم در منابع «عامه» و هم در منابع «خاصه» با الفاظ مختلفی آمده است که بیانگر وظیفه مکلف در هنگام ضیق وقت نماز است. مفاد قاعده من أدرك، در کلمات بزرگان اصحاب، مثل مرحوم سید مرتضی و شیخ طوسی دیده می‌شود. این بزرگواران و شاگردان آن‌ها و همچنین علمای متأخر و معاصر، در کتاب‌های فقهی و روایی خود به بیان این قاعده و کشف احکام مربوط به آن در «مقام استنباط» پرداخته‌اند.

در دوره معاصر نیز عده‌ای از بزرگان به تألیف کتب مستقلی در تبیین قواعد فقهی پرداخته‌اند؛ اما متأسفانه در برخی از آن‌ها نامی از این قاعده برده نشده است. در آثاری هم که نامی از این قاعده در آن‌ها ذکر شده، مانند کتاب قواعد الفقهیه استاد سید کاظم مصطفوی،

به مختصر اشاره‌ای به این قاعده اکتفا شده است؛ بنابراین طبق تحقیق و پیگیری‌های نگارنده، تألیف یا رساله‌ای که به صورت مستقل به بررسی این قاعده پرداخته باشد و فروعاً فقهی متفرع بر آن را بررسی کرده باشد، یافت نشد.

در نوشتار پیش رو، بعد از بیان مفاهیم بحث در پرتو دلیل‌های قاعده مزبور، به بیان مفادی که از این قاعده استفاده می‌شود پرداخته شده و سپس از رهگذر بررسی این قاعده، مسئله مورد بحث نیز روشن شده است.

۱- کلیات

۱-۱- معنای لغوی رکعت

لغویان معنای لغوی رکعت را این چنین گزارش می‌دهند:

خلیل بن احمد فراهیدی در العین: «هر بلندشدنی از نماز را رکعت گویند و اطلاق «رکع رکوعاً» بر او صادق است. هر چیزی که سرش پایین باشد و زانویش به زمین اصابت کند یا نکند، بعد از اینکه سر را بالا بیاورد رکوع به جا آورده است.» (فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ۱/۲۰۰)

صاحب بن عباد در المحيط: «هر چیزی که سر بالا بیاورد رکوع انجام داده است.» (اسماعیل بن عباد، ۱۴۱۴ق: ۱/۲۲۲)

تقریباً تمام کتب لغت بر این معنا اتفاق دارند که رکعت که برگرفته از «رکع» است، به معنای انحنا و خم شدن است و از لحاظ لغوی برای صدق رکعت در نماز، نیازی به انجام سجده نیست؛ بنابراین رکن اصلی رکعت، رکوع است و پس از انجام رکوع، معنای رکعت از لحاظ لغوی محقق شده است. (ر.ک. صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق: ۱/۲۲۲)

۱-۲- مراد از رکعت

از جمله مفاهیم مهم تأثیرگذار در بررسی قاعده من أدرک و فروعاً آن، مفهوم رکعت است. قبل از بیان مراد از رکعت در کلمات فقها، یادآوری این نکته ضروری است که طبق فرموده علامه حلی در منتهی المطلب، عدم شمولیت قاعده نسبت به کسی که کمتر از یک رکعت از نماز را در داخل وقت درک کند، مورد اجماع فقهای امامیه است. (حلی (علامه)، ۱۴۱۲ق، ۴/۱۰۹) برخلاف علمای عامه که برخی از آن‌ها حتی درک تکبیره الاحرام در داخل

وقت را نیز برای درک نماز کافی می‌دانند. (ر.ک. ابن قدامه، ۱۳۶۷، ۴۲۰/۱؛ الشافعی، ۱۳۷۷،

(۷۳/۱)

۳-۱- سخن فقها در تبیین مراد از رکعت

چهار قول در کلمات فقها برای تحقق معنای رکعت در قاعده، مطرح شده است:

الف- کفایت اتیان رکوع برای تحقق معنای رکعت؛ (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۹ق: ۱۷۷)

ب- لزوم به جا آوردن مسمای سجده برای تحقق معنای رکعت؛ (ر.ک. قطیفی، ۱۴۲۲ق:

(۲۵۲/۱)

ج- لزوم اتیان دو سجده و گفتن ذکر آن بدون نیاز به سر برداشتن از سجده؛ (ر.ک.

قطیفی، ۱۴۲۲ق: ۱/۲۵۲)

د. لزوم اتیان دو سجده علاوه بر لزوم سر برداشتن از سجده دوم. (حلی (محقق)، بی تا:

(۳۲۵/۲)

۲- دلایل‌های قاعده من أدرک

۲-۱- قرآن

علامه حلی در مختلف در اثبات اینکه «اگر کسی یک رکعت از نماز را در وقت درک کند، تمام آن را در وقت درک کرده است»، به آیه «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ» (اسراء، ۷۸) استناد کرده و می‌نویسد: «این آیه دلالت بر وجوب خواندن نماز تا نیمه شب می‌کند. آنچه از مفاد این آیه خارج می‌شود، جایی است که شخص کمتر از یک رکعت را در وقت درک کند که با اجماع خارج شده است و غیر این مورد تحت عموم این آیه باقی می‌ماند؛ بنابراین اگر کسی یک رکعت را در وقت درک کند، تمام آن را در وقت درک کرده است.» (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق: ۲/۵۴)

اما این استدلال، ناتمام است؛ زیرا ظاهر این آیه جواز خواندن نماز تا نیمه شب است؛ پس زمانی که شخصی تنها یک رکعت از نماز را می‌تواند در وقت بخواند، تکلیف «وجوب مبادرت به نماز» از او ساقط شده است.

۲-۲- روایات

علاوه بر روایات مرسلی که در بیان قاعده من أدرک، وارد شده (عاملی (شهید ثانی)،

۱۴۱۹ق: ۳۵۲/۲؛ نوری (محدث)، ۱۴۰۸ق: ۱۴۰/۳) روایات مسندی نیز در این زمینه وارد شده است:

۲-۲-۱- روایت اصبح بن نباته

«محمد بن عیسی عن عمرو بن عثمان عن أبي جميلة المفضل بن صالح عن سعد بن طريف عن الأصمغ بن نباتة قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): مَنْ أَذْرَكَ مِنَ الْعَدَاةِ رَكْعَةً قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ فَقَدْ أَذْرَكَ الْعَدَاةَ تَامَةً.» (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۷۶/۱) (امیر مؤمنان (علیه السلام) فرمودند: هر کسی رکعتی از نماز صبح را قبل از طلوع خورشید درک کند، تمام آن را درک کرده است.)

الف- سند روایت

گفته می‌شود این روایت به دلیل وجود ابی‌جمیلة مفضل بن صالح، از لحاظ سند قابل اعتماد نیست؛ (خوئی، ۱۴۱۸ق: ۱۵۹/۸) چه اینکه وی از جانب رجالیان، تضعیف شده است. (ر.ک. ابن غضائری، ۱۳۶۴، ۸۸/۱؛ نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۱۱۹)

اما به نظر می‌رسد می‌توان به وسیله «کثرت روایت أجلاء» او را «توثیق» نمود؛ چه اینکه فقهای «طبقه سوم» که همگی از نظر علمی و وثاقت در درجه اول قرار دارند، از ابی‌جمیلة «اخذ حدیث» کرده‌اند؛ (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ۹۴۵/۳) افرادی چون ابن ابی عمیر، صفوان، بزنی، حسن بن علی بن فضال، حسن بن محبوب، یونس بن عبدالرحمن، عبدالله بن مغیره و عثمان بن عیسی. در میان این بزرگان، بعضی مثل بزنی، روایات فراوانی از او نقل کرده‌اند (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ۹۴۵/۳) و این کثرت روایت، شاهی بر اعتماد آنان به ابی‌جمیلة بوده است؛ چرا که اگر او جعل‌کننده حدیث بود، با او حشرونشر نداشتند و به‌وفور حدیث نقل نمی‌کردند.

راوی دیگری که در سند، محل بحث است، سعد بن طریف است. قضاوت رجالیان در مورد او مختلف است؛ ابن غضائری او را ضعیف می‌داند، (ابن غضائری، ۱۳۶۴، ۶۴/۱) شیخ طوسی از او به «صحیح الحدیث» تعبیر می‌کند (طوسی، ۱۴۲۷ق: ۱۱۵) و نجاشی نیز در وصف او می‌نویسد: «يعرف وينكر». (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۱۷۸) در تبیین مراد از صحیح الحدیث، برخی آن را به معنای کسی گرفته‌اند که احادیثش از لحاظ مضمونی پذیرفتنی است و برخی نیز آن را «صحیح التحدیث» معنا کرده‌اند؛ یعنی از لحاظ حدیث کردن، احادیث را به‌صورت صحیح نقل می‌کرده است.

همچنین در تبیین مراد از «يعرف و ينكر» نیز اختلاف است؛ برخی آن را به معنای «يعرف» فی حدیثه و ينكر فی مذهبیه دانسته‌اند که خلاف ظاهر و بعید است (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق/۱/۲۶۷) و برخی نیز به معنای اینکه بعضی از روایاتش پذیرفتنی و بعضی از آن‌ها «منكر» است، گرفته‌اند (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق/۱/۲۶۷) که طبق هر دو معنا، دلالتی بر «قدح» خود راوی و «عدم وثاقت» او ندارد. به تعبیر برخی از رجالیان معاصر، تعبیر «يعرف و ينكر» به این معنا نیست که گاهی جعل روایت می‌کند؛ بلکه منظور این است که گاهی نمی‌توان به چیزهایی که نقل کرده، عمل کرد؛ به دلیل اینکه مطلب نادرستی را نقل کرده، ولی همین مطلب نادرست را او همان طور که بوده نقل کرده است؛ گاهی هم مطالبی را که نقل می‌کند صحیح است. بسیاری از «ثقات» این طور هستند؛ بنابراین این تعبیر به معنای تضعیف راوی نیست. (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۷۹۰۳/۲۵)

بنابراین سه نوع توصیف در ترجمه سعد بن طریف وارد شده است که یکی دال بر وثاقت، دیگری دال بر ضعف و سومی نیز از این جهت مسکوت است. تضعیف ابن غضائری را به دلایلی همچون تشکیک در انتساب کتاب موجود به وی و تضعیفات اجتهادی وی بر اساس متن‌شناسی روایت (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ۵۱۲۸/۱۶) می‌توان مورد سؤال قرار داد؛ بنابراین این راوی نیز وثاقتش ثابت است و در نتیجه، حدیث از لحاظ سندی قابل اعتماد است.

ب- دلالت روایت

دلالت این روایت نیز نسبت به نماز صبح تمام است؛ اما شمول آن نسبت به سایر نمازها نیاز به «إلغاء خصوصیت» دارد که در مباحث پیش رو خواهد آمد.

۲-۲-۲- موثقه عمار بن موسی

«رواه الشيخ باسناده عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ فَضَالٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي حَدِيثٍ قَالَ: فَإِنْ صَلَّى رَكْعَةً مِنَ الْغَدَاةِ ثُمَّ طَلَعَتِ الشَّمْسُ - فَلَيْتُمْ وَقَدْ جَازَتْ صَلَاتُهُ. (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۳۸/۲) (امام صادق عليه السلام فرمودند: اگر رکعتی از نماز صبح را به جا آورد، سپس خورشید طلوع کرد، باید نماز خود را تمام کند و نمازش مجزی [کافی] است.)

شیخ طوسی مانند همین روایت را با سند دیگری نیز نقل می‌کند: «محمد بن علی بن

مُحَبُّوبٍ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ خَالِدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ السَّابَّاطِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ: «...» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲/۲۶۳)
البته اختلاف در اوایل سند است که در سند اول از طریق سعد بن عبدالله نقل شده و در سند دوم از طریق علی بن خالد و اختلاف اساسی ندارد.

الف- سند روایت

افرادی که در سند اول این روایت محل بحث هستند، عبارت‌اند از:
احمد بن حسن بن علی بن فضال: اگرچه برخی او را فتحی مذهب دانسته‌اند، اما به وثاقت او در کتب رجال تصریح شده است. (ر.ک. نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۸۱؛ طوسی، ۱۴۰۹ق: ۵۹)
عمرو بن سعید: او عمرو بن سعید المدائنی است که نجاشی به وثاقت او تصریح می‌کند؛ گرچه در مورد او نیز تعبیر فتحی آورده شده است. (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۲۸۷)
مصدق بن صدقه: او نیز گرچه فتحی مذهب است، اما از جانب رجالیان توثیق شده است. (ر.ک. حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق: ۴۵۶؛ کشی، ۱۴۱۷ق: ۵۶۷)

راوی آخر عمار بن موسی ساباطی است که با وجود فتحی بودن، از افراد ثقه در اصحاب امام صادق (عليه السلام) است. (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۲۹۰؛ طوسی، ۱۴۲۵ق: ۵۴۶)
بنابراین غالب راویان حدیث، فتحی مذهب و ثقه هستند که در نهایت، اصطلاح «موثق» را باید در وصف این حدیث به کار برد. در اعتماد کردن به موثق در میان فقها اختلاف است. برخی آن را به دلیل فساد مذهب راوی، در زمره احادیث ضعیف به شمار آورده‌اند. (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۹ق: ۲۰۰) در جواب این نظر گفته می‌شود: با توجه به دلیل‌های حجیت «خبر واحد» که عمده آن بنای عقلاست، فرقی بین حدیث موثق و صحیح از لحاظ اعتماد به خبر نیست و آنچه عقلا در قبول خبر، ملاک قرار می‌دهند، وثاقت راوی و دوری از کذب است. شاهد این مطلب اینکه شیخ طوسی در عدة الأصول تصریح می‌کند که اصحاب به اخبار جماعتی که در عین شیعه نبودن قابل اعتماد بودند، عمل می‌کردند؛ از جمله آن‌ها سماعة است. (طوسی، ۱۴۲۰ق: ۳۴۵)

در سند طریق دومی که برای این روایت نقل شده نیز علی بن خالد، واقع شده که مجهول است و هیچ توصیفی از جانب رجالیان در مورد او وارد نشده است؛ اما سند طریق اول برای اعتماد به این روایت کافی است.

بنابراین این روایت نیز از لحاظ سندی قابل اعتماد است.

ب- دلالت روایت

در دلالت این حدیث بر قاعده من أدرک، نسبت به نماز صبح خدشه‌ای نیست و شمولیت آن نسبت به سایر نمازها از طریق «الغای خصوصیت»، خواهد آمد؛ بنابراین فی الجمله می‌توان این روایت را دلالت‌کننده بر قاعده من أدرک، به حساب آورد.

۲-۳- موثقه عبدالله بن سنان

«عَنْهُ [عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ] عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: إِذَا طَهَرْتَ الْمَرْأَةُ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ فَلْتَصِلِ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ وَإِنْ طَهَرَتْ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ فَلْتَصِلِ الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ.» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۹۰/۱) (امام صادق (ع) فرمودند: اگر زنی قبل از غروب خورشید، پاک شود، باید نماز ظهر و عصر را بخواند. همچنین اگر آخر شب پاک شود، باید نماز مغرب و عشاء را بخواند.)

الف- سند حدیث

در سند این روایت علی بن حسن بن فضال است که گرچه فتحی‌مذهب بوده، ثقه و قابل اعتماد است. (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۲۵۸) شخص دیگر نیز عبدالرحمن بن ابی نجران است که او نیز توسط رجالیان توثیق شده است. (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۲۳۸)

بنابراین روایت موثقه و قابل اعتماد است.

ب- دلالت حدیث

اطلاق این روایت اقتضا می‌کند: در صورتی که حتی کمتر از یک رکعت از یکی از نمازهای ظهر و عصر، یا مغرب و عشاء در وقت درک شود، آن نماز باید خوانده شود؛ اما به وسیله اجماع بر عدم اجزای نمازی که کمتر از یک رکعت آن در وقت درک شده، تخصیص می‌خورد و باقی آن، که شامل درک یک رکعت می‌شود، تحت اطلاق آن باقی می‌ماند. (ر.ک. محقق داماد، ۱۴۱۶ق: ۵۹/۱)

اما ظاهر این روایت این است که زن در صورتی باید نماز ظهر و عصر، یا مغرب و عشاء را بخواند که به اندازه خواندن آن‌ها وقت داشته باشد؛ یعنی روایت ناظر به موارد متعارف درک وقت نماز است که «قدر متیقن» آن، درک نماز کامل است؛ بنابراین عدم وجوب نماز را نفی

نمی‌کند، در صورتی که به اندازه خواندن کامل نماز، وقت باقی نباشد.

۲-۲-۴- روایت داود بن فرقد

«سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيْسَى وَ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَنْ أَبِي طَالِبٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّلْتِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَصَّالٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي يَزِيدَ وَ هُوَ دَاوُدُ بْنُ فَرْقَدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ فَقَدْ دَخَلَ وَقْتُ الظُّهْرِ حَتَّى يَمْضِيَ مِقْدَارُ مَا صَلَّى الْمُصَلِّي أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فَإِذَا مَضَى ذَلِكَ فَقَدْ دَخَلَ وَقْتُ الظُّهْرِ وَ الْعَصْرِ حَتَّى يَنْقُيَ مِنَ الشَّمْسِ مِقْدَارُ مَا يَصَلِّي أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فَإِذَا بَقِيَ مِقْدَارُ ذَلِكَ فَقَدْ خَرَجَ وَقْتُ الظُّهْرِ وَ بَقِيَ وَقْتُ الْعَصْرِ حَتَّى تَغِيبَ الشَّمْسُ.» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۵/۲) (امام صادق عليه السلام فرمودند: زمانی که خورشید زوال پیدا می‌کند، وقت نماز ظهر داخل می‌شود، تا زمانی که به اندازه خواندن نمازی چهار رکعتی بگذرد. زمانی که این مقدار گذشت، وقت مشترک نماز ظهر و عصر داخل می‌شود، تا زمانی که به اندازه خواندن چهار رکعت نماز به غروب خورشید وقت باقی باشد؛ پس در این موقع وقت نماز ظهر به پایان رسیده و ادامه وقت تا غروب خورشید، وقت خواندن نماز عصر است.)

با همین سند روایت دیگری نیز بدین مضمون از او نقل شده است:

«إِذَا غَابَتِ الشَّمْسُ فَقَدْ دَخَلَ وَقْتُ الْمَغْرِبِ حَتَّى يَمْضِيَ مِقْدَارُ مَا يَصَلِّي الْمُصَلِّي ثَلَاثَ رَكَعَاتٍ فَإِذَا مَضَى ذَلِكَ فَقَدْ دَخَلَ وَقْتُ الْمَغْرِبِ وَ الْعِشَاءِ الْآخِرَةِ حَتَّى يَنْقُيَ مِنَ اثْتِصَافِ اللَّيْلِ مِقْدَارُ مَا يَصَلِّي الْمُصَلِّي أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فَإِذَا بَقِيَ مِقْدَارُ ذَلِكَ فَقَدْ خَرَجَ وَقْتُ الْمَغْرِبِ وَ بَقِيَ وَقْتُ الْعِشَاءِ الْآخِرَةِ إِلَى اثْتِصَافِ اللَّيْلِ.» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۸/۲) (زمانی که خورشید غروب می‌کند، وقت مغرب داخل می‌شود، تا مقداری که نماز گزار بتواند سه رکعت نماز بخواند؛ پس هنگامی که این مقدار از وقت گذشت، وقت مشترک مغرب و عشاء داخل می‌شود، تا زمانی که به اندازه خواندن نمازی چهار رکعتی به نیمه شب باقی بماند؛ پس در این هنگام است که دیگر وقت مغرب به پایان رسیده و وقت عشاء تا نیمه شب باقی مانده است.)

الف- سند حدیث

اشکالی که به سند این روایت مطرح می‌شود، «ارسال» آن است. برخی در صدد تصحیح

سندی روایت برآمده‌اند و به دو دلیل بر اعتماد به روایت تمسک کرده‌اند:

۱. عمل اصحاب: برخی وجه اعتماد به این مرسله را جبران عمل اصحاب از ضعف سند می‌دانند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۶/۱) اما این وجه تمام نیست؛ چراکه علاوه بر غیرمسلم بودن مبنای مذکور به صورت «کبروی» (ر.ک. خمینی، ۱۴۲۲ق: ۵۰/۲) از لحاظ «صغروی» عمل مشهور اصحاب به این روایت، ثابت نیست. (خمینی، ۱۴۲۲ق: ۸۳)

۲. روایات بنی‌فضال: وجه دیگری که برای اعتماد بر مرسله داود بن فرقد در برخی کلمات مطرح شده، وجود راویانی از خاندان بنی‌فضال در روایت است که امر به اخذ روایات آن‌ها در برخی روایات آمده است. (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۱ق: ۲۳۹/۱) در روایتی منسوب به امام حسن عسکری (علیه السلام) در وصف آن‌ها آمده است: «خذوا ما رووا و دعوا ما رأوا». (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق: ۵۴۳/۴) (آنچه روایت می‌کنند را بگیرید و اعتقادات آنان را واگذارید). در جواب گفته می‌شود:

اولاً، روایتی که در شأن آن‌ها وارد شده در مقام بیان عدم مانعیت اعتقاد آنان، از اخذ به روایتشان است و نمی‌توان نسبت به سایر جهات، از این روایت اطلاق‌گیری کرد. ثانیاً، بر فرض اینکه از سایر جهات نیز اطلاق داشته باشد، تنها بر وثاقت خاندان بنی‌فضال دلالت می‌کند و برای وثاقت «مروی‌عنه» آن‌ها نمی‌توان از آن استفاده کرد. (سیستانی، بی‌تا: ۳۸۴/۱)

ثالثاً، بر فرض که وثاقت مروی‌عنه بنی‌فضال را نیز بتوان ثابت کرد، روایات مرسل را تصحیح نمی‌کند؛ به بیان دیگر، نهایت چیزی که با تمسک به جمله یادشده می‌توان به اثبات رساند، وثاقت مروی‌عنه بنی‌فضال است و روایات مرسل را نمی‌توان با تمسک به این جمله حجت دانست. (خمینی، ۱۴۲۲ق: ۸۳)

ب- دلالت حدیث

مقتضای اطلاق روایت، جواز خواندن نماز ظهر قبل از رسیدن وقت اختصاصی عصر است، اگرچه به مقدار کمتر از یک رکعت، وقت باشد؛ زیرا جزئی از وقت مشترک است. معنای وقت بودن برای نماز ظهر نیز جواز خواندن نماز ظهر در آن است؛ زیرا در غیر این صورت وقت بودن آن برای نماز لغو خواهد بود. بعد از صدق وقت بودن نسبت به نماز ظهر،

مقدار کمتر از یک رکعت با اجماع بر عدم جواز، تخصیص می خورد و باقی آن که شامل درک یک رکعت قبل از زمان مختص است، داخل در قاعده خواهد بود. (محقق داماد، ۱۴۱۶ق: ۵۹/۱)

۲-۲-۵- مضمرة حلبی

«الْحَسَنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ نَسِيَ أَنْ يَصَلِّيَ الْأُولَى حَتَّى صَلَّى الْعَصْرَ. قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فَلْيَجْعَلْ صَلَاةَ الَّتِي صَلَّى الْأُولَى ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ الْعَصْرَ. قَالَ قُلْتُ: فَإِنْ نَسِيَ الْأُولَى وَالْعَصْرَ جَمِيعاً ثُمَّ ذَكَرَ ذَلِكَ عِنْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَ فِي وَقْتٍ لَا يَخَافُ فَوْتُ إِحْدَاهُمَا فَلْيَصِلْ الظُّهْرَ ثُمَّ لْيَصِلْ الْعَصْرَ وَإِنْ خَافَ أَنْ يَقُوتَهُ فَلْيَبْدَأْ بِالْعَصْرِ وَلَا يُؤَخِّرْهَا فِي قُوَّتِهِ فَيَكُونَ قَدْ فَاتَتْهُ جَمِيعاً وَلَكِنْ يَصَلِّي الْعَصْرَ فِي مَا قَدْ بَقِيَ مِنْ وَقْتِهَا ثُمَّ لْيَصِلْ الْأُولَى بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى أَثَرِهَا.» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۶۹/۲) (از ایشان در مورد مردی که نماز ظهر را تا هنگام خواندن نماز عصر فراموش کرده پرسیدم. فرمودند: باید نمازی که خوانده است را همان نماز ظهر به حساب آورد، سپس عصر را دوباره بخواند. عرض کردم: اگر ظهر و عصر را با هم فراموش کرده بود و هنگام غروب خورشید یاد آور شد، چه حکمی دارد؟ فرمودند: اگر به اندازه ای وقت دارد که ترس فوت شدن یکی از آن ها را ندارد، ظهر و سپس عصر را بخواند و اگر می ترسد که یکی از آن ها فوت شود، اول عصر را بخواند و آن را به تأخیر نیندازد که در این صورت هر دو نماز از او فوت خواهد شد؛ اما اول عصر را بخواند و بعد ظهر را قضا می کند.)

الف- سند حدیث

این روایت از لحاظ وثاقت راویان، بدون اشکال است؛ تنها اشکال از ناحیه «اضمار» است که آن نیز مشکلی ایجاد نمی کند؛ چرا که به تعبیر برخی از رجالیان معاصر، شخصی همچون حلبی هرگز مسئله ای را از غیر امام سؤال نمی کند، آنگاه بدون ذکر نام در کتاب حدیثی خود وارد کند؛ بلکه حتماً از امام معصوم سؤال کرده است؛ اما اینکه اسم مبارک حضرت را نبرده، به این دلیل است که در گذشته رسم نوشتن حدیث چنین بوده که هرگاه تعدادی حدیث پشت سر هم از امامی سؤال می شده، ابتدا یک مرتبه نام مبارک آن امام را می نوشته اند و در بقیه روایات دیگر احتیاجی به تکرار نام حضرت نبوده، بلکه اکتفا به ضمیر می کرده اند؛ اما بعدها

که دیگران از این کتاب یا امثال آن، احادیث را گلچین می کرده‌اند تا در کتاب‌های خود ذکر کنند، به همان شکلی که در مصدر با ضمیر آورده شده، نقل می‌نموده‌اند، بدون اینکه حدیث قبلی را که نام مبارک حضرت در آن است، ذکر کنند تا مرجع ضمیر روشن شود.

از همین رهگذر مرجع ضمیر در روایات زیادی مجهول شده است؛ مثل روایات سماعه و نیز روایات علی بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر (علیه السلام) که «سألته» دارد؛ بنابراین لازم است که شخص مراجعه‌کننده، به روش سابقان و کیفیت تألیف متأخران آشنا باشند. از این بیان به‌خوبی روشن می‌شود که روایاتی که به‌صورت مضمره نقل شده، مضمره نبوده، بلکه از امام معصوم است که در نقل وانتقال از کتابی به کتاب دیگر، بدین صورت آمده است؛ بنابراین اشکال سندی در این دسته از روایات، از جمله روایت حلبی، وجود ندارد. (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ۵۸۴۳/۱۸)

علاوه بر اینکه کتاب حلبی امتیاز خاصی دارد؛ زیرا اولین کتاب کامل امامیه در فقه است که حضرت امام جعفر صادق (علیه السلام) وقتی کتاب را می‌بینند، می‌فرمایند: «لیس لهؤلاء مثله»، (ابن داود، ۱۴۲۰ق: ۲۱۷) یعنی عامه چنین کتاب مبنایی ندارند؛ بنابراین معلوم است که چنین کتاب مهمی از چنان مؤلف مهمی هرگز از شخص مجهولی مطلبی را نمی‌گیرد؛ پس مطمئناً روایت از امام معصوم (علیه السلام) است. (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ۵۸۴۴/۱۸)

بنابراین اضممار این حدیث ضرری به اعتبار آن نمی‌زند و قابل اعتماد است.

ب- دلالت حدیث

برخی دلالت روایت مذکور را تمام می‌دانند؛ بدین بیان که امام (علیه السلام) در این روایت حکم به خواندن نماز ظهر را داده‌اند، در صورتی که ترس فوت یکی از آن‌ها نرود. ظاهر از فوت نیز فوت تمام نماز است؛ بنابراین اگر کسی خوف فوت تمام یکی از دو نماز را داشته باشد، باید عصر را بخواند و اگر خوف فوت تمام یکی از دو نماز را نداشت، باید ظهر را بخواند؛ از این رو اگر کسی یک رکعت از نماز را درک کند، آن نماز از او فوت نشده و باید به خواندن آن مبادرت ورزد. (محقق داماد، ۱۴۱۶ق: ۵۹/۱)

اما این بیان ناتمام است؛ چه اینکه ظاهر این روایت فوت تمام نماز است و اینکه امام از این جهت در صدد بیان درک یک رکعت از نماز باشند، بعید به نظر می‌رسد.

۲-۲-۶- تمامیت دلیل های نقلی بر قاعده من ادرک

تاکنون روشن شد که از میان روایات مسند که در کتب شیعه ذکر شده، روایت أصبغ بن نباته و موثقه عمار بن موسی می توانند به عنوان دلیل های قاعده من ادرک، در کنار سایر ادله مورد استفاده قرار گیرند.

۲-۳- تسالم اصحاب

دلیل دیگری که در کلمات فقها برای قاعده من ادرک، مطرح شده است، «تسالم اصحاب» است؛ بنابراین بر فرض عدم وجود روایات نیز می توان با تمسک به تسالم اصحاب، اعتبار این قاعده را قائل شد. بزرگانی مثل صاحب جواهر این قاعده را مورد قبول مشهور اصحاب، بلکه اجماعی می دانند. (نجفی، بی تا: ۲۵۷/۷)

فقه در هر قرن بر قبول مقتضای قاعده، تسالم کرده اند. قاعده من ادرک، از قواعد معروف و مشهور نزد فقهای عظام است. نخستین کسی که به این قاعده تمسک کرده سید مرتضی است. شیخ طوسی مطرح کردن قاعده توسط سید مرتضی و قضا بودن نماز خوانده شده را توسط ایشان مطرح می کنند. (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۶۹/۱) دیگر فقهای عظام نیز مانند شیخ طوسی، (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۲۶۸/۱) محقق حلی، (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق: ۵۳/۱) علامه در کتب خویش (حلی (علامه)، ۱۴۱۹ق: ۳۳۱/۱ و ۱۴۱۲ق: ۱۰۸/۴) و دیگران پس از شیخ به این قاعده تمسک کرده اند. (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۹ق: ۳۴۶/۲؛ کرکی (محقق)، ۱۴۱۴ق: ۳۰/۲)

در واقع این معنا مورد تسالم بزرگان فقهاست؛ زیرا هر یک از ایشان در مواردی به این قاعده استناد کرده اند و حتی فقهایی که با این قاعده مخالف اند، مخالفشان تنها با بعضی از موارد و مصادیق آن است.

اگر کسی تسالم را به معنای اجماع بداند، می تواند با ادعای «مدرکی بودن» این اجماع، در این دلیل خدشه کند؛ اما می توان در جواب گفت که تسالم اصحاب از اجماع هم بالاتر است. مطلبی که مورد قبول قدمای از فقها و همچنین متأخران واقع شده است را نمی توان با ادعای مدرکی بودن زیر سؤال برد؛ همچنان که از بعضی کلمات بزرگان نیز استفاده می شود که تسالم، از شهرت و اجماع، قوی تر و پراهمیت تر است. (ر. ک. موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق: ۱۷۶/۱)

۳- مفاد قاعده من أدرک

اجمال مفاد قاعده من أدرک، با توجه به مضامین دلیل‌های یادشده، این است که اگر کسی یک رکعت از نماز را درک کند، گویا تمامی آن را درک کرده است؛ اما در محدوده این قاعده و کلیت آن که از روایات این قاعده استفاده شده، اختلاف نظر وجود دارد که به بیان دیدگاه‌های مذکور در مفاد قاعده من أدرک، می‌پردازیم:

۳-۱- اختصاص قاعده به کسی که مشغول به نماز است

قائلان به این نظریه معتقدند که قاعده من أدرک، تنها در مقام تصحیح نماز کسی است که وارد نماز شده و بین نماز، وقت نماز به پایان می‌رسد؛ بنابراین نمی‌توان از این قاعده برای وجوب مبادرت به نماز کسی استفاده کرد که وارد نماز نشده و می‌داند که اگر شروع کند، تنها یک رکعت از نماز را در وقت درک می‌کند. شاهد آن نیز موثقه عمار بن موسی است که حضرت، تعبیر «صلی» را به کار برده‌اند: «فَإِنْ صَلَّى رَكْعَةً مِنَ الْعَدَاةِ ثُمَّ طَلَعَتِ الشَّمْسُ فَلَيْتَمَ وَ قَدْ جَازَتْ صَلَاتُهُ». (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۳۹۰/۱) در روایت اصبح بن نباته نیز لفظ ماضی به صورت «من أدرک» آمده است: «مَنْ أَذْرَكَ مِنَ الْعَدَاةِ رَكْعَةً قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ فَقَدْ أَذْرَكَ الْعَدَاةَ تَامَةً». (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۷۶/۱) این روایت در مقام بیان صورتی است که شخص، رکعتی از نماز را قبل از طلوع خورشید درک کرده و معلوم نیست شامل کسی شود که می‌داند اگر نماز را شروع کند، فقط رکعتی از نماز را درک می‌کند.

بنابراین در جایی که شخص فقط به اندازه خواندن یک رکعت از نماز فرصت دارد، عرف وقت نماز را نسبت به او باقی نمی‌داند و قاعده من أدرک، فقط در مقام تصحیح نماز کسی است که شروع به نماز کرده و بعد از خواندن یک رکعت از نماز، وقت آن به پایان می‌رسد؛ بنابراین دلیلی بر وجوب مبادرت به خواندن نماز در این فرض وجود ندارد. (شهیدی‌پور، ۱۳۹۸: ۲۲۵)

در جواب به این نظریه گفته می‌شود:

اولاً، یکی از دلیل‌های قاعده من أدرک، تسالم اصحاب است که در کلمات برخی از قائلان به این نظریه، اقوی بودن دلالت تسالم بر اجماع مطرح شده است. از طرفی هم در کتب اصحاب و بزرگان می‌بینیم که این قاعده را منحصر در مورد مذکور نکرده و برای خصوصیات

فرعی آن نیز به اطلاق آن تمسک کرده‌اند؛ (خمینی، ۱۴۲۰ق: ۱۶۷) بنابراین نمی‌توان انحصار روایات قاعده من أدرک، در برای بیان فرض یادشده را قبول کرد.

دوماً، عرف خصوصیتی برای فرض مذکور نمی‌بیند و در برداشت از روایت، تعمیم را استنباط می‌کند. محقق حائری بعد از احتمال نظریه مذکور، جواب تمسک به فهم عرف را با تعبیر «اللهم الا أن یقال» ذکر می‌کند. (حائری، ۱۴۱۸ق: ۱۸)

امام خمینی بعد از نسبت مبنای مذکور به برخی از بزرگان، در جواب می‌نویسند: «متفاهم عرفی از این روایت، توسعه در وقت نسبت به کسی است که یک رکعت از نماز را در وقت درک کند؛ گویا که گفته است: ادراک رکعتی از وقت، ادراک تمام وقت است؛ به عبارت دیگر، عرف از این جمله خصوصیتی برای کسی که داخل در نماز شده نمی‌بیند؛ بلکه آنچه مهم است درک بعضی از وقت است.» (خمینی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۲/۱)

سوماً، لفظ ماضی در امثال این نوع جملات به معنای مضارع می‌آید؛ بنابراین عامد و کسی که هنوز شروع به نماز نکرده را نیز شامل می‌شود. (اراکي، ۱۴۲۱ق: ۸۹/۱)

۳-۲- کلیت قاعده در باب اوقات نماز

طبق این نظریه، قاعده من أدرک، قاعده‌ای کلی در باب اوقات نماز است که شارع متعال به وسیله آن، مقداری از وقت را که خارج از محدوده وقت نماز است، به حکم داخل وقت قرار داده است؛ اما توسعه در وقت به صورت مطلق نیست تا اینکه جواز تأخیر اختیاری نماز را در پی داشته باشد؛ بنابراین قاعده مذکور مختص به کسانی که مشغول نماز بوده‌اند، نخواهد بود و می‌توان از این قاعده، وجوب مبادرت به نماز نسبت به کسی که به اندازه یک رکعت نماز تا آخر وقت فرصت دارد را استفاده کرد. امام خمینی نیز به عدم اختصاص قاعده به کسی که نماز را شروع کرده تصریح می‌کنند. (خمینی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۲/۱)

۴- دوران امر بین در یک رکعت با وضو و در یک تمام نماز با تیمم

در فرضی که کسی در صورت طهارت مائیه (با آب)، در یک کننده یک رکعت از نماز در وقت باشد، ولی در صورت تیمم، تمام نماز را در وقت درک کند، سه قول در کلمات فقها مطرح شده است:

۴-۱- وجوب خواندن تمام نماز با تیمم، در وقت

قائلان به این نظریه معتقدند: به دلیل اهمیت بسزایی که وقت نسبت به سایر اجزا و شرایط نماز دارد، هنگام دوران بین رعایت وقت و سایر شرایط، رعایت وقت مقدم است. علاوه بر اینکه مفاد قاعده من ادرک، جواز تأخیر اختیاری نماز نیست و اگر کسی بخواهد در این مسئله نماز با وضو را اختیار کند، با اختیار خودش نماز را به تأخیر انداخته است.

محقق سبزواری بعد از بیان قول علامه حلی مبنی بر عدم جواز تیمم به دلیل شمول قاعده من ادرک نسبت به این مقام، این قول را ناتمام دانسته و می نویسد: «مقتضای قاعده من ادرک، جواز تأخیر اختیاری تا آخر وقت نیست، بلکه این قاعده فقط در مقام تصحیح نمازی است که یک رکعت از آن داخل وقت و ادامه اش خارج از وقت خوانده شده است.» (سبزواری، بی تا: ۱۰۷/۱)

محقق نائینی، دلیل های طهارت را مقید به قدرت شرعی می داند، در حالی که دلیل های وقت، مقید به قدرت نیست؛ طبق نظر ایشان دلیل های وقت مقدم، «تعارض» نیز مرتفع و نظریه «تخیر» در مسئله نیز پذیرفتنی نیست. (نائینی، ۱۴۱۱ق: ۹۰/۲) سید یزدی در دوران بین خواندن تمام نماز در وقت با تیمم و درک یک رکعت از آن با وضو، قاعده من ادرک را شامل مقام نمی داند و می نویسد:

«قاعده من ادرک، مختص جایی است که بالفعل بیش از مقدار یک رکعت تا آخر وقت، فرصت نداشته باشد؛ بنابراین شامل جایی که شخص بتواند تمام نماز را در وقت درک کند نمی شود؛ بنابراین در مسئله محل بحث، دوران بین مراعات وقت و مراعات طهارت مائیه مطرح می شود و اهمیت رعایت وقت بیش از سایر شرایط است؛ چرا که رعایت وقت در تمام اجزای نماز معتبر است؛ بنابراین اگر لازمه وضو گرفتن، خواندن مقداری از نماز در خارج وقت باشد، تحصیل این نوع طهارت واجب نیست و وظیفه مکلف به تیمم انتقال پیدا می کند.» (یزدی، ۱۴۰۹ق: ۴۸۰/۱)

سید محسن حکیم نیز در تأیید کلام محقق یزدی، ظاهر حدیث من ادرک را مربوط به جایی می داند که وقت از او فوت شده و فقط به مقدار یک رکعت از نماز باقی مانده باشد

که حدیث، دال بر وجوب خواندن نماز در این فرض است و به هیچ وجه مجوز تأخیر اختیاری نماز تا هنگامی که به اندازهٔ یک رکعت تا آخر وقت مانده باشد، نیست؛ بنابراین هیچ دلیلی نمی‌تواند دلیل وقوع تمام نماز در وقت را تخصیص زند و وظیفه نیز در این فرض، به تیمم منتقل خواهد شد. (حکیم، ۱۴۱۶ق: ۳۵۹/۴)

محقق خوئی نیز تعارض بین دلیل وقت و دلیل طهارت را منتفی می‌داند و همانند محقق یزدی وظیفهٔ مکلف را خواندن تمام نماز در وقت با تیمم می‌داند. (خوئی، ۱۴۱۸ق: ۱۵۸/۱۰) از دیگر قائلان به این نظریه می‌توان به میرزا هاشم آملی اشاره کرد. (آملی، ۱۴۰۶ق: ۳۱۳/۶)

۴-۲- وجوب نماز با وضو و درک یک رکعت از نماز در وقت

قائلان به این نظریه معتقدند که مفاد روایات قاعدهٔ من أدرک، توسعه در وقت است؛ بنابراین کسی که یک رکعت از نماز را با وضو در وقت درک کند، به منزلهٔ کسی است که تمام آن را درک کرده و وظیفهٔ اولیهٔ شخص نیز نماز با وضو است و تا زمانی که قادر است با وضو نماز صحیح بخواند، نوبت به تیمم نخواهد رسید. علامه حلی در تذکره می‌نویسد: «اگر کسی تمکن از استعمال طهارت با آب به همراه درک یک رکعت از نماز در وقت را داشته باشد، طهارت ترایه [تیمم] بر او جایز نیست.» (حلی (علامه)، بی تا: ۱۶۲/۲) میرزا عبدالهادی شیرازی نیز در حاشیه عروة الوثقی این نظریه را برگزیده است. (شیرازی، ۱۴۲۲ق: ۱۸۴/۲)

از دلایلی که در کلمات قائلان به قول اول مطرح شد، ضعف قول دوم روشن می‌شود؛ چرا که برداشتی که از روایات قاعدهٔ من أدرک، مبنی بر ایجاد توسعه در وقت مطرح می‌شود، منصرف به جایی است که خود مکلف با سوء اختیار خود، مشکل ضیق وقت را ایجاد نکرده باشد و حال آنکه در دوران بین وضو و تیمم، شخص می‌تواند با انجام تیمم، تمام نماز را در وقت بخواند و محذور طهارت نداشتن با وضو نیز به وسیلهٔ اهمیت بیشتری که در خواندن نماز در وقت است، دفع می‌شود.

۴-۳- تخییر

قائلان به این نظریه معتقدند که مورد مسئله، تعارض بین اطلاق دلیل‌های وقت و اطلاق دلیل‌های طهارت با آب است؛ بنابراین قواعد «باب تعارض» باید در مسئله جاری شود؛ به عنوان مثال اگر یکی حکمی قرآنی و دیگری حکمی روایی بود، حکم قرآنی مقدم است و اگر هر

دو حکم قرآنی بود، تعارض و تساقط می‌کند و نوبت به برائت از شرطیت تعیینی هر کدام می‌رسد. مسئله مورد بحث نیز از همین قبیل است؛ بنابراین وظیفه مکلف تأخیر در انتخاب وضو و درک یک رکعت از نماز در وقت و یا تیمم و درک تمام نماز در وقت است.

در نظر آنان، منشأ این بحث به «تنافی بین اوامر ضمنی» بازگشت دارد که آن نیز برخلاف نظر برخی از بزرگان در اصول، رجوع به تعارض دارد و داخل کردن این بحث‌ها در تراحم نیز بحث برانگیز است. (صدر، ۱۴۱۷ق: ۱۲۶/۷) در اینجا نیز اطلاق دلیل‌های وقت و طهارت با آب که هر دو از اوامر ضمنی نماز است، با هم تعارض می‌کنند و بعد از عدم جریان «مرجحات باب تعارض»، نوبت به «تساقط» و «تخیر» می‌رسد.

از بزرگان معاصر، شیخ اسحاق فیاض و سیدصادق روحانی قائل به این نظریه هستند. (ر. ک. فیاض، بی‌تا: ۳۲۱/۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق: ۷۶/۴)

با بیان دلیل‌های قول اول، ضعف این قول نیز روشن می‌شود؛ چراکه اهمیت وقت، مقدم بر طهارت با آب است و جایی برای تعارض باقی نمی‌ماند؛ بنابراین نظریه اول مبنی بر وجوب خواندن تمام نماز در وقت با تیمم، تمام به نظر می‌رسد و دو قول دیگر دارای مناقشه است.

نتیجه‌گیری

در جایی که مکلف مردد بین خواندن تمام نماز با تیمم در وقت و خواندن یک رکعت از نماز با وضو در وقت باشد، وظیفه وی انجام تمام نماز با تیمم در داخل وقت است. برای تبیین این مهم، ابتدا به بیان قاعده فقهی من ادرک، پرداخته شد که بیانگر درک تمام نماز توسط مکلف، در صورت درک یک رکعت از آن است. گرچه با بررسی مستندات قاعده فقهی مذکور، توسعه وقت توسط این قاعده استفاده می‌شود، به صورتی که شرع مقدس با بیان این قاعده کلی، باعث تسهیل در امر مکلفان شده است؛ اما قبول توسعه در وقت توسط قاعده مزبور، منافاتی با وجوب خواندن تمام نماز در وقت با تیمم ندارد؛ چراکه قاعده من ادرک، بیانگر توسعه حقیقی در وقت نیست و از آنجا که اهمیت بیشتر وقت در نماز، نسبت به طهارت با آب، مسلم است، باید تمام نماز در وقت درک شود و نمی‌توان با عنوان توسعه در وقت، مصلحتی که در خواندن نماز در وقت وجود دارد را نادیده انگاشت.

۱. آقا نجفی اصفهانی، محمدرضا، ۱۴۱۶ق، نجعة المرتاد، اصفهان: مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء (ع).
۲. آملی، میرزا محمد تقی، ۱۳۸۰ق، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران.
۳. آملی، میرزا هاشم، ۱۴۰۶ق، المعالم الماثوره، تقرير محمد علی اسماعیل پور، قم.
۱. ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷، النهایة فی غریب الحدیث و الاثر، مبارک بن محمد، ج ۴، قم.
۲. ابن بابویه (شیخ صدوق)، محمد بن علی، ۱۴۱۳ق، من لا یحضره الفقیه، ج ۲، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۳. -----، ۱۳۶۲، الخصال، تصحیح علی اکبر غفاری، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۴. ابن الغضائری، شیخ ابوالحسن احمد بن ابی عبدالله، ۱۳۶۴، رجال ابن الغضائری، تحقیق و تصحیح محمدرضا حسینی، قم: دارالحدیث.
۵. ابن فارس، أبوالحسن، أحمد بن فارس بن زکریا، ۱۴۰۴ق، معجم مقاییس اللغة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ق، لسان العرب، ج ۳، بیروت.
۷. اراکی، محمد علی، ۱۴۲۱ق، کتاب الصلاة، قم: دفتر آیت الله اراکی.
۸. انصاری (شیخ اعظم)، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۵ق، کتاب الصلاة، تصحیح گروه پژوهش کنگره، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. البجنوردی، السید حسن، ۱۴۰۱ق، القواعد الفقهية، تهران: مؤسسه عروج.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵ق، الحقائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، آل عصفور، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۱. بروجردي، سید حسین، ۱۴۲۶ق، تبيان الصلاة، تقرير علی صافی، قم: گنج عرفان.
۱۲. حائری یزدی، مرتضی بن عبدالکریم، ۱۴۱۸ق، کتاب الخمس، قم: اسلامی (وابسته

- به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۳. -----، ۱۴۱۸ق، کتاب الصلاة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۴. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، وسائل الشیعة، قم.
۱۵. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، نجم الدین، ۱۴۰۸ق، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
۱۶. -----، ۱۴۱۸ق، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، ج ۶، قم: مؤسسة المطبوعات الدینیة.
۱۷. -----، ۱۴۰۷ق، المعبر فی شرح المختصر، قم: مؤسسه سید الشهداء (علیه السلام).
۱۸. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۱۹. -----، ۱۴۲۰ق، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، (ط - الحدیثة) قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۰. -----، بی تا، تذکرة الفقهاء، (ط - الحدیثة) قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۲۱. -----، ۱۴۱۳ق، مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة، ج ۲، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۲۲. -----، ۱۴۱۲ق، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة.
۲۳. -----، ۱۴۱۹ق، نهاية الإحکام فی معرفة الأحکام، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۲۴. حلی، حسین، ۱۳۷۹ق، دلیل العروة الوثقی، تقرير حسن سعید تهرانی، نجف اشرف.
۲۵. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۱۰ق، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، تصحیح و تحقیق احمد عبد الغفور عطار، بیروت: دار العلم للملایین.
۲۶. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم بن حسین، ۱۴۰۹ق، کفایة الأصول، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

۲۷. خمینی، سیدروح الله موسوی، ۱۴۲۲ق، کتاب الطهارة، تقرير محمد فاضل لنكرانی، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۲۸. _____، بی تا، کتاب الخلل فی الصلاة، قم: مهر.
۲۹. خوئی، سیدابوالقاسم، ۱۴۱۸ق، موسوعة الإمام الخوئی، تحقیق و تصحیح و نشر: مؤسسه إحياء آثار آیت الله العظمی خوئی رحمته، قم.
۳۰. _____، بی تا، مصباح الفقاهه، تقرير محمد علی توحیدی، بی جا.
۳۱. روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق، قم: دارالکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام.
۳۲. سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ق، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار (دفتر محقق سبزواری).
۳۳. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، بی تا، کفایة الأحكام، اصفهان: مهدوی.
۳۴. _____، بی تا، ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۵. سیستانی، سید محمد رضا، بی تا، قبسات من علم الرجال، تقرير السيد محمد البكاء، بیروت: دارالمورخ العربی.
۳۶. شبیری زنجانی، سید موسی، ۱۴۱۹ق، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۳۷. شیخ الشریعة اصفهانی، ۱۴۰۴ق، أحكام الصلاة، تقرير محمد حسین سبحانی، قم: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام.
۳۸. صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، المحيط فی اللغة، تصحیح و تحقیق محمد حسن آل یاسین، بیروت: عالم الكتاب.
۳۹. صافی گلپایگانی، علی، ۱۴۲۷ق، ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی، قم: گنج عرفان.
۴۰. _____، ۱۴۲۳ق، فقه الحج، قم: مؤسسه حضرت معصومه علیها السلام.
۴۱. صدر، محمد باقر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الأصول، تقریرات محمود هاشمی شاهرودی، ج ۳، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

۴۲. طباطبائی حکیم، سیدمحسن، ۱۴۱۶ق، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۴۳. طوسی، محمد بن حسن ابوجعفر، ۱۳۸۷ق، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۴۴. —————، ۱۴۰۰ق، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۲، بیروت: دارالکتاب العربی.
۴۵. —————، ۱۴۰۷ق، تهذیب الأحکام، ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۶. —————، ۱۴۲۷ق، رجال الطوسی، تحقیق و تصحیح جواد قیومی اصفهانی، ج ۳، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۴۷. —————، ۱۳۹۰ق، الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، تصحیح و تحقیق حسن خراسان موسوی، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۸. —————، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۴۹. عاملی، سیدجواد بن محمد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۵۰. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۰۲ق، روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان، (ط - الحديث)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵۱. —————، ۱۴۱۳ق، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۵۲. عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۵۳. عاملی، محمد بن علی موسوی، ۱۴۱۱ق، مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام، بیروت: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۵۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، بی تا، ذکر الشیعة فی أحکام الشریعة، بی جا.

۵۵. -----، ۱۴۱۹ق، البیان، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).
۵۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۱۰ق، کتاب العین، تحقیق و تصحیح مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، ج ۲، قم: هجرت.
۵۷. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، ۱۴۲۹ق، معتصم الشیعة فی أحكام الشریعة، تهران: مدرسه عالی شهید مطهری.
۵۸. فیومی، احمد بن محمد مقری، بی تا، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: منشورات دارالرضی.
۵۹. قطیفی، آل طوق، احمد بن صالح، ۱۴۲۲ق، رسائل آل طوق القطیفی، بیروت: دارالمصطفی لإحياء التراث.
۶۰. کشی، محمد بن عبدالعزیز، ۱۳۹۰ق، اختیار معرفة الرجال (رجال کشی)، تحقیق حسن مصطفوی، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
۶۱. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۱۹ق، اصول کافی، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۶۲. مجلسی (دوم)، محمدباقر بن محمد تقی، ۱۴۱۰ق، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسه الطبع والنشر.
۶۳. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۶۴. محقق داماد، سید محمد، ۱۴۱۶ق، کتاب الصلاة، تقرير محمد مؤمن و عبدالله جوادی آملی، ج ۲، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۶۵. النایینی، محمد حسین، ۱۴۱۱ق، کتاب الصلاة، تقرير الکاظمی، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۶۶. نجاشی، احمد بن علی، ابوالحسن، ۱۴۰۷ق، رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۶۷. نجفی (کاشف الغطاء)، علی بن محمد، بی تا، کتاب الصلاة، بی جا: مؤسسه کاشف الغطاء.

٦٨. نجفى، محمد حسن، بى تا، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ٧، بيروت: دار إحياء التراث العربى.

٦٩. نورى (محدث)، ميرزا حسين، ١٤٠٨ق، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بيروت: مؤسسه آل البيت (عليه السلام).

٧٠. همدانى، آقارضا، ١٤١٦ق، مصباح الفقيه، تحقيق محمد باقرى، نورعلى نورى، محمد ميرزاى و سيد نورالدين جعفرى، قم: مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث.

٧١. يزدى، سيد محمد كاظم طباطبائى، ١٤٠٩ق، العروة الوثقى فيما نعم به البلوى، بيروت: مؤسسة الأعلمى للمطبوعات.

Abstracts

The Criteria to Discover Importance to Find the Superior Preference from the Perspective of Usul Fiqh (the Principles of the Jurisprudence) Based on the Ideas of Main Islamic Sects

Ruhollah Raees al-Sadat, Mohammad Hassan Rabbani Birjandi, Sayyid Mohsen Hosseini Faqih

A Comparative Review Around the Ownership of Grazing Lands and Forests in Imamiyyah and Hanafi Jurisprudence

Sayyid Ali Delbari, Majid Khorsandi

A Survey Around the Legally Age of Child to Distinguish between Right and Wrong Based on Its Concept in lexical, Juridical, and Iranian Law Issues

Amaar Jafari Nejad, Hassan Hakimbashi, Mohsen Jahangiri Kolokhi, Mahdi Salehi Miqadam

The study of Liability in Islamic Jurisprudence and Possession in Classical French Law, with an Emphasis on General Jurisprudence

Mohammad Ali Saeedi, Mostafa Shahbazi

An Introduction to Permission and Refuse in Intrusive Contract

Qolamreza Yazdani

An Analysis around the Adjustment of "M'an Adr'ak" (Who Achieved) Rule Between the Two Matters of One Posture of Prayer Achievement With Ablution (Wudu) or the Whole Part of Prayer Achievement with Sand Ablution (Tayammum)

Sayyid Reza Hassani

The Criteria to Discover Importance to Find the Superior Preference from the Perspective of Usul Fiqh (the Principles of the Jurisprudence) Based on the Ideas of Main Islamic Sects

Ruhollah Raees al-Sadat,¹ Mohammad Hassan Rabbani Birjandi,² Sayyid Mohsen Hosseini Faqih³

Abstract

Objective examples of two conflicting verdicts are abundant in many subjects, and the examination of criteria to find the superior preferences reveals that it has not been accurately analyzed. With a brief look at the issues of the principles of jurisprudence, it appears that some issues such as: conflict and preference have been discussed in a scattered manner. The axial issue in this article is the position of the most important subjects of Usul Fiqh to find the preference and importance based on Islamic sects and their Usul Fiqh studies. The author's idea is to re-examine the content of the theories, not just to find common titles. Because of the lack of similarity between the title of Tazahum (emulation in acting) in relation to the two schools of Imamiyyah and Sunni and their Usul Fiqh, it is necessary to study principled-jurisprudential content of the materials that are likely related to this article's title. With this approach, the criteria do not result in scientific conclusions merely, but help to explain the practical aspect of these titles, and also because of these evaluations, the verbal and semantic commonalities have been explained based on main Islamic sects ideas in the subject of Usul Fiqh. Therefore, in this article, the researcher has chosen a descriptive-analytical method. Research findings show that In the "Principles of Jurisprudence", based on the ideas of Islamic sects, such rules like "avoiding the corruption is more important than gaining the benefits", the similarity between the verdict and the subject, and the purposes of religion have a special role in the discovery of importance and preferences. There are also two important origins in the discussion of Tazahum (emulation in acting) in the Ahl al-Sunnah principles, namely: The jurisprudence of the preferences and the jurisprudence of the balanced matter were studied. Although there are more differences in terms of titles, but in terms of content and concepts, there are many similarities.

Keywords: Tazahum (emulation in acting), preferences, importance, benefits, purposes.

1. The graduated student of the 4th level of Khorasan Seminary. mahdi19970606@gmail.com

2. Professor of Kharij Lessons of Khorasan Seminary. hozehjournais@gmail.com

3. Professor of Kharij Lessons of Khorasan Seminary. hosseini@gmail.com

A Comparative Review Around the Ownership of Grazing Lands and Forests in Imamiyyah and Hanafi Jurisprudence

Sayyid Ali Delbari,¹ Majid Khorsandi²

Abstract

There are special rules in Islamic jurisprudence for natural resources such as grazing lands, pastures, and forests. To study about ownership of these God-given riches is one of the important jurisprudential issues about forests and pastures, based on Imamiyyah and Hanafi jurisprudence. The main purposes of this article are consolidation and explanation of the principles and ideas of Imamiyyah and Hanafi jurists about foresaid subject. As a result, the reader becomes familiar with the views and opinions of jurists of both religions and their similar and different attitudes through a comparative study. To achieve this goal, the ownership of pastures and forests have been discussed in regard to to the Imamiyyah school from the era of the Holy Prophet (PBUH) and the Imams (AS), and also the era of absence. In addition to Imamiyyah school, Hafani school of thought has been studied from the era of the Holy Prophet (PBUH) until now. This research by a descriptive, analytical and comparative method shows that in Imamiyyah jurisprudence, pastures and forests are properties of Islamic ruler and governor and as a part of Anf'al, and in Hanafi jurisprudence it is considered as is public's property and who possesses them firstly will be their owner.

Keywords: possession, Anf'al, lawful, pastures and grazing lands, forests.

1. Professor of Kharij Lessons of Khorasan Seminary; Associated professor, Department of Quranic Sciences and Hadith, Razavi University of Islamic Sciences. delbari@razavi.ac.ir

2. Student of the 4th level of Khorasan Seminary. m.khursandi@gmail.com

A Survey Around the Legally Age of Child to Distinguish between Right and Wrong Based on Its Concept in lexical, Juridical, and Iranian Law Issues

Amaar Jafari Nejad,¹ Hassan Hakimbashi,² Mohsen Jahangiri Kolokhi,³ Mahdi Salehi Miqadam⁴

Abstract

The lexical semantic scholars have not stated a specific age for the child who could distinguish between right and wrong or not, and only considered the time of birth to the time of puberty in general. But jurists in jurisprudential sources, consider this age in relation to child's ability to understand his own advantage and disadvantage. Based on this, the child normally from his birth to age of six or seven could not understand these points but after that age to fourteen or fifteen years old when he gains puberty, will be considered as a child who understands right and wrong. The lawyers, following the jurists, have accepted the same idea but with this difference that the age of understanding is usually between ten and twelve. However, some lawyers considered aforesaid age in a relatively manner, because of the children's power to understand and distinguish. In the present article, which is compiled by the library study method with an analytical-descriptive approach, it has been concluded that from the birth time to about age of seven, the child could not distinguish between right and wrong but from this age to puberty, which is about age of fifteen, the child could understand and distinguish between right and wrong.

Keywords: infant, minor, baby, who could distinguish (mature), who could not distinguish (immature), puberty.

1. Student of the 4th level of Khorasan Seminary. ammar62000@yahoo.com

2. Advisor of Islamic Propagation Office of Mashhad. Hakimbashi45@yahoo.com

3. Associated professor, Department of Fiqh and Usul, Razavi University of Islamic Sciences. m.jahangiri2008@gmail.com

4. Phd student, Razavi University of Islamic Sciences. mahdi12salehi@gmail.com

The study of Liability in Islamic Jurisprudence and Possession in Classical French Law, with an Emphasis on General Jurisprudence

Mohammad Ali Saeedi,¹ Mostafa Shahbazi²

Abstract

To identify the strengths and weaknesses of matters based on their study in different systems has been considered as one of the advantages for such studies we present, by scholars of comparative law. Liability is one of the most widely used concepts in Islamic law and jurisprudence. Its application can be seen from worship issues to retribution and Diyat (blood money) in jurisprudence. However, there is no definition for liability in the law. In the Islamic law, the liability is a conceive subject for owning the debts, which is known as title of possessions. The main question of this research is to find the relation between these two titles in accordance to logical quadratic relation of subject and the effects of each of them. In other words, what are the similarities and differences of these institutions? In the process of research, it has been concluded that the institution of liability has characteristics and advantages such as generality in its subject, its permanent continuity even after the death of poser and its legal personality, the issues which give superiority of the liability institution over the possession institution. This research has been compiled by a library method and minor comparative study approach.

Keywords: liability (Dhama), possession, obligation, liability right, liability responsibility.

1. Assistant professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences. saeedi_mha@yahoo.com

2. The graduated student of the 4th level of Khorasan Seminary. shahbazimostafa@gmail.com

An Introduction to Permission and Refuse in Intrusive Contract

Qolamreza Yazdani¹

154

Abstract

There is a dispute among the researchers about permission effect time in unauthorized contract. The most important question in this subject is whether the will of the authorized owner has played an active role to determine the effect time of permission or he has an passive will to grant this effect. If the authorized owner has an active will, based on the idea of Kashf (revealing of contract effects), the owner can allow the contract from the time of permission, and vice versa, based on the idea of Naql (transference of rights), it is possible for the owner to allow the contract from when it has been made. But if the will of the owner is passive, the time of permission effect will be determined by the legislator and authorized owner just has the permission to reject or accept the transference. Whenever the authorized owner grants the permission, based on the idea of Kashf (revealing of contract effects), the contract is valid from the time of conclusion, and based on the idea of Naql (transference of rights), the contract will be enforced from the time of permission, and the authorized owner could not ask for a different order. In the present article, which is based on the analytical-descriptive method, it has been concluded that the authorized owner has an active role and the unauthorized contract will be effective from the time of his permission. It seems that from the time of permission, the contract will be effective If the permission would not be approved.

Keywords: permission, reject, unauthorized contract, unauthorized owner, authorized owner.

1. Professor of high levels of Khorasan Seminary; Assistant professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences. ygholamreza1@gmail.com

An Analysis around the Adjustment of "M'an Adr'ak" (Who Achieved) Rule Between the Two Matters of One Posture of Prayer Achievement With Ablution (Wudu) or the Whole Part of Prayer Achievement with Sand Ablution (Tayammum)

Sayyid Reza Hassani¹

Abstract

The matter of praying times has many jurisprudential subdivisions. One of these jurisprudential issues is the duty of prayer between the two matters of one posture of prayer with ablution which has been accomplished on time or the praying of whole prayer with sand ablution on time. This jurisprudential matter is one of the secondary subjects which must be studied in relation with the rule of "M'an Adr'ak" (who achieves). This practical rule which is one of the most widely used in the matter of prayer times, has formed based on Hadiths with these meaning: "Who achieves one posture of prayer on time, achieves and fulfills it all on time". In the present article, after stating the general concepts of the rule, including the term of rak'ah (one posture of prayer), based on the reasons and basis of this rule, the meaning of related hadiths have been discussed and the jurisprudential verdict of this matter has been mentioned.

Keywords: Edr'ak (Achievement), praying time, Rak'ah (one posture of prayer), initiating, "M'an Adr'ak" (who achieved) rule

1. Professor of high levels of Qom Seminary. s.r.hasani110@gmail.com

Journal of Misbah ul-Fiqaha

Vol. 2, No. 4, Fall-Winter 2020-2021

Abstracts

The Criteria to Discover Importance to Find the Superior Preference from the Perspective of Usul Fiqh (the Principles of the Jurisprudence) Based on the Ideas of Main Islamic Sects

Ruhollah Raees al-Sadat, Mohammad Hassan Rabbani Birjandi, Sayyid Mohsen Hosseini Faqih

A Comparative Review Around the Ownership of Grazing Lands and Forests in Imamiyyah and Hanafi Jurisprudence

Sayyid Ali Delbari, Majid Khorsandi

A Survey Around the Legally Age of Child to Distinguish between Right and Wrong Based on Its Concept in lexical, Juridical, and Iranian Law Issues

Amaar Jafari Nejad, Hassan Hakimbashi, Mohsen Jahangiri Kolokhi, Mahdi Salehi Miqadam

The study of Liability in Islamic Jurisprudence and Possession in Classical French Law, with an Emphasis on General Jurisprudence

Mohammad Ali Saeedi, Mostafa Shahbazi

An Introduction to Permission and Refuse in Intrusive Contract

Qolamreza Yazdani

An Analysis around the Adjustment of "M'an Adr'ak" (Who Achieved) Rule Between the Two Matters of One Posture of Prayer Achievement With Ablution (Wudu) or the Whole Part of Prayer Achievement with Sand Ablution (Tayammum)

Sayyid Reza Hassani