

## اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

عبدالرضا ایزدپناه (عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)  
یعقوبعلی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)  
سید احمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)  
محمد زروندی رحمانی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)  
سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)  
سیف‌الله صرامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)  
احمد مبلعی (عضو مجلس خبرگان رهبری و رئیس مرکز تحقیقات اسلامی  
مجلس شورای اسلامی)  
سیدضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)  
محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)  
محمدحسن نجفی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

ویراستار: یحیی صرامی

مترجم انگلیسی: محمدرضا ظفری

مترجم عربی: محمدحسین حکمت

به استناد مصوبه ۱۳۱ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی شورای عالی حوزه‌های علمیه در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۳/۵ فصلنامه کاوشی نو در فقه از شماره ۷۵. حائز رتبه علمی - پژوهشی گردید. یادآوری می‌گردد به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی به مجلات علمی، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است.

دیدگاه‌های طرح شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست.

فصلنامه کاوشی نو در فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلامی (ISC) و بانک اطلاعات کشور (www.Magiran.com)، پایگاه مجلات تخصصی نور (www.Noormags.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (www.daftarmags.ir) نمایه می‌شود.

نشانی: قم، میدان شهدا، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

دفتر مجله قم - صندوق پستی: ۵۹۹ - ۳۷۱۸۵

تلفن دفتر مجله: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۲۱۵۸ - ۳۷۷۴۲۱۵۹ - ۲۵

تلفن واحد توزیع: ۰۲۵ - ۳۷۱۱۶۶۶۶

پست الکترونیکی: Jf@isca.ac.ir وبسایت: Jf.isca.ac.ir

امور چاپ: سید حسین موسوی

قیمت: ۶۰۰۰ تومان



کاوش نور  
فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و چهارم - شماره سوم - پاییز ۱۳۹۶

۹۱



پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه

سردبیر: سیف‌الله صرامی

کارشناس تحریریه: علیرضا فجری

مدیر اجرایی: سید محمود کریمی

## داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا)

اسماعیل آقابائی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

رضا اسلامی (اسفندیاری) (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیداحمد حسینی (عضو مجلس خبرگان رهبری و عضو جامعه مدرسین)

سیف‌الله صزّامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمد صالحی مازندرانی (دانشیار دانشگاه قم)

حسنعلی علی‌اکبریان (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیدضیاء مرتضوی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

اسماعیل نعمت‌اللهی (استادیار دانشگاه قم)

محمدحسن نجفی راد (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)





## راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

۱. مقاله باید دستاورد پژوهش علمی نگارنده باشد و پیش از این در هیچ نشریه داخلی و خارجی انتشار نیافته و هم‌زمان به دیگر مجلات و یا نشریه‌ها فرستاده نشده باشد و نویسنده متعهد به نشر آنها در جای دیگر نباشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.
  ۲. مقاله ارسالی باید دارای ساختار مقالات علمی - پژوهشی و با رعایت شرایط ذیل باشد:
    - ۲/۱. مقاله ارسالی باید دارای عنوان، چکیده (حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه)، کلیدواژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه)، مقدمه، چارچوب نظری، متن، نتیجه‌گیری و فهرست منابع باشد.
    - ۲/۲. عنوان، چکیده و کلیدواژگان باید به دو زبان فارسی و انگلیسی تنظیم شوند.
    - ۲/۳. مقاله باید از عنوان دقیق علمی متناسب با محتوا، رسا و مختصر برخوردار باشد.
    - ۲/۴. خلاقیت و نوآوری دست‌کم در یکی از موارد ذیل در خصوص موضوع:
      - الف) طرح مسائل جدید و نوپیدای فقهی و اصولی؛
      - ب) طرح روش‌های نو در حل مسائل؛
      - ج) طرح مسائل پیشین در قالبی جدید؛
      - د) نقد نظریه علمی.
  - ۲/۵. موضوع به‌روز بوده و پاسخ‌گوی نیازها و شبهات روز باشد.
  - ۲/۶. ارتباط منطقی، انسجام و هماهنگی میان مطالب باشد.
  - ۲/۷. دارای جمع‌بندی یا نتیجه‌گیری در پایان مقاله باشد و بایستی نتایج حاصل از تحقیق و آزمون فرضیه که بیانگر بحث و نتیجه‌گیری باشد، ارائه گردد.
  - ۲/۸. منابع معتبر و استنادها صحیح و دقیق باشند.
  - ۲/۹. شیوه‌های استناد بایستی به صورت درون‌متنی بین پرانتز به شرح ذیل باشد:

قرآن: (نام سوره: شماره آیه، مثال: بقره: ۱۲).

کتاب: (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر: شماره جلد، شماره صفحه. مثال: حلی، ۱۴۰۷ق: ج ۱، ص ۲۰).مقاله: (نام خانوادگی، سال انتشار اثر: شماره صفحه. مثال: یاسری، ۱۳۸۵: ص ۷۵).اگر مؤلفان یک اثر بیش از سه نفر باشند، تنها نام خانوادگی یک نفر می‌آید و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره می‌شود.
- تذکر مهم:** نام خانوادگی در ارجاعات درون‌متنی، باید عیناً مانند نام خانوادگی در فهرست منابع (کتابنامه) باشد. برای مثال اگر در ارجاعات درون‌متن، نام خانوادگی «عاملی» به کار رفته است، نباید در فهرست منابع نام خانوادگی دیگری به کار رود؛ همچنین است اگر در ارجاعات درون‌متن، اسم یا لقب مشهوری چون شهید ثانی، به‌عنوان نام خانوادگی انتخاب شده است، در فهرست منابع نیز باید شهید ثانی بیاید، نه کلماتی مانند عاملی، مکی و مانند آن.

۳. حجم مقاله ارسالی، نباید بیش از ۲۵ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای باشد و باید به صورت تایپ شده تحت برنامه Word97-2003 با قلم IrMitra شماره ۱۵ در سامانه فصلنامه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال شود.
۴. مشخصات کامل نویسنده یا نویسندگان (نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه دانشگاهی / عنوان علمی به همراه نشانی محل سکونت، شماره تماس تلفنی و نشانی پست الکترونیک) لازم است در سامانه بارگذاری شود و به هیچ عنوان در فایل مقاله ذکر نشود.
۵. اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله‌ای که مقاله از آن گرفته شده، همراه ترجمه ارسال گردد.
۶. فهرست منابع در پایان مقاله و به ترتیب حروف الفبا به صورت زیر تنظیم شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، نام کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ. مثال: نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار الإحياء التراث، چاپ بیستم.
- مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه یا مجموعه، شماره نشریه یا مجموعه. مثال: ملک افضل‌ی اردکانی، محسن (۱۳۸۹)، «آثار قاعده حفظ نظام»، مجله حکومت اسلامی، ش ۵۸.
- تذکر اول:** نام کتاب‌ها، مجلات و روزنامه‌ها، ایتالیک (به صورت کج) باشد.
- تذکر دوم:** نام مقالات در میان گیومه بیاید و دیگر لازم نیست نام مقالات هم ایتالیک و بولد (سیاه) باشد.
۷. یادداشت‌های توضیحی (پی‌نوشت‌ها) در پایان مقاله و پیش از فهرست منابع آورده شود.

## فهرت مطالب

وقت نافله شب ..... ۷

محمد رحمانی  
نفیسه زروندی

امكان سنجی جریان اقاله در ایقاعات ..... ۳۳

شکیبا امیرخانی  
احمد باقری

اقتضای ماهیت وقف بر جایز بودن تغییر و تبدیل آن ..... ۵۷

سیدتقی واردی

بازپژوهی ماهیت جرم سب‌النبی در فقه امامیه ..... ۸۱

حسین حاجی‌حسینی  
مجید قورچی‌بیگی

بررسی فقهی - حقوقی مبنا و ماهیت حریم ..... ۱۰۹

عبدالله امیدی فرد  
رؤیا صارمی جویباری

نقش بازشناسی حقیقت حکم شرعی در مسئله ضد ..... ۱۳۱

بلال شاکری

چکیده مقالات به زبان عربی و انگلیسی ..... ۱۵۱





## وقت نافله شب

محمد رحمانی\*

نفیسه زروندی\*\*

### چکیده

نافله شب یکی از عباداتی است که در آیات و روایات ائمه معصومین علیهم السلام بر آن تأکید فراوانی شده است. سیره عملی معصومان علیهم السلام و سلف صالح نیز اصرار بر تداوم عملی بر آن بوده است. یکی از احکام این عبادت، که بسیاری از علاقه‌مندان را از انجام آن محروم کرده، وقت نماز شب است. از نظر مشهور فقیهان، ابتدای آن نیمه شب و انتهایش طلوع فجر صادق است. در میان فقیهان معاصر نیز، جز دو یا سه نفر، اکثریت آنان براساس نظر مشهور فتوا داده‌اند. این نوشته ضمن بررسی و نقد ادله قول مشهور، که در مجموع هفت مورد است، با ادله و قرائن و مؤیدات گوناگونی ثابت کرده وقت نماز شب از اول شب است؛ ولی نیمه شب به بعد وقت فضیلت است و هرچه به سحر و طلوع فجر نزدیک‌تر شود، از فضیلت بیشتری برخوردار است.

**کلیدواژه‌گان:** نافله شب، فضیلت، نیمه شب، طلوع فجر صادق.

mzarvandi2@gmail.com

nafisezarvandi@gmail.com

\* دانشیار جامعه المصطفی العالمیه

\*\* دکتری دین پژوهی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۳/۲۰

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۱۰/۰۱

## مقدمه

در میان تکالیف شرعی، دستورهای عبادی سرآمد هستند. به تعبیر ائمه معصومین علیهم السلام، از میان عبادات، نماز «قُرَّةُ عَیْنِی»، «قُرْبَانُ کُلِّ تَقِی» و نیز ملاک و معیار پذیرش یا رد اعمال دیگر و همچنین، نشانه شیعه بودن است (مجلسی، ۱۴۰۳ق: ج ۷۱، ص ۲۳۳؛ همان، ج ۸۷، ص ۳۴۳؛ حر عاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۸، ص ۱۱۶). از میان اقسام و انواع نمازها، نافله شب اکسیری است که مس وجودی هر مکلفی را به طلای ناب تبدیل می کند و آثار آن انکارناشدنی است؛ به گونه ای که سالکان بارگاه قدس ربوبی با آن ره هزارساله را یک شبه پیموده اند.

آیات، روایات و سیره عملی ائمه علیهم السلام و اهل معرفت بهترین گواه بر این مدعا است. در اینجا به شمه ای از آیات، روایات و سخنان اهل معرفت بر اهتمام و تداوم به نماز شب و جایگاه و تأثیر آن اشاره می شود:

خداوند متعال می فرماید: «وَمِنَ اللَّیْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ عَسَىٰ أَنْ یَبْعَثَکَ رَبُّکَ مَقَامًا مَّحْمُودًا» (اسراء: ۷۹). پیام این آیه این است که رسیدن به مقام محمود و پسندیده نزد خدا از راه نافله شب فراهم می شود. امیر مؤمنان علیه السلام در توصیف نماز شب می فرماید: «خداوند فرموده است اگر اهل استغفار در سحرها نباشند، عذابم را بر اهل زمین نازل می کنم»<sup>۱</sup> (شیخ صدوق، ۱۹۹۴م: ج ۱، ص ۳۰۰، ح ۱۳۷۲). عارف واصل، مرحوم حاج میرزا جواد ملکی، استاد اخلاق حضرت امام علیه السلام بر این باور است که روایات وارد شده در فضیلت نماز شب در حد تواتر است (ملکی تبریزی، ۱۳۹۴: ص ۴۱۲). یکی از این روایات، فرموده امام صادق علیه السلام است: «کسی که نماز شب نمی خواند، از شیعیان ما نیست»<sup>۲</sup> (همان). پُر واضح است که نماز شب جز بر رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم واجب نیست تا تارک آن از عنوان شیعه بودن خارج شود. پس پیام روایت این است که شیعه کامل کسی است که نماز شبش ترک نمی شود.

نماز شب احکام و شرایطی دارد. یکی از شرایط، وقت خواندن آن است. مشهور



فقیهان فرموده‌اند: اول وقت خواندن این نماز، نیمه‌شب و آخر آن طلوع فجر صادق است. پُر واضح است که رعایت این وقت برای بسیاری از افراد، به‌ویژه جوانان، مشکل است. این نوشته در مقام این است که از نظر فقهی ثابت کند وقت نماز شب از اول شب شروع می‌شود و هرچه به سحر نزدیک‌تر شود، فضیلت آن بیشتر می‌شود.

## ۱. اقوال فقیهان

محقق یزدی، صاحب عروه، درباره وقت نماز شب می‌فرماید:

«وقت نافله اللیل ما بین نصفه و الفجر الثانی و الأفضل إتیانها فی وقت السحر و هو ثلث الأخییر من اللیل و أفضله القریب من الفجر» (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹ق: ج ۱، ص ۵۲۵، مسئله ۸): وقت نماز شب مابین نیمه‌شب و فجر دوم (طلوع فجر صادق) است و افضل خواندن آن در هنگام سحر است و سحر یک‌سوم آخر شب است و افضل از سحر نزدیک طلوع فجر است.

ایشان در مسئله بعد مواردی را از این قاعده استثنا می‌کند و می‌فرماید:

يجوز للمسافر و الشباب الذی یصعب علیه نافله الیل فی وقتها تقدیمها علی النصف و کذا کل ذی عذر کالشیخ و خائف البرد و الإحتلام و المریض (همان، مسئله ۸): برای مسافر و جوانی که برایش سخت است نافله شب را در وقتش بخواند، جایز است آن را بر نیمه‌شب مقدم بدارد (زودتر از نیمه‌شب بخواند) و همچنین، بر هر صاحب عذری [جایز است]، مانند فردی که پیر است یا از سرما و محتلم شدن می‌ترسد یا بیمار است.

حاشیه‌نویسان عروه، که بیش از چهل حاشیه آنها در چاپ مؤسسه السبطين بیت المقدس العالمية جمع‌آوری شده (به جز آیت‌الله سیستانی)، مدعی صاحب عروه را پذیرفته‌اند. همچنین، مشهور و حتی تقریباً همه فقیهان گذشته و معاصر اصل این حکم را

پذیرفته‌اند که ابتدای وقت نافله شب نیمه شب است.

حضرت امام علیه السلام نیز می‌فرماید: «وقت نافله شب از نیمه شب است تا اذان صبح، و بهتر است نزدیک اذان صبح خوانده شود» (بنی‌هاشمی خمینی، ۱۳۸۳: ج ۱، ص ۴۲۹، مسئله ۷۷۳). فقط دو نفر از دوازده مرجع تقلید معاصر، که فتوای آنها در ضمن توضیح المسائل حضرت امام علیه السلام جمع‌آوری شده، در این مسئله با ایشان مخالف‌اند:

الف. آیت‌الله سیستانی می‌فرماید: «اول وقت نافله شب، بنابر مشهور، نصف شب است و این گرچه احوط و بهتر است، ولی بعید نیست از اول شب باشد و تا اذان صبح وقتش ادامه دارد و بهتر آن است نزدیک اذان صبح خوانده شود» (همان).

ب. آیت‌الله مکارم می‌فرماید: «وقت نافله شب بنابر احتیاط از نصف شب است تا اذان صبح، ولی بهتر است در موقع سحر یعنی ثلث آخر شب بخواند» (همان).

همچنین، آیت‌الله وحید می‌فرماید:

«و لا یبعد أن یکون وقتها فیما بین أول اللیل إلى طلوع الفجر الصادق إلا أن الأحوط و الأفضل إتیانها بعد انتصاف اللیل، و الأفضل منه إتیانها فی الثلث الأخير» (خوئی، ۱۳۸۶: ج ۱، ص ۱۴۸، مسئله ۵۰۶): دور نیست وقت نافله شب میان اول شب تا طلوع فجر صادق باشد؛ ولی احوط و بهتر، آوردن آن بعد از نیمه شب است و بهتر از آن ثلث پایانی شب است.

بنابراین، ملاحظه می‌شود که اکثر قریب به اتفاق مراجع، وقت نافله شب را از نیمه شب به بعد می‌دانند.

## ۲. ادله قول مشهور

### ۱-۲. اجماع

برخی از فقیهان (حکیم، بی‌تا: ج ۵، ص ۱۱۳؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۲: ج ۷، ص ۳۱۲) بر قول

مشهور، یعنی آغاز وقت نافله شب از نیمه شب، ادعای اجماع کرده اند و آن را به افرادی مانند شیخ طوسی (۱۴۱۱ق: ج ۱، ص ۵۳۳)، علامه حلی (۱۳۸۴: ج ۱، ص ۲۰۸)، سید مرتضی (۱۴۱۷ق: ص ۲۰۳) و سید عاملی (۱۴۲۹ق: ج ۳، ص ۷۶) نسبت داده اند.

## ۲-۱-۱. نقد و بررسی

به نظر می رسد ادعای اجماع در این مسئله از جهاتی ناتمام باشد، چون:

نخست: اشکال صغروی دارد، زیرا دو قول دیگر نیز در مسئله وجود دارد:

الف. عده ای از فقیهان بر این باورند که وقت آن فقط ثلث آخر شب است، از جمله

شیخ صدوق (۱۴۱۸ق: ص ۱۴۹)؛

ب. برخی نیز وقت آن را از اول شب می دانند؛ مثلاً آیت الله خوئی هنگام نقل اقوال

می فرماید: «و قیل اوله» (۱۴۲۶ق: ج ۱۱، ص ۲۶۳). در ادامه این نوشته به این قول پرداخته خواهد شد.

دوم: اشکال کبروی دارد؛ زیرا اگر نگوییم اجماع قطعاً مدرکی است، دست کم

محتمل المدرکی است و کاشف از قول معصوم علیه السلام نیست؛ پس حجت نیست، زیرا به احتمال قوی، مدرک فتوای فقیهان روایات است.

سوم: بر فرض تنزل از این دو اشکال، مقصود مدعیان اجماع چیست؟ ممکن

است مقصود این باشد که درباره جواز خواندن نافله شب پس از نیمه شب اجماع هست؛ این مطلب هر چند امری است قطعی و مسلم، به مدعای آنها (ابتدای وقت نافله شب، اول نیمه شب است و پیش از آن خواندن آن جایز نیست) ربطی ندارد. همچنین، ممکن است مقصود چنین باشد: بر اینکه اول وقت همان اول نیمه شب است (و لازمه آن هم جایز نبودن خواندن نافله پیش از نیمه شب است)، اجماع قائم شده است. این مطلب هم ناتمام است، زیرا کسی از مدعیان اجماع چنین ادعایی نکرده اند.

چهارم: بعضی از کسانی که ادعای اجماع به آنها نسبت داده شده، متعرض وقت نافله شب نشده‌اند؛ چه برسد به ادعای اجماع بر اینکه وقت آن نیمه‌شب است: مثلاً صاحب مدارک، در کتاب خود، بحث نافله شب را مطرح کرده است. ولی بحثی از وقت به میان نیاورده است (ر.ک: عاملی، ۱۴۲۹ق: ج ۳، ص ۱۷-۳۱)؛ همچنین، علامه، در منتهی، اساساً درباره وقت نافله شب سخنی نگفته تا بر اینکه وقت آن از نیمه‌شب آغاز می‌شود، ادعای اجماع کند (علامه حلی، ۱۳۸۴: ج ۱۹، ص ۱۹).

## ۲-۲. روایات

دومین و مهم‌ترین دلیل بر این مدعا روایات است:

### ۲-۲-۱. نخست

امام باقر علیه السلام فرموده‌اند: «وقت نماز شب بین نیمه‌شب است»<sup>۳</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۴، ص ۲۴۸، ح ۲).

این روایت از نظر دلالت در مدعای مشهور صراحت دارد، ولی از نظر سند اشکال دارد، چون مرسله است.

### ۲-۲-۲. دوم

به دلالت طایفه‌ای از روایات، معصومان علیهم السلام مقید بوده‌اند نافله شب را بعد از نیمه‌شب بخوانند. برای نمونه به صحیح ابن‌اذینه<sup>۴</sup> می‌توان اشاره کرد:

امام باقر علیه السلام می‌فرمایند: «علی علیه السلام همیشه نمازهای روزانه را بعد از زوال شمس و نماز نافله شب را بعد از خواندن نماز عشا و پس از نیمه‌شب می‌خواندند» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۴، ص ۲۳۰، ح ۵).

شاهد بر این مدعا این است: حتی یک نمونه گزارش نشده که آن حضرت علیه السلام نماز شب را قبل از نیمه‌شب بخوانند و چون این مسئله میان مردم فراگیر بوده است، «لو

کان، لبان»؛ اگر ائمه علیهم السلام نافله شب را قبل از نیمه شب می خواندند، گزارش شده بود.

در پاسخ به این مدعا می توان گفت:

الف. این اشکال در صغرا وارد است: گزارش نشدن و نرسیدن به دست ما اعم است از اینکه آنان چنین کاری نکرده اند؛ زیرا چه بسا مورد یا مواردی وجود داشته ولی به دست ما نرسیده و در طول تاریخ ضایع شده است.

ب. بر فرض تنزل از اشکال نخست، آنان مقید بوده اند که فرد افضل را انجام دهند و بی گمان، بهترین وقت برای خواندن نماز شب، سحر و نزدیک طلوع فجر است. شاهد بر این مطلب این است که در هیچ منبعی گزارش نشده یکی از معصومان علیهم السلام، حتی رسول خدا صلی الله علیه و آله، نماز ظهر را قبل از غروب خورشید بخوانند؛ در حالی که این عمل جایز است. پس نماز شب نخواندن ائمه علیهم السلام قبل از نیمه شب، دلیل نمی شود که وقت آن پیش از نیمه شب نباشد؛ به عبارت دیگر، دلیل اعم از مدعا است.

۲-۲-۳. سوم

طایفه ای از روایات بر این دلالت دارند که برای معذوران (مثلاً بیمار، مسافر، جوان و خائف از محتلم شدن) و در شب های کوتاه تابستان جایز است نماز شب قبل از نیمه شب خوانده شود. اگر ابتدای وقت نماز شب نیمه شب نباشد و پیش از آن هم خواندن نماز جایز باشد، صدور این روایات لغو است. این روایات متعدّدند، مانند صحیح لیت مرادی<sup>۵</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۴، ص ۲۴۹، ح ۱) و صحیح یعقوب بن سالم<sup>۶</sup> (همان: ص ۲۵۲، ح ۱۰).

در پاسخ به این مدعا می توان گفت:

الف. اگر گفته می شود که وقت نماز شب در موارد ذکر شده پیش از نیمه شب است، بدان معناست که خواندن نافله قبل از نیمه شب مرجوح و مکروه است و بعد از

نیمه‌شب مرجوح و مکروه نیست. تخصیص این افراد نیز با درنظر گرفتن همین مرجوحیت و کراهت است، نه اینکه جایز نباشد. بنابراین، ثمره فقهی این تخصیص این است که تقدیم نماز شب پیش از نیمه‌شب برای همه مکروه و مرجوح است، مگر برای معذوران؛ پس تخصیص لغو نخواهد بود.

ب. می‌توان گفت تخصیص با درنظر گرفتن این است که وقت فضیلت برای همه مکلفان بعد از نیمه‌شب و نزدیک سحر است؛ مگر برای این گروه‌ها که تخصیص خورده‌اند. نتیجه این مطلب، توسعه در وقت فضیلت است.

ج. ممکن است گفته شود صحیحۀ نخست از باب توسعه در وقت بر جواز تقدیم دلالت دارد، نه از باب تعجیل در وقت؛ زیرا ظاهر عبارت «نعم ما رأیت و نعم ما صنعت» چنین است: در موضوع روایت، تقدیم افضل از قضای نماز شب است. گواه این سخن اینکه، امام علیه السلام آن را مدح کرده است. همچنین، صحیحۀ دوم در توسعه در وقت ظهور دارد؛ زیرا در موضوع این صحیحۀ، امر دائر است میان رعایت شرط وقت و شرط طهارت آبی. پُر واضح است رعایت شرط وقت بر رعایت شرط طهارت مقدم است؛ پس در هر دو صورت، نماز شب در وقت خوانده شده و اداء هم هست.

#### ۲-۲-۴. چهارم

روایت محمد بن مسلم:<sup>۷</sup>

از امام علیه السلام پرسیدم مردی آخر شب بیدار نمی‌شود و تا ده تا پانزده روز بر این شکل بر او می‌گذرد؛ نماز شب را اول شب بخواند از نظر شما بهتر است یا آن را قضا کند؟ آن حضرت علیه السلام فرمود: «به نظر من بهتر است قضا کند، زیرا من دوست ندارم این روش عادت شود» و زراره همیشه می‌فرمود: «چگونه نماز شب را پیش از نیمه‌شب بخواند، در حالی که وقت آن داخل نشده؟ زیرا وقت آن نیمه‌شب است» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق:

ج ۴، ص ۲۵۶، ح ۷).

دلالت روایت بر مدعا تمام است، زیرا ذیل روایت در این صراحت دارد که وقت نماز شب نیمه شب به بعد است و قبل از آن وقت داخل نشده است.

در پاسخ به این مدعا می توان گفت:

الف. این روایت ضعف سند دارد، چون محمد بن سنان در سند هست.

ب. بر فرض، از اشکال سندی چشم پوشی و گفته شود تضعیف محمد بن سنان از باب نسبت غلو است و کسانی این نسبت را به محمد بن سنان داده اند که به فضائل ائمه علیهم السلام معرفت کامل نداشته اند؛ با این وصف، استدلال به ذیل این روایت ناتمام است؛ زیرا در آن کلام زراره آمده است نه امام علیه السلام. پس نمی توان به آن استدلال کرد.

۲-۲-۵. روایت پنجم

موتقه زراره:<sup>۱</sup>

امام باقر علیه السلام فرموده است: «همانا بر شماست هرگاه شب به نیمه رسید، به پا خیزید و سیزده رکعت نماز بخوانید» (همان: ج ۶، ص ۴۹۵، ح ۲).

درباره تقریر دلالت باید گفت مفهوم جمله «إنما علی أحدکم» چنین است: جایز نیست پیش از نیمه شب نماز شب خوانده شود.

ممکن است گفته شود نسبت میان روایات دال بر اینکه وقت نماز شب اول شب است با مفهوم این روایت، اطلاق و تقیید است؛ از سوی دیگر، چون هردو اثباتی اند، مفهوم این روایت بر افضل افراد حمل می شود. در پاسخ به این اشکال باید گفت: هردو اثباتی نیستند، بلکه مدلول روایات مطلقه جواز اقامه نافله شب در اول شب است و مدلول مفهوم این روایت جایز نبودن؛ پس باید قاعده اصولی تقیید مطلق به مقید اجرا شود و مفهوم این روایت مقدم می شود، زیرا از مدلول روایات مطلقه اخص است. نتیجه این می شود که به مقتضای مفهوم این روایت، وقت نافله شب پس از نیمه شب است.

این استدلال یکی از مواردی است که آیت‌الله خوئی بر اساس آن معتقد شده است وقت نافله شب از نیمه شب شروع می‌شود. وی می‌فرماید: «و لم أر من استدل بها فی المقام»: کسی را ندیده‌ام که به آن استدلال کرده باشد (خوئی، ۱۴۲۶ق: ج ۱، ص ۲۶۵).

ولی به نظر می‌رسد این استدلال نیز ناتمام باشد، زیرا از مجموع روایات قرائنی به دست می‌آید که نشان می‌دهد باید مدلول موثقه زراره را بر وقت فضیلت حمل کنیم؛ به این معنا که وقت نماز شب از اول شب است، ولی افضل نیمه شب به بعد است و هرچه به سحر و طلوع فجر نزدیک‌تر شود، بهتر است. از شواهد دال بر این مدعا عبارت‌اند از:

الف. موثقه سماعه از امام صادق علیه السلام که فرموده است: <sup>۹</sup> «ایرادی ندارد که نماز شب ابتدای شب خوانده شود یا آخر آن؛ البته، افضل بعد از نیمه شب است» (حرعاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۴، ص ۲۵۲، ح ۹).

این روایت در این صراحت دارد که وقت نافله شب از اول شب است و نیمه شب وقت فضیلت است، نه وقت به جا آوردن نماز شب. بنابراین، مفهوم موثقه این روایت با منطوق ادله‌ای تعارض ندارند که دلالتشان این است که وقت نماز شب اول شب است و نیمه شب به بعد وقت فضیلت است. در نتیجه، روایات مطلق، از باب اطلاق و تقیید، مقید نخواهند شد.

ب. فضل بن شاذان از امام رضا علیه السلام گزارش می‌کند: <sup>۱۰</sup>

«همانا برای مسافر (به سبب گرفتاری اش) و بیمار (به دلیل ضعفش) جایز است که نماز شب را در اول شب بخواند تا فیض نماز را درک کند؛ سپس بیمار در وقت استراحت به استراحت بپردازد و مسافر به کارهایش و [امور مربوط به] جابه‌جایی و سفرش مشغول شود» (همان: ص ۲۵۰، ح ۳).



هرچند این روایت دربارهٔ مسافر و بیمار است و دلالت دارد که نماز شب در اول شب جایز است، تعلیل ذیل روایت این حکم را تعمیم می‌دهد؛ پس از باب قاعدة «العله تعمّم»، جواز خواندن نماز شب در غیرمسافر و بیمار هم جاری است.

چنین اشکالی بر این روایت وارد می‌شود: این روایت از نظر سند ضعیف است، زیرا سند شیخ صدوق به فضل بن شاذان ضعیف است؛ از این رو، روایت مؤید است.

ج. روایاتی بر این دلالت دارند که نافله همانند هدیه است؛ هرگاه آورده شود، پذیرفته می‌شود. برای نمونه:

روایت عمر بن یزید از امام صادق علیه السلام که ایشان فرموده‌اند: «بدان همانا نماز نافله (یکی از نوافل شب) همانند هدیه است؛ هرگاه آورده شود، پذیرفته می‌شود.»<sup>۱۱</sup> (همان: ص ۲۳۲، ح ۳).

چنین اشکالی بر این روایت وارد می‌شود: به اطلاق این روایت نمی‌شود عمل کرد، زیرا واضح است که صحیح نیست نافله شب در روز به قصد ادا خوانده شود. در پاسخ باید گفت: چون موضوع روایت نافله شب است، پس روز از آن خارج می‌شود؛ بنابراین، دلالت روایت بر مدعا تمام است.

اشکال دیگر آنکه، سند روایت ضعیف است؛ چون افرادی مانند سهل بن زیاد و محمد بن عذافر در آن هستند؛ بنابراین روایت مؤید است.

د. روایاتی بر این دلالت دارند که نماز شب همانند صدقه است؛ پس تقدیم و تأخیر آن جایز است. برای نمونه:

در روایتی عبدالله بن حسن از موسی بن جعفر علیه السلام چنین نقل می‌کند: «نمازهای نافله همانند صدقه است. به هر مقدار بخواهید، می‌توانید مقدّم بدارید»<sup>۱۲</sup> (همان: ص ۲۳۴، ح ۹).

این روایت، همانند روایت چهارم، از نظر سند ضعیف است؛ چون عبدالله بن حسن توثیق ندارد. از این رو، مؤید است.

در نتیجه، این چهار مطلب دلیل یا دست کم قرینه‌ای هستند بر اینکه مفهوم موثقه حمل شود بر اینکه نماز شب بعد از نیمه‌شب افضل است و وقت آن اول شب است.

### ۲-۲-۶. روایت ششم

بنابر دلالت طایفه‌ای از روایات، در دوران امر بین اینکه نافله شب در اول وقت خوانده شود یا بعد از وقت قضا شود، قضا شدن مقدم است بر اینکه نماز شب قبل از نیمه‌شب خوانده شود؛ برای نمونه به صحیحہ معاویة بن وهب می‌توان اشاره کرد:

امام صادق علیه السلام در پاسخ به یکی از محبان و صالحانی که از بیدار نشدن از خواب برای نماز شب شکوه کرده بود، فرمودند: «اجازه ندارد نماز شب را در اول شب بخواند.» بلکه فرمودند: «قضا کردن آن در روز افضل است از اینکه قبل از نیمه‌شب خوانده شود.»<sup>۱۳</sup> (همان: ص ۲۵۵، ح ۱ و ۲).

آیت‌الله خوئی می‌فرماید: این روایت و امثال آن دلالت دارد که اول وقت نماز شب، اول شب نیست، بلکه نیمه‌شب است؛ زیرا اگر وقت نماز اول شب باشد، وجهی ندارد که خواندن آن در خارج از وقت از خواندن در وقت خود افضل باشد؛ چون تقدیم قضا بر ادا با اینکه شارع برای نماز شب وقت تعیین کند، منافات دارد. با این وصف، قضا از ادا افضل است.

خود ایشان در پاسخ به این ایراد می‌فرماید: برتر بودن قضا از تقدیم نماز شب قبل از نیمه‌شب بر این اساس است که تقدیم از باب تعجیل در وقت است، نه توسعه در وقت (خوئی، ۱۴۲۶ق: ج ۱۱، ص ۲۹۳). ایشان در ذیل مسئله ۱۰ عروة - که سید بر رجحان قضای نماز شب بر تقدیم آن فتوا می‌دهد - بر نیمه‌شب تصریح می‌کند و می‌فرماید:

«انّ هذا علی إطلاقه لا یستقیم بل ینبغی التفصیل بین ما کان التقدیم فیه من باب التعجیل و بین ما کان من باب التوسعه فی الوقت»:

اطلاق کلام سید ناتمام است؛ بلکه سزاوار تفصیل است میان اینکه تقدیم از باب تعجیل در وقت است یا توسعه در وقت.

وی همچنین در جای دیگری (همان، ص ۲۸۶) چنین تصریح می‌کند: مدلول روایات این است که تقدیم نماز شب بر نیمه‌شب برای معذوران (به‌جز جوانان) از باب توسعه در وقت است. در نتیجه، تقدیم نماز شب بر نیمه‌شب برای معذوران (به‌جز جوانان) بر قضای آن ارجح است. پس این دلیل اخص از مدعا است.

در این میان، اشکال دیگری هم مطرح می‌شود: بنابر دلالت روایات، فقط در موارد ویژه‌ای، مانند مسافر، خائف از جنابت و جاریه در شب‌های کوتاه می‌توانند نماز شب را مقدم بدانند، نه مطلقاً. پس در نتیجه، نمی‌توان از این روایات این‌گونه برداشت کرد که تقدیم برای مطلق معذوران، از باب توسعه در وقت، جایز است. آیت‌الله خوئی در جواب می‌فرماید:

«مدفوعة بأنَّ التقدیم فی تلک الموارد ما عدا الجاریة ائماً هو فی باب التوسعة كما سبق»: این اشکال دفع می‌شود به اینکه روایات دال است بر اینکه جواز تقدیم در این موارد (جز در جاریه) از باب توسعه است.

بنابراین، به عقیده ایشان هم اول شب برای همه معذوران (مطلقاً) وقت ادای نافله شب است؛ البته، به‌جز جوانان، که تقدیم در مورد آنها از باب تعجیل در وقت است نه توسعه.

از سوی دیگر، طبق مبنای ایشان، یعنی انقلاب نسبت، استدلال به این روایت صحیح است. در توضیح باید گفت، ما سه دسته از روایات داریم: ۱. روایاتی که دلالت دارند وقت نافله شب اول شب است؛ ۲. روایاتی که دلالت دارند وقت نافله شب نیمه‌شب است (نسبت این دو دسته، تباین و تعارض است)؛ ۳. دسته‌ای که دلالت دارند وقت خواندن نافله شب برای معذوران، اول شب و برای غیر معذوران، نیمه‌شب است.



آیت‌الله خوئی می‌فرماید: دسته سوم دسته دوم را قید می‌زند و در نتیجه، وقت نماز شب برای همه (به جز معذوران) نیمه‌شب است. پس از تقیید، نسبت دسته نخست و دوم از تباین به عموم و خصوص منقلب می‌شود. دسته دوم خاص است و طایفه نخست را - که دلالت دارد وقت مطلقاً (چه برای معذور و چه برای غیرمعذور) اول شب است - تخصیص می‌زند. نتیجه‌ای که حاصل می‌شود این است که وقت نافله شب نیمه‌شب است، مگر برای معذوران.

باوجود این، اگر انقلاب نسبت انکار شود، جمع عرفی میان دسته نخست و دوم ممکن نیست؛ چون نسبت تباین است و تعارض ایجاد می‌شود، و چون مرجحی نسبت به دسته دوم وجود ندارد، تساقط می‌کنند. بنابراین، مرجع اطلاعات ادله نوافل می‌شود (که مقید به قید زمان نیست) و اگر نوبت به شک برسد، برائت نسبت به شرطیت نیمه‌شب برای نماز شب جاری می‌شود. نتیجه اینکه، وقت نافله شب از اول شب است.

برخی از فقیهان، از جمله محقق داماد، در تعارض دسته نخست و دوم، دسته دوم را مقدم می‌دارند (با اینکه جمع عرفی را قبول دارند): مبنی بر اینکه دسته دوم حمل بر افضل افراد می‌شود. ایشان از این جمع عرفی رفع ید کرده‌اند؛ چون نتیجه‌اش (یعنی اینکه وقت نماز شب از اول شب باشد) مخالف اجماع است و از این رو، روایات دسته نخست را بر تقیه حمل کرده‌اند، چون موافق عامه است (جوادی آملی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۱۳۲). البته، این فرمایش صحیح نیست؛ چون پیش از این، اجماعی بودن اینکه وقت نماز شب نیمه‌شب است، از جهاتی مورد اشکال واقع شد: از جمله اینکه، اگر اجماع مدرکی نباشد، قطعاً محتمل‌المدرکی است.

در نتیجه، هیچ‌یک از ادله قول مشهور تمام نیست.

ممکن است چنین اشکالی وارد شود که مجموع روایات طوائف شش‌گانه مردود نیست؛ فی‌الجمله برخی از آنها بر این دلالت دارند که وقت نافله شب نیمه‌شب به بعد

است. بنابراین میان دسته نخست روایات (که دال است بر قول مشهور) و دسته دوم (که دال است بر توسعه وقت نافله شب از ابتدای شب) تعارض ایجاد می‌شود. پس باید سراغ جمع دلّالی برویم.

برخی از بزرگان، از جمله آیت‌الله تبریزی، در مقام جمع دلّالی، روایات دسته دوم را بر این حمل کرده‌اند که بر جواز تعجیل در وقت نماز شب در صورت عذر دلالت دارد؛ به جز در چند گروه، از جمله مسافران، کهنسالان و بیماران و همچنین، جوانانی که بیدار شدن برای آنان دشوار است و کسانی که از جنب شدن و سرما ترس دارند؛ روایات دسته دوم برای این افراد بر تعجیل و توسعه دلالت دارد. (تبریزی، ۱۴۳۱ق: ج ۱، ص ۲۹۳). نتیجه این است که وقت نماز شب نیمه شب است، مگر برای افرادی که ذکر شد.

به نظر می‌رسد این مطلب صحیح نباشد، زیرا:

نخست: هریک از طوائف شش‌گانه بررسی و نقد شد؛ پس جایی برای این اشکال باقی نمی‌ماند، زیرا مجموع از طوائف شش‌گانه جدا نیست.

دوم: اگر نگوییم صحیحۀ لیث مرادی و نیز صحیحۀ یعقوب‌بن‌سالم - که در طایفه سوم ذکر شدند - در توسعه وقت صراحت دارند، دست کم در آن ظهور دارند. برخی از فقیهان معاصر، از جمله آیت‌الله خوئی، نیز می‌پذیرند که این روایت‌ها در مقام توسعه در وقت‌اند (خوئی، ۱۴۲۶ق: ج ۱، ص ۲۸۶).

اشکالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که این روایات بر توسعه وقت در موارد خاص (که در روایت ذکر شده است مثل شب‌های کوتاه، مسافر، ترس از جنابت و سرما) دلالت دارند و در غیر این موارد توسعه در وقت داده نشده است. پس در دوران امر میان تقدیم و تأخیر، دومی از باب قضا افضل است (تبریزی، همان).

در پاسخ باید گفت: نخست اینکه، پیش از این، پاسخ این اشکال در ذیل طایفه ششم به تفصیل گذشت. یکی از پاسخ‌ها این بود: بر مبنای انقلاب نسبت (که

مستشکل نیز قائل است) نتیجه این است که وقت نماز شب برای همه مکلفان اول شب است. دوم اینکه، جمع عرفی مستشکل به اینکه دسته دوم را بر تعجیل حمل کنیم، صحیح نیست؛ بلکه مقتضای جمع عرفی این است که دسته نخست را بر افضل افراد حمل کنیم و دسته دوم را هم بر توسعه در وقت. این جمع را برخی از بزرگان نیز پذیرفته‌اند، از جمله محقق داماد (جوادی آملی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۱۳۲).

### ۲-۳. شهرت

ممکن است گفته شود شهرت بر آن است که وقت نافله شب از نیمه شب شروع می‌شود. در پاسخ باید گفت: اگر مقصود از شهرت، شهرت روایی باشد، در موضوع بحث ارزش ندارد؛ زیرا کاربرد شهرت روایی در جایی است که روایان حدیث ضعیف باشند و برای جبران ضعف سند به شهرت تمسک کنیم. در موضوع بحث، بیشتر روایات مورد استدلال، از نظر سند مشکلی ندارند؛ پس شهرت روایی کاربردی ندارد. اگر هم مقصود از شهرت، فتوایی قدما باشد، دو ایراد وارد است:

نخست آنکه، بسیاری از فقیهان معاصر شهرت فتوایی را حجت نمی‌دانند. یکی از این فقیهان، آیت الله خوئی است که این نوشته هم بیشتر ناظر به فرموده‌های ایشان است.

دوم آنکه، شهرت فتوایی قدما، بر فرض حجیت، مشروط به این است که مستند فتوا معلوم نباشد تا از دلیلی کاشف باشد که اگر به ما می‌رسید، برایمان حجت بود. در موضوع بحث، شهرت فتوایی کاشف از چنین دلیلی نیست؛ زیرا معلوم است که مستند صاحبان فتوا همان روایات است و روایات هم یا از نظر سند اشکال دارند یا از نظر دلالت.

### ۳. ادله قائلان به توسعه

تا اینجا، ادله قائلان به آغاز وقت نماز شب از نیمه شب بیان شد. این ادله مجموعاً شش طایفه از روایات و اجماع بودند. هریک از این ادله بررسی و رد شدند. در مقابل

قول مشهور، ادعا شده است که وقت نافله شب از اول شب آغاز می‌شود. بنابر نظر طرفداران این ادعا، ادله‌ای بر آن دلالت دارد؛ برای نمونه:

### ۱-۳. قرآن

﴿يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ \* قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا﴾ (مزمّل: ۱-۲): «ای

جامه‌به‌خودپوشیده! شب را به‌پا خیز، مگر کمی».

این آیات بر این دلالت دارند که وقت نماز شب «لیل» است. دلیل نسبت به اول شب یا نیمه‌شب اطلاق دارد؛ زیرا زمان نماز شب لیل است؛ پس شامل اول شب نیز می‌شود.

در اینجا دو إشکال پدید می‌آید:

نخست اینکه، ممکن است گفته شود این آیات در مقام بیان وقت نماز شب نیستند؛ پس اطلاق ندارند. در پاسخ باید گفت: این ادعا بلا دلیل است، چون این آیات در مقام تشریح‌اند.

دوم اینکه، بر فرض پذیرش اطلاق، طبق قواعد اصولی، اطلاق به ادله‌ای مقید می‌شود که بر این دلالت دارند که وقت نماز شب از نیمه‌شب است. برای نمونه به شش طایفه از روایات (که در شماره‌های پیشین ذکر شدند) می‌توان اشاره کرد که وقت نافله شب را نیمه‌شب دانسته‌اند. در پاسخ به این إشکال هم باید گفت: از سویی، قاعده تقیید اطلاق به مقید در موضوع بحث جاری نیست، زیرا در اینجا از احکام ترخیصی بحث می‌شود نه الزامی؛ از سوی دیگر، در دلالت هر یک از این روایات خدشه وارد شد.

### ۲-۳. موثقه سماعه

امام صادق علیه السلام فرموده‌اند: «نماز شب در اول شب و آخر شب

بی‌اشکال است، ولی بعد از نیمه‌شب افضل است» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق:

ص ۲۵۲، ح ۴).<sup>۱۴</sup>

دلالت روایت بر مدعا صریح و تمام است و از نظر سند مشکلی ندارد و چون سماعه واقفی است، از آن به موثقه تعبیر شده است.

### ۳-۳. معتبره محمد بن عیسی

از امام جواد علیه السلام پرسیده شد: روایت شده که جد شما فرموده است اشکالی ندارد مرد نماز شبش را در اول وقت بخواند. ایشان در پاسخ نوشتند: «در هر وقتی بخواند، جایز است، ان شاء الله» (همان، ص ۲۵۳).<sup>۱۵</sup>

این روایت از نظر سند بی اشکال است، زیرا محمد بن عیسی پدر احمد بن عیسی و از رجال کتاب کامل الزیارات است. در این صورت، توثیق عام دارد و روایت صحیحه است. اگر این مطلب پذیرفته نشود، عالمان رجال او را از طرفی شیخ قمی‌ها و از طرفی وجه اشعری‌ها دانسته‌اند؛ پس حدیث حسنه است (خوئی، ۱۴۲۶ق: ج ۱۱، ص ۲۶۶).

اشکالی که در اینجا وارد می‌شود این است که این روایت نسبت به صاحبان عذر و غیر عذر مطلق است؛ پس به مفهوم موثقه زراره (که دلالت داشت وقت نافله شب از نیمه شب است) مقید می‌شود و این روایت فقط بر زودتر نماز خواندن صاحبان عذر حمل می‌شود. در نتیجه، وقت برای غیر صاحبان عذر همان نیمه شب است. در پاسخ به این اشکال چنین می‌توان گفت: پیش از این ثابت شد مفهوم موثقه زراره بر افضل افراد حمل شد و بر حصر وقت به نیمه شب دلالت ندارد؛ پس نمی‌تواند مقیدکننده روایاتی باشد که بر این دلالت دارند که وقت نماز شب اول شب است.

### ۳-۴. روایت حسین بن علی بن بلال

حسین بن علی بن بلال می‌گوید: درباره وقت نماز شب به امام علیه السلام [نامه‌ای] نوشتم. حضرت در پاسخ نوشتند: «هنگام زوال (زوال شب که همان نیمه شب است) افضل است؛ پس اگر نیمه شب فوت شد، اول یا آخر شب نیز جایز است.»<sup>۱۶</sup> (همان، ح ۱۳)



دلالت روایت صریح است در اینکه نیمه شب افضل اوقات نافله شب است، نه اینکه اول وقت باشد.

از نظر سند، ممکن است گفته شود حسین بن بلال در کتاب‌های رجالی توثیق نشده است؛ پس روایت ضعیف است و از اعتبار ساقط است. در پاسخ به این ایراد باید گفت: ابراهیم بن مهزیار، که روایت را از او نقل می‌کند، از رجال کتاب کامل الزیارات است؛ پس طبق مبنای اینکه توثیق عام کامل الزیارات، شامل مشایخ با واسطه هم می‌شود، این مورد را نیز شامل می‌شود.

### ۳-۵. صحیحہ یعقوب بن سالم

محقق همدانی می‌فرماید: روایاتی بر این دلالت دارد که هرکس می‌ترسد در شب جنب شود، می‌تواند نماز شب را اول شب بخواند، از جمله صحیحہ یعقوب بن سالم:

یعقوب بن سالم می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم: آیا مردی که در مسافرت یا هوای سرد از جنابت می‌ترسد، جایز است نماز شب و نماز وتر را در اول شب بخواند؟ حضرت در پاسخ فرمودند: «بله، جایز است.»<sup>۱۷</sup> (همان، ص ۲۵۲، ح ۱۰)

ایشان می‌فرماید این روایت بر این دلالت دارد که وقت نماز شب اول شب است.

به منظور تقریب دلالت بر مدعا باید گفت: مقتضای قاعده این است که اگر کسی در وقت نافله از غسل کردن معذور باشد، طهارت آبی به طهارت خاکی (تیمم) تبدیل می‌شود. این قاعده، همان گونه که در اوقات نمازهای واجب جاری است، در اوقات نمازهای مستحبی نیز جریان دارد؛ یعنی اگر شخصی از اول طلوع فجر محتلم شود و تا طلوع آفتاب توانایی غسل نداشته باشد، وظیفه اش تیمم است. همچنین در مورد نمازهای مستحب (از جمله نماز شب) اگر وقت از اول نیمه شب تا طلوع فجر باشد و شخص هم محتلم باشد، وظیفه اش تیمم است نه تقدیم نماز شب بر وقت؛ زیرا



خواندن نماز در وقت با تیمم ترجیح دارد بر خواندن نماز با وضو در خارج از وقت. بنابراین عاجز شدن از نماز با غسل در وقت، مجوزی برای این نیست که نماز در خارج وقت خوانده شود؛ هرچند با غسل و وضو همراه باشد.

جواز تقدیم نماز شب (در صورت خوف از جنابت) بر وقت، شاهد است بر اینکه وقت از اول شب است. باوجود این، افضل نیمه شب است.

### ۳-۶. روایت ششم

از امام صادق علیه السلام درباره وقت نماز شب چنین پرسیده شد: آیا آن را اول شب بخوانیم؟ حضرت فرمودند: «بله. خودم نیز اول شب می خوانم و اگر در سفر باشم و شتربان عجله کند، نماز شب را در محمل می خوانم.»<sup>۱۸</sup> (همان، ح ۱۱)

این روایت نیز صریح است در اینکه وقت نماز شب اول شب است؛ به ویژه که امام علیه السلام تصریح می کنند که خودشان نیز آن را در اول وقت می خوانند.

ممکن است گفته شود: به قرینه «فإذا عجلنی»، روایت درباره مسافر است. در پاسخ گفته می شود: بر فرض اینکه درباره مسافر باشد، روایت بر توسعه وقت برای مسافر دلالت دارد.

### ۳-۷. صحیحۀ لیث

از امام صادق علیه السلام درباره خواندن نماز شب در آغاز شب های کوتاه تابستان پرسیدم. حضرت فرمودند: «بله. اشکال ندارد. کار خوبی انجام می دهی.»<sup>۱۹</sup> (همان: ص ۲۵۴، ح ۱۶)

### ۳-۸. نتیجه

پس از رد ادله قائلان به اختصاص وقت نافله به نیمه شب، هفت روایت گزارش شد.

بنابر دلالت هریک از آن روایات، وقت نماز شب اول شب است و نیمه شب وقت فضیلت است. همچنین، بر فرض اینکه روایات تعارض و تساقط کنند و اگر چنین اطلاقی نباشد، نوبت به برائت از تقیید به نیمه شب می رسد.

### نتیجه گیری

۱. در میان عبادات، نماز و در میان نمازها، نافله شب سرآمد است. در آیات، روایات و سیره عملی ائمه علیهم السلام و عالمان نیز تأکید و سفارش فراوانی به این امر شده است.

۲. بزرگترین مانعی که سبب شده عدّه زیادی از علاقه مندان به نافله شب از فیض آثار و برکات آن محروم باشند و توفیق خواندن آن را نداشته باشند، اختصاص وقت آن به نیمه شب است.

۳. اقوال فقیهان شیعه درباره وقت نماز شب چنین است: الف. ثلث آخر شب تا طلوع فجر صادق؛ ب. از نیمه شب تا طلوع فجر صادق (مشهور فقیهان این قول را پذیرفته اند)؛ ج. در این نوشته قول سومی مطرح شده است: وقت نافله شب از اول شب تا طلوع فجر صادق است و نیمه شب به بعد، وقت فضیلت است.

۴. در این نوشته، ادله قول مشهور - که هفت دلیل است - به تفصیل مطرح و نقد شده است. در مقابل نیز هفت دلیل و مؤید بر قول سوم اقامه شده است. همچنین، روایات دال بر اینکه وقت نماز شب از نیمه شب تا طلوع فجر است، نخست، بر وقت فضیلت حمل شده اند؛ دوم، در صورت نپذیرفتن پاسخ نخست (حمل بر وقت فضیلت)، میان روایات دال بر اینکه وقت نافله شب اول شب است با روایاتی که دلالت دارند وقت نافله شب نیمه شب است، تعارض ایجاد می شود و چون مرجحی در کار نیست، تساقط پدید می آید و مرجع، عموم ادله ای است که درباره نوافل (از جمله نافله شب) به صورت مطلق وارد شده است؛ سوم، اگر نوبت به شک برسد، برائت از شرطیت قید نیمه شب برای نافله شب جاری است.

## پی نوشت:

۱. «لولا الذين ... يستغفرون بالأسحار لولاهم لأُنزلت عذابى.»
۲. «قال الصادق عليه السلام: ليس من شيعتنا من لم يصل صلاة الليل.»
۳. قال أبو جعفر عليه السلام: وقت صلاة الليل ما بين نصف الليل إلى آخره.
۴. وعنه، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عمر بن أذينة، عن عده أنهم سمعوا أبا جعفر عليه السلام يقول: «كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يصلّى من النهار حتّى تزول الشمس ولا من الليل بعدما يصلّى العشاء الآخرة حتى ينتصف الليل.»
۵. محمّد بن على بن الحسين بإسناده عن عبدالله بن مسكان، عن ليث المرادى قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الصلاة فى الصيف فى الليالى القصار صلاة الليل فى أول الليل؟ فقال: «نعم، نعم ما رأيت، ونعم ما صنعت، يعنى فى السفر.»
۶. وعنه، عن على بن رباط، عن يعقوب بن سالم، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يخاف الجنابة فى السفر أو البرد، أيعجل صلاة الليل والوتر فى أول الليل؟ قال: «نعم.»
۷. وبإسناده عن الحسين بن سعيد، عن محمّد بن سنان، عن ابن مسكان، عن محمّد بن مسلم قال: سألته عن الرجل لا يستيقظ من آخر الليل حتّى يمضى لذلك العشر والخمس عشرة فيصلّى أول الليل أحبّ إليك أم يقضى؟ قال: لا، بل يقضى أحبّ إلىّ إنى أكره أن يتخذ ذلك خلقاً، وكان زراراً يقول: كيف تقضى صلاة لم يدخل وقتها؟ إنّما وقتها بعد نصف الليل.
۸. وبإسناده عن سعد، عن أحمد وعبد الله ابني محمّد بن عيسى، عن على بن الحكم، عن عبد الله بن بكير، عن زرار، عن ابى جعفر عليه السلام قال: إنّما على أحدكم إذا انتصف الليل أن يقوم فيصلّى صلاته جملة واحدة ثلاث عشرة ركعة.
۹. وعنه، عن محمّد بن أبى عمير، عن جعفر بن عثمان، عن سماعة عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس بصلاة الليل فيما بين أوله إلى آخره إلا أنّ أفضل ذلك بعد انتصاف الليل.»
۱۰. وبإسناده عن الفضل بن شاذان، عن الرضا عليه السلام - فى حديث - قال: «إنما جاز للمسافر والمريض أن يصلّى صلاة الليل فى أول الليل لاشتغاله وضعفه وليجزر صلاته فيستريح المريض فى وقت راحته، وليشتغل المسافر بشتغاله وارتحاله وسفره.»
۱۱. وعن على بن محمّد، عن سهل بن زياد، عن عمرو بن عثمان، عن محمّد بن عذافر، عن عمر بن يزيد، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: قال: «إعلم أن النافلة بمنزلة الهدية متى ما أتى بها قبلت.»
۱۲. عبدالله بن جعفر فى (قرب الإسناد): عن عبدالله بن الحسن، عن جدّه على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «نوافلكم صدقاتكم فقدموها أنى شئتم.»
۱۳. محمّد بن على بن الحسين بإسناده عن معاوية بن وهب، عن أبى عبدالله عليه السلام أنّه قال: قلت له: إنّ رجلاً من مواليك من صلحائهم شكى إلىّ ما يلقى من النوم، وقال: إنى أريد القيام بالليل فيغلبنى النوم حتى أصبح فرمما قضيت صلاتى الشهر المتتابع والشهرين أصبر على ثقله، فقال: «قرّة عين والله، قرّة عين الله، ولم يرخص فى النوافل أول الليل»، وقال: «القضاء بالنهار أفضل.»
۱۴. وعنه، عن محمّد بن أبى عمير، عن جعفر بن عثمان، عن سماعة عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس بصلاة الليل فيما بين أوله إلى آخره إلا أنّ أفضل ذلك بعد انتصاف الليل.»
۱۵. عنه، عن محمّد بن عيسى قال: كتبت إليه أسأله: يا سيدى روى عن جدك قال: لا بأس بأن يصلّى الرجل صلاة الليل فى أول الليل؟ فكتب: «فى أى وقت صلى فهو جائز، إن شاء الله.»

١٦. وبإسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن إبراهيم بن مهزيار، عن الحسين بن علي بن بلال قال: كتبت إليه في وقت صلاة الليل، فكتب: «عند زوال الليل وهو نصفه أفضل، فإن فات فأوله وآخره جائز.»
١٧. وعنه، عن علي بن رباط، عن يعقوب بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يخاف الجنابة في السفر أو البرد، أيجل صلاة الليل والوتر في أول الليل؟ قال: «نعم.»
١٨. وعنه، عن محمد بن زياد، عن محمد بن حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن صلاة الليل أصليها أول الليل؟ قال: «نعم إنى لأفعل ذلك، فإذا أعجلنى الجمال صليتها في المحمل.»
١٩. وبإسناده عن صفوان، عن ابن مسكان، عن ليث قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصلاة في الصيف في الليالي القصار، (صلاة الليل) في أول الليل؟ فقال: «نعم، نعم ما رأيت، ونعم ما صنعت.»

## کتابنامه

\* قرآن

۱. بنی هاشمی خمینی، سید محمد حسن (۱۳۸۳)، توضیح المسائل مراجع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نهم.
۲. بهاری همدانی، شیخ محمد (۱۳۸۴ق)، تذکرة المتقین، مشهد، آستان قدس رضوی؛ بنیاد پژوهش های اسلامی.
۳. تبریزی، جواد (۱۴۳۱ق)، تنقیح مبانی عروة، قم، دارالصدیقة الشهیدة علیها السلام.
۴. جوادى آملی، عبدالله (۱۴۱۵ق)، کتاب الصلاة، قم، مؤسسة نشر الإسلامی.
۵. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۰ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۶. حکیم، سید محمد حسن طباطبائی (بی تا)، مستمسک العروة الوثقی، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۷. خوئی، ابوالقاسم (۱۳۸۶)، منهاج الصالحین (مع فتاوی آية الله وحید خراسانی)، قم، مدرسه باقر العلوم علیه السلام.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۶ق)، المستند فی شرح العروة، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ دوم.
۹. سید مرتضی (علی بن حسین بن موسی) (۱۴۱۷ق)، مسائل الناصریات، به تحقیق مرکز البحوث و الدراسات الإسلامیة، قم، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامیة؛ مدیریة الترجمة والنشر.
۱۰. شیخ صدوق (۱۴۱۸ق)، الهدایة، قم، مؤسسة الإمام الهادی علیه السلام.
۱۱. \_\_\_\_\_ (۱۹۹۴م)، من لا یحضر الفقیه، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
۱۲. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۴۱۱ق)، الخلاف، قم، مؤسسة النشر الإسلامی.
۱۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ق / ۱۹۹۲م)، تهذیب الأحکام، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
۱۴. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۳۶۲)، جواهر الکلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۱۵. طباطبائی، محمد حسین (۱۳۹۰)، المیزان، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین.

١٦. طباطبائی یزدی، سیدکاظم (١٤٠٩ق)، العروة الوثقی (طبع قدیم)، ج ١، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

١٧. عاملی، سیدمحمد موسوی (١٤٢٩ق / ٢٠٠٨م)، مدارک الأحکام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، مؤسسة آل البيت عليه السلام.

١٨. علامه حلی (حسن بن یوسف) (١٣٨٤)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، چاپ دوم.

١٩. مجلسی، محمد باقر (١٤٠٣ق)، بحار الأنوار، بیروت، دار إحياء التراث العربی.

٢٠. ملکی تبریزی، میرزا جواد (١٣٩٤)، أسرار الصلوة، ترجمه رضا رجب زاده، تهران، پیام بهاران.

٢١. همدانی، آقارضا (١٤١٦ق)، مصباح الفقیه، قم، مؤسسة النشر الإسلامی.





## امکان‌سنجی جریان اقاله در ایقاعات

شکیبا امیرخانی\*

احمد باقری\*\*

### چکیده

در باور بیشتر فقیهان، اقاله، همانند خیرات، از اسباب فسخ و گسست عقد به‌شمار می‌آید؛ با این تفاوت که اعمال فسخ توسط خیرات تنها با اراده یک طرف انجام می‌پذیرد، اما شرط تحقق اقاله تراضی طرفین عقد بر انحلال آن است. توجه به مکتوبات فقهی و ادله مجوز اقاله، گویای آن است که فقیهان به‌طور کلی عقود را از این طریق قابل فسخ می‌دانند و تنها برخی عقود خاص، مانند نکاح را از اقاله ممنوع دانسته‌اند. ورود بحث فسخ به گستره ایقاعات، مباحث مختلفی میان فقیهان مطرح کرده است. یکی از آنها، بحث از «امکان فسخ ایقاع» است. برخی فقیهان اساساً آن را برنتافته‌اند؛ برخی دیگر نیز گرچه ایقاعات را همانند عقود قابل فسخ توسط خیار معرفی کرده‌اند، صراحتاً اقاله ایقاع را ممنوع و نشدنی دانسته یا درباره آن سکوت کرده‌اند. به‌نظر می‌رسد این سکوت نیز به‌جهت برگزیدن نظریه «ناممکن بودن اقاله ایقاع» و بداهت این نظر در ذهن ایشان است.

در این پژوهش تلاش شده است پس از سنجش نظریه «امکان فسخ ایقاع» و تقویت ادله مثبت آن، قابلیت ایقاع برای فسخ از طریق اقاله بررسی شود. برپایه یافته‌های این پژوهش، اقاله ایقاع با مانع عقلی یا شرعی روبه‌رو نیست و می‌توان از این راه نیز برای احیای وضعیت پیش از انشای ایقاع بهره گرفت.

**کلیدواژگان:** اقاله، ایقاع، فسخ، خیار، عقد.

sh\_amirkhani@ut.ac.ir

bagheri@ut.ac.ir

\* استادیار و عضو هیئت‌علمی دانشگاه مذاهب اسلامی

\*\* استاد و عضو هیئت‌علمی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۴

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۱۱/۱۷

## طرح مسئله

زمانی که طرفین عقد بر ازهم گسستن آن تراضی می‌کنند و با این تصمیم مشترک شرایط را به وضعیت سابق بر انعقاد عقد بازمی‌گردانند، در اصطلاح فقهی گفته می‌شود عقد را اقاله کرده‌اند. آیا می‌توان فرایند اقاله را در ایقاعات ممکن و متصور دانست و آن را یکی از راه‌های فسخ ایقاع به‌شمار آورد؟ جست‌وجو در منابع فقهی گویای آن است که نظرات فقیهان درباره موضوع اقاله ایقاع از دو حال خارج نیست: برخی اندیشمندان به صراحت جریان اقاله را در ایقاعات ممنوع دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۵، ص ۱۵۰)؛ بعضی دیگر نیز با وجود پذیرش امکان فسخ ایقاع، موضع سکوت را برگزیده و از اظهار نظر درباره مشروعیت اقاله در ایقاعات خودداری کرده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ج ۲، ص ۳۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۲۱؛ همدانی، ۱۴۲۰ق: ص ۴۸۵؛ حسینی شیرازی، بی‌تا: ج ۱۲، ص ۱۱؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق: ص ۶۷؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۷، ص ۱۶۴).

چنان به نظر می‌رسد که گروه دوم نیز با اقاله ایقاع موافقتی ندارند. علت سکوت ایشان آن است که ماهیت یک‌طرفه ایقاع را، از اساس، اقاله‌ناپذیر تصور کرده‌اند.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، طبیعی است که در مباحث ایشان از مشروعیت اقاله ایقاع سخنی به میان نیاید. قدر مسلم آن است که در میان فقیهان هیچ‌کس به صراحت اقاله ایقاع را نپذیرفته و به صحت آن حکم نکرده است؛ اما به نظر می‌رسد هرچند اقاله برخی مصادیق ایقاع، به دلیل شرایط خاص آنها ناممکن باشد، کاوش دقیق در ماهیت اقاله و ادله مشروعیت آن می‌تواند فرضیه معنادار بودن اقاله و مشروعیت آن را در جنس ایقاع به اثبات برساند. به عبارت دیگر، اثبات صحت اقاله ایقاع بدان معنا نیست که همه مصادیق ایقاع را بتوان با اقاله از هم گسست؛ چون در برخی ایقاعات، مانند اعراض و حیات، اساساً به‌جز طرف مؤثر در انشای ایقاع، طرف حقیقی دیگری تصورشدنی نیست که اقاله آن معنادار باشد. از طرفی، هدف این پژوهش هم آن نیست که اقاله را در همه مصادیق ایقاع امکان‌پذیر معرفی کند، بلکه موضوع بررسی این امکان در

جنس ایقاعات است؛ از آن جهت که با توجه به گستردگی و پیچیدگی روابط معاملی، گاه بعد از انشای ایقاع، موقّع مصلحت خود را در بازگشت از اراده سابقش می‌بیند. برای مثال، فرض کنید شخصی در اعمال حق شفعه، با پرداخت ثمن، حصه‌ای را که شریک فروخته، تملک می‌کند؛ اما پس از اخذبه شفعه، بقای شراکت با شریک جدید را بر مالکیت مفروز نوپدید ترجیح داده و عزم می‌کند با جلب رضایت مشتری، اخذبه شفعه را اقاله کند. در مثال دیگر زوجه‌ای برای سهل‌گیری بر همسر خود، به صورت معوض یا غیرمعوض، ذمه همسر خویش را از مهریه ابراء نموده است؛ ولی پس از انشای ابراء، از قصد خود پشیمان شده و استقرار مهریه بر ذمه مرد را ترجیح می‌دهد. در این صورت، زوجه برای رفع این التزام ناگزیر است رضایت زوج را جلب نماید و بازگشت همه چیز را به وضع سابق از او بخواهد. اگر مرد پیشنهاد زن را بپذیرد و از آن راضی باشد، زوجه می‌تواند ابراء را فسخ نماید. این فرایند همان اقاله ایقاع است که بر فرض مشروعیت، می‌تواند از کار زوجه گره‌گشایی کند. در فرض دیگر، وصی در حوزه اختیارات خود به ایفای تعهداتی که موصی بر ذمه داشته و وی به آنها علم دارد، مبادرت می‌کند. در همین راستا وصی برای ادای دین موصی ملکی از اموال او را می‌فروشد و ثمن آن را در مقام وفای به عهد<sup>۲</sup> به طلبکار موصی می‌پردازد. حال اگر خریدار ملک با اثبات غبن، بیع را فسخ کند و ثمن را از وصی مطالبه کند، قاعدتاً امکان فسخ وفا وجود ندارد و در صورتی که وصی نتواند رضایت طلبکار را در اقاله وفا جلب کند، ناگزیر باید ثمن را از مال خود بپردازد و خود در شمار طلبکاران از ترکه علیه ورثه اقامه دعوی کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ج ۱، ص ۹۶). بنابراین، هرچند اقاله ایقاع همیشه تنها راه ممکن برای محقق کردن هدف موقع در بازگرداندن وضعیت سابق بر انشای اقاله نباشد، اما می‌تواند با ورود به برخی ایقاعات دوطرفه، آزادی قراردادی بیشتری برای افراد جامعه فراهم کند.

## ۱. واژه‌شناسی اقاله

اقاله مصدر باب افعال و از ریشل «قیل» است. مشتقات آن در وزن‌های مختلف

و گاه در ترکیب با کلمات دیگر، معانی متفاوتی یافته‌اند. مثلاً واژه «أقال» به معنای ترک کردن و گذشتن استعمال می‌شود؛ آن‌گونه که «أقال الله عثرتک و أقالکها، أی صفح عنک» (حسینی واسطی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۵، ص ۶۴۴) به معنای آن است که خدا او را عفو کرد و از گناهش درگذشت. این واژه هنگامی که همراه با لفظ بیع به کار رود، به معنای فسخ بیع است و در فرضی استعمال می‌شود که دست‌کم یکی از طرفین عقد از انجام آن پشیمان است و پیشنهاد فسخ آن را مطرح می‌کند و طرف دیگر نیز درخواست وی را می‌پذیرد: «أی وافقه علی نقض البیع و أجابه إلیه» (ابن منظور، ۱۴۱۱ق: ج ۱۱، ص ۵۸۰). حال اگر این پشیمانی دوسویه باشد، برای تبیین فسخ از واژه «تقایل» استفاده می‌شود: «یتقایلان البیع أی یستقیل کل واحد منهما صاحبه». بدین ترتیب، «تقایل البیعان» به معنای آن است که متعاملین با یکدیگر بیع را فسخ و آن را رها کردند: «تفاسخا صفتهم». ناگفته نماند ذکر عنوان بیع در لغت‌نامه‌ها از باب اشاره به مصداقی بارز از عقد بوده و طریقت داشته است، نه موضوعیت؛ چنان‌که ایشان نیز تصریح کرده‌اند که: «و تكون الاقالة فی البیعة و العهد» (همان، ص ۵۷۹)

اقاله در اصطلاح فقهی نیز به معنای تراضی بر فسخ به کار می‌رود؛ در جایی که طرفین عقد یا یکی از آنها از انجام عقد پشیمان است و برای ازهم گسستن عقد و بازگرداندن وضعیت سابق در پی راه چاره است. بنابراین، میان معنای لغوی و اصطلاحی اقاله تفاوت محسوسی نیست و تراضی بر فسخ، مقوم معنای اقاله در لغت و اصطلاح است.

## ۲. ماهیت اقاله

رویکرد بیشتر فقیهان اهل سنت درباره ماهیت اقاله، بیع دانستن آن در جهت عکس بیع نخست است (زحیلی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۷۱۴). این در حالی است که فقیهان امامیه ماهیت فسخ را برای اقاله ترجیح داده‌اند و آن را تبادل جدیدی، که ذیل عنوان تجارت قرار گیرد، در نظر نگرفته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۲، ص ۱۱۷؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ص ۲۵۷؛

شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۲، ص ۱۸۶؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق: ج ۳، ص ۲۶۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۰، ص ۹۰). مؤید نظر ایشان داوری عرف است که اقاله را ازهم گشودن پیمان سابق و ازبین بردن آن می‌داند؛ چنان که حقیقت لغوی اقاله نیز این نظر را تأیید می‌کند<sup>۳</sup> (حائری حسینی، ۱۴۲۳ق: ج ۱، ص ۴۲۷). نظریه فسخ دانستن اقاله بدان اندازه قوی است که برخی موافقان آن حتی در عقد بودن اقاله تردید جدی دارند. آنان بر این باورند که گرچه اساس اقاله را تراضی بر انحلال عقد تشکیل می‌دهد، اما چنین نیست که هر تفاهم و تراضی‌ای عقد نامیده شود.<sup>۴</sup> اقاله، در حقیقت، همانند فسخ ناشی از خیار است؛ با این تفاوت که فسخ به‌واسطه خیار فقط با رضایت و اراده فاسخ پدید می‌آید؛ حال آنکه در اقاله طرفِ نادم تمایل و درخواست خود را برای فسخ عقد اعلام و طرف دیگر نیز رضایت خود را ابراز می‌کند. به همین خاطر، اقاله به لفظ یک طرف که بگوید «عقد را فسخ کردم» صحیح است؛ به شرط آنکه طرف دیگر هم راضی به فسخ باشد<sup>۵</sup> (حائری حسینی، ۱۴۲۳ق: ج ۱، ص ۴۲۷). بنابراین، لزوم تراضی طرفین سبب نمی‌شود که اقاله از ماهیت فسخ خود چنان فاصله بگیرد که عنوان یک عقد جدید بر آن اطلاق شود. بدین ترتیب، باید پذیرفت اقاله نیز، همانند خیار، یکی از راه‌های فسخ عقد است و بیشتر در جایی به‌کار گرفته می‌شود که طرفِ پشیمان از انعقاد عقد راهی برای گسستن آن به‌صورت یک‌طرفه و از طریق اعمال خیار نیابد.

### ۳. سنجش امکان و مشروعیت اقاله ایقاع

باوجود آنکه بیشتر فقیهان تعمیم اقاله را از عقد بیع به عقود دیگر پذیرفته‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۲۴، ص ۳۵۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۴۳۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۲۹۱؛ خوئی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۷۰؛ امام خمینی، ۱۴۰۴ق: ص ۱۵۱؛ روحانی قمی، بی‌تا: ج ۲، ص ۱۲۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۱۸۸)، اما بر جریان نداشتن اقاله در ایقاعات اتفاق نظر دارند. در منابع فقهی، بر عدم قابلیت تقابیل در ایقاعات استدلال نشده است و این امر می‌تواند گویای آن باشد که موضوع در ذهن این اندیشمندان بدیهی و مفروض بوده است. به‌نظر می‌رسد منشأ این پیش‌فرض ذهنی آن است که امکان اقاله

ایقاع از نظر ایشان منتفی است؛ حال یا بدان دلیل که اساساً ایقاعات را فسخ‌ناپذیر می‌شمردند یا به جهت آنکه این طریقه فسخ را در ایقاعات نشدنی می‌دانند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵ق: ص ۱۹۲). از این رو، نخست، نظریه امکان فسخ ایقاع بررسی خواهد شد و سپس دلایلی مدنظر قرار خواهد گرفت که می‌توان بر جواز فسخ ایقاع از طریق اقاله اقامه کرد.

### ۳-۱. ادله امکان‌ناپذیری فسخ ایقاع

فقیهانی که فسخ ایقاع را نشدنی شمرده‌اند، فرضیه خویش را به دلایل زیر استوار نموده‌اند:

#### ۳-۱-۱. معنادار بودن فسخ در انحلال رابطه دوسویه

هنگامی که اصطلاح «فسخ» به کار می‌رود، مقصود آن است که یک رابطه دوسویه با انشای اراده یک طرف ازهم گسسته شود. واضح است که در عقد چنین شکلی از ارتباط را می‌توان تصور کرد؛ چه آنکه تنها در این عمل حقوقی است که با ایجاب و قبول رابطه‌ای میان طرفین محقق می‌شود: رابطه‌ای که با انشای فسخ از اثناء قطع می‌شود و مانع از تداوم آثار عقد می‌گردد. این در حالی است که انشای یک‌طرفه ایقاع مانع از شکل‌گیری چنین رابطه دوسویه‌ای می‌شود و بنابراین، مفهوم متبادر از فسخ نمی‌تواند در ایقاعات موضوعیتی داشته باشد (حسینی، بی‌تا: ص ۳۷۳؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق: ص ۶۷). مثلاً وقتی طلبکار ذمه مدیون را ابراء می‌کند، از آنجا که اراده مدیون در تحقق برائت ذمه‌اش دخالتی نداشته و حتی ممکن است او از آن کاملاً بی‌اطلاع باشد، اساساً رابطه‌ای میان داین و مدیون شکل نمی‌گیرد که بتوان قطع آن را با فسخ از سوی موقع تصور نمود. بنابراین، مفهوم فسخ و انحلال بر قطع ارتباط میان دو موضوع صادق است؛ حال آنکه این معنا در ایقاعات (که با انشای یک اراده محقق می‌شوند) دور از ذهن به نظر می‌رسد. بنابراین، می‌توان گفت فسخ در ایقاعات قابل تصور و تحقق نیست.

به نظر می‌رسد دقت در ماهیت و معنای فسخ می‌تواند معیار خوبی برای سنجش صحت این ادعا باشد؛ زیرا معنای لغوی «فسخ» مترادف با واژه «نقض» (حسینی واسطی، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۳۰۱؛ فیومی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴۷۲) و مقصود از آن رفع و از میان برداشتن چیزی است. از طرفی، معنای اصطلاحی فسخ نیز عیناً برگرفته از معنای لغوی و منطبق بر آن است. بنابراین، وقتی یک عمل حقوقی فسخ می‌شود، در حقیقت منشأ آن به دست کسی که برخوردار از حق فسخ بوده و آن را اعمال کرده است، از میان برداشته می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۷، ص ۱۶۴). مثلاً هنگامی که بایع حق فسخ بیع پیدا می‌کند، در واقع، این امکان برایش به وجود آمده است که، به اختیار، ملکیتی را که برای خریدار به وجود آمده نقض کند و مبیع را دوباره به ملک خویش وارد کند. واضح است که با در نظر گرفتن این معنا برای فسخ، هیچ مانعی برای جریان داشتن آن در ایقاعات وجود ندارد. مثلاً چنانچه داین حق فسخ ابراء را پیدا کند، با اجرای حق خود برائت ذمه حاصل از ابراء را از بین می‌برد و ذمه مدیون را دوباره نسبت به ادای دین مشغول می‌کند. حال، اگر گفته شود فسخ در معنای عرفی بر قطع و ازهم گسستن ارتباط میان دو چیز دلالت دارد که نتیجه آن از بین رفتن و نقض منشأ است، باز هم نمی‌توان ایقاعات را بدین دلیل از معنای فسخ بیگانه دانست؛ زیرا همین اندازه که رابطه میان مسبب و سبب به واسطه اعمال حق فسخ قطع شود، برای تحقق معنای یادشده کافی است و لازم نیست حتماً دو قرار معاملی از هم گشوده شود تا آنگاه بتوان گفت فسخ محقق شده است (اصفهانی، همان). مثلاً فردی که مدیون را به صورت مشروط ابراء کرده و اکنون به خاطر تخلف وی از شرط، حق فسخ ابراء را کسب نموده است، با اجرای حق خود، ارتباط میان ابرائی که انشا کرده و برائت ذمه حاصل از آن را قطع می‌کند و ذمه مدیون را نسبت به خویش مشغول می‌کند. بنابراین، ملاحظه می‌شود که فسخ با هردو برداشت از معنای آن در ایقاعات نیز معقول و قابل تصور است و در اصطلاح، فسخ ایقاع منع ثبوتی ندارد.

### ۳-۱-۲. بازگشت ناپذیری معدوم

از دیگر دلایلی که نظریه امکان ناپذیری فسخ در ایقاعات را تقویت نموده است، امکان پذیر نبودن بازگشت رابطه‌ای است که بر اثر ایقاع ساقط شده و از بین رفته است. توضیح آنکه، اثر بیشتر ایقاعات حذف و معدوم نمودن روابط موجود است. مثلاً رابطه زوجیت با طلاق زایل می‌شود و آنچه مدیون بر ذمه دارد، با ابراء از بین می‌رود. حال، اگر امکان فسخ طلاق یا ابراء مطرح شود، بدان معناست که بر اثر فسخ طلاق، رابطه زوجیت گذشته بازگردد و در پی فسخ ابراء، ذمه مدیون به همان دین مشغول گردد. بدیهی است امکان بازگشت این روابط زایل شده از طریق فسخ، بدان معناست که بار دیگر یک معدوم به عرصه وجود پا گذارد؛ حال آنکه چنان چیزی محال عقلی و غیرممکن است. از این رو، برخلاف عقود، فسخ ایقاعات غیرقابل تصور است (خوئی، بی تا: ج ۶، ص ۲۷۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۷، ص ۱۲۱؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۶۷).

### ۳-۱-۲-۱. نقد و بررسی

با چشم‌پوشی از آنکه اثر همه ایقاعات معدوم کردن روابط موجود نیست و اتفاقاً نتیجه انعقاد برخی از آنها ایجاد یک رابطه جدید است (مانند حق شفعه و حیازت مباحات)، اساساً در ایقاعات با تأثیر معکوس نیز فسخ نمی‌تواند مشکلی به وجود آورد. به بیان دیگر، آنچه فسخ ایقاع را در ذهن برخی فقیهان بعید نمایانده، غیرممکن بودن اعاده معدوم است. عدم امکان یادشده به خودی خود واقعیتی بدیهی است و شاید هیچ کس را نتوان بر این باور یافت که یک شیء حقیقتاً معدوم را دیگر بار می‌توان در عالم خارج موجود کرد. اما بحث در اینجا درباره عالم اعتبار و روابط حاکم بر آن است. در فضای روابط اعتباری عنوان‌ها به سادگی تغییر می‌یابند و رابطه‌های از بین رفته به آسانی و بدون منع عقلی به جای خویش باز می‌گردند. مثلاً فردی ۲۰ کیلو از صد کیلو برنج موجود در انبار خود را با عنوان «کلی در معین» به دیگری فروخته است؛ حال با از بین رفتن ۸۰ کیلو از برنج انبارشده، او موظف است ۲۰ کیلوی باقی مانده را با عنوان «عین معین» به



خریدار تسلیم کند. این تغییر عناوین در عالم اعتبار منعی ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۱۷، ص ۱۲۳). از طرفی، چنانچه بیعی صورت پذیرد و سپس به هر دلیل فسخ شود، مالکیت با بایع بر مبیع و خریدار بر ثمن - که به واسطه بیع زایل شده بود - به وضع سابق بازمی‌گردد. چنانچه ادعا شود اعاده معدوم ناممکن است، بی‌شک فسخ بیع نیز به محال عقلی می‌انجامد؛ درحالی که هیچ‌یک از فقیهان چنین نظری ندارند و امکان فسخ بیع را کاملاً می‌پذیرند. بنابراین، بازگشت رابطه‌ای که بر اثر اعمال حق فسخ از بین رفته، در حیطة روابط اعتباری حاکم بر معاملات با اشکالی روبه‌رو نیست و عقد یا ایقاع بودن عمل نیز نمی‌تواند به این قاعده کلی خللی وارد آورد. از این رو، همچنان که با فسخ بیع می‌توان فروشنده را دیگر بار مالک مبیع کرد، عقلاً ممکن است طلاق را فسخ نمود و رابطه زوجیت را به حال سابق بازگرداند یا آنکه با فسخ ابراء، ذمه بدهکار را به ایفای دین مشغول کرد. این بدان جهت است که با اعمال فسخ، عنوان جدیدی از ملکیت، زوجیت و اشتغال ذمه به وجود می‌آید؛ نه آنکه همان روابط از بین رفته عیناً بازگردد، تا اشکال محال بودن اعاده معدوم برای فرایند فسخ ایجاد شود (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ج ۲، ص ۳۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۱۹).

### ۳-۱-۳. زوال آثار ایقاع پس از انشا

استدلال دیگری که در راستای توجیه امکان‌ناپذیری فسخ ایقاعات مطرح شده است، باقی‌نماندن آثار ایقاع پس از تحقق است: بدان معنا که ایقاع، همانند چیزی که در یک آن موجود می‌شود، به محض انشای اراده موقع در عالم اعتبار وجود می‌یابد و بلافاصله پس از آن از بین می‌رود. از این رو، اساساً اثر ایقاع پس از تحقق آن باقی نمی‌ماند تا بتوان منع تداوم آن اثر را با فسخ ایقاع اراده کرد و این یعنی «فسخ ایقاع عقلاً ممکن نیست». در مقابل، شرع و عرف استمرار آثار عقد را پس از تحقق آن نیز معتبر می‌شمارند و بنابراین، امکان فسخ عقد و قطع آثار آن را می‌توان پذیرفت (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ق: ص ۱۸۰). هرچند این استدلال به صورت واضح در کلام فقیهان نیامده



است، اما قراین و شواهدی دال بر پذیرش این توجیه در میان برخی از ایشان دیده می‌شود. مثلاً امام خمینی علیه السلام بر این باور است که عقلاً ممکن نیست بتوان ایقاع را مانند ظرفی پنداشت که شرطی درون آن جای گیرد؛ زیرا معقول نیست که پس از تمام شدن عنوان و تأثیر ایقاع، شرطی به آن مرتبط شود؛ چه رسد به آنکه شرطی بتواند درون ایقاع و در ظرف تحقق آن قرار گیرد.<sup>۶</sup>

### ۱-۳-۱. نقد و بررسی

ادعا این است که وجود اعتباری ایقاع پس از تحقق از بین می‌رود: بدان معنا که موجودیتی فراتر از زمان انشا برای ایقاع قابل تصور نیست تا با اعمال فسخ بتوان آن را به وضعیت سابق بازگرداند. در نقض این ادعا باید گفت اساساً بیان چنین نظراتی دور از اقتضائات عرفی حاکم بر معاملات و مبتنی بر ظرایف فلسفی است که نباید آنها را در حوزه مسائل فقهی و استنباط احکام شرعی وارد کرد. چه آنکه عرف در بقای آثار یک عمل حقوقی تفاوتی میان عقد یا ایقاع بودن آن تشخیص نمی‌دهد و پس از اتمام انشای لفظی اثر هردو را باقی فرض می‌کند. مثلاً همچنان که در عقد بیع با فروش مبیع مالکیت آن به صورت دائمی به خریدار منتقل می‌شود، در طلاق نیز پس از اجرای صیغه، وصف مطلقه بودن برای همیشه بر زوجه اطلاق شدنی است. بنابراین، ملاحظه می‌شود که اثر ایقاعات نیز، همانند عقود، در همه آنات و لحظه‌های پس از وقوع جریان دارد و چنین نیست که به محض تحقق ایقاع، اثر آن زایل شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ق: ص ۱۸۰).

### ۲-۳. ادله امکان فسخ ایقاع

ممکن است بتوان ایقاعات را فسخ‌پذیر شمرد. بدین منظور باید ثابت کرد ذات و ماهیت ایقاع در تنافی با ماهیت فسخ نیست. بدان معنا که اطلاق عنوان ایقاع بر یک عمل حقوقی مانع از امکان انحلال آن به واسطه فسخ نیست و از این رو، فسخ ایقاعات نیز، همانند عقود، ممکن است. هرچند نقد و تضعیف دلایلی که بر امکان ناپذیری فسخ

ایقاع دلالت دارند، می‌تواند در راستای اثبات امکان‌پذیری فسخ ایقاع به کار آید، اما بی‌شک آنچه در این مسیر بیش از هر استدلال دیگر مؤثر واقع می‌شود، یافتن نمونه‌هایی از فسخ و بازگشت‌پذیری ایقاع است. چه آنکه، تنها وجود یک مصداق از ایقاعات که بتوان آن را با اراده‌ی موقع به جایگاه نخستین بازگرداند، برای اثبات این مدعا کافی است: ذات ایقاع ابایی از آن ندارد که فسخ‌پذیر معرفی شود.

### ۳-۲-۱. استناد به جواز رجوع در طلاق

امکان رجوع مرد در ایام عِدِّ طلاق رجعی از مسلّمات فقهی و مورد تأیید قرآن کریم است. برخی فقیهان عنوان فسخ طلاق را برای رجوع به زوجیت برگزیده‌اند؛ با این استدلال که وقتی مرد به همسر سابق خود رجوع می‌کند، در واقع، طلاق را (که با انشای اراده‌ی خود در عالم اعتبار به وجود آورده) محو و نابود می‌کند و در حقیقت، با رجوع خود به فسخ طلاق مبادرت می‌ورزد. حال، اگر از بازگشت مرد به زوجیت با عنوان رجوع یا هر عنوان دیگر یاد شود، باز هم در ماهیت اصلی این فرایند - که همان فسخ است - تغییری ایجاد نخواهد شد<sup>۷</sup> (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۶، ص ۴۴؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق: ج ۲، ص ۳۲؛ تبریزی، ۱۳۷۵: ج ۳، ص ۴۵۱). در قرآن کریم نیز از رجوع با واژه «ردّ» (بقره: ۲۲۸) تعبیر شده است. این خود گواه روشنی بر اثبات همسانی ماهیت طلاق و فسخ است، زیرا معنای متبادر از واژه ردّ آن است که هرچیز به ملاک و وضعیت سابق بازگردد. این نتیجه حاصل نمی‌شود مگر پس از فسخ یک عمل حقوقی (خوئی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۱۴۱). از آنجا که پس از رجوع زوج، علقه‌ی زوجیت بار دیگر با همان شروط و قیود پیش از طلاق میان زن و مرد ایجاد می‌شود، بنابراین، به نظر می‌رسد بتوان رجوع را حقیقتاً فسخ طلاق به‌شمار آورد. البته، برخی فقیهان ضمن مخالفت با این نظر، رجوع به زوجیت را حکم شرعی می‌دانند که تنها در طلاق رجعی وضع شده و تلقی فسخ از آن نامعقول است (کاشف‌الغطاء نجفی، بی‌تا: ص ۹۹؛ امام خمینی، بی‌تا: ج ۴، ص ۳۷۸؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۵، ص ۱۴۹). در پاسخ به اشکال اخیر می‌توان گفت: پذیرش قالب حکم شرعی برای رجوع، مانع از فسخ شمردن آن نیست. بدین معنا که هیچ اشکالی



وجود ندارد که رجوع حکم شرعی و همزمان سبب فسخ طلاق باشد (خوئی، همان: ج ۴، ص ۱۴۲). همچنین، ممکن است گفته شود: حکم رجوع به زوجیت در ایام عده فقط در طلاق رجعی ثابت است و بر فرض آنکه ماهیت رجوع از جنس فسخ باشد، نمی‌توان این حکم را به دیگر مصادیق ایقاعات سرایت داد و فسخ آنها را مشروع دانست. این مطلب صحیح است، زیرا فسخ شمردن رجوع فقط مشروعیت فسخ را در طلاق رجعی ثابت می‌کند و نمی‌توان به استناد آن، فسخ همه ایقاعات را مشروع دانست. اما بدیهی است که امکان فسخ مقوله‌ای کاملاً متمایز از مشروعیت آن است و اگر ثابت شود فسخ طلاق به شکل رجوع زوج ممکن است، بی‌شک می‌توان این حکم را به ایقاعات دیگر نیز تسری داد؛ زیرا اگر فسخ ایقاع با ماهیت آن سازگار نباشد و در واقع، محال و غیرممکن معرفی شود، حتی در یک مصداق از ایقاعات نیز نباید جریان داشته باشد. خلاصه آنکه، رجوع، در حقیقت، فسخ طلاق است و از همین جا می‌توان دریافت که ایقاع نیز مانند عقود فسخ‌پذیر است.

### ۳-۲-۲. استناد به رجوع ورثه از اجازه وصیت مازاد بر ثلث

یکی از فروع مباحث وصیت دربارهٔ محدودهٔ نفوذ وصیت تملیکی است. فقیهان موصی را در یک سوم از اموال خویش مجاز به وصیت دانسته و نفوذ وصیت بیش از این کسر را متوقف بر اجازهٔ ورثه شمرده‌اند. اجازهٔ ورثه انشای ارادهٔ ایشان در تنفیذ تصرف فضولی موصی است و همانند موارد دیگر اجازه، ایقاع محسوب می‌شود. بنابراین، وقتی ورثه وصیت بیش از ثلث را اجازه دهند، قاعدتاً دیگر نمی‌توانند از اراده‌ای که ابراز کرده‌اند، رجوع نمایند؛ مگر در یک صورت که برخی فقیهان بازگشت ورثه از اجازه خویش را پذیرفته‌اند. این استثنا در جایی است که ورثه پس از اجازه مدعی شوند که گمان می‌کردند مقدار زاید بر ثلث اندک است و اجازهٔ ایشان بر همین اساس صادر شده است. در فرضی که وصیت به جزء مشاع از ترکه باشد، مبنای ادعای ورثه بی‌اطلاعی از مبلغ کل ترکه است؛ زیرا علم به کسر وصیت شده تنها در صورتی ممکن است که مبلغ همهٔ ترکه دانسته شود. همچنین است اگر موصی عین مالی را متعلق وصیت

خود قرار دهد و ورثه با گمان آنکه قیمت موصی به کمی بیش از ثلث ترکه است، وصیت را اجازه دهند و سپس با اطلاع از مبلغ کل ترکه متوجه شوند عین موردنظر بسیار بیشتر از ثلث ترکه ارزش مالی دارد. تتبع در مکتوبات فقهی نشان می‌دهد فقیهان سه نظر درباره استماع و پذیرش این ادعا مطرح کرده‌اند: برخی با استناد به اطلاق و حاکمیت اجازه، ادعای مطرح شده در هر دو فرض را خلاف ضوابط شرعی و غیرقابل استماع می‌دانند (یزدی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۸۹۲؛ حکیم، ۱۴۱۶ق: ج ۱۴، ص ۶۱۱)؛ برخی لزوم دفع ضرر از وراثت و اصل علم نداشتن ایشان به مقدار زاید بر ثلث را دلیل بر پذیرش ادعای آنها در هر دو شکل وصیت می‌شمرند (صیمری، ۱۴۲۰ق: ج ۲، ص ۴۲۳)؛ بعضی نیز میان وصیت به عین معین و جزء مشاع تفکیک قائل شده‌اند: در فرض نخست معلوم بودن قیمت موصی به را مانع از پذیرش ادعای ورثه معرفی کرده‌اند؛ حال آنکه در وصیت به کسر مشاع، امکان بازگشت ایشان را از اجازه ممکن دانسته‌اند. بدین ترتیب، در فرض اخیر، ورثه می‌توانند از اجازه سابق خود بازگشته و به تنفیذ وصیت بیش از ثلث، با ادای سوگند، طبق گمان ادعایی خویش، ملتزم گردند (شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۱۶۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۶، ص ۱۷۰). روشن است که رجوع از اجازه، به‌عنوان یکی از مصادیق ایقاع، می‌تواند دلیل دیگری بر امکان‌پذیری فسخ ایقاعات تلقی شود؛ زیرا، چنان‌که گفته شد، فسخ یک عمل حقوقی معنایی جز نقض و ابطال آن ندارد. در اینجا نیز ورثه از طریق طرح ادعای یادشده و اثبات آن با سوگند، توانسته‌اند اجازه نخستین خود را از میان بردارند و مانع اثربخشی آن شوند و این یعنی همان فسخ ایقاع. حتی اگر این اصطلاح از سوی فقیهان مطرح نشده باشد و با عنوان رجوع از آن یاد شود، باز هم نمی‌توان منکر شد این عملیات به‌منزله فسخ ایقاع است. این بدان معناست که امکان فسخ ایقاع منعی ندارد.

#### ۴. ادله امکان اقاله ایقاع

##### ۴-۱. همسانی ماهیت عقد و ایقاع از نظر اقاله‌پذیر بودن

ممکن است این تصور وجود داشته باشد که ایقاع به‌جهت آنکه تنها یک طرف در



انشای آن مؤثر است، نمی‌تواند پذیرای اقاله باشد (که متوقف بر تراضی طرفین است). برای رد این فرضیه، نخست، باید به ماهیت اقاله توجه کرد. پیش‌تر گفته شد اقاله نیز، همانند خیارات، از اسباب فسخ و انحلال محسوب می‌شود؛ با این تفاوت که در اقاله، برخلاف خیارات، تراضی طرفین بر فسخ شرط است. از طرفی پذیرفته شد که ذات ایقاع ابایی از قابلیت فسخ ندارد و همانند عقد می‌توان آن را ازهم گسست. از این رو، آنچه در این مرحله ممکن بودن یا نبودن اقاله را در ایقاعات ثابت می‌کند، به قابلیت فسخ ایقاع مربوط نیست؛ بلکه درباره این مسئله است که آیا ایقاع می‌تواند پذیرای تراضی بر فسخ باشد یا خیر؟ و آیا متوقف بودن اقاله بر رضایت طرفینی با ماهیت ایقاع در تنافی است؟ به نظر می‌رسد در ایقاعات نیز می‌توان تراضی بر فسخ نمود و اینکه ایقاع با انشای اراده یک‌طرف شکل می‌گیرد، مانع از امکان این تراضی نیست؛ هم‌چنان که در ایقاع مشروط نیز رضایت مشروطه شرط است: بدون آنکه این امر سبب شود ایقاع از ذات یک‌طرفه خود فاصله بگیرد (سبزواری، ۱۳۹۳ق: ج ۱۷، ص ۱۲۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۴، ص ۲۲۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۵، ص ۱۴۹؛ ابروانی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۲۶؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۹۴). از طرفی، ضرورت ندارد یک عمل حقوقی دقیقاً با دخالت همان تعداد اراده‌ای منحل شود که در انشای آن مؤثر بوده‌اند. در حقیقت، میان انشا و انحلال آن از این نظر تلازمی وجود ندارد. مثلاً دارنده خیار با اعمال اراده خود عقد را - که با انشای اراده دو طرف شکل گرفته است - به‌تنهایی فسخ می‌کند. حتی شخص ثالث هم، که هیچ دخالتی در تحقق عقد نداشته است، به شرط آنکه از حق فسخ برخوردار باشد، می‌تواند معامله را برهم زند. بنابراین نمی‌توان این فرضیه را پذیرفت که «ایقاع اقاله‌پذیر نیست؛ بدان دلیل که ماهیتی را که یک طرف در تحققش دخیل بوده، نمی‌توان با تراضی دو طرف ازهم گسست». اتفاقاً رضایت طرف مقابل ایقاع، در جایی که حق فسخ برای موقع وجود ندارد، کاملاً منطقی و موجه نیز به نظر می‌رسد؛ زیرا هرچند در ایقاعات دو‌طرفه، طرف مقابل تا پیش از انعقاد ایقاع یک فرد غیرمؤثر محسوب می‌شده است، اما پس از تحقق ایقاع برای وی نیز حقی ایجاد می‌شود که بدون رضایت وی نمی‌توان به آن دست‌اندازی کرد. مثلاً تملک حصه مبیع

توسط شفیع ایقاع است و تنها با اراده او حاصل می‌شود؛ اما پس از تسلیم ثمن به مشتری و استرداد مبیع از وی، حق مالکیت مشتری بر ثمن مستقر شده است. بنابراین، اگر شفیع بخواهد شفعه را فسخ کند، چنانچه از طریق اعمال خیار نتواند به مقصود خود دست یابد، ناگزیر است برای فسخ شفعه رضایت طرف مقابل خود را جلب نماید. این فرایند که با درخواست فسخ از سوی شفیع پشیمان و اعلام رضایت مشتری حاصل می‌شود، عنوانی جز اقاله نمی‌تواند داشته باشد و هیچ محال عقلی و عدم امکانی برای آن متصور نیست. نتیجه آنکه، میان ماهیت عقدی و ایقاعی از نظر امکان و قابلیت تقابل هیچ تفاوتی نیست؛ به عبارت دیگر، هردو را می‌توان بدین روش فسخ کرد.

#### ۲-۴. اطلاق و عموم دلایل نقلی

فقیهان برای تجویز اقاله به دلایل نقلی پرشماری تمسک نموده‌اند؛ عمومیت و اطلاق برخی از آنها می‌تواند همه عقود و بلکه ایقاعات را دربر گیرد. آیه شریفه‌ای که بر نهی از «اکل مال به باطل» دلالت دارد (نساء: ۲۹)، یکی از این دلایل است. ذیل این آیه مستند فقیهان برای حکم به صحت اقاله قرار گرفته است؛ با این استدلال که خداوند «تجارت از روی تراضی» را از حرمت «اکل اموال به باطل» استثنا کرده است. از طرفی اقاله نیز، به جهت متوقف بودن بر تراضی، تصرف باطل در اموال به‌شمار نمی‌آید. حال، ممکن است اشکال شود ماهیت اقاله، در حقیقت، فسخ است و نه مبادله جدید و تجارت، و از این رو، نمی‌تواند مشمول آیه یادشده شود. در پاسخ به این اشکال باید گفت: فسخ به‌واسطه اقاله سبب می‌شود همه‌چیز با رضایت طرفین به وضعیت پیشین بازگردد و چنین تصرفی حتی اگر حقیقتاً عنوان تجارت هم نداشته باشد، نمی‌تواند تصرف باطل و ممنوع معرفی شود (حائری حسینی، ۱۴۲۳ق: ج ۱، ص ۴۲۷؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳ق: ص ۱۹۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۸، ص ۳۲۰). با چشم‌پوشی از آیه فوق، برخی روایات نیز بر رفعت مقام و اجر اخروی برای کسی دلالت دارند که درخواست اقاله طرف پشیمان را می‌پذیرد.<sup>۸</sup> این روایات که با دامنه مطلق خود همه اعمال حقوقی را دربر



می‌گیرند، نه تنها قادرند مشروعیت اقاله را به اثبات رسانند، بلکه استحباب و رجحان اقاله نیز از آنها برداشت می‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۲۴، ص ۳۵۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۵، ص ۲۹۲؛ عاملی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۲، ص ۴۳۳؛ فیض کاشانی، بی تا: ج ۳، ص ۱۲۳؛ آل عصفور بحرانی، بی تا: ج ۱۲، ص ۲۴۴).

#### ۳-۴. قاعده تسلیط

اشخاص در جامعه درباره نحوه تصرف و استیفای حقوق خویش آزادند؛ مشروط بر آنکه کیفیت تصرفات ایشان با موانع قانونی محدود نشده باشد. این مفاد قاعده تسلیط است که یکی از مستندات صحت اقاله محسوب می‌شود. چنان که برخی فقیهان نیز اشاره کرده‌اند، اگر اقاله موافق اصل باشد، به استناد قاعده تسلیط، حق تصمیم راجع به فسخ یا ابقای یک عمل حقوقی برای اشخاصی که آن را به وجود آورده یا از آن ذی نفع شده‌اند، وجود دارد و ایشان می‌توانند برای حفظ مصالح خود بر فسخ آن عمل تراضی نمایند. بدین ترتیب، هنگامی که دو طرف بر رفع التزام طرف مقابل رضایت دارند، شارع نمی‌تواند آنها را به بقا و فسخ نکردن اجبار نماید (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۳۸۶). ممکن است اشکال شود که اقاله خلاف قواعد اولیه است و طرفین یک عمل حقوقی پس از تحقق آن نمی‌توانند از اراده خود بازگردند؛ مگر آنکه شارع تراضی بر فسخ را معتبر دانسته باشد. از این رو، چنانچه جریان اقاله در یکی از عقود، مانند بیع، به استناد دلایل خاص پذیرفته شود، نمی‌توان این حکم را به اعمال حقوقی دیگر، اعم از عقود و ایقاعات، تعمیم داد. برای رفع این تردید، نخست باید گفت: این مدعا خود نیازمند استدلال است؛ چه آنکه وقتی صاحبان حق قصد دارند در قالبی از جنس تراضی عمل حقوقی انجام گرفته را از هم بگسلند و شارع نیز آنها را از این اقدام باز نداشته است، بر مبنای کدام دلیل می‌توان ایشان را از فسخ ممنوع دانست؟ افزون بر این، در بعضی اخبار نیز موضوع اقاله به صورت مطلق و بدون اختصاص به عقد بیع مطرح شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۸۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۷، ص ۴۴۱). از طرفی، در نظر گرفتن اجر و پاداش اخروی برای کسی که درخواست فسخ طرف پشیمان را می‌پذیرد، گویای



آن است که تجویز اقاله منحصر در یک مورد خاص نیست؛ زیرا وعده پاداش به مخاطب دعوت به اقاله بدان جهت است که او درخواست طرف نادم را در حالت ناگزیری و نبودن راه چاره دیگر می‌پذیرد و فسخ عمل را بر ابقای آن ترجیح می‌دهد. واضح است که این دلیل اختصاص به بیع ندارد (همان). از این رو، قاعده تسلیط، همچنان که می‌تواند برای تعمیم حکم صحت اقاله از بیع به عقود دیگر به کار آید، می‌تواند مشروعیت جریان اقاله در ایقاعات را نیز اثبات کند.

#### ۴-۴. بنای عقلا

همه افراد در روابط معاملی خود با دیگران منافع و مصالح خود را دنبال می‌کنند؛ اما با وجود همه دقت‌ها و حساسیت‌هایی که در این باره به کار می‌بندند، گاهی از معامله‌ای که انجام داده‌اند، احساس پشیمانی می‌کنند و مایل‌اند وضعیت موجود را به حالت پیش از انجام معامله تغییر دهند. در این مواقع، اگر امکان فسخ از طریق خیار برای ایشان وجود نداشته باشد، چاره‌ای ندارند جز آنکه برای برهم زدن معامله رضایت یکدیگر را جلب نمایند. در عرف معاملات میان مردم، این رویه معمول و طبیعی است و شارع نیز نه تنها از آن منعی نکرده، بلکه این رفتار اخلاقی و پسندیده را - که می‌تواند جلوه‌ای از گذشت در روابط اجتماعی را بنمایاند - تحسین و بدان ترغیب کرده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۱۸، ص ۱۱۸). در چنین شرایطی بنای عقلا یکی از محکم‌ترین دلایلی است که بر جواز اقاله می‌توان اقامه کرد؛ البته، تا جایی که شارع راه‌های انحلال یک عمل حقوقی را محدود به موارد مشخص نکرده و از اقاله آن منع نکرده باشد (مانند نکاح). بنابراین، تا زمانی که شارع از اقاله عملی نهی نکند، برای تجویز تراضی بر فسخ آن می‌توان به بنای عقلا تمسک کرد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵ق: ص ۱۹۲). ایقاع نیز از این مقوله مستثنی نیست. از این رو، هنگامی که خردمندان اقاله ایقاع را صحیح بشمارند و شارع نیز این رویه را ممنوع نکند، می‌توان جریان اقاله را در ایقاعات پذیرفت. به نظر می‌رسد برخی فقیهان نیز این سیره را به نحوی پذیرفته و در آرای خود نشانه‌هایی از آن را منعکس کرده‌اند. حکم به جریان اقاله در ایقاع دین یکی از این

موارد است: گاهی مدیون بدهی خود را با مال خاصی می‌پردازد و سپس تصمیم به تغییر آن می‌گیرد یا، برعکس، دائن ترجیح می‌دهد مالی که به‌عنوان ادای دین به او پرداخت شده، با مال دیگری عوض شود. در اینجا، تنها راه اقاله وفا و کسب رضایت طرف مقابل است.<sup>۹</sup>

### نتیجه‌گیری

۱. تقریباً هیچ‌یک از فقیهان و حتی آن دسته از ایشان که امکان فسخ ایقاع به‌واسطه اختیارات را می‌پذیرند، به موضوع قابلیت ایقاع برای فسخ با اقاله نپرداخته‌اند. به‌نظر می‌رسد پیش‌فرض ذهنی ایشان مبنی بر امکان‌ناپذیری اقاله ایقاع، علت این سکوت باشد.

۲. در پژوهش پیش‌رو، فرضیه معنادار بودن اقاله ایقاع و صحت و مشروعیت آن مطالعه شد و با استناد به ادله معتبر عقلی و نقلی روشن گردید که برای فسخ ایقاع توسط اقاله منعی وجود ندارد. به اقتضای شرایط حاکم بر قرارداد، این امکان وجود دارد که بتوان آزادی قراردادی را با اقاله ایقاع نیز تأمین کرد؛ زیرا از یک‌سو میان ماهیت عقد و ایقاع از نظر قابلیت تقابلی تفاوتی نیست و لازم نیست اراده‌های به‌وجودآورنده و از بین‌برنده یک عمل حقوقی، از نظر تعداد یکسان باشند. بنابراین، همچنان‌که عقد را می‌توان تنها با اراده یکی از طرفین از هم گسست، ایقاع را نیز می‌توان به درخواست موقع یا طرف غیر مؤثر و به شرط تفاهم طرفین بر فسخ، اقاله کرد. از سوی دیگر، ادله نقلی با دامنه شمول عام خود، نه تنها اقاله را تجویز نموده‌اند، بلکه با وعده پاداش نیکو برای کسی که درخواست طرف پشیمان را می‌پذیرد، بر استحباب و رجحان آن دلالت دارند. همین امر احتمال انحصار این ادله در عقود را منتفی می‌کند. از طرفی، قاعده تسلیط و مهم‌تر از همه، بنای عقلا - که از تعرض منع و ردع شارع مصون مانده است - از دلایل دیگری هستند که می‌توان بر امکان‌پذیری اقاله ایقاع اقامه کرد.

## پی نوشت:

۱. «أما الإيقاعات فهي خارجة عن موضوعاتها، لأنصرفها إلى العقود المنوطة بتراضى الطرفين» (عراقی، ۱۴۱۴ق: ج ۵، ص ۴۲۷).
۲. درباره ماهیت وفای به عهد اختلاف نظر هست. برخی اندیشمندان ماهیت ایقاع را برای وفا ترجیح داده‌اند. این نظر به ابن ادریس و محقق اردبیلی نسبت داده شده است. برای دیدن تفصیل نظرات، ر.ک: احمد باقری، «وفای به عهد»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۶۳، تابستان ۷۷، ص ۶۱-۸۱.
۳. إن الإقالة ليست عرفاً تبادلاً جديداً بل هي في نظر العرف تعتبر حلاً للعقد و لذا لا تكون داخلة تحت عنوان التجارة.
۴. تبیین ماهیت فسخ برای اقاله حتی برخی فقیهان را به این باور قاطع رسانده است که اساساً اقاله در شمار ایقاعات قرار دارد و عقد محسوب نمی‌شود: «فالإقالة رد الملك إلى من كان له قبل العقد بالتراضى، و ليست بيعاً مستأنفاً فلا ترتب عليها آثار البيع و أحكامه، بل ليست عقداً أصلاً فهي من سنخ الإيقاعات كالفسخ، و لذا تقع بقول أحدهما مع رضاه الآخر، و ليس كل ما كان متوقفاً على رضاه الطرفين عقداً» (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۱۱۸).
۵. و لكن الإقالة عبارة عن إبراز الرضا بان يفسخ الطرف المقابل العقد.
۶. «ما يظهر من اللغويين، هو أنَّ «الشرط» إلزام و التزام في البيع و نحوه، و الظاهر من الظرف أن يكون البيع حاوياً له؛ أي يقع الشرط في ضمنه و خلاله، بحيث يدعى أنه ظرفه، و أنه فيه. من المعلوم، أنَّ الإيقاع لا يعقل فيه ذلك، فإنه لا يعقل أن يرتبط به الشرط الواقع بعده، أي بعد تماميته عنواناً و تأثيراً، فضلاً عن أن يكون في ضمنه و خلاله» (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۴، ص ۳۷۳).
۷. «يكفي في إحراز قبول المورد قابلية الإيقاع عقلاً و عرفاً في نفسه، بل قد ثبت قابلية الإيقاع للإنحلال شرعاً كما في الطلاق المنحل بالرجوع، و كون الرجوع حكماً لا حقاً غير منافی للقابلية للإنحلال» (اصفهانى، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۲۱).
۸. برای مثال: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «أُرْبَعَةٌ يَنْظُرُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: مَنْ أَقَالَ نَادِماً أَوْ أَغَاتَ لَهْفَانٍ أَوْ أَعْتَقَ نَسَمَةً أَوْ زَوَّجَ عَزَباً» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ص ۳۸۷); همچنین: عن عبد الله بن القاسم الجعفری عن بعض أهله: «قال إن رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأذن لحكيم بن حزام في التجارة حتى ضمن له إقالة النادم و إنظار المعسر و أخذ الحق و ائياً و غير واف» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۷، ص ۴۴۱).
۹. «على هذا فيمكن أن يقال بجرانها في الوفاء، كما إذا كان عليه قران فاعطاه للدائن فأخذ ثم أراد أن يرده و يأخذ قراناً آخر أو أراد المديون أن يسترده و يعطى قراناً آخر، فله ذلك و يحتاج إلى التبدیل بمعاملة جديدة» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵ق: ص ۱۹۲).



## کتابنامه

\* قرآن کریم

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلمية، چاپ نخست.
۲. ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته، چاپ نخست.
۳. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم.
۴. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب المکاسب، قم، انوار الهدی، چاپ نخست.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ نخست.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۷. بصری بحرانی، زین الدین محمد امین (۱۴۱۳ق)، کلمة التقوی، قم، سید جواد وداعی، چاپ سوم.
۸. تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ق)، هداية الطالب إلى أسرار المکاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، چاپ نخست.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵)، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد راستاد.
۱۰. حائری حسینی، سید کاظم (۱۴۲۳ق)، فقه العقود، قم، مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسایل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۲. حسنی، هاشم معروف (بی تا)، نظرية العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، منشورات مکتبه هاشم، چاپ نخست.

۱۳. حسینی شیرازی، سیدمحمد (بی‌تا)، ایصال الطالب إلى المكاسب، تهران، منشورات اعلمی، چاپ نخست.
۱۴. حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقہیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۵. حسینی واسطی زبیدی حنفی، محب‌الدین سید محمد مرتضی (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ نخست.
۱۶. خمینی (امام)، سید روح‌الله (۱۴۰۴ق)، زبدة الأحکام، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
۱۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ نخست.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم.
۱۹. روحانی قمی، سید صادق حسینی (بی‌تا)، منهاج الصالحین، بی‌جا، بی‌نا.
۲۰. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق، قم، دار الکتاب (مدرسه امام صادق علیه السلام)، چاپ نخست.
۲۱. زحیلی، وهبة (۱۴۱۸ق)، الفقه الإسلامی و أدلته، دمشق، دار الفکر.
۲۲. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۳ق)، دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط، قم، المركز العالمی للدراسات الإسلامیة، چاپ نخست.
۲۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق)، المختار فی أحكام الخيار، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۲۴. سبزواری، سید عبد‌العلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۲۵. شهید اول (محمد بن مکی عاملی) (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲۶. شهید ثانی (زین‌الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتاب فروشی داورى، چاپ نخست.

٢٧. \_\_\_\_\_ (١٤١٣ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
٢٨. شيخ طوسی (ابوجعفر محمدبن حسن) (١٣٨٧ق)، المبسوط في فقه الإمامية، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.
٢٩. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (١٤٠٤ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار الإحياء التراث العربي، چاپ هفتم.
٣٠. صيمرى، مفلح بن حسن (١٤٢٠ق)، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، بيروت، دارالهادى، چاپ نخست.
٣١. طباطبائى يزدى، سيدمحمدکاظم (١٤٢١ق)، حاشية المكاسب، قم، اسماعيليان، چاپ دوم.
٣٢. \_\_\_\_\_ (١٤١٥ق)، سؤال و جواب، تهران، مركز نشر العلوم الإسلامى، چاپ نخست.
٣٣. عاملى، سيدجوادبن محمد حسينى (١٤١٩ق)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ نخست.
٣٤. عراقى، آقا ضياء الدين (١٤١٤ق)، شرح تبصرة المتعلمين، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ نخست.
٣٥. علامه حلى (حسن بن يوسف بن مطهر) (١٤١٤ق)، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ نخست.
٣٦. \_\_\_\_\_ (١٤١٢ق)، منتهى المطلب في تحقيق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، چاپ نخست.
٣٧. فيض كاشانى، محمدحسن (بى تا)، مفاتيح الشرائع، قم، انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى عليه السلام، چاپ نخست.
٣٨. \_\_\_\_\_ (١٤٠٦ق)، الوافى، اصفهان، كتابخانه امام اميرالمؤمنين على عليه السلام، چاپ نخست.
٣٩. كاشف الغطاء نجفى، عباس بن حسن بن جعفر (بى تا)، الفوائد الجعفرية، بى جا، مؤسسه كاشف الغطاء.
٤٠. مامقانى، ملاعبدالله بن محمدحسن (١٣٥٠ق)، نهاية المقال في تكملة غاية الآمال، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ نخست.

۴۱. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، انصاریان، چاپ دوم.
۴۲. موسوی خوئی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۴ق)، الشروط أو الإلتزامات التبعية فی العقود، بیروت، دار المؤرخ العربی، چاپ نخست.
۴۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادی، چاپ نخست.
۴۴. نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق)، حاشیة المكاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نخست.
۴۵. همدانی، آقارضا بن محمد هادی (۱۴۲۰ق)، حاشیة كتاب المكاسب، قم، مؤلف، چاپ نخست.







## اقتضای ماهیت وقف بر جایز نبودن تغییر و تبدیل آن

سیدتقی واردی\*

### چکیده

فقیهان شیعه درباره جایز نبودن تغییر وقف، جز در مواردی ویژه، اجماع دارند. با وجود این، اتفاق نظری میان آنان درباره علت جایز نبودن آن نیست. برخی معتقدند علت جایز نبودن آن حکم شرعی منع است؛ دسته‌ای دیگر می‌گویند ماهیت وقف به گونه‌ای است که با هرگونه تغییری منافات دارد و روایاتی که دلالت بر منع دارند، جملگی جنبه تأیید دارند، نه تشریح و تأسیس؛ دسته سوم معتقدند علت جواز تغییر وقف آن است که بعد از وقف واقف، موقوفه از ملک او خارج می‌شود و دیگر در ملک کسی قرار نمی‌گیرد و فک ملک می‌گردد. از میان سه مبنای مزبور، قول دوم از این جهت پذیرفتنی و قابل دفاع است که وقف حقیقت شرعیه ندارد؛ پیمانی بشری است که فراتر از دین و مذهب، در تمام دوران‌ها و در میان همه ملت‌های عالم ساری و جاری است. افزون بر آن، شواهد و قرائن تاریخی و روایی نیز دارد.

**کلیدواژگان:** تغییر وقف، اقسام وقف، عین موقوفه، بیع وقف، واقف، موقوف علیهم.

## مقدمه

یکی از مسئله‌های کاربردی در موضوع وقف، بررسی «علت جایز نبودن تغییر وقف به غیر موضوع انشای واقف» است. این مسئله از آن جهت کاربردی است که برخی از احکام فرعی وقف بر آن استوار است؛ ولی متأسفانه فقیهان بزرگ به آن کمتر توجه کرده‌اند و آنهایی هم که به آن توجه نموده‌اند، به صورت کوتاه و گذرا از آن گذشته‌اند و بحث مبسوطی درباره‌اش به عمل نیاورده‌اند. در مقالات دانشوران معاصر نیز پژوهش قابل توجهی مشاهده نمی‌گردد. البته، استاد معظم، حضرت آیت‌الله جوادی آملی رحمته‌الله، ضمن دروس خارج فقه «مباحث بیع»، در این موضوع به صورت استنباطی ورود و بحث‌های مختلفی را تبیین و تشریح نموده است.

همان بیانات ارزشمند وی، دستمایه‌ای برای نویسنده این مقاله شد تا آن را از بُعد پژوهشی و با بررسی اقوال فقیهان بزرگ دیگر، بازپروری نموده و در قالب مقاله‌ای پژوهشی عرضه نماید.

این پژوهش، به روش کتابخانه‌ای انجام یافته و از جهت ساختاری در سه بخش اصلی تنظیم شده است: بخش نخست، که جنبه تمهیدی دارد، به تبیین و تنقیح موضوع می‌پردازد؛ در بخش دوم، که بار اصلی پژوهش را دربر دارد، مبانی فقهی و اقوال فقیهان بحث شده است؛ بخش سوم دربردارنده قول برگزیده و بیان ادله آن و پاسخ به پرسش‌های مخالفانش است.

### ۱. تبیین موضوع

هرگاه بحث تغییر وقف به غیر آنچه که واقف انشا کرده باشد پیش آید، چند پرسش پدید می‌آید. برای تبیین و تنقیح این موضوع، اشاره به سه مورد ذیل ضروری است:

#### ۱-۱. مراد از تغییر وقف

در درجه نخست، آنچه از تغییر وقف به ذهن می‌آید، بحث «بیع وقف» است که

شایع‌ترین و معروف‌ترین صورت تغییر آن محسوب می‌شود؛ باوجود این، بیع وقف فقط یک گونه از تغییر آن است و گونه‌های دیگری نیز برای تغییر وقف قابل تصور است. در ادامه، به برخی از این گونه‌ها اشاره می‌گردد:

الف. تصرف در عین موقوفه: یعنی با اینکه واقف با وقف خود، عین را از چرخه تعامل خارج کرده است، در چرخه تعامل قرار گیرد. این چرخه شامل خرید، فروش، هبه، صلح و رهن می‌گردد. در برخی از نصوص نیز به این مسئله اشاره شده است؛ مثلاً در روایتی از امام موسی کاظم علیه السلام آمده: «وَلَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا يَتَنَاعَهَا وَلَا يَهَبَهَا وَلَا يَنْحَلَهَا وَلَا يُعَيِّرَ شَيْئاً مِنْهَا حَتَّى يَرِثَ اللَّهُ الْأَرْضَ وَمَنْ عَلَيْهَا» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۲۵۰).

ب. تغییر کاربری موقوفه: یعنی واقف مکانی را برای منظور ویژه‌ای، مانند حمام عمومی، وقف کرده باشد، ولی بعدها به‌خاطر نیاز نداشتن مردم به آن، کاربردش را برای منظور دیگری، مانند کتابخانه عمومی یا غسالخانه تغییر دهند. برخی از فقیهان این تغییر را تغییر «هیئت وقف» خوانده‌اند. برای نمونه، علامه حلی فرموده است: «لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته، فلا يجوز جعل الدار الموقوفة بستاناً و لا حماماً و بالعكس الا اذا جعل الواقف للمتولى ما يرى فيه الوقف» (علامه حلی، بی‌تا: ص ۴۴۶). برخی دیگر نیز آن را «ازالۀ عنوان» نامیده‌اند: «لا يجوز تغيير الوقف و ابطال رسمه و ازالة عنوانه و لو إلى عنوان آخر كجعل الدار خانا أو دكانا أو بالعكس» (امام خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۷۸).

ج. تغییر موقعیت مکانی موقوفه: یعنی مالک عینی را در موقعیت مکانی خاصی وقف کرده باشد و بعدها آن را در جای دیگری قرار دهند؛ مثلاً واقفی مغازه‌ای را در بازار شهر وقف مسجد کرده باشد و بعدها آن را خریدوفروش یا تخریب، در جای دیگر جایگزین و منافع آن را هزینه مسجد نمایند.

د. تغییر مصرف موقوفه: یعنی مصرف آن به غیر موردی که واقف انشا کرده است،



تغییر یابد؛ مثلاً واقفی یک باب مغازه در بازار را برای مسجد وقف کرده باشد، ولی بعدها استفاده از آن مغازه را برای مصارف دیگر، غیر از آن مسجد قرار دهند.

ه. تغییر متولی موقوفه: یعنی تصدی و تولی موقوفه از شخص یا اشخاصی که واقف تعیین کرده باشد، به فرد یا افراد دیگری (اعم از حقیقی و حقوقی) واگذار گردد.

تغییر وقف با هریک از صورت‌های ذکرشده امکان‌پذیر است؛ البته، برای سهولت یا پرکاربردتر بودن، از واژه «بیع وقف» استفاده می‌گردد. بیشتر فقیهان بزرگ هم از همین اصطلاح برای بیان احکام تغییر وقف استفاده کرده‌اند.

## ۲-۱. اقسام وقف

وقف از جهات مختلف اقسامی دارد. یکی از تقسیم‌بندی‌ها تقسیم آن به وقف فکّ ملکی و وقف تملیکی است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۳۹۴؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۹، ص ۶۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۲، ص ۱۳۰؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۵۴).

وقف فکّ ملکی یعنی عین به‌محض وقف شدن از سوی واقف، از ملکیت وی خارج شده و در ملک کس دیگری داخل نمی‌شود و مانند تحریر رقبه، برای همیشه از ملکیت رها می‌گردد؛ مانند وقف مسجد که بعد از وقف شدن از جانب مالک از ملکیت افراد بیرون می‌رود و بعد از آن در ملک کسی قرار نمی‌گیرد.

همچنین، وقف تملیکی یعنی با وقف واقف، عین موقوفه از ملکیت خارج نمی‌شود و ملکیت آن همچنان باقی است؛ ولی از واقف به موقوف‌علیهم منتقل می‌گردد. چنین وقفی را «تحبیس الملک و تسبیل الثمره» نیز می‌گویند. از این جهت به آن تحبیس الملک گفته می‌شود که موقوف‌علیهم نمی‌توانند در آن تصرف مالکانه نموده و به دلخواه خود آن را انتقال دهند؛ چون با وقف شدن آن به‌دست واقف، حبس می‌شود و در بند قرار می‌گیرد؛ در نتیجه، برای دادوستد طلقیت ندارد و موقوف‌علیهم فقط حق بهره‌مندی از منفعت آن را دارند، مانند وقف رقبات و اوقاف خاصه. بنابراین، اگر

باغستان یا قنات یا اعیان دیگری وقف قشر خاص یا طایفه خاصی (مثلاً عالمان یا بنی‌الزهره علیهم‌السلام) گردد، از آن زمان در ملک آنان قرار می‌گیرد و آنان از منفعتش استفاده می‌کنند؛ ولی چون عین موقوفه صلاحیت دادوستد را ندارد، موقوف‌علیهم نمی‌توانند با آن رفتار مالکانه داشته باشند (خوئی، بی‌تا: ج ۵، ص ۱۶۵).

در این پژوهش به وقف بخش دوم یعنی وقف تملیکی پرداخته می‌شود و وقف بخش نخست، یعنی وقف فک ملکی، مانند وقف مسجد، از محل بحث خارج است؛ چون همه هم‌رأی‌اند که چنین وقفی صلاحیت تغییر و نقل و انتقال ندارد. محقق ثانی در این باره فرموده است: «لأن وقف المسجد بمنزلة التحرير للعبد فلا يقبل التغير». (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۹، ص ۸۲)

### ۳-۱. حالات وقف

حالات وقف را می‌توان دو گونه تقسیم نمود:

**نخست:** حالت عادی که در آن تغییر وقف ضروری نیست: نه برای دادوستد آن، نه به منظور تغییر عنوانش، نه به سبب موقعیت مکانی اش، نه به جهت مصرفش و نه به دلیل متولی اش؛

**دوم:** حالت غیرعادی که تغییر آن لازم و ضروری است. برخی از فقیهان بزرگ (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۹۷؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۶۱) مواردی را برای حالت ضروری برشمرده‌اند: از جمله درحال تلف شدن و خراب شدن قرار گیرد یا میان متولیان آن اختلاف ایجاد شود یا مصرف آن در موارد تعیین شده واقف کارایی نداشته باشد یا موقوف‌علیهم به پول آن نیاز شدیدی پیدا کنند. فقیهان این حالت را «مسوغات بیع وقف» نامیده‌اند که خود دارای بحث مفصلی است و به پژوهش جداگانه‌ای نیاز دارد.

حالت نخست، که موضوع این نوشته است، به این مطلب می‌پردازد که تغییر وقف،

بدون اینکه ضرورتی برای آن پدید آید، از نگاه فقه شیعه چگونه است؟ آیا می‌توان موقوفه را از آن صورتی که واقف انشا کرده است، تغییر داد؟ مثلاً می‌توان کاربری‌اش را عوض کرد یا مکانش را تغییر داد یا آن را خرید و فروش کرد و غیره؟

فقیهان بزرگ در این مسئله اتفاق نظر دارند که تغییر آن به هر نحو ممکن جایز نیست (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۶۵۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۵۹۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ج ۳، ص ۳۱۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۲۲، ص ۳۵۷؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۳۳)؛ اما درباره علت جایز نبودن آن اتفاق نظری وجود ندارد. امام خمینی ره نیز به این نکته اشاره نموده است:

«لکن عدم الجواز، هل هو لمنافاة ماهیة الوقف للجواز أو لصحة بیعه، أو لأنّ لازم ماهیة ذلك، أو لا ذا و لا ذاک، بل لأنّ مقتضى الإجماع أو الأدلة الشرعیة ذلك؟» (۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۱۲۱)

در این باره، اقوالی از فقیهان ذکر شده که برگرفته از مبناهای متعددی است. در ادامه، این مبانی بررسی می‌شود.

## ۲. مبانی فقیهان

گرچه در منابع فقهی مبانی تعریف شده‌ای درباره علت جایز نبودن تغییر وقف وجود ندارد، ولی از نحوه استنباط فقیهان به دست می‌آید که اقوالشان برگرفته از یکی از سه مبانی زیر است:

### ۱-۲. بررسی مبانی سه‌گانه

#### ۱-۱-۲. وجود مانع

تغییر وقف به غیر آنچه که واقف انشا کرده باشد، با حقیقت و ماهیت وقف مابینت ندارد و وقف نسبت به آن از این جهت ساکت است. آنچه باعث شده تغییر نکند، وجود مانع است. مانع آن احادیث و ادله شرعی‌ای هستند که از هرگونه تغییر، از جمله

بیع وقف، منع کرده‌اند. اگر چنین ادله‌ای وجود نداشت، حکم به جواز تغییر وقف می‌شد.

شیخ انصاری را از قائلان این گفتار می‌دانند، چون وی برای جایز نبودن بیع وقف، بعد از استناد به اجماع محصل و اجماع منقول، بی‌درنگ به روایات استشهاد نموده و فرموده است: «و لعموم قوله علیه السلام: الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها.» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۳۳)

چند ایراد بر گفتار شیخ انصاری وارد است:

نخست اینکه، وی قبل از استشهاد به روایات، دلیل جایز نبودن تغییر وقف را اجماع می‌داند: هم اجماع محصل و هم اجماع منقول؛ درحالی‌که با وجود ادله معتبری که وی بعد از آن نقل می‌کند، مجالی برای اجماع، که دلیلی تعبدی است، وجود ندارد.

دوم اینکه، وقف مانند روزه و نماز نیست، که دارای حقیقت شرعیه‌اند و شارع مقدس اسلام آنها را پدید آورده است، تا به استشهاد به روایات معصومان علیهم السلام نیاز باشد. وقف، مانند بیع، پیمانی بشری است که از گذشته میان انسان‌ها بوده و عقلای عالم آن را به رسمیت شناخته و به آن پایبند بوده‌اند. بلی، اسلام در آن تصرف کرده و به آن رنگ عبادی داده و به شرط قصد قربت، آن را صدقه جاریه برشمرده و تا زمانی که به همان قصد واقف باقی باشد، واقف را بهره‌مند از پاداش الهی وقف می‌داند.

سوم اینکه، روایاتی که وی به آنها استشهاد نموده، دلالت‌شان آن گونه نیست که وی از آنها استظهار کرده است. به همین جهت یکی از حاشیه‌نویسان کتاب مکاسب، در نقد به استدلال روایت نخست شیخ انصاری فرمود:

«أقول فی دلالتہ علی المنع تأمل، لأنّ الظاهر ورودها مورد بیان حکم آخر و هو إمضاء ما یعتبره الواقف فی الوقف حین الإنشاء من کیفیات والشروط و تعیین الجهات فی الموقوف علیہ عموماً و خصوصاً و مصرفاً

إلی غیر ذلک من الخصوصیّات و لیس وارداً فی مقام المنع عن البیع و نحوه.)) (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ق: ج ۲، ص ۳۴۶)

برفرض، دلالت روایات به همان مفهومی باشد که ایشان اراده نموده است؛ ولی مفید تأسیس قاعده کلیه‌ای برای جایز نبودن تغییر وقف نیست؛ زیرا رابطه وقف و صدقه، عموم و خصوص من وجه است. از این رو، همان گونه که امام خمینی رحمته الله فرمود، اثبات جایز نبودن بیع وقف به این دسته از روایات مشکل است:

«فلا یمکن إثبات عدم جواز بیع الوقوف مطلقاً بتلک الروایات لو فرض أنّها دالّة علی المطلوب، و احتمال إلغاء الخصویّة غیر مسموع؛ فإنّ للصدقات خصوصیات لیست لغيرها، و لعلّ الوقوف إذا كانت من قبیل الصدقات، لا یجوز بیعها و نقلها.» (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۱۴۷)

بی گمان، این مبنا قابل دفاع نیست؛ چون لازمه اش آن است که گفته شود وقف دارای حقیقت شرعیه است و شرع مقدس اسلام آن را تشریح و تأسیس نموده است؛ درحالی که وقف پیش از اسلام وجود داشته و بعد از ظهور اسلام نیز هست. همان گونه میان مسلمانان رواج دارد که در بین غیرمسلمانان رایج است و منحصر در اسلام نیست تا دارای حقیقت شرعیه باشد.

وقف، همانند بیع و نکاح، پیمانی بشری و فرادینی است که در میان تمام ملت‌ها و گرایش‌های جهان از گذشته‌های دور تا زمان ما معتبر بوده و بعد از ما نیز معتبر باقی خواهد ماند.

## ۲-۱-۲. عدم اقتضا

حقیقت و ماهیت وقف به گونه‌ای است که اقتضای هیچ گونه تغییر و تحول را ندارد. ماهیت وقف با تغییر آن به غیر آنچه که واقف انشا کرده بود، ماینت دارد. بسیاری از فقیهان، از جمله کاشف الغطاء و صاحب جواهر از قائلان این گفتارند.



به اعتقاد این دو، واقف با وقف خود، ابدی و دائمی بودن حبس عین و اطلاق منفعت را اراده کرده است. بدین جهت ابدیت حبس عین در اصل وقف نهفته است و از مقتضیات و مقومات وقف به شمار می‌آید. بنابراین، اگر وقف در معرض تغییر قرار گیرد، با قصد و نیت واقف تضاد و تباین پیدا خواهد کرد.

به عبارت دیگر، نفی تغییر اعیان موقوفه، ابتدائاً و بالذات در خود وقف اخذ گردیده است؛ به‌ویژه با لحاظ نمودن تعلق حق أعقاب لاحق در آن وقف. بدین جهت، تغییر وقف به هر شکل ممکن، با ماهیت آن سازگاری ندارد و موجب ابطالش خواهد گردید.

کاشف‌الغطاء در این خصوص فرموده است: «و لمنافاة النقل لحقیقة الوقف، المتلقى عن الشرع لأخذ الدوام فيه، و كونه حبساً للعین المنافی لتقلها...» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق: ص ۴۴).

به‌باور صاحب جواهر نیز واقف با وقف خود قصد جاودانه‌سازی حبس عین و اطلاق منفعت را نموده است. بدین جهت چنین وقفی صدقه جاریه محسوب می‌گردد که در شرع مقدس ترغیب به آن شده و در روایات آمده که یکی از اعمالی است که بعد از مرگ انسان نیز از اعمال وی محسوب شده و ثواب آن به او می‌رسد. ایشان همچنین درباره فصل مقوم بودن آن فرموده است:

«بل الظاهر أن التأييد المزبور من مقتضيات الوقف و مقوماته، كما أن نفی المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً، خصوصاً بعد ملاحظة تعلق حق الأعقاب به، بل يمكن دعوى ضرورة ذلك من أعوام المتشركة، فضلا عن علمائهم.» (صاحب جواهر، بی‌تا: ج ۲۲، ص ۳۵۸)

مراد وی از احادیث مربوط به قطع نشدن عمل انسان بعد از موت، احادیث فراوانی، از جمله این حدیث نبوی ﷺ است:

«إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا عَنْ ثَلَاثٍ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ وَ عَلِيمٍ

يُنْتَفَعُ بِهِ وَ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ.» (نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۲، ص ۲۳۰، حدیث ۶، باب

استحباب اقامة السنن الحسنه، كتاب الامر بالمعروف و النهی عن المنکر)

پیش از آن دو، از عالمان پیشین، شهید اول به عنوان یکی از احتمالات در مسئله به آن اشاره نموده است: «و یحتمل عدم الجواز إذ هو مناف لمقتضاه» (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۴۵۳)؛ ولی بسیاری از عالمان متأخر، از جمله محقق نائینی، از قائلان آن به شمار می آیند (نائینی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۳۷۶).

آخوند خراسانی نیز نظرش همانند کاشف الغطاء و صاحب جواهر است. او معتقد است جواز تغییر وقف با مفهوم حبس (که قوام وقف به آن است یا از لوازم آن است) منافات دارد: «انّ جواز البیع، ینافی الحبس الذی یکون به قوامه، أو یکون من لوازمه و خاصیتّه علی وجه و قول.» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ص ۱۰۸)

سیدمحمد کاظم یزدی نیز در تکملة عروه الوثقی به این مطلب تصریح نموده است: «بل عدم جواز البیع و سائر النواقل و ما فی معرض النقل کالرهن داخل فی حقیقتّه، إذ هو تحبیس الأصل و تسبیل المنفعة.» (یزدی، بی تا: ج ۱، ص ۲۵۲)

آقارضا همدانی نیز به همین معنا اشاره نموده است: «أنّ الدوام ما دام الوصف، و کذا عدم جواز النقل و التّغیّر قد إعتبر فی ماهیة ما أنشأه الواقف.» (همدانی، ۱۴۲۰ق: ص ۳۵۴)

آیت الله مظفر نیز در این باره فرموده است: «فلذلک لا یجوز بیع الوقف إلا بإذن من الشارع، لأن جواز البیع مناف لحقیقة الوقف المنشأ الذی أمضاه الشارع.» (مظفر، بی تا: ج ۱، ص ۱۸۰)

به هر روی، این گفتار قائلان فراوانی دارد. به سبب خودداری از طولانی شدن بحث، از نقل همه آنها چشم پوشی شده است.

## ۲-۱-۳. خروج از ملک

هرگاه متاعی وقف شود، از ملکیت افراد بیرون می‌آید: نه در ملک واقف می‌ماند و نه در ملک موقوف‌علیهم قرار می‌گیرد. به این معنا، عین موقوفه از ملکیت رها و آزاد می‌گردد. به این حالت اصطلاحاً «فکّ ملک» گفته می‌شود، مانند تحریر رقبه، که بعد از آن کسی بر آن ملکیت ندارد. این در حالی است که اگر متاعی بخواهد در معرض تغییر قرار گیرد، باید ملکیت داشته باشد تا مالک آن یا کسی که از جانب وی مأذون است، بتواند در آن تغییر و تحول (مثلاً بیع) ایجاد کند؛ وگرنه تصرف وی غاصبانه خواهد بود. در نصوص معصومان علیهم‌السلام نیز به این موضوع اشاره شده است. برای نمونه، امام حسن عسکری علیه‌السلام فرموده‌اند: «لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَا يَمْلِكُ وَقَدْ وَجَبَ الشَّرَاءُ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ» (نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۳، ص ۲۳۰، حدیث ۴، باب ۱ از ابواب «عقد البیع و شروطه»). بنابراین، کسی می‌تواند در وقف تغییر ایجاد کند که مالک آن باشد و فرض بر آن است که وقف بعد از انشای واقف از ملکیت خارج می‌گردد و دیگر مالکی ندارد.

از میان عالمان متأخر، آیت‌الله محقق داماد به مناسبت بیان احکام وقف به این قول اشاره‌ای نموده ولی شرح و بسطی به آن نداده است: نه به قائل آن اشاره‌ای کرده است و نه به دلیل آن. وی به‌طور گذرا فرموده است: «من غیر فرق بین القول بأنّ الوقف فکّ ملک مطلقاً، أو فی بعض الموارد.» (محقق داماد، ۱۴۱۸ق: ص ۳۸۱)

اما شاگرد ایشان، امام خمینی رحمته‌الله، این سخن را بیان کرده و قول مختار خود قرار داده است:

«و یمكن الإستدلال علیه: بَعْدَم كونه مملوكاً؛ لا للواقف، و لا للموقوف  
علیه، بل هو تحریر و فکّ ملک، فلا یصحّ بیعه؛ فإنّه لا یبیع إلا فی  
ملك» (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۱۲۷).

وی در تحلیل نهایی، افزون بر تنافی وقف با ملک بودن آن، دو مورد دیگر را نیز علت جایز نبودن تغییر وقف دانسته و فرموده است:

«بل للإجماع، بل الظاهر كونه ضرورياً عند المتشعبة، بل التنافی بین  
كون الشيء وقفاً، و كونه ملكاً للواقف، كأنه ضروری عند العوام، فضلاً  
عن الخواص.» (همان، ص ۱۲۸)

با وجود این، مبنای اصلی وی در وقف، فک ملک به طور مطلق است. بدین جهت  
معظم‌له معتقد است اقسامی که برای وقف در کلام فقیهان ذکر شده، مانند وقف مؤبد  
و وقف منقطع یا وقف عام و وقف خاص و وقف بر جهت، اقسام وقف نیستند؛ بلکه  
متعلق وقف و اقسام موقوف‌اند (همان، ص ۱۲۴).

اما این نظر، افزون بر آنکه شاذ است، با مسوغات تغییر وقف سازگاری ندارد؛ چون  
غالب فقیهان بزرگ در تغییر وقفی که در حال تلف است یا متولیان آن با یکدیگر  
اختلاف دارند یا می‌خواهند آن را تبدیل به احسن کنند یا در معرض جاده و طرح‌های  
عمرانی شهری و امثال آن قرار گرفته باشد، حکم به جواز می‌نمایند. بنابر نظر وی که  
می‌فرماید متاع باید ملکیت داشته باشد تا در معرض خرید و فروش قرار گیرد، چگونه  
موارد ذکر شده را می‌توان تغییر داد؟ متاعی در معرض تغییر قرار می‌گیرد که تغییردهنده  
حق تصرف مالکانه در آن داشته باشد. در غیر این صورت، تصرف وی غاصبانه خواهد  
بود. مثلاً چیزی خرید و فروش می‌شود که مالیت داشته باشد؛ چون در تعریف بیع گفته  
شده: «مبادلة مال بمال» (عبدالرحمن، ۱۴۱۹ق: ج ۱، ص ۳۹۹)؛ افزون بر آن، باید قابلیت  
ملکیت را نیز دارا باشد: همان‌گونه که در کلام ایشان نیز به آن اشاره شده بود.

پس معلوم می‌شود که همه وقف‌ها فک ملک نیستند؛ بلکه وقف بر دو قسم  
است: قسمی فک ملک است، مثل مسجد، و قسمی دیگر حبس ملک است، مثل  
وقف رقبات و اوقاف خاصه. قسم نخست، چون فک ملک است، بنابر نظر وی  
تغییرپذیر نیست؛ اما چرا تغییر قسم دوم، که حبس ملک است نه فک ملک، جایز  
نباشد؟

امام خمینی علیه السلام به اشکال تعریف بیع چنین پاسخ داد که معلوم نیست تعریف بیع به

«مبادله مال بمال» صحیح باشد؛ چون برخی از معاملات وجود دارند که یک طرفشان (مثن یا ثمن) مال است و طرف دیگر مال نیست؛ بلکه کلی فی الذمه است، مانند بیع سلف و بیع نسیه. در اولی ثمن وجود دارد ولی مثن موجود نیست. در دومی، بالعکس، مثن موجود است ولی ثمنی وجود ندارد تا مال باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۱۳۶).

این دفاع معظم له ناتمام است، چون کلی فروشی منافاتی با تعریف بیع به «مبادله مال بمال» ندارد؛ زیرا نزد عقلای عالم کلی ای که به ذمه می آید، مال است. کسی که نسیه می خرد، ثمن را به عنوان دین می پذیرد که باید بعدها به فروشنده بدهد. آیا دین مال نیست؟ عقلای عالم دین را مال می دانند: چه دین در طرف ثمن باشد (مثل نسیه) و چه در طرف مثن (مثل سلف).

## ۲-۲. آثار فقهی اختلاف مبنا

در میان اختلاف مبناهای ذکرشده چند اثر فقهی بروز و ظهور می کند. در اینجا به دو اثر اشاره می شود:

الف. برپایه مبناى نخست، «لا تُباع و لا تُورث» را در حقیقتِ وقف مأخوذ نمی دانند؛ بلکه می گویند جایز نبودن تغییر وقف (از جمله بیع آن) حکمی شرعی است که مترتب بر وقف است. در این صورت، وقف از نظر شرعی احکامی دارد: یکی از احکام آن این است که تغییر وقف (از جمله خرید و فروش) جایز نیست. اگر کسی در متن عقد وقف، شرط نقل و انتقال کند، این شرط خلاف شرع و فاسد است؛ چون مخالف با حکمی از احکام فقهی است، نه مخالف با مقتضای عقد وقف.

اما بنابر مبناى دوم (که «لا تُباع و لا تُورث» را در حقیقتِ وقف مأخوذ می دانند)، اگر کسی در وقف شرط نقل و انتقال کند، چنین شرطی فاسد است، چون مخالف با مقتضای عقد است؛ البته، اگر وقف را جزء عقود بدانیم؛ کما اینکه بیشتر فقیهان آن را جزء عقود دانسته اند. مشابه این مسئله در بیع فراوان است: مثلاً بایع و مشتری در عقد

بیع شرط کنند که مشتری در مبیع تصرف نکند و یا آن را به کسی نفروشد و مانند آن. این گونه شروط یا مخالف با حکم شرع است یا مخالف با مقتضای عقد. در هر صورت، این شرط فاسد است.

همچنین، ممکن است در بیع شرط کنند که خیار نداشته باشد. با در نظر گرفتن اینکه شارع مقدس آورده است: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا وَ صَاحِبُ الْخِيَارِ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٍ» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۱۷۰، حدیث ۴، باب «الشرط و الخیار فی البیع»)، این شرط فاسد است؛ چون مخالف با حکم فقهی است. بلی، ممکن است شرط این چنین باشد که بیع خیار داشته باشد ولی چون خیار قابل اسقاط است، دارنده آن، حق خود را اسقاط کند. این اشکالی ندارد، چون سقوط بعد الثبوت است و خلاف شرع نیست.

در هر صورت، از جهت عملی شاید ثمره‌ای میان دو مبنای مزبور از این جهت وجود نداشته باشد، ولی بی‌تردید از جهت علمی ثمره دارد.

بنا بر مبنای سوم (ملک نبودن وقف) نیز اگر کسی در هنگام انشای صیغه وقف، شرط نقل و انتقال کند (مثلاً بگوید این مغازه را وقف مسجد نمودم، به شرط آنکه دو سال بعد آن را بفروشید و پولش را صرف مسجد نمایید)، این وقف صحیح نیست؛ زیرا فروش موقوفه با فک ملک بودن آن تعارض دارد. عین وقتی وقف شود، از ملکیت بیرون می‌رود و فروش بعدی مستلزم آن است که ملک باشد؛ درحالی که فرض بر آن است که وقف ملک نیست.

ب. از جهت حکم تکلیفی و وضعی است. بنا بر مبنای نخست (دلیل شرعی، تغییر وقف را جایز نشمرده)، محور اصلی حکم تکلیفی خواهد بود: همانند حکم حرمت بیع خمر و خنزیر که عامل آن ضامن مالی است که اخذ کرده و مرتکب حرام و گناه هم گردیده است. اگر حکم وضعی آنها نیز بررسی گردد، طبعاً تبعی خواهد بود.

اما بنا بر مبنای دوم، فقط حکم وضعی وقف استنباط می‌گردد؛ یعنی وقتی گفته شد تغییر وقف جایز نیست، نتیجه گرفته می‌شود که اگر معامله‌ای روی آن صورت

گیرد، باطل است. اما آیا متعاملین، از جهت تکلیفی، مرتکب کار حرامی شده و مستحق کیفرند یا نه؟ از مبنای دوم چیزی در این باره به دست نمی‌آید و اثبات هریک از آن دو به دلیل دیگری نیاز دارد. بدین جهت، محور اصلی تغییر وقف، بنابر این مبنا، حکم وضعی است و اگر به حکم تکلیفی نیز پرداخته شود، طبعاً تبعی خواهد بود.

تفاوت این دو مبنا در تغییر وقف، همانند بحث عقد ازدواج باطل در دو صورت احرام و غیر احرام است: به این معنا که اگر کسی که مُحرِم نیست، بدون رضایت هریک از طرفین عقد ازدواج آن زن و مرد را بخواند و بعد از آن کشف گردد که هر دو یا یکی از آن دو راضی نبوده‌اند، حکم وضعی اش بطلان این عقد است و آثاری بر این عقد مترتب نمی‌گردد. ولی اینکه آیا عاقد از جهت تکلیفی مرتکب معصیت شده یا نه، بحثی تبعی است. همچنین، اگر شخص در حال احرام، عقد ازدواج دیگری را بخواند، چه طرفین راضی باشند و چه نباشند، حکم تکلیفی اش آن است که شخص مرتکب معصیت و کار حرام شده است؛ اما اینکه آیا عقد از جهت وضعی صحیح است یا باطل، بحثی تبعی خواهد بود.

همچنین، بنابر مبنای سوم (ملک نبودن وقف)، با شرط واقف اصلاً وقف شکل نمی‌گیرد تا بحث حکم تکلیفی یا وضعی پیش آید.

### ۳. قول برگزیده

#### ۱-۳. درستی مبنای دوم

از میان سه مبنای گفته شده در مسئله، مبنای دوم صحیح، پذیرفتنی و قابل دفاع است؛ برطبق این مبنا، هرگونه تغییر در موقوفه با ماهیت وقف تنافی و تضاد دارد. دو مبنای دیگر با اشکالاتی به شرح زیر روبه‌رویند:

#### ۱-۱-۳. اشکال مبنای نخست

نخست اینکه، همان‌گونه که محقق نائینی فرمود، اگر پدیده‌ای (که هم فاقد مقتضی

است و هم دارای مانع) بخواهد تحلیل شود، به وجود نیامدنش باید به فقدان اقتضا مستند شود، نه به وجود مانع (نائینی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۳۷۶). مثلاً باد در شبی طوفانی چراغ‌های خانه‌ای را خاموش می‌کند و نمی‌گذارد چراغی روشن بماند. در آنجا اگر چراغی باشد که فتیله یا نفت ندارد، آیا باید خاموشی این چراغ را به باد و طوفان استناد داد، که مانع اشتعال است، یا به فقدان فتیله و نفت؟ بی‌تردید، در چنین جایی باید به اسبق اجزای علل استناد داد: یعنی علت خاموشی چراغ را به نداشتن فتیله یا نداشتن نفت استناد داد، نه وزیدن باد و طوفان؛ زیرا اگر باد هم نمی‌وزید، این چراغ روشن نمی‌شد؛ چون مقتضی ندارد. مقتضی در رتبه متقدم و مانع در رتبه متأخر است. بلی، اگر چراغ فتیله و نفت داشت و امکان روشن کردنش هم بود ولی باد و طوفان آن را خاموش می‌کرد، می‌شد گفت که وجود مانع علت خاموشی است. زمینی که وقف می‌شود نیز همین حکم را دارد. علت جایز نبودن تغییرش آن است که با وقف شدن، از طاقیت می‌افتد و بعد از آن، موقوف‌علیهم اجازه تصرف مالکانه ندارند. آنان فقط حق استفاده از منافع آن را دارند، نه تصرفات دیگر. بدین جهت، صلاحیت تغییر از موقوفه سلب می‌شود و دیگر واجد شرایط نقل و انتقال نیست. نه اینکه وقف الآن مانع شده باشد؛ بلکه قبل از آنکه سخن از بیع و امثال بیع باشد، آن را به بند کشیده بوده است.

دوم اینکه، افزون بر اقوال فقیهان، شواهد تاریخی و روایی نیز گویاست: از جمله روایت ربیع بن عبد الله از امام جعفر صادق علیه السلام، که معروف به وقف‌نامه امام علی بن ابی طالب علیه السلام است. امیر مؤمنان علیه السلام در فرازی از این وقف‌نامه فرموده‌اند:

«هَذَا مَا تَصَدَّقَ بِهِ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَهُوَ حَيٌّ سَوِيٌّ تَصَدَّقَ بِدَارِهِ النَّبِيِّ فِي بَنِي زُرَيْقٍ صَدَقَةً لَا تَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَلَا تُورَثُ حَتَّى يَرْتَهَا اللَّهُ الَّذِي يَرِثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ.» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۲۴۸، حدیث ۵۵۸۸)

این روایت، گرچه از جهت سند اعتبار چندانی ندارد، ولی مؤید روایات صحیح‌های است که در این باره وجود دارد. از نظر دلالت نیز، همان‌گونه که بسیاری از فقیهان (از



جمله شیخ انصاری) فرموده‌اند، جمله «صدقه لا تباع و لا توهب» در این وقف‌نامه ظهور در نوع صدقه دارد، نه شخص آن (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۳۴). یعنی نوع چنین صدقاتی ماهیتاً به گونه‌ای است که نه خرید و فروش می‌شود، نه هبه و بخشیده می‌گردد و نه به ارث برده می‌شود. نه تنها این صدقه مورد نظر (یعنی وقف‌نامه حضرت ﷺ) این چنین است، بلکه هر وقفی که صدقه محسوب شود، ماهیت آن لا تباع و لا توهب است.

در روایت دیگر، امام جعفر صادق ﷺ در بخشی از یک حدیث مربوط به وقف فرموده‌اند:

«هِيَ صَدَقَةٌ بَتَّةً بَتَلًا فِي حَجِيجِ بَيْتِ اللَّهِ وَ غَابِرِي سَبِيلِ اللَّهِ، لَا تَبَاعُ وَ لَا تُوهَبُ وَ لَا تُورَثُ، فَمَنْ بَاعَهَا أَوْ وَهَبَهَا فَعَلَيْهِ، لَعْنَةُ اللَّهِ وَ الْمَلَائِكَةِ وَ النَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنْهُ صَرْفًا وَ لَا عَدْلًا.» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۱۳، ص ۴۶۱، حدیث ۹، باب ۳۵ از کتاب «الوصایا»)

این روایت که معروف به «صحيحه حذا» است، از جهت سند معتبر است و اشکالی بر آن نیست. از جهت دلالت، جمله «لا تباع و لا توهب و لا تورث» صراحت دارد که وقف این چنین است: نه فروخته می‌شود، نه بخشیده می‌شود و نه به ارث برده می‌شود. باید در همان جهتی که واقف تعیین نموده، مصرف شود و تغییر و تبدیلی در آن به وجود نیاید. اگر کسی تغییری در آن به وجود آورد، خدا، فرشتگان و مردم او را نفرین خواهند کرد.

بنابر این مبنا، از نظر فقه، صدقه که جنس محسوب می‌گردد، به دو فصل مقوم تقسیم می‌شود: صدقه‌ای که لا تباع و لا تورث است (وقف) و صدقه‌ای که قابل خرید و فروش و ارث بردن است و آن صدقات متعارفی است که مردم به صندوق صدقات یا به افراد می‌دهند.



۳-۱-۲. اشکال مبنای سوم

در روایت نبوی ﷺ درباره وقف چنین آمده است: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَ سَبَّلَ الثَّمَرَ» (نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۴، ص ۴۷، حدیث ۱، باب ۲، کتاب «الوقوف و الصدقات»). ایشان در حدیث دیگری فرموده‌اند: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهُ وَ سَبَّلْتَ ثَمَرَتَهَا» (همان، حدیث ۲). از این روایات دانسته می‌شود که همه وقف‌ها فک ملک نیستند؛ بلکه برخی از آنها حبس ملک و تسبیل ثمره هستند. بدین جهت نمی‌توان گفت علت جایز نبودن تغییر همه وقف‌ها ملک نبودن آنهاست؛ بلکه ماهیت همه وقف‌ها به گونه‌ای است که تغییر و تحول نمی‌پذیرند. با وجود این، برخی از آنها به سبب اقتضای ضرورت، از وقفیت بیرون رفته و تغییر و تحول‌شان جایز می‌گردد؛ ولی برخی دیگر، مانند وقف مشاعر مشرفه مکه و مساجد، هیچ‌گاه از حالتشان بیرون نمی‌روند و هیچ ضرورتی وقفیت آنها را باطل نمی‌کند. بدین جهت نمی‌توان گفت که علت جایز نبودن بیع مسجد آن است که ملک نیست؛ چون اگر ملک هم بود، باز هم دلیلی برای جوازش وجود نداشت.

۳-۲. نادرستی اشکال بر مبنای دوم

برخی از فقیهان (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۳، ص ۷۴؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق: ج ۳، ص ۱۲۲) به مبنای دوم، که برگرفته از دیدگاه کاشف‌الغطاء و صاحب جواهر است، بدین گونه اشکال نموده‌اند: اگر گفته شود وقف ذاتاً با هرگونه تغییر مابینت دارد و ممنوعیت تغییر در حقیقت آن نهفته است، پرسیده می‌شود که منع تغییر را چه کسی به وجود آورده است؟ آیا واقف با وقف خود موجب منع تغییر آن شده یا منع آن به دست شارع است و شارع با وقف واقف، آن را از هرگونه تغییر منع نموده است؟ طبعاً صورت سوم وجود ندارد.

اگر منع آن، منع مالکی باشد، دو اشکال بر آن وارد است: نخست اینکه، منع مالک متوقف بر قبول نیست؛ درحالی که خودتان گفته‌اید که وقف عقد است و به قبول نیاز دارد. دوم آنکه، مالک تا زمانی که مالک است، می‌تواند منع کند، ولی وقتی عین

را وقف کرد، از ملکش خارج می‌شود. در این صورت، دیگر مالک نیست تا بخواهد مانع شود. بنابراین، منع آن نمی‌تواند منع مالکی باشد.

اما اگر منع آن، منع شرعی باشد، باز دو حالت برایش متصور است: یکی منع تکلیفی و دیگری منع وضعی. اگر منع تکلیفی باشد، گرچه منع تکلیفی اعتباری و مجعول شارع است، ولی از اعتبارات جزاف و محضه نیست، بلکه از اعتبارات نفس‌الامری است که از مبادی خودش در نفس مولی منبعث می‌گردد و در واقع، از پشتوانه مصالح و مفاسد عقلی بهره‌مند است. بدین جهت تا آن مبادی به وجود نیایند، چنین اعتبار و منعی از شارع به وجود نخواهد آمد. اگر هم منع وضعی باشد، معنایش آن است که سبب در مسبب انفاذی نداشته باشد؛ یعنی اگر مثلاً وقف به فروش برسد، فروش آن ترتیب‌آوری نخواهد داشت. نفوذ و عدم نفوذ، مجعول شرعی نیستند؛ بلکه از ترتب اعتبار شارع بر اسباب‌شان انتزاع می‌گردند، مثل مالکیت و زوجیت که داعی به اعتبار و عدم اعتبارند. پس تسبب برای ایجاد منع شرعی به سبب معاملی عقدی یا ایقاعی معنا و مفهومی ندارد.

با وجود این، بی‌گمان، اشکالاتی که بر کلام آن دو شده، ناروا و ناصواب است؛ زیرا، نخست، مراد آنان از منع، منع مالکی است، نه منع شرعی؛ پس اشکالات منع شرعی بر آنان وارد نیست. از این رو منعش مالکی است که مالک با اراده و طیب نفس خود مالش را وقف کرده است؛ یعنی آن را بسته و از این طریق مانع تغییر آن شده است. پس نقش واقف، منع مالکی است. شاهد بر آن، نظر شارع مقدس است که درباره وقف فرموده است: «حَبْسِ الْأَصْلِ وَ سَبْلِ الثَّمَرَةِ» (نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۴، ص ۴۷، حدیث ۴، باب ۲ از کتاب «الوقوف و الصدقات»). فقیهان نیز از آن به «تحبیس الأصل و تسبیل الثمرة» تعبیر کرده‌اند.

اما پاسخ اشکالات آنان درباره منع مالکی آن است که منع مالک در ظرف مالکیت وی محقق شده، نه بعد از آن که از ملکش خارج شده باشد. واقف همان زمان که مالک

بوده، چنین ممنوعیتی را به وجود آورده است. بدین جهت منع مالکی صدق می‌کند.

منع مالکی واقف در وقف، همانند شرط ضمن عقد بیع است؛ به این معنا اگر مالک شرط کند که مشتری حق هرگونه تصرفی در مبیع داشته باشد، مگر آن که مثلاً آن را به رقیب مالک نفروشد و مشتری قبول کند و با آن شرط بخرد. چنین معنی که به عنوان شرط ضمن عقد آمده، منع مالکی است. پس مالک در زمان مالکیت خود بر ملک می‌تواند مانع ایجاد نماید. بنابراین، بر منع مالکی از این جهت اشکال و ایرادی وارد نیست.

افزون بر این، شیخ انصاری نیز به قول کاشف الغطاء و صاحب جواهر اشکال نموده و فرموده است: اگر منظور آن دو این است که با تغییر عین موقوفه، وقف منتفی می‌گردد، به جهت اینکه منع از تغییر، از مقومات مفهوم وقف است، این گفتار از سویی خلاف اجماع است؛ زیرا هیچ‌یک از کسانی که تغییر وقف را در برخی موارد جایز دانسته‌اند، نگفته‌اند که با تغییر آن، وقف باطل می‌گردد و عین موقوفه از ملک موقوفه‌علیهم خارج و در ملک واقف داخل می‌شود. از سوی دیگر، منع از تغییر، مأخوذ در مفهوم وقف نیست؛ بلکه در غیر وقف مسجد و مانند آن نوعی از تملیک است و به خاطر همین، واژه «صدقه» بر آن اطلاق می‌گردد. موقوفه‌علیهم مالکان وقف‌اند که دارای بطون لاحق هستند. اگر یک طبقه از آنان به خاطر ضرورتی (در حال تلف بودن یا ایجاد شدن اختلاف میان متولیان و امثال آن) تغییر وقف را اجازه داده و آن را تبدیل به احسن نمایند، آنان مالک بر آن مال می‌مانند. همچنین، اگر ضرورت تغییر برطرف شده یا به حال خود باقی است ولی موقوفه تغییر داده نشده باشد، وقفیت آن و تملیک موقوفه‌علیهم بر آن باقی است. این گونه نیست که با جواز تغییر (نه خود تغییر) وقف باطل گردد (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۳۷).

پاسخ به اشکال شیخ انصاری آن است که در یک مظلوف، هم وقف و هم تغییر جمع نخواهند شد. هرکدام ظرفیت ویژه خود را دارند. به این معنا تا زمانی که یک عین

موقوفه است، امکان تغییر آن منتفی است. اگر در آن تغییر صورت پذیرد، دیگر وقف نیست. بنابراین، در جایی که تغییر عین موقوفه و تبدیل شدن آن به احسن ضرورت یابد، راه حلش آن است که عین در یک لحظه کوتاه و به قول فقیهان «اناً ما» از وقفیت بیرون برود؛ وقتی از وقفیت بیرون رفت، امکان تغییر آن فراهم می‌شود.

بنابراین، ابدی و دائمی بودن قصد واقف در وقف، با بیع آن در مواقع ضروری منافاتی ندارد؛ زیرا معنای ابدی بودن آن است که برای وقف آمد و زمانی در نظر گرفته نشده و این شیء، لو خُلّی و طَبَعه، برای همیشه در آن منظور باقی می‌ماند. اما اگر ضرورت اقتضا نماید که در معرض تغییر قرار گیرد، منافاتی با قصد واقف نخواهد داشت. مثلاً اگر کسی منزلی را اجاره یا عاریه دهد یا به ودیعه بگذارد، چنین مواردی منقطع‌الآخرند؛ ولی اگر آن منزل را بفروشد یا از کسی بخرد، این فروش و خرید منقطع‌الآخر نیست، بلکه دائمی است و تأیید در آن لحاظ شده است. با وجود این، آیا معنای این گفته آن است که از این به بعد آن منزل قابل خریدوفروش نیست؟ مطمئناً این چنین نیست؛ بلکه لو خُلّی و طَبَعه این چنین است. اما اگر موردی پیش آید، قابلیت خریدوفروش را هم دارد.

مثال روشن‌تر، مسئله نکاح است. نکاح بر دو قسم است: نکاح دائم و نکاح موقت. نکاح دائم ابدی است و نکاح موقت منقطع‌الآخر؛ اما ابدی بودن نکاح دائم به این معناست که اگر دلیلی برای انقطاع آن پیش نیاید، همین‌طور ادامه پیدا می‌کند و آمد و زمانی برای پایانش نیست. اما گاهی مسئله طلاق پیش می‌آید و لاجرم زن و مرد از هم جدا می‌شوند. آیا بحث طلاق با ابدیت و دائمی بودن نکاح ناسازگاری دارد؟

پس وقف از این جهت، مثل بیع و نکاح دائم است؛ یعنی زمانی برای پایانش در نظر گرفته نمی‌شود و اگر مشکلی برای آن به وجود نیاید، همچنان ادامه پیدا می‌کند. این معنا با ناچار شدن در مواردی که تغییر صورت می‌گیرد، ناسازگاری ندارد. بدین جهت اشکالی بر دائمی بودن منع تغییر وقف وارد نیست.

## نتیجه‌گیری

گرچه وقف از جهتی به دو بخش فکّ ملکی و وقف تملیکی تقسیم می‌گردد، علت جایز نبودن تغییر آن (به هر نحو ممکن) بدان جهت نیست که فاقد مالیت یا ملکیت است؛ بلکه ماهیت و حقیقت وقف به گونه‌ای است که با تغییر و تحول مابینت دارد و با وقف واقف، صلاحیت و قابلیت تغییر و تحول از آن سلب می‌گردد. در یک مظهر و امکان جمع شدن وقف و تغییر آن ممکن نیست. اگر پدیده‌ای وقف باشد، تغییرش (از جمله خریدوفروش) ممکن نیست و اگر خریدوفروش جایز گردد، دیگر وقف نام ندارد. بلی، اگر در جایی ضرورت اقتضای تغییر کند (مثلاً در حال خراب شدن قرار گیرد یا کاربری آن منتفی گردد)، در غیر مساجد و مشاعر، به‌خاطر دلیل خاص نقلی و عقلی تغییرش جایز می‌گردد؛ ولی از وقفیت خارج می‌شود. باوجود این، مشاعر و مساجد همیشه بر وقفیت خود باقی بوده و هیچ دلیل نقلی و عقلی برای تغییر آنها وجود ندارد.

بنابراین، اینکه شارع مانع تغییر وقف گردیده و اگر حکم شارع نبود، حکم به جواز تغییر وقف می‌شد، با ارتکاز عقلای عالم از وقف سازگاری ندارد. وانگهی، وقف دارای حقیقت شرعیه یا حقیقت متشرعه نیست تا تابع حکم شرع باشد؛ بلکه پیمانی بشری، همانند بیع و ازدواج است که در تمام ملیت‌ها و گرایش‌های جهان رواج دارد و همه از آن یک مفهوم و معنا برداشت می‌کنند.

اما گفته شده که وقف به‌طور مطلق فکّ ملک است و علت جایز نبودن بیعش آن است که ملک نیست تا قابل خریدوفروش باشد. باوجود این، نخست آنکه، همه وقف‌ها به یک گونه نیستند: برخی فکّ ملکی‌اند و برخی تملیکی. روایاتی هم وجود دارد که وقف تملیکی را ثابت می‌کند؛ دوم آنکه، بر فرض که عدم ملکیت موجب جایز نبودن بیع وقف گردد؛ این تنها برای خریدوفروش موقوفه کافی است، ولی برای تغییر و تحول در حالات دیگر وقف (مانند تغییر کاربری یا تغییر موقعیت) دلیل قانع‌کننده‌ای نیست.

## کتابنامه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶ق)، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نخست.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب (ط - الحدیثة)، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ نخست.
۳. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۴. خمینی (امام)، سیدروح الله موسوی (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته، چاپ نخست.
۵. \_\_\_\_\_ (بی تا)، تحریر الوسيلة، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ نخست.
۶. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (بی تا)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی جا، بی نا.
۷. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ق)، هداية الطالب إلى أسرار المکاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، چاپ نخست.
۸. شهید اول (محمد بن مکی عاملی) (۱۴۱۴ق)، غاية المراد فی شرح نکت الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۹. شیخ صدوق (محمد بن علی بن بابویه) (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۱۰. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۴۰۰ق)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتاب العربی، چاپ دوم.
۱۱. شیخ مفید (محمد بن محمد بن نعمان) (۱۴۱۳ق)، المقنعة، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ نخست.
۱۲. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.

۱۳. عبدالرحمان، محمود (۱۴۱۹ق)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، قاهره، بی نا.
۱۴. علامه حلی (حسن بن یوسف اسدی) (بی تا)، تذکره الفقهاء (ط - القديمة)، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، چاپ نخست.
۱۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۱۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۰ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۱۷. غروی اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب مکاسب (ط - الحديثة)، قم، أنوار الهدی، چاپ نخست.
۱۸. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر نجفی (۱۴۲۲ق)، أنوار الفقاهة - کتاب البيع، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ نخست.
۱۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۲۰. محقق ثانی (علی بن حسین عاملی کرکی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، چاپ دوم.
۲۱. محقق داماد، سید محمد (۱۴۱۸ق)، کتاب الخمس، قم، دار الإسرائ لل نشر، چاپ نخست.
۲۲. مظفر، محمدرضا (بی تا)، حاشیه المظفر على المكاسب، قم، حبيب، چاپ نخست.
۲۳. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۴۱۳ق)، المكاسب و البيع، تقرير محمدتقی آملی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۲۴. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت علیه السلام، چاپ نخست.
۲۵. همدانی، آقارضا بن محمد هادی (۱۴۲۰ق)، حاشیه کتاب مکاسب، قم، مؤلف، چاپ نخست.
۲۶. یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی (بی تا)، تکملة العروة الوثقی، قم، داوری، چاپ نخست.



## بازپژوهی ماهیت جرم سب‌النبی در فقه امامیه

حسین حاجی حسینی \*

مجید قورچی بیگی \*\*

### چکیده

یکی از بحث‌های فقیهان در «کتاب الحدود»، سب‌النبی یا همان توهین به پیامبر صلی الله علیه و آله است. روایات این باب، به شرط ایمن بودن شنونده از ضرر جانی، مالی و عرضی، بر وجوب قتل مرتکب آن اتفاق دارند. بسیاری از فقیهان نیز بر این مسئله ادعای اجماع نموده‌اند؛ البته، حدی یا تعزیری بودن این حکم مورد تردید است. مشهور فقیهان از دیرباز این مسئله را در «کتاب الحدود» بحث نموده‌اند و ظاهراً آن را از باب حد می‌دانند. با وجود این، شواهد و قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد کشتن سب‌النبی نه از باب حد است و نه از باب تعزیر؛ بلکه حکمی خاص است و نظر مشهور مبنی بر حدی بودن را خدشه‌پذیر می‌کند. مقاله پیش‌رو با بهره‌گیری از روش تحلیلی و توصیفی و مراجعه به منابع کتابخانه‌ای، از یک‌سو با بیان شواهد موجود در پی اثبات این مدعا است و از سوی دیگر، مواردی همچون لزوم یا جواز اجرای این حکم و نیاز یا بی‌نیازی به اذن حاکم در اجرای این حکم را بررسی می‌کند. بدیهی است با توجه به آثار خاص حدود یا تعزیرات، ثمرات متفاوتی بر این مسئله بار می‌شود.

**کلیدواژگان:** سب‌النبی، توهین به پیامبر صلی الله علیه و آله، حد سب‌النبی، تعزیر سب‌النبی.

std-h.hosiny64@khu.ac.ir

majid.baygi@khu.ac.ir

\* دانشجوی دکتری دانشگاه خوارزمی تهران

\*\* استادیار دانشگاه خوارزمی تهران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۲۸

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۱۱/۲۰

حکم سب‌النبی، به شرط ایمن بودن شنونده از ضرر مالی و جانی و عرضی، قتل سب‌النبی است. بسیاری از فقیهان نیز بر آن ادعای اجماع نموده‌اند (ابن‌زهرة، ۱۴۱۷ق: ص ۴۲۸). اصلی با عنوان «اصل قضایی بودن مجازات» در فقه وجود دارد که مورد اتفاق فقیهان است. آنها حتی در کهن‌ترین مسائل، به این موضوع، که مجازات مجرم از اختیارات حاکم است، توجه کرده‌اند. حکم قتل سب‌النبی استثنایی بر این اصل است: یعنی فرد شنونده بدون حکم حاکم و مراحل دادرسی می‌تواند آن را اجرا نماید (نوبهار، ۱۳۸۹: ص ۹۰). این استثنا در فقه در لسان برخی از روایات مطرح شده است: مثلاً در روایت هشام از امام صادق علیه السلام، امام علیه السلام حکم قتل را قبل از اینکه شنونده جرم او را به داوری نزد امام علیه السلام ببرد، جایز می‌دانند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۳۷).

فقیهان در کتب فقهی خویش، عقوبات را در حدود و تعزیرات منحصر می‌کنند. قانونگذار ما نیز در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) مجازات‌های مقرر در این قانون را منحصر در حدود، تعزیرات، قصاص و دیات می‌داند. بنابراین، طبق کلام فقیهان و همچنین بیان قانونگذار، ماهیت هر مجازاتی علی‌القاعده باید ذیل یکی از عناوین مذکور باشد تا بتوان آثار مربوط به هرکدام را بر آن بار نمود. باوجود این، مواردی در فقه وجود دارد که در ماهیت آن اختلاف هست. یکی از این موارد، حکم قتل سب‌النبی است. قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) در ماده ۲۶۲ حکم سب‌النبی را اعدام بیان کرده است. البته، قانونگذار درباره حدی یا تعزیری بودن این حکم تصریحی ننموده، اما ذکر این حکم در کتاب دوم، یعنی کتاب حدود، قرینه‌ای است بر اینکه قانونگذار این حکم را از باب حد می‌داند. در فقه، لسان روایات باب فقط بر ثبوت قطعی حکم قتل سب‌النبی دلالت دارند و فقیهان نیز بر آن اجماع دارند و موارد اختلاف در جاهای دیگر است. بنابراین، پرسش اصلی این مقاله این است که

ماهیت حکم قتل ساب‌النبی چیست؟ از سوی دیگر، در این باره پرسش‌هایی فرعی نیز مطرح می‌شود، از جمله اینکه: این حکم (قتل) واجب است یا جایز؟ مفهوم جواز در این حکم چیست؟ آیا نیاز به اذن حاکم دارد یا خیر؟ مراد از اذن حاکم چیست؟ ادله و قرائن حد یا تعزیر بودن یا نبودن آن چیست؟ چه ثمراتی بر این تعیین ماهیت بار می‌شود؟ ضرورت پژوهش نیز از همین پرسش اخیر مشخص می‌شود. در نتیجه، نوع و میزان مجازات افرادی که مرتکب این جرم می‌شوند، مشخص و به واقعیت نزدیک‌تر می‌گردد.

## ۱. تبیین واژگان

### ۱-۱. حد در لغت و اصطلاح

حد در لغت به چند معنا آمده است: صحاح آن را به حاجز [یا حائل] بین دو چیز معنا کرده است (جوهری، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۴۶۲)؛ همچنین آن را به منع طرف‌الشی نیز آورده‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ج ۲، ص ۳). معنای شرعی و مورد نظر آن، عقوبت ویژه‌ای مربوط به آلام و دردهای جسمی است که انسان مکلف، به واسطه ارتکاب برخی از جرایم مستحق آن می‌شود و خداوند نیز مقدار آن را مشخص نموده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۳۲۵).

### ۱-۲. تعزیر در لغت و اصطلاح

تعزیر در لغت به معنای نصرت آمده است (صاحب‌بن‌عباد، ۱۴۱۴ق: ج ۱، ص ۳۸۳). در معنای اصطلاحی، نوعی ضرب یا تأدیب است برای کسی که در واجبی اخلال ورزیده یا قبیحی را مرتکب شده که در شرع حدی برای آن وارد نشده است (حلبی، ۱۴۰۳ق: ص ۴۱۶). در مورد جنس تعزیر، عده‌ای آن را «ضرب دون‌الحد» (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۵۶۱) و عده‌ای دیگر «تأدیب دون‌الحد» می‌دانند (فیومی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴۰۷).

### ۳-۱. سب در لغت و اصطلاح

سب در لغت به معنای شتم و ناسزا آمده است (جوهری، ۱۴۱۰ق: ج ۱، ص ۱۴۴). در لسان روایات نیز، هرچند با عناوینی مثل «شتم» و «نال» و «دَکَرُ بالسوء» آمده، اما مراد از همه آنها همان اسائه و طعن و خوار نمودن مخاطب است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۳، ص ۱۷۱) که نوعی وارد کردن نقص به شخصیت مخاطب شمرده می‌شود. ترمینولوژی حقوق، ذیل واژه سب می‌گوید: «سب در فقه از جرایم ضدشرف است و عبارت از ناسزا گفتن و اخص از توهین است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج ۳، ص ۳۵۲).

### ۲. ادعای اجماع بر حکم قتل ساب‌النبی

فقیهان درباره حکم قتل ساب‌النبی اجماع دارند. کسی از ایشان به حکمی به جز قتل درباره ساب‌النبی قائل نشده است. از فقیهانی که در این مسئله ادعای اجماع نموده‌اند، می‌توان به ابن‌زهیره (۱۴۱۷ق: ص ۴۲۸)، صاحب جواهر (۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۴۳۸)، میرزا جواد تبریزی (۱۴۱۷ق: ص ۲۵۷) و موسوی اردبیلی (۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۴۲۵) اشاره نمود.

بعد از اتفاق و اجماع بر اصل این حکم، دو مسئله اختلافی وجود دارد که در ادامه می‌آید.

### ۳. وجوب یا جواز قتل ساب‌النبی ﷺ

مسئله نخست این است که آیا این حکم قتل واجب است یا جایز؟ در این باره، اکثریت قریب به اتفاق فقیهان با احراز شرایط لازم، قائل به وجوب هستند؛ یعنی آن را به مثابه تکلیفی بر شنونده می‌دانند. این فقیهان دلیل وجوب این حکم را انکار وجوب تعظیم پیامبر ﷺ از سوی توهین‌کننده می‌دانند. در واقع، کسی که این وجوب را انکار می‌کند، خلاف ضروری دین عمل نموده است و این فقیهان انکار او را همچون انداختن کتاب خدا در قاذورات می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۳، ص ۱۷۰). از شمار این

فقیهان می‌توان به شهید اول (۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۴۳)، شهید ثانی (۱۴۱۲ق: ج ۹، ص ۱۹۶) و ابن‌ادریس حلی (۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۵۳۲) اشاره نمود. برخی نیز در این باره قائل به جواز شده‌اند؛ یعنی ظاهراً شنونده حتی در صورت داشتن شرایط نیز فقط حق اجرای این حکم را دارد، ولی می‌تواند آن را هم ترک نماید. از شمار فقیهانی که قائل به جواز شده‌اند، می‌توان به علامه حلی (۱۴۲۱ق: ص ۳۲۳)، ابن‌براج (۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۵۵۱) و محقق حلی (۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۲۱) اشاره کرد. با توجه به روایات و شرایط و ضوابطی که دربارهٔ وجوب این حکم وارد شده است، نمی‌توان پذیرفت که با وجود شرایط وجوب قتل ساب‌النبی، شنونده در اجرای این حکم مختار باشد؛ گویا باید این حکم را به‌عنوان تکلیف اجرا نماید. بنابراین، باید این‌گونه تفکیک نمود که بعد از شنیدن سب از ساب‌النبی و احراز شرایط اثباتی و انتسابی در ساب، شنونده یا شرایط اجرای حکم را دارد یا ندارد: در صورت داشتن شرایط، مکلف است که حکم را اجرا نماید و در صورت نداشتن شرایط، نباید آن را اجرا نماید؛ یعنی مکلف است که حکم را اجرا نکند. بنابراین، می‌توان گفت مراد از جواز در کلام این دسته از فقیهان منصرف به موردی است که شرایط وجود دارد و شنونده مکلف به اجرای حکم است، نه اینکه بعد از وجود شرایط اجرای حکم، مختار در اجرای آن باشد؛ زیرا در این صورت، گویا حکم خداوند (وجوب قتل ساب‌النبی) را ترک نموده است.

#### ۴. شرط اذن امام یا حاکم شرع

اما مسئلهٔ دوم این است که آیا اجرای این حکم به دست شنونده، منوط به اذن امام یا حاکم شرع است یا خیر؟ در این باره نیز لسان روایات و اکثر قریب به اتفاق فقیهان قائل به بی‌نیازی به اذن امام هستند. مستند آنها همان روایات باب ساب‌النبی است که همگی بر این حکم اتفاق دارند. فقیهانی نیز، همچون مرحوم کاشف‌الغطاء، وجود اذن امام یا حاکم را لازم می‌دانند. ایشان در ذیل مواردی که به اذن امام نیاز است، حکم قتل ساب‌النبی را نیز بیان می‌نمایند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱ق: ج ۱، ص ۴۷۶).

صاحب مجمع‌الفائده نیز با استناد به مرفوعه ابراهیم بن هاشم از امام صادق علیه السلام، اجرای این حکم را منوط به اذن امام می‌داند؛ با این تعلیل که اگر به اذن امام باشد، چیزی بر گذشته ساب در دنیا و آخرت نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۳، ص ۱۷۳). مرحوم صاحب جواهر نیز، به نقل از علامه حلی در مختلف‌الشیعه، شیخ مفید و فاضل را از کسانی می‌داند که اذن امام را در این زمینه لازم می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۴۳۸). همچنین، مرحوم منتظری با این استدلال عقلی که اجرای حکم بدون اذن امام باعث هرج و مرج در جامعه می‌شود، اذن امام را لازم می‌داند (منتظری، بی‌تا: ج ۳، ص ۴۷۴). به نظر می‌رسد شنونده با وجود شرایط معتبر اثباتی در ساب و همچنین، شرایط اجرای حکم در خود، می‌تواند بدون نیاز به اذن حاکم، حکم را اجرا نماید؛ اما در صورت نیاز، یعنی تقاضای اولیای دم، باید بتواند ثبوت آن جرم با شرایط معتبر آن را اثبات نماید تا از قصاص ایمن بماند. اما اگر بعد از اثبات جرم با همه شرایط معتبر آن، نخست به حاکم مراجعه نماید و حاکم به او اذن دهد و سپس حکم را اجرا نماید، در صورت تقاضای اولیای دم، به اثبات ثبوت جرم ساب نیازی نیست و در نتیجه، ایمن از قصاص خواهد بود. اذن حکم به دو گونه قابل تصور است: یکی اینکه حاکم شرایط و ضوابطی را برای اجرای این حکم به صورت عمومی بیان نماید و هرکس این شرایط را داشت، بتواند حکم را اجرا نماید؛ در این صورت، تعیین مصداق ساب با شنونده است و بار اثباتی ثبوت شرایط مورد نظر حاکم نیز بر عهده شنونده است و با اثبات این شرایط از سوی شنونده، او از قصاص ایمن خواهد بود؛ صورت دوم این است که شنونده بعد از ثبوت جرم و قبل از اجرای حکم، به حاکم مراجعه نموده و با ادله اثباتی و انتسابی، ساب را محکوم نماید و حاکم نیز به او اذن در اجرای حکم را بدهد. با این حال، در این جرم، با توجه به دلایل زیر، شنونده باید قبل از اجرای حکم به حاکم مراجعه نماید:

نخست، توجه به مقتضیات زمانی است. امروزه دشمنان دین و نظام اسلامی با

حربه‌هایی از این شکل وارد شده و ذهن جوانان و نوجوانان را با فرهنگ‌های باطل خود تغذیه می‌نمایند و در پی تضعیف دین هستند. یکی از راه‌های تضعیف دین، همین ترویج بی‌حرمتی‌ها به پیامبر ﷺ و ائمه اهل بیت است. از این رو، بسیاری از افراد، از روی غفلت، وارد این بازی شده و ممکن است که مرتکب این عمل شوند. حال، اگر اذن حاکم را شرط ندانیم، باید بسیاری از این افراد را مهدورالدم بدانیم؛ درحالی که گستره این حکم تا این حد توسعه‌پذیر نیست.

دوم، در جامعه کنونی ارتباطات افراد گسترده شده است و سود و زیان معیشتی افراد به هم گره خورده است؛ پس بدیهی است که حُب و نفرت افراد به یکدیگر بر این اساس شکل گیرد. بنابراین، دشمنی‌های بسیاری در این میان به وجود می‌آید و اگر در این گونه موارد، اذن حاکم را لازم ندانیم، هرکس ممکن است برای از میان برداشتن دشمنان و حتی رقیبان خود به این حربه متوسل شده و ادعا کند که طرف مقابل، پیامبر ﷺ را سب کرده بوده است. با این روال، به تعبیر مرحوم منتظری، جامعه دچار هرج و مرج می‌شود.

سوم، «اصل قضایی بودن مجازات‌ها» از اصول مسلم حقوقی است. به عبارت دیگر، مجرم باید در حضور شخص صلاحیت‌دار به نحو توافقی محاکمه شده و حکم او صادر گردد و حکم نیز زیر نظر او اجرا شود. حکم قتل سب‌النبی استثنایی بر این اصل است و چون این حکم خلاف اصل است، در موارد شک می‌توان به اصل اولی آن، یعنی اذن حاکم یا محاکمه او به دست حاکم تمسک نمود. به نظر می‌رسد در زمان صدور روایات، که دسترسی به امام اهل بیت یا حاکم صالح به سادگی وجود نداشته، اجرای حکم بدون اذن امام اهل بیت پذیرفتنی بوده است؛ اما در زمان حال، با وجود امکان دسترسی به محاکم قضایی، لزوم مراجعه به محاکم روشن است.

چهارم، از یک سو در صورت اجرای این حکم به دست شنونده، بار اثباتی آن برای قاتل است تا اثبات نماید که مقتول به پیامبر ﷺ توهین نموده است و از سوی دیگر،



این امر دشوار است و ادله کافی و معتبر به دست نمی آید؛ بنابراین، به طور معمول یقیناً جان قاتل به خطر می افتد. هرچند که او این کار را برای اجابت امر خدا انجام داده باشد، از تبعات دنیوی کار خود در امان نیست. در نتیجه، این با تشریح حکم مورد نظر سازگاری ندارد. با وجود این، اگر این عمل با اذن حاکم صورت پذیرد، طبق روایت، از همه پیامدهای دنیوی و اخروی اش در امان خواهد ماند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۳، ص ۱۷۳).

پنجم، ثبوت هر جرم منوط به احراز سه عنصر قانونی و مادی و روانی است. عنصر قانونی این جرم در قانون و شرع وجود دارد. عنصر مادی نیز بیان سب از سوی ساب است؛ ولی چون شنونده ادعا می کند، بار اثباتی آن برعهده خود اوست و اثبات آن در دادگاه موجب عسرو حرج شنونده خواهد بود. همچنین، درباره عنصر روانی این جرم باید گفت: شنونده نمی تواند به سادگی آن را محرز دانسته و اقدام به قتل ساب النبی نماید. به همین دلیل، مراجعه به حاکم ضروری است.

## ۵. جنس حکم قتل ساب النبی

فقیهان پیشین عقوبات را منحصر در حدود و تعزیرات می دانستند و همه حدود و تعزیرات را ذیل کتاب الحدود بحث می نمودند. بنابراین، اینکه عقوبتی در ذیل کتاب الحدود بحث شود، لزوماً دال بر حد بودن آن نیست. اکثریت قریب به اتفاق فقیهان، طبق همین روال، حکم ساب النبی را نیز در ذیل کتاب الحدود آورده اند. با این حال، نمی توان به طور قطعی حد یا تعزیر بودن این حکم را استنباط نمود. در این مسئله نیز بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد: شماری از ایشان آن را از باب حد می دانند و تعدادی دیگر نیز از باب تعزیر. این موضوع در ادامه بررسی می شود.

### ۵-۱. حدی بودن حکم قتل ساب النبی

فقیهان بسیاری این حکم را از باب حد می دانند: مثلاً میرزا جواد تبریزی در



ارشاد الطالب اجرای حدود را وظیفه حاکم و کسی که حاکم به او اجازه داده، دانسته و یکی از مواردی را که حاکم اذن عام در این مورد داده است، سب النبی می‌داند. به عبارت دیگر، وی سب نبی را از باب حد دانسته است (تبریزی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۲۷۸). امام خمینی رحمته الله علیه در زبدة الأحکام، یکی از موارد ثبوت حد شرعی را سب النبی و نوع این حد را قتل معرفی می‌کند (۱۴۰۴ق: ص ۲۳۱). مرحوم منتظری نیز اعدام را در ساب النبی از باب حد می‌داند (بی تا: ج ۲، ص ۵۴۰). وی در جایی دیگر، از باب حد بودن این حکم را بسیار واضح می‌داند (۱۴۲۹ق: ص ۸۱). از دیگر فقیهانی که جنس این حکم را حد می‌دانند، می‌توان به علامه حلی اشاره نمود (علامه حلی، ۱۴۱۱ق: ص ۱۸۷).

## ۲-۵. تعزیری بودن حکم قتل ساب النبی

فقیهانی نیز هستند که جنس حکم را تعزیر می‌دانند: مثلاً شهید ثانی در حاشیه الإیضاد، هر ترک واجب یا ارتکاب حرام را موجب تعزیر می‌داند؛ او سپس ساب النبی را مصداقی از ارتکاب حرام موجب تعزیر می‌داند (۱۴۱۴ق: ص ۱۰۳). شهید اول نیز قبل از شهید ثانی بر همین رأی بوده است (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ص ۱۰۳؛ همان: ج ۴، ص ۲۳۲). ابن براج نیز ابتدا می‌گوید در هر لفظی که موجب ایذای مسلمانی شود، تعزیر بر متکلم واجب است؛ او در ادامه، مسئله سب نبی را مطرح می‌نماید و به نظر می‌رسد سب نبی را نیز مصداقی از سب مُسَلِّم دانسته و از جهت تعزیری بودن، احکام هر دو را واحد می‌داند (۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۵۵۱). به نظر می‌رسد فقیهانی همچون عبدالکریم موسوی اردبیلی نیز بر همین رأی باشند و هر سبی، اعم از سب نبی و غیر نبی، را موجب تعزیر بدانند؛ هر چند حکم سب نبی ﷺ و ائمه علیهم السلام با حکم سب غیر آنها متفاوت است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۳۵۷). مؤمن قمی سبزواری نیز در جامع الخلاف، شافعی (از علمای عامه) را قائل به تعزیر نمودن سب‌کننده می‌داند (۱۴۲۱ق: ص ۵۸۸).

## ۶. بررسی و نظر برگزیده

همان‌طور که در شماره‌های بالا ذکر شد، عده‌ای جنس این حکم را حد و عده‌ای دیگر آن را تعزیر می‌دانند. اما این پژوهش نشان می‌دهد جنس این حکم نه حد است و نه تعزیر؛ بلکه حکم تبعیدی خاصی است. بنابراین، به‌منظور اثبات این مدعا لازم است قرائن و شواهدی مبنی بر حد نبودن و شواهدی نیز مبنی بر تعزیر نبودن ارائه داده شود تا این مدعا مقبول افتد. ابتدا قرائن و شواهدی که نشان می‌دهد این حکم از جنس حد نیست، ارائه می‌شود.

### ۶-۱. شواهد حد نبودن حکم قتل توهین‌کننده به پیامبر ﷺ

۶-۱-۱

در روایات مختص به حدود، اذن امام لازم است؛ اما فقیهان اذن امام را در قتل سب‌النبی لازم ندانسته‌اند و عده‌ای نیز بر آن ادعای اجماع نموده‌اند (ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق: ص ۴۲۸). بنابراین، این امر، به‌عنوان قرینه‌ای، می‌تواند آن را از حد بودن خارج کند (تبریزی، ۱۴۱۷ق: ص ۲۵۸).

۶-۱-۲

در حدود، اجرای حد منوط به دفع ضرر نیست، اما در سب‌النبی شرط است که اجرای حکم موجب ضرر نشود؛ پس از باب حد نمی‌تواند باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۱۹۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ص ۴۰۳).

۶-۱-۳

حدود با اسلام آوردن کافر برداشته نمی‌شود و برای کافر و مسلمان یکی است (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق: ص ۴۸۰)؛ اما در سب‌النبی اگر کافری پیامبر ﷺ را سب کند و سپس اسلام بیاورد، «قاعدهٔ جَب»<sup>۱</sup> او را ایمن می‌کند و دیگر قتل او جایز نخواهد بود. این نیز

حاکمی از حد نبودن آن است؛ یعنی اگر حد باشد، کافر یا مسلمان بودن او دخلی در مسئله ندارد (حلی، ۱۳۸۷ق: ج ۱، ص ۴۷۴).

#### ۴-۱-۶

فقیهان در کتاب الحدود، تعداد حدود را برمی‌شمارند. در تمام این موارد از کلمه «حد» استفاده شده است؛ برای مثال حد سرقت و حد قذف. ولی وقتی به سب‌النبی می‌رسند، از واژه «حد» استفاده نمی‌کنند. این نشان می‌دهد حد بودن حکم سب برای آنها محل تردید بوده است (امام خمینی، ۱۴۰۴ق: ص ۲۳۱؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۲۷۵).

#### ۵-۱-۶

هرچند فقیهان سب‌النبی را در کتاب الحدود بحث می‌کنند، اما همان‌طور که گفته شد، رویه بیشتر فقیهان این بوده که همه عقوبات، اعم از حدود و تعزیرات، را در کتاب الحدود بحث می‌کردند و با این حال، سب‌النبی را در لواحق کتاب الحدود، که آن هم اعم از حدود و تعزیرات است، بحث کرده‌اند. از آنجا که فقیهان در مقام بیان بوده‌اند، اگر حد بودن آن مسلم بود، آن را ذیل حدود می‌آوردند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۲۲۱). عده‌ای دیگر نیز آن را در بحث جداگانه‌ای با عنوان «خاتمه» ذکر نموده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۸، ص ۲۹). برخی دیگر نیز تعدادی از مجازات‌ها را در بحث «لواحق» بیان نموده‌اند که برخی از آنها از باب حد و برخی دیگر از باب تعزیر است؛ آنان سب‌النبی را در همان باب ذکر نموده‌اند، اما از حد یا تعزیری بودن حکم آن حرفی نزده‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۴۳۲؛ تبریزی، ۱۴۱۷ق: ص ۲۵۷؛ اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۴۲۳).

#### ۶-۱-۶

در مواردی که فقیهان از عقوبت موارد ثبوت حد بحث می‌نمایند، لفظ حد را به کار

می‌برند؛ باوجود این، به سب‌النبی که می‌رسند می‌فرمایند: «فجزاه القتل». این نشان می‌دهد که مجازات سب را از باب حد نمی‌دانند (محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ص ۲۲).

## ۷-۱-۶

در موارد حدود، مرتکب به صرف ارتکاب جرم مستوجب حد، به طور کلی مهدورالدم نمی‌شود؛ یعنی ممکن است فقط افراد خاصی مهدورالدم نامیده شوند. باوجود این، مرتکب سب‌النبی، به مجرد سب، مهدورالدم عام بوده و خون او مباح می‌شود (همو، ۱۴۰۸ق: ج ۱، ص ۲۲۱)؛ بنابراین، می‌توان گفت که از زمره حدود فاصله گرفته است. در این میان، فقیهانی نیز هستند که فقط این حکم را از باب حد نمی‌دانند؛ اما این به آن معنا نیست که آن را از باب تعزیر بدانند، بلکه از باب مهدورالدم بودن او قتلش را جایز می‌دانند. از این فقیهان می‌توان به مرحوم خوئی (۱۴۱۰ق: ص ۷۵ و ۷۶) و سیدمحمدسعید حکیم (۱۴۱۵ق: ج ۳، ص ۱۳۶) اشاره نمود.

## ۸-۱-۶

اینکه عقوبتی نه از باب حد باشد و نه از باب تعزیر، عجیب نیست. موارد دیگری نیز در فقه وجود دارد: همچون کشتن کفار یا دشمنان در جهاد ابتدایی یا دفاعی که نه حد است و نه تعزیر. همچنان که مواردی وجود دارد که عده‌ای حد بودن، عده‌ای تعزیر و عده‌ای دیگر عقوبت خاصی را درباره آن پذیرفته‌اند؛ برای مثال، وطی زن حائض یا وطی با حیوان. البته، در مثال دوم اختلاف هست: مشهور تعزیر، عده‌ای ۲۵ تازیانه و عده‌ای دیگر حد کامل را پذیرفته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۷۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۵، ص ۴۲).

## ۹-۱-۶

روایاتی وجود دارد که در آنها از واژه حد استفاده شده است؛ اما فقیهان ادعا می‌کنند که مراد از آن تعزیر است، زیرا مقدار آن مشخص نشده است. بنابراین، می‌توان گفت

حتی فقیهانی که حکم سب‌النبی را از باب حد می‌دانند نیز با این ابهام روبه‌رو هستند؛ با این تعلیل که از روایاتی که از واژه حد استفاده شده، گاهی اراده تعزیر شده است؛ چه برسد به روایاتی که اصلاً در آنها از واژه حد استفاده نشده است. از این دست روایات می‌توان به روایت عبدالرحمان بن حجاج از امام صادق علیه السلام درباره «أخذ رجلین فی لحاف واحد» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۱۸۲) اشاره نمود. مولی احمد اردبیلی نیز در همان بحث حد‌الشهود، درباره شهودی که شهادت به زور داده‌اند، این حد را به معنای تعزیر می‌داند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۳، ص ۹۸)؛ در بحث قطع ید سارق عبد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۴۹۱) نیز همین طور است. سلطان‌العلماء در حاشیه روضة‌البهیة این نقد را به این دلیل وارد می‌کند که اگر لفظ حد بر تعزیر حمل شود، خلاف ظاهر است؛ زیرا لفظ بر ظاهرش حمل می‌شود. همچنین، اینکه اگر تعزیر باشد باید حاکم مقدار آن را معین کند، نه تعزیرکننده؛ بنابراین نه حد است و نه تعزیر (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق: ج ۲، ص ۳۶۰). شیخ طوسی قائل است بین این روایات منافاتی وجود ندارد و هرچند از واژه حد استفاده نموده‌اند، حمل بر تعزیر می‌شود (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۱۵).

#### ۱۰-۱-۶

در فقه مواردی وجود دارند که طبق تعریف حد، واجد عقوبت مقدره‌اند، اما حد نیستند؛ بلکه تعزیرند. بنابراین، در ساب‌النبی هم، هرچند عقوبت آن مشخص و معین است، اما این لزوماً به آن معنا نیست که از باب حد است. از این دست موارد، مثل عقوبت تزویج ذمیه بر زن مسلمان و وطی زوجه حائض در زمان حیض یا در روز ماه رمضان و همچنین، اتیان بهائم و مثل آنها، با اینکه عقوبت آنها تعیین شده، اما اتفاق نظر وجود دارد که از باب حد نیستند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۲۵۴).

#### ۲-۶. شواهد تعزیر نبودن حکم قتل ساب‌النبی

در بالا شواهدی مبنی بر حدی نبودن حکم قتل توهین‌کننده به پیامبر صلی الله علیه و آله ذکر شد.

در مقابل آن نیز شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد این حکم از نوع تعزیر نیز نیست و با ملاک‌های تعزیری بودن احکام همخوانی ندارد. در ادامه، این شواهد بیان می‌شود.

## ۱-۲-۶

در ادله فقهی، تعزیرات را تا جایی جایز می‌دانند که به جرح یا قتل نینجامد و تنها جنبه اصلاحی داشته باشد. بسیاری از عالمان نیز آن را از باب وجوب امر به معروف و نهی از منکر می‌دانند. روشن است که حکم کشتن سائب‌النبی از مصداق‌های اصلاح و امر به معروف و نهی از منکر نیست؛ چون با قتل توهین‌کننده، موضوع منتفی می‌شود. بنابراین، قتل او از باب تعزیر نیست (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ق: ص ۱۸۹).

## ۲-۲-۶

در ادله تعزیر آمده است: حاکم می‌تواند آنچه را که به مصلحت است انجام دهد. مراد از مصلحت، مصلحت فردی است، زیرا تعزیر برای تأدیب است و روشن است که با کشتن مرتکب، مصلحت تأدیب او فوت می‌شود (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۲۷۵). همچنین، اگر تعزیر را «بما یراه الحاکم» بدانیم، باز هم درباره سائب‌النبی یک حکم بیشتر وجود ندارد که از پیش معین شده و در دست حاکم نیست. از طرف دیگر، جرمی تعزیری با عنوان قتل و قطع عضو وجود ندارد و همه جرایم تعزیری شامل حبس و تازیانه و... می‌شود.

## ۳-۲-۶

فقیهان یکی از معانی تعزیر را «بما دون الحد» می‌دانند (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۷۸۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۸، ص ۶۹؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۴۶۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۵۳۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۲۵۶). از آنجا که نهایت حد کشتن است، قتل سائب‌النبی نمی‌تواند از باب تعزیر باشد.

#### ۴-۲-۶

شهید اول در کتاب القواعد والفوائد در بحث انواع قتل واجب، یکی از انواع آن را «اصحاب الکبائر بعد التعزیرات» می‌داند. با در نظر گرفتن اینکه سب‌النبی با سب نبی در بار نخست کشته می‌شود، چطور ممکن است بدون تعزیر قبلی محکوم به قتل باشد؟ بنابراین، از آنجا که قتل در همان مرتبه نخست سب واجب می‌شود، می‌توان گفت از باب تعزیر نیست (شهید اول، بی تا: ج ۲، ص ۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳ق: ص ۴۷۴).

#### ۵-۲-۶

برخی فقیهان در تبیین مفهوم تعزیر گفته‌اند: تعزیر در مواردی واجب می‌شود که فردی مرتکب فعل قبیحی شود یا در واجبی اخلال ورزد که در شرع برای آن حد و اندازه‌ای معین نشده است یا اینکه مقدار آن در شرع معین شده اما شرایط اقامه آن کامل نشده است (قمی سبزواری، ۱۴۲۱ق: ص ۵۹۷)؛ اما درباره سب‌النبی عقوبت قتل معین شده است؛ از این رو، نمی‌تواند از باب تعزیر باشد.

#### ۶-۲-۶

در مواردی که فقیهان حکم به تعزیر داده‌اند، علت آن را نیز ذکر نموده‌اند: تعلیلی همچون مصلحت یا حفظ نظام. بنابراین، اگر سب نبی نیز از باب تعزیر بود، می‌بایست وجه آن را نیز بیان می‌نمودند. مثلاً مرحوم سبزواری در مهذب الأحکام، در بحث قذف، جهت حفظ نظام، حاکم را مختار در تعزیر می‌داند (۱۴۱۳ق: ج ۲۸، ص ۹) و در جایی دیگر، اهتمام به بقای احکام را برای تعزیر می‌داند (همان، ص ۶۶).

#### ۷-۲-۶

به‌باور فقیهان، اگر کسی کلامی مادون سب بیان کند، تعزیر می‌شود و تنها در مواردی که مصداق سب باشد، کشته می‌شود. این نشان می‌دهد که کشته شدن او از باب تعزیر نیست؛ بلکه مادون سب تعزیر می‌شود (عراقی، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۳۵۳).

در برخی روایات آمده که سب‌النبی اگر ذمی باشد، کشته نمی‌شود؛ بلکه تعزیر می‌شود. این نشان می‌دهد که کشته شدن او از باب تعزیر نیست. صاحب‌الانتصار این قول را به ابوحنیفه و اصحاب او منتسب می‌داند (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق: ص ۴۸۰). همین اختلاف فتوا در میان امامیه و عامه، خود گواه بر این است که در تعزیری بودن این حکم تردید هست.

### ۷. ثمرات حد یا تعزیر نبودن حکم سب‌النبی

نتیجه بحث و پژوهش در هر موضوع، در آثار آن متبلور می‌شود. در موضوع سب‌النبی نیز ثمره بحث در حدی یا تعزیری بودن یا نبودن آن در مختصات و قواعد کلی مربوط به هریک از حدود و تعزیرات آشکار می‌شود. هریک از حدود و تعزیرات دارای قواعد و ضوابط ویژه خود هستند؛ بنابراین، اگر سب‌النبی از باب حد یا تعزیر باشد، دیگر نمی‌توان قواعد دیگری را درباره آن اجرا نمود و به‌ناچار باید همه ضوابط و لوازم همان جنس را درباره آن جاری دانست. همچنین اگر مجازات این جرم نه حد باشد و نه تعزیر، هیچ‌یک از قواعد و ضوابط حد یا تعزیر درباره‌اش جاری نمی‌شود. اکنون برخی از این قواعد بررسی می‌شود.

#### ۷-۱. قواعد باب حدود

در اینجا برخی از قواعد اختصاصی باب حدود بررسی می‌شود تا چگونگی شامل شدن یا نشدن این قواعد بر حکم توهین‌کننده به پیامبر ﷺ مشخص شود. شماری از این قواعد به‌صراحت در برگیرنده این حکم نیستند (زیرا در توضیحات پیشین، این حکم از باب حد بودن خارج شد)؛ ولی برخی دیگر، از طریق اولویت، این حکم را دربر می‌گیرند که بررسی خواهند شد. در این باره، قاعده «پذیرفتنی نبودن کفالت در حدود» از قواعد مسلم باب حدود است. گفته‌اند کفالت از شفاعت ضعیف‌تر است. از آنجا که شفاعت



موجب تعطیل یا تأخیر حدود می‌شود و پذیرفته نیست، پس کفالت نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا هردو در این زمینه وحدت ملاک دارند (عمید زنجانی، ۱۳۹۱: ج ۲، ص ۱۹۹). با این توضیح، درباره ساب‌النبی باید گفت: اگر ثابت شود که جنس حکم قتل ساب‌النبی حد نیست، بنابراین باید کفالت را درباره آن پذیرفت. هرچند ممکن است گفته شود که کفالت در اینجا قابل تصور نیست، همین که از زمره حدود خارج شد، می‌توان گفت که دست‌کم حق گرفتن کفیل برای توهین‌کننده ایجاد می‌شود. ممکن است در شرایط خاصی اعمال این حق قابل تصور باشد: مثلاً جایی که جرم ثابت شده، اما مانعی برای اجرای حکم وجود دارد. در اینجا حاکم می‌تواند با درخواست کفالت موافقت نماید.

قاعده «پذیرفتنی نبودن شفاعت در حدود» نیز در فقه امامیه از قواعد مسلم و قطعی است. فقیهان پرشماری در باب حدود و ذکر قواعد آن به این قاعده پرداخته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۱۹۱؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق: ج ۴، ص ۳۵۴). باتوجه به اینکه ادله درباره این قاعده تصریح دارند، فقیهان برای اطلاق آن انصراف و استثنای قائل نشده‌اند؛ بنابراین، در همه حدود جاری می‌شود. اما چون ثابت شد که حکم قتل توهین‌کننده به پیامبر ﷺ از نوع حد نیست، این قاعده نیز درباره آن جاری نمی‌شود. پس، از مرتکب این جرم می‌توان شفاعت کرد. همچنین، قاعده «برداشته شدن حد با شبهه»، که از آن با عنوان «قاعده درء» یاد می‌شود و مورد اتفاق فقیهان امامیه و عامه هم هست، نیز در این موضوع قابل اعمال است. فقیهان مبنای این قاعده را امتنان و تخفیف در حقوق الله دانسته‌اند و از این رو، آن را به حدود ناشی از حق الله اختصاص داده‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۱۵۷). به نظر می‌رسد اطلاق نصوص اعم از موارد امتنان و غیرامتنانی است و حتی المقدور اگر امتنان و تخفیف به عنوان حکمت پذیرفته شود، به عنوان علت پذیرفته نمی‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۹۱: ج ۲، ص ۲۴۶). درباره ساب‌النبی، اگر پذیرفته شد که جنس آن حد نیست، نمی‌توان این قاعده را جاری نمود. اجرا نشدن این قاعده هم یعنی اینکه حتی در مواردی که در ساب‌النبی شبهه وجود



داشت، باز هم مجازات می‌شود. به نظر می‌رسد این برداشتِ درستی نیست؛ زیرا، از یکسو، حدود بالاترین جرائم‌اند ولی با شبهه برداشته می‌شوند؛ اما در اینجا که ثابت شد مجازات سب‌النبی از باب حد نیست، چطور با وجود شبهه، مجازات برداشته نمی‌شود؟ البته که به‌طریق اولی باید در اینجا مجازات برداشته شود. پس در این مورد حد نبودن این جرم مانع برداشته شدن مجازات آن به‌واسطه وجود شبهه نمی‌شود. قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) در ماده ۲۶۳ نیز همین نظر را تأیید می‌کند: در این ماده آمده است:

«هرگاه متهم به سب ادعا نماید که اظهارات وی از روی اکراه، غفلت، سهو یا در حالت مستی یا غضب یا سبق لسان یا بدون توجه به معانی کلمات و یا نقل قول از دیگری بوده است سب‌النبی محسوب نمی‌شود.»

از سوی دیگر، این قاعده در تعزیرات نیز استفاده می‌شود. تبصره همین ماده مواردی را موجب تعزیر دانسته است که سب در حالت مستی یا غضب یا نقل قول از دیگری باشد و صدق اهانت کند.

درباره قاعده «لا یمین فی الحد» نیز می‌توان گفت: قَسَم در حدود راه ندارد و راه‌های اثباتی آن غیر از قسم است. با این حال، در سب‌النبی در موردی که کسی ادعای سب از سوی دیگری می‌کند و دلیلی بر اثبات آن ندارد، همچون دعاوی کیفری، باید قَسَم او پذیرفته شود؛ زیرا فرض آن است که این جرم از باب حد نیست.

همچنین، در قاعده «عدم تأخیر در اجرای حدود»، شهید اول و شهید ثانی در صورت وجود عذری که مانع است و همچنین در مواردی که ضرری وجود دارد، حد را قابل تأخیر می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۲۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۱۶۵). فخرالمحققین حلی نیز آن را در صورت قدرت بر اجرا قابل تأخیر نمی‌داند؛ مگر اینکه مصلحتی در تأخیر آن باشد (حلی، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۴۹۱). علامه حلی تأخیر در اجرای

حد را تنها به خاطر وجود ضرورت جایز می‌داند (علامه حلی، ۱۴۲۱ق: ص ۳۲۲). محقق حلی هم تأخیر در اجرای حد را در صورت ایمن نبودن از ضرر، جایز می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۴۸). باوجود این قیود، اطلاق قاعده مقید شده است و در موارد بسیاری تأخیر را می‌توان جایز دانست؛ بنابراین، این تأخیر در سب‌النبی هم از دو جهت قابل اعمال است: یکی اینکه، این قاعده مختص حدود است و حال آنکه فرض این است که این جرم از زمره حدود نیست، یعنی مقتضا وجود ندارد؛ دوم، بر فرض اینکه در زمره حدود هم باشد، به دلیل وجود موانع ذکر شده ممکن است به تأخیر بیفتد؛ یعنی از باب وجود مانع. بنابراین، تأخیر درباره مرتکب این جرم جایز و چه بسا، به دلایل دیگر، لازم هم باشد. درباره قواعد دیگر باب حدود نیز وضع به همین منوال است. مثلاً در قاعده «ساقط نشدن حد با توبه قبل از اثبات» که ویژه باب حدود است، توهین کننده به پیامبر ﷺ از این قاعده مبرا است و اگر قبل از اثبات آن توبه نماید، طبیعتاً مجازات او باید ساقط شود.

## ۲-۷. قواعد باب تعزیرات

درباره قواعد باب تعزیرات نیز شرایط مانند باب حدود است؛ به عبارت دیگر، قواعد اختصاصی آن مخصوص باب تعزیرات است. از آنجا که نشان داده شد که حکم قتل توهین کننده به پیامبر ﷺ از باب تعزیر نیز نیست، بنابراین قواعد این باب نیز درباره این حکم اجرا نمی‌شود. یکی از این قواعد، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» (در تعزیرات آنچه حاکم حکم کند همان می‌شود) است؛ یعنی به فراخور زمان و مکان ممکن است حکم جرمی واحد متفاوت باشد. با این وجود، در جرم توهین، نظر حاکم ملاک نیست؛ زیرا از باب تعزیر نیست. قاعده دیگر «کل ما فیه التعزیر من حقوق الله یثبت بالشاهدان» است. در این قاعده، در تعزیراتی که حق الله است، شهادت دو شاهد برای اثبات آن کافی و لازم دانسته شده است. هرچند جرم توهین به پیامبر ﷺ حق الله است، ولی چون از باب تعزیرات خارج شد، از شهادت دو شاهد دو برداشت

می‌شود: یکی اینکه در این جرم، شهادت دو شاهد لازم نیست؛ یعنی با شهادت یک شاهد هم اثبات می‌شود (در واقع، نسبت به تعزیرات شرایط آسان‌تری دارد)؛ دیگر اینکه، گفته می‌شود باید با شهادت بیش از دو شاهد اثبات شود؛ یعنی نسبت به تعزیرات شرایط سخت‌گیرانه‌تری اعمال شود. در تقابل این دو برداشت، برداشت نخست معقول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا هم ممکن است تالی فاسد داشته باشد و هم اینکه اسلام در حقوق‌الله در پی اثبات جرائم نیست؛ هرچند بعد از اثبات آن در پی مجازات برمی‌آید. در اینجا نیز این شرایط باید به گونه‌ای باشد که این جرم به دلیل حکم قتل مرتکب آن، و اینکه مربوط به دماء است در شرایط سخت‌تری اثبات شود تا مبدا از احتیاط در دماء دور شود. بنابراین، برداشت دوم (اثبات جرم با بیش از دو شاهد)، با توجه به احتیاط در دماء و جلوگیری از موهون شدن قوانین جزایی اسلام، به واقع نزدیک‌تر است.

### نتیجه‌گیری

۱. حکم قتل ساب‌النبی در بین فقیهان اجماعی است. اختلاف آنان در وجوب یا جواز این حکم است؛ هرچند مشهور قائل به وجوب هستند. با توجه به ادله موجود می‌توان گفت مراد از جواز در کلام برخی از فقیهان منصرف به وجوب است؛ یعنی در فرض وجود شرایط، شنونده مکلف به اجرای حکم است، نه اینکه بعد از وجود شرایط اجرای حکم، مختار در اجرای آن باشد؛ زیرا در این صورت گویا حکم خداوند (وجوب قتل ساب‌النبی) را ترک نموده است.

۲. درباره لزوم اذن امام در اجرای حکم باید گفت: اگرچه لسان روایات اذن امام را لازم نمی‌دانند، ولی با توجه به مقتضیات زمان و مکان، مصالح اجتماعی و همچنین، توالی فاسد اجرای این نوع احکام بدون اذن امام یا حاکم، به نظر می‌رسد که بدون اذن حاکم، نظام جامعه مختل می‌شود. مراد از اذن امام یا حاکم این است که امام یا حاکم از قبل به طور عام یا خاص اذن داده باشند تا در صورت مشاهده، حکم را اجرا نمایند یا

اینکه بعد از مشاهده این جرم، نخست آن را با ادله معتبر اثبات نموده و سپس حاکم به اجرای حکم به دست شنونده اذن دهد.

۳. با توجه به شواهد و قرائن موجود، ماهیت حکم قتل ساب‌النبی نه حد است و نه تعزیر؛ بلکه حکم خاص تعبدی است. بنابراین احکام و قواعد خاص باب حدود و تعزیرات نیز درباره آن اجرا نمی‌شود. این احکام خاص در فقه، که نه جزء حدود باشند و نه تعزیرات، مسبوق به سابقه است و مصداق‌های دیگری نیز دارد: همچون کشتن کفار یا دشمنان در جهاد ابتدایی یا دفاعی که نه حد است و نه تعزیر. فقیهان از ادله آن، همچون قتل ساب‌النبی، تنها حکم آن را استنباط نموده‌اند و بیانی درباره حدی یا تعزیری بودن آن ندارند.

۴. اجرای حکم قتل ساب‌النبی، همان‌طور که از جانب شنونده شرایطی دارد، برای ثبوت آن از طرف ساب نیز دارای شرایطی است. با وجود این شرایط نمی‌توان لزوماً با شنیدن سب، گوینده‌اش را مستحق قتل دانست. همان‌طور که در جرایم دیگر برای اثبات جرم باید عناصر قانونی، مادی و روانی وجود داشته باشد، در این جرم نیز باید این‌گونه باشد. البته، عنصر قانونی آن در شرع و قانون بیان شده، اما مراجعه به حاکم درباره عناصر دیگر آن، به‌ویژه عنصر روانی، ضروری می‌نماید؛ چون حربه‌هایی که دشمنان در اغفال مسلمانان از این راه دارند، موجب می‌شود که این عنصر مهم جرم محقق نشود و این جرم، در اکثریت قریب به اتفاق، از روی جهل و غفلت مرتکب اتفاق بیافتد. در نتیجه، شنونده نباید به‌صرف شنیدن سب و بدون علم به بقیه شرایط و اوضاع و احوال جانبی آن، اقدام به اجرای حکم نماید.

۵. در نهایت، با توجه به همه آنچه ذکر شد باید گفت: قتل ساب‌النبی شرایط خاصی دارد: برخی شرایط اثباتی و انتسابی در ساب‌النبی هست و برخی شرایط دیگر مربوط به شنونده است. اگر مجموع این شرایط مهیا بود، می‌توان حکم را اجرا نمود؛ اما بار اثباتی آن بر عهده شنونده است. او باید، با ادله معتبر وجود شرایط، ساب را اثبات نماید.

یا اینکه بعد از شنیدن سب با مراجعه به حاکم و اثبات آن، و در نهایت، با اجازه حاکم، حکم را اجرا نماید. به نظر می‌رسد نظر دوم و مراجعه به حاکم پسندیده‌تر است؛ زیرا نپذیرفتن چنین نظری پیامدی جز اختلال نظام اجتماعی در پی ندارد و ممکن است هرکس به‌صرف این ادعا دیگری را به قتل برساند.

### پی‌نوشت:

۱. الإسلام يُجِبُّ ما قبلَه.



## کتابنامه

۱. ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۲. ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، المهدب، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۳. ابن زهره، حمزة بن علی (۱۴۱۷ق)، غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۴. ابن فارس (ابوالحسین احمد) (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۷. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۶ق)، إرشاد الطالب إلى التعلیق علی مکاسب، قم، اسماعیلیان، چاپ سوم.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق)، أسس الحدود و التعزیرات، یک جلدی، قم، دفتر مؤلف، چاپ نخست.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ نخست.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۲. حکیم، سید محمد سعید طباطبائی (۱۴۱۵ق)، منهاج الصالحین، بیروت، دار الصفوة، چاپ نخست.
۱۳. حلبی، ابوالصلاح (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، چاپ نخست.



۱۴. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد، قم، اسماعیلیان، چاپ نخست.
۱۵. خمینی (امام)، سیدروح‌الله موسوی (۱۴۰۴ق)، زبدة الأحكام، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
۱۶. خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰ق)، تکملة المنهاج، قم، مدينة العلم.
۱۷. سبزواری، سیدعبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۱۸. سیوری حلی، مقدادبن عبدالله (۱۴۰۳ق)، ضد القواعد الفقهية، قم، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی رحمته، چاپ نخست.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ق)، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی رحمته، چاپ نخست.
۲۰. شريف مرتضى، على بن حسين (۱۴۱۵ق)، الإنتصار فى انفرادات الإمامية، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
۲۱. شهيد اول (محمد بن مکی) (۱۴۱۰ق)، اللمعة الدمشقية فى فقه الإمامية، بيروت، دار التراث، چاپ نخست.
۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق)، غاية المراد فى شرح نکت الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
۲۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷)، الدروس الشرعية فى فقه الإمامية، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۲۴. \_\_\_\_\_ (بی تا)، القواعد و الفوائد، قم، کتاب فروشى مفید، چاپ نخست.
۲۵. شهيد ثانی (زين الدين بن على) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية (با حاشیه کلانتر)، قم، کتاب فروشى داوری، چاپ نخست.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ق)، الروضة البهية (با حاشیه سلطان العلماء)، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
۲۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق)، مسالك الألفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، چاپ نخست.
۲۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق)، حاشية الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.



٢٩. شيخ صدوق (محمد بن علي) (١٤١٣ق)، من لا يحضره الفقيه، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ دوم.
٣٠. شيخ طوسي (ابو جعفر محمد) (١٣٨٧ق)، المبسوط في فقه الإمامية، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.
٣١. \_\_\_\_\_ (١٣٩٠ق)، الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران، دار الكتب الإسلامية، چاپ نخست.
٣٢. شيخ مفيد (محمد بن محمد بن نعمان عكبري) (١٤١٣ق)، المقنعة، قم، كنگره جهاني هزاره شيخ مفيد، چاپ نخست.
٣٣. صاحب جواهر (محمد حسن نجفي) (١٤٠٤ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم.
٣٤. صاحب بن عباد (اسماعيل بن عباد) (١٤١٤ق)، المحيط في اللغة، بيروت، عالم الكتاب، چاپ نخست.
٣٥. عراقى، آفاضياء الدين (١٤١٤ق)، شرح تبصرة المتعلمين، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ نخست.
٣٦. علامه حلي (حسن بن يوسف) (١٤١٠ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ نخست.
٣٧. \_\_\_\_\_ (١٤١١ق)، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، تهران، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، چاپ نخست.
٣٨. \_\_\_\_\_ (١٤١٣ق)، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ نخست.
٣٩. \_\_\_\_\_ (١٤٢١ق)، تلخيص المرام في معرفة الأحكام، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي قم، چاپ نخست.
٤٠. عميد زنجاني، عباس علي (١٣٩١)، قواعد فقه جزايي، تهران، سمت، چاپ پنجم.
٤١. فاضل هندی، محمد بن حسن (١٤١٦ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ نخست.



۴۲. فیومی، احمدبن محمد مقری (بی‌تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، منشورات دار الرضی، چاپ نخست.
۴۳. قمی سبزواری، علی مؤمن (۱۴۲۱ق)، جامع الخلاف و الوفاق، قم، زمینه‌سازان ظهور امام عصر - عجل الله تعالی فرجه الشریف، چاپ نخست.
۴۴. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ چهارم.
۴۵. گلپایگانی، سیدمحمدرضا موسوی (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، قم، دار القرآن الکریم، چاپ نخست.
۴۶. مجلسی اول (محدثی) (۱۴۰۶ق)، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، قم، مؤسسه فرهنگی - اسلامی کوشانیور، چاپ دوم.
۴۷. محقق حلّی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم.
۴۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم.
۴۹. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین (۱۴۰۶ق)، منهج المؤمنین، قم، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی ۱، چاپ نخست.
۵۰. منتظری، حسین علی (۱۴۲۹ق)، حکومت دینی و حقوق انسان، قم، ارغوان دانش، چاپ نخست.
۵۱. \_\_\_\_\_ (بی‌تا)، رساله استفتانات (منتظری)، تهران، نشر سایه، چاپ نخست.
۵۲. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم.
۵۳. نجفی، کاشف الغطاء (۱۳۶۶ق)، وجیزه الأحکام، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ دوم.
۵۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۱ق)، النور الساطع فی الفقه النافع، نجف اشرف، مطبعة الآداب، چاپ نخست.
۵۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۳ق)، هدی المتقین إلی شریعة سید المرسلین، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ نخست.
۵۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۳ق)، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ نخست.

۵۷. نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، اصل قضایی بودن مجازات‌ها، تهران، شهر دانش، چاپ نخست.
۵۸. نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۵۹. واسطی زبیدی، ابی فیض محمد (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ نخست.





## بررسی فقهی - حقوقی مبنا و ماهیت حریم

عبدالله امیدی فرد\*

رؤیا صارمی جویباری\*\*

### چکیده

حریم در مقررات موجود کارکرد ویژه‌ای دارد. مقررات مختلفی ذیل موضوع حریم وجود دارد که هریک از آنها به مقتضای موضوع خود، حریم را متناسب با آن به کار برده است. از آنجایی که قانونگذار در قوانین مختلف از رویه یکسانی پیروی ننموده، ماهیت و مبنای حقوقی حریم مبهم باقی مانده است.

در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ قانون مدنی، به پیروی از نظر مشهور فقیهان، بر اندازه برخی از حریم‌ها تأکید شده است؛ حال آنکه در دیگر مقررات گاهی نظریه مشهور پذیرفته شده و در برخی موارد به حکم ضرورت از آن تخطی شده است. افزون بر این، ماده ۱۳۶ همان قانون، مبنای حریم را کمال انتفاع و در ماده ۱۳۹ جلوگیری از ضرر دانسته است. از این رو، وجه منطقی جمع دو ماده ذکر شده با تردید روبه‌روست. از آنجایی که در صورت وجود ابهام در مقررات قانونی، قاضی موظف است با مراجعه به منابع معتبر فقهی حکم مسئله را استنباط نماید، می‌توان گفت: براساس ضوابط و اصول فقهی، مبنای کمال انتفاع با در نظر گرفتن ملک ذوالحریم و بدون ملاحظه املاک یا مالکان یا حریم دیگران است. با وجود این، مبنای جلوگیری از ضرر در صورتی مطرح می‌گردد که پای حق دیگری به میان آید. در صورت تعارض میان کمال انتفاع و ضرر، قاعده لاضرر مقدم می‌گردد.

**کلیدواژه‌گان:** حریم، حق، حق حریم، ملک، حق انتفاع.

omidifard.f@gmail.com

saremi.juybari@gmail.com

\* دانشیار دانشگاه قم

\*\* دانشجوی دکتری فقه و مبنای حقوق اسلامی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۰۱

تاریخ تأیید: ۱۳۹۶/۱۲/۱۲

حریم در مقررات موجود کارکرد ویژه‌ای دارد. مقررات مختلفی ذیل موضوع حریم وجود دارد که هریک از آنها به مقتضای موضوع خود، حریم را متناسب با آن به کار برده است. از آنجایی که قانونگذار در قوانین مختلف از رویه یکسانی پیروی ننموده، ماهیت و مبنای حقوقی حریم مبهم باقی مانده است. در این مقاله، تلاش می‌کنیم با بررسی فقهی حقوقی حریم، این ابهام را برطرف کنیم.

### ۱. مفهوم و ماهیت حریم

در این بخش، پس از بررسی مفهوم حریم و مفاهیم مرتبط، به دیدگاه‌های گوناگون درباره ماهیت حریم اشاره می‌گردد.

#### ۱-۱. مفهوم حریم و تمایز آن از مفاهیم مرتبط

##### ۱-۱-۱. مفهوم حریم

حریم بر وزن فعلیل، برگرفته از حرمت به معنای منع است. این واژه گاهی به صورت مصدر، به معنای «محروم کردن» و گاه به شکل اسم مصدر به معنای «تحریم شده» استعمال می‌شود (جوهری، ۱۹۷۴م: ج ۵، ص ۱۸۹۵). وجه تسمیه حریم آن است که منع صاحبش از تصرف در آن یا تصرف دیگران بدون اجازه مالکش ممنوع است (ابن منظور، ۱۳۶۳: ج ۱۲، ص ۱۲۵). به محل‌های اطراف چاه و غیر آن نیز از این جهت حریم گفته می‌شود که کسی نمی‌تواند در آن مکان سکونت گزیده یا درباره آن ادعایی نماید (طریحی، ۱۳۶۷: ج ۶، ص ۳۹).

همچنین گفته شده است حریم در لغت به هر چیزی گویند که مستلزم حمایت باشد و به همین جهت به زنان و مسکن حریم اطلاق می‌گردد (ابن منظور، همان).

فقیهان نیز، با توجه به معنای لغوی حریم، آن را به صورت‌های مختلفی تعریف نموده‌اند: مثلاً حریم به مکان‌های نزدیک هرچیز گفته می‌شود که بهره بردن کامل

مردم از آن مورد نیاز باشد، مانند آبراه، سیل آب و محل ریختن خاک روبه (علامه حلی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۲، ص ۴۱۰؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۵: ج ۳۸، ص ۳۴).

افزون بر این، حریم به مکانی نزدیک به ملک آباد شده‌ای گفته می‌شود که انتفاع از آن ملک متوقف بر آن مکان بوده و ظاهراً در استیلا و تصرف شخص دیگر نیست (فخرالمحققین، ۱۳۸۹ق: ج ۳، ص ۱۵۰).

در ماده ۱۳۶ قانون مدنی نیز آمده است: «حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد». در بند ۱۲ ماده ۱ آئین‌نامه اجرایی قانون اصلاح لایحه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی آمده است: «حریم اراضی عبارت است از مقدار زمینی که در اطراف و جوانب اراضی احیاشده (تأسیسات مادی و غیره) مورد نیاز عادی استفاده از اراضی احیاء شده باشد و مقدار آن به تناسب عنوان ذوی‌الحریم متفاوت است».

از مجموع مطالب ذکر شده به دست می‌آید که مفهوم مشترک حریم در لغت، «منع» است. بر این اساس، مفاهیمی اصطلاحی شکل گرفته است؛ یعنی مکانی که از احترام برخوردار بوده، و دفاع و حمایت از آن ضروری است.

## ۱-۱-۲. وجه تمایز حریم از مفاهیم مرتبط

### ۱-۱-۲-۱. حریم و حق ارتفاق

به موجب ماده ۹۳ قانون مدنی، «ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگر». در عبارات بسیاری از فقیهان، حریم یکی از مصادیق حق ارتفاق محسوب گردیده است (محمدباقر سبزواری، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۵۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۷، ص ۱۵۶). به تبع آن، برخی از حقوقدانان نیز حق حریم را نوعی حق ارتفاق دانسته‌اند (امامی، ۱۳۵۷: ج ۱، ص ۱۲۲). برخی دیگر هم میان حریم و حق ارتفاق قائل به تباین شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج ۱، ص ۴۴۹). با وجود این، به طور کلی، عمده‌ترین فرق‌های میان حریم

و حق ارتفاق را می‌توان چنین بیان کرد:

الف. منشأ پیدایش حریم حکم قانونی یا احیای موات است و حال اینکه سبب پیدایش حق ارتفاق غالباً ارادی و براساس عقد یا اذن مالک است؛

ب. حریم از ملک قابلیت انفکاک دارد ولی حق ارتفاق از ملک تفکیک‌پذیر نیست؛

ج. حریم غالباً در زمین‌های موات واقع می‌گردد و حال اینکه حق ارتفاق غالباً در املاک دیگران قرار دارد (امامی، همان؛ جعفری لنگرودی، همان)؛

### ۱-۲-۲. حریم و حق انتفاع

حق انتفاع حقی است که به‌موجب آن، شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد، استفاده کند.

مهم‌ترین فرق‌های حریم و حق انتفاع چنین است:

الف. حریم با احیای موات یا به‌حکم قانون ایجاد می‌گردد و حال اینکه حق انتفاع به‌موجب عقدی از عقود (عمری، رقبی، سکنی، وقف) به‌وجود می‌آید؛

ب. مورد حریم مال غیرمنقول است ولی مورد حق انتفاع اعم از منقول و غیرمنقول است؛

ج. حریم در زمین‌های موات و محلی که مالک خاص ندارد ایجاد می‌شود، ولی حق انتفاع در مال متعلق به دیگران پدید می‌آید (امامی، ۱۳۵۷: ج ۱، ص ۱۲۴).

### ۱-۲. ماهیت حریم

در خصوص ماهیت حریم و چگونگی سلطه مالک بر حریم با توجه به دیدگاه‌های فقیهان می‌توان سه نتیجه گرفت: مشهور فقیهان از آن تعبیر به ملک کرده‌اند؛ غیرمشهور نیز آن را حق اولویت دانسته‌اند؛ برخی نیز اباحه در انتفاع را پذیرفته‌اند. در ادامه، این دیدگاه‌ها به‌اختصار بررسی می‌گردد.



مشهور فقیهان، به استناد برخی روایات، از جمله صحیحۀ محمد بن عبداللّه، حریم را ملک صاحب آن می‌دانند:

محمد بن ابی نصر عن محمد بن عبداللّه قال: «سئلت الرضا علیه السلام عن الرجل تكون له الضیعة و تكون لها حدود تبلغ عشرين ميلاً أو أقل يأتيه الرجل فيقول: أعطني من مراعي ضيعتك و أعطيتك كذا و كذا درهما فقال: اذا كانت الضيعة له فلا بأس» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۷، ص ۳۳۶):  
 محمد بن عبداللّه می‌گوید: «از امام رضا علیه السلام پرسیدم: شخصی ملکى دارد که حدود آن بیست میل یا قدری کمتر است. شخص دیگری به صاحب ملک می‌گوید: مقداری از چراگاه زمین را در مقابل این چند درهم به من واگذار کن. امام علیه السلام فرمودند: اگر ملک برای او باشد اشکالی ندارد».

از آنجایی که در روایت ذکرشده، معامله معوض حریم پذیرفته شده است، معلوم می‌گردد که حریم در ایجاد، حالت تبعی دارد، ولی پس از ایجاد وصف ملک پیدا می‌کند. با توجه به صحیحۀ بودن روایت، بحث سندی در آن مطرح نیست، ولی در دلالت حدیث بر ملک تردید شده است. صاحب جواهر پس از نقل روایت می‌نویسد: «دلالت حدیث وقتی تمام است که مراد از اعطا، بیع و امثال آن باشد» (۱۳۶۵: ج ۳۸، ص ۳۴). همچنین، گفته شده است صحیحۀ محمد بن عبداللّه بر وجود اصل حدود دلالت دارد، نه نحوه تعیین آن. پس امکان دارد حدود آن با تحجیر و مانند آن به وجود آمده باشد؛ چنان که اگر چند قطعه زمین وجود داشته که به نوبت در آنها کشت گردد، هر بار که در آن زمین کشت نشود، مرتع و چراگاه خواهد شد (خوانساری، ۱۳۶۴: ج ۵، ص ۲۳۲).

با وجود این، بسیاری از فقیهان مفاد روایت ذکرشده و دیگر روایات ناظر به این موضوع را بر ملکیت حریم پذیرفته و چنین گفته‌اند:

«إذا أحيى الإنسان الأرض على ما ذكرناه و ملكها فإنه يملك مرافقها  
التي لا يصلح الأرض الأ بها» (شیخ طوسی، ۱۳۷۶: ج ۳، ص ۲۷۲؛ ابن براج،  
۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۳۰): وقتی که انسان زمینی را احیا کند و به تملک خود  
درآورد، به میزانی که استفاده از زمین بدون آن ممکن نیست، مالک  
حریم آن خواهد شد.

در جای دیگر نیز آمده است: این نکته اختلافی است که آیا مالک ملک آباد،  
مالک حریم آن هم هست یا نسبت به دیگران فقط از حق اولویت در استفاده برخوردار  
است و حریم حقیقتاً ملک او نیست؟ مشهور فقهیان او را مالک حریم می‌دانند،  
همان‌طور که مالک ملک خود است؛ زیرا حریم مکانی است که شخص به‌موجب احیا  
در آن حق پیدا نموده و همانند ملک احیاشده ملک احیاکننده است. دلیل این حکم  
آن است که حریم در بیع اصل ملک داخل بوده و معنای ملک در آن وجود دارد و از  
این رو، شخص دیگری حق احیای آن را نداشته و بدون اذن احیاکننده حق تصرف در  
حریم را ندارد؛ افزون بر این، حق شفعه نیز در راه مشترک جریان دارد که این خود  
دلیل بر ملکیت است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۲، ص ۴۰۷). صاحب جواهر نیز این نظریه را  
تأیید و تقویت کرده است (صاحب جواهر، ۱۳۶۵: ج ۳۸، ص ۳۵).

برخی از فقیهان به نظریه ملکیت حریم انتقاد کرده‌اند. این امر موجب گردیده برخی  
میان ملکیت در حریم و ملک اصلی تفاوت گذاشته و چنین اعلام کنند:

«ملکیت در حریم همانند سایر ملکیت‌ها نیست؛ زیرا بسیاری از لوازم  
ملکیت در آن وجود ندارد و از این رو، گاهی به‌وجود آمده و گاهی ازبین  
می‌رود.» (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق: ج ۷، ص ۱۵)

همین نظریه نیز در قانون مدنی پذیرفته شده است. در ماده ۱۳۹ این قانون آمده  
است:

«حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن، که

منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است، بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست».

سیوطی، از عالمان بزرگ شافعی، می‌نویسد: «الحریم له حکم ماهو حریم له»: حریم دارای همان حکمی است که متعلق و صاحب آن (یعنی ملک اصلی) داراست (سیوطی، ۱۳۱۳: ج ۱، ص ۲۸۶). ابن قدامه نیز در المغنی می‌گوید:

«احیا آن است که زمینی برای انتفاع فراهم شود و احیاکننده، مالکِ قرار نهر و اطراف آن می‌گردد. فضا حقی است برای او و همچنین، حریم آن که از دو طرف به آنجا خاک می‌ریزند. ولی قاضی (ابویوسف) حریم نهر را ملکِ مالکِ نهر نمی‌داند. شافعی نیز چنین می‌گوید. اما بنابر ظاهر گفته خرقی، حریم در حکم ملک صاحب نهر است؛ به دلیل روایت نبوی ﷺ که فرموده‌اند: اگر کسی زمین بی‌مالک را احیا کند، آن زمین در ملکیت او قرار می‌گیرد» (ابن قدامه، ۱۴۰۴ق: ج ۶، ص ۱۷۱).

ماده ۱۲۸۶ تحریرالمجله نیز حریم چاه‌ها را ملک صاحبان آن می‌داند (آل

کاشف‌الغطاء، ۱۹۸۹م: ج ۲، ص ۳۵۴)

### ۱-۲-۲. حق اولویت

در مقابل نظریه ملکیت حریم، برخی از فقیهان برای صاحب ملک فقط اولویت در انتفاع حریم را پذیرفته و در ردّ نظریه ملک گفته‌اند: «حریم احیا نشده است تا موجب ملکیت گردد و از طرفی، پس از احیای اصل ملک اگر در مالکیت حریم شک کنیم، اصل عدم ملکیت است» (حسینی شیرازی، ۱۴۱۰ق: ج ۸۰، ص ۷۷). برخی از استفتائات موجود نیز این نظر را تأیید می‌کند: مثلاً در جواب استفتایی چنین آمده است: «... در هر صورت، حریم و مرتع ملک نیست و فقط متعلق حق است که دیگران نمی‌توانند با صاحب حق مزاحمت کنند» (تبریزی، بی‌تا: ص ۲۷۵).

در مقابل، گفته شده است هرچند در حریم، احیای مستقل صورت نگرفته است،

در احیا ضرورتی به آباد کردن جزء جزء مال نیست. احیای هر چیزی به حسب حال خود آن مال است (صاحب جواهر، ۱۳۶۵: ج ۳۸، ص ۳۵). از این رو، بنا بر قول اقوی، هر کس بنایی در زمین موات بسازد، افزون بر مالکیت بنا، مالک عرصه آن نیز می‌گردد؛ با اینکه عملیات احیا در عرصه صورت نگرفته است. پس احیا یا موجب آباد کردن زمین است یا اینکه زمینی را تابع ملک آباد قرار می‌دهد (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۲، ص ۴۰۷).

### ۱-۲-۳. اباحه در انتفاع

با توجه به اشکالات بنیادین دو نظریه پیشین، می‌توان گفت حریم نه ملک است و نه حق؛ بلکه اباحه‌ای است که صاحبان آن به دلیل دفع ضرر از خود از آن بهره گرفته و دیگران بدون اذن او می‌توانند تصرف سازگار و بی‌ضرر در آن بنمایند. جایز نبودن تصرف ناسازگار هم به لحاظ ماهیت حریم نیست، بلکه برای در نظر گرفتن ضرری است که به ملک وارد می‌شود؛ وگرنه چیزی که ملک نیست و متعلق حق دیگری است، تصرف‌شدنی و احیاپذیر خواهد بود.

در باره تحقق نیافتن ملک و حق بر حریم می‌توان گفت: ملک و حق در زمین موات فقط به موجب احیا به وجود می‌آید. از این رو، احیا فقط سبب تملک و اختصاص است و هر تصرف مزاحم با مالک نیز ممنوع است. از طرفی اگر حق بودن حریم ثابت گردد، در این حالت نیز دیگران بدون اذن صاحب حق نمی‌توانند در آن تصرف نمایند؛ حال اینکه این نتیجه منافی آن چیزی است که صاحب جواهر درباره تصرف حریم قریه بدون اذن اهالی آن ذکر نموده است. او نوشته است: اهالی روستا در استفاده از حریم آن به گرفتن اذن نیازی ندارند. قوی‌ترین دلیل برای اثبات حریم سیره عقلا، نفی ضرر مالک و کمال انتفاع از ملک است که هیچ‌کدام دلالت بر ملکیت یا حق بر حریم نمی‌کنند. اگر حقی به وجود آید، به اعتبار ملک است و اگر دیگران از حریم منع می‌گردند، حریم اصالت ندارد تا به صورت مستقل اعتبار گردد؛ بلکه امور ذکر شده صرفاً به موجب اصل ملک جعل گردیده‌اند (فیاض، ۱۴۰۱ق: ص ۱۵۱).

## ۲. مبانی حریم

### ۱-۲. مبانی حریم در فقه

دو مبانی متفاوت دربارهٔ حریم در فقه و به تبع آن در متون حقوقی ملاحظه می‌گردد: مشهور فقیهان مبانی حریم را کمال انتفاع صاحب ملک دانسته‌اند؛ در مقابل، جمعی دیگر آن را بر مبنای قاعدهٔ لاضرر توجیه کرده‌اند. در ادامه، به این دو مبنا اشاره می‌گردد.

### ۱-۱-۲. کمال انتفاع

نظر مشهور فقیهان این است که حریم برای کمال انتفاع مالک زمین ایجاد شده است. از این رو، علت تشریح حریم آن است که احیاکننده بتواند با استفاده از حریم و برخورداری از حق حریم، بیشترین انتفاع و استفاده را از ملک احیاشده ببرد (علامه حلی، ۱۳۷۷ق: ج ۲، ص ۳۰۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۰، ص ۴۲۰؛ عبده بروجردی، بی‌تا: ص ۱۸). به عبارت دیگر، فلسفهٔ تشریح حریم (که در واقع، هم باعث توسعه و هم سبب تحدید حق مالکیت می‌گردد) این است که اثر مالکیت فردی، یعنی همان کمال انتفاع، بدین وسیله حاصل آید. در مادهٔ ۱۳۶ قانون مدنی نیز همین مبنا پذیرفته شده است. در این ماده آمده است: «حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد». صاحب جواهر (۱۳۶۵: ج ۳۸، ص ۳۴) و جمع دیگری از فقیهان نیز به این مطلب تصریح کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۲۵۵؛ همان: ج ۱۲، ص ۴۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۴، ص ۴۹۹).

برخی حریم را دو نوع دانسته و چنین گفته‌اند: برای چاه و قنات دو نوع حریم وجود دارد: ۱. حریم قریب: مقدار زمینی از محیط حلقهٔ چاه به شعاع تقریبی یک متر از مرکز دایرهٔ انتهایی آن است که برای نصب چرخ تلمبه به‌منظور کشیدن آب یا تصفیهٔ چاه معین گردیده است. ممکن است عرفاً حریم مذکور از این مقدار هم تجاوز کند؛ مثلاً برای کشیدن آب با دلو و چهارپا مقدار زیادتری لازم باشد و از این رو، مقدار حریم

به نیاز صاحب چاه بستگی دارد. ۲. حریم بعید: مقدار زمینی در اطراف چاه یا مسیر قنات است که به منظور حفظ آب چاه از تلف شدن و ضایع شدن معین گردیده است. این مقدار حریم در تصرف صاحب ملک قرار ندارد؛ بلکه برای منع از متصرف صاحب ملک مجاور وضع گردیده است. از این رو، مقدار این حریم تا جایی توسعه پذیر است که برای کمال انتفاع و دفع ضرر ضروری باشد (سیستانی، ۱۴۱۴ق: ص ۲۸۵؛ سیدعبدالأعلی سبزواری، ۱۴۱۴ق: ج ۲۳، ص ۲۳۷؛ امامی، ۱۳۵۷: ج ۱، ص ۱۲۲؛ کاتبی، بی تا: ص ۹۳).

تقسیم بندی حریم به قریب و بعید اختصاص به قنات و چاه ندارد. در انواع دیگر حریم نیز به این مسئله توجه می شود؛ زیرا این مسئله با توجه به اعتبار نوع تصرفات قابل طرح است و می توان گفت در هر حریم مطلق تصرفات دیگران به حریم قریب ممنوع است، ولی در حریم بعید فقط تصرفات آسیب رسان منع شده است.

## ۲-۱-۲. جلوگیری از ضرر

ابن جنید اسکافی نخستین فقیهی است که، با استناد به روایاتی، مبنای حریم را دفع ضرر از ملک احیاشده دانسته است. او می گوید: «مقررات مربوط به حریم بدان جهت تشریح گردیده که مالک در تصرفات خویش با حرج و ضرر روبه رو نگردد» (علامه حلی، ۱۳۹۸ق: ج ۲، ص ۳۶۹). برخی از فقیهان صریحاً مبنای ابن جنید را پذیرفته و برخی دیگر با وجود اعلام قوت این دیدگاه، با مشهور هماهنگ شده اند. فقیهانی چون علامه حلی (۱۳۷۲: ج ۱۲، ص ۴۱۱)، شهید ثانی (۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۲۹۸)، سبزواری (محمدباقر سبزواری، ۱۴۲۳ق: ص ۵۳۲) و صاحب مفتاح الکرامه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق: ج ۷، ص ۲۲) از پیروان این نظریه اند.

مهم ترین مستندات این نظریه عبارت اند از:

الف.

عن محمد بن الحسن (الحسین) قال کتبت الی ابي محمد علیه السلام رجل کانت له قنات فی قرية فأراد رجل أن یحفر قناتة أخرى إلی قرية له کم

يكون بينهما في البعد حتى لا يضرّ إحداهما بالأخرى في الأرض إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوق عليه السلام على حسب أن لا تضرّ إحداهما بالأخرى إن شاء الله» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۷، ص ۳۴۲): راوی می‌گوید: «به امام حسن عسکری علیه السلام نوشتم: شخصی در روستایی قناتی دارد و دیگری می‌خواهد قنات دومی حفر کند. در صورتی که زمین سخت یا سست باشد باید چه فاصله‌ای میان آن دو قنات رعایت شود تا به دیگری ضرر نرساند؟ امام علیه السلام در جواب فرمودند: در اینجا باید فاصله به مقداری رعایت شود تا موجب ضرر به دیگری نگردد.»

ب.

عن عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أتى جبلاً فشق فيه قنات فذهبت الأخرى بماء قناة الأول قال: فقال: يتقاسمان [يتقاسمان] بحقائب البئر ليلة ليلة فينظر أيتهما أضرت بصاحبتهما، فإن رأيت الأخيرة أضرت بالأول فلتعور (همان: ص ۳۴۴، ح ۱): راوی از امام صادق علیه السلام راجع به شخصی سؤال می‌کند که در کوهی قناتی حفر می‌کند و سپس شخص دیگری در کنار آن، قناتی دیگر احداث کند که قنات دوم آب قنات نخست را جذب می‌کند. امام علیه السلام در جواب می‌فرمایند: «به نوبت، هر شب یک قنات را مسدود کنند تا ملاحظه شود کدام یک آب قنات دیگر را جذب می‌کند. اگر قنات دوم آب اولی را جذب کند، باید قنات دوم را مسدود کرد.»

باوجود این، از آنجایی که در برخی از روایات مقدار حریم چاه و قنات مشخص شده است، برخی از فقیهان با ملاحظه روایات ذکر شده بر این عقیده‌اند که مقدارهای یادشده موضوعیت نداشته و چه بسا ممکن است با توجه به ضرر، آن مقدار توسعه یا تضییق گردد. البته، نظر مشهور خلاف این است: فاصله‌های تعیین شده برای حریم





چاه و قنات در روایات را دارای ویژگی موضوعی دانسته، به ایراد ضرر توجهی ننموده و رعایت آن فاصله‌ها را لازم می‌دانند؛ هرچند در فاصله کمتر از آن به چاه مجاور ضرری وارد نیاید.

ابن جنید به غالبی بودن اندازه‌های تعیین شده در روایات عقیده داشته است. بر این اساس، هرگاه کسی چاهی را در کنار چاه دیگر حفر کند که موجب ضرر چاه سابق باشد، صاحب چاه متضرر، حق ممانعت از صاحب چاه دوم را داراست؛ هرچند در فاصله بیش از پانصد ذراع در زمین سخت و هزار ذراع در زمین سست باشد. اگر هم موجب ضرر به چاه سابق نباشد، صاحب چاه نخست نمی‌تواند از این کار جلوگیری کند؛ هرچند فاصله‌اش کمتر از مقدارهای ذکر شده باشد (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق: ج ۱، ص ۱۰۰).

صاحب جواهر و صاحب مدارک نیز بر قوت نظر ابن جنید تصریح کرده‌اند (صاحب جواهر، ۱۳۶۵: ج ۳۸، ص ۴۵؛ خوانساری، ۱۳۶۴: ج ۵، ص ۲۳۹).

علامه پس از نقل روایات مستند مشهور می‌نویسد: ابن جنید بر آن است که اندازه‌های تعیین شده غالباً ضرر را از دو چشمه مرتفع می‌سازد؛ ولی هرگاه معلوم گردد حفر چشمه جدید بر آب چشمه سابق ضرر زده است، دومی مجاز به حفر چشمه نیست. اگر هم پس از احداث چشمه، ضرر آشکار شود و صاحب حریم نخست منع آن را مطالبه کند، بیشتر روایاتی که در آن به «لاضرر و لاضرار» استناد شده، مانع استقرار حق دومی، به لحاظ تحقق ضرر، می‌گردد و موجب جلوگیری از ضرر او می‌شود. بنابراین، ملاکی که ابن جنید ذکر نموده، یعنی ضرر، بسیار مناسب است (علامه حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۶، ص ۱۷۱).

افزون بر این، روایات مورد استناد مشهور، علاوه بر ضعف سند، بیانگر اندازه‌های متفاوت میان حریم چاه و چشمه هستند؛ حال اینکه مقتضی آن است که فرقی میان چاه و چشمه نباشد. از این رو، همان‌گونه که احداث چشمه در مقدار مقرر شده جایز نیست، احداث چاه هم باید از همان مقدار جایز نباشد نه به آن صورت که مطلق تصرف



در حریم چاه جایز نباشد. ابن جنید به دلیل ضعف مستند مشهور، ملاک در مقدار را فاصله‌ای می‌داند که موجب ضرر نگردد. براساس جمع میان روایات و نفی ضرر و روایات دال بر جواز احیای نامحدود، باید گفت نظر ابن جنید ظهورش بر مدعی بیشتر است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۴، ص ۴۱۴؛ محمدباقر سبزواری، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۲۴۹).

شهید صدر نیز می‌نویسد: «المیزان فی حریم البئر والنهر و نحوهما عدم الإضرار الناشئ من ناحية القرب المکانی» (صدر، ۱۹۹۰م: ج ۲، ص ۱۸، پاورقی ۲).

معیار در حریم چاه، نهر و مانند آن این است که به دلیل نزدیک بودن فاصله‌های مکانی موجب اضرار نگردد. افزون بر این، ممکن است تعیین اندازه‌های تعیین شده در اخبار مربوط به مواردی باشد که ورود ضرر محرز نیست (صاحب جواهر، ۱۳۶۵: ج ۳۸، ص ۴۶).

باوجود اینکه استدلال ابن جنید، مستند به روایات صحیحه، از وجاهت منطقی بالایی برخوردار است، مهم‌ترین دلیل بر استقبال نشدن از نظریه او مخالفت با مشهور بیان شده است. در مقابل، هرچند مستند مشهور روایات ضعیف‌السند است، گفته شده که ضعف سندی روایات نیز به واسطه شهرت جبران می‌گردد.

به نظر برخی فقیهان، بهتر آن است که بگوییم: تمسک مشهور به یک دسته از روایات، بیانگر تخییری بودن مفاد روایات است نه چشم‌پوشی از روایات مورد استناد ابن جنید. از این رو، انتخاب و عمل مطابق با یک دسته از روایات درباره میزان حریم دلیل بر بی‌اعتبار دانستن روایات دیگر تلقی نمی‌گردد (خوانساری، ۱۳۶۴: ج ۵، ص ۲۳۹).

هرچند توجیه ذکرشده از وجاهت خوبی برخوردار است، به گفته برخی نویسندگان، با نظر مشهور سازگاری ندارد؛ زیرا هیچ‌یک از طرفداران نظریه مشهور چنین ادعایی نداشته‌اند. آنها به صراحت از نظریه ابن جنید انتقاد کرده‌اند (غفاری، ۱۳۸۷: ص ۱۰۷).

با چشم‌پوشی از مطالب ذکرشده، شاید بتوان گفت: هر یک از اندازه‌های تعیین شده در روایات با اندازه‌های مورد نظر عرف مردّد است. به همین جهت، برخی از فقیهان

اقدام به تعیین میزان نموده و آن را مقید به وارد نشدن ضرر نموده‌اند. پس حریم هریک از موارد، مانند چشمه و چاه، مقدار زمین اطراف آن است که بنابر نظر عرف به آن مقدار نیاز باشد و در کمتر از آن فاصله ضرر و زیان حادث گردد. درباره‌ی اندازه‌های مقررشده تعبد شرعی وجود ندارد؛ بلکه احادیث واردشده ناظر به عرف زمان صدور روایت هستند. بنابر نظر صحیح‌تر، تشخیص ضرر به اشخاص خبره و اهل فن صالح سپرده می‌شود تا براساس مصلحت عمومی و شخصی افراد عمل کنند. آن افراد نیز به تناسب زمان‌ها، شهرها، مکان‌ها و حالت‌های گوناگون ممکن است نظرات متفاوت بدهند (آل کاشف‌الغطاء، ۱۹۸۹م: ج ۱۲، ص ۲۵۶).

بر همین اساس، امروزه هرگاه بخواهند شهری احداث کنند، اندازه‌ی راه و مسائل مرتبط دیگر را به مهندسان واگذار می‌نمایند تا آنان براساس مصلحت عمل نمایند. بی‌گمان، شرع نیز خیر و مصلحت عمومی را می‌پذیرد. روایات فقط حدود و شروط و ملزوماتی را مشخص می‌کند که در آن زمان بوده است؛ زمانی که ماشین‌ها و نیروگاه‌ها و فرودگاه‌ها وجود نداشته است، اما امروز آن اندازه‌ها موضوعیت ندارند. بنابر گفته‌ی برخی فقیهان، بی‌گمان، اگر امام علیه السلام در زمان ما حاضر بودند و می‌خواستند روستا یا شهری بنا کنند، حتماً کار مرافق و حدود آن را به‌طور کامل به شخص کاردان و اهل تخصص می‌سپردند (مغنیه، ۱۳۷۰: ج ۵، ص ۶۰).

## ۲-۲. مبانی حریم در حقوق

حریم در مقررات گوناگون با توجه به موضوعات خاص، و متناسب با آن موضوعات، با رویه‌های متفاوتی آمده است. در ماده ۱۳۶ قانون مدنی آمده است:

«حریم مقداری از اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع ضرورت دارد».

همچنین، ماده ۱۳۹ همان قانون مقرر می‌کند:

«حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن، که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است، بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند؛ ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است.»

بر این اساس، ماده ۱۳۶ مبنای حدود حریم را کمال انتفاع و ماده ۱۳۹ عدم ضرر دانسته است. از آنجایی که برخی از فقیهان جلوگیری از کمال انتفاع را ضرر محسوب نکرده و در آن تردید نموده‌اند، برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ص ۳۳۷) بر این عقیده هستند که از نظر فقهی، جمع میان دو ماده ذکر شده وجه منطقی ندارد. از جهت تعیین ملک حریم نیز قانون دارای ابهام است و برای رفع آن باید گفت: نقص در انتفاع ضرر محسوب می‌شود و در نهایت، ملاک تعیین حریم همان جلوگیری از ضرر است.

برخی دیگر (امامی، ۱۳۵۷: ج ۱، ص ۱۲۲) ملاک تعیین حریم را کمال انتفاع در ملک دانسته و ضرر را ضرر فرضی عنوان نموده و معتقدند: مقصود از ضرر فرضی آن است که در فرض تجاوز به حریم به صاحب آن زیان وارد می‌آید.

آنچه محل تأمل به نظر می‌رسد، این است: با توجه به اینکه برخی از فقیهان درباره چاه و قنات و چشمه به دو حریم عقیده دارند، آیا ممکن است برای رفع ابهام میان دو ماده ۱۳۶ و ۱۳۹، ماده ۱۳۹ را حمل بر حریم دوم نماییم؟

برخی گفته‌اند ظاهراً م ۱۳۸ می‌تواند مؤید جمع ذکر شده باشد، زیرا این ماده تعیین اندازه‌ها را در سه مورد خاص برای جلوگیری از ضرر دانسته است؛ از این رو، حریم مذکور در ماده ۱۳۶ ملک تبعی محسوب می‌شود و حدود آن محدود به کمال انتفاع است؛ یعنی حریمی که برای بارانداز، گذاشتن چرخ آب و وسایل لازم برای موارد دیگر استفاده از حریم ضروری است. با وجود این، حریم پیش‌بینی شده در ماده ۱۳۹ مربوط

به حریم دوم، مثل چاه، چشمه و قنات است که در حکم ملک بوده و افراد دیگر با رعایت ماده ذکر شده حق تصرف در آن را دارند (غفاری، ۱۳۸۷: ص ۱۱۹). بر این اساس، فاصله‌های ذکر شده در ماده ۱۳۸ برای حریم اماره قانونی ایجاد ضرر است؛ پس خلاف آن اثبات‌شدنی است و نباید آن را قاطع پنداشت (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ص ۲۳۹).

از این رو، برخی از حقوقدانان گفته‌اند دادگاه می‌تواند از نظر کارشناس تبعیت کند، زیرا در امارات، اصل بر نسبی بودن است و اماره بر مطلق بودن بسیار اندک و نادر می‌نماید. افزون بر این، با توجه به پیشینه تاریخی مواد درباره حریم، همه مواد یاد شده بر اساس قاعده لاضرر پی‌ریزی شده است. وقتی که ضروری متوجه ادعاکننده دعوی یاد شده نباشد، جلوگیری از حفر قنات و امور کشاورزی و آبیاری به صرف جمود بر الفاظ قانون دلیلی نخواهد داشت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج ۳، ص ۹۰).

با این حال، شعبه نخست دیوان عالی کشور در حکم شماره ۲۹۰۳ مورخ ۱۳۲۱/۹/۱۳ ادعای خلاف را مسموع ندانسته و اندازه‌های تعیین شده در مواد یاد شده را اماره قاطع و مطلق فرض کرده است (متین دفتری، ۱۳۶۴: ص ۲۹۵). همچنین، مطابق تبصره ماده ۳۸ قانون آب و نحوه ملی شدن آن، وزارت نیرو تشخیص حریم چاه، قنات و مجرا را برعهده دارد. بر این اساس، برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که این تبصره ناسخ ماده ۱۳۷ قانون مدنی است؛ در مقابل، برخی نسخ را نپذیرفته و می‌گویند باید میان آن دو ماده جمع نمود: اماره‌ها باقی است و خلاف آن را وزارت نیرو می‌تواند احراز کند. به‌ویژه باقی‌گذارن ماده ۱۳۷ در اصلاحات سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ توهم نسخ را از بین می‌برد (کاتوزیان، همان: ص ۹۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ص ۳۲۳).

پرواضح است که جمع اندازه‌های آورده شده در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸، که ظاهراً بر مبنای قول مشهور تدوین شده و تکیه بر ضرر دارد، ابتکار قانونگذار را در بهره‌مندی از مزایای هر دو نظریه نشان می‌دهد؛ یعنی او می‌خواهد با توجه به اماره بودن اندازه‌های قانون، حریم را بسازد و با توجه به ایراد ضرر از اماره یاد شده دست بکشد و تا

میزان رفع ضرر، اندازه حریم را افزایش دهد. اما واقعیت خارجی، امروزه این ابتکار قانونگذار را از اهمیت ساقط کرده است؛ زیرا امروزه اماره قانونی ذکر شده با پدید آمدن ابزار و وسایل محاسباتی دقیق، کاربردش بسیار اندک شده است؛ این موضوع اماره بودن آن را زیر سؤال می‌برد، چون اندازه‌های ذکر شده اماره‌ای برای دفع زیان است و در صورتی که در آن فاصله، زیان وارد آید، نقض می‌پذیرد. همچنین، برای اینکه دانسته شود که در فاصله کمتر نیز زیانی نمی‌رسد، به راحتی می‌توان از وسایل و ابزارهای کنونی بهره گرفت.

از طرفی، اطلاق اماره بودن اندازه‌ها خدشه‌پذیر است، زیرا اماره جایی به کار می‌رود که در بیشتر موارد صدق نماید و در مواردی که مبهم است، براساس تسری حکم غالب به آن، تردید مرتفع می‌گردد. امروزه حریم قنات، چشمه و چاه با استفاده از جدیدترین فرمول‌های علمی و با محاسبات دقیق وضعیت منطقه و آمار هیدروژئولوژیک<sup>۲</sup> محل و با لحاظ برخی عوامل دیگر تعیین می‌شود؛ بنابراین، دیگر به اماره مزبور نیازی نیست. از این رو، آثار ناکارآمدی مقررات موجود در قانون مدنی درباره حریم نمایان می‌گردد و باید براساس ضوابط و اصول فقهی این خلأ قانونی مرتفع گردد. بدین صورت که مبنای کمال انتفاع با در نظر گرفتن ملک ذوالحریم و بدون ملاحظه املاک یا مالکان یا حریم دیگران است. با وجود این، مبنای جلوگیری از ضرر در صورتی مطرح می‌گردد که پای حق دیگری به میان آید؛ در این صورت، با توجه به اصول و قواعد کلی حاکم بر تعارض میان «کمال انتفاع و ضرر» یا «دو ضرر» حکم مسئله استنباط می‌شود: با این توضیح که در صورت تعارض میان کمال انتفاع و ضرر، قاعده لاضرر مقدم گردیده و در صورت تعارض میان دو ضرر، براساس قاعده تراحم، ضرر اهم بر مهم یا مهم بر غیرمهم ترجیح داده می‌شود. در نتیجه، از حریم ملکی که موجب ضرر ملک دیگر گردد، جلوگیری می‌شود.

## نتیجه‌گیری

استفاده از بیشتر املاک، مستلزم آن است که زمین اطراف آن به ملکیت دیگری در نیاید یا دست‌کم تصرفی در آن نشود که انتفاع از ملک را دشوار یا ناممکن سازد. به آن مقدار زمین، در اصطلاح، «حریم» و حقی را که مالک بر آن دارد، «حق حریم» گویند. هدف اصلی از شناسایی حریم، یا کمال انتفاع مالک از ملک خویش است یا جلوگیری از ورود ضرر به صاحب آن. تأمین هریک از این دو هدف فقط موجب ممنوعیت دیگران از تملک حریم است نه محرومیت کامل آنان از تصرف در آن زمین. از این رو، آنان باید صرفاً از تصرفاتی که مضر محسوب می‌گردد، خودداری نمایند. بر این اساس، تعارض مفاد دو ماده ۱۳۶ و ۱۳۹ قانون مدنی، با توجه به اصول و قواعد کلی حاکم بر تعارض حل می‌شود؛ بدین صورت که در صورت تعارض میان کمال انتفاع و ضرر، قاعده لا ضرر مقدم گردیده و از حریم ملکی که موجب ضرر به ملک دیگر گردد، جلوگیری می‌شود. آن‌گاه که حق حریم مانع از تملک دیگران می‌گردد، شباهت زیادی به حق مالکیت پیدا می‌کند؛ زیرا انتفاع از ملکی را به انحصار در اختیار صاحب حریم قرار می‌دهد، ولی چون، در هر حال، با در نظر گرفتن مالکیت صاحبش و به تبعیت از آن بر ملک دیگری ایجاد می‌شود، باید آن را نوعی حق اختصاص دانست که مالک بر اراضی موات و مباح پیدا می‌کند.

## پی‌نوشت:

۱. ماده ۱۳۸: «حریم چشمه و قنات از هر طرف در زمین رخوه ۵۰۰ گز و در زمین سخت ۲۵۰ گز است؛ لیکن اگر مقادیر مذکوره در این ماده و ماده قبل برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد، به اندازه‌ای که برای دفع ضرر کافی باشد به آن افزوده می‌شود.»

۲. Hydrogeologic. «آب‌زمین‌شناسی» (انگلیسی: Hydrogeology) شاخه‌ای از دانش زمین‌شناسی است که به مطالعه پراکندگی و حرکت آب‌های زیرزمینی در خاک و سنگ‌های پوسته زمین و به‌ویژه در سفره‌های آب زیرزمینی می‌پردازد. این اصطلاح ترکیبی از واژه‌های hydro به معنای آب و geology به معنای دانش مطالعه زمین است (به نقل از ویکی‌پدیا).

## کتابنامه

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۹۸۹م)، تحریر المجلة، بیروت، دارالتعاريف.
۲. ابن براج، قاضی عبدالعزيز (۱۴۰۶ق)، المهذب البارع، قم، مؤسسه انتشارات اسلامى.
۳. ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۴ق)، المغنى، بیروت، دار إحياء التراث العربى.
۴. ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۳۶۳)، لسان العرب، قم، أدب الحوزة.
۵. امامى، سيدحسین (۱۳۵۷)، حقوق مدنى، تهران، كتاب فروشى اسلاميه، چاپ هفدهم.
۶. تبریزی، شیخ جواد (بی تا)، استفتائات جدید، قم، سرور، چاپ نخست.
۷. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر (۱۳۷۸)، دایرة المعارف حقوقى، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶)، حقوق اموال، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم.
۹. جوهرى، اسماعیل بن حماد (۱۹۷۴م)، الصحيح فى اللغة والعلوم، بیروت، دارالحضارة العربية.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ نخست.
۱۱. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۰ق)، الفقه، بیروت، دارالعلوم.
۱۲. حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۸ق)، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة، بیروت، دارالتراث، چاپ نخست.
۱۳. خوانساری، سید احمد (۱۳۶۴)، جامع المدارک فى شرح مختصر النافع، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۴ق)، مهذب الأحکام، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۵. سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۴۲۳ق)، کفایة الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامى، چاپ نخست.
۱۶. سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ق)، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، بیروت، دارالمورخ العربى، چاپ نخست.
۱۷. سیوطی، جلال الدین (۱۳۱۳)، الأشباه والنظائر، مکه، مطبعة الترقى، چاپ نخست.
۱۸. شهید ثانی (زین الدین بن علی جبعی عاملی) (۱۴۱۴ق)، مسالک الأفهام فى شرح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.





۱۹. شیخ طوسی (محمدبن حسن) (۱۳۷۶)، المبسوط، تهران، مكتبة المرتضوية، چاپ نخست.
۲۰. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۳۶۵)، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ دوم.
۲۱. صدر، سیدمحمدباقر (۱۹۹۰م)، منهج الصالحین (با تعلیق شهید صدر)، بیروت، انتشارات دارالتعارف، چاپ نخست.
۲۲. طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۲ق)، ریاض المسائل، بیروت، دارالهادی.
۲۳. طریحی، فخرالدین (۱۳۶۷)، مجمع البحرين، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ دوم.
۲۴. عبده بروجردی، محمد (بی تا)، مجموعه حقوقی، ش ۳۴، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۵. علامه حلی (حسن بن یوسف حلی) (۱۳۷۶)، تحریر الأحکام، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۲)، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۶ق)، قواعد الاحکام، قم، انتشارات جامعه مدرسین، چاپ نخست.
۲۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ق)، مختلف الشیعة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷ق)، تبصرة المتعلمین، تهران، کتاب فروشی اسلامیة.
۳۰. غفاری، محمدامین (۱۳۸۷)، «بازشناسی مبانی حریم در فقه و حقوق»، پایان نامه سطح ۳ حوزه.
۳۱. فاضل مقداد (عبدالله سیوری) (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع، قم، کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی علیه السلام.
۳۲. فاضل هرنندی، محی الدین (بی تا)، حریم در فقه شیعه، دفتر نمایندگی ولی امر در ستاد مرکزی هیئت های هفت نفره، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۳. فخرالمحققین (محمدبن حسن حلی) (۱۳۸۹ق)، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، قم، المطبعة العلمية، چاپ نخست.
۳۴. فیاض، محمداسحاق (۱۴۰۱ق)، الأراضي، قم، دارالکتاب، چاپ نخست.
۳۵. کاتبی، حسین قلی (بی تا)، مجموعه حقوقی، سال پنجم، ش ۳۴، تهران، وزارت دادگستری.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، اموال و مالکیت، تهران، یلدا، چاپ نخست.
۳۷. متین دفتری، احمد (۱۳۶۴)، مجموعه روبة قضایی حقوقی، تهران، چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم.



۳۸. مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۰)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، قدس، چاپ نخست.

۳۹. ویکی پدیای فارسی، ذیل اصطلاح «آب‌زمین‌شناسی»، قابل دسترسی در:

<<https://fa.wikipedia.org>>





## نقش‌بازشناسی حقیقت حکم شرع در مسئله ضد

بلال شاکری\*

### چکیده

یکی از نکات اساسی در مباحث تحلیلی و ارائه نظریات، بیان آثار و ثمرات تحلیل‌های صورت‌پذیرفته است؛ البته، این نکته معمولاً مغفول واقع می‌شود. یکی از مباحث تحلیلی علم اصول، که دچار این نقصان است، مبحث «حقیقت حکم شرعی» است. نسبت به اینکه در تحلیل حقیقت حکم شرعی به چه نظریه‌ای قائل شویم، آثار متعددی در علم اصول پدید می‌آید. مثلاً در مسئله امر به شیء مقتضی نهی از ضد عام و براساس مسلک تلازم، سه نوع اثرگذاری را براساس مبانی مختلف درباره حقیقت حکم شرعی می‌توان شناسایی کرد. برخی از نظریات موجب می‌شود مسلک تلازم در مسئله ضد بی‌معنا و نادرست جلوه کند؛ اما نتیجه پذیرش برخی مبانی دیگر امکان چنین مسلکی را تصحیح می‌کند. باوجود این، برخی مبانی در بحث حقیقت حکم شرعی مسلک تلازم را گامی به جلوتر رانده و نه تنها امکان طرح آن را تصحیح می‌کند، بلکه به بسیاری از اشکالات ثبوتی و اثباتی وارد بر این نظریه پاسخ می‌دهد و پذیرش چنین مسلکی را در مسئله ضد معقول می‌نمایاند.

**کلیدواژگان:** ضد عام، حقیقت حکم شرعی، مسلک تلازم.

یکی از مباحثی که در سده‌های اخیر در علم اصول فقه مطرح شده، بحث از ماهیت حکم شرعی است. ماهیت حکم شرعی یکی از مسائلی است که از دوران شیخ انصاری و شاگرد وی، محقق خراسانی، در کتاب‌های اصولی مطرح شده است. البته، این بدان معنا نیست که نتوان سررشته‌ی چنین مباحثی را در کتب پیش از ایشان یافت؛ بلکه ریشه‌هایی از توجه به این مسئله در کتاب‌های اصولیان پیشین نیز یافتنی است، هرچند بدان تصریح نشده باشد. اما پس از شیخ انصاری و محقق خراسانی و با توجه به طرح نظریه‌ی مراتب حکم شرعی از سوی محقق خراسانی، بر توجه علما به بررسی و تحلیل این مسئله افزوده شد. با این حال، بیشتر توجه عالمان در این مسئله به تحلیل اصل مسئله و شناسایی حقیقت و ماهیت حکم شرعی معطوف شده و کمتر به ثمره و تطبیقات تحلیل حقیقت حکم شرعی توجه شده است. از این رو، این پرسش‌ها در ذهن شکل می‌گیرد:

ثمره‌ی عملی اینکه علمای معاصر با رویکردی جدید به تحلیل مباحث مرتبط با حکم شرعی، از جمله شناسایی حقیقت آن پرداخته‌اند، چیست؟ در کجای اصول و فقه تأثیرگذار است؟ آیا اگر طرح چنین مسائلی ثمره‌ی عملی ندارد، موجب تورم بی‌فایده‌ی علم اصول (که بسیاری از آن گله‌مندند) نمی‌شود؟

در پاسخ به پرسش‌های بالا باید گفت تحلیل ما از حقیقت حکم شرعی دستاوردهایی در علم اصول به‌همراه داشته و پذیرش هریک از آرای مطرح‌شده درباره‌ی حقیقت حکم شرعی آثار متعددی در برخی مباحث مطرح‌شده در اصول فقه، همچون چگونگی جمع میان حکم ظاهری و واقعی، تضاد بین احکام، اشتراک عالم و جاهل، تعدد مجعول، اجزاء و عقاب مکلف دارد.

بررسی هریک از آثار و تطبیقات تحلیل‌های مطرح‌شده درباره‌ی حقیقت حکم شرعی به مجال گسترده‌ای نیازمند است؛ بنابراین، نوشتار حاضر به بررسی تطبیقی و

تأثیر نظریات مطرح شده در ماهیت و حقیقت حکم شرعی در یکی از مباحث اصولی با عنوان «امر به شیء مقتضی نهی ضد»، به عنوان نمونه‌ای کوچک از تأثیرات این مسئله، خواهد پرداخت. پرواضح است که اثبات یا عدم اثبات نهی از ضد دارای آثار مستقیمی در مباحث فقهی است؛ زیرا اگر وجود نهی در ضد عام به اثبات برسد، می‌توان علاوه بر بیان حرمت ترک واجبات و وجوب ترک محرّمات، مبعوضیت و بطلان ضد خاص عبادی یا بطلان امور معاملی را (البته، بنابر اختلاف مبنایی که در دلالت نهی بر فساد وجود دارد) نتیجه گرفت.

نکته‌ای که پیش از آغاز سخن باید تذکر داده شود، اینکه:

در نوشتار حاضر عهده‌دار نقد و بررسی مبنایی مختلف و مؤثر در بحث نیستیم، بلکه صرفاً در پی تحلیل و بررسی اثر هریک از مبنایی مؤثر در این مسئله هستیم. نقد و بررسی هریک از مبنایی مؤثر جایگاه دیگری می‌طلبد.

### ۱. موضوع‌شناسی مسئله (تقریر محل سخن)

نوشتار پیش‌رو ارتباط میان دو مسئله اصولی را مورد بررسی و تطبیق قرار می‌دهد. بنابراین، نخست ارائه توضیح مختصری درباره حقیقت حکم شرعی و مسئله ضد در علم اصول برای روشن شدن موضوع سخن لازم خواهد بود.

در بحث ضد دو عنوان کلی مطرح است: ۱. اقتضای امر به شیء نسبت به ضد عام؛ ۲. اقتضای امر به شیء نسبت به ضد خاص.

آنچه محل سخن است، عنوان اول یعنی ضد عام است. علما برای اثبات اقتضای امر نسبت به نهی از ضد عام، سه مبنای متفاوت مطرح کرده‌اند: ۱. عینیت؛ ۲. تضمن؛ ۳. تلازم (صدر، ۱۴۰۵ق: ج ۱، ص ۳۵۲؛ خراسانی، ۱۴۲۵ق: ص ۱۳۳؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۳۱۵؛ فیاضی، ۱۴۱۷ق: ج ۳، ص ۴۴). جستار پیش‌رو تأثیر مبنایی و تحلیل‌های مختلف از حقیقت حکم شرعی در مسلک تلازم را بررسی می‌کند.

درباره ماهیت و حقیقت حکم شرعی نیز به صورت مختصر باید گفت: علما درباره چستی حقیقت حکم شرعی اختلاف نظر دارند؛ به گونه ای که در این باره ده نظریه و احتمال گوناگون از سوی ایشان مطرح شده است. نظریات و احتمالات مطرح شده درباره حقیقت حکم شرعی عبارت اند از:

۱. خطاب: نظر مطرح شده در میان پیشینیان تا حدود زمان شیخ انصاری؛<sup>۱</sup>
۲. خطابات قانونی: نظر امام خمینی علیه السلام (خمینی، ۱۴۱۵ق الف، ج ۲، ص ۲۶-۲۷؛ همو، ۱۴۱۵ق ب: ج ۲، ص ۲۱۴؛ سبحانی، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۲۴۲ و ۲۴۷ و ۲۷۰-۲۷۲ و ۳۲۲ و ۴۳۷؛ همان: ج ۲، ص ۳۳۸)؛
۳. اثر خطاب: تحلیل برگرفته از علمای اهل تسنن و برخی علمای شیعه؛<sup>۲</sup>
۴. اراده شارع: نظر شیخ انصاری و محقق خراسانی (نوری تهرانی، بی تا: ۲۳۲-۲۳۳)؛<sup>۳</sup>
۵. اراده مظهره: نظر سید صدر، آغاضیاء عراقی و میرزاهاشم آملی (همان: بروجردی، ۱۴۱۷ق: ج ۳، ص ۱۸؛ همان: ج ۴، ص ۱۶۷؛ اسماعیل پور اصفهانی شهرضایی، ۱۴۰۴ق: ج ۱، ص ۳۶ و ۲۴۷ و ۲۵۱ و ۳۱۱)؛
۶. حب و بغض (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۲۸۴)؛<sup>۴</sup>
۷. حب و بغض مبرز (همان)؛<sup>۵</sup>
۸. ملاک (مصلحت و مفسده) (نوری تهرانی، همان)؛<sup>۶</sup>
۹. جعل و اعتبار: نظر محقق نائینی، آیت الله خوئی، آیت الله روحانی و آیت الله سیستانی (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹ق: ج ۴، ص ۳۸۴؛ واعظ الحسینی بهسودی، ۱۳۸۶ق: ج ۳، ص ۷۲ و ۱۰۸؛ هاشمی شاهرودی، بی تا: ج ۳، ص ۸۸؛ فیاضی، ۱۴۱۷ق: ج ۳، ص ۲۵۴؛ حکیم، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۱۴۹-۱۵۰؛ قطیفی، ۱۴۱۴ق: ص ۴۶)؛
۱۰. اعتبار مبرز.<sup>۷</sup>

در ادامه، تأثیر مبانی مطرح شده در تحلیل حقیقت حکم شرعی بر اساس نظریه تلازم بررسی خواهد شد.

## ۲. تحلیل و بررسی تأثیر حقیقت حکم در مسئله ضد

بی‌گمان، تحلیل اصولیان از حقیقت حکم شرعی در بحث ضد دارای آثاری است. این تأثیرگذاری را می‌توان در سه مرحله ترسیم کرد:

الف. بر اساس برخی مبانی، هیچ جایگاهی برای طرح نظریه تلازم در مسئله ضد عام وجود ندارد؛ یعنی صورت مسئله و موضوع تلازم بر اساس برخی مبانی از بین رفته و نمی‌توان نظریه تلازم را برای اثبات نهی از ضد مطرح کرد؛

ب. بر اساس تعدادی دیگر از مبانی، امکان طرح نظریه تلازم وجود دارد، هرچند ممکن است اشکالاتی متوجه این نظریه باشد؛

ج. برخی دیدگاه‌ها در حقیقت و ماهیت حکم شرعی، نه تنها امکان طرح نظریه تلازم را تصحیح می‌کنند، بلکه برخی اشکالات وارد بر این نظریه را برطرف کرده و به اثبات اصل این نظریه کمک می‌کنند.

بر این اساس، تأثیر هر یک از مبانی مطرح شده درباره حقیقت حکم شرعی در مسئله ضد، بنابر مسلک تلازم، تحلیل و بررسی خواهد شد.

### ۱-۲. تطبیق بر اساس تحلیل حکم به خطاب، خطاب قانونی، حب و بغض مبرز، اراده مظهره و اعتبار مبرز

درباره قید ابراز، که در سه نظریه حب و بغض مبرز، اراده مظهره و اعتبار مبرز بیان شد، دو احتمال وجود دارد: ۱. این قید مقوم نظرهای مطرح شده نیست؛ بلکه در حقیقت، از نظر قائلان به این سه دیدگاه، حقیقت حکم همان حب و بغض، اراده یا اعتبار است؛ اما با توجه به اینکه اگر حب و بغض یا اراده ابراز نشود، دارای اثر نیست، چنین شرطی لازم دارد؛ ۲. قید ابراز مقوم آرای مطرح شده است.

بنابر احتمال اول، توضیح و تطبیق مد نظر ذیل همان نظریه ارائه خواهد شد. اما بنابر احتمال دوم، درحقیقت، آنچه ماهیت حکم شرعی است، همان ابراز یا خطاب است؛ بنابراین ذیل نظریه خطاب قرار می‌گیرد. در این بخش، تطبیق بحث تلازم میان امر به شیء و نهی از ضد آن بنابر نظریه خطاب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

اگر حقیقت حکم شرعی را خطاب شارع بدانیم، ممکن است ادعا شود جایی برای طرح نظریه تلازم در مبحث ضد عام وجود نخواهد داشت؛ چون:

الف. بحث ضد بحثی عقلی است و در آن از استلزامات حکم شرعی بحث می‌شود؛ درحالی که حکم شرعی از مقوله لفظ و خطاب است. از این رو، اگر تلازم هم ثابت باشد، چون لازمه حکم شرعی از جنس خطاب نیست، دیگر حکم شرعی بر آن صادق نخواهد بود. اگر هم مسئله ضد را بحثی لفظی بدانیم<sup>۸</sup> که مراد دلالت التزامی لفظی باشد، باید گفت دلالت التزامی یکی از مدالیل الفاظ و خطاب است، نه خود خطاب؛ بنابراین، براساس چنین مبنایی می‌توان نظریه تلازم را براساس تحلیل حکم شرعی به مدلول یا اثر خطاب شارع مطرح کرد. این موضوع در جای خود بررسی خواهد شد.

ب. با توجه به اینکه حکم شرعی به معنای خطاب است، باید در ادله شرعی لفظی در پی حکم ضد بود؛ اما در ادله احکام، دو خطاب نسبت به فعل و ضد آن وجود ندارد.

ج. چنین خطایی لغو خواهد بود، زیرا اگر شارع نماز را واجب کرده است، همین وجوب قابلیت داعویت و محرکیت را دارد و شارع برای رسیدن به غرض خود به دو خطاب نیاز ندارد و با یک خطاب به غرض خود می‌رسد.

بنابر تحلیل حقیقت حکم شرعی به خطاب، تأکید نیز نمی‌تواند راهگشای مشکل لغویت باشد. توضیح اینکه:

در صورتی که حکم شرعی را غیر از خطاب شارع تصور کنیم، تأکید معنا دارد و



شارع حکم خود را با دو بیان متفاوت - اثباتی و نفی - به مکلف اعلام کرده است. باوجود این، مفروض این است که خطاب شارع همان حکم شرعی است. بنابر چنین فرضی، تأکید معنا ندارد؛ زیرا در تأکید دو حکم وجود ندارد، بلکه یک حکم است که تکرار می‌شود؛ اما در این موارد حکم وجوب انجام شیء، غیر از حکم حرمت ترک ضد است.

با توجه به مطالب بیان شده باید گفت:

براساس تحلیل فوق از حقیقت حکم شرعی، طرح مسلک تلازم در بحث ضد بی معنا بوده و هیچ‌گونه تصویری برای تصحیح چنین نظریه‌ای وجود نخواهد داشت. در این مسئله میان نظریه خطابات شخصی و خطابات قانونی نیز تفاوتی وجود نخواهد داشت.

## ۲-۲. تطبیق براساس تحلیل حکم به اثر خطاب

چنان‌که بیان شد، در تحلیل ماهیت حکم شرعی به اثر خطاب شارع، اصولیان تقریرهای متفاوتی ارائه کرده بودند. به نظر می‌رسد براساس چنین تحلیلی امکان طرح مسلک تلازم در مسئله ضد وجود دارد.

براساس تقریر مدلول خطاب شارع و همچنین لفظی دانستن بحث ضد، می‌توان به راحتی مسلک تلازم را مطرح کرده و براساس آن ثابت کرد که امر به شیء اقتضای نهی از ضد عام را داراست؛ زیرا خطابات می‌توانند دارای سه مدلول مطابقی، تضمینی و التزامی باشند؛ بنابراین هر امر و دستور شارع، افزون بر دلالت مطابقی بر امر، می‌تواند دارای مدلول التزامی نسبت به نهی از ترک نیز باشد. موارد بسیاری در شریعت نیز هست که در آنها کلام شارع به دلالت مطابقی حکمی را و به دلالت التزامی حکمی دیگر را ثابت می‌کند (مانند مفاهیم که دلالت التزامی کلام شارع هستند).

براساس این تقریب، با مشکل لغویت نیز روبه‌رو نخواهیم بود؛ زیرا هریک از



دلالت‌های مطابقی و التزامی کلام شارع دارای اثر خاصی است و حکم و تکلیفی برعهده مکلف اثبات می‌کند. البته، نتیجه اثبات دو حکم بر ذمه مکلف، پذیرش تعدد عقاب در فرض مخالفت با هر امر شارع است؛ چون با ترک هر امر، درحقیقت، مکلف مرتکب دو عصیان نسبت به امر به شیء و نهی از ضد آن شده است. مسئله تعدد عقاب نیز هرچند مشکل ثبوتی ندارد و از نظر عقلی مانعی برای آن تصویر نمی‌شود (با اثبات دو حکم، اثبات دو عقاب محذور ثبوتی نخواهد داشت)، اما باید دید از نظر اثباتی و دلالت ادله شرعی در بحث عقاب مکلف نیز می‌توان ملتزم به تعدد عقاب شد یا خیر؟

البته، اگر مسئله ضد را بحثی عقلی بدانیم، اشکال مطرح شده نخست در تطبیق نظریه خطاب بر این تحلیل نیز وارد است و براساس مسلک التزام نمی‌توان گفت امر به شیء مقتضی نهی از ضد عام آن خواهد بود.

نتیجه سخن براساس تقریب مدلول خطاب شارع اینکه:

اگر شیوه سخن در اثبات امر به شیء را عقلی بدانیم، براساس تحلیل حقیقت حکم شرعی به مدلول خطاب شارع، با اشکال روبه‌رو خواهیم بود و جایگاهی برای طرح مسلک التزام باقی نخواهد ماند؛ اما اگر سخن درباره ضد را لفظی بدانیم، طرح مسلک التزام برای اثبات نهی از ضد، با هیچ‌گونه اشکال ثبوتی مواجه نخواهد بود. تنها مسئله اثباتی هست که باید دید ملتزم شدن به تعدد عقاب با ادله موجود سازگاری دارد یا خیر؟

اما براساس دو تقریب دیگر از تحلیل حقیقت حکم شرعی به اثر خطاب، یعنی تقریب اثر خطاب و تقریب بعث و زجر امکانی باید گفت: حتی اگر ضد را مسئله‌ای عقلی بدانیم نه لفظی، مسلک تلازم بدون اشکال ثبوتی خواهد بود؛ زیرا اگر حقیقت حکم شرعی را اثر خطاب شارع بدانیم، این اثر ممکن است عقلی باشد، و محذوری در این باره وجود نخواهد داشت.

بنابر نظر و رأی بعث امکانی نیز می‌توان به تلازم بین امر به شیء و نهی از ضد قائل شد؛ زیرا آنچه امکان بعث مکلف را به سوی فعل دارد، امکان زجر نسبت به ترک آن را نیز دارد و هیچ محذور و اشکالی لازم نمی‌آید؛ چون اگر حقیقت حکم شرعی بعث و زجر باشد، در چنین مواردی نسبت به فعل بعث و نسبت به ترک زجر وجود دارد و این به معنای ثابت بودن دو حکم در حق مکلف است و نتیجه آن تعدد عقاب در فرض عصیان است.

نتیجه اینکه، براساس دو تقریب اخیر نیز مشکل ثبوتی برای مسلک تلازم در بحث ضد قابل تصویر نیست. البته، مشکل اثباتی همچنان نیازمند کار و بررسی است.

## ۲-۳. تطبیق براساس تحلیل حکم به حب و بغض و اراده و کراهت

اگر اقتضا در صورت مسئله ضد، تلازم معنا شود و احکام همان حب و بغض یا اراده و کراهت شارع دانسته شود، می‌توان پذیرفت امر به شیء دارای اقتضای نهی از ضد باشد.

برای توضیح امکان طرح مسلک تلازم بنابر چنین تحلیلی از حکم شرعی، باید مبنای دیگری را نیز در مسئله در نظر گرفت:

یکی از مسائل اختلافی در علم اصول، پرسش درباره این است که مراد از شارع کیست؟ در این باره دو نظریه ارائه شده است:

الف. عده‌ای شارع را فقط خداوند متعال می‌دانند (سبحانی، ۱۴۲۳ق: ص ۴۱۴؛ همو، ۱۴۱۹ق: ص ۱۴۰؛ غزالی، بی‌تا: ج ۱، ص ۶۶؛ زیدان، ۱۴۱۷ق: ص ۶؛ مصطفی کامل، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۳۵۳؛ حسن، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۳۳۸-۳۳۹)؛

ب. برخی شارع را پیامبر اکرم ﷺ هم می‌دانند (خراسانی، ۱۴۲۵ق: ص ۳۱۹-۳۲۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۷ق: ج ۷، ص ۱۱۶).

بنابر نظر دوم و با توجه به اینکه پیامبر اکرم ﷺ از جمله افراد جامعه و عرف

هستند، می‌توان گفت: از نظر عرفی، وقتی انسان در نفس خود نسبت به عملی حُب و اراده احساس می‌کند، نسبت به ترک آن بغض و کراهت دارد. به تعبیری، نزد عرف میان حب و اراده نسبت به شیء با بغض و کراهت نسبت به ترک آن ملازمه وجود دارد. از این رو، می‌توان گفت با جعل حکم و امر به شیئی، نهی نسبت به ترک آن نیز وجود دارد و این ملازمه عرفی است.

اما بنابر اینکه شارع را خداوند متعال بدانیم، این پرسش مطرح می‌شود: آیا حب و بغض یا اراده و کراهت به معنایی که عرف با آن مواجه است، در حق خداوند معنا دارد؟!

اثبات این مسئله که حب و بغض در ذات باری تعالی به همان معنای موالی عرفی است، موجب می‌شود بتوان مسلک تلازم را مطرح کرد و قائل به وجود ملازمه شد؛ اما به نظر می‌رسد حب و بغض یا اراده و کراهت به معنای عرفی آن درباره خداوند متعال ناتمام باشد، و حب و بغض یا اراده و کراهت درباره خداوند متعال به معنای حمل آثار حب و بغض یا اراده و کراهت است؛ پس نمی‌توان مسلک تلازم را درباره خداوند متعال مطرح کرد و قائل به تلازم امر به شیء نسبت به نهی از ترک آن شد. در واقع، بار کردن آثار حب یا اراده نسبت به شیئی، ملازم با حمل آثار بغض یا کراهت نسبت به ترک آن نیست؛ چون آثار موجود در حب و بغض یا اراده و کراهت می‌تواند یکی از این دو اثر باشد: ۱. مثبت و عقوبت؛ ۲. مبعدیت و مقریبت.

اگر اثر را ثواب و عقاب بدانیم، اشکال تعدد عقاب مطرح می‌شود؛ یعنی اگر شخصی با امر شارع مخالفت کند، بنابر مسلک تلازم با دو حکم شرعی مخالفت کرده است؛ پس باید مستحق دو عقاب باشد. همچنین است در انجام هر تکلیف؛ یعنی باید وی را مستحق دو ثواب بدانیم.

این مسئله درباره مبعدیت و مقریبت نیز تکرار می‌شود: هر مکلف با انجام دستورات شارع به اندازه انجام دو عمل به وی تقرب جسته و در معصیت به اندازه دو

گناه از مولا دور می‌شود. چنین اثری برخلاف برداشت عرف و بسیار دور از ذهن انسان است.

البته، درباره اشکال مطرح شده، چنان که گذشت، مشکل ثبوتی وجود ندارد؛ زیرا از نظر عقلی، اگر دو حکم برعهده مکلف ثابت شود، تعدد عقاب بلامحذور است. البته، بحث اثباتی آن باقی است که از ادله، استفاده تعدد عقاب می‌شود یا خیر.

## ۲-۴. تطبیق براساس تحلیل حکم به مصلحت و مفسده

بنابر اینکه حقیقت حکم شرعی را ملاک یا همان مصلحت و مفسده بدانیم، امکان طرح مسلک تلازم در مسئله ضد وجود دارد و می‌توان این نظریه را یکی از احتمالات و انظار در مسئله دانست. بنابر این مبنا، تلازم میان امر به شیء و نهی از ضد عام بدین معنا خواهد بود:

«عقل درک می‌کند که ترک هر فعل دارای مصلحت ملزومه، مفسده ملزومه دارد.»

درباره این تقریب، افزون بر بحث تعدد عقاب، این نکته مطرح است: اینکه ترک فعل دارای مصلحت، مفسده داشته باشد، اول کلام و محل مناقشه است. از نظر برخی، هیچ تلازمی میان وجود مصلحت در انجام فعل با وجود مفسده در ترک آن برقرار نیست (خراسانی، ۱۴۲۵ق: ص ۱۷۷؛ همو، ۱۴۰۷ق: ص ۱۶۵؛ فیاضی، ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۴۱۰؛ قدسی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۴۳۳؛ تبریزی، ۱۳۷۸: ج ۳، ص ۴۳).<sup>۹</sup>

به هر حال، براساس تحلیل فوق از حکم شرعی ممکن است گفته شود:

به دست نیامدن مصلحت، نوعی درک مفسده یا ملازم با آن است و با توجه به اینکه در انجام فعل مصلحت و در ترک آن مفسده هست، در حق مکلف دو حکم ثابت است و استحقاق عقاب وی مشکل ثبوتی ندارد.

بنابراین، براساس چنین تحلیلی از حقیقت حکم شرعی، امکان طرح مسلک تلازم در مسئله ضد وجود دارد و باید اشکالات آن بررسی گردد. اگر اشکالات دفع‌شدنی



باشد، حرمت ضد عام ثابت خواهد بود و این مسئله در اصول و فقه، هردو، تأثیرگذار است.

## ۲-۵. تطبیق براساس نظریه اعتبار

ممکن است مراد از تلازم، تلازم میان دو اعتبار شارع باشد؛ بدین معنا که هرگاه مولا وجوبی را جعل کرده است، در کنار آن، از ترک آن عمل نیز نهی کرده است (در هر جعل و اعتبار، دو جعل و دو اعتبار و دو حکم داشته باشد). این کلام با سه مشکل روبه‌روست:

الف. تعدد عقاب (مشکل اثباتی)؛

ب. لغویت؛<sup>۱۰</sup>

ج. افزون‌بر دو مورد پیشین، ممکن است مولا به لوازم حکم التفات نداشته باشد و از آنجاکه سخن از حکم عقل است، بین موالی عرفی و خداوند متعال تفاوتی نیست؛ زیرا مراد از حکم عقل به ملازمه این است که عقل می‌گوید: هر قانونگذار حکیمی که می‌خواهد به شیئی امر کند، باید از نقیض آن نهی کند و این حکم باید به‌گونه‌ای باشد که تمام قانونگذارها را دربر گیرد. باوجود این، موالی عرفی، به‌جهت امکان التفات نداشتن آنها به لوازم حکم، از این دایره خارج‌اند. از آنجاکه حکم عقل تخصیص‌پذیر نیست، عقل به چنین ملازمه‌ای حکم نمی‌کند.

با توجه به اشکالات ثبوتی مطرح‌شده براساس نظریه اعتبار، برای اثبات مسئله ضد نمی‌توان مسلک تلازم را مطرح دانست.

## نتیجه‌گیری

در بررسی صورت‌گرفته این نتیجه حاصل شد که:

براساس تحلیل حکم شرعی به «خطاب، حب و بغض مبرز، اراده مظهره، اعتبار

مبرز و اعتبار» هیچ جایگاهی برای طرح مسلک تلازم در مسئله ضد عام وجود ندارد: صورت مسئله و موضوع تلازم براساس این مبانی از بین رفته و نمی‌توان مسلک تلازم را برای اثبات نهی از ضد مطرح کرد. در این مسئله بین نظریه خطابات شخصی و خطابات قانونی نیز تفاوتی وجود نخواهد داشت.

همچنین است بنا بر تحلیل حکم به اثر خطاب شارع: اگر شیوه سخن در اثبات امر به شیء را عقلی بدانیم، براساس تحلیل حقیقت حکم شرعی به مدلول خطاب شارع، مسلک تلازم با اشکال روبه‌رو خواهد بود و جایگاهی برای طرح آن باقی نخواهد ماند. اما براساس تحلیل حکم شرعی به «ملاک (مصلحت و مفسده)»، امکان طرح مسلک تلازم وجود دارد؛ البته، ممکن است این نظریه اشکالاتی داشته باشد. از این رو، برای اثبات مسلک تلازم باید اشکالات مطرح شده درباره این نظریه را بررسی کرد؛ در صورت حل آنها، می‌توان چنین مسلکی را موجب اثبات ضد عام دانست.

اما اگر تحلیل حکم شرعی به «اثر خطاب (بنا بر لفظی دانستن مسئله ضد)، حب و بغض، اراده و کراهت شارع» را بپذیریم، بسیاری از اشکالات مسلک تلازم در مسئله ضد عام مرتفع شده و پذیرش این مسلک با مشکل ثبوتی روبه‌رو نخواهد بود. تنها یک اشکال اثبات (تعدد عقاب) مطرح است که باید با مراجعه به ادله نتیجه‌گیری کرد که آیا پذیرش تعدد عقاب در صورت عصیان با ادله موجود منافات دارد یا خیر.

### پی‌نوشت:

۱. با توجه به اینکه تا حدود زمان شیخ انصاری (نزد شیعه و اهل تسنن) حکم به «خطاب الله» تعریف می‌شده یا مباحث کتاب‌ها براساس خطاب تقسیم می‌شده است یا از خطاب سخن به میان می‌آورده‌اند، می‌توان چنین تحلیل کرد که حکم از نظر ایشان همان خطاب شرعی بوده است. بنابراین می‌توان نظریه خطاب را نیز یکی از نظریات مطرح درباره حقیقت و ماهیت حکم شرعی دانست (ر.ک: موسوی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۳-۱۹؛ حلی، ۱۳۸۰: ص ۵۰؛ مجاهد، بی‌تا: ص ۲۹۲؛ شهید اول، بی‌تا: ج ۱، ص ۳۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ق: ص ۲۹؛ سیدمحمدتقی حکیم، ۱۴۱۸ق: ص ۵۲؛ نراقی، ۱۳۸۸: ج ۱، ص ۹۵؛ اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ص ۳۲۶؛ ابن‌نجار، ۱۹۹۷م: ج ۱، ص ۳۳۳؛ شوکانی، ۱۹۹۴م: ج ۱، ص ۱۰؛ محلی،



بی‌تا: ج ۲، ص ۶۰؛ ابن حزم ظاهری، ۱۹۹۸م؛ سرخسی، ۱۹۹۳م؛ غزالی، بی‌تا: ج ۱، ص ۴۵؛ آمدی، بی‌تا: ج ۱، ص ۱۳۵؛ بشیر محمد، ۱۴۲۴ق: ص ۲۰۲؛ خلاف، ۱۹۹۲م: ص ۱۰۰؛ زحیلی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۳۷-۳۸؛ زیدان، ۱۴۱۷ق: ص ۲۳؛ نمله، ۱۴۱۴ق: ص ۱۳؛ همو، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۱۲۵؛ صاعدی، ۱۴۲۵ق: ص ۱۸؛ بکاء، ۱۹۷۶م: ص ۴۳؛ بینانوی، ۱۴۰۹ق: ص ۲۶؛ غربانی، ۱۹۸۹م: ص ۱۸؛ جروش، ۲۰۰۲م: ص ۲۱؛ وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۴ق: ج ۱، ص ۶۵؛ عثمان، ۱۴۲۳ق: ص ۱۳۹).

۲. تحلیل برگرفته از سخن علمای اصولی اهل تسنن (ر.ک: ابن نجار، ۱۹۹۷م: ج ۱، ص ۳۳۳؛ بشیر محمد، ۱۴۲۴ق: ص ۲۰۲؛ فضلی، ۱۴۲۰ق: ص ۳۹۴؛ خلاف، ۱۹۹۲م: ص ۱۰۰؛ زحیلی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۳۹-۴۰؛ زیدان، ۱۴۱۷ق: ص ۲۵؛ نمله، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۱۳۰-۱۳۱؛ همو، ۱۴۱۴ق: ص ۱۳-۱۴؛ غربانی، ۱۹۸۹م: ص ۱۷؛ صاعدی، ۱۴۲۵ق: ص ۱۸؛ بینانوی، ۱۴۰۹ق: ص ۲۸ و ۳۱؛ بکاء، ۱۹۷۶م: ص ۲۷ و ۲۹؛ جمعة محمد، ۱۴۲۲ق: ص ۴۸؛ موسی ابوالصل، ۱۴۲۰ق: ص ۳۳؛ حصری، ۱۴۰۷ق: ص ۳۴-۳۵؛ جروش، ۲۰۰۲م: ص ۲۱-۲۲؛ وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۴ق: ج ۱، ص ۶۵).

عالمان شیعی درباره این نظریه دو تقریب دیگر نیز مطرح کرده‌اند:

۱. تحلیل حکم شرعی به بعث و زجر: نظریه محقق اصفهانی، امام خمینی رحمته الله علیه و آیت‌الله فاضل لنکرانی (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۱۲۳ و ۲۷۹؛ منتظری، ۱۴۱۵ق: ص ۳۹۶؛ خمینی، ۱۴۱۵ الف. ج ۱، ص ۳۵۳؛ سبحانی، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۱۷۶؛ دادستان، ۱۳۷۸: ج ۵، ص ۱۰۲-۱۰۷):

۲. تحلیل حکم شرعی به باعنیث و زاجریت: نظریه آیت‌الله بروجردی (ر.ک: منتظری، ۱۴۱۵ق: ص ۳۹۶).

۳. نظر و تحلیل محقق خراسانی نیز مطابق با این نظریه است؛ چون در مرحله فعلیت که وی آن را حقیقت حکم شرعی می‌داند - با توجه به تعریف ایشان از مرحله فعلیت - اراده و کراهت جدی مولا وجود دارد؛ از این رو، می‌توان گفت از نظر ایشان نیز حقیقت حکم شرعی اراده و کراهت مولاست. مؤید این مطلب کلامی است که وی در کتاب فوائد الأصول به آن تصریح می‌کند: «آنجا که می‌گوید: «حقیقت و روح خطاب - که در اینجا مراد حکم شرعی است - اراده و کراهت است» (ر.ک: خراسانی، ۱۴۰۷ق: ص ۱۳۲).

هرچند این احتمال را که حقیقت حکم شرعی را اراده بدانیم، نخستین بار سید صدر مطرح کرده است، اما وی این بحث را که حقیقت حکم شرعی اراده باشد، نمی‌پذیرد (ر.ک: نوری تهرانی، بی‌تا: ص ۲۳۲-۲۳۳).

در کتاب منتقی الأصول این احتمال با عنوان «اراده تشریحی‌ای که به فعل غیر تعلق گرفته» مطرح شده است (ر.ک: حکیم، ۱۴۱۳ق: ج ۶، ص ۱۴۸).

این احتمال را نیز مقرر کتاب بحوث فی علم الأصول مطرح کرده است. از نظر ایشان، همین قول درباره حقیقت حکم شرعی صحیح است (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۲۸۴).

۴. البته اینکه حقیقت حکم شرعی حب و بغض شارع باشد، فقط احتمال است و ظاهراً قائلی ندارد که بتوان آن را به‌عنوان نظر در بحث حقیقت حکم شرعی متناسب به کسی دانست.

۵. این احتمال را مقرر کتاب بحوث فی علم الأصول نیز مطرح کرده است؛ اما وی نیز این احتمال را مردود می‌داند.

۶. این احتمال را مقرر کتاب بحوث فی علم الأصول نیز مطرح کرده است؛ اما وی نیز این احتمال را مردود می‌داند (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۲۸۴).

۷. در برخی کلمات آیت‌الله خوئی قید ابراز نیز تصریح شده است (هاشمی شاهرودی، بی‌تا: ج ۱، ص ۳۸۱).



البته در جای دیگر تصریح می‌کند: «حکم اعتبار نفسانی است؛ از این رو، انشای آن با لفظ محال است. لفظ فقط وسیله‌ای برای ابراز حکم است» (واعظ الحسینی بهسودی، ۱۳۸۶: ج ۳، ص ۷۷؛ هاشمی شاهرودی، بی تا: ج ۴، ص ۷۴-۷۵).

۸. همان‌گونه که صاحب معالم قائل به چنین مبنایی است (رک: ابن شهید ثانی، ۱۳۷۶: ص ۹۲).

۹. البته برخی همچون محقق قمی و آیت‌الله سبحانی و برخی دیگر قائل به این نظریه‌اند که در ترک واجب تعیینی مفسده هست (رک: میرزای قمی، ۱۴۳۰ق: ج ۱، ص ۳۵۰؛ حاج عاملی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۲۷۵-۲۷۶؛ اراکی، ۱۳۷۵: ج ۱، ص ۲۲۳؛ نهاوندی، ۱۳۲۰ق: ص ۱۶۸).

۱۰. در این موارد تأکید نیز قابل تصور نیست، زیرا در تأکید دو جعل نیست، بلکه یک جعل تکرار می‌شود یا به تعبیری تأکید در حوزه خطاب و بیان است. اما در این موارد حکم حرمت ترک ضد غیر از حکم وجوب انجام شیء است.



## کتابنامه

۱. آمدی، ابوالحسن علی بن محمد (بی تا)، الإحکام فی أصول الأحکام، بی جا، دارالنشر دارالکتاب العربی.
۲. ابن حزم ظاهری، ابومحمد علی بن احمد (۱۹۹۸م)، الإحکام فی أصول الأحکام، بیروت، دار الکتب العلمیة.
۳. ابن شهید ثانی، حسن بن زین العابدین (۱۳۷۶)، معالم الأصول (مع تعلیقة سلطان العلماء)، قم، قدس.
۴. ابن نجار (نجار الفتوحی)، محمد (۱۹۹۷م)، شرح الکوکب المنیر، بی جا، مکتبة العبیکان.
۵. اراکی، محمدعلی (۱۳۷۵)، أصول الفقه، قم، مؤسسه در راه حق.
۶. اسماعیل پور اصفهانی شهرضایی، محمدعلی (۱۴۰۴ق)، مجمع الأفكار و مطرح الأنظار (تقریرات درس آیت الله میرزاهاشم آملی)، بی جا، نشر علمیة اسلامیة.
۷. اصفهانی، محمدحسین (صاحب فصول) (۱۴۰۴ق)، الفصول الغریبة فی الأصول الفقہیة، بی جا، دار الإحیاء علوم اسلامیة.
۸. بروجردی، محمدتقی (۱۴۱۷ق)، نهاية الأفكار (تقریرات درس اصول محقق عراقی)، بی جا، دفتر انتشارات اسلامی.
۹. بشیر محمد، عبدالله (۱۴۲۴ق)، المصطلحات الأصولیة فی مباحث الأحکام و علاقتها بالفکر الأصولی، امارات، دار البحوث للدراسات الإسلامیة و إحياء التراث.
۱۰. بکاء، عدنان (۱۹۷۶م)، الحکم و الحق بین الفقهاء و الأصولیین، نجف، مطبعة الغری الحدیثة.
۱۱. بینانونی، محمد ابوالفتح (۱۴۰۹ق)، الحکم التکلیفی فی الشریعة الإسلامیة، دمشق، دار القلم.
۱۲. تبریزی، میرزاچواد (۱۳۷۸)، دروس فی مسائل علم الأصول، قم، دار الصدیقة الشهیدة علیها السلام.
۱۳. جروش، سلیمان (۲۰۰۲م)، أصول الفقه الحکم الشرعی و طرق إستنباط الأحکام، بی جا، دار الکتب الوطنیة بنغازی.
۱۴. جمعه محمد، علی (۱۴۲۲ق)، الحکم الشرعی عند الأصولیین، قاهره، دار السلام للطباعة و النشر و التوزیع.

١٥. حاج عاملی، محمدحسین (١٤٢٤ق)، إرشاد العقول إلى مباحث الأصول (تقريرات درس خارج آيت الله سبحانی)، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام.
١٦. حسن، عبدالله (١٤٢١ق)، مناظرات في العقائد الأحكام، بی جا، دليل.
١٧. حصري، احمد (١٤٠٧ق)، نظرية الحكم و مصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي، بيروت، دار الكتاب العربي.
١٨. حكيم، سيدعبدالصاحب (١٤١٣ق)، منتقى الأصول (تقريرات درس خارج آيت الله محمدحسین روحانی)، بی جا، چاپخانه امير.
١٩. حكيم، سيدمحمدتقی (١٤١٨ق)، الأصول العامة للفقه المقارن، بی جا، المجمع العالمي لأهل البيت.
٢٠. خراسانی، محمدکاظم (١٤٠٧ق)، فوائد الأصول، بی جا، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي.
٢١. \_\_\_\_\_ (١٤٢٥ق)، كفاية الأصول، بی جا، مؤسسة النشر الإسلامي.
٢٢. خلاف، عبد الوهاب (١٩٩٢م)، علم أصول الفقه، دمشق، دار المتحدة للطباعة و النشر.
٢٣. خمینی (امام)، روح الله موسوی (١٤١٥ق الف)، منهج الوصول الى علم الأصول، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی عليه السلام.
٢٤. \_\_\_\_\_ (١٤١٥ق ب)، أنوار الهداية في التعليقة على الكفاية، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی عليه السلام.
٢٥. دادستان، محمد (١٣٧٨)، سيری کامل در اصول فقه (تقريرات درس خارج آيت الله فاضل لنکرانی)، قم، انتشارات فيضيه.
٢٦. زحيلي، وهبه (١٤١٦ق)، أصول الفقه الإسلامي، بيروت و دمشق، دار الفكر المعاصر و دار الفكر.
٢٧. زيدان، عبد الكريم (١٤١٧ق)، الوجيز في أصول الفقه، بيروت، مؤسسة الرسالة.
٢٨. سبحانی، جعفر (١٣٨٢)، تهذيب الأصول (تقريرات درس خارج امام خمینی عليه السلام)، بی جا، اسماعيليان.
٢٩. \_\_\_\_\_ (١٤١٩ق)، مصادر الفقه الإسلامي و منابعه، بيروت، دار الأضواء.
٣٠. \_\_\_\_\_ (١٤٢٣ق)، الإنصاف في مسائل دام فيها الخلاف، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام.
٣١. سرخسی، شمس الدين (١٩٩٣م)، أصول السرخسی، بيروت، دار الكتب العلمية.

۳۲. شوکانی، محمدبن علی (۱۹۹۴م)، إرشاد الفحول، بیروت، دار الکتب العمليّة.
۳۳. شهيد اول (محمدبن مکى عاملی) (بی تا)، القواعد و الفوائد، بی جا، کتابفروشی مفید.
۳۴. شهيد ثانی (زين الدين عاملی) (۱۴۱۶ق)، تمهيد القواعد الأصولية و العربية لتفريع قواعد الأحكام الشرعية، مشهد، دفتر تبلیغات اسلامی خراسان.
۳۵. صاعدی، محمدبن حمدی (۱۴۲۵ق)، الحكم الوضعی و مدى انطباقه على علم أصول الفقه، سوریه و مدینه، مكتبة العلوم و الحكم، و دار العلوم و الحكم.
۳۶. صدر، سيدمحمدباقر (۱۴۰۵ق)، دروس في علم الأصول، بی جا، دار المنتظر.
۳۷. طباطبائی، علامه سيدمحمدحسين (۱۴۱۷ق)، الميزان في تفسير القرآن، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. عثمان، محمود حامد (۱۴۲۳ق)، القاموس المبين في إصطلاحات الأصوليين، رياض، دار الزاحم.
۳۹. علامه حلی (حسن بن يوسف حلی) (۱۳۸۰)، تهذيب الوصول إلى علم الأصول، لندن، مؤسسة الإمام علی عليه السلام.
۴۰. غربانی، صادق عبدالرحمن (۱۹۸۹م)، الحكم شرعی بين النقل و العقل، بیروت، دار الغرب الإسلامي.
۴۱. غروی اصفهانی، محمدحسين (۱۳۷۴)، نهاية الدراية في شرح الكفاية، بی جا، انتشارات سيد الشهداء عليه السلام.
۴۲. غزالی، ابوحامد محمدبن محمد (بی تا)، المستصفی في علماء الأصول، بی جا، دار النشر دار الکتب العلمية.
۴۳. فضلی، عبدالهادی (۱۴۲۰ق)، دروس في أصول الفقه الإمامية، بی جا، مؤسسة ام القرى لتحقيق و النشر.
۴۴. فياضی، محمداسحاق (۱۴۱۷ق)، محاضرات في أصول الفقه (تقريرات درس خارج آيت الله خوئی)، بی جا، انصاریان.
۴۵. قدسی، احمد (۱۴۱۶ق)، أنوار الأصول (تقريرات درس آيت الله مكارم شیرازی)، بی جا، نسل جوان.
۴۶. قطیفی، سيدمنیر سيدعدنان (۱۴۱۴ق)، الرافد في علم الأصول (تقريرات درس خارج آيت الله سيستاني)، قم، مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني.

۴۷. کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۹ق)، فوائد الأصول (تقریرات درس خارج اصول محقق نائینی)، تحقیق رحمت الله رحمتی اراکی، قم، جامعه مدرسین.
۴۸. مجاهد، سیدمحمد (بی تا)، مفاتیح الأصول، بی جا، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۹. محلی، جلال الدین محمد بن احمد (بی تا)، شرح المحلی علی جمع الجوامع، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۵۰. مصطفی کامل، عبدالعزیز (۱۴۱۵ق)، الحكم و التحاکم فی خطاب الوحي، بی جا، دار طيبة للنشر و التوزيع.
۵۱. منتظری، حسین علی (۱۴۱۵ق)، نهیة الأصول (تقریرات درس آیت الله بروجردی)، بی جا، تفکر.
۵۲. موسوی، ابوالقاسم علی بن حسین (سید مرتضی) (۱۳۷۶)، الذریعة إلى أصول الشریعة، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۵۳. موسی ابوالصل، عبدالناصر (۱۴۲۰ق)، نظریة الحكم القضایی فی الشریعة و القانون، اردن، دار النفائس للنشر و التوزيع.
۵۴. میرزای قمی (ابوالقاسم گیلانی) (۱۴۳۰ق)، القوانین المحكمة فی أصول الفقه، قم، إحياء الکتب الإسلامية.
۵۵. نجفی، محمدرضا (۱۴۱۳ق)، وقایة الأذهان و الألباب و لباب أصول السنة و الکتاب، بی جا، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۶. نراقی، محمدمهدی (۱۳۸۸)، أنیس المجتهدین فی علم الأصول، قم، بوستان کتاب.
۵۷. نمله، عبدالکریم بن علی (۱۴۱۴ق)، الواجب الموسع عند الأصولیین، ریاض، مكتبة الرشد للنشر و التوزيع.
۵۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۰ق)، المهذب فی علم أصول الفقه المقارن، ریاض، مكتبة الرشد للنشر و التوزيع.
۵۹. نوری تهرانی، ابوالقاسم (کلانتری) (بی تا)، مطارح الأنظار (تقریرات درس شیخ انصاری)، بی جا، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۰. نهاوندی نجفی، علی (۱۳۲۰ق)، تشریح الأصول، تهران، میرزا محمدعلی تاجر طهرانی.
۶۱. واعظ الحسینی بهسودی، محمد سرور (۱۳۸۶ق)، مصباح الأصول (تقریرات درس خارج آیت الله خوئی)، نجف، مطبعة النجف.



٦٢. وزارت اوقاف كويت (١٤٢٤ق)، الموسوعة الفقهية، بي.جا، وزارت اوقاف كويت.
٦٣. هاشمي شاهرودي، سيد محمود (١٤١٧ق)، بحوث في علم الأصول (تقريرات درس خارج آيت الله شهيد صدر)، بي.جا، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي.
٦٤. هاشمي شاهرودي، علي (بي.تا)، دراسات في علم الأصول (تقريرات درس خارج آيت الله خوئي)، بي.جا، دائرة المعارف فقه.



چکیده مقالات بہ زبان عربی و انگریزی

## أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الأبجدي):

عبد الرضا إيزدپناه (عضو هيئة أمناء مكتب الإعلام الإسلامي)  
السيد أحمد حسيني (عضو مجلس خبراء القيادة وعضو جماعة المدرّسين)  
يعقوبعلي برجی (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)  
محمد زروندی رحمانی (أستاذ مساعد في جامعة المصطفى العالمية)  
السيد عباس صالحی (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)  
سيف الله صرامي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)  
أحمد مبلغي (عضو مجلس خبراء القيادة ورئيس مركز الأبحاث في مجلس الشورى الإسلامي)  
السيد ضياء مرتضوي (أستاذ مساعد في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)  
محمد صادق مزيناني (محقق السطح الرابع في حوزة قم العلمية)  
محمد حسن نجفي (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

المحرر: يحيى صرامي

مترجم اللغة الإنجليزية: محمدرضا ظفري

مترجم اللغة العربية: محمد حسين حكمت

استناداً إلى القرار رقم ١٣١ للجنة منح الإجازات والدرجات العلمية قرر المجلس العالي للحوزات العلمية في جلسته المنعقدة بتاريخ ٥ / ٣ / ١٣٩٤ منح المجلة فصلية (كاوشي نو در فقه) درجة المجلة العلمية - التحقيقية منذ عددها رقم ٧٥. وجدير بالذكر أنه استناداً إلى المادة المصادق عليها في الجلسة رقم ٦٢٥ للمجلس العالي للثورة الثقافية المنعقدة في ٢١ / ٣ / ١٣٨٧ فإن قرارات المجلس العالي لحوزة قم العلمية الخاصة بمنح الامتياز العلمي للمجلات العلمية هي قرارات معتبرة رسمياً وبترتب عليها الامتيازات القانونية في الجامعات والحوزات العلمية.

هيئة التحرير حرة في إصلاح وتحرير المقالات.

الآراء الواردة في المقالات لا تمثل إلاً وجهات نظر كتابها المحترمين.

يمكن الاطلاع على محتويات فصلية (كاوشي نو در فقه) في قاعدة معلومات علوم العالم الإسلامي (ISC) وبنك معلومات المجالات الوطنية (www.Magiran.com) وموقع النور للمجلات المتخصصة (www.Noormags.ir) ونافذة إصدارات مكتب الإعلام الإسلامي (www.daftarmags.ir).

العنوان: قم، ساحة الشهداء، شارع المعلم، المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية  
مكتب مجلة الفقه - صندوق البريد: ٥٩٩ - ٣٧١٨٥  
تليفون مكتب المجلة: ٣٧٧٤٢١٥٨ - ٣٧٥  
الفاكس: ٣٧٧٤٢١٥٩ - ٣٧٥  
تليفون قسم التوزيع: ٣٧١٦٦٦٦ - ٣٧٥  
Jf.isca.ac.ir: الموقع الإلكتروني  
Jf@isca.ac.ir: البريد الإلكتروني  
متابعة الطبع: السيد حسين الموسوي  
السعر: ٦٠٠٠ تومان



فقه  
كاوشي نور

فصلية علمية تحقيقية

السنة الرابعة والعشرون - العدد الثالث - خريف ١٣٩٦

٩١



مركز الدراسات الإسلامية

صاحب الامتياز: مكتب الإعلام الإسلامي في حوزة قم العلمية

المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

المدير المسؤول: عبد الرضا إيزدپناه

رئيس التحرير: سيف الله صرامي

خبير التحرير: عليرضا فجري

المدير التنفيذي: السيد محمود كريمي



## فهرست الموضوعات

- وقت نافلة الليل ..... ١٥٤  
محمد زروني رحمانى
- احتمالات جريان الإقالة في الإيقاعات ..... ١٥٥  
شكيبا أمير خانى  
أحمد باقرى
- اقتضاء ماهية الوقف عدم جواز تغييره وتبديله ..... ١٥٦  
السيد تقى واردي
- مطالعات في ماهية جرم سب النبي في فقه الإمامية ..... ١٥٧  
حسين حاجى حسيني
- دراسة فقهية حقوقية لمبنى الحريم وماهيته ..... ١٥٨  
عبد الله أميدي فرد  
رؤيا صارمي جويباري
- دور تشخيص (حقيقة الحكم الشرعي) في مسألة الضد ..... ١٥٩  
بلال شاكري



## وقت نافلة الليل

محمّد رحمانى  
نفيسه زروندى

### الخلاصة:

تعدّ نافلة الليل واحدةً من العبادات التي ورد التأكيد عليها بشدّة في الآيات وروايات الأئمة المعصومين عليهم السلام، كما يلاحظ المطالع لسيرة المعصومين عليهم السلام والسلف الصالح إصرارهم على أدائها.

ومن شروط صلاة الليل التي تؤدّي غالباً إلى حرمان الكثير من الراغبين في أدائها من تحقيق ذلك هو وقت أدائها، والذي يظهر من مشهور الفقهاء أنّ ابتدائه هو منتصف الليل وانتهائه مع طلوع الفجر الصادق.

وقد أفتى أكثر الفقهاء المعاصرين - عدا البعض النادر منهم - بما يوافق الرأي المشهور.

والمقال الحالي ضمن دراسته ونقده لأدلة القول المشهور البالغة سبعة موارد، يُثبت من خلال الأدلة والقرائن والمؤيّدات المختلفة أنّ وقت صلاة الليل يبدأ من أول الليل، وإنّ منتصف الليل وما بعده إنّما هو وقت الفضيلة، وكلّما اقترب وقت السحر وطلوع الفجر كلّما ازدادت فضيلة هذه الصلاة.

**المفردات الأساسية:** نافلة الليل، الفضيلة، منتصف الليل، طلوع الفجر الصادق.

## احتمالات جريان الإقالة في الإيقاعات

شكيبا أمير خاني  
أحمد باقري

### الخلاصة:

يرى الكثير من الفقهاء أنّ الإقالة كالخيارات هي واحدة من أسباب فسخ وانحلال العقود، مع فارق أنّ إجراء الفسخ بالخيارات يكفي فيه إرادة طرفٍ واحدٍ فقط، بينما يشترط في تحقّق الفسخ بالإقالة تراضي طرفي العقد على فسخه.

والتأمّل في النصوص الفقهيّة وأدلة تجويز الإقالة يُظهر أنّ الفقهاء يرون إمكانية فسخ العقود بصورة عامّة عن هذا الطريق، ولا يمنعون إلّا بعض العقود الخاصّة كالنكاح من ذلك.

إنّ دخول بحث الفسخ ضمن الإيقاعات قد فتح أبواب العديد من المباحث أمام الفقهاء، ومنها إمكانية فسخ الإيقاع. وقد تنوّعت مواقف الفقهاء في هذا المجال، فبينما رفضه البعض من الأساس، رأى بعض آخر أنّ الإيقاعات رغم كونها كالعقود قابلة للفسخ بالخيار، إلّا أنّهم إمّا صرّحوا بمنع إقالة الإيقاع واعتبروه أمراً غير ممكناً، أو سكتوا عنه. والظاهر أنّ منشأ هذا السكوت أيضاً هو اختيارهم نظريّة (عدم إمكانية إقالة الإيقاع) وبديهيّة هذا الأمر في تصوّرهم.

والبحث الحالي يسعى في البداية إلى تقييم نظريّة (إمكان فسخ الإيقاع) وتقوية الأدلّة المثبتة له، لينتقل إلى البحث في قابليّة الإيقاع للفسخ عن طريق الإقالة.

والذي يصل إليه البحث هو عدم مجابهة إقالة الإيقاع لأيّ مانع من الموانع العقلية أو الشرعية، وبالتالي يمكن الاستفادة من هذا الطريق أيضاً لإحياء الوضع السابق قبل إنشاء الإيقاع.

**المفردات الأساسية:** الإقالة، الإيقاع، الفسخ، الخيار، العقد.

## اقتضاء ماهية الوقف عدم جواز تغييره وتبديله

السيد تقي واردي

### الخلاصة:

يتفق فقهاء الشيعة على عدم جواز تغيير الوقف إلا في بعض الموارد الخاصة، لكنهم يختلفون في علة هذا المنع.

فبعض منهم يعتقد أن العلة تعود للحكم الشرعي الذي منع ذلك، في حين يرى بعض آخر أن ماهية الوقف هي بحيث تنافى مع أي نوع من التغيير، وأن غالبية الروايات التي تدل على المنع إنما تأتي من جانب التأييد لا التشريع والتأسيس.

وهناك فئة ثالثة تقول بأن علة جواز تغيير الوقف إنما هي بسبب أن الموقوفة بعد وقف الواقف تكون قد خرجت من ملك الواقف، وحينئذ فهي لا تستقر في ملك أحد ما وتنفك عن الملكية.

ويبدو القول الثاني من بين المباني الثلاثة هو المقبول والذي يمكن الدفاع عنه، حيث إن الوقف يخلو من الحقيقة الشرعية، إذ هو مجرد معاهدة بشرية، كانت سارية وجارية في كل العصور ولدى كل شعوب العالم، بعيداً عن الدين والمذهب، مضافاً إلى ما هنالك من الشواهد والقرائن التاريخية والروائية الموجودة.

**المفردات الأساسية:** تغيير الوقف، أقسام الوقف، العين الموقوفة، بيع الوقف، الواقف، الموقوف عليهم.

## مطالعات في ماهية جرم سب النبي في فقه الإمامية

حسين حاجي حسيني  
مجيد قورچی بيگی

### الخلاصة:

من البحوث التي يتطرق لها الفقهاء في كتاب الحدود بحث سب النبي صلى الله عليه وآله، أو ما هو بمعنى الإساءة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وإهانة مقامه السامي.

وتتفق الروايات الواردة في هذا الباب على وجوب قتل مرتكب هذا الفعل في حالة أمن السامع من الضر البدني والمالي والعرضي، بل ادعى كثير من الفقهاء الإجماع على هذه المسألة، إلا أن الذي يدعو للتأمل هو ماهية هذا الحكم، فهل هو ضمن الحدود أو التعزيرات؟

ومشهور الفقهاء منذ القدم هو أنهم كانوا يبحثون هذه المسألة ضمن (كتاب الحدود)، وظاهر هذا هو أنهم يعتبرون الحكم من باب الحدود.

لكنّ القرائن والشواهد الموجودة تشير إلى أنّ قتل سب النبي صلى الله عليه وآله لا يندرج ضمن باب الحدود ولا ضمن باب التعزيرات، بل هو أحد الأحكام الخاصة، الأمر الذي يدعو للتأمل في مدى دقة وصواب نظر المشهور القاضي ببحث المسألة ضمن باب الحدود.

والمقال الحالي يسعى لإثبات هذا المدعى من خلال توضيح الشواهد الموجودة من جهة، ومن جهة أخرى يناقش في بعض الأمور من قبيل لزوم أو جواز تنفيذ هذا الحكم، وتوقف تنفيذه على إذن الحاكم أو عدم لزوم هذا الإذن. ولا يخفى اختلاف ثمار هذه المسألة تبعاً لإدراجها ضمن الحدود أو التعزيرات لما لكلٍ منهما من آثار خاصة.

أمّا منهج البحث فهو المنهج المكتبي والتحليلي.

**المفردات الأساسية:** سب النبي، إهانة الرسول صلى الله عليه وآله، حدّ سب النبي، تعزير سب النبي.

## دراسة فقهية حقوقية لمبنى الحريم وماهيته

عبد الله أميدي فرد  
رؤيا صارمي جويباري

### الخلاصة:

يحتل الحريم في القوانين السارية المفعول مكانةً خاصّة، حيث يلاحظ وجود العديد من المقرّرات المختلفة التي وردت تحت عنوان الحريم، والتي استخدمت فيها كلمة الحريم بما يناسب مقتضى موضوعها.

ولمّا كان المشرّع لم ينطلق من مذاقٍ واحد في القوانين المختلفة، لذا بقيت ماهية الحريم ومبناه الحقوقي أمراً مبهماً.

وأكدت المادّتان ١٣٧ و ١٣٨ من القانون المدني على اتّباع نظر مشهور الفقهاء حول مقدار بعض الأحرار، في حين نلاحظ في باقي القوانين اختيار نظرية مشهور الفقهاء أحياناً، وتجاوزها في بعض الموارد أحياناً أخرى بحكم الضرورة.

كما ورد في المادة ١٣٦ من القانون المدني أنّ مبنى الحريم هو كمال الانتفاع، وفي المادة ١٣٩ هو تجنّب الضرر، الأمر الذي يثير التساؤل عن الوجه المنطقي في الجمع بين المادّتين المذكورتين.

وبما أنّ الأنظمة القانونية قد ألزمت القاضي عند وجود الإبهام في موادّ القانون أن يرجع إلى منابع الفقهية المعتمدة لاستنباط حكم المسألة، فلا بأس من الإشارة إلى أنّ مبنى كمال الانتفاع - وفقاً للضوابط والأصول الفقهية - هو ملاحظة ملك ذو الحريم بغضّ النظر عن الأملاك أو المالكين أو حريم الآخرين، أمّا مبنى تجنّب الضرر فيبدأ دوره عند ظهور حقّ الآخرين في الميدان، وحينئذٍ يتمّ تقديم قاعدة لا ضرر عند التعارض بين كمال الانتفاع وبين الضرر.

**المفردات الأساسية:** الحريم، الحقّ، حقّ الحريم، الملك، حقّ الانتفاع.

## دور تشخيص (حقيقة الحكم الشرعي) في مسألة الضدّ

بلال شاكري

### الخلاصة:

إنّ بيان آثار ونتائج التحليلات المنجزة هي إحدى النقاط الأساسيّة في البحوث التحليليّة وتقديم النظريّات، الأمر الذي غالباً ما يتمّ تجاهله وعدم الالتفات إليه.

ومن المباحث التحليليّة في علم الأصول، والتي تعاني من هذا النقص، هو مبحث (حقيقة الحكم الشرعي).

أمّا ما هي النظريّة التي يجب الرجوع لها عند تحليل حقيقة الحكم الشرعي، فإنّ هناك العديد من الآثار في علم الأصول في هذا المجال. مثال ذلك ما نجده في مسألة أنّ الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده العام، وتبعاً لمسلك التلازم يمكن تشخيص ثلاثة أنواع من التأثير استناداً إلى المباني المختلفة عن حقيقة الحكم الشرعي.

والقول ببعض النظريّات يؤوّل إلى إنكار وتخطئة اعتبار مسلك التلازم في مسألة الضدّ، في حين أنّ قبول بعض المباني الأخرى يؤيّد ويدعم إمكانية مثل هذا المسلك.

كما إنّنا نجد بعض المباني في بحث حقيقة الحكم الشرعي قد ذهبت أبعد من هذا فلم تكتفي بتأييد إمكانية طرح مسلك التلازم، بل أجابت عن العديد من الإشكالات الثبوتية والإثباتية الواردة على هذه النظريّة، وقالت بعقلانية اختيار مثل هذا المسلك في مسألة الضدّ.

**المفردات الأساسية:** الضدّ العام، حقيقة الحكم الشرعي، مسلك التلازم.





## The role of recognizing the nature of the sheri`ah precept on the zid (anti especial or general command)

Belal Shakeri

### Abstract

One of the basic points in analytic debates and declaring the ideas is the presentation of the effects and results of the formed analyses; of course, this point is usually neglected. One of the analytic subjects of Ilm al-osul (science of principles of jurisprudence) suffering from this defect, is the "nature of the religious ordinance". Concerning which theory we believe in the analysis of the nature of the religious precept, , many effects arise in Ilm al-osul. For example, in the case of which any command necessitates prohibiting generally from its opposite, and based on the concomitance doctrine, three kinds of influences can be recognized according to the different theories about the nature of the religious precept. some theories cause that the concomitance doctrine make apparent incorrect and meaningless in the case of opposite; but the result of accepting some other bases, corrects the possibility of such a doctrine. However, some foundations in the case of the nature of religious precept, have pushed forward the concomitance doctrine, and not only they correct the possibility of its planning, but also respond lots of proving and demonstrative problems on this theory, and make acceptance of such a doctrine reasonable in the issue of the opposite.

**key words:** general opposite, nature of religious precept, and concomitance doctrine



## **Jurisprudential - legal review of foundation and nature of harim (privacy)**

**Abdollah Omidi Fard**  
**Ro`ya Saremi Juybari**

### **Abstract**

In the existing regulations, the harim (privacy) has a special function. Concerning the subject of the privacy, there are different regulations which each of them has used the privacy in according with the nature of its subject. Since in the different laws, the legislator has not followed a similar procedure, the legal nature and foundation of the privacy has remained vague. In articles 137 and 138 of the civil code, based on the famous jurists' approach, the extent of some harims has been emphasized, while in other regulations, the famous theory has sometimes been accepted and, in some cases, has not been followed by reason of the necessity. In addition, in Article 136, the basis of the privacy is completeness of profit, and article 139 is to prevent the loss which the logical aspect of the combination of these two mentioned articles has been doubted. Since in the case of ambiguity of the legal regulations, a judge is obliged to infer the judgment of the issue by reference of the valid jurisprudential sources, it can be said that according to jurisprudential principles and criteria, the basis of the benefit perfection is to consider possession of the owner's privacy and without taking an account of the other estates, or owners and privacy; but the foundation of preventing the loss is raised in the event that there is another right which in the case of conflict between completeness of benefit and loss, the rule of la zarar (there shall be no loss and damage in Islam) is made a priority.

**Key words:** privacy, right, right of privacy, estate, and right of benefit.

## Researching the nature of sabb al-nabi (insulting the prophet mohammed) crime in Imami jurisprudence

Hosein Haji Hoseini

Majid Qurchi beigi

### Abstract

One of Jurisprudents' debates in the book of al-hodud (determined punishments chapter), is of sabb al-nabi crime referring to insulting the prophet Mohammad (s.a). The traditions of this chapter agree to the necessity of killing its offender provided that his killer is safe from causing the loss of his life, property and decency, and a large number of jurisprudents claim the consensus on this matter. But what is doubtful, is whether this precept is be a had penalty or ta'ziri (discretionary) one. The famous jurisprudents have already discussed this precept in al-hodud chapter, and it seems that they consider it to be a had penalty. But there are some circumstances of evidence that killing of the sabb-al-nabi is not a matter of had penalty or ta'ziri one, but it is especial ruling, and it makes the famous viewpoint of being a had penalty, partly problematic.

Describing the existing evidence, this paper, on the one hand, seeks to show this claim, and on the other hand, examines the cases as the necessity of executing the percept or permissibility of it, or the need for the permission of the ruler to enforce the ordinance, or its needless of it. Obviously, given the special effects of the had penalty or ta'ziri one, there are different results which govern on this issue. This research has used a library and analytical method.

**Key word:** sabb al-nabi, insulting the prophet (s.a), had penalty of sabb al-nabi, its ta'ziri (discretionary) punishment.

## Normality of the waqf's nature (endowment) on permissibility of change and transformation

Sayyed Taqi Varedi

### Abstract

Except in some cases, impermissibility of changing the waqf is a matter of the jurists' consensus. But concerning the reason of its impermissibility, there is no agreement between them. Some believe that its reason is religious ordinance which prohibited it. Some others say that the waqf's nature is a form conflicting with any change, and all the narrations that imply prohibition, have aspect of approval, not legislation and establishment. The third group says that the cause of impermissibility of transferring the waqf is that after settler endowment, the subject of endowment is removed from its settler's ownership and no longer, falls into the ownership of anyone and the property is removed from the ownership. Between the mentioned three theories, the second is acceptable and defensible due to which the endowment has no religious nature, and it is a human covenant, which it occurs and is current beyond religion and faith in all the periods and among all the nations of the universe. In addition, it has historical and narrative circumstances of evidence.

**key words:** transferring the waqf, types of waqf, subject of endowment, its sale, settler, its beneficiaries.



## The Feasibility of Annulment Process in Unilateral Pronouncements

Shakiba Amirkhani

Ahmad Baqeri

### Abstract

According to most Islamic jurists, annulment like options is considered to be one of the causes of revocation and discontinuity of the contract. The difference is that revocation enforcement through options is done just by discretion of one party, but the condition for fulfillment of annulment is the agreement of the parties to the contract on dissolution. Considering jurisprudential books and the reasons for annulment permission, the Islamic jurists generally consider the contracts revocable through this way and they prohibit only some of the certain contracts, such as marriage from annulment. The entry of "revocation" into the scope of unilateral pronouncements has raised various issues among Islamic jurists. One of them is "the revocability of unilateral pronouncement". Basically, some of the Islamic jurists still haven't accepted it. Even though, some others have introduced unilateral pronouncements as revocable contracts through option, they have explicitly considered the annulment of unilateral pronouncement prohibited and irresistible or they have been silent on this issue. It seems that this silence is also due to the adoption of the theory "the impossibility of annulment of unilateral pronouncement" and clarity of this idea in their mind.

In this study, first, it has been tried to evaluate the theory "the revocability of unilateral pronouncement" and strengthening its positive arguments and then to investigate revocability of unilateral pronouncement through annulment. Based on the findings of this research, the annulment of unilateral pronouncement does not confront with intellectual or legal barrier and it is also possible to use this way to revive the situation before the creation of unilateral pronouncement.

**Keywords:** annulment, unilateral pronouncement, revocation, option, contract.

## Time of nafilah ( recommended) night prayer

Mohammad Zarvandi Rahmani

Nafiseh Zarvandi

### Abstract

The recommended night prayer is one of the worships that has been emphasized by the verses and traditions of the innocent Imams (s.a), and an insistence on it has been practically continued by the practical biography (sirah) of the Innocents and the righteous elders of the past. One of the religious precepts that has deprived many enthusiasts of it from carrying out it, is the time of this prayer which in accordance with the well known viewpoint of the jurists, its beginning is midnight, and its end is the true dawn. Among the contemporary jurisprudents, except two or three personalities, the majority of them have delivered the same religious decision (fatwa) based on that famous theory. Reviewing and criticizing the evidence of the famous theory which is totally seven case, this article has proved with various evidence, circumstances and proofs that the time of the mentioned prayer is the beginning of the night, but the midnight later is the time virtue of prayer, and the more the night prayer approaches dawn and rising, the more virtue it has.

**Key words:** recommended night prayer, virtue, midnight, true dawn.

# Contents

<b>Time of nafilah ( recommended) night prayer.....</b>	<b>166</b>
	<b>Mohammad Rahmani</b> <b>Nafiseh Zarvandi</b>
<b>The Feasibility of Annulment Process in Unilateral Pronouncements .....</b>	<b>165</b>
	<b>Shakiba Amirkhani</b> <b>Ahmad Baqeri</b>
<b>Normality of the waqf's nature (endowment) on permissibility of change and transformation.....</b>	<b>164</b>
	<b>Sayyed Taqi Varedi</b>
<b>Researching the nature of sabb al-nabi (insulting the prophet mohammed) crime in Imami jurisprudence .....</b>	<b>163</b>
	<b>Hosein Haji Hoseini</b> <b>Majid Qurchi beigi</b>
<b>Jurisprudential - legal review of foundation and nature of harim (privacy).....</b>	<b>162</b>
	<b>Abdollah Omidi Fard</b> <b>Ro`ya Saremi Juybari</b>
<b>The role of recognizing the nature of the sheri`ah precept on the zid (anti especial or general command) .....</b>	<b>161</b>
	<b>Belal Shakeri</b>



## Editorial Board (In Alphabetical Order)

Abdorreza Eizadpanah (Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office)  
Seyyed Ahmad Hosseini (Member of Society of Seminary Teachers of Qom,  
and professor of advanced levels at Qom Seminary)  
Yaqoubali Borji (Associate Professor, Al-Mustafa International University)  
Muhammad Zarvandi Rahmani (Associate Professor, Al-Mustafa International University)  
Seyyed Abbas Salehi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)  
Seifollah Sarrami (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)  
Ahmad Moballeqi (the head of Islamic researching center of Islamic Consultative Assembly and  
representative of Lorestan Province at Assembly of Experts for the Leadership)  
Seyyed Ziya Mortazavi (Associate Professor, Islamic Science and Culture Academy)  
Muhammad Sadieq Mazinani (Fourth Level Researcher at Qom Seminary)  
Muhammad Hassan Najafi (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)

Editor: Yahya Sarrami

English translator: Mohammadreza Zafari

Arabic translator: Mohammad Hossein Hekmat

Referring to the enactment 131 issued by The Council for Awarding Scientific Permissions and Grants of the Seminaries Supreme Council held on 5/3/1394, The Quarterly Journal of A New Probe in Fiqh has granted Scientific-Research rank since Volume 75. It is noticeable that by virtue of single-clause bill enacted by the session 625 of the Supreme Council of the Cultural Revolution held on 21/3/1387, enactments of the Supreme Council of the Qom Seminary possesses official credit in regard of awarding scientific grant to the scientific journals, and begets legal privileges at the universities and seminaries.

### Disclaimer:

The Editorial Board reserves the right to modify articles.

The views and opinions expressed in this article are those of the authors and do not necessarily reflect the official policy or position of the Editorial Board.

The Quarterly Journal of «A New Probe in Fiqh» is cited in the Islamic World Science Citation Center (ISC), State Journals Database ([www.magiran.com](http://www.magiran.com)), Noor Specialized Magazines ([www.noormags.ir](http://www.noormags.ir)), and The Magazines Portal of the Islamic Propagation Office ([www.daft-armags.ir](http://www.daft-armags.ir)).

Address: Fiqh Journal Office, Islamic Science and Culture Academy, Moallem St., Shohada Sq., Qom, Islamic Republic of Iran,

P.O.Box: 37185-599

Office Phone: +98-25-37742158

Fax: +98-25-37742159

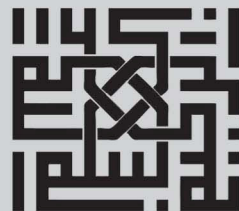
Circulation Phone: +98-25-37116666

Email: [Jf@isca.ac.ir](mailto:Jf@isca.ac.ir)

Web: [Jf.isca.ac.ir](http://Jf.isca.ac.ir)

Publication Manager: Seyyed Hossein Moosavi

Price: 6000 Tomans.



فقه  
کاوش نو

A New Probe in Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Volume 91, Issue 3, autumn 1396



Publisher: Islamic Propagation Office, Qom Seminary

Islamic Science and Culture Academy

Director-in-Charge: Abdorreza Eizadpanah

Editor-in-Chief: Seifollah Sarrami

Journal's expert: Alireza Fajri

Executive manager: Seyyed Mahmood Karimi