



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال سی و یکم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۳

۱۱۸

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق)
مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه
سرمدبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)
مدیر اجرایی: عبدالصمد علی آبادی

یادآوری

۱. فصلنامه فقه به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ از شماره ۷۵، حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید.
۲. به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی «مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی، تأسیس انجمن‌های علمی، قطب‌های علمی و واحدهای پژوهشی و همچنین امتیازات کرسی‌های نظریه‌پردازی، نقد و مناظره و آزاداندیشی در حوزه، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد».

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran.com)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags.ir)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ پایگاه (Google Scholar) نمایه و در سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajooahaan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) بارگذاری می‌شود.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. • دیدگاه‌های مطرح‌شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست. نشانی: قم، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ * تلفن: ۰۲۵-۳۱۱۵۶۹۱۲
رایانامه: Feqh.osul@gmail.com * آدرس سامانه: jf.isca.ac.ir
چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۸۰۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

سید محمدرضی آصف آگاه

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

اسماعیل آقابائی بنی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

رضا اسفندیاری (اسلامی)

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سید احمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

محمدعلی خادمی کوشا

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیدعباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف‌الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری)

محمدحسن نجفی‌راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

صدیقه حاتمی، محمدعلی خادمی کوشا، هادی خوشنودی، مهدی درگاهی، احمد دیلمی، اسدالله رضایی، مهدی رهبر، محمد جعفر صادق پور، محمد صالحی مازندرانی، سیف‌الله صرامی، حسنعلی علی اکبریان، محمدحسن نجفی‌راد.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی — پژوهشی **فقه** با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید فقهای مذاهب و پاسخ به مسئله‌ها و نیازها و بازنشر تازه‌های مطالعات نوین فقهی از سوی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق) به صورت دیجیتال منتشر می‌شود.

اهداف فصلنامه علمی - پژوهشی «فقه»

۱. توسعه و تعمیق مباحث فقهی
۲. تبیین روش‌های اجتهادی و تحول و تکامل بخشی به شیوه‌های اجتهاد
۳. نقد و بررسی آراء و انظار فقیهان بزرگ در جهت پیشبرد مباحث فقهی
۴. پاسخ‌گویی به نیازهای نظام اسلامی و ارائه الگوی مناسب برای مباحث فقهی
۵. ارتباط بخشی میان حوزه و مراکز علمی دیگر در جهت توانمندسازی دانش فقه
۶. آزاداندیشی و استفاده از ظرفیت نخبگان حوزوی و دانشگاهی در جهت ارتقاء سطح گفت‌وگوهای علمی

اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی فقه

۱. روش‌شناسی فقهی و اجتهادی
۲. شناسایی مکاتب و منابع فقهی
۳. توسعه و تعمیق ادله فقهی
۴. بازخوانی تراث فقهی و تنقیح و تهذیب و تکمیل مباحث
۵. تحلیل و نقد دیدگاه‌های خاص فقهی
۶. پاسخ به مسائل جدید فقهی بویژه نیازهای نظام اسلامی در حوزه تقنین و اجرا
۷. موضوع‌شناسی فقهی موضوعات مستحدثه

از کلیه صاحب‌نظران، اساتید و پژوهشگران علاقه‌مند دعوت می‌شود تا آثار خود را جهت بررسی و نشر در فصلنامه علمی - پژوهشی فقه بر اساس ضوابط و شرایط مندرج در این فراخوان از طریق سامانه نشریه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال نمایند.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش یا رد و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلاً در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابتهایی می شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجدد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.
- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.

شرایط مقالات استخراج شده از آثار دیگر: چنانچه مقاله مستخرج از هر کدام از موارد ذیل باشد، نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله‌ای که نشریه متوجه عدم اطلاع‌رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می‌کند:

- **پایان‌نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)
- *** مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به‌تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می‌باشد.
- **طرح پژوهشی** (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)
- **ارائه شفاهی در همایش و کنگره** (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)

روند ارسال مقاله به نشریه: نویسندگان باید فقط از طریق بخش ارسال مقاله سامانه نشریه جهت ارسال مقاله اقدام کنند، به مقالات ارسالی از طریق ایمیل یا ارسال نسخه چاپی ترتیب اثر داده نخواهد شد.

✓ برای ارسال مقاله، **نویسنده مسئول** باید ابتدا در بخش «**ارسال مقاله**» اقدام به ثبت نام در سامانه نشریه نماید.

✓ نویسندگان باید همه مراحل ارزیابی مقاله را صرفاً از طریق صفحه شخصی خود در سامانه مجله دنبال نمایند.

قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

- نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاوردهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته‌های جدید است را می‌پذیرد.
- نشریه فقه از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

فایل‌هایی که در زمان ثبت نام نویسنده مسئول باید در سامانه بارگذاری کند:

- ✓ فایل اصل مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسنده‌گان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)
- ✓ فایل فرم مشابه یاب مقاله
- ✓ فرم عدم تعارض منافع

تذکر: (ارسال مقاله برای داوری، مشروط به ارسال سه فایل مذکور و ثبت صحیح اطلاعات در سامانه است).

✓ تکمیل و ارسال فرم عدم تعارض منافع، توسط نویسنده مسئول الزامی می‌باشد.

حجم مقاله: واژگان کل مقاله: بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰

واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد). نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان: نویسنده مسئول در آثاری که بیش از یک نویسنده دارند باید حتماً مشخص باشد. عبارت (نویسنده مسئول) جلوی نام نویسنده مورد نظر درج شود. فرستنده مقاله به‌عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می‌شود و کلیه مکاتبات و اطلاع‌رسانی‌های بعدی با وی صورت می‌گیرد.

وابستگی سازمانی نویسندگان باید دقیق و مطابق با یکی از الگوی‌های ذیل درج شود:

۱. **اعضای هیات علمی:** رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۲. **دانشجویان:** دانشجویی (کارشناسی، کارشناسی‌ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۳. **افراد و محققان آزاد:** مقطع تحصیلی (کارشناسی، کارشناسی‌ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، سازمان محل خدمت، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۴. **طلاب:** سطح (۲، ۳، ۴)، رشته تحصیلی، حوزه علمی/مدرسه علمیه، شهر، کشور، پست الکترونیکی.

ساختار مقاله: بدنه مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های ذیل باشد:

۱. **عنوان؛**

۲. **چکیده فارسی** (تبیین موضوع/مساله/سوال، هدف، روش، نتایج)؛

۳. **مقدمه** (شامل تعریف مساله، پیشینه تحقیق (فارسی و انگلیسی)، اهمیت و ضرورت انجام پژوهش و دلیل

جدیدبودن موضوع مقاله)؛

۴. **بدنه اصلی** (توضیح و تحلیل مباحث)؛

۵. **نتیجه‌گیری** (بحث و تحلیل نویسنده)؛

بخش تقدیر و تشکر: پیشنهاد می‌شود از مؤسسه‌های همکار و تأمین‌کننده اعتبار بودجه پژوهش نام برده شود. از افرادی که به نحوی در انجام پژوهش مربوطه نقش داشته، یا در تهیه و فراهم‌نمودن امکانات مورد نیاز تلاش نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛ **منابع** (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش **فهرست منابع**، ذیل عنوان **References** درج شوند).

روش استناددهی: APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک

دانلود فایل آن در سامانه نشریه (راهنمای نویسندگان) موجود می‌باشد.

فهرست مقالات

- ۷ سهم استیلای محض از مبانی مسئولیت مدنی در فقه و حقوق ایران
احمد دیلمی
- ۳۳ معرفی و نقد نظریه بطلان شرط محیط بر عوض (از دیدگاه فقهی و حقوقی)
اسماعیل نعمت‌اللهی
- ۶۳ بررسی ادله موافقان و مخالفان وطن شرعی از دیدگاه فقیهان امامیه
علی غضنفری - زهیرا مشایخی - زهرا سپهری
- ۸۷ تأسیس ضابطه امتنانی بودن حکم شرعی و آثار آن در فقه و حقوق مدنی ایران
سعید زمانی - مصطفی غیبی
- ۱۱۸ ماهیت امر به معروف و نهی از منکر و تأثیر آن بر احکام ساخت و مدیریت آستان‌های مقدس
سیف‌الله صرامی
- ۱۴۶ مسئولیت پزشک در پرداخت دیه سقط جنین
اسماعیل آقابائی‌بنی
- ۱۷۲ امکان‌سنجی مطالبه اجرت‌المثل مرضعه و شرایط استحقاق آن با عنایت به مواد ۳۳۶ و ۱۱۷۶ قانون مدنی ایران
اعظم خوش‌صورت موفق - سیدمهدی میرداداشی - راضیه صغیر

The Role of Absolute Domination in the Principles of Civil Liability in Islamic Jurisprudence and Iranian Law*

Ahmad Deylami¹ 


1. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
A-Deylami@qom.ac.ir



Abstract

The concept of civil responsibility is part of involuntary liability and consists of several components. Among these foundational elements, the basis itself plays a more prominent and essential role; thus, identifying the foundation or foundations of civil responsibility is highly significant in all legal systems. Can pure dominance (without actual destruction or utilization) be considered one of the bases of civil responsibility and grounds for involuntary liability in Iranian jurisprudence and law? This question gains additional importance as most available civil responsibility literature does not mention this concept alongside other bases of civil responsibility, and most legal scholars have set it aside without clear justification. This paper aims to answer this question using descriptive, critical, and analytical methods and to critique related arguments and academic practices. According to this study's findings, pure dominance is

* **Cite this article:** Deylami, A. (2024). The Role of Absolute Domination in the Principles of Civil Liability in Islamic Jurisprudence and Iranian Law. *Journal of Fiqh*, 31(118), 7-32.
<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68045.2749>.

 **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

 **Received:** 2023/12/08 •  **Revised:** 2024/04/12 •  **Accepted:** 2024/10/31 •  **Published online:** 2024/11/20

© © The Authors



an important foundation of civil responsibility and involuntary liability in Iranian jurisprudence and law. It seems to be a unique feature of this legal system, providing broader avenues for compensation and lacking an equivalent institution in other legal systems.

Keywords

Pure dominance, foundation of civil responsibility, grounds for involuntary liability, usurpation, and quasi-usurpation.

سهم استیلای محض از مبانی مسئولیت مدنی در فقه و حقوق ایران*

احمد دیلمی^۱

۱. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
A-Deylami@qom.ac.ir



چکیده

نهاد مسئولیت مدنی بخشی از ضمان قهری است و از چند مؤلفه تشکیل می‌شود. از میان این عناصر سازنده، مبنای آن نقش برجسته‌تر و اساسی‌تری بر عهده دارد؛ از این رو تعیین مبنا یا مبانی مسئولیت مدنی در همه نظام‌های حقوقی اهمیت بسیاری دارد. آیا در فقه و حقوق ایران می‌توان از استیلای محض (بدون اتلاف و استیفاء) به عنوان یکی از مبانی مسئولیت مدنی و موجبات ضمان قهری یاد کرد؟ طرح این پرسش از آن رو اهمیت مضاعف می‌یابد که در اکثریت متون موجود مسئولیت مدنی، نشانی از این عنوان در کنار مبانی مسئولیت مدنی دیده نمی‌شود و بیشتر نویسندگان حقوقی، بدون توجیه روشنی آن را کنار نهاده‌اند. هدف این نوشتار آن است که به روش توصیفی، انتقادی و تحلیلی به این پرسش پاسخ دهد و به نقادی استدلال‌ها و رویه علمی آن پردازد. بر اساس یافته‌های این پژوهش، استیلای محض از مبانی مهم مسئولیت مدنی و ضمان قهری در فقه و حقوق ایران است و به نظر می‌رسد یکی از امتیازات این نظام حقوقی است که ظرفیت جبران خسارات بیشتری را فراهم می‌سازد و نهادی مشابه آن در دیگر نظام‌های حقوقی مشاهده نشده است.

کلیدواژه‌ها

استیلای محض، مبنای مسئولیت مدنی، موجبات ضمان قهری، غضب و شبه غضب.

* **استناد به این مقاله:** دیلمی، احمد. (۱۴۰۳). سهم استیلای محض از مبانی مسئولیت مدنی در فقه و حقوق ایران. فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۷-۳۲.

<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68045.2749>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۷ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۱/۲۴ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



مقدمه

مسئولیت مدنی یک موقعیت و وضعیت حقوقی است که شخص دارنده آن را در معرض پیامدها و آثار آن، یعنی الزام به جبران خسارت قرار می‌دهد؛ به بیان دیگر به معنای «برعهده‌داشتن جبران خسارت وارده به اشیای مالی متعلق به دیگران است (Cornu, 1996, pp. 740-741; Campbell, 1993, p. 1312) و از عناصری تشکیل می‌شود که مهم‌ترین آنها در اصطلاح حقوقی «مبنا» و در مصطلح فقهی «موجب» نام دارد. مبنای مسئولیت مدنی اصلی‌ترین پاسخی است که به پرسش از چرایی مسئول قلمداد کردن شخص معین نسبت به جبران خسارتی معین داده می‌شود و مهم‌ترین دلیلی است که اقامه دعوی الزام به جبران خسارت علیه خواننده را توجیه می‌کند؛ به بیان دیگر مبنای مسئولیت مدنی عنصر اصلی سازنده آن و عاملی است که به منزله «مقتضی» پیدایش مسئولیت مدنی به شمار می‌آید. بی‌شک این مبانی در فقه حقوق ایران متعدد هستند؛ اگرچه نسبت به تعداد و عناوین آنها اتفاق نظر وجود ندارد. درباره اتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب) به عنوان مبنای مسئولیت مدنی اتفاق نظر وجود دارد؛ ولی در مورد «استیلا محض» این گونه نیست و در عمل در بیشتر مکاتبات مسئولیت مدنی جایی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، صص ۳۳-۳۵؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰، صص ۲۳، ۴۷ و ۶۱؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۶، صص ۱۷ و ۱۸۵؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، صص ۵۷ و ۱۲۶؛ بابایی، ۱۳۹۷، ص ۲۱۹)؛ در حالی که گونه‌ای از آن با عنوان «غصب» از «موجبات» نامدار ضمان قهری در فقه است (بروجردی، ۱۴۱۳ق، صص ۱۲۷، ۱۶۵ و ۱۷۶؛ ناینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۹۰؛ ناینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۲۹۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۹؛ موسوی خویی، بی‌تا، ج ۳، ص ۹۸) و در ماده ۳۰۷ ق.م. به صراحت از آن با همین عنوان یاد شده است. هدف این نوشتار آن است که پس از اشاره به دلایل کنار گذاشته شدن آن از مبانی مسئولیت مدنی در اغلب آثار حقوقی منتشر شده، نقش انواع آن به عنوان مبنایی مستقل از دیگر مبانی، در مسئولیت مدنی مشخص گردد. تاکنون پژوهش‌های مختلفی درباره غصب به عنوان یکی از موجبات ضمان قهری انجام شده است؛ ولی این پژوهش‌ها دست کم از سه جهت با این نوشتار تفاوت دارند: نخست اینکه در آنها غصب به عنوان یکی از موجبات

ضمان قهری مطرح شده که مسئولیت مدنی تنها بخشی از آن است؛ ثانیاً در آنها محور بحث «غصب» است که تنها گونه‌ای از «استیلا محض» است (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، صص ۴۱۸-۴۱۹ و ۴۳۰؛ نوری، ۱۴۱۴ق، صص ۲۴-۲۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۲۱، صص ۴۹ و ۵۱) که در اینجا بررسی می‌گردد؛ ثالثاً در حدود جستجوی نگارنده، در هیچ‌یک از آن تحقیقات، استقلال «استیلا محض» به عنوان یکی از مبانی مسئولیت مدنی در کنار مبانی دیگری مانند اتلاف و تسبیب، موضوع اصلی پژوهش نبوده است. برای دستیابی به اهداف این تحقیق لازم است نخست مفهوم «استیلا محض» توضیح داده شود و سپس دلایل کنار گذاشته شدن آن از مبانی مسئولیت مدنی در اغلب آثار حقوقی منتشر شده بررسی و نقد گردد و آن‌گاه دلایل اثبات استقلال «استیلا محض» به عنوان مبنای ضمان و مسئولیت مدنی تبیین شود و در ادامه نقش هریک از گونه‌های مختلف آن در ضمان و مسئولیت مدنی به طور مشخص بیان شود.

گفتنی است مراد از مسئولیت مدنی در این نوشتار، اعم از این است که ورود ضرر ناشی از نقض، تکلیف عام قانونی یا ناشی از نقض تکلیف خاص قراردادی باشد؛ یعنی بحث در مسئولیت مدنی به مفهوم عام است.

۱. تعریف «استیلا محض»

شاید واژه ترکیبی «استیلا محض» برای نخستین بار در این نوشتار استفاده می‌شود. دلیل ضرورت استفاده از این واژه آن است که به نظر می‌رسد مغفول واقع شدن نقش «استیلا»^۱ به عنوان یک مبنای مستقل برای ضمان و مسئولیت مدنی، بیشتر از این ناشی می‌شود که از یک سو، تحت الشعاع اتلاف و استیفای مقرون به استیلا واقع شده و از سوی دیگر تحت الشعاع غصب و استیلا عدوانی قرار گرفته است. طرح واژه «استیلا محض» به این معناست که این عنوان با چشم‌پوشی از آن عنوان‌ها، دارای نقشی اساسی در ایجاد مسئولیت مدنی است؛ پس «استیلا محض» مفهومی است که از مقایسه استیلا

1. Domination.

در مفهوم عام با دیگر موجبات و مبانی ضمان قهری و مسئولیت مدنی به دست می‌آید؛ از این رو لازم است نخست اشاره‌ای به معنای عام استیلا صورت گیرد و سپس انواع آن از جهت نوع رابطه‌ای که با دیگر مبانی و موجبات ضمان قهری دارند، بررسی شوند تا مفهوم و جایگاه «استیلاي محض» بیشتر روشن گردد.

۱-۱. تعریف استیلا

استیلا در لغت به معنای دست یافتن، دست گذاشتن، در اختیار گرفتن و چیره شدن بر چیزی است (عمید، ۱۳۶۳، ص ۱۷۶؛ جز، ۱۳۶۷، ج ۱، ص ۱۸۳). در فرهنگ حقوقی و فقهی نیز مفهوم استیلا چیزی جز همان مفهوم لغوی آن نیست (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، صص ۴۱۸-۴۲۰؛ رشتی، بی تا، ص ۳؛ بجنوردی، ۱۴۳۰ق، ج ۴، صص ۵۰-۵۱). توضیح انواع استیلا، حقیقت این واژه را آشکارتر خواهد کرد. یکی از مهم‌ترین تقسیم‌های استیلا که به ویژه در حقوق مسئولیت مدنی و ضمان قهری مفید است، به شرح زیر است:

۱-۲. انواع استیلا (از جهت رابطه آن با موجبات دیگر ضمان قهری)

استیلا از جهت‌های مختلف به انواعی تقسیم می‌شود؛ برای مثال از جهت رابطه‌ای که با دیگر مبانی و موجبات مسئولیت مدنی و ضمان قهری دارد و از جهت عنصر مادی (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، صص ۴۲۰-۴۲۵) و عنصر معنوی، یعنی وضعیت روانی فاعل (محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۲۳۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۱۳)؛ از جهت مالک مال و از جهت آنچه که تحت استیلا قرار می‌گیرد؛ یعنی عین با منفعت، عین بدون منفعت، منفعت بدون عین و یا حق (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص ۱۴، ۱۵ و ۲۹-۳۳)؛ نیز از جهت طرفی که دیگران بر مال یا حق او استیلا پیدا کرده‌اند، به استیلا بر مال شخص، استیلا بر مال نوع (صنف) و استیلا بر مال متعلق به جهت تقسیم می‌پذیرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۶). هر کدام از این انواع از احکام و آثار ویژه خود برخوردار و شایسته بررسی جداگانه است. مهم‌ترین فایده بیان انواع استیلا از جهت رابطه آن با موجبات دیگر ضمان قهری، پی بردن به استقلال استیلا در ایجاد ضمان قهری و مسئولیت مدنی، و تا حدودی آشنایی با طبقه‌بندی

موجبات ضمان قهری است. استیلا را از جهت رابطه آن با موجبات دیگر ضمان قهری، می‌توان به سه قسم زیر تقسیم کرد:

۱-۲-۱. استیلا همراه با استیفای منافع

گاهی شخصی که مال دیگری را به هر شکلی از اشکال استیلا، غاصبانه یا غیرغاصبانه در اختیار می‌گیرد، از منافع یا حقوق ناشی از آن نیز بهره‌برداری می‌کند و چه بسا هدف اصلی او استیفا و بهره‌برداری از مال دیگری است؛ در این صورت با وجود استیفا، برای اثبات مسئولیت و ضمان بودن آن شخص، به استیلا استناد نمی‌توان کرد و استیفا بر استیلا مقدم قرار داده می‌شود. البته مراد استیفای از منافع آن مال است؛ نه استفاده و مصرف عین مال؛ زیرا استفاده از عین مال و مصرف آن در فرهنگ فقهی و نظام حقوقی ایران گونه‌ای اتلاف به شمار می‌آید (غروری اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۳۲۵)؛ از این رو در مبحث استیفای قانون مدنی ایران، تنها استیفا از منافع مال یا کار و خدمات دیگری نام برده شده است؛ بنابراین در اینجا اجتماع استیلا با استیفای منافع مراد است.

۲-۲-۱. استیلا همراه با اتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب)

ممکن است استیلا با اتلاف همراه باشد؛ در این صورت اتلاف بر استیلا مقدم است و برای اثبات پیدایش مسئولیت مدنی و در نتیجه الزام به جبران خسارت، باید به اتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب) استناد گردد؛ حتی اگر اتلاف را شخصی غیر از مستولی انجام دهد، در نهایت متلف مسئول جبران خسارت خواهد بود؛ حتی اگر به طور بدوی مستولی غیر متلف مسئولیت تضامنی داشته باشد (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۴۳۱).

۳-۲-۱. استیلا محض

گاه شخصی مال دیگری را صرفاً در اختیار گرفته است (اعم از اینکه غاصبانه باشد یا نه)؛ بدون اینکه از آن بهره برده یا آن را به طور مستقیم یا غیرمستقیم اتلاف کرده باشد؛ ولی در همان حال که وی مال دیگری را در اختیار دارد، این مال با عوامل طبیعی

از میان می‌رود یا آسیب می‌بیند. این نوع از استیلا را در مقایسه با دو نوع قبل، می‌توان «استیلاي محض»^۱ نامید. استقلال استیلا به عنوان مبنا و موجب مسئولیت مدنی و ضمان قهری در این صورت آشکار می‌شود. البته ایجاد مسئولیت و ضمان بر اساس «استیلاي محض» شرایطی دارد که بیشتر با توجه به انواع استیلا در تقسیم بعدی روشن می‌گردد.

۲. بررسی و نقد دلایل کنار گذاشتن استیلاي محض از مبانی مسئولیت مدنی

با توجه به اینکه در فقه و قانون مدنی ایران ضمان ید (استیلا) از موجبات مشهور و مسلم ضمان مدنی است، از این رو منطقی است که ابتدا دلایل جدا انگاری آن از مبانی مسئولیت مدنی بررسی و نقادی گردد:

۱-۲. دلایل کنار گذاشتن استیلاي محض از مبانی مسئولیت مدنی

مهم‌ترین دلایل کنار گذاشتن استیلاي محض از مبانی و موجبات مسئولیت مدنی، به شرح زیر است:

۱-۱-۲. در غضب (استیلاي نامشروع)، بازگرداندن عین مال مغضوب موضوع اصلی است و دادن بدل (مثل یا قیمت) به طور تبعی مورد توجه است؛ در حالی که در مسئولیت مدنی موضوع اصلی جبران خسارت و بازگرداندن وضع به حالت سابق است و بازگرداندن عوض تنها گونه‌ای از آن به شمار می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۵).

۲-۱-۲. قلمرو استیلاي محض و نامشروع حتی شامل ایفای ناروا و استیفای نامشروع و بدون جهت هم می‌شود و در غضب منحصر نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۶).

۳-۱-۲. مسئولیت مدنی ناشی از اضرار به دیگری است؛ چه در نتیجه استیلاي نامشروع باشد یا خیر؛ به عبارت دیگر اضرار لازمه استیلاي نامشروع نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۶).

۴-۱-۲. آثار مسئولیت مدنی با آثار استیلاي نامشروع یکسان نیست؛ زیرا از یک سو

1. Pure Domination.

آثار استیلائی نامشروع به رد عین مال یا بدل آن و حداکثر منافع منحصر است؛ درحالی که در مسئولیت مدنی فاعل فعل زیانبار مسئول تمام آثار مستقیم ناشی از آن است. از سوی دیگر اگر عین یا منفعت مالی تلف نشده باشد، استیلائی نامشروع وجود ندارد؛ ولی ممکن است مسئولیت مدنی نسبت به زیان‌های معنوی یا جسمانی (بدنی) وجود داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۷).

۵-۱-۲. مبنای اصلی مسئولیت مدنی تقصیر است و در مسئولیت مبتنی بر تقصیر وجود رابطه علیت لازم است؛ درحالی که در مسئولیت مبتنی بر استیلائی نامشروع، وجود رابطه سببیت یا استناد عرفی لازم نیست؛ ازاین‌رو مسئولیت ناشی از استیلائی نامشروع، استثنایی بر مسئولیت مدنی، سببی اصیل و مستقل در برابر آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۷).

۲-۲. بررسی و نقد

به نظر می‌رسد دلایل پیش‌گفته برای اثبات خروج استیلائی محض از قلمرو مسئولیت مدنی کافی نیست؛ زیرا:

۲-۲-۱. برای اینکه استیلائی نامشروع از مبانی مسئولیت مدنی قلمداد گردد، لازم نیست که اثر اصلی آن جبران ضرر باشد؛ بلکه کافی است که در فرض تلف و ایراد ضرر بتوان مسئولیت جبران آن را بر مبنای استیلائی محض نامشروع توجیه کرد. تردیدی نیست که در فرض ورود ضرر به مال تحت استیلائی نامشروع، مستولی مسئول جبران ضرر است؛ حتی اگر ضرر به فعل وی مستند نباشد (م. ۳۱۵ ق.م)؛ افزون بر این ردّ بدل عین، گونه‌ای جبران خسارت محسوب می‌گردد (فاضل لنگرانی، ۱۳۹۰، ج ۲۱، صص ۶۸-۷۰).

۲-۲-۲. اینکه قلمرو استیلائی نامشروع و محض حتی شامل ایفای ناروا و استیفای نامشروع می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۶)؛ به نظر می‌رسد به این علت است که ایفای ناروا در فقه و حقوق ایران، نهاد مستقلی نیست و چنان‌که در پی می‌آید، به استیلائی محض نامشروع بر می‌گردد. اما استیفای نامشروع، جوهری جداگانه از استیلائی محض دارد و در نهاد استیفاء جای می‌گیرد و خارج از استیلائی محض و مسئولیت مدنی است؛

اگرچه ممکن است در یک مصداق مرکب خارجی با آنها جمع گردد؛ پس بازگشت ایفای ناروا به استیلائی نامشروع، مانع ورود استیلائی محض در قلمرو مسئولیت مدنی نیست؛ زیرا تعریف مبنای مسئولیت مدنی بر آن صادق است.

۲-۲-۳. اینکه مسئولیت مدنی به عنوان یک مسبب و اثر، موجبات و مبنای دیگری غیر از استیلا داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۶)، مانع نمی‌شود که استیلا از مبنای آن نباشد. چنان‌که در همه نظام‌های مسئولیت مدنی کثرت گرا، چنین است؛ همچنین اینکه استیلائی نامشروع در برخی فرض‌ها آثار دیگری غیر از مسئولیت مدنی داشته باشد، مانع از این نیست که در فرضی که موجب ضرر دیگری می‌گردد، از موجبات مسئولیت مدنی به شمار آید. چنانکه ممکن است عملی (مانند تقصیر عمدی)، در شرایطی (بدون ایراد ضرر مالی) تنها یک جرم باشد و همان عمل در صورت ایجاد ضرر، افزون بر جرم بودن و ایجاد مسئولیت کیفری، یک خطای مدنی و موجب مسئولیت مدنی نیز به شمار آید.

۲-۲-۴. در نقد اینکه استیلائی محض برخی از آثار مسئولیت مدنی را در بر نمی‌گیرد و برخی از ضررها را جبران نمی‌کند، می‌توان گفت که در برخی از نظام‌های مسئولیت مدنی کثرت گرا، از جمله در نظام حقوقی انگلیس (Cane, 1987: pp. 2-13; Horsey, 2012, pp. 2-3)، ایران و اسلام، قلمرو جبران خسارت تابع مبنای آن است؛ نیز ممکن است برخی از خسارت‌ها در فرض وجود یک مبنای جبران‌پذیر و در فرض وجود مبنای دیگری جبران‌ناپذیر باشد؛ بنابراین جبران خسارت معنوی یا بدنی تابع مبنای توجیهی آن است؛ مثلاً برخی از فقها حقوق مالی را مشمول ضمان مبتنی بر استیلا نمی‌دانند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۲۱، ص ۲۰)؛ در حالی که همین حقوق را مشمول ضمان مبتنی بر اتلاف به شمار آورده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۴۳۱).

۲-۲-۵. اینکه تقصیر مبنای اصلی مسئولیت مدنی به طور عام یا در نظام حقوقی ایران باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۷)، یک نظریه در باب مبنای مسئولیت مدنی است و نمی‌توان حقیقت مسئولیت مدنی را بر آن پایه تحلیل کرد؛ افزون بر این بر فرض که چنین باشد، مانع از این نیست که در کنار مبنای غالب، مبنای دیگری هم در قلمرو

محدودتری توجیه‌کننده مسئولیت مدنی باشند. حتی در نظام حقوقی فرانسه که خاستگاه نهاد مسئولیت مدنی است و در آنجا تلاش‌های بسیار، اما ناکامی برای دفاع از تقصیر به عنوان تنها مبنای مسئولیت مدنی صورت گرفته است، از مسئولیت مدنی بدون تقصیر سخن گفته می‌شود. در ماده ۳۰۷ ق.م ایران نیز استیلا و اتلاف مبنای ضمان و جبران خسارت قرار داده شده است. با توجه به ناتمام بودن دلایل پیش گفته، در ادامه دلایل استقلال «استیلاي محض» را بررسی می‌کنیم.

۳- دلایل اثبات استقلال «استیلاي محض»؛ به عنوان مبنای ضمان و مسئولیت مدنی

این دلایل را می‌توان در دو گروه دلایل فقهی و قانونی به شرح زیر جای داد:

۳-۱. دلیل فقهی

ضمان و مسئولیت‌آوردن «استیلا» در فقه و حقوق اسلام ریشه دارد و به طور مشخص بر قاعده «ضمان ید» مبتنی است. این قاعده برگرفته از حدیث رسول خدا ﷺ است که فرمود: «علی الید ما اخذت حتی تؤدی؛ بر عهده گیرنده [مال دیگری] است، آنچه گرفته است تا [زمانی که] آن را ادا کند» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۷، ص ۸۸)؛ یعنی کسی که مال دیگری را می‌گیرد، مسئول و ضامن آن مال است تا زمانی که آن را به صاحبش برگرداند. بحث درباره ابعاد مختلف این قاعده بسیار مفصل و از حوصله این نوشتار خارج است؛ اما از نظر اکثریت فقها مراد از «ید» در این قاعده، استیلا است (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، صص ۴۱۸-۴۲۰)؛ از این رو می‌توان از آن به عنوان «قاعده ضمان استیلا» یاد کرد. اگرچه در نظر برخی از فقیهان مراد از «ید» در این قاعده «تصرف» است که قلمرو محدودتری از استیلا دارد (رشتی، بی تا، ص ۳). مطابق نظر اکثریت فقیهان از جمله مشهورترین مصادیق آن، ضمان ناشی از استیلا بر مال دیگری به موجب یک عقد باطل و فاسد است (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۸۱). روشن است که در اینجا فرض بر این است که نه اتلافی وجود دارد و نه استیفایی؛ بلکه صرف در اختیار داشتن مال دیگری موجب ضمان و مسئولیت مدنی می‌گردد (موضوع ماده ۳۶۶ ق.م)؛ همچنین است در مورد

ضمان ناشی از عدم اجازه مالک و بطلان معامله فضولی (موضوع ماده ۳۶۶ ق.م.ص ۴۸۳ و ۵۰۵ و موضوع مواد ۲۵۹ و ۲۶۳ ق.م.).

۲-۳. دلایل قانونی

در قانون مدنی ایران در موارد بسیاری در حوزه قراردادی و غیرقراردادی، ضمان بر استیلا مبتنی است. در اینجا تنها به دو مورد اصلی از آنها اشاره می‌شود و برخی نیز در ضمن مباحث بعدی روشن می‌گردد.

۱-۲-۳ «استیلاي محض» با عنوان «غصب و در حکم غصب»

بند نخست ماده ۳۰۷ ق.م «غصب و آنچه در حکم غصب است» را در شمار موجبات ضمان قهری آورده و ماده ۳۰۸ ق.م «غصب» را به «استیلا بر حق غیر به نحو عدوان» تعریف کرده است و در توضیح «در حکم غصب» تصریح می‌کند که «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». در این دو ماده از سه واژه «غصب»، «استیلا برحق غیر» و «اثبات ید بر مال غیر» استفاده شده است. بدون تردید قانون‌گذار در صدد معرفی مبنا و موجب جداگانه‌ای برای پیدایش ضمان قهری است؛ اما آیا واژه‌های سه‌گانه یادشده گونه‌های مختلفی از بیان یک حقیقت هستند و با هم مترادف‌اند؛ یا انواعی از یک حقیقت و ماهیت را بیان می‌کنند و همه آنها در این حقیقت مشترک‌اند؛ اگرچه هریک ویژگی خود را دارند یا اینکه برخی از آنها قابل ارجاع و بازگشت به بعضی دیگرند؟

به نظر می‌رسد که «غصب» گونه‌ای از استیلا است و «اثبات ید» نیز همان «استیلا» است؛ از این رو وجه مشترک این سه، عنوان «استیلا» است. استیلا گونه‌های مختلفی دارد که از جهت ضمان و مسئولیت مدنی، هر کدام شرایط و احکامی دارد و حتی از جهت آثار نیز تا اندازه‌ای باهم تفاوت دارند؛ از این رو همان‌طور که برخی از فقها تصریح کرده‌اند شایسته‌تر آن است که محور بحث در اینجا «استیلا» قرار داده شود و «غصب» به عنوان گونه‌ای از «استیلا» و در کنار دیگر انواع آن مورد تحقیق قرار گیرد (کاشف الغطاء،

۱۴۲۲ق، ج ۲، صص ۴۳۹ و ۴۴۰، ماده ۷۷۱) تا همه انواع استیلا مورد شناسایی قرار گیرند و این تصور پدید نیاید که گویا تنها «غصب» از مبانی و موجبات ضمان قهری و مسئولیت مدنی است؛ یا حتی تصور شود که در نظام حقوقی ایران مبانی مسئولیت مدنی تنها اتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب) است و در نتیجه «استیلا» از زمره مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران کنار گذاشته شود؛ در حالی که وجود آن یکی از مزیت‌های این نظام حقوقی است.

۲-۲-۳. «استیلائی محض» با عنوان «ایفای ناروا»

نویسندگان حقوق مدنی از مواد ۳۰۱ تا ۳۰۵ قانون مدنی با عنوان «ایفای ناروا» بحث کرده‌اند. اگر به حقیقت ایفای ناروا از طرف دیگر این رابطه حقوقی نگریسته شود، عنوان آن چیزی جز «استیلا» بر مال دیگری نیست و با توجه به شرایط مختلفی که ممکن است گیرنده داشته باشد، در یکی از اقسام بر شمرده شده استیلا جای می‌گیرد؛ همچنین چون در بحث ضمان قهری و مسئولیت مدنی محور بحث، رفتار مسئول و ضامن احتمالی است، از این رو باید این رابطه حقوقی که بیشتر از یک حقیقت در خارج ندارد، از سوی گیرنده مال دیگری مورد بحث قرار داد. بی‌گمان به تبع روشن شدن تکلیف و مسئولیت او، حقوق طرف مقابل هم روشن می‌گردد؛ پس عنوان «ایفای ناروا» تنها وصف گونه‌ای از «استیلا» است که از منظر طرف مقابل (ایفاکننده) به این رابطه حقوقی نگاه شده است و حقیقتی مستقل از استیلا ندارد؛ از این رو بعضی از حقوق دانان بزرگ به این امر توجه داشته‌اند که مسئله «ایفای ناروا» در فقه با عنوان استیلا حل می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۶).

ماده ۳۰۱ ق.م.مقرر می‌دارد که گیرنده مال دیگری تکلیف دارد مال را به صاحبش برگرداند، حتی اگر به اشتباه مال دیگری را گرفته باشد. در این ماده در حقیقت یکی از آثار ضمان قهری که جبران خسارت نیست، بیان شده است و این امر یکی از تفاوت‌های ضمان قهری با مسئولیت مدنی است. در ماده ۳۰۲ ق.م. به موازات ماده قبلی، به حق مالک مبنی بر استرداد مال خود اشاره می‌کند؛ در فرضی که مال

کلی و دینی را به صورت غیرواقعی پرداخت کرده است. بی‌گمان این حق استرداد در مورد مالک عین معین هم وجود دارد. مواد ۳۰۳ تا ۳۰۵ ق.م نیز به آثار دریافت و استیلائی ناروا بر مال دیگری مربوط است که در بحث آثار ضمان قهری و مسئولیت مدنی بررسی می‌گردد؛ بنابراین عناصر مؤثر در شکل‌گیری مسئولیت مدنی مبتنی بر استیلائی محض با عناصری که در شکل‌گیری مسئولیت مدنی مبتنی بر اتلاف دخالت دارند، متفاوت‌اند و استیلا خود مبنا و موجبی مستقل در ایجاد مسئولیت و ضمان مدنی است.

۴. انواع استیلائی محض و نقش آنها در ضمان و مسئولیت مدنی

در بخش قبل و به مناسبت اشاره به جایگاه استیلائی محض در قوانین موضوعه ایران، به برخی از انواع کلی آن با عناوینی که در قانون آمده بود و در تعریف استیلائی محض به قسیم‌های آن و جهت این تقسیم و جهات دیگر قابل تقسیم به اجمال اشاره شد. اکنون لازم است به منظور بررسی تحلیلی نقش استیلا در مسئولیت مدنی، نخست انواع آن به تفصیل تحلیل و شناسایی شود و سپس نقش هر یک در این زمینه معلوم گردد. اگرچه برخی از آنها به تخصص یا تخصیص از موجبات ضمان خارج‌اند؛ ولی برای تکمیل اقسام به اختصار از آنها نامبرده می‌شود؛ به‌ویژه که برخی از آنها به خوبی شناخته شده نیست.

جامع‌ترین صورت‌بندی از استیلا و در اختیار گرفتن مال دیگری که مانند آن دیده نشده و یادآوری آن در اینجا به جامعیت و هدف این بحث کمک می‌کند، به قرار زیر است: گرفتن مال دیگری یا بدون اذن وی صورت می‌گیرد و یا با اذن او. اگر بدون اذن او باشد، یا با قهر و عدوان است؛ مانند غصب، سرقت، انکار امانت، غش، تدلیس و مانند آنها که در این صورت ضمان و مسئولیت مطلق وجود دارد؛ یعنی مسئولیت مشروط به تعدی و تفریط است و یا استیلائی غیرمأذون بدون قهر و عدوان است؛ در این صورت گیرنده یا قصد برگرداندن مال به صاحبش را ندارد که این کار در حکم غصب است و یا قصد استرداد مال به صاحبش را دارد. اگر قصد پس‌دادن مال به صاحبش را داشته

باشد یا مالک مال برای او معلوم است و یا معلوم نیست. اگر مالک را بشناسد، وظیفه دارد که فوری مال را به مالک آن برگرداند و تا زمانی که مال را با مالکش برگرداند، امین محسوب می‌گردد؛ ولی اگر در این مدت تعدی و تفریط کند، مصونیت ناشی از امانت را از دست می‌دهد و ضامن است؛ ولی اگر مالک را نشناسد، یا مال را در اماکن عمومی مثل راه و بیابان پیدا کرده است که در این صورت مال عنوان «لقطه»، یعنی «مال پیدا شده» را دارد و تابع احکام لقطه است و یابنده امین و ضامن وی مشروط به تعدی و تفریط است و باید طبق احکام لقطه رفتار کند؛ ولی اگر صاحب مال را نشناسد، در نهایت باید آن را به حاکم بسپارد؛ ولی اگر مال را در اماکن خصوصی مانند خانه، مغازه یا انبار خود پیدا کند، مال مجهول المالك است و باید طبق احکام آن رفتار کند؛ ولی استیلائی او امانی است و به طور مشروط ضامن است.

اما اگر مال دیگری را با اذن وی در اختیار گرفته باشد: یا این امر در نتیجه یک قرارداد معاوضی صورت گرفته است و یا بدون آن. اگر در نتیجه معاوضه باشد، یا مورد و موضوع این معاوضه خود عین بوده است؛ مانند مالی که در نتیجه عقد باطل گرفته شده است یا برای بررسی‌های قبل از معامله گرفته شده است. در اینجا گیرنده ضامن مطلق و غیر مشروط به افراط و تفریط، نسبت به عین مال یا بدل آن (مثل و قیمت) است. اما اگر مورد و موضوع معاوضه برخی شئون و جنبه‌های عین باشد؛ مانند مورد اجاره، مزارعه و مساقات که در اینجا نیز گیرنده امین و ضامن وی به تعدی و تفریط مشروط است. اگر گرفتن مال دیگری با اذن صاحب آن و بدون معاوضه صورت گیرد؛ اعم از اینکه اذن دهنده صاحب مال باشد و یا شارع و قانون‌گذار چنین اذنی را بدهد، در هر دو حالت استیلائی گیرنده امانی و ضامن او مشروط به تعدی و تفریط است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، صص ۹، ۱۷-۱۸).

تقسیم‌های فوق به نسبت جامع و فراگیر است؛ ولی به نظر می‌رسد مطالعه نقش استیلائی محض در قالب صورت‌بندی‌های پیش‌رو، با اهداف این پژوهش سازگارتر است. اگرچه پیش‌تر به برخی از اقسام آن اشاره شد، به منظور استقصای همه اقسام آن و با تفصیل نسبی، همه آنها به شرح ذیل بیان می‌گردند:

۴-۱. انواع استیلائی محض (از جهت عنصر معنوی)

استیلائی محض را می‌توان از جهت وضعیت معنوی و روانی کسی که بر مال دیگری دست می‌گذارد و بر آن سلطه می‌یابد و همچنین وضعیت روانی مالک به انواع زیر تقسیم کرد:

۴-۱-۱. استیلائی محض عدوانی (غاصبانه) و غیرعدوانی

استیلائی عدوانی (غاصبانه) دو عنصر معنوی دارد: یکی، عدم اذن مالک و دیگری، آگاهی شخصی که مال را در اختیار می‌گیرد به اینکه مال مورد نظر متعلق به دیگری است؛ به بیان دیگر «استیلائی عدوانی» ترکیبی از استیلائی غیرامانی و استیلائی آگاهانه و با سوء نیت است. هرگاه دست کم یکی از دو عنصر معنوی یادشده وجود نداشته باشد، استیلا «غیرعدوانی» خواهد بود؛ از این رو استیلائی غیرعدوانی خود به دو نوع امانی و غیرامانی تقسیم می‌گردد.

۴-۱-۲. استیلائی محض امانی و غیرامانی

بر اساس نظر اکثریت فقیهان و حقوق‌دانان در صورتی که شخص با اذن مالک مال یا شارع مال دیگری را به دست گیرد، امین به شمار می‌آید و استیلائی وی بر مال غیر، «امانی» است؛ در غیر این صورت استیلائی وی بر مال دیگری «غیر امانی» است. آوردن این مورد در اینجا از این جهت است که در مورد استیلائی امانی هم عنوان «استیلا» صادق است؛ اگرچه به دلیلی که توضیح آن در بخش بعدی خواهد آمد، موجب ضمان و مسئولیت مدنی نمی‌گردد (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، صص ۴۷۳، ۵۱۲-۵۱۵).

۴-۱-۳. استیلائی محض احسان‌آمیز و غیراحسان‌آمیز

ممکن است شخصی که مال دیگری را با اذن وی در دست می‌گیرد و استیلائی وی امانی است و بی‌گمان می‌داند که مال متعلق به دیگری است، در این کار خود قصد خیرخواهی و احسان به مالک داشته باشد؛ مانند مستودع و یا این چنین نباشد؛ مانند

مستعیر. در فرض نخست می‌توان استیلائی وی را خیرخواهانه و احسان‌آمیز دانست و در فرض دوم، استیلائی وی بدون قصد خیرخواهی و غیراحسان‌آمیز است (بجنوردی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۱۲). اینکه فقدان قصد خیرخواهی در ضمان‌آوری این نوع استیلا نقش دارد یا خیر، در بخش بعدی معلوم می‌گردد.

۴-۱-۴. استیلائی محض آگاهانه (با سوء نیت) و ناآگاهانه (با حسن نیت)

چه بسا شخص در هنگام استیلا و دست‌یافتن بر مال دیگری آگاه باشد که مال مورد نظر متعلق به دیگری است؛ در این صورت استیلائی او با سوء نیت تلقی می‌گردد؛ مانند استیلائی عدوانی غاصبانه؛ ولی اگر نداند که مال متعلق به دیگری است و با تصور اینکه مال از آن خود وی است، آن را به دست گیرد، استیلائی وی با حسن نیت دانسته می‌شود؛ مانند استیلائی غیرعدوانی غیرامانی و از روی اشتباه.

۲۳

فقه

۴-۱-۵. استیلائی محض غیرعدوانی غیرامانی و در حکم غصب (شبه‌غصب) و غیر آن

مطابق ذیل ماده ۳۰۸ ق.م، «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». ظاهر اولیه این عبارت آن است که اگر استیلا عدوانی و غاصبانه و امانی نباشد، در حکم غصب خواهد بود؛ ولی از آنجا که چیزی را در حکم چیز دیگری قرار دادن امری حاکمیتی و مربوط به نظم عمومی است و به‌ویژه در حقوق خصوصی خلاف اصل است، «در حکم چیزی بودن» نیازمند تصریح قانون‌گذار است؛ از این رو ماده ۳۱۰ ق.م تصریح می‌کند که «اگر کسی که مالی به‌عاریه یا به‌ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد، از تاریخ انکار در حکم غاصب است»؛ همچنین است ماده ۶۱۶ ق.م؛ یعنی تنها استیلائی غیرعدوانی غیرامانی مسبوق به امانت و مقرون به انکار امانت، در حکم غصب است؛ ولی اگر استیلا غیرعدوانی و در حال حاضر غیرامانی بوده و مسبوق به امانت نباشد که بی‌گمان همراه با انکار امانت نیست، در حکم غصب نخواهد بود؛ مثلاً اگر کسی به دلیل مجاورت، مال دیگری را با تصور اشتباه یا فراموشی، مال خود بداند و در اختیار و استیلا بگیرد و به اصطلاح در این امر با حسن نیت باشد و تصرف وی

مسبوق به امانت و مقرون به انکار امانت نباشد، این تصرف را نمی‌توان در حکم غصب و دارای آثار غصب دانست؛ حتی اگر به عنوان «استیلا محض» تحت شرایطی سبب مسئولیت مدنی و ضمان قهری گردد.

با توجه به تقسیم‌بندی‌های پیش‌گفته، در مجموع شش قسم استیلا محض وجود دارد که عبارت است از: ۱. استیلا محض عدوانی (غصب)؛ ۲. استیلا محض غیرعدوانی امانی و با قصد احسان؛ ۳. استیلا محض غیرعدوانی امانی بدون قصد احسان؛ ۴. استیلا محض غیرعدوانی غیرامانی با سوء نیت و مقرون به انکار امانت (در حکم غصب)؛ ۵. استیلا محض غیرعدوانی غیرامانی با سوء نیت و مقرون به امتناع از رد؛ ۶. استیلا محض غیرعدوانی غیرامانی با حسن نیت.

۲-۴. نقش انواع استیلا محض در ضمان و مسئولیت مدنی

پس از بیان تفصیلی انواع استیلا محض، در ادامه نقش هریک از آنها در مسئولیت مدنی بررسی می‌گردد:

۱-۲-۴. استیلا محض عدوانی (غاصبانه)

مطابق نص بند نخست ماده ۳۰۷ ق.م، این گونه استیلا بر مال دیگری در صورتی که مقرون به ضرر و خسارت بر مال غیر باشد، بدون تردید موجب ضمان قهری و مسئولیت مدنی می‌گردد. این حکم ثابت خواهد بود، حتی اگر این گونه استیلا (غصب) به طور متوالی تکرار گردد؛ چنان که ماده ۳۱۶ ق.م تصریح می‌کند: «اگر کسی مال مغضوب را از غاصب غصب کند، آن شخص نیز مثل غاصب سابق ضامن است». آثار ضمان مبتنی بر استیلا محض عدوانی (غصب) از جهت قلمرو و انواع خسارت‌های قابل جبران با دیگر موجبات و مبانی ضمان قهری و مسئولیت مدنی تفاوت‌هایی دارند. استیلا محض غاصبانه خود مبنای مستقلی برای مسئولیت مدنی است؛ زیرا بر خلاف حقوق خارجی که در مسئولیت مبتنی بر تقصیر وجود رابطه سببیت را شرط می‌داند و بر خلاف مسئولیت مبتنی بر اتلاف در فقه و قانون مدنی که وجود استناد عرفی بین ضرر و فعل خواننده در آن

شرط است، در مسئولیت مدنی مبتنی بر استیلا محض این امر شرط ضمان و مسئولیت مدنی نیست؛ چنان که به این امر در ماده ۳۱۵، ۶۱۶ و ذیل مواد ۶۳۱ و ۱۲۳۸ قانون مدنی تصریح شده است. وقتی استناد عرفی وجود ندارد، یعنی اتلاف هم صادق نیست و عنصر تقصیر هم وجود ندارد؛ زیرا مراد طرفداران نظریه تقصیر، وجود تقصیر در ایراد ضرر است، نه تقصیر در استیلا و هنگامی که ایراد ضرر نسبت به خواننده با عنوان رابطه سببیت یا استناد عرفی صادق نیست، تقصیر نسبت به آن هم سالبه به انتفاع موضوع است؛ پس اگرچه لازم است میان ضرر و خواننده، از طریق فعل یا ترک فعل، نوعی رابطه وجود داشته باشد، نوع رابطه در اینجا با رابطه علیت و استناد عرفی متفاوت است و آن رابطه «استیلا» بین خواننده و مال تلف شده است. به نظر می‌رسد حتی در استیلا عدوانی و غاصبانه هم این رابطه مبنای ایجاد ضمان و مسئولیت مدنی است؛ نه تقصیر و عدوان. اما اینکه آیا وجود عدوان و تقصیر عمدی موجب تشدید مسئولیت می‌گردد یا نه و مفهوم قاعده «الغاصب یؤخذ باشق الاحوال»؛ غاصب به شدیدترین صورت مسئول است، چیست؟ و آیا دلیل محکمی بر اعتبار آن وجود دارد یا خیر؟ امری است که مستلزم پژوهشی مستقل است (خدابخشی، ۱۳۸۹).

۲-۲-۴. استیلا محض غیرعدوانی امانی و با قصد احسان

طبق ماده ۶۱۴ ق.م استیلا امانی موجب مسئولیت و ضمان نمی‌گردد. این حکم بر قاعده فقهی «عدم ضمان امین» مبتنی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، صص ۲۷-۴۴). طبق این قاعده با وجود وضعیت امانت شخصی که بر مال دیگری استیلا دارد، اصولاً ضامن و مسئول جبران خسارت نیست؛ مگر با وجود شرایطی. نمونه آشکار و مسلم این گونه استیلا محض استیلا مستودع، موضوع ماده ۶۱۴ ق.م؛ و استیلا مستأجر بر عین مستأجره و استیلا قیم یا ولی بر مال صغیر یا مولی علیه، موضوع ماده ۶۳۱ ق.م است. امانت رافع مسئولیت مدنی است و نقش آن ایجاد مصونیت از مسئولیت مدنی ناشی از استیلاست؛ همین‌رو وقتی تعدی و تفریط صورت می‌گیرد، این مصونیت برداشته می‌شود و مسئولیت بر مبنای استیلا محض پدید می‌آید و مؤثر واقع می‌شود و

در نتیجه مستولی باید جبران خسارت کند؛ پس در این مورد نیز استیلا محض سبب و مبنای مسئولیت مدنی است؛ ولی اثر آن با احسان مرتفع شده است. یکی از احکام خاص این نوع استیلا آن است که نمی‌توان در آن مسئولیت امین را شرط کرد؛ زیرا خلاف تکلیف عمومی احسان به دیگران است که یکی از ارزش‌های عام اخلاقی، دینی و انسانی است.

۴-۲-۳. استیلا محض غیرعدوانی امانی بدون قصد احسان

طبق نظر اکثریت فقیهان و حقوق‌دانان وجود قصد احسان و خیرخواهی از عناصر تشکیل‌دهنده وصف «امانت» و «امانی بودن» استیلا نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۴۲)؛ از این رو این نوع استیلا موجب مسئولیت مدنی و ضمان قهری نمی‌گردد؛ ولی می‌توان در این نوع استیلا مسئولیت مستولی را شرط کرد و مانعی که در مقابل چنین شرطی در استیلا امانی نوع قبل وجود دارد، در اینجا موجود نیست؛ از این رو به نظر می‌رسد شدت و ضعف و قلمرو عدم مسئولیت و مصونیت این دو نوع استیلا با هم مساوی نیست؛ بلکه بر خلاف استیلا امانی بدون قصد احسان، مانند استیلا مستعیر، در استیلا امانی با قصد احسان، مانند استیلا مستودع نمی‌توان علیه مستولی شرط مسئولیت کرد؛ چنان که مواد ۶۴۲ و ۶۴۳ ق.م. شرط مسئولیت نسبت به مستعیر را پذیرفته است؛ به بیان دیگر امین بودن فردی که مال دیگری را با اذن مالک یا شارع و با قصد احسان و خیرخواهی برای مالک در اختیار دارد، جنبه امری دارد و شرط مسئولیت برای وی نسبت به خسارت احتمالی، بر خلاف ارزش اخلاقی احسان و نیکی به دیگران است و مانع گسترش خیرخواهی در جامعه می‌گردد.

۴-۲-۴. استیلا محض غیرعدوانی غیرامانی مقرون به انکار امانت (در حکم غصب)

چنان که گفته شد، این نوع استیلا مطابق ماده ۳۱۰ ق.م. در حکم غصب، یعنی شبه غصب است و بر اساس بند نخست ماده ۳۰۷ ق.م، استیلا در حکم غصب موجب ضمان و مسئولیت مدنی می‌گردد؛ ولی چون «در حکم بودن» و «فرض قانونی غیرقابل

رَد» خلاف اصل است، هم موارد در حکم غضب باید تفسیر مضیق گردد و هم آثار ضمان آوربودن آنچه در حکم غضب است، باید تفسیر مضیق شود.

۴-۲-۵. استیلاي محض غيرعدواني غيراماني مقرون به امتناع از رد

بر اساس مواد ۶۱۶ و ۷۹۰ ق.م و ذیل ماده ۶۳۱ ق.م، در صورتی که مالک که نخست به وجود مال خود در دست شخصی راضی بوده است، ولی بعد تقاضای استرداد مال خویش را کند، ولی شخصی که آن را در دست دارد، از پس دادن مال غیر امتناع ورزد، مسئول جبران خسارتی خواهد بود که ممکن است به آن مال وارد گردد؛ در این مورد قانون گذار تنها به بیان اصل مسئول و ضامن بودن بسنده کرده و به «در حکم غضب بودن» تصریح نمی کند. به نظر می رسد که در اینجا استیلاي محض در حکم غضب نیست و آثار مسئولیت به شدت مسئولیت ناشی از استیلاي عدواني و غاصبانه نیست.

۴-۲-۶. استیلاي محض غيرعدواني غيراماني با حسن نیت

در دو مورد قبل، اگرچه استیلا بر مال دیگری نخست امانی بوده است، در ادامه با تحقق انکار امانت و یا امتناع از برگرداندن مال مردم، استیلا غيراماني می گردد و چون در آن دو مورد مستولی با وجود علم به اینکه شخص دیگری استحقاق این مال را دارد، به وظیفه اعتراف به امانت و برگرداندن مال عمل نمی کند، با سوء نیت لحاظ می گردد؛ ولی در این مورد مستولی بر مال غیر، از استحقاق دیگری نسبت به مال اطلاعی ندارد؛ بلکه تصور می کند آنچه در اختیار دارد، مال خود اوست؛ از این رو با حسن نیت به شمار می آید. این نوع استیلا در حکم غضب نیست و در نتیجه، ضمان و مسئولیت مترتب بر آن از نوع مسئولیت مطلق نیست؛ بلکه دست کم دخالت عوامل خارجی مانع مسئولیت مستولی می گردند. از جمله دلایل این امر مفاد ماده ۷۹۱ ق.م است که اتلاف عین مرهونه توسط خود راهن یا شخص ثالث را مانع مسئولیت مرتهن مستولی بر عین مرهونه می داند و مانند ضمان مقبوض به عقد فاسد، خریدار مستولی به ویژه از بطلان قرارداد اطلاعی ندارد؛ همچنین ضمان نسبت به مالی که برای بررسی های

قبل از معامله در اختیار گرفته می‌شود (مأخوذ بالسوم). ضمان آور بودن این موارد بر اساس قاعده استیلا (ید)، نظر اکثریت یا مشهور فقهاست. البته گروهی از فقیهان نیز که این موارد را در حکم غصب می‌دانند، از نظر اصل مسئولیت گیرنده را ضامن و مسئول قلمداد می‌کنند، نه از جهت همه آثار و شرایط و ماهیت مسئولیت (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۱، صص ۴۹-۵۲ و ۱۴۲).

نتیجه‌گیری

با توجه به تحلیل مفهومی که درباره انواع استیلا، به ویژه استیلای محض صورت گرفت، استقلال «استیلا» در برابر «اتلاف» و «استیفاء» در ایجاد ضمان قهری و مسئولیت مدنی روشن شد. افزون بر اینکه این امر در مواد متعدد قانون مدنی نیز بیان شده است؛ از جمله ماده ۳۱۵ ق.م.تصریح می‌کند که «غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد؛ هر چند مستند به فعل او نباشد»؛ همچنین در ماده ۶۱۶ ق.م.آمده است: «هرگاه رد مال ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند، از تاریخ امتناع احکام امین به او مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود؛ اگرچه آن عیب یا نقص مستند به فعل او نباشد»؛ همچنین ذیل مواد ۶۳۱ و ۱۲۳۸ قانون مدنی، موضوع مسئولیت مستأجر، ولی و قیمی که دچار تعدی و تفریط شده، به این امر اشاره گردیده است. چنان که بیان شد، «استناد عرفی» یکی از مهم‌ترین معیارها و ضابطه‌های وجود اتلاف است و در قوانین مختلف، از جمله قانون مدنی به آن تصریح شده است. در مواد فوق تأکید شده است که ضمان و مسئولیت مدنی ناشی از استیلا به وجود اتلاف مشروط نیست و روشن است که به وجود استیفاء هم مشروط نیست؛ همچنین در گونه‌های مختلفی از استیلای محض تقصیر هم وجود ندارد؛ بنابراین استیلای محض و عاری از اتلاف و استیفاء مبنای موجب مسئولیت مدنی است. البته شرایط تحقق این نقش با توجه به انواع استیلا از جهت عنصر روانی دارنده استیلا و مالک مال تا حدودی متفاوت است؛ چنان که در بررسی انواع استیلا و نقش آنها در ضمان و مسئولیت مدنی بیان شد.

فهرست منابع

* قرآن کریم (ترجمه محمد مهدی فولادوند).

انصاری، مرتضی (شیخ انصاری). (۱۴۲۴ق). کتاب المکاسب (ج ۳). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
بابایی، ایرج. (۱۳۹۷). حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

بجنوردی، سیدمحمدحسن. (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهیه (ج ۲ و ۴). قم: دلیل ما.

بروجردی، سیدحسین. (۱۴۱۳ق). تقریرات ثلاث. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

جز، خلیل. (۱۳۶۷). فرهنگ لاروس (ج ۱، مترجم: سیدحمید طیبیان). تهران: انتشارات امیرکبیر.

حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح. (۱۴۲۵ق). العناوین (ج ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

محقق حلّی، نجم‌الدین. (محقق حلّی) (۱۴۰۳ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (ج ۳). بیروت: دارالاصواء.

خدابخشی، عبدالله. (۱۳۸۹). الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال. فقه اهل‌البيت علیهم‌السلام، شماره ۶۱، صص ۱۳۶-۱۰۷.

رشتی، میرزا حبیب‌الله. (بی تا). کتاب الغصب. بی جا: بی نا.

شهید ثانی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة، قم: کتاب فروشی داوری.

شهید ثانی. (۱۴۱۰ق). مسالک الافهام (ج ۷). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

شهید ثانی. (۱۴۱۹ق). القواعد والفوائد (ج ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

صفایبی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب‌الله. (۱۳۹۰). مسئولیت مدنی. تهران: سمت.

عمید، حسن. (۱۳۶۳). فرهنگ فارسی عمید. تهران: انتشارات امیرکبیر.

- غروی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۵ق). حاشیه کتاب المکاسب (ج ۱). قم: پایه دانش.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (ج ۱، ۲ و ۳). قم: مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). القواعد الفقهیه (ج ۱). قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیهم السلام.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۸۶). مسئولیت مدنی. تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی) (ج ۱). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). الزام‌های خارج از قرارداد (غصب و استیفاء) (ج ۲). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاشف الغطاء، شیخ محمدحسین. (۱۴۲۲ق). تحریر المجله (ج ۱ و ۲). قم: المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهه (ج ۳). قم: سید الشهداء.
- نوری، شیخ فضل‌الله. (۱۴۱۴ق). رساله فی قاعده «ضمان الید». قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نوری، حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل (ج ۱۷). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
- Campbell Henry. (1993). *Black's Law Dictionary*, 6th Ed, United States, west.
- Cane Peter. (1997). *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart publishing.
- Cornu Gerard. (1996). *Vocabulaire juridique*, sexism' edition, Paris: association Henri capitant.
- Horsey K & Rackley. E. (2012). *Tort Law* (3rd ed). London: Oxford University.

References

* The holy Qur'an

- Ansari, M. (2005). *Kitab al-Makasib* (Vol. 3). Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
- Babaei, I. (2018). *Civil Liability Law and Non-Contractual Obligations*. Tehran: Mizan Legal Foundation. [In Persian]
- Bejnourdi, S. M. (2009). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah* (Vols. 2 & 4). Qom: Daleel Ma. [In Arabic]
- Boroujerdi, S. H. (1992). *Taqirrat Thalath*. Qom: Islamic Publication Foundation. [In Arabic]
- Campbell, H. (1993). *Black's Law Dictionary* (6th ed.). United States: West.
- Cane, P. (1997). *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Cornu, G. (1996). *Vocabulaire juridique*, (6th ed). Paris: Association Henri Capitant.
- Fazel Lankarani, M. (2004). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah* (Vol. 1). Qom: Center for the Jurisprudence of the Imams. [In Arabic]
- Fazel Lankarani, M. (2011). *Tafsil al-Shari'ah fi Sharh Tahrir al-Wasilah* (Vols. 1, 2, & 21). Qom: Institute for Publication and Printing. [In Persian]
- Gharavi Isfahani, M. H. (2004). *Hashiyah Kitab al-Makasib* (Vol. 1). Qom: Payeh Danesh. [In Arabic]
- Hekmatnia, M. (2007). *Civil Liability in Imami Jurisprudence*. Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture. [In Persian]
- Horse, K., & Rackley, E. (2012). *Tort Law* (3rd ed.). London: Oxford University Press.
- Hosseini Maraghi, S. M. (2004). *Al-'Anawin* (Vol. 2). Qom: Islamic Publication Foundation. [In Arabic]
- Jarr, K. (1988). *Larousse Dictionary* (Vol. 1) (S. H. Tabibian, Trans.). Tehran: Amir Kabir Publications. [In Persian]
- Kashif al-Ghita, Sheikh M. H. (2002). *Tahrir al-Majallah* (Vols. 1 & 2). Qom: World Assembly for Proximity among Islamic Schools of Thought. [In Arabic]

- Katouzian, N. (1999). *Non-Contractual Obligations (Civil Liability)* (Vol. 1). Tehran: Tehran University Press. [In Persian]
- Katouzian, N. (2000). *Non-Contractual Obligations (Ghasb and Istifaa)* (Vol. 2). Tehran: Tehran University Press. [In Persian]
- Khodabakhshi, A. (2010). "Al-Ghasib Yu'khadh bi Shaq al-Ahwal." *Fiqh Ahl al-Bayt*, 61, 107-136. [In Arabic]
- Mousavi Khoei, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqhah* (Vol. 3). Qom: Sayyid al-Shuhada.
- Muhaqqiq Helli, N. (2024). *Sharaye' al-Islam fi Masail al-Halal wa al-Haram* (Vol. 3). Beirut: Dar al-Adwa. [In Persian]
- Nouri, H. (2000). *Mustadrak al-Wasa'il* (Vol. 17). Qom: Ahl al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Nouri, Sheikh F. (1995). *Risalah fi Qa'idah "Dhaman al-Yad"*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Omid, H. (1984). *Omid Persian Dictionary*. Tehran: Amir Kabir Publications. [In Persian]
- Qasemzadeh, S. M. (2007). *Civil Liability*. Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
- Rashti, M. H. (n.d.). *Kitab al-Ghasb*.
- Safa'i, S. H., & Rahimi, H. (2011). *Civil Liability*. Tehran: Samt. [In Persian] [In Arabic]
- Shahid Thani. (1991). *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lam'ah al-Dimashqiyyah*. Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
- Shahid Thani. (1991). *Masalik al-Afham* (Vol. 7). Qom: Islamic Knowledge Foundation. [In Arabic]
- Shahid Thani. (1998). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id* (Vol. 1). Qom: Islamic pp.106-130. [In Persian]



An Introduction and Critique of the Theory of Invalidating a Condition Encompassing the Consideration (from Jurisprudential and Legal Perspectives)*



Esmail Nematollahi¹ 

1. Associate Professor, Ph.D. in Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
e.nematollahi@qom.ac.ir

Abstract

In contracts, it is sometimes stipulated that if the obligee fails to fulfill their commitment within the specified time, they will not receive the contractual consideration. This type of condition, known as a "condition encompassing the consideration," may disrupt the balance of the exchanged considerations and the usual state of reciprocity, leading to questions about its permissibility. There is no specific legal provision addressing this condition, necessitating reliance on general principles. One type of invalidating condition is one that contradicts the essential nature of the contract. In some legal literature and judicial opinions, the condition encompassing the consideration has been deemed void (batil), and judges have been granted the right to adjust the contract. This article, using an analytical-descriptive approach, aims to introduce and critique this theory

* **Cite this article:** Nematollahi, E. (2024). An Introduction and Critique of the Theory of Invalidating a Condition Encompassing the Consideration (from Jurisprudential and Legal Perspectives). *Journal of Fiqh*, 31(118), 33-62. <https://doi.org/10.22081/jf.2024.68412.2767>.

▣ **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/02/07 • **Revised:** 2024/06/30 • **Accepted:** 2024/10/10 • **Published online:** 2024/11/20

© The Authors



and demonstrate that if the condition encompassing the consideration exists at the contract's formation stage, it invalidates the contract. However, if the encompassing occurs after the contract's formation due to one party's breach, it does not affect the pre-existing contract.

Keywords

Condition encompassing the consideration, conditions within a contract, valid condition, invalid condition, no-payment condition.

معرفی و نقد نظریه بطلان شرط محیط بر عوض (از دیدگاه فقهی و حقوقی)*

اسماعیل نعمت‌اللهی^۱ 

۱. دانشیار و دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران
 e.nematollahi@qom.ac.ir



چکیده

گاه در قرارداد شرط می‌شود که اگر مشروط‌علیه به تعهد خود در زمان مقرر عمل نکند، عوض قراردادی به وی پرداخت نمی‌شود. چنین شرطی که شرط «محیط بر عوض» نامیده می‌شود، ممکن است تعادل عوضین و وضعیت معمولی معاوضه را برهم زند و موجب تردید در جواز آن شود. مقررۀ قانونی خاصی درباره این نوع شرط در دست نیست و در مورد آن باید به قواعد عمومی رجوع کرد. یکی از شروط باطل مبطل شرطی است که با مقتضای ذات عقد ناسازگار باشد. در برخی از آثار حقوقی و آرای قضایی، شرط محیط بر عوض باطل تلقی گردیده و به قاضی حق تعدیل قرارداد اعطا شده است. این مقاله با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی در صدد معرفی و نقد این نظریه و اثبات این مطلب است که اگر احاطه شرط بر عوض در مرحله تشکیل قرارداد باشد، مبطل عقد است؛ اما در صورتی که احاطه پس از تشکیل عقد و در اثر تخلف یکی از دو طرف حادث شود، خللی در عقد سابق وارد نمی‌کند.

کلیدواژه‌ها

شرط محیط بر عوض، شروط ضمن عقد، شرط صحیح، شرط باطل، شرط عدم اجرت.

* **استناد به این مقاله:** نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۴۰۳). معرفی و نقد نظریه بطلان شرط محیط بر عوض (از دیدگاه فقهی و حقوقی). فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۳۳-۶۲.
<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68412.2767>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
 □ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۸ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۱۰ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



مقدمه

ممکن است در قراردادهای معوضی مانند اجاره و مقاطعه کاری شرط شود که اگر متعهد در زمان مقرر به تعهد خود عمل نکند، تمام یا مقداری از اجرت کسر شود. شرطی که به موجب آن مقدار کسری تمام اجرت را در بر می‌گیرد، شرط عدم اجرت نامیده می‌شود و در بسیاری از کتاب‌های فقهی (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۴۸)، از چنین وضعیتی به «احاطه شرط به تمام اجرت» تعبیر شده است. با اقتباس از چنین تعبیری، بر شرط عدم اجرت «شرط محیط بر عوض» اطلاق شده است و در این تحقیق نیز همین تعبیر به کار می‌رود. در ادامه پس از بیان پیشینه تحقیق به معرفی نظریه بطلان شرط محیط بر عوض و سپس به نقد و بررسی آن پرداخته‌ایم.

۱. پیشینه تحقیق

بحث از وضعیت شرط محیط بر عوض پیشینه‌ای طولانی در فقه دارد و در آثار فقهی متقدم (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۴۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۲، ص ۲۸۴)، در مسئله شرط تقلیل و عدم اجرت در عقد اجاره مطرح گردیده است و تاکنون ادامه دارد (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، صص ۱۹-۲۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، صص ۶۵-۷۶؛ شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۱، صص ۱۹۲-۱۹۹).

در ادبیات حقوقی فارسی، شرط تقلیل یا عدم اجرت در آثار متعددی طرح گردیده است (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، صص ۲۱-۲۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۷۶)؛ اما عنوان خاصی «شرط محیط بر عوض» و تأثیر آن بر وضعیت عقد و به ویژه با عنوان یک نظریه در برخی از آثار حقوقی مطرح شده است (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، صص ۱۸۱-۱۹۱)؛ اما همان‌طور که جستجوی سوابق نشان می‌دهد، تحقیق مستقلی درباره این نظریه حقوقی و نقد آن دیده نمی‌شود.

۲. معرفی نظریه

ماده ۵۰۹ قانون مدنی در اجاره حیوان، شرط تقلیل اجاره بها در صورت انجام نشدن کار

در مدت تعیین شده را پذیرفته است و ماده ۵۱۷ مفاد ماده ۵۰۹ را در مورد متصدیان حمل و نقل نیز مجری دانسته است. قانون مدنی در مورد شرط عدم اجرت در صورت انجام نشدن کار در مدت تعیین شده ساکت است. برخی از حقوق دانان شرط اخیر را صحیح دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، صص ۷۵-۷۶) و استدلال ایشان همان استدلالی است که از شهید اول نقل خواهد شد (شماره ۳-۳). به نظر برخی دیگر، هم شرط تقلیل اجرت و هم شرط عدم اجرت از لحاظ تحلیلی به دلیل مردّد بودن دو مورد اجاره (عمل و اجرت) باطل‌اند؛ با این حال با توجه به مواد ۵۰۹ و ۵۱۷ قانون مدنی، شرط تقلیل اجرت را باید از لحاظ حقوقی معتبر دانست، اما شرط عدم اجرت باطل است؛ زیرا موجب می‌شود عقد اجاره نسبت به مدت خارج از زمان مقرر غیر معوض باشد و این امر با ماهیت عقد اجاره که ذاتاً معوض است، مغایرت دارد (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۹۲-۹۳). از این استدلال معلوم می‌شود که به نظر وی، شرط عدم اجرت مبطل عقد است.

یکی از حقوق دانان در بحث مفصلی با عنوان «شرط نقصان اجاره‌بها: وجه التزام عمومی یا شرط ویژه اجاره؟»، شرط عدم اجرت را به پیروی از اصطلاح فقهی، شرط محیط بر عوض نامیده و برای بطلان آن به دلایل متعددی استناد کرده است (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، صص ۱۸۱-۱۹۱): روایت محمد حلبی و محمد بن مسلم (که در بحث از ادله روایی خواهد آمد)؛ منافات با قاعده ممنوعیت جمع بین عوض و معوض (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۳)؛ مخالفت با مقتضای عقد؛ برخورد با نظم عمومی و اخلاق حسنه (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۴) و ملاک ارش مستوعب؛ با این توضیح که اگر میبایع معیوب فاقد ارزش باشد، طبق نظر برخی از فقیهان شرط تبرّی فروشنده از عیوب میبایع باطل است. «در فرضی که وجه التزام سبب بی‌ثمر شدن عقد معاوضی می‌شود نیز در واقع با شرط مستوعب مواجهیم و با مناط ارش مستوعب، نمی‌توان آن را صحیح دانست» (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۹)؛ همچنین مطابق این نظر، روایات مربوط به این بحث به عقد اجاره اختصاص ندارند و قابل تعمیم به دیگر قراردادها هستند (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۹۱).

بر اساس این نظر، احاطه شرط بر عوض، مفهومی عرفی است و بنابراین اگر عوض معامله ده ریال باشد، نه تنها وجه التزام معادل با ده ریال یا بیشتر، عرفاً محیط بر عوض تلقی می‌شود؛ بلکه حتی وجه التزام معادل با نه ریال نیز از دید عرف عوض را از بین می‌برد (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۵)؛ از این رو باید «هر شرطی را که عرفاً با ماهیت معاوضی بودن قرارداد منافات دارد و سبب جمع شدن عوض و معوض در یک دارایی می‌شود، بی‌اعتبار تلقی کرد. این موضوع در جایی که کل اجرت یا ثمن با شرط منتفی می‌شود، بی‌گمان باطل است؛ اما عرف کمتر از آن را نیز سبب احاطه شرط بر ثمن می‌داند» (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۸۶).

تا آنجا که در آثار مربوط به این نظر ملاحظه شد، در این نظر به تأثیر بطلان شرط بر وضعیت عقد تصریح نشده است و اثر آن صرفاً دادن حق تعدیل قرارداد به قاضی است. «تعیین وجه التزام به ازای هر روز یا هفته ... از منظر عرف و قصد طرفین، یک کل تجزیه‌ناپذیر نیست و به اعتبار هر بار تخلف قابل احتساب است؛ بنابراین بطلان وجه التزام در صورت محیط شدن بر عوض قراردادی مانع از این نیست که دادگاه آن را تا اندازه‌ای که این احاطه منتفی باشد، معتبر بداند. با این تحلیل راهی برای تعدیل وجه التزام به دست می‌آید؛ مگر اینکه طرفین صریحاً یا ضمناً غیرقابل تجزیه بودن آن را مقرر کرده باشند» (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۹۱). از این نکته که قاضی می‌تواند قرارداد را تعدیل کند، استفاده می‌شود که قرارداد باطل نیست و بنابراین طبق این نظر شرط یادشده اگر تعدیل نشود، در زمره شروط باطل و غیرمبطل است؛ اما قاضی می‌تواند آن را تعدیل کند و به آن اعتبار بخشد.

این نظر مورد توجه برخی از قضات قرار گرفته و در شماری از آرای قضایی (ضمن ارجاع صریح به این نظر) انعکاس یافته است؛ از جمله:

- در رأی صادر از شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی، مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران آمده است: «مبلغی که از شرط حاصل می‌شود به عنوان یک قاعده عمومی... نباید به گونه‌ای باشد که بر ثمن قراردادی محیط گردد؛ زیرا در صورت محیط گشتن این مبلغ بر ثمن، معاوضه‌ای واقع نگردد و این تفسیر را ... می‌توان به کلیه قراردادهای معاوضه‌ای

تعمیم داد (دادنامه شماره ۵۹۳۷۵۲۳/۱۶۸۳۹۰۰۰۵۹۳۷۵۲۳، مورخ ۱۴۰۱/۵/۲).

- شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو در یک رأی خود با استناد به این نظریه، به تعدیل میزان وجه التزام حکم صادر کرده است.^۱

- شعبه سوم دیوان عالی کشور در یکی از آرای خود آورده است: «طبق مقررات قانون مدنی از اوصاف شروط مندرج از عقود این است که نامشروع (بند ۳ ماده ۲۳۲) و خلاف مقتضای عقد (بند یک ماده ۲۳۳) نباشد. عدم تعادل بارز و غیرمتعارف ارزش عرفی عوضین در عقود معاوضی و یا اشتراط شرطی که موجب تملک بیش از آن گردد، از مصادیق شرط ضرری و غرری و داراشدن غیر عادلانه و آن مثل غرور و اضرار در خود عقود است و طبق موازین فقهی نامشروع است» (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵، تاریخ ۲۷/۱۲/۱۳۹۲).

- طبق نظر اکثریت در نشست قضایی شهر قوچان (۱۳۹۸/۱/۲۱): «اولاً هر چند وجه التزام در قرارداد قید شده است، ولی اگر مقدار آن غیرمتعارف باشد، دادگاه می تواند آن را تعدیل کند (قاعده عدل و انصاف). در غیر این صورت اجرای شرط مذکور غیرمعقول و موجب بلاعوض شدن عقد معاوضی می گردد و شرط وجه التزام نمی تواند عرفاً معادل عوض قراردادی و محیط بر آن باشد و قاعده فقهی «مالم یحط بجمع کراه» بیانگر این است که وجه التزام را تا حد متعارفی که سبب ازین رفتن ماهیت معوض عقد نشود، می توان قبول کرد و مازاد بر آن غیرمعتبر است...؛ ثانیاً ماده ۲۳۰ قانون مدنی نمی تواند بر خلاف اصل معاوضی بودن عقود سبب ازین رفتن یکی از تعهدات متقابل شود و دکترین حقوقی و روایات صحیح و موثق این موضوع را منع می کند و نشان می دهد رعایت عدالت معاوضی در قرارداد امری است که با توافق قابل حذف نیست و به صراحت در روایت آمده است که وجه التزام نباید محیط بر یکی از عوضین قراردادی شود».^۲

معرفی بیشتر این نظریه اقتضا می کند که ادله روایی این بحث و پیشینه فقهی آن جداگانه بررسی شود.

۱. وکلای پرس: نمونه رأی با موضوع تعدیل وجه التزام قراردادی.

۲. گروه وکلای داداندیش: وجه التزام غیرمتعارف در رأی داور.

۳. ادله روایی

در کتاب‌های روایی چند روایت در مورد شرط تقلیل یا عدم اجرت یافت می‌شود:

یکم: روایت حلبی؛ مهم‌ترین روایت در این بحث، حدیثی است که حلبی از امام باقر علیه السلام نقل کرده است. محمد حلبی می‌گوید: نزد یک قاضی نشسته بودم و ابو جعفر علیه السلام [امام باقر علیه السلام] نیز نزد او نشسته بود. دو نفر پیش وی آمدند و یکی از آن دو گفت: «شتر این شخص را کرایه کردم تا کالایم را به برخی از معادن برساند». پس بر او شرط کردم که فلان روز مرا برساند؛ چون [در آن روز] بازاری بود که می‌ترسیدم از دستم برود و [شرط کردم] اگر از آن [روز] بازمانم، برای هر روز که بازمانم، فلان مقدار از کرایه کم کنم. [اکنون] وی مرا چند روز از آن روز بازداشته است. قاضی گفت: «این شرطی فاسد است. کرایه وی را به‌طور کامل بپرداز». پس هنگامی که آن مرد برخاست، ابو جعفر علیه السلام نزد من آمد و گفت: «این شرط وی جایز است تا زمانی که کل کرایه را کم نکند» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۱۱۶)؛ هر چند در سند این روایت تردید شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۵۵)؛ اما در نهایت برخی از فقها آن را «موثّق» (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۴۵) و برخی «صحیح» تلقی کرده‌اند (خویی، ۱۳۶۵، ص ۱۰۳).

ممکن است واژه «لم یحط» در ذیل حدیث، از ریشه «حطّ» یا از ریشه «احاطه» به معنای دربرگرفتن باشد. «حطّ» در لغت به معنای «کاستن» (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۱۶؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۷۲) است و به صورت مجازی در معنای «کاستن از ثمن» به کار می‌رود (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۱۶) و به مبلغی که از ثمن کسر می‌شود «حطیطه» گفته می‌شود (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۱۸).

تا آنجا که ملاحظه شد، جز در کتاب عوالی اللثالی (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۲۵۵) که در آن لفظ «لم یحط» به صورت «لم یُحط» (از باب افعال) ضبط شده است، در دیگر کتاب‌های روایی از جمله کافی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۹۰) و تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۱۴)، واژه یادشده به صورت «لم یُحطّ» (از باب ثلاثی) ضبط شده است. بدیهی است که برای تعیین ضبط واژه یادشده نمی‌توان به این مقدار بسنده کرد. کاربرد واژه «حططت» [صیغه ماضی ثلاثی از ریشه «حطّ»] در جملات ابتدایی حدیث، قرینه بر این

است که واژه «لم یحط» نیز باید ثلاثی باشد. در بحث بعد خواهیم دید که بسیاری از فقیهان نیز هنگام بررسی این مسئله، از شرط تقلیل اجرت در برابر شرط عدم اجرت سخن گفته‌اند و تقلیل با معنای حطّ سازگار است.

با این حال در بسیاری از کتاب‌ها، واژه «احاطه» یا مشتقات آن مانند «احاط» و «لم یحط» به کار رفته است. یک نمونه آن سخن شیخ طوسی است که در مقدمه تحقیق آمد (نیز نک: ابن‌ادریس، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۶۹)؛ همچنین در برخی از آثار هم واژه «حطّ» و هم واژه «احاطه» به کار رفته است (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۷۵). با توجه به کاربردهای اخیر می‌توان از «احاطه شرط بر عوض» یا «شرط محیط بر عوض» سخن گفت و همان‌گونه که در سخن صاحب جواهر آمده است، تعبیر «لم یحط بجمع کراه» در روایت حلبی، در واقع به شرط سقوط اجرت اشاره دارد (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، صص ۲۳۲-۲۳۳). معنای اجمالی روایت این است که شرط تقلیل ثمن تا زمانی (یا منوط به این) که به کاستن کل عوض منتهی نشود، جایز است. این معنا بر اساس واژه «حطّ» است و بر مبنای واژه «احاطه» معنای روایت چنین می‌شود: شرط تقلیل ثمن تا زمانی (یا منوط به این) که کل عوض را احاطه نکند، جایز است؛ بنابراین شرط تقلیل از لحاظ مقدار طیف گسترده‌ای را در بر می‌گیرد و از کمترین مقدار عرفی عوض آغاز می‌شود و تا پیش از رسیدن به رایگان شدن عقد ادامه می‌یابد.

با این حال همان‌طور که یکی از فقها تصریح کرده است، این روایت خالی از اجمال نیست و عبارت «ما لم یحط بجمع کراه» تاب تفسیرهای متفاوت را دارد؛ از جمله اینکه طبق یک تفسیر در صورت احاطه شرط بر اجرت، اجیر مستحق اجرت نیست و طبق تفسیری دیگر اگر شرط محیط بر اجرت باشد، اجاره باطل است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۲).

دوم: روایت محمد بن مسلم؛ در این روایت آمده است: از ابو جعفر علیه السلام شنیدم که می‌گفت: نزد یکی از قضات مدینه نشسته بودم. پس دو مرد نزد وی آمدند و یکی از آن دو گفت: «این شخص را اجیر کردم تا مرا در فلان روز به بازار برساند و وی این کار را نکرد». ابو جعفر گفت: قاضی گفت: «اجرتی برای وی نیست». ابو جعفر گفت: من آن مرد را صدا کردم و گفتم: «ای بنده خدا، نمی‌توانی حق وی را [به کلی] از بین ببری» و به دیگری گفتم: «نمی‌توانی تمام آنچه را بر اوست، بگیری. مصالحه کنید و به یکدیگر ردّ

کنید» (حز عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۱۱۶). این روایت را فقها صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، بی تا، ص ۲۹۴؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳).

در برخی از کتاب‌های فقهی (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۰۷؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۳۴۴) به این روایت نیز در بحث تقلیل ثمن استناد شده است؛ اما همان‌طور که متن روایت نشان می‌دهد و برخی از فقیهان نیز به درستی یادآور شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۵۵؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، صص ۲۳۰-۲۳۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۵۶۷)، این روایت به بحث تقلیل ثمن ارتباطی ندارد؛ از این رو در برخی از کتاب‌ها مستند فتوای ممنوعیت شرط را فقط روایت محمد حلی دانسته‌اند و از این گذشته، شهید ثانی حتی این روایت را هم دچار مشکل سندی دانسته، رجوع به «اصول شرعی» را ترجیح داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۵۵).

بدین ترتیب از میان دو روایت پیش گفته تنها روایت اول در بحث از شرط تقلیل یا عدم اجرت قابل استناد است و از این پس، از این روایت به «روایت حلی» یاد می‌شود.

۴. پیشینه فقهی

دیرزمانی است در کتاب‌های فقهی به تبع روایت حلی، میان شرط تقلیل و شرط عدم اجرت تقابل ایجاد شده است؛ برای نمونه شیخ طوسی می‌گوید: کسی که از دیگری اسبی کرایه کند تا کالای او را در زمانی به مکان خاصی برساند و [شرط کند که] اگر نرساند از اجرتش کاسته شود، جایز است تا زمانی که [شرط] تمام اجرت را احاطه نکند؛ پس اگر احاطه کند، باطل است و باید اجرت المثل پردازد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۴۸). در کتاب شرایع نیز آمده است: اگر شخصی را در مقابل اجرت اجیر کند که کالا را در زمان معین به محل معینی حمل کند و شرط کند که در صورت تخلف، مقداری از اجرت را کم کند، جایز است و اگر شرط شود که در صورت نرساندن کالا در وقت معین تمام اجرت ساقط شود، جایز نیست و اجیر [در صورت انجام دادن کار با تأخیر] مستحق اجرت المثل خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۴۲؛ نیز نک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق، «الف»، ج ۲، ص ۲۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۲۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۱۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق،

ج ۱۰، ص ۴۵؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، صص ۱۹-۲۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹ق، صص ۶۵-۷۶؛ شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، صص ۱۹۲-۱۹۹).

آرا درباره شرط عدم اجرت و به بیان دیگر احاطه شرط بر عوض را می توان در سه دسته خلاصه کرد:

۴-۱. بطلان شرط و عقد

نظر مشهور (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، صص ۲۳۲-۲۳۳) آن است که شرط و عقد باطل اند. دلیل مشهور افزون بر روایت حلبی، مخالفت شرط با مقتضای عقد اجاره است؛ چون بازگشت شرط به این است که مستأجر بدون دادن اجرت مستحق عمل اجیر باشد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۳۵۰)؛ از این رو مانند آن است که مستأجر بگوید: «تو را بدون اجرت اجیر کردم» (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، ص ۲۳۳)؛ از این رو با بطلان شرط، عقد نیز باطل می شود.

مطابق این نظر، اجیر در صورت انجام دادن کار مستحق اجرت المثل است؛ هر چند اجرت المثل بیش از اجرت المسمی باشد (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۴۱۰). دلیل لزوم اجرت المثل قاعده «ما یضمن» است (خویی، ۱۳۶۵، ص ۱۰۷). البته دو نظر دیگر نیز در مورد میزان استحقاق اجیر وجود دارد: اول- اجیر بیش از اجرت المسمی مستحق نیست (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۸۷)؛ دوم- لزوم مصالحه. این نظر را علامه حلی از ابن جنید نقل کرده است. ابن جنید به صراحت در مورد حکم شرط و عقد نظر نداده است؛ اما پس از فتوا به لزوم مصالحه گفته است نه اجرت به کلی ساقط می شود و نه اجیر می تواند کل آن را بگیرد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۶، ص ۱۵۴). نظر مشهور درباره پرداخت اجرت المثل هم در جایی است که اجیر کار را در مدت مقرر انجام دهد و هم در مورد جایی است که کار را بعد از آن مدت انجام دهد. در مورد توجیه نظریه بطلان و چگونگی تفسیر آن چندین احتمال وجود دارد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۴، صص ۵۸-۶۱).

احتمال اول: موضوع اجاره انجام دادن عمل توسط اجیر است و در قرارداد دو شرط

متوالی^۱ درج می‌شود: نخست شرط می‌شود که عمل در زمان خاصی انجام شود و مترتب بر این شرط، شرط می‌شود که اگر عمل در خارج از آن زمان صورت گیرد، اجیر مستحق اجرت نباشد (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، ص ۲۳۴؛ خویی، ۱۳۶۵، ص ۱۰۶-۱۰۷؛ حاشیه خمینی و گلپایگانی در: یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۴). دلیل بطلان بر اساس این احتمال، افزون بر مفهوم ذیل روایت حلبی (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۴۵؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۷، ص ۲۳۳)، مخالفت شرط با مقتضای عقد است؛ زیرا عقد اقتضا می‌کند که اجیر در هر حال (اعم از اینکه اجیر به شرط عمل کند یا نکند)، مستحق اجرت باشد؛ اما مفاد شرط این است که اگر اجیر به شرط عمل نکند، مستحق اجرت نباشد و تناقض بین عقد و شرط موجب بطلان عقد است (خویی، ۱۳۶۵، صص ۱۰۶-۱۰۷).

احتمال دوم: زمان به صورت قید اخذ شده باشد؛ به این معنا که اجاره فقط به زمان مقرر مربوط باشد. اخذ زمان هم به صورت قید به دو صورت امکان‌پذیر است: وحدت مطلوب و تعدد مطلوب. در صورت اول (وحدت مطلوب)، از کلام شهید اول استفاده می‌شود که شرط عدم اجرت تأکید بر مفاد عقد است؛ به این معنا که مقتضای عقد این است که اجیر کار را در زمان مقرر انجام دهد، نه در خارج از آن؛ بنابراین شرط انجام دادن عمل در زمان مقرر، چیزی جز تأکید بر مقتضای عقد نیست (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۵۶؛ همچنین نک: یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۳).

صورت دوم این است که زمان به صورت تعدد مطلوب قید شده باشد. به طور معمول در این گونه موارد، یعنی شرط عدم اجرت، اجاره به صورت تعدد مطلوب قید می‌شود؛ زیرا اجیر نمی‌خواهد ارزش کار خود را هدر دهد. مقتضای قاعده درباره این صورت آن است که اگر اجیر عمل را در زمان مقرر انجام ندهد، اجرت به مقدار کار انجام شده تقسیط شود یا مستأجر به دلیل تخلف شرط حق فسخ داشته باشد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۷)؛ بنابراین شرط عدم اجرت با قصد تحقق اجاره منافات دارد و از این گذشته،

۱. البته این احتمال هم وجود دارد که شرط دوم در ضمن شرط اول درج شود (نک: اصفهانی، ۱۴۰۹ق، صص ۷۴-۷۵).

اجیر قصد مجانی بودن عمل را ندارد؛ در نتیجه شرط باطل است و اجیر به دلیل انجام دادن کار مستحق اجرت المثل است؛ بلکه اگر شرط به مخالفت با مقتضای عقد بینجامد، چه بسا موجب بطلان عقد نیز باشد (شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۱۹۹).

به نظر می‌رسد که اولاً مقصود از شرط در روایت حلبی، معنای لغوی و عرفی آن، یعنی الزام و التزام است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۹؛ همچنین نک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، صص ۱۱-۱۴)، نه معنای آن در اصطلاح فقهی؛ یعنی شرط ضمن عقد و این معنای عرفی با قید به اصطلاح فقهی سازگار است؛ ثانیاً در این گونه موارد ظاهر این است که انجام دادن عمل و زمان آن به صورت تعدد مطلوب لحاظ شده است؛ زیرا به طور معمول اجیر تمایل ندارد که کار را بدون اجرت انجام دهد و به مجانی بودن کار اقدام نمی‌کند؛ بنابراین شرط عدم اجرت با قصد اجاره یا معوض بودن آن منافات دارد و باطل است (نک: شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۱۹۹). توضیح بیشتر اینکه در رویه متداول، اجیر و مقاطعه کار و امثال آنها به قصد گرفتن اجرت به انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند و به قراردادی که ممکن است به عدم استحقاق آنها نسبت به اجرت نینجامد وارد نمی‌شوند. این مطلب با متعدد بودن مطلوب از اجرای تعهد و زمان اجرای آن سازگار است و بنابراین قصد اجیر این است که اگر به اجرای تعهد در زمان تعیین شده در قرارداد موفق نشود، تعهد را در زمان‌های بعدی انجام دهد و اجرت دریافت کند. با توجه به این نکات، قراردادی که در آن مقرر شده باشد که اجیر در صورت انجام ندادن تعهد در زمانی پس از زمان تعیین شده در قرارداد به اجرای تعهد بدون استحقاق اجرت ملزم باشد، با وحدت مطلوب بودن اجرای تعدد و زمان آن سازگار است و این گونه قرارداد اولاً مخالف رویه متداول است؛ ثانیاً ممکن است با قصد اجاره یا قصد معوض بودن آن ناسازگار باشد. تنافی با قصد اجاره به این صورت است که اجیر وارد قراردادی می‌شود که چه بسا بدون اجرت باشد و چنین قراردادی اجاره نیست؛ بلکه انجام دادن کار به صورت تبرعی است و با ماهیت عقد اجاره ناسازگار است. از همین نکته تنافی قصد مزبور با معوض بودن عقد اجاره نیز روشن می‌شود.

۲-۴. بطلان عقد و صحت شرط

ابن‌ادریس شرط را باطل و عقد را صحیح و اجیر را مستحق اجرت‌المسمی دانسته است. وی برای این نظر به آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک می‌کند و توضیح می‌دهد که این مورد نیز عقد است و فسخ آن نیازمند دلیل خواهد بود و شرط نامشروع هنگامی که منضم به عقد صحیح گردد، عقد، صحیح و شرط، باطل است (ابن‌ادریس، ۱۴۰۶ق، ج ۲، صص ۴۶۹-۴۷۰).

۳-۴. صحت عقد و شرط

این نظر را شهید اول در لمعه اختیار کرده است (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۵۶) و طبق آن، شرط و عقد صحیح و اجیر مستحق اجرت‌المسمی است. به باور شهید اول، هنگامی که مستأجر تصریح می‌کند که اگر در خارج از زمان مقرر کار را انجام دهی اجرتی به تو تعلق نمی‌گیرد، معلوم می‌شود که مورد اجاره فقط انجام دادن کار در زمان مقرر است و انجام دادن کار در خارج از آن زمان مورد اجاره نیست؛ بنابراین شرط یادشده نه تنها مخالف مقتضای عقد نیست؛ بلکه موافق با مقتضای عقد و بلکه مؤکد آن است. نظر شهید اول در واقع مشتمل بر دو بخش است: (۱) اگر عمل در زمان مقرر انجام شود، اجاره صحیح و اجیر مستحق اجرت‌المسمی است؛ (۲) اگر عمل در خارج از زمان مقرر انجام شود، اجیر مستحق هیچ اجرتی نیست. به باور وی بطلان عقد در صورت اخیر به خود اجیر منتسب است، نه عقد؛ زیرا اجیر عمل مورد شرط را انجام نداده است؛ بنابراین نظر شهید اول از دو جهت با نظر مشهور تفاوت دارد:

۱. اگر کار در زمان مقرر انجام شود، طبق نظر مشهور، اجیر مستحق اجرت‌المثل است؛ درحالی که به نظر شهید اول مستحق اجرت‌المسمی است.

۲. اگر کار در خارج از زمان مقرر انجام شود، طبق نظر مشهور اجیر باز هم مستحق اجرت‌المثل است؛ چون هرچند اجاره باطل است، اجیر به درخواست مستأجر کار را انجام داده است و از این رو از باب استیفاء از عمل غیر، مستحق اجرت‌المثل است؛ درحالی که به نظر شهید اول، اجیر نه مستحق اجرت‌المسمی است (چون اجاره باطل

است) و نه مستحق اجرت المثل (چون طبق شرط تصریح شده است که به انجام دادن کار در خارج از زمان مقرر اجرتی تعلق نمی‌گیرد و از این رو شرایط استیفا از عمل غیر فراهم نیست).

نظر مشهور در مورد پرداخت اجرت المثل بر یک قاعده کلی مبتنی است که هرگاه اجاره باطل باشد، اجیر مستحق اجرت المثل است؛ اما طبق نظر برخی از فقها هرگاه بطلان عقد ناشی از شرط عدم اجرت باشد، این قاعده جاری نمی‌شود؛ زیرا اجیر به زیان خود اقدام کرده و انجام دادن کار بدون اجرت را پذیرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۱۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۱۲۰).

۵. بررسی آرا و جمع‌بندی

به نظر می‌رسد برای تحلیل این مسئله باید مفاد شرط عدم اجرت با دقت بیشتری بررسی شود، اما پیش‌تر ذکر یک مقدمه درباره زمان تملک عوضین در عقد اجاره ضروری است. طبق قاعده کلی، عوضین در عقد اجاره (عمل از طرف اجیر و اجرت از سوی مستأجر) همزمان با انعقاد اجاره به صورت متزلزل به تملک طرف دیگر در می‌آید و ملکیت اجرت توسط اجیر هنگامی استقرار می‌یابد که منفعت استیفا گردد یا زمان استیفا سپری شود؛ هر چند استیفا منفعت صورت نگرفته باشد (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، صص ۳۶-۳۷). با توجه به این نکته، اگر مقصود از شرط عدم اجرت این باشد که اجرت حتی به صورت متزلزل نیز به تملک اجیر در نیاید، چنین شرطی به مرحله تشکیل قرارداد مربوط است و با تملیکی بودن عقد اجاره منافات دارد و موجب بطلان آن است؛ اما اگر مقصود از شرط این باشد که اجرت (پس از آنکه به صورت متزلزل به تملک اجیر در آمد)، ساقط شود (شرط نتیجه)، چنین شرطی ناظر به مرحله تسلیم و پرداخت است و با مقتضای عقد منافاتی ندارد؛ زیرا در این صورت عقد اجاره هنگام انشاء، دو عوض خود را به صورت کامل دریافت کرده است؛ اما ممکن است اجیر در اثر تخلف خود، استحقاق دریافت را از دست بدهد. در کلام برخی از فقیهان نیز آمده است که شرط سقوط اجرت نه تنها با ثبوت اجرت منافاتی ندارد؛ بلکه مؤکد آن است (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص ۷۰)؛ زیرا نخست باید

اجرت ثبوت و تحقق یابد و سپس سقوط آن شرط شود. در ادامه با توجه به نکته بالا باید دید مفاد شرط عدم اجرت کدام یک از موارد زیر است:

اول: شرط عدم تملک اجرت. ممکن است مفاد شرط این باشد که اجیر در صورت تأخیر در انجام دادن کار، مالک تمام یا بخشی از عوض نشود؛ در این صورت شرط باطل و مبطل عقد است؛ زیرا با مقتضای عقد اجاره که تملک هر یک از عوضین توسط مالک عوض دیگری است، منافات دارد.

دوم: شرط اسقاط اجرت. اسقاط اجرت به صورت شرط فعل به دو صورت قابل تحقق است: (۱) همزمان با انعقاد عقد شرط شود که اجیر تمام یا بخشی از اجرت را اسقاط کند. چنین شرطی از دو جهت اشکال دارد: اولاً «اسقاط ما لم یجب» است؛ زیرا تا پیش از تکمیل عقد، اجیر استحقاق اجرت ندارد تا بتواند آن را اسقاط کند؛ ثانیاً چنین شرطی با مقتضای عقد اجاره و معوض بودن آن منافات دارد و باطل و مبطل است؛ (۲) مفاد شرط این باشد که اجیر در آینده و در صورت تأخیر در انجام دادن کار، اجرت را اسقاط کند؛ در این صورت اشکالی در صحت شرط به نظر نمی‌رسد. اگر اجرت کلی باشد، مضمون شرط این است که اجیر ذمه مستأجر را نسبت به اجرت ابراء کند و اگر اجرت عین معین باشد، بازگشت شرط به این است که اجیر حق مطالبه آن را ساقط نماید یا حتی آن را به مستأجر هبه کند.

سوم: شرط سقوط اجرت. چه بسا مفاد شرط این باشد که در صورت تأخیر اجیر در انجام دادن کار، تمام یا بخشی از اجرت خود به خود ساقط شود. در این فرض، عقد اجاره به صورت صحیح منعقد می‌شود و عقد دارای دو عوض معتبر است؛ با این توضیح که اگر اجرت عین معین باشد، به صورت متزلزل وارد ملک اجیر می‌گردد و اگر کلی باشد، اجیر به صورت متزلزل مالک ما فی الذمه مستأجر می‌شود. پس از انجام دادن کار توسط اجیر، ملکیت متزلزل استقرار می‌یابد و سپس به دلیل تأخیر اجیر و بر اساس شرط، تمام یا بخشی از اجرت ساقط می‌شود. شرط عدم اجرت در این فرض صحیح است و هیچ اشکالی بر آن وارد نمی‌شود: اولاً با مقتضای عقد مخالف نیست؛ زیرا مفاد عقد اجاره تملک عوض توسط اجیر است و در اینجا تملک صورت گرفته است؛ ثانیاً اسقاط

ما لم يجب صدق نمی‌کند؛ چون مفاد شرط، سقوط خودبه‌خود است، نه اسقاط؛ به بیان دیگر شرط در این صورت، از نوع شرط نتیجه، یعنی سقوط خودبه‌خود و بدون نیاز به اراده مشروطه است، نه شرط فعل تا به اعمال اراده وی نیاز داشته باشد؛ ثالثاً تعلیق در عقد یا مردد بودن مورد اجاره نیز صدق نمی‌کند.

۶. نقد نظریه

در مورد نظریه حقوقی درباره بطلان شرط محیط بر عوض می‌توان نکات زیر را یادآور شد:

۱. در این نظریه به ادله متعددی استناد شده است. مقتضای برخی از ادله مانند نامشروع بودن شرط، بطلان شرط است؛ بدون آنکه موجب بطلان عقد شود؛ درحالی‌که مقتضای برخی دیگر از ادله، مانند مخالفت شرط با مقتضای عقد، بطلان قرارداد است؛ بنابراین اگر مبنای شرط محیط بر عوض، مخالفت با مقتضای عقد باشد، باید به بطلان شرط و عقد حکم کرد و نه صرفاً به بطلان شرط و دادن اختیار تعدیل به قاضی.

۲. این نظر درباره تأثیر شرط عدم اجرت بر وضعیت عقد حکم صریحی ندارد. ادله متعددی که در این نظر به آنها استناد شده است، مقتضای متفاوتی در مورد وضعیت عقد دارند؛ برای نمونه مخالفت شرط با مقتضای عقد موجب بطلان آن است؛ اما برخورد شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه موجب بطلان شرط است؛ اما لزوماً به بطلان عقد منتهی نمی‌شود و ممکن است اثر آن بر قرارداد صرفاً عدم قابلیت استماع دعوا در محکمه باشد (ماده ۹۷۵ ق.م).

۳. ملاک محیط بودن شرط بر عوض، زمان انعقاد قرارداد است؛ نه پس از آن. احاطه شرط بر عوض در مرحله انشاء نادرست است؛ اما اگر احاطه پس از تحقق عقد و در اثر تخلف مشروطه علیه حادث شود، زیانی به صحت عقد نمی‌رساند. توضیح اینکه احاطه در فرض اول مربوط به مقام انشای عقد و به این معناست که در ضمن قرارداد شرطی درج شود که التزام همزمان به آن شرط و مفاد قرارداد ممکن نباشد. نمونه چنین شرطی، شرط مخالف با مقتضای ذات قرارداد است که به بطلان و عدم تشکیل قرارداد

می‌انجامد. احاطه در فرض دوم به زمان انعقاد مربوط نیست؛ بلکه پس از انعقاد عقد به صورت صحیح و با تمام ارکان و شرایط آن، و در اثر نقض قرارداد توسط اجیر به وجود می‌آید. در این فرض، عدم استحقاق اجیر نسبت به اجرت، ضمانت اجرای تخلف وی و به بیان دیگر خسارت ناشی از نقض عهد است. شبیه به این استدلال در مورد ارش نیز مطرح شده است (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۲، ص ۴۳۹؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۰۱). شهید اول نیز در بحث حاضر به همین مطلب تصریح کرده است: در صورتی که به شرط عمل نشود، بطلان منتسب به اجیر است، نه عقد (شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۱۵۶). در کلام فقیهان معاصر نیز این مطلب به تفصیل آمده است: «مخالفت با مقتضای عقد به دو صورت قابل تفسیر است: مخالفت با مقتضای عرفی عقد و مخالفت با انشاء. آنچه از عقد به حسب انشاء اراده شده، معنایی است که شرط بر خلاف آن است؛ مثلاً مقتضای انشای بیع، وجود عوض در مقابل مبیع است و مقتضای انشای اجاره، وجود اجرت است؛ بنابراین بیع بلائمن و اجاره بلاجره، با مقتضای انشای بیع و اجاره تناقض خواهند داشت و از مصادیق شرایط خلاف مقتضای عقد به تفسیر دوم می‌باشند. انشاء به بقای ناظر نیست و اقتضائش فقط در مورد حدوث است؛ برای مثال در بیع، اقتضای انشاء حدوث ملکیت است؛ از این رو اگر شرطی اقتضا داشت، ملکیت حدوثاً هم نباشد، این تناقض بین دو انشاء است و چنین شرطی مخالف مقتضای عقد به معنای خلاف انشاء است؛ اما اگر ملکیت باشد، ولی شیء دیگری آن ملکیت را رفع کند ...، این موارد خلاف انشای عقد بیع نیست» (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۳، صص ۷۳۴۵-۷۳۴۶).

پیش فرض سخن بالا این است که مخالفت شرط با مقتضای عرفی عقد موجب بطلان شرط و عقد نیست. با توجه به مقررات قانون مدنی در باب شرط (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳) می‌توان این نکته را تقویت کرد؛ زیرا مخالفت با مقتضای عرفی عقد در مواد مربوط به شرط از عوامل زمینه‌ساز بطلان به شمار نیامده است؛ از این گذشته یقینی است که دوطرف عقد می‌توانند به صراحت یا حتی با اطلاق کلام خود در عقد، مقررهای بر خلاف عرف وضع کنند. نقش عرف در واقع تکمیل اراده دوطرف در موارد سکوت آنهاست.

۴. یکی از ادله‌ای که برای بطلان شرط مطرح کرده‌اند، ممنوعیت جمع عوض و معوض است. ممنوعیت جمع عوض و معوض در میانه متون فقهی (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۲۳۶ و ۴۷۴) مطرح گردیده و شهید اول آن را به عنوان یک قاعده کلی مطرح کرده است. وی برای این قاعده نخست این دلیل را مطرح می‌کند که جمع بین عوض و معوض به «اکل مال به باطل» منتهی می‌شود؛ زیرا «اکل به حق» به این صورت است که شخص عوضی بدهد و معوض را دریافت کند تا زیان از دو طرف عقد برطرف شود و هر یک از آن دو با آنچه داده، منفعتی کسب کند. سپس به اجماع فقیهان بر ممنوعیت مواردی مانند جمع میان ثمن و مثنی توسط بایع و جمع بین منفعت و اجرت توسط اجیر استدلال کرده است و مبنای نسبت‌سنجی دو قیمت برای محاسبه ارزش را نیز جلوگیری از جمع میان عوض و معوض دانسته است (شهید اول، بی تا، ج ۲، ص ۲۶۹).

بنابراین در صحت و اعتبار این دلیل فی نفسه تردیدی نیست؛ اما استناد به آن در محل بحث دشوار است؛ زیرا اولاً در اینجا ممکن است گفته شود مبلغی که از اجرت کسر می‌شود، عنوان خسارت دارد؛ با این توضیح که مستأجر در اثر تأخیر در اجرای عقد متحمل خسارت شده است و از این باب، طلبکار اجیر و مستحق گرفتن غرامت از اوست. آن‌گاه بین دو دین، یعنی مبلغی که مستأجر به عنوان غرامت از اجیر طلبکار شده است و اجرتی که باید به وی بپردازد، تهاوتر صورت می‌گیرد؛ در این صورت جمع میان عوض و معوض صدق نمی‌کند. شاهد این مدعا آن است که در بحث بدل حیلولة، طبق یک نظر، مالی که از دسترس مالک خارج شده در ملک او باقی است و در عین حال، مالک می‌تواند قیمت مال را از غاصب مطالبه کند. در پاسخ به این اشکال که این نکته به جمع عوض و معوض منتهی می‌شود، استدلال شده است که بدل حیلولة خسارت است نه عوض (جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۷، صص ۶۰۹-۶۱۰).

ثانیاً همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، ملاک ممنوعیت جمع عوض و معوض زمان تشکیل عقد است؛ نه زمان اجرای عقد. نظیر این مطلب قاعده ممنوعیت اتحاد عوض و معوض است که در مورد آن نیز ملاک ممنوعیت، زمان تشکیل عقد است. محقق کرکی در پاسخ به اشکال اتحاد عوض و معوض در یک مسئله فقهی می‌گوید: هنگام

عقد، اتحاد عوض و معوض وجود ندارد و ملاک این است که هنگام عقد، عوض و معوض متحد نباشند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۴۲).

ثالثاً جمع عوض و معوض و ممنوعیت آن با بلاعوض شدن عقد معوض (که در نشست قضایی پیش گفته به عنوان یکی از ادله این نظر مطرح شد) ناسازگار است و همان طور که از سخن برخی از فقیهان (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۲، قسم ۱، ص ۱۱۹؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۹۵) استفاده می‌شود، این دو مفهوم با یکدیگر متفاوت‌اند؛ بنابراین در بحث حاضر چه‌بسا جمع بین عوض و معوض پیش نیاید، بلکه مشکل بلاعوض شدن مطرح شود. توضیح بیشتر اینکه جمع بین عوض و معوض مربوط به جایی است که دو شیء به عنوان عوض و معوض وجود داشته باشد و هر دوی آنها به تملک شخص واحد درآید؛ مانند آنکه میب و ثمن در ملک فروشنده داخل شود؛ درحالی که در بلاعوض شدن عقد معوض، در عقدی مانند بیع و اجاره که طبق تعریف، عقدی معوض هستند، فقط یک عوض وجود دارد و عقد بیع و اجاره به عقدی بلاعوض مانند هبه و عاریه تبدیل می‌شود.

۳. طبق قواعد و اصول مسلم در فقه و حقوق ایران، حوادث بعد از عقد نمی‌تواند موجب بطلان عقد شود و نهایت این است که مانند تلف میب پیش از قبل، موجب انفساخ از زمان وقوع حادثه یا مانند موارد خیرات، پیدایش حق فسخ گردد؛ بنابراین در محل بحث نمی‌توان منتظر ماند و دید که آیا متعهد به شرط عمل می‌کند تا حکم به صحت شرط و عقد کرد یا عمل نمی‌کند تا شرط و عقد را باطل دانست. ادله مربوط به بطلان عوض مجهول و مردد و معامله غری نشان می‌دهد که سرنوشت شرط و عقد باید در زمان عقد معلوم باشد. این درحالی است که طبق نظر مورد بحث، سرنوشت شرط و عقد به عملکرد مشروط‌علیه پس از عقد وابسته می‌شود.

۵. طبق نظر مشهور فقها در مورد بطلان عقد و شرط، اجیر مستحق اجرت‌المثل است و حتی ممکن است اجرت‌المثل بیش از اجرت‌المسمی باشد؛ بنابراین در نهایت عمل اجیر بدون اجرت باقی نمی‌ماند.

۶. تعدیل قضایی در نظام حقوقی کشورمان پذیرفته نیست (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۴۰) و افزون بر مخالفت با نص ماده ۲۳۰ قانون مدنی، موجب عدم ثبات معاملات و روابط

اشخاص می‌گردد. دلیلی که برای تعدیل قضایی وجه التزام ذکر شده است؛ یعنی تجزیه پذیر بودن آن (بخشی، ۱۳۹۵، ج ۵، ص ۱۹۱)، افزون بر ابهامی که در تعریف و توصیف آن نهفته است، فاقد مبنای حقوقی است؛ همچنین جواز تعدیل با ملاک‌گیری از مقرراتی مانند مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا تعدیل در این مقررات ناظر به زمان بازپرداخت دین است، نه مقدار آن. از این گذشته در این نظریه معیار خاصی برای تعدیل شرط و کاستن از مقدار خسارت ارائه نگردیده است و تردید و غرر ناشی از این امر از تردید ناشی از وضعیت معامله و صحت یا نفوذ آن کمتر نیست. در واقع همان‌طور که طبق این نظریه، احاطه شرط بر عوض مفهومی عرفی و انعطاف‌پذیر است، تعدیل قرارداد برای خروج از احاطه نیز مفهومی عرفی و انعطاف‌پذیر است و طیف گسترده‌ای از ۱ درصد عوض تا ۹۹ درصد آن را در بر می‌گیرد و دادن چنین اختیار عمل گسترده‌ای به قاضی، نظم و ثبات معاملات را به خطر می‌اندازد.

نتیجه‌گیری

۱. یکی از شروط ضمن عقد در قراردادهای معوض، به‌ویژه عقد اجاره این است که اگر مشروطاً علیه به تعهد خود در زمان مقرر عمل نکنند، مستحق عوض قراردادی نباشد. شرط عدم استحقاق عوض (یا اجرت) که «شرط محیط بر عوض» نیز نامیده می‌شود و نوعی شرط نتیجه است، از نظر مشهور فقها باطل و به دلیل مخالفت با مقتضای عقد معوض مُبطل آن است.

۲. در برخی از آثار حقوقی و آرای قضایی، شرط عدم اجرت به تبع آثار فقهی «شرط محیط بر عوض» نامیده شده و به موجب آن، شرط یادشده باطل تلقی گردیده و به قاضی حق تعدیل قرارداد داده شده است. این نظر از جنبه‌های متعددی دچار اشکال است؛ از جمله اینکه اولاً ادله مورد استناد در این نظریه، به نتایج متفاوت و متعارضی منجر می‌شوند؛ برای نمونه مقتضای نامشروع بودن شرط، بطلان آن است؛ بدون آنکه موجب بطلان عقد شود؛ درحالی که مخالفت شرط با مقتضای عقد به بطلان عقد منجر

می‌شود؛ بنابراین اگر مبنای شرط محیط بر عوض، مخالفت با مقتضای عقد باشد، باید به بطلان شرط و عقد حکم کرد و نه صرفاً به بطلان شرط و دادن اختیار تعدیل به قاضی؛ ثانیاً قائل شدن به حق تعدیل مبلغ شرط برای قاضی با قواعد حقوقی ما سازگار نیست.

۳. بر اساس آنچه در این پژوهش گفته شد، شرط عدم عوض اگر به صورت شرط عدم استحقاق عوض در هنگام انشای عقد باشد، باطل و مبطل است؛ اما اگر به این صورت باشد که در صورت تأخیر مشروط‌علیه در عمل به شرط، تمام یا بخشی از عوض به عنوان خسارت انجام‌ندادن تعهد ساقط شود یا مشروط‌علیه آن را ساقط کند، شرط و عقد صحیح است. در صورت اخیر، اجرت هنگام انشای عقد به تملک اجیر در می‌آید؛ اما در اثنای عقد اجاره و به دلیل تخلف خود وی، استحقاق دریافت آن را از دست می‌دهد. استحقاق‌نداشتن دریافت اجرت در صورت اخیر، امری عارضی است و به صحت عقد و شرط خللی وارد نمی‌کند.

فهرست منابع

- ابن ادريس، محمد بن منصور حلي. (۱۴۰۶ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (ج ۲، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- ابن براج، قاضی عبدالعزيز طرابلسی. (۱۴۰۶ق). المهذب (ج ۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۷، چاپ سوم). بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- احسايی، محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). عوالی اللثالی الغزيریة (ج ۳، چاپ اول). قم: دار سيد الشهداء للنشر.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (ج ۱۰، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- اصفهانى، محمدحسين کمپانی. (۱۴۰۹ق). الإجارة (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- امامی، سيدحسن. (۱۳۸۹). حقوق مدنی (ج ۲، چاپ بیست و دوم). تهران: اسلاميه.
- انصاری، شيخ مرتضى. (۱۴۱۵ق). كتاب المكاسب (ج ۴ و ۶، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری.
- بحرانی، يوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- بخشی، عبدالله. (۱۳۹۵). حقوق دعاوی (ج ۵، چاپ اول). تهران: شرکت انتشار.
- جزایری، سيد محمدجعفر مروج. (۱۴۱۶ق). هدی الطالب فی شرح المكاسب (ج ۷، چاپ اول). قم، مؤسسه دار الکتاب.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سيد محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (ج ۴، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت (ع).
مذهب اهل بيت (ع).

- حز عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱۹، چاپ اول). قم: مؤسسه آل‌البتیة.
- حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۱۲، چاپ اول). قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- حلی، احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع (ج ۳ و ۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی. (۱۳۶۵ق). مستند العروة الوثقی. کتاب الاجارة. قم: انتشارات مدرسه دارالعلم.
- زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی واسطی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۱۰، چاپ اول). بیروت: دار الفکر.
- شیرازی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (ج ۲۳، چاپ اول). قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- شاهرودی، سید محمود هاشمی. (۱۴۲۹ق). کتاب الاجاره (ج ۱). قم: دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات (چاپ دوم). تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). حقوق مدنی ۶ (چاپ اول). تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳). آثار قراردادها و تعهدات (چاپ دوم). تهران: مجد.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة (چاپ اول). بیروت: دار التراث.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (بی تا). القواعد والفوائد (ج ۲، چاپ اول). قم: کتاب فروشی مفید.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۴ق). حاشیة الإرشاد (ج ۲، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۳ و ۴، چاپ اول). قم: داوری.

صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ اول). بیروت: دار الہادی.

طباطبائی، سید علی بن محمد حایری (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۱۰، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البیت علیہ السلام.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النہایة فی مجرد الفقه والفتاوی (چاپ دوم). بیروت: دار الکتب العربی.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تہذیب الأحکام (ج ۷، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.

عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامۃ (ج ۱۹، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامہ حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان (ج ۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامہ حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). «الف». قواعد الأحکام (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامہ حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). «ب». مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة (ج ۶، دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامہ حلّی، حسن بن یوسف. (بی تا). تذکرة الفقهاء (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البیت علیہ السلام.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). عقود معین (ج ۱، چاپ دهم). تهران: شرکت انتشار.

کاشف الغطاء، حسن بن جعفر نجفی. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة؛ کتاب الإجارة (چاپ اول). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.

کاشف الغطاء، محمد حسین نجفی. (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة (ج ۲، چاپ اول). نجف: المكتبة المرتضویة.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۵، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی. (۱۴۱۳ ه.ق). کتاب القضاء (ج ۱، چاپ اول). قم: دار
القرآن الکریم.

محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام (ج ۲، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (ج ۴ و ۷، چاپ دوم). قم: مؤسسه آل
البيت علیهم السلام.

نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۵)، جواهر الکلام (ج ۲۲ و ۲۷، چاپ دوم). تهران: دار الکتب
الإسلامیة.

یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (ج ۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات
اسلامی.

پایگاه و کلاپرس: نمونه رأی با موضوع تعدیل وجه التزام قراردادی.

پایگاه گروه و کلاپی داداندیش: وجه التزام غیرمتعارف در رأی داور.

References

- Ibn Idris, M. (2006). *Al-Sara'ir al-Hawi li-Tahrir al-Fatawa* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Ibn Barraj, Q. (2006). *Al-Muhadhdhab* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Ibn Manzur, M. (1995). *Lisan al-Arab* (Vol. 7, 3rd ed.). Beirut: Dar al-Fikr for Printing, Publishing, and Distribution. [In Arabic]
- Ahsai, M. (2005). *Awali al-Li'ali al-Aziziyya* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Dar Sayyid al-Shuhada le Al-Nashr. [In Arabic]
- Ardebili, A. (2004). *Majma al-Faida wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhhan* (Vol. 10, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Isfahani, M. H. K. (2008). *Al-Ijarah* (2nd ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Emami, S. H. (2010). *Civil Rights* (Vol. 2, 22nd ed.). Tehran: Islamiyah. [In Persian]
- Ansari, Sheikh M. (2014). *Kitab al-Makasib* (Vol. 4 & 6, 1st ed.). Qom: International Congress for Honoring Sheikh Azam Ansari. [In Arabic]
- Bahrani, Y. (2005). *Al-Hada'iq al-Nadira fi Ahkam al-Itra al-Tahira* (Vol. 21, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Bakhshi, A. (2016). *Civil Laws* (Vol. 5, 1st ed.). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
- Jazayeri, S. M. J. (2015). *Hudha al-Talib fi Sharh al-Makasib* (Vol. 7, 1st ed.). Qom: Dar al-Kitab Foundation. [In Arabic]
- A group of researchers under the supervision of Sayyid Mahmoud Hashemi Shahroodi. (2004). *Encyclopedia of Islamic Jurisprudence According to the Doctrine of the Ahl al-Bayt* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia Foundation. [In Arabic]
- Hur Ameli, M. (2008). *Wasail al-Shia* (Vol. 19, 1st ed.). Qom: Al-Bayt Foundation. [In Arabic]

- Hakim, S. M. T. (2015). *Mastamsik al-Uruwat al-Wuthqa* (Vol. 12, 1st ed.). Qom: Dar al-Tafsir Foundation. [In Arabic]
- Helli, A. (2007). *Al-Muhadhdhab al-Bari fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi* (Vol. 3 & 5, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Khoyi, S. A. (1986). *Mustanad al-Uruwat al-Wuthqa. Kitab al-Ijarah*. Qom: Dar al-Ilm Publications. [In Arabic]
- Zubeidi, S. M. M. (1995). *Taj al-Arous min Jawahir al-Qamus* (Vol. 10, 1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Shubeiri Zanjani, S. M. (1998). *Kitab Nikah* (Vol. 23, 1st ed.). Qom: Research Institute Ray Pardaz. [In Arabic]
- Shahroudi, S. M. H. (2008). *Kitab al-Ijarah* (Vol. 1). Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia. [In Arabic]
- Shahidi, M. (2001). *Formation of Contracts and Obligations* (2nd ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
- Shahidi, M. (2003). *Civil Law 6* (1st ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
- Shahidi, M. (2004). *Effects of Contracts and Obligations* (2nd ed.). Tehran: Majd. [In Persian]
- Shahid Awwal, M. (2008). *Al-Lum'a al-Dimashqiya fi Fiqh al-Imamiyya* (1st ed.). Beirut: Dar al-Turath. [In Arabic]
- Shahid Awwal, M. (n.d.). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Mufid Bookstore.
- Shahid Thani, Z. (2008). *Hashiyat al-Irshad* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
- Shahid Thani, Z. (2007). *Al-Rawdat al-Bahiya fi Sharh al-Lam'a al-Dimashqiya* (Vol. 3 & 4, 1st ed.). Qom: Davari. [In Arabic]
- Simri, M. (1999). *Ghayat al-Maram fi Sharh Shara'i al-Islam* (1st ed.). Beirut: Dar al-Hadi. [In Arabic]
- Tabatabaei, S. A. (2007). *Riyad al-Masa'il* (Vol. 10, 1st ed.). Qom: AlulBayt Foundation. [In Arabic]

- Tusi, M. (2001). *Al-Nihaya fi Majarrad al-Fiqh wa al-Fatawa* (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. [In Arabic]
- Tusi, M. (2007). *Tahdhib al-Ahkam* (Vol. 7, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah. [In Persian]
- Ameli, S. (1998). *Miftah al-Karamah* (Vol. 19, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Allameh Helli, H. (2008). *Irshad al-Azhhan* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Allameh Helli, H. (2009). *Qawa'id al-Ahkam* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Allameh Helli, H. (2009). *Mukhtalif al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a* (Vol. 6, 2nd ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]
- Allameh Helli, H. (n.d.). *Tadhkira al-Fuqaha* (1st ed.). Qom: AlulBayt Foundation.
- Katouzian, N. (2008). *Contracts* (Vol. 1, 10th ed.). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
- Kashaf al-Ghita, H. (2003). *Anwar al-Faqaha; Kitab al-Ijarah* (1st ed.). Najaf: Kashaf al-Ghita Foundation. [In Arabic]
- Kashaf al-Ghita, M. (1980). *Tahrir al-Majalla* (Vol. 2, 1st ed.). Najaf: Al-Maktabah al-Murtazawiya. [In Arabic]
- Kulayni, M. (2007). *Al-Kafi* (Vol. 5, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah. [In Persian]
- Golpaygani, S. M. R. (2009). *Kitab al-Qada* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Dar al-Quran al-Karim
- Muhaqqiq Helli, J. (2008). *Sharai al-Islam* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Ismailian Foundation. [In Arabic]
- Muhaqqiq Karaki, A. (2014). *Jami al-Maqasid* (Vol. 4 & 7, 2nd ed.). Qom: AlulBayt Foundation. [In Arabic]
- Najafi, M. H. (1986). *Jawahir al-Kalam* (Vol. 22 & 27, 2nd ed.). Tehran: Dar al-Kutub

al-Islamiyah. [In Persian]

Yazdi, S. M. K. (1998). *Al-Uruwat al-Wuthqa* (Vol. 5, 1st ed.). Qom: Islamic Publication Office. [In Arabic]

Paygah Vokala Press: Sample ruling on the topic of amending contractual obligations.

Vokala Dadandish: Unconventional contractual obligations in the ruling of the arbitrator.

An Examination of the Arguments of Supporters and Opponents of the Concept of *Watan Shar'i* (Religious Homeland) from the Perspective of Imamiya Jurists*



Ali Ghazanfari¹ 

Zoheira Mashayekhi² 

Zahra Sepehri³ 

1. Associate Professor, Faculty of Quranic Sciences, University of Quranic Sciences and Knowledge, Tehran, Iran (Corresponding Author)

ali@qazanfari.net

2. Level Four Student, Specialization in Comparative Exegesis of the Quran, Qasim ibn al-Hasan Islamic Seminary, Tehran, Iran

zoheira@yahoo.com

3. Level Four Student, Specialization in Comparative Exegesis of the Quran, Qasim ibn al-Hasan Islamic Seminary, Tehran, Iran

zsepehri@gmail.com

Abstract

The concept of *watan* (homeland) and its nature is a significant topic in Islamic jurisprudence due to its impact on the specific obligations imposed on individuals. While there is consensus among jurists regarding the common types of homeland (*watan 'urfi*), which includes primary and adopted homelands, there is considerable debate concerning the notion of *watan shar'i* (religious homeland). This paper employs a descriptive-analytical method, using library resources and examining both classical and

* **Cite this article:** Ghazanfari, A., Mashayekhi, Z., & Sepehri, Z. (2024). An Examination of the Arguments of Supporters and Opponents of the Concept of *Watan Shar'i* (Religious Homeland) from the Perspective of Imamiya jurists. *Journal of Fiqh*, 31(118), 63-86.

<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68888.2798>.

▣ **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/04/29 • **Revised:** 2024/06/30 • **Accepted:** 2024/10/31 • **Published online:** 2024/11/20

© **The Authors**



contemporary Imamiya jurisprudential texts to explore this issue and present the arguments of both supporters and opponents. Among the arguments of the Imamiya jurisprudence supporters, three types of narrations from the Ahl al-Bayt are often cited. However, opponents argue that these narrations pertain to *watan 'urfi* of the adopted type, presenting objections to the supporters' stance. Proponents, such as Sahib al-Jawahir and Khoei, have responded to these objections and, by referencing the narration of Ismail ibn Bazi', affirm *watan shar'i* as a distinct type of homeland.

Keywords

Homeland, *Watan 'Urfi*, *Watan Shar'i*, abandonment of homeland.

بررسی ادله موافقان و مخالفان وطن شرعی

از دیدگاه فقیهان امامیه*

علی غضنفری^۱
زهیرا مشایخی^۲
زهرا سپهری^۳

۱. دانشیار دانشکده علوم قرآنی دانشگاه علوم و معارف قرآن تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
ali@qazanfari.net
۲. زهیرا مشایخی طلبه سطح چهار، گرایش تفسیر تطبیقی، حوزه قاسم ابن الحسن علیه السلام، تهران، ایران
zoheira@yahoo.com
۳. زهرا سپهری طلبه سطح چهار، گرایش تفسیر تطبیقی، حوزه قاسم ابن الحسن علیه السلام، تهران، ایران
zsepehri@gmail.com



چکیده

وطن و ماهیت آن از موضوعاتی است که به دلیل بارشیدن احکام خاص بر مکلفان، از مباحث مهم فقهی شمرده می‌شود. البته به همان اندازه که در آرای فقها، درباره وطن عرفی و دو قسم آن (وطن اصلی و اتخاذی) اتفاق نظر دیده می‌شود، درباره وطن شرعی اختلاف فتوا مشاهده می‌شود. مقاله حاضر به روش تحلیلی توصیفی در محیط کتابخانه و با نگاه به کتاب‌های فقهی متقدم و متأخر امامیه، به بررسی این موضوع و طرح ادله موافقان و مخالفان آن پرداخته است. از جمله ادله موافقان فقه امامیه، سه دسته روایت‌های رسیده از اهل بیت عصمت و طهارت علیهم السلام می‌باشد که البته مخالفان وطن شرعی آنها را در خصوص وطن عرفی از نوع اتخاذی دانسته و به نظر موافقان اشکالاتی وارد کرده‌اند. موافقان از جمله صاحب جواهر و خوئی به این اشکالات پاسخ داده و با استناد به روایت اسماعیل بن بزيع، وطن شرعی را به عنوان یکی از اقسام وطن ثابت می‌کنند.

کلیدواژه‌ها

وطن، وطن عرفی، وطن شرعی، اعراض از وطن.

* **استاد به این مقاله:** غضنفری، علی؛ مشایخی، زهیرا و سپهری، زهرا. (۱۴۰۳). بررسی ادله موافقان و مخالفان وطن شرعی از دیدگاه فقیهان امامیه. فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۶۳-۸۶.
<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68888.2798>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
 □ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۰ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۱۰ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



مقدمه

بحث از وطن از جمله مسائل مورد نیاز هر مسلمان به منظور عمل به دستورات دینی از جمله نماز و روزه است. آگاهی از احکام وطن و عمل به آنها، در گرو آن است که فرد مکلف ماهیت وطن را بشناسد و با اقسام آن آشنایی داشته باشد؛ به عبارت دیگر تا انسان وطن و اقسام آن را نشناسد، دانستن احکام آن به تنهایی برای عمل کافی نیست.

وطن از نظر لغوی به جایی گفته می‌شود که انسان در آن اقامت داشته باشد و محل سکونت و زندگی شخص وی باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۴۵۱؛ ابن سیده، ۱۴۲۱ق، ج ۹، ص ۲۳۹؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۶۳). وطن در اصطلاح فقهی اقسامی دارد: یک قسم آن وطن عرفی است. از برخی آرای متأخرین ظاهر می‌شود که وطن به حسب معنای عرفی، هر محلی است که موطن انسان باشد یا به جهت تولد در آن محل و یا به جهت اینکه وطن پدر و مادر و اجداد او بوده است (وطن اصلی) یا از باب اینکه انسان آنجا را بدون اینکه محل تولد او یا وطن پدر و مادر و اجداد او باشد، به عنوان وطن برای خویش انتخاب کرده است (وطن اتخاذی). در بحث وطن اتخاذی همه فقیهان اتفاق نظر دارند که فرد می‌تواند هر مکانی را که در آن زاده نشده و رشد نکرده باشد، به عنوان وطن انتخاب کند و حکم وطن اتخاذی را دارد؛ اما از نظر برخی دیگر از فقها این مکان در صورتی وطن اتخاذی خواهد بود که فرد در آنجا قصد اقامت دایم کند. برخی فقیهان این شرط را نمی‌پذیرند و معتقدند همین که فرد مکانی را به عنوان وطن انتخاب کند و قصد اقامت در آنجا را داشته باشد، برای وطن اتخاذی بودن آن مکان کافی است. این نوع از وطن مورد اتفاق همه فقهاست (اصفهانی، ۱۴۱۵ق، ص ۶۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص ۷۹۷؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۰۶؛ کمپانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۲۰؛ حائری یزدی، ۱۴۱۴ق، ص ۶۲۸؛ بروجردی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۲۳؛ خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۰، ص ۲۳۴؛ صدر، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۳۹۷؛ حکیم، ۱۳۷۴ق، ج ۸، ص ۱۰۴؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۲۷).

قسم دوم از اقسام وطن که در این مقاله بدان پرداخته می‌شود، همین نوع از وطن است؛ هر چند این مبحث به دلیل اهمیت و جایگاهی که در فقه دارد، از دیرباز محل

بحث و بررسی عالمان فقه بوده و بسیاری از فقیهان به آن پرداخته‌اند؛ ولی پژوهش مستقلی در خصوص وطن شرعی و بررسی ادله موافقان و مخالفان آن دیده نشده است. از میان کتاب‌های موجود در این زمینه، به طور خاص می‌توان به کتاب وطن شرعی کجاست اثر خانم زهرانا ناصرزاده اشاره کرد. در این کتاب بحث از کجایی وطن شرعی است و بحثی درباره ادله موافقان و مخالفان طرح نشده است؛ عمید زنجانی هم در بخشی از کتاب وطن و سرزمین و آثار حقوقی آن از دیدگاه فقه اسلامی، به بحث از مصداق وطن شرعی پرداخته و به بیان حکم آن بسنده کرده‌اند؛ خانم مهناز دهقان در مقاله‌ای با عنوان «بررسی انواع وطن در فقه»، پس از طرح اقسام وطن، وطن شرعی را به عنوان یکی از اقسام وطن توضیح داده است؛ ولی باز هم ادله موافقان و مخالفان را بررسی نکرده است. به هر حال هیچ کدام از کتاب‌ها و مقالات، ادله موافقان و مخالفان را بررسی نقادی نکرده‌اند؛ در حالی که به باور نگارنده این امر می‌تواند در تثبیت وطن شرعی مؤثر باشد؛ بنابراین در این مقاله پس از بیان اقسام وطن و نیز بحث از وطن شرعی، ادله موافقان و مخالفان را بررسی و ارزیابی خواهیم کرد.

۱. وطن شرعی؛ معرکه آرا

فقیهان در خصوص وطن شرعی آرای متفاوتی دارند. برخی معتقدند وطن شرعی یکی از اقسام وطن است؛ اما برخی دیگر بر این باورند که عنوانی به اسم «وطن شرعی» در اقسام وطن مطرح نیست و روایت‌هایی که برخی از آن استفاده کرده و معتقدند قسم دومی از وطن را در مقابل وطن عرفی مطرح می‌کند، همان وطن اتخاذی را بیان می‌کند که نوعی از وطن عرفی است.

بنابر تعریف مشهور فقیهان، وطن شرعی شهری است که شخص در آن ملکی دارد و در آن ملک به مدت شش ماه اقامت کند و وقتی از آنجا اعراض کرد و شهر دیگری را به عنوان وطن برگزید، تا زمانی که ملک او در آن شهر باقی است، آنجا وطن شرعی او حساب می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۲۹).

۲. موافقان و مخالفان وطن شرعی

۲-۱. موافقان و مخالفان وطن شرعی

بنابر نظر برخی فقیهان اگر فرد در اثنای راه ملکی داشته باشد که شش ماه به صورت متوالی یا متفرق در آن استیطان کرده باشد، نماز او تمام است و شرط نیست که استیطان در ملک باشد؛ بلکه در بلدی که وی در آن است (کفایت می کند) و شرط نیست فرد دارای ملکی باشد که صلاحیت برای سکونت داشته باشد؛ بلکه اگر برای او مزرعه‌ای هم باشد، نماز تمام است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۹۰)؛ نیز در برخی کتاب‌های فقهی آورده‌اند با رسیدن به شهری که شخص در آنجا ملکی دارد و در آن شهر به مدت شش ماه یا بیشتر استیطان کرده باشد، نمازش تمام است؛ اگرچه پیش از تمام شدن ده روز، از آنجا قصد سفر داشته باشد. ایشان این مطلب را اجماعی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۳۸۰ق، ج ۲، ص ۱۰۲۹). البته لازم نیست وطن شرعی، بالفعل محل اقامت انسان باشد؛ بلکه وطن شرعی جایی است که انسان یک خانه ملکی در آنجا داشته باشد و سال‌های گذشته (مثلاً بیست یا سی سال قبل) در آنجا به مدت شش ماه به قصد وطنیت اقامت داشته است؛ ولی بعدها از اقامت در آنجا منصرف شده و از آنجا اعراض کرده است. در این صورت آن مکان، وطن عرفی او و محل اقامت او نیست؛ ولی مطابق برخی روایت‌ها تا زمانی که آن خانه در ملکیت او باقی است، تعبداً نماز او در آنجا تمام است. به چنین محلی، در اصطلاح وطن شرعی گفته می‌شود که مشهور میان قداما صحت آن است؛ ولی متأخرین حتی یزدی در عروه، این نظریه را رد کرده‌اند. البته سید در این مسئله به احترام نظریه و فتوای قداما، به احتیاط مستحبی قائل است (موسوی جزایری، ۱۳۹۱/۱۰/۲۶). نکته مهم در وطن شرعی این است که وطن شرعی جایی است که فرد در آنجا ملک دارد و شش ماه در آن اقامت کرده است؛ حتی اگر بعد از آن از محل برود یا اعراض کند؛ یعنی قصد زندگی در آن را نداشته باشد تا زمانی که در آنجا ملکی دارد، وطن شرعی او خواهد بود.

۲-۲. مخالفان وطن شرعی

آنچه از کلام بعضی از متاخرین ظاهر است، همانا وطن فقط یک قسم است که همان وطن عرفی است و آنجا محل و موطنی است که یا خود فرد در آنجا بدنیا آمده یا موطن آبا و اجداد اوست، یا اینکه آنجا را برای زندگی انتخاب کرده است. این گروه به وطن شرعی قائل نیستند.

صاحب عروه به ثبوت وطن شرعی قائل نیست. به نظر وی وقتی شخص مکلف در یک جایی ملکی داشته باشد و پس از اینکه آنجا به نیت وطن دایمی اتخاذ کرد و شش ماه هم در آنجا ساکن شد، مشهور این است که حکم وطن عرفی دارد و اگر از آنجا اعراض کرد، آنجا را وطن شرعی نامیده‌اند و به وجوب تمام خواندن نماز و صحیح بودن روزه حکم کرده‌اند؛ ولی از نظر خود صاحب عروه پس از اعراض، آنجا حکم وطن جاری نمی‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۴۲).

بروجردی در پایان بحث از وطن، نتیجه مباحث را با عنوان «تنبه و فذلکه لما سبق» چنین بیان می‌کنند: آنچه که اصحاب به عنوان قواطع سفر ذکر کرده‌اند و از جمله آنها مرور کردن بر ملکی که شش ماه در آن استیطان کرده است، مراد آنها قاطعیت تبعدیه است، نه قاطعیت حقیقه؛ به همین دلیل است که مرور کردن به دارالاقامة را که در عرف وطن نامیده می‌شود، ذکر نکرده‌اند؛ در حالی که روشن است که قاطعیت وطن، حقیقی است و نبود اخبار در این مورد، به سبب آن است که چنین وطنی در آن زمان محل بحث نبوده است (بروجردی، ۱۴۱۶ق، صص ۱۶۴-۱۶۶). با این بیان روشن می‌گردد که بروجردی در اینجا دیدگاه منسوب به مشهور را پذیرفته‌اند.

یکی از فقیهانی که منکر وطن شرعی است، سبزواری است. ایشان وطنی را که در روایت‌ها آمده است، همان وطن عرفی می‌داند و معتقد است روایت ابن بزيع در صدد بیان معنای تبعدی استیطان نیست؛ بلکه ذکر کردن شش ماه جاری مجرای تمثیل برای بیان کردن یکی از افراد آن چیزی است که استیطان به آن محقق می‌شود، نه اینکه بگوییم این شش ماه خصوصیت دارد؛ همان طور که منزل داشتن هم در لغت اعم از ملک است؛ از همین رو ایشان معتقد است وجهی ندارد که از صحیحه استفاده ملک شود؛ پس صحیحه ابن بزيع مخالفتی با معنای وطن عرفی ندارد. با توجه به این مطالب

ایشان معتقد است که استفاده کردن معنای تعبیدی در باب وطن از این اخبار بسیار بعید است؛ افزون بر اینکه شک در تعبیدیّت در عدم آن بر امور عرفی کفایت می‌کند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۳۶).

حکیم هم آورده است: وطن در وطن عرفی منحصر است؛ پس تعدد وطن عرفی ممکن است به اینکه فرد دو منزل در دو شهر یا دو قریه داشته باشد که قصد کند برای همیشه در آن دو سکونت داشته باشد و مقداری از سال را در هر یک از آنها زندگی کند؛ همچنین تعدد وطن عرفی ممکن است به اینکه فرد دو همسر در دو شهر داشته باشد و شش ماه از سال را در یکی و شش ماه را در دیگری به سر برد یا به صورت مختلف در آنها ساکن باشد؛ بلکه ممکن است کسی سه وطن داشته و بعید نیست که بیشتر از این هم باشد (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۸، ص ۱۱۱).

۳. مستندات موافقان و مخالفان وطن شرعی

با توجه به موافقان و مخالفان وطن شرعی، ضروری است که در این جایگاه به بررسی ادله موافقان و مخالفان وطن شرعی پرداخته شود.

۳-۱. ادله موافقان وطن شرعی

موافقان وطن شرعی برای اثبات ادعای خود به دو دلیل استناد می‌کنند:

دلیل اول؛ اجماع

اولین کسی که از عبارتهای او ادعای اجماع فهمیده شده است، علامه حلی در کتاب تذکره می‌باشد. ایشان در آنجا می‌نویسند: اگر در وسط مسافت برای فرد مسافر مکانی باشد که در آن ملک دارد و در آن ملک شش ماه استیطان کرده است، سفر او قطع می‌شود و از نظر علمای امامیه بر او واجب است که نماز را تمام بخواند (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۹۰). پس از ایشان ادعای شهرت بر وطن شرعی شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۴۷۳).

دلیل دوم؛ روایات

روایات را می‌توان در چهار دسته خلاصه کرد:

دسته اول روایت‌هایی است که به طور مطلق بیان می‌کند هرگاه فرد وارد قریه‌ای شود که ملکی در آنجا دارد، نماز او تمام است. این دسته از روایت‌ها داشتن ملک را کافی دانسته و قصد توطن را شرط نمی‌دانند که در ادله مخالفان، به اشکالات آن اشاره خواهیم کرد؛ از جمله این روایت‌ها، صحیحہ عبدالرحمن ابن حجاج از امام صادق علیه السلام است: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَسَافِرُ مِنْ أَرْضٍ إِلَى أَرْضٍ وَإِنَّمَا يَنْزِلُ قُرَاهُ وَضِعَعَتُهُ قَالَ إِذَا نَزَلْتَ قُرَاكَ وَأَرْضَكَ فَأَتِمَّ الصَّلَاةَ وَإِذَا كُنْتَ فِي غَيْرِ أَرْضِكَ فَقَصِّرْ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۴۲۹).

دسته دوم، روایت‌هایی هستند که مطلق داشتن ملک را شرط می‌دانند؛ چه قابل سکونت باشد و چه قابل سکونت نباشد؛ یعنی حتی اگر نخله‌ای هم در محلی داشته باشد، اگر در حال سفر از آنجا عبور کند، در این صورت هم نماز کامل است؛ چون به وطن رسیده است؛ از جمله این روایت‌ها، روایت موثقه عمار است که از امام صادق علیه السلام نقل گردیده است: «فِي الرَّجُلِ يَخْرُجُ فِي سَفَرٍ فَيَمُرُّ بِقَرْيَةٍ لَهُ أَوْ دَارٍ فَيَنْزِلُ فِيهَا قَالَ يَتِمُّ الصَّلَاةَ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا نَخْلَةٌ وَاحِدَةٌ وَلَا يَقْصِرُ وَلَا يَصُومُ إِذَا حَضَرَ الصَّوْمَ وَهُوَ فِيهَا» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۴۹۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۸۶، ص ۳۶).^۱

دسته سوم روایت‌هایی است که میان صورت استيطان و غیراستيطان تفصیل قائل شده‌اند. از این دسته روایت‌ها استفاده می‌شود که معیار در تمام خواندن نماز این است که آن محل وطن شخص باشد؛ مانند روایت علی بن یقطين از ابی الحسن ۷ که فرمود: «كُلُّ مَنْزِلٍ مِنْ مَنَازِلِكَ لَا تَسْتَوِيَنَّ فِيهِ فَعَلَيْكَ فِيهِ التَّقْصِيرُ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۱۳)؛ همچنین روایت حماد بن عثمان از امام صادق علیه السلام که فرمود: «فِي الرَّجُلِ يَسَافِرُ فَيَمُرُّ بِالْمَنْزِلِ لَهُ فِي الطَّرِيقِ يَتِمُّ الصَّلَاةَ أَمْ يَقْصِرُ قَالَ يَقْصِرُ إِنَّمَا هُوَ الْمَنْزِلُ الَّذِي تَوَطَّنَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۱۲).

۱. نظر مخالفان نیز در این مورد بیان خواهد شد.

دسته چهارم روایت‌هایی است که ثبوت وطن شرعی را به دو قید داشتن ملک و اقامت شش ماه مقید می‌کند؛ با این روایت‌ها دو دسته نخست روایت‌ها مقید می‌شوند. عمده دلیل موافقان همین روایات دسته سوم است؛ از جمله صحیح ابن بزیر که در آن آمده است: «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُقَصِّرُ فِي ضَيْعَتِهِ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ مَا لَمْ يَنْوِ مَقَامَ عَشْرَةِ أَيَّامٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهَا مَنْزِلٌ يَسْتَوِطُهُ، فَقُلْتُ: مَا الْإِسْتِيطَانُ؟ فَقَالَ: أَنْ يَكُونَ فِيهَا مَنْزِلٌ يُقِيمُ فِيهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتِيمٌ فِيهَا مَتَى دَخَلَهُ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۵۱؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۴۹۴) که در این مورد نیز آرای مخالفان در جای خود بیان خواهد شد. پس بنا بر نظر مشهور فقها، شرط مقبولیت وطن شرعی، دو قید ملک داشتن و اقامت شش ماه در آن محل خواهد بود.

مهم‌ترین روایتی که در میان روایت‌های بالا به آن بیشترین استناد شده است، روایت ابن بزیر می‌باشد. در این روایت امام سه قید مطرح کرده‌اند که هیچ کدام در صدق وطن عرفی شرط نیست:

۱. ملکیت: ظاهر صحیح این است که در این نوع وطن، داشتن ملک شرط است. برخی فقیهان «لام» در عبارت «له فیها منزل یستوطنه» را برای تملیک گرفته‌اند و معتقدند که امام در جواب سائل ملک را برای اتمام نماز شرط دانسته است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۰، ص ۲۴۴).
۲. شرط اقامه شش ماه: امام در عبارت «منزلٌ یقیمُ فیه ستة اشهر»، اقامت شش ماهه را در این نوع از وطن شرط دانسته‌اند؛ در حالی که این قید در صدق وطن عرفی شرط نیست و اگر فردی در سال سه یا چهار ماه هم در محلی زندگی کند، در اینکه آنجا وطن عرفی او باشد، کافی است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۰، ص ۲۴۵).
۳. شرط اقامه در منزل مملوک: ضمیر در «یستوطنه» و «یقیمُ فیه» مذکر است و به منزل بر می‌گردد؛ پس معنای کلام امام این است که اشکالی ندارد شخص در ضیعه، نماز را شکسته بخواند؛ مگر اینکه در آنجا منزلی داشته باشد و در آن استیطان کرده باشد؛ چون در جواب از استیطان، امام می‌فرماید: اینکه برای شخص در ضیعه منزلی باشد که در آن شش ماه اقامت کرده باشد. این عبارت

اشاره دارد به اینکه اقامت در منزل موضوعیت دارد. این در حالی است که متعارف از مفهوم استیطان وقتی به صورت مطلق می‌آید، استیطان در بلد یا قریه است، نه استیطان؛ چون توطن به حسب عرف بر داشتن ملک مسکونی متوقف نیست؛ از همین رو ابن‌بزیع بحث استیطان را سؤال می‌کند؛ چون متوجه شد که مقصود امام در اینجا وطن عرفی نیست (خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۰، ص ۲۴۴).

۲-۳. ادله مخالفان وطن شرعی

از دیدگاه موافقان وطن شرعی، بر اساس روایت ابن‌بزیع، کسی که در شهری ملکی داشته باشد و مدت شش‌ماه در آن ساکن شده باشد، آنجا وطن شرعی وی به شمار می‌رود. اما مخالفان وطن شرعی همان دو قید مسترج از روایت را نقد کرده‌اند و معتقدند این دو شرط در وطن اتخاذی از اقسام وطن عرفی مطرح است. نخست اینکه از کلمه «له» در جمله: «أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهَا مَنْزِلٌ يَسْتَوِطُّهُ»، ملکیت استفاده نمی‌شود؛ بلکه آن کلمه می‌تواند برای اختصاص باشد که با اجاره، امانت و عاریه سازگار است.

مثلاً فرد منزلی دارد که از آن استفاده کند؛ چه در تملیک وی باشد یا اینکه اجاره، امانت یا عاریه بوده باشد؛ زیرا در برخی روایت‌ها امام می‌فرماید: «منزله»؛ یعنی منزل به ضمیر اضافه شده است و در این مورد هم اختصاص کفایت می‌کند؛ پس نمی‌توان به قطع گفت این روایت‌ها مالکیت را می‌رساند (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۸، ص ۱۰۹).

نقد دوم اینکه چه کسی گفته است اقامت شش‌ماه برای یک‌بار، جهت تحقق صدق وطن شرعی کافی است؟ عبارت حضرت در صحیح ابن‌بزیع این است که «أَنْ يَكُونَ فِيهَا مَنْزِلٌ يُقِيمُ فِيهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ»؛ نه اینکه یک‌بار اقامت کرده باشد. فعل به کاررفته مضارع است و در معنای فعل مضارع استمرار وجود دارد ... صحبت در منزلی است که شخص، سالی شش‌ماه در آن می‌ماند و اصلاً اعراضی در کار نیست و این مسئله بر وطن عرفی صدق می‌کند؛ یعنی اگر کسی سالی شش‌ماه در جایی اقامت داشته باشد، گفته می‌شود که او دو وطن دارد (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۸، ص ۱۰۹).

نقد سوم اینکه روایت حضرت که فرمود یک نخله هم داشته باشد کافی است، مانند

روایتی است که اهل سنت به آن استناد می‌کنند: «فِي الرَّجْلِ يَحْرُجُ فِي سَفَرٍ فَيَمُرُّ بِقَرْيَةٍ لَهُ أَوْ دَارٍ فَيَنْزِلُ فِيهَا قَالَ يَتِمُّ الصَّلَاةَ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا نَخْلَةٌ وَاحِدَةٌ وَلَا يَقْضِرُ وَيُصْمِمُ إِذَا حَضَرَ الصَّوْمَ وَهُوَ فِيهَا» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۴۹۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۸۶، ص ۳۶). اولاً احتمال تقيه وجود داشته باشد؛ چون موافق نظر اهل سنت است؛ ثانیاً این روایت با صحیحہ ابن‌بزیع معارض است؛ چون در آن صحیحہ می‌فرماید که باید استیطان در منزل اتفاق بیافتد؛ ثالثاً این موثقه اصلاً ملکیت را ثابت نمی‌کند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، صص ۳۴۵-۳۵۱). نقد چهارم اینکه حضرت در صحیحہ ابن‌بزیع در مقام تفسیر استیطان (اتخاذ وطن) نبوده است تا با صرف اقامت شش‌ماهه، وطن دائمی ثابت شود. مفهوم استیطان روشن است و پرسیدن ندارد. ابن‌بزیع سؤال کرد به چه طریقی می‌توان اتخاذ وطن کرد و حضرت هم پاسخ فرمود (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۸، ص ۱۰۹). حضرت طبق این روایت می‌فرماید: «نماز آن شخص در ضیعه شکسته است. سپس استثنایی مطرح می‌کند و می‌فرماید مگر اینکه در آن محل، منزلی داشته باشد که آن را وطن خود قرار داده باشد؛ پس از بیان این استثنا، حضرت سکوت کرده و توضیح بیشتری نداده است و اگر سؤال راوی نبود، به همین مقدار که بر وطن عرفی دلالت دارد، اکتفا می‌کردند؛ ولی پس از سؤال راوی از معنای استیطان، حضرت می‌فرماید: استیطان، یعنی انسان منزلی داشته باشد که در آن به مدت شش‌ماه اقامت کرده باشد. جواب حضرت به این سؤال با وطن عرفی سازگار است، نه با وطن شرعی؛ زیرا حضرت با صیغه مضارع می‌فرماید: «أَنْ يَكُونَ فِيهَا مَنْزِلٌ يُقِيمُ فِيهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ». حال آنکه سؤال از شکسته یا تمام خواندن نماز است و استیطان در منزل نسبت به تمام خواندن نماز ماضی است؛ یعنی تمام خواندن نماز باید به استیطان و اقامه شش‌ماه مسبوق باشد؛ به عبارت دیگر در صورتی که آن شخص در گذشته به مدت شش‌ماه در این منزل اقامت داشته است، اکنون باید نماز را به صورت تمام بخواند؛ نه اینکه تمام خواندن الان نماز به خاطر اقامه آینده او در این منزل است؛ پس برای صدق معنای وطن شرعی لازم است حضرت با صیغه ماضی این مطلب را بیان کنند و بگویند: «أَنْ يَكُونَ فِيهَا مَنْزِلٌ أَقَامَ فِيهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ»؛ چون اقامه سته أشهر نسبت به اقامه نماز، سابق است و محل کلام نیز زمان نماز خواندن است؛ ازاین‌رو اقامه سته أشهر باید

به صورت ماضی و گذشته بیان شود؛ بنابراین از اینکه حضرت این مطلب را با صیغه ماضی نفرمود و از صیغه مضارع استفاده کرد، معلوم می‌شود کلام ایشان ناظر به وطن شرعی نیست؛ بلکه استعمال صیغه مضارع توسط ایشان یا ناظر به آینده است و یا ناظر به دوام و استمرار است؛ یعنی آن شخص باید همیشه و در هر سال، شش‌ماه در آن منزل اقامت داشته باشد؛ در این صورت کلام حضرت به افراد ذووطن ناظر است که یکی از مصادیق وطن عرفی می‌باشد و به معنای این است که انسان، شش‌ماه سال در آنجا و شش‌ماه دیگر در وطن دیگرش می‌ماند و این رویه را هر سال تکرار می‌کند؛ یعنی در گذشته بوده، الان نیز هست و در آینده هم باید باشد؛ پس مراد این روایت، وطن شرعی نیست، بلکه مراد وطن عرفی است.

با توجه به مطالب پیش گفته، چون شرط اقامت شش‌ماه و بحث ملکیت در روایات مطرح شده است، این بیشتر با بحث وطن اتخاذی مناسب است؛ افزون بر اینکه چون لام در روایت را برای اختصاص گرفته‌اند، بر ملکیت دلالت ندارد و ذکر منزل از باب غلبه است.

در خصوص اجماعی که موافقان بر آن قائل هستند، مخالفان معتقدند برخی گفته‌اند باید از اول قصد توطن دایمی وجود داشته باشد؛ وگرنه قصد اقامت شش‌ماه برای توطن کافی نیست (نجفی، بی تا، ج ۱۴، ص ۲۴۵). برخی هم ادعا کرده‌اند اصلاً مشهور فقها به ثبوت وطن شرعی قائل نیستند؛ بلکه معتقدند مسافر وقتی وارد مکانی شد که در آن ملکیت دارد و پیش‌تر در آنجا شش‌ماه سکونت داشته است، درحالی که هنوز حکم مسافر را دارد، به دلیل روایت ابن بزیع، وظیفه او تمام خواندن نماز است، نه اینکه شارع بر خلاف فهم عرف، معنای خاصی برای وطن جعل کرده باشد و این اشتباه برخی متاخران از کلمات مشهور است (بروجردی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۲۵)؛ بنابراین باید گفت که این شهرت تنها از زمان محقق و علامه تا زمان صاحب ریاض وجود داشته است؛ پس این شهرت از نوع شهرت فتوائیه است و اثبات وطن شرعی با آن امکان ندارد.

۳-۳. پاسخ موافقان وطن شرعی به نقدهای مخالفان

صاحب جواهر که از موافقان وطن شرعی است، در پاسخ به ادله مخالفان از جمله صاحب ریاض نکاتی را یادآور شده‌اند. ایشان می‌فرماید: «پاسخ نقد نخست به نظر صاحب جواهر این است که لام در کلمه «له» ظهور در ملکیت دارد و آنچه از «منزله» و «ضیعت» به ذهن می‌رسد و منسب به ذهن است، همان مالکیت است، نه اینکه ادنی ارتباط باشد» (نجفی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۵۰). در پاسخ نقد دوم باید گفت در صحیح ابن بزیر که اقامت شش ماه طرح شده، ظهور در همان یک بار است (نجفی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۵۱). در بحث وطن اتخاذی هم بیان شد که اقامت شش ماه لازم نیست؛ بلکه همین مقدار که عرف بگوید اینجا وطن فرد است کافی است؛ به بیان دیگر اگر قرار باشد طبق نظر مخالفان اقامت شش ماه و داشتن ملکیت در این بحث موضوعیت داشته باشد و فرد هر سال در محل مورد بحث حضور داشته باشد، آن هم شش ماه به صورت مستمر، این همان وطن اتخاذی است که البته در بحث وطن عرفی مطرح شد ملکیت شرط نیست؛ بلکه آنچه در وطن اتخاذی شرط بود، قصد اقامت و فراهم کردن مقدمات بود (نجفی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۵۲). خوبی نیز با اشاره به این نکته معتقدند از عبارت «أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهَا مَنْزِلٌ يَسْتَوِطُّهُ» فهمیده می‌شود که آن شخص باید در آن محل، یک خانه ملکیت داشته و در آن استیطان کرده باشد. حال آنکه در وطن عرفی، خانه ملکیت داشتن شرط نبوده است؛ بلکه صرف سکونت انسان در آن شهر کفایت می‌کند و وطنیت و استیطان در آن شهر حاصل می‌شود؛ یعنی انسان می‌گوید آن شهر وطن من است، نه آن خانه؛ پس این روایت، ناظر به وطن عرفی نیست؛ چون حضرت می‌فرماید اولاً خانه او باید ملک او باشد؛ ثانیاً باید آن خانه را استیطان کرده باشد که خلاف مبنای فقها در وطن عرفی است؛ زیرا در وطن عرفی لازم نیست انسان خانه ملکیت داشته باشد؛ بلکه اگر خانه استیجاری هم داشت یا اینکه خانه به دوش باشد، در صدق وطن عرفی کفایت می‌کند؛ چون میزان در وطن عرفی، اصل سکونت در یک شهر به قصد دایم است» (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۰، ص ۲۴۴).

برداشت منکران از فعل مضارع به کاررفته در روایت «إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهَا مَنْزِلٌ يَسْتَوِطُّهُ، فَقُلْتُ: مَا الْإِسْتِطَانُ؟ فَقَالَ: أَنْ يَكُونَ فِيهَا مَنْزِلٌ يُقِيمُ فِيهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ»، استمرار

برای شش ماه اقامت بوده است؛ زیرا پس از اینکه فرد شش ماه در جایی اقامت کرد، عرف می‌گوید که او مقیم آنجاست؛ همچنین واژه «استیطان» قید دوام را در خود دارد؛ اما از آنجا که حضرت استیطان را به شش ماه مقید کرده است، از واژه استیطان قید دوام فهمیده نمی‌شود و مقصود این است که استیطان شش ماهه داشته باشد؛ یعنی به مدت شش ماه در آنجا قصد توطن کند و این در خصوص وطن اتخاذی مطرح نیست؛ چون قصد اقامت شش ماه را شرط ندانستیم. البته ما قبول داریم که فعل در استمرار ظهور دارد؛ اما باید در اینجا به علت دو اجماع منقول (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۱۳۰ و شهید ثانی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۰۲۹) و شهرتی که در این مسئله وجود دارد، از این ظهور دست برداریم و دوام را قبول نکنیم؛ پس به جهت اجماع و شهرت باید از ظهور روایت دست برداریم و با توجه به عبارت صدر روایت صحیحۀ ابن ابی خلف، یعنی «إِنْ كَانَ مِمَّا قَدْ سَكَنَهُ»، اگر فرد پیش‌تر در آن مکان ساکن بوده باشد، نماز را باید تمام بخواند و با توجه به ذیل حدیث که می‌فرماید: «وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَمْ يَسْكُنْهُ»، به دلیل وجود حرف «لم» زمانی که فرد پیش‌تر در مکان مورد بحث ساکن نبوده باشد، آنجا برای او حکم وطن ندارد؛ بنابراین حرف «لم» اعراض بعدی را نشان نمی‌دهد (نجفی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۵۱).

اما با توجه به صحیحۀ حلبی «فِي الرَّجْلِ يَسَافِرُ فَيَمُرُّ بِالْمَنْزِلِ لَهُ فِي الطَّرِيقِ يَتِمُّ الصَّلَاةُ أَمْ يَقْضُرُ قَالَ يَقْضُرُ إِنَّمَا هُوَ الْمَنْزِلُ الَّذِي تَوَطَّنَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۱۲)، صاحب جواهر واژه «توطنه» را اصلاً صیغه مضارع نمی‌داند؛ بلکه آن را صیغه ماضی می‌خواند (نجفی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۵۲). البته این دلیل ایشان قانع‌کننده نیست؛ چون می‌توان فعل را به صیغه ماضی خواند تا دلیلی برای صاحب جواهر باشد و می‌توان به صورت صیغه مضارع خواند تا دلیل برای حرف صاحب ریاض و مخالفان وطن شرعی باشد؛ بنابراین این بخش از دلیل موافقان وطن شرعی در بحث فعل «توطنه» پذیرفتنی نیست و جای اشکال دارد.

صاحب جواهر در پاسخ نقد سوم می‌فرماید: مخالفان روایت موثقه عمار را جزو روایت‌هایی دانسته‌اند که باید آن را بر تقیه حمل کرد: «این روایت مضمونی دارد و

نمی‌گویند که اقامت بکند تا مثل قول اهل سنت باشد. این روایت از جهت ماندن و نماندن فرد اطلاق دارد؛ پس این روایت بر خصوص اقامه شش ماه حمل می‌شود و به این ترتیب در روایات شیعه داخل می‌گردد» (نجفی، بی تا، ج ۱۴، ص ۲۵۳).

ایشان در پاسخ نقد چهارم می‌نویسد: بر خلاف استدلال منکران، سکوت حضرت پس از عبارت «إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهَا مَنْزِلٌ يَسْتَوِطُهُ» دلالت ندارد بر اینکه مقصود در اینجا وطن عرفی است؛ چون ملاک وطن عرفی، استيطان در شهر است، نه استيطان در منزل؛ یعنی یک شهر، وطن انسان است نه یک خانه؛ از این رو به دلیل روشن نبودن مطلب و اینکه هیچ‌گاه انسان در یک خانه معین، قصد وطنیت برای آن خانه نمی‌کند، محمد بن اسماعیل بن بزيع دچار ابهام می‌شود و می‌پرسد که معنای استيطان چیست؟ و گرنه معنای لغوی استيطان برای او که به لغات عربی آگاه است، واضح است؛ اما از آنجا که حضرت استيطان را به خانه نسبت داده‌اند، این سؤال برای او مطرح می‌شود که «ما الإستيطان؟». پس از آن، حضرت معنای استيطان را شرح می‌دهد که «أَنْ يَكُونَ فِيهَا مَنْزِلٌ»؛ یعنی در آنجا منزلی خریده و مالک شده که این مالک شدن نیز از گذشته بوده است. سپس می‌فرماید: «يُقِيمُ فِيهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ»؛ یعنی پس از تملک، شش ماه در آن اقامت می‌کند؛ از این رو به کار رفتن فعل مضارع، از جهت مؤخر بودن اقامت، نسبت به تملک خانه است؛ به عبارت دیگر اقامه سِتَّةَ أَشْهُرٍ، نسبت به اکنون، ماضی است؛ ولی نسبت به تملک خانه، مضارع است و این دو با همدیگر منافاتی ندارند؛ پس فعل مضارع «يُقِيمُ» در این روایت، به همین مناسبت به کار رفته است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۰، ص ۲۴۴ - ۲۵۰ با تلخیص).

۴. دیدگاه برگزیده

نکته اینکه از ظاهر نظر مشهور بر می‌آید که وطن شرعی پس از اعراض از وطن اتخاذه به وجود می‌آید و مولود آن است؛ بنابراین وطن شرعی با بقای ملک پس از هجرت و اعراض از وطن اصلی نیز تحقق می‌یابد. دلیل مشهور بر اثبات وطن شرعی، صحیحه ابن بزيع است که در دسته چهارم از روایات قرار دارد. جمع میان طوائف سه گانه روایات

اول واضح است به اینکه مطلق با روایات مقید تقیید خورده است؛ اما کلام در جمع میان صحیح و طائفه سوم از روایت هاست که در لزوم استیطان عرفی ظهور دارد. مفاد صحیح ابن بزیر سه احتمال را در اینجا متصور می کند: اول اینکه بنابر فهم مشهور وطن شرعی با داشتن منزل که مملوک باشد، با اقامه شش ماه حاصل می شود؛ دوم اینکه وطن شرعی با اقامه شش ماه پیوسته در تمام ادوار سال حاصل می گردد؛ در نتیجه سوق دهنده به وطن عرفی است؛ سوم اینکه در روایت قید شش ماه قید نیت و قید اتخاذ باشد، نه قید منوی و متخذ؛ به این معنا که شخص نیت اقامت دائمی می کند، اما با نیت شش ماه در آنجا باقی می ماند.

در پاسخ به اینکه داشتن ملک هم در وطن شرعی شرط هست یا نه، برخی فقها معتقدند در چنین موردی باید احتیاط را ترك نکنیم، به ویژه آنچه را که مشهور اعتقاد دارد؛ زیرا مشهور معتقد بود که حصول وطن شرعی با اقامه شش ماه در منزلی که مملوک باشد، اتفاق می افتد.

همچنین در خصوص روایت های نماز مسافر برای اثبات وطن شرعی، باید گفت مدلول آنها مختلف است. برخی مجرد ملک را ملاک تمام بودن نماز می دانند و معتقدند هر کسی مزرعه ای داشته باشد و وارد آن شود، نماز در آنجا برای او تمام است. این روایات اگر قابل تفسیر بر آن چیزی باشد که بر اعتبار استیطان، آن هم به مدت شش ماه دلالت می کند، مسئله ای نیست و اگر این اعتبار را نتوان به دست آورد با روایت هایی که بر لزوم تقصیر در فرض پیش گفته دلالت دارند، در تعارض خواهند بود که یا باید به دلیل موافقت با عامه آنها را تقیه ای دانست یا چون با اطلاق لزوم تقصیر منافات دارد، باید کنار گذاشت. به هر حال این روایت ها برای منظور ما مفید نیست؛ پس نتیجه می گیریم که اگر شخص از وطنش اعراض کرد و در آنجا اصلاً ملکی نداشت، یا ملکی داشت که قابل سکنی نبود، یا ملک داشت و قابل سکنی بود؛ اما شش ماه آنجا سکونت نکرده بود، در هیچ صورت از این صورت ها خواندن نماز تمام ثابت نیست و باید به اطلاق های دال بر لزوم تقصیر عمل کرد که سالم از تخصیص اند و نماز را قصر خواند. فقط کلام در یک صورت مطرح است؛ آن هم در جایی که شخص در مکانی

ملکی داشته باشد که در آن به قصد توطن دائمی شش ماه سکونت کرده باشد؛ در این صورت مشهور فقها حتی پس از اعراض، هر چند قصد اقامت ده روز هم نداشته باشد، به اتمام نماز حکم کرده‌اند؛ مادامی که ملک باقی باشد و نام آن را هم وطن شرعی گذاشته‌اند.

بنابراین از ملاحظه نصوص در این مورد که به سبب اجماع و فتوای فقیهان پشتیبانی می‌شود، باید پذیرفت که اگر وطنیت مکانی از نظر عرف ثابت شود، وقتی فرد از آنجا اعراض کند و دیگر به عنوان وطن عرفی او نباشد، اما هنوز در آنجا ملکی دارد که شش ماه در آنجا ساکن بوده است، همین اکتفا می‌کند که آن وطن عرفی که از آن اعراض شده، عنوان وطن شرعی را به خود بگیرد.

نتیجه‌گیری

یکی از مباحثی که فقیهان در آن اختلاف نظر دارند، وطن شرعی است. عده‌ای از فقها بر این باورند که وطن شرعی در فقه و روایات مطرح نشده است و گروهی دیگر وطن شرعی را در تقسیم‌بندی وطن لحاظ می‌کنند. به اعتقاد گروه اول روایت‌هایی که گروه دوم به آن استناد می‌کنند، در خصوص وطن اتخاذی از اقسام وطن عرفی است و قسم جدیدی از وطن نیست. آنان معتقدند اولاً چون برخی از روایت‌های طرح‌شده از سوی موافقان با نظر اهل سنت موافق می‌باشد، احتمال اینکه تقیه در آنها راه یافته باشد، وجود دارد. از سوی دیگر در روایت بحث اقامت شش ماه مطرح است که با بحث وطن اتخاذی هماهنگی دارد؛ همچنین در روایت ابن‌بزیع فعل به صورت مضارع آمده است که استمرار در استیطان را می‌رساند و باز هم این مورد با وطن اتخاذی هماهنگ است؛ بنابراین روایت‌های ویژه وطن اتخاذی را طرح می‌کنند؛ اما موافقان وطن شرعی معتقدند روایات مطلق این باب به دلیل روایت دیگری از جمله خیر ابن‌بزیع مقید شده است. این صحیحه گویای این مهم است که هر مکانی با داشتن ملک و شش ماه سکونت در آن، وطن خواهد شد و با توجه به اینکه در وطن اتخاذی نیازی به داشتن ملک نیست، پس این روایت از وطن اتخاذی بحث نمی‌کند؛ بلکه مقصود وطن دیگری (شرعی) است.

فهرست منابع

- ابن بابويه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (ج ۱، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۲۱ق). المحکم والمحیط الأعظم (ج ۹، چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱۳، چاپ سوم). بیروت: دار صادر.
- اصفهانى، سید ابوالحسن. (۱۴۱۵ق). وسیلة النجاة (چاپ اول، شارح: سید روح الله موسوی خمینی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب الصلاة (ج ۳). قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
- بروجردی، سیدحسین. (۱۴۱۶ق). البدر الزاهر فی صلاة الجمعة والمسافر. قم: مکتبه آیت الله العظمی المنتظری.
- بروجردی، سیدحسین. (۱۴۲۶ق). تبیان الصلاة (ج ۲، چاپ اول). قم: گنج عرفان للطباعة والنشر.
- حائری یزدی، عبدالکریم. (۱۴۱۴ق). کتاب الصلاة (چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۸). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حکیم، سید محسن. (۱۳۷۴). مستمسک العروة الوثقی (ج ۸). قم: دار التفسیر.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ط الحدیثة: الطهارة الی الجعالة، ج ۴). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی (ج ۲۰). قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.

- دهقان، مهناز. (۱۳۹۸). بررسی انواع وطن در فقه. نشریه مطالعات قرآنی نامه جامعه، ۱۷(۱۳۱)، صص ۹۱-۱۱۹.
- سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۸ق). ضیاء الناظر فی أحكام صلاة المسافر. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام (ج ۹). قم: السيد عبدالاعلی السبزواری.
- صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۲۳ق). الفتاوی الواضحه. بیروت: مرکز الابحاث والدراسات التخصصیه للشهید صدر.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی (ج ۲ و ۳). (أعلام العصر، مؤسسة الأعلمی، محشی: مراجع تقلید). بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات (ج ۱). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (تحقیق: خرسان، ج ۳، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- عاملی (شهید اول) محمد بن مکی. (۱۴۱۹ق). ذکرى الشیعه فی احکام الشریعه (ج ۹). قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
- عاملی (شهید ثانی) زین الدین بن علی. (۱۳۸۰). روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان (ج ۲). قم: بوستان کتاب قم (مرکز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامی).
- عمید، حسن. (۱۳۶۴). وطن و سرزمین و آثار حقوقی آن از دیدگاه فقه اسلامی. تهران. دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (ج ۲، چاپ دوم). قم: مؤسسه دار الهجرة.
- کمپانی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۹ق). صلاة مسافر. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار (ط - بیروت، چاپ دوم). بیروت: دار
إحياء التراث العربی.
محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (ج ۴). قم:
اسماعیلیان.
محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ط. الحدیثه، ج ۴). قم: مؤسسه
آل‌البتّه لإحياء التراث.
موسوی جزایری. (۱۳۹۱). درس خارج فقه.
ناصرزاده، زهرا. (۱۳۹۸). وطن شرعی کجاست (چاپ اول). پژوهندگان راه دانش.
نجفی، محمدحسن. (بی‌تا). جواهر الکلام (ط. القدیمة، ج ۱۴). بیروت: دار إحياء
التراث العربی.

References

- Ameli (Shahid Awwal), M. (1999). *Dhikra al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a* (Vol. 9). Qom: AlulBayt Foundation. [In Arabic]
- Ameli (Shahid Thani), Z. (2001). *Rawdat al-Jinan fi Sharh Irshad al-Azhan* (Vol. 2). Qom: Bustan Ketab Qom (Islamic Media Center). [In Arabic]
- Amid, H. (1985). Homeland and land and its legal effects from the perspective of Islamic jurisprudence. Tehran. Islamic culture publishing office. [In Persian]
- Ansari Dezfuli, M. (1996). *Kitab al-Salat* (Vol. 3). Qom: International Congress for the Commemoration of Sheikh Ansari. [In Arabic]
- Borujerdi, S. H. (1997). *Al-Badr al-Zahir fi Salat al-Jumu'ah wa al-Musafir*. Qom: Ayatollah al-Uzma Montazeri Library. [In Arabic]
- Borujerdi, S. H. (2006). *Tafseer al-Salat* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Ganji Irfan Press. [In Arabic]
- Dehghan, M. (2018). Examining the types of homeland in jurisprudence. *Journal of Qur'anic Studies, Nameh Jamia*, 17(131), pp. 91-119. [In Persian]
- Esfahani, S. A. (1996). *Wasilat al-Najat* (1st ed.). Commentary by: Musawi Khomeini, Sayyid Ruhollah. Qom: Imam Khomeini Publication Institute. [In Arabic]
- Fayumi, A. (1995). *Al-Misbah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabir li al-Rafi'i* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Dar al-Hijrah Foundation. [In Arabic]
- Ha'iri Yazdi, A. (1995). *Kitab al-Salat* (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office, Qom Seminary. [In Arabic]
- Hakim, S. M. (1995). *Mustamsik al-Urwat al-Wuthqa* (Vol. 8). Qom: Dar al-Tafseer. [In Arabic]
- Helli, H. (1995). *Tadhkirat al-Fuqaha* (from Taharah to Ja'alah, Vol. 4). Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
- Hur Ameli, M. (1994). *Wasa'il al-Shi'a* (Vol. 8). Qom: Al-Bayt Foundation. [In Arabic]

- Ibn Babawayh, M. (1994). *Man la yahduruhu al-Faqih* (Vol. 1, 2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Ibn Manzur, M. (1995). *Lisan al-Arab* (Vol. 13, 3rd ed.). Beirut, Lebanon: Dar al-Sadr. [In Arabic]
- Ibn Sidah, A. (2000). *Al-Muhkam wal-Muheet al-Azam* (Vol. 9, 1st ed.). Beirut, Lebanon: Dar al-Kutub al-Ilmiyah. [In Arabic]
- Khoi, S. A. (1999). *Mawsu'at al-Imam al-Khoi* (Vol. 20). Qom: Imam Khoi Foundation. [In Arabic]
- Kompani Esfahani, M. H. (1994). *Salat al-Musafir*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Majlesi, M. B. (1996). *Bihar al-Anwar* (2nd ed.). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
- Muhaqqiq Helli, J. (1995). *Sharai al-Islam fi Masail al-Halal wa al-Haram* (Vol. 4). Qom: Ismailian. [In Arabic]
- Muhaqqiq Helli, J. (1999). *Riyadh al-Masail* (Vol. 4). Qom: Mu'asisah Alulbayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]
- Musawi Jazayeri, S. M. (2012). *Dars Kharij Fiqh*. [In Persian]
- Najafi, M. H. (n.d.). *Jawahir al-Kalam* (Old ed., Vol. 14). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi.
- Naserzadeh, Z. (2018). *Where is the religious homeland* (first edition) Researchers of the path of knowledge. [In Persian]
- Sabzewari, S. A. (1994). *Muhtazab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram* (Vol. 9). Qom: Sayyid Abdul-Ali Sabzewari. [In Arabic]
- Sadr, S. M. B. (2004). *Al-Fatawa al-Wadhihah*. Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr. [In Arabic]

- Sobhani Tabrizi, J. (1999). *Diya' al-Nazir fi Ahkam Salat al-Musafir*. Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
- Tabataba'i Yazdi, S. M. K. (1994). *Al-Urwat al-Wuthqa* (Vol. 2 & 3). Beirut: Al-Alami Press, Commentary by: Maraja' Taqleed. [In Arabic]
- Tabataba'i Yazdi, S. M. K. (2007). *Al-Urwat al-Wuthqa with Commentaries* (Vol. 1). Qom: Imam Ali ibn Abi Talib Seminary Publications. [In Arabic]
- Tusi, M. (1995). *Tahdhib al-Ahkam* (Khersan, Ed, Vol. 3, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah. [In Arabic]

The Establishment of the Criterion of Lenient (Emtenani) Rulings within Islamic Law and Their Implications in Jurisprudence and Iranian Civil Law¹ *

Saeid Zamani² 

Mostafa Gheibi³ 

2. Level Four Seminary Student, Qom Seminary, Qom, Iran (Corresponding Author)
Aqhlesorkh@gmail.com

3. Senior Instructor, Islamic Seminary of Qom, Qom, Iran
Marandmarandy491@gmail.com




Abstract

In Imamiya jurisprudence, lenient or *emtenani* rulings refer to those enacted by the Lawgiver to ease difficulties or alleviate hardship under specific conditions for certain individuals. The effects and requirements of such rulings in jurisprudence and civil law include the suspension or non-implementation of primary rulings and the restriction or expansion of primary rulings in cases of leniency. However, applying these effects depends on understanding the concept and instances of lenient rulings, which are clear for some rulings but disputed for others. Therefore, the primary question is whether a criterion exists to identify lenient religious

1. This article is derived from a Level Three thesis in Islamic Seminary entitled “*The Indication of Lenient (Emtenani) Rulings on Determination or Dispensation and Its Jurisprudential Applications*” (Supervisor: Mostafa Gheibi), Qom Seminary, Qom, Iran.

* **Cite this article:** Zamani, S., & Gheibi, M. (2024). The Establishment of the Criterion of Lenient (Emtenani) Rulings within Islamic Law and Their Implications in Jurisprudence and Iranian Civil Law. *Journal of Fiqh*, 31(118), 87-117. <https://doi.org/10.22081/jf.2024.68547.2775>

 **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

 **Received:** 2024/02/10 •  **Revised:** 2024/06/30 •  **Accepted:** 2024/10/31 •  **Published online:** 2024/11/20

© The Authors



rulings and distinguish them from non-lenient ones. In this article, we first aim to establish a criterion for recognizing lenient rulings based on the evidence of religious rulings, which consists of two features: ease and reduction of burden, as well as the possibility of enacting burdensome rulings. Second, we apply this criterion to certain rulings—such as the rulings of Hadith al-Raf' (the hadith of exemption), negation of harm (*nafy darar*), negation of hardship (*nafy haraj*), and negation of domination (*nafy sabil*)—and examine the implications of differing views on their leniency in the context of Islamic jurisprudence and Iranian civil law.

Keywords

Lenient rulings, leniency criterion, facilitative ruling, state of necessity, harm removal.

تأسیس ضابطه امتنای بودن حکم شرعی و آثار

آن در فقه و حقوق مدنی ایران*

سعید زمانی^۲ مصطفی غیبی^۳

۲. طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

Aqhlesorkh@gmail.com

۳. استاد سطح عالی حوزه علمیه قم، قم، ایران

Marandmarandy491@gmail.com

چکیده

احکام امتنای در اصطلاح فقه امامیه، به احکامی گفته می‌شود که از سوی شارع همراه با تسهیل و رفع مشقت، در شرایط خاص و برای افراد خاص تشریح می‌شود. از جمله آثار و لوازم این احکام امتنای در فقه و حقوق، می‌توان به رفع یا عدم فعلیت حکم اولی و تضییق یا توسعه احکام اولی در موارد امتنان اشاره کرد؛ با وجود این ترتب این آثار و لوازم امتنای بودن حکم، بر شناخت مفهوم و مصادیق حکم امتنای متوقف است که نسبت به برخی از احکام واضح و نسبت به برخی دیگر، مورد اختلاف است؛ از این رو مسئله اصلی این است که آیا ضابطه‌ای برای تشخیص احکام امتنای شرعی، و تمیز آنها از احکام غیر امتنای وجود دارد یا خیر؟ در این مقاله با توجه به ادله احکام شرعی، در درجه اول کوشیده‌ایم ضابطه‌ای برای شناخت حکم امتنای ارائه دهیم که متشکل از دو ویژگی تسهیلی و تخفیفی بودن حکم و

۱. این مقاله برگرفته است از: پایان‌نامه سطح سه با عنوان: «دلالت احکام امتنای بر عزیمت یا رخصت و تطبیقات فقهی آن» (استاد راهنما: مصطفی غیبی). حوزه علمیه قم، قم، ایران.

* **استاد به این مقاله:** زمانی، سعید و غیبی، مصطفی. (۱۴۰۳). تأسیس ضابطه امتنای بودن حکم شرعی و آثار آن در فقه و حقوق مدنی ایران. فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۸۷-۱۱۷.

<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68547.2775>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۱ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۱۰ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



ممکن بودن جعل حکم مشقّت بار است. در درجه دوم ضمن تطبیق این ضابطه بر برخی از احکام که مشهور فقها به امتنانی بودن آنها قائل اند -مانند احکام حدیث رفع، نفی ضرر، نفی حرج، نفی سبیل - ، به ثمره اختلاف در امتنانی بودن و نبودن آنها در فقه و حقوق مدنی ایران پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها

احکام امتنانی، ضابطه امتنانی، حکم تسهیلی، حال اضطرار، رفع ضرر.

مقدمه

قانون مدنی ایران بر مبنای فقه امامیه تدوین شده و به اتفاق حقوق دانان، فقه امامیه منبع اصلی قانون مدنی به شمار می آید؛ از همین رو توجه به ویژگی های فقه امامیه و اصول حاکم بر آن، برای فهم و تفسیر حقوق مدنی ضروری می نماید.

مواد قانون مدنی را با توجه به اینکه ویژه یکی از ابواب حقوقی است یا در همه ابواب حقوقی جریان دارد، می توان به قوانین خاص و عام تقسیم کرد؛ چنان که همین تقسیم در احکام فقهی نیز جریان دارد. اهمیت پژوهش درباره این قوانین عام که به قواعد فقهی شناخته می شوند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۳، ص ۵؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۲۰)، با توجه به جریان آنها در همه ابواب فقهی و حقوقی و عدم اختصاص به یک یا چند مسئله روشن می گردد؛ وانگهی همان طور که خود این قوانین از فقه امامیه گرفته شده است، برای فهم آثار و نتایج مترتب بر آنها نیز باید به منبع اصلی آن مراجعه شود.

یکی از مهم ترین مباحث درباره قواعد عام فقهی، توجه به وجه جعل این گونه احکام است؛ توضیح اینکه گرچه جعل تمام احکام شریعت، لطف و امتنانی از سوی خداوند متعال بر بندگان و غرض از آن، رسیدن خود انسان به سعادت و کمال است (شیخ طوسی، ۱۳۷۵ق، ص ۶۳؛ سید مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۱۳) و از همین رو شریعت اسلامی در برخی روایات به شریعتی سمحه سهله نام گذاری شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۹۴)، واژه امتنان چنانچه از کلام فقها بر می آید، اصطلاح خاصی است که با توجه به ادله شرعی تنها به برخی از احکام شرعی نسبت داده می شود (عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۶۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۶۱؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۲۶)؛ یعنی در این احکام نوع خاصی از امتنان مورد توجه شارع بوده که در دیگر احکام مورد توجه ایشان نبوده است و اساساً وجه جعل این قوانین امتنانی بودن آنهاست.

اگر ثابت شود که شارع نسبت به حکمی از احکام شرعی در مقام امتنان خاص بوده است، این مطلب نزد فقیهان یک قرینه به شمار می آید تا آثار و لوازمی را بر آن حکم مترتب کنند که در غیر این صورت، مترتب نمی کردند؛ مانند اینکه گاهی امتنانی بودن

یک حکم نزد ایشان موجب تضييقِ دائرهٔ حکم ديگر مي‌شود؛ مانند اينکه نفي حکم ضرري از باب امتنان موجب تضييق احکام اولي و اختصاص آنها به غير از موارد ضرر مي‌شود و گاهي موجب توسعهٔ آن مي‌شود؛ مانند اينکه جعل قاعدهٔ طهارت و حليت از باب امتنان موجب توسعه شده و طهارت و حليت موارد مشکوک را نيز ثابت مي‌کند.

بنابراين حکم و قانون امتناني، يک اصطلاح فقهي خاص با مصاديق خاص است که پيامدهاي فقهي و حقيقي ويژه‌اي دارد و ترتيب اين آثار و لوازم، متوقف بر شناخت مصاديق حکم امتناني، و شناخت مصاديق حکم امتناني هم بر شناخت ضابطهٔ امتناني بودن حکم متوقف است؛ با اين حال اگرچه فقيهان به ويژگي‌هاي حکم امتناني توجه داشته‌اند، هيچ گاه به صورت ويژه در صدد بيان اين ويژگي‌ها به عنوان ضابطهٔ امتناني بودن حکم شرعي نبوده‌اند تا با توجه به آن، بتوان قواعد عام امتناني را از قواعد عام غيرامتناني بازشناخت.

هدف اصلي اين پژوهش تاسيس يک ضابطه و معيار براي امتناني شمردن حکم شرعي و تميز آن از احکام غيرامتناني، با توجه منبع اصلي احکام، يعني ادلهٔ شرعي و با استفاده از آراي فقها مي‌باشد.

اينکه مقصود از حکم امتناني و حکم غيرامتناني چيست؟ معيار و ضابطهٔ حکم امتناني که آن را از احکام غيرامتناني جدا مي‌کند، چيست و چگونه مي‌توان از ادلهٔ شرعي، امتناني بودن حکم را استفاده کرد؟ بي توجهي به ضابطهٔ حکم امتناني و اختلاف در ارکان آن چه تأثيري بر مسائل فقهي دارد؟ از جمله پرسش‌هاي اساسي است که اين مقاله به روش تحليلي و با استفاده از شواهدی که در عبارت‌هاي فقيهان اماميه وجود دارد، در صدد پاسخ به آنهاست.

دربارهٔ موضوع اين پژوهش، اگرچه در عبارت‌هاي فقيهان و اصوليان اماميه مي‌توان شواهد و قرائني بر ضابطهٔ امتناني بودن حکم امتناني به دست آورد، نگاهشتهٔ مستقل و درخوري که در صدد ارائه و تاسيس ضابطهٔ امتناني بودن حکم شرعي باشد، يافت نشد. از ميان مقالات نيز برخي مانند مقالهٔ «مفهوم‌شناسي احکام امتناني» از محمدعلي

خادمی کوشا و مقاله «مفهوم‌شناسی امتنان و سنجش با واژگان مشابه» از بهروز مجدخوانی و دیگران، تنها به مفهوم‌شناسی واژه «احکام امتنانی» و «امتنان» اختصاص یافته است و برخی دیگر مانند دو مقاله «تطبیقات فقهی شرط موافقت با امتنان در اجرای براءت شرعی» و «تطبیقات فقهی آثار مخالفت با امتنان در اجرای براءت شرعی» از محمدعلی خادمی کوشا، امتنانی بودن براءت شرعی را مفروغ‌عنه دانسته و به پیامدهای موافقت و مخالفت با آن پرداخته‌اند؛ همچنین مقاله «نقش امتنائیت دلیل در محدودسازی حکم» از محمدعلی خادمی کوشا به یکی از آثار امتنانی بودن حکم، یعنی قرینیت امتنان بر محدودسازی حکم اشاره داد. این در حالی است که پژوهش حاضر با رویکرد تحلیلی، ضمن بهره‌گیری از پژوهش‌های پیشین، با توجه به شواهد و قرائن در صدد ارائه و تأسیس یک ضابطه برای شناخت احکام امتنانی و تمییز آن از احکام غیرامتنانی برآمده و ضمن آن به برخی از پیامدهای فقهی و حقوقی مسئله پرداخته است و از این جهات نسبت به نگاشته‌های پیشین تمایز داد.

۱. تعریف حکم امتنانی

حکم امتنانی یا احکام امتنانی، واژه مرکبی است که یک اصطلاح مستحدث به شمار می‌آید و در عصر اخیر در میان فقیهان رواج یافته است و جستجوی عبارت‌ها و کتاب‌های فقهی متقدم نشان می‌دهد از این واژه مرکب استفاده‌ای نمی‌شده است؛ اگرچه امتنانی بودن برخی از احکام و در مقام امتنان بودن، برخی از آیات و روایت‌ها نزد قدما نیز مسلم بوده است (سید مرتضی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۰۰؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، صص ۴۲-۴۳؛ ابن شهر آشوب، ۱۳۶۹ق، ج ۲، ص ۱۵۹؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۸۰)؛ با این حال می‌توان گفت این اصطلاح و اسناد امتنانی بودن به برخی از احکام، پس از عصر شیخ انصاری شیوع پیدا کرده و از نظریه ایشان مبنی بر تأثیر امتنانی بودن یک حکم در محدودسازی حکم دیگر و تقدم حکم امتنانی بر ادله اولی تأثیر پذیرفته است (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، صص ۳۴۰ و ۵۳۶؛ انصاری، ۱۴۱۴ق، صص ۱۲۱ و ۱۲۴-۱۲۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۸۷).

ارائه تعریف تفصیلی و منطقی - تعریف جامع و مانع - از حکم امتنانی، در گرو

شناخت تمام قیود و ضابطه امتنانی بودن حکم است که موضوع اصلی این پژوهش به شمار می‌رود؛ از این رو موضوع بحث اقتضا می‌کند که تعریف دقیق و تفصیلی آن در پایان بحث و پس از بیان ضابطه ارائه شود؛ با این حال برای درک مباحث پیش رو، به اجمال می‌توان گفت با توجه به اضافه‌واژه «حکم» به واژه «امتنان» و استعمال این واژه در عبارت‌های فقیهان و اصولیان، احکام امتنانی در اصطلاح ایشان، احکامی است که شارع مقدس از باب تسهیل و رفع مشقت، در شرایط خاص و با لحاظ امتنان خاص جعل کرده است؛ بیش از امتنان عام که در جعل همه احکام شریعت وجود دارد؛ بنابراین با وجود امتنانی بودن تمام احکام شرعی الهی، تعبیر حکم امتنانی یک اصطلاح خاص است و استفاده از این اصطلاح برای تمام احکام شرعی، خارج از اصطلاح فقهی است و مقصود فقیهان از احکام امتنانی، امتنانی بودن تشریح اصل دین و جعل احکام شریعت به لحاظ غرض و هدف آن، یعنی رشد و کمال انسان نیست.

۲. ضابطه امتنانی بودن حکم شرعی

دو ویژگی مهم برای شناسایی امتنانی بودن حکم، تشخیص و تمیز آن از احکام غیرامتنانی وجود دارد که همراهی این دو ویژگی در یک حکم، ضابطه امتنانی بودن آن حکم به معنای خاص و اصطلاحی خواهد بود.

۱-۲. ویژگی اول: تسهیلی و تخفیفی بودن

فقیهان و اصولیان برخی از احکام را امتنانی شمرده و با عبارت‌های مختلفی به آن اشاره کرده‌اند؛ مانند اینکه حکمی را ارفاقی دانسته‌اند که برای توسعه بر افراد جعل شده است (آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۶، ص ۱۵۰)؛ همچنین در مواردی دلیل یک حکم را در مقام بیان امتنان بر امت با تخفیف و تسهیل دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۶۷) و در موارد متعددی، واژه امتنان همراه با تسهیل و تخفیف و رفع مشقت و ضیق و سختی ذکر شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۷۵؛ آملی، ۱۳۸۰ق، ج ۱۱، ص ۱۵۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۶ و ۱۸ و ۳۹۲). همه این تعبیرها، بیانگر این نکته است که حکم امتنانی باید حکمی تسهیلی،

تخفیفی و رافع مشقت و سختی باشد و موجب توسعه بر افراد شود.

در تمام مواردی که فقیهان به امتنانی بودن حکم تصریح کرده‌اند، می‌توان به این نکته پی برد که فقها حکم و قانونی را امتنانی دانسته‌اند که شارع در شرایطی برای گروهی از مردم و مخاطبان قانون، امتنان و تخفیف خاصی قرار داده و از حکمی که موجب مشقت - تحصیل علم و یقین، تحمل ضرر، تحمل عسر و حرج و غیر آن - بر آن افراد می‌شود، دست برداشته و در عوض، حکم آسان‌تر، تخفیفی و ارفاقی قرار داده است؛ بنابراین ویژگی نخست برای امتنانی بودن حکم، همان تسهیلی و تخفیفی بودن حکم است که نشان می‌دهد در معنای اصطلاحی، جوهره معنای لغوی واژه امتنان نیز لحاظ شده است.

۲-۲. ویژگی دوم: وجود مقتضی برای جعل حکم و قانون مشقت‌بار

مواردی که شارع حکم تسهیلی و تخفیفی جعل می‌کند یا به رفع حکم دشوار و مشقت‌بار حکم می‌کند، دو صورت دارد:

صورت اول: گاهی از نظر عقل و عقلا در عالم ثبوت، مقتضی برای جعل حکم سخت و مشقت‌بار وجود ندارد؛ در این صورت آن حکم هر چند آسان و سهل باشد، قانون امتنانی به معنای اصطلاحی نخواهد بود.

صورت دوم: گاهی از دیدگاه عقل و عقلا، در عالم ثبوت، مقتضی برای بقا یا جعل حکم سخت و مشقت‌بار وجود دارد؛ ولی با این حال شارع برای تسهیل و تخفیف، به رفع یا عدم جعل آن حکم می‌کند؛ در این صورت حکم شارع در اصطلاح امتنانی خواهد بود (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۳۵۷؛ آملی، ۱۳۸۰، ج ۱۱، ص ۲۴۶؛ شاهرودی، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۳۵). وجود مقتضی برای جعل حکم مشقت‌بار، از لحاظ ثبوتی به سه صورت قابل تصویر است:

۱. ممکن است دلیل شرعی وجود داشته باشد بر اینکه حکمی مشقت‌بار در ادیان دیگر و برای امت‌های گذشته تشریح شده، اما در شریعت اسلامی جعل نشده است.
۲. ممکن است دلیل شرعی وجود داشته باشد بر اینکه حکمی مشقت‌بار در ابتدای

شریعت اسلام جعل شده، اما پس از مدتی نسخ و حکم دیگری به جای آن جعل شده باشد.

۳. ممکن است حکم اولی مشقت‌بار نخست به ادله عام یا مطلق بر همه افراد جامعه یا همه زمان‌ها ثابت شده و سپس حکم ثانوی دلالت بر رفع آن در زمان و مکان خاص، یا از گروه خاصی از افراد داشته باشد.

در تمام این موارد این نکته مشترک وجود دارد که در موارد خاصی که شارع می‌توانست حکمی را برای تحصیل واقع و رسیدن به مصالح واقعی با سخت‌گیری جعل کند، یا حکم اولی را که پیش‌تر جعل شده بود، به دلیل مصالح دیگر - مانند مصلحت تسهیل - باقی بگذارد، صرفاً بر اساس رحمت و رأفت (عراقی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۱۶۲) از الزام بر تحصیل واقع دست کشیده و حکمی را که اجرای آن ساده‌تر و راحت‌تر است، به جای آن جعل کرده است؛ به گونه‌ای که جعل آن حکم برای حال فرد بهتر است (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۴۸۱)؛ از این رو گفته می‌شود با وجود مقتضی برای جعل یا ابقای حکم مشقت‌بار، شارع از روی امتنان از آن دست برداشته است.

البته ذکر قید «مشقت‌بار» در ویژگی دوم، بدین خاطر است که ندیشمندان درباره اینکه حکم امتنانی، فقط حکم الزامی را رفع می‌کند و مانع از عدم جعل یا فعلیت آن است، یا افزون بر رفع حکم الزامی، احکام غیرالزامی را نیز رفع می‌کند، اختلاف نظر دارند. برخی از فقیهان قائل‌اند که هیچ لطف و امتنانی در رفع حکم غیرالزامی، مانند استحباب وجود ندارد؛ زیرا اساساً کلفت و مشقتی در وضع احکام غیرالزامی نیست تا رفع آن امتنانی باشد؛ بلکه مکلف از آغاز مخیر است که آن را انجام بدهد یا انجام ندهد (میلانی، ۱۳۹۵ق، ج ۲، ص ۴۱ قمی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص ۳۹-۴۰ و ۴۲۸؛ محقق داماد، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۶۷).

برخی دیگر از فقیهان مانند محقق خویی می‌فرمایند: این کلام به طور کلی صحیح نیست؛ زیرا درباره اینکه رفع استحباب مخالف با امتنان است یا نیست، باید ادله هر یک از احکام امتنانی ملاحظه شود؛ مانند اینکه نسبت به برائت و «رفع ما لایعلمون»، لسان دلیل به شکلی است که شامل رفع حکم غیرالزامی هم می‌شود و با امتنانی بودن رفع آن

منافاتی ندارد؛ زیرا چه‌بسا حکم استجابی، موجب کلفت و مشقت بر گروهی از مردم باشد - به‌ویژه برای اشخاص متدین و کسانی که مقید به انجام مستحبات هستند - از این رو رفع آن امتنانی است، اما نسبت به دلیل لاضرر چنین نیست؛ بلکه ادله آن بر رفع احکام استجابی ضرری دلالت ندارند؛ از این رو این حکم امتنانی شامل حکم غیرالزامی نمی‌شود (خوبی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۴۲؛ خوبی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۱۱۸)؛ بنابراین تعبیر به امکان جعل حکم مشقت‌بار در اینجا جامع بین هر دو نظریه است.

با توجه به آنچه گذشت، روشن می‌شود که مجموع این دو ویژگی، شرط امتنانی بودن حکم است و اجتماع هر دو ویژگی، ضابطه امتنانی بودن حکم را تشکیل می‌دهند؛ بنابراین حکمی که فقط ویژگی اول، یعنی سهولت و تخفیف را داشته باشد، حکم امتنانی نخواهد بود؛ مانند اینکه در جعل نشدن قوانینی که شخص قدرت و طاقت عقلی، عرفی و شرعی بر انجام دادن آنها را ندارد - مانند رفع حرمت از شیئی که خارج از ابتلای فرد است (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۲۸۷) - یا احکامی که شخص قدرت عقلی بر اجرای مخالف آن را ندارد، یا جعل حکم مخالف آن بر مکلف از سوی شارع حکیم، قبیح و ممتنع است، گفته نمی‌شود از روی امتنان جعل نشده یا از روی امتنان جعل شده است؛ اگرچه تسهیل و تخفیف وجود دارد؛ زیرا حکمی که جعل آن ممکن نیست، رفع آن حکم امتنان نخواهد بود (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۵۳)؛ همچنین در موارد متعددی در قوانین بین دو دسته از افراد اختلاف وجود دارد؛ به این صورت که حکم و قانون گروهی نسبت به گروه دیگر آسان‌تر است - چنانچه اختلاف احکام حدود و مجازات‌های اسلامی، بین زن و مرد، به این صورت که مجازات زن نسبت به مرد آسان‌تر است؛ مانند اختلاف مجازات بین زن و مرد مرتد، یا اختلاف بین زن و مرد در احکام ارث و نکاح و طلاق - اما این تفاوت در احکام موجب نمی‌شود که حکم آسان‌تر برای یک گروه، جزو احکام امتنانی به شمار بیاید؛ زیرا جعل حکم مشقت‌بار نسبت به زن، قابل احراز نیست.

همچنین حکمی که ویژگی دوم، یعنی اقتضای جعل حکم مشقت‌بار را به تنهایی داشته باشد و خداوند حکم دیگری را به جای آن جعل کند که هیچ ارفاق یا تسهیل و

تخفیفی در آن وجود ندارد، در اصطلاح حکم امتنانی نخواهد بود؛ مانند اینکه ممکن است در بسیاری از احکام شرعی، مقتضی جعل تکلیف سخت‌تر وجود داشته باشد؛ مانند امکان جعل وجوبِ روزه ماه شوال، علاوه بر ماه رمضان؛ اما با وجود حکم الزامی، نسبت به عدم جعل زائد بر آن، امتنان اصطلاحی و خاص صدق نمی‌کند. یا در صورتی که رفع یک حکم الزامی موجب ثبوت حکم الزامی دیگری شود، رفع حکم امتنانی نخواهد بود؛ از همین رو برخی فقیهان فرموده‌اند احکام امتنانی، موجب ثبوت حکم نمی‌شوند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۶۹؛ عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۶۰؛ حائری، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۲۸۷؛ خمینی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۱۲۹).

بنابراین یکی از این دو ویژگی، بدون دیگری برای صدق حکم امتنانی کفایت نمی‌کند و هر دو ویژگی با هم حکم امتنانی را شکل می‌دهند؛ یعنی در جایی که امکان جعل حکم وجود دارد؛ ولی حکم دیگر از باب تسهیل و تخفیف جعل شده باشد، امتنانیت صدق می‌کند.

نتیجه آنکه ضابطه اصلی برای شناخت «احکام امتنانی» این است که فعلاً یا اقتضائاً امکان جعل تکلیف سخت و مشقت‌بار وجود داشته باشد؛ ولی شارع با جعل حکم آسان‌تر به جای آن، بر گروهی از افراد منت نهاده و بدین‌سان امتنان، مانع جعل حکم و قانون مشقت‌بار و یا موجب رفع آن شده است؛ پس هنگامی که شارع حکم مشقت‌باری که پیش‌تر وجود داشته را رفع کند^۱ یا به عدم فعلیت آن حکم کند^۲ و حکم آسان‌تری را به جای آن جعل نماید، درحالی که از دید عقلی یا عقلایی در بقا یا جعل حکم مشقت‌بار مانعی وجود نداشته باشد، فقها آن را حکم امتنانی مصطلح می‌دانند.

با توجه به آنچه گفته شد، حکم و قانون امتنانی عبارت است از: «حکم تسهیلی و تخفیفی شارع در جایی که مقتضی برای جعل حکم مشقت‌بار وجود داشته باشد».

۱. به معنای برداشته شدن یک تکلیف از برخی مکلفان در واقع به صورت کلی، مانند رفع تکالیف حرجی، ضرری.
 ۲. به معنای برداشته شدن یک تکلیف واقعی از برخی مکلفان در ظاهر، مانند اصل براءت در مواردی که حکم واقعی شرعی مشکوک باشد.

۳. تطبیق ضابطه حکم امتنانی

برای دانستن ضرورت توجه به ضابطه امتنانی بودن حکم، لازم است در این بخش برخی از احکامی که مشهور فقیهان و اصولیان به امتنانی بودن آنها قائل اند، ذکر گردد و به ثمره امتنانی بودن یا نبودن آنها اشاره شود.

۳-۱. احکام مرفوع از امت اسلام

حدیث رفع در منابع فقه امامیه، به سه نقل وارد شده است. شیخ کلینی در کافی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۴۶۳، ح ۲) و ابن شعبه حرّانی در تحف العقول (حرّانی، ۱۴۰۴ق، ص ۵۰)، حدیث رفع را به صورت مرفوع و مرسل نقل کرده اند؛ اما شیخ حرّ عاملی حدیث رفع را از کتاب توحید (صدوق، ۱۳۹۸ق، ص ۳۵۳) و خصال (صدوق، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۴۱۷) به طریق مسند و معتبر نقل کرده است که حرّیز بن عبدالله از امام صادق علیه السلام نقل می کند که پیامبر خدا؛ فرمود: **ثُمَّ** چیز از امت من رفع شده است: خطا، نسیان، آنچه که بدان اکراه شوند، آنچه را که نمی دانند، آنچه را که طاقت بر آن ندارند، آنچه را که بدان مضطر شدند، حسد، فال بد و تفکر در وسوسه در خلوت [خلقت] تا زمانی که به زبان نیاورند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص ۳۶۹).

مشهور فقیهان و اصولیان احکام متعددی از حدیث رفع استفاده کرده اند؛ مانند اصل براءت شرعی، رفع حکم در صورت خطا و نسیان، رفع حکم در حالت اضطرار و اکراه و رفع حکمی که خارج از طاقت مکلف است.^۱

در زمینه امتنانی بودن حدیث رفع، دو قول میان فقها وجود دارد:

قول اول: مشهور فقیهان به امتنانی بودن حدیث رفع و همه احکام یادشده در آن قائل هستند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۳۶۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص ۷۸ و ۸۸؛ نینبی، ۱۳۷۳ق، ج ۱،

۱. فقره «ما لا یطیقون»، به معنای «ما لا یقدر علیه المکلف عقلاً» نیست؛ زیرا تحمّل آنچه از تحت قدرت عقلی مکلف خارج است، معنا ندارد؛ بلکه به معنای تحمّل مشقّت همراه با عسر و سختی، و تحمّل امر خارج از قدرت عرفی و شرعی است؛ از این رو داخل در رفع عسر و حرج خواهد بود.

ص ۱۹۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۶۷؛ عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۲۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۳۳۴؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۳۲۳؛ خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۲، ص ۱۴؛ خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۱، ص ۳۶۴؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۲۶؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، صص ۱۰۳ و ۱۲۰).

قول دوم: برخی بر خلاف مشهور، با امتنایی بودن حدیث رفع مخالفت کرده و گفته‌اند: این مطلب که حدیث رفع در مقام امتنان است، پذیرفتنی نیست؛ زیرا دلیل لفظی بر این امر دلالت ندارد؛ بلکه قدر مسلم از حدیث رفع این است که این حدیث برای توسعه به برخی از مکلفان وارد شده و ضیق، سختی و تنگنای عرفی موجود در اعتبار و جعل برخی احکام را رفع کرده است؛ خواه در این توسعه و رفع ضیق و تنگی عرفاً امتنان باشد و امتنان بر آن صدق کند یا چنین نباشد؛ به عبارت دیگر ضیقی که ممکن بود با ادله اولی یا جعل حکم ثانوی برای دیگر امت‌ها اعتبار شود، از امت اسلامی برداشته شده، پس ضیقی از ناحیه جهل، نسیان، خطا، اضطرار و اکراه و غیر آن نیست؛ در نتیجه به طور طبیعی امت اسلامی نسبت به این موارد در گشایش است و این سعه و گشایش غیر از رفع حکم از باب امتنان است (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۸۳).

البته آنچه بر امتنایی بودن حدیث رفع دلالت می‌کند، وجود ضابطه احکام امتنایی در احکام یادشده در حدیث است؛ با این توضیح که از طرفی هیچ شکی نیست در اینکه وجداناً رفع حکم الزامی - حرمت یا وجوب - در حالت اضطرار و اکراه و نسیان و براءت نسبت به تکلیف مجهول به جای احتیاط و تحفظ بر واقع، احکامی ارفاقی، تخفیفی و تسهیلی برای مکلف هستند و از سوی دیگر همان‌طور که در عبارت‌های برخی فقها مانند محقق همدانی (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۳۶۱) و محقق نایینی (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۲۴) تصریح شده است، در تمام احکام یادشده در روایت، امکان و مقتضی جعل حکم الزامی و مشقت‌بار وجود داشته و با این حال شارع از جعل آن دست برداشته است؛ بنابراین وجود دو ویژگی امتنایی بودن حکم در این حدیث محرز است. افزون بر این در خود حدیث نیز دست کم دو قرینه لفظی بر این معنا وجود دارد:

قرینه اول: تعبیر به «رفع» در مواردی به کار می‌رود که یک کلفت و یک امر ثقیل و مشقت‌بار برداشته شده باشد.

قرینه دوم: اضافه کلمه «عن» به «امتی» که در رفع حکم از باب امتنان بر این امت ظهور عرفی دارد (مجاهد، ۱۲۹۶ق، ص ۵۱۵؛ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۳۲۱؛ آخوند خراسانی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹۳؛ خوبی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۱۷؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۵۲)؛ یعنی اگر نگوییم این حکم پیش تر در امت‌های گذشته فعلیت داشته، دست کم مقتضی برای حکم الزامی بوده است و اگر شارع حکم را رفع نمی کرد، ظلم بر عباد نبود؛ ولی شارع منت نهاده و از روی لطف و رحمت، حکم را از این امت برداشته است.

همچنین از برخی روایت‌های دیگر نیز استفاده می شود که چنین احکام مشقت باری در امت‌های گذشته وجود داشته است و رفع آن به امت اسلامی اختصاص دارد؛ مانند روایت عمرو بن مروان خزّاز که می گوید از امام صادق علیه السلام شنیدم که پیامبر خدا صلی الله علیه و آله فرمود: چهار خصلت از امت من برداشته شده است: آنچه که بدان مضطر شدند؛ آنچه که فراموش کردند؛ آنچه که بدان اکراه شدند و آنچه که بر آن طاقت ندارند. این امر در قرآن کریم نیز آمده است: «پروردگارا اگر تکلیفی را فراموش کردیم یا خطایی کردیم، ما را بر آن مؤاخذه نکن و بار گرانی بر عهده ما مگذار؛ چنان که آن را بر امت‌های پیش از ما نهادی و آنچه را که طاقت تحمل آن را نداریم، بر ما تحمیل مکن»؛ همچنین آمده است: «مگر کسی که بر گفتن سخنی کفرآمیز اکراه شود؛ ولی دلش به ایمان آرامش یافته است» (عیاشی، ۱۳۸۰ق، ج ۲، ص ۲۷۲).

نتیجه آنکه دو ویژگی اصلی برای شناخت احکام امتنانی در رفع احکام یادشده در حدیث رفع وجود دارد و این احکام افزون بر اینکه ارفاقی، تسهیلی و متضمن نوعی توسعه بر افراد هستند، در جایی جعل شده‌اند که فعلاً یا اقتضاً تکلیف الزامی و مشقت بار وجود داشته، اما شارع با رفع آنها بر افراد منت نهاده است.

پس از اثبات امتنانی بودن احکام موجود در حدیث رفع، آثار متعددی در فقه و حقوق بر این احکام مترتب می شود؛ برای نمونه دو مورد از احکامی که در حدیث رفع، به آنها اشاره شده، رفع حکم در حال اضطرار و در حال اکراه است. در ماده ۲۰۳ قانون مدنی ایران، درباره معامله مکره آمده است: «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است؛ اگرچه

از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود»؛ اما ماده ۲۰۶ دربارهٔ معاملهٔ مضطر می‌گوید: «اگر کسی در نتیجهٔ اضطرار اقدام به معامله کند، مکره محسوب نشده و معاملهٔ اضطراری معتبر خواهد بود».

این دو مادهٔ قانون مدنی را می‌توان کاملاً بر امتنانی بودن ادلهٔ رفع اکراه و اضطرار مبتنی دانست؛ با این توضیح که یکی از ادلهٔ قطعی رفع حکم اکراهی و اضطراری، حدیث رفع است که طبق نظر مشهور فقها در امتنان ظهور دارد و مقتضای امتنانی بودن آن نسبت به حکم تکلیفی، رفع حکم در حال اکراه و اضطرار است؛ اما نسبت به حکم وضعی مقتضای آن، رفع حکم - صحت بیع - در حال اکراه و عدم رفع حکم - صحت بیع - در حال اضطرار است. علت این تفاوت در حکم وضعی را نیز امتنانی بودن حدیث رفع می‌دانند (نابینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۸۴؛ سید یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص ۱۲۰-۱۲۱؛ خوبی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۹۳)؛ به این بیان که بر خلاف رفع حکم وضعی در حال اکراه، رفع حکم وضعی در صورت اضطرار مخالف امتنان است؛ بنابراین اگر فرد به فروش خانهٔ خود مضطر شود، حکم شارع به بطلان بیع از باب رفع حکم در حال اضطرار، نه تنها موافق با امتنان نیست؛ بلکه کاملاً با امتنان بر فرد مضطر مخالف است که می‌خواهد با فروش خانهٔ خود رفع اضطرار کند؛ این در حالی است که اگر شخص بر فروش خانهٔ خود اکراه شود، حکم شارع به صحت بیع مخالف امتنان بر اوست؛ زیرا شخص مکره، به فروش خانه رضایت نداشته و صرفاً در شرایط اکراه به فروش اقدام کرده است؛ از این رو عدم نفوذ معاملهٔ او موافق با امتنان است.

۲-۳. قاعدهٔ نفی ضرر

یکی دیگر از قواعد عام در حقوق مدنی ایران که برگرفته از فقه امامیه می‌باشد، قاعدهٔ رفع حکم ضرری است. برای این قاعده، مستندات روایی متعددی در کتاب‌های فقهی آمده است که برخی از این روایت‌ها به لحاظ سندی ضعیف و برخی صحیح، و به لحاظ محتوا نیز بین آنها تفاوت‌هایی وجود دارد؛ اما اغلب آنها در مشتمل بودنشان بر عبارت «لا ضرر و لا ضرار» مشترک‌اند (صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۷۷؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۱)؛ از این رو

نسبت به قاعده نفی ضرر ادعای تواتر شده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۴۸، آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۸۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۱۳).

به تصریح بسیاری از فقها، حکم نفی ضرر در مقام امتنان صادر شده است (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۵۳۶؛ انصاری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۲۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۳۲۰؛ عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۵۴؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۳۸؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۱۷۳؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۷۲؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۴۲۶؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۱۱۸ و ۱۲۳؛ خمینی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۱۰۷؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۴۰۹؛ صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۰۶). افزون بر اینکه نسبت به امتنانی بودن آن، مخالفی یافت نشده، ادعای تسالم بین اصحاب نیز شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۱۹).

با این حال از ظاهر روایات نفی ضرر و قرینه‌های پیرامون آن نیز امتنانی بودن آن استفاده می‌شود. چنانچه برخی امتنانی بودن آن را از ظاهر و سیاق روایات لاضرر استفاده کرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۱۹؛ صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۲۷)؛ با این توضیح که از طرفی ضرر به هر صورتی که باشد، با سختی و مشقت بر افراد و نبودن ضرر با تسهیل و تخفیف بر آنها ملازم است و با توجه به اینکه شارع حکمی را که منشأ ضرر باشد، مرفوع می‌داند، وجود ویژگی اول ضابطه حکم امتنانی محرز است.

از سوی دیگر ادله «لاضرر» در این ظهور دارد که واردشدن ضرر بر افراد مانع از تشریح حکم است؛ با وجود اینکه مقتضی برای تشریح حکم وجود دارد؛ یعنی رفع حکم ضرری در حالی است که مقتضی برای جعل آن وجود دارد، اما عنوان ضرر مانع از تأثیر مقتضی است؛ به شکلی که اگر ضرر منتفی بود، حکم اولی ثابت بود؛ اما وجود ضرر از باب تسهیل و تخفیف مانع از تشریح شده است؛ زیرا اگر نبود تشریح از باب نبود مقتضی برای جعل بود، دیگر نفی حکم از باب امتنان معنا نداشت؛ از این رو ظهور حدیث در امتنان با ظهور آن در مانعیت ضرر از تشریح مساوی است (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۲۷)؛ به عبارت دیگر اگر ضرر نبود، وجود تشریح مفروغ عنه بود؛ بنابراین بین اقتضای جعل حکم و امتنانی بودن رفع آن، رابطه تساوی و تساوق وجود دارد و یکی از این دو امر بر دیگری دلالت دارد و اگر یکی از آنها ثابت باشد، دیگری نیز ثابت خواهد بود؛ بنابراین دو ویژگی که ضابطه امتنانی بودن حکم را تشکیل می‌دهند، در قاعده لاضرر نیز وجود

دارد و این امتنانی بودن رفع احکام و قوانین ضرری، آثار و نتایجی دارد که به دو نمونه اشاره می‌شود:

۱. شیخ انصاری درباره دایر بودن امر میان دو حکم ضرری که نفی هر یک مستلزم ثبوت حکم دیگر باشد، حکم دارای ضرر کمتر را بر حکم دارای ضرر بیشتر ترجیح داده و علت این امر را امتنانی بودن دلیل نفی ضرر دانسته است (انصاری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۲۵).
۲. ماده ۴۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند». درباره شرط دوم خیار غبن مبنی بر فاحش نبودن تفاوت قیمت، محقق خراسانی می‌فرماید: اگر دلیل خیار غبن حدیث لا ضرر باشد، وجهی برای اعتبار این شرط نیست؛ زیرا این حدیث در مقام امتنان است و هرگونه ضرری را نفی می‌کند؛ مگر آنکه چنان ناچیز باشد که ضرر صدق نکند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۱۸۳).

۳-۳. قاعده نفی عسر و حرج

از دیگر قواعد عام فقهی که در مواردی مستند قانون مدنی ایران قرار گرفته است، قاعده رفع عسر و حرج است؛ مبنی بر اینکه شارع هیچ حکمی - اعم از وضعی و تکلیفی - که منشأ حرج و مشقت و موجب ضیق و سختی بر مکلف شود، جعل نکرده است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۵۶؛ لنگرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۶۱)؛ بدین ترتیب اگر به واسطه حکمی از احکام، عسر و حرج بر فرد یا افراد جامعه وارد شود، شارع از آن حکم دست برداشته و آن حکم را به عدم ترتب عسر و حرج جعل محدود کرده است.

درباره امتنانی بودن رفع حکم در موارد عسر و حرج نیز دو قول وجود دارد:

قول اول: مشهور فقیهان این حکم را مانند رفع ضرر و رفع اکراه و اضطرار، از

احکام امتنانی دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۹۳؛ خوانساری، بی‌تا، ص ۱۴۲؛ همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص ۱۵۰؛ مجاهد، ۱۲۹۶ق، صص ۵۳۵ و ۵۳۷؛ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۵۳۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۶۱؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۳۸؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۸، ص ۲۲۱؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، صص ۱۱۰ و ۱۱۰؛ خمینی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۱۰۷؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۲۶؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۴۱۲).

قول دوم: برخی از معاصران بر خلاف مشهور فقیهان، امتنانی بودن رفع حکم حرجی را نپذیرفته‌اند (فاضل و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۱۷۲).

در استدلال به این مدعا گفته‌اند که هیچ‌یک از ادله قاعده «لا حرج» بر امتنانی بودن آن دلالت ندارد؛ زیرا ادله این قاعده، از جمله آیه شریفه «ما یریدُ اللهُ لیجعلَ علیکم من حرجٍ ولیکن یریدُ لیطهّرکم» (مائده، ۶) و آیه شریفه «وما جعلَ علیکم فی الدّین من حرجٍ» (حج، ۷۸)، گرچه دلالت دارند بر اینکه در شریعت، مجعول حرجی وجود ندارد، این امر تلازمی ندارد با اینکه نبود مجعول حرجی، امتنانی و ارفاقی است؛ زیرا شارع در هیچ شریعتی حکم حرجی قرار نداده است و هرگز دین و شریعت و قانون حرجی، مطابق با فطرت نیست و هویت قوانین دینی، آسانی و سهولت است؛ بنابراین هیچ دلیلی بر امتنانی بودن قاعده نفی حرج وجود ندارد (فاضل و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۱۷۳).

درواقع این استدلال اشکال به وجود ویژگی دوم امتنانی بودن احکام، در قاعده نفی حرج است و وجود مقتضی برای جعل حکم حرجی در شریعت را انکار می‌کند؛ اما این مطلب که در جعل نشدن حکم حرجی و مشقت‌بار، ارفاق و تسهیل نهفته است، انکارناپذیر است؛ بلکه انکار آن مخالف با وجدان است؛ بنابراین اگر اثبات شود مقتضی برای جعل حکم حرجی در شریعت وجود دارد، امتنانی بودن نفی عسر و حرج ثابت می‌شود.

اما وجود مقتضی برای جعل حکم حرجی با این بیان ثابت می‌شود که تکالیف دشوار و حرجی برای برخی امت‌های گذشته ثابت بوده است؛ ولی شارع این تکالیف را از امت اسلامی برداشته است. دلیل بر این مطلب، اولاً واژه «علیکم» در آیه شریفه است که بر اختصاص عدم جعل احکام حرجی بر امت اسلامی دلالت دارد (بجنوردی ۱۴۱۹ق، ج ۱، صص ۲۵۳-۲۵۴)؛ ثانیاً یکی از ادله قاعده «لا حرج» آیه شریفه «لا تجعل علینا إضرأ کما حملتہ علی الدّین من قبلنا» (بقره، ۲۸۶) است که به ضمیمه آیه شریفه «ویضع عنهم إضرتهم والأغلال الّتی کانت علیهم» (اعراف، ۱۵۷) دلالت می‌کند بر اینکه احکام مشقت‌باری در بنی اسرائیل وجود داشته که در شریعت اسلامی جعل نشده است؛ چنانچه برخی از روایت‌ها نیز به همین امر اشاره دارند (طبرسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، صص ۲۱۵ و ۲۲۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق،

ج ۴، صص ۱۳-۱۴؛ بنابراین قاعده نفی حرج، یک حکم عام امتنانی است؛ با این مفاد که با وجود مقتضی برای جعل احکام - اعم از تکلیفی و وضعی - که موجب حرج و سختی بر مکلف می‌شود، شارع مقدس بر امت اسلامی منت نهاده و آن احکام را در شریعت اسلامی جعل نکرده است.

البته ابتدای شریعت اسلام بر تسهیل و تخفیف نسبت به شرایع دیگر، به این معنا نیست که در شریعت‌های پیشین تکالیفی خارج از توان انسان و بر خلاف قدرت عقلی که شرط در تکالیف است، وجود داشته است؛ زیرا این امر خلاف عقل و حکمت است، بلکه مقصود این است که در شریعت‌های گذشته تکالیفی وجود داشته است که گرچه مکلفان از نظر عقلی به انجام دادن آن قادر بوده‌اند، انجام دادن آن نوعاً همراه با مشقت و سختی بوده که البته مصلحتی - مانند مصلحت تنبیه - در این مشقت‌ها وجود داشته است؛ اما همین امور به دلیل مصلحتی بالاتر در شریعت اسلامی جعل نشده‌اند.

در باره استناد به قاعده نفی عسر و حرج در قانون مدنی و آثار امتنانی بودن آن، می‌توان به ماده ۱۱۳۰ این قانون اشاره کرد که مطابق آن «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند؛ چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود» (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴)؛ همچنین ماده ۹ قانون مالک و مستاجر (مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳) مقرر داشته است: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستاجر بداند و معارض با عسر و حرج موجد نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستاجر قرار بدهد» (مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، ۱۳۷۰، ص ۶۶۸).

۳-۴. قاعده نفی سبیل

قاعده «نفی سبیل» از جمله احکام عام فقهی است که به موجب آن، هرگونه عمل تجاری و غیر تجاری که باعث تسلط کافر بر مسلمان یا کفار بر جامعه اسلامی گردد، ممنوع، نامشروع و بی‌اثر است. امروزه پذیرش و تبیین محدوده این گونه اعمال

تأثیر بسزایی در حقوق بین‌الملل دارد که البته فقها در امتنایی بودن یا نبودن آن اختلاف نظر دارند.

مهم‌ترین دلیل بر قاعده یادشده، آیه شریفه «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء، ۱۴۱) است که به مقتضای ظاهر آن، خداوند متعال هرگز هیچ حکمی را که موجب سلطه و چیرگی کافران بر مؤمنان بشود، در عالم تشریح جعل نکرده است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۵۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۸۷).

برخی فقیهان آیه شریفه و امتنایی بودن عدم جعل سلطه کافر بر مؤمن را از احکام عام امتنایی به شمار آورده و مفاد آن را مانند قاعده نفی ضرر و نفی عسر و حرج می‌دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۸۸؛ حکیم، بی‌تا، ص ۳۱۶)؛ اما در مقابل برخی فقهای دیگر، از جمله محقق اصفهانی، در امتنایی بودن قاعده مذکور اشکال کرده و گفته‌اند: قاعده نفی سبیل، بر خلاف قاعده نفی ضرر، در مقام امتنان بر مؤمنان نیست؛ بلکه آیه شریفه به دلیل شرافت اسلام و ایمان در مقام بیان نفی سبیل کافر است، نه به دلیل امتنان بر مسلم و مؤمن (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۵۵).

درباره امتنایی بودن قاعده نفی سبیل، از سویی مطابق ظاهر آیه شریفه، موضوع قاعده، نفی سبیل کافر بر مؤمن است، نه نفی سبیل کفر بر اسلام و ایمان و بی‌شک، سلطه و سیطره شخص کافر بر مسلمان، به هر صورت که باشد - به قرینه حرف «لام» در «لِلْكَافِرِينَ» و حرف «علی» در «عَلَى الْمُؤْمِنِينَ»، نوعی نفع بر کافر و ضرر، مشقت و اذیت و ذلت نسبت به شخص مسلمان است؛ از این رو نفی آن همواره با تسهیل و تخفیف و احراز‌کننده ویژگی اول احکام امتنایی ملازم است؛ از سوی دیگر اگر این آیه شریفه و قاعده نفی سبیل نمی‌بود، هیچ مانعی از جریان عموماً و اطلاقات احکام نسبت به موارد سلطه کافر بر مسلمان وجود نداشت؛ با وجود این آیه یادشده در مقام جعل قاعده نفی سبیل دلالت دارد بر اینکه احکام شرعی در مواردی که به سلطه کافر بر مسلمان منجر شود، جاری نیست و سلطه کافر، مانع از تشریح حکم است؛ از این رو ویژگی دوم احکام امتنایی نیز در این قاعده وجود دارد؛ در نتیجه وجود ضابطه حکم امتنایی در قاعده نفی سبیل محرز است.

از جمله آثار امتنانی بودن یا نبودن قاعده نفی سبیل در فقه و حقوق مدنی، می توان به اجاره شخص مسلمان به شخص کافر اشاره کرد. توضیح آنکه اگر گفته شود قاعده نفی سبیل مانند نفی ضرر، برای امتنان بر مسلمان است، در مواردی که شخص مسلمان خودش را برای اجرای عملی به اجاره کافر درمی آورد و در واقع با اقدام خودش برای رفع حاجت، منافع عملش را به کافر تملیک می کند، حکم به عدم صحت اجاره، بر خلاف امتنان بر اوست (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۵۵؛ حکیم، بی تا، ص ۳۱۶)؛ اما اگر نفی سبیل را از باب امتنان بر مسلمان ندانیم، بلکه صرفاً در مقام بیان شرافت اسلام بدانیم، باید به بطلان اجاره قائل شویم؛ زیرا مسلمان حرّ، با اجاره خودش به کافر، موجب هتک حرمت و تزییع شرف اسلام می شود و قاعده نفی سبیل بر عدم جعل صحت این اجاره دلالت دارد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۵۵؛ حکیم، بی تا، ص ۳۱۶).

نتیجه گیری

اگرچه فقیهان و اصولیان بدون اینکه به ضابطه امتنانی بودن احکام اشاره کنند، درباره احکام متعددی تعبیر حکم امتنانی به کار برده و آثار امتنانی بودن حکم را بر آنها مترتب کرده اند، با توجه به مفاد این احکام و ادله شرعی آنها، دو ویژگی برای حکم امتنانی به دست می آید که اجتماع این دو ویژگی، ضابطه امتنانی بودن حکم دانسته می شود:

۱. حکم امتنانی باید مشتمل بر نوعی تسهیل، تخفیف و ارفاق نسبت به افراد باشد.
 ۲. حکم تسهیلی و تخفیفی و ارفاقی در صورتی جعل شود که با توجه به شریعت های پیشین، یا در ابتدای شریعت اسلامی و با عمومات و اطلاقات احکام، مقتضی برای جعل تکلیف و حکم مشقت بار وجود داشته باشد.
- بنابراین وقتی برای یک قانون و حکم عام فقهی - حقوقی، این دو ویژگی با ادله شرعی احراز شود، می توان آن حکم را امتنانی دانست؛ در نتیجه حکم امتنانی عبارت است از «حکم تسهیلی و تخفیفی شارع در جایی که مقتضی برای جعل حکم مشقت بار وجود داشته است». از جمله احکامی که این دو ویژگی در آنها قابل احراز است و آثار امتنانی بودن آنها در فقه و حقوق نمایان است، عبارت اند از:

۱. امتنایی بودن رفع حکم در حال اضطرار و در حال اکراه در حدیث رفع که مستند ماده ۲۰۳ و ۲۰۶ قانون مدنی مبنی بر عدم نفوذ معامله مکره و نفوذ معامله مضطر است.
۲. امتنایی بودن رفع حکم ضرری که مستند ترجیح ضرر کمتر بر ضرر بیشتر در دایر بودن میان دو حکم ضرری و همچنین منشأ اشکال محقق خراسانی بر قید فاحش بودن تفاوت قیمت در ثبوت خیار غبن است.
۳. امتنایی بودن رفع حکم حرجی که مستند ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مبنی بر اجبار شوهر به طلاق در صورت حرجی بودن دوام زوجیت، و مستند ماده ۹ قانون مالک و مستاجر مبنی بر مهلت دادن به مستأجر در صورت حرجی بودن تخلیه ملک است.
۴. امتنایی بودن قاعده نفی سیل بر مسلمان، مستند صحت اجاره او به کفار است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۱۰ق). درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد. تهران: بی نا.
آملی، محمد تقی. (۱۳۸۰ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی (ج ۶ و ۱۱). تهران: بی نا.
ابن ادريس، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن شهر آشوب. (۱۳۶۹ق). متشابه القرآن و مختلفه (ج ۲). قم: دار الیاد للنشر.
ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

اصفهانى، محمد حسین. (۱۴۱۸ق). حاشیة کتاب المکاسب (ج ۱، ۲، ۴). قم: أنوار الهدی.
انصاری، مرتضی. (۱۳۸۳). مطارح الأنظار (ج ۲). قم: بی نا.
انصاری، مرتضی. (۱۴۱۴ق). رسائل فقهیة. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (ج ۲). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). فرائد الأصول (ج ۱ و ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة (ج ۱ و ۴). قم: الهادی.
بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

تبریزی، جواد. (۱۴۲۶ق). تنقیح مبانی العروة - کتاب الطهارة (ج ۲). قم: دار الصدیقة الشهیدة.
حائری، مرتضی. (۱۴۲۴ق). مبانی الأحكام فی أصول شرائع الإسلام (ج ۱). قم: بی نا.

حزّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة (ج ۴ و ۱۵). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

حزّانی، ابن شعبة. (۱۴۰۴ق). تحف العقول عن آل الرسول (محقق: علی اکبر غفاری). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حسینی سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۴ق). قاعدة لا ضرر و لا ضرار. قم: دفتر آیت الله سیستانی. حسینی میلانی، سید محمد هادی. (۱۳۹۵ق). محاضرات في فقه الإمامية - كتاب الزكاة (ج ۲). مشهد: مؤسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی.

خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق). كتاب البيع (ج ۱ و ۲ و ۴). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۳ق). تهذيب الأصول (ج ۳). تهران: بی نا. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق). تحریرات في الأصول (ج ۷). قم: بی نا. خوانساری، آقا جمال الدین. (بی تا). التعليقات على الروضة البهية. قم: منشورات المدرسة الرضوية.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئي (ج ۴، ۱۰، ۲۱، ۲۸، ۴۲ و ۴۳). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۹ق). دراسات في علم الأصول (ج ۲). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام.

خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهة (ج ۳). بی جا: بی نا. سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (ج ۲ و ۵ و ۱۹). قم: مؤسسه المنار.

سید مرتضی. (۱۴۰۵ق) رسائل الشریف المرتضی (ج ۳). قم: دارالقرآن الکریم. سید مرتضی. (۱۴۱۷ق). المسائل الناصريات. تهران: رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية.

سید یزدی، محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشية المكاسب (ج ۱). قم: اسماعیلیان. شاهرودی، محمود. (۱۳۸۵). نتائج الأفكار في الأصول (ج ۴). قم: بی نا.

شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (ج ۱). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

شیخ صدوق. (۱۳۶۲). الخصال (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- شیخ صدوق. (۱۳۹۸ق). التوحید. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شیخ طوسی. (۱۳۷۵ق). الإقتصاد الهادی إلى طریق الرشاد. تهران: انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون.
- صدر، سید محمدباقر. (۱۴۰۸ق). مباحث الأصول (ج ۴). قم: بی نا.
- صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول (ج ۱ و ۵). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- صدر، سید محمدباقر. (۱۴۲۰ق). قاعدة لا ضرر و لا ضرار. قم: دار الصادقین للطباعة والنشر.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (بی تا). نهج الفقاهة. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (بی تا). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۱۴). قم: اسماعیلیان.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۴، ۱۰، ۱۱ و ۱۳). قم: مؤسسه دار التفسیر.
- طباطبایی قمی، سید حسن. (۱۴۱۵ق). کتاب الحج (ج ۱). قم: مطبعة باقری.
- طبرسی، احمد بن علی. (۱۴۰۳ق). الاحتجاج (ج ۱). مشهد: نشر مرتضی.
- عراقی، آقا ضیاء الدین. (۱۴۱۴ق). شرح تبصرة المتعلمین (ج ۴ و ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عراقی، آقا ضیاء الدین. (۱۴۱۷ق). نهاية الأفكار (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عراقی، آقا ضیاء الدین. (۱۴۲۰ق). مقالات الأصول (ج ۲). قم: بی نا.
- عیاشی، محمد بن مسعود. (۱۳۸۰ق). تفسیر العیاشی (ج ۲). تهران: المطبعة العلمية.
- غروی نایینی، محمدحسین. (۱۴۱۳ق). المكاسب و البیع (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- غروی نایینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منية الطالب فی حاشية المكاسب (ج ۱). تهران: المكتبة المحمدية.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). ثلاث رسائل. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- فاضل، محمدجواد؛ مبلغی، احمد و سروش، محمد. (بهار ۱۳۸۷). گزارش از میزگرد جریان قاعدة لا حرج در محرمات (مصاحبه کننده: صرامی). فقه، شماره ۵۵، صص ۱۶۸-۱۹۶.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (ج ۲)، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۲ و ۵). تهران: دار الکتب الإسلامية.
- مجاهد، سیدمحمد. (۱۲۹۶ق). مفاتیح الأصول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- محقق داماد، سیدمحمد. (۱۴۱۶ق). کتاب الصلاة (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مراغی، سیدمیر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوين الفقهية (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهية (ج ۱). قم: مدرسه امام أمير المؤمنين علیه السلام.
- همدانی، آقارضا. (۱۴۱۶ق). مصباح الفقيه (ج ۶ و ۱۴). قم: مؤسسه الجعفرية لإحياء التراث.

References

* The holy Qur'an

'Ayashi, M. ibn M. (2001). *Tafseer al-'Ayashi* (Vol. 2). Tehran: Al-Matbah al-'Ilmiah. [In Arabic]

'Iraqi, A. D. (1997). *Nihayat al-Afkar* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

'Iraqi, A. D. (1997). *Sharh Tabserat al-Muta'allimīn* (Vols. 4 & 5). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

'Iraqi, A. D. (2000). *Maqalat al-Usul* (Vol. 2). Qom. [In Arabic]

Akhund Khorsani., M. K. (1987). *Hashiyat al-Makasib*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Persian]

Akhund Khorsani., M. K. (1990). *Kifayat al-Usul*. Qom: Al-Bayt Institution. [In Arabic]

Akhund Khorsani., M. K. (1991). *Durar al-Fawaid fi al-Hashiyah 'ala al-Faraid*. Tehran: Bina. [In Persian]

Ameli, M. T. (2001). *Misbah al-Huda fi Sharh al-'Urwah al-Wuthqa* (Vols. 6 & 11). Tehran: Bina. [In Persian]

Ansari, M. (1996). *Kitab al-Makasib* (Vol. 2). Qom: World Congress of Sheikh Ansari. [In Persian]

Ansari, M. (1996). *Rasa'il Fiqhiyah*. Qom: World Congress of Sheikh Ansari. [In Arabic]

Ansari, M. (1997). *Fara'id al-Usul* (Vols. 1 & 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

Ansari, M. (2004). *Matarah al-Anzar* (Vol. 2). Qom. [In Persian]

Bahrani, Y. (1986). *Al-Hada'iq al-Nadhirah fi Ahkam al-'Itrah al-Tahirah* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]

Bojnourdi, H. (1998). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyah* (Vols. 1 & 4). Qom: Al-Hadi. [In Arabic]

Fadhil, M. J., Mugharrabi, A., & Soroush, M. (Interviewee: Sarami). (2008). Report

- from the Roundtable on the Principle of La Haraj in the Prohibited Acts. *Journal of Fiqh*, 55, pp. 168-196. [In Persian]
- Fakhri al-Muhaqqiqīn, M. ibn H. (1987). *Idah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id* (Vol. 2). Qom: Ismailian Institution. [In Arabic]
- Haeri, M. (2004). *Mabani al-Ahkam fi Usul Shara'i al-Islam* (Vol. 1). Qom. [In Arabic]
- Hakim, S. M. T. (1997). *Mustamsik al-'Urwah al-Wuthqa* (Vols. 4, 10, 11 & 13). Qom: Dar al-Tafseer. [In Arabic]
- Hakim, S. M. T. (n.d.). *Nahj al-Fiqhah*. Qom: 22 Bahman Publications.
- Hamadani, A. R. (1997). *Misbah al-Fiqhah* (Vols. 6 & 14). Qom: Ja'fariyah Institute for the Revival of Heritage. [In Arabic]
- Harrani, Ibn Shub'ah. (1987). *Huff al-'Uqul 'an Aal al-Rasul*. Edited by: A. A. Ghafari. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Hur Ameli, M. H. (1990). *Wasail al-Shi'ah ila Tahsil Masail al-Shari'ah* (Vols. 4 & 15). Qom: AlulBayt Institution. [In Arabic]
- Ibn Idris, M. (1991). *Al-Sara'ir al-Hawi li Tahrir al-Fatawa* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Ibn Shakra-shub. (1990). *Mutashabih al-Quran wa Mukhtalifuhu* (Vol. 2). Qom: Dar al-Bidar. [In Arabic]
- Ibn Zuhrah, H. ibn A. (1997). *Ghinayat al-Nuzul ila 'Ilm al-Usul wal-Furu'*. Qom: Imam Sadiq (A.S.) Institute. [In Arabic]
- Isfahani, M. H. (1997). *Hashiyat Kitab al-Makasib* (Vols. 1, 2 & 4). Qom: Anwar al-Huda. [In Arabic]
- Khansari, A. J. D. (n.d.). *Al-Talimat 'ala al-Rawdat al-Bahiyyah*. Qom: Al-Maktabah al-Radawiyah. [In Arabic]
- Khomeini, M. (1997). *Tahrirat fi al-Usul* (Vol. 7). Qom. [In Arabic]
- Khomeini, S. R. (2000). *Kitab al-Bay* (Vols. 1, 2 & 4). Qom: Institute for Organizing and Publishing Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
- Khomeini, S. R. (2003). *Tahrir al-Usul* (Vol. 3). Tehran. [In Persian]
- Khoyi, S. A. (1997). *Mawsu'ah al-Imam al-Khoyi* (Vols. 4, 10, 21, 28, 42 & 43). Qom: Imam Khoyi Institute for the Revival of His Works. [In Arabic]

- Khoyi, S. A. (1998). *Darasat fi Ilm al-Usul* (Vol. 2). Qom: The Encyclopedia of Islamic Jurisprudence according to the Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Khoyi, S. A. (n.d.). *Misbah al-Fiqahah* (Vol. 3).
- Kulayni, M.. (1999). *Al-Kafi* (Vols. 2 & 5). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
- Lankarani, M. F. (2005). *Thalath Rasa'il*. Qom: Fiqh Center of Imams of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (1998). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyah* (Vol. 1). Qom: Imam Ali al-Mu'minin School. [In Arabic]
- Maraghi, S. M. A. (1998). *Al-'Anawin al-Fiqhiyah* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Milani, S. M. H. (1996). *Muhadharat fi Fiqh al-Imamiyah - Kitab al-Zakat* (Vol. 2). Mashhad: Ferdowsi University Printing and Publishing Institute. [In Arabic]
- Muhaqqeq Damad, S. M. (1997). *Kitab al-Salah* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Mujahid, S. M. (1877). *Mafatih al-Usul*. Qom: Al-Bayt Institution. [In Arabic]
- Nayini, M. H. G. (1994). *Munyat al-Talib fi Hashiyat al-Makasib* (Vol. 1). Tehran: Al-Maktabah al-Muhammadiyah. [In Arabic]
- Nayini, M. H. G. (1997). *Al-Makasib wa al-Bay'* (Vol. 1). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Qanun Madani-ye Jumhuri-ye Islami-ye Iran* (1980).
- Qomi, S. H. T. (1997). *Kitab al-Hajj* (Vol. 1). Qom: Bagheri Publications. [In Arabic]
- S. M. (1986). *Rasa'il al-Sharif al-Murtada* (Vol. 3). Qom: Dar al-Quran al-Kareem. [In Arabic]
- S. M. (1998). *Al-Masail al-Nasariyah*. Tehran: Islamic Culture and Relations Organization. [In Persian]
- S. Y., M. K. (2000). *Hashiyat al-Makasib* (Vol. 1). Qom: Ismailian. [In Arabic]
- Sabzwari, S. A. (1997). *Muhtadhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wal-Haram* (Vols. 2, 5 & 19). Qom: Manar Institute. [In Arabic]

- Sadr, S. M. B. (1997). *Buhuth fi Ilm al-Usul* (Vols. 1 & 5). Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Sadr, S. M. B. (1999). *Mabahith al-Usul* (Vol. 4). Qom. [In Arabic]
- Sadr, S. M. B. (2000). *Qa'idat La Dharar wa La Dharar*. Qom: Dar al-Sadiqin for Printing and Publishing. [In Arabic]
- Shahid Thani, Z. D. (1996). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharai' al-Islam* (Vol. 1). Qom: Ma'arif Islami Institute. [In Arabic]
- Shahroudi, M. (2006). *Nata'ij al-Afkar fi al-Usul* (Vol. 4). Qom. [In Persian]
- Shaykh S., S. (1980). *Al-Tawhid*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Shaykh S., S. (1983). *Al-Khisal* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Shaykh T., (1996). *Al-Iqtisad al-Hadi ila Tariq al-Rashad*. Tehran: Jami'ah Chehel Sotoun Publications. [In Arabic]
- Sistani, S. A. H. (1997). *Qa'idat La Dharar wa La Dharar* (Vol. 3). Qom: Office of Ayatollah Sistani. [In Arabic]
- Tabarsi, A. (1991). *Al-Ihtijaj* (Vol. 1). Mashhad: Murtada Publications. [In Arabic]
- Tabataba'i, S. M. H. (n.d.). *Al-Mizan fi Tafseer al-Quran* (Vol. 14). Qom: Ismailian.
- Tabrizi, J. (2005). *Tanqih Mabani al-'Urwah - Kitab al-Tahara* (Vol. 2). Qom: Dar al-Siddiqah al-Shahidyah. [In Arabic]

The Nature of Enjoining Good and Forbidding Wrong and Its Impact on the Rulings of Constructing and Managing Sacred Shrines¹ *

Seifollah Sarrami² 

2. Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran
sarrami.sayfollah@isca.ac.ir




Abstract

This article consists of two sections: the first section addresses the nature of the obligation of enjoining good and forbidding wrong, while the second section examines the application and impact of this nature on two general aspects of the rulings governing sacred shrines: the first aspect is the construction of sacred shrines, and the second is their management. The main question in the first section is whether the juristic nature of this obligation is verbal admonition or a means to eradicate wrongdoing and establish good. In the second section, the main question concerns the impact of the juristic nature of this obligation on the rulings for constructing and managing sacred shrines. The discussion is limited to the universal aspect of the obligation (as an obligation and universal

1. This article is derived from a research project titled "Rights, Responsibilities, and Rulings of Sacred Shrines," which is currently being conducted at the Research Center for Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy.

* **Cite this article:** Sarrami, S. (2024). The Nature of Enjoining Good and Forbidding Wrong and Its Impact on the Rulings of Constructing and Managing Sacred Shrines. *Journal of Fiqh*, 31(118), pp. 118-145.
<https://doi.org/10.22081/jf.2024.67201.2695>

 **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

 **Received:** 2023/08/21 •  **Revised:** 2023/10/14 •  **Accepted:** 2024/10/31 •  **Published online:** 2024/11/20

© The Authors



competence). If the topic of governments and the management of shrines is addressed, it will only be in relation to this aspect. The goal of the article is to expand the jurisprudence of the obligation and the jurisprudence of sacred shrines, employing the customary ijthad method in the sciences of jurisprudence and Imamiya principles. The result of the first section establishes the verbal nature of the obligation in enjoining good and forbidding wrong, akin to a universal obligation and competence, which implies disregarding the commonly accepted three stages (heartfelt, verbal, and practical) in this obligation. The result of the second section is the necessity of public demand for the construction of shrines and the obligation to adhere to all religious rulings in the management and overall environment of the shrines, which must comply with the conditions of Islamic law for carrying out the obligation.

Keywords

Enjoining good and forbidding wrong, sacred shrines, construction of sacred shrines, rulings of sacred shrines, management of sacred shrines.

ماهیت امر به معروف و نهی از منکر و تأثیر آن بر احکام ساخت و مدیریت آستان‌های مقدس^{۱*}

سیدالله صرامی^۲ 

۲. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی قم، قم، ایران
sarrami.sayfollah@isca.ac.ir



چکیده

موضوع این مقاله شامل دو بخش است: بخش اول، ماهیت فریضه امر به معروف و نهی از منکر است و بخش دوم، تطبیق و تأثیر این ماهیت بر دو جهت کلی در احکام آستان‌های مقدس است: جهت اول، ساخت آستان‌های مقدس و جهت دوم، مدیریت آن است. پرسش اصلی در بخش اول این است که آیا ماهیت فقهی فریضه، امر و نهی کردن لفظی است یا براندازی منکر و اقامه معروف است؟ در بخش دوم، تأثیر ماهیت فقهی فریضه بر احکام ساخت و مدیریت آستان‌های مقدس مورد سؤال اصلی است. موضوع مقید به بُعد همگانی فریضه (فریضه همچون وجوب و صلاحیت همگانی) است. اگر از حکومت‌ها و مدیریت آستان‌ها نیز سخن رود، در حد ارتباط آن با این بُعد است. هدف مقاله، توسعه فقه فریضه و فقه آستان‌های مقدس است که با روش اجتهادی مصطلح در دانش‌های فقه و اصول امامیه انجام می‌پذیرد. نتیجه بخش اول اثبات ماهیت لفظی برای امر و نهی در فریضه، همچون وجوب و صلاحیت همگانی

۱. این مقاله برگرفته از پژوهشی با عنوان «حقوق، مسئولیت‌ها و احکام آستان‌های مقدس» است که در پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی در حال انجام است.

* **استناد به این مقاله:** صرامی، سیدالله. (۱۴۰۳). ماهیت امر به معروف و نهی از منکر و تأثیر آن بر احکام ساخت و مدیریت آستان‌های مقدس. فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۱۱۸-۱۴۵.

<https://doi.org/0.22081/jf.2024.67201.2695>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۰ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۷/۲۲ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



است که پیامد آن کنار گذاشتن مراحل سه گانه (قلبی، لسانی و یدی) مشهور در فریضه خواهد بود. نتیجه بخش دوم نیز وجوب مطالبه عمومی ساخت آستان‌ها و وجوب مطالبه رعایت همه احکام شرع در مدیریت و کل محیط آستان‌هاست که باید به رعایت شرایط شرعی انجام فریضه مقید باشد.

کلیدواژه‌ها

امر به معروف و نهی از منکر، آستان‌های مقدس، ساخت آستان‌های مقدس، احکام آستان‌های مقدس، مدیریت آستان‌های مقدس.

مقدمه

فریضه امر به معروف و نهی از منکر، از فرایض بسیار مهم و تأثیرگذار بر کل احکام فقهی در شریعت اسلامی است. یکی از مسائل اصلی و کلیدی در فقه امر به معروف و نهی از منکر، ماهیت متعلق و وجوب در این فریضه است. آیا امر و نهی لفظی، ماهیت متعلق و وجوب را تشکیل می‌دهد یا اینکه در حقیقت و ماهیت، متعلق و وجوب براندازی منکر و اقامه معروف است. امر و نهی لفظی یکی از مراتب و مراحل امثال براندازی و اقامه است؟ موضوع مقاله، فریضه در بُعد همگانی و در صلاحیت آحاد مکلفان است. از دیگر سو نقش آستان‌های مقدس، به ویژه آستان‌های بزرگ و پر رفت و آمد، همچون آستان مقدس امام حسین علیه السلام و امام علی بن موسی امام رضا علیه السلام در دینداری و دین‌ورزی پیروان و محبان اهل بیت علیهم السلام آشکار و بی‌نیاز از بیان و استدلال است.

بنابراین مقاله حاضر شامل دو بخش است: در بخش اول، ماهیت فقهی امر و نهی که متعلق حکم در فریضه است، بر اساس ادله مربوطه بررسی می‌شود. در بخش دوم، به تأثیر و تطبیق این ماهیت، بر احکام آستان‌ها پرداخته می‌شود. تأثیر بر دو جهت اصلی این احکام مورد نظر است: جهت اول، رابطه این فریضه با حکم برپایی ساخت آستان‌های مقدس و جهت دوم، جایگاه این فریضه در هدایت و مدیریت آستان‌هاست.

نوآوری این مقاله در بخش اول، بررسی جامع سندی و دلالتی همه روایت‌هایی است که مستند وجود مرتبه یدی یا همان اقدام عملی برای فریضه قرار گرفته‌اند یا ممکن است قرار گیرند. از رهگذر این بررسی، ثابت خواهیم کرد ادله فقهی چنین مرحله یا مرتبه‌ای را برای فریضه، همچون واجب و صلاحیتی عمومی، برای آحاد مکلفان پشتیبانی نمی‌کند؛ در نتیجه توضیحی که درباره مرتبه قلبی گفته‌اند، برای فریضه هم خواهد بود. اصولاً مراتب داشتن مشهور فریضه را به لحاظ فقهی کنار خواهیم گذاشت. نوآوری در بخش دوم، بیان تأثیر مبنای مختار در ماهیت فریضه و تطبیق آن در مقایسه با مبنای مشهور در این زمینه، بر احکام برپایی یا ساخت آستان‌های مقدس و نیز احکام مدیریت آستان‌ها خواهد بود.

۱. مراد از آستان‌های مقدس

مراد از آستان‌های مقدس در این مقاله، مجموعه‌هایی است که با محوریت قبور مطهر نبی اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ائمه معصومین عَلَيْهِمُ السَّلَام، سایر انبیا عَلَيْهِمُ السَّلَام و اولیای خاص الهی ساخته و برپا شده یا قابل ساخته شدن و برپاشدن است و محل رفت و آمد پیوسته و گسترده مؤمنان با هدف زیارت، تکریم ایشان، توسل، دعا و عبادات و خیرات دینی است. چنین مجموعه‌هایی به طبع کارگزارانی دارند که معمولاً با مدیریت خاصی، امور داخلی و روابط بیرونی آن را اداره می‌کنند؛ از همین رو «فقه» یا «احکام» برای آستان‌های مقدس معنا پیدا می‌کند؛ بر این اساس هرگونه رابطه‌ای که با لحاظ آستان‌های مقدس یا جنبه‌ای از آن، بین افراد با هم یا افراد با هر نهاد اجتماعی یا نهادهای اجتماعی با هم برقرار می‌شود، می‌تواند موضوع احکام آستان‌های مقدس باشد؛ بنابراین روابط آستان‌های مقدس با حکومت‌ها، شامل هرگونه نهاد حکومتی یا حاکمیتی در جامعه، در کلان موضوع فقهی آستان‌های مقدس، داخل خواهد بود؛ همچنین است روابط آستان‌ها با افراد، شرکت‌ها، سازمان‌ها و هرگونه نهاد اجتماعی غیرحکومتی. روابطی که با موضوعیت یا محلّیت آستان‌های مقدس، بین افراد با خداوند سبحان یا افراد با صاحبان قبور مطهر برقرار می‌شود و با عنوان‌های عبادت، زیارت، توسل و... در محل آستان‌های مقدس رخ می‌دهد نیز در این موضوع کلان داخل است.

۲. ماهیت امر و نهی در فریضه

امر و نهی متعلق حکم در فریضه، امر به معروف و نهی از منکر است. درباره ماهیت و حقیقت امر و نهی، در فریضه دو برداشت و مبنا وجود دارد: مبنا اول این است که مراد از امر به معروف و نهی از منکر، واداشتن به انجام دادن و ایجاد معروف و انجام ندادن و پرهیز از منکر است؛ نه اینکه مراد صرف قول و تلفظ باشد. صاحب جواهر که این مبنا را اختیار کرده است، می‌نویسد: «...أَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ الْحَمْلَ عَلَى ذَلِكَ بِإِيْجَادِ الْمَعْرُوفِ وَالتَّجَنُّبِ مِنَ الْمُنْكَرِ لَا مَجْرَدَ الْقَوْلِ» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۸۱). این مبنا از همه فقیهانی که مرتبه یدی یا همان اقدام عملی را در انجام دادن فریضه

برای آحاد مکلفان باور دارند، قابل استظهار است. وجه استظهار این است که تجویز اقدام عملی، به ظاهر برای واداشتن به معروف و بازداشتن از منکر است. برداشت و مبنای دوم، ظهور اولیة امر و نهی است که بیش از امر و نهی لفظی و جایگزین های آن نیست (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۵۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۷، ص ۵۴۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۴۰۸). در ادامه برای رسیدن به نظر برگزیده مقدمات بحث را بررسی می کنیم.

۲-۱. ظهور اولیه ادله فریضه

موضوع سخن در اینجا، ادله لفظی فریضه امر به معروف و نهی از منکر به ویژه در قرآن کریم است. بی تردید ظهور اولیه این ادله امر و نهی لفظی و جایگزین های عرفی آن، مانند اشاره است. برخی مفسران در تأیید این ظهور به آیات دیگری از قرآن تمسک کرده و از جمله به آیه «فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيْنًا» (طه، ۴۴)؛ پس به نر می با او سخن گوید» (قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۱۱، ص ۱۹۹) و آیه «قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا» (بقره، ۸۳)؛ به نیکویی با مردم سخن گوید» (ابن کثیر، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۰۹) استدلال کرده اند. مورد اول، در خصوص فریضه است که به موسی و هارون عليهما السلام امر می شود، به نر می با فرعون سخن گویند و مورد دوم به اطلاق شامل تعامل به هنگام انجام فریضه هم می شود؛ همچنین سخنی از علامه طباطبایی رحمته الله در بیان عدم تنافی آیات فریضه با آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ» (مائده، ۱۰۵)؛ ای کسانی که ایمان آوردید خود را باشید؛ اگر هدایت یافتید، کسی که گمراه شده است، ضرری به شما نمی زند؛ بازگشت همگی شما به سوی خداوند است که شما را از آنچه می کرده اید، آگاه می سازد»، در فهم محدوده امر و نهی لفظی برای فریضه ظهور دارد. خلاصه اینکه برای ادای فریضه، امر و نهی واجب است؛ اما تلاش مضاعف و اندوه خوردن برای اثرگذاری بر دل گمراهان واجب نیست (علامه طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۶، ص ۱۶۴). روایت هایی (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۶۲) مبنی بر کفایت امر و نهی لفظی برای ادای تکلیف حفظ خانواده خود از عذاب جهنم در قرآن (تحریم، ۶) نیز در تأیید این برداشت نقل شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۸۱).

۲-۲. ادله خروج از ظهور اولیه

برای خروج از ظهور اولیه پیش گفته، به دلیل خاص نیاز است و در اینجا چند دلیل ارائه کرده‌اند:

اول- روایت‌هایی که امر به معروف و نهی از منکر را «قلبی»، «لسانی» و «یدی» می‌دانند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۶، ص ۱۳۱). گفته‌اند این روایت‌ها صریح است در اینکه مراد از فریضه امر و نهی، وادار کردن به انجام دادن معروف و بازداشتن از انجام دادن منکر به هر طریق ممکن است؛ چه به اراده قلبی، چه به خواستن لفظی و چه به اقدام عملی باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۸۲).

دوم- در روایتی، امر و نهی زبانی و یدی ملازم هم قرار گرفته‌اند: «ما جعل الله عزّوجلّ بسط اللسان و کفّ الید و لکن جعلهما بیسطان معا و یکفان معا؛ خداوند بازبودن زبان و بسته بودن دست را قرار نداده است؛ بلکه هر دو با هم را باز یا هر دو با هم را بسته قرار داده است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۵). گفته‌اند: معنای این عبارت اکتفان کردن به امر و نهی زبانی و ملازمه امر و نهی زبانی با اقدام عملی بر وادار کردن به معروف و ترک منکر است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۸۲).

سوم- در برخی روایت‌ها تصریح شده است که به هنگام برخورد با عامل به منکر و تارک معروف، از ایشان دوری کنید یا چهره درهم کشید (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۶، ص ۱۴۳). از این روایت‌ها استفاده می‌شود که مراد از امر و نهی، صرف سخن گفتن نیست؛ بلکه مراد خواستن انجام دادن معروف و ترک کردن منکر به واسطه این کارها و مانند آن است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۸۲).

چهارم- محقق اردبیلی بر وجوب واداشتن به معروف و ترک کردن منکر با اقدام عملی (بالید)، ادعای اجماع کرده است (همان).
در ادامه به بررسی و نقد این ادله می‌نشینیم.

۲-۳. چالش اذن حاکم در اقدام عملی

دلیل اول و دوم، مدعی دلالت روایت‌های یادشده بر ملازمه میان امر و نهی لفظی با اقدام عملی برای براندازی منکر و اقامه معروف است، تا از این رهگذر ثابت کند ماهیت فریضه، براندازی منکر و اقامه معروف است؛ اما گذشته از اینکه در ادامه بر سند و دلالت روایت‌های مرتبه یدی اشکال خواهیم کرد و ثابت می‌کنیم که چنین ملازمه‌ای وجود ندارد، در مرتبه یدی نکته‌ای هست که مانع استفاده از آن در تفسیر ماهیت فریضه می‌شود. نکته در اینجا لزوم اذن از حاکم یا حکومت مشروع اسلامی برای مرتبه یدی و اقدام عملی است. اگر جواز اقدام عملی به این اذن منوط باشد، به معنای جای گرفتن اقدام عملی آحاد مردم در چارچوب وظایف و صلاحیت‌های حکومت اسلامی درباره معروف‌ها و منکرها در جامعه خواهد بود؛ زیرا اذن‌دادن یا ندادن به آحاد مردم برای اقدام عملی، مانند دیگر وظایف و صلاحیت‌های حکومت اسلامی، در گرو بررسی مصالح و مفاسد آن در جامعه و تصمیم‌گیری مناسب خواهد بود؛ در این صورت وظیفه و صلاحیت آحاد مکلفان مادامی که حکومت اسلامی در این زمینه بررسی، تصمیم‌گیری و نتیجه را به نحو مقتضی انجاز و اعلام نکرده باشد، به معنای عدم اذن خواهد بود. حتی در فرض نبود حکومت مشروع اسلامی نیز، اذن هر چند به نحو سالبه به انتفای موضوع، وجود نخواهد داشت؛ دلیل مطلب این است که اذن یک امر وجودی است و تا هنگامی که احراز نشود، اصل بر عدم آن خواهد بود. در فرض نبود اذن، به طبع وظیفه و بلکه صلاحیت آحاد مردم، بیش از امر و نهی لفظی نخواهد بود؛ به عبارت دیگر وقتی اذن نباشد، مرتبه یدی هم وجود ندارد، اما فریضه وجود دارد؛ پس نمی‌توان چیزی را که با فرض نبودش باز هم فریضه وجود دارد، داخل ماهیت فریضه دانست؛ یا آن را مستلزم چیز دیگری برای ماهیت فریضه قرار داد؛ پس اگر وجوب یا مشروعیت اقدام عملی و در نتیجه براندازی منکر و ایجاد معروف، در حق آحاد مکلفان ثابت شود، نباید آن را در ماهیت فریضه داخل کرد. تأکید می‌شود موضوع بحث در اینجا فریضه برای عموم و آحاد مردم است.

برای تثبیت اشکال فوق، لازم نیست لزوم اذن را برای مرتبه اقدام عملی ثابت کنیم؛ هر چند این کار را در ضمن مباحث آینده خواهیم کرد؛ همین که مشهور فقیهان

به تفصیلی که خواهد آمد قائل باشند کافی است تا از این لزوم برای فهم و اثبات ماهیتی استفاده کنیم که باید میان اذهان همه فقیهان مشترک باشد. ضمن اینکه هیچ فقیه مخالف اذن، مخالفت خود را بر تنافی لزوم اذن با ماهیت فریضه، مبتنی نکرده است.

مشهور فقیهان چنین تفصیل داده‌اند که اگر در حد ازین بردن وسایل منکر، ایجاد مانع برای انجام دادن آن و درگیری با عامل منکر و تارک معروف، با مثل زدن به شرط عدم مفسده، تأثیر مناسب و عدم ضرر آمر یا ناهی، بدون منجر شدن به هرگونه جرح و قتل باشد، به اذن حاکم شرع نیازی نیست؛ بلکه به ظاهر با شرایط مزبور واجب خواهد بود (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۸۰۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۴۸۰؛ حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۹۰؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، صص ۳۵۲-۳۵۳)؛ البته برخی اذن گرفتن از فقیه جامع شرایط را برای زدن و درگیری در اقدامات مزبور با تعبیر «ینبغی»، پس از فتوا به ظاهر احتیاط مستحب دانسته‌اند (امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۳۷۵)؛ اما اقدام به جرح و قتل را در صورتی که نوبت به آن برسد، یا به اذن حاکم مشروع منوط کرده‌اند و یا اساساً از صلاحیت‌ها و وظایف حاکم شرع دانسته‌اند (منابع پیشین و نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۸۳).

۲-۴. بررسی سندی و دلالتی روایات اقدام عملی

حر عاملی در وسائل الشیعه، روایت‌های اقدام عملی در مراتب فریضه امر و نهی را در باب سوم از ابواب امر و نهی کتاب امر به معروف و نهی از منکر با عنوان «وَجُوبِ الْأَمْرِ وَالنَّهْيِ بِالْقَلْبِ ثُمَّ بِاللِّسَانِ ثُمَّ بِالْيَدِ وَحُكْمِ الْقِتَالِ عَلَى ذَلِكَ وَإِقَامَةِ الْحُدُودِ» گرد آورده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۶، ص ۱۳۱). تعداد این روایت‌ها، ۱۲ عدد است. در برخی جوامع روایی دیگری، تعداد بیشتری از روایت‌ها نسبت به وسائل الشیعه، در این باره نقل شده است (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۱۴، ص ۳۸۱)؛ اما مضامین آن از آنچه صاحب وسائل نقل می‌کند بیشتر نیست. به لحاظ سند نیز در موضوع بحث، سندهای قابل اعتمادتری از صاحب وسائل ندارند؛ به هر حال نقل و بررسی روایت‌ها به ترتیب صاحب وسائل، به لحاظ سند و دلالت در پی می‌آید. البته برای احراز جامعیت این بررسی، ناچار به نقل

عین متن و سند تن داده‌ایم؛ اما از ترجمه فارسی همه متن و سند، با اعتماد به نجبگی مخاطب و برای رعایت اختصار در گذشته‌ایم.

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ بَشْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عِصْمَةَ قَاضِي مَرْوَ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثٍ قَالَ: فَأَنْكِرُوا بِقُلُوبِكُمْ وَالْفُطُورِ بِاللِّسَانِ وَصُكُّوا بِهَا جِبَاهَهُمْ وَلَا تَخَافُوا فِي اللَّهِ لَوْمَةً لَائِمَةً فَإِنْ اتَّعَطُوا وَإِلَى الْحَقِّ رَجَعُوا فَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِمْ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْعُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ هُنَالِكَ فَجَاهِدُواهُمْ بِأَيْدِيكُمْ وَأَبْغُضُواهُمْ بِقُلُوبِكُمْ غَيْرَ طَالِبِينَ سُلْطَانًا وَلَا بَاغِينَ مَالًا وَلَا مُرِيدِينَ بِالظُّلْمِ ظَفْرًا حَتَّى يَفِيئُوا إِلَى أَمْرِ اللَّهِ وَيَمْضُوا عَلَى طَاعَتِهِ.

این روایت، در سند به ارسال (عن بعض اصحابنا)، مجهول بودن بشر بن عبدالله (خوبی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص ۳۱۸) و مهمل بودن ابو عصمه قاضی مرو (خوبی، ۱۳۶۹، ج ۲۱، ص ۲۴۰) دچار است. در دلالت نیز به قرینه ابتدای آن، «قوم یتبع فيه قوم» که در وسائل تقطیع شده و در اصل آن، کتاب کافی آمده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۵۵)؛ نیز بعید نیست تعبیر «فَجَاهِدُواهُمْ بِأَيْدِيكُمْ» در آن، به تصمیم‌ها و اعمال جمعی و حکومتی یک قوم مربوط باشد که در آن آحاد مردم از حکومت یا رهبران قوم پیروی می‌کنند و جهاد هم در آن با تصمیم حکومتی و جمعی است و بنابراین ظهوری برای آن، ناظر به رفتار فردی در انجام دادن فریضه احراز نمی‌شود.

۲. [محمد بن یعقوب] عَنْ عَلِيٍّ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يَحْيَى الطَّوِيلِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: مَا جَعَلَ اللَّهُ بَسْطَ اللِّسَانِ وَكَفَّ الْأَيْدِ وَكَبَّرَ جَعَلَهُمَا يَبْسُطَانِ مَعًا وَيَكْفَأَانِ مَعًا.

این روایت از جهت سند، به دلیل وجود یحیی الطویل در آن، قابل اعتماد نیست؛ وی در رجال مجهول یا مهمل است (مامقانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۶۵؛ خوبی، ۱۳۶۹، ج ۲۰، ص ۱۰۰)؛ اما از جهت دلالت مشهور، بلکه نزدیک به مجمع علیه فقها، تعبیر «بالید» را در این روایت و مثل آن، به اقدام عملی برای براندازی منکر و ایجاد معروف

تفسیر می‌کنند. البته شیخ طوسی می‌نویسد: «فأما باليد، فهو أن يفعل المعروف ويجتنب المنكر على وجه يتأسي به الناس» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۲۹۹)؛ «باليد»، یعنی مکلف چنان به معروف عمل کند و از منکر پرهیزد که مردم از او پیروی کنند. این تفسیر نسبت به مضمون این گونه روایت‌ها، تناسب و شاید ظهور دارد. مؤید، بلکه قرینه این تفسیر آیات و روایت‌هایی است که بر لزوم هماهنگی عمل خود انسان به نیکی‌ها و دوری از بدی‌ها با زبان او به سفارش دیگران به آن دلالت می‌کند (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۱۴، ص ۴۱۹). البته روایت‌هایی هم هست که ظهور یا صراحت در اقدام عملی برای براندازی منکر یا ایجاد معروف دارند و قابلیت چنین تفسیری را ندارند؛ از همین رو شیخ طوسی به‌رغم تفسیر پیش‌گفته در همانجا تفسیر مشهور را نیز یادآور می‌شود و آن را نوعی دیگر از امر و نهی «باليد» می‌نامد: «وقد يكون الأمر بالمعروف باليد بأن يحمل الناس على ذلك؛ گاهی امر به معروف با عمل است؛ به این ترتیب که مردم را به آن وادارد» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۳۰۰)؛ اما بی‌درنگ تصریح می‌کند این گونه از انجام دادن فریضه، جز با اذن سلطان وقت که به ریاست منصوب است، جایز نیست (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۳۰۰). در ادامه بررسی سند و دلالت این دسته از روایت‌ها نیز خواهد آمد.

۳. [محمد بن يعقوب] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ عَمَّنْ أَخْبَرَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي حَدِيثٍ طَوِيلٍ مَلَخَصُهُ أَنَّ إِبْلِيسَ احْتَالَ عَلَى عَابِدٍ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ - حَتَّى ذَهَبَ إِلَى فَاجِرَةٍ يَرِيدُ الرَّنَا بِهَا فَقَالَتْ لَهُ إِنَّ تَزُوكَ اللَّذْنِبِ أَيْسَرُ مِنْ طَلَبِ التَّوْبَةِ وَكَأَيْسَ كُلِّ مَنْ طَلَبَ التَّوْبَةَ وَجَدَهَا فَأَنْصَرَفَ وَمَاتَتْ مِنْ لَيْلَتِهَا فَأَصْبَحَتْ وَإِذَا عَلَى بَابِهَا مَكْتُوبٌ احْضَرُوا قُلَانَةَ فَأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْجَنَّةِ - فَارْتَابَ النَّاسُ فَمَكَّثُوا ثَلَاثًا لَا يَدْفِنُونَهَا اِرْتِيَابًا فِي أَمْرِهَا فَأَوْحَى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ إِلَى نَبِيِّ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ وَلَا أَعْلَمُهُ إِلَّا مُوسَى بْنُ عِمْرَانَ - أَنْ أَنْتِ قُلَانَةُ فَصَلِّ عَلَيْهَا وَمُرِّ النَّاسِ فَلْيَصَلُّوا عَلَيْهَا فَإِنِّي قَدْ غَفَرْتُ لَهَا وَأَوْجِبْتُ لَهَا الْجَنَّةَ - بِتَنْطِيطِهَا عِبْدِي قُلَانَةَ عَنْ مَعْصِيَتِي.

این روایت به لحاظ سند دچار ارسال (عمن أخبره) است؛ اما به لحاظ مضمون، بر

مرتبه اقدام عملی به عنوان فریضه امر به معروف و نهی از منکر دلالتی ندارد؛ بلکه بر تأیید، تشویق و پاداش نیکو بر بازداشتن کسی از معصیت دلالت دارد. حتی بر وجوب چنین کاری هم دلالت ندارد. چنین مضمونی موضوع بحث نیست.

۴. مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام مَنْ تَرَكَ إِنْكَارَ الْمُنْكَرِ بِقَلْبِهِ وَلِسَانِهِ (ویدیه)^۱ فَهُوَ مَيِّتٌ بَيْنَ الْأَحْيَاءِ فِي كَلَامِ هَذَا خَتَامُهُ.

سخن درباره دلالت این روایت همان است که درباره روایت دوم گذشت. به لحاظ سند نیز مرسله و غیر قابل اعتماد است.

۵. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْعِلَالِ وَفِي عُيُونِ الْأَخْبَارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ إِسْحَاقَ الطَّالِقَانِيِّ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَعِيدِ الْكُوفِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ فَصَّالٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الرَّضَاءِ عليه السلام قَالَ: قُلْتُ لَهُ لِمَ سُمِّيَ الْحَوَارِيُّونَ الْحَوَارِيِّينَ فَقَالَ أَمَا عِنْدَ النَّاسِ إِلَيَّ أَنْ قَالَ وَأَمَّا عِنْدَنَا فَسُمُّوا الْحَوَارِيُّونَ الْحَوَارِيِّينَ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مُخْلِصِينَ فِي أَنْفُسِهِمْ وَمُخْلِصِينَ لِغَيْرِهِمْ مِنْ أَوْسَاخِ الدُّنُوبِ بِالْوَعْظِ وَالتَّذْكِيرِ الْحَدِيثِ.

روایت به دلیل وجود مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ إِسْحَاقَ الطَّالِقَانِيِّ که توثیقی ندارد (خوبی، ۱۳۶۹، ج ۱۴ ص ۲۲۱)، به لحاظ سند قابل اعتماد نیست. به لحاظ دلالت نیز به صراحت تعبیر «بِالْوَعْظِ وَالتَّذْكِيرِ» در آن آمده است، نه اقدام عملی و یدی.

۶. وَفِي عِقَابِ الْأَعْمَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْخَطَّابِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْخُرَّاسَانِيِّ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: أَيَّمَا نَاشِئِي نَشَأَ فِي قَوْمِهِ ثُمَّ لَمْ يَدُوبْ عَلَيَّ مَعْصِيَةٍ كَانَ اللَّهُ أَوْلَ مَا يِعَاقِبُهُمْ بِهِ أَنْ يَنْقُصَ فِي أَرْزَاقِهِمْ.

این روایت به دلیل وجود ابوعبدالله خراسانی (حسینی حلی، ۱۴۲۸ق، ص ۴۹۰؛ خوبی،

۱. لم ترد في بعض النسخ.

۱۳۶۹، ج ۲۱، ص ۲۲۶) و حسین بن سالم (مامقانی، ۱۴۳۱ق، ج ۲۲، ص ۹۵؛ خویی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۲۴۲) در سند، قابل اعتماد نیست. به لحاظ دلالت، تعبیر «لَمْ يُوَدِّبْ عَلَيَّ مَعْصِيَةَ» که در اقدام عملی ظهور دارد، در آن هست؛ اما به صیغه مجهول است و دلالت در «قوم» ندارد؛ وظیفه رهبران است یا آحاد مردم. موضوع بحث وظیفه آحاد مردم است.

۷. مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ الرَّضِيِّ فِي نَهْجِ الْبَلَاغَةِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: مَنْ أَحَدَّ سِنَانَ الْعَضْبِ لِلَّهِ قَوِيَ عَلَى قَتْلِ أَشِدَّاءِ الْبَاطِلِ.

این روایت، دست کم در نگاه اول به لحاظ سند مرسل است و خارج کردن آن از این ضعف سندی دلیل می‌خواهد؛ اما به لحاظ دلالت، ظهوری در فریضه امر به معروف و نهی از منکر ندارد؛ بلکه به قرینه اینکه فقط از قتل نام برده است که محور و متبادر اولی از جنگ و جهاد است، بعید نیست ظهور در جهاد داشته باشد.

۸. قَالَ [الرَضِيُّ] وَ رَوَى ابْنُ جَرِيرٍ الطَّبْرِيُّ فِي تَارِيخِهِ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى الْقُفَيْهِ قَالَ إِنِّي سَمِعْتُ عَلِيًّا عليه السلام يَقُولُ يَوْمَ لَقِينَا أَهْلَ الشَّامِ، أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ إِنَّهُ مَنْ رَأَى عُدُوَنَا يَعْمَلُ بِهِ وَمُنْكَرًا يَدْعَى إِلَيْهِ فَأَنْكَرَهُ بِقَلْبِهِ فَقَدْ سَلِمَ وَبَرَّيْ وَمَنْ أَنْكَرَهُ بِلِسَانِهِ فَقَدْ أَحْرَجَ وَهُوَ أَفْضَلُ مِنْ صَاحِبِهِ وَمَنْ أَنْكَرَهُ بِالسَّيْفِ لِتَكُونَ كَلِمَةُ اللَّهِ الْعُلْيَا وَكَلِمَةُ الظَّالِمِينَ السُّفْلَى فَذَلِكَ الَّذِي أَصَابَ سَبِيلَ الْهُدَى وَقَامَ عَلَى الطَّرِيقِ وَنَوَّرَ فِي قَلْبِهِ الْيَقِينَ.

سند این روایت دچار جهالت راوی در مورد عبدالرحمن بن ابی لیلی (خویی، ۱۳۶۹، ج ۹، ص ۲۹۸) و ارسال است. به لحاظ دلالت نیز عبارت «مَنْ أَنْكَرَهُ بِالسَّيْفِ لِتَكُونَ كَلِمَةُ اللَّهِ الْعُلْيَا وَكَلِمَةُ الظَّالِمِينَ السُّفْلَى»، به‌ویژه با نظر به موقعیت سخن در روایت از امیر المومنین عليه السلام که «يَوْمَ لَقِينَا أَهْلَ الشَّامِ» نقل شده است، ظهور در جهاد دارد.

۹. قَالَ الرَّضِيُّ وَقَدْ قَالَ × فِي كَلَامٍ لَهُ يَجْرِي هَذَا الْمَجْرَى فَمِنْهُمْ الْمُنْكَرُ لِلْمُنْكَرِ بِقَلْبِهِ وَلسَانِهِ وَيَدِهِ فَذَلِكَ الْمُسْتَكْمِلُ لِخِصَالِ الْخَيْرِ وَمِنْهُمْ الْمُنْكَرُ بِلِسَانِهِ وَقَلْبِهِ النَّارِكُ بِيَدِهِ فَذَلِكَ مُتَمَسِّكٌ بِخِصْلَتَيْنِ مِنْ خِصَالِ الْخَيْرِ وَمُضَيِّعٌ خِصْلَةً وَمِنْهُمْ الْمُنْكَرُ بِقَلْبِهِ

والتَّارِكُ بِيَدِهِ وَلِسَانِهِ فَذَلِكَ الَّذِي ضَيَعَ أَشْرَفَ الْحَصَلَتَيْنِ مِنَ الثَّلَاثِ وَتَمَسَكَ بِوَاحِدَةٍ
وَمِنْهُمْ تَارِكٌ لِانْتِكَارِ الْمُنْكَرِ بِلِسَانِهِ وَقَلْبِهِ وَيَدِهِ فَذَلِكَ مِثُّ الْأَحْيَاءِ وَمَا أَعْمَالُ الْبِرِّ
كُلُّهَا وَالْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ عِنْدَ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ إِلَّا كَنْفَتَهُ فِي
بَحْرِ لُجِّي وَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيَ عَنِ الْمُنْكَرِ لَا يَقْرَبَانِ مِنْ أَجْلِ وَلَا يَنْقُصَانِ
مِنْ رِزْقٍ وَأَفْضَلُ مِنْ ذَلِكَ كَلِمَةٌ عَدَلٍ عِنْدَ إِمَامٍ جَائِرٍ.

۱۰. قَالَ [الرَضَى] وَعَنْ أَبِي جُحَيْفَةَ قَالَ سَمِعْتُ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ إِنَّ أَوَّلَ مَا
تُعَلَّبُونَ عَلَيْهِ مِنَ الْجِهَادِ الْجِهَادُ بِأَيْدِيكُمْ ثُمَّ بِاللِّسَانِ ثُمَّ بِقُلُوبِكُمْ فَمَنْ لَمْ يَعْرِفْ
بِقَلْبِهِ مَعْرُوفًا وَلَمْ يَنْكُرْ مُنْكَرًا قَلْبٌ فَجُعِلَ أَعْلَاهُ أَسْفَلَهُ.

در این دو روایت، به لحاظ سند ضعف ارسال و در روایت اخیر ضعف جهالت
راوی در خصوص ابوجحیفه وجود دارد (مامقانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۱؛ خویی، ۱۳۶۹،
ج ۲۰، ص ۲۲۹)؛ اما به لحاظ دلالت، موضوع بودن جهاد در دو روایت، به صراحت
ذکر شده است. ضمن اینکه تحفظ بر عنوان و موضوع جهاد، با موقعیت امر به
معروف و نهی از منکر منافاتی ندارد: «الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ عِنْدَ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ
وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ». جهاد زیر لوای امر به معروف و نهی از منکر، یا جهاد
ابتدایی است که امری اجتماعی و حکومتی، آن هم تحت حکومت مشروع
اسلامی است و در نتیجه از موضوع بحث که اقدام عملی فردی است، خارج
خواهد بود؛ یا جهاد دفاعی است که ممکن است در اثر امر و نهی لفظی یا تبلیغ
درست آموزه‌های اسلامی، از سوی دشمن یا کسی که امر و نهی می‌شود،
تحمیل گردد. در این صورت نیز از اقدام عملی فردی ابتدایی (نه دفاعی)، برای
اقامه معروف و بازداشتن از منکر که موضوع بحث است، متفاوت خواهد بود.

۱۱. مُحَمَّدُ بْنُ إِدْرِيسَ فِي آخِرِ السَّرَائِرِ نَقْلًا مِنْ رِوَايَةِ أَبِي الْقَاسِمِ بْنِ قُوتَلُوبَةَ عَنْ جَابِرِ
عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: مَنْ مَشَى إِلَى سُلْطَانٍ جَائِرٍ فَأَمَرَهُ بِتَقْوَى اللَّهِ وَوَعَّظَهُ وَخَوَّفَهُ
كَانَ لَهُ مِثْلُ أَجْرِ الثَّقَلَيْنِ الْحَجَّ وَالْأَنْبِيَاءِ وَمِثْلُ أَعْمَالِهِمْ.

این روایت ممکن است به لحاظ سند قابل تصحیح اجتهادی باشد تا طی آن
اشکالات فاصله زمانی بین ابن‌ادریس و ابن‌قولویه از یک سو و معلوم‌نبودن

مسمای جابر در آن و نیز فاصله میان ابن قولویه و جابر، بررسی و رفع شود؛ اما به لحاظ دلالتی، سخنی از اقدام یدی در آن نیست؛ بلکه به صراحت «وَعَظَهُ وَخَوْفَهُ» آمده است. همچون روایت پیشین در این روایت هم، نباید اقدام عملی ابتدایی که مورد بحث است، با اقدامات دفاعی در برابر تعرض عملی کسی که امر و نهی می‌شود، به‌ویژه اگر صاحب قدرت باشد، آمیخته شود.

۱۲. الْإِمَامُ الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ الْعَسْكَرِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ آبَائِهِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَدِيثٍ قَالَ:

لَقَدْ أَوْحَى اللَّهُ إِلَيَّ جَبْرَيْلُ وَأَمَرَهُ أَنْ يَخْسِفَ بِلَدِي يَشْتَمِلُ عَلَيَّ الْكُفَّارِ وَالْفَجَّارِ. فَقَالَ جَبْرَيْلُ يَا رَبِّ أَحْسِيفُ بِهِمْ إِلَّا بِقُلَانِ الرَّاهِدِ لِيَعْرِفَ مَاذَا يَاْمُرُهُ اللَّهُ فِيهِ فَقَالَ أَحْسِيفُ بِقُلَانِ قَبْلَهُمْ فَسَأَلَ رَبَّهُ فَقَالَ يَا رَبِّ عَرَّفَنِي لِمَ ذَلِكَ وَهُوَ زَاهِدٌ عَابِدٌ قَالَ مَكَّنْتُ لَهُ وَأَفْدَرْتُهُ فَهُوَ لَا يَاْمُرُ بِالْمَعْرُوفِ وَلَا يَنْهَى عَنِ الْمُنْكَرِ وَكَانَ يَتَوَقَّرُ عَلَيَّ حُبُّهُمْ فِي غَضَبِي فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ فَكَيْفَ بِنَا وَنَحْنُ لَا نَقْدِرُ عَلَيَّ إِنْكَارِ مَا نُشَاهِدُهُ مِنْ مُنْكَرٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَتَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَلَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ أَوْ لَيُعَذِّبَنَّ اللَّهُ ثُمَّ قَالَ مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيَنْكِرْ بِيَدِهِ إِنْ اسْتَطَاعَ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ فَحَسْبُهُ أَنْ يَعْلَمَ اللَّهُ مِنْ قَلْبِهِ أَنَّهُ لِذَلِكَ كَارَةٌ.

روایت دوازدهم خالی از دلالت بدوی اطلاقی بر اقدام یدی نیست؛ اما این روایت دچار اشکال سندی است؛ زیرا از وجاده بدون سند تفسیر منسوب به امام حسن زکی رضی [عسکری] نقل شده است؛ اما به لحاظ دلالت، ممکن است اطلاق بدوی آن به قرینه عرفی و تناسب حکم و موضوع، برای دفع احتمال وقوع هرج و مرج و درگیری مردم با هم بر صورت اذن از حاکم مشروع حمل شود. این قرینه بر فرض نبود اشکالات پیش گفته بر اعتبار سندی و دلالتی دیگر روایت‌های یادشده، برای همه این روایت‌ها نیز وجود دارد و اجازه نمی‌دهد اطلاق بدوی فرضی آنها برای صورت عدم اذن معتبر باشد؛ به عبارت دیگر چنین قرینه لثبی قطعی، بهترین دلیل بر وجوب اذن از حاکم مشروع، برای هرگونه اقدام عملی علیه کسی به عنوان فریضه امر به معروف و نهی از منکر

خواهد بود.

نکته اخیر درباره دلالت روایت دوازدهم (قرینه لبی اذن حاکم)، اشکال بر دلیل سوم، از ادله پیش گفته برای رفع ید از ظهور امر و نهی زبانی در فریضه را هم رقم می‌زند؛ زیرا بر فرض که دوری کردن و چهره درهم کشیدن اقدام عملی، مثل زدن و درگیری شمرده شود، نمی‌تواند بدون اذن حاکم باشد؛ اما روشن است که این کارها اقدام عملی مورد بحث نیست؛ بلکه نوعی وعظ و تذکر عملی است؛ نه اینکه براندازی عملی منکرها و ایجاد معروف‌ها را دلالت و تناسبی داشته باشد.

۲-۵. بررسی اجماع

دلیل چهارم از ادله پیش گفته نسبت ادعای اجماع بر مشروعیت اقدام عملی، بدون اذن حاکم، به محقق اردبیلی است. این نسبت، درست نیست؛ زیرا عبارت ایشان بر تردید در چنین اجماعی دلالت می‌کند. ایشان به لحاظ ادله، غیر از اجماع، دلالت معتبری بر جواز هرگونه اقدام عملی را رد می‌کند و سپس می‌گوید: «بل لو لم یکن جوازهما بالضرب إجماعیا، لکان القول بجواز مطلق الضرب بمجرد أدلتها المذكورة، مشکلا» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۷، ص ۵۴۳). به ظاهر صاحب جواهر «لو» را در این عبارت، امتناعیه گرفته‌اند؛ ولی با توجه به تلاش محقق اردبیلی برای خدشه در همه ادله اقدام عملی بدون اذن حاکم، قرینه بی‌فایده بودن تلاش او بر تردید در مفاد «لو» دلالت دارد تا افقی گشوده باشد در برابر قولی مشهور که ادله آن را پشتیبانی نمی‌کند. افزون بر این، بر فرض که نسبت هم درست باشد، با وجود ادله پیش گفته که نقل و نقادی شد، اجماع مدرکی از درجه اعتبار ساقط خواهد بود.

نتیجه اینکه ماهیت فریضه، همچنان که ظهور ادله اصلی آن در قرآن کریم نشان می‌دهد، امر و نهی لفظی است و اقدام عملی، اگر در مورد و شرایطی دلیل داشته باشد، خارج از ماهیت عمومی آن است و درحقیقت به بُعد حکومتی فریضه یا فریضه همچون وجوب و صلاحیت حکومتی مربوط است؛ به این ترتیب باور فقهی به داشتن مرتبه‌ای برای فریضه، به عنوان مرتبه یدی یا اقدام عملی، آنجا که فریضه را یک واجب و

صلاحیت عمومی برای آحاد مکلفان در نظر بگیریم، نادرست می‌نماید؛ بلکه ذومراتب بودن فریضه، شامل مراتب قلبی، لسانی و یدی نادرست است؛ زیرا مرتبه معنوی به قلبی نیز یا امر اخلاقی است که می‌گوید رفتارت با گفتارت سازگار باشد، یا امر اعتقادی است که بر التزام قلبی به احکام شرع از آن حیث که شرعی هستند، تأکید می‌کند. اخلاقی بودن امر اول از آن روست که در مذهب بودن نفس ریشه دارد و شاخه‌ای از تهذیب نفس است؛ و گرنه به لحاظ فقهی که موضوع آن فعل مکلف است (حتی فعل جوانحی، از آن حیث که فقط فعل است)، ملازمه‌ای بین رفتار و گفتار وجود ندارد و اگر کسی خودش هم فاعل منکری باشد، وجوب فقهی نهی از همان منکر از او ساقط نیست. اعتقادی بودن امر دوم هم از آن روست که از شاخه‌های اعتقاد به خداوند، نبوت، امامت، معاد و عدل و سفارش و تبلیغ شریعت در دین مبین اسلام است.

با وجود این، در ادامه هر دو مبنا، یعنی ماهیت امر و نهی لفظی و ماهیت براندازی منکر و اقامه معروف را برای بیان رابطه فریضه با آستان‌های مقدس بررسی خواهیم کرد.

۳. تأثیر و تطبیق فریضه بر احکام آستان‌ها

در این بخش، تأثیر و تطبیق فریضه بر احکام آستان‌ها از دو جهت بررسی می‌شود: اول، رابطه این فریضه با حکم ساخت و برپایی آستان‌های مقدس و دوم، جایگاه این فریضه در هدایت و مدیریت آستان‌ها. دو مبنای بحث شده درباره ماهیت امر و نهی در فریضه در بخش اول در این بررسی مدنظر است. گفتنی است تأثیر تفاوت دو مبنا در جهت اول، با تفصیل می‌آید و در جهت دوم برای پرهیز از تکرار تنها اشاره‌ای بدان می‌شود.

۳-۱. تأثیر و تطبیق بر احکام ساخت آستان‌ها، بر مبنای ماهیت اقامه و براندازی

بنا بر اینکه ماهیت امر و نهی در فریضه، هرگونه اقدام و حرکتی برای ایجاد اقامه معروف و براندازی منکر باشد، بیان ارتباط آن با حکم برپایی آستان‌های مقدس چنین است: با توجه به مفروض بودن مطلوبیت ساخت و برپایی آستان‌ها، بر اساس ادله‌ای مانند دلیل تعظیم شعائر، انطباق عنوان معروف بر این ساخت و برپایی، قابل تردید نیست؛ در

این صورت تلاش برای ساخت و برپایی آستان‌های مقدس، به عنوان «معروف» تلاش برای اجرا و امتثال فریضه خواهد بود. بنا بر این برداشت، شرایط عمومی تکلیف، افزون بر شرایط فقهی و خوب فریضه، برای هر کسی کافی است تا به ساخت و برپایی آستان‌های مقدس مکلف باشد؛ اما از آنجا که برپایی آستان‌ها یک امر اجتماعی است، هماهنگی، سازمان‌دهی و هم‌افزایی اجتماعی نیز بخشی از لوازم امتثال و انجام آن خواهد بود. به طبع وجود حکومت مشروع و مطاع در این امر مطلوب اجتماعی، نسبت به نبود چنین حکومتی، به لحاظ جایگاه و نقش، متفاوت خواهد بود. اگر مکلفان تحت حکومت مشروع اسلامی باشند، مدیریت و هدایت برپایی بر عهده و در صلاحیت چنین حکومتی خواهد بود. آحاد مردم، به طور خاص و به عنوان امتثال و خوب ساخت و برپایی، تحت مدیریت و هدایت حکومت مشروع، امتثال تکلیف خواهند کرد. اگر حکومت مشروع نباشد، تکلیف مزبور از دوش افراد ساقط نیست و در صورت فراهم بودن شرایط شرعی و خوب امر به معروف و نهی از منکر، با رعایت شرایط اجتماعی، نظم جامعه و اصل همکاری در امور اجتماعی اقدام می‌کنند. نکته قابل توجه اینکه بر اساس تقریر فوق، فریضه مشروعیت یا مطلوبیت ساخت و برپایی آستان‌های مقدس را اثبات نمی‌کند؛ بلکه با فرض مطلوبیت به عنوان معروف، به ساخت و برپایی فرا می‌خواند.

۲-۳. تطبیق بر مبنای امر و نهی لفظی

بنابر اینکه ماهیت فریضه امر و نهی لفظی و اموری در حکم آن، مانند اشاره یا اخم کردن در برابر منکر باشد، باز هم برپایی آستان‌ها، به عنوان «معروف»، مصداق فریضه است؛ اما در این صورت، اجرا و امتثال فریضه، همانا امر و نهی لفظی و امور در حکم آن است؛ در این صورت مخاطب امر و نهی کسانی هستند که برپایی از ایشان انتظار می‌رود؛ بلکه می‌توان گفت بنا بر این مبنای، هرگونه تبلیغ و تشویق به برپایی آستان‌های مقدس، اجرا و امتثال فریضه خواهد بود؛ زیرا تناسب عرفی مطلوبیت امر به معروف، مطلوبیت تبلیغ و تشویق به آن خواهد بود. برخی از فقیهان

هم تراز با این تناسب را در طرف حرمت نهی از معروف و امر به منکر ابراز کرده و گفته‌اند: فحوای ادله امر به معروف و نهی از منکر حرمت امر به منکر و نهی از معروف است که مراد از آن، حرمت هرگونه تشویق و ترغیب به محرمات است (امام خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۵۲).

با توجه به درستی مبنای امر و نهی لفظی، مطابق تحلیل و تحقیق پیش گفته از ماهیت فریضه در بخش اول، وظیفه و صلاحیت آحاد مردم نسبت به برپایی آستان‌های مقدس، امر و مطالبه لفظی یا هرچه جانشین عرفی مطالبه لفظی باشد، خواهد بود. روشن است مخاطب چنین مطالبه‌ای دستگاه حکومتی است که برپایی آستان در منطقه و قلمرو آن است. بر این مبنای فریضه، تفاوتی میان حکومت مشروع و نامشروع وجود ندارد؛ بنابراین برای مثال، آحاد مکلفان با رعایت همه شرایط فریضه، مکلف و صاحب صلاحیت هستند که دولت سعودی را به انحای مختلف و مناسب، نسبت به برپایی آستان‌های مقدس چهار امام معصوم مدفون در بقیع علیهم‌السلام امر کنند.

۱۳۷
فقه

۳-۳. رابطه فریضه با هدایت و مدیریت آستان‌ها

آستان‌های مقدس یکی از مظاهر اصلی دینداری پیروان و مجبان اهل بیت علیهم‌السلام است. اسلام مخاطبان خود را به دینداری مطابق با شریعت اسلام فرا می‌خواند که در فرایند معتبری از فقاقت در استنباط احکام شریعت، احراز شدنی است؛ از سوی دیگر فریضه امر به معروف و نهی از منکر به همه احکام و بلکه اهداف شارع مقدس، به نوعی فراگیری و نظارت دارد. این فریضه، در معنا و حد خود، نقش پاسداری از پای‌بندی به شریعت مقدس و کمک به اجرا و امثال آن را دارد.

نتیجه حاصل از مقدمات پیش گفته، به اجمال ثبوت جایگاه فریضه امر و نهی در کمک به هدایت و مدیریت آستان‌هاست؛ زیرا جمع میان مقدمه اول و دوم، لزوم تطبیق دینداری و تدین‌ورزی در آستان‌ها، با احکام و اهداف فقهی معتبر و حجت است و مطابق مقدمه سوم، فریضه یاریگر این تطبیق خواهد بود. به طبع تحلیل و نتیجه‌گیری پیش گفته نسبت به دو معنای اختلافی فقیهان از ماهیت امر و نهی، در نوع یاریگری

فریضه، در اینجا نیز تأثیر منطقی خود را خواهد داشت که در ادامه بررسی خواهد شد؛ اما تفصیل این جایگاه رابطه در چند بند قابل بیان است که در پی می آید.

۳-۳-۱. فریضه و برنامه‌های فرهنگی و تبلیغی آستان‌ها

اجرای مستقیم و سازمان‌یافته فریضه از سوی تولیت و مدیریت آستان‌ها، مستلزم برنامه‌ریزی در ساختار کلی مدیریت آستان‌هاست. اگر ماهیت فریضه را امر و نهی لفظی بدانیم، جای چنین اجرایی، برنامه‌های فرهنگی و تبلیغی آستان‌هاست؛ بر اساس این مبنا لازم است به نحو حداکثری مطالبه فریضه در برنامه‌های فرهنگی و تبلیغی آستان‌ها دیده و تعریف شود.

فریضه امر به معروف و نهی از منکر، هم راستا با رسالت آستان‌های مقدس است. نگارنده این رسالت را در مقاله دیگری در همین نشریه وزین، ضمن استدلال به ادله عمدتاً قرآنی برپایی آستان‌های مقدس بیان کرده است (صرامی، ۱۴۰۰). خلاصه این رسالت تحکیم ایمان به خدای سبحان، توحید و دین‌ورزی فردی و اجتماعی مورد رضایت شارع مقدس است. مبنای فقهی برای ضرورت برنامه‌ریزی‌های فرهنگی و تبلیغی، جهت اجرای فریضه در آستان‌های مقدس، همین رسالت اساسی است. به طبع محتوای برنامه‌ها برگرفته از قرآن و سنت پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله و اهل بیت علیهم السلام خواهد بود.

به دست آوردن محتوای فوق از قرآن و سنت، سپس تدوین و ارائه آن بر عهده کارشناسان اسلامی در حوزه‌های مختلف کلامی، اخلاقی و فقهی است. وجوب همکاری کارشناسان برای این امر، افزون بر اینکه ممکن است از مخاطب عمومی ادله‌ای مثل تعظیم شعائر قابل استنباط باشد، بی تردید از ادله فریضه هم به دست می آید. این ادله خطاب به همه مکلفان است که با شرایط مقرر فقهی خود امتثال می شود.

چگونگی برنامه‌ریزی فرهنگی و تبلیغی، با محتوای یادشده امری تخصصی و کارشناسانه است که با توجه به مقتضیات و شرایط زمان و مکان، قابل انجام است. جنبه فقهی این موضوع، براساس ادله فریضه، لزوم و وجوب اعمال کارشناسی در این باره

است تا فریضه به بهترین وجه ممکن امتثال و اجرا شود؛ اما در صورتی که ماهیت فریضه را اقامه معروف و براندازی منکر بدانیم، افزون بر همه امور یادشده که بر مبنای ماهیت امر و نهی لفظی بود، اقدام برای برپایی همه معروف‌های متناسب با آستان‌های مقدس، مانند برپایی نمازهای جماعت، کمک به اجرای درست و شرعی زیارات، توسلات و دعاها، از اقتضائات امتثال فریضه در آستان‌های مقدس خواهد بود. افزون بر این مبارزه با منکرات و تلاش مناسب برای از میان بردن آن هم در فهرست بلند اجرا و امتثال فریضه قرار می‌گیرد.

۳-۳-۲. اجرای همگانی و میدانی فریضه

قلمرو گسترده فریضه امر و نهی مقتضی امتثال و اجرای عمومی آن در فضاهای آستان‌های مقدس است. توضیح اینکه همچنان که گفتیم ادله فریضه همه مکلفان را در هر زمان و مکانی در صورت وجود شرایط مقرر فقهی شامل می‌شود؛ بنابراین فریضه شامل همه مکلفان حاضر در آستان‌ها، چه کارگزاران، چه زائران و چه با هر عنوان دیگری خواهد بود. البته روشن است که این شمول، به محیط آستان‌ها اختصاصی ندارد؛ ولی خصوصیتی که سبب یادآوری آن در اینجا می‌شود، دو امر است:

اول- تأکید مطلوبیت آن با توجه به جایگاه ویژه آستان‌ها در تدین‌ورزی مؤمنان بر محور محبت و پیروی اهل بیت علیهم‌السلام؛ بلکه می‌توان گفت عمل عمومی به فریضه در فضای آستان‌ها می‌تواند به نیت تعظیم شعایر و تحکیم پیروی درست از اهل بیت علیهم‌السلام و گردن نهادن به ولایت ایشان باشد و در نتیجه موجب ثواب مضاعف برای امتثال فریضه گردد.

دوم- توجه دادن به این نکته که انجام دادن فریضه از سوی مدیریت آستان‌ها، تحت برنامه‌های فرهنگی-تبلیغی پیش گفته، مانع از وجوب امتثال عمومی آن نخواهد بود؛ به عبارت دیگر این توهم درست نیست که چون فریضه از سوی مدیریت آستان با برنامه‌های فرهنگی-تبلیغی اجرا می‌شود، امتثال آن از دیگران ساقط است. کارکرد امتثال همگانی با امتثال سازمانی متفاوت است و هر یک تأثیر مناسب خود را خواهد

داشت. این بر مبنای ماهیت امر و نهی لفظی است. بر مبنای ماهیت اقامه معروف و براندازی منکر، کمک و همراهی عمومی در اقامه و براندازی، مقتضای امتثال فریضه در محیط آستان‌ها خواهد بود.

۳-۳-۳. فریضه و کیفیت برپایی، ساختار و رخدادهای مدیریتی آستان‌ها

اطلاق ادله فریضه، افزون بر دو بند گذشته، به تطابق یا اقتضا، چگونگی برپایی آستان‌های مقدس، ساختار تشکیلات و رخدادهای مدیریتی آن را هم شامل می‌شود. توضیح اینکه مطلوبیت، بلکه مشروعیت آستان‌های مقدس، برابر ادله پیش گفته، بر رعایت کامل احکام و اهداف شارع مقدس درباره آن مبتنی خواهد بود. این رعایت شامل چگونگی برپایی، ساختار تشکیلاتی و رخدادهای مدیریتی آستان‌های مقدس است. مراد از رخدادهای مدیریتی یا حاکمیتی شامل نوع و شرایط مدیران و کارگزاران، کلیه مقررات و همه تصمیم‌ها و امور اجرایی خواهد بود.

اجرای فریضه در همه موارد فوق، در صورت داشتن شرایط مقرر به این معناست که مکلفان مخاطب و مشمول فریضه، حق و وظیفه دارند نسبت به همه این موارد امر و نهی کنند. اگر در بررسی پیش گفته درباره ماهیت فریضه، فراتر از امر و نهی، اقدام را هم برای براندازی منکر و اقامه معروف، مشروع و واجب بدانیم، به طبع حق و وظیفه اجرای فریضه شامل اقدام متناسب هم خواهد بود؛ برای مثال اگر در معماری آستان مقدس، خلاف شرع و منکری وجود داشته باشد، مکلفان دارای شرایط اجرای فریضه، حق و وظیفه امر و نهی تولیت، مدیریت و کارگزاری آستان را مبنی بر ازمیان بردن آن منکر خواهند داشت. در صورت باور فقهی به مشروعیت اقدام در اجرای فریضه، با شرایط مقرر حق اقدام به ازمیان بردن هم خواهند داشت. مثال‌های متعدد و متنوع دیگری هم درباره عزل و نصب‌های مدیریت آستان‌ها، نحوه برخورد با زائران و رعایت حقوق آنان، مصرف درست موقوفه‌های آستان‌ها، قراردادهای آستان‌ها با اشخاص حقیقی و حقوقی و غیره، می‌توان آورد.

نتیجه‌گیری

در بخش اول مقاله با موضوع ماهیت متعلق فریضه امر به معروف و نهی از منکر، بر اساس نقد و بررسی ادله باورمندان به مبنای وجوب واداشتن دیگران به انجام دادن معروف و بازداشتن آنان از ارتکاب منکر، ثابت شد که بیش از امر و نهی لفظی یا همان تذکر لسانی و جایگزین‌های مناسب آن، مانند روی درهم کشیدن اشاره کردن و غیره بر دوش آحاد مکلفان قرار ندارد.

مرتبه معروف به مرتبه قلبی در فریضه امر به معروف و نهی از منکر، خالی از جنبه فقهی است؛ یا توصیه اخلاقی به ترغیب به یکی بودن رفتار و گفتار انسان است و یا موضوعی اعتقادی است که از لوازم اعتقاد به شریعت و حقانیت احکام آن است. به ترتیب فوق، ذومراتب بودن فریضه، شامل سه مرتبه قلبی، لسانی و یدی که در فقه مشهور است، فاقد مستند معتبر فقهی است. درست این است که فریضه یک واجب فقط لسانی است که تحت شرایط یادشده در فقه، مانند احتمال تأثیر دادن، عبارت است از وجوب و صلاحیت یا حق تذکر زبانی به دیگران، به صورت امر به نیکی‌ها و نهی از بدی‌هاست. اینکه نیک و بد در فریضه چیست و آیا فقط شرعی است یا شامل امور عرفی هم می‌شود، موضوع بحث این مقاله نیست.

تأثیر و تطبیق مبنای مشهور واداشتن و بازداشتن در ماهیت فریضه، بر احکام یا فقه آستان‌های مقدس در بخش ساخت و برپایی آستان‌ها، وجوب هرگونه اقدام برای واداشتن حکومت‌ها به ساخت و برپایی آستان‌ها در قلمرو خود را در صورت وجود همه شرایط فقهی اجرای فریضه نتیجه می‌دهد.

این نتیجه، به تناسب در تطبیق فریضه نسبت به بخش مدیریت و هدایت آستان‌ها به سوی اهداف والای آن، نیز به دست می‌آید.

بر مبنای برگزیده ماهیت لفظی یا تذکر لسانی، برای امر و نهی، نتیجه تأثیر و تطبیق در دو بخش احکام یا فقه آستان‌ها، مطالبه ساخت و برپایی آستان‌ها، از یک سو و مطالبه رعایت همه احکام شرع در مدیریت و کل محیط آستان‌ها با تذکرهای لسانی متناسب، بر دوش و صلاحیت عموم مکلفان، با رعایت شرایط امر و نهی خواهد بود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

- ابن کثیر، اسماعیل بن عمر. (۱۴۱۹ق). تفسیر القرآن العظیم (ج ۱). بیروت: دار الکتب العلمیة.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (ج ۷). قم: جامعه مدرسین.
- امام خمینی، سیدروح الله. (۱۴۱۵ق). المکاسب المحرمة (ج ۱). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- امام خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۹). تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- بروجردی، سید آقا حسین. (۱۳۸۶). جامع احادیث الشیعة (ج ۱۴). تهران: فرهنگ سبز.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱۶). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حسینی حلّی، حسین بن کمال المذین ابرز. (۱۴۲۸ق). زبدة الاقوال فی خلاصة الرجال. قم: دار الحدیث.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۶۹). معجم رجال الشیعة (ج ۳ و ۵ و ۹ و ۱۴ و ۲۰ و ۲۱). قم: مرکز نشر آثار شیعه.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (ج ۱). قم: مدینة العلم.
- سبزواری، محمد باقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (ج ۱). قم: جامعه مدرسین.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة. بیروت: دار الکتب العربیة.
- شیخ مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- صرامی، سیف الله. (۱۴۰۰). بازنگری در دلالت شناسی ادله خاص قرآنی و روایی برپایه آستان‌های مقدس. فصلنامه فقه، شماره ۱۰۷، صص ۹۶-۱۱۶.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین (ج ۱). بیروت: دار التعارف.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة (ج ۴). قم: جامعه مدرسین.

علامه طباطبائی، سید محمد حسین. (۱۳۹۰ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۶). بیروت: مؤسسه
الاعلمی للمطبوعات.

قرطبی، محمد بن احمد. (۱۳۶۴). الجامع لاحکام القرآن (ج ۱۱). تهران: ناصر خسرو.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۵). تهران: اسلامیه.

مامقانی، عبدالله. (۱۴۳۱ق). تنقیح المقال (ج ۲۲). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

مامقانی، عبدالله. (بی تا). تنقیح المقال (ج ۱). بی جا: بی نا.

محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (ج ۷). قم: جامعه مدرسین.

محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام (ج ۱). قم: اسماعیلیان.

نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (ج ۲۱). بیروت: دار إحياء التراث العربی.

References

* The holy Qur'an

- Allamah Hilli, H. (1994). *Mukhatalaf al-Shi'ah* (Vol. 4). Qom: Jam'iyyah Mudarrisin. [In Arabic]
- Allamah Tabataba'i, S. M. H. (1989). *Al-Mizan fi Tafseer al-Quran* (Vol. 6). Beirut: Al-'Alami Publications. [In Arabic]
- Ardebili, A. (1993). *Majma' al-Faydah wa al-Burhan* (Vol. 7). Qom: Jam'iyyah Mudarrisin. [In Arabic]
- Buroojardi, S. A. H. (2007). *Jami' Ahadith al-Shi'ah* (Vol. 14). Tehran: Farhang Sabz. [In Persian]
- Hakim, S. M. (1990). *Minhaj al-Salihin* (Vol. 1). Beirut: Dar al-T'arif. [In Arabic]
- Har'ami, M. (1999). *Wasa'il al-Shi'ah* (Vol. 16). Qom: Institute of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Hosseini Helli, H. (2007). *Zubdat al-Aqwal fi Khulasah al-Rijal*. Qom: Dar al-Hadith. [In Arabic]
- Ibn Kathir, I. (1998). *Tafseer al-Quran al-'Azim* (Vol. 1). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyah. [In Arabic]
- Imam Khomeini, S. R. H. (1996). *Al-Makasib al-Muharramah* (Vol. 1). Qom: Institute for the Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
- Imam Khomeini, S. R. H. (2000). *Tahrir al-Wasilah*. Tehran: Institute for the Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
- Khoei, S. A. Q. (1990). *Minhaj al-Salihin* (Vol. 1). Qom: Madinah al-'Ilm. [In Arabic]
- Khoei, S. A. Q. (1990). *Mu'jam Rijal al-Shi'ah* (Vols. 3, 5, 9, 14, 20, 21). Qom: Center for the Publication of Shi'ah Works. [In Arabic]
- Kulayni, M. (1999). *Al-Kafi* (Vol. 5). Tehran: Islamiya. [In Arabic]
- Mamaghani, 'Abd Allah. (n.d.). *Tanqih al-Maqal* (Vol. 1).
- Mamaghani, A. (2010). *Tanqih al-Maqal* (Vol. 22). Qom: Institute of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Muhaqqiq Ardabili, A. (1993). *Majma' al-Faydah wa al-Burhan* (Vol. 7). Qom:

- Jam'iyah Mudarrisin. [In Arabic]
- Muhaqqiq Helli, J. (1994). *Shara'i' al-Islam* (Vol. 1). Qom: Ismailian. [In Arabic]
- Najafi, M. H. (1990). *Jawahir al-Kalam* (Vol. 21). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
- Qurtubi, M. (1985). *Al-Jami' li Ahkam al-Quran* (Vol. 11). Tehran: Nasir Khosrow. [In Arabic]
- Sabzawari, M. B. (2003). *Kifayat al-Ahkam* (Vol. 1). Qom: Jam'iyah Mudarrisin. [In Arabic]
- Sarami, S. (2000). *Baznegari dar Dallat-Shinasi Adillah Khas Qur'ani wa Rawayih Barpayee Asatanhaye Muqaddas*. *Journal of Fiqh*, 107, pp. 96-116. [In Persian]
- Shaykh Mufid, M. (1994). *Al-Muqni'ah*. Qom: World Congress of the Millennium of Shaykh Mufid. [In Arabic]
- Shaykh Tusi, M. (1990). *Al-Nihayah*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Arabi. [In Arabic]

The Doctor's Responsibility in Paying Diya for Abortion*

Esmail Aghababaei Bani¹ 

1. Associate professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Department of Jurisprudential and
Legal Issues, Research Center for Jurisprudence and Law, Qom, Iran
Aghababaei@isca.ac.ir




Abstract

The imposition of diya (financial compensation in Islamic law) on doctors, alongside the obligation to provide treatment and medical procedures that entail diya, leads to their reluctance to fulfill their responsibilities. Consequently, some laws specify that doctors are not liable in certain cases, such as organ transplants. In the case of abortion, despite previous declarations of non-responsibility, the new law does not have a clear position, and upon examining Islamic jurisprudence, most opinions indicate that doctors are obligated to pay diya, even in permitted abortions. Meanwhile, some alternative opinions offer solutions for relieving doctors of this responsibility, while others argue that authorization for the procedure leads to the nullification of diya. Considering governance in Islamic jurisprudence, using practical legal opinions in law formulation, referring to the principle of benevolence, and some other rules could provide a basis for the non-responsibility of doctors in performing their legal duties regarding abortion. The ambiguity arising from the silence of the law requires clarification and explicit expression.

Keywords

Abortion, Patient's Consent, Doctor's Responsibility, Diya for Abortion.

* **Cite this article:** Aghababaei Bani, E. (2024). The Doctor's Responsibility in Paying Diya for Abortion. *Journal of Fiqh*, 31(118), pp. 146-171. <https://doi.org/10.22081/jf.2024.67146.2690>

 **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

 **Received:** 2023/08/15 •  **Revised:** 2024/07/11 •  **Accepted:** 2024/10/31 •  **Published online:** 2024/11/20

© The Authors



مسئولیت پزشک در پرداخت دیه سقط جنین*

اسماعیل آقابابائی بنی^۱

۱. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، گروه مسائل فقهی و حقوقی پژوهشگاه فقه و حقوق قم، قم، ایران
Aghababaei@isca.ac.ir



چکیده

تحلیل دیه بر پزشک در کنار الزام به درمان و عملیات پزشکی مستلزم دیه، موجب امتناع وی از انجام دادن مسئولیت می‌گردد؛ از این رو برخی قوانین بر مسئول نبودن پزشک در موارد خاص، مثل پیوند اعضا تصریح دارند و در مواردی مثل سقط جنین به رغم آنکه پیش تر بر نبود مسئولیت تصریح شده بود، قانون جدید موضع مشخصی ندارد و در مراجعه به فقه، غالب آرا از ملزم بودن پزشک به پرداخت دیه، حتی در سقط جنین مجاز حکایت دارند. این در حالی است که برخی آرای دیگر، راهکارهایی برای رفع مسئولیت پزشک ارائه داده و بخش دیگری از آرا، جواز عمل را موجب سقوط دیه دانسته‌اند. توجه به فقه حکومتی، بهره‌گیری از آرای فقهی کاربردی در تدوین قانون، استناد به قاعده احسان و برخی قواعد دیگر می‌تواند زمینه مسئول نبودن پزشک در انجام دادن وظیفه قانونی خود در سقط را فراهم سازد و ابهام ناشی از سکوت قانون به اصلاح و بیان صریح نیاز دارد.

کلیدواژه‌ها

سقط جنین، اذن بیمار، مسئولیت پزشک، دیه سقط.

* **استناد به این مقاله:** آقابابائی بنی، اسماعیل. (۱۴۰۳). مسئولیت پزشک در پرداخت دیه سقط جنین. فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۱۴۶-۱۷۱.
<https://doi.org/10.22081/jf.2024.67146.2690>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان
□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۴ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۲۱ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



مقدمه

به اقتضای دلایل متعددی که بر باطل نشدن خون دلالت دارند (برای نمونه ر.ک: زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ج ۷، ص ۴۱۳)، هر گونه جنایت بر تمامیت جسمانی اعم از قتل یا جرح، مشمول دیه است تا جایی که برخی تصریح دارند حتی جایز بودن عمل نیز موجب رفع دیه نمی گردد و از آن به قاعده «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» یاد می شود (ر.ک: فرحناک، ۱۴۰۱). التزام به این نظریه موجب می شود در جایی که پزشک بر اساس وظیفه خود یا بر اساس تکلیف قانونی یا شرعی اقدامات درمانی را به انجام رساند، به پرداخت دیه ملزم گردد؛ مانند اینکه در برداشت از اعضای فوت شدگان مغزی، برای نجات بیماران اقدام کند یا بنابه درخواست مادر با مجوز قانونی به سقط جنین اقدام کند. روشن است در این صورت چه بسا پزشک در کنار التزام به پرداخت دیه از انجام دادن وظیفه خود سرباز زند و از نظر عرف نیز تحمیل دیه بر پزشک در کنار اجرای وظیفه قانونی مقبولیت ندارد.

به همین سبب برخی مقررات بر رفع مسئولیت پزشک تصریح دارند؛ مانند تبصره ۳ از ماده واحده «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» مقرر می دارد: «پزشکان عضو تیم از جراحات وارده بر میت، مشمول دیه نخواهند گردید» یا در ماده واحده قانون «سقط درمانی» (مصوب ۱۳۸۴)، پس از بیان شرایط جواز سقط بر این نکته تصریح داشت که در موارد جواز، «مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود». ماده واحده یاد شده هم اکنون به واسطه ماده ۵۶ قانون «جوانی جمعیت و حمایت از خانواده» نسخ و با سکوت قانون مواجه است؛ ولی قانون پیوند اعضا که به قوت خود باقی است، تنها از مسئول نبودن پزشک سخن گفته است؛ ولی درباره اینکه دیه به طور کلی منتفی است یا فقط متوجه پزشک نیست و افراد دیگر باید آن را پرداخت کنند، مبهم است و قاعده «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» که بسیاری از فقها بدان ملتزم اند، اقتضا دارد که حتی در صورت مسئول نبودن پزشک لازم است دیه توسط خواهان سقط یا منتفع و یا بیت المال پرداخت گردد؛ با این حال درباره موضوع مقاله، یعنی مسئولیت پزشک در پرداخت دیه، در خصوص موارد اقدام به سقط جنین، با این اشکال مواجهیم که در ماده ۵۶ قانون «حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» (مصوب

۲۴ مهر ۱۴۰۰، تنها بر شرایط صدور مجوز سقط تصریح شده و دربارهٔ پزشک و مسئولیت وی سخنی به میان نیامده است؛ هرچند عبارت مستوجب دیه در مادهٔ یادشده خود به نوعی از ساقط نشدن دیه حکایت دارد. از آنجا که مقررۀ فوق ناسخ ماده واحدۀ سابق است، با سکوت قانون گذار در خصوص مسئولیت پزشک، رجوع به قانون سابق به دلیل منسوخ بودن مشکل است و در رجوع به آرای فقهی نیز استناد به رأی موافق با قانون سابق به دلیل منسوخ بودن ناروا می نماید؛ زیرا سکوت عمدی قانون در اینجا به معنای عدول از این دیدگاه تلقی می گردد و اگر سکوت قانون در مسئله کیفر را به معنای عدول از جرم انگاری بدانیم، از آنجا که دیه ماهیت جبران خسارت دارد یا دست کم با ماهیت دوگانه‌ای رو بروست، با نبود یا ابهام قانون نمی توان به براءت حکم داد و در نهایت راه حل طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، رجوع به فقه خواهد بود که در این صورت، قاعدۀ فقهی «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» بنا بر رأی مشهور فقیهان اقتضای ضمان و پرداخت دیه دارد و به طبع به امتناع پزشک از سقط و انجام دادن وظایف قانونی منجر می گردد. راه حل دیگر اخذ براءت از بیمار است که در خصوص سقط جنین، اولاً بر این راهکار در قانون تصریح نشده است؛ ثانیاً ظاهر مادهٔ ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) انصراف به بیمار و دیه‌ای دارد که متوجه شخص بیمار است؛ نه دیه جنین که ربطی به بیمار ندارد و طبق مواد ۷۱۶ تا ۷۲۰ قانون مجازات اسلامی، خود جنایت مستقل و مستوجب دیه به شمار آمده است؛ همچنین در تبصره مادهٔ ۷۱۸ تصریح شده است: «هرگاه جنینی که بقای آن برای مادر خطر جانی دارد، به منظور حفظ نفس مادر سقط شود، دیه ثابت نمی شود» که در این صورت، موارد سقط جنین به سبب حرج - موضوع بند «ح» مادهٔ ۵۶ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت (مصوب ۲۴ مهر ۱۴۰۰) - مشمول این تبصره نبوده، بلکه به عکس از موارد لزوم پرداخت دیه به شمار خواهد آمد؛ همچنین به رغم آنکه طبق مادهٔ ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی «هر نوع عمل جراحی یا طبّی مشروع که... با رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام می شود»، بر نبود کیفر تصریح شده است، در خصوص دیه از یک سو مادهٔ ۱۴ قانون یادشده آن را مصداق مجازات می داند یا در مادهٔ ۱۷ به مجازات بودن دیه ناظر است و از

سوی دیگر در ماده ۴۵۲ تصریح شده است که دیه آثار مسئولیت مدنی یا ضمان دارد و ماده ۴۴۹ از ناظر بودن دیه به جبران خسارت به تلویح سخن گفته است و در نتیجه نمی‌توان با رجوع به قانون مجازات به صراحت دیه را کیفر و مشمول ماده ۱۵۸ دانست و پزشک را در موارد اقدام به سقط جنین مبرا از مسئولیت به شمار آورد.

در نتیجه هم از نظر قانونی و هم از نظر فقهی با ابهام مواجهیم؛ با این توضیح که برخی مواد قانونی تنها از نبود مسئولیت پزشک سخن گفته و برخی دیگر با ابهام همراه است و مراجعه به آرای مشهور فقهی نیز از لزوم پرداخت دیه توسط پزشک حکایت دارد. پرسش این است که اگر فرد به سقط جنین مجاز اقدام کند، دیه منتفی است یا خیر و در صورت لزوم پرداخت به عهده مباشر (پزشک اقدام کننده) است یا کسی که درخواست سقط جنین کرده و از سقط جنین منتفع می‌گردد؟ نیز در فرض توجه دیه به مباشر پزشک، راهکارهای فقهی انتقال دیه به دیگری کدام است؟ و در نهایت با توجه به اختلاف آرا و مبانی، قانون‌گذار بر چه مبنایی لازم است تعیین تکلیف کند؟

پاسخ پرسش‌های یادشده را بر اساس اقوال فقهی مطرح، استدلال‌های هر یک از نظریه‌های فقهی، راهکارهای فقهی توجه دادن مسئولیت به غیر پزشک و بایسته‌های قانون‌گذاری در خصوص دیه ناشی از سقط جنین در ادامه پی می‌گیریم.

۱. اقوال فقهی ناظر به پرداخت دیه

۱-۱. لزوم پرداخت دیه توسط مباشر و بی‌تأثیر بودن اذن

در یکی از آرای فقهی، پس از طرح فرض‌های مختلف سقط جنین، درباره دیه آمده است: «به‌طور کلی دیه بر کسی است که موجب سقط جنین است؛ چه خود زن باشد یا پزشک یا غیر آنها. در صورتی که سقط جنین به امر ولی، مانند پدر انجام بگیرد، دیه از کسی که واجب [موجب] سقط جنین بوده، ساقط نیست» (فیاض، ۱۴۲۶ق، ص ۷۴۶). در این عبارت بدون اشاره به مجاز یا غیر مجاز بودن سقط، از لزوم پرداخت دیه سخن به میان آمده است و با توجه به آرای فقهی که مجاز بودن را دلیل بر سقوط دیه نمی‌داند، حتی

در موارد سقط مجاز نیز لازم است دیه را پزشک اقدام کننده بپردازد.

دلایل و مستندات این نظر را می‌توان چنین برشمرد:

۱. مهم‌ترین دلیل برای ضامن شمردن پزشک، حتی در مواردی که وی مجاز به عملیات پزشکی است، روایت معروف زیر است: «وَمَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّرَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّ مَنْ يَطَبِّبُهُ أَوْ صَاحِبِ الدَّابَّةِ وَالْأَفْهَى ضَامِنٌ» (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱۴، ص ۵۱۸) و بسیاری از فقها به تبع آن، فتوا به ضامن داده‌اند و ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی نیز بر همین اساس شرط مسئول نبودن پزشک را اخذ براءت دانسته است.

از میان فقیهان گذشته، فقهی که به شدت با این دیدگاه مخالفت کرده، ابن‌ادریس حلی است که معتقد است: فرض روایت جایی است که اصل عمل مشروع نباشد و پزشک بدون اذن اقدامات درمانی را انجام دهد؛ وگرنه در صورت مجاز بودن، به استناد اصل براءت، ذمه وی بری بوده و ضامن نخواهد بود و فرقی نمی‌کند که اخذ براءت کرده باشد یا خیر (ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷، ج ۱۳، ص ۷۵). استدلال ابن‌ادریس سه رکن دارد:

(۱) اصل بر نبود ضامن است؛ (۲) ضامن بر فرض وجود با اذن قبلی (اعم از اذن شرعی یا اذن ذی‌نفع) ساقط می‌گردد و (۳) هنگامی که اصل عمل از نظر شرعی جایز باشد، ضمانی را در پی نخواهد داشت. هر سه رکن به این شرح مورد نقد فقیهان قرار گرفته است که وقتی دلیل کافی بر مشغول بودن ذمه پزشک به پرداخت دیه داریم، دلیلی بر اصل براءت باقی نمی‌ماند. اذن مریض و ذی‌نفع نیز در اینجا مؤثر نیست؛ زیرا منافاتی بین جایز بودن و ضامن بودن فرد نیست؛ بر خلاف اجماع و روایت‌هایی که از ضامن و جواز عمل سخن گفته‌اند (برای نمونه ر. ک: محسنی، ۱۳۸۲، ص ۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۲۷؛ نجفی، بی‌تا، ج ۴۳، ص ۴۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۱۰۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۶، ص ۱۷؛ اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۲۸ و طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۳۷۵).

به باور این گروه از فقیهان حتی اگر پزشک از باب حفظ جان اقدام به سقط کند یا کار وی را از مصادیق قاعده احسان بدانیم، ضامن به قوت خود باقی است تا جایی که برخی تصریح دارند ملاک ضامن، صدق افساد است و اگر صدق نکند، ضمانی هم متوجه پزشک نخواهد بود؛ با این حال آن را شامل موارد جنایت بر نفس که موجب دیه

است ندانسته‌اند و تصریح دارند در این موارد باید به اطلاق هایی که در قتل خطا و شبه عمد بر دیه تصریح دارند، اخذ کرد و به دیه حکم داد (محسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۰).

۲. دلیل دیگر بر لزوم ضامن بودن پزشک در موارد اقدام به سقط جنین مجاز، قاعده اتلاف («من اتلف مال الغير فهو له ضامن») است که در جای خود به تفصیل از آن بحث کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۱۹۱). می‌توان گفت چنان‌که تلف کردن مال دیگری موجب ضمان است، تلف کردن جان به طریق اولی ضمان خواهد داشت؛ چنان‌که در برخی روایات درباره حرمت جان آمده است: «حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۸۸).

۳. دلیل دیگر این نظر را می‌توان قاعده «باطل نشدن خون» دانست که از آن با تعبیرهایی همچون «لایبطل دم امرء مسلم»، «دم المسلم لایذهب هدرأ»، «دم المسلم لایضیع هدرأ»، «لایبطل دم امرئ مسلم» و «لایهدر دم امرء مسلم» یاد کرده و در کتاب‌های قواعد فقهی به تفصیل از آن بحث کرده‌اند.

۴. مستند مهم دیگر برای ضمان با وجود اذن را قاعده دیگری در فقه می‌توان دانست که تصریح دارد وجود اذن رفع ضمان نمی‌کند و با عناوین «الاذن الشرعی لاینافی الضمان»، «الجواز الشرعی لاینافی الضمان»، «الاباحه الشرعیه لا تقتضی الضمان» و «اباحه السبب لا تنافی الضمان» در فقه مطرح شده و طرفداران آن بر این باورند که مجاز بودن عمل، برای انتفای ضمان کافی نیست (برای مطالعه در مفاد این قاعده و دلایل آن، ر.ک: فرحناک، ۱۴۰۱).

۵. اقدام پزشک موردی استثنایی نیست و موارد مشابه متعددی در فقه داریم که به‌رغم جایز بودن، چنان‌چه به فوت یا صدمه بدنی منجر شوند، موجب ضمان و پرداخت دیه می‌گردد؛ مانند زدن فرزند توسط پدر یا معلم به قصد تادیب؛ غلطیدن مادر در خواب و ایجاد خفگی در زمان شیردادن به کودک؛ حمل شیء و برخورد آن به دیگری؛ برخورد دو انسان با هم؛ برخورد دو کشتی، ماشین یا هواپیما و... برخی بیش از ۵۵ فرع را بر همین اساس طرح کرده، با عنوان «القول فی موجبات الضمان للذیة بالمباشرة» به تفصیل از آن بحث کرده و در همه موارد به ضمان مباشر نظر داده‌اند (ر.ک:

مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، صص ۴۴ - ۱۳۵). در واقع روایت‌های خاص در هر یک از باب‌های یادشده به شکل‌گیری قاعده کلی «اذن موجب نفی ضمان نمی‌گردد» شده است. بدیهی است ناخواسته بودن نتیجه در مثال‌های یادشده را نباید به جایز نبودن تأدیبه، خوابیدن نزد کودک شیرخوار و... حمل کرد و چنین نتیجه گرفت که موارد یادشده از مصادیق عدم جواز است و قابل قیاس با سقط جنین مجاز نیست.

برایند مستندات یا شده به اضافه قاعده «ضمان مباشر» آن است که در فرض مسئله، پزشک به دلیل مباشر بودن ضامن و ملزم به پرداخت دیه است و اذن پدر و مادر در سقط نیز تأثیری در آن نخواهد داشت.

۲-۱. مؤثر بودن اذن ولی در دیه

برخی از فقیهان به رغم تصریح بر لزوم پرداخت دیه در موارد مجاز عملیات پزشکی، اذن و درخواست پدر و مادر را بی‌تأثیر ندانسته و این تأثیر را به دو صورت به تصویر کشیده‌اند:

الف) لزوم مصالحه؛ مانند رأی فقهی زیر: «دیه به عهده مباشر است؛ مگر اینکه مباشر نداند که آمپول، جهت سقط جنین است که در این فرض به عهده دستوردهنده است و اگر مباشر بداند و به دستور وارث اقدام به اسقاط جنین کند، بنابر احتیاط در دیه آن باید مصالحه شود» (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۷۴). به کارگیری عبارت مصالحه حکایت از آن دارد که چون پدر و مادر خواهان سقط‌اند و به نوعی مسبب در سقط به شمار می‌روند، نباید مستحق دریافت دیه باشند؛ چنان‌که در قتل عمد، قاتل از ارث محروم است (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۶۲).

ب) انتقال دیه به کسانی جز پدر یا مادری که خواهان سقط‌اند؛ چنان‌که در یکی از آرای فقهی آمده است: «هرکس مباشر سقط بوده، واجب است دیه را بدهد؛ مثلاً اگر پزشک با عمل جراحی اسقاط نموده، دیه بر اوست که باید به پدر و مادرش بدهد و در این صورت، چنانچه سقط جنین با اذن پدر و مادر بوده، احتیاطاً مباشر دیه را با اذن آنها به وارث بعد بدهد و اگر پزشک دارو داده و مادر به‌اختیار آن دارو را خورده و سقط

جنین شده، چنانچه بدون اذن پدر باشد، دیه را باید به پدر جنین بدهد» (گلیگانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۶). هم ایشان در استفتایی دیگر مرقوم داشته‌اند: «... دیه به عهده کسی است که او را به این کار امر کرده و اگر مباشر با علم به اینکه سوزن موجب سقط می شود، به امر زن این کار را انجام داده، احتیاط این است که مباشر تمام دیه را به پدر جنین و اگر پدر ندارد، به هر کس که وارث اوست بدهد» (گلیگانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۷) یا در جایی دیگر آورده‌اند: «... اگر با اذن بوده، احتیاطاً دیه را مباشر به وارث طبقه بعد بدهد با اذن دیگری و همچنین اگر با اذن هر دو باشد، احتیاطاً دیه را به وارث طبقه بعد بدهند با اذن هر دوی آنها» (گلیگانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۵).

چنان که مشهود است در عبارت‌های فقهی فوق، درخواست موجب محرومیت از دیه می‌گردد؛ با این حال جایی برای مصالحه نیست و احتیاط در پرداخت دیه به دیگر وارثان است که هیچ نقشی در زمینه‌سازی سقط جنین نداشته‌اند. پرداخت کننده دیه نیز طبق قاعده، فردی است که اقدام به سقط می‌کند؛ اعم از پزشک یا فردی که به دستور پزشک موجب سقط می‌گردد (صافی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۴۳). گفتنی است درخواست سقط جنین که امری ایجابی است، با رضایت به سقط که جنبه ایجابی ندارد، تفاوت دارد و چنان که برخی تصریح کرده‌اند: «مجرد اطلاع و رضایت، موجب محرومیت از ارث نیست» (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۳۴).

مستندات فقهی این دیدگاه را می‌توان چنین بر شمرد:

۱. از نظر فقهی، قاتل عمد از اموال مقتول چیزی را به ارث نمی‌برد و حتی اگر اولیای مقتول به جای قصاص مطالبه دیه کنند، این دیه به قاتل نمی‌رسد و اگر وارثی جز قاتل در میان نبود، دیه به بیت المال تعلق می‌گیرد (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۶۲)؛ با این حال پرسش این است که اگر مرتکب به جای اقدام مستقیم در قتل، به تسبیب و معاونت زمینه قتل را فراهم آورد، آیا همانند قاتل عمد از ارث محروم خواهد شد؟ در پاسخ به این پرسش سه احتمال مطرح است:

الف) برخی تصریح کرده‌اند: «... رضایت به قتل مانند استناد قتل رافع ارث بردن نیست؛ مگر اینکه پزشک را الجا کنند؛ به حدی که آنها قاتل محسوب شوند» (بهجت، ۱۳۸۶،

ج ۴، ص ۵۰۵). با توجه به قید الجا که به سلب اختیار و اجبار می‌انجامد، می‌توان گفت مراتب پایین‌تر از الجا مثل اذن در انجام دادن سقط جنین مانع ارث نخواهد بود. اشکال این نظر آن است که اگر والدین به جای تهدید، سراغ تطمیع رفته و برای اقدام به سقط، با پرداخت دستمزد بالا پزشک را تشویق کنند، مانع ارث به شمار نمی‌رود. یا در قتل بیماران صعب‌العلاج، گاه اطرافیان برای آنکه از زحمت و هزینه‌های بیماردراری رهایی یابند و چه بسا به دارایی هنگفت بیمار به سبب ارث دست یابند، با پرداخت مبلغ قابل توجه از پزشک درخواست اقدام به قتل می‌کنند و با توجه به رضایت اطرافیان، دیه‌ای هم از پزشک مطالبه نمی‌شود و اطرافیان هم به‌رغم نقش پررنگی که در قتل دارند، همه اموال مقتول را به ارث می‌برند.

ب) شاید به سبب پیامدهای منفی فوق، برخی احتمال همانند بودن تسبیب و مباشرت را منتفی ندانسته‌اند و بر این باورند که اصل بر وارث بودن فرد است؛ مگر اینکه دلیل کافی بر منع از ارث وجود داشته باشد و در اینکه قتل به تسبیب هم همانند قتل به مباشرت است یا خیر، محل تردید است و در نتیجه راه حل را چنان که گذشت در مصالحه دیده‌اند. در این صورت اشکالی که مطرح می‌شود این است که مصالحه به چه معناست؟ به‌ظاهر برای آن است که از دریافت دیه چشم‌پوشند؛ با این توضیح که مستحق دیه بودن آنان به شرحی که گذشت معلوم نیست و از سوی دیگر، لزوم پرداخت دیه به غیر از آنان نیز دلیل کافی ندارد و از سوی سوم، دلیلی کافی هم بر سقوط دیه نداریم؛ بنابراین با رضایت پدر و مادر در فرض فوق دیه‌ای رد و بدل نمی‌شود.

روشن است راه حل یادشده، حقوقی نیست و معلوم نیست اگر حاضر به مصالحه و گذشت از دیه نشدند، چه باید کرد؟ اجبار به مصالحه هم که در موارد مشابه در فقه مطرح است، در واقع درخواست مصالحه است و از آن‌جا که ماهیت مصالحه بر رضایت مبتنی است، نمی‌توان از اجبار قضایی برای انجام آن بهره گرفت.

ج) دیدگاه سوم، تسبیب و زمینه‌سازی در قتل را همانند مباشرت در قتل می‌داند و بر همین اساس، اذن پدر و مادر در سقط را سبب محرومیت از ارث بر می‌شمارد. این دیدگاه از این جهت قابل دفاع است که حکمت محرومیت از ارث، پیشگیری از اقدام و

زمینه‌سازی قتل به قصد تصاحب اموال است و در نتیجه نباید بین مباشرت و تسبیب یا هر زمینه‌سازی دیگر که به قتل می‌انجامد، تفاوت نهاد؛ با این حال چه بسا در مسئله سقط جنین توسط پزشک به دلیل اقوانبودن سبب از مباشر، نتوان از باب سببیت، خواهان سقط را از ارث محروم کرد؛ ولی از جهت دیگر می‌توان گفت چنان که اذن به تلف مال مانع دریافت خسارت است، اذن یا درخواست جنایت هم مانع دریافت خسارت خواهد بود و در واقع اذن پدر و مادر به سقط جنین به صورت ضمنی بیانگر انصراف از دیه است؛ به بیان دیگر در اینجا خود پدر و مادر با اذن دادن سبب سقط‌اند تا جایی که بدون اذن و درخواست آنان پزشک در این خصوص هیچ اقدامی نخواهد کرد؛ حال در این صورت چگونه می‌توان سبب در سقط را خواهان خسارت هم دانست؟

نتیجه دیدگاه فوق این است که دلیلی بر سقوط دیه نداریم؛ ولی اذن پدر و مادر در سقط مانع آن است که از دیه هم بهره ببرند؛ در نتیجه دیه باید توسط مباشر به دیگر وارثان بجز پدر و مادر خواهان سقط پرداخت گردد.

۱-۳. انتفای دیه در موارد مجاز بودن سقط

دیدگاه دیگر در پرداخت دیه، میان موارد مجاز و غیرمجاز تفکیک کرده است؛ در نتیجه در جایی که شرایط قانونی برای سقط فراهم باشد، به پرداخت دیه نیازی نیست. در استفتایی درباره سقط جنین ناشی از روابط نامشروع، حرج با شرایطی از موجبات جواز سقط به شمار آمده است و تصریح کرده‌اند: «... اگر زن - به غیر از مورد حرج - اقدام به سقط جنین نماید، بر عهده او دیه می‌آید و تنها حرمت تکلیفی ندارد...» (فیاض، ۱۴۲۶ق، ص ۷۷۴).

هم‌اکنون هر چند سقط جنین ناشی از روابط نامشروع وجه قانونی ندارد و برخی به‌رغم تلاش برای بیان وجوه قانونی برای جنین ناشی از روابط نامشروع به دلیل حال نبودن خطر و حرج خود به نقد آن پرداخته‌اند (ر.ک: صادق‌پور، ۱۴۰۱)؛ ولی اصل بحث که اگر مجوز شرعی مانند قاعده رفع حرج برای سقط در میان باشد، از اسباب سقوط دیه است، امر مهمی است و در خصوص اقدام به سقط قانونی، کاربرد قابل

توجهی دارد.

به نظر می‌رسد در دیدگاه یادشده، آنچه از اسباب سقوط دیه است، جواز شرعی عمل است و نه رضایت مادر یا دیگر ورثه؛ از همین رو در جایی که جان مادر در خطر باشد و مادر به رغم خطر جانی به سقط رضایت ندهد، آورده‌اند: «...اگر پزشک می‌داند که چنانچه جنین را از شکم مادر بیرون نیاورد هر دو خواهند مُرد، بعید نیست که اقدام به سقط جنین برای نجات مادر از سوی پزشک جایز باشد؛ حتی اگر مادر در چنین حالتی هرگز به عمل سقط جنین رضایت ندهد، بعید نیست که اجبار مادر بر سقط جنین هم جایز باشد» (فیاض، ۱۴۲۶ق، ص ۷۷۴). چنان‌که برخی دیگر به صراحت معیار سقوط دیه را اذن شارع دانسته و آورده‌اند: «در فرض اذن شارع به اسقاط، دیه ندارد» (روحانی، ۱۳۸۳، ج ۶، ص ۱۴۵).

دلایل و مستندات این نظر را می‌توان چنین برشمرد:

۱. طبق قاعده احسان «هرگاه کسی برای حفظ مال یا جان دیگری به قصد احسان و نیکوکاری، باعث ورود خسارت به او شود، در برابر آن پاسخ‌گو نخواهد بود و این اقدام ضمانتی را متوجه وی نمی‌سازد» که در جای خود به تفصیل از آن بحث شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص ۵۳) و اگر در کافی بودن قصد احسان یا لازم بودن قصد و واقعی بودن احسان تردیدهایی مطرح است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص ۵۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۰۰)، در خصوص سقط جنین، با توجه به مجاز بودن جنین، هم قصد احسان مطرح است و هم عرفاً سقط مصداق واقعی احسان به درخواست‌کننده به شمار می‌رود؛ همچنین در اینکه قاعده احسان فقط دفع ضرر را در بر می‌گیرد یا شامل جلب منفعت هم می‌شود، اقوالی در فقه مطرح است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص ۵۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۰۲) که در اینجا سقط مجاز مصداق دفع ضرر است و بنا بر هر دو دیدگاه مشمول قاعده احسان خواهد بود. نیز یکی از شرایط صدق احسان آن است که فرد هیچ‌گونه قصد کسب نفع شخصی نداشته باشد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۹۳؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۹۵) که در خصوص اقدام پزشک به سقط جنین مجاز این شرط به‌طور کامل صادق است؛ در نتیجه اقدام پزشک به سقط جنین که هم قانونی و شرعی است و هم با اذن پدر و مادر

به انجام رسیده است و هم در برخی موارد پزشک برای نجات جان مادر به عنوان تکلیف شرعی بدان اقدام می‌کند؛ مثل سقط جنین پیش از دمیده‌شدن روح، مصداق بارز قاعده احسان است و نباید مسئولیتی درباره پرداخت دیه متوجه وی گردد؛ بر همین اساس در برداشت اعضا از فوت شدگان و مردگان مغزی که بی‌شبهت به اقدام قانونی به سقط جنین نیست، آورده‌اند: «وی عمل برداشت عضو از مرده مسلمان را با امر شارع مقدس انجام داده و مرتکب خلاف شرع نشده است و اگر پزشک برداشت‌کننده عضو را مشمول و ضامن پرداخت دیه بدانیم، مفهومش این است که نیکوکاران را نیز می‌توان مؤاخذه کرد» (حییبی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۹).

با این حال اشکال قابل طرح در اینجا آن است که چون پزشک برای اقدام به سقط یا پیوند عضو و هرگونه عملیات درمانی اجرت دریافت می‌کند، مشمول قاعده احسان نخواهد بود. پاسخ آن است که اولاً، قاعده احسان اعم از جایی است که اجرتی طلب شود یا نشود؛ ثانیاً، از آنجا که فرد احسان‌کننده غالباً به فرد مورد احسان دسترسی ندارد، اذن و اجرت را منتفی دانسته‌اند؛ ولی در صورت دسترسی داشتن و دریافت اذن، از آنجا که محترم بودن عمل مؤمن به قوت خود باقی است، منافاتی بین دریافت اجرت و محسن بودن فرد نخواهد بود (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: کریمی، ۱۴۰۲).

۲. هرچند به شرحی که گذشت برخی میان جواز عمل و انتفای دیه ملازمه‌ای ندیده‌اند، دیدگاه مقابل، آن است که جایز بودن عمل موجب انتفای دیه می‌گردد؛ بر همین اساس برای نمونه در برداشت اعضا از متوفیان و مبتلایان به مرگ مغزی آورده‌اند: در مواردی که تشریح بدن انسان شرعاً جایز است، دیه ندارد (برای نمونه ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۵۱)؛ به بیان دیگر از نظر این گروه میان جواز عمل و انتفای دیه ملازمه وجود دارد و از آنجا که شخص به عملی مجاز یا بنابر برخی اقوال به عمل واجب اقدام می‌کند، نمی‌توان او را هم مکلف به عملی ساخت و هم مجازاتی به عنوان دیه برای او در نظر گرفت.

به بیان دیگر برخی با طرح قاعده فقهی «الجواز الشرعی ینافی الضمان» بر این باورند که جواز شرعی ضمان را نفی می‌کند و با سقوط دیه ملازمه عرفی دارد (ر.ک: آل کاشف

الغذاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۰۱؛ از این رو می‌توان گفت: «در باب تراحم و تقدّم اهم بر مهم، عقل به لزوم نجات جان مسلمان و وجوب آن حکم می‌کند و وجوب نجات نفس محترم با حکم شرعی ملازم است و ملازمه حکم شرعی وجوب نجات انسان مسلمان یا حکم نفی ضمان و سقوط دیه امر عرفی است؛ زیرا در این موارد تأثیر اذن شارع اگر بیشتر از اذن دهنده عضو نباشد، لااقل کمتر از آن هم نیست» (حبیبی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۹). در مسئله برداشت اعضا از متوفیان، برخی اذن قبلی را از موجبات سقوط دیه دانسته و گفته‌اند: «بعد از اجازه میت پرداخت دیه لازم نیست؛ هر چند چنین اجازه‌ای را حرام بدانیم» (موسوی خمینی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۵۶۱). بسیاری از فقیهان نیز همین نظر را به صراحت پذیرفته‌اند (برای نمونه ر.ک: موسوی خوئی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۹۹؛ صانعی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۱).

۳. اگر پرداخت دیه را نوعی عقوبت بدانیم، به مواردی اختصاص خواهد داشت که اصل عمل حرام باشد و اگر تعلق دیه را از باب جبران خسارت بدانیم، در سقط جنینی که با درخواست پدر و مادر و توسط پزشک صورت می‌گیرد، پرسش این است که متضرر اصلی کیست که مستحق دیه باشد؟ پدر و مادری که خواهان سقط جنین ناقص‌اند، در واقع منتفع‌اند تا متضرر. ضرر جامعه نیز ملاک پرداخت دیه نیست؛ زیرا بر خلاف دیه جنایت بر میت که در امور خیر صرف می‌شود، در خصوص سقط جنین، دیه محل مصرف آن وارثان‌اند و نمی‌شود متضرر جامعه باشد؛ ولی دیه به افراد خویشاوند تعلق گیرد؛ همچنین می‌توان گفت طبق مفاد مواد ۴۴۹ و ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی، دیه برای جبران خسارت از زیان دیده است و در جایی که پدر و مادر با اعلام رضایت تن به زیان داده‌اند، خود نمی‌توانند خواهان جبران آن باشند.

۴. نکته دیگر اینکه دیه از حقوق الناس است و قابل عفو و گذشت است؛ از این رو می‌توان گفت وقتی کسی خواهان سقط است، به ملازمه از این حق خود نیز گذشت کرده است و در نتیجه نمی‌تواند از دیه جنین بهره‌مند گردد. در اینجا استناد به «اسقاط مال می‌یجب» نیز چندان کارساز نیست؛ زیرا عفو از آثار جنایت محل اختلاف است و نشانه‌هایی از پذیرش آن در حقوق ایران می‌توان یافت که یک نمونه آن ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است (برای دیدن تحلیل‌ها، ر.ک: آقابابایی،

۱۳۹۱)؛ با این حال ممکن است از باب «اسقاط ما لم یجب» آن را مشکل دانست. اگر دلایل فوق را بر نبود دیه کافی ندانیم، دست کم موجب تردید در ضمان خواهد شد و با تردید در ضمان می توان گفت اصل بر عدم ضمان است؛ مگر اینکه دلیل کافی بر وجود ضمان در میان باشد و با توجه به مطالب فوق، همه ادله قائلان به ضمان خدشه پذیر است. ۵. در برخی روایت‌ها به رغم تصریح بر جواز عمل، از پرداخت دیه سخن به میان نیامده است؛ از جمله در جایی که مادر یا جنین فوت شود و برای نجات دیگری ناچار به شکافتن رحم مادر یا قطعه‌قطعه کردن جنین باشیم (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۴۶۹: «بَابُ حُكْمِ مَوْتِ الْحَمْلِ دُونَ أُمَّهِ وَ بِالْعَكْسِ»). تبصره ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی نیز گویا بر اساس همین نظریه آورده است: «هرگاه جنینی که بقای آن برای مادر خطر جانی دارد، به منظور حفظ نفس مادر سقط شود، دیه ثابت نمی‌شود»؛ با این حال استدلال به روایات یادشده می‌تواند با این اشکال مواجه باشد که روایت‌ها به اصل عمل ناظرند و از نظر پرداخت دیه در مقام بیان نیستند تا به استناد آن بتوان گفت جواز عمل بر نفی دیه دلالت دارد.

۲. بررسی و نقد آرا و مستندات فقهی

با توجه به اختلاف آرای فقهی به شرح فوق، دلیل اصلی مطلب، مسائل طرح شده در باب ضمان نفوس است (ر.ک: مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، صص ۴۴-۱۳۵) که به رغم جایز بودن عمل به استناد روایات، از وجود دیه سخن به میان آمده است؛ در حالی که در مثال‌های طرح شده درباره ضامن نبودن مأذون شرعی، این نکته قابل توجه است که در اکثر موارد یادشده به نوعی فردی که به جبران خسارت یا پرداخت دیه ملزم می‌گردد یا مرتکب قصور و تقصیر شده است و یا به نوعی از کار صورت گرفته نفعی می‌برد که در این صورت یا بر اساس قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» که در کتاب‌های قواعد فقهی به تفصیل بحث شده است (برای نمونه، ر.ک: مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۴)، ضامن شناخته می‌شود. در صورتی هم که نه قصور و تقصیر و نه نفع فرد صادق است و به عبارتی مصداق قاعده اتلاف است، می‌توان گفت اذن عام برای تصرف شامل اذن در اتلاف نمی‌شود و به

همین دلیل از ضمان سخن به میان آمده است؛ در حالی که در مورد بحث، وقتی از پزشک در خواست می‌شود که به سقط جنین اقدام کند، از مصادیق اذن در اتلاف است و بنابر قاعده «الإذن فی الشئی اذن فی لوازمه» نمی‌توان زیان ناشی از تلف را متوجه وی دانست.

در نتیجه قاعده معروف «الإذن الشرعی لاینافی الضمان» چندان پایگاه محکمی نخواهد داشت و به همین دلیل، دیدگاه مقابل آن هم به شرحی که گذشت در آرای فقیهان مطرح شده است؛ از جمله علامه مامقانی در بیان مسائل یادشده در مواردی که قصور یا تقصیری متصور نباشد، به نبود ضمان نظر داده‌اند (ر.ک: مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۳۴۳). افزون بر اینکه خسارت و الزام به پرداخت آن از ناحیه کسی که آن را به بار آورده، امری عرفی است و نه شرعی و در جایی که پزشک به درخواست پدر و مادر اقدام به سقط کند، اولاً آن را عرف موجب نفع می‌داند و نه خسارت و در ثانی، اگر هم خسارتی باشد، به استناد قاعده اقدام از خسارت‌هایی تلقی می‌کند که لازم نیست جبران گردد و در نهایت عرف، اقدامات پزشک را به شرحی که گذشت، از مصادیق احسان می‌داند که مطالبه خسارت در آن نه تنها وجهی ندارد؛ بلکه از نظر عرف به شدت مذموم است و در این صورت، نظریه پرداخت نکردن دیه در موارد جواز عمل قوی‌تر به نظر می‌رسد و به شرحی که گذشت، دریافت دستمزد توسط پزشک نیز الزاماً با اجرای قاعده احسان منافاتی ندارد.

۳. راهکارهای فقهی و قانونی انتقال دیه به غیر پزشک

بر فرض آنکه دلایل ناظر به انتفای دیه کافی نباشد و سقط جنین به‌رغم مجاز بودن مستلزم دیه تلقی گردد، در خصوص سقط جنین، می‌توان گفت: با توجه به جنبه مالی داشتن دیه (اعم از آنکه آن را جبران خسارت بدانیم یا کیفر یا بین دیه جنایت بر میت و غیر آن تفاوت قائل شویم)، امکان گذشت از دیه یا پرداخت آن از سوی افراد ثالث فراهم است و در سقط جنین با استفاده از راهکارهای زیر می‌توان پزشک را از مسئولیت در پرداخت دیه مبرا دانست:

۱. به رغم آنکه در برخی آرای فقهی آمده است که «اگر پزشک مباشر سقط جنین می‌شود، دیه بر اوست و شرط پزشک در براءت از دیه اثری ندارد» (صافی، ۱۴۱۵ق، ص ۶۷)، برخی دیگر شرط کردن پزشک مبنی بر اینکه ضامن دیه نباشد را مؤثر دانسته و آورده‌اند: «در موردی که اسقاط جنین جایز باشد، اگر پزشک با پدر و مادر جنین شرط عدم ضمان کند، ضامن نمی‌باشد؛ و در غیر آن مورد علاوه بر معصیت دیه هم دارد و دیه آن به عهده مباشر است که اگر پزشک راهنمایی کند و دارو را توصیف نماید و مباشر اسقاط خود مادر باشد، دیه به عهده مادر است؛ و اگر مباشر اسقاط پزشک باشد، علاوه بر اینکه مرتکب معصیت شده و باید هرچه زودتر توبه کند، دیه نیز به عهده او می‌باشد؛ ولی اگر فرد دیگری عوض او دیه را پردازد یا اینکه صاحبان حق او را بری الذمه کنند، ذمه او بری می‌شود» (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۴۰۵).

در ارزیابی راه‌حل یادشده می‌توان گفت در اینکه دیه از حقوق الناس و قابل گذشت است، تردیدی نیست؛ در نتیجه همان گونه که پس از تعلق دیه، افراد ذی‌نفع می‌توانند آن را عفو کرده و دیه‌ای دریافت نکنند، پیش از تعلق دیه نیز می‌توان با چنین شرطی از لزوم پرداخت دیه رهایی یافت؛ از این رو تصریح پزشک به عدم التزام به دیه و رضایت ذی‌نفع، در واقع قرارداد لازم‌الاجرائی است که بین پزشک و بیمار منعقد می‌گردد و به طبع باید به آثار آن هم ملتزم بود.

البته امروزه از یک سو پزشک به عنوان معالج و وظیفه قانونی یا شرعی، اقدام به سقط می‌کند و از سوی دیگر، توجهی به پرداخت دیه ندارد و اگر هم طرح شود، افزون بر اینکه نوعی توهین تلقی می‌شود، زمینه امتناع وی از انجام وظیفه را هم فراهم می‌آورد؛ از این رو پرسش این است که آیا می‌توان اصل رضایت و براءت را به فرض قانونی تبدیل کرد و مثلاً در قانون نوشت: «پزشک مسئول دیه نیست و از آنجا که پدر و مادر بر اساس قانون تقاضای سقط دارند، صرف تقاضا را توافق بر اسقاط دیه به شمار آورد؟ به نظر می‌رسد اقتضای عبور از فقه فردی به فقه حکومتی همین است و قانون‌گذار می‌تواند با تأسیس اصل، راهکار فوق را برای مسئول نبودن پزشک در پرداخت دیه در پیش گیرد.

۲. راهکار دیگر، بهره‌گیری از قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» (ر.ک: مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۴) است. مطابق این قاعده اگر بنا بر جبران خسارت و پرداخت دیه باشد، دیه باید متوجه کسی باشد از سقط جنین منتفع می‌گردد، نه پزشکی که هیچ نفعی ندارد؛ در این صورت بر فرض لزوم پرداخت دیه، پدر و مادر به دلیل منتفع بودن از سقط جنین باید آن را به دیگر ورثه پرداخت کنند و این مسئولیت متوجه پزشک نخواهد بود.

۳. بر خلاف مسئله اجتهاد و تقلید که هر فردی ملزم است مطابق فتوای مرجع تقلید خود عمل کند و به اصطلاح تکلیف شرعی خود را با حکم مرجع تطبیق دهد، در مقام تقنین، مخالفت نکردن با شرع کافی است. در قانون اساسی نیز به‌رغم آنکه در اصل ۹۴ واژه انطباق به کار رفته در اصول دیگر از جمله اصول ۷۲، ۸۵، ۹۱ و ۹۶ از عبارت عدم مغایرت استفاده شده است و چنان که در جای خود به تفصیل بحث شده است، دیدگاه قائل به کفایت عدم مغایرت دیدگاه هماهنگ با قانون اساسی است و در نتیجه در اینجا مسئول نداشتن پزشک در قانون بر اساس آرای که از عدم مسئولیت پزشک سخن گفته‌اند، بدون مانع خواهد بود.

۴. بر فرض آنکه عدم مغایرت را کافی ندانیم، از آنجا که قانون اساسی فتوای خاصی را معیار در قانون‌گذاری نمی‌داند، معیار قراردادن فتوایی که کارکرد اجتماعی بیشتری دارد، در اولویت است؛ با این توضیح که در اصل ۹۴، معیار سنجش قوانین «موازین اسلام» دانسته شده است و در اصول دیگر تعبیرهای مشابه آن را می‌توان دید؛ مانند موازین شرع (اصل ۱۱۲)؛ مبانی اسلام (اصل ۱۲۴)؛ مبانی اسلامی (اصل ۲۷)؛ اصول و احکام مذهبی رسمی کشور (اصل ۷۲)؛ احکام اسلام (اصل ۹۱ و ۹۶)؛ قوانین و مقررات اسلامی (اصل ۱۷۲)؛ اسلام (اصل ۲۸) و منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر (اصل ۱۶۷). این دست تعبیرها می‌تواند بیانگر معیار نبودن فتوای خاص در قانون‌گذاری تلقی شود؛ در نتیجه تدوین قانون بر اساس فتاوی که در سقط جنین طبّی پزشک را فاقد مسئولیت می‌داند، منعی نخواهد داشت.

۵. راهکار بعدی، توجه به نیازها و ضرورت‌های اجتماعی است که گاه قانون‌گذار را به سمت دیدگاه غیر مشهور و حتی شاذ در فقه رهنمون می‌شود یا در مواردی که فتوای

مساعدی یافت نمی‌شود، با استفاده از حکم حکومتی یا بر اساس مصلحت، قانون متناسب با نیازهای جامعه تدوین می‌گردد؛ چنان‌که در ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی بر اساس نظر حکومتی، دیه اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی همسان با دیه مسلمان در نظر گرفته شده است. همین راهکار در مسئله مورد بحث نیز پاسخ‌گو خواهد بود.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که گذشت، مهم‌ترین نتایج این پژوهش را می‌توان این‌گونه برشمرد:
۱. درباره این‌که در موارد مجاز بودن سقط جنین، باید دیه‌ای پرداخت گردد یا خیر، برخی جایز بودن عمل را مانع تعلق دیه دانسته‌اند؛ درحالی‌که بسیار از فقها، بین جواز شرعی و نبودن ضمان ملازمه‌ای ندیده و به لزوم پرداخت دیه نظر داده‌اند. بر فرض لازم بودن پرداخت دیه، بسیاری از آرای فقهی آن را متوجه مباشر و پزشک دانسته‌اند؛ درحالی‌که برخی دیگر آن را متوجه خواهان سقط دانسته و برخی دیگر با بهره‌گیری از امکان توافق پزشک و خواهان سقط سعی کرده‌اند پزشک را مبرا کنند و مسئولیت دیه را متوجه دیگران سازند.

۲. قاعده «عدم ملازمه بین جواز و ساقط شدن دیه»، برگرفته از مسائل مطرح در باب ضمان نفوس در فقه است که با چند مانع رو بروست: اولاً، در بسیاری از موارد طرح‌شده در این باب، فرد مأذون مرتکب قصور یا تقصیر شده و یا از باب ذی‌نفع بودن ضامن شناخته شده است؛ در نتیجه از این موارد نمی‌توان به صورت مطلق ملازمه‌نداشتن جواز و سقوط دیه را به دست آورد؛ ثانیاً، ضامن دانستن پزشک در برابر سقط جنین مخالف قاعده احسان است و ثالثاً، خسارت و جبران خسارت و مسئول دانستن فرد و مستند بودن جنایت به فرد، همگی بر قضاوت عرف عام مبتنی‌اند که در اینجا در مواردی که پزشک با اذن پدر و مادر به سقط جنین ناقص اقدام می‌کند، عرف یادشده نه تنها خسارتی نمی‌بیند؛ بلکه آن را به نفع پدر و مادر تلقی می‌کند؛ از این‌رو در میان آرای متفاوت فقهی، رأیی که ضمان را در موارد جواز شرعی و قانونی منتفی می‌داند، رأی قوی‌تر به

نظر می‌رسد.

۳. نظر به اختلاف آرای فقهی قابل توجه در بحث و سکوت قانون در خصوص دیه ناشی از سقط جنین مجاز جز در مواردی که سقط برای نجات جان مادر است، اصلاح قانون را ضروری می‌نماید و با توجه به اینکه به نظر می‌رسد دیدگاه نبودن دیه در موارد سقط مجاز جنین قوی‌تر است، شایسته است قانون‌گذار با لحاظ ضرورت‌های اجتماعی و مشکلاتی که در الزام پزشک به پرداخت دیه پیش می‌آید، دیدگاه نافی دیه را مبنای قانون قرار دهد و بر نبود دیه در همه موارد مجاز سقط تصریح کند.

فهرست منابع

- ابن ادريس حلي، محمد بن احمد. (۱۳۸۷ق). موسوعة ابن إدريس الحلي (ج ۱۳). قم: دليل ما.
- ابن براج، عبد العزيز بن نحرير. (۱۴۰۶ق). المهذب (ج ۲). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- اردبيلي، احمد بن محمد. (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان (ج ۱۴). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- آقابابايي بنی، اسماعيل. (۱۳۹۱). مسائل فقهي و حقوقی قتل از روی ترجم (اتانازی). فصلنامه فقه، ش ۷۴، صص ۲۲۱-۲۲۲.
- آل كاشف الغطاء، محمد حسين. (۱۴۲۲ق). تحرير المجلة (ج ۱). قم: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية.
- بهجت، محمد تقی. (۱۳۸۶). استفتاءات (ج ۴). قم: دفتر حضرت آيت الله العظمی بهجت رحمته الله.
- حبيبي، حسين. (۱۳۸۰). مرگ مغزی و پیوند اعضا (چاپ اول). قم: بوستان كتاب.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشيعة (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
- حسينی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ج ۲۶). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- روحانی، محمدصادق. (۱۳۸۳). استفتاءات (ج ۶). قم: حديث دل.
- زارعی سبزواری، عباسعلی. (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهية في فقه الإمامية (ج ۷). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ج ۱۰). قم: مكتبة الداوری.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (ج ۱۵). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

صادق پور، محمدجعفر. (۱۴۰۱). جواز سقط جنین حاصل از زنا در گستره قوانین موضوعه. تهران: سازمان پزشکی قانونی کشور. مجله پزشکی قانونی، ش ۱۰۴، صص ۲۵۴-۲۵۵.

صافی، لطف الله. (۱۳۸۵). جامع الأحكام (ج ۲). قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت الله العظمی صافی گلپایگانی رحمته الله علیه.

صافی، لطف الله. (۱۴۱۵ق). استفتاءات پزشکی. قم: دار القرآن الکریم.

صانعی، یوسف. (۱۳۷۷). استفتاءات پزشکی (چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

طباطبایی، علی بن محمد علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۱۶). قم: لإحياء التراث مؤسسة آل البيت عليه السلام.

فرحناک، علیرضا. (۱۴۰۱). قاعده الاذن الشرعی لاینافی الضمان. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. فصلنامه فقه، ش ۱۱۰، صص ۴۰-۷۱.

فیاض، محمد اسحاق. (۱۴۲۶ق). توضیح المسائل. قم: مجلسی.

کریمی، عباس و امیرعباس عسکری. (۱۴۰۲). امکان سنجی اخذ اجرت توسط محسن در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران. مشهد: دوفصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ش ۴۷، صص ۵-۳۰.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۷). الکافی (ج ۴، چاپ اول). قم: دار الحدیث للطباعة والنشر.

گلپایگانی، محمدرضا. (بی تا). مجمع المسائل (ج ۳). قم: دار القرآن الکریم.

مامقانی، عبدالله. (۱۳۵۰ق). نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال (حاشیة علی رسالة لا ضرر). قم: مجمع الذخائر الاسلامیة.

محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲). الفقه و مسائل طبیة (ج ۱). قم: بوستان کتاب.

محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۱). قواعد فقه (بخش مدنی). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).

محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۴). قواعد فقه (بخش مدنی - مالکیت و مسئولیت). تهران: مرکز نشر اسلامی.

مدنی کاشانی، حاج آقارضا. (۱۴۰۸ق). کتاب الديات (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). مائة قاعدة فقهية (چاپ چهارم). قم: دفتر انتشارات
اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتاءات (ج ۱). قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهية (ج ۲، چاپ سوم). قم: مدرسه امام
امیرالمؤمنین علیه السلام.

منتظری، حسین علی. (۱۳۸۴). استفتاءات (ج ۱ و ۲). قم: نشر سایه.
موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۹). تحریر الوسيلة (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). توضیح المسائل. قم: مهر.
نجفی، محمدحسن. (بی تا). جواهر الکلام (ج ۴۳). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (ج ۶). قم: مؤسسه
دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

References

- Al-Kashif al-Ghita', M. H. (2001). *Tahreer al-Majallah* (Vol. 1). Qom: Al-Majma' al-'Alami li al-Taqreeb bayn al-Mazahib al-Islamiya. [In Arabic]
- Aqababa'i Bani, E. (2012). Jurisprudential and legal issues of euthanasia. *Journal of Fiqh*, 74, 221-222. [In Persian]
- Ardebili, A. (n.d.). *Majma' al-Fayda wal-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhan* (Vol. 14). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
- Bahjat, M. T. (2007). *Istiftā'āt* (Vol. 4). Qom: Daftar Hazrat Ayatollah al-'Uzma Bahjat. [In Persian]
- Farahnak, A. (2022). Qā'idah al-Izan al-Shar'ī la Yanafī al-Dhamān. Qom: Islamic Sciences and Culture Academy, *Journal of Fiqh*, 110, 40-71. [In Persian]
- Fayyaz, M. I. (2009). *Tawzih al-Masā'il*. Qom: Majlesi. [In Arabic]
- Golpaygani, M. R. (n.d.). *Majma' al-Masā'il* (Vol. 3). Qom: Dar al-Quran al-Karim.
- Habibi, H. (2001). *Brain Death and Organ Transplantation* (1st ed.). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
- Hashemi Shahrudi, M. (2003). *Encyclopedia of Jurisprudence According to the Ahl al-Bayt School* (Vol. 6). Qom: Mu'assasat Da'irah al-Ma'arif Fiqh Islami bar Mazhab Ahl al-Bayt. [In Persian]
- Hosseini Ameli, M. J. (1998). *Miftah al-Karama fi Sharh Qawa'id al-'Alama* (Vol. 26). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
- Hur 'Amili, M. (1989). *Wasā'il al-Shi'a* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Mu'assasat Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Ibn Baraj, A. (1986). *Al-Muhadhab* (Vol. 2). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]
- Ibn Idris Hilli, M. (1967). *Musu'at Ibn Idris Hilli* (Vol. 13). Qom: Daleel Ma. [In Arabic]
- Karimi, A., & Askari, A. A. (2023). Feasibility of Compensation for Benefactors in Shia Jurisprudence and Iranian National Law. Mashhad: *Journal of Islamic Fiqh*

- Studies and Legal Foundations*, 47, 5-30. [In Persian]
- Koleini, M. (2008). *Al-Kāfi* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Dar al-Hadith li al-Taba'a wa al-Nashr. [In Arabic]
- Madani Kashani, H. A. R. (1991). *Kitāb al-Diyāt* (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (1992). *Al-Qawa'id al-Fiqhīyah* (Vol. 2, 3rd ed.). Qom: Madrasat Imām Amir al-Mu'minīn. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (2006). *Istiftā'āt* (Vol. 1). Qom: Madrasat al-Imām 'Ali bin Abi Tālib. [In Arabic]
- Mamqani, A. (1964). *Nihayat al-Maqāl fi Takmilat Ghāyah al-Āmāl* (Hashiyah 'Ala Risālah Lā Dharar). Qom: Majma' al-Zakhā'ir al-Islāmīyah. [In Arabic]
- Mohseni, M. A. (2003). *Al-Fiqh wa Masā'il Tibbīyah* (Vol. 1). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
- Montazeri, H. A. (2005). *Istiftā'āt* (Vol. 1 & 2). Qom: Nashr Sayyah. [In Persian]
- Muhaqqiq Damad, M. (2002). *Jurisprudential Rules (Civil Section)*. Tehran: SAMT. [In Persian]
- Muhaqqiq Damad, M. (2005). *Jurisprudential Rules (Civil Section - Ownership and Responsibility)*. Tehran: Markaz Nashr Islami. [In Persian]
- Musavi Khoei, S. A. Q. (1993). *Tawzīh al-Masā'il*. Qom: Mehr. [In Arabic]
- Musavi Khomeini, S. R. (1990). *Tahrīr al-Wasīlah* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Daftar Intishārāt Islami. [In Persian]
- Mustafa, S. M. K. (2000). *Mi'at Qā'idah Fiqhīyah* (4th ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Najafi, M. H. (n.d.). *Jawaher al-Kalam* (Vol. 43). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Ruhani, M. S. (2004). *Istiftā'āt* (Vol. 6). Qom: Hadith-e Dil. [In Persian]
- Sadeqpour, M. J. (2022). The Legality of Abortion Resulting from Adultery in the Context of National Laws. Tehran: National Forensic Medicine Organization, *Journal of Forensic Medicine*, 104, 254-255. [In Persian]

- Safi, L. (1995). *Istiftā'āt Pizheski*. Qom: Dar al-Quran al-Karim. [In Arabic]
- Safi, L. (2006). *Jam'e al-Ahkam* (Vol. 2). Qom: Daftar Tazmin wa Nashr A'sar Hazrat Ayatollah al-'Uzma Safi Golpaygani. [In Persian]
- Sāna'i, Y. (1998). *Istiftā'āt Pizheski* (1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office of Qom Seminary. [In Persian]
- Shaheed Thani, Z. (1990). *Al-Rawdat al-Bahiyya fi Sharh al-Lumma al-Dimashqiyya* (Vol. 10). Qom: Maktabat al-Dawari. [In Arabic]
- Shaheed Thani, Z. (1993). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam* (Vol. 15). Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiya. [In Arabic]
- Tabataba'i, A. (2000). *Riyadh al-Masā'il* (Vol. 16). Qom: Ihya al-Turāth Mu'assasat Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Zar'i Sabzevari, A. A. (2009). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyya fi Fiqh al-Imamiya* (Vol. 7). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami. [In Arabic]

Feasibility of Claiming Equivalent Compensation for Wet Nurses and Conditions for Eligibility in Light of Articles 336 and 1176 of the Iranian Civil Code*



Azam Khoshsourat Mowafaq¹ 

Seyed Mahdi Mir Dadashi² 

Razieh Saghir³ 


1. Assistant Professor, University of Religions and Denominations, Qom, Iran (Corresponding Author)
a.khoshsorat@urd.ac.ir
2. Associate Professor of Private Law, Islamic Azad University, Qom, Iran
Mirdadashim@yahoo.com
3. PhD Student, University of Religions and Denominations, Qom, Iran
r.saghir1400@gmail.com

Abstract

Regarding the entitlement to equivalent compensation for wet nurses, some jurists assert that no such compensation is due, arguing that the husband's provision of maintenance implies his ownership of all benefits from the wife, including enjoyment and nursing. Additionally, it is noted that what typically occurs in family practices is a "reciprocal favor," and if compensation is to be claimed, the husband must also seek remuneration for any favors exceeding his duties. Therefore, it seems that the only means

* **Cite this article:** Khoshsourat Mowafaq, A., Mir Dadashi, S. M., & Saghir, R. (2024). Feasibility of Claiming Equivalent Compensation for Wet Nurses and Conditions for Eligibility in Light of Articles 336 and 1176 of the Iranian Civil Code. *Journal of Fiqh*, 31(118), pp. 172-199.

<https://doi.org/10.22081/jf.2024.68559.2776>

 **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

 **Received:** 2024/02/18 •  **Revised:** 2024/07/01 •  **Accepted:** 2024/10/31 •  **Published online:** 2024/11/20

© The Authors



of compensating the wet nurse would be through her rental, yet proponents of non-entitlement argue that there remains no subject for leasing in the lease of the wife, as she has been given in enjoyment once through the dowry and again in obedience through maintenance. Consequently, renting the mother would also be impossible. However, upon examining this viewpoint, it should be stated that there is no necessary connection between providing maintenance and the non-obligation to pay other compensations, and there is no justification for extending this ownership to all benefits. Nursing is an independent benefit; therefore, those who argue for entitlement see it as possible under certain conditions. Conversely, some have challenged the conditions for the wet nurse's eligibility for equivalent compensation, deeming it unfeasible. However, research findings indicate that the wet nurse, under the condition of "no donation," despite appearing to breastfeed her child out of love rather than for remuneration, still aligns with the initial condition of non-donation. In relation to the "husband's command," although the husband typically does not give an imperative order, it seems that the intended command is not necessarily strict and also includes requests; thus, the wet nurse meets the second condition. Regarding the third condition, "no obligation to act," reference to Article 1176, which states that breastfeeding is not obligatory for the mother except in specific cases, indicates that this condition applies to the wet nurse. Therefore, upon the fulfillment of these three conditions, the possibility of claiming equivalent compensation for the wet nurse will be established.

Keywords

Wet Nurse Compensation, Claim for Compensation, Entitlement to Compensation, Reciprocal Favor, Wife's Donation.

امکان‌سنجی مطابقت اجرت المثل مرضعه و شرایط استحقاق

آن با عنایت به مواد ۳۳۶ و ۱۱۷۶ قانون مدنی ایران*

اعظم خوش‌صورت موفق^۱ سیدمهدی میرداداشی^۲ راضیه صغیر^۳

۱. استادیار دانشگاه ادیان و مذاهب قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

a.khoshsorat@urd.ac.ir

۲. دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی قم، قم، ایران

Mirdadashim@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری دانشگاه ادیان و مذاهب قم، قم، ایران

r.saghir1400@gmail.com

چکیده

درباره استحقاق اجرت المثل مرضعه، برخی فقیهان به عدم تعلق اجرت المثل قائل‌اند؛ با این دلیل که پرداخت نفقه از سوی زوج به منزله مالک شدن او بر تمامی منافع زن از قبیل استمتاع و استرضاع است و از طرفی با عنایت به اینکه اساساً آنچه در عرف خانواده‌ها رخ می‌دهد، «تھاتر تفضل» است و اگر بنا بر اخذ اجرت باشد، لازم است زوج نیز در مقابل تفضلات مازاد بر وظایفش تمنای اجرت کند؛ از این رو به نظر می‌رسد تنها راه پرداخت هزینه به مرضعه، اجاره او باشد که در این فرض نیز قائلان به عدم استحقاق معتقدند موضوعی برای اجاره در اجاره زوج باقی نمی‌ماند؛ زیرا زوج خود را یکبار با مهریه، وقف استمتاع و بار دیگر با نفقه، وقف تمکین زوج کرده است؛ از این رو اجاره مادر نیز میسر نیست؛ در حالی که در مقام بررسی این دیدگاه باید گفت تلازمی بین پرداخت نفقه و عدم لزوم پرداخت دیگر اجرت‌ها وجود ندارد و دلیلی بر توسعه این مالکیت بر منفعت به تمام منافع نیست و شیردادن منفعتی

* **استاد به این مقاله:** خوش‌صورت موفق، اعظم؛ میرداداشی، سیدمهدی و صغیر، راضیه. (۱۴۰۳). امکان‌سنجی مطابقت اجرت المثل مرضعه و شرایط استحقاق آن با عنایت به مواد ۳۳۶ و ۱۱۷۶ قانون مدنی ایران. فقه، ۳۱(۱۱۸)، صص ۱۷۲-۱۹۹. <https://doi.org/10.22081/jf.2024.68559.2776>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۹ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۱۱ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱



مستقل است؛ بنابراین قائلان به استحقاق با ذکر شرایطی آن را امکان‌پذیر می‌دانند؛ ولی برخی در شرایط استحقاق مرضعه برای اخذ اجرت‌المثل نیز خدشه وارد کرده و آن را ممکن نمی‌دانند؛ درحالی‌که یافته‌های تحقیق گویای آن است که مرضعه در شرط «عدم تبرع» به‌رغم اینکه ظاهر آن است که شیردادن فرزندش را با عشق انجام داده است، نه به جهت دریافت مزد و در تخالف ظاهر با اصل عدم تبرع، ظاهر مقدم است؛ ولی به دلایل مندرج در مقاله مشمول شرط اول است و در شرط دوم درباره «دستور زوج» اگرچه زوج غالباً دستور آمرانه ندارد، به نظر می‌آید منظور از امر، امر اصولی نیست و شامل تقاضا نیز می‌گردد؛ ازاین‌رو مرضعه دارای شرط دوم نیز هست و در شرط سوم، یعنی «عدم وجوب عمل» نیز استناد به ماده ۱۱۷۶ مبنی بر عدم وجوب رضاع بر مادر بجز موارد خاص حاکی از مشمول شرط بر مرضعه است؛ ازاین‌رو با تحقق شرایط سه‌گانه امکان مطالبه اجرت‌المثل مرضعه فراهم خواهد بود.

کلیدواژه‌ها

اجرت مرضعه، مطالبه اجرت، استحقاق اجرت، تهاتر تفضل، تبرع زوجه.

مقدمه

اجرت‌المثل در مقابل اجرت‌المسمی از اصطلاح‌های پُربسامد در فقه شیعی و قوانین موضوعه ایران در ابواب مختلف است که در حقوق خانواده، به معنای استیفای منفعت زوج از عمل زوجه در ایام زوجیت می‌باشد؛ بنابراین اگر زوجه به انجام‌دادن اموری در منزل اقدام کند که آن امور به امر زوج انجام شود و نه از روی تبّرع و از طرفی امور انجام‌شده در زمره تکالیف زوجه نیست و در عرف نیز بیشتر برای چنین اموری هزینه پرداخت می‌شود و این مطلب برای دادگاه نیز محرز گردد، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام‌گرفته را محاسبه و حکم پرداخت آن را صادر می‌کند.

به نظر می‌رسد یکی از مصادیق استیفای منفعت از زوجه، شیردهی فرزندان در ایام زوجیت است که باید روشن گردد آیا شیری که زن به فرزند می‌دهد، اعم از مادر طفل یا زن بیگانه و خواهان اجرت آن از پدر فرزند، مشمول ماده ۳۳۶ قانون مدنی می‌باشد یا خیر و در صورت شمول، چه ارکانی برای این درخواست وجود دارد؟

نکته بسیار مهم که در پژوهش‌های مربوط به این حوزه کمتر بدان توجه می‌شود، آن است که آنچه در عالم خارج در خانواده رخ می‌دهد، در واقع تابع یک قانون نانوشته به نام «تہاتر تفضل» است؛ زیرا تفضل و لطفی که زوجه برای اجرای امور منزل یا شیردادن فرزند دارد، گرچه در زمره وظایف احصاشده شرعی او نیست، ولی به نوعی تحت یک قانون نانوشته در مقابل تفضّل زوج قرار می‌گیرد؛ به نحوی که مرد نیز مازاد بر وظایف اموری را از سر تبّرع برای زوجه انجام می‌دهد که اگر بنا بر دریافت اجرت باشد، زوجه یا زوج بودن موضوعیتی ندارند و هر دو می‌توانند مطالبه اجرت کنند؛ ولی با چشم‌پوشی از این مهم، نوشتار حاضر در مقام بررسی شرایط استحقاق مرضعه در اجرت است.

قانون مدنی در ماده ۳۳۶ مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ آورده است:

هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مہیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که قصد تبّرع داشته است.

در تبصره (الحاقی ۱۳۸۵/۰۵/۰۹، مجمع تشخیص مصلحت) آمده است:

چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

در این خصوص آثار ارزشمندی نگارش یافته است که از آن میان، مقاله «اجرت‌المثل زوجه در فقه و حقوق ایران با نظر به قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)» (مرادی و قاسم زاده، ۱۳۹۴) است. در این مقاله نویسندگان معتقدند حقوق مالی که در فقه و حقوق ایران برای زوجه به رسمیت شناخته شده، شامل اجرت‌المثل نیز می‌شود که در سه ماده آمده است: تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ قانون مدنی بند «ب» تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و ماده ۲۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱.

همچنین نویسندگان توجه دارند که طبق مواد ۱۱۰۳، ۱۱۰۴ و ۱۱۱۴ قانون مدنی، حسن معاشرت، معاضدت در تشیید مبانی خانواده، تربیت اولاد و سکونت منزل از تکالیف زوجه برشمرده می‌شود؛ از این رو مشمول تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ قانون مدنی نخواهد بود و مناسب است مطابق با صدور تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ قانون مدنی به منظور تعیین تکالیف زوجه به شرع رجوع شود.

در مقاله «اجرت‌المثل و نحله زوجه در حقوق ایران» (احمدوند و دیگران، ۱۳۹۷)، اجرت‌المثل را انجام دادن تکالیف خارج از شرع و قانون دانسته است که به دستور همسر انجام می‌گردد و در صورت اثبات این ادعا، در صورت طلاق دادن زوجه از طرف دادگاه بر اساس توانایی‌های مالی زوج به زوجه مبلغی را تعیین می‌نماید؛ همچنین نویسندگان تأکید دارند که در صورت اثبات اجرت‌المثل بر اساس سال‌های زندگی مشترک، مبلغی به عنوان نحله تعیین می‌شود که می‌باید به زوجه از طرف زوج پرداخت شود. نویسندگان با توجه به تصویب قانون حمایت از خانواده در سال ۱۳۹۱، در نهایت نتیجه می‌گیرند که قوانین موضوعه ایران از منظر نظری و تصویب قوانین دارای اتقان است؛ ولی در مقام اجرا ضعیف عمل می‌شود و قضات برداشت‌های متفاوتی دارند.

در مقاله «بررسی ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی در بطلان طلاق و تحقق اجرت المثل» (امیری زگلوچه و میردامادی، ۱۴۰۱)، قانون مدنی را عمومی ترین قانون کشور دانسته‌اند که ماده ۱۰۹۹ آن بیان می‌دارد در فرض ناآگاهی زوجه از باطل بودن نکاح و برقراری ارتباط زناشویی، زن مستحق مهرالمثل است.

مقاله دیگر با عنوان «شرایط استحقاق اجرت المثل زوجه در حقوق ایران و نقد آن» (فضائی و محمدی، ۱۳۹۰) است که نویسندگان تأکید دارند اجرت المثل نیز از حقوق مالی زوجه است و در کنار مهریه و نفقه جایی می‌گیرد که قابل مطالبه زوجه از زوج است که در این زمینه نوعی خلأ قانونی وجود داشت که در نهایت در سال ۱۳۷۱، مجمع تشخیص مصلحت نظام این خلأ قانونی را برطرف کرد. نویسندگان تأکید دارد که هنوز در خصوص اجرت المثل و شرایط آن، انتقادهایی هست که نیازمند اصلاح است.

مقاله «واکاوی اجرت المثل زوجه در فقه حنفی، امامیه و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱» (یمرلی، ۱۳۹۸) توجه دارد که اجرت المثل زوجه بنا بر نظر مشهور امامیه و فقهای عظام معاصر بر اساس بنای عقلا و قاعده احترام به عمل مسلم، استیفا و عموم و اطلاق آیه سوره مبارکه طلاق در خصوص اجرت رضاع قابل مطالبه است که مطابق نظر فقیهان حنفی، این مهم جزو احوال شخصی به شمار می‌آید و به دلیل روایت و سیره عملی رسول الله ﷺ، به زوجه اجرت المثل کارهای زندگی مشترک پرداخت نمی‌شود. نویسنده نتیجه می‌گیرد که در حقوق ایران زوجه در ایام زوجیت با توجه به کارهایی که در منزل زوج انجام داده است، مستحق اجرت المثل است و مطابق تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی، این اجرت توسط زوجه با وجود شرایطی قابل مطالبه می‌باشد.

در مقاله «واکاوی فقهی و حقوقی اجرت المثل زوجه ناشزه» (طاهری و دیگران، ۱۴۰۱)، اجرت المثل را نهادی حقوقی جدید دانسته‌اند که به منظور حمایت مالی برای زوجه وضع شده است و عامل آن ضمان عمل زوجه می‌باشد که با اجاره اشخاص ارتباطی ندارد. نویسندگان اذعان دارند که اگرچه اجرت المثل به مانند نفقه از حقوق مالی زوجه است، تعلق اجرت المثل به زوجه ناشزه به دلیل تمکین نکردن محل اشکال است و اگر

مبنای تحقق نشوز تمکین خاص باشد، زوجه مستحق دریافت اجرت المثل است و اگر مبنای تحقق نشوز تمکین عام باشد، به نظر می آید که با توجه به تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ قانون مدنی، شرایط استحقاق زوجه برای دریافت اجرت المثل دشوار است. چنانچه گذشت رسالت این نوشتار با آثار نشریافته از این حیث متفاوت است که مقالات مورد بررسی در مقام پرداخت نظری (انتزاعی) به اصل ماده ۳۳۶ و ۱۱۷۶ قانون مدنی ایران بوده و به اجمال شرایط آن را بررسی کرده اند؛ ولی امکان مطالبه اجرت، بابت شیردادن اعم از اینکه مرضعه بیگانه باشد یا مادر طفل و تطبیق شرایط مرضعه با شروط طرح شده در مواد مطروحه (به نحو انضمامی) مورد دغدغه هیچ یک از مقالات فوق نبوده است.

نوآوری این نوشتار آن است که استحقاق اجرت المثل به مرضعه از نگاه مخالفان بررسی و بازخوانی شده است؛ در حالی که دیگر پژوهش ها مبتنی بر پذیرش استحقاق اجرت المثل به مرضعه، به بررسی و شرح شرایط پرداخته اند. مقاله حاضر در گام نخست به امکان سنجی می پردازد و در گام بعد با فرض پذیرش امکان استحقاق که نظر مختار نیز هست، به اشکالات مخالفان در شرایط استحقاق پاسخ می دهد.

۱. امکان سنجی استحقاق دریافت اجرت المثل

مقصود از اجرت المثل، اجرت عرفی کار انجام شده است که با توجه به نوع کار و وضعیت عامل و حتی شرایط زمان و مکان تعیین می گردد (شیرازی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۰۵). شیخ انصاری تعریف اجرت المثل را به فهم اهل فن منوط می کند؛ چنانچه آورده است: «اجرت مشخص و مضبوط نزد خبره را اجرت المثل می نامند» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۳۴). به هر حال چنانچه از واژه پیداست قدر و اندازه مشخصی برای آن نیست و بسته به مؤلفه های بیان شده متعین می گردد.

۱-۱. اقوال مختلف در استحقاق دریافت اجرت المثل

درباره امکان اخذ اجرت شیردهی از سوی مادر، اقوال متعددی مطرح است

که مهم‌ترین آنها سه قول در میان فقیهان است: قول اول به عدم استحقاق قائل است که برخی فقیهان امامیه مانند شیخ طوسی و همچنین برخی از فقیهان اهل سنت به آن قائل اند.^۱

قول دوم که دیدگاه مشهور فقیهان است، به استحقاق قائل است؛ چنانچه برخی فقیهان برجسته به آن قائل اند (نک: حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۷۲؛ طوسی، ۱۴۰۰ق؛ حلی «الف»، ۱۴۱۳ق، ص ۵۱؛ شهید ثانی «الف»، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۴۵۲؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ص ۲۴۲؛ امام خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۲۷۸).
قول سوم به تفصیل در صورت و جواب عمل بر مرضعه و عدم وجوب قائل است؛ با این توضیح که اگر ارضاع بر مادر واجب باشد، استحقاق اجرت ندارد و در غیر این صورت، مستحق اجرت خواهد بود (انصاری، ۱۴۲۹ق، ص ۲۴۸).

یکم- ادله قائلان به قول عدم استحقاق اجرت المثل

در این دیدگاه برخی فقیهان به تعلق نیافتن اجرت المثل به مرضعه قائل اند؛ چنانچه شیخ طوسی در المبسوط و نیز برخی از فقیهان اهل سنت بجز مالکیه به چنین قولی معتقدند. از مهم‌ترین ادله قابل استناد قائلان به این دیدگاه آن است که زوج تنها به پرداخت نفقه زوجه مکلف است و در مقابل شیردادن زوجه، لازم نیست هزینه دیگری را پرداخت کند؛ به عبارت دیگر زوج دو تکلیف مستقل و متفاوت به صورت همزمان ندارد و همان پرداخت نفقه کافی است^۲ (جصاص، ۱۴۰۵ق، ص ۱۰۵؛ الزحیلی، ۱۴۰۹ق، ص ۷۰۱).

البته در مقام بررسی این دیدگاه باید گفت تلازمی بین پرداخت نفقه و عدم لزوم پرداخت دیگر اجرت‌ها وجود ندارد و پرداخت نفقه به منزله مالکیت تمامی منافع زوجه نیست. هرچند زوج مالک استمتاع زوجه است، دلیلی بر توسعه این مالکیت بر منفعت به تمام منافع نیست و شیردادن منفعتی مستقل به شمار می‌آید. چنانچه در تحلیل این

۱. «واختلفوا في استحقاق الأجرة في حال الزوجية أو في أثناء العدة من الطلاق الرجعي على أقوال» (انصاری و دیگران، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۲۴۸).

۲. «بأن الزوج مكلف بالإنفاق عليها، فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضا^ص حتى لا يجتمع عليه واجبان: النفقة والأجرة في آن واحد وهو غير جائز؛ لكفاية النفقة الواجبة على الزوج».

دیدگاه برخی فقیهان مانند علامه حلی در مختلف الشیعه به این مهم اشاره دارند: «أَنَّ وجوب النفقة على الزوج لا يدلّ على عدم استحقاق الزوجة أجره الرضاع؛ لأنّ الزوج لا يملك منافعها و تملّك وجوه الاستمتاع لا يقتضى تملّك الاسترضاع» (حلی «ب»، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۳)؛ درحالی که رابطه معناداری بین نفقه و حق الزحمة زوجه برای شیردهی وجود ندارد.

برداشت قائلان به عدم استحقاق با بیان شیخ طوسی در المبسوط تقویت می شود؛ آنجا که اجاره کردن مادر را برای رضاع درحالی که در علقه زوجیت است، صحیح نمی دانند؛ زیرا موضوعی برای اجاره در اجاره زوجه باقی نمی ماند؛ زیرا زوجه خود را یکبار با مهریه، وقف استمتاع شوهر می کند و بار دیگر با نفقه که در مقابل تمکین برای استمتاع است؛ اما در صورتی که از علقه زوجیت خارج شود، این امکان وجود دارد که با این تعبیر عقد اجاره برای غیرمادر نیز باید بلامانع باشد و طبیعی است در چنین شرایطی و با عنایت به فرض بودن رضاع بر مادر و اینکه مهر و نفقه دریافت می نماید، نمی تواند مطالبه اجرت دیگری برای استرضاع کند؛ از این رو استحقاق اجرت المثل وجود ندارد.^۱

دوم- ادله قائلان به قول مشهور (استحقاق اجرت المثل)

الف) تمسّك به اصل جواز با این توضیح که اخذ اجرت تا زمانی که دلیلی بر منع نیابیم، از اقتضائات اصل جواز به شمار می آید (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۹ق، ص ۲۴۹). منظور از اصل جواز این است که هر عاملی بر اساس قاعده می تواند برای اجرت عمل خویش اقدام کند و استحقاق آن را داراست؛ مادامی که برای انجام دادن آن عمل قصد تبرّع نداشته باشد که در این صورت، قصد تبرّع مانع از استحقاق او می گردد.

ب) نص صریح قرآن دال بر استحقاق مرضعه است.

۱. «وإن تعاقدا عقد الإجارة على رضاع الولد، لم تصح لأنها أخذت منه عوضا في مقابلة الاستمتاع، و عوضا آخر في مقابلة التمكين من الاستمتاع، فأما إذا بانت منه صح أن يستأجرها للرضاع لأنها قد خرجت من حبسه وصارت أجنبية فإذا بذلت الرضاع مطوعة بذلك، كانت أحق بالولد من غيرها».

- نص صریح قرآن مبنی بر اینکه هزینه‌ها و کلیه مخارج زن بر عهده پدر فرزند است؛ چنانچه خداوند متعال می‌فرماید: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ» (بقره، ۲۳۳). نکته اینکه لسان آیه از عمومیت برخوردار است و مرضعه را نیز شامل می‌گردد (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۹ق، ص ۲۴۹).

- نص صریح قرآن می‌فرماید: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ» (بقره، ۲۳۳) که چنانچه از معنای آیه مستفاد است، بر استحقاق زوجه دلالت دارد که با عنایت به اطلاق آیه، شامل مرضعه اعم از زمانی که در علقه زوجیت باشد یا نباشد، خواهد شد.

ج) روایات دال بر استحقاق مرضعه؛ چنانچه در روایتی از داود بن الحصین که از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «وَإِنْ وَجَدَ الْأَبُ مَنْ يَرْضَعُهُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ فَقَالَتِ الْأُمُّ لَا أَرْضَعُهُ إِلَّا بِخَمْسَةِ دَرَاهِمٍ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا إِلَّا أَنْ خَيْرَ لَهُ وَ أَرْفَقَ بِهِ أَنْ يَذَرَهُ مَعَ أُمَّهِ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۳۴). چنانچه از معنای روایت مستفاد است، اصل اینکه مادر استحقاق اخذ اجرت را داراست، مفروض گرفته شده و سپس درباره چگونگی و مقدار سخن به میان آمده است. بدیهی است طرح این تفصیل به پذیرش اصل استحقاق مرضعه برای دریافت اجرت‌المثل منوط است.

سوم- ادله قائلان به تفصیل

در این دیدگاه قائلان ناظر به یکی از شرایط استحقاق اجرت‌المثل در رضاع، قائل به تفصیل می‌شوند؛ چنانچه در کتاب موسوعه أحكام الأطفال وأدلتها آمده است: «لا تستحق إذا كان الرضاع واجباً، أما إن لم يكن واجباً على الأم فتستحق» (انصاری، ۱۴۲۹ق، ص ۲۴۸). صاحب نهاییه و صاحب حدائق نیز نزدیک به این مضمون را یادآور شده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۰۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۷۶).

شاید بتوان گفت این قول در شمول قول اخیر، یعنی قول مشهور فقیهان است؛ زیرا استحقاق اجرت برای مرضعه، به وجود مجموعه شرایطی منوط است که در فرض فراهم نبودن هریک از شرایط، استحقاق مورد خدشه وارد می‌شود؛ از این رو لازم است در بررسی شرایط استحقاق اجرت به بررسی دیدگاه قائلان به تفصیل پرداخت.

۲. بررسی شرایط استحقاق اجرت المثل به مرضعه

قانون‌گذار مدنی در ماده ۳۳۶ درباره شرایط مقرر داشته است:

هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود؛ مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است. در واقع ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱، موضوع اجرت المثل را به تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ ارجاع داده است. مطابق این تبصره، شرایط تعلق اجرت المثل به زوجه به قرار زیر است:

۱. امر زوج مبنی بر انجام دادن کار؛

۲. عدم قصد تبرع از سوی زوجه در زمان تحقق کار؛

۳. عدم وجوب شرعی عمل برای عامل.

۱۸۳

فقه

۲-۱. بررسی شرط «دستور زوج» در استحقاق اجرت المثل مرضعه

با توجه به اینکه ماده مزبور پیرو فقه امامیه برای تحقق اجرت المثل، سه شرط فوق را طرح می‌کند، دستور مستأجر، یعنی پدر طفل در استحقاق مرضعه برای اجرت المثل نقش اساسی دارد و شرط استحقاق محسوب می‌شود (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۱۲). گرچه در ماده مزبور «امر» آمده است، به ظاهر منظور از امر، امر در اصطلاح اصولی نیست؛ بلکه معنایی اعم از آن است که خواست و تقاضا را نیز شامل می‌شود؛ چنان‌که این معنا از برخی فروع فقهی نیز قابل استنباط است. در برخی منابع آمده است:

... وَالْمَنَاطُ فِي حَصُولِ الْاِسْتِيفَاءِ الْمَوْجِبِ لِلضَّمَانِ، أَنْ يَكُونَ بَعَثَ وَتَحْرِيفُ الْعَامِلِ وَ لَا فَرْقَ فِي الْبَعَثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِالْقَوْلِ كَالْأَمْرِ، وَأَنْ يَكُونَ بِالْفِعْلِ كَأَنْ يَدْفَعُ إِلَى الْخِيَاطِ الثَّوْبَ لِيَخِيْطَهُ، أَوْ الْغَسَالَ لِيَغْسِلَهُ، أَوْ يَجْلِسَ بَيْنَ يَدَيِ الْحَالِقِ أَوْ الدَّلَاكِ فَيَحْلِقُ رَأْسَهُ أَوْ يَدْلِكُ بَدَنَهُ، كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ، فَانْ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْأَمْرِ فِي حَصُولِ الْاِسْتِيفَاءِ الْمَقْتَضِي لِلضَّمَانِ... (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۱۴۲).

یا در جایی دیگر آمده است: «... بل الظاهر عدم اعتبار الأمر فی ذلك أيضاً بل یکنفی الإذن فيه و لو بالفعل نحو ما جلس بین یدی حلاق لیحلق رأسه أو دلاک كذلك كما نص علیه فی جامع المقاصد» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۳۳۵)؛ همچنان که برخی محققان نوشته‌اند: اگر راجع به وجود دستور اختلاف باشد، از آنجا که ادعای اجیر مبنی بر انجام دادن کار به دستور مستأجر، مخالف با اصل می‌باشد، چه اینکه اصل عدم وجود دستور است؛ پس همو با عنایت به قاعده «المدعی من یدعی خلاف الاصل»، مدعی بوده و باید دعوای خود را اثبات نماید. چنانکه این مطلب در برخی از استفتائات نیز آمده است (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۷۶؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۳۰۲).

البته اگر شخصی برای فرد دیگری عملی را انجام دهد که با امر یا اجازه آن فرد باشد، چند حالت قابل تصور است:

الف) فرض اول آنکه فرد اجیر قصد کرده است که بدون دریافت مزد این کار را انجام بدهد. در این صورت، اجرتی شامل حال وی نمی‌گردد، اگرچه آمر هم قصد داشته باشد که به آن فرد اجرت بدهد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ص ۱۳۹).

ب) فرض دوم آن است که فرد اجیر قصد کرده که مزد دریافت کند و کار هم از مواردی است که شأنیت اجرت گرفتن را دارد. در این صورت حتی اگر آمر قصد مجانی بودن عمل را بکند، به عامل اجرت تعلق می‌گیرد و فرقی هم نمی‌کند که او شأنیت اجرت گرفتن را دارا باشد یا نه.

ج) فرض دیگر این است که فرد اجیر قصد دریافت مزد یا عدم دریافت مزد نکند (بدون قصد و نیت کاری را انجام دهد)؛ در این حال اجرت‌المثل به اجیر تعلق می‌گیرد؛ زیرا عمل مسلم محترم است (یزدی، ۱۴۱۹ق، ص ۱۱۲). حال اگر بین آمر و عامل در قصد دریافت مزد و عدم قصد مزد اختلافی رخ دهد، نظر عامل مقدم می‌شود؛ زیرا عمل مسلم محترم است و اصل، عدم قصد تبرّع می‌باشد و شأنیت اجیر و یا شأنیت نداشتن او در دریافت کردن یا نکردن اجرت اثری ندارد. البته اگر دلیل یا نشانی بر مجانی بودن عمل وجود داشته باشد یا در ابتدا شرط کرده باشد که این عمل را مجانی انجام دهد، در این

صورت استحقاق اجرت ندارد (احمدیه، ۱۳۸۳). طبیعی است اگر آمارات دالّ بر مجانی بودن وجود داشته باشد، مورد توجه است؛ ولی آنچه مورد اعتناست آن است که شأنیت عامل برای دریافت اجرت المثل مطرح نیست؛ از این رو مادر یا مرضعه بیگانه به رغم داشتن وصف مادری یا به رغم تمکّن مالی، اگر مطالبه اجرت المثل کنند، نه تنها ممنوع نیست، بلکه اساساً این مسئله قابل بررسی و اهمیت برای تصمیم گیری نیست.

گفتنی است بر اساس قانون هیچ عملی بدون اجرت و مجانی نیست و اعمال اشخاص محترم است و اینکه بنابه قاعده در زندگی زناشویی نیز تکالیفی بر عهده زوجین از نظر شرعی و قانونی معین شده است که برای انجام دادن این تکالیف هیچ یک از زوجین حق مطالبه اجرت یا عوض را ندارند. اما تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی مقرر می کند: «چنانچه زوج کارهایی را که شرعاً بر عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرّع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می دهد». با عنایت به این ماده قانونی، اموری را که شارع مقدس در زمره وظایف زوج به بر می شمارد، نمی توان در احصای موارد اجرت المثل آورد؛ هر چند با خواست زوج صورت پذیرد.

۲-۲. بررسی شرط «قصد عدم تبرّع از سوی مرضعه» در استحقاق اجرت المثل

در خصوص قصد تبرّع باید گفت اصل بر «عدم تبرّع» است؛ چنان که از ذیل ماده ۳۳۶ قانون مدنی چنین معنایی فهم می گردد و فقیهان امامیه نیز در فرض انجام دادن کار به امر دیگری و ضمان استیفای عمل غیر، اصل عدم تبرّع را مطرح کرده اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۱۲؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰، صص ۳۹۲ - ۳۹۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، صص ۲۷ و ۱۷۷؛ موحّدی لنگرانی، ۱۴۰۳ق، ص ۵۳۷؛ حلّی، ۱۳۸۷ق، ص ۳۰۷). عبارت دیگر بر اساس مفاد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی، «عدم قصد تبرّع» یکی از شروط اثبات اجرت المثل برای عامل است و «داشتن قصد تبرّع» خلاف اصل محسوب می شود؛ از این رو باید اثبات شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۷۲).

بدین ترتیب مطابق این ماده اگر مرضعه در زمان نکاح، فرزند خود را از روی احسان

و علاقه شیر دهد و سپس در شرایط دیگری از همسر دستمزد طلب کند، با فرض عدم تبرّعی بودن و اینکه قرینه‌ای بر تبرّعی بودن حاصل نشده است، اجرت به او تعلق خواهد گرفت؛ بنابراین به قطع شیردادن بچه از مواردی است که عرفاً در ازای آن اجرت پرداخت می‌شود؛ از این رو اگر مرضعه با تحقق شرایط سه‌گانه مزبور شیر داده باشد، امکان پرداخت اجرت‌المثل به استناد ماده ۳۳۶ قانون مدنی، وجود خواهد داشت. بدیهی است باید دادرس برای این منظور وجود شرایط استحقاق اجرت‌المثل را احراز کند.

نکته اینکه برخی معتقدند در این مقام تعارض میان اصل و ظاهر پیش آمده است و بی‌گمان در مخالفت اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است. آنچه شاید کمتر در آثار پژوهشی به آن تمرکز می‌شود این است که غالباً چه زوجه در انجام‌دادن امور منزل و چه مرضعه در شیردهی خود، قصد اخذ اجرت ندارند، به‌ویژه اینکه در فرهنگ اسلامی ایرانی زوجه و مرضعه با عشق و از سر محبت به این عمل اقدام می‌کنند؛ از این رو باید گفت ظاهر نشان از تبرّع دارد؛ درحالی که اصل عدم تبرّع لحاظ می‌شد و در رویارویی اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است؛ ولی باید گفت که تقدم ظاهر بر اصل کلیت ندارد. تنها اگر ظاهر از ظهوراتی باشد که دلیل خاص بر حجیت آن وارد شده باشد، بر اصل مقدم می‌شود؛ و گرنه بعضی از فقیهان تقدم آن را بر اصل نفی کرده‌اند (شهید ثانی «ب»، ۱۴۰۱ق، ص ۱۲۹). شهید ثانی در تعریف اجرت‌المثل می‌گوید: «اجرت‌المثل آن چیزی است که برای فعل مخصوص پرداخت می‌شود» (شهید ثانی «ج»، ۱۴۰۱ق، ج ۲، ص ۱۹۷).

ظهور عرفی تبرّعی بودن خدمات زن نیز از این نوع ظواهر است و تقدیم آن بر اصل عدم تبرّع قطعی نیست، بلکه منتفی است. صدور آرای متعدد در محاکم بدوی و تأیید آن در محاکم تجدید نظر و دیوان، بیانگر نبود قصد تبرّع از طرف زن است. در این خصوص می‌توان برای نمونه به دادنامه شماره ۳۶۳-۳/۲۸-۱۳۸۰ دادگاه بدوی بابلسر در پرداخت اجرت‌المثل و دادنامه شماره ۹۳۸-۸/۲-۸۱/۸ دادگاه تجدید نظر استان مازندران در تأیید آن و ابرام آن به موجب دادنامه ۱۶۲-۱۹/۴/۸۱ از سوی دیوان عالی کشور اشاره کرد (انصاری‌پور و صادقی‌مقدم، ۱۳۸۴). وقتی اصل بر عدم تبرّع باشد، مدعی تبرّع (مدعی خلاف اصل) باید تبرّعی بودن کار را اثبات کند؛ یعنی به وسیله ادله (اقرار، سند،

شهادت، ...) اثبات کند که کار تبرّعاً صورت گرفته است؛ چنان که همین معنا در کلمات فقیهان آمده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۳۶).

۲-۳. بررسی شرط «عدم وجوب عمل برای عامل» در استحقاق اجرت المثل مرضعه

در خصوص وظایف مادر و زوجه، تنها مواد ۱۱۱۴، ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ در مقام بیان وظایف هستند که ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی، زوجین را به معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود مکلف می‌کند. همکاری در اداره امور منزل، همراهی در هنگامه نیاز و در ماندگی از این جمله است. در ماده ۱۱۰۳ حسن معاشرت از وظایف زوجین بر شمرده شده است؛ چنانچه به صراحت بیان می‌دارد: «حسن معاشرت از لوازم ضروری و موجب دوام و بقای زوجیت و زندگی مشترک زوجین است. قانون مدنی، در ماده ۱۱۱۴ نیز زوجه را به سکونت در منزل منتخب زوج ملزم می‌کند و بیان می‌دارد: زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند، سکنی گزیند؛ همچنین در فقه تمکین خاص در زمره وظایف زوجه است؛ از این رو چنانچه گذشت نه تنها قانون مدنی و فقه، رضاع را در هیچ کدام از مفاد و قوانین مصوب خود از وظایف مادر بر شمرده‌اند؛ بلکه به صراحت در ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی، رضاع را در احصای وظایف شرعی و قانونی زوجه مادر نمی‌دانند. در متن این ماده قانون آمده است: مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد؛ مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد. بر اساس آنچه گذشت مادر بجز در فرضی که تغذیه فرزندش بجز شیر او ممکن نباشد، به شیردهی موظف نیست؛ از این رو چون جزو تکالیف او نیست، حق مطالبه اجرت دارد. این ماده در واقع بر نظر مشهور فقیهان امامیه مبتنی است که شیردادن را بر مادر واجب نمی‌دانند (شهید ثانی «د»، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۱۶۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۱۱۳) تا جایی که درباره این نظر ادعای اجماع وجود دارد؛ مگر اینکه عنوان ثانوی عارض شود؛ مثل اینکه طفل دارای پدر نباشد یا پدر معسر باشد که در این صورت، به وجوب شیردادن بر مادر حکم شود (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۲۴). حتی از عبارت برخی از فقیهان وجود اجماع استظهار

۱۸۷
فقه

می شود (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۱۴۵). حال اگر مادر به طفلش شیر دهد، امکان مطالبه اجرت را خواهد داشت که باید از مال طفل پرداخت شود و اگر طفل مال نداشته باشد، بر پدر طفل واجب است پرداخت کند^۱ (حلی «ج»، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۱؛ حلی، ۱۳۸۷ق، ص ۲۶۲). بدیهی است نفقه اقارب به فقر یک طرف و دارایی طرف دیگر منوط است و در فرض دارایی طفل، وی مستحق نفقه نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۴۱۴). اگرچه بر فرضی که مادر مرضعه بابت رضاع خود مطالبه اجرت کند، در صورتی که فرزندش دارای اموالی است از مال فرزند، مطالبه مادر تأمین می گردد و در صورت فرض عدم دارایی برای فرزند، پدر فرزند موظف به پرداخت اجرت است؛ زیرا بر اساس مندرجات فقه، نفقه کودک جزو نفقه اقارب شمرده می شود و به همین سبب اگر پدر نیز فاقد دارایی باشد، لازم است مادر نفقه را برعهده گیرد؛ از این رو در این حالت مادر به رضاع بدون اجرت مکلف خواهد بود.

گفتنی است قانون الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ که در جلسه علنی نهم مردادماه ۱۳۸۱ مجلس شورای اسلامی تصویب شد و با توجه به ایراد شورای نگهبان در جلسه ۱۳۸۵/۱۰/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح و به تصویب نهایی رسید و در مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۱ به مجلس شورای اسلامی واصل گردید، شرط چهارمی را نیز در برداشت مبنی بر اثبات به دادگاه. در متن این تبصره آمده است: چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید. در واقع در این شرط چهارم بار اثبات بر دوش زوجه بود و با عنایت به اینکه دادگاه در احراز «امر زوج» و نیز «قصد عدم تبرع از سوی زوجه»، عاملیت می یافت و به نوعی به فهم دادگاه منوط می گشت، این مسئله از دشواری های مسیر دادرسی برای دستیابی

۱. «للأم المطالبة بأجرة رضاعه، فإن لم يكن للولد مال وجب على الأب بذل الأجر منه. وله استئجارها، سواء كانت في حباله أو لا...».

زوجه به اجرت‌المثل به شمار می‌رفت. این در حالی است که با مرور آرای صادرشده در برخی دادگاه‌های بدوی، به نظر می‌رسد غالب قضات به اصل عدم تبرّع عنایت دارند و از این رو بار اثبات را برعهدهٔ مرضعه نمی‌گذارند؛ همچنین در مواردی که دادگاه بدوی رأی به عدم تعلق اجرت‌المثل کرده است، در بررسی دادگاه تجدید نظر مندرج در سامانهٔ آرای قضایی با استناد به آنکه ادعای فرد مبنی بر قصد تبرّع و عدم قصد را باید از خود او شنید و به آن اعتماد کرد و از جهت حقوقی نافی را نفی کافی است و زوجه تبرّع را نفی می‌کند. از سویی با عنایت به قاعدهٔ «احترام عمل مسلم»، در حکم دادگاه بدوی تجدید نظر کرده و به استحقاق اجرت حکم کرده‌اند (ر.ک: سامانه ملی آرای قضایی، شعبه ۱۲ دیوان عالی، سید قدرت الله طیبی، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۰۷۰۴۳۰۰۷۷۳ تاریخ ۹۴/۵/۲۷)؛ هرچند برخی دیگر از دادگاه‌های بدوی در خصوص اثبات عدم تبرّع، تقاضای دلیل کرده‌اند و در صورت ارائه‌نشدن دلیل به عدم تعلق اجرت‌المثل حکم می‌کنند و در فرجام‌خواهی نیز به نتیجه‌ای نمی‌رسند (دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۰۴۶ تاریخ ۹۵/۲/۱۵)؛ به هر حال مهم آن است که ماهیت شرط چهارم، اجرایی است و چه بسا با تفاوت آرای دادگاه‌های مختلف، به رأی وحدت رویه منجر می‌شود و بدین وسیله افراد از تحیر خارج می‌شوند؛ از این رو در این مقاله در شمار شرایط لحاظ نگردید.

نتیجه‌گیری

- در پاسخ به اشکالات مخالفان استحقاق اجرت‌المثل به مرضعه، در این مقاله ضمن بیان ادله و پاسخ به ایشان، به شرح ادله موافقان استحقاق اجرت‌المثل پرداختیم.
- از جمله دلایل مخالفان استحقاق اجرت‌المثل، مکفی بودن نفقهٔ زوج به زوجه است که تنها تکلیف زوج به شمار می‌آید؛ زیرا بر اساس این دیدگاه، زوج به پرداخت دو هزینهٔ مستقل به طور همزمان مکلف نیست و پرداخت نفقه او را از پرداخت حق الزحمه مستقل بابت رضاع بی‌نیاز می‌سازد؛ درحالی‌که روشن گردید تلازمی میان پرداخت نفقه و عدم لزوم پرداخت دیگر اجرت‌ها وجود ندارد و

پرداخت نفقه به منزله مالکیت تمامی منافع زوجه اعم از استمتاع و استرضاع نیست. هرچند زوج مالک استمتاع زوجه است، دلیلی بر توسعه این مالکیت بر منفعت به تمام منافع نیست و شیردادن منفعتی مستقل است.

• یکی دیگر از ادله قائلان به عدم استحقاق اجرت‌المثل، در فرض اجاره کردن مادر بابت رضاع است. در این فرض بیان می‌گردد مادامی که مرضعه در زوجیت همسر است، اجاره او برای رضاع ممکن نخواهد بود؛ زیرا موضوعی برای اجاره در اجاره زوجه باقی نمی‌ماند؛ با این توضیح که زوجه خود را یک‌بار با مهریه، وقف استمتاع و بار دیگر با نفقه وقف تکمین برای استمتاع کرده است؛ درحالی که چنانچه در ادله موافقان استحقاق اجرت‌المثل به مرضعه بیان گردید، اصل اباحه و نصوص واردشده در دین بیانگر جواز چنین استحقاقی است.

• مخالفان پس از امکان‌سنجی و اثبات استحقاق اجرت‌المثل، در شرایط استحقاق نیز خدشه وارد کرده‌اند و مرضعه را مشمول شرایط استحقاق نمی‌دانند؛ درحالی که یافته‌های تحقیق گویای تحقق شرایط برای مرضعه با توضیح ذیل است:

• طبق تبصره الحاقی ماده ۳۳۶، شرایط تعلق اجرت‌المثل به زوجه عبارت است از اینکه زوج به انجام‌دادن کار امر کند و نیز زوجه برای انجام‌دادن آن کار قصد تبرع نکند و کار نیز از اموری باشد که شارع مقدس اجرای آن را از زوجه طلب نکرده باشد و عرفاً هم آن عمل استحقاق اجرت داشته باشد.

• در خصوص شرط اول، یعنی لزوم دستور پدر طفل در استحقاق مرضعه برای اجرت‌المثل، باید گفت منظور از امر، امر در اصطلاح اصولی نیست؛ بلکه معنایی اعم از آن است که خواست و تقاضا را نیز شامل می‌شود؛ پس مرضعه که به تقاضای پدر فرزند را ارضاع می‌نماید، مشمول این شرط است.

• در خصوص قصد تبرع داشتن، قصد تبرع خلاف اصل است؛ از این رو اگر مرضعه بیان کند که بدون قصد تبرع، ارضاع کرده است و تقاضای اجرت کند، بدون

آنکه به اثبات داشته نیاز باشد، مشمول شرط دوم نیز هست؛ زیرا اصل عدم تبرع است و خلاف اصل باید ثابت شود.

- در خصوص شرط سوم طبق مواد ۱۱۰۳، ۱۱۰۴ و ۱۱۱۴ قانون مدنی، حسن معاشرت، معاضدت در تشیید مبانی خانواده، تربیت اولاد و سکونت منزل از تکالیف زوجه بر شمرده می‌شود؛ همچنین در فقه تمکین خاص در زمره وظایف زوجه است؛ از این رو شیردهی طبق ماده ۱۱۷۶ در احصای وظایف شرعی و قانونی او نیست و از این حیث نیز مشمول شرط استحقاق است.
- تنها یک صورت ارضاع بر مادر فرض است؛ اینکه عنوان ثانوی عارض شود؛ مثل اینکه طفل دارای پدر نباشد یا پدر معسر باشد که در این صورت نیز امکان مطالبه اجرت فراهم است؛ ولی نه از مال پدر، بلکه در صورت دارا بودن فرزند از مال، از مال او پرداخت می‌گردد و در صورت ناداری فرزند، مادر از باب نفقه و نیز اولویت حفظ نفس محترمه به‌رایگان به رضاع اقدام می‌کند.

فهرست منابع

* قرآن کریم

ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

احمدوند، خليل اله؛ چنگیزیان، احمدرضا و تجری، مهدی. (۱۳۹۷). اجرت المثل و نحله زوجه در حقوق ایران، همایش ملی «پژوهش های مدیریت و علوم انسانی در ایران». پنجمین همایش ملی پژوهش های مدیریت و علوم انسانی در ایران، صص ۱۱۴ - ۱۲۶.

احمدیه، مریم. (۱۳۸۳). حق اجرت المثل و نحله در یک بررسی حقوقی. مطالعات راهبردی زنان، شماره ۲۵.

امیری زگلوچه، فاطمه سادات و میردامادی، مجتبی. (۱۴۰۱ق). بررسی ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی در بطلان طلاق و تحقق اجرت المثل. نشریه مطالعات حقوق، شماره ۳۱، صص ۲۷۳-۲۹۶.
انصاری پور، محمدعلی؛ صادقی مقدم، محمدحسن. (۱۳۸۴). اجرت المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم. مجله مدرس، ۹(۴۱)، صص ۹-۴۱.

انصاری، قدرت الله و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام. (۱۴۲۹ق). موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها. (ج ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

جصاص، احمد بن علی. (۱۴۰۵ق). احکام القرآن (چاپ اول). بیروت: دار إحياء التراث العربی.

حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

حلی «الف»، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی «ب»، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی «ج»، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۲۵ق). تحریر الوسیله (ج ۱، چاپ بیست و یکم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی (ج ۳۰، چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.

دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۰۷۰۴۳۰۰۷۷۳ تاریخ ۹۵/۵/۲۷

دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۰۴۶ تاریخ ۹۵/۲/۱۵

زحیلی، وهبة بن مصطفى. (۱۴۰۹ق). الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها). دمشق: دارالفکر.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۶ق). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامية الغراء (ج ۲). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

سبزواری، سید عبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.

شهید ثانی «د». (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۶، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

شهید ثانی «ه». (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۵، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). المكاسب (ج ۲). قم: كنزرة جهانی بزرگداشت شیخ اعظم

انصاری.

شیخ صدوق. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (ج ۳، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

شیخ طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی (چاپ دوم). لبنان: بیروت.

شیرازی، سیدمحمد. (۱۴۰۹ق). الفقه (ج ۵۸). بیروت: دارالعلوم.

صافی گلپایگانی، لطف‌الله. (۱۳۸۵). جامع الاحکام (ج ۲). قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت‌الله العظمی حاج شیخ علی صافی گلپایگانی.

طاهری، علی‌اکبر؛ چکمدی نژاد، علی و رضوی، سیدمحمد. (۱۴۰۱ق). واکاوی فقهی و حقوقی اجرت‌المثل زوجه ناشزه. نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، صص ۶۹-۸۶.

طباطبایی حکیم، سیدمحسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (ج ۱۲، چاپ اول). قم: مؤسسه دارالتفسیر.

طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (المحشی، ج ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۱۲). قم: مؤسسه آل‌البتین.

عاملی، زین‌الدین ابن علی (شهید ثانی «ب»). (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۵). قم: کتابفروشی داوری.

عاملی، زین‌الدین ابن علی (شهید ثانی «ج»). (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۲). قم: کتابفروشی داوری.

عاملی، زین‌الدین ابن علی (شهید ثانی «الف»). (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۸). قم: کتابفروشی داوری.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۰۳ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة- أحكام التخلی (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فضائلی، مصطفی؛ محمدی، اولیاء. (۱۳۹۰). شرایط استحقاق اجرت‌المثل زوجه در حقوق ایران

و نقد آن. نشریه بانوان شیعه. شماره ۲۶، صص ۹۵-۱۳۲.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). الزام‌های خارج از قرارداد (ج ۱). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کریمی، حسین. (۱۳۶۵). موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی علیه السلام. قم: نشر شکوری.

مجمع تشخیص مصلحت نظام. (مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸). تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق.

مرادی، خدیجه؛ قاسم‌زاده، عاتکه. (۱۳۹۴). اجرت‌المثل زوجه در فقه و حقوق ایران با نظر به قانون حمایت از خانواده. نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۴۸(۲)، صص ۳۰۱-۳۱۷.

موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا. (۱۴۰۹). مجمع المسائل (ج ۵، چاپ دوم). قم: دارالقرآن الکریم.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲۷، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

هاشمی‌شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۹ق). کتاب الإجارة (ج ۲). قم: دائرة المعارف الفقه الإسلامی.

یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۱۹ق). عروة الوثقی (المحشی، ج ۵، چاپ اول). قم: مؤسسه نشر اسلامی.

یمرلی، صالح. (۱۳۹۸). واکاوی اجرت‌المثل زوجه در فقه حنفی، امامیه و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱. نشریه خانواده‌پژوهی، ۱۵(۵۹)، صص ۳۹۳-۴۰۹.

References

* The Holy Quran

- 'Ameli, Z. D. (1990). *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah* (Vol. 2). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
- 'Ameli, Z. D. (1990). *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah* (Vol. 5). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
- 'Ameli, Z. D. (1990). *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah* (Vol. 8). Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
- Ahmadiyeh, M. (2004). The legal right of wage and dowry: A legal study. *Strategic Studies of Women*, (25). [In Persian]
- Ahmadvand, K., Changizian, A. R., & Tajari, M. (2018). *The wife's wage and dowry in Iranian law*. In Proceedings of the Fifth National Conference on Research in Management and Humanities in Iran (pp. 114-126). [In Persian]
- Amiri Zeglojeh, F. S., & Mirdamadi, M. (2022). A study of Article 1099 of the Civil Code on the invalidity of divorce and the realization of wage. *Legal Studies Journal*, (31), pp. 273-296. [In Persian]
- Ansari Pour, M. A., & Sadeqi Moghaddam, M. H. (2005). *The wage for a wife's work and a critique of court rulings*. *Modares*, 9(41), pp. 9-41. [In Persian]
- Ansari, Q., & The Research Center of the Jurisprudence of the Imams of the Ahl al-Bayt. (2008). *Encyclopedia of the rulings of children and their evidence* (Vol. 1). Qom: Research Center for the Jurisprudence of the Imams of the Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Bahrani, A. A. (1995). *Al-Hadaiq al-Nadhira fi Ahkam al-Itrah al-Tahira* (1st ed.). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Court Ruling No. 9409980704300773, dated 27/5/2016. [In Persian]
- Court Ruling No. 9509970906800046, dated 15/2/2017. [In Persian]
- Expediency Discernment Council of Iran. (1993). *Note 6 of the Law of Reform on Regulations Related to Divorce*. [In Persian]

- Fazaeli, M., & Mohammadi, O. (2011). The conditions of entitlement to the wife's wage in Iranian law and a critique. *Journal of Shi'ah Women Studies*, (26), pp. 95-132. [In Persian]
- Fazel Movahedi Lankarani, M. (2003). *Tafseer al-Shari'ah fi Sharh Tahrir al-Waseela: The rulings of personal hygiene*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Haeri, S. A. T. (1997). *Riyad al-Masail fi Tahaqiq al-Ahkam bil-Dalail* (1st ed.). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
- Hakim, S. M. T. (1996). *Mutsmasak al-'Urwa al-Wuthqa* (1st ed.). Qom: Dar al-Tafseer. [In Arabic]
- Hashemi Shahroudi, S. M. (2008). *Kitab al-Ijārah* (Vol. 2). Qom: Islamic Fiqh Encyclopedia. [In Arabic]
- Helli, F. M. (2007). *Iyadah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id* (1st ed.). Qom: Ismailian Institute. [In Arabic]
- Helli, H. B. Y. (1994). *Mukhtalaf al-Shi'ah fi Ahkam al-Shari'ah* (2nd ed.). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Helli, H. B. Y. (1994). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram* (Vol. 3). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Helli, H. B. Y. (1994). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram* (1st ed.). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Ibn Idris Helli, M. B. M. A. (1990). *Al-Sara'ir al-Hawi li-Tahreer al-Fatawa* (2nd ed.). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Jassas, A. B. A. (1995). *Ahkam al-Quran* (1st ed.). Beirut, Lebanon: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
- Karimi, H. (1986). *Judicial criteria from the perspective of Imam Khomeini*. Qom: Shakouri Press. [In Persian]
- Katouzyan, N. (1995). *Obligations outside the contract* (Vol. 1). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]

- Khoei, S. A. (1997). *Encyclopedia of Imam Khoei* (Vol. 30, 1st ed.). Qom: Imam Khoei Foundation. [In Arabic]
- Khomeini, S. R. M. (2004). *Tahrir al-Waseela* (Vol. 1, 21st ed.). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Moradi, K., & Qasemi Zadeh, A. (2015). The wife's wage in Islamic jurisprudence and Iranian law with regard to the Family Support Law. *Journal of Islamic Jurisprudence and Legal Foundations*, 48(2), pp. 301-317. [In Persian]
- Mousavi Golpayegani, S. M. R. (1995). *Majma' al-Masa'il* (Vol. 5, 2nd ed.). Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Arabic]
- Najafi, M. H. (2004). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam* (Vol. 27, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
- Sabzevari, S. A. (1994). *Muhadhab al-Ahkam fi Bayan al-Halal wa al-Haram* (4th ed.). Qom: Al-Manar Institute. [In Arabic]
- Safi Golpayegani, L. (2006). *Jami' al-Ahkam* (Vol. 2). [In Persian]
- Shahid Thani (D). (1994). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharai' al-Islam* (Vol. 6, 1st ed.). Qom: Ma'arif Islamic Institute. [In Arabic]
- Shahid Thani (H). (1994). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharai' al-Islam* (Vol. 5, 1st ed.). Qom: Ma'arif Islamic Institute. [In Arabic]
- Shaykh Ansari, M. (1995). *Al-Makasib* (Vol. 2). Qom: Global Congress of Sheikh Ansari. [In Arabic]
- Shaykh Sadouq, A. (1994). *Man la Yahduruhu al-Faqih* (Vol. 3, 2nd ed.). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Shaykh Tusi, A. J. M. (1999). *Al-Nihaya fi Majar al-Fiqh wa al-Fatawa* (2nd ed.). Beirut, Lebanon: Dar al-Maarifah. [In Arabic]
- Shirazi, S. M. (1995). *Al-Fiqh* (Vol. 58). Beirut: Dar al-'Uloom. [In Arabic]
- Sobhani, J. (1996). *Nizam al-Nikah fi al-Shari'ah al-Islamiyyah al-Gharaa* (Vol. 2). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
- Tabatabai Hakim, S. M. T. (1996). *Mutsmasak al-'Urwa al-Wuthqa* (Vol. 12, 1st ed.). Qom: Dar al-Tafseer. [In Arabic]

- Tabatabai Yazdi, S. M. K. (1998). *Al-'Urwa al-Wuthqa* (Vol. 5). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Tabatabai, S. A. (1997). *Riyad al-Masail* (Vol. 12). Qom: AlulBayt Institute. [In Arabic]
- Taheri, A. A., Chekmdinnejad, A., & Razavi, S. M. (2022). A jurisprudential and legal examination of the wife's wage in the case of marital disobedience. *Journal of Islamic Jurisprudence and Legal Foundations*, (1), pp. 69-86. [In Persian]
- Yamrali, S. (2019). A jurisprudential examination of the wife's wage in Hanafi, Imami jurisprudence, and the Family Support Law of 2013. *Journal of Family Studies*, (59). pp. 393-409. [In Persian]
- Yazdi, S. M. K. (1998). *Al-'Urwa al-Wuthqa* (Vol. 5, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
- Zuhaili, W. B. M. (1995). *Islamic jurisprudence and its evidence* (Comprehensive of the legal proofs, sectarian views, and most important jurisprudential theories and the verification and extraction of Prophetic Hadiths). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]

Editorial Board

Seyyed Mohammad Reza Asefa Agah

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Esmaeil Aghababaei Bani

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Abdorreza Eizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Islami)

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Ahmad Hosseini

Member of the Assembly of Leadership Experts and member of Iranian Guardian Council

Mohammad Ali Khademi Kusha

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Seifollah Sarrami

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Ahmad Moballeghi

Member of the Assembly of Leadership Experts

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Reviewers of this Volume

Sedigheh Hatami, Mohammad Ali Khademi Kusha, Hadi Khoshnoudi, Mahdi Dargahi, Ahmad Deylami ,Asadollah Rezaei ,Mahdi Rahbar, Mohammad Jafar Sadeghpour, Mohammad Salehi Mazandarani ,Seifollah Sarrami, Hassan Ali Akbarian , Mohammad Hassan Najafi Rad.



Fiqh

A Quarterly Scientific Research Journal

Vol. 31, No. 2, Summer 2024

118

Islamic Propagation Office, Qom Seminary
Islamic Sciences and Culture Academy
(Research Center for Jurisprudence and Law)
www.isca.ac.ir

Director.in.Charge:
Abdorreza Eizadpanah

Editor.in.Chief:
Reza Esfandiari (Islami)

Executive Director:
Abdul Samad Aliabadi

☎ Tel.:+ 98 25 31156912 • ✉ P.O. Box. 37185_3688

Jf.isca.ac.ir • Feqh.osul@gmail.com



راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

مرکز توزیع مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم عهده دار توزیع و اشتراک مجلات ذیل می باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

فرم اشتراک

حوزه	فقه	نقد و نظر	آینه پژوهش	جستارهای فقهی و اصولی
یک سال اشتراک ریال ۲,۸۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	مطالعات علوم قرآنی	جامعه مهدوی	اخلاق
یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰

نام پدر:	نام و نام خانوادگی:
میزان تحصیلات:	تاریخ تولد:
	نام نهاد شرکت:

کد اشتراک قبلی: پیش شماره: تلفن ثابت: تلفن همراه:	کد پستی:	استان:	نشانی:
	صندوق پستی:	شهرستان:	
	رایانامه:	خیابان: کوچه: پلاک:	

هزینه های بسته بندی و ارسال به عنوان تخفیف محاسبه شده است.

قم، چهارراه شهدا، ابتدای خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
 کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۳۹
 تلفن: ۰۲۵-۳۱۱۵۱۱۶۲
 شماره پیامک: ۳۰۰۰۲۷۰۲۵۰۰۰۰۰ رایانامه: magazine@isca.ac.ir

شماره حساب سیبایانک ملی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی