

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 نجفی‌راد (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 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.journals.dte.ir) نمایه می‌شود.

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

دفتر مجله قم - صندوق پستی: ۳۷۱۸۵ - ۵۹۹

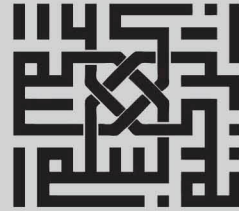
تلفن دفتر مجله: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۲۱۵۸

تلفن واحد توزیع: ۰۲۵ - ۳۷۱۱۶۶۶۶

پست الکترونیکی: Jf@isca.ac.ir

وبسایت: Jf.isca.ac.ir

قیمت: ۷۰۰۰ تومان



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال بیست و پنجم - شماره دوم - تابستان ۱۳۹۷

۹۴



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

کارشناس اجرایی: سید حسین موسوی

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

- ویژگی‌های شکلی مقاله:** حتماً با الگوی فصلنامه (مندرج در صفحه اول سامانه نشریه) تنظیم شده باشد؛
۱. حجم مقاله تایپ شده همراه با چکیده و کتابنامه (حداکثر ۷۵۰۰ کلمه) به آدرس سامانه نشریه ارسال شود؛
 ۲. مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۴ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.
 ۳. شیوه‌های استناد بایستی به صورت درون‌متنی بین پرانتز به شرح ذیل باشد:
 - ❖ **قرآن:** آیات (همراه با ترجمه) داخل گیومه درج شده و سپس نام سوره و شماره آیه (داخل پرانتز) آورده شود. **نمونه:** «الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ؛ ستایش مخصوص خداوندی است که پروردگار جهانیان است» (حمد: ۱).
 - ❖ **کتاب:** (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار اثر، شماره جلد: شماره صفحه، مثال: منبع فارسی با صفحات متناوب (مطهری، ۱۳۶۰، ج: ۱: ص ۲۰۰-۲۲۰) و با صفحات متفاوت (امینی، ۱۳۸۷، ج: ۱: صص ۲۰۰ و ۲۰۷)؛ **نکته:** درج (حرف ق) برای تاریخ قمری لازم است. منبع انگلیسی با صفحات متناوب: (Kant, 1788: p.224-288). منبع انگلیسی با صفحات متفاوت: (Kant, 1788: pp.44, 288).
 - ❖ **مقاله:** (نام خانوادگی، سال انتشار اثر: شماره صفحه. مثال: یاسری، ۱۳۸۵: ص ۷۵).

تذکر:

- ✓ اگر از یک نویسنده، بیش از یک اثر در مقاله استفاده شود، در صورت اشتراک زمان انتشار آنان، پس از سال انتشار، با ذکر حروف الفبا در گیومه از یکدیگر متمایز شوند. مانند: (مطهری، ۱۳۶۰ «الف»؛ ص ۲۰۰) یا (مطهری، ۱۳۶۰ «ب»؛ ص ۱۴۵).
- ✓ اگر مؤلفان یک اثر **بیش از سه نفر** باشند، تنها نام خانوادگی یک نفر می‌آید و با واژه «دیگران» به دیگر مؤلفان اشاره می‌شود.
- ✓ اگر به دو اثر از یک نویسنده، بدون فاصله ارجاع داده شود، به جای تکرار نام نویسنده، از واژه «همو» استفاده می‌شود و به جای تکرار منبع و سال «همان» درج شود. در ارجاع به **منابع لاتین** در متن به جای واژه «همان» از «ibid»، «همو» از «Idem.» و «پیشین» از «op.cit» استفاده شود.

۴. معادل لاتین کلمات غیرفارسی و تلفظ واژگان و اصطلاحات مهجور داخل متن و پرازنز بیاید؛
۵. **عبارات تکریمی:** از کلیشه به جای عبارات تکریمی استفاده شود. مانند: ﷺ به جای (ص)؛ ﷺ به جای (ع)؛ ﷺ به جای (ره) و ﷺ به جای (علیهم السلام) و ...
۶. فهرست منابع و مآخذ (کتابنامه) در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبا و به روش زیر تدوین و درج شود:
- ❖ **کتابها:** نام خانوادگی، نام (سال انتشار)، عنوان کتاب (ایرانیک)، مترجم، جلد، نوبت چاپ، محل نشر: ناشر.
- ❖ **مقالات:** نام خانوادگی، نام (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه (ایرانیک)، دوره و شماره نشریه، شماره صفحات مقاله.
- ❖ **منابع الکترونیکی:** نام خانوادگی، نام (تاریخ مشاهده منبع در سایت یا وبلاگ)، «عنوان مقاله یا نوشته»، آدرس دقیق اینترنتی یا دسترسی (CD و ...) .
- ❖ **پایان نامهها:** نام خانوادگی، نام (سال دفاع از رساله)، عنوان رساله، مقطع تحصیلی، گروه، نام دانشکده، دانشگاه.

ویژگی‌های محتوایی مقاله

- الف) صفحه اول شامل:** ۱. عنوان کامل مقاله، نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی دانشگاهی و پست الکترونیکی سازمانی نویسنده یا نویسندگان؛ ۲. چکیده فارسی (حداقل ۱۵۰ و حداکثر ۲۵۰ کلمه)؛ ۳. کلیدواژه‌ها (۳ تا ۷ کلمه) (ترجمه و ارسال تمامی موارد به لاتین الزامی است).
- ❖ در صورتی که مقاله برگرفته از پایان‌نامه باشد یا سازمان و نهادی هزینه مالی پروژه را پرداخت کرده باشد و یا تشکری لازم داشته باشد باید در پاورقی صفحه اول (چکیده) درج شود.
- ❖ مقاله پیش‌تر یا همزمان به مجله‌های دیگر ارایه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.
- ❖ اعضای هیأت علمی، اساتید و محققان مراکز آموزشی و پژوهشی موظف‌اند در مقاله خود پست الکترونیکی سازمانی خود را وارد کنند.
- ❖ در صورتی که مقاله مشترک است، عنوان (نویسنده مسئول) در پاورقی و در مقابل اسم او درج شود.
- ب) صفحات دوم تا آخر شامل:** ۱. مقدمه و طرح مسئله، پیشینه تحقیق، روش تحقیق و گردآوری اطلاعات؛ ۲. تبیین ابعاد مسئله به صورت منطقی شده با رعایت انسجام و هماهنگی مطالب در زیرمجموعه‌سازی استاندارد (پیگیری از الگوی عددی یا حرف و عدد)؛ ۳. نتیجه‌گیری؛ ۴. کتاب‌نامه.

داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا)

سید مهدی دادمربی (استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم)

محمد زروندی رحمانی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیة)

عادل ساریخانی (دانشیار دانشگاه قم)

محمد صالحی مازندرانی (دانشیار دانشگاه قم)

سیف الله صزّامی (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

حسنعلی علی اکبریان (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

مهدی فیروزی (عضو هیئت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

محمدصادق مزینانی (پژوهشگر سطح چهار حوزه علمیه قم)

مهدی نجیبی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)



فهرست مطالب

- الگوواره‌ای نوین در ساختارشناسی فقه ۷
محمد‌مادی یعقوب‌نژاد
- جبران خسارت عدم‌النفع ناشی از تأخیر تأدیه در نظام بانکی ۳۳
سید امراله حسینی
- نگرشی نو به حکم فقهی ربا در بیع معاطاتی ۶۳
محمدرضا کیخا
سمیه نوری
سیدحسین آل طاها
- ضرورت برگشت قانون به فقه در جرم ترک نفقه ۷۹
اسماعیل آقابائی بنی
- بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران .. ۱۰۱
رضا دهقان‌نژاد
سید سجاد محمدی
حسن پورلطف‌الله
- حکم خوف خیانت دشمن در مهاده با رویکرد فقه مقارن و امکان تسری آن .. ۱۲۷
محمدرسول آهنگران
مهدی نوروزی
- چکیده مقالات به زبان عربی و انگلیسی ۱۴۷





الگوواره‌های نوین در ساختارشناسی فقه

محمدهادی یعقوب‌نژاد*

چکیده

فقه اسلامی برای استحکام درونی و بازسازی خود به عناصر و لوازمی وابسته است که یکی از آنها ساختار منطقی و دسته‌بندی نظام‌یافته آن است. ساختاری که بتواند دانشی با این گستره را سازمان بخشد؛ جایگاه هر مسئله را مشخص کند؛ دستیابی به مباحث آن را روان‌تر و فهم مطالب آن را آسان‌تر نماید؛ با شبکه گسترش‌پذیر خود، گزاره‌های پیشین و پسین فقه را پذیرا باشد و همچنین، با تحولات ابزارهای نوین در ذخیره‌سازی و جست‌وجوهای متنوع و به‌ویژه در جست‌وجوهای کارآمد موضوعی و شبکه‌ای به‌کار آید. پرسش اصلی آن است که برای ساختارشناسی نظام‌یافته و دسته‌بندی منطقی فقه چه راهکار مناسبی وجود دارد؟

در این مقاله، ساختارشناسی علم فقه از نگاه نظام‌سازی اصطلاحات و تأثیر آن در ارائه ساختار منطقی علم فقه، به‌عنوان راهبردی اساسی، بررسی می‌شود. همچنین، با مروری بر دسته‌بندی رایج فقه برای تقسیم‌بندی آن الگویی پیشنهاد می‌شود.

کلیدواژه‌گان: علم فقه، دسته‌بندی علوم، ساختار فقه، نظام اصطلاحات، اصطلاح‌نامه.

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۷/۱۰

mh.yaghoobnejad@isca.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۳۰

* استادیار و عضو هیئت‌علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

طرح مسئله

علم فقه گسترده‌ترین علم اسلامی است. اندیشمندان اسلامی آثار فاخر و پرشماری تدوین کرده‌اند. تاکنون بیش از هزاران منبع فقهی شناسایی و ثبت شده است.

فقه میراث گران‌سنگی است که استحکام درونی و بازسازی آن به عناصر و لوازم مختلفی وابسته است. یکی از این لوازم، دسته‌بندی نظام‌یافته و ساختار منطقی آن است.

پرسش اصلی این است که برای دسته‌بندی نظام‌یافته و ساختار منطقی فقه چه راهکاری وجود دارد؟ ساختاری که بتواند دانشی با این گستره را سازمان بخشد؛ دستیابی به مباحث آن را روان‌تر و جایگاه هر مسئله را مشخص کند و فهم مطالب آن را آسان‌تر نماید؛ ساختار منتظمی که با شبکه گسترش‌پذیر خود، گزاره‌های پیشین و پسین فقه را پذیرا باشد و با تحولات ابزارهای نوین در ذخیره‌سازی، بازیابی و جست‌وجوهای متنوع ساده و پیشرفته و به‌ویژه در جست‌وجوهای کارآمد موضوعی و شبکه‌ای به کار آید.

هیچ ساختاری در سازمان‌دهی و نظم‌بخشی به علوم کارآمد نیست؛ مگر آنکه براساس سنگ‌بنای علوم، طراحی و تنظیم شود. سنگ‌بنا و پایه اصلی در هر علم، از جمله علم فقه، مصطلحات آن است. چه اینکه اصطلاحات علمی، در حقیقت، موجود زنده فضای علم‌اند و بازتابی از گستره مفاهیم علوم به‌شمار می‌آیند. این اصطلاحات‌اند که اگر برپایه قواعدی از پیش طراحی شده تنظیم شوند و مفاهیم علمی دانش‌موردنظر را در چهارچوبی نظام‌مند نشان دهند، به سامان‌بخشی علوم خواهند انجامید. روشن است که در زبان‌های تخصصی و رشته‌های علمی، معانی به‌وسیله مفاهیم^۱ صورت‌بندی می‌شوند و از طریق واژه‌ها یا اصطلاحاتی خاص به دیگران منتقل می‌شوند. از نظر علم اصطلاح‌شناسی،^۲ اصطلاحات وسیله ارتباط تخصصی بین اندیشمندان است؛ همان‌گونه که در علم زبان‌شناسی، زبان وسیله ارتباط بین عموم انسان‌هاست (حری، ۱۳۸۱: ذیل مدخل «اصطلاح‌شناسی»). این نوشتار با بررسی نقش نظام اصطلاحات فقه در تنظیم و دسته‌بندی درست این دانش، ساختارشناسی علم فقه را کاویده و با مروری بر دسته‌بندی رایج فقه، الگویی پیشنهاد کرده است.

۱. اهمیت دسته‌بندی علوم

از دیرباز اندیشمندان در هر رشته علمی به تقسیم‌بندی علوم مربوط به خود همت گماشته‌اند. فیلسوفان از یک نگاه، فلسفه عام (حکمت) را به حکمت عملی و حکمت نظری، و حکمت عملی را به سیاست مدن، علم اخلاق، علم تدبیر منزل، و حکمت نظری را به علم ریاضی، علم طبیعی و فلسفه خاص تقسیم کرده‌اند. فیلسوفان مسلمان نیز ذیل فلسفه اسلامی (حکمت اسلامی) که زیربخش فلسفه‌های الهی است، رده‌هایی مانند امور عامه، الهیات بالمعنی الاخص، حکمت اشراق، حکمت متعالیه، علم نفس، فلسفه مشاء و مباحث شناخت‌شناسی را آورده‌اند (اصطلاح‌نامه فلسفه اسلامی، ۱۳۷۶، ج ۱: ذیل واژه «فلسفه» و واژه «حکمت»). همچنین، منطبق دانان این علم ابزاری را به بخش‌هایی مانند الفاظ، حجت، دلالات، قضایا، معرف و مفهوم تقسیم نموده‌اند (اصطلاح‌نامه منطق، ۱۳۷۸: ذیل واژه «منطق (حوزه اصلی)»). اصولیان نیز علم دستور استنباط را به اجتهاد و تقلید، ادله، اصول عملی، تعارض و تعادل و تراجم، مباحث الفاظ و ملازمات عقلی بخش کرده‌اند (اصطلاح‌نامه اصول فقه، ۱۳۸۰: ذیل واژه «اصول فقه (حوزه اصلی)»).

علم فقه به لحاظ‌هایی تقسیم‌بندی می‌شود: از جنبه ادله اثبات به فقه استدلالی و فقه روایی، به لحاظ مذهب به فقه اهل سنت و فقه شیعه، و با در نظر گرفتن موضوعات کلان به عبادات بالمعنی الاعم و معاملات بالمعنی الاعم قابل تقسیم است. (اصطلاح‌نامه فقه، ۱۳۹۵: ذیل واژه «فقه (حوزه اصلی)»).

در جوامع فقهی، مباحث فقهی را با عناوین «ابواب فقهی» و «کتب فقهی» آورده‌اند. از آنجا که در سده‌های نخست و دوم هجری برای هر یک از موضوعات مهم فقهی کتاب مستقلی تألیف می‌شد، از هر موضوع و هر بابی از ابواب فقه به عنوان «کتاب» یاد شده است (شهابی خراسانی، ۱۳۲۴، ج ۲: ص ۱۳؛ مطهری، ۱۳۸۷، ج ۳: ص ۱۱۱).

بنابراین، تنظیم مباحث علوم دغدغه اندیشمندان بوده است. برای همین است که مباحث هر علم را صاحبان آنها در قالب‌های خاصی دسته‌بندی و گاه در بعضی علوم، تقسیم‌بندی‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند که به لحاظ گرایش، دیدگاه خاص و سلیقه‌های

اشخاص مختلف، این دسته‌بندی‌ها مختلف و متنوع شده‌اند.

بدیهی است تقسیم‌بندی مباحث در فهم درست مطالب، روشن شدن جایگاه هر مسئله، روان‌سازی دسترسی به مباحث و مطالب و جز آن مؤثر است.

به‌فراخور توسعه دامنۀ مباحث علوم، طراحی نظامی برای تنظیم، دسته‌بندی و طبقه‌بندی گزاره‌های هر علم ضرورت بیشتری پیدا کرده است. تحولات ابزارهای نوین در ذخیره‌سازی، بازیابی و جست‌وجوهای متنوع ساده و پیشرفته و به‌ویژه در جست‌وجوهای کارآمد موضوعی نیز اولویت آن را چندبرابر کرده و بحث‌های متنوعی برای ارائه هندسۀ هر علم، متخصصان و صاحب‌نظران را به خود مشغول کرده است، مانند رده‌بندی‌ها، سرعنوان‌های موضوعی، اصطلاح‌نامه‌ها و هستی‌شناسی‌ها. این مباحث همچنان در ردیف بحث‌های مهم برای دسته‌بندی، ساختاردهی و مدیریت اطلاعات علمی و دانش بشری به‌شمار می‌آید.

۲. دانش فقه و دسته‌بندی آن

۱-۲. ضرورت دسته‌بندی در فقه

مباحث فقهی، در واقع، مسائل روز دنیاست و طبعاً علمی متنوع، پیچیده، پُراثر و اختلاف‌پذیر است. از این‌رو، برای شیوۀ ارائه مباحث کاربردی خود به جامعه و روش‌های دسته‌بندی به بازسازی نیاز دارد تا با نوآوری و جاذبه‌آفرینی در عرصۀ فقاقت و کارآمدتر کردن آن در جنبه‌های ساختاری، سمت‌وسوی حرکت تکاملی فقه به‌عنوان نظرگاه واقعی و کامل اداره انسان پیشرو باز شود؛ همان‌گونه که فقیهان پر شمار اسلام - که برخی از آنان از نوابغ دنیا شمرده می‌شوند - کتاب‌های زیادی در فقه با عنوان‌بندی‌های متفاوت و بحث‌های متنوعی تدوین و دسته‌بندی کرده‌اند و بعضی از آنها فوق‌العاده ارزنده است.

از سوی دیگر، نگرش خاص به حکومت، پس از انقلاب اسلامی، به‌عنوان فلسفۀ عملی تمام فقه نیز بازرسی مسائل جدید جامعه از نگاه فقهی با توجه به تحولات روزافزون و پیدا شدن مباحث نو را می‌طلبد. بدیهی است این فقه پویا به ساختاری پویا نیازمند است تا با جای‌دهی مسائل پیشین و پسین، ساختمان معنایی خود را بازخوانی کند.

استحکام درونی و بازسازی این میراث گران‌سنگ به عوامل مختلفی مرتبط است. یکی از این عوامل، ساختار و دسته‌بندی فقه است. تقسیمات علم فقه هرچند در حوزه فلسفه فقه و جزء مباحث پیرامونی فقه جای می‌گیرد، ولی عنصری اثرگذار در فهم مباحث فقهی شمرده می‌شود؛ توجه به آن بسیار جذاب و موجب علاقه‌مندی دانش‌پژوهان، اساتید و دانش‌ورزان به بحث‌های فقهی خواهد شد. دسته‌بندی فقه یعنی تنظیم گزاره‌های آن در فرمی منطقی که با یک نگاه مجموعی و کلی، گستره فقه نمایان شود و با شبکه‌ای گسترش‌پذیر، افزون بر مباحث موجود، گزاره‌های نوشونده فقهی در دامن آن جای گیرد. این موضوع عنصری مهم در مدیریت این دانش کارآمد نیز خواهد بود (یعقوب‌نژاد، ۱۳۹۴ «ب»: ص ۱۴).

۲-۲. پیشینه دسته‌بندی در علم فقه

گسترش اسلام نیاز مبرم به حقوق و قوانین مدنی و جنایی و احکام سیاسی برای اداره جامعه اسلامی سبب توسعه روزافزون فقه شد و فقه را علمی مستقل و گسترده کرد. پس از عصر تدوین، مطالب و مسائل فقه مَبُوب و دسته‌بندی شد. اغلب فقیهان از ابواب و فصول اصلی به «کتاب» تعبیر می‌کردند، ولی در تقدم و تأخر و ترتیب و توالی این ابواب روش واحدی اتخاذ نشده است (طاهری عراقی، ۱۳۷۶: ص چهل و پنج). به همین ترتیب، فقیهان در طول تاریخ فقه اسلامی برای این علم دسته‌بندی‌های متفاوتی مطرح کرده‌اند. در میان اندیشمندان معروف شیعه، سلاربن عبدالعزیز دیلمی (متوفای ۴۶۳ق) در کتاب مراسم (سلار دیلمی، ۱۴۱۴ق: ص ۸۲)، ابی‌الصلاح حلبی (۳۷۴-۴۴۷ق) در کتاب الکافی فی الفقه (حلبی، ۱۴۰۳ق: ص ۱۰۹)، ابن‌براج (۴۰۰-۴۸۱ق) در المهدب (ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ص ۱۸)، محقق حلی (۶۰۲-۶۷۶ق) در کتاب شرایع (محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ص ۳ و ۷ و ۱۳)، شهید اول (۷۳۲-۷۸۶ق) در کتاب القواعد و الفوائد (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ص ۳۷)، سید محمدجواد حسینی عاملی (۱۱۶۴-۱۲۲۶ق) در کتاب مفتاح‌الکرامه (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸: ص ۳)، فیض کاشانی (۱۰۰۶-۱۰۹۹ق) در کتاب مفتاح‌الشرایع (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ص ۳۶)، محمدباقر صدر (۱۹۳۵-۱۹۸۰م) در



کتاب الفتاوی الواضحه (صدر، ۱۴۱۵ق، ج ۱: ص ۱۳۲)، آیت الله مشکینی (۱۳۰۰-۱۳۸۶) در کتاب الفقه المأثور (مشکینی، ۱۴۱۸ق: ص ۱۳) و عبدالکریم بی آزار شیرازی (متولد ۱۳۲۳) در رساله نوبین (بی آزار شیرازی، ۱۳۷۹، ج ۱: ص ۵۴) دسته بندی هایی دارند.

عالمان اهل سنت نیز در فقه تقسیم بندی هایی ارائه کرده اند. در فقه شافعی گاه مباحث را به چهار دسته عبادات، معاملات، مناکحات و جنایات بخش کرده اند. در کتاب احیاء العلوم احکام و مقررات اسلامی به چهار بخش عبادات، عادات، منجیات و مهملکات تقسیم شده است. بیشتر فقیهان شافعی فقه را چهار قسم دانسته اند: عبادات، معاملات، زواج و عقوبات، بعضی از احناف (ابن عابدین، محمد امین، ۱۱۹۷-۱۲۵۲ق) عبادات و معاملات و عقوبات را جزء فقه دانسته اند (طاهری عراقی، ۱۳۷۶: ص ۴۵-۴۷). بعضی از متأخران اهل سنت فقه را به سه قسمت کرده اند: عبادات، اصول اخلاقی و احکام قانونی (محمصانی، ۱۳۵۸: ص ۲۰).

در بررسی اجمالی مشخص می شود که برخی از طرح های مطرح شده مورد توجه واقع نشده و برخی نیز مورد نظر عده ای از فقیهان قرار گرفته است. مثلاً محقق حلی رحمته الله علیه در کتاب شرایع الاسلام معروف ترین تقسیم برای مباحث علم فقه از منظر فقیهان شیعه را ارائه داده است. شهید اول در کتاب قواعد درباره آن توضیحات مختصری داده است (شهید اول، بی تا، ج ۱: ص ۳۷) ولی دیگر شارحان کتاب شرایع، از قبیل شهید ثانی در مسالک و موسوی عاملی در مدارک و همچنین صاحب جواهر، هیچ گونه توضیح و تفسیری درباره تقسیم بندی محقق نداشته اند (حسن زاده، ۱۳۸۲: ص ۲۶۱-۲۹۳).

محقق حلی رحمته الله علیه ابواب و رؤوس مسائل فقهی را با عنوان «کتاب» تنظیم نموده است. او ابتدا ابواب فقه را به چهار بخش تقسیم کرده است: عبادات، عقود، ایقاعات و احکام. آنگاه ذیل این عناوین در ابتدا چهل و هشت باب (کتاب) فقهی را قرار داده است: عبادات، ۱۰ باب (کتاب)؛ عقود، ۱۵ باب (کتاب)؛ ایقاعات، ۱۱ باب (کتاب)؛ احکام، ۱۲ باب (کتاب).

با در نظر گرفتن اینکه محقق عملاً در ابواب عقود، به جای پانزده باب، نوزده باب را نام برده است، در مجموع پنجاه و دو باب فقهی در کتاب او بر شمرده شده است (محقق حلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱). بعد از محقق حلی، علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء (علامه حلی، ۱۴۱۴ق) به نوع خاصی ابواب فقهی را گروه بندی کرده است. شهید اول هم در کتاب قواعد درباره تقسیم محقق حلی توضیح اندکی داده است.^۳ طاهری عراقی در رده بندی خود - که علوم دینی اسلام را در نظام رده بندی کنگره^۴ گسترش داده است - در ۲۴ صفحه با تلفیق اقوال مختلف، طبقه بندی خود را ارائه کرده است (طاهری عراقی، ۱۳۷۶: ص ۵۴-۷۸).

اولین مطلبی که لازم است یادآوری شود این است که آیا این مسائل گسترده فقهی به نحوی دسته بندی شده و تقسیمی بر مبنای صحیح روی آنها صورت گرفته است یا خیر؟ پاسخ این است که متأسفانه خیر (مطهری، ۱۳۸۷، ج ۳: ص ۱۰۹).

دسته بندی ساختاری از علم فقه یعنی با نگاهی مجموعی و کلی بر بیکره این دانش نگریستن. مثلاً اینکه فقه چند رده اصلی دارد؟ ارتباط آنها با یکدیگر چیست؟ آیا دو شاخه اصلی دارد یا سه یا چهار یا هفت یا ده و...؟ مشهور است که فقه شیعه پنجاه کتاب یا پنجاه باب دارد؛ اما در برخی کتاب های قدیمی تر فقهی، ۲۳ باب (سالار دیلمی، ۱۴۱۴ق: ص ۸۲) و در برخی ۳۶ باب (حلی، ۱۴۰۳ق: ص ۱۰۹) و بعضی دیگر ۵۲ باب (محقق حلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱) و مانند آنها ذکر کرده اند.^۵ این موضوع مهم به بازسازی بنیادی نیاز دارد. همچنین، به عناصر و لوازم مختلفی نیز وابسته است که یکی از آنها دسته بندی نظام یافته و ساختارمند فقه است؛ نظامی که بتواند دانش گسترده فقه را سامان دهد و با شبکه معنایی گسترش پذیر، گزاره های نوشونده فقهی را در دامن خود بپذیرد و با تحولات ابزارهای نوین در ذخیره سازی، بازیابی و جست و جوی متنوع و موضوعی، هماهنگ باشد و به معنای درست کلمه به مدیریت این دانش کارآمد بینجامد.

۳. نظام سازی و ساختارشناسی فقه

دسته بندی درست و جامع از محتوای اطلاعات علم فقه، مانند هر علمی، مبتنی است بر



شناختی درست از ساختار آن، و ساختارشناسی درستِ فقه نیز بر نظام‌سازی اصطلاحات آن استوار است؛ چون اصطلاحات سنگ‌بنا و تبلور محتوای این دانش‌اند. گستره‌واژگانی فقه از عناصری است که درک درست نظام اصطلاحات را بسیار سخت می‌نماید. اینک نخست، فراوانی اصطلاحات فقه به‌لحاظ پهنهٔ موضوعی را گوشزد نموده و آنگاه بر نقش نظام اصطلاحات در ساختارشناسی و دسته‌بندی فقه تأکید می‌کنیم.

۳-۱. گسترهٔ اصطلاحات فقهی

شهید اول در تعریف فقه می‌گوید: «هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية» (شهید اول، بی‌تا: ص ۲۶). مشهور فقیهان همین تعریف را برگزیده‌اند. محمدباقر صدر در عبارتی کوتاه‌تر آورده است: «علم الفقه هو علم إستنباط الأحكام الشرعية» (صدر، ۱۴۱۵ق: ص ۴۶). یکی از کامل‌ترین سخنان دربارهٔ فقه سخن امام خمینی علیه السلام است که می‌فرماید: «فقه تئوری واقعی و کامل ادارهٔ انسان از گهواره تا گور است» (خمینی (امام)، ۱۳۷۶: ص ۳۷). عرصهٔ حضور عملی دین در زندگی انسان، آن بخش از زندگی اوست که با هدایتش ارتباط دارد. این بُعد، که تجلی عینی دین در زندگی است، «فقه» نامیده می‌شود. فقه با پیشینه‌ای به‌درازای ظهور اسلام و قرآن، گسترده‌ترین علم اسلامی است.

دانش مدون فقه مسائل مختلف و مصطلحات فراوانی دارد که در ابواب متنوعی گرد آمده‌اند. این دانش حوزه‌های دانشی مختلفی را در دامن خود جای داده و با آنها وابستگی دارد، از قبیل اعتقادات و کلام، جامعه‌شناسی، اقتصاد، سیاست، حقوق، قانون، امور اجتماعی، امور طبیعی و جز آن. هم‌اکنون علمی در دنیا به‌صورت رشته‌های تخصصی شناخته شده‌اند که در ابواب مختلف فقهی با نام‌های دیگر از آنها بحث شده است، مانند رشته‌های حقوق اداری، حقوق سیاسی و حقوق خانواده. از این‌رو، فقه، بالقوه، مشتمل بر رشته‌های مختلف علمی است که با زندگی انسان سروکار دارد (مطهری، ۱۳۸۷: ص ۶۷). روشن است علمی که موضوع آن همهٔ شئون زندگی باشد، از گستره و پهنهٔ موضوعی

وسعی برخوردار است؛ «زیرا شامل همه موضوعاتی است که اسلام در آن مورد دستور عملی دارد. از میان تعلیمات اسلامی، تنها معارف اسلامی، و دیگر اخلاق و تربیت اسلامی است که از حوزه فقه خارج است» (همان، ص ۱۰۹). طبیعی است که حجم اصطلاحات فراوانی در متون و منابع این علم پراکنده است.

۲-۳. نقش نظام‌سازی اصطلاحات در ساختارشناسی فقه

۱-۲-۳. نظام اصطلاحات و دسته‌بندی

درک صحیح و ترسیم درست نظام اصطلاحات در دسته‌بندی و ساختارشناسی فقه، نقش صریح و مستقیمی دارد؛ زیرا اصطلاحات علمی بازتابی از گستره مفاهیم علوم‌اند که میان آنها روابطی منظم و پیشینی^۶ وجود دارد. ورود هیچ اصطلاحی در هیچ علمی بی دلیل نیست و حتماً ربطی میان آن و حوزه موضوعی علم برقرار است که صاحبان آن علم به ورود و کاربرد آن رضایت داده‌اند. هرگاه اصطلاحات علم فقه طبق قواعدی مشخص توسط متخصصانی که به فنون مدیریت دانش در فضاهای الکترونیکی نیز آشنا باشند، از لابه‌لای منابع شناسایی، طبقه‌بندی و تنظیم شود و با نظام‌سازی مفاهیم علمی، محتوای این دانش را در چهارچوبی نظام‌مند نشان دهد، در ترسیم ساختار فقه و سامان‌بخشی آن مؤثر خواهد بود. گفتنی است در «علم اطلاعات و دانش‌شناسی» اصطلاح‌نامه‌های تخصصی^۷ به همین منظور طراحی شده‌اند، زیرا در فرمی خاص، منظومه‌ای از واژگان کلیدی و مفاهیم مرتبط با حوزه موضوعی و دانشی خاص را ارائه می‌کنند. در اینجا عنصر مهمی که می‌تواند به دسته‌بندی نظام‌یافته فقه در فرمی علمی و به‌دور از سلیقه شخصی کمک نماید و تاحدودی الزامات دسته‌بندی ساخت‌یافته علم فقه را به‌دست دهد، اصطلاح‌نامه فقه است (اصطلاح‌نامه فقه، ۱۳۹۵).

بهره‌گیری از این ابزار حیاتی برای تحول در فقه و در تقسیم‌بندی ساختارمند آن مفید است، زیرا به موضوع‌شناسی فقه کمک فراوانی می‌کند.



۳-۲-۲. نظام اصطلاحات و موضوع‌شناسی فقه

ترسیم ساختار فقه به گونه‌ای [باید باشد] که نظام کلی آن و جایگاه هر بحث مشخص گردد و عناوین گویا برای هر بحث برگزیده شود و ذیل هر عنوان، مباحث مطرح در قالب استانداردهای پذیرفته‌شده در تألیف و تصنیف ارائه گردد و برای پرهیز از جدا افتادن مباحث مرتبط به هم یا مخلوط شدن مباحث غیرمرتبط به هم به موضوع‌شناسی اهمیت داده شود (عطیه و زحیلی، ۱۴۲۲ق/م: ۲۰۰۲ ص ۱۴-۷۴).^۸

بنابراین، موضوع‌شناسی در ترسیم ساختار فقه از اصولی‌ترین پایه‌ها برای نگاه درست به فقه است و موضوع‌شناسی بدون اصطلاح‌شناسی به‌درستی انجام نمی‌شود.

۳-۳. دسته‌بندی و کشف درخت‌واره معنایی فقه

دسته‌بندی درست و جامع از محتوای اطلاعات فقهی، برپایه نظام‌سازی اصطلاحات آن، ممکن می‌شود. متخصصان و صاحب‌نظران فقهی باید با درنظر گرفتن موارد ذیل، دسته‌بندی علم فقه را آغاز نموده و با دقت نظر و حوصله فراوان، درخت‌واره معنایی آن را کشف کنند. این دسته‌بندی کاری بزرگ و جمعی است که با روحیه گروهی و سازمان‌دهی همه‌جانبه دست یافتنی است.

- توافق بر تعریف و موضوع علم فقه؛

- توافق بر یکی از قواعد دسته‌بندی، که قاعده عام و خاص با نگرش پلکانی از خاص به عام و از تابع به حاکم (که در ادامه ذکر کرده‌ایم) مناسب‌ترین آنهاست؛

- بازبینی مصطلحات شناسایی شده فقه و رده‌های اصلی از طریق شیوه‌ترسیمی (درختی) با استفاده از مدل اصطلاح‌گزینی و تنظیم آنها در برنامه تجربه‌شده اصطلاح‌نامه و مقایسه آن با طرح و ساختار اولیه فقه که به‌عنوان پیش‌فرض تنظیم شده بود؛

- به‌کارگیری ابزار فناورانه برای دسته‌بندی آنها.

۳-۴. معیار دسته‌بندی

معمولاً در ارائه طرح دسته‌بندی، صاحبان‌شان به ملاک و معیار موردنظر تصریح نکرده و گاه از چند ملاک بهره‌جسته‌اند، مانند فارابی که علوم را نخست به هشت طبقه اصلی تقسیم می‌کند. بعضی گفته‌اند که وی به نسبت کارآمدی هر علم در جامعه، علوم را طبقه‌بندی کرده است. برخی نیز گفته‌اند ملاک فارابی در طبقه‌بندی او تقدم و تأخر در آموزش بوده است (فارابی، ۱۳۶۲: صص ۲۱ و ۲۳) و در زیربخش‌های بعدی گاه از قاعده عام و خاص استفاده کرده است، مانند زیربخش‌های علم زبان و جز آن.^۹ برای تقسیم‌بندی علوم ملاک‌هایی وجود دارد، مانند تشابه و افتراق (داودی، ۱۳۷۰: ص ۲۷۷)، اهمیت و ارزش موضوع، و غرض و غایت هر علم یا روش آن. همچنین، برپایه ملاک درجه نیاز مردم به علم نیز گفته‌اند (ابرامی، ۱۳۵۶: ص ۱۴۱؛ یعقوب‌نژاد، ۱۳۹۰: ص ۱۳۹) که قاعده عموم و خصوص یعنی از موضوعات عام به خاص رفتن و اشتقاق موضوعات اخص از اعم (بعضی هم از آن به قاعده اصل و فرع تعبیر کرده‌اند) مهم‌ترین ملاک در تقسیم‌بندی‌هاست (ابن‌حزم اندلسی، ۱۳۶۹: ص ۱۷-۲۲؛ طاهری عراقی، ۱۳۷۶: ص ۱۱؛ یعقوب‌نژاد، ۱۳۹۰: ص ۱۴۹).

۴. الگوی پیشنهادی

با توجه به مباحث پیش گفته، نگارنده بر این باور است که دسته‌بندی ساختاری علم فقه بر اساس سنگ‌بنای علوم، قابل طراحی و تنظیم است. پایه اصلی در هر علم، از جمله علم فقه، مصطلحات آن است. در اصطلاح‌نامه فقه، علم فقه به لحاظ موضوعات کلان، به عبادات به معنی اعم و معاملات به معنی اعم تقسیم شده است. همین تقسیم دووجهی ملاک اساسی‌ای برای دسته‌بندی ساختاری علم فقه است.

از آنجا که تقسیم‌بندی محقق حلی نزد فقیهان ما اهمیت و رواج بیشتری دارد، با بررسی اجمالی دسته‌بندی ایشان در شرایع و نقدهایی که بر آن شده است، مدل ساختار دووجهی مبتنی بر نظام اصطلاحات فقهی پیشنهاد می‌شود که به نظر می‌رسد اشکالات کمتری دارد.

۴-۱. جامعیت نسبی تقسیم‌بندی محقق حلی

نقطه قوت تقسیم‌بندی محقق حلی آن است که همه ابواب فقهی در داخل این طرح جای می‌گیرد. این امتیاز مهمی است که همه‌جانبه‌نگری محقق را نشان می‌دهد. شاید دلیل اصلی در باب‌بندی رایج در آثار فقهی مبتنی بر شرایع، همین جهت مهم باشد؛ زیرا در شرایع، مجموعه احکام فقهی شیعه، که مرتبط با هر یک از واجبات و محرمات عملی اسلام است، براساس ابواب فقهی از طهارت تا دیات به ۵۲ کتاب^{۱۰} در ذیل چهار بخش دسته‌بندی شده است: به ترتیب، در عبادات ۱۰ باب (کتاب)؛ در عقود ۱۷ باب (کتاب)؛ در ایقاعات ۱۱ باب (کتاب)؛ در احکام ۱۲ باب (کتاب) (شهابی خراسانی، ۱۳۲۴: ص ۱۰-۱۳). در این اعداد و ابواب نیز ابهامات و اشکالاتی کرده‌اند.^{۱۱}

۴-۱-۱. برخی ابهامات در تقسیم‌بندی شرایع

۴-۱-۱-۱. تطابق نداشتن بخش عبادات با مصادیق آن

در تقسیم‌بندی شرایع، کتاب‌های بخش عبادات از این جهت در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند که قصد قربت در آنها شرط است؛ ولی این وجه مشترک در «کتاب جهاد» و «کتاب امر بالمعروف و النهی عن المنکر» صادق نیست، زیرا در اینها قصد قربت معتبر نیست (اسلامی، ۱۳۸۴: ص ۲۳۱).

۴-۱-۱-۲. نبود انسجام، و تداخل تقسیمات

جداسازی عبادات از معاملات با نظر به ماهیت عمل است؛ ولی چون به معاملات می‌رسیم، جداسازی عقود از ایقاعات و جداسازی احکام از بخش‌های دیگر، با نظر به ذات و ماهیت عمل نیست. نتیجه این تقسیم آن است که مسائل مربوط به خانواده، و از جمله نکاح و طلاق که باید در کنار هم ذکر شوند، در دو بخش جداگانه آمده است. همچنین، برخی از مسائل اقتصادی مانند اجاره در عقود مطرح شده‌اند و برخی مانند جعاله در ایقاعات و برخی دیگر مانند شفعه در احکام؛ چنان‌که بحث اقرار از مسائل

قضایی (که به طور عمده در بخش احکام جمع شده‌اند) جدا افتاده و در بخش ایقاعات آمده است (همان). افزون بر این، بعضی از کتاب‌ها مانند مکاتبه در کنار تدبیر قرار گرفته و از این رو جزء ایقاعات شمرده شده است؛ درحالی که در واقع، جزء عقود است. استیلاد نیز، که نه عقد است و نه ایقاع، به عنوان ملحقات تدبیر شمرده شده است؛ درحالی که جزء احکام (مربوط به بخش چهارم) است. مورد دیگر جعاله است که چون در عقد بودن آن گفت‌وگو هست و محقق حلی آن را جزء عقود نمی‌داند، در بخش ایقاعات آمده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ص ۴۵۱)

۳-۱-۱-۴. نبود جامع مشترک در بخش بندی احکام

برای کتاب‌هایی که در بخش احکام ردیف شده، هیچ جامع مشترکی پیدا نشده است؛ جز آنکه بگویند عبادت نیست و از عقود و ایقاعات نیز به‌شمار نمی‌آیند. از این رو «کتاب القضاء» و «کتاب الأطفمة والأشربة» و «کتاب الفرائض»، بدون هیچ مشابهت و ارتباطی میان مباحث آنها، در یک گروه جمع شده‌اند و معلوم نیست چرا همه آنها احکام نامیده شده‌اند (اسلامی، ۱۳۸۴: صص ۲۳۱ و ۲۳۲).

۴-۱-۱-۴. ضابطه‌مند نبودن قسیم‌ها در تقسیم بندی

در شرایع، قسیم هم قرار دادن کتاب‌های مختلف نیز ضابطه درستی ندارد. مثلاً کتاب عمره از حج جدا شده است. از سوی دیگر، لعان و ظهار و ایلاء و همچنین خلع و مبارات را می‌توان در کتاب طلاق گنجانید. اگر این جداسازی به جهت اهمیت این مباحث و وجود خصوصیتی در آنها باشد، پس چرا مباحث مختلف کتاب طهارت در چند کتاب پراکنده نشده و مثلاً کتابی به احکام اموات و کتابی به احکام زنان اختصاص داده نشده است؟ (همان)

۵-۱-۱-۴. بدون ملاک مشخص بودن اساس تقسیم بندی

استاد مطهری تقسیم شرایع را در غیر عبادات چنین نقد می‌کند:

حلی در تقسیم خود، عبادات را یک بخش قرار داده که جای ایراد نیست؛ ولی در بخش‌های دیگر، نیازمندی به صیغه و بی‌نیاز بودن از آن، و طرفینی بودن صیغه یا یک‌طرفی بودن آن را ملاک تقسیم و جدا کردن قسمت‌ها و گروه‌گروه شدن ابواب فقهی قرار داده است؛ در نتیجه، نکاح و طلاق که هر دو مربوط به حقوق خانوادگی اند - یکی برقراری پیوند زناشویی است و دیگری گسسته شدن آن -، در دو گروه مختلف قرار گرفته‌اند؛ فقط به دلیل اینکه یکی عقد است و صیغه‌اش طرفینی و دیگری ایقاع است و صیغه‌اش یک‌طرفی. همچنین، اجاره و جعاله با همه قرابت ذاتی و ماهوی میان آنها به دلیل اختلاف در عقد و ایقاع بودن، از یکدیگر جدا شده و هرکدام در بخشی جداگانه واقع شده‌اند. سبق و رمایه به دلیل اینکه مشتمل بر عقد است، از جهاد که به خاطر آن تشریح شده، به کلی جدا شده است. اقرار که از توابع «کتاب القضاء» است، در بخشی غیر از بخش «کتاب القضاء» واقع شده است. «کتاب القضاء» و «کتاب الأطعمة و الأشرية» و «کتاب الإرث»، بدون هیچ مشابهتی به دلیل اینکه نه عبادت‌اند و نه عقد و ایقاع، داخل در یک گروه شناخته شده‌اند. اساساً کلمه «احکام» که هم در تقسیم محقق و هم در دو تقسیم دیگر آمده است، در اینجا مفهومی نمی‌تواند داشته باشد: اصطلاحی است نه‌چندان مناسب برای ابوابی که نه از عباداتشان می‌توان شمرد و نه از عقود و نه از ایقاعات و نه از عادات و نه از سیاسات (مطهری، ۱۳۸۷: ص ۱۵۹).

۴-۱-۱-۶. ابهام در وجه انحصار تقسیم‌بندی در چهار مقسم

محقق حلی در شرایع وجه تقسیم‌بندی خود و انحصار فقه در چهار مقسم را بیان نکرده است. او فقط ابواب فقهی را براساس چهار دسته تقسیم نموده است. بعد از ایشان، بزرگان دیگری مانند فاضل مقداد و شهید اول کوشیده‌اند آن را توجیه کنند (شهید اول، بی‌تا: ج ۱، ص ۳).

۴-۱-۷. منطقی نبودن تقسیم ساختار به رباعی با امکان تقسیم دوجهی

یکی از اشکالات مهم این است که اگر در تقسیم ساختاری، تقسیم ثنایی ممکن باشد، منطقاً نوبت به تقسیم ثلاثی یا رباعی نمی‌رسد؛ زیرا بعضی از آنها به‌طور منطقی باید زیرمجموعه اقسام دیگر قرار گیرند؛ مگر اینکه اقسام متعدد به‌هیچ‌وجه قابلیت تداخل (اعم و اخص - حاکم و تابع) نداشته باشند، که در این صورت، قهراً تقسیم به ثلاثی یا رباعی لازم خواهد شد؛ همان‌گونه که در نظام مهندسی، اگر بشود بنایی را با دو پایه اصلی طراحی مهندسی کرد، ستون دیگری بر آن افزوده نمی‌شود. با توجه به مدل موردنظر ما، رده‌ها و مقسم‌های اصلی فقه دو تاست؛ یعنی تقسیم ثنایی در فقه ممکن است. پس تقسیم‌بندی شرایع از این جهت اشکال دارد.

۴-۲. الگوی معیار برای دسته‌بندی ساختاری فقه

ویژگی‌های زیر معیارهای مهم در دسته‌بندی ساختاریافته علم فقه‌اند:

- ردیف ساختار و مباحث فقه براساس سیر منطقی چیده شود؛ یعنی چیدمان رده‌های اصلی و زیربخش‌های آن توجیه منطقی داشته‌باشد.
- ساختار دسته‌بندی به گونه‌ای طرح‌ریزی شود که همه مصادیق و زیرمجموعه‌های فقه را به‌درستی بپذیرد؛ یعنی شامل مباحث فقه و مانع اغیار باشد.
- مباحث اصلی، فرعی و وابسته (مرتبط) در کنار هم قابل تنظیم باشند.
- مباحث مناسب به‌شکلی در کنار هم گنجانده شوند که تناسب اقسام و ارتباط آنها با فرابخش‌ها و مقسم اصلی نمایان باشد.

- هرچند بحث‌های دسته‌بندی، طبقه‌بندی و مهندسی علوم با نگاه بیرونی و درجه‌دوم به علوم صورت می‌گیرد و یکی از مسائل بین‌رشته‌ای علم‌شناسی (فلسفه علم) و دانش‌شناسی (علم اطلاعات و دانش‌شناسی) با هدف کمک به روندهای آموزشی و پژوهشی بوده است؛ ولی این به آن معنا نیست که موضوع علم و مباحث آن پایه اصلی در

تقسیم‌بندی و طبقه‌بندی باشد. نگرش دسته‌بندی‌های فقهی (به‌ویژه در متأخران) پیش از آنکه به در پی تقسیم‌بندی ابواب و مباحث فقه باشد و آنچه به‌طور معمول علم فقه به آن می‌پردازد، معمولاً بیشتر به فلسفه فقه معطوف بوده‌است. فقه، در واقع، وظایف مکلفان را یا از جهت عبادت یا از جهت معامله مشخص می‌کند. مثلاً بحث ازدواج و طلاق در فقه از آن جهت مطرح می‌شود که وظیفه مکلف را به لحاظ نوع معامله، ارکان معامله، شرایط و صحت آن و موانع تحقق و عوامل فسخ و لغو این نوع از معامله، معین نماید؛ اما اینکه در مجموع، مباحث ازدواج و طلاق، ماهیتی غیر از خرید و فروش دارند، به فلسفه تشریح فقه مربوط می‌شود نه به اصل فعل مکلف (که موضوع واقعی فقه است). در تقسیم علم فقه باید موضوع آن مورد توجه قرار گیرد. به عبارت دیگر، در تقسیم هر علم، موضوع آن باید اساس بخش‌بندی باشد و این نکته بسیار مهمی است که اغلب از آن غفلت می‌شود. موضوع علم فقه، طبق نظر مشهور، فعل مکلف است. بنابراین، در چیدمان مباحث فقه باید به همان توجه شود.^{۱۲} روشن است که علم فقه عموماً در پی این است که تکلیف افعال مکلفان را از جهت احکام تکلیفی (وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه) و احکام وضعی (صحت، بطلان، شرطیت، مانعیت، فسخ، انفساخ و...) مشخص کند؛ اما اینکه هدف تشریح احکام چیست، به فعل مکلف ربطی ندارد؛ بلکه این مسئله به فعل الاهی مربوط می‌شود که در حقیقت، یکی از مباحث مهم برون‌فقهی است.

- هرچه تقسیم به شکل هژم نزدیک‌تر باشد، دقیق‌تر است. پس اگر تقسیم‌ثنایی ممکن شد، به‌طور منطقی تقسیم غیرثنایی مجاز نیست؛ زیرا بنا بر فرض مذکور، بقیه اقسام باید زیر مجموعه دو قسم اصلی قرار گیرند و اگر در عرض آن قرار گیرند، به‌طور منطقی نمی‌توان از آن دفاع کرد؛ چون قسم شیء هیچ‌گاه قسیم همان شیء نمی‌شود. در چنین مقسم‌های اصلی فقه، تقسیم‌ثنایی ممکن است؛ پس نوبت به تقسیم با مقسم دو و سه و ... نمی‌رسد.^{۱۳} (حسن‌زاده، ۱۳۸۲: ص ۲۶۱-۲۹۳).

با توجه به معیارهای پیش‌گفته، علم فقه در چیدمان ساختار خود بر اساس اصطلاح‌نامه فقه، ابتدا به دو مقسم عمده (در قالب دو اصطلاح) تقسیم می‌شود:

الف. عبادات (عام)؛ که خود به سه قسم تقسیم می‌شود:

- عبادات بمعنی الاعم؛

- عبادات بمعنی الاخص؛

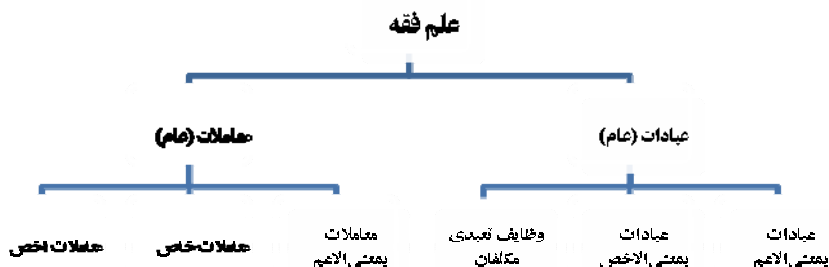
- وظایف تعبدی مکلفان.

ب. معاملات (عام)^{۱۴} که به سه قسم تقسیم می‌شود:

- معاملات بمعنی الاعم؛

- معاملات خاص؛

- معاملات اخص.



شکل ۱: تقسیم‌بندی علم فقه

۴-۲-۱. امتیازات این الگو

۴-۲-۱-۱. محوریت موضوع

پایه و محور این تقسیم، موضوع فقه است. طبق نظر بیشتر فقیهان، موضوع فقه، فعل مکلف است؛ زیرا افعال و اعمال مکلفان یا به اغراض و مقاصد اولیه دنیوی است یا اخروی.

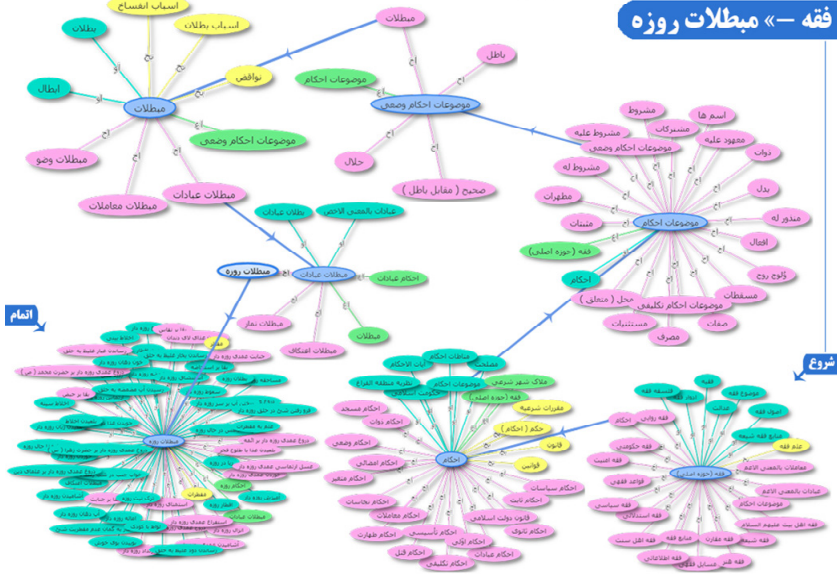
۴-۲-۱. تقسیم دوجهبی منطقی

این تقسیم‌بندی ثنایی، منطقی و به حصر عقلی است؛ زیرا مقاصد اولیه اعمال و افعال مکلف، یا در دنیا است و یا در آخرت. اگر اغراض اولیه در آخرت باشد، عبادات نامیده می‌شود و مقصود از عبادات، معنای عام آن است؛ یعنی اعمالی که به قصد جلب منفعت اخروی انجام می‌شود، ولی صحت‌شان به قصد قربت منوط نیست؛ اگرچه با قصد قربت ادا شوند. این معنا از عبادت، به‌طور طبیعی معنای خاص خود را نیز شامل خواهد شد که شرط صحتش این است که با قصد قربت به‌جا آورده شود.

اگر مقاصد اولیه اعمال و افعال مکلف در دنیا باشد، معاملات نامیده می‌شود و مقصود از آن، معاملات به‌معنای عام آن است؛ یعنی آن قبیل اعمال و افعالی که با غرض اولیه جلب منفعت دنیایی صورت می‌گیرند؛ ولی صحت‌شان متوقف بر انجام آنها به داعی قربت نیست؛ چه متوقف بر انشا باشند و چه نباشند و چه توقف بر انشا، از یک طرف باشد و چه از دو طرف. این معنا از معاملات، معانی دیگر آن («معاملات خاص») یعنی آنچه متوقف بر انشا است؛ اگرچه توقف از یک طرف باشد و «معاملات اخص» یعنی آنچه متوقف بر انشای دو طرف باشد) را به‌صورت سلسله‌مراتبی در زیرمجموعه خود جای می‌دهد.

۴-۲-۳. جامعیت نسبی

باتوجه به معنا و توجیه پیش‌گفته، این الگو تقریباً همه موضوعات فقهی موجود و نیز موضوعاتی را دربر می‌گیرد که در آینده ممکن است طرح شوند. پس در مقایسه با طرح‌های دیگر، جامعیتی نسبی دارد؛ زیرا افعال مکلفان در تقسیم، زیرمجموعه یکی از دو عنوان جای می‌گیرند. قابل توجه آنکه ارائه تقسیم‌های زیربخش به‌صورت نمودارهای منتظم با استفاده از سیستم درختی اصطلاح‌نامه فقه، ارزش افزوده‌ای است که قابلیت دسترسی به ابعاد موضوعات را فراهم می‌کند. مثلاً تصویر نمودار احکام چنین است:



شکل ۲: نمودار احکام

در الگوی بالا، هفت موضوع نشان داده شده است که با هم ارتباط سلسله‌مراتبی دارند: فقه، احکام، موضوعات احکام، موضوعات احکام وضعی، مبطلات، مبطلات عبادات، مبطلات روزه. این ساختار معنایی از فقه شروع می‌شود و با مبطلات روزه پایان می‌یابد؛ همان‌گونه که در ساختار طولی پلکانی، از مبطلات روزه به حوزه اصلی فقه بازمی‌گردد. در این نمودار مشاهده می‌کنید که احکام در زیرمجموعه فقه، خود دارای چهار مترادف (با رنگ زرد) و ۱۷ زیرمجموعه اخص (با رنگ صورتی) و شش وابسته یا مرتبط (با رنگ سبز) است. همین شیوه در زیربخش‌های احکام و مرتبطات آن به سبکی چندوجهی نشان داده شده است و سلسله طولی و نسبت ساختاری از جهات مختلف به صورت مجموعی در یک نگاه دیده می‌شود. بدیهی است ارائه تقسیم‌ها در موضوعات مختلف فقهی به شکل منتظم با استفاده از سیستم درختی اصطلاح‌نامه فقه، قابلیت دسترسی به ابعاد موضوعات را فراهم نموده و زیرمجموعه‌های هر موضوع را به صورت شبکه‌ای درهم‌تنیده ارائه می‌کند و دیدگاهی جامع برای پژوهش و آموزش به دست می‌دهد.

نتیجه بحث

براساس الگوی پیشنهادی، هنگامی دسته‌بندی ساختاریافته علم فقه میسر می‌شود که با درک درست از بخش‌های اصلی و روابط آنها، ارتباط موضوعات به‌درستی فهم شود. آنگاه براساس آن، ساختمان معنایی علم فقه به‌خوبی مشخص شود. سپس جایگاه هر موضوع در نظامی پلکانی و سلسله‌مراتبی قرار گیرد. این مسیر به موضوع‌شناسی درست بستگی دارد که آن هم بدون نظام‌شناسی اصطلاحات فقهی ناممکن است. برپایه موضوع‌شناسی درست، نگاه کلان به فقه از زاویه طبقه‌بندی و دسته‌بندی موضوعات و مصطلحات تحقق می‌یابد. این دسته‌بندی کاری است بزرگ که با روحیه گروهی (نه فردی) و سازمان‌دهی همه‌جانبه و نیز با دقت نظر و حوصله فراوان دست‌یافتنی است. اصطلاح‌نامه فقه نیز در این مسیر می‌تواند بسیار راهگشا باشد.

پی‌نوشت:

۱. فهمیدن معنای یک لفظ غیر از تصور داشتن از یک مفهوم است. معنا در ارتباط میان لفظ و مسمای لفظ طرح می‌شود، اما مفهوم در ارتباط میان صورت ذهنی و مصداق تحقق می‌یابد. خیلی از کلمات معنا دارند، اما مفهوم ندارند.
۲. اصطلاح‌شناسی دانش مطالعه نظام‌مند در نام‌گذاری مفاهیم مربوط به رشته‌های تخصصی است.
۳. استاد مطهری درباره تقسیم‌بندی فقه که از سوی فقیهان انجام شده، توضیحاتی داده و نهایتاً می‌فرماید: «حقیقت این است که هیچ‌یک از تقسیمات فوق، جالب به‌نظر نمی‌رسد» (ر.ک: مطهری، ۱۳۸۷، ج ۳: ص ۱۵۳-۱۵۶).
۴. اسلام در نظام رده‌بندی کنگره با عنوان (رده BP) تعریف شده است. برای استفاده از آن در رده‌بندی و فهرست‌نویسی، تاکنون چندبار این رده گسترش یافته و ویرایش شده است (ر.ک: طاهری عراقی، ۱۳۷۶).
۵. این سیر تحولی نشانگر توسعه و تکامل تاریخی مباحث فقهی نیز هست.
۶. روابط پیشین در مقابل روابط پسین، یعنی روابط همیشه صادق که جدای از هر متنی به‌صورت واقعی و منطقی میان اصطلاحات وجود دارد (ر.ک: یعقوب‌نژاد، ۱۳۸۶: ص ۶۳).
۷. اصطلاح‌نامه (microTHESAURUS) معادل کلمه لاتینی «تزاروس» است که به «واژگان‌نامه»، «گنج‌واژه» و «کنز‌الاصطلاح» نیز معروف است. این واژه تاکنون معادل صریحی در عربی نداشته و اخیراً «المکنز» به‌جای معادل آن مطرح شده است.
۸. دکتر جمال عطیه زمینه‌های نوآوری در فقه را در دوازده محور برشمرده است که محور نهم آن ساختارشناسی است (ر.ک: عطیه و زحیلی، ۱۴۲۲ق/۲۰۰۲م: ص ۱۴-۷۴).

۹. از بررسی طبقه‌بندی‌های مختلف، قواعدی به‌دست می‌آید که نگارنده در مقاله دیگری از آن سخن گفته است (ر.ک: یعقوب‌نژاد، ۱۳۹۰).

۱۰. قابل توجه آنکه، محقق در شرایع در آغاز بخش عقود تصریح می‌کند که «عقود پانزده تا است» (محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ج ۲: ص ۲)، اما عملاً تعداد آنها به ۱۹ می‌رسد و در مجموع، تعداد کتب فقهی کتاب شرایع ۵۲ عنوان می‌شود.

۱۱. همان‌طور که گفته شد، محقق در آغاز بخش عقود می‌فرماید: «عقود پانزده تا است»، اما عملاً تعداد آنها به نوزده می‌رسد. استاد مطهری در این باره می‌گوید: «معلوم نیست چرا این‌طور است. شاید اشتباه لفظی بوده است و یا از آن جهت بوده که محقق، بعضی ابواب را با بعضی دیگر یکی می‌دانسته است» (مطهری، ۱۳۸۳، ج ۲: ص ۱۰۵)؛ ولی بعضی از محققان معتقدند: «بحث از حجر و تغلیس و شرکت، از روی مسامحه در کنار سایر عقود آمده است و گرنه هیچ‌یک، از عقود به‌شمار نمی‌آیند. سُکنی و تحبیس نیز نوعی وقف است و دلیل ذکر آن به‌طور مستقل آن است که فقها «کتاب الوقف» را مختص به بحث از وقف دائم کرده‌اند، ولی در صورتی که وقف را اعم از دائم و موقت بدانیم، سُکنی و تحبیس منفک از «کتاب الوقف» نخواهد بود؛ بر این اساس، تعداد عقود، همان‌گونه که محقق حلی فرموده‌اند، از پانزده کتاب تجاوز نمی‌کند» (اسلامی، ۱۳۸۴: صص ۲۲۳ و ۲۲۴). با این وصف، تعداد کتاب‌های فقهی کتاب شرایع به بیشتر از ۴۸ یا ۵۰ عنوان نمی‌رسد.

۱۲. از میان طرح‌هایی که برای ساختار فقه ارائه شده، فقط طرح بعضی از پیشینیان از این منظر قابل توجیه است، نه طرح‌های صاحب‌نظران معاصر؛ زیرا محور تقسیم فقه در این طرح‌ها، فلسفه تشریح احکام است که بحثی برون فقهی است نه خود علم فقه.

۱۳. در این قسمت، از مقاله آقای حسن‌زاده با تغییر و اضافات استفاده شده است (ر.ک: حسن‌زاده، ۱۳۸۲: ص ۲۶۱-۲۹۳).

۱۴. معاملات در فقه نیز چند معنا دارد: الف. معاملات بمعنی‌الاعم، یعنی قراردادهایی که صحت‌شان متوقف بر انجام آنها به داعی قربت نیست؛ چه متوقف بر انشا باشد و چه نباشد، و توقف بر انشا، چه از یک طرف باشد و چه از دو طرف؛ ب. معاملات خاص یعنی آنچه متوقف بر انشا است؛ گرچه توقف یک‌طرفه باشد؛ ج. معاملات اخص یعنی آنچه متوقف بر انشا از دو طرف است. این معنا، اخص از دو معنای پیشین است؛ زیرا فقط در عقود منحصر می‌شود و مقصود بعضی از فقیهان در آنجا که ایقاعات را در مقابل معاملات قرار داده‌اند، همین معنای سوم از معاملات است (صاحب‌جوهر، ۱۳۶۷، ج ۸: ص ۲۹۰). بعضی نیز معاملات بمعنی‌الاعم را به معنای چیزی می‌دانند که متکفل بین انسان و غیر اوست (مکارم شیرازی، ۱۴۱۵ق: ص ۷؛ حسن‌زاده، ۱۳۸۲: ص ۲۶۱-۲۹۳).



کتابنامه

۱. ابرامی، هوشنگ (۱۳۵۶)، شناختی از دانش‌شناسی، تهران: انجمن کتابداران ایران.
۲. _____ (۱۳۷۹)، شناختی از دانش‌شناسی، تهران: کتابدار.
۳. ابن براج، عبدالعزیز بن‌نحیر (۱۴۰۶ق)، المذهب، ج ۱، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴. ابن حزم اندلسی (علی بن احمد بن حزم) (۱۳۶۹)، مراتب العلوم، به تحقیق احسان عباس، ترجمه محمدعلی خاکساری، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
۵. ابن ندیم (۱۴۳۰ق/ ۲۰۰۹م)، الفهرست، فن پنجم از مقاله ششم: «فقهاء الشيعة»، مقابله و تعلیق ایمن فؤاد سید، لندن: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي.
۶. ابوالصلاح حلبی (تقی بن نجم) (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، تحقیق رضا استادی، اصفهان: مکتبه أميرالمؤمنين عليه السلام.
۷. اسلامی، رضا (۱۳۸۴)، مدخل علم فقه: ادوار، منابع، مفاهیم، کتاب‌ها و رجال فقه مذاهب اسلامی، قم: نشرحوزه علمیه قم - مرکز مدیریت.
۸. اصطلاح‌نامه اصول فقه (۱۳۸۰)، به‌همت جمعی از محققان؛ مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۹. اصطلاح‌نامه فقه (۱۳۹۵)، به‌همت جمعی از محققان، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۰. اصطلاح‌نامه فلسفه اسلامی (۱۳۷۶)، ج ۱ و ۲، به‌همت جمعی از محققان؛ مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۱۱. اصطلاح‌نامه منطق (۱۳۷۸)، به‌همت جمعی از محققان؛ مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۱۲. بن‌هاوی، محمد امین (بی‌تا)، التصنیف العملی للمکتبات، چاپ دوم: قاهره: دارالقومية للنشر.
۱۳. بی‌آزار شیرازی، عبدالکریم (۱۳۷۹)، رساله نوین، ج ۱، قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۱۴. پژوهشکده مدیریت اطلاعات و مدارک اسلامی، تاریخ به‌روزرسانی: ۱۳۹۶/۱۱/۱۹، قابل‌بازبینی در این پیوند: <www. Islamicdoc.org>
۱۵. تامسون، جیمز (۱۳۶۶)، تاریخ اصول کتابداری، ترجمه محمود حقیقی، چاپ نخست: تهران: مرکز

نشر دانشگاهی.

۱۶. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ق)، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۷. حرّی، عباس (۱۳۸۱)، دائرةالمعارف کتابداری و اطلاع‌رسانی، ج ۱، تهران: سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران.
۱۸. حسن‌زاده، حسین (۱۳۸۲)، «بررسی ساختار فقه»، قیسات، ش ۳۲، ص ۲۶۱-۲۹۳.
۱۹. حسینی عاملی، سیدجوادبن محمد (۱۴۱۸ق)، مفتاح الكرامة، ج ۸، بیروت: دار التراث.
۲۰. حماده، محمدماهر و علی القاهی (۱۴۰۵ق)، تنظیم المكتبة المدرسية، چاپ سوم، بیروت: مؤسسة الرسالة.
۲۱. خمینی (امام)، روح‌الله (۱۳۷۶)، منشور روحانیت، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۲. خوئی، ابوالقاسم (بی‌تا)، منهاج الصالحین، ج ۲، بی‌جا: مؤسسه الخوئی الإسلامية.
۲۳. دانشنامه بریتانیکا (۱۹۹۸)، پرویدیا، ص ۴۷۵. The new encyclopedia Britanica (1998).
Propeadia, Outline of-10, knowledge and Guide to Britanica. Chicaga, Encyclpedia Britanica.
۲۴. داودی، مهدی (۱۳۷۰)، «مقدمه‌ای بر جنبه‌های نظری رده‌بندی»، فصلنامه کتاب، دوره دوم، ش ۵-۸، ص ۲۷۱-۳۰۲.
۲۵. دوانی، علی (۱۳۸۶)، هزاره شیخ طوسی، تهران: چاپ و نشر بین‌الملل.
۲۶. دیانی، محمدحسین و دیگران (ترجمه و تألیف) (۱۳۷۰)، مبانی مرجع، مشهد: آستان قدس رضوی.
۲۷. سلار دیلمی، ابویعلی حمزه‌بن عبدالعزیز (۱۴۱۴ق)، المراسم العلویة فی الأحکام النبویة، قم: المجمع العالمی لأهل البيت علیهم السلام.
۲۸. سلطانی، پوری و فروردین راستین (۱۳۶۵)، اصطلاح‌نامه کتابداری، تهران: سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران.
۲۹. شهبای خراسانی، محمود (۱۳۲۴)، ادوار فقه، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۰. شهید اول (محمدبن مکی) (بی‌تا)، القواعد و الفوائد، ج ۱، قم: مکتبه مفید.
۳۱. شیبانی، زکیه (۱۳۹۴)، «ارزیابی رعایت معیارهای کنترل واژگان در اصطلاح‌نامه‌های علوم اسلامی براساس استاندارد ایزو ۲۵۹۶۴»، مطالعات دانش‌شناسی، دوره ۱، ش ۲، ص ۵۵-۸۲.
۳۲. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۳۶۵)، جواهرالکلام، تحقیق شیخ‌عباس قوچانی، چاپ



سوم، تهران: دارالکتب الإسلامية.

۳۳. صدر، سیدحسین (بی‌تا)، تأسیس الشيعة لعلوم الإسلام، تهران: علمی.
۳۴. صدر، محمدباقر (۱۴۱۵ق)، الفتاوی الواضحة، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی (جامعه مدرسین).
۳۵. طاهری عراقی، احمد (۱۳۷۶)، ردة BP اسلام: گسترش ردة اسلام براساس نظام رده‌بندی کنگره، به کوشش زهره علوی و دیگران، ویراست دوم، تهران: سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران.
۳۶. عطیه، جمال و وهبه زحیلی (۲۰۰۲/۱۴۲۲م)، تجدید الفقه الإسلامی، از سلسله کتاب‌های حواریات لقرن جدید، چاپ دوم، دمشق - بیروت: دارالفکر.
۳۷. علامه حلی (ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر حلی) (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، بیست‌جلدی، قم: چاپ مهر.
۳۸. عمید زنجانی، عباس علی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر.
۳۹. فارابی، ابونصر (۱۳۶۲)، إحصاء العلوم و مراتبها، ترجمة حسین خدیوچم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۴۰. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (۱۳۸۲)، تحقیق و تألیف مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام: زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام.
۴۱. فولادی، اشرف‌السادات (۱۳۷۲)، کتاب‌شناسی اصطلاح‌نامه‌ها، تهران: مرکز اطلاعات و مدارک علمی ایران.
۴۲. فیض کاشانی، ملامحسن (۱۴۰۱ق)، مفاتیح الشرائع، ج ۱، قم: مجمع الذخائر الإسلامی.
۴۳. قرشی، محمدحسین (۱۳۷۵)، «تاریخچه دایرة‌المعارف‌نگاری در جهان»، کیهان فرهنگی (ویژه دایرة‌المعارف‌ها و دانشنامه‌ها)، ش ۱۲۷، ۲۲-۳۳.
۴۴. مان، مارگارت (۱۳۵۱)، اصول فهرست‌نویسی و طبقه‌بندی، ترجمه هوشنگ ابرامی، تهران: مرکز خدمات کتابداری فرانکلین.
۴۵. مجموعه مقالات همایش ملی اصطلاح‌نامه (۱۳۹۱)، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، تهران: کتابدار.
۴۶. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۳ق)، شرائع الإسلام، ج ۱، بیروت: دار الأضواء.

۴۷. محمصانی، صبحی رجب (۱۳۵۸)، فلسفه التشريع في الإسلام (عنوان اصلی): فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: امیرکبیر.
۴۸. مشکینی، علی (۱۴۱۸ق)، الفقه المأثور، قم: الهادی.
۴۹. مطهری، مرتضی (۱۳۴۰)، «اصل اجتهاد در اسلام»، مکتب تشیع، ش ۶، ص ۳۰۱-۳۳۳.
۵۰. _____ (۱۳۷۳)، آشنایی با علوم اسلامی، ج ۱، تهران: صدرا.
۵۱. _____ (۱۳۷۵)، ده گفتار، تهران: صدرا.
۵۲. _____ (۱۳۸۳)، مجموعه آثار، ج ۲۰، تهران: صدرا.
۵۳. _____ (۱۳۸۷)، آشنایی با علوم اسلامی، ج ۳، تهران: صدرا.
۵۴. مظاهری تهرانی، ناصر و محمدهادی فقیهی (۱۳۴۸)، دانستنی های کتابداری، تهران: چاپخانه گیلان.
۵۵. مغنیه، محمدجواد (۱۴۰۴ق)، فقه الإمام جعفر الصادق علیه السلام، ج ۳، چاپ پنجم، بیروت: دارالجواد.
۵۶. مقدم، محمداقبر (۱۳۷۳)، درآمدی بر رده بندی علوم، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵)، دائرة المعارف فقه مقارن، ج ۱، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۵۸. موسوی عاملی، سیدمحمدبن علی (صاحب مدارک) (۱۴۱۱ق)، مدارک الأحکام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۵۹. نوری، محمد اسماعیل (بی تا)، آشنایی با ابواب فقه، مرکز تحقیقات اسلامی؛ نمایندگی ولی فقیه در سپاه: پژوهشکده تحقیقات اسلامی سپاه، بی جا: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت: .
۶۰. واعظزاده خراسانی، محمد (تدوینگر) (۱۳۵۰)، یادنامه شیخ الطائفه، ابو جعفر محمدبن حسن طوسی، ج ۳، مشهد: دانشگاه فردوسی - دانشکده الهیات و معارف اسلامی - مرکز تحقیقات و مطالعات.
۶۱. یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۰ق)، حاشیه مکاسب یزدی، قم: اسماعیلیان.
۶۲. یعقوب نژاد، محمدهادی (۱۳۷۵)، درآمدی بر مبانی اصطلاح نامه علوم اسلامی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۶۳. _____ (۱۳۸۶)، منهج تدوین معجم مصطلحات العلوم الإسلامية، ترجمه خالد الغفوری، قم: مرکز العلوم و الثقافة الإسلامية.
۶۴. _____ (۱۳۸۹)، «فرهنگ نامه اصول فقه؛ نخستین فرهنگ نامه جامع نگر در

- اصول فقه»، آینه پژوهش، ش ۱۲۴، ص ۷۹-۸۷.
۶۵. _____ (۱۳۹۰)، «طبقه‌بندی علوم و چالش‌های فرارو»، نقد و نظر، سال شانزدهم، ش ۴، ص ۱۳۵-۱۵۴.
۶۶. _____ (۱۳۹۴ «الف»)، «الگوی نوین در مدیریت دانش انسانی»، قابل دسترسی در: مجموعه مقالات نخستین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی، تهران: آفتاب توسعه.
۶۷. _____ (۱۳۹۴ «ب»)، «نقش اصطلاح‌شناسی در توانمندسازی فقه»، کاوشی نو در فقه، سال بیست‌ودوم، ش ۳، ص ۷-۳۶.



جبران خسارت عدم النفع ناش از تأخیر تأدیه در نظام بانکی

سید امراله حسینی*

چکیده

یکی از مشکلات نظام بانکی، تأخیر مشتریان در بازپرداخت اقساط تسهیلات در سررسید است که سبب افزایش حجم مطالبات غیرجاری و خسارت‌های ناشی از این مسئله می‌شود. در نظام بانکی ایران، وجه التزام تنها مبنای جبران خسارت است. این مبنا با مشکل ربوی بودن روبه‌روست. پژوهشگران در جست‌وجوی راهکار جایگزین، پیشنهادهایی داده‌اند. ضمان عدم النفع یا استناد به دلیل «لاضرر»، از جمله این راهکارهاست؛ زیرا بانک‌ها بر اثر تأخیر در ادای دین، فرصت استفاده از سرمایه و کسب منافع احتمالی آن را از دست می‌دهند. این مطلب نیازمند اثبات دو امر است: یکی نقش اثباتی لاضرر، و دیگری ضرر بودن عدم النفع؛ زیرا در اینکه لاضرر شامل ضرر ناشی از عدم حکم شود، اختلاف نظر وجود دارد. همچنین، بر فرض اثبات این امر، در اینکه عدم النفع ضرر باشد نیز بین فقیهان اختلاف نظر جدی هست. پژوهش پیش‌رو کوشیده است با عبور از این دو مانع نظری، گامی به‌سوی طرح مسئله بردارد؛ به‌ویژه با توجه به وضعیت خاص نظام بانکی که در آن عدم النفع حاصل از تأخیر بدهی بسیار قابل توجه است و اینکه راجح مذکور با مشکل ربوی بودن هم روبه‌رو نیست.

کلیدواژگان: حدیث لاضرر، عدم النفع، خسارت تأخیر تأدیه، نظام بانکداری اسلامی.

یکی از مشکلات نظام بانکی، تأخیر مشتریان در بازپرداخت اقساط تسهیلات و دیون در سررسید است که سبب افزایش حجم مطالبات غیرجاری می‌شود. در کشور ما این مسئله، به‌ویژه در سال‌های اخیر، به یکی از مهم‌ترین معضلات نظام بانکی تبدیل شده است. در نظام بانکی متعارف و ربوی، برای اطمینان از وصول به‌موقع مطالبات، از روش «جریمه دیرکرد» بهره می‌گیرند. این روش با مشکل «ربوی بودن» روبه‌روست که در اسلام ممنوع و برخلاف اصول اخلاقی تأمین مالی اسلامی است. در بانکداری اسلامی بعد از انقلاب اسلامی، با استناد به تأیید شورای نگهبان، جریمه دیرکرد به‌صورت شرط ضمن‌عقد و با عنوان «وجه التزام» از متخلفان دریافت می‌شود؛ ولی این مبنا نیز از نظر علمی مشکل تشابه به «ربا» را حل نکرده و از این نظر، محل بحث و گفت‌وگو بوده است. همچنین، این شرط در عمل نیز کارآمد نبوده و نظام بانکی همچنان با مسئله مطالبات غیرجاری و افزایش روزافزون آنها روبه‌روست. از این‌رو، پژوهشگران همواره در جست‌وجوی راهکار جایگزینی بوده‌اند که در عین مشروعیت، کارایی مناسبی نیز داشته باشد. مسئله اصلی یافتن مبناى فقهی وجه دریافتی در قبال تأخیر تأدیه است. «وجه التزام»، «تعزیر مالی»، «جبران کاهش ارزش پول» و همچنین «جبران خسارت ناشی از ازدست رفتن منافع احتمالی» مبانی و راهکارهایی است که مطرح شده است.

برخی از پژوهشگران بر مبناى ضمان منافع و به‌طور مشخص، ضمان عدم‌النفع، حکم داده‌اند: به این بیان که در بانکداری اسلامی، عامل اساسی در سوددهی «زمان» است و تأخیر در ادای بدهی این فرصت را از بین می‌برد؛ زیرا فعالیت اساسی بانک‌ها تأمین مالی است و تأمین مالی به برنامه‌ریزی دقیق نیاز دارد که این امر به‌شدت به زمان پیوند خورده است. از این‌رو، اگر مشتری در بازپرداخت دیون تأخیر کند، سود پیش‌بینی شده تحقق نمی‌یابد؛ حتی اگر بعداً بدهی خود را به‌طور کامل بپردازد. در فعالیت‌های بازرگانی، معمولاً با احتساب درآمد حاصل از فروش‌های مدت‌دار، قراردادهای خرید در سررسیدهایی هماهنگ با زمان پیش‌بینی شده منعقد می‌شود. حال، اگر بازپرداخت معاملات گروه نخست با تأخیر همراه شود، معاملات گروه دوم نیز اختلال

پیدا می‌کند و فرصت تحصیل منافی که از طریق به‌کارگیری پول در تجارت حاصل می‌شد، ازدست می‌رود و از این راه، بانک متضرر می‌شود؛ درحالی‌که بر طبق روند عادی امور و تجربه جاری و آماری، اگر تأخیر در بازپرداخت دیون رخ نمی‌داد، این منافع و افزونی در سرمایه به‌دست می‌آمد. حال، آیا بانک می‌تواند خسارت ناشی از محروم شدن خود از نفع مسلم، که بر اثر به‌کارگیری پول در تجارت حاصل می‌شد ولی با تأخیر بدهکار از آن محروم شده است، را مطالبه کند؟ آیا دلیل لاضرر می‌تواند مستند این حکم قرار گیرد؟ پژوهش پیش‌رو کوشیده است امکان دریافت خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای لاضرر را بررسی کند.

ادبیات پژوهش

پژوهش‌های مستقل و پرشماری درباره‌ی ضمان عدم‌النفع انجام شده که بیشترشان رویکرد حقوقی دارد. این موضوع از نظر فقهی در دو مسئله مال مغضوب و فرد مجبوس مطرح بوده است. بیشتر فقیهان در این دو مورد قائل به عدم ضمان هستند؛ با این بیان که استیلا ی‌د و تلف مال در این موارد صدق نمی‌کند؛ بنابراین مشمول ادله ضمان قهری، از جمله غصب و اتلاف نمی‌شوند (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ص ۷۶۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۱۵ق، ج ۳۷: صص ۱۴ و ۳۹؛ عاملی، ۱۴۲۸ق: ص ۱۶؛ خمینی (امام)، ۱۳۹۰، ج ۲: ص ۱۱۳). در مقابل، برخی از فقیهان با استناد به عموم لاضرر، قول به ضمان در این موارد را نیکو شمرده‌اند؛ با این بیان که اگرچه صحیح است که منافع و عدم‌النفع تحت ید و استیلا قرار نمی‌گیرند و از این رو، غصب و اتلاف بر آنها صدق نمی‌کند؛ ولی ضرر صدق می‌کند و ادله دیگر و در رأس آنها، لاضرر، برای ضمان قابل استدلال است (طباطبائی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۲: صص ۲۵۵ و ۲۶۳؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۶۱۴؛ مدرس، ۱۴۰۸ق: ص ۱۱۰؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق: صص ۷۱-۷۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰: ص ۵۱۳).

در مورد نقش اثباتی حدیث لاضرر به‌طور خاص دو پژوهش انجام شده است:

الف. حسن بادینی و خسرو مؤمنی (۱۳۹۲)، ضمن طرح مسئله، بر این باورند که قبح ایراد ضرر بر دیگری و لزوم جبران آن یکی از احکام عقلی و بنای عقلا است و به بحث از

دلالت حدیث لاضرر بر این معنا نیازی نیست؛ ولی به باور ما، این نظر در واقع، فرار از بحث و پاک کردن صورت مسئله است؛ زیرا طبق نظر مشهور، عمده دلیل قاعده لاضرر، حدیث لاضرر است و استناد به لاضرر برای جبران خسارت منوط به اثبات نقش اثباتی آن است.

ب. حمید بهرامی احمدی (۱۳۸۸) با تشریح مفاد قاعده لاضرر، صرفاً یک یا دو قول موافق و مخالف را نقل کرده و با استمداد از روایات دیگر در باب لاضرر و انعکاس این قاعده در مواد قانونی، نتیجه می‌گیرد که قاعده لاضرر نقش اثباتی نیز دارد؛ ولی سخنان و ادله فقیهان صاحب نظر در این زمینه در پژوهش وی مورد غفلت قرار گرفته است. افزون بر این، پژوهش مذکور متمرکز بر حدیث لاضرر نیست و می‌کوشد بحث را از زاویه ادله اسلامی، اعم از قرآن و روایات و دلیل عقلی پی بگیرد. بنابراین، اگرچه از نظر نتیجه با پژوهش ما هم‌نوا است، ولی از حیث چهارچوب نظری بحث و نقد و بررسی ادله و تمرکز بر حدیث لاضرر کاملاً متمایز است.

اما در مورد خسارت تأخیر تأدیه از منظر عدم النفع در نظام بانکی پژوهش مستقلی انجام نشده است و تنها برخی در پژوهش‌های خود بدان اشاره کرده‌اند. برای نمونه:

الف. سیدمحمد موسوی بجنوردی (۱۳۷۶، ص ۳۳) بر این باور است که تأخیر در ادای بدهی مانع تحقق منافع می‌شود و این ضرر است که باید جبران شود.

وی همچنین در پژوهش دیگری (۱۳۸۲، ص ۱۷) عدم النفع را در جایی که مقتضای آن کامل باشد، عرفاً ضرر دانسته و نظر مشهور مبنی بر عدم ضمان را ناظر به مواردی می‌داند که عرف آن را ضرر نمی‌شمارد.

ب. مجید رضایی (۱۳۸۱، ص ۳۷) با این استدلال که عدم النفع ضرر نیست و عرف استناد آن به تأخیر مدیون را موجه نمی‌داند و نیز با استناد به نظر مشهور فقیهان مبنی بر عدم ضمان منافع کارگر محبوس و عدم پذیرش منافع دین، در این مسئله تردید کرده است.

ج. سیدحسن وحدتی شبیری (۱۳۸۲، ص ۱۰۷) با تکیه بر آرای فقیهانی که عدم النفع را

ضرر می‌دانند، خسارت عدم‌النفع ناشی از تأخیر تأدیه را بر مبنای قاعده لاضرر قابل‌مطالبه می‌داند؛ به شرط آنکه رسیدن نفع در آینده از نظر عرفی محقق‌الوقوع باشد.

د. غلام‌رضا مصباحی مقدم و حسن جلالی (۱۳۸۷، ص ۴۵) بر این باورند که چون سرمایه در بانک‌ها هرگز راكد نمی‌ماند، خسارت تأخیر از مصادیق غیرمستوفات است و هریک از ادله غصب و لاضرر و اتلاف قابلیت دارند که مستند ضمان قرار گیرند.

ه. علی انصاری (۱۳۹۰، ص ۱۶۵) دریافت خسارت تأخیر ناشی از عهدشکنی بدهکار را مطابق قواعد ضمان قهری قابل‌جبران می‌داند.

و. حسن بادینی و محمدعزیز حسامی (۱۳۹۱، ص ۶۱-۸۲) مسئله را با نگاه تطبیقی بررسی کرده و به این نتیجه رسیده‌اند که مطالبه عدم‌النفع ناشی از تأخیر تأدیه، حتی در فرض عدم تمکن مدیون، به‌عنوان حکم اولی و با تمسک به مبانی فقهی متعدد مشروعیت دارد.

دلیل عمده قابل‌استناد در این مسئله دلیل لاضرر است. استناد به لاضرر برای ضمان عدم‌النفع نیازمند اثبات دو امر است: یکی اینکه حدیث لاضرر اثبات حکم می‌کند و دیگر اینکه عدم‌النفع هم ضرر است. پژوهش پیش‌رو کوشیده است با اثبات این دو امر، پرونده ضمان عدم‌النفع حاصل از تأخیر تأدیه در نظام بانکی را باز نگه دارد.

۱. نقش اثباتی حدیث لاضرر

حدیث «لاضرر» یکی از احادیث مهم و مشهور اسلامی و از مسلمات نظام حقوقی اسلام است. برخی آن را یکی از پنج حدیثی می‌دانند که فقه اسلامی بر مدار آن می‌چرخد (ابن‌نجیم، ۱۴۰۵ق: ص ۲۷۴؛ سیوطی، ۱۴۱۸ق: ص ۵۵۶). این حدیث با اسناد گوناگون از نبی مکرم اسلام ﷺ نقل شده و مورد قبول و عمل فریقین قرار گرفته و فقیهان اشکال در سند آن را روا نمی‌دارند (خمینی (امام)، ۱۳۸۵ق، ج ۱: ص ۱۹). حقیقت و ماهیت ضرر در این حدیث با عبارت «لاضرر ولاضرار» نفی شده است؛ درحالی که این معنا نمی‌تواند صحیح باشد، چون در خارج واقعاً ضرر وجود دارد. فقیهان در توجیه این حدیث اختلاف نظر دارند.

نظر بیشتر آنان این است که مفاد حدیث لاضرر نفی حکم ضرری است (نراقی، ۱۴۱۷ق: ص ۱۹؛ انصاری، ۱۴۱۴ق: ص ۱۱۶؛ نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ص ۲۰۰؛ موسوی خوئی، ۱۳۷۱، ج ۲: صص ۳۶۶ و ۴۳۹). طبق این نظر، هر جا که از وجود یک حکم شرعی، ضرری لازم بیاید، لاضرر به نحو حکومت جلوی آن را می‌گیرد؛ اما هر جا که نبود حکم شرعی مستلزم ضرری باشد، چه؟ آیا لاضرر حکم به اثبات و وجود آن می‌کند؟ به عبارت دیگر، آیا لاضرر جعل حکم نیز می‌کند؟ پاسخ مشهور فقیهان به این پرسش منفی است. به‌باور ایشان، لاضرر تنها بر نفی حکم شرعی دلالت دارد نه وضع آن. شأن قاعده لاضرر رفع حکم است نه اثبات حکم (نراقی، ۱۴۱۷ق: ص ۵۵). مفاد حدیث لاضرر رفع حکم ثابتی است که مستلزم ضرر است؛ یعنی حکم وجودی‌ای را نفی می‌کند که منشأ ضرر باشد. پس باید حکم ثابتی به‌نحو عموم وجود داشته باشد که برخی مصادیق آن ضرری باشد تا به حدیث لاضرر مرتفع گردد. مفاد لاضرر این نیست که هرگاه ضرری در خارج تحقق یافت، جبران آن واجب باشد. آنچه جعل نشده، مستند به شارع نیست. عدم حکم به ضمان حکم مجعول شارع نیست و وقتی اساساً جعلی درکار نیست، چگونه لاضرر بر آن حکومت کند؟ (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۴۱۸-۴۱۹) به عبارت دیگر، نفی ضرر در مرحله قانونگذاری است: شارع رافع ضرری است که از جانب خودش ممکن است به دیگران وارد آید؛ اما در جایی که فرد در مقام اجرا و عمل، موجبات زیان را فراهم می‌سازد، خود اوست که موجب زیان شده نه حکم شارع. پس شارع موظف به جبران آن نیست (موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق: ص ۵۵۹). اساساً عدم حکم در حوزه تشریح جای نمی‌گیرد. از این‌رو، ضرری که از ناحیه عدم حکم وارد می‌آید، منتسب به شارع نیست که بخواهد نفی شود. عدم حکم به معنای جعل حکم نیست. حتی اگر شارع حکم به عدم کند، اخبار است نه انشاء؛ چون عدم به حکم نیاز ندارد. عدم وجوب، عدم حرمت و ... به انشاء نیاز ندارد؛ بلکه اخبار حقیقی است (انصاری، ۱۴۱۴ق: ص ۱۱۹؛ نائینی، ۱۴۱۸ق: ص ۴۱۷).

اما برخی از فقیهان طرفدار نقش اثباتی لاضرر هستند و براین نظر چنین استدلال کرده‌اند:

الف. در جایی که جعل حکم واقعی ممکن است و قابلیت وضع حکم وجود دارد، عدم جعل به مثابه جعل عدم است: «این عدم جعل الحکم فی موضع قابل للجعل بمنزله جعل العدم» (موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق: ص ۵۲۸). طبق این بیان، تقابل جعل و عدم تقابل عدم و ملکه است. پس در جایی که مولا در مقام بیان است و امکان جعل وجود دارد، عدم جعل به منزله جعل است: همان طور که عدم تقیید در جایی که امکان تقیید وجود دارد، به منزله اطلاق است (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ص ۱۱۲۹)؛ همان طور که عدم قیام در مقابل کسی که شأن احترام دارد، قیام به توهین حساب شده و به فاعل منتسب می شود (سیستانی، ۱۴۱۴ق: ص ۲۹۳). در واقع، مفاد عدم حکم اعتبار سلب اثر است. همان طور که می شود چیزی را دارای اثر اعتبار کرد، می شود چیزی را بدون اثر نیز اعتبار کرد. مفاد حکم عدمی به این معنا حکم به عدم است. اثر اضرائز ضمان است. حال، اگر شارع بگوید ضمان نیست، یعنی اضرار را بدون اثر دانسته و این خود حکم است و در حوزه تشریح قرار می گیرد (صنقور، ۱۴۲۸، ج ۲: ص ۵۰). اسلام مجموعه ای از قواعد و مقررات شرعی است که شامل احکام عدمی هم می شود (صدر، ۱۴۲۰ق: ص ۲۹۷). شیخ انصاری در این زمینه می گوید:

المنفیّ لیس خصوص المجعولات بل مطلق ما یتدین به و یعامل علیه فی شریعة الإسلام، وجودیاً کان أو عدمیاً، فکما أنه یجب فی حکمة الشارع نفی الأحکام الضرریة، كذلك یجب جعل الأحکام التی یلزم من عدمها الضرر (انصاری، ۱۴۱۴ق: ص ۱۲۰)؛ آنچه با لاضرر نفی می شود، فقط مجعولات نیست؛ بلکه مطلق هر آنچه در شریعت بدان عمل می شود، چه وجودی باشد و چه عدمی، را دربر می گیرد. همان طور که حکمت شارع نفی احکام ضرری را واجب کرده است، جعل احکامی که از نبود آن ضرر لازم می آید را نیز واجب کرده است.

محیط تشریح و قانونگذاری به جمیع شئون، محیط حکومت شارع است و شارع برای همه حرکات و سکنات افراد قانون دارد. از این رو، همان طور که ضرر ناشی از جعل قانون مستند به شارع است، ضرر و زیان حاصل از عدم جعل و اهمال در جعل حکم نیز مستند به شارع است. ترک فعل در جایی که انتظار می رود آن فعل انجام شود، مستند به فاعل

است و او باید لوازم آن را پذیرا باشد. در صحت انتساب لوازم فعل به فاعل، وجودی بودن فعل شرط نیست و از شارع نیز این توقع هست که همه احکامی را که طبق مصالح و منافع بندگان است، در محیط تشریح وضع کرده باشد. پس اگر در بخشی از آن افعال کرده باشد و موجب ورود زیان شود، به مقتضای حدیث لاضرر مسئول است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ص ۸۷). هرگونه سوء جریان در روابط و حقوق اجتماعی ناشی از بی‌تدبیری حکومتی است که اداره نظام جامعه و ملتی را در دست دارد: خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد یا وضع نکردن مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم (محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۱: ص ۱۶۷). به تعبیر دیگر، لا ضرر از ناحیه شارع و از زاویه عالم تشریح نه تنها نفی حکم که نفی ضرر نیز می‌کند. شارع می‌گوید از ناحیه من در عالم تشریح ضرری لازم نمی‌آید و روشن است که نفی ضرر از این زاویه دو مصداق دارد: حکمی که ثبوتش مستلزم ضرر است و اثبات حکمی که عدمش مستلزم ضرر است. هریک از این دو از موقف و موضع‌گیری شارع است. آری، حکم ضرری مدلول مطابقی لاضرر است؛ ولی حکم عدمی مصداق این مدلول است (ایروانی، ۱۳۹۴: ص ۱۴۵). اگرچه موجب زیان را عامل زیان فراهم ساخته نه شرع مقدس، ولی عدم حکم به لزوم جبران آن موجب ادامه و استمرار زیان می‌شود و این با نفی ضرر در محیط قانونگذاری تنافی دارد. طبق حدیث، از جانب شارع ضرری وجود ندارد و ضرری که افراد به یکدیگر وارد می‌کنند، مورد تأیید قانونگذار اسلام نیست. بنابراین، اگر در بعضی موارد به علت نبود حکمی از طرف شارع، ضرری متوجه افراد شود، ناگزیر مستند به شارع است و به استناد حدیث نفی ضرر، نفی شده است (نراقی، ۱۴۲۲ق: صص ۲۷۲ و ۲۸۱).

ب. افزون بر این، به فرض که مفاد لاضرر همان نفی حکم وجودی ثابت باشد و بس: یعنی لاضرر حکم ثابت را رفع می‌کند نه عدم حکم را؛ ولی می‌توان امر عدمی را به امر وجودی برگرداند. حکم عدمی در حقیقت، حکم وجودی است. مثلاً عدم ضمان عبارت اخرای «برائت ذمه» است و برائت ذمه یک حکم شرعی است و محتاج جعل شارع است. برائت ذمه در احکام وضعی مانند اباحه در احکام تکلیفی است که هر دو وجودی‌اند. حکم شارع به برائت ذمه حابس از غرامت و پرداخت خسارت حکم وضعی وجودی است.

احکام وجودی گاهی به بیان نیاز ندارند، مانند اباحه تکلیفی. لازم نیست در هر مورد شارع بگوید مباح است. شارع با بیان «کل شیء حلال» اباحه را در موارد بسیاری انشا کرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ص ۸۶). از این رو، یکی از فقیهان از جمله شرایط جریان اصل برائت را عدم لزوم ضرر بر دیگری دانسته است. او در مسئله باز کردن در قفس و فراری دادن پرنده یا حبس گوسفند و مردن بره او، به احتمال اینکه از مصادیق لاضرر و اتلاف باشد، تمسک به اصل برائت را مجاز نمی‌داند (فاضل تونی، ۱۴۱۲ق: ص ۱۹۴). بنابراین، در موارد عدم حکم می‌توان وجود حکمی ثابت را فرض کرد، مثل حرمت در مورد طلاق حاکم و برائت ذمه در مثال‌های ضمان قهری. لاضرر این احکام وجودی را برمی‌دارد و مقتضای این رفع، جواز طلاق در مورد اول و ضمان در موارد بعدی است (عمید زنجانی، ۱۳۹۳: ص ۱۱۹).

ج. وانگهی، حکم عدمی خود مستلزم چندین حکم وجودی است. مثلاً عدم ضمان منافع ازدست‌رفته مستلزم حرمت مطالبه آن، حرمت تقاص و تعرض به آن مال، جواز دفاع در مقابل تعرض به آن و ... است. این احکام ضرری‌اند و نفی می‌شوند، زیرا حکم به حرمت مطالبه خسارت، مستلزم بقا و استمرار زیان وارده است. شیخ انصاری در این باره می‌گوید:

أن الحكم العدمی يستلزم أحكاماً وجودية، فإن عدم ضمان ما يفوته من المنافع يستلزم حرمة مطالبته ومقاصته والتعرض له، وجواز دفعه عند التعرض له (انصاری، ۱۴۱۴ق: ص ۱۱۹-۱۲۰).

د. به فرض که حدیث از ناحیه لفظی شامل احکام عدمی نشود؛ ولی به تنقیح مناط و الغای خصوصیت و به مناسبت حکم و موضوع شامل می‌شود، زیرا در انتساب ضرر به شارع و مقام امتنان بر بندگان، وجود و عدم وجود حکم خصوصیت ندارد. اگر در نفی ضرر مصلحت بندگان هست و این مناط حکم است، در هر دو صورت وجود و عدم این ملاک بدون فرق وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ص ۸۷).

در حدیث «لاضرر» لفظ «حکم» یا «جعل» نیامده تا از وجودی یا عدمی بودن آن بحث گردد و در ظهور آن در مجعول شرعی و عدم شمول آن نسبت به عدم الحکم سخن گفته شود. در لسان حدیث، عنوان «ضرر» نفی شده و سخن در صدق نسبت اضرار به شارع و مکلفان است. آنچه در لاضرر منفی است، ضرر مستند به شارع و مکلفان است. در اینجا ضرر تشریح نشده است؛ بلکه شارع بماهو شارع، ضرر را نفی کرده و نفی تشریحی ضرر، همان طور که مناسب حکم وجودی است، مناسب حکم عدمی نیز هست؛ مثل اباحه‌ای که از آن ضرری ناشی شود. بنابراین، اگر ضرر در بعضی موارد از عدم جعل حاصل شود، منفی خواهد بود (صدر، ۱۴۲۰ق: ص ۲۹۵؛ حائری، ۱۴۰۷ق: ج ۴: ص ۵۹۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ص ۸۶).

آنچه از حدیث لاضرر استفاده می‌شود، نفی ضرر منتسب به شارع بماهو شارع، از هر طریقی است: چه از طریق احکام وجودی و چه احکام عدمی. مهم این است که از ناحیه شارع به مکلفان ضرری وارد نیاید و ضرر وارده از ناحیه عدم حکم منتسب به شارع است؛ هرچند عنوان «حکم» بر «عدم جعل حکم» صادق نباشد و عدم حکم را حکم ننماییم. شارع دین خود را کامل معرفی نموده و اعلام کرده که هیچ واقعه‌ای را خالی از حکم باقی نگذارده و هرچه لازم بوده، بیان کرده است (سیستانی، ۱۴۱۴ق: ص ۲۹۲).

ه. برخورد پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با سمره بن جندب، که مورد حدیث است، نیز شاهی بر این حقیقت است. از مورد روایت سمره استفاده می‌شود که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرد انصاری را بر کندن نخل سمره مسلط نمودند تا ضرر را نفی کنند؛ زیرا عدم تسلط او بر این کار ضرر بود. از آنجا که تسلط سمره بر مالش و رفت و آمد در خانه فرد انصاری بدون اذن او موجب استمرار ضرر بود و کندن درخت تنها وسیله بازدارنده از زیان بود، بدان حکم شد (انصاری، ۱۴۱۴ق: ص ۱۲۰). درواقع، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با این عمل و سخن خویش سبب‌سازی می‌کنند تا ضرری در بیرون تحقق نیابد. درواقع، مفاد حدیث سه چیز است: ۱. نفی حکم ضرری و انتساب آن به شارع، که با عبارت «لاضرر» بیان شده است؛ ۲. حکم تکلیفی به حرمت اضرار که با عبارت «لاضرار» تحقق یافته و در بطن خویش، هم عذاب اخروی و هم عقوبت دنیوی به تعزیر و مانند آن و هم ضمان در موارد اتلاف را دربر دارد؛ ۳. تشریح اتخاذ ابزارهای

جلوگیری کننده از پیدایش ضرر (که با دستور به قلع درخت صورت پذیرفته)، مانند تحریم قانونی صرف، اگر پشتوانه اجرایی نداشته باشد، فایده‌ای ندارد. بنابراین، حدیث با بیان «لاضرر» بر نفی جعل حکم ضرری و با بیان «لاضرار» بر تحریم ضرر و تشریح مانعیت از وقوع آن در خارج و در بعضی موارد همچون حق شفعه، بر رفع موضوع ضرر دلالت دارد (سیستانی، ۱۴۱۴ق: ص ۱۳۲-۱۵۰). به بیان دیگر، لاضرر نفی حکم ضرری است: چه این حکم ذاتاً ضرری باشد، مثل لزوم بیع غبنی، و چه به واسطه امتثال ضرری شود، مثل وضوی ضرری، و چه به سوءاختیار مکلف ضرری شود، مثل جریان سمره که از حق خود برای سر زدن به درخت سوءاستفاده کرده است و جواز دخول دادن به او موجب ضرر بر فرد انصاری بود. لاضرر نفی سبب وقوع ضرر است و سبب در اینجا ابقای درخت بود؛ از این رو، این ضرر با قطع درخت مرتفع شد (حائری، ۱۴۰۷ق، ج ۴: ص ۵۸۶).

و. ارتکاز عقلایی این است که برای جبران ضرر، راهی جز پرداخت خسارت نیست. اگر شارع این امر را امضا نکند، ضرر دیگری را موجب شده است که لاضرر آن را نفی می‌کند. بنابراین، لاضرر به ضمان تدارک ضرر سابق نظر ندارد؛ بلکه به ضرر دیگری نظر دارد که در صورت عدم مسئولیت مدنی در عالم اعتبار محقق خواهد شد (صدر، ۱۴۲۰ق: ص ۳۰۷). به عبارت دیگر، اگر ضمان در این موارد به نظر عرف و عقلا ثابت باشد و قوانین تشریحی اسلام بخواهد آن را نفی کند، این ضرر ناشی از اسلام شمرده می‌شود. لاضرر عدم امضای قانون عرفی را نفی کرده و در نتیجه، وجود قاعده عرفی مبنی بر ضمان ثابت می‌شود (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ص ۴۷). بنابراین، لاضرر در معنای وسیع خودش امضای قاعده‌ای عقلایی است و تشریح هرگونه حکمی را دربر دارد که جلوی تحقق اضرار به غیر را بگیرد. حکم به ضمان نیز از مصادیق بارز آن است (سیستانی، ۱۴۱۴ق: ص ۲۹۵). به بیان دیگر، لاضرر ارجاع به فطرت و امضای حقوق فطری است (مطهری، ۱۳۸۹: ص ۲۵۳)؛ یعنی اجرای حق یک نفر، اگر مضر و منافی اجرای حق دیگری باشد، محدود می‌شود (همان، ص ۲۶۱).

فقه اهل سنت نیز در این مسیر گام برداشته است. این مطلب در کتب معتبر فقهی اهل سنت با عنوان قاعده «الضرر لایزال» مورد بحث قرار گرفته است (سیوطی، ۱۴۰۴ق:

ص ۵۹؛ ابن نجیم، ۱۴۰۵ق: ص ۳۴). همچنین، ماده ۲۰ مجله الأحكام العدلیة که بر نفی ضرر تصریح دارد، از همین قاعده گرفته شده است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱: ص ۲۴). بیشتر فقیهان اهل سنت مفهوم قاعده را نهی از اضرار (حکم تکلیفی) دانسته‌اند و جبران ضرر را نتیجه طبیعی آن می‌شمردند (محمصانی، ۱۳۹۲ق، ج ۱: ص ۲۱۳). بنابراین، ملاک و معیار فقط نفی ضرر است: هرچه که عرفاً ضرر باشد، باید جبران شود؛ چون ماهیت ضرر در اسلام نفی شده است (نراقی، ۱۴۱۷ق: ص ۱۹).

برخی در اشکال بر نقش اثباتی لاضرر گفته‌اند: بر فرض که لاضرر در مسئله ضمان بر اثبات حکم دلالت داشته باشد؛ این دلالت بر اصل جبران است نه ضمان عامل زیان؛ یعنی لزوم جبران ضرر ملازمه‌ای با جبران ضرر توسط عامل زیان ندارد، زیرا جبران خسارت به ثواب الهی در آخرت یا از طریق بیت‌المال یا جبران الهی در دنیا نیز ممکن است. آری، اگر حکمی چنان باشد که از نبود آن ضرری پیش آید و رفع ضرر منحصر به ثبوت آن حکم باشد، به استناد لاضرر حکم به ثبوت آن می‌شود (همان، ص ۵۵).

به این اشکال چنین پاسخ داده شده است:

رها کردن ضرر بدون جبران عقلاً قبیح است. متبادر از نصوص شرعی نیز اضرار حرام است و باید جبران شود و خود فرد مضافاً باید این کار را بکند. فتوای فقیهان به جبران ضرر هم مستند به همین تبادر بوده است؛ زیرا به طریق برهان سبر و تقسیم، جبران ضرر وارده از جانب شخص، منحصر به یکی از این چند راه است: خود متضرر؛ خداوند (به ثواب اخروی یا به نعمت‌های دنیوی)؛ بیت‌المال؛ افراد دیگر؛ شخص مضار. اولی ضرر مضاعف است. دومی قطعی نیست؛ به علاوه، اگر بنا باشد، به دلیل امکان جبران ضرر به ثواب الهی، راه استدلال به قاعده لاضرر بسته باشد، این قاعده در هیچ‌جا جاری نخواهد بود. ثواب الهی در همه‌جا می‌تواند جبران‌کننده خسارت باشد. مثلاً در جایی که وضو گرفتن موجب ضرر می‌شود، همه فقیهان با استناد به قاعده لاضرر وجوب آن را منتفی می‌دانند؛ در حالی که ثواب الهی در آنجا نیز می‌تواند جبران‌کننده ضرر باشد. راه سوم نیز ضرر بر همگان است. راه چهارم خود ضرری است که نیازمند به جبران است و از این‌رو، مستلزم

دور و تسلسل است. متعین راه پنجم است؛ یعنی تنها فرد ضار است که باید خسارت را جبران نماید. این همان اثبات حکم به قاعده لاضرر است و نه به دلیل خارجی (مراعی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ص ۳۱۸-۳۲۲؛ انصاری، ۱۴۱۴ق، ج ۱: ص ۱۱۹-۱۲۱).

اشکال دیگری نیز بر نقش اثباتی لاضرر کرده‌اند: لاضرر در مقام امتنان بر امت است و در جهت تسهیل امر بر آنها صادر شده است. حال آنکه، استفاده ضمان عامل زیان از یک طرف به نفع زیان دیده است ولی از طرف دیگر با امتنان بر عامل زیان ناسازگار است. پس حکم به ضمان برخلاف امتنان بر عامل زیان است. از این رو، لاضرر جاری نمی‌شود؛ هرچند به نفع زیان دیده باشد (موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق: ص ۵۶۷).

به این اشکال نیز پاسخ داده می‌شود که حکم به ضمان عامل زیان برخلاف امتنان بر او نیست؛ چون خودش باعث مسئولیت خویش گشته است. درحقیقت، بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی او موجب ورود زیان به غیر شده است و شخص بی‌مبالات باید پاسخگوی رفتار خویش باشد.

۲. عدم النفع

«منفعت» در مقابل «ضرر» به معنی سود و ربح است. هرگاه کسی مانع از به وجود آمدن منفعتی شود که حسب جریان عادی امور، امید وصول به آن معقول، مقدور و مورد انتظار است، به آن «عدم النفع» می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴: ص ۲۵۰۷؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ص ۷۰؛ بهرامی احمدی، ۱۳۶۶: ص ۲۳۸؛ شیروی، ۱۳۸۰: ص ۲۵). فقیهان این اصطلاح را برای جداسازی موارد ضرری ای به کار گرفته‌اند که موجب ضمان‌اند در برابر مواردی که بر آنها ضرر صدق نمی‌کند و شخص نفعی از آنها نبرده است. عدم النفع از این جهت با منافع غیرمستوفات مشترک است: با این تفاوت که منافع غیرمستوفات مربوط به گذشته است و عدم النفع معمولاً به آینده نظر دارد؛ به علاوه، منافع غیرمستوفات معمولاً به منافع اعیان اموال گفته می‌شود؛ درحالی که عدم النفع اعم از بهره نبردن از اعیان اموال است و کاربردهای متفاوت با آن نیز دارد، مثل محروم کردن شخص از کار کردن. اصطلاح دیگری که با عدم النفع شباهت دارد، «اتلاف و صف» است. گاهی شخص در مال موجود

نقصی وارد می‌کند یا وصفی را زایل می‌کند که نتیجه کار او محقق نشدن منفعت است. در این صورت، سخن از اتلاف وصف است. اتلاف وصف اتلاف یک امر موجود است، در مقابل عدم‌النتفع که منع از به‌وجود آمدن یک امر محتمل است. اگرچه ممکن است محقق شدن منفعت در ارزیابی ارزش وصف کارایی داشته باشد و در برآورد میزان خسارت ناشی از اتلاف وصف، به منافع ممکن‌الحصول توجه شود، ولی این مسئولیت در برابر عدم‌النتفع نیست (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ص ۳۳۱-۳۳۲). مثلاً اگر در یک مزرعه به‌واسطه تقصیر عامل در پرورش زرع، محصول زمین از مقدار انتظار کمتر شود، با اینکه می‌توان مسئله عدم‌النتفع را مطرح کرد، ولی برخی از فقیهان آن را از قبیل اتلاف وصف و موجب ضمان دانسته‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ص ۳۴۰).

در ضمان منافع اختلافی نیست، زیرا منافع جزء اموال محسوب می‌شوند و می‌توانند مورد معامله قرار بگیرند و در ازای آنها عوض پرداخت شود؛ پس از بین بردن آنها نیز دارای ضمان و مسئولیت است. این مطلب در بیان آثار غصب در کتاب‌های فقهی تصریح شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۲: ص ۲۱۷). در مورد اوصاف نیز برخی تصریح کرده‌اند که مقتضای قاعده ضمان ید و اتلاف، ضمان اوصافی است که در مالیت دخالت دارد، مانند اتلاف عین (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۳۲۲؛ صدر، ۱۳۹۱ق، ج ۴: ص ۳۲۳)؛ اما در مورد ضمان عدم‌النتفع در بین فقیهان اختلاف نظر هست.

خسارت تأخیر تأدیه می‌تواند یکی از مصادیق عدم‌النتفع باشد. از این‌رو، جبران خسارت عدم‌النتفع یکی از مبانی فقهی راهکارهای وصول مطالبات است. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌کند: «خسارت ناشی از عدم‌النتفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد». برخی حقوق‌دانان گفته‌اند اگر مقصود از بند دوم این تبصره را به خسارت تأخیر به مفهوم قانونی و اصطلاحی آن منحصر کنیم - که در ماده ۵۲۲ ق. آ.د.م منعکس شده است - معنایش همان جبران کاهش ارزش پول در شرایط تورمی است؛ ولی اگر مقصود از خسارت را کلیه خسارات وارده بدانیم، شامل خسارت عدم‌النتفع نیز می‌شود. البته، درحالت اول نیز اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند؛ یعنی حتی اگر مراد قانونگذار مفهوم عرفی و قانونی خسارت تأخیر باشد،

در صورت اثبات، خسارت‌های دیگر ناشی از تأخیر تأدیه را نیز می‌توان مطالبه کرد؛ زیرا نظم عمومی ایجاب می‌کند که هیچ خسارتی جبران نشده باقی نماند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴: ص ۲۷۷-۲۸۰).

البته، باید به این نکته اشاره کرد که مورد اختلاف در عدم‌المنفعه جایی است که سود بالقوه و مورد انتظار «محقق‌الحصول» است؛ یعنی حصول آن به‌نظر عرف قطعی است و اگر فعل زیان‌بار نبود، به‌حسب جریان عادی امور، امید به وصول به آن معقول و ممکن بود. مثلاً اگر کسی کارگر یا صنعتگر را حبس نمی‌کرد و مانع کار روزانه او نمی‌شد، یا ماشین مسافرکشی یا کامیون باربری راننده‌ای را سرقت نمی‌کرد، این افراد از این طریق، به منفعت روزانه و عادی خود می‌رسیدند. در بحث ما نیز اگر بدهکار در سررسید، دین یا اقساط خود را پرداخت می‌کرد، بانک در تأمین مالی تسهیلات جدید یا سرمایه‌گذاری‌هایی که کرده و قراردادهایی که بسته، با کمبود مالی روبه‌رو نمی‌شد؛ اما این امور زیان‌بار مانع رسیدن به منفعت مسلم شده‌اند.

ولی اگر منفعت بالقوه «محتمل‌الحصول» باشد نه قطعی، عوامل و شرایط گوناگونی تأثیرگذار خواهند بود. به بیان دیگر، معلوم نیست که اگر فعل زیان‌بار رخ نمی‌داد، این منفعت حتماً به صاحب آن می‌رسید. در عدم‌الضمان در این حالت، اختلافی بین فقیهان نیست؛ زیرا رابطه سببیت میان فعل انجام‌گرفته و عدم حصول منفعت محرز نیست و تقویت منفعت را نمی‌توان منحصرأ متوجه عامل فعل زیان‌بار دانست.

بنابراین، بحث در مورد ضمان خسارت ناشی از عدم‌المنفعه است که آیا از نظر فقهی می‌توان از طریق ضمان عدم‌المنفعه، خسارت ناشی از تأخیر تأدیه را قابل مطالبه دانست یا خیر؟

تردید در ضمان عدم‌المنفعه و خسارت تأخیر تأدیه بر این مبنا، از تردید در مالیت و زیان بودن آن نشئت می‌گیرد؛ زیرا مدلول ادله ضمان (اتلاف و علی‌الید) مالیت است و مدلول قاعده لاضرر هم ضرر بودن. اگر بخواهیم ضمان منافع را با این ادله به اثبات برسانیم، نیازمند اثبات این دو امر هستیم. پس این پرسش‌ها مطرح می‌شود که آیا عدم‌المنفعه، یا

به‌طور کلی منفعت، مال است یا خیر؟ آیا عدم‌النفع ضرر است یا خیر؟ آیا منافع ازدست‌رفته از طریق تأخیر تأدیه، مصداق عدم‌النفع است یا خیر؟

۱-۲. مالیت عدم‌النفع

مالیت یعنی مطلوبیت. هرچیز که نزد عرف عقلاً مطلوب باشد و در مقابل آن مال پرداخت کنند، مالیت دارد و مال است. گاهی این خصوصیت در اشیا ذاتی است؛ یعنی به‌خاطر نقشی که در برآوردن یکی از نیازهای انسان دارند و استعمال و مصرف می‌شوند، مطلوبیت دارند. گاهی هم این خصوصیت به‌خاطر نقشی است که در تبادل اموال برعهده آنهاست؛ یعنی ارزش مبادله‌ای دارند. آنچه در فقه و حقوق مطرح است، همین ارزش مبادله‌ای اشیا است (آملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۲۶۴؛ طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸ق، ج ۱: ص ۵۵).

در اینکه آیا عدم‌النفع مالیت دارد یا خیر، اختلاف‌نظر هست. به‌نظر ما، از آنجا که مالیت امری عرفی است، به‌نظر می‌رسد این قسم از منفعت نیز ملاک مالیت را دارا باشد؛ چون از‌نظر عرف، ازدست رفتن چنین منفعتی نقصان در مالیت و ضرر محسوب می‌شود. از سوی دیگر، به‌نظر می‌رسد دلیل کسانی که منافع را مال ندانسته‌اند، این بوده که تحقق مالیت را به عینیت (وجود خارجی) آن وابسته دانسته‌اند (اسماعیلی، ۱۳۷۷: ص ۷۷)؛ درحالی‌که این ملاک پذیرفته نیست. افزون بر این، اگر این ملاک را بپذیریم، در مورد همه انواع منفعت و از جمله منفعت در برابر عین نیز صادق است. همچنین، ممکن است مقصود ایشان منافع محتمل‌الحصول بوده باشد که از‌نظر عرف منفعت شمرده نمی‌شوند.

آنچه مسئله این پژوهش را از موارد مشابه آن متمایز می‌کند، سیستم مالی بانک است: پول در هیچ بانکی را کد نمی‌ماند و اساساً فلسفه وجود بانک این است که پول‌ها و سرمایه‌های را کد را به‌جریان بیندازد و در پروژه‌های تولیدی و سازندگی به‌کار بگیرد. از این‌رو، آغاز و پایان هر قراردادی به‌دقت درنظر گرفته می‌شود. تسویه مالی به‌نگام قراردادهای پیشین نقش بسیار اساسی در تأمین مالی قراردادهای آتی دارد. پس منع و حبس اموال و دارایی‌های بانک موجب ازدست دادن فرصت‌های سرمایه‌گذاری و تأمین مالی آتی می‌شود که به‌دنبال خود، ضرر چشم‌ناپوشیدنی‌ای را به‌دنبال خواهد داشت که

گاه به ورشکستگی مؤسسات اعتباری و بنگاه‌های تولیدی می‌انجامد. استاد مطهری در مورد ارزش داشتن این منافع می‌گوید:

مال دارای دو نوع منفعت است، منفعت بالفعل و منفعت بالقوه. در قرض‌های مصرفی، قرض‌گیرنده غرضش انتفاع به منافع بالفعل است، مثلاً گندم را قرض می‌کند برای آنکه بخورد؛ ولی در قرض‌های تولیدی، غرضش انتفاع به منافع بالقوه است، یعنی ... منافی که به تجارت یا صنعت روی آن پیدا می‌شود. البته، مال قابلیت برای جزّ چنین منافی را دارد و به سبب همین قابلیت هم ارزش دارد، این قابلیت «ارزش علاوه» ایجاد می‌کند؛ پس خود قابلیت، امر ارزش‌داری است و خود این امر ارزش‌دار به فروش می‌رسد؛ خواه به فعلیت برسد یا نرسد (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۴: ص ۳۱۵).

۴۹



فقہ

جبران خسارت عدم‌النفع ناشی از تأخیر تأدیه در نظام بانکی

قابلیت پول برای کسب اموال صفت دیگری است که موجب ارزش پول شده است. صاحب پول هم از همین خاصیت منتفع می‌شود و همین استعداد و ارزش آن ملاک مالیت پول است. صاحب پول می‌تواند از پول خود استفاده کند و منفعت ببرد (همان، ص ۳۰۰-۳۰۵)؛ به‌ویژه صاحب پولی مثل بانک. با چنین مبنایی، وقتی که مدیون در ادای دین تأخیر می‌کند و موجب ازدست رفتن منافع مورد انتظار و در نتیجه، ضرر طرف مقابل می‌شود، این پرسش مطرح می‌شود که آیا او در قبال ازدست رفتن منافع و ایراد ضرر ضامن است یا نه؟

۲-۲. ضرر بودن عدم‌النفع

برخی از پژوهشگران مبنای جبران خسارت عدم‌النفع را قاعده‌ی لاضرر دانسته‌اند. توضیح اینکه بر اثر تأخیر در ادای دین، بانک فرصت به‌دست آوردن منافع محقق‌الحصولی را از دست داده است که بر اثر به‌کارگیری حتمی پول و سرمایه به آن می‌رسید. این قطعاً ضرر است و مدیون ماطل، سبب گذشت زمان شده که مقدمه ورود این ضرر است. پس فعل مدیون سبب مستقیم یا مؤثر و مقدم در ایجاد زیان بوده است. از این‌رو، ورود خسارت به او منتسب است و باید آن را جبران کند (مجمع‌الفقه‌الإسلامی، ۱۴۰۹ق، ج ۶: ص ۲۹۴؛ کاتوزیان،

۱۳۷۴، ج ۱: ص ۳۷۴-۳۸۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۶: ص ۲۹-۳۵).

با وجود این، پژوهشگران در جواز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه تردید دارند؛ چون مشهور فقیهان امامیه بر این اعتقادند که خسارت‌های ایجاد شده از ناحیه تأخیر تأدیه، ضرر نیست؛ بلکه عدم النفع است و عدم النفع ضرر نیست تا مشمول قاعده لا ضرر بشود و قابل جبران باشد. بنابراین مطالبه آن ربا و حرام است (رک: غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۴: ص ۳۶۳؛ نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۳۷۱؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ص ۳۱۰؛ موسوی خوئی، ۱۳۷۱، ج ۳: ص ۱۳۰؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق: ص ۵۹). در مقابل، عده‌ای بر این باورند که عنوان ضرر بر عدم النفع نیز صدق می‌کند و مشمول لا ضرر می‌شود؛ البته، به شرط آنکه از نظر عرفی، محقق الوقوع و در معرض وصول باشد (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۶۱۴؛ طباطبائی، ۱۴۲۲ق، ج ۲: ص ۳۰۲؛ مدرس، ۱۴۰۸ق: ص ۱۱۹) و به تعبیر دیگر، مقتضای آن تمام باشد (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۳۷۸؛ سیدحسن موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ص ۲۱۴). با توجه به این نظر، برخی از پژوهشگران قول مشهور را ناظر به مواردی می‌دانند که عرف آن را ضرر نمی‌داند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲: ص ۱۷). اساساً ضرر مفهومی عرفی دارد و فهم آن به عرف موکول می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷ق: ص ۵۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱: ص ۵۵). شاید بر همین مبنا باشد که فقیهان در جایی که عامل شروع به اقدامی کرده که احتمال به دست آوردن سود در آن وجود دارد و مالک پیش از اتمام آن اقدام، مضاربه را فسخ نموده، عامل را مستحق گرفتن اجرت‌المثل دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۱۵ق، ج ۲۶: ص ۳۸۹). در قوانین و نوشته‌های حقوقی نیز آمده است که کاستن از دارایی شخص و پیشگیری از فزونی آن، به هر عنوانی که باشد، ضرر به او محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ج ۱، ص ۲۱۹). به رسمیت شناختن بیمه در عرف عقلا، به عنوان قراردادی مشروع و الزام‌آور نشانه به حساب آوردن ضرر و منفعت احتمالی است. احتمال ازدست دادن منفعت، امکان منفعت را از بین نمی‌برد و مانع از آن نیست که ازدست رفتن آن ضرر شمرده شود (همان، ص ۲۸۱).

با توجه به اینکه ضرر نقصان مالی است، نقصان در هر چیزی که مالیت داشته باشد و عرفاً مال نامیده شود، ضرر است. اگر عدم النفع مال باشد، نقصان در آن را هم باید ضرر دانست؛ چنان که عرف امروز، به‌ویژه عرف خاص کارشناسان حرفه‌های مختلف، در ضرر

دانستن عدم‌النفع قطعی‌الحصول، تردید ندارند. اساساً در این‌گونه موارد، یقین دست‌نیافتنی است و ظن قوی به ورود خسارت کافی است. در موضوع بحث نیز این‌ظن و بلکه یقین حاصل است. در این مورد باید عرف خاص کارشناسان بانکی و پولی را در نظر گرفت: از نظر این عرف، هیچ پولی در نظام بانکی را کد و بدون فعالیت اقتصادی نمی‌ماند. پس حبس پول بانک و منع از به‌کارگیری آن عرفاً ضرر شمرده می‌شود.

در باره عدم‌النفع بحث مستقلی در فقه انجام نگرفته است؛ ولی فقیهان در خلال بررسی ضمان در برخی مصادیق به آن پرداخته‌اند. مشهور عدم‌النفع را مال و از دست رفتن آن را ضرر نمی‌شمارند؛ از این‌رو، آن را موجب ضمان نمی‌دانند. این نظر به‌طور مشخص در دو فرع مطرح شده است: در منافع مال مغضوب و منافع انسان حر. در هر دو مورد، دلیل بر عدم ضمان این است که منافع مالیت ندارد و تحت ید و استیلا در نمی‌آید. صرف ممانعت هم الزاماً به معنی تصرف و استیلا در مال غیر نیست؛ پس غصب تحقق نمی‌یابد (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ص ۷۶). همچنین، در جایی که غصب محقق نیست، اصل برائت حاکم است (صاحب‌الجاهر، ۱۴۱۵ق، ج ۳۷: صص ۱۴ و ۳۹). در برابر مشهور، شماری از فقیهان در این مسئله و فروعی از این دست، قائل به ضمان شده‌اند (رک: طباطبائی، ۱۴۲۲ق، ج ۲: ص ۳۰۲؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۶۱۴؛ مدرس، ۱۴۰۸ق: ص ۱۱۰؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق، ج ۷۸: صص ۷۱-۷۲). به نظر می‌رسد عدم‌النفع در این موارد به معنی منفعت بالقوه‌ای است که قابلیت بالفعل شدن دارد و از این‌رو، قابل مبادله است. گاهی افراد در قبال منافع خود پیش‌تر پول می‌گیرند. بنابراین، اختلاف نظر در ضمان حابس مربوط به عدم مالیت و عدم صدق ضرر نیست؛ بلکه مربوط به ادله ضمان آن است؛ زیرا این صحیح است که منافع تحت ید و استیلا قرار نمی‌گیرند و در نتیجه، غصب صدق نمی‌کند؛ ولی در این باره ضرر صدق می‌کند و ادله دیگر و در رأس آنها، لاضرر برای ضمان قابل استدلال است. از این‌رو، برخی از فقیهان که قائل به عدم امکان غصب در این مواردند، به دلایل دیگری چون عموم لاضرر و سیره عقلا ضمان را نیکو دانسته‌اند (طباطبائی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۲: صص ۲۵۵ و ۲۶۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰: ص ۵۱۳؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰ق: ص ۴۰؛ موسوی خوئی، ۱۳۷۱، ج ۱: ص ۴۱).

۳. تحلیل و تطبیق

با توجه به دلایل مذکور، تردیدی در دلالت حدیث لاضرر بر مسئولیت مدنی و ضمان عامل زیان باقی نمی‌ماند. این مسئله با توجه به تقابل بین ضرر و نفع - که تقابل عدم و ملکه است - در مورد ضمان عدم‌النفع نیز روشن است؛ زیرا نفع امری وجودی و ضرر امری عدمی است. ضرر یعنی نبود نفع در جایی که امکان آن وجود دارد. پس نفی ضرر شامل عدم‌النفع هم می‌شود و با توجه به اینکه ضرر اسم مصدر است، حیثیت انتساب به فاعل در آن لحاظ نشده است. پس هرگونه ضرری، هرچند غیرعمدی، از ناحیه کسی بر دیگران وارد آید، باید جبران شود. به همین دلیل، برخی از فقیهان که در مسئله توقیف صنعتگر یا کاهش قیمت بازار مطابق مشهور فتوا داده‌اند، در فروع دیگر صدق عنوان اضرار را در اثبات مسئولیت کافی دانسته‌اند و نتوانسته‌اند از فتوا به ضمان عدم‌النفع خودداری کنند. برای نمونه، سید یزدی در پاسخ به پرسشی در مورد ضمان منافع فردی که بر اثر آزار و اذیت مدتی از کار افتاده و ناقص شده است، می‌گوید: «اگر اضرار صدق کند، نسبت به آنچه برای بازگشت به سلامتی خرج می‌کند، ضمان بعید نیست» (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶: ص ۲۵۱، ش ۴۰۱). میرزای قمی نیز عاملی را که در رسیدگی به زراعت کوتاهی کرده و باعث کاهش محصول نهایی شده است، ضامن می‌داند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳: ص ۳۶۷، س ۱۷۰). سید یزدی نیز در عروه مطابق همین دیدگاه فتوا داده است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ص ۳۴۰). درحالی‌که مشهور فقیهان با این نظر مخالف‌اند و در حاشیه خویش بر این مسئله بر سید اشکال کرده‌اند. آنان ضمان عامل را نپذیرفته‌اند؛ با این دلیل که قواعد عمومی اتلاف و تسبیب در آن مجرا ندارد. وحید بهبهانی نیز به فقیهان و محدثان متقدم نسبت می‌دهد که در باب ضمان ناشی از غصب و اتلاف، تنها به حدیث لاضرر استناد کرده‌اند (متأخران نیز در موارد گوناگون به این قاعده استدلال می‌کنند؛ هرچند در باب غصب، قاعده مزبور از نظر آنان دور مانده است). به نظر وی، ضمان «اعلی‌القیم» در اموال قیمی یا در مال مثلی که مثل آن یافت نمی‌شود، دلیلی جز حدیث لاضرر نمی‌تواند داشته باشد. بنابراین، مقتضای حدیث لاضرر آن است که هرگونه ضرری باید تدارک شود و از زیان دیده برطرف گردد (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۶۱۸). او سپس در اثبات مدعای خود چنین مثال می‌زند:

در شرایط قحطی و گرانی، که قیمت یک من گندم به هزار دینار رسیده است، غاصبی هزار من گندم از مسلمانی غصب می‌کند و آن مسلمان برای تهیه گندم و نجات جان اعضای خانواده و حیواناتش مجبور می‌شود پول زیادی بپردازد. از آن طرف، غاصب از فروختن آن گندم به قیمت گزاف، اموال زیادی به‌چنگ می‌آورد و پس از برطرف شدن فشار اقتصادی و بازگشت اوضاع به حالت عادی، هزار من گندم را به یک دینار می‌خرد و چون ضمان مال مثلی به مثل است، همان مقدار گندم را تحویل فرد مسلمان می‌دهد. آیا خسارت او را جبران کرده است؟ درحالی‌که اگر این غصب رخ نمی‌داد، او و خانواده اش نه‌تنها در رفاه زندگی می‌کردند، بلکه از راه فروش گندم به اموال فراوانی دست می‌یافتند؛ ولی اکنون نه‌تنها سختی و گرسنگی کشیده‌اند، بلکه دیون فراوانی برعهده آنها آمده و اموال و حیواناتشان نیز تلف گشته است. کدامین ضرر از این بالاتر و کدام فساد از این شدیدتر؟ ... مناسب نیست که در دین استواری که برپایه عدالت و راستی و در غایت متانت و نظم و حکمت بنا شده، چنین ضرر بزرگی بدون جبران بماند؛ درحالی‌که در اسلام ضرر تشریح نشده است؛ بلکه جست‌وجو در احکام مختلف شرع این بیان را تأیید می‌کند. بنابراین، اجماعی بر عدم ضمان خسارت عدم‌النفع نیست و اگر هم اجماعی نقل شده، به‌معنای اصطلاحی آن نیست؛ زیرا خود مشهور در استدلال‌های خویش به اجماع استناد نکرده‌اند و بر فرض که اجماع منقول وجود داشته باشد، اینکه بتواند لاضرر را تخصیص بزند و این همه فساد و زیان را توجیه کند، نیازمند تأمل است (همان، ص ۶۱۹-۶۲۴).

گفتنی است چنین اجماعی را مقدس اردبیلی نقل کرده است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰: ص ۵۲۸). به‌نظر می‌رسد حدیث لاضرر در اثبات ضمان خسارت عدم‌النفع کافی است؛ به‌ویژه که مضمون آن با روایات دیگری نیز مورد تأیید قرار گرفته است. در آن روایات، عنوان «اضرار» مستند حکم به ضمان قرار گرفته است، نه صرف اتلاف مال. آن روایات زیان رسانیدن به هر شکل را موجب ضمان می‌دانند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۳۵۰؛ همان، ج ۵: ص ۲۹۴). از نظر عرف عقلا نیز ظن قوی به ازدست دادن نفع، ضرر است. در

این‌گونه موارد، علم و یقین و مسلّم بودن ضرر لازم نیست و حکم به ضمان در جهت جبران ضرر احتمالی، موجه است.

در معاملات بانکی و عرف تجاری «انتساب» ضرر به مدیون بر اثر تأخیر ثابت است؛ به‌ویژه با در نظر گرفتن طول زمان تأخیر که معمولاً بسیار زیاد است. نکته بحث در این است که باید بین عرف عام و عرف خاص تجاری، به‌ویژه در بانک، تفکیک قائل شد. آنچه در اینجا مورد غفلت قرار گرفته، عرف خاص است: علت حکم به عدم ضمان از جانب فقیهان، توجه نکردن به عرف خاص است. آری، در عرف عام که قدرت تشخیص در این موارد نیست، عدم‌النتفع مالیت ندارد؛ ولی کارشناسان بازار پول و سرمایه به‌خوبی می‌دانند که فرصت‌های ازدست‌رفته بر اثر تعویق مطالبات، بانک‌ها را از دستیابی به چه منفی محروم می‌کند و از این راه چه زیان‌های سنگینی به نظام مالی کشور وارد می‌آید. بنابراین، آنان در ضمان خسارت تأخیر و منافع محقق‌الحصول‌تردید می‌دارند. با این‌همه، مسئله از چند جهت جای تأمل دارد:

نخست آنکه، ممکن است گفته شود حتی در نظام بانکی هم عدم‌النتفع همیشه ضرر نیست. آری، اگر تأخیر به ضرر بینجامد و این ضرر، طبق نظر عرف، به بدهکار مستند شود، قابل مطالبه است؛ ولی در شرایطی که بانک نمی‌تواند سرمایه‌های خود را به‌جریان بپردازد و تسهیلات بدهد، چگونه عرف چنین استنادی را موجه می‌داند؛ به‌ویژه در مواردی که مقدار بدهی اندک باشد؟

همچنین، ممکن است بگوییم در مورد اموال درست است که غاصب ضامن عین و منافع آن است؛ اما اینکه این مطلب قابل‌تسری به دیون هم باشد، جای تأمل است. در مورد دین، اگر شرع منفعت آن را بپذیرد، به‌علت تفویض منافع آن در طول زمان، باید جبران شود؛ زیرا قرض‌دهنده در طول مدت قرض تا سررسید، از منافع مال خود چشم‌پوشی کرده و خود اقدام به ضرر کرده است؛ ولی برای پس از زمان سررسید اقدام نکرده است. پس چرا منافع آن بدون عوض و جبران بماند؟ در این مسئله فرقی نمی‌کند که بانک طلبکار باشد یا شخص؛ چنان‌که افرادی که ادای خمس و زکات را به‌تأخیر

می‌اندازند، جریمه تأخیر را باید بپردازند؛ درحالی‌که این آثار در مسائل فقهی پذیرفته نیست و منفعتی برای دین لحاظ نمی‌شود (رضایی، ۱۳۸۱: ص ۳۷-۳۸).

مطلب دیگر اینکه، بنابر نظر غیرمشهور، چنانچه نفع از نظر عرفی مسلم بوده و خسارت به‌طور مستقیم مستند به تأخیر تأدیه باشد، در ضمان بدهکار است و حکم ربا ندارد؛ زیرا مشروعیت خود را از عقد نگرفته و در برابر اعطای مهلت نیز پرداخت نمی‌شود تا عنوان «ربا» بر آن صادق باشد؛ بلکه از تعهدی ناشی است که بر اثر ایراد خسارت به حکم شارع بر دوش مدیون آمده است. مقام معظم رهبری در پاسخ به رئیس کل دادگستری تهران در تاریخ ۱۳۷۵/۹/۲۷ - که در روزنامه اطلاعات مورخ ۱۳۷۸/۲/۲ انتشار یافته - می‌فرماید: «خسارت ناشی از تأخیر بدهی، اگر ثابت بشود که مستند به تأخیر تأدیه است، در ضمان بدهکار است و حکم ربا را ندارد».

البته، باز اگر نگوئیم که بانک‌ها خود در به‌وجود آمدن تأخیر نقش دارند که طبق قاعده اقدام دیگر حق مطالبه جبران ضرر وجود ندارد. بند ۳ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی می‌گوید:

وقتی زیان دیده به نحوی از انحاء موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده یا به اضافه شدن آن کمک و یا وضعیت واردکننده زیان را تشدید کرده باشد [به دادرسی اختیار داده می‌شود که میزان خسارت را تخفیف دهد].

متأسفانه تحقیقات میدانی این نظر را تأیید می‌کند که عمل بانک‌ها در این زمینه مصداق «قاعده اقدام» است و ما نباید کوتاهی بانک‌ها در ارائه بدون ضوابط تسهیلات و بدون نظارت و نیز کوتاهی در مطالبه تسهیلات را نادیده بگیریم.

این مسئله نیز قابل بررسی است که خسارت عدم النفع ناشی از تأخیر را بتوان به‌صورت شرط ضمن عقد مطالبه کرد. این سخن خلاف شرع هم نیست، زیرا: نخست، در کتاب و سنت نصی بر این وجود ندارد که عدم النفع ضرر نباشد و بلکه در برخی روایات عدم النفع ضرر شمرده شده است. فقیهان نیز قضاوت را در این باره به عرف سپرده‌اند. دوم، مقصود مشهور فقیهان از اینکه مطالبه عدم النفع شرعی نیست، این است که دلیلی بر ضمان آن

وجود ندارد و مطالبه آن مصداق «اُكل مال بالباطل» و «داراشدن غیر عادلانه» است. این سخن منافات ندارد با آنکه گرفتن مبلغ مزبور، براساس اراده و خواست طرفین، شرعی قلمداد شود (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ص ۲۷۲). البته، این شرط، به دلیل مشابهت با ربا، با مشکل مخالفت با کتاب روبه‌روست. در سال‌های اخیر پژوهش‌های زیادی در جهت تصحیح این مشکل انجام گرفته است.

نتیجه‌گیری

۱. حدیث لاضرر فقط نقش منفی ندارد؛ بلکه واجد نقش اثباتی هم هست و هر جا نبود حکمی مستلزم ایراد ضرر باشد، آن حکم به دلیل لاضرر اثبات می‌شود.

۲. از نظر عرف عقلا، ظن قوی به ازدست دادن منفعت، ضرر است. در این گونه موارد، علم و یقین و مسلم بودن ضرر لازم نیست و حکم به ضمان در جهت جبران ضرر احتمالی، موجه است. به نظر می‌رسد از دیدگاه عرف، به‌ویژه عرف تجاری و مالی و بانکی، در مالیت منافع و عدم‌النفع نمی‌توان تردید کرد.

۳. در نظام حقوقی اسلام، هیچ ضرری جبران نشده باقی نمی‌ماند؛ هر چند عامل آن مقصر نباشد. آنچه مهم است، «ورود ضرر» است، نه نامشروع بودن تصرف. لزوم عدوانی بودن کار مسبب نیز به لحاظ احراز رابطه علیت میان کار او و ایجاد ضرر است. در حقوق اسلام مسئولیت مبتنی بر نفی ضرر است و تنها مبنای آن، قابلیت استناد آن به فعل یا ترک ضار است.

۴. دلیل لاضرر قابلیت دارد مستند ضمان عدم‌النفع حاصل از تأخیر تأدیه در نظام بانکی قرار گیرد؛ به‌ویژه با در نظر گرفتن عرف خاص تجاری که این موارد را از مصادیق تقویت مال و ضرر می‌دانند.

در بانک که دائم با پول کار می‌کند و اساساً کارش تجهیز پول و سرمایه‌های سرگردان و به‌کارگیری آن در فعالیت‌های اقتصادی است، تأخیر ادای بدهی مانع تحقق منافع می‌شود. پس ضرورت ندارد اتلاف به صورت فعل مثبت رخ بدهد؛ بلکه صرف ترک فعل نیز

می‌تواند سبب اتلاف گردد و این ضرری است که باید جبران شود.

۵. مبلغی که طلبکار به‌صورت خسارت عدم‌النتفع مطالبه می‌کند، مشروعیت خود را از عقد نگرفته و در برابر اعطای مهلت نیز پرداخت نمی‌شود تا عنوان ربا بر آن صادق باشد؛ بلکه از تعهدی ناشی است که بر اثر ایراد خسارت به حکم شارع بر دوش مدیون آمده است.

۶. البته، در مسئله ما یکی از مشکلات این است که بانک‌ها خود در به‌وجود آمدن تأخیر نقش دارند و این مانع از تحقق ارکان مسئولیت است؛ زیرا یکی از ارکان مسئولیت مدنی این است که ضرر به‌وجود آمده حاصل اقدام یا عدم اقدام زیان‌دیده نباشد. زیان‌دیده، در جایی که توان پرهیز از خطر و جلوگیری از گسترش ضرر را دارد و در دفع ضرر از خود کوتاهی می‌کند، حق مطالبه جبران ضرر را ندارد. اقدام یکی از اسباب معافیت مسئول و انتساب ضرر به زیان‌دیده است و چنان‌که پژوهش‌های میدانی و نظر کارشناسان تأیید می‌کند، عمل بانک‌ها در این زمینه مصداق «قاعده اقدام» است. ما نباید کوتاهی بانک‌ها در ارائه بدون ضوابط تسهیلات و بدون نظارت و نیز کوتاهی در مطالبه تسهیلات را نادیده بگیریم.

کتابنامه

۱. آملی، محمدتقی (۱۴۱۳ق)، المکاسب والبیع، چاپ نخست، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲. ابن نجیم، زین الدین ابراهیم (۱۴۰۵ق)، الأشباه والنظائر، ج ۴، بیروت: دار کتب العلمیة.
۳. اسماعیلی، محسن (۱۳۷۷)، نظریه خسارت، چاپ نخست، تهران: امیرکبیر.
۴. انصاری، علی (۱۳۹۰)، «دریافت خسارت تأخیر تأدیه در قراردادهای بانکی با تکیه بر وضعیت بدهکار»، اقتصاد اسلامی، سال یازدهم، ش ۴۱، ص ۱۶۱-۱۸۸.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ق)، رسائل فقهیة، چاپ نخست، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. ایروانی، باقر (۱۳۹۴)، درس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة، ترجمه حسین ناصری مقدم، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۷. بادینی، حسن و خسرو مؤمنی (۱۳۹۲)، «رویکردی نو برای اثبات جریان قاعده لاضرر در احکام عدمی در زمینه مسئولیت مدنی»، فصلنامه حقوق، سال چهل و سوم، ش ۳، ص ۱۹-۳۲.
۸. بادینی، حسن و محمدعزیز حسامی (۱۳۹۱)، «بررسی مبانی فقهی قابلیت خسارت تأخیر تأدیه از دیدگاه مذاهب اسلامی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و پنجم، ش ۱، ص ۶۱-۸۲.
۹. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸)، «آیا قاعده لاضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟ (آیا قاعده لاضرر اثبات حکم می کند؟)»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، دوره دهم، ش ۲۹، ص ۵-۲۶.
۱۰. _____ (۱۳۶۶)، سوء استفاده از حق، چاپ نخست، تهران: مؤسسه اطلاعات.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
۱۲. حائری، سیدکاظم (۱۴۰۷ق)، مباحث الأصول، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. _____ (۱۴۲۳ق)، فقه العقود، چاپ نخست، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۴. حسینی شیرازی، سیدصادق (۱۴۲۷ق)، بیان الأصول، چاپ دوم، قم: دارالانصار.
۱۵. حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۴۰۹ق)، الفقه، ج ۷۸، چاپ دوم، بیروت: دارالعلوم.

۱۶. حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۶)، مسئولیت مدنی در فقه امامیه، چاپ نخست، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۷. خمینی (امام)، سیدروح‌الله (۱۳۸۵ق)، الرسائل، چاپ نخست، قم: اسماعیلیان.
۱۸. _____ (۱۳۹۰ق)، تحریر الوسيلة، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۱۹. رضایی مجید (۱۳۸۱)، «بررسی فقهی - حقوقی جرمه تأخیر»، اقتصاد اسلامی، سال دوم، ش ۶، ص ۲۵-۴۴.
۲۰. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴ق)، قاعدة لاضرر ولا ضرار، چاپ نخست، بیروت: دار المورخ العربی.
۲۱. سیوطی، جلال‌الدین (۱۴۰۴ق)، الدر المنثور فی التفسیر بالمأثور، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی رحمته.
۲۲. _____ (۱۴۱۸ق)، تنویر الحوالمک، چاپ نخست، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲۳. شهید ثانی (زین‌الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۷ق)، مسالک الألفهام، چاپ نخست، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۲۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، ج ۳: آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ نخست، تهران: مجد.
۲۵. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰)، «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه»، مجتمع آموزش عالی قم، ش ۹، ص ۷-۵۰.
۲۶. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۴۱۵ق)، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۷. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۰)، قاعدة لاضرر ولا ضرار، به تقریر سیدکمال حیدری، چاپ نخست، قم: دار الصادقین.
۲۸. _____ (۱۳۹۱ق)، شرح عروة الوثقی، ج ۴، چاپ نخست، نجف اشرف: مطبعة الآداب.
۲۹. صنقور، محمد (۱۴۲۸)، المعجم الأصولی، چاپ دوم، قم: منشورات الطیار.
۳۰. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۶)، سؤال و جواب، چاپ نخست، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. _____ (۱۳۷۸ق)، حاشیة المکاسب، چاپ سنگی، قم: اسماعیلیان.
۳۲. _____ (۱۴۲۰ق)، العروة الوثقی، ج ۵، چاپ نخست، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۳۳. طباطبائی، سیدعلی (۱۴۲۲ق)، ریاض المسائل، چاپ نخست، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۴. عاملی، سیدجواد (۱۴۲۸ق)، مفتاح الكرامة، ج ۱۸، چاپ نخست، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۵. عراقی، آقا ضیاء (۱۴۱۸ق)، قاعدة لاضرر و لاضرار، چاپ نخست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۶. عمید زنجانی، عباس علی (۱۳۹۳)، قواعد فقه، ج ۱، چاپ پنجم، تهران: سمت.
۳۷. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ق)، حاشیة المكاسب، چاپ نخست، بیروت: دارالمصطفی.
۳۸. فاضل تونی، عبدالله (۱۴۱۲ق)، الوافیة فی أصول الفقه، چاپ نخست، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۳۹. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱)، جامع الشتات، ج ۳، چاپ نخست، تهران: مؤسسه کیهان.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، ضمان قهری، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
۴۱. _____ (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۲. کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق)، تحریر المجلة، ج ۱، چاپ نخست، نجف اشرف: حیدری.
۴۳. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۴۴. مجمع الفقه الإسلامی (۱۴۰۹ق)، منظمة المؤتمر الإسلامی، جده، ش ۵.
۴۵. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۹ق)، شرائع الإسلام، چاپ دوم، تهران: استقلال.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۰)، قواعد فقه - بخش مدنی، ج ۱، چاپ هشتم، تهران: سمت.
۴۷. محمصانی، صبحی (۱۳۹۲ق)، النظرية العامة للموجبات والعقود فی الشريعة الإسلامیة، چاپ دوم، بیروت: دارالعلم.
۴۸. مدرس، سیدحسین (۱۴۰۸ق)، الرسائل الفقهیة، چاپ نخست، تهران: ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت آیت الله مدرس.
۴۹. مراغی، سیدمیر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة، چاپ نخست، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۵۰. مصباحی مقدم، غلامرضا و حسن جلالی (۱۳۷۸)، «کاوشی در حکم فقهی شرطهای جزایی و تهدیدی در جرمه تأخیر در نظام بانکداری بدون ربا»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، ش ۲۸، تهران.
۵۱. مطهری، مرتضی (۱۳۸۹)، یادداشت‌های استاد مطهری، ج ۳، چاپ پنجم، تهران: صدرا.
۵۲. مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۲ق)، مجمع الفائدة والبرهان، چاپ نخست، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۵۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية، ج ۱، چاپ دوم، قم: مدرسة الإمام أميرالمؤمنين عليه السلام.

۵۴. موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية، چاپ نخست، قم: الهادی.

۵۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۶)، «خسارت تأخیر تأدیه از دیدگاه فقهی و حقوقی»، قابل دسترسی در: مجموعه سخنرانی و مقالات هشتمین سمینار بانکداری اسلامی، تهران: مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران، ص ۲۹-۳۵.

۵۶. _____ (۱۳۸۲)، «مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه»، پژوهش نامه متین، ش ۱۹، ص ۳-۲۲.

۵۷. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۱)، مصباح الفقاهة، چاپ نخست، قم: انصاربان.

۵۸. _____ (۱۴۱۷ق)، مصباح الأصول، ج ۲، به تقریر سیدمحمد بهسودی، چاپ پنجم، قم: داوری.

۵۹. نائینی، میرزاحسین (۱۴۱۸ق)، منية الطالب، به تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری، چاپ نخست، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۶۰. نراقی، ملا محمد (۱۴۲۲ق)، مشارق الأحكام، چاپ دوم، قم: کنگره نراقی.

۶۱. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ق)، عوائد الأیام، چاپ نخست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۶۲. وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۸۲)، «مطالعه تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه»، اقتصاد اسلامی، سال سوم، ش ۱۲، ص ۹۳-۱۱۰.

۶۳. _____ (۱۳۸۵)، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی، چاپ نخست، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۶۴. وحید بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، حاشیه مجمع الفائدة والبرهان، چاپ نخست، قم: کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی رحمته الله علیه.



نگرش نوبه حکم فقهی ربا در بیع معاطات

محمد رضا کیخا*
سمیه نوری**
سید حسین آل طاهان***

چکیده

مسئله جریان ربا در بیع معاطاتی نیازمند بررسی اختلاف اقوال بین فقیهان است. مفاد قول برخی از فقیهان گویای آن است که ربا صرفاً در بیع بالصیغه جریان می‌یابد نه بیع معاطاتی. در مقابل، گروهی دیگر، جریان ربا را در مطلق معاوضات اعم از بیع، صلح و ... برگزیده‌اند. پاسخ به این پرسش اصلی پژوهش پیش‌رو، در گرو واکاوی ماهیت بیع در برابر معاوضه است. در این پژوهش که با روش توصیفی - تحلیلی صورت پذیرفته، به آرای مطرح‌شده در این باره پرداخته شده و ادله ارزیابی شده‌اند. در نتیجه این ارزیابی، این چنین می‌توان قائل به تفکیک شد: اگر در جریان معامله، قصد طرفین بر این باشد که یکی از دو کالا، ثمن کالای دیگر واقع شود، این قسم از معاوضه را می‌توان مشمول عنوان بیع تلقی کرد: خواه به لفظ باشد یا غیر آن، که صورت دوم عنوان بیع معاطاتی را خواهد داشت و در غیر این صورت، بر معامله مزبور عنوان معاوضه صدق می‌کند. بنابراین، ادله مورد استناد طرفداران جریان ربا در مطلق معاوضات (اعم از آیه ۲۷۵ سوره بقره و روایات دلالت‌کننده بر حرمت ربا و ...) به اطلاق خود، علاوه بر بیع بالصیغه، بیع معاطاتی را نیز دربر می‌گیرد. ضمن اینکه، در معاوضاتی که شرایط ربا جریان داشته باشد نیز با محقق می‌گردد.

کلیدواژگان: ربا، بیع، معاطات، معاوضه.

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۷/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۱/۲۸

* استادیار و عضو هیئت علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان kaykha@hamoon.usb.ac.ir
** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان hadafmand1396@pgs.usb.ac.ir
*** استادیار دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران (نویسنده مسئول) shaltaha@scu.ac.ir

از دیدگاه بسیاری از فقیهان، مستند حرمت ربا، آیات، روایات و اجماع است. علاوه بر این، حکم عقل بر حرمت ربا قابل توجه است؛ به طوری که می‌توان آن را در زمره ادله حرمت ربا تلقی کرد. ربا اقسامی دارد: در جایی که فردی، پول یا جنسی را به دیگری قرض می‌دهد و سپس زائد بر آن را دریافت می‌کند، «ربای قرضی» صدق می‌کند. به منظور تحقق این قسم از ربا، نیازی نیست که مقدار زائد، عین جنس چیزی باشد که قرض داده می‌شود؛ بلکه هرآنچه که منفعت به‌شمار آید، مشمول ربای قرضی خواهد بود. قسم دوم که از آن به «ربای معاملی» تعبیر می‌شود، دو شرط دارد: نخست، اتحاد عرفی در جنس است؛ مثل یک من گندم به یک من و نیم گندم. در اینجا فرقی نیست در اینکه زیاده علنی باشد (مانند مثال مذکور) یا حکمی (مثل یک من گندم نقد به یک من گندم نسیه). بنابراین، اگر یک من گندم سرخ و پست را به یک من و نیم گندم خوب بفروشد، ربا خواهد بود و حرام است. شرط دوم آن است که، عوضین مکیل یا موزون باشند. پس در چیزهایی که به مشاهده یا به عدد فروخته می‌شود، ربا جاری نیست (خمینی (امام)، ۱۴۲۲ق: ص ۲۳۸).

براساس بررسی‌های انجام‌شده، درباره این موضوع، آثار و کتاب‌هایی فقهی تألیف شده است. از جمله این آثار به موارد ذیل می‌توان اشاره کرد:

به‌نظر شیخ انصاری در کتاب المکاسب، سه مبنا درباره جریان ربا هست. ایشان هریک از این مبانی را نیز در این کتاب تحلیل می‌کند. همچنین، شهید ثانی در کتاب الروضة البهیة، به بحث از ربا پرداخته است. به‌باور او، ربا آنجاست که یکی از دو شیء مکیل و موزون، که از یک جنس هستند، بیشتر از دیگری باشد. کتاب البیع امام خمینی رحمته، اثر دیگری در این زمینه به‌شمار می‌آید. امام رحمته در ضمن بحث از صحت معاطات، آیه ۲۷۵ سوره بقره را بررسی کرده‌اند: ایشان در نحوه استدلال به این آیه، که در بردارنده حکم رباست، اشکالاتی را مطرح نموده‌اند. علاوه بر کتب مذکور، پژوهش‌هایی در قالب مقاله صورت پذیرفته که مهم‌ترین آنها نوشته سید عباس موسویان است.^۱ نویسنده این مقاله، از یک طرف، طراحی الگوی جدید بانک‌ها و از طرف دیگر، تفسیرهای جدید ربا به‌منظور بانکداری متعارف را بررسی کرده است.

با توجه به اقسام ربا، در این مقاله، سخن درباره رباى معاملى است. آنچه محل تأمل و نظر بسيارى از فقيهان واقع شده، اين است كه آيا همان طور كه در بيع، ربا حرام است، در بحث از بيع معاظاتى نيز حرمت ربا جريان دارد يا خير؟ تفاوت پژوهش پيش رو با موارد ذكرشده از اين روست كه در اين پژوهش تلاش مى شود اثبات جريان ربا يا عدم اثبات آن در بيع معاظاتى روشن گردد. به همين منظور، دلايل مطرح شده در اين باره برشمرده و نظريه صحیحى برگزيده مى شود.

۱. دیدگاه فقیهان

قول مشهور در مسئله، ثبوت ربا در مطلق معاوضات است، اعم از بيع، صلح و جز آن. صاحب جواهر مى گوید: «رباى معاملى در كل معاوضات و معاملات جارى مى شود؛ به دليل اطلاق آنچه از كتاب و سنت كه بر حرمت ربا دلالت مى كند» (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۳: ص ۳۳۶). صاحب عروة الوثقى در مورد ربا در معاملات مى گوید: «مشهور اين است كه ربا مطلقاً در غير بيع جريان دارد» (طباطباى يزدي، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ص ۸). مرحوم نائينى نيز قائل به ثبوت ربا در جميع معاوضات، از جمله معاظات است؛ خواه معاظات مفيد ملكيت باشد يا اباحه (نائينى، ۱۳۷۶ق، ج ۱: ص ۱۶۴). شيخ انصارى نيز با قول مشهور موافق است (انصارى، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ص ۷۱).

در مقابل طرفداران جريان ربا در مطلق معاوضات، فقيهانى از جمله ابن اديس (ابن اديس حلى، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۴۸۶) و علامه حلى (علامه حلى، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ص ۳۷۷؛ همو، ۱۴۱۳ «ب»، ج ۶: ص ۲۱۳-۲۱۴) دیدگاه ديگرى را برگزيده اند: برخلاف گروه نخست، ابن اديس و علامه، جريان ربا در مطلق معاوضات را نمى پذيرند و قائل به اختصاص ثبوت ربا در بيع هستند. همچنين، اختصاص ربا به بيع از ظاهر الخلاف (شيخ طوسى، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۶۳)، المراسم (سالر ديلى، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷۹)، الوسيلة (شيخ طوسى، ۱۴۰۸ق، ص ۲۵۳) و الحدائق الناضرة (بحرانى، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹: ص ۲۷۰) استفاده مى شود. اينكه ثبوت ربا در كل معاوضات به شيخ طوسى نسبت داده شده، شايد برپايه آن چيزى باشد كه در باب صلح گفته است؛ زيرا ايشان در آنجا صلح را بيع به شمار آورده است (حسينى عاملى، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴: ص ۱۰).



به نظر می‌رسد که قرار دادن ابن‌ادریس و علامه حلی در شمار طرفداران اختصاص جریان ربا در بیع، مشکل است؛ زیرا ابن‌ادریس در سرائر می‌گوید: «همانا حقیقت ربا در عرف شرع، بیع مثل از مکیل و موزون به مثل به صورت متفاضل است» (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۲۵۳). از کلام ابن‌ادریس، تحدید حقیقت ربا ظاهر می‌شود. این در حالی است که او در مقام استدلال، ربا را در غیر مکیل و موزون از جمیع معاوضات جاری می‌داند. به عبارتی، صدر و ذیل دیدگاه ابن‌ادریس مؤید این است که ربا تنها در مکیل و موزون جریان می‌یابد؛ بدون اختصاص به بیع. علامه نیز در قواعد الاحکام (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۶۰) تصریح به عدم ثبوت ربا در غیر بیع دارد؛ اما در قول دیگری و در ضمن مبحث صلح از همان کتاب قواعد (همان، ص ۱۷۳)، در گفته خود تردید کرده است. بنابراین، اختصاص جریان ربا در بیع را به ایشان نمی‌توان نسبت داد تا در زمره دسته دوم قرار گیرد.

علاوه بر علامه حلی، به نظرات محقق خوئی و امام خمینی علیه السلام نیز می‌توان اشاره کرد. محقق خوئی در منهج‌الصالحین، ربای معاملی را در کل معاوضات و معاملات جاری می‌داند (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۵۲)؛ ولی در مصباح‌الفقاهه به عدم جریان ربای معاملی در معاطات به قصد اباحه تصرف قائل است (همو، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ص ۱۵۸). همچنین، حضرت امام علیه السلام در کتاب البیع، جریان ربای معاملی در معاطات به قصد اباحه را نمی‌پذیرند (خمینی (امام)، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۲۲۱)؛ اما در تحریرالوسیله می‌گویند: «اقوی این است که ربا به بیع اختصاص ندارد؛ بلکه در مطلق معاملات و معاوضات جاری می‌شود، اعم از صلح و غیره» (همو، ۱۴۲۰ق، ج ۱: ص ۵۳۷). دقت نظر در تقدم و تأخر اقوال محقق خوئی و امام خمینی علیه السلام گویای این است که با توجه به اینکه تاریخ تألیف کتاب مصباح‌الفقاهه محقق خوئی در فاصله زمانی دیرتر از کتاب منهج‌الصالحین نگاشته شده، این نکته مفروض است که ایشان از قول نخست‌شان اعراض کرده و قول دیگر مبنی بر عدم جریان ربای معاملی در معاطات به قصد اباحه تصرف را اختیار کرده است. در مورد امام خمینی علیه السلام هم با توجه به تقدم زمانی کتاب البیع ایشان از کتاب تحریرالوسیله، همین مطلب به ذهن می‌آید که ایشان نیز از قول نخست اعراض کرده و جریان ربا در مطلق

معاملات و معاوضات را برگزیده‌اند. در مقابل این فرض، این احتمال هست که محقق خوئی و امام خمینی علیهما السلام اباحه تصرف را زیرمجموعه معاوضات و معاملات به‌شمار نیاورده‌اند. از همین رو، با درنظر گرفتن این احتمال، ناسازگاری اقوال مطرح‌شده آنان مرتفع می‌گردد.

کاوش در موارد مذکور گویای این است که در مسئله جریان ربا در بیع معاطاتی، دو گروه مطرح‌اند: گروه نخست معتقد به جریان ربا در جمیع معاوضات هستند؛ مطابق این قول، جریان ربا بیع معاطاتی را هم دربر می‌گیرد؛ گروه دوم را می‌توان طرفداران اختصاص جریان ربا به بیع نامید: از دیدگاه این دسته از فقیهان، ربا در بیع معاطاتی ثابت نیست.

اینک، به‌منظور وضوح هرچه‌بیشتر مسئله، پرداختن به ادله دو گروه ضرورت می‌یابد:

۲. ادله طرفداران جریان ربا در مطلق معاوضات

در استدلال بر جریان ربا در جمیع معاوضات، شواهدی از کتاب و سنت ذکر شده است. برخی از روایات مورد استناد، بر حرمت ربا دلالت دارند (صاحب‌الجواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۳: ص ۳۳۶) و برخی دیگر، دال بر اشتراط مثلی بودن در معاوضه با اتحاد جنس‌اند (حسینی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵: ص ۲۷۳).

دلیل قرآنی را می‌توان در کلام شهید در مسالک جست‌وجو کرد: ایشان به‌منظور اثبات جریان ربا در مطلق معاوضات، به اطلاق آیه ۲۷۵ سوره بقره («وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا: خداوند دادوستد را حلال و ربا را حرام نموده است») استدلال کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۳۱۷). دلیل مذکور می‌تواند شاهد خوبی باشد، زیرا مؤدای آن بدون اینکه بر نوعی خاص مقید شود، حرمت ربا را می‌رساند. علاوه بر این دلیل، روایات ذیل از جمله روایاتی هستند که به‌منظور اثبات حرمت جریان ربا ذکر شده‌اند:

الف. عن هشام بن الحكم أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن علة تحريم الربا، فقال: «إنه لو كان حلالا لترك الناس التجارات وما يحتاجون إليه، فحرم الله الربا ليفر

الناس من الحرام إلى الحلال و إلى التجارات من البيع و الشراء، فبقي ذلك بينهم في القرض» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۵۶۷)؛ هشام بن حکم از امام صادق علیه السلام پرسید: «علت تحریم ربا چیست؟» حضرت علیه السلام فرمودند: «اگر ربا حلال می بود، مردم تجارت و کسب را ترک می کردند و در پی تولید مایحتاج زندگی خود نمی رفتند. پس خداوند ربا را حرام فرمود تا مردم از مفت خوری و حرام به سوی کسب حلال و تجارت و خرید و فروش بشتابند، و قرض [بی بهره] میان شان باقی بماند».

مفاد روایت مورد نظر و نمونه های آن گویای این است که چون ربا سبب تعطیلی بازار و کسب و کار مردم می شود، حرام شده است. پس هرگاه این ملاک تحقق یابد، ربا حرمت آور خواهد بود؛ در ضمن هر دادوستدی که باشد. صاحب جواهر اضافه می کند که این روایات و غیر آنها در حرمت حصول ربا در مطلق معاوضه ظهور دارند و این ادله با احتیاط تقویت می یابند (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۳: ص ۳۳۶).

ب. عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام قال: «سألته عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطى صاحبه لكل عشرة أرطال اثني عشر دقيقاً قال: "لا". قلت: "فالرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن له لكل صاع أرطالا مسماة." قال: "لا". (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹: ص ۱۹۷)؛ محمد بن مسلم می گوید: «از امام صادق علیه السلام درباره مردی پرسیدم که گندم را به آسیابان می دهد و با او قرارداد می بندد که در مقابل ده رطل گندم، دوازده رطل آرد به او بدهد. امام علیه السلام فرمودند: "جایز نیست." سپس پرسیدم: "شخصی کنجد را به روغن کش می دهد و او در مقابل هر صاع، پیمانه های معینی از روغن برایش تضمین می کند." امام علیه السلام فرمودند: "جایز نیست».

ممنوعیت در ضمن روایت مزبور، ناظر بر معامله گندم در برابر آرد، و کنجد در مقابل روغن است و هیچ گونه قرینه ای وجود ندارد که بیانگر اختصاص این روایت به بیع باشد. از همین رو، فقیهانی مانند محقق اردبیلی، تصریح به عمومیت روایت مذکور را پذیرفته اند

(اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج: ۸، ص ۴۵۷).

ج. روایت دیگر در تأیید حرمت ربا بدین شرح است: بنابر فرمایش حضرت علی علیه السلام، پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله، در ارتباط با رباخواری، پنج طایفه را لعنت کرده‌اند: «الربا، و آکله، و بائعه، و مشتریة، و کاتبه، و شاهدیه» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج: ۶، ص ۱۶۶): ۱. شخصی که میهمان رباخوار می‌شود و از غذای تهیه‌شده از پول ربا، با آگاهی و علم استفاده می‌کند؛ ۲. رباخوار؛ ۳. ربا دهنده؛ ۴. محاسبه‌کننده ربا؛ ۵. شاهدان قرارداد ربا.

طرفداران اثبات جریان ربا در جمیع معاوضات، روایات دیگری را نیز بیان کرده‌اند که دال بر اشتراط مثلی بودن در معاوضه با اتحاد جنس است. در حقیقت، مضمون این روایات بیانگر شرطیت مثلی بودن متجانسین برای جلوگیری از جریان رباست. مهم‌ترین این روایات عبارت‌اند از:

الف. صحیحۀ ابوبصیر از امام صادق علیه السلام:

الْحِنْطَةُ وَالشَّعِيرُ رَأْسًا بِرَأْسٍ لَا يَزَادُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج: ۵، ص ۱۸۷): گندم و جو به یک اندازه باشد و یکی از آنها زیادتر از دیگری نباشد.

ب. روایت زراره از امام صادق علیه السلام:

«الدَّقِيقُ بِالْحِنْطَةِ وَالسُّوَيْقُ بِالدَّقِيقِ مِثْلًا بِمِثْلِ لَا بِأَسْ بِهِ» (مغربی، ۱۳۸۵، ج: ۲، ص ۴۲): اگر آرد با گندم، و خمیر با آرد، مثل به مثل باشد، اشکالی ندارد.

ج. روایت سیف تمّار:

عن سيف التمار قال: «قلت لأبي بصير: أحب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق، قال: فسأله أبو بصير عن ذلك، فقال عليه السلام: هذا مكروه، فقال أبو بصير: ولم يكره؟ فقال: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر لأن تمر المدينة أدونهما ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال» (کلینی،

۱۴۰۷ق: ص ۱۸۸)؛ سیف تَمَّار می‌گوید: به ابوبصیر عرض کردم: دوست دارم از امام صادق علیه السلام در مورد مردی بی‌رسی که دو سبد خرما می‌نارس پخته‌شده را با یک سبد خرما می‌رسیده (و هسته‌جدا کرده) عوض کرده است. ابوبصیر نیز از آن حضرت پرسیده و امام علیه السلام فرمود: این مکروه است. ابوبصیر عرض کرد: چرا مکروه است؟ فرمود: علی بن ابی طالب علیه السلام خوش نمی‌داشت که یک بار خرما می‌مدینه را با دو بار خرما می‌خیر عوض کند؛ باینکه آن خرما می‌مدینه بهتر نبود. این در حالی است که علی علیه السلام از حلال بدش نمی‌آمد [یعنی معلوم است که حلال نبوده است].

د. امام جعفر صادق علیه السلام می‌فرمایند:

الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار
(فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۸: ص ۶۱)؛ نقره در مقابله
نقره، زیادت و نقصان در آن نیست و زیادگیرنده و زیاددهنده هر دو در آتش اند.

موافقان جریان ربا در جمیع معاوضات معتقدند که تمامی این روایات و نمونه‌هایشان، ظهور در اطلاق و ترک استفصال توسط ائمه علیهم السلام دارند. به عبارت دیگر، اطلاق این روایات شامل مطلق معاوضات است؛ زیرا در آنها لفظ بیع یا آنچه که بر تعیین مقصود دلالت کند، ذکر نشده است؛ بلکه لفظ «باء» به کاررفته در این نصوص، دال بر مقابله است، زیرا حقیقت معاوضه مبادله شیء به شیء است. قول امام علیه السلام نیز این مطلب را تأیید می‌کند: «الفضة بالفضة»؛ «مثلاً بمثل». همچنین، عبارت «یستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقین من تمر خیبر» ظهور در اعم از بیع دارد و به بیع تخصیص زده نشده است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ص ۲۴۰).

۳. ادله طرفداران اختصاص جریان ربا در بیع

طرفداران اختصاص ربا به بیع این‌گونه استدلال کرده‌اند:

نخست: در هنگام شک در تحقق ربا در غیر بیع، اصل بر عدم ثبوت ریاست؛

دوم: مستفاد از نصوص مقام، اراده خصوص بیع است: به دلیل انصراف به خصوص بیع؛ با توجه به اینکه بیع شایع در معاملات است؛

سوم: اخذ بیع در تعریف ربا شاهد بر اختصاص ربا به بیع و عدم جریان ربا در مطلق معاوضات است (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ص ۳۷۷).

۴. بررسی آرا

ایراد به طرفداران اختصاص جریان ربا در بیع چنین است:

نخست: با وجود امکان رجوع به اصول لفظیه از قبیل اصالةالاطلاق، نوبت به اصل عملی نمی‌رسد (مظفر، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ص ۲۸). مقصود از اصالةالاطلاق آن است که اطلاق لفظ «بیع» جمیع معاوضات را دربر می‌گیرد و لفظ بیع معمولاً بدون آنچه که بر تعیین مقصود دلالت کند، ذکر می‌گردد.

دوم: مجرد کثرت تعامل به بیع و شیوع آن در خارج، موجب انصراف اطلاق نصوص مقام به بیع نمی‌شود. انصراف تابع غلبه استعمال است، نه کثرت وجود؛ و قدر متیقن در مقام تخاطب به اطلاق ضرر نمی‌زند (خراسانی، بی‌تا: ص ۲۴۷). انصراف به فرد خاص یا مورد خاص، حتماً به قرینه نیاز دارد: در موارد زیادی از فقه که قرینه‌ای بر انصراف وجود ندارد، فقیهان به موارد مطلق تمسک کرده‌اند. در این بحث نیز قرینه‌ای بر انصراف وجود ندارد. از سوی دیگر، قرینه مناسب حکم و موضوع نیز قابل اعتنا نیست. علاوه بر این، در مواردی هم که قرینه بر انصراف وجود دارد، صرف وجود قرینه نمی‌تواند مستند فقیه قرار گیرد؛ بلکه باید شواهد و قرائن دیگری نیز وجود داشته باشد (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۴۳: ص ۱۹۹).

آیت‌الله خوانساری بر ادله این گروه اشکال دیگری را اضافه کرده است: ذکر بیع در کلمات فقیهان در تعریف ربا، اختصاص ربا به بیع را ثابت نمی‌کند. دلیل اقتصار به ذکر بیع، شیوع تعامل به آن است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ص ۲۴۰-۲۴۱). همچنین، ایشان یادآور شده که ممکن است بر قول مشهور چنین ایراد وارد شود که بقاء مقابله مذکور در

غالب نصوص، ظاهر در خصوص بیع است، نه مطلق معاوضه؛ زیرا مرتکز در اذهان مخاطبان و سائلان در این نصوص، به مقتضای جریان عرف بوده است (همان). با این حال، روشن است که تمسک مشهور فقیهان بدین معنا نیست که در روایات دال بر تحریم ربا، معنای لغوی مراد است؛ چون در صورت اراده معنای لغوی از روایات، ربا هر نوع زیادی را شامل می‌شود؛ حال آنکه این‌گونه نیست و در صورتی که عوضین از یک جنس نباشند، ربا صدق نمی‌کند. با در نظر گرفتن این موارد، پاسخ به پرسش اصلی این پژوهش، مبنی بر جریان یا عدم جریان ربا در بیع معاطاتی، در گرو واکاوی شمول یا عدم شمول بیع بر بیع معاطاتی است.

۴-۱. انطباق تعریف بیع بر تملیک به بیع معاطاتی

معنای عقد با دو عنصر متمایز «قصد انشاء» و «اعلام قصد انشاء» محقق می‌شود. مفاد ماده ۱۹۱ قانون مدنی بیانگر این مطلب است که عقد به قصد انشاء محقق می‌گردد؛ به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد داشته باشد. همچنین، ماده مذکور مؤید این است که قصد انشاء امری باطنی به‌شمار می‌آید و این امر باطنی برای ابراز به یک وسیله نیازمند است؛ این وسیله اعم از لفظ، نوشتن یا اشاره است. البته، تحقق این امر باطنی می‌تواند به‌طور ضمنی نیز واقع شود، مانند جایی که طرفین کاری انجام دهند که تراضی آنان نسبت به آثار عقد را نشان دهد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷: ص ۴).

به نظر می‌رسد تعریف بیع به «إنشاء تملیک عین بمال» شامل تملیک به بیع معاطاتی هم می‌شود؛ در حالی که به عقیده مشهور، معاطات بیع نیست و حتی بر بیع نبودن معاطات ادعای اجماع شده است. پاسخ این اشکال روشن است: معاطات از اموری است که به صورت ضمنی انشاء می‌شود. هیچ کس ادعا نکرده که بیع معاطاتی عرفاً بیع نیست؛ چون عرف بر معاملات معاطاتی، حقیقتاً خرید و فروش اطلاق می‌کند. مثلاً کسی که بدون خواندن عقد، از نانوا در مقابل پرداخت پول، نان می‌گیرد، می‌گوید: «نان خریدم»؛ نانوا نیز می‌گوید: «نان فروختم». پس بی‌گمان، معاطات لغتاً و عرفاً بیع است. ظاهراً هیچ شخص قابل اعتنایی در صدق عرفی بیع بر معاملات معاطاتی تشکیک نکرده است (انصاری،

۱۴۱۵ق، ج ۳: ص ۱۲). بنابراین، بیع معاطاتی را بیع عرفی و شرعی دانستن، بی‌اشکال است (حسینی میلانی، ۱۳۹۵: ص ۱۱۸).

۵. نظریه برگزیده

با توجه به مباحث مطرح شده، به نظر می‌رسد که می‌توان قول سومی را برگزید. تفاوت قول سوم (نظریه برگزیده) با دیدگاه نخست از آن‌روست که اقتصار و محدودیت شمول ربا به بیع را نمی‌پذیرد. از سوی دیگر، با تفکیک بیع از معاوضه، بیع را از زمره معاوضات خارج می‌کند؛ پس با قول دوم نیز همخوانی ندارد. از این‌رو، گفتنی است از آنجایی که برای شناخت ماهیت بیع و معاوضه، به قصد طرفین و عرف توجه می‌شود، چنانچه در ضمن دادوستد، مبادله کالا با کالا صورت گیرد، عمل مزبور معاوضه خواهد بود؛ اما اگر مبادله کالا با پول انجام گیرد، بر این قسم از معاوضه، عنوان بیع بار می‌شود. به عبارت دیگر، اگر قصد یکی از متعاملین این باشد که مالیت مالش را در ضمن هر کالایی که باشد، حفظ نموده و تحصیل سود کند (مانند تجار) و قصد طرف مقابل این باشد که فقط حاجت خود را رفع کند، در این صورت، شخص نخست با بیع و شخص دوم مشتری به‌شمار می‌آید (شکاری، ۱۳۸۰: ص ۲۸). به عبارت سوم، چنین می‌توان گفت که تمیز بیع و معاوضه به قصد مشترک طرفین بستگی دارد: اگر آنان بخواهند دو کالا را بدون در نظر گرفتن هیچ‌گونه امتیازی با یکدیگر مبادله کنند، توافق و دادوستد آنان مشمول عنوان معاوضه قرار می‌گیرد؛ اما چنانچه اراده آنان مبتنی بر این باشد که یکی از دو عوض، مبیع و دیگری بهای آن واقع شود، قراردادی که منعقد می‌گردد، عنوان بیع را خواهد داشت. این بیع می‌تواند متضمن لفظ باشد یا نباشد. از صورت نخست به «بیع بالصیغه» و از صورت دوم به «بیع معاطاتی» تعبیر می‌شود. دلیل اطلاق بیع بر بیع معاطاتی از آن‌روست که در تعریف بیع، بیع معاطاتی نیز ملحوظ است و بیع معاطاتی عرفاً بیع به‌شمار می‌آید. بنابراین، با تفکیک بین بیع و معاوضه و با استناد به ادله گروه نخست، اعم از آیه ۲۷۵ سوره بقره («وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا») و روایات مذکور و عدم دلالت روایات دال بر تحریم ربا بر معنای لغوی می‌توان چنین نتیجه گرفت: ربا هم انشای بیع بالصیغه است، که «بعث» و

«اشتریّت» را دربر می‌گیرد، و هم انشای بالفعل، که بیع معاطاتی است. افزون بر این، ربا در معاوضاتی هم جاری است که دو کالا متجانسین و مکیل یا موزون باشند (با زیادت یکی از دیگری)؛ زیرا به نظر می‌رسد که ادله بیانگر حرمت ربا و ادله دیگر موافقان با جریان ربا به مطلق معاوضات، دربرگیرنده حکمت‌هایی است که این حکمت‌ها اقتضای عدم جریان ربا در جمیع معاملات را دارد: اعم از بیع یا معاوضه، و بدون اختصاص به بیع یا معاوضات. بنابراین، می‌توان گفت که قول به اختصاص ربا به بیع که مقصود از آن بیع بالصیغه باشد، مناقشه‌پذیر است؛ ضمن اینکه، طبق مؤدای گروه دوم، اطلاق معاوضه بر بیع نیز اشکال دارد.

نتیجه‌گیری

بنابر ادله کتاب، سنت، اجماع و عقل، حرمت ربا در بیع از مسلمات است؛ اما درباره جریان ربا اختلاف نظر قابل توجهی در میان فقیهان وجود دارد و به قول واحدی اکتفا نشده است. از سخن عده‌ای از فقیهان برمی‌آید که قول به اختصاص ربا به بیع بالصیغه را اختیار کرده‌اند. آنان به جای رجوع به اصل لفظی اصالة الاطلاق، به اصل عدم - که از اصول عملیه است - استناد کرده‌اند و ربا را در بیع معاطاتی جاری نمی‌دانند. در حقیقت، قول آنان از این مبنا ناشی می‌شود که بیع معاطاتی را بیع به‌شمار نمی‌آورند. برخی دیگر با تمسک به آیه ۲۷۵ سوره بقره و روایات باب ربا معتقدند که ربا نه تنها در بیع، بلکه در مطلق معاوضات جاری است. عمده اشکال بر گروه دوم نیز این‌گونه مطرح می‌شود که از روایات بیانگر حرمت ربا، معنای لغوی استفاده نمی‌شود؛ زیرا اراده معنای لغوی از روایات، سبب می‌شود که حرمت ربا هر نوع زیادی را شامل گردد؛ حال آنکه چنین نیست و زیادی، در صورت اختلاف جنس و مواردی از این قبیل، ربا نیست. اشکال دیگر بر قول دوم از آن روست که آنان بیع را نیز معاوضه به‌شمار آورده‌اند. این در حالی است که بیع و معاوضه در دو مقوله متفاوت می‌گنجند. با دقت در آرای مطرح شده می‌توان قول دیگری را برگزید: هرگاه در ضمن معامله، قصد طرفین بر مبادله کالا با پول قرار گیرد، بر این قسم از معاوضه بیع صدق می‌کند؛ اما اگر قصد طرفین مبتنی بر این نباشد که یکی از

عوضین بهای عوض مقابل باشد، در این صورت، از عقدی که واقع شده، با عنوان معاوضه تعبیر می‌شود. بنابراین، اطلاق لفظ بیع، مربوط به بخشی از معاملات است که به تبع قصد طرفین متضمن مبیع و ثمن باشد. پس با استناد به ادله طرفداران جریان ربا در مطلق معاوضات و همچنین، تصحیح مدعای آنان و رد دیدگاه دیگر، چنین به دست می‌آید که بیع معاطاتی عرفاً بیع به‌شمار آمده و اطلاق ادله طرفداران جریان ربا در مطلق معاوضات، هم صورت انشای بیع بالصیغه و هم انشای بیع بالفعل (بیع معاطاتی) را شامل می‌گردد. لفظ بیع بر این اقسام اطلاق می‌شود، نه بر بیع بالصیغه که مراد طرفداران اختصاص جریان ربا به بیع است. از طرف دیگر نیز ربا در معاوضاتی جاری است که دو کالا مکیل یا موزون و از یک جنس باشند: به شرط زیادت یکی از دیگری.



پی‌نوشت:

۱. سید عباس موسویان (۱۳۸۶)، «نظریه‌های ربا و بهره»، اقتصاد اسلامی، دوره ۷، ش ۲۷، ص ۶۷-۱۰۰.

کتابنامه

* قرآن کریم.

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن حمزه طوسی (محمد بن علی) (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، چاپ دوم، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، المکاسب، چاپ پنجم، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، چاپ هفتم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸. _____ (۱۴۱۲ق)، هداية الأمة إلى أحكام الأئمة - منتخب المسائل، چاپ نخست، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۹. حسینی میلانی، سید محمد هادی (۱۳۹۵)، محاضرات فی فقه الإمامیة - کتاب البیع، چاپ نخست، مشهد: مؤسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی.
۱۰. حسینی عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، چاپ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. حسینی قمی، صادق (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، چاپ نخست، قم: مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۲. خراسانی، محمد کاظم (بی تا)، کفایة الأصول، چاپ سوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.

۱۳. خمینی (امام)، روح‌الله موسوی (۱۴۱۸ق)، البیع، چاپ دوم، قم: مهر.
۱۴. _____ (۱۴۲۰ق)، تحریر الوسيلة، چاپ نخست، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۵. _____ (۱۴۲۲ق)، نجات العباد، چاپ سوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۶. خوانساری، احمدبن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۱۷. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، چاپ سوم، قم: مدینه العلم.
۱۸. _____ (۱۴۲۳ق)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، چاپ دوم، قم: انصاریان.
۱۹. ساولانی، اسماعیل (بی تا)، قانون مجازات اسلامی، چاپ ششم، بی جا: مشاهیر دادآفرین.
۲۰. سالار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ق)، المراسم العلویة و الأحکام النبویة، چاپ سوم، قم: منشورات الحرمین.
۲۱. شکاری، روشن علی (۱۳۸۰)، شرح و ترجمه متون فقه، چاپ نخست، تهران: مجد.
۲۲. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ نخست، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۲۳. شیخ صدوق (محمد بن علی بن بابویه) (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۴۰۷ق «الف»)، الخلاف، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. _____ (۱۴۰۷ق «ب»)، تهذیب الأحکام، چاپ ششم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۶. صاحب جواهر (محمد حسن نجفی) (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۷. طباطبائی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، تکملة العروة الوثقی، چاپ سوم، قم: کتاب فروشی داوری.
۲۸. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، چاپ پنجم، قم: دفتر

- انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. _____ (۱۴۱۳ق «الف»)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. _____ (۱۴۱۳ق «ب»)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۱. فیض کاشانی، محمدمحسن (۱۴۰۶ق)، الوافی، چاپ نخست، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام.
۳۲. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، چاپ سوم، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
۳۳. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول صلی الله علیه و آله، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۳۴. مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳ق)، أصول الفقه، چاپ ششم، بیروت: دارالتعارف.
۳۵. مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵)، دعائم الإسلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۶. منصور، جهانگیر (۱۳۹۵)، قانون مدنی، چاپ دوم، تهران: دیدار.
۳۷. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶ق)، فوائد الأصول، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۸. هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۷)، «نکاح معاطاتی از منظر فقه»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۰، ص ۱۹۶-۲۳۴.



ضرورت برگشت قانون به فقه در جرم ترک نفقه

اسماعیل آقابابائی بنی*

چکیده

قانون مدنی و بسیاری از آرای فقهی از ضمانت‌اجراهای مدنی در ترک نفقه سخن گفته‌اند. با وجود این، نگرش کیفری به ترک نفقه، براساس برخی دیگر از آرای فقهی، موجب شده است از یک‌سو قانونگذار سیاست تشدید کیفر را در سال‌های اخیر پی بگیرد و از سوی دیگر، شرط انتفای کیفر را رضایت شاکی قرار دهد. این در حالی است که تشدید کیفر در ترک نفقه در مقایسه با جرائم مالی مشابه دیگر فاقد توجیه است. همچنین، هرچند به استناد امکان تعزیر در ارتکاب حرام می‌توان تعزیر در ترک نفقه را توجیه کرد، در آرای فقهی با توجه به ادله نهی از منکر، مدت جواز تعزیر تا زمانی است که محکوم به پرداخت نفقه اقدام کند نه زمان اعلام رضایت شاکی. تخلف آشکار از آرای فقهی موجب شده است قانون ضمن فراهم‌آوری زمینه سوءاستفاده، استحکام خانواده را در معرض خطر قرار دهد. پس شایسته است قانونگذار، به پیروی از آرای فقهی، با پرداخت نفقه، مجازات حبس را منتفی اعلام کند.

کلیدواژگان: جرائم مالی، ضمانت‌اجرای کیفری، ترک نفقه، حقوق خانواده، جرائم قابل گذشت.

مقدمه

یکی از جرائم مرتبط با مسائل خانواده ترک نفقه است. در این باره با دو نوع ضمانت اجرای مدنی و کیفری روبه‌رویم. به لحاظ مدنی، ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی مقرر می‌کند:

زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد.

در ماده ۱۱۲۹ قانون یادشده نیز آمده است:

در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.

همچنین، ماده ۱۲۰۵ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴) امکان برداشت از مال استنکاف‌کننده را مطرح کرده است. به علاوه، برای حمایت از حقوق زن، در ماده ۱۲۰۶ قانون یادشده، نفقه از دیون ممتاز و مقدم بر دیون دیگر به‌شمار آمده است.

هرچند این رویکرد در استحکام خانواده می‌تواند نقش بهتری ایفا کند و هم‌اکنون نیز اجرای آن از سوی قضات محترم منع قانونی ندارد، متأسفانه نگرش کیفری و پررنگ کردن آن در سال‌های اخیر، عملاً شکایات را به سمت کیفری برده و قانونگذار نیز اختیارات چشمگیری را به قضات واگذار کرده است!

مشکلات رویکرد کیفری به ترک نفقه چنین است:

الف. ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده که مستند کیفر حبس در ترک نفقه است، از جهاتی ابهام دارد و نظریه‌های مشورتی در این زمینه، متفاوت و گاه متضادند؛

ب. صدق تعدد در فرض ترک نفقه زن و فرزند، امکان افزایش کیفر به سه سال را فراهم می‌آورد؛

ج. با توجه به منوط شدن انتفای کیفر به گذشت زن و نه پرداخت حقوق وی، زمینه سوءاستفاده از مقررات موجود را در جامعه فراهم می‌کند.

مشکلات یادشده سبب این پرسش می‌شود که رویکرد موجود در مقررات تا چه حد پایه فقهی دارد؟ در پاسخ به نظر می‌رسد قانون بدون توجه کافی به فقه تنظیم شده و در صورت مراجعه صحیح قانونگذار به فقه و رفع ابهام از ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده، مشکلات موجود به‌سادگی قابل حل است.

از این رو، برای برون‌رفت از مشکلات ذکرشده، نخست زمینه بروز مشکل در قوانین کیفری و نیز آرای فقهی در مسئله را بیان می‌کنیم؛ سپس راهکارهای برون‌رفت از این مسائل را با توجه به آرای فقهی و دیگر سیاست‌های قانونگذار در جرائم مالی مطرح می‌سازیم.

۱. رویکرد قوانین کیفری

چنان‌که اشاره شد، در قانون مدنی راهکارهای متعددی برای الزام به پرداخت نفقه در نظر گرفته شده است. با این حال، متأسفانه نبود تصریح بر تقدم راهکار مدنی بر کیفری در مقررات، عملاً مردم و دستگاه قضایی را به سمت بهره‌گیری از حقوق کیفری در دعاوی خانوادگی با موضوع ترک نفقه پیش برده است.

به‌طور خلاصه می‌توان گفت: پیش از انقلاب اسلامی، ماده ۲۱۴ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، ضمانت اجرای کیفری را سه ماه تا یک سال حبس برای مواردی در نظر گرفته بود که اگر پس از مطالبه نفقه، فرد حاضر به پرداخت نفقه یا طلاق نبود و در صورتی که شاکی گذشت می‌کرد یا نفقه پرداخت می‌شد یا مرد همسر خود را طلاق می‌داد، این کیفر منتفی می‌گشت. به بیان دیگر، هماهنگی بین مقررات مدنی به شرحی که گذشت و استفاده از کیفر برای الزام به آنچه در قانون مدنی پیش‌بینی شده بود، مشهود بود.

پس از انقلاب اسلامی، به‌جای استفاده از ضمانت اجرای کیفری برای الزام به پرداخت نفقه، اصل پرداخت نکردن نفقه جرم مستقل تلقی شد و در ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مقرر گردید:



هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیة نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید، دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید.

در عمل به این مقررہ باید گفت:

الف. با توجه به بند ۲ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ با اصلاحات بعدی، حبس کمتر از سه ماه الزاماً به جریمه نقدی تبدیل می‌شد و حداکثر مجازات پنج ماه بود. این مدت با توجه به کم بودن مدت آن در مقایسه با جرائم دیگر، توجیه‌پذیر بود. بر همین اساس، در جایی که قاضی یا قانونگذار به اجرای کیفر نظر داشت، در حداقل کیفر حبس از عبارت «سه ماه و یک روز» استفاده می‌کرد.

ب. در اینکه قانون یادشده شامل نفقه زمان‌های گذشته می‌شود یا نه و نیز در اینکه پرداخت نفقه پس از طرح دعوا موجب سقوط کیفر می‌گردد یا خیر، اداره کل امور حقوقی سه نظریه به ترتیب زیر صادر کرد:

نخست: نظریه مشورتی ۷/۲۹۲ مورخ ۱۳۷۷/۱/۲۹:

دادن نفقه موجب عدم تعقیب یا موقوفی اجرای حکم نمی‌باشد؛ بلکه شوهر نسبت به همان شکایت و موارد مطروحه در دادگاه الزاماً به لحاظ ترک انفاق علی‌رغم پرداخت فعلی نفقه حال زوجه قابل مجازات و محاکمه وی خالی از اشکال قانونی خواهد بود؛

دوم: نظریه مشورتی شماره ۷/۲۲۵۸ مورخ ۱۳۷۸/۶/۲:

... جنبه جزایی... موکول به عدم پرداخت نفقه حال است (ولو یک روز) و اما مطالبه نفقه ایام گذشته (ولو روز گذشته) جنبه کیفری ندارد؛

سوم: نظریه مشورتی ۷/۸۶۹۵-۷/۱۲/۲ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۲:

در صورت تحقق شرایط جرم ترک انفاق و عدم گذشت زوجه، پرداخت بعدی نفقه موجب موقوفی تعقیب زوج نمی‌شود و با توجه به مادتين ۶۴۲ و ۷۲۷ قانون

مجازات اسلامی، فقط گذشت زوجه می‌تواند تعقیب زوج را موقوف نماید.

در مراجعه به آرای مشورتی رویه مشخصی وجود ندارد و متأسفانه اداره کل هم دقت کافی در صدور نظریات نداشته است. از این رو، در عمل، گاه با تفسیر موسع قضاات از قانون یادشده و براساس نظریه‌هایی که پرداخت بعدی نفقه را مانع کیفر نمی‌دانست، امکان صدور کیفر حتی با فرض پرداخت نفقه فراهم شد و در مقایسه با مقررات پیش از انقلاب اسلامی، جنبه کیفری در ترک نفقه بسیار پررنگ گردید.

ج. در اینکه ترک نفقه زن و فرزند یک جرم است یا دو جرم، و مشمول تعدد می‌شود یا نه، رأی وحدت رویه ۳۴-۱۳۶۰/۸/۳۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور بر این باور بود:

نظر به اینکه نفقه زن و اولاد واجب‌النفقه که زندگی مشترک دارند، معمولاً یکجا و بدون تفکیک سهم هریک از آنان پرداخته می‌شود، ترک انفاق زن و فرزند از ناحیه شوهر در چنین حالت، ترک فعل واحد محسوب [می‌شود] و آثار و نتایج متعدد فعل واحد، موجب اعمال مقررات مربوط به تعدد جرم نخواهد بود.

باوجود آنکه برخی حقوق‌دانان به اصل رأی انتقاد کرده بودند (ر.ک: شکری و سیروس، ۱۳۸۵: ص ۷۱۹)، به دلیل رأی وحدت رویه بودن، قضاات ملزم به رعایت آن بودند و ترک نفقه زن و فرزند یک جرم انگاشته می‌شد.

در کنار برخی ابهام‌ها و اشکال‌هایی که در تفسیر ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ وجود داشت و باوجود تأکید بر سیاست حبس‌زدایی (به‌ویژه در مسائل خانوادگی که در آنها عملاً زندان موجب سابقه کیفری شده و استحکام خانواده را متزلزل می‌سازد)، برخلاف انتظار، در سال ۱۳۹۲ در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مقرر گردید:

هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، به حبس تعزیری درجه‌شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان، تعقیب جزایی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود.

با تصویب این مقرر، مجازات ترک نفقه از سه ماه و یک روز تا پنج ماه به شش ماه تا دو سال افزایش یافت (ر.ک: ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی). همچنین، با توجه به ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی، فرد محکوم در صورت زندان رفتن (حتی به مدت کم) دارای پیشینه کیفری تلقی می‌شود. هرچند این پیشینه در امور استخدامی مؤثر نیست، در محکومیت‌های احتمالی بعدی با توجه به درج سابقه کیفری در پیشینه، فرد نمی‌تواند از امتیازهای اشخاص بدون سابقه کیفری برخوردار گردد.

در این مقرر از اینکه آیا ترک نفقه پیش از مطالبه آن از دادگاه هم مشمول کیفر می‌شود یا خیر، رفع ابهام نشد؛ ولی عبارت «منوط شدن موقوفی تعقیب به گذشت شاکی» بر این امر دلالت داشت که دست‌کم در جایی که زن نفقه خود را مطالبه کرده و پس از مطالبه، شوهر باوجود توان مالی از پرداخت آن امتناع می‌کند، کیفر حبس اجرا می‌شود و در این صورت، فقط گذشت شاکی می‌تواند مانع ادامه کیفر باشد.

با این حال، امکان مراجعه به نظریه‌های مشورتی در بخش مبهم قانون فراهم بود. به شرحی که گذشت، نبود رویه مشخص در صدور و عمل به نظریه‌های مشورتی، دست قضات را در تأکید بر جنبه کیفری در ترک نفقه باز گذاشت. به همین استناد، گاه برای ترک نفقه برای زمان پیش از مطالبه و حتی باوجود پرداخت نفقه پس از طرح دعوا، با آرای شدید کیفری روبه‌رویم.^۱

زمینه دیگری که برای تشدید کیفر فراهم آمد، تصویب تبصره یک ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ بود. در این تبصره آمده است: «در صورتی که از رفتار مجرمانه واحد، نتایج مجرمانه متعدد حاصل شود، طبق مقررات فوق عمل می‌شود». با توجه به ظاهر این ماده می‌توان گفت: چون در ترک نفقه به همسر و اولاد نتایج مجرمانه متعدد حاصل می‌شود، رأی وحدت رویه ۳۴-۳۰/۸/۱۳۶۰ که ترک نفقه به زن و فرزندان را یک جرم می‌دانست نسخ ضمنی گردید. از این رو، در جایی که فرد با دو فرزند مرتکب ترک نفقه (هرچند در مدت کوتاه) شود، طبق ماده ۱۳۴ قانون یادشده تا سه سال کیفر حبس برای وی می‌توان در نظر گرفت؛ چون براساس این ماده، هرگاه جرائم ارتكابی بیش از سه جرم باشد، مجازات هریک بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی تعیین می‌گردد:

مشروط به اینکه از حداکثر به اضافه نصف آن تجاوز نکند. با این وصف، صدور چندین سال حبس برای ترک نفقه کوتاه‌مدت هم متأسفانه جایگاه قانونی پیدا می‌کند!

گرچه عوامل تخفیف در ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی نیز (حتی در صورت تشدید مجازات) قابل اعمال است، اختیاری بودن اعمال آن براساس ماده ۳۷، عملاً دست قضات را در حکم به مجازات اشد باز می‌گذارد.

بنابراین، به جای استفاده از کیفر به‌عنوان ضمانت‌اجرا برای الزام به ترک نفقه، اصل ترک نفقه جرم مستقل تلقی گردید و با تصویب ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده به‌صورت چشمگیری بر دامنه کیفر افزوده شد.

در این بین، دو نکته نیز بر زمینه‌سازیِ توسل به کیفر در ترک نفقه دامن می‌زند:

نخست: زن در ادعای ترک نفقه به اثبات ادعای خود نیازی ندارد. در این باره، در نظریه مشورتی ۱۳۸۱/۱۰/۳-۷/۹۱۰۰ می‌خوانیم: «در مورد شکایت از عدم پرداخت نفقه، اصل بر عدم پرداخت است؛ مگر دلایل و قرائنی بر پرداخت آن موجود باشد» یا در نظریه ۱۳۸۱/۱۱/۱-۷/۹۲۰۸ آمده است:

در دعوی مطالبه نفقه اصل بر عدم پرداخت نفقه از ناحیه زوج است و لذا زوج باید دلایل پرداخت نفقه را به زوجه ارائه نماید و رسیدگی به این موضوع نیازی به تحلیف ندارد و در صورتی که زوج نتواند پرداخت نفقه را ثابت کند، دادگاه باید به نفع زوجه حکم صادر نماید.

دوم: از آنجا که پرداخت نفقه بدون شاهد و مدرک صورت می‌گیرد، اثبات پرداخت آن از سوی زوج تقریباً ناممکن است و باید گفت در ادعای ترک انفاق از ناحیه زن، در بیشتر موارد باید این ادعا را ثابت‌شده فرض کرد.

د. تمکین گرچه شرط نفقه زن است، او می‌تواند به رغم عدم تمکین، راجع به فرزندان، شکایت کیفری کند. در نظریه ۱۳۸۲/۱۱/۱۹-۷/۹۵۵۴ آمده است: «در صورتی که طفل در حضانت مادر باشد، مادر حق شکایت کیفری ترک انفاق وی را علیه پدر طفل دارا می‌باشد». با توجه به این که حق حضانت تا هفت سال به مادر واگذار شده (ماده ۱۱۶۹

قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۲/۹/۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام)، این نظریه می‌تواند در حد وسیعی در تشدید کیفر مؤثر باشد. حتی اگر فرزند بزرگ‌سال هم باشد، مادر می‌تواند به‌عنوان اعلام‌کننده جرم، پدر خانواده را مشمول شکایت کیفری قرار دهد.

این حق تا جایی است که شکایت از ناحیه جنین را هم دربر می‌گیرد: در نظریه ۷/۲۰۵۶-۳/۲۹-۱۳۷۰ آمده است: «عدم پرداخت نفقه جنین باوجود عدم تمکین، قابل تعقیب و مجازات است».

بنابراین، در یک کلام می‌توان گفت: در تعیین کیفر برای جرم ترک نفقه، قانونگذار سیاست افزایش کیفر را در نظر گرفته و حذف رأی وحدت‌رویه در کنار برخی نظریه‌های مشورتی، زمینه استفاده قضات از این اختیارات را فراهم آورده است.

حال، پرسش این است که سیاست کیفری موجود تا چه حد با آرای فقهی همخوانی دارد. در ادامه این پرسش را پی می‌گیریم.

۲. رویکرد فقه

قانونگذار، پس از انقلاب اسلامی، ترک نفقه را جرم اعلام و بر شدت مجازات آن - به شرحی که گذشت - افزوده و تنها راه‌هایی از این کیفر را رضایت زن و نه پرداخت نفقه دانسته است. باوجود این، در فقه با دو رویکرد مدنی و کیفری به شرح زیر روبه‌رویم:

۲-۱. رویکرد مدنی

در روایتی آمده است: «... إذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها - أقامت معه و إلا طلقها» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱: ص ۵۱۰). برخی در برداشت از این روایت آورده‌اند: مرد در صورتی که نفقه همسر را پرداخت نکند، باید بین انفاق و طلاق یکی را انتخاب کند. اگر پس از الزام به نفقه از سوی حاکم به وظیفه خود عمل نکرد، ملزم به طلاق می‌گردد و اگر به آن هم تن نداد، حاکم حق بر طلاق دارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳: ص ۱۲۴). این نکته در عبارات دیگر فقیهان نیز تکرار شده است، مانند آنکه شیخ طوسی می‌نویسد: «و متی لم یقم الرجل بنفقة زوجته و بكسوتها، و كان متمكنا من ذلك، ألزمه الإمام النفقة أو الطلاق» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۴۷۵). عبارات «ألزمه الحاكم النفقة علیها أو طلقها»

(طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۲۱۴) یا «ألزمه الإمام النفقة و القيام بجميع ذلك أو الطلاق» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۵۹۲) و عبارات دیگری از این دست (برای اطلاع از تعابیر فقهی دیگر در این باره، رک: قاسمی و دیگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱: ص ۵۱۳-۵۲۴)^۲ گویای شهرت و پرتطرفدار بودن دیدگاه لزوم برخورد مدنی در ترک نفقه است.

باوجود این، در اینکه الزام با کیفر هم از نظر این گروه از فقیهان ممکن است یا خیر، با سکوت فقیهان روبه‌روست؛ ولی به‌نظر می‌رسد دیدگاه عدم جواز در ترک نفقه ترجیح داشته باشد. دلایل این ترجیح را می‌توان چنین برشمرد:

الف. در کلام برخی بر تخییر بین پرداخت نفقه و طلاق (که هر دو مدنی‌اند) تصریح شده است و آنان راه‌حل دیگری مطرح نکرده‌اند، مانند: «فإنه یخیر بین الأمرین، إمّا القيام بها، و إمّا طلاقها، فیجبر علی أحدهما» (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳: ص ۱۲۴).

ب. در روایات مورد استناد این گروه، سخنی از کیفر به‌میان نیامده است، مانند روایت ابی بصیر از امام باقر علیه السلام: «من کانت عنده امرأة فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها کان حقاً علی الإمام أن یفزق بینهما» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۴۴۱).

ج. تعزیر به دلیل شرعی نیاز دارد و در اینجا چون چنین دلیلی یافت نمی‌شود، حکم به تعزیر جایگاه شرعی ندارد. حتی مبنای نهی‌ازمنکر، که برای جواز تعزیر مطرح شده، در اینجا کارایی ندارد؛ زیرا برخورد فیزیکی آخرین راه‌حل است و در اینجا از راه‌های دیگر و بدون زندان هم می‌توان به پرداخت نفقه دست یافت.

بر این اساس، می‌توان گفت تا جایی که راه‌حل دیگری برای الزام به نفقه درمیان باشد، تعزیر در ترک نفقه، فاقد مبنای فقهی است. در صورتی که باوجود الزام حاکم، زوج نه حاضر به پرداخت نفقه شد و نه همسر خود را طلاق داد، راه‌حل‌های زیر در نظر گرفته شده است که همگی از جنس مدنی‌اند:

الف. طلاق دادن توسط حاکم: در جایی می‌خوانیم: «فلو امتنع من الإنفاق بعد إلزام الحاکم بذلک جبره علی الطلاق. فإن طلق، و إلا طلقها الحاکم» (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳: ص ۱۲۴).

ب. فروش اموال توسط حاکم و پرداخت نفقه از راه فروش مال: شهید ثانی می‌نویسد:

لو امتنع [الزوج] من الإنفاق مع قدرته، جاز للحاکم أن ینفق علیها من ماله، و لو بیع شیء من عقاره إذا توقّف علیه (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۳۶۲؛ نیز ر.ک: موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱: ص ۴۲۸؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۱۰: ص ۱۲۲).

ج. اجازه برداشت نفقه از اموال شوهر به زن: در یکی از عبارات فقهی در این موضوع آمده است: «فإن تعدّر الحاکم فالظاهر جواز استعانتها بالظالم إذا لم یتضمّن ظلماً علیه، و استقلالها بالأخذ من ماله» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷: ص ۵۹۳).

هرچند صاحب این سخن عبارت یادشده مبنی بر جواز برداشت از مال شوهر را پس از مؤثر نبودن زندان مطرح کرده که قبل از این عبارت آمده است.

متأثر از این دیدگاه، نویسندگان قانون مدنی در ماده ۱۱۱۱ مقرر کرده‌اند: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد» و در جایی که اجرای حکم به نفقه ممکن نباشد، در ماده ۱۱۲۹ قانون یادشده چنین تعیین تکلیف شده است:

در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.

با این حال، هر چند فرض برداشت از اموال شوهر در برخی آرای فقهی بوده، از آنجا که ناظر به فرض عدم امکان مراجعه به حاکم است، در مقررات مدنی لحاظ نشده است.

گذشته از این، توصیه قرآن کریم به حل و فصل دعاوی خانوادگی به دور از مسائل کیفری (نساء، آیه ۳۵): «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا») و حتی تجویز برخورد های فیزیکی، بنابر برخی تفاسیر (همان، آیه ۳۴): «وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي

الْمُضَاجِعِ وَاضْرُبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا»، برای بقای خانواده، مانع از آن است که از ابزارهای کیفری در مسائل خانوادگی بهره گرفت. به بیان دیگر، آیات یادشده هرچند ناظر به نفقه نیستند، راه حل مسائل خانوادگی را خارج از دادگاه و داخل خانواده و خویشان می دانند و توصیه ای به مراجعه به محکمه ندارند تا بتوان از دخالت کیفری در مسائل خانوادگی سخن گفت. گذشته از این، بر فرض پذیرش امکان تعزیر، بنابر برخی آرای فقهی، نحوه اعمال و محدوده آن با مقررات موجود فاصله چشمگیری دارد که در ادامه آن را بررسی می کنیم.

۲-۲. رویکرد کیفری

برخلاف دیدگاه فقهی قائل به لزوم اکتفا به ضمانت اجرای مدنی در امتناع از پرداخت نفقه، دیدگاه دیگر، جواز تعزیر و استفاده از ابزارهای کیفری در الزام به پرداخت نفقه است. در این باره، قاعده فقهی «التعزیر لکل عمل محرم» می تواند مبنایی کلی در جواز تعزیر به دلیل امتناع از تکلیف در پرداخت نفقه باشد؛ ولی با توجه به آرای فقهی، تعزیر به فرضی اختصاص دارد که فرد باوجود مطالبه حاکم از انجام واجب امتناع ورزد.

برای نمونه علامه حلی می نویسد:

الواجب إذا ماطل بالنفقة و منعها، أجزره الحاكم على دفعها. فإذا امتنع حبس إلى أن يدفع (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴: ص ۳۷)؛ کسی که تمکن مالی دارد، اگر در پرداخت نفقه کوتاهی کرد، حاکم او را به پراخت آن الزام می کند و در صورت سرباز زدن از پرداخت، تا زمانی که نفقه را پرداخت کند، زندانی می شود.

یا در کلام شیخ طوسی آمده است:

فأما إن كان موسرا بالنفقة، فمنعها مع القدرة، كلفه الحاكم الإنفاق عليها فان لم يفعل أجزره على ذلك، فان أبي حبسه أبدا حتى ينفق عليه (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶: ص ۲۲)؛ چنانچه فردی توانایی کافی بر پرداخت نفقه داشت ولی از پرداخت خودداری کرد، حاکم پرداخت نفقه را به وی تکلیف می کند. اگر از دستور حاکم سرپیچی کرد، او را ملزم می کند و اگر مؤثر نبود، وی را برای

همیشه زندانی می‌کند؛ مگر اینکه نفقه را پرداخت کند.

به نظر می‌رسد طرح کردن حبس به جای مطلق تعزیر در کلام ایشان و فقیهان دیگر برگرفته از مفهوم مخالف این روایت باشد:

إِنَّ امْرَأَةَ اسْتَعَدَّتْ عَلَيَّ زَوْجَهَا أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهَا، وَكَانَ زَوْجُهَا مَعْسُراً، فَأَبَى عَلَيَّ ﷺ أَنْ يَحْسِبَهُ، وَقَالَ: «إِنَّ مَعَ الْعَسْرِ بَيْسْرًا» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶: ص ۲۹۹).

نیز در کلام شهید ثانی، به جای استناد به اصل عدم و صدور حکم براساس آن - که در برخی نظریه‌های مشورتی بیان شده^۳ و مستند قضاات در صدور احکام قرار می‌گیرد - آمده است: با مراجعه زن به حاکم برای مطالبه نفقه، اگر حاکم از پرداخت نشدن آن مطلع بود یا زوج به آن اقرار کرد یا مطلع بر آن گواهی دادند، براساس آن عمل می‌کند؛ وگرنه افراد قابل اعتمادی را برای اطلاع از احوال آنان می‌گمارد و پس از آنکه معلوم شد مرد از عمل به تکالیف خود امتناع کرده است، نخست زوج را از عمل حرام نهی و به انجام واجب (پرداخت نفقه) امر می‌کند. در صورتی که مرد به درخواست حاکم پاسخ مثبت نداد و به ترک نفقه ادامه داد، به میزانی که مناسب می‌داند، وی را تعزیر می‌کند؛ سپس فرض فروش مال از سوی حاکم برای پرداخت نفقه را مطرح می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸: ص ۳۶۲).

علاوه بر مبنای نهی از منکر، که در کلام فوق برای جواز تعزیر بیان شده است، روایت نبوی معروف «لِيَ الْوَالِدِ يَحْلُ عَقُوبَتَهُ وَ عَرَضَهُ» (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۴: ص ۷۲) نیز حکایت از آن دارد که در صورت خودداری شخص دارای تمکن مالی از ادای دیون خود، کیفر وی مجاز می‌گردد. هرچند این روایت سند معتبری ندارد، در کتاب‌های فقهی بدان استناد شده است.

۳. نقد و بررسی

به نظر می‌رسد گذشته از اشکال‌هایی که در اصل تعیین کیفر برای ترک نفقه هست، سیاست کیفری در نظر گرفته شده در ماده ۵۳ قانون مجازات اسلامی از دو جهت نقدپذیر است:

۳-۱. نقد فقهی

چنان که گذشت، در فقه، برخی تعزیر را در نفقه جایز ندانسته یا دست کم سکوت کرده‌اند و برخی دیگر با شرایطی از امکان تعزیر سخن گفته‌اند. از بین آرای یادشده حتی اگر نظریه جواز تعزیر را مبنای قانونگذاری قرار دهیم، چند نکته مهم در کلمات فقیهان قائل به جواز تعزیر نیازمند توجه جدی است:

الف. چه روایت «لی الواجد یحلّ عقوبته و عرضه» (همان) و چه نهی از منکر را مبنای تعزیر بدانیم، جواز تعزیر تا زمانی است که شخص به منکر (خودداری از پرداخت حقوق دیگران) ادامه می‌دهد؛ ولی به محض پرداخت، هیچ مبنایی بر ادامه حبس و تعزیر وجود نخواهد داشت. عبارات شیخ طوسی و علامه حلی - به شرحی که نقل شد - نیز بر این معنا تصریح دارد. به بیان دیگر، حتی اگر با فروش اموال و امثال آن نفقه پرداخت گردد، جواز تعزیر منتفی می‌گردد؛ چون هدف رسیدن شاکی به نفقه است و تفاوتی نمی‌کند که فرد آن را به اختیار خود پرداخت کند یا این مهم با فروش اموال محقق گردد.

ب. جواز تعزیر در جایی ممکن است که پس از حکم به پرداخت نفقه و احراز توانمندی فرد، او از انجام وظیفه خودداری نماید. بنابراین، صرف نفقه ندادن مجوز تعزیر نیست.

ج. در الزام به پرداخت نفقه - چنان که برخی فقیهان تصریح کرده‌اند - مقدار نفقه می‌تواند مورد حکم قرار گیرد و زیاده‌خواهی‌هایی مثل روانه زندان شدن با وجود پرداخت نفقه (که متأسفانه راه آن در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده گشوده شده است) محمل شرعی ندارد.^۴ به بیان دیگر، هدف مطالبه و پرداخت نفقه است و نمی‌توان چیزی بیش از حقوق زن در دریافت نفقه را از شوهر مطالبه کرد یا بر مبنای آن شوهر را تعزیر کرد.

د. از نظر فقهی، به استناد عدم سلطه، اصل بر عدم جواز تعزیر است؛ مگر در مواردی که استثنا شده و دلیل کافی بر تعزیر باشد. در نتیجه، در فرض جواز تعزیر، باید آن را به قدر متیقن محدود ساخت که آن هم تا زمان ادای نفقه است نه تا زمان رضایت شاکی که در قانون لحاظ شده است.

بر این اساس، می‌توان گفت ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده از این نظر که انتفای

حبس را به رضایت شاکی منوط کرده و نه پرداخت نفقه، فاقد مبنای فقهی است و نظریه‌های مشورتی در تفسیر ماده یادشده، که پرداخت نفقه را مانع اجرای کیفر ندانسته‌اند، با هیچ‌یک از آرای فقهی مطرح‌شده سازگاری ندارد.

۲-۳. نقد حقوقی

علاوه بر اینکه سیاست کیفری در نظر گرفته شده، به شرح مطالب پیشین، انطباقی با آرای فقهی ندارد، از جهت حقوقی نیز هم نحوه در نظر گرفتن کیفر برای ترک نفقه نقدپذیر است و هم میزان کیفری که در مقایسه با جرائم مالی مشابه در نظر گرفته شده است؛ با این توضیح که:

الف. چنان‌که در آرای فقهی اشاره شد، در دعوای ترک نفقه، شاکی خواهان دریافت نفقه و گذاران زندگی است. کیفر هم در نهایت برای الزام به ترک نفقه در نظر گرفته شده است و در نتیجه، باید به موردی اختصاص داشته باشد که در صورت تمکین از ناحیه زن، مرد توانایی پرداخت داشته و با وجود درخواست زن و حکم دادگاه به پرداخت، حاضر به پرداخت آن نباشد.

مقایسه سیاست مذکور با الزام به پرداخت در جرم صدور چک بی‌محل مطلب را روشن‌تر می‌کند؛ چون تأثیر این جرم بر مناسبات اقتصادی افراد در جامعه در مقایسه با ترک نفقه جنبه عمومی قوی‌تری دارد:

در جرم صدور چک پرداخت‌نشده، قانونگذار برای جلوگیری از اجرای شدن حبس، مراحل تدریجی و راهکارهای حمایت از شاکی را در نظر گرفته است.^۵ ماده ۹ قانون صدور چک مقرر می‌کند:

در صورتی که صادرکننده چک قبل از تاریخ شکایت کیفری وجه چک را نقداً به دارنده آن پرداخته یا با موافقت شاکی خصوصی ترتیبی برای پرداخت آن داده باشد یا موجبات پرداخت آن را در بانک محال‌علیه فراهم نماید، قابل تعقیب کیفری نیست.

همچنین، در ماده ۱۲ قانون صدور چک آمده است:

هرگاه قبل از صدور حکم قطعی شاکی گذشت نماید و یا اینکه متهم وجه چک و خسارات تأخیر تأدیه را نقداً به دارنده آن پرداخت کند یا موجبات پرداخت وجه چک و خسارات مذکور (از تاریخ ارائه چک به بانک) را فراهم کند یا در صندوق دادگستری یا اجرا ثبت تودیع نماید، مرجع رسیدگی قرار موقوفی تعقیب صادر خواهد کرد ...

بدین ترتیب، قانونگذار با تشویق به تأمین حقوق شاکی، ضمانت‌اجراهای کیفری را فقط برای مراحل خاص در نظر گرفته است؛ تا جایی که در ذیل ماده یادشده آمده:

... هرگاه پس از صدور حکم قطعی شاکی گذشت کند و یا اینکه محکوم‌علیه به ترتیب فوق موجبات پرداخت وجه چک و خسارت تأخیر تأدیه و سایر خسارات مندرج در حکم را فراهم نماید، اجرای حکم موقوف می‌شود و محکوم‌علیه فقط ملزم به پرداخت مبلغی معادل یک‌سوم جزای نقدی مقرر در حکم خواهد بود که به دستور دادستان به نفع دولت وصول خواهد شد.

این در حالی است که طبق نظریه مشورتی ۷/۲۹۲ مورخ ۱۳۷۷/۱/۲۹:

دادن نفقه موجب عدم تعقیب یا موقوفی اجرای حکم نمی‌باشد؛ بلکه شوهر نسبت به همان شکایت و موارد مطروحه در دادگاه الزاماً به لحاظ ترک انفاق علی‌رغم پرداخت فعلی نفقه حال زوجه قابل مجازات و محاکمه وی خالی از اشکال قانونی خواهد بود.

نکته قابل توجه آن است که در ماده ۱۲ قانون صدور چک، قانونگذار از عبارت «قبل از صدور حکم قطعی» استفاده کرده است. در نتیجه، اگر پس از طرح دعوا در دادگاه بدوی و صدور حکم و پیش از نهای و قطعی شدن آن در مرحله تجدیدنظر، مبلغ چک پرداخت شود، با صدور قرار موقوفی تعقیب امکان ادامه دعوی کیفری منتفی می‌گردد؛ درحالی که متأسفانه در جرم ترک نفقه چنین فرصتی برای متهم یا محکوم در نظر گرفته نشده است.

همچنین، حتی اگر پس از صدور حکم قطعی و پیش از شروع اجرای حبس یا همزمان

با آن، طبق ماده یادشده، محکوم‌علیه موجبات پرداخت وجه چک را فراهم آورد، مجازات حبس غیرقابل اجرا می‌گردد و به جلب رضایت شاکی نیازی نیست؛ درحالی‌که متأسفانه این سیاست هم در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده به کلی فراموش شده و تنها راه‌هایی از مجازات زندان، رضایت شاکی است. همین سیاست موجب می‌شود:

نخست: شاکی از موقعیت سوءاستفاده کرده و به‌جای مطالبه ضرروزیان ناشی از عدم پرداخت نفقه، ده‌ها برابر آن را مطالبه کند؛

دوم: به‌دلیل داشتن توان مالی یا احیاناً دخالت دیگران در مسائل خانواده و پرداخت مبلغ نفقه به زن، او را تشویق به عدم اعلام رضایت کنند و مرد ناخواسته قربانی سوءاستفاده‌هایی شود که متأسفانه همه این موارد تحت حمایت قانون قرار دارد!

ب. نقد حقوقی دیگر بر کیفرگذاری در جرم ترک نفقه، میزان کیفر در مقایسه با جرائم مشابه است. به‌نظر می‌رسد درنظر گرفتن حداکثر حبس دو سال و تشدید آن در جایی که خانواده دارای دو فرزند است تا سه سال، در مقایسه با جرائم مالی دیگر ذکرشده در قانون مجازات اسلامی توجیه‌پذیر نیست. برای نمونه، قانونگذار برای جرائم مالی جعل یا استفاده از مهر یا منگنه یا علامت یکی از شرکت‌های غیردولتی (ماده ۵۲۹ و ۵۳۰)، ربودن یا تخریب اسناد یا اوراق دفاتر ثبت یا اماکن دولتی (ماده ۵۴۴)، اظهارنظر داوران و ممیزان و کارشناسان به‌نفع یکی از طرفین (ماده ۵۸۸)، تحصیل سند با استفاده از ضعف نفس اشخاص (ماده ۵۹۶)، اطلاع ندادن جرائم مالی توسط مدیران (ماده ۶۰۶)، اجبار به نوشتن سند یا گرفتن قهری سند از دیگری (ماده ۶۶۸)، اضرار به غیر با تلف کردن اسناد (ماده ۶۸۲) و تصرف عدوانی (ماده ۶۹۳)، حداکثر مجازات حبس دو سال را درنظر گرفته است که به‌مراتب ضررهای مالی فراوان در پی دارند و در آنها در موارد متعدد قابلیت جبران خسارت به کلی منتفی است. این مقدار مجازات برای جرائم غیرمالی‌ای که در مقایسه با ترک نفقه آثار اجتماعی منفی‌تر و گاه جبران‌ناپذیری را در پی دارند نیز لحاظ شده است، مانند رها کردن طفل در محل خالی از سکنه (ماده ۶۳۳)، به‌ازدواج درآوردن نابالغ (ماده ۶۴۶)، فریب در ازدواج (ماده ۶۴۷)، تهدید به قتل (ماده ۶۶۹)، تشویش اذهان

عمومی (ماده ۶۹۸) و دایر کردن قمارخانه (ماده ۷۰۸).

حتی در مسئله‌ای مثل قتل عمد، که طبق باورهای دینی و عرفی از بزرگ‌ترین جرائم است، قانونگذار در کیفر قاتل در ماده ۶۱۲ مقرر می‌کند:

هرکس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود، در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد، دادگاه مرتکب را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید.

به بیان روشن‌تر، در صورتی که قاضی احراز کند: الف. اقدام مرتکب موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه است یا ب. بدون کیفر رها کردن قاتل موجب تجری دیگران می‌گردد، امکان مجازات قاتل عمد وجود دارد. در نتیجه، بدون احراز دو شرط یادشده یا در صورت تردید در محقق بودن این دو شرط، بنابر لزوم تفسیر قوانین کیفری به نفع متهم، امکان مجازات قاتل عمد در موارد سقوط قصاص وجود ندارد؛ علاوه بر اینکه در فرض مجازات هم حداقل مجازات سه سال حبس است که با مجازات مشدد جرم ترک نفقه که در مورد داشتن دو فرزند الزامی است، برابری می‌کند!

همچنین، در صدور چک بی‌محل، طبق بند «ج» ماده ۷ قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۸۲/۶/۲، حتی در صورت صدور چک‌های متعدد، نهایت مجازات حبس در نظر گرفته شده، دو سال است. این بند مقرر می‌کند:

چنانچه مبلغ مندرج در متن چک از پنجاه میلیون (۵۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال بیشتر باشد، به حبس از یک سال تا دو سال و ممنوعیت از داشتن دسته چک به مدت دو سال محکوم خواهد شد و در صورتی که صادرکننده چک اقدام به اصدار چک‌های بالامحل نموده باشد، مجموع مبالغ مندرج در متون چک‌ها ملاک عمل خواهد بود.

به بیان روشن‌تر، اگر کسی ده‌ها چک بی‌محل هم صادر کرده باشد، با آنکه در مقایسه با ترک نفقه، جرم مالی بسیار سنگینی است، در نهایت تا دو سال می‌توان وی را به

مجازات حبس محکوم کرد؛ درحالی که، چنان که اشاره شد، در ترک نفقه در جایی که فرد دارای دو فرزند باشد، این مجازات به سه سال افزایش می‌یابد.^۷

از این رو، در مقایسه جرم ترک نفقه با جرائم مالی و غیرمالی مشابه دیگر، به نظر می‌رسد مجازات در نظر گرفته شده به دلیل آثار مخربی که بر بقا و استحکام خانواده دارد، تناسب با جرم ندارد.

بر این اساس، می‌توان گفت سیاست کیفری قانونگذار در جرم ترک نفقه، دست کم در اصلاحات اخیر، سیاست قابل دفاعی نیست و گذشته از اشکال فقهی‌ای که شرح آن گذشت، به لحاظ حقوقی نیز از دو جهت (در نظر گرفتن کیفر برای ترک نفقه و میزان کیفر) به شرح فوق نقدپذیر است.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

الف. با وجود آنکه مواد ۱۱۱۱، ۱۱۲۹، ۱۲۰۵ و ۱۲۰۶ قانون مدنی راهکارهای قابل توجهی برای حمایت از خانواده و پرداخت نفقه در نظر گرفته است، قانونگذار در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده به راهکار کیفری روی آورده و برخلاف انتظار، سیاست تشدید کیفر را اعمال کرده است.

ب. نسخ ضمنی رأی وحدت‌رویه^{۳۴-۳۶۰/۸/۳۰} هیئت عمومی دیوان عالی کشور با تصویب ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی موجب شده است در مواردی که مرتکب نفقه زن و فرزند خود را پرداخت نکند، به دلیل تعدد با تشدید کیفر روبه‌رو گردد.

ج. از نظر فقهی، در ترک نفقه با دو دیدگاه روبه‌رویم: استفاده از راهکارهای غیرکیفری و تعزیر مرتکب. بنابر جواز تعزیر، هرچند استناد به «التعزیر لکل عمل محرم» می‌تواند توجیه‌گر کیفر در ترک نفقه باشد، از آرای فقهی چنین برمی‌آید که تعزیر در ترک نفقه را از باب نهی از منکر دانسته‌اند و این دلیل تا زمانی کاربرد دارد که مرتکب از عمل نهی شده دست برندارد. در نتیجه، با پرداخت نفقه، امکان تعزیر منتفی می‌گردد. این در حالی است که بنابر برخی نظریه‌های مشورتی، پرداخت نفقه پس از اقامه دعوا مانع تعقیب

کیفری دعوا نیست و با وجود سازگار نبودن آن با مبانی فقهی، در عمل در صدور احکام کیفری مورد استناد قضات قرار می‌گیرد.

د. در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده، تنها راه‌هایی از کیفر حبس، رضایت شاکی است؛ درحالی‌که از نظر فقهی با توجه به منتفی شدن موضوع نهی از منکر با پرداخت نفقه، ادامه حبس فاقد توجیه است.

ه. سیاست کیفری در نظر گرفته شده در ماده ۵۳، علاوه بر نداشتن مبانی فقهی، با جرائم مالی مشابه از جمله سیاست کیفری در جرم چک (که از جرائم مالی مهم است) همخوانی ندارد.

از این‌رو، با توجه به نکات فوق پیشنهاد می‌شود:

الف. قانونگذار در کیفر جرم مذکور تجدیدنظر جدی کرده و مدت مجازات را به کیفر مذکور در قانون مجازات اسلامی تقلیل دهد.

ب. با توجه به اختلاف‌ها، قانونگذار تصریح کند که ترک انفاق فرزندان و همسر مشمول تعدد جرم نیست و بدین ترتیب، ضمن پرهیز از تشدید مجازات، زمینه اعمال تخفیف را فراهم آورد.

ج. نظر به اینکه کیفر در امور خانواده کارساز نیست و مجازات مذکور در حد ضمانت اجرا قابل دفاع است، قانونگذار با توجه به آرای فقهی به این نکته تصریح کند که در صورت پرداخت نفقه از سوی زوج، کیفر منتفی می‌گردد و انتفای کیفر را به گذشت شاکی منوط نکند.

پی‌نوشت:

۱. رأی صادره در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۳۸۳۴۵۰۰۳۶۴ در شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان بن از توابع شهرکرد به تاریخ ۱۳۹۶/۵/۳۱ یکی از این نمونه‌هاست. در این دادنامه، قاضی چهار سال حکم به حبس برای کارمند دولت صادر می‌کند و آمادگی متهم برای پرداخت نفقه را نمی‌پذیرد و به دلیل اختیاری بودن اسباب تخفیف طبق ماده ۳۷ قانون مجازات، هیچ تخفیفی هم برای متهم در نظر نمی‌گیرد (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: آقابائی بنی، ۱۳۹۵).



۲. در این کتاب از ۴۱ نظر فقهی که از شماره ۱۷۳۰ تا ۱۷۷۱ در موضوع ترک نفقه نقل شده، به جز دو مورد، بقیه از راه‌حل‌های مدنی - به شرحی که در مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۲۹ قانون مدنی آمده - سخن گفته و مطالبی از امکان کیفر در ترک نفقه نیاورده‌اند.

۳. مانند نظریه مشورتی ۷/۹۱۰۰-۳/۱۰/۱۳۸۱: «در مورد شکایت از عدم پرداخت نفقه، اصل بر عدم پرداخت است مگر دلایل و قرائنی بر پرداخت آن موجود باشد» و نظریه ۷/۹۲۰۸-۱۱/۱۱/۱۳۸۱: «در دعوی مطالبه نفقه اصل بر عدم پرداخت نفقه از ناحیه زوج است و لذا زوج باید دلایل پرداخت نفقه را به زوجه ارائه نماید و رسیدگی به این موضوع نیازی به تحلیف ندارد و در صورتی که زوج نتواند پرداخت نفقه را ثابت کند، دادگاه باید به نفع زوجه حکم صادر نماید».

۴. برای نمونه در جایی که حاکم به فرزند اجازه برداشت نفقه از مال پدر را می‌دهد، برخی آورده‌اند: «فلولد عند هذه الحال، الأخذ من مال والده، مقدار ما ینفقه علی الإقتصاد، و یحرم علیه ما زاد علی ذلک» (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۲۰۶).

۵. گفتنی است قانون صدور چک به تاریخ ۱۶ تیر ۱۳۵۵ تصویب و پس از انقلاب اسلامی در ۱۱/۸/۱۳۷۲، ۱۰/۳/۱۳۷۶ و ۲/۶/۱۳۸۲ دستخوش تغییراتی شد. همچنین، در تاریخ ۱۶ مرداد ۱۳۹۷، مجموع ۲۳۳ نماینده حاضر در مجلس شورای اسلامی، با ۱۸۱ رأی موافق، ۷ رأی مخالف و ۴ رأی ممتنع طرح اصلاح قانون صدور چک را تصویب کردند. براساس مصوبه اخیر، موادی به قانون سابق الحاق و مواد ۴ و ۵ و تبصره آن، ۶ و ۲۳ قانون صدور چک مصوب ۱۶ تیر ۱۳۵۵ و اصلاحات و الحاق بعدی آن لغو گردید. با لازم‌الاجرا شدن تغییرات اخیر، قانون صدور چک مجموعی از مصوبات پیش از انقلاب اسلامی، مصوبات مجلس شورای اسلامی، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام و مصوبه اخیر را دربر می‌گیرد.

۶. رودررو نکردن افراد با هم در جایی که اختلاف دارند، از ابزارهای مهم در کاهش جرم است. در مقررۀ مذکور تودیع در صندوق دادگستری براساس همین دیدگاه و به‌درستی پیش‌بینی شده است؛ درحالی‌که گاه متأسفانه غفلت از این سیاست مهم، آثار زیان‌باری در پی دارد. در جرم ترک نفقه واگذار کردن سرنوشت محکوم در زندان به رضایت همسر، آن هم در جایی که با هم اختلاف شدید دارند، یکی از این نمونه‌هاست که در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مقرر گردیده است. سپردن قرار جلب متهم به شاکی در برخی دعاوی مالی هم نمونه دیگری است که مردم را به کارهای پلیسی و تعقیب‌وگریز وادار می‌کند.

۷. در ترک نفقه، حتی در صورت کم بودن مقدار نفقه، چنانچه مثلاً ترک نفقه نسبت به زن و فرزند صورت گرفته باشد، براساس ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، امکان صدور حبس به بیش از دو سال فراهم است.

کتابنامه

* قرآن کریم

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، سه جلدی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. احسائی، ابن ابی جمهور محمد بن علی (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزیه، چهار جلدی، چاپ نخست، قم: دار سید الشهداء علیه السلام للنشر.
۳. آقابائنی بنی، اسماعیل (۱۳۹۶)، «جرم ترک انفاق و ملاحظات کیفرشناختی»، دوفصلنامه رویه قضایی، سال نخست، ش ۳، ص ۲۷-۴۰.
۴. بحرانی، حسین بن محمد (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، شش جلدی، چاپ نخست، قم: مجمع البحوث العلمیه.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، بیست و پنج جلدی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، سی جلدی، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۷. شکر، رضا و قادر سیروس (۱۳۸۵)، قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، چاپ پنجم، تهران: مهاجر.
۸. شهید ثانی (زین الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، پانزده جلدی، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ نخست.
۹. شیخ صدوق (محمد بن علی بن بابویه) (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، چهار جلدی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، هشت جلدی، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.



۱۱. _____ (۱۴۰۰ق)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، یک جلدی، چاپ دوم، بیروت: دار الكتاب العربی.
۱۲. _____ (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، ده جلدی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۱۳. طرابلسی، قاضی ابن براج (۱۴۰۶ق)، المهذب، دو جلدی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر) (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامیة، شش جلدی، چاپ نخست، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، كشف اللثام و الإنهام عن قواعد الأحکام، یازده جلدی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. قاسمی، محمد علی و دیگران (۱۴۲۶ق)، فقیهان امامی و عرصه های ولایت فقیه، دو جلدی، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۱۷. موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق)، نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام، دو جلدی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.





باز پژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران

رضا دهقان نژاد*
سید سجاد محمدی**
حسن پورلطف‌الله***

چکیده

هر عقد آثار گوناگونی دارد. یکی از این آثار، اثر جدانشدنی و اصلی عقد است. فقیهان و حقوق دانان از این اثر به «مقتضای ذات عقد» تعبیر می‌کنند. از آنجا که در عقد نکاح (اعم از دائم یا منقطع) علاوه بر جنبه قراردادی، جنبه عبادی نیز مطرح است، تشخیص و شناسایی مقتضای ذاتی آن ابهام دارد و سبب اختلافات عمیقی میان فقیهان امامیه و اهل سنت، و حقوق دانان شده است. در مجموع، سه نظریه معروف در این زمینه ارائه شده است: برخی از فقیهان امامیه و بیشتر فقیهان اهل سنت بر این باورند که استمتاع جنسی به معنای خاص (وطی)، مقتضای ذاتی عقد نکاح است؛ پاره‌ای از حقوق دانان نیز تشکیل خانواده را مقتضای ذات عقد نکاح دانسته‌اند؛ در مقابل، بعضی دیگر از فقیهان امامیه علقه زوجیت را مقتضای ذات نکاح دانسته‌اند؛ این امر از ظاهر مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز قابل استنباط است. حال، با توجه به بررسی‌های صورت گرفته و واکاوی مبانی دیدگاه‌های مطرح شده و نیز بهره‌گیری از مستندات دیگر، به نظر می‌رسد دیدگاه سوم قوی‌تر است و در این زمینه، شایستگی بیشتری برای دفاع دارد.

کلیدواژه‌گان: مقتضای ذات نکاح، مقتضای اطلاق نکاح، تمتع جنسی، علقه زوجیت، تشکیل خانواده.

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۸/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۲۳

* استادیار گروه آموزشی فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان (نویسنده مسئول)

ac.dehghannezhad@azaruniv.ac.ir

mohammadi646@yahoo.com

hassan.pourlotfollah66@gmail.com

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید

*** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان

بی‌گمان، با انشای هر عقد آثار متعددی بر آن بار می‌شود. برخی از این آثار، اصلی و مقتضای ذاتی عقدند؛ به‌گونه‌ای که مقصود اصلی متعاقدين از ایجاد چنین عقدی را شکل می‌دهند: همچون عقد بیع که مقتضای ذاتی آن تملیک عین است یا عقد اجاره که مقتضای ذاتی و مقصود اصلی آن تملیک منفعت است. اما در مقابل مقتضای ذات عقد، مقتضای اطلاق عقد قرار دارد که اگر برخلاف آن شرط نگردد، عقد، فی‌نفسه مقتضی آن است. وجه تفکیک مقتضای ذات با مقتضای اطلاق عقد این است که شرط خلاف مقتضای ذاتی عقد، برخلاف مقتضای اطلاق، به‌جهت وجود تناقض در اراده متعاقدين یا لغویت در انشای عقد، فاسد و مُفسد عقد خواهد بود.

در میان عقود، عقد نکاح همواره به‌سبب برخورداری از جنبه عبادی و اهمیت بسزای آن در تشکیل جامعه بشری و تضمین سعادت دنیوی و اخروی انسان‌ها، امتیازات ویژه‌ای داشته است: تا جایی که شائبه توقیفی بودن احکام آن مطرح بوده است. بدین جهت است که فقیهان درباره مقتضای ذات عقد نکاح بسیار مذاقه و احتیاط کرده‌اند. همین امر اختلافات عمیق میان فقیهان و حقوق‌دانان را دامن زده است. پیچیدگی و اهمیت مسئله بدین جهت است که هر اثری که مقتضای ذاتی عقد نکاح دانسته شود، ناگزیر شرط خلاف آن به بطلان عقد نکاح می‌انجامد و در نتیجه، فروپاشی هسته اصلی خانواده را به‌همراه دارد. تاکنون، پژوهش‌هایی مرتبط با این موضوع به انجام رسیده که مهم‌ترین آنها این موارد است: «بررسی شروط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح» نوشته مهدی باباپور و دیگران (باباپور و دیگران، ۱۳۹۰)؛ «مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد» نوشته زهرا شبیری؛^۱ «وضعیت حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین» نوشته مجید عباسی.^۲ درباره این مهم از منظر فقه امامیه و اهل سنت به‌صورت تلفیقی کار نشده است. به‌علاوه، در نوشته‌های پیشین، شروط مخالف مقتضای ذات عقد نکاح بررسی شده و خود مورد مقتضای ذات این عقد بررسی چندانی نشده است. از این‌رو، اقوال فقیهان (به‌ویژه فقیهان عامه) و حقوق‌دانان در این‌باره موشکافی نشده است. بر این اساس، نوشتار پیش‌رو می‌کوشد با تحلیل موضوع به‌صورت تبیین و تلفیق نظریات فقیهان

فریقین، به این کاستی پاسخی درخور دهد. در این زمینه، پس از تبیین مفاهیم ضروری تحقیق، نظریات فقیهان فریقین و حقوق دانان، و ادله آنها نقد و بررسی می‌شود.

۱. تعریف عقد نکاح

نکاح مصدر ثلاثی و از ریشه «نکح، ینکح» و در لغت به معنای «تقابل»، «التقاء»، «سلطه»، «غلبه»، «وصول» و «اختلاط» به کار رفته است (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۷: ص ۹۳). در اینکه این لفظ دلالت بر «وطی» می‌کند یا بر «عقد» یا اشتراک لفظی میان آن دو، اختلاف نظر هست. مشهور فقیهان امامیه معتقدند: نکاح در لغت به معنای «وطی» و شرعاً به مفهوم عقد است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ص ۶). البته، منظور از مفهوم شرعی نکاح فقط صیغه عقد نیست؛ بلکه مراد از نکاح، اثر حاصل از آن است که در فارسی به زن گرفتن و شوهر کردن تعبیر می‌شود (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۰: ص ۲۲).

هرچند در متون فقهی به مفهوم اصطلاحی نکاح چندان پرداخته نشده، اما برخی از صاحب نظران همچون محقق خوئی در این باره معتقدند: «نکاح یعنی اعتبار علقه زوجیت در قلمرو ذهنی، که با مظهر خارجی ابراز شده است» (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳: ص ۳۵۱). در کتاب‌های حقوقی با تعابیر مختلفی به مفهوم اصطلاحی نکاح پرداخته شده است: برخی بر این باورند که نکاح رابطه حقوقی‌ای است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که از یکدیگر تمتع جنسی ببرند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۲۶۸)؛ مرحوم کاتوزیان نیز نکاح را چنین تعریف کرده است: «عقدی که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۲۰)؛ برخی دیگر در تعریف نکاح آورده‌اند: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی و عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۸۰: ص ۲۲).

در میان فقیهان اهل سنت، فقیهان حنفی نکاح را عقدی دانسته‌اند که فایده‌اش مالکیت بهره‌مندی جنسی از زن است. به نظر آنان، مراد از مالک شدن بهره‌مندی جنسی از زن این است که بضع زن و اندام‌های دیگر او از حیث تلذذ به مرد اختصاص پیدا

می‌کند (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۴: ص ۱۷). به نظر برخی از فقیهان شافعی نیز نکاح عقدی است که متضمن ملک و طی با الفاظ نکاح یا تزویج باشد. آنان گفته‌اند که مرد با عقد، بضع را تملیک می‌کند. تعریف برخی دیگر از فقیهان شافعی از نکاح، عقدی است که متضمن اباحه و طی باشد؛ یعنی با عقد نکاح، بضع زن بر شوهرش «مباح» می‌شود. نه اینکه آن را تملیک نماید (الدمیاطی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۲۹۶). فقیهان مذهب مالکی هم عقد نکاح را صرفاً به تلذذ جنسی از زن تعریف نموده‌اند (الحطاب الرعینی، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ص ۴۳۰). این در حالی است که حنبلی‌ها نکاح را عقدی تعریف کرده‌اند که با الفاظ نکاح و تزویج بر منفعت استمتاع دلالت نماید (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق: ص ۱۸). در میان این تعاریف مطرح شده، به نظر می‌رسد تعریفی که محقق خوئی از نکاح ارائه کرده، جامعیت کافی داشته و بیشتر بیانگر ماهیت هر دو قسم نکاح (دائم و منقطع) بوده است؛ چون اثر اصلی و جدانشدنی عقد نکاح (علقه زوجیت) در این تعریف وارد شده است. از طرف دیگر، هرکدام از تعریف‌های دیگر خدشه‌پذیرند؛ زیرا نخست: حق تمتع جنسی یکی از اهداف نکاح است، نه تنها هدف آن؛ دوم: تعریف نکاح به تشکیل خانواده، جامع افراد نیست، زیرا شامل نکاح منقطع نمی‌شود؛ سوم: نکاح تملیک یا اباحه بضع در مقابل مهریه نیست؛ چون به اذعان برخی از صاحب‌نظران، نکاح از ضروب عبادات است و صرف معاوضه و تملیک نیست (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲: ص ۸۶) و حتی گفته شده که مقصود اصلی نکاح عبادت است (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴: ص ۵۰۰). از سوی دیگر، نکاح اجاره اشخاص نیست تا تلقی گردد که مرد با عقد نکاح، مالک منفعت استمتاع از زن می‌گردد.

۲. مقتضای عقد

مقتضا اسم مفعول از ماده «قضى» و از باب افتعال است و در لغت به معنی مستوجب بودن و دلالت کردن آمده است (معلوف، ۱۳۸۳: ص ۶۳۶). پس مقتضای عقد در لغت یعنی آنچه که عقد مستوجب و مستلزم آن است و دلالت بر آن دارد. به‌طور کلی، فقیهان و حقوق دانان مقتضای عقد را به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق عقد تقسیم کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۲۶۸).

۱-۲. مقتضای اطلاق عقد

برخی از فقیهان و حقوق‌دانان گفته‌اند: «اقتضای اطلاق عقد اثری از آثار عقود است که هرگاه در عقد نسبت به آن ذکر به میان نیاید، عقد موجب حصول آن اثر باشد» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ص ۲۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۷۷). مثلاً هرگاه در عقد بیع درباره محل تسلیم مبیع صحبتی نشود، بایع باید مبیع را در محل وقوع عقد تحویل دهد (ماده ۲۸۰ ق.م.ا). از این رو، اگر عقد به طور مطلق تشکیل شود، اثرش خودبه‌خود ایجاد می‌شود. برخی نیز گفته‌اند:

مقتضای اطلاق یا اثر اطلاق عقد، اثری است که از ماهیت عقد ناشی نمی‌شود و لازمه آن نیست؛ بلکه هرگاه معامله به طور مطلق تشکیل گردد، اثر مزبور تحقق خواهد یافت و چون این اثر با ذات عقد ملازمه ندارد، می‌توان با درج شرط خلاف از تولید آن جلوگیری کرد (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۸: ص ۸۷).

فقیهان اهل سنت، که دیدگاهی مشابه با فقیهان امامیه دارند، معتقدند: مقتضای اطلاق عقد این است که هرگاه عقد بدون قید و شرط باشد، عقد موجب حصول آن اثر باشد. مثلاً مقتضای اطلاق عقد بیع این است که مبیع سالم تحویل مشتری گردد» (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳: ص ۹۳). یکی دیگر از فقیهان اهل سنت آورده است: «مقتضای اطلاق عقد اجاره این است که مستأجر می‌تواند در خانه‌ای که اجاره کرده، سکونت کند» (المقدسی، بی تا «الف»، ج ۶: ص ۶).

با توجه به مطالب بالا می‌توان گفت که مقتضای اطلاق عقد، از منظر فقه امامیه و اهل سنت، اثری است که برای تحقق آن به ذکرش در عقد نیازی نیست؛ بلکه با ایجاد عقد، خودبه‌خود محقق می‌شود و تنها مانع وجودی آن، شرط خلاف آن است.

۲-۲. مقتضای ذات عقد

تعاریف مختلفی درباره مفهوم مقتضای ذات عقد ارائه شده است. برخی از فقیهان امامیه آن را به ماهیت عقد تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ص ۲۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق،

ج ۲: ص ۹۴). برخی از حقوق دانان در این زمینه معتقدند:

مقتضی آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود؛ به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است و چنین اثری از عقد جداشدنی است. مثلاً انتقال مالکیت در مبیع عین معین، مقتضای ذات عقد بیع است که بدون آن نمی‌توان ماهیت معامله را محقق دانست (شهیدی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۱۱۲).

برخی دیگر در مقام تبیین مقتضای ذاتی هر عقد بیان داشته‌اند:

مقتضای ذات عقد عبارت از امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌گردد. می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست. هر نوع از عقود مقتضای مخصوصی دارد که مستقیماً به سبب آن حاصل می‌گردد، چنان که مقتضای عقد بیع، ملکیت مبیع برای مشتری، و ملکیت ثمن برای بایع است (امامی، ۱۳۸۵، ج ۱: ص ۲۷۸).

فقیهان اهل سنت نیز مقصود اصلی عقد را مقتضای ذات عقد دانسته‌اند (الخطیب الشربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴: ص ۳۷۷). مثلاً یکی از فقیهان اهل سنت در این زمینه گفته است:

اگر بایع بر مشتری شرط کند که مشتری نتواند مبیع را بفروشد، این شرط با مقصود اصلی عقد منافات دارد و خلاف مقتضای ذات عقد بیع است (الکاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵: ص ۱۷۰).

بنابراین، می‌توان گفت که منظور از مقتضای ذاتی عقد، هر امری است که مقصود اصلی متعاقدين از ایجاد چنین عقدی بوده و از عقد موجود جداشدنی نیست.

۳. مقتضای ذات عقد نکاح

مقتضای ذات عقد نکاح نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد نکاح را منعقد کرده‌اند. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۷۲). با وجود این، در مورد چیستی اثر مستقیم عقد نکاح یا به تعبیر دیگر، مقتضای ذات عقد نکاح و معیار تشخیص آن،

ابهاماتی وجود دارد که نیازمند بررسی است. از آنجا که فقیهان امامیه نکاح منقطع را نیز پذیرفته‌اند (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱: ص ۳۱۳)، هر دو قسم نکاح، اعم از دائم و منقطع، منظور و مورد بحث ما قرار گرفته است.

با بررسی نظریات و گفته‌های صاحبان سخن و جست‌وجو در آرای فقیهان امامیه و عامه، و حقوق‌دانان می‌توان گفت: سه نظریه مهم در میان فقیهان و حقوق‌دانان درباره مقتضای ذات عقد نکاح وجود دارد. در ادامه، ضمن ذکر این دیدگاه‌ها، به نقد و بررسی آنها پرداخته می‌شود.

۳-۱. دیدگاه نخست: وطی

عده‌ای از فقیهان امامیه و حقوق‌دانان و بیشتر فقیهان عامه، حق تمتع جنسی یا به دیگر سخن، وطی را مقتضای ذات عقد نکاح دانسته و بر این باورند که عقد نکاح، بالذات، وجود رابطه جنسی بین زوجین را پدید می‌آورد؛ به نحوی که نکاحی که در آن رابطه جنسی نفی گردد یا محدود به زمان یا مکان خاصی گردد، خالی از موضوع می‌شود. در اینجا، ضمن ذکر دیدگاه‌های این افراد، به نقد و بررسی آنها پرداخته می‌شود.

از کلام برخی از صاحب‌نظران استفاده می‌شود که ایشان وطی را از مقتضیات ذات عقد نکاح دانسته‌اند. شیخ انصاری در این زمینه آورده است: «مقصود ذاتی از عقد نکاح وطی بوده و باقی آثار تابع آن است»^۳ (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۲۶۶). عده‌ای دیگر نیز بدان جهت که وطی را از مقتضیات ذات نکاح شمرده‌اند، شرط خلاف آن را باطل و مبطل عقد نکاح دانسته‌اند (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۳: ص ۲۴۵).

از میان حقوق‌دانان نیز کسانی هستند که تمتع جنسی را هدف اصلی عقد نکاح دانسته‌اند. به نظر آنان، اتحاد جنسی زن و شوهر و برقراری حق استمتاع لازمه عرفی ایجاد رابطه زناشویی و مقتضای ذات عقد نکاح است و شرط بر خلاف آن، نه تنها نامشروع و فاسد، بلکه مبطل عقد نیز خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵: ص ۱۹۳). دکتر کاتوزیان نیز معتقد است: «پیوندی را که در آن زن و مرد حق تمتع جنسی از یکدیگر را نداشته باشند نباید نکاح نامید. داوری عرف قطعاً چنین است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۲۵۴).



یکی دیگر از حقوق دانان آورده است:

درواقع، تأکید در نکاح و تشویق و تحریض در آن، از طرف دین مقدس اسلام صرفاً جهت بقای نسل و تولید و تکثیر نوع بشر و نیز به خاطر محفوظ نگه داشتن افراد از هرگونه فساد و فحشا است. طریقه نیل به این هدف نیز نکاح است. بنابراین، شرطی که در راه رسیدن به این مقصود مانع ایجاد کند، خلاف مقتضای آن است (محقق داماد، ۱۳۶۰: ص ۵۳).

از میان فقیهان اهل سنت، ابن قدامه (از فقیهان مذهب حنبلی) در کتاب المغنی به نقل از قاضی آورده است:

اگر در عقد نکاح عدم مقاربت شرط گردد، محتمل است که عقد مزبور فاسد شود؛ چون ترک وطی با مقصود اصلی عقد نکاح منافات دارد. او این نظریه را به مذهب شافعی نیز نسبت داده است (المقدسی، بی تا «ب»، ج ۷: ص ۵۴۱).

البهوتی، از فقیهان حنبلی، نیز در بحث شروط عقد نکاح، نزدیکی جنسی مرد با زن را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی کرده و شرط عدم مقاربت را به جهت منافات با مقتضای عقد نکاح، فاسد و مفسد عقد دانسته است (البهوتی، بی تا، ج ۵: ص ۹۷). همچنین، برخی دیگر از فقیهان حنفی، نکاح را دربردارنده آثار اصلی و تبعی، و وطی را اثر اصلی عقد نکاح می دانند (الکاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۳۳۱). برخی دیگر نیز، از جمله سرخسی (صاحب المیسوط) معتقد است که نکاح مانند بیع عقد معاوضی است و از آنجا که مقصود اصلی از نکاح ارضای شهوت و تولیدمثل است، بنابراین، شرط خلاف آن باطل و مبطل عقد است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ص ۹۵). با مراجعه به فقه مالکی نیز استفاده می شود که فقیهان مالکی، همسو با مذهب حنبلی ها، مقاربت و استمتاع جنسی را مقصود اصلی و مقتضای ذاتی نکاح دانسته اند. در این باره، یکی از فقیهان مذهب مالکی آورده است: «نکاح مستوجب مالکیتی است که به موجب آن، استمتاع جنسی از زن مباح می شود» (الخطاب الرعینی، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ص ۴۰۶).

همان طور که قبلاً گفته شد، بهترین روش برای تشخیص و شناسایی مقتضای ذات

عقد نکاح، توجه به ماهیت و تعریف عقد نکاح است و به این دلیل که در اعتباریات جنس و فصل حقیقی وجود ندارد، فقیهان یکی از آثار اصلی و جدانشدنی نکاح را در تعریف آن گنجانده‌اند. حال، با توجه به تعاریف مطرح شده، شناسایی اثر و مقتضای ذاتی عقد نکاح امکان‌پذیر است. با عنایت به تعاریف فقیهان عامه از ماهیت نکاح، استفاده می‌شود که بیشتر آنها استمتاع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند؛ چون در بیشتر تعریف‌های فقیهان عامه، اباحه استمتاع جنسی و مالکیت تلذذ جنسی به‌عنوان اثر بارز و جدانشدنی عقد نکاح اخذ شده‌است. با در نظر گرفتن تعریف‌های بعضی از فقیهان امامیه و حقوق‌دانان نیز می‌توان به این نظر رسید.

با بررسی سخن این دسته از فقیهان و حقوق‌دانان به‌دست می‌آید که بعضی از آنها تمتع جنسی را اثر بارز و جدانشدنی عقد نکاح معرفی کرده‌اند و برخی دیگر مفاهیمی مانند وطی، مقاربت جنسی، دخول یا نزدیکی را مقتضای ذات عقد نکاح دانسته‌اند. رابطه منطقی بین تمتع جنسی و دخول از نوع عموم و خصوص مطلق است: با این توضیح که تمتع جنسی عام از دخول است و علاوه بر آن تقبیل، لمس و لذت‌های جنسی دیگر را دربر می‌گیرد. به نظر می‌رسد کسانی که تمتع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی کرده‌اند، مرادشان از تمتع جنسی همان دخول و نزدیکی باشد؛ چون بارزترین نوع تمتع جنسی است و اگر تمتع جنسی مقتضای ذات عقد باشد، باید بارزترین مصداق آن (دخول و نزدیکی) در نظر گرفته شود. مؤید این ادعا این است که بعضی از فقیهان و حقوق‌دانانی که تمتع جنسی را مقتضای ذات نکاح دانسته‌اند، در توجیه آن گفته‌اند: هدف از نکاح، تولیدمثل و بقای نسل است (محقق داماد، ۱۳۶۰: ص ۵۳) و اگر شرط شود که تمتع جنسی نباشد، هدف اصلی نکاح از بین می‌رود. بقای نسل و تولیدمثل با تمتع جنسی به معنای خاص - که همان نزدیکی است - محقق می‌شود نه تمتع جنسی به معنای عام. بنابراین، به عقیده فقیهان دسته نخست، مقتضای ذات عقد نکاح تمتع جنسی به معنای خاص (نزدیکی و وطی) است.

با فرض پذیرش این دیدگاه که استمتاع جنسی و وطی اثر اصلی و مقتضای ذات عقد نکاح است، این نتیجه منطقی به‌دست می‌آید که هرگونه شرط و توافقی برخلاف آن،



نه تنها محکوم به بطلان است، بلکه سبب بطلان عقد نیز می‌شود؛ درحالی که بسیاری از فقیهان معتقدند که شرط عدم نزدیکی و استمتاع جنسی جایز است. در این زمینه، جهت تبیین بیشتر ماهیت مسئله، سخنان برخی از اندیشمندان فقهی درباره عقد مشروط به عدم وطی ذکر می‌گردد:

الف. عده‌ای از فقیهان، که حق استمتاع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند، شرط خلاف را منافی با مقتضای عقد نکاح و مبطل عقد دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۲۶۶؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲: ص ۱۱۲؛ البهوتی، بی تا، ج ۵: ص ۹۷).

ب. نقطه مقابل این دیدگاه، کسانی هستند که وطی و مقاربت جنسی را یکی از آثار عقد نکاح و حقوق زوجین دانسته‌اند و شرط بر خلاف آن را صحیح و نافذ می‌دانند. طرفداران این دیدگاه معتقدند که وطی از جمله حقوق مربوط به زوجین است و آنان می‌توانند هرگونه که بخواهند، بر سر آن توافق نمایند. شرط مزبور برخلاف مقتضای ذات عقد نکاح نیز نیست. در این صورت، زن پس از عقد می‌تواند به زوج اجازه نزدیکی بدهد؛ زیرا شرط برای زن ایجاد حق می‌کند و مشروط‌اله می‌تواند از آن چشم‌پوشد (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۴۷۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۷۷). با بهره‌گیری از قول مشهور امامیه، در تقویت این دیدگاه می‌توان گفت: شرط عدم نزدیکی نه خلاف مقتضای عقد است و نه نامشروع؛ چون نکاح اهداف مختلفی دارد و نزدیکی تنها هدف و مقتضای ذات نکاح نیست که در صورت شرط عدم دخول، نکاح نتواند تحقق یابد. به علاوه، چنین شرطی را قانون منع نکرده و شرط مزبور برخلاف نظم عمومی هم نیست (صفایی، ۱۳۷۲، ج ۱: ص ۷۷). این دیدگاه در بین فقیهان امامیه شهرت چشمگیری دارد؛ به گونه‌ای که درباره آن ادعای عدم اختلاف نیز شده است (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ص ۳۷۲). مستند مشهور بر صحت چنین شرطی صحیحۀ عماربن مروان است که در ادامه ذکر خواهد شد.

ج. برخلاف دو دیدگاه مطرح شده - که یکی وطی را مقتضای ذات و دیگری آن را مقتضای اطلاق نکاح برشمرده -، دیدگاه سوم بر این باور استوار است که حق مقاربت جنسی مقتضای ذات عقد نکاح نیست. بنابراین، عقدی که مشروط به عدم مقاربت

جنسی است، باطل عقد نخواهد بود؛ ولی به دلیل اهتمام و ضرورت وجود رابطه جنسی میان زوجین از یک سو، و مغایرت با کتاب و سنت، قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه از سوی دیگر، شرط مزبور نامشروع تلقی شده است و از این رو، باطل و فاقد اثر دانسته می‌شود؛ اما بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند. از این رو، هیچ‌گونه الزامی برای متعاقبین ایجاد نخواهد کرد (شهیدی، ۱۳۸۵: ص ۱۱۶). صاحب‌نظرانی همچون ابن‌ادریس و صاحب‌جوهر، از جمله کسانی هستند که شرط عدم مقاربت در عقد نکاح را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل می‌دانند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۵۸۹؛ صاحب‌جوهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۱۰۰).

۳-۱-۱. نقد و بررسی دیدگاه نخست

یکی از استدلال‌های دیدگاه نخست این بود که «پیوندی که در آن، زن و مرد حق استمتاع جنسی را ندارند، عرفاً نمی‌توان نکاح نامید» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۳۴). اما این استدلال مردود است زیرا نخست، چنین عرف مسلم و قطعی‌ای وجود ندارد. دوم، استناد به قواعد عرفی در صورتی صحیح است که مخالف قواعد و اصول مسلم فقهی و حقوقی نباشد؛ درحالی‌که چنین عرفی، بر فرض وجود آن، هم مخالف قواعد حقوقی و هم مخالف مصالح جامعه است؛ زیرا به دلیل اهمیت ازدواج و توصیه به آسان‌گیری در آن در فقه و حقوق اسلامی، گفتن این مطلب که شروط ناظر به روابط جنسی برخلاف مقتضای ذات نکاح بوده و در نتیجه، باطل و مبطل عقد هستند، استدلالی برخلاف جهت‌گیری فقه اسلامی و قانونگذار در جهت انعقاد و حفظ نهاد خانواده است. بنابراین، به نظر می‌رسد نه تنها عرف چنین داورای‌ای را نمی‌پذیرد؛ بلکه اگر چنین عرفی وجود داشته باشد، برخلاف احکام مندرج در باب نکاح، و در تعارض صریح با مصالح اجتماعی خواهد بود.

استدلال دیگر درباره مقتضای ذات نکاح بودن وطی، این بود که در صورت شرط عدم نزدیکی، عقد نکاح بیهوده و بی‌محتوا خواهد بود یا اینکه تولیدمثل لازمه نکاح است. ولی این دلایل در جای خود خدشه‌پذیرند، زیرا در هر نکاحی اغراض متعدد وجود دارد. نزدیکی و توالد می‌تواند از اغراض مهم در نکاح باشد. ولی لازمه آن نیست؛ زیرا اگر قانونگذار

تولیدمثل را از لوازم نکاح می‌دانست، نکاح پیرمرد و پیرزن را اجازه نمی‌داد یا اگر نزدیکی از شرایط صحت نکاح بود، نکاح عنن، خصاء و قرن از موانع نکاح بودند؛ درحالی‌که این عیوب فقط مجوزهایی برای فسخ نکاح‌اند (شایگان، ۱۳۸۴: ص ۲۱۳). از سوی دیگر، چنین برداشتی به دلیل نادیده گرفتن آثار دیگر عقد است. درواقع، نزدیکی تنها اثر نکاح نیست که فقدانش عقد را بیهوده و بی‌فایده کند. زیر یک سقف زندگی کردن، مهریه، نفقه، توارث و از همه مهم‌تر ایجاد علقه زوجیت آثاری هستند که عقد نکاح بدون نزدیکی نیز دربردارنده آن است. بنابراین، بیهوده انگاشتن نکاح بدون تمتع جنسی درست نیست. همچنان‌که مرحوم صاحب جواهر مقاصد ازدواج را منحصر به تمتعات جنسی و تولیدمثل ندانسته و معتقد است که اساساً برای صحت عقد، رعایت مقاصد و لحاظ غایات اعتباری ندارد. به نظر ایشان، اگر وطی از مقتضای ذات عقد نکاح بود - به طوری‌که اشتراط عدم وطی، موجب بطلان عقد شود -، در این صورت نکاح متعذرالوطی (مرد یا زنی که نمی‌تواند وطی انجام دهد) جایز نبود؛ درحالی‌که فساد این سخن معلوم است، چون وطی یکی از غایات نکاح است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۱۰۰). همچنین، مخالفان نظریه «اقتضای ذات بودن وطی» به روایتی از عماربن مروان تمسک جسته‌اند:

عماربن مروان از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که به امام عرض کردم: «مردی پیش زنی رفته و از او خواستگاری نموده و زن گفته است من خودم را به حباله نکاح تو درآوردم؛ مشروط به اینکه تمام استمتاعات جنسی را همچون نگاه کردن، لمس کردن و هر عملی که یک مرد با زنش انجام می‌دهد، انجام بدهی؛ جز آنکه دخول صورت نگیرد، و غیر از آن هرچه خواستی لذت ببر، چون من از رسوایی می‌ترسم.» امام علیه السلام فرمودند: «اشکالی ندارد. مرد به‌جز آنچه شرط کرده، حق ندارد» ^۴ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۶۷).

۳-۱-۱- تحلیل و بازخوانی مفاد روایت

موافقان نظریه «مقتضای ذات بودن وطی» معتقدند: در نکاح دایم نمی‌توان شرط عدم نزدیکی نمود، زیرا هر شرطی که مخالف مقتضای ذات عقد باشد، باطل و مبطل عقد

است. بنابراین، آنان در توجیه روایت بالا که دلالت بر صحت شرط عدم نزدیکی دارد، گفته‌اند: با توجه به قید «إني أخاف الفضيحة» در روایت مزبور، به نظر می‌رسد روایت اشاره به نکاح موقت دارد؛ زیرا نکاح متعه، اساسش بر پنهان بودن است و آن زن خواسته است که این رابطه مشروع مخفی بماند و این راز با مسائلی چون وطی و تبعات آن مثل باروری فاش نگردد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۹۹). در نتیجه، روایت هیچ دلالتی بر صحیح بودن شرط عدم نزدیکی در نکاح دائم ندارد.

اما این ادعا فاقد مستندات و مؤیدات متقن بوده و توجیهی است که جهت همسو نمودن این روایت با مدعای خود مطرح شده است. آیت‌الله شبیری زنجانی، از فقیهان معاصر، در این باره بیان می‌کند:

در این مورد دو روایت وارد شده: یکی روایت سماعه بن مهران و دیگری روایت عمار بن مروان است. صاحب جواهر بین این دو فرق گذاشته است: در روایت عمار کلمه «متعّه» را نقل کرده ولی در روایت سماعه نقل نکرده است؛ در حالی که این کلمه در هیچ کدام از روایات و در هیچ منبع حدیثی نیامده است: در نسخه‌های متعدد کافی نیز کلمه «متعّه» ذکر نشده است؛ در نسخه‌های معتبر تهذیب هم وجود ندارد؛ در وافی که خود مرحوم صاحب وافی با نسخه‌ها مقابله می‌کند، وجود ندارد؛ در وسائل الشیعه هم نیست؛ در ترتیب التهذیب مرحوم بحرانی نیست؛ شیخ مفید هم با اینکه روایت را در رسالة المتعة خود ذکر می‌کند کلمه «متعّه» ندارد؛ پس نمی‌تواند قرینه‌ای برای متعه باشد و استفاده متعه از این جمله (إني أخاف الفضيحة) مشکل است؛ چون تزویج به تزویج دائم اطلاق می‌شود و حتی یک مورد هم سراغ نداریم که تزویج علی وجه الاطلاق به خصوص متعه حمل شده باشد. به علاوه، فضاحت منحصر به مسئله انقطاع نیست. عدم تناسب شأن خانوادگی نیز موجب فضاحت و سرشکستگی است و اگر بکارت زائل شود، فضاحت به وجود می‌آید. همچنین گاهی دختر عقد کرده و به خانه شوهر نرفته ممکن است راضی به مباشرت نباشد و آن را مایه فضاحت بداند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۳: ص ۷۳۱۷).



بنابراین، نخست، ظاهر یا قدر مسلم از روایت ذکرشده، همان تزویج دائم است؛ چون در هیچ‌یک از منابع معتبر این روایت، ذکر از عنوان متعه نیامده است. دوم، برفرض پذیرش ادعای مستشکل، در پاسخ می‌توان گفت: همان‌گونه که احتمال منقطع بودن نکاح در این روایت وجود دارد، احتمال دائمی بودن آن نیز دور از ذهن نیست. از این‌رو، مطابق قاعده معروف «إذا جاء الإحتمال بطل الإستدلال»، محمل صحیحی بر توجیه مستشکل وجود ندارد.

در این راستا، بدیهی است حتی آن دسته از فقیهانی که شرط عدم وطی را باطل دانسته‌اند، دلیل بطلان‌شان مخالفت شرط مزبور با مقتضای ذات عقد نکاح نبوده است؛ بلکه به جهت مخالفت آن با کتاب و سنت یا به تعبیر دیگر، نامشروع بودن آن است (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۵۸۹؛ صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۱۰۰). بنابراین، با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته، دانسته شد که استمتاع جنسی و مقاربت از مقتضای ذات نکاح نیست؛ بلکه مقتضای اطلاق عقد نکاح است و از این‌رو، نقل و بررسی اقوال دیگر در این زمینه، نیاز است.

۲-۳. دیدگاه دوم: تشکیل خانواده

از تعریف‌ها و نظرات عده‌ای از فقیهان و حقوق‌دانان چنین به نظر می‌رسد که آنها تشکیل خانواده و اتحاد زن و شوهر را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند. در این مجال، این نظریه تشریح و نظرات موافق و مخالف ذکر و بررسی می‌شود.

فقیهان و حقوق‌دانان می‌کوشند که در تعریف نکاح، اثری را برگیرند که بیانگر تمام ماهیت این عقد باشد. بدین منظور، برخی از حقوق‌دانان نکاح را به عقدی که به موجب آن زن و مرد به‌منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند، تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۲۰؛ شایگان، ۱۳۸۴، ج ۱: ص ۵۸۹)؛ یعنی آنان از بین آثار گوناگون عقد نکاح، «تشکیل خانواده» را در تعریف گنجانده‌اند. بنابراین، می‌توان گفت که به نظر این گروه، «تشکیل خانواده» مقتضای ذات عقد نکاح است.

برخی از فقیهان معاصر در این زمینه گفته‌اند:

در سایه همین تشکیل خانواده و زندگی مشترک است که توالد و تناسل و در نتیجه، بقاء نوع آدمی شکل می‌گیرد. و این زندگی مشترک و جامعه کوچک، هسته اصلی جامعه بزرگ انسانی را تشکیل می‌دهد (فاضل لنکرانی، بی‌تا: ص ۱۲۹).

این یعنی آنان «تشکیل خانواده» را اثر اصلی و تولیدمثل را از اثرهای آن می‌دانند. همچنین، در لسان بعضی دیگر از فقیهان، «تشکیل خانواده» با ازدواج استعمال شده و اثرات و ثمرات ازدواج برای آن هم به کار رفته است (منتظری، ۱۴۲۷ق: ص ۲۲۵).
بعضی از پژوهشگران نیز در مقالات خود «تشکیل خانواده» را مقتضای عقد نکاح معرفی کرده‌اند. یکی از آنها در این زمینه می‌نویسد:

به‌طور کلی می‌توان مقتضای عقد نکاح را به این صورت تشریح کرد که مقتضای عقد نکاح تشکیل خانواده و زندگی مشترک است و به دنبال مقتضای فوق، اثرات دیگر ایجاد می‌شود (باباپور و دیگران، ۱۳۹۰: ص ۷۵).

۳-۲-۱. نقد و بررسی دیدگاه دوم

این دیدگاه در جای خود نقدپذیر است: بدان جهت که، نخست، هیچ‌یک از اندیشمندان معروف فقه امامیه و اهل سنت تشکیل خانواده را مقتضای ذات عقد نکاح مطرح ننموده‌اند. از کلام مرحوم فاضل لنکرانی نیز نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که مقتضای ذات عقد نکاح، تشکیل زندگی مشترک باشد؛ زیرا لازمه این سخن - که توالد و تناسل در سایه تشکیل خانواده و زندگی مشترک است - موجب نمی‌شود که تشکیل خانواده و زندگی مشترک مقتضای ذات و اثر جدانشدنی عقد نکاح باشد. دوم، مفهوم و مراد از تشکیل خانواده ایجاد یک واحد اجتماعی کوچک - زیر یک سقف و دارای چارچوب خاص اجتماعی - است؛ این واحد کوچک، در واقع، هسته اصلی جامعه بشری را تشکیل می‌دهد؛ به گونه‌ای که فرزندان حاصل از آن ازدواج، آن را تکمیل می‌کنند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۵). حال، با عنایت به مفهوم تشکیل خانواده، بدیهی است که چه بسا ممکن است مرد و زنی با هم ازدواج نمایند، ولی



تشکیل خانواده نداده و زیر یک سقف زندگی نکنند: به هیچ عنوان، چنین نکاحی محکوم به بطلان نشده است و از سوی دیگر، در عقد نکاح منقطع که در فقه امامیه و حقوق ایران پذیرفته شده، غالباً تشکیل خانواده صورت نمی‌گیرد، بلکه نوعاً به منظور التذاذ و کامیابی جنسی منعقد می‌شود^۵ (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۳: ص ۲۴۵) نه تشکیل خانواده؛ اما با وجود این، فقیهان و حقوق‌دانان آن را نکاح نامیده و آثار عقد نکاح را بر آن مترتب کرده‌اند؛ درحالی که اگر تشکیل خانواده و زندگی مشترک اثر جدانشدنی نکاح بود، نباید نکاح منقطع را نکاح می‌نامیدند. از سوی دیگر، اگر این نظریه صحیح باشد، ثمره فقهی آن این خواهد بود که در صورت شرط عدم تشکیل خانواده در عقد نکاح، اعم از دائم و موقت، اصل عقد نکاح باطل گردد؛ چون شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل و مبطل عقد است. این در حالی است که اثبات چنین ادعایی بسیار مشکل است و کسی از فقیهان مشهور امامیه و اهل سنت چنین نظریه‌ای ندارند.

۳-۳. دیدگاه سوم: علقه زوجیت

علقه زوجیت یعنی ارتباط و علاقه‌ای که به طور مستقیم پس از انعقاد عقد نکاح بین زن و مرد به وجود می‌آید، مانند عقد بیع که در آن، بلافاصله پس از ایجاب و قبول متعاقدين، ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع منتقل می‌شود.

بسیاری از فقیهان امامیه علقه زوجیت را مقتضای ذات عقد نکاح یا همان اثر اصلی نکاح دانسته و معتقدند: سایر آثار نکاح مانند حلیت و طی، وجوب نفقه و توارث در پی ایجاد علقه زوجیت حاصل می‌شود (تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱ق: ص ۲۰؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ص ۳۶۵؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۳: ص ۵۷۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۱۵۶؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۸: ص ۲۷۲۶). حتی فقیهان آثار دیگر نکاح را دائرمدار علقه زوجیت دانسته و بر این باورند: «حلیت و طی دائرمدار علقه زوجیت است. اگر علقه زوجیت موجود باشد، حلیت و طی و تمتعات جنسی دیگر موجود خواهد بود.» (کلاتر، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰: ص ۲۰۱) برخی دیگر نیز علقه زوجیت را مقتضای ذات، اثر بدون واسطه و حقیقت عقد نکاح دانسته که با طلاق زائل می‌شود (عمانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۸۳؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ق،

ج ۱: ص ۱۸۲؛ حجت کوه‌کمری، ۱۴۰۹ق: ص ۱۰۳؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۶۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ص ۵۵۶). بسیاری از حقوق‌دانان نیز علقهٔ زوجیت را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی کرده و معتقدند: اگر طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطهٔ مزبور ایجاد نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است» (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۳۶۹؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۷۲؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ص ۱۹۵). بنابراین، شرط عدم تحقق علقهٔ زوجیت در ضمن عقد نکاح (اعم از دائم یا موقت)، باطل و مبطل آن عقد خواهد بود و برخلاف دو مورد دیگر، در مبطل بودن چنین شرطی هیچ تردیدی نیست.

۳-۴. ارزیابی ادله و نظریهٔ برگزیده

با تتبع و واکاوی‌های صورت‌گرفته، روشن شد که در میان منابع فقیهان عامه، دیدگاهی که علقهٔ زوجیت را مقتضای ذاتی عقد نکاح دانسته باشد، به چشم نمی‌خورد؛ اما در این میان، دلایل و شواهدی مبنی بر قوت و برتری دیدگاه سوم وجود دارد که به شرح زیر قابل استناد است:

این دیدگاه که وطی یا تشکیل خانواده، مقتضای ذات عقد نکاح دائم یا منقطع است، در هر صورت، بر تالی فاسدی پایه دارد که فاقد توجیهاات منطقی است؛ چون:

نخست: تحقق رابطهٔ زوجیت مقدم بر تمتع جنسی، وطی، تولیدمثل و تشکیل خانواده، امری عقلی و انکارناپذیر در مباحث فقهی و حقوقی است؛ زیرا تا زمانی که در نتیجهٔ عقدی صحیح و نافذ، بین طرفین رابطهٔ زوجیت برقرار نشود، آثار دیگر نکاح نیز به وجود نمی‌آید (تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱ق: ص ۲۰؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ص ۳۶۵؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۳: ص ۵۷۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۱۵۶؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۸: ص ۲۷۲۶).

دوم: به‌اذعان فقیهان، علقهٔ زوجیت نخستین اثر عقد نکاح دائم و موقت است که با تحقق ایجاب و قبول بین زوجین محقق می‌گردد و با طلاق یا فسخ، زایل می‌شود (عمانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۸۳؛ کمپانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۱۸۲؛ حجت کوه‌کمری، ۱۴۰۹ق: ص ۱۰۳؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۶۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ص ۵۵۶). این نکته خود دلیل است بر اینکه علقهٔ زوجیت اثر اصلی و مقتضای ذات هر دو قسم نکاح است؛ چون فقیهان امامیه

و اهل سنت در تعریف مقتضای ذات عقد گفته‌اند که مقتضای ذات هر عقدی نخستین اثر یا اثر اصلی و جدانشدنی آن عقد است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۷۲؛ الخطیب الشربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴: ص ۳۷۷).

سوم: عرف یکی از معیارهای تشخیص مقتضای ذات عقد است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ص ۲۷؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ص ۹۱۶؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۲۵؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۶۴). در عرف عام، با تحقق عقد نکاح بین زن و مرد، رابطه‌ای پدید می‌آید که از آن تعبیر به همسر بودن و شوهر بودن می‌شود: این تعبیر همان علقهٔ زوجیت بین مرد و زن است. بنابراین، با مراجعه به عرف نیز روشن می‌شود که علقهٔ زوجیت نخستین و اصلی‌ترین اثر عقد نکاح است؛ زیرا در عرف، عقد نکاحی را که در آن بین زوجین عدم تحقق علقهٔ زوجیت شرط شده باشد، عقد نکاح نمی‌نامند؛ با وجود این، در عرف، عقد نکاحی را که در آن شرط عدم وطی و عدم تشکیل خانواده شده است هم عقد نکاح می‌نامند. از این رو، در عصر حاضر پس از تحقق ایجاب و قبول، و انعقاد عقد نکاح و معمولاً عمل وطی، تشکیل خانواده و زندگی مشترک صورت نمی‌گیرد؛ بلکه زوجین پس از گذشت چندین ماه یا سال زندگی مشترک را آغاز می‌کنند؛ اما با وجود این، آنها از نظر عرف و شرع، همسر یکدیگرند؛ درحالی که اگر عمل وطی یا زندگی مشترک اثر جدانشدنی عقد نکاح بود، باید از همان لحظهٔ وقوع عقد، این آثار محقق می‌شد.

به تعبیر دیگر، همان‌گونه که اگر در زمان عقد بیع، مالکیت مبیع به مشتری و مالکیت ثمن به بایع منتقل نشود، عرف و شرع آن عقد را منتفی می‌دانند (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ص ۴۱۴؛ بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۲: ص ۴۷۲). در اینجا نیز اگر گفته شود که عمل وطی یا تشکیل خانواده مقتضای ذات عقدند، چون پس از اجرای عقد، وطی و تشکیل خانواده محقق نمی‌شود، عرف باید چنین عقدی را از اساس منتفی می‌دانست.

ممکن است گفته شود عقد با قصد جدی طرفین ایجاد شده، منتهی وجود اثر اصلی آن ممکن است در بسیاری از مواقع موکول به گذشت مدت زمانی شده باشد. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: در این صورت، عقد معلق بوده و عقد معلق به اجماع فقیهان

باطل است (محقق داماد، ۱۳۸۰: ص ۱۸۵). در نتیجه، نمی‌توان مقتضای ذات عقد نکاح بودن عمل وطی و تشکیل خانواده را از عرف استظهار نمود؛ بلکه از نظر عرف، این دو مورد نیز از آثار تبعی عقد نکاح محسوب می‌گردند، نه اثر جدانشدنی عقد نکاح.

از سوی دیگر، گفته شده است که مقتضای ذات عقد آن چنان اثری است که شرط مخالف آن باطل و مبطل عقد است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۴۱)؛ درحالی که در روایت صحیحۀ عماربن مروان از امام صادق علیه السلام، شرط عدم وطی مشروع و لازم‌الاتباع دانسته شده است (اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۲: ص ۷۰).

مؤید دیگر آن این است که در قانون مدنی ایران - که از فقه امامیه اقتباس شده است - علقه زوجیت اثر اصلی عقد نکاح معرفی شده است. این مطلب در مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ ق.م منعکس شده است. در ماده ۱۱۰۲ آمده است: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.» با توجه به مفهوم این ماده درمی‌یابیم که قانونگذار علقه زوجیت را به نکاح صحیح متوقف دانسته و حقوق و تکالیف زوجین را (که یکی از آنها تمتع جنسی است) پس از موجود شدن علقه زوجیت برقرار ساخته است. ماده ۱۰۳۵ ق.م نیز مقرر می‌کند: «وعدۀ ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند...». بنابراین، اثر و مقتضای ذات نکاح و آنچه عقد نکاح در پی به وجود آوردن آن است، ایجاد علقه زوجیت است که بلافاصله پس از اجرای صیغه عقد نکاح به وجود می‌آید و آثار دیگر مترتب بر این اثر است. بنابراین، همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران نیز تصریح نموده‌اند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۳۶۹)، اگر در عقد نکاح شرط شود که بین زوجین علقه زوجیت واقع نشود، چنین شرطی باطل و مبطل عقد خواهد بود.

حال، پس از تحلیل و واکاوی دیدگاه‌های مطرح‌شده و ارزیابی ادله آنان، تحقیق پیش‌رو حاوی این مهم است: آنچه که ایجاب و قبول عقد نکاح، پدیدآورنده‌اش بوده یا به تعبیر دیگر، محصول اصلی و اساسی عقد نکاح محسوب می‌شود، علقه زوجیت بوده است که مقتضای ذاتی عقد نکاح و از آن جدانشدنی است؛ به‌گونه‌ای که آثار دیگر مانند

تمتع جنسی و تشکیل خانواده مترتب بر این اثر ذاتی و متأثر از آن است و هرگونه شروط برخلاف علقه زوجیت مبطل عقد خواهد بود؛ بدان جهت که تناقض در اراده متعاقدين و لغویت در انعقاد چنین عقدی لازم می‌آید.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که درباره مسئله مورد بحث در نوشتار پیش‌رو تحلیل و واکاوی شد، این نتایج دست‌یافتنی است:

نخست: صاحب‌نظران فقهی و حقوقی درباره چستی مقتضای ذاتی عقد نکاح، اعم از دائم و منقطع، بدان جهت که جنبه عبادی نیز دارد و شائبه توقیفی بودن احکام آن هست، به شدت اختلاف دارند.

دوم: با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته، در مجموع سه دیدگاه درباره این مسئله ارائه گردیده است. ثمره فقهی هرکدام از این دیدگاه‌ها با دیگری متفاوت خواهد بود. در این زمینه، برخی از فقیهان امامیه و بیشتر فقیهان عامه بر این باورند که وطی و استمتاع جنسی، اثر اصلی و مقتضای ذاتی عقد نکاح بوده است؛ با این تفاوت که فقیهان عامه مالکیت استمتاع را مقتضای ذات نکاح می‌دانستند؛ ولی فقیهان دیگر فعلیت استمتاع را اثر اصلی عقد مطرح کرده‌اند. در مقابل، برخی دیگر از صاحب‌نظران، تشکیل خانواده را مقتضای ذاتی عقد نکاح دانسته و استمتاع جنسی را اثر بارزی از آثار بارشده بر تشکیل خانواده برشمرده‌اند. در این میان، برخی از فقیهان امامیه و به تبع ایشان برخی از حقوق‌دانان، مقتضای ذاتی عقد نکاح را علقه زوجیت دانسته و بر این باورند که آثار دیگر نکاح، مترتب و متأثر از علقه زوجیت است. با توجه به بررسی صورت‌گرفته، به نظر می‌رسد دیدگاه سوم قوی‌تر است؛ بدان جهت که، نخست، مبانی هرکدام از دو دیدگاه دیگر، وجاهت منطقی ندارند و از جهات مختلف تقدیرپذیرند؛ حتی تصریح صحیحۀ عماربن مروان بر رد دیدگاه نخست دلالت دارد. تشکیل خانواده نیز نمی‌تواند مقتضای ذات عقد نکاح باشد؛ چون در نکاح منقطع، غالباً تشکیل خانواده صورت نمی‌گیرد. از سوی دیگر، در جوامع امروزی عقد نکاح منعقد می‌شود؛ اما تشکیل خانواده پس از گذشت مدتی انجام

می‌گیرد. بنابراین، تشکیل خانواده نمی‌تواند اثر جدانشدنی و مقتضای ذات عقد نکاح باشد. دوم، با نگاه عمیق و بهره‌گیری از نظرات فقیهان و حقوق دانان، کاملاً مشهود است که با انشای ایجاب و قبول عقد نکاح، نخستین و اصلی‌ترین اثری که بر نکاح مترتب شده و در واقع، فلسفه وجودی عقد نکاح را تشکیل می‌دهد، علقه زوجیت است؛ همچنان‌که با انحلال عقد نکاح به سبب طلاق یا فسخ، نخست، علقه زوجیت منتفی شده و آنگاه با انتفای آن، تمام حقوق و تکالیف متأثر از آن منتفی می‌گردد. مؤید مدعا اذعان صاحب‌نظران فقهی است که معترف‌اند: با تحقق ایجاب و قبول عقد نکاح، علقه زوجیت حاصل گردیده و با طلاق، منتفی می‌شود. از سوی دیگر، عرف - که از معیارهای تشخیص مقتضای ذات عقد محسوب می‌شود - بر اینکه علقه زوجیت مقتضای ذاتی عقد نکاح بوده، تأکید دارد. این دیدگاه، مورد توجه و پذیرش قانونگذار در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز قرار گرفته است؛ به طوری که در ماده ۱۱۰۲ این قانون، علقه زوجیت نخستین اثری دانسته شده که بر نکاح صحیح بار می‌شود.

پی‌نوشت:

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: زهرا شبیری (۱۳۸۵)، «مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد»، پژوهش‌های فقهی، ش ۴، ص ۱۹۱-۲۱۷.
۲. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: مجید عباسی (۱۳۹۱)، «وضعیت حقوقی و شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، ش ۳۰، ص ۲۱۳-۲۳۴.
۳. «ومن أن المقصود الذاتي الوطء، والباقي تابع، فإذا انتفى المتبوع انتفى التابع.»
۴. علی عن أبيه عن ابن ابي عمير عن عمار بن مروان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلتُ له جاء رجل إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها فقالت: "أزوجك نفسي على أن تلمس مني ما شئت من نظر أو التماس و تنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي و تتلذذ بما شئت فإني أخاف الفضيحة قال ليس له إلا ما اشترط".»
۵. «لأن الغرض الأقصى في المتعة الإلتذاذ.»

کتابنامه

۱. ابن‌ادریس حلی (محمد بن منصور بن احمد) (۱۴۱۰ق)، السرائر، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن‌عابدین، محمد (۱۴۱۲ق)، رد المحتار علی الدر المختار، چاپ دوم، بیروت: دارالفکر.
۳. ابن‌منظور، محمد (۱۴۰۸ق)، لسان عرب، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴. اصفهانی، محمدباقر (مجلسی دوم) (۱۴۰۶)، ملاذ الأخیار، چاپ نخست، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی رحمته.
۵. امامی، سیدحسن (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
۶. انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق)، کتاب مکاسب، چاپ نخست، قم: منشورات دار الذخائر.
۷. _____ (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، چاپ نخست، قم: انتشارات کنگره.
۸. ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق)، دروس تمهیدیه فی الفقه الإستدلالی علی المذهب الجعفری، چاپ نخست، قم: بی‌نا.
۹. ایروانی، علی (۱۴۰۶ق)، حاشیه مکاسب، چاپ نخست، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۰. باباپور، محمد مهدی و دیگران (۱۳۹۰)، «بررسی شروط خلاف مقتضی ذات عقد نکاح»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۳، ص ۶۹-۸۵.
۱۱. بجنوردی، سیدمحمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیه، چاپ نخست، تهران: مؤسسه عروج.
۱۲. البهوتی، منصور بن یونس (بی‌تا)، کشف القناع عن متن الإقناع، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۳. تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۲۱ق)، التعلیق الإستدلالية علی تحریر الوسیلة، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۱۴. جزیری، عبدالرحمن؛ سیدمحمد غروی؛ یاسر مازح (۱۴۱۹ق)، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، چاپ نخست، بیروت: دار الثقلین.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۵)، حقوق خانواده، تهران: چاپخانه صدری.

۱۶. _____ (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، چاپ یازدهم، تهران: گنج دانش.
۱۷. حجت کوه‌کمری، سیدمحمدبن‌علی (۱۴۰۹ق)، کتاب البیع، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۵ق)، التعليقات على شرائع الإسلام، قم: استقلال.
۱۹. الحطاب الرعینی، شمس‌الدین (۱۴۱۲ق)، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، بیروت: دارالفکر.
۲۰. الخطیب الشریینی، محمدبن‌احمد (۱۴۱۵ق)، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، چاپ نخست، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲۱. خوانساری، سیداحمدبن‌یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ نخست، قم: اسماعیلیان.
۲۲. خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهة، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی رحمته.
۲۳. الدمیاطی، أبوبکر (المشهور بالبکری) (۱۴۱۸ق)، إغانة الطالبین، چاپ نخست، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۲۴. سرخسی، محمدبن‌احمد (۱۴۱۴ق)، المبسوط، بیروت: دار المعرفة.
۲۵. شایگان، علی (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۲۶. شبیری زنجانی، سیدموسی (۱۴۱۹ق)، کتاب نکاح، چاپ نخست، قم: مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز.
۲۷. شهید اول (محمدبن‌مکی) (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵)، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، چاپ نخست، تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۲۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، چاپ پنجم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی مجد.
۳۰. _____ (۱۳۸۵)، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، چاپ ششم، تهران: مجمع انتشارات علمی و فرهنگی مجد.
۳۱. شمس، عبدالله (۱۳۹۲)، قانون مدنی، چاپ ششم، تهران: دراک.
۳۲. شیخ طوسی (محمدبن‌حسن) (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتب العربی.

۳۳. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۴. صفایی، حسین (۱۳۷۲)، مختصر حقوق خانواده، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۵. طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. طباطبائی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل‌البتیت ع.
۳۷. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۸. عمانی، حسن بن علی (۱۴۱۳ق)، حیاة ابن أبی عقیل و فقهه، قم: مرکز معجم فقهی.
۳۹. فاضل لنکرانی، محمد (بی تا)، احکام پزشکان و بیماران، بی جا: بی نا.
۴۰. فاضل مقداد (مقداد بن عبدالله سیوری حلی) (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع، چاپ نخست، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی ع.
۴۱. الکاسانی، أبوبکر بن مسعود (۱۴۰۶ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۲. کاشف الغطاء نجفی (علی بن جعفر) (۱۴۲۲ق)، شرح خيارات اللعة، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل‌البتیت ع.
۴۴. کلانتر، سیدمحمد (۱۴۱۰ق)، محشی کتاب المکاسب، چاپ سوم، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۶. کمپانی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب المکاسب، چاپ نخست، قم: أنوار الهدی.
۴۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۸. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۶۰)، حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از دیدگاه قرآن، تهران: بنیاد قرآن.
۴۹. _____ (۱۳۸۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، چاپ هشتم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۵۰. _____ (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۱. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر (۱۴۱۶ق)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم: مؤسسه دار الكتاب.
۵۲. معلوف، لويس (۱۳۸۳)، المنجد فی اللغة، چاپ سوم، تهران: انتشارات اسلام.
۵۳. المقدسی، عبدالرحمن بن محمد (بی تا «الف»)، الشرح الكبير على متن المقنع، بیروت: دار الكتاب العربی للنشر والتوزيع.
۵۴. _____ (بی تا «ب»)، المغنی، چاپ نخست، بیروت: دارالکتب العربی للنشر و التوزيع.
۵۵. منتظری، حسین علی (۱۴۲۷ق)، معارف و احکام بانوان، چاپ دوم، قم: انتشارات مبارک.
۵۶. موسوی خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق)، الخيارات، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۵۷. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۲۷ق)، رسائل الميرزا القمی، چاپ نخست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۸. نائینی، میرزاحمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، چاپ نخست، تهران: المكتبة المحمدية.



حکم خوف خیانت دشمن در مهاده بارویکرد فقه مقارن وامکان تسرے آن

محمدرسول آهنگران*

مهدي نوروزی**

چکیده

وفای به عهد و قراردادهای یکی از اصول حیاتی در فقه اسلام است. مسئله این است که اگر در قراردادهای خوف خیانت از جانب متعهد وجود داشته باشد، آیا متعهد می‌تواند فسخ قرارداد کند یا خیر؟ در شرایط مهاده، که صلحی ناپایدار بین حکومت اسلامی و کفار هست، مشهور عالمان امامیه و اهل سنت معتقدند: حاکم اسلامی در هنگام وقوع خوف خیانت از جانب کفار با اعلام قبلی می‌تواند با توجه به آیه ۵۸ سوره انفال، قرارداد را فسخ کند. باوجود این، در نظر برگزیده این پژوهش، با توجه به قیودات موجود در آیه شریفه، اجازه فسخ پیمان وجود ندارد؛ بلکه حکومت اسلامی در حالت خوف خیانت از جانب دشمن، پیمان را در مقابل آنها می‌اندازد و وانمود می‌کند که فسخ پیمان کرده است: با این کار هم آنها را انذار می‌دهد و هم مجبور می‌کند که یا تعهدی مبنی بر استدامه قرارداد بدهند یا نقض عملی پیمان خود را ظاهر کنند. در صورت دانستن این حکم و رویه مسلمانان از جانب دشمن، فایده این کار جلوگیری از فسخ پیمان بدون علم و یقین به نقض طرف مقابل و دادن فرصتی به او برای تضمین معاهده خواهد بود.

در پایان، امکان تسری نظر برگزیده به همه قراردادهای و معاهدات حکومت اسلامی بررسی شده است.

کلیدواژگان: خوف خیانت، مهاده، قراردادهای حکومت اسلامی، معاهدات.

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۷/۲۳

ahangaran@ut.ac.ir (نویسنده مسئول)
zmaehdi.n62@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۱۰

* استاد و عضو هیئت علمی دانشکده الهیات دانشگاه تهران - پردیس فارابی (نویسنده مسئول)
** استادیار و مدرس دانشگاه ادیان

آیه ۵۸ سوره انفال شرایط فسخ «مهاده» در هنگام خوف نقض عهد و خیانت دشمن را بیان می‌کند. مهاده اصطلاحی فقهی برای آتش بس است و در واقع، عنوانی است برای صلح موقت میان مسلمانان و کفار حربی، که از ترک جنگ با دشمن به دست می‌آید (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲: ص ۵۰). پذیرش «هدنه» یا آتش بس براساس حکم مصلحت است (سرخسی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۰: ص ۱۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ص ۳۷۸) و «خیانت» در آیه ۵۸ سوره انفال به معنای نقض عهد است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳: ص ۵۱۲).

بنابر نظر برخی، خوف به معنای ترس ناشی از امری است که متوقع باشد؛ برعکس حزن که ناشی از امر واقعی است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ص ۵۷)؛ همچنین، به توقع مکروه با توجه به علائم مظنون یا معلوم نیز گفته می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۳۰۳).

در اینجا پرسش این است که اگر در حالت مهاده، خوف نقض پیمان از جانب کفار به وجود آید، تکلیف اسلام و حکومت اسلامی چیست؟ مشهور فقیهان و مفسران امامیه و اهل سنت براساس آیه ۵۸ سوره انفال «وَأَمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَأَنْذِرْ لَهُمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ» به جواز فسخ عهد با اعلام قبلی حکم می‌دهند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: صص ۵۸ و ۵۹؛ راوندی، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۳۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ص ۳۲۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱: ص ۲۹۴؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ص ۷۳۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۳: ص ۲۹۴؛ طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ج ۹: ص ۱۴۹؛ کاشانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳: ص ۵۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ص ۳۱۱؛ صادقی تهرانی، ۱۳۶۵، ج ۱۲: ص ۲۷۲؛ نووی، بی تا، ج ۱۹: ص ۴۵۰؛ همو، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰: ص ۳۳۹؛ جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۴: ص ۲۵۲؛ دسوقی، بی تا، ج ۲: ص ۲۰۶؛ کیهان‌پور، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ص ۱۶۲). از آنجا که این حکم در ظاهر، مخالف مقتضیات اصل وفای به عهد است، برخی در مقابل مشهور، خوف را در این آیه به معنای علم و یقین گرفته‌اند (مغنیه، ۱۴۲۴: ج ۳: ص ۷۶۷؛ کاشفی سبزواری، ۱۳۶۹: ص ۳۹۰؛ فاضل مقداد، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ص ۳۷۰؛ قرطبی، ۱۴۲۳ق، ج ۸: ص ۳۲؛ حقی، بی تا، ج ۳: ص ۳۶۳؛ بغوی، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ص ۳۰۲؛ سمرقندی، بی تا، ج ۲: ص ۲۸؛ ابوالسعود، بی تا، ج ۴: ص ۳۱)؛ یعنی اگر یقین پیدا شد که دشمن نقض عهد کرده



است، اجازه فسخ عهد وجود دارد وگرنه چنین جوازی وجود ندارد. البته، به نظر راغب، خوف توقع مکروهی از روی علامت مظنون یا معلوم است که در مقابل رجا قرار دارد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۳۰۳). از این رو، طبق این معنا، خوف می‌تواند هم ناشی از علامات ظنی باشد و هم علامات یقینی؛ ولی برخی گفته‌اند اگر خوف در این آیه به معنای شکی که مقابل یقین است در نظر گرفته شود، امکان فسخ یقین عهد با ظن خیانت وجود ندارد. از این رو، خوف در آیه به معنای علم است (ابن عربی، بی‌تا، ج ۲: ص ۸۷۱). بنابراین، با توجه به اختلافات مذکور، لازم است این مسئله به صورت دقیق و تحلیلی بررسی شود تا جوانب آن مشخص شود. از این رو، در این بخش سعی می‌شود که نخست، جواز فسخ عهد در مهاده بررسی، و شرایط و موارد آن به دست آید و سپس امکان تسری حکم آن به شرایط غیرجنگی (غیرمهاده) از قبیل روابط با کفار ذمی و همچنین روابط بین مسلمانان بررسی شود.

۱. حکم خوف نقض عهد از جانب دشمن در منظر امامیه

آیه ۵۸ سوره انفال ((وَأَمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَأَنْذِرْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِتِينَ)) به همراه آیات پیشینش (از آیه ۵۵ تا ۵۷) درباره گروهی از دشمنان اسلام است که در طول تاریخ، ضربات سنگین و سختی به پیکره اسلام زدند؛ این گروه همان یهودیان مدینه بودند که بارها با پیامبر ﷺ عهد بستند و پیمان خویش را ناجوانمردانه شکستند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۷: ص ۲۱۶).

از این آیات نحوه برخورد اسلام با دشمنان آن، در صورتی که خوف نقض پیمان از ناحیه آنها وجود داشته باشد، به دست می‌آید و در ظاهر، در حالت مهاده به کار می‌رود. در اینجا پرداختن به زوایای این آیات بایسته است.

همان‌طور که مشخص است، این حکم در نگاه نخست با اصل لزوم وفای به عهد تضاد آشکاری دارد؛ چون این اصل، علاوه بر اینکه تکلیف عقود محتمل الجواز را روشن می‌کند و حکم به لزوم آنها می‌دهد، با استفاده از ادله خود مانند «اوفوا بالعقود» دارای



این پیام است که نباید از مفاد عهود تخطی کرد.

چهبسا از همین جهت است که برخی مفسران در این آیه، خوف را به معنای علم و آگاهی گرفته‌اند (مغنیه، ۱۴۲۴ق، ج ۳: ص ۷۶۷؛ کاشفی سبزواری، ۱۳۶۹: ص ۳۹۰؛ فاضل مقداد، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ص ۳۷۰): اگر یقین پیدا شد که متعهد پیمان را نقض می‌کند، جواز نقض پیمان وجود دارد؛ نه به صرف احتمال نقض پیمان از جانب آنها. البته از منظر این پژوهش، حتی با وجود این معنی، باز هم خدشه تعارض با اصل لزوم وجود دارد؛ چون اصل لزوم به علم و آگاهی متعهدان در مورد نقض از جانب یکدیگر ارتباطی ندارد؛ بلکه آنچه از این اصل برمی‌آید، آن است که حتی اگر موعد وفای به عهد برسد و متعهد به تعهد خود عمل نکند، متعهدله نمی‌تواند عقد را فسخ کند؛ چون از لوازم این اصل این است که متعهد را مجبور به اجرای قرارداد می‌کنند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ص ۱۰۴؛ رحیمی، بی‌تا: ص ۱۴۰).^۱

بنابراین، ما در اینجا باید چند مورد را بررسی کنیم: نخست اینکه، با توجه به اصل لزوم، این آیه را چگونه درباره دشمنان تفسیر کنیم؟ آیا می‌توان این آیه را به گونه‌ای تفسیر کرد که با اصل لزوم تنافی نداشته باشد؟ یا این آیه استثنایی است بر اصل لزوم و در واقع، نوعی خیار است که شارع مقدس پیش‌بینی کرده است؟ دوم اینکه، بر فرض استثنا بودن این آیه از اصل لزوم وفای به عهد، آیا این استثنا را می‌توان به کفار ذمی و مسلمان‌ها و روابط مالی و غیرمالی آنها تعمیم داد؟

از منظر این پژوهش، برخلاف نظر بعضی از مفسران که معنای خوف را علم و آگاهی دانسته‌اند، ظهور معنای خوف در همان ترس ناشی از نقض قرارداد از طرف مقابل است. برطبق کتب لغت، این معنا می‌تواند ناشی از امارات ظنی یا یقینی باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۳۰۳). از این رو، بدون دلیل نمی‌توان از ظهور دست برداشت و آن را منحصر در علم به نقض قرارداد در نظر گرفت.

در نتیجه، معنای آیه چنین می‌شود: در صورت ترس نقض عهد از جانب دشمن، می‌توان عقد را با شرایطی فسخ کرد. یکی از شرایطی که فقیهان به آن اشاره دارند، اعلام

فسخ عهد به دشمن است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲: صص ۵۸ و ۵۹؛ راوندی، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۳۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ص ۳۲۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱: ص ۲۹۴؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ص ۷۳۷).

۱-۱. مطلق یا مشروط بودن خوف

روشن شد که خوف به معنای ترس ناشی از نقض پیمان از جانب دشمن است، نه علم به نقض پیمان از جانب آنها. در اینجا باید گفت: آیه در ظاهر امر، در مقام اطلاق است؛ یعنی به محض ترس، عقد را با اعلام به طرف مقابل می‌توان فسخ کرد. در ادامه، ادله مطلق یا مشروط بودن خوف بررسی می‌شود.

۱-۱-۱. ادله خوف مطلق

۱-۱-۱-۱. دلیل نخست: ظهور آیه

«فانبد» به معنای انداختن (واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ص ۳۹۹) یا انداختن از روی بی‌اعتنایی است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۴۸۸). اگر این اصطلاح به معنای فسخ پیمان گرفته شود (سعدی، ۱۴۰۸ق: ص ۳۴۵؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۷: ص ۱۰)، ظهور آیه ۵۸ سوره انفال در این است که به محض ایجاد خوف می‌توان عهد را فسخ کرد و به دشمن اعلام کرد. این نکته، هم از سیاق آیه مشخص است و هم در بیان بعضی از مفسران دیده می‌شود (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۴: ص ۸۵۰). چه بسا از این جهت چنین گفته شده که به نظر برخی از احناف، در مهاده، امام به صرف مصلحت می‌تواند هر جایی که شری برای مسلمانان به وجود آید، فسخ عهد کند (کاسانی، ۱۹۸۲م، ج ۷: ص ۱۰۹)؛ چون فسخ پیمان، در صورت خوف نقض آن، می‌تواند از مصادیق مصلحت مسلمانان باشد و در واقع، آیه شریفه به یکی از مصادق‌های مصلحت مسلمانان اشاره دارد.

این برداشت مخالف اصل لزوم در عقود است. از آنجا که این حکم فسخ عهد، عدول از اصل اولی لزوم وفای به عهد است، چه بسا باعث چشم‌پوشی از ظهور آیه شود که اشاره به جواز فسخ به صرف وجود خوف حتی بدون وجود قرائن دارد. شاید از همین روست که



بسیاری از فقیهان و مفسران خوفِ همراه با قرائن را پذیرفته‌اند (طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ج ۹: ص ۱۱۳؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۷: ص ۲۱۸؛ فخر رازی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۵: ص ۴۹۷). بنابراین، به نظر علامه حلی، صرف وجود خوف نقض عهد از جانب دشمن برای جواز فسخ عهد کافی نیست؛ بلکه باید این خوف همراه با اماره‌ها و قرائن مبنی بر نقض عهد دشمن باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ص ۳۷۸).

۱-۱-۲. دلیل دوم: توصیه پیامبر اکرم ﷺ به امام علی علیه السلام

عن علی علیه السلام، أن رسول الله ﷺ عهد إليه عهداً، وكان ممّا عهد فيه: «ولا تدفعن صلحاً: دعاك إليه عدوك فإن في الصلح دعةً للجنود، ورخاءً للهموم، وأمناً للبلاد، فإن أمكنتك القدرة والفرصة من عدوك، فانبذ عهده إليه، واستعن بالله عليه، وكن أشدّ ما تكون لعدوك حذراً عندما يدعوك إلى الصلح، فإن ذلك ربّما يكون مكرّاً وخديعة، وإذا عاهدت فحط عهدك بالوفاء، وارع ذمتك بالأمانة والصدق» الخ (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۱: ص ۴۵).

این روایت در بعضی از کتاب‌ها به گونه‌ای معنا شده که پیامبر ﷺ به امام علی علیه السلام می‌فرماید: «صلح با دشمن را بپذیر، چون آسایش لشگرت به آن است؛ ولی اگر فرصتی از ناحیه دشمن برای تو فراهم شد، اگر پیمان از روی ناچاری بسته بودی، نقض پیمان کن (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۸ق، ج ۲: ص ۳۲۳). از این رو، با توجه به مفهوم اولویت، اگر خوف نقض پیمان از جانب دشمن باشد، به نحو اولی می‌توان فسخ عهد کرد.

از منظر این پژوهش، این برداشت صحیح نیست، چون:

دلیل نخست:

درست است که اگر هر پیمانی، پس از بسته شدن، سیادت و استقلال جامعه اسلامی را تأمین نکند، خودبه‌خود با ادله نفی سبیل، لغو محسوب می‌شود؛ ولی از طرف دیگر، صحیح نیست که هر پیمانی به‌صرف اینکه به مصلحت مسلمانان است بسته شود؛ با این نیت که بعداً نقض شود؛ چون این عمل مخالف رفتار پیامبر ﷺ در صلح حدیبیه است:

پیامبر اکرم ﷺ در آن پیمان به شروط قرارداد عمل کردند و ابو جندل و ابوبصیر، از مسلمانان مکه، را بر اساس پیمان با مشرکان به آنها تحویل دادند (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ص ۴۴۸؛ الشیبانی، بی تا، ج ۱: ص ۳۱۴)؛ وانگهی، اگر از آغاز، شرطی گذاشته شود که نیت انجام آن وجود ندارد، خلاف مروت خواهد بود. نامه امام علی علیه السلام به مالک اشتر این مطلب را تأیید می کند. ایشان در این نامه می فرمایند:

وَإِنْ عَقَدْتَ بَيْنَكَ وَبَيْنَ عَدُوِّكَ عُقْدَةً أَوْ أَلْبَسْتَهُ مِنْكَ ذِمَّةً فَحَطَّ عَهْدَكَ بِالْأَوْفَاءِ وَازْعَ ذِمَّتَكَ بِالْأَمَانَةِ وَاجْعَلْ نَفْسَكَ جُنَّةً دُونَ مَا أُعْطِيتَ فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ فَرَائِضِ اللَّهِ شَيْءٌ النَّاسُ أَشَدُّ عَلَيْهِ اجْتِمَاعاً مَعَ تَفْرِيقِ أَهْوَائِهِمْ وَتَشْتِيتِ أَرْأِيهِمْ مِنْ تَعْظِيمِ الْوَفَاءِ بِالْعَهْدِ (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق: صص ۳۸۰ و ۳۸۱).

امام علیه السلام در این نامه می فرماید: «هنگامی که بین تو و دشمنت عهده بسته شد، جان خودت را سپری در برابر نقض عهد قرار بده؛ چون نزد مردم با تمام تفاوت‌ها در روش‌ها و سنت‌ها، فریضه‌ای بالاتر از وفای به عهد وجود ندارد.»

دلیل دوم:

اینکه در ترجمه روایت، شرط ناچار بودن مسلمانان در انعقاد پیمان به عنوان شرط تقدیری برای فسخ عهد در نظر گرفته شده، شاید از این جهت باشد که توجیهی برای جواز فسخ عهد در این روایت در نظر گرفته شود؛ حال اینکه، این تفسیر خلاف ظاهر روایت است. این روایت می گوید: امام مسلمانان در هر شرایطی که تشخیص داد، به واسطه قدرتی که پیدا کرده، می تواند نقض عهد کند. در اشکال به این معنا گفته می شود: آیا می شود امام علیه السلام در صدر حدیث بفرماید: اگر قدرت و استیلا یافتی، فسخ عهد کن، و در ذیل حدیث تأکید بر وفای به عهد با دشمن کنند و بفرمایند: «اذا عاهدت فحط عهد بالوفاء»؟

بر فرض صحیح دانستن حدیث، بهترین راه حل در برطرف کردن این تناقض ظاهری این است که «الْفُرْصَةُ مِنْ عَدُوِّكَ» به معنای حرکتی از جانب دشمن در نظر گرفته شود که حاکی از نقض پیمان است. این حرکت دشمن همان اماره‌ای است که مشهور فقیهان، باوجود آن، جواز فسخ پیمان مهاده را صادر می کنند (طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ج ۹: ص ۱۱۳؛

مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۷: ص ۲۱۸؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ج ۱۵: ص ۴۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۹: ص ۳۷۸). بنابراین، با وجود خوف مطلق و بدون وجود اماره و نشانه‌ای که حاکی از نقض عهد باشد، جواز فسخ عهد وجود ندارد.

۱-۱-۲. ادله خوف مشروط

۱-۲-۱-۱. دلیل نخست: «علی سواء»

برخی «علی سواء» را به معنای «علی عدل» گرفته‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۴: ص ۸۵۰؛ فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ج ۱: ص ۳۷۰) تا دو طرف در دانستن فسخ مساوی باشند (فیض کاشانی، ۱۴۱۵، ج ۲: ص ۳۱۱؛ آلوسی، ۱۴۱۵، ج ۵: ص ۲۱۹) و این به معنای رعایت عدالت در دانستن فسخ عهد است. بنابراین، برخی از فقیهان در این باره فرموده‌اند: الغای عهد باید به دشمن اعلام شود تا مسلمانان و دشمن در نقض عهد با هم مساوی باشند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۹: ص ۳۷۸؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۱: ص ۲۹۴؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۳: ص ۸۹).

جناب مکارم، «علی سواء» را، علاوه بر معنای پیشین، به معنای اعلام کردن واضح و بی‌پیرایه و خالی از هرگونه خدعه و نیرنگ می‌داند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۷: ص ۲۱۸).

اگر «علی سواء» به معنای «عدل» باشد، باید ملاحظه شود که رعایت عدل در اینجا به چه معنایی است؟ یعنی آیا اگر خوف نقض عهد هست و نشانه‌هایی بر آن وجود دارد، اجازه فسخ عهد وجود دارد؟ یا اینکه بیشترین کاری که می‌شود انجام داد، این است که مقابله به مثل شود؟ یعنی شرایطی ایجاد شود که حاکی از فسخ پیمان باشد و این عمل به طرف مقابل فهمانده شود؛ ولی در عین حال، نقض عهد نشود. شاهد دیگری که این مدعای عدم فسخ را تأیید می‌کند این است که در آیه به «نبذ عهد» دستور داده شده و نه «نقض عهد». معنای ظاهری «نبذ پیمان»، انداختن پیمان (واسطی، ۱۴۱۴، ج ۵: ص ۳۹۹) یا انداختن پیمان جلوی آنها همراه با بی‌اعتنایی است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ص ۴۸۸)؛ ولی نقض عهد به معنای از بین بردن پیمان است. البته، نبذ عهد کنایه‌ای از نقض عهد هم هست؛^۲ ولی در این مورد قرائتی وجود دارد که «نبذ» در معنای ظاهری خود به کار رفته است. شاید از این‌روست که علامه حلی در قواعد می‌فرماید: «اگر خوف

نقض عهد بود، پیمان را جلوی آنها بینداز و آنها را نصیحت کن» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ص ۵۱۷). این قید نصیحت کردن می‌تواند حاکی از عدم جواز فسخ عهد، حتی با وجود اماره از جانب علامه حلی باشد؛ البته، عبارت «جاز» در کلام علامه، با توجه به معنای ارشادی صیغه امر «فانبذ» است: یعنی امام، هم می‌تواند نبذ عهد کند و آنها را نصیحت کند، و هم می‌تواند نبذ عهد نکند. نبذ عهد نکردن نیز به معنای بی‌توجهی به خوف نقض است. با وجود این، ارشادی گرفتن امر «فانبذ» خلاف ظاهر و خلاف اجماع و شهرت علماست. پس حاکم جامعه اسلامی در چنین شرایطی حتماً باید نبذ عهد کند. البته، این پژوهش در مورد اینکه منظور از نبذ چیست، با نظر مشهور موافق نیست. در بخش‌های بعد، در این باره توضیح داده خواهد شد.

از این رو، اگر این تفسیر عدم جواز فسخ فوری حتی با وجود اماره پذیرفته شود، با اصل لزوم وفای به عهد تناقضی برقرار نخواهد شد و استثنا کردن این قاعده از آن اصول لازم نخواهد بود. در این حالت، این حکم می‌تواند به وجه پذیرفتنی‌تری به روابط مسلمانان تسری یابد؛ چون در این حالت، فسخ عهدی صورت نگرفته است؛ البته، از این نکته نباید غفلت کرد که در نهایت، در صورت عدم ترتیب‌آثر و ضمانت نکردن از جانب متعهد، فسخ صورت خواهد گرفت.

۱-۲-۲. دلیل دوم: آیه ۶۱ سوره انفال

این آیه - که در ادامه آیه ۵۸ سوره انفال آمده - دستور می‌دهد که هرگاه دشمنان درخواست صلح کردند، باید به خواسته آنها پاسخ مثبت داد. مسلماً در این حالت، که در کشاکش جنگ است، خوف خیانت وجود دارد. در نتیجه، وجود آیه ۶۱ سوره انفال ((وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)) در ظاهر، مخالف آیه ۵۸ است؛ چون آیه ۵۸ در صورت خوف نقض عهد در مهادنه، حکم به جواز فسخ عهد می‌دهد و حال آنکه آیه ۶۱ در کشاکش جنگ، که خوف خیانت به مراتب بیشتر است، حکم به صلح می‌دهد.

البته، بعضی کوشیده‌اند بین دو آیه را جمع کنند: به این صورت که منظور از خوف در

«اما تخافن» علم است (مغنیه، ۴۲۴ق، ج ۳: ص ۷۶۷)؛ یعنی وقتی از روی دلیل قطعی به نیرنگ کافران یقین حاصل شد، جواز نقض پیمان با آنها وجود دارد و باید به آنها اعلام شود؛ درحالی که صلح در آیه ۶۱، مشروط به نبود دلایل قطعی بر نیرنگ است و به صرف احتمال نیرنگ، پیامبر ﷺ باید بنا بر ظاهر عمل کند و به پیمان پایبند باشد. البته، این تفسیر از معنای خوف (که به معنای علم باشد)، همان طور که گفته شد، خلاف ظاهر است؛ چون خوف به معنای ترس ناشی از ظن یا علم است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۳۰۳) و دلیلی بر انحصار آن به علم وجود ندارد.

بنابر نظر بیشتر مفسران، خوف به معنای ظاهری آن گرفته می شود که همان ترس ناشی از نقض از جانب متعهد است (حال، چه این ترس ناشی از ظن باشد و چه علم)؛ همچنین، «فانبد» به معنای فسخ پیمان است: در این صورت، قطعاً با آیه «وَإِنْ جَاءُوا لِلْسَّلَامِ» (انفال: ۶۱) تعارض به وجود می آید. بنابراین، باید راه حل های دیگری برای جمع دو آیه در نظر گرفته شود.

رامحل نخست:

در این مورد، هرکدام از دو طرف که احتمال بیشتری داشت، به آن ترتیب اثر داده می شود؛ یعنی مثلاً اگر احتمال اقوی گویای این باشد که متعهد نقض عهد می کند، باید جانب فسخ قرارداد گرفته شود تا مفاد آیه ۵۸ سوره انفال رعایت شود و اگر احتمال قوی تر این باشد که نقض عهد از جانب متعهد صورت نمی گیرد، جانب عدم فسخ در نظر گرفته شود؛ چون در حالتی که اوضاع جنگی هست و دشمن قصد صلح دارد، قطعاً احتمال نقض عهد وجود دارد؛ ولی خداوند طبق مفاد آیه ۶۱ سوره انفال، دستور به پذیرش صلح می دهد.

بنابراین، آیه ۶۱ سوره انفال از آیاتی است که حدودی برای خوف و احتمال نقض پیمان در آیه ۵۸ همان سوره قرار می دهد و آن حد این است که حتماً باید احتمال خدعه و نیرنگ بالاتر از عدم آن باشد و با صرف وجود خوف نقض عهد، هر چند با وجود قرائن، جواز فسخ عهد وجود ندارد. البته، از آنجا که این راه حل دارای شبهه جمع تبرعی است،

چندان مناسب به نظر نمی‌رسد.

رامحل دوم:

راه‌حل بعدی این است که گفته شود جواز فسخ پیمان به‌صرف خوف نقض از سوی طرف مقابل وجود ندارد؛ چون در شرایطی که طرف مقابل در حالت جنگی تقاضای صلح می‌کند و احتمال نیرنگ و خدعه کاملاً مشهود است (فقره «تَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ» در آیه، مؤید شرایط خاص و امکان خدعه از جانب دشمن است؛ زیرا باوجود شرایط حساس و امکان نیرنگ دشمن، خداوند تصریح می‌کند که بر خدا توکل کن) و حاکی از احتمال وجود نقض عهد است، دستور به پذیرش صلح می‌دهد و می‌فرماید: «بر خدا توکل کن!»؛ از این رو، در حالتی که در کشاکش جنگ نیست و مهادنه برقرار است و فقط احتمال خدعه از جانب دشمن وجود دارد، به طریق اولی نمی‌توان نقض عهد کرد؛ مگر آنکه مرحله‌ای بودنِ نقض عهد پذیرفته شود: یعنی بالتساوی با آنها حرکت و مقابله شود، که این عمل حاکی از نقض پیمان خواهد بود نه خود نقض پیمان. در واقع، این تحلیل دوم نظریه برگزیده این پژوهش و مؤید آن خواهد بود. از فرمایش یکی از صاحب‌نظران برمی‌آید که ایشان هم فسخ عهد را در هنگام خوف، هرچند بالقرینه، جایز نمی‌دانند. به‌باور ایشان، «فانبد إليهم» یعنی فسخ عهد را به دشمن اطلاع دهید تا دشمن درصدد اثبات عدم نقض عهد بیاید. اگر دشمن این کار را کرد، یعنی حاکم اشتباه کرده و اگر این کار را نکرد، به‌معنای نقض عهد دشمن است (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۱۸ق: ص ۸۲)

باید توجه داشت که اگر آیه ۵۸ سوره انفال تخصیصی بر اصل لزوم وفای به عهد و آیاتی مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) باشد، تسری دادن آن به شرایط غیرجنگی و مبادلات درون‌دینی مسلمانان بعید به نظر می‌رسد؛ چون در تخصیصات و آن هم مختصاتی که در مقابل اصول قطعی و مسلمی همچون اصل لزوم وفای به عهد قرار می‌گیرند - که حتی چه بسا احکام ثانویه‌ای مانند لاضرر نتوانند بر آن حاکم شوند (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق: صص ۳۸۰ و ۳۸۱) - نمی‌توان یک تخصیص و استثنا در باب یا حکمی را به باب یا حکم دیگری تسری داد. از همین روست که به قدر متیقن آن بسنده خواهیم کرد که همان جواز

فسخ پیمان در هنگام خوف نقض پیمان در حالت جنگی (مهاده) است.

از طرفی طبق همان تفسیر بیان شده می‌توان قائل به عدم جواز فسخ شد و آیه را همان‌طور که بیان شد، به فسخ مرحله‌ای تفسیر کرد. در این حالت، فسخ نهایی با اعلام قطعی و پذیرش آن از سوی متعهد (نه متعهدله) صورت می‌گیرد. در واقع، متعهد در این مرحله باید ضمانت‌های جدیدی برای عدم نقض عهد بدهد و انجام ندادن این کار او به منزله اعلام نقض است. با فسخ مرحله‌ای، این امکان وجود دارد که حکم مستفاد از آیه ۵۸ سوره انفال به روابط مسلمانان بسط داده شود.

بنابراین، اگر آیه ۵۸ سوره انفال به‌عنوان استثنای اصل وفای به عهد در نظر گرفته شود و از طرفی، برخلاف احتیاط، به روابط مسلمان تسری داده شود، این با نظر فقیهان مشهور امامیه مخالفت دارد؛ چون آنها، حتی در صورت نقض قرارداد (نه پیش‌بینی نقض قرارداد)، اجازه فسخ عهد را در روابط مسلمانان نمی‌دهند و قائل به اجبار و الزام متعهدند. رویه دادگاه‌های عمومی در ایران نیز همین‌گونه است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲: صص ۴۴ و ۴۵).

البته، ناگفته نماند: به عقیده بعضی از فقیهان، در این مورد، همین که مشروط‌علیه از انجام دادن شرط تخلف کرد، مشروط‌له مختار است که یا عقد را فسخ کند یا توسط حاکم اقدام به اجبار و الزام مورد تعهد کند (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۴۳).^۳

۲. حکم خوف نقض عهد از جانب دشمن در منظر اهل سنت

فقیهان اهل سنت، مانند مشهور امامیه، در هنگام خوف نقض عهد از جانب دشمن، با اعلام قبلی به دشمن، نبذ عهد را به‌معنای فسخ عهد از جانب مسلمانان در نظر می‌گیرند (نووی، بی‌تا، ج ۱۹: ص ۴۵۰؛ همو، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰: ص ۳۳۹؛ جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۴: ص ۲۵۲؛ دسوقی، بی‌تا، ج ۲: ص ۲۰۶؛ کیه‌راسی، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ص ۱۶۲؛ جمعی از نویسندگان، بی‌تا، ج ۶: ص ۳۲۷).

از بررسی کتاب‌های حنفی‌ها، شافعی‌ها و حنبلی‌ها برمی‌آید که به‌نظر آنان، در صورت وجود اماره بر خیانت، امام مسلمانان می‌تواند نبذ عهد کند: به این معنا که به آنها اعلام کند که قرارداد باطل شده است. دلیل آن هم آیه «وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ

عَلَى سِوَاءٍ» (انفال: ۵۸) بیان شده است. بنابراین، اگر امام و حاکم مسلمانان از خدعه و غدر و ایقاع یک طرفه دشمن، به خاطر وجود اماره‌هایی ترس داشته باشد، درحالی که دشمن نقض عهد خود را آشکار نکرده است، اجازه فسخ پیمان را دارد؛ البته، باید نقض عهد را به آنان اطلاع دهد تا در معرفت به نقض یکسان باشند: این نکته از «علی سوا» به دست می‌آید (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۴: ص ۲۵۲؛ دسوقی، بی تا، ج ۲: ص ۲۰۶؛ نووی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰: ص ۳۳۹؛ سیوطی، ۱۹۶۱م، ج ۲: ص ۵۹۰؛ جمعی از نویسندگان، بی تا، ج ۴۲: ص ۲۲۶). بعضی از حنفی‌ها نیز پا را فراتر گذاشته‌اند: در کتب آنان آمده که امام مسلمانان با صلاح دید خود می‌تواند هدنه را نقض کند؛ ولی باید نقض آن را طبق آیه «فَأَنْبِذْ إِلَيْهِمْ» اعلام کند. آنان در واقع، هدنه را عقدی غیرلازم و محتمل النقض دانسته‌اند (کسانی، ۱۹۸۲م، ج ۷: ص ۱۰۹). بنابراین، به نظر سرخسی، از فقیهان حنفی، اگر مسلمانان دیدند که هدنه و مواعده به نفع و صلاح آنهاست، می‌توانند با دشمن پیمان هدنه ببندند و اگر پس از هدنه متوجه شدند که استدامه پیمان به ضرر آنهاست، با اعلام نقض هدنه به قتال با آنها برخیزند؛ چون آنچه در پایان کار آشکار شد، اگر در آغاز آشکار می‌شد، مانع از انعقاد پیمان می‌شد؛ پس از استدامه پیمان هدنه جلوگیری می‌شود (سرخسی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۰: ص ۱۴۸).

در جای دیگر، در دلیل بر جواز فسخ ادعا شده که استدامه عهد در این حالت یعنی ترک جهاد؛ درحالی که ترک جهاد غیرجایز است (جمعی از نویسندگان، بی تا، ج ۴۲: ص ۲۲۰).

با وجود این، شافعی‌ها، برخلاف حنفی‌ها، این عمل را نمی‌پذیرند که به صرف مصلحت مسلمانان، در هر سطحی که باشد، بتوان نقض عهد کرد. به نظر آنان، اگر حاکم اسلامی به دلیل ضعف و خوف، پیمان هدنه ببندد و پس از مدتی آن خوف و ضعف برطرف شود، واجب است که بر پیمان خود وفادار باشد (نووی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰: ص ۳۳۹). نووی، از عالمان شافعی، در مورد خوف خیانت معتقد است: به نظر شیخ ابوحامد، از شافعی‌ها، اگر اماره‌ای بر خیانت اهل هدنه بر امام ظاهر شود، قرارداد هدنه خودبه‌خود ملغی می‌شود و به حکم امام نیازی نیست؛ ولی از منظر نووی، قول صحیح شافعی‌ها این است که فسخ و نبذ عهد به عهده امام است (همان، ص ۳۳۸).



تا جایی که نگارنده بررسی کرد، غیر از حنفی‌ها، مذاهب دیگر چنین ادعایی در مورد فسخ عهد به صرف مصلحت مسلمانان نکرده‌اند و از آنجا که مسئله روشن بوده، به صورت مبسوط به آن نپرداخته‌اند. همچنین، با مطالب بخش‌های پیشین درباره اصل لزوم وفای به عهد، هرچند با وجود خوف نقض از جانب مقابل، نادرست بودن نظر حنفی‌ها ثابت می‌شود. با وجود این، به نظر برخی از مالکی‌ها، در هنگام خوف نقضی که همراه با قرائن بر نقض عهد است، باید به گونه‌ای نبذ عهد کرد که همراه با انذار باشد: اگر خیانت دشمن قطعی شد، می‌توان بدون انذار، نبذ عهد کرد (ابن عربی، بی‌تا، ج ۲: ص ۸۷۱).

مالکی‌ها در صورت خوف نقض عهد می‌گویند: «نبذ عهد کن (یعنی پیمان را جلوی آنها ببنداز) و آنها را نصیحت کن». از این سخن برمی‌آید که آنها هم به نوعی قائل هستند که باید شرایطی فراهم شود که از نقض پیمان آنها یقین حاصل شود؛ چون در این صورت، دشمن یا تضمینی می‌دهد یا عملی مرتکب می‌شود که گویای نقض صریح پیمان است.

۳. امکان تسری حکم خوف نقض عهد از جانب دشمن در مهاده به روابط ذمه و مسلمانان

پذیرش هدنه در اسلام بر اساس مصلحت است (سرخسی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۰: ص ۱۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ص ۳۷۸)؛ ولی پذیرش ذمه برپایه حق اهل کتاب در نظر گرفته شده است. بنابراین، به صرف خوف نقض پیمان از جانب اهل کتاب، اجازه فسخ پیمان به مسلمانان داده نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ص ۳۷۸)؛ ولی از طرفی اگر، همان‌طور که ثابت شد، «فانبذ» در آیه شریفه ۵۸ سوره انفال به معنای فسخ پیمان نبود، بلکه فقط تهدیدی از ناحیه مسلمانان برای گرفتن ضمانت بود، قطعاً وجهی برای عدم نبذ پیمان (نینداختن پیمان جلوی اهل کتاب و تهدید آنها) درباره اهل کتاب وجود نداشت؛ چون در این صورت، قصد فسخ پیمان وجود ندارد، که گفته شود ذمه حقی است برای اهل کتاب و نه حکم مصلحتی. بنابراین، امکان فسخ پیمان ذمه به صورت مرحله‌ای وجود دارد: به طوری که در واقع، اهل کتاب ذمه را نقض کنند نه مسلمانان. در نتیجه، با این معنا

می‌شود نپذیرد عهد را درباره اهل کتاب به اجرا درآورد.

تسری دادن حکم مشهور جواز فسخ در هنگام خوف نقض پیمان از ناحیه دشمن به روابط مسلمانان جایز نیست؛ چون منشأ این حکم در مهاده بر این اساس است که مهاده حکمی مصلحتی است (سرخسی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۰: ص ۱۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ص ۳۷۸). حال آنکه، وقتی پیمان ذمه بر اساس حق اهل ذمه است، پیمان‌ها و عهد مسلمانان با هم به نحو اولی حق آنها محسوب می‌شود. از این رو، نمی‌شود به صرف وجود خوف نقض از جانب یک طرف، فسخ پیمان کرد؛ مگر آنکه، همان‌طور که بیان شد، «فانپذ» به معنای فسخ پیمان گرفته نشود و به معنای انداختن پیمان جلوی متعهد و وانمود کردن به فسخ پیمان باشد: در این حالت، طرف مقابل مجبور می‌شود یا تعهدی مبنی بر استدامه پیمان بدهد یا عملاً نقض پیمان کند.

نتیجه‌گیری

با مطالبی که به صورت مبسوط در بالا به آن پرداخته شد، در مورد نقض عهد و شرایط آن و خوف نقض عهد می‌توان گفت:

۱. در این مقاله دو نظر مطرح شد: نظر نخست یا نظر مشهور فقیهان این است که در صورت خوف نقضی که همراه با قرائن باشد، با اعلام قبلی می‌توان عقد را فسخ کرد؛ نظر دوم یا نظر منتخب این پژوهش این است که به صرف خوف نقض، هرچند با وجود قرائن، نمی‌توان عقد را فسخ کرد؛ بلکه برطبق قیده‌های آیه ۵۸ سوره انفال و آیات بعدی، این فسخ مرحله‌ای است و در وهله نخست، فقط باید طوری وانمود کرد که عهد فسخ شده است و این عمل با انداختن پیمان جلوی آنها صورت می‌گیرد.

آنچه مسلم است، ثمره فقهی دو نظر مطرح شده با هم تفاوت بنیادین دارند؛ چون طبق نظریه عدم جواز فسخ، حتی با وجود قرائن، که در این پژوهش مطرح شد، در وهله نخست اجازه فسخ وجود ندارد؛ پس از اعلام به متعهد و انداز آن و ترتیب اثر و ضمانت ندادن متعهد، در واقع، او می‌پذیرد که نقض عهد کرده است. در اینجا، در واقع، نقض عهد عملی از جانب دشمن به صورت قطعی اتفاق می‌افتد. این نظریه با اصل وفای به



عهد تناسب بیشتری دارد. البته، ناگفته نماند: نظریه آن عده اندک از فقیهان و مفسرانی که خوف در آیه مذکور را به معنای علم گرفته‌اند (و قائل شده‌اند که فقط در صورت علم و یقین به نقض عهد از جانب دشمن می‌توان معاهده را فسخ کرد) نزدیک‌تر به نظریه برگزیده این پژوهش است: با این تفاوت که این پژوهش خوف را در معنای ظاهر خودش به کار می‌برد و نبذ را به معنای نقض نمی‌گیرد؛ بلکه به معنای انداختن پیمان در مقابل دشمن و وانمود کردن به فسخ و در واقع انذار آنها می‌داند. در این حالت، در نهایت، ممکن است به علم و یقین به نقض عهد دشمن رسید یا به علم و یقین به عدم نقض از جانب دشمن پی برد.

۲. در بین علمای مذاهب عامه، برخی از فقیهان حنفی مذهب قائل شده‌اند: در صورتی که در عقد هدنه مصلحتی در کار باشد، امام مسلمانان می‌تواند انجامش دهد و در صورتی که مصلحت از بین رفت، می‌تواند نقضش کند. با وجود این، طبق نظر مشهور امامیه و عامه، امام مسلمانان طبق هر مصلحتی نمی‌تواند آن را بشکند. البته، با توجه به ادله مستحکم وفای به عهد، بطلان نظر حنفی‌ها در این مورد اثبات شد.

۳. برخی از فقیهان مالکی در مورد نقض عهد در هنگام خوف نقض از جانب دشمن احتیاط بیشتری داشته‌اند. از گفته آنها برمی‌آید که باید به نوعی علم به نقض عهد دشمن حاصل شود؛ بنابراین به نظر آنها، در صورتی می‌توان نقض عهد کرد که نخست به دشمن انذار کنیم و در واقع، شرایطی پیش آید که نقض عهد از جانب آنها برای ما مسلم شود. این مطلب تقریباً شبیه نتیجه‌ای است که این پژوهش به آن رسیده و به صورت مبسوط و مدلل آن را در جای خود اثبات کرده است.

۴. با در نظر گرفتن نظر مشهور در نبذ پیمان (جواز فسخ آن در هنگام خوف نقض عهد از جانب دشمن با اعلام قبلی)، جواز تسری آن به روابط ذمه و مسلمانان وجود نخواهد داشت؛ چون دلیل این حکم جواز فسخ در مهادنه، براساس مصلحتی بودن حکم مهادنه است و حال آنکه، پیمان ذمه حقی برای اهل کتاب است و این حق به مراتب بالاتر، برای پیمان‌ها و عهود مسلمان‌ها جاری خواهد شد. با پذیرش نظر برگزیده این پژوهش (عدم

جواز فسخ عهد به صرف خوف نقض همراه با قرائن)، در واقع، جواز فسخ عهد در این حالت به صورت مرحله‌وار می‌شود تا در نهایت، علم به نقض پیمان از سوی طرف مقابل پدید آید. در اینجا، امکان تسری این حکم به روابط مسلمانان و ذمه وجود دارد؛ چون در واقع، فسخ عهدی صورت نمی‌گیرد.

پی‌نوشت:

۱. البته، این بر مبنای نظر کسانی است که لزوم عقد را حکمی می‌دانند. اگر دلیل لزوم عقد سیره عقلا باشد، همین دلیل به‌تنهایی برای وجود خیار و اسقاط لزوم کافی است. با وجود این، بعضی از فقیهان درباره الزام تعهد معتقدند که حق الزام حقی وضعی برای متعهدله است و به همین دلیل، وی می‌تواند از این حق خود چشم‌پوشی کند یا اینکه این حق خود را مورد مصالحه قرار دهد و نهایتاً از این حق استفاده کند (ر.ک: خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ص ۱۷۲).
۲. در تاج العروس (واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ص ۳۹۹) آمده است: «نَبَذُ» یعنی پرتاب شیئی در مقابل یا پشت سر. همچنین، در القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً (سعدی، ۱۴۰۸) ص ۳۴۵ و ۳۴۶ در ذیل معنای «نَبَذُ» آمده است: «نَبَذَ الشَّيْءَ یعنی طرحه»: نَبَذَ چیزی به معنای پرتاب کردن آن است. این اصطلاح در قرآن نیز به معنای نقض پیمان به کار رفته است.
۳. همان‌طور که در قبل بیان شد، این اختلاف نظر از آنجا ناشی می‌شود که عده‌ای لزوم عقود را حکمی و برپایه ادله کتاب و سنت می‌دانند و عده‌ای هم آن را حقی و برپایه سیره عقلا دانسته‌اند.

کتابنامه

* قرآن کریم.

** نهج البلاغه (۱۴۱۴ق)، چاپ نخست، قم: مؤسسه نهج البلاغه.

۱. آلوسی، سید محمود (۱۴۱۵ق)، تفسیر روح المعانی، چاپ نخست، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲. ابن اثیر (عزالدین ابوالحسن شیبانی) (بی تا)، الکامل فی التاریخ، بی جا: بی نا، نرم افزار شامله.
۳. ابن عربی (بی تا)، أحكام القرآن، چاپ نخست، بیروت: دارالجلیل.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرّم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع - دار صادر.
۵. ابوالسعود، محمد بن محمد (بی تا)، إرشاد العقل السلیم، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء تراث العربی.
۶. بغوی، حسین بن مسعود (۱۴۲۰ق)، معالم التنزیل، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء تراث العربی.
۷. جصاص، احمد بن علی (۱۴۰۵ق)، أحكام القرآن، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۸. جمعی از نویسندگان (۱۴۲۸ق)، جهاد در آینه روایات، چاپ نخست، قم: زمزم هدایت.
۹. جمعی از نویسندگان (بی تا)، الموسوعة الفقهیة الكويتیة، کویت: دارالسلاسل (نرم افزار).
۱۰. حسینی خامنه ای، سیدعلی (۱۴۱۸ق)، المهادنه، چاپ نخست، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۱۱. حقی، اسماعیل (بی تا)، تفسیر روح البیان، چاپ نخست، بیروت: دارالعلم.
۱۲. خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق)، الخیارات، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).
۱۳. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
۱۴. دسوقی، محمد (بی تا)، حاشیه الدسوقی، بیروت: دارالفکر.
۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات ألفاظ القرآن، چاپ نخست، لبنان: سوریه: دارالعلم، دارالشامیة.
۱۶. راوندی، قطب الدین (۱۴۰۵ق)، فقه القرآن، چاپ دوم، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ع).

۱۷. رحیمی، حبیب‌الله (بی‌تا)، «پیش‌بینی نقض قرارداد»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱۵ و ۱۶، تهران.

۱۸. روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، چاپ نخست، قم: دارالکتاب.

۱۹. سرخسی (۱۴۲۱ق)، المبسوط، چاپ نخست، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.

۲۰. سعدی، ابوحیب (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقہی لغةً و اصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق: دارالفکر.

۲۱. سمرقندی، نصرین محمد (بی‌تا)، بحر العلوم، چاپ نخست، بیروت: دارالفکر.

۲۲. سیوطی، مصطفی (۱۹۶۱م)، مطالب أولى النهی، دمشق: مکتب الإسلامی.

۲۳. شیخ طوسی (محمدبن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المکتبۃ المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

۲۴. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۲۵. صادقی تهرانی، محمد (۱۳۶۵)، الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن، چاپ دوم، قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.

۲۶. طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۷. طباطبائی، محمدحسین (۱۴۱۷ق)، المیزان، چاپ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعۀ مدرسین حوزه علمیه.

۲۸. طبرسی، فضل‌بن حسن (۱۳۷۲)، مجمع البیان، چاپ سوم، تهران: ناخرسرو.

۲۹. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران: مرتضوی.

۳۰. علامه حلی (حسن‌بن یوسف) (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۱. _____ (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء (ط - الحديثة)، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۳۲. فاضل مقداد (مقدادبن عبدالله سیوری حلی) (۱۴۲۵ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ نخست، قم: مرتضوی.

۳۳. فخر رازی، محمدبن عمر (۱۴۲۰ق)، تفسیر کبیر (مفاتیح الغیب)، چاپ سوم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۳۴. فیض کاشانی، ملامحسن (۱۴۱۵ق)، تفسیر الصافی، چاپ دوم، تهران: انتشارات الصدر.
۳۵. قرشی، سیدعلی اکبر (۱۴۱۲ق)، قاموس قرآن، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۳۶. قرطبی، محمدبن احمد (۱۴۲۳ق)، الجامع لأحكام القرآن، الرياض: عالم الکتب.
۳۷. کاسانی، علاءالدین (۱۹۸۲م)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دارالکتب العربی.
۳۸. کاشانی، ملافتح الله (۱۴۲۳ق)، زبدة التفاسیر، چاپ نخست، قم: بنیاد معارف اسلامی.
۳۹. کاشفی سبزواری، حسین بن علی (۱۳۶۹)، مواهب علیّه، چاپ نخست، تهران: اقبال.
۴۰. کیهراسی، علی بن محمد (۱۴۰۵ق)، احکام القرآن، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۴۱. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۲. محدث نوری، حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل، چاپ نخست، بیروت: مؤسسة آل البيت علیہ السلام.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۴. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۴ق)، تفسیر کاشف، چاپ نخست، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴)، تفسیر نمونه، چاپ نخست، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۶. منتظری، حسین علی (۱۴۰۹ق)، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، چاپ دوم، قم: نشر تفکر.
۴۷. نووی، ابوزکریا محیی الدین (۱۴۰۵ق)، روضة الطالبین و عمدة المفتین، بیروت: مکتبة الإسلامی.
۴۸. _____ (بی تا)، المجموع شرح المذهب، بی جا: بی نا، نرم افزار شامله.
۴۹. واسطی، سیدمحمد (۱۴۱۴ق)، تاج العروس، چاپ نخست، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.



چکیده مقالات بہ زبان عربی و انگریزی

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الأبجائي):

عبد الرضا إيزديناه (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 زرندي 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 راد (مساعد أستاذ في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية)

المحرر: يحيى صرامي

محرر اللغة الإنجليزية: محمدرضا ظفري

مترجم اللغة العربية: محمد حسين حكمت



فقه

فصلية علمية تحقيقية

السنة الخامسة والعشرون - العدد الثاني - صيف ١٣٩٧

٩٤

استناداً إلى القرار رقم ١٣١ للجنة منح الإجازات والدرجات العلمية قرر المجلس العالي للحوزات العلمية في جلسته المنعقدة بتاريخ ٥ / ٣ / ١٣٩٤ منح المجلة الفصلية (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 فإنّ 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 حزة في إصلاح وتحرير المقالات.

الآراء الواردة في المقالات لا تمثّل إلا وجهات نظر كتابها المحترمين.

يمكن الاطلاع على محتويات فصلية (فقه) في قاعدة معلومات علوم العالم الإسلامي (ISC) وبنك معلومات المجلات الوطنية (www.Magiran.com) وموقع النور للمجلات المتخصصة (www.Noormags.ir) ونافذة إصدارات مكتب الإعلام الإسلامي (www.journals.dte.ir).

العنوان: قم، ساحة الشهداء، شارع المعلم، المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

مكتب مجلة الفقه - صندوق البريد: ٥٩٩ - ٣٧١٨٥

تليفون مكتب المجلة: ٣٧٧٤٢١٥٨ - ٠٢٥

الفاكس: ٣٧٧٤٢١٥٩ - ٠٢٥ تليفون قسم التوزيع: ٣٧١١٦٦٦٦ - ٠٢٥

البريد الإلكتروني: Jf@isca.ac.ir الموقع الإلكتروني: Jf.isca.ac.ir

السعر: ٧٠٠٠ تومان



مركز الدراسات الإسلامية

صاحب الامتياز: مكتب الإعلام الإسلامي في حوزة قم العلمية

المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

المدير المسؤول: عبد الرضا إيزديناه

رئيس التحرير: سيف الله صرامي

خبير التحرير: علي رضا فجري

خبير التنفيذ: السيد حسين الموسوي

فهرست الموضوعات

١٥٠..... نموذج جديد في البناء الفقهي

محمد هادي يعقوب نجاد

١٥١... جبران خسارة عدم النفع الناشئ من تأخير التأديبة في النظام المصرفي

السيد أمر الله الحسيني

١٥٢..... نظرة جديدة للحكم الفقهي للربا في بيع المعاطاة

محمد رضا كيخا

سمية نوري

السيد حسين آل طه

١٥٣..... ضرورة رجوع القانون إلى الفقه في جريمة ترك النفقة

إسماعيل أقابابائي بني

تأملات في مقتضى ذات عقد النكاح، من منظار فقه الفريقين والقانون

١٥٤..... المدني الإيراني

رضا دهقان نجاد

السيد سجاد محمدي

حسن پور لطف الله

حكم الخوف من خيانة العدو عند الهدنة، من منظار الفقه المقارن وإمكانية

١٥٥..... سرايته

محمد رسول آهنگران

مهدي نوروزي



نموذج جديد في البناء الفقهي

محمد هادي يعقوب نجاد

الخلاصة:

يحتاج الفقه الإسلامي لتدعيم بنيته الداخلية وحيويته إلى بعض العناصر والمستلزمات، وأحد هذه المستلزمات هو بنيته المنطقية وتبويبه تبويباً منظماً، وأن تلبي هذه البنية حاجة هذا العلم الواسع إلى التنظيم، بحيث تحتل كل مسألة من مسائله مكانها المناسب لها فيه، وتسهل عملية الوصول إلى أيّ مبحثٍ من مباحثه، بما ييسر للمطالع فهم مطالبه، مع امتلاكها لقابلية احتواء المقولات الفقهية بما فيها السابقة منها واللاحقة، مضافاً إلى كفاءتها في تلبية متطلبات الوسائل الحديثة في حفظ المعلومات والبحث عنها بمختلف طرق البحث، وعلى الخصوص عمليات البحث الموضوعية والعنكبوتية الفاعلة.

والسؤال الأصلي هو عن الوسيلة الممكنة والمناسبة للوصول إلى بناءٍ منظّمٍ وترتيبٍ منطقيٍّ للفقه.

والمقال الحالي يبحث في بنية علم الفقه من زاوية تنظيم اصطلاحاته وتأثير ذلك في تقديم البناء المنطقي لعلم الفقه، مع نظرة سريعة على أنواع التبويب الشائعة في علم الفقه، واقتراح النموذج الذي يراه مناسباً في هذا المجال.

المفردات الأساسية: علم الفقه، تصنيف العلوم، بنية الفقه، نظام الاصطلاحات، معجم المصطلحات.

جبران خسارة عدم النفع الناشئ من تأخير التأديبة في النظام المصرفي

السيد أمر الله الحسيني

الخلاصة:

من المشكلات التي تجابه النظام المصرفي هي مشكلة تأخر العملاء في أداء أقساط القروض المستحقة عليهم في مواعيدها المقررة، الأمر الذي يؤدي إلى تراكم المستحقات غير الجارية وازدياد حجمها، وما ينجم عن ذلك من الخسائر الكبيرة. ولا يوجد في النظام المصرفي الإيراني ما يمكن أن يُستند عليه لتعويض هذه الخسائر سوى ما اصطلح عليه بمبلغ التعهد بالأداء، ولا يخلو هذا المبدأ من مشكلة الربوئية.

وقد تصدى المحققون للبحث عن وسيلة مناسبة أخرى بدلاً من ذلك، فقدّموا مقترحاتهم التي تمثل أحدها في اقتراح ضمان عدم الاستفادة المستند إلى قاعدة (لا ضرر)؛ حيث إنّ البنوك ونتيجة للتأخير في أداء الديون تخسر فرصتها في الاستفادة من رأسمالها والحصول على المنافع المتوقعة. وهذا الأمر يتوقف على إثبات أمرين: الأثر الإثباتي لقاعدة لا ضرر، والآخر هو إثبات ضرورية عدم الانتفاع؛ حيث لا يخلو شمول قاعدة (لا ضرر) للضرر الناتج من عدم الانتفاع عن اختلاف وجهات النظر وتباينها.

ثم إنّ الفقهاء - على فرض إثبات هذا الأمر - قد اختلفوا أيضاً حول اعتبار عدم الانتفاع ضرراً. والمقال الحالي يسعى من خلال تجاوزه لهذين المانعين النظريين إلى التقدم خطوة باتجاه البحث في هذه المسألة، خصوصاً إذا أخذنا بنظر الاعتبار الحالة الخاصة للنظام المصرفي والتي تمتاز بكون عدم الانتفاع الناتج عن التأخير في أداء الديون قد وصل حدوداً لا يمكن التغاضي عنها، وأنّ الحلّ المقترح يمتاز بعدم مجابهته لمشكلة الربوئية.

المفردات الأساسية: حديث لا ضرر، عدم الانتفاع، خسارة تأخير السداد، النظام المصرفي الإسلامي.

نظرة جديدة للحكم الفقهي للربا في بيع المعاظة

محمد رضا كيخا

سمية نوري

السيد حسين آل طه

الخلاصة:

تحتاج مسألة اختلاف أقوال الفقهاء حول جريان الربا في بيع المعاظة إلى البحث والمناقشة. حيث إنَّ المستفاد من قول بعض الفقهاء أنَّ الربا إنما يجري صرفاً في مورد البيع بالصيغة، لا في بيع المعاظة. وفي مقابل ذلك هناك بعضٌ آخر اختاروا جريان الربا في مطلق المعاوضات من بيعٍ أو صلحٍ أو غير ذلك.

وتتوقف الإجابة على التساؤل الأصلي لهذا التحقيق على البحث في ماهية البيع في مقابل المعاوضة.

يستعرض هذا التحقيق - الذي تمَّ باتِّباع المنهج الوصفي التحليلي - مختلف الآراء الواردة في هذا المجال، مع تقييم ما ذُكر لها من الأدلة.

والذي ينتهي إليه هذا التقييم هو إمكانية القول بالتفكيك: فلو كان الطرفان عند إجراء المعاملة يقصدان أن تكون إحدى البضاعتين ثمناً للبضاعة الثانية، ففي هذه الحالة يمكن اعتبار هذا القسم من المعاوضة مشمولاً بعنوان البيع، سواء تمَّ ذلك باللفظ أم بدونه، فيكون في الحالة الثانية واقعاً تحت عنوان بيع المعاظة، بينما يصدق على المعاملة المذكورة في غير هذه الحالة عنوان المعاوضة.

وعلى هذا فإنَّ الأدلة التي يستند إليها القائلون بجريان الربا في مطلق المعاوضات (بما فيها الآية ٢٧٥ من سورة البقرة، والروايات الدالة على حرمة الربا) تنطبق بإطلاقها أيضاً على بيع المعاظة مضافاً إلى شمولها للبيع بالصيغة، في الوقت الذي يتحقَّق الربا أيضاً في المعاوضات التي تنطبق عليها شروط الربا.

المفردات الأساسية: الربا، البيع، المعاظة، المعاوضة.

ضرورة رجوع القانون إلى الفقه في جريمة ترك النفقة

إسماعيل أقبابائي بني

الخلاصة:

يشير القانون المدني والعديد من الآراء الفقهية إلى ضمانات التطبيق المدنية في حالة ترك النفقة. وعلى الرغم من ذلك نلاحظ أنّ الرؤية الجزائية تجاه ترك النفقة - واستناداً إلى بعض الآراء الفقهية الأخرى - قد أدت إلى اتّجاه المقتنّ في السنوات الأخيرة نحو اتّباع سياسة تشديد العقوبة من جهة، وإلى اعتبار رضاية الشاكي شرطاً في انتفاء العقوبة من جهةٍ أُخرى.

هذا في الوقت الذي نرى أنّ تشديد العقوبة في ترك النفقة يفتقر إلى التبرير المناسب عند مقارنته مع الجرائم المالية المشابهة الأخرى.

كما أنّنا ورغم تمكّنا من توجيه التعزير في ترك النفقة استناداً إلى إمكانية التعزير عند ارتكاب المحزّم، إلّا أنّ الآراء الفقهية تفيد أنّ مدّة جواز التعزير تمتدّ إلى الوقت الذي يباشر المحكوم عليه بدفع النفقة، لا إلى زمان إعلان رضا الشاكي؛ وذلك بناءً على أدلة النهي عن المنكر.

وبهذا يؤدّي الابتعاد الواضح للقانون عن الآراء الفقهية، ومن خلال تمهيد السبيل أمام الاستغلال الخاطيء له، إلى تعريض متانة البناء العائلي للخطر.

من هنا فاللازم على المقتنّ أن يراعي الآراء الفقهية ويلغي عقوبة السجن عند تحقّق دفع النفقة.

المفردات الأساسية: الجرائم المالية، ضمانات التنفيذ الجزائية، ترك النفقة، حقوق العائلة، الجرائم القابلة للعفو.

تأملات في مقتضى ذات عقد النكاح، من منظار فقه الفريقين والقانون المدني الإيراني

رضا دهقان نجاد
السيد سجّاد محمّدي
حسن پور لطف الله

الخلاصة:

لكلِّ عقدٍ من العقود آثاره المختلفة، وأحدها هو ذلك الأثر الأصلي والذي لا ينفك عنه، وهو الذي يعبر عنه الفقهاء وأهل القانون بمقتضى ذات العقد.

وفي ما يخصّ عقد النكاح - سواء الدائم منه أو المنقطع - فإنّه لمّا كان الأمر فيه لا يقتصر على الجانب العقدي بل لا يخلو من الجانب العبادي أيضاً؛ فإنّ الإبهام يكتنف تشخيص وتعيين مقتضاه الذاتي، كما أنّ الاختلافات العميقة بين فقهاء الإماميّة وأهل السنّة ورجال القانون تلقي بظلالها الثقيلة عليه.

وعلى العموم فهناك ثلاث نظريّات مطروحة في هذا المجال: حيث يعتقد بعض فقهاء الإماميّة وأكثر فقهاء أهل السنّة أنّ الاستمتاع الجنسي بمعناه الخاصّ، أي الوطاء، هو المقتضى الذاتي لعقد النكاح.

بينما يرى بعض رجال القانون أنّ تأسيس العائلة هو مقتضى ذات عقد النكاح. في حين يرى بعض آخر من فقهاء الإماميّة أنّ علاقة الزوجيّة هي مقتضى ذات النكاح، الأمر الذي يمكن استنباطه من ظاهر المادّتين ١٠٣٥ و ١١٠٢ من القانون المدني أيضاً.

والذي يظهر من التحقيق والتأمّل في مباني الآراء المذكورة، ومن خلال مراجعة المصادر الأخرى، فإنّ الذي نعتقده أنّ الرأي الثالث هو الذي يمتاز بنقاط القوّة، وهو الذي يمكن الدفاع عنه في هذا المجال.

المفردات الأساسية: مقتضى ذات النكاح، مقتضى إطلاق النكاح، التمتع الجنسي، علاقة الزوجيّة، تأسيس العائلة.

حكم الخوف من خيانة العدو عند الهدنة، من منظار الفقه المقارن وإمكانية سرايته

محمد رسول أهنگران
مهدي نوروزي

الخلاصة:

يعدّ الوفاء بالعهود والعقود واحداً من المبادئ الحيويّة في الفقه الإسلامي. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل يجوز للمتعهّد له أن يفسخ العقد إذا خاف من خيانة المتعهّد لشروط العقد، أم لا يجوز له ذلك؟

المشهور لدى علماء الإمامية وأهل السنة هو قولهم أنّه في ظروف المهادنة وحيث تكون هناك حالة من الصلح غير المستقرّ بين الحكومة الإسلامية والكفّار، فإنّ الحاكم الإسلامي يستطيع بعد الإعلان المسبق أن يفسخ العقد إذا حصل لديه الخوف من خيانة الكفّار، وذلك استناداً إلى الآية ٥٨ من سورة الأنفال.

إلا أنّ الرأي المختار في هذا التحقيق - واستناداً إلى القيود الموجودة في الآية الشريفة - هو عدم جواز فسخ المعاهدات؛ بل إنّ على الحكومة الإسلامية في حالة خوفها من خيانة العدو أن تلقي بالمعاهدة بين يديه وتوحي له بفسخ العقد، وبهذا تكون قد أذرت ذلك العدو من جانب، ومن جانب آخر تكون قد أجبرته على اتّخاذ أحد موقفين: إمّا أن يتعهّد باستمرار العمل بالمعاهدة، أو أن يكشف على الملاء انتهاكه العمليّ لبنود المعاهدة.

وتكمن فائدة ما ذكرناه في أنّ العدو عند علمه بهذا الحكم وطريقة المسلمين سوف لا يقدم على فسخ العقد إذا لم يحصل له العلم ويتيقّن بانتهاك الطرف المقابل له، كما يوفّر له فرصة لتقديم الضمانات على التزامه بالعقد وتطبيقه.

وفي ختام المقال يناقش الكاتب إمكانية سراية هذا الرأي المختار إلى كافّة العقود والمعاهدات التي تعقدها الحكومة الإسلامية.

المفردات الأساسية: خوف الخيانة، المهادنة، عقود الحكومة الإسلامية، المعاهدات.

The precept of fear from enemy`s treachery in cease - fire (mohadana) with the comparative jurisprudence approach and its possibility of expanding

Mohammad Rasul Ahangaran
Mahdi Noruzi

Abstract

Fulfillment of an commitment and contracts is one of the vital principles in the Islamic jurisprudence. The question is that if there is fear about the treachery of an obligor in the contracts, can an obligee conceal them? The famous Shiite and Sunni scholars state that in the conditions of cease-fire which means a temporary compromise between the Islamic government and the infidels, with regard to verse 58 of anfal chapter, the Islamic governor can conceal the convention based on a pre-announcement when the unbelievers` treachery was frighten. But according to the chosen theory of this research, based on the existing stipulations in the mentioned holy verse, there is no permission of terminating the treaty; so when an Islamic state is frighten by the treachery of the enemy, it will throw the treaty against them, and pretend to conceal the convention which frighten them and also compel them undertake a permanent commitment or make them appear the practical break of their treaty. If the enemy knows this precept and Muslims` practice, the use of this enterprise will prevent the opposite party to terminate treaty without any knowledge and certainty and give an opportunity to them to secure the convention. In the end, the possibility of expanding the chosen theory to the all contracts and treaties of an Islamic state has been reviewed.

Key words: fear of treachery, cease - fire, conventions of Islamic state, treaties.



Restudying the requirements of marriage contract in terms of Shiite and Sunni jurisprudence and Iranian civil law

Reza Deghan

Sayyed Sajjad Mohammadi

Hassan Pourlotfollah

Abstract

Each contract has some different effects which one of them is inseparable and basic impact of a contract; the jurists and lawyers interpret it as essence of inherent contract. Since regarding the marriage contract whether permanent or temporary, in addition to its contractual aspect, also its ritual aspect is under consideration, recognize and identifying its nature is ambiguous, and has led profound differences among Imamiya and Sunni jurists and lawyers. Summarily, there are three famous theories in this regard; some Imami jurists and majority of Sunni jurists believe that sexual intercourse in its special meaning, is the essence of marriage contract; according to one part of the lawyers, establishing family is its nature. In contrast, some other Imami jurists have believed that the marriage ties are to be regarded as the essence of the marriage which it is inferable from the appearance of Civil Code, articles 1035 and 1102. Now based on past reviewing and researching the foundations of presented theories and exploiting the other documents, it seems that the third viewpoint has the strong grounds and more defensible in this regard.

Key words: essence of the marriage, essence of absolute of marriage, sexual exploitation, marriage ties, establishing family



The necessity of returning the statute of failure to maintain to the jurisprudence

Ismاعil Aghababaei

Abstract

The civil code and lots of the jurisprudential opinions have indicated the civil sanctions about the failure to maintain. Nevertheless, according to some other jurisprudential opinions, on the one hand, the criminal approach to failure to maintain have led the legislator to follow the policy of the aggravating punishment during the recent years, and on the other hand, bring to an end the punishment provided the consent of the complainant. This is while that the aggravating punishment for failure to maintain is unjustified in comparison with the other similar financial offences. Similarly, although based on the possibility of discretionary punishment for committing a prohibited act, the discretionary punishment for failure to maintain can be justified, in the jurisprudential precepts, with regard to evidence of preventing the vice (nahy 'an al-monkar), the period of permissibility of discretionary punishment is as long as the convicted person pays the maintenance rather than the time of announcing the claimant his consent. The apparent break of the jurisprudential precepts has led the statute to endanger the firmness of the family, meanwhile providing the grounds of abuse. Therefore, following the jurisprudential opinions, it is desirable that imprisonment punishment is to be terminated by the legislator.

key words: financial offences, criminal sanctions, failure to maintain, family law, forgivable offences.



An New Opinion on the Jurisprudential Precept of Usury in the informal Sale (Bay` Mo`atati)

**Mohammad Kaykha
Somayyeh Noori
Sayed Hosein Altaha**

Abstract

The process of the usury in the informal sale requires considering the different opinions of the jurists. Based on the content of some jurists' viewpoints, the usury is processed in the formal sale not in informal one as a bay` mo`atati). In contrast, another group have chosen the process of usury in the all exchanges including sale, compromise, and so on. In this paper, the answer to the basic question depends on reviewing the nature of sale against the exchange; similarly, according to a descriptive - analytical method, the issued opinions will be discussed and the argumentations are assessed. As a result of this evaluation, it can be distinguished as follows: during the transaction, if the parties' intention is that one of the two goods is going to be the price of another, this type of exchange can be regarded as a sale; whether in word or not, the title of the second one will be as an informal sale, and otherwise, the mentioned transaction will be titled as an exchange. Therefore, the cited evidences of the followers of processing usury in the all exchanges (whether verse 275, chapter Baqara, and the traditions indicating the prohibition of usury and so on) absolutely include formal sale and additionally, informal sale. Meanwhile, there is usury in the exchanges in which the conditions of usury are processed.

Key words: usury, sale, moatat, exchange.

Compensation of Loss of Prospective Profits Caused by Payment Delay in the Banking System

Sayyed Amr Allah Hoseini

Abstract

One of the banking system's problems is the delay of customers' repaying the installments of facilities at due date which causes to increase the bulk of the non current claims and the damages caused by this problem. In Iran's banking system, the penalty clause is the only basis of the compensation. This theory is faced by the usurious problem. In seeking an alternative tactic, the researchers have given some suggestions. Based on the evidence of "no injury and no loss", the liability of loss of prospective profits is one of these tactics; because, due to the delay of repaying the debt, the banks will lose their opportunity to using the capital, and acquiring its probable benefits. This issue needs to be proven by two subjects: the first is the positive role of no injury and no loss, and the other is to be loss of lack of profit; because whether the rule "no loss" is including the loss originated by the lack of profit, there is disagreement. Similarly, on the assumption of proof of this fact, whether the lack of profit is considered as the loss or not, is a serious disagreement of the jurisprudents.

With passing these two theoretical obstacles, this paper has tried to take a step towards the plan of the problem; specially, it is with due attention to the particular situation of the banking system in which the loss of profits acquired by the delay payment is very considerable, and the mentioned solution is not faced by the usurious problem too.

Key words: Hadith "no loss", loss of prospective profits, damage of delay payment, Islamic banking system.

A New Pattern for Studying the Structure of Jurisprudence (Fiqh)

Mohammad Hadi Yaqubnejad

Abstract

For its external strength and reconstruction, Islamic jurisprudence or fiqh is depended on some elements and requirements that one of them is its logical structure and organized categorization: a structure that is able to organize a science with such an extent, clarify the position of any problem, make gaining its discussions easier and facilitate understanding its subjects, accept previous and past legal propositions of fiqh with its extendable network, and similarly, operate to various saves and searches and do specially the functional topic and network searches according to the development of the new instruments.

The main question is that what is the suitable tactic of a organized morphology and logical categorization of fiqh?

In this paper, morphology of fiqh based on an formulating the terms, and its effect on representing the logical structure of fiqh as an essential strategy is considered. Also, with an review of the current classifying the fiqh for its deviation, a model is suggested.

Key words: knowledge of jurisprudence, classification, structure of fiqh, system of terms, Thesaurus.

۱۶۲



سال بیست و پنجم، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۷

Contents

A New Pattern for Studying the Structure of Jurisprudence (Fiqh).....	162
Mohammad Hadi Yaqubnejad	
Compensation of Loss of Prospective Profits Caused by Payment Delay in the Banking System.....	161
Sayyed Amr Allah Hoseini	
An New Opinion on the Jurisprudential Precept of Usury in the informal Sale (Bay` Mo`atati).....	160
Mohammad Kaykha	
Somayyeh Noori	
Sayyed Hosein Altaha	
The necessity of returning the statute of failure to maintain to the jurisprudence.....	159
Ismacil Aghababaei	
Restudying the requirements of marriage contract in terms of Shiite and Sunni jurisprudence and Iranian civil law.....	158
Reza Deghan	
Sayyed Sajjad Mohammadi	
Hassan Pourlotfollah	
The precept of fear from enemy`s treachery in cease - fire (mohadana) with the comparative jurisprudence approach and its possibility of expanding ..	157
Mohammad Rasul Ahangaran	
Mahdi Noruzi	



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 Sadiq Mazinani (Fourth Level Researcher at Qom Seminary)
Muhammad Hassan NajafiRad (Assistant Professor, Islamic Science and Culture Academy)

Editor: Yahya Sarrami

Editor: 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 "Fiqh" is cited in the Islamic World Science Citation Center (ISC), State Journals Database (www.magiran.com), Noor Specialized Magazines (www.noormags.ir), and The Magazines Portal of the Islamic Propagation Office (www.journals.dte.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

Web : Jf.isca.ac.ir

Price: 7000 Tomans.



فقه

Fiqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Volume 94, Issue 2, summer 1397



Publisher: Islamic Propagation Office, Qom Seminary

Islamic Science and Culture Academy

Director-in-Charge: Abdoreza Eizadpanah

Editor-in-Chief: Seifollah Sarrami

Journal's expert: Alireza Fajri

Executive expert: Sayyed Hosein Mousavi