

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

# ماهنامه داخلی گروه های تخصصی

ویژه نشر تحقیق های درسی طلاب

اشتباه در طرفین قرار داد کلی فی الذمه / محمدامین کبیری

قرداد اختیار معامله / احمد مولائی

تمسک به حکم عقل و ادله نهی از منکر برای اثبات حرمت اعانه بر اثم / محمد مظفری

بررسی فقهی و حقوقی معامله به قصد فرار از دین / مهدی فرهنگ دلیر

ماهیت و موارد تادیب فرزند / حسین معصومی

جایگاه مهرالمثل در زنا / مصطفی درخشنده

میزان تعیین نفقه در فقه / محمد حسین رحمتی



**نوشتاری از طلاب:**

گروه فقه معاملات

گروه فقه اقتصاد

گروه فقه تربیت

گروه فقه جزاء

گروه فقه خانواده

|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| اشتباه در طرفین قرارداد کلی فی الذمه، محمد امین کبیری.....                        | ۵  |
| چکیده .....                                                                       | ۵  |
| مقدمه .....                                                                       | ۶  |
| ۱) لزوم تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه .....                                  | ۷  |
| دیدگاه اول: لزوم تعیین مالک از باب شرط مستقل .....                                | ۸  |
| دلیل اول: بقاء مملوک بدون مالک .....                                              | ۸  |
| دلیل دوم: عدم جزم به عقد و آثار آن .....                                          | ۱۰ |
| دلیل سوم: انصراف ادله و عدم دلیل بر صحت تعیین آینده .....                         | ۱۱ |
| دلیل چهارم .....                                                                  | ۱۲ |
| دیدگاه دوم: لزوم تعیین مالک از باب توقف مالیت کلی بر تعیین .....                  | ۱۲ |
| دیدگاه سوم: لزوم تعیین مالک از باب توقف ملکیت کلی بر تعیین .....                  | ۱۶ |
| دیدگاه چهارم: عدم لزوم تعیین مالک .....                                           | ۱۹ |
| ۲) اهمیت شخص طرف قرارداد در معاملات کلی فی الذمه .....                            | ۱۹ |
| جمع بندی .....                                                                    | ۲۱ |
| قرارداد اختیار معامله، احمد مولایی.....                                           | ۲۳ |
| چکیده .....                                                                       | ۲۳ |
| کلید واژه : .....                                                                 | ۲۴ |
| مقدمه .....                                                                       | ۲۴ |
| ارکان قرارداد اختیار معامله .....                                                 | ۲۴ |
| ۱) قیمت اختیار .....                                                              | ۲۴ |
| ۲) قیمت توافقی یا قیمت قابل اعمال .....                                           | ۲۴ |
| ۳) سر رسید .....                                                                  | ۲۵ |
| ۴) حجم قرارداد .....                                                              | ۲۵ |
| ماهیت عقد اختیار .....                                                            | ۲۵ |
| تمسک به حکم عقل و ادله نهی از منکر برای اثبات حرمت اعانه بر اثم، محمد مظفری ..... | ۳۷ |
| مقدمه .....                                                                       | ۳۷ |

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| فهرست .....                                                         | ۲  |
| تقریب حکم عقل بر حرمت اعانه .....                                   | ۳۸ |
| مناقشه در استدلال به حکم عقل .....                                  | ۳۹ |
| استناد به ادله نهی از منکر .....                                    | ۴۲ |
| تقریب اول استناد به ادله نهی از منکر .....                          | ۴۲ |
| تقریب دوم استناد به ادله نهی از منکر .....                          | ۴۸ |
| بررسی فقهی و حقوقی معامله به قصد فرار از دین، مهدی فرهنگ دلیر ..... | ۴۹ |
| چکیده .....                                                         | ۴۹ |
| کلید واژه: .....                                                    | ۵۰ |
| مقدمه .....                                                         | ۵۰ |
| مفاهیم .....                                                        | ۵۱ |
| قصد .....                                                           | ۵۱ |
| فرار از دین .....                                                   | ۵۲ |
| حکم تکلیفی بیع به قصد فرار از دین .....                             | ۵۲ |
| حکم تکلیفی معاملات فرار از دین .....                                | ۵۲ |
| حکم وضعی .....                                                      | ۵۵ |
| ادله فساد معاملات مصداق فرار از دین .....                           | ۵۶ |
| دلیل اول: روایات .....                                              | ۵۷ |
| (۱) روایات باب تدبیر .....                                          | ۵۷ |
| (۲) روایات وقف .....                                                | ۶۱ |
| (۳) روایات معامله به جهت نامشروع .....                              | ۶۲ |
| دلیل دوم: قاعده دلالت نهی بر فساد .....                             | ۶۴ |
| دلیل سوم: قاعده لاضرر .....                                         | ۶۵ |
| دلیل چهارم: قاعده تفویت و تضییع حق غیر .....                        | ۶۷ |
| جمع بندی .....                                                      | ۶۸ |
| ماهیت و موارد تادیب فرزند، حسین معصومی .....                        | ۷۱ |
| مقدمه .....                                                         | ۷۱ |
| مفهوم تادیب .....                                                   | ۷۲ |

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| فهرست .....                                  | ۳  |
| مفهوم تعزیر .....                            | ۷۵ |
| رابطه تادیب و تعزیر .....                    | ۷۶ |
| شرایط تادیب .....                            | ۷۹ |
| ۱) ولایت داشتن .....                         | ۷۹ |
| ۲) وجود قوه تمیز در صبی .....                | ۷۹ |
| ۳) وجود مصلحت .....                          | ۸۰ |
| ۴) رعایت سلامت مؤدب .....                    | ۸۰ |
| ۵) رعایت اعتدال و دوری از افراط .....        | ۸۰ |
| ۶) موثر بودن تادیب .....                     | ۸۱ |
| اولیاء تادیب .....                           | ۸۲ |
| تادیب توسط پدر و جد .....                    | ۸۲ |
| تادیب توسط مادر .....                        | ۸۳ |
| تادیب توسط غیر والدین .....                  | ۸۶ |
| حکم گونه های مختلف تادیب .....               | ۸۷ |
| تادیب جسمی .....                             | ۸۷ |
| تادیب روحی .....                             | ۸۹ |
| جمع بندی .....                               | ۹۱ |
| جایگاه مهرالمثل در زنا، مصطفی درخشنده .....  | ۹۳ |
| مقدمه .....                                  | ۹۳ |
| مفهوم مهرالمثل .....                         | ۹۴ |
| مساله اول: مهر المثل در زناى غيرمطاوعی ..... | ۹۴ |
| دو نظریه اثبات و نفی مهر المثل .....         | ۹۴ |
| ادله نفی استحقاق .....                       | ۹۵ |
| الف: صحیحہ عبیدالله بن علی الحلبی .....      | ۹۵ |
| ب: صحیحہ محمد بن مسلم .....                  | ۹۶ |
| ج: روایت نوادر .....                         | ۹۶ |
| مساله دوم: مهر المثل در زناى مطاوعی .....    | ۹۷ |

|     |                                                              |
|-----|--------------------------------------------------------------|
| ۹۷  | ادله نظریه عدم استحقاق .....                                 |
| ۹۷  | دلیل اول: اجماع .....                                        |
| ۹۸  | دلیل دوم: روایات .....                                       |
| ۹۸  | (۱) صحیحہ برید عجلی.....                                     |
| ۹۹  | (۲) معتبره ریان بن شیب .....                                 |
| ۱۰۰ | (۳) موثقہ سکونی .....                                        |
| ۱۰۱ | (۴) سحت بودن مهریه در زنانی مطاوعی.....                      |
| ۱۰۳ | ادله نظریه استحقاق مهر .....                                 |
| ۱۰۳ | الف: صحیحہ معاویه بن وهب .....                               |
| ۱۰۴ | ب: مرسلہ دعائم الاسلام .....                                 |
| ۱۰۵ | جمع بندی .....                                               |
| ۱۰۷ | میزان تعیین نفقه در فقه، محمدحسین رحمتی.....                 |
| ۱۰۷ | مقدمه .....                                                  |
| ۱۰۸ | مسأله اول: مفهوم و مصادیق نفقه .....                         |
| ۱۰۸ | مصادیق نفقه در کلام فقها .....                               |
| ۱۰۹ | مصادیق نفقه در آیات و روایات .....                           |
| ۱۰۹ | الف-آیات .....                                               |
| ۱۰۹ | ب- روایات .....                                              |
| ۱۱۴ | مسأله دوم: مقدار نفقه .....                                  |
| ۱۱۵ | نظریه اول: تعیین مقدار توسط شارع .....                       |
| ۱۱۵ | نظریه دوم: عدم تعیین مقدار توسط شارع .....                   |
| ۱۱۶ | الف: نظریه تأثیر شأن و موقعیت اجتماعی زن در مقدار نفقه ..... |
| ۱۱۸ | ب: نظریه تأثیر تمکن مالی مرد در مقدار نفقه .....             |
| ۱۱۹ | ج: نظریه تأثیر تمکن مرد و موقعیت زوجه .....                  |
| ۱۲۰ | جمع بندی .....                                               |

# اشتباه در طرفین قرار داد کلی فی الذمه

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد امین کبیری<sup>۱</sup>

چکیده

بحث اشتباه در طرفین قراردادها از مباحث مهم و محل ابتلاء است. سوال اصلی مقاله این است که در معاوضاتی که به صورت کلی فی الذمه انجام می‌شود، اشتباه در طرفین قرارداد چه حکمی دارد، مثل این که بائع با تصور این که ثمن کلی به ذمه مشتری می‌آید معامله کند و معلوم شود که مشتری وکیل از دیگری بوده است. در این مقاله ابتدا به این نتیجه خواهیم رسید که تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه لازم نیست، و نظریاتی که آن را لازم می‌دانند دارای اشکال‌اند. در مرحله بعد، اثبات خواهیم کرد که معاملات کلی فی الذمه، با نکاح و وقف که شخصیت طرف قرارداد اهمیت اساسی در آنها مهم است تفاوت دارند. نتیجه این مطالب این است که اشتباه در طرفین قرارداد کلی فی الذمه موجب بطلان معامله نمی‌شود، جز در مواردی که قرینه قوی بر اهمیت طرف قرارداد موجود باشد.

---

<sup>۱</sup>. دانش پژوه گروه فقه معاملات، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

کلید واژه: اشتباه، طرف قرارداد، طرف معامله، کلی فی الذمه، تعیین مالک، اهمیت طرف قرارداد

#### مقدمه

بحث اشتباه، از مباحثی است که در اجزاء مختلف یک قرارداد قابل مطرح شدن است. در فقه و حقوق، اقسام مختلفی برای اشتباه قراردادی مطرح است، مثل اشتباه در ماهیت قرارداد، اشتباه در سبب قرارداد، اشتباه در موضوع قرارداد و اشتباه در طرف قرارداد که هر یک دارای تقسیمات فرعی است. اشتباه در طرف قرارداد، در اقسام معاملات مختلف باید به طور مستقل مورد بررسی قرار گیرد؛ زیرا ویژگی‌های عقدی مثل نکاح، متفاوت با ویژگی‌های عقود معاوضی، و ویژگی‌های عقود معاوضی کلی با عقود معاوضی عین معین متفاوت است. موضوع این مقاله وضعیت اشتباه در طرفین معاملات کلی فی الذمه است.

بحث اشتباه در طرف قرارداد کلی فی الذمه در فقه، بین دو ایجاب و سلب واقع شده است. در قراردادهایی مثل نکاح، وقف و هبه که شخصیت طرف قرارداد مورد اهمیت است، طبق قاعده اشتباه در طرف قرارداد باید موجب بطلان عقد باشد. از طرف دیگر در معاوضات، در مواردی که عوض، عین معین است، بسیاری از فقها به تبعیت از مرحوم شیخ انصاری فرموده اند اساساً تعیین مالک لازم نیست؛ زیرا با توجه به مفهوم و حقیقت معاوضه، لازمه صحت معاوضه در موارد عین معین این است که عوض داخل ملک کسی شود که معوض از ملکش خارج شده. حتی در نظر برخی از فقها در این فرض، این که عاقد مالک باشد یا وکیل مهم نیست، همان طور که مهم نیست قصد وقوع معامله از طرف مالک را داشته باشد یا از غیر و یا هیچ کدام (المکاسب و البیع ج ۱ ص ۴۱۰). هرچند این مطالب جای بحث دارد، اما آن چه موضوع اصلی این مقاله است، این است در موارد کلی فی الذمه اشتباه در طرف قرارداد چه حکمی دارد، و به تعبیر دیگر آیا معاملات کلی فی الذمه در حکم نکاح است که شخص طرف قرارداد اهمیت دارد، یا در حکم موارد عین معین است.

مباحث مرتبط به اشتباه در طرفین معامله کلی فی الذمه، در دو جای فقه مورد بحث واقع شده است. یکی در شروط عقد، بحث تطابق بین ایجاب و قبول که از اقسام آن، عدم تطابق در طرف قرارداد است. دوم در بحث شروط متعاقدين و ذیل عنوان لزوم تعیین مالک در عقد. هرچند دو

مساله مستقل هستند اما ارتباط بین آن ها قابل انکار نیست؛ زیرا بعد از بحث از این که تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه لازم است، نوبت به این می رسد که اگر تعیین حاصل بود اما طرف مقابل تصور دیگری پیدا کرد، معامله چه حکمی دارد. و اگر تعیین مالک لازم نباشد، اشتباه هم موثر نخواهد بود؛ زیرا چیزی که اساسا لازم نیست، اشتباه در آن هم اثری ندارد. بنابراین ابتدا بحث تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه و سپس اهمیت طرف قرارداد و تاثیر آن در اشتباه را مورد بررسی قرار می دهیم.

### ۱) لزوم تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه

چنان چه گذشت، از مباحثی که در فقه معاملات ذیل شرایط متعاقدين بحث شده است، بحث لزوم تعیین مالک در عقد است که مرحوم شیخ انصاری به تبعیت از محقق تستری آن را مورد بررسی قرار داده است. به گفته محقق نائینی، مناسبت این بحث با شرایط متعاقدين، از این جهت است که محقق تستری قائل به لزوم تعیین مالک در عقد شده است (المکاسب و البیع ج ۱ ص ۴۰۸). همان طور که مرحوم خوئی تذکر داده اند نباید در این بحث بین مقام ثبوت و اثبات خلط شود؛ زیرا قطعا در صورت عدم وجود قرینه، مقتضای انصراف این است که کلی و بیع، به انشاء کننده نسبت داده می شود و معامله بر ذمه او واقع می شود (مصباح الفقاهه ج ۳ ص ۲۷۸). سر مطلب به تعبیر محقق نائینی این است که طبع معاملات و حتی عبادات این است که تا زمانی که قصد غیر نشده است، از جانب انجام دهنده واقع شود لذا برای این که نماز از جانب ما واقع شود نیازی به قصد آن نیست و عدم قصد غیر، کافی برای وقوع از شخص است. (المکاسب و البیع ج ۱ ص ۴۱۱). بنابراین نزاع در جایی روشن می شود که عالم ثبوت را کشف کرده باشیم که قصد ذمه هیچ شخصی نشده باشد، یا این که بگوید کالا را در ذمه غیر خریدم بدون این که مصداق غیر معلوم باشد.

در نگاهی کلی می توان دیدگاه های ناظر به این بحث را به چهار دیدگاه اصلی تقسیم کرد. دیدگاه اول قائل به لزوم تعیین مالک به عنوان شرط مستقلى در قراردادهاست، برخلاف دیدگاه دوم و سوم که تعیین مالک در موارد کلی فی الذمه را از جهت تحقق شرایط عوضین لازم می داند. طبعاً این دیدگاه ها حتی اگر در مواردی مشترک در نتیجه باشند، اما مدعی و استدلالاتی متفاوت با دیدگاه رقیب خود دارند، و لذا در کتب فقهی نیز در تقابل با یکدیگر قرار دارند. دیدگاه دوم عدم تعیین مالک در موارد کلی فی الذمه را مانع تحقق شرط «مالیت داشتن عوضین» و دیدگاه سوم

آن را مانع تحقق شرط «ملکیت داشتن عوضین» می‌داند. در نهایت دیدگاه چهارم قائل به این است که اساساً تعیین مالک در قراردادهای کلی فی الذمه لازم نیست. ما در این قسمت به بررسی این دیدگاه‌های چهارگانه می‌پردازیم.

### دیدگاه اول: لزوم تعیین مالک از باب شرط مستقل

محقق تستری را می‌توان اولین یا یکی از اولین قائلین به دیدگاه لزوم تعیین مالک در موارد کلی فی الذمه معرفی کرد. به اعتقاد ایشان، این مساله در نهایت اشکال بوده و کلمات فقها در این بحث مضطرب است. در نظر ایشان، اگر معین بودن مالک متوقف بر تعیین مالک در زمان عقد باشد (برخلاف موارد عین معین که عقد صحیح جز برای مالک واقع نمی‌شود) تعیین مالک در لفظ یا نیت لازم است. به عنوان مثال در جایی که عاقد از دو نفر ولایت یا وکالت دارد و عوضین معین نیستند، باید کسی که معامله برای او انجام می‌شود را معین کند. اگر تعیین در زمان عقد انجام شد، معامله برای همان شخص واقع می‌شود و تغییر آن صحیح نیست. اما اگر تعیین انجام نشد و وجهی برای انصراف اطلاق به شخص معینی وجود نداشت، معامله باطل است (مقابس ص ۱۱۵). در مجموع چهار دلیل برای اثبات این دیدگاه اقامه شده است که برخی توسط خود ایشان و برخی دیگر در کلام سایر فقها به نفع ایشان مطرح است. در ادامه به ذکر و نقد این ادله می‌پردازیم.

### دلیل اول: بقاء مملوک بدون مالک

در نظر محقق تستری، اگر تعیین مالک لازم نباشد و معامله صحیح واقع شود، لازمه آن این است که در عالم نفس الامر، مملوک بدون مالک محقق شود و این مطلب باطل است. تقریب این استدلال در نظر مرحوم امام علیه السلام این است که ملکیت اضافه ای است اعتباری، و شیء مبهم و غیرمعین در عالم واقع تحقق ندارد تا بتواند طرف اضافه واقع شود. بنابراین لازمه عدم تعیین مالک، این است که مملوک بدون مالک واقعی باشد و این لازمه باطل است؛ زیرا مالک و مملوک از متضایان‌اند.

این استدلال خالی از اشکال نیست؛ زیرا نهایت اقتضای این برهان عقلی این است که در معاملات لازم است مال به مالک معینی منتقل شود، اما لازمه این بیان این نیست که ملکیت بعد

از تعیین طرفین حاصل نشود. بنابراین اگر وکیل با بایع بگوید «از طرف یکی از دو موکل فروختم» و قابل هم بگوید «از طرف یکی از موکل ها قبول کردم» با توجه به برهان مذکور، ملکیت بالفعل محقق نمی شود ولی موقوف بر تعیین خواهد بود. نکته مطلب همان طور که مرحوم امام علیه السلام بیان فرموده، این است که الفاظ معاملات از قبیل علت تامه در تاثیر نیستند تا انفکاک اثر آنها ممکن نباشد، بلکه موضوع برای اعتبار عقلاء هستند. لذا هیچ اشکالی نیست که حصول اثر آن ها متوقف بر شرایط عقلی یا شرعی باشد، چنانچه تاثیر عقد مکروه و فضولی متوقف بر رضایت و اجازه مالک است. مرحوم امام علیه السلام با این بیان برهان دیگری که ممکن است از کلام مرحوم شیخ استشمام شود را پاسخ می دهند. حاصل برهان این است که در فرض عدم تعیین، معاوضه حقیقی معقول نیست؛ زیرا «واحد مردد» واقعیتهای ندارد تا عوض در ملک او واقع شود. لذا اگر معامله صحیح باشد، تحقق اضافه بدون مضاف یا مضاف الیه لازم می آید. در نظر مرحوم امام علیه السلام این بیان تنها می تواند ترتب اثر فعلی بر انشاء را نفی کند نه این که آن را از اساس لغو بداند. (کتاب البیع ج ۲ ص ۵۵)

سید یزدی نیز مملوک در این فرض را بدون مالک نمی داند؛ زیرا تعیین اگر کاشف باشد معلوم می شود که شخص از ابتدا مالک بوده و اگر ناقل باشد ملکیتی قبل از تعیین حاصل نشده تا بدون مالک باشد. سپس اضافه می کند که اگر از ابتدا قصد وقوع بیع برای کسی که بعدا معین می کند داشته باشد، مطلب آسان تر است؛ زیرا از ابتدا تعیین داشته و در علم خدا معلوم است هرچند عاقد به آن علم ندارد (یزدی ج ۱ ص ۱۱۶) برخی از فقهاء نیز احتمال مالک بودن کسی که به وسیله قرعه تعیین می شود را مطرح کرده و زمان تحقق ملکیت را مبتنی بر اختلاف در کاشفیت یا ناقلیت تعیین دانسته اند (منهاج الفقهاء ج ۳ ص ۴۱۷).

از طرف دیگر عده ای از فقهاء در مقام نقد محقق تستری فرموده اند که بقاء مملوک بدون مالک معین هیچ محذوری ندارد، خصوصا که نظیر آن در شرع واقع شده است. برای رفع استبعاد به مواردی مثال زده اند مثل مالکیت فقرا نسبت به زکات، مالکیت عناوین کلی نسبت به اوقاف، شخصی نذریا وصیت کند که مالش برای فقیر باشد که قبل از تعیین، مالک آن جز کلی مردد بین افراد محصور یا غیر محصور نیست (منهاج الفقهاء ج ۳ ص ۴۱۷، حاشیه مکاسب ابروانی ج ۱ ص ۱۰۸، کتاب البیع اراکی ج ۱ ص ۲۵۷)

همچنین لازمه این دلیل این است که عقد فضولی باطل باشد حتی اگر شخص را معین کند و حتی اگر عوض جزئی باشد؛ زیرا قبل از اجازه اثری بر عقد مترتب نیست و ملک بدون مالک لازم می‌آید. سید یزدی این نقض را مطرح کرده و سپس پاسخ می‌دهد که طبق مبنایی که صحت عقد فضولی را خلاف قاعده و از باب دلیل خاص می‌داند این اشکال وارد نیست (ج ۱ ص ۱۱۶). اما به نظر می‌رسد این پاسخ صحیح نیست؛ زیرا مستدل به برهان عقلی تمسک می‌کند و دلیل خاص تاب مقاومت در برابر برهان عقلی را ندارد.

### دلیل دوم: عدم جزم به عقد و آثار آن

محقق تستری بیان کرده است که اگر تعیین مالک لازم نباشد، جزم به عقد و احکام و آثار مترتب بر عقد، حاصل نمی‌شود.

این استدلال علاوه بر این که ابهام داشته لذا برخی از فقهاء آن را به دلیل قبل ارجاع داده اند (حاشیه مکاسب سید یزدی ج ۱ ص ۱۱۶، کتاب البیع اراکی ج ۱ ص ۲۵۶) استدلال صحیحی نیست. اگر مراد لزوم جزم به نقل شیء معین در مقابل شیء معین باشد، این استدلال مصادره به مطلوب است و دلیلی بر اعتبار این جزم نیست، و اگر مراد تردید و عدم جزم در انشاء باشد، پاسخ این است که این تردید در متعلق انشاء است نه خود انشاء و آن چه باطل است، تردید در انشاء است.

برخی احتمال داده اند مراد این باشد که چون ممکن است تعیین انجام نشود یا در ضمن عنوان مشترک انجام شود، عاقد در هنگام عقد، جزم به ترتب اثر بر معامله ندارد (حاشیه مکاسب ایروانی ج ۱ ص ۱۰۸). اما این احتمال هم باطل است چون اولاً دلیلی بر اعتبار جزم به این معنی نیست و همان طور که مرحوم امام رحمته الله علیه فرموده در عقد فضولی هم چنین جزمی در کار نیست چون ممکن است مالک اجازه نکند (کتاب البیع ج ۲ ص ۵۷) ثانیاً جزم حاصل است؛ زیرا نهایتاً تعیین، از یکی از سه طریق یعنی اجبار عاقد بر تعیین، تعیین حاکم یا تعیین به وسیله قرعه (حاشیه مکاسب ایروانی ج ۱ ص ۱۰۸) انجام می‌شود.

در مورد جزم به احکام و آثار نیز اولاً دلیلی بر اعتبار آن نیست (کتاب البیع ج ۲ ص ۵۷) ثانیاً برخی فرموده اند در این فرض، احکام تکلیفی عقد مثل حکم به وجوب وفاء بالفعل متوجه کسی نیست و متوجه کسی می‌شود که بعداً تعیین شود، یا این که بالفعل متوجه همه افراد است مثل واجبات کفائی و یا این که متوجه متصدی بیع است اگر ولایت داشته باشد (حاشیه مکاسب ایروانی ج ۱ ص ۱۰۸).

### دلیل سوم: انصراف ادله و عدم دلیل بر صحت تعیین آینده

آخرین استدلال محقق تستری این است که از آن جایی که ادله امضاء عقد انصراف به موارد متعارف و شایع عرفی و شرعی دارند، لذا دلیلی بر صحت عقد مبهم و همچنین صحت تعیین آینده و تاثیر آن وجود ندارد.

این دلیل نیز قابل مناقشه است. همان طور که عده ای از فقهاء فرموده اند تنها نکته انصراف در محل بحث، ندرت است و ندرت و عدم شیوع از عوامل انصراف نیست (منهاج الفقاهه ج ۳ ص ۴۱۷ حاشیه مکاسب ایروانی ج ۱ ص ۱۰۸) بلکه مرحوم امام علیه السلام می فرماید حتی اگر اطلاق ادله امضاء شامل چنین معامله ای نشود، حکم صحت را به مناسبات حکم و موضوع می توان به آن سرایت داد (کتاب البیع ج ۲ ص ۵۸)

اما در مورد دلیل بر تاثیر تعیینی که در آینده انجام شود، نکات ذیل قابل توجه است:

اول: با توجه به صحیح نبودن ادعای انصراف ادله امضاء از فرض عدم تعیین، اطلاق این ادله را می توان دلیل بر تاثیر تعیین دانست. لذا محقق نائینی نیز فرموده که اگر از شبهه مالیت نداشتن و عقد نبودن صرف نظر کنیم، دلیل تاثیر تعیین آینده عموم اوفوا بالعقود است (منیه الطالب ج ۱ ص ۱۷۹) . البته این اشکال ایشان طبق مبنای صاحب مقابس است که عقد بودن را پذیرفته است، اما طبق مبنای خود ایشان از آن جایی که عوضین رکن معاوضه بوده و کلی فی الذمه قبل از تعیین مالیت ندارد، تطبیقات بعد از عقد نمی توند موجب تحقق رکن معاوضه شود (المکاسب و البیع ج ۱ ص ۴۱۲) دوم: برخی فقهاء احتمال داده اند که وکالت شخص از افراد متعدد، همان طور که اختیار تعیین هنگام بیع را به او می دهد، دلالت بر این دارد که امر تعیین بعد از بیع هم در اختیار او باشد (حاشیه مکاسب ایروانی ج ۱ ص ۱۰۸).

سوم: به عقیده محقق ایروانی حتی اگر دلیلی بر تاثیر تعیین نداشته باشیم، نتیجه بطلان بیع نیست، بلکه بیع را صحیح دانسته و به وسیله قرعه مالک را معین می کنیم (همان)

چهارم: محقق ایروانی اضافه کرده است که در برخی موارد اصلا احتیاجی به تعیین نیست. همان طور که حق سادات یا فقراء ملک عنوان آن هاست و تعیین اشخاص به وسیله قبض انجام می شود، اگر حاکم شرع اموال آن ها را بفروشد، بدون این که نیاز به تعیین باشد عوض معامله حکم همان معوض را دارد و تعیین آن با قبض انجام می شود (همان)

پنجم: سید یزدی محل بحث را مانند برخی از فروع فقهی که تعیین آینده صحیح است می‌داند. به عنوان مثال اگر زوج بگوید «یکی از زن های خود را طلاق دادم» یا مولی یکی از عبد های خود را آزاد کند، از نظر فقهی حکم به صحت طلاق و عتق شده و اگر زوجه یا عبد را بعدا تعیین کند یا قرعه بزنند اشکالی ندارد (حاشیه مکاسب یزدی ج ۱ ص ۱۱۶).

البته مخالفین سعی کرده اند که از این نقض پاسخ دهند. محقق نائینی این مثال ها را احکام خلاف قاعده دانسته و بیان می‌کند که باید به موارد منصوص اکتفاء شود (المکاسب و البیع ج ۱ ص ۴۱۳). از کلمات محقق اصفهانی به دست می‌آید که اگر مقصود شخص، زوجه یا عبدی که در واقع و فی علم الله معین است نباشد، عتق یا طلاق باطل اساسا است (حاشیه مکاسب ج ۲ ص ۳۲). برخی دیگر این نقض را صحیح نمی‌دانند، از این باب که در ما نحن فیه شرط صحت معاوضه یعنی مالیت و ملکیت وجود ندارد، اما عتق یا طلاق یکی از زن ها یا یکی از بردگان صحیح است و نهایتا به وسیله قرعه معین می‌شود (مصباح الفقاهه ج ۳ ص ۲۷۸، الحاشیه الأولى علی المکاسب (للخوانساری)، ص: ۵۹).

### دلیل چهارم

مرحوم امام علیه السلام بیان می‌کنند که ممکن است برای مدعی استدلال شود به این که بیع، جعل اضافه بین عوضین است و اضافه بین شیء و آن چه در واقع مردد است محال است؛ چون مستلزم اضافه بین موجود و معدوم (مالکین و عوضین) است. اما در پاسخ می‌فرمایند اگر عنوان قابل تحقق و قابل صدق بر مصداق معین باشد، هیچ مانعی از تعلق انشاء وجود ندارد و لازمه مبهم بودن مفهوم این نیست که مصداق آن هم مبهم باشد، لذا تعلق انشاء به عناوینی که صرفا به حمل اولی مردد اند اشکالی ندارد. (ج ۲ ص ۵۶)

### دیدگاه دوم: لزوم تعیین مالک از باب توقف مالیت کلی بر تعیین

دیدگاه دوم قائل به این است که کلی تا زمانی که به ذمه شخص معینی اضافه نشود، مال نیست. لذا تعیین مالک در موارد کلی فی الذمه لازم است، و این لزوم از باب تحقق شرائط عوضین است؛ زیرا بیع مبادله بین دو مال است و کلی قبل از اضافه به شخص معین مصداق مال نیست. البته قابل توجه است که عبارات برخی از فقها مثل مرحوم شیخ از این جهت مضطرب است که آیا تعیین مالک را شرط تحقق مالیت کلی می‌دانند، یا شرط تحقق ملکیت آن (دیدگاه سوم)، یا

شرط تحقق هر دو چنان چه برخی تصریح کرده اند که شرط هر دو است (مصباح الفقاهه ج ۳ ص ۲۷۸). به عنوان مثال مرحوم شیخ انصاری در بخشی از عبارت خود بیان می کند که ملکیت کلی فقط در فرض اضافه به ذمه محقق است و اجرای احکام ملک در مورد ذمه مردد معهود نیست (مکاسب ج ۳ ص ۲۹۹) اما در جای دیگر بیان می کند که کلی فی الذمه تا زمانی که به شخص معینی اضافه نشود، احکام مال را ندارد (مکاسب ج ۳ ص ۳۰۰).

لذا هر دو نسبت به مرحوم شیخ داده شده است. مرحوم امام علیه السلام به شیخ نسبت می دهد که اعتبار ملکیت برای ما فی الذمه را متوقف بر تعیین می داند (کتاب البیع (تحریرات، للقدیری)، ص: ۳۷۱). در مقابل، محقق ایروانی به مرحوم شیخ نسبت داده است که کلی قبل از اضافه به ذمه شخص معین مال نیست و در مقابل آن بذل مال نمی شود، پس بیع آن باطل است چون بیع یعنی مبادله مال به مال (حاشیه مکاسب ج ۱ ص ۱۰۸). اما به نظر می رسد این نسبت صحیح نیست و با توجه به تصریحات موجود در کلام مرحوم شیخ بر توقف اعتبار ملکیت کلی بر تعیین ما فی الذمه، لا اقل باید ایشان را قائل به هر دو نظر دانست.

به هر حال، ادله ای که برای مالیت نداشتن کلی فی الذمه قبل از اضافه به شخص معین، قابل طرح است را ذکر می کنیم.

در نظر مرحوم شیخ انصاری کلی فی الذمه تا زمانی که به شخص معین اضافه نشود، عقلاء احکام مال را بر آن مترتب نمی کنند، مثلاً آن را ثمن یا مثن حساب نمی کنند. اگر شخصی که از دو طرف ولایت یا وکالت دارد عوضین را به طور غیر معین در ذمه قرار دهد و بگوید «عبدی را به هزار درهمی فروختم» و سپس «قبلت» بگوید، هیچ یک از عوضین قابلیت وقوع بیع و شراء را ندارند مگر این که آن ها را به شخص معینی اضافه کند (مکاسب ج ۳ ص ۳۰۰). برخی دیگر نیز بیان کرده اند که کلی قبل از اضافه به شخص معین، مال نیست و عقلاء در مقابل آن بذل مال نمی کنند (کتاب البیع للکوه کمری ص ۳۴۷).

اما محقق نائینی بیان دیگری دارد و معتقد است کلی فی الذمه تا زمانی که به ذمه شخص معین اضافه نشده، بیش از مفهوم نیست و مفهوم با قطع نظر از خارج مالیتی ندارد. مالیت کلی فی الذمه به اعتبار انطباق آن بر مصادیق خارجی است و تا زمانی که در ذمه شخص معین قرار نگیرد، قابل انطباق بر مصادیق خارجی نیست (منیه.....) هر چند مالیت داشتن عوض در رتبه عقد

هم کافی است (ولو قبل از عقد مال نباشد) اما مبهم بودن کلی و عدم اضافه آن به شخص معین، موجب عدم انطباق آن بر مصداق شده و مالیت با توجه به مصداقیت آن است. از آن جایی که مالیت و ملکیت به رکن معاوضه یعنی عوضین مرتبط‌اند، تعیین و تطبیق متاخر نمی‌تواند موجب تصحیح رکن معاوضه شود (المکاسب و البیع ج ۱ ص ۴۱۲ و ۴۱۳)

#### نقد دیدگاه دوم

به نظر می‌رسد دیدگاه دوم صحیح نیست و ثبوت مالیت برای کلی فی الذمه ارتباطی به تعیین مالک آن ندارد؛ زیرا مالیت امری است که ملاک آن، وجود رغبت و میل نوع مردم است. برای بررسی صحت این ادعا که مالیت کلی فی الذمه متوقف بر تعیین ذمه است، لازم است در مورد عناصر مالیت در کلی فی الذمه با توجه به خصوصیات آن تحقیق بیشتری شود. در این جا به برخی نکاتی که در مورد مالیت داشتن کلی و ملاک آن از کلمات فقهاء قابل استفاده است اشاره می‌کنیم.

### ۱. وجود مالیت در کلی به ملاک رغبت نوعیه

برخی از فقهاء در نقد دیدگاه دوم بیان کرده‌اند که مالیت داشتن کلی هیچ توقفی بر اضافه شدن به ذمه شخص معین ندارد؛ زیرا معیار در مالیت رغبت و میل نوع مردم به آن است که موجود است. به تعبیر محقق اصفهانی یک من گندم مورد رغبت است چه در خارج موجود شود چه در ذمه (ج ۲ ص ۳۰) و به تعبیر سید یزدی یک من گندم مالیت و صلاحیت عوض واقع شدن دارد حتی اگر معین نشده باشد که بر ذمه چه کسی است (ج ۱ ص ۱۱۷)

### ۲. کفایت محصور بودن ذمه برای وجود مالیت

به اعتقاد برخی فقهاء اگر تعداد کسانی که کلی مردم بین ذمه آن هاست محدود باشد، کافی است برای وجود مالیت. در نظر مرحوم امام علیه السلام مالیت داشتن کلی فی الذمه، صرفاً متوقف بر امکان تحقق خارجی آن است، بنابراین اضافه شدن کلی به ذمه اشخاص محصور، موجب مالیت است، بلکه حتی مالیت داشتن کلی در ذمه شخص معین نیز به همین نکته امکان تحقق است (ج ۲ ص ۶۰). برخی دیگر از فقهاء نیز فرموده‌اند مالیت کلی فی الذمه معنایی ندارد جز قدرت بر تحصیل کلی در صاحب ذمه و این معنی در ذمه محصوره وجود دارد. نهایت امر این است که این قدرت به

هم مقدور است (کتاب البیع اراکی ج ۱ ص ۲۵۷)

### ۳. کفایت منجر شدن به تعیین

هم اشكال داريم (حاشيه ايرواني ج ۱ ص ۱۰۸، ايضا فقه الصادق ج ۱۵ ص ۳۸۹)

#### ۴. کفایت وجود مالیت در طول بیع

نقل سه مورد اکتفاء می کنیم:

المكاسب خوانساری ص ۵۱)

فَعَلِيًّا قَبْلَ الْبَيْعِ وَ قَدْ عَرَفْتَ عَدَمَ اعْتِبَارِهِ» ( حاشية المكاسب لليزدي ص ٥٤ )

سوم: «و یرد علیهما: أنه لا دلیل علی لزوم الملكية و المالیة بالمعنی المدعی فی المعاملات، فلو قال: «بعت هذا بعشرة فی ذمة أحدكما» و قال واحد منهما: «قبلت» فصارت العشرة بالقبول ملكاً و مالاً و مضافة إلى ذمة معینة، صحّ البيع. و کذا لو قال: «بعت متناً من الحنطة من ذمة أحدكما بكذا» فأجاز أحدهما صحّ؛ لكون المعاملة عقلائیة. نعم، لو لم ینته إلى التعین أبداً لم یصحّ. و بعبارة اخرى: إنّ مبادلة مال بمال أو تمليك عین بعوض، إنّما هو فی المعاملة المسببیه لا الإنشائیة، و المبادلة الحقیقیة لا تكون بصرف الإیجاب، و مع ضمّ القبول - الذي هو جزء السبب، أو شرط لتمامیه السبب للتبادل تحصل الملكية و المالیة، فالتبادل الواقعی إنّما هو بین المالین و الملكي» (کتاب البيع امام ج ۲ ص ۵۹)

نتیجه این که باید بین تقرر مالیت و تحقق مالیت تفکیک قائل شد. تقرر مالیت کلی فی الذمه، ثابت است و ارتباطی به اضافه شدن به ذمه معین ندارد. نهایتاً ممکن است گفته شود که تحقق مالیت کلی فی الذمه، متوقف بر اضافه به ذمه معین است، به این معنی که قابلیت تحصیل مال و این که چنین مالی موجود شود یا نه محرز نیست. به تعبیر دیگر، مالیت و رغبت به مال موجود است، و آن چه موجود نیست رغبت به معامله است به علت خطر و ریسک در تحقق مال.

### دیدگاه سوم: لزوم تعیین مالک از باب توقف ملکیت کلی بر تعیین

دیدگاه سوم قائل به این است که هرچند ممکن است مالیت داشتن کلی فی الذمه متوقف بر تعیین صاحب ذمه نباشد، اما اعتبار ملکیت برای آن توقف بر تعیین دارد. از آن جایی که شرط صحت بیع ملکیت داشتن عوضین است، نتیجه این است که بیع در مواردی که صاحب ذمه کلی معین نیست باطل است. در ذیل، به ذکر ادله و نقد آن ها می‌پردازیم.

مرحوم شیخ انصاری بیان می‌کند که ملکیت عوض و مترتب شدن آثار ملکیت بر آن در موارد کلی فی الذمه متوقف بر تعیین مالک است. ملکیت عقلائی متوقف بر تشخیص است و اعیان خارجی به خودی خود دارای تشخیص‌اند، اما کلی فقط در صورت اضافه به ذمه شخص معین تشخیص پیدا می‌کند. سپس اضافه می‌کنند که از عرف و شرع معهود نیست که احکام ملک را در مورد ذمه واحد مردد بین چند شخص، جاری کنند (کتاب المکاسب ج ۳ ص ۲۹۹)

محقق اصفهانی نیز از جمله کسانی است که ملکیت کلی (نه مالیت) را متوقف بر اضافه شدن به ذمه می‌داند. ابتدا بیان می‌کند معنای این که کلی به وسیله اضافه به ذمه تشخیص پیدا می‌کند، این

است که تبدیل به حصه می‌شود. به تعبیر دیگر «یک کیلو گندم در ذمه زید» و «یک کیلو گندم در ذمه بکر» حصه‌های گوناگونی برای یک کیلو گندم کلی هستند، لذا کلی به وسیله اضافه تبدیل به این حصه‌ها می‌شود. در نظر محقق اصفهانی علت احتیاج به اضافه شدن کلی به ذمه، لغویت اعتبار ملکیت برای آن است. جعل ملکیت برای کلی که به ذمه ای اضافه نشده لغو محض است؛ زیرا هیچ فائده‌ای بر آن مترتب نیست. سپس اضافه می‌کنند که معین بودن ذمه لازم است و اضافه کردن کلی به ذمه مردد بین چند نفر یا به نحو تخییری کافی نیست. وجه مطلب این است که «مردد» نه وجوداً و نه ماهیتاً ثبوت و تحقیقی ندارد، و چیزی که ثبوت ندارد نمی‌تواند طرف اضافه اعتباری مثل ملکیت یا زوجیت واقع شود. بنابراین این که ملکیت به مبهم تعلق نمی‌گیرد، از باب عدم دلیل بر صحت عقد بر مبهم نیست، بلکه از این باب است که ملکیت باید به چیزی تعلق بگیرد که ثبوت و شینیت دارد. اما مقوله تردید و تخییر ارتباطی به محل بحث ندارند؛ زیرا تردید ساحت اخباریات مطرح است به لحاظ جهل به واقع معین، و تخییر هم مناسب با انشائیات طلبی است نه انشاء ملکیت (حاشیه مکاسب اصفهانی ج ۲ ص ۳۰ تا ۳۲)

از کلام برخی فقها در این بحث استفاده می‌شود که می‌توان تفصیل داد بین این که بیع را مبادله مال به مال بدانیم یا تملیک عین در مقابل مال. اگر بیع را مبادله مال به مال بدانیم، تعیین مالک در موارد کلی لازم نیست؛ زیرا مالیت در طول بیع برای صدق بیع کافی است. اما در نظر ایشان حقیقت بیع انشاء تملیک عین در مقابل مال است، لذا علاوه بر مالیت که مصحح معاوضه بودن است، ملکیت هم لازم است. اما وجه این که کلی باید به ذمه معین اضافه شود، این است که معنای ملکیت کلی عبارت است از سلطنت بر کسی که مال در ذمه اش ثابت است، و ثبوت سلطنت با مبهم بودن مسلط علیه قابل جمع نیست (الحاشیه الأولى علی المکاسب (للخوئساری)، ص: ۵۸)

نقد دیدگاه سوم

در نقد دیدگاه سوم (توقف ملکیت داشتن کلی فی الذمه بر تعیین) نکات ذیل قابل طرح است:

## ۱. کفایت ملکیت در طول بیع

چنانچه در کلام مرحوم امام علیه السلام گذشت معین شدن ذمه بعد از عقد، موجب حصول مالیت و ملکیت برای کلی شده و همین مقدار کافی برای صحت بیع است و بیش از آن دلیلی ندارد. لذا این معامله عقلانی است و آثار و احکام بیع صحیح بر آن مترتب می‌شود. در نظر برخی دیگر از

فقهاء نیز مملوکیت قبل از بیع شرط عوضین نیست و صدق معاوضه توفقی بر اضافه ذمه به شخص معین ندارد (حاشیه مکاسب یزدی ج ۱ ص ۱۱۷)

## ۲. کفایت ذمه مرده بین چند شخص و مثال تردید بین عوضین

مرحوم سید یزدی در ادامه فرموده است حتی اگر مملوک بودن و اضافه به ذمه را در عوض لازم بدانیم، اما این که ذمه مرده بین چند شخص کافی نباشد، صحیح نیست. لذا این که ادعا شد عقلاء احکام ملک را در این موارد جاری نمی‌کنند، ادعای ناصحیحی است. سپس ایشان اضافه می‌کند که فرقی بین عدم تعیین مالکین با عدم تعیین عوضین نیست، در حالی که عرف در موارد تردید در عوضین نیز احکام ملکیت را جاری می‌کنند و ما به خاطر اجماع قائل به بطلان در موارد تردید عوضین می‌شویم (ج ۱ ص ۱۱۷). البته چنانچه گذشت جواب از این نقض در کلام محقق اصفهانی مطرح شد که در این موارد مثل عتق یکی از دو برده، اگر مقصود آن چه تعیین واقعی دارد (ولو به عنوان قرعه) باشد، دلیل بر صحت شرعی آن نداریم و اگر همین مقدار از تعیین هم مقصود نباشد چیزی جز لقلقه لسان نیست (حاشیه اصفهانی ج ۲ ص ۳)

## ۳. عدم امکان مملک بودن اضافه به ذمه

به عقیده مرحوم امام علیه السلام اساسا اضافه شدن کلی به ذمه، از نظر عقلی محال است که موجب حصول ملکیت شود. در عبارت ایشان توضیحی برای این مطلب داده نشده و به نظر می‌رسد نکته استحاله این است که اضافه امری ذهنی و تصویری است<sup>۱</sup>. بلکه در تقریرات کتاب البیع بیان شده که می‌توان ادعا کرد که اصلا اضافه، ملکیت و مالیت را از بین می‌برد؛ زیرا کلی عقلی قابل انطباق بر خارج نیست. (کتاب البیع (تقریرات، للتقدیری)، ص: ۳۷۳). البته به نظر می‌رسد این اشکال عقلی وارد نیست؛ زیرا سخن مخالفین مثل مرحوم شیخ، در مقام اعتبار عقلانی است و ادعای آن‌ها این است که عقلاء در صورتی اعتبار ملکیت کرده و احکام آن را مترتب می‌کنند که کلی اضافه به ذمه شده و مبهم نباشد.

۱. مع أنَّ الإضافة إلى الذمة لا تعقل أن تكون موجبة للملكية، و كيف تكون الإضافة التصورية مملّكة قهراً؟

## دیدگاه چهارم: عدم لزوم تعیین مالک

بعد از نفی استدلالات سه دیدگاه قبل، دیدگاه چهارم اثبات می‌شود، با توجه به این که مانعی از شمول اطلاعات ادله امضاء در بین نخواهد بود نسبت به فرض عدم تعیین مالک در کلی فی الذمه. مرحوم امام علیه السلام، مرحوم سید یزدی، محقق ایروانی، مرحوم اراکی و محقق روحانی را می‌توان از قائلین به دیدگاه چهارم قلمداد کرد.

سید یزدی بیان می‌کند که کلی فی حد نفسه قابلیت عوض واقع شدن را دارد حتی اگر به ذمه هیچ شخصی اضافه نشده باشد. در مرحله بعد می‌فرمایند که اگر بپذیریم که کلی برای اعتبار ملکیت نیاز به اضافه به ذمه دارد، اما اضافه شدن به ذمه مردد بین چند نفر کافی است و این ادعا که عقلاء احکام ملکیت را مترتب نمی‌کنند، باطل است. در نهایت اشکالی نقضی مطرح می‌کند که اگر فضولی مالی را به ذمه زید خریداری کند، به عقیده خود شما مشکلی از جهت عوضین و معاوضه وجود ندارد در حالی که نه زید اطلاع دارد و نه فروشنده او را می‌شناسد، پس چگونه در جایی که ذمه مردد بین عاقد و موکل است معاوضه را صحیح نمی‌دانید. (ج ۱ ص ۱۱۷)

بنابراین با توجه به این که ادله سه دیدگاه اول تمام نبود، نتیجه می‌گیریم که دیدگاه چهارم صحیح است و تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه لازم نیست، نه به عنوان شرط مستقل و نه با ارجاع آن به شرط مالیت و ملکیت. اکنون نوبت به مرحله دوم بحث می‌رسد که آیا در معاملات کلی فی الذمه، شخص طرف قرارداد مورد اهمیت است تا مثل عقد نکاح اشتباه در آن موجب بطلان عقد باشد، یا خیر.

## ۲) اهمیت شخص طرف قرارداد در معاملات کلی فی الذمه

مرحوم خوئی بیان می‌کند که در طرفین قرارداد، تطابق بین ایجاب و قبول در معاملات کلی فی الذمه لازم است، لذا اگر بائن مشتری را مخاطب قرار داده او حق ندارد معامله را از طرف شخص دیگری بپذیرد والا عقد باطل است. در این جا اشکالی مطرح می‌شود که این مطلب با حقیقت بیع منافات دارد؛ زیرا بیع عبارت است از تملیک عین بعوض، لذا وجود بائن یا مشتری خاص در تعریف آن لحاظ نشده است. وجه صحت معاملات فضولی نیز همین است که در نظر عرف مهم نیست که بائن، مالک مبیع و مشتری، مالک ثمن باشد. آقای خوئی این اشکال را فقط در

معاملات اعیان خارجی می‌پذیرند، اما در کلی فی الذمه از آن جایی که ذمه اشخاص از جهت وثاقت مختلف است، عدم تطابق در این ناحیه را موجب بطلان عقد می‌دانند و در حقیقت اشتباه در طرف قرارداد معامله کلی را به اشتباه در عوضین بازگشت می‌دهند (مصباح الفقاهه ج ۳ ص ۷۲ و ۷۳). همچنین از برخی عبارات ایشان استفاده می‌شود که تفاوت افراد، موجب تفاوت مقدار مالیت مال در ذمه می‌شود، لذا ۱۰ تومان در ذمه شخص معسر ارزش مالی مساوی با ۱۰ تومان در ذمه موسر ندارد (مبانی العروة الوثقی، ج ۲، ص: ۱۳۳)

در نقد فرمایشات ایشان، مطالبی قابل ذکر است. شکی نیست که اگر تصریح یا قرینه خاصی (اعم از قرینه مقالی و حالی) بر اهمیت شخص طرف قرارداد در نظر عاقدین وجود داشت، انجام معامله از طرف شخص دیگر اثری ندارد، مثل این که بائع تصریح کند که جنس را به تو می‌فروشم و مشتری از طرف شخص دیگر قبول کند. اما این مطلب مخصوص معاملات کلی فی الذمه نیست و در اعیان خارجی نیز جاری است. چه بسا با این که عوضین جزئی خارجی هستند، اما طرف قرارداد، دیگری را مورد وثوق در پرداخت نمی‌داند و فقط حاضر به معامله با مخاطب خود است نه دیگری. همچنین می‌توان گفت تعلق اغراض متعاقدين به شخص خاص، تخلف از این غرض لزوماً موجب بطلان قرارداد نیست، بلکه از حد داعی بیشتر نیست. بنابراین تفصیل بین معامله کلی یا عین معین، موضوعیتی ندارد و باید از این بحث کرد که آیا قرینه ای بر این که شخص طرف قرارداد، مورد غرض مهم و اساسی طرفین است، وجود دارد یا خیر.

به نظر می‌رسد در معاوضات مالی (حتی کلی فی الذمه) قاعده اولیه این است که غرض اصلی متعاقدين به تبادل و انتقال اموال تعلق گرفته و شخصیت طرف قرارداد اهمیتی ندارد، مگر این که به آن تصریح شود یا قرینه قوی در کار باشد. در صورت وجود تصریح یا قرینه، واضح است که عنصر «توافق و تعاهد بر امر واحد» که حقیقت عقد است، از بین می‌رود و فرقی بین معاملات کلی با عین معین نیست. اما در سایر موارد، اشتباه در طرف قرارداد تاثیری ندارد.

لذا برخی مثل مرحوم آقای حکیم می‌فرمایند لازم نیست بائع بداند که مشتری (کسی که معامله برای او واقع می‌شود) کیست، همان طور که لازم نیست مشتری بداند که بائع کیست. دلیلی بر مانع بودن چنین جهالتی نداریم و ادله نفی غرر، فقط جهالت به خصوصیات عوضین که مورد اختلاف رغبت اند را مانع می‌داند. در این مطلب، فرقی بین این که عوضین خارجی باشند یا کلی

در ذمه نیست (نهج الفقاهه ص ۱۸۷). بلکه مرحوم امام علیه السلام حتی لزوم شناخت و علم به اوصاف طرفین در نکاح را هم لازم نمی‌داند، و این مطلب که «زوجین در نکاح به منزله عوضین در سایر عقود اند، و از آن جایی که اختلاف آن‌ها موجب اختلاف غرض می‌شود، طرفین باید معلوم باشند» را مورد نقد قرار می‌دهند. در نظر ایشان آن چه لازم است معین بودن در مقابل تردید و ابهام واقعی است، اما صفات و خصوصیات طرف قرارداد نه در بیع و نه در نکاح اهمیتی ندارد. اما اختلاف اغراض نیز اهمیتی ندارد، لذا در عوضینی که از همه نظر مساوی اند اگر معامله ابهام واقعی داشته باشد، باطل است با این که اختلاف غرض در کار نیست، همچنین در نکاحی که مرد است بین دو زنی که از همه نظر عین هم اند. (کتاب البیع ج ۲ ص ۷۰ و ۷۱، کتاب البیع قدیری ص ۳۷۵).

### جمع بندی

از نظر فقهی دلیل قابل قبولی بر لزوم تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه وجود ندارد. برخی نظریاتی که تعیین مالک را لازم می‌داند، آن را شرط مستقل در قرارداد می‌داند. برخی دیگر از آن‌ها، تعیین مالک را از باب تحقق شروط عوضین (مالیت یا ملکیت) لازم می‌دانند. اما هیچ یک از این نظریات صحیح نیست و تعیین مالک در معاملات کلی فی الذمه لازم نیست. از طرف دیگر، این که طرفین قرارداد کلی فی الذمه در حکم عقود مثل نکاح اند یا در حکم معاملات عین معین، بحث مهمی بود که کمتر به آن پرداخته شده است. به نظر نگارنده، در معاملات مالی چه بر کلی فی الذمه واقع شوند چه بر عین معین، قاعده اولیه این است که غرض اصلی متعاقدين به تبادل و انتقال اموال تعلق گرفته و شخصیت طرف قرارداد اهمیتی ندارد، مگر این که به آن تصریح شود یا قرینه قوی در کار باشد. بنابراین اشتباه در شخص طرف قرارداد تاثیری در صحت و بطلان قرارداد ندارد. اما در صورت وجود تصریح یا قرینه بر اهمیت شخص طرف قرارداد، از آن جایی که در فرض اشتباه، عنصر توافق از بین می‌رود، معامله باطل است و باز هم فرقی بین معاملات کلی و عین معین نیست.



# قرارداد اختیار معامله

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

احمد مولائی<sup>۱</sup>

## چکیده

نوشتار حاضر با الهام از کلمات فقها، ادله عمومی قراردادها و تحلیل عقلایی قرارداد اختیار معامله را مورد بحث قرارداد داده و با تبیین ماهیت حکم فقهی آن را بیان کرده است. در ماهیت این قرارداد دیدگاههای مختلفی وجود دارد که در این نوشتار مهمترین آنها مورد نقد و بررسی قرار گرفت و در نهایت با استناد به دلیل عقلی اثبات شد که قرارداد مذکور به لحاظ ماهیت نمیتواند تحت یکی از عقود متعارف قرار گیرد بلکه یک عقد مستقل بوده و به تبع آثار و احکام خاص خود را دارد.

---

۱. دانش پژوه گروه فقه معاملات، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

**کلید واژه :** قرارداد اختیار معامله، عقد الاختیار، حق خرید، حق فروش

### مقدمه

یکی از امور مهم در زندگی اجتماعی بشر که نقش تعیین کننده ای در معاش آنها دارد، قرارداد هایی است که به منظور نقل و انتقال اموال در بین آنها صورت می گیرد. از آنجا که نقل قطعی اموال در بسیاری از موارد همراه با ریسک است عقلا برای جلوگیری یا کاهش ریسکهای احتمالی قبل از انجام معاملات اصلی اقدام به یک سری قراردادهای مقدماتی می کنند که یکی از مهمترین آنها قرارداد اختیار معامله است که در قالب قرارداد حق خرید یا حق فروش صورت می گیرد.

### تعریف

عقد اختیار عبارت است از : عقدی که متضمن واگذاری حق فروش یا خرید یک شیء معین با قیمت مشخص در مدت زمان معین در مقابل عوض معلوم باشد به گونه ای که هنگام معامله آن شیء، این عوض جزئی از ثمن آن محسوب نمی شود (مؤمن قمی، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، ن ۱۴۱۵ ه ق، ج اول، ص ۲۳۱).

### ارکان قرارداد اختیار معامله

این قرار داد دارای ارکانی است: (امینی علیرضا و سلیمی علیرضا، مقاله قرارداد اختیار معامله در فقه، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۹۰، شماره ۷)

#### ۱) قیمت اختیار

به مبلغی گفته می شود که خریدار حق اختیار برای به دست آوردن حق خرید یا فروش، به فروشنده ی آن پرداخت می کند.

#### ۲) قیمت توافقی یا قیمت قابل اعمال

به مبلغی اطلاق می شود که با پرداخت آن خریدار اختیار می تواند موضوع اصلی قرارداد را در آینده خریداری کرده یا نسبت به فروش آن اقدام کند.

### ۳) سر رسید

به زمانی اطلاق می شود که در آن زمان، قرارداد اختیار معامله منقضی شده و به پایان می رسد.

### ۴) حجم قرارداد

به مقدارهایی اطلاق می شود که اختیار خرید یا فروش آن با قیمت توافقی تا سر رسید مقرر به خریدار حق اعطا شده است. در هنگام انعقاد قرارداد اختیار معامله باید مقدار و نوع کالایی که متعلق حق خرید یا فروش است، به طور دقیق مشخص شود.

### ماهیت عقد اختیار

نسبت به حقیقت عقد اختیار چند احتمال وجود دارد که در ذیل به بررسی آن ها می پردازیم.  
- وکالت<sup>۱</sup>:

بر اساس این تفسیر فروشنده حق اختیار به خریدار آن وکالت می دهد که کالای معینی را با قیمت توافق شده در مدت زمان معین به وکالت از او به خودش بفروشد و یا کالای خودش را برای او بخرد.

این وکالت دارای دو ویژگی است:

- وکیل یا مال خودش را به موکل می فروشد و یا مال موکل را برای خود می خرد.
  - برخلاف وکالت های متعارف که وکیل مبلغی را به عنوان اجرت وکالت از موکل دریافت می کند، در این وکالت وکیل مبلغی را به عنوان اجرت توکیل به موکل می پردازد.
- هیچ یک از دو ویژگی مذکور اشکالی بر این تفسیر ایجاد نمی کند. اولی که خیلی واضح است چون همیشه مفاد وکالت بر اساس توافق بین وکیل و موکل است. ویژگی دوم هم درست است که برخلاف وکالت های متعارف است اما چون علت پرداخت اجرت به وکیل به این جهت است که غالباً مفاد وکالت به نفع موکل می باشد، ولی در اینجا چون مفاد وکالت به نفع وکیل است زیرا بر اساس آن او حق خرید یا فروش کالایی را پیدا می کند در نتیجه پرداخت مبلغی از ناحیه او یک امر عقلایی می باشد.

۱. شوبایی جویباری، درس خارج معاملات مستحده، سال تحصیلی ۶۰۰ - ۹۹، جلسه ۷۹.

همان طور که مرحوم آیت الله مؤمن هم می‌فرمایند این تفسیر دارای اشکال است، زیرا قوام وکالت به این است که موکل هم در عرض وکیل نسبت به انجام مورد وکالت حق دارد، به عنوان مثال اگر مورد وکالت فروش خانه باشد هر کدام از آن دو می‌توانند به صورت مستقل آن را بفروشند به این صورت که هر کدام زودتر اقدام کند موضوعی برای حق دیگری باقی نمی‌ماند و در صورت اقدام، باطل خواهد بود. ولی در عقد اختیار، فروشنده بعنوان موکل در طول زمان وکالت حق خرید یا فروش را از خود سلب کرده و به خریدار (وکیل) منتقل کرده است. بنابراین تفسیر عقد اختیار به وکالت صحیح نمی‌باشد (مؤمن قمی، همان، ص ۲۳۳).

در جواب گفته شده که این مناقشه فقط نسبت به مبیع یا ثمن شخصی وارد می‌باشد در حالیکه متداول در عقد اختیار این است که مبیع و ثمن به صورت کلی هستند و در امور کلی حتی اگر موکل قبل از وکیل معامله را انجام دهد (مثلاً صد تن آهن را بفروشد)، باز هم وکیل می‌تواند مثلاً صد تن آهنِ کلی را از طرف موکل به خودش بفروشد، چون مورد وکالت کلی بود و هنوز باقی است، و همین‌طور در اختیار فروش که صاحب متاع می‌تواند با وکالتی که از طرف مقابل دارد متاع خودش را به او بفروشد (بالاصالة) و برای او بخرد (بالوکالة). بنابراین با این تفسیر غرض از عقد اختیار تأمین می‌شود (شویبای جویباری، همان، جلسه ۸۰).

جواب مذکور صحیح نبوده و در نتیجه نمی‌توان صحت عقد اختیار را از طریق وکالت توجیه کرد، زیرا:

اولاً: همان گونه که در متن جواب هم بیان شده اشکال نسبت به مبیع شخصی وارد است و واضح است مورد معامله در عقد اختیار اعم از کلی و شخصی است.

ثانیاً: وکالت عقد جائز است و موکل هر لحظه قبل از انجام معامله اصلی می‌تواند وکیل (خریدار حق اختیار) را عزل کند و در نتیجه حق معامله را از او سلب کند در حالیکه در عقد اختیار فروشنده حق باید تا پایان مدت معین شده به آن ملزم باشد.

ثالثاً: همان طور که بیان شد عقد وکالت به لحاظ ماهیت قابل تطبیق بر قرارداد اختیار نیست چه در امور کلی و چه شخصی.

- بیع :

طبق این تفسیر، عقد اختیار داخل در عنوان بیع می‌باشد، زیرا در باب معاملات غیر از اصطلاح عقلاء اصطلاح خاصی در شرع وجود نداشته و شأن شارع تنفیذ اصطلاحات آن‌ها می‌باشد و از آنجا که در نزد عقلاء عین بودن مضمن در بیع شرط نیست بلکه در موارد نقل حقوق در مقابل عوض هم عنوان بیع صادق است و به همین خاطر اگر کسی حق اشتراک خطی تلفنی را در مقابل مبلغ معینی از شرکت مخابرات دریافت کند گفته می‌شود که او حق مذکور را خریده و حق فروش آن را هم دارد، و واضح است که مبیع در این مثال عین نمی‌باشد. بنابراین نقل حق خرید یا فروش هم در نزد عقلاء از مصادیق بیع می‌باشد (مؤمن قمی، همان، ص ۲۳۵). و در نتیجه عمومات عقد و بیع شامل آن خواهد شد.

نسبت به این وجه اشکالاتی بیان شده است :

۱- به اجماع فقهاء قوام بیع به این است که مضمن از اعیان (در مقابل منافع و حقوق) باشد و به همین خاطر مرحوم شیخ بیع را به « انشاء تملیک عین بمال » (شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (القدیمه)، ن ۱۶۱۱ ق، ج اول، ج ۱، ص ۳۰۷) تعریف کرده است. بنابراین تفسیر عقد اختیار به بیع با اجماع فقهاء منافات دارد زیرا متعلق عقد در آن حق می‌باشد.

از این اشکال جواب داد شده که بیع بر همان معنای عرفی خود باقی مانده و هیچگونه حقیقت شرعیه یا متشرعیه ای نسبت به آن وجود ندارد و تعریف فقهاء هم از آن به حسب فهمشان تبیین همان معنای عرفی است. بنابراین اتفاق آنان بر أخذ خصوصیتی در حقیقت بیع، کاشف از اجماعی که حاکی از رأی معصوم یا وجود روایت معتبری باشد، نیست (مؤمن قمی، همان، ص ۲۳۶).

۲- با فرض صدق عنوان بیع بر عقد اختیار، مبیع باید قابلیت انتقال به مشتری را داشته باشد زیرا قوام حقیقت بیع به انتقال مبیع از بایع است و این شرط در عقد اختیار محرز نیست به دلیل اینکه: اولاً احتمال دارد اختیار خرید یا فروش از قبیل حکم شرعی باشند و در نتیجه تحت سلطنت انسان نبوده و قابلیت انتقال را نداشته باشند. و ثانیاً با فرض اینکه اختیار خرید از قبیل حقوق باشد، احتمال دارد از قبیل حقوق غیر قابل انتقال باشد مثل حق حضانت مادر. بنابراین با وجود این دو احتمال امکان تمسک به عمومات جهت تصحیح بیع اختیار خرید یا فروش وجود ندارد چون در این صورت تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص خواهد بود که جایز نیست.

از این اشکال به دو صورت ممکن است پاسخ داده شود:

الف: (همان، ص ۲۳۹) طبق برخی روایات از جمله موثقه سماعه از امام صادق (ع) که می‌فرمایند: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ فَوْضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا، وَلَمْ يَفُوضْ إِلَيْهِ أَنْ يَذِلَّ نَفْسَهُ ...» (حرعاملی، وسائل الشیعة: الباب ۱۲ من أبواب الأمر والنهي من كتاب الجهاد الحديث ۲ و ۳ ج ۱۱ ص ۴۲۴)، تمام امور انسان به خودش واگذار شده است و مقصود از امور هم عبارت از هر چیزی است که مرتبط با انسان بوده به نحوی که نتیجه آن (اعم از نفع و ضرر) متوجه اوست. و واضح است که از لوازم این تفویض، حق نقل این امور به دیگری است بنابراین در عقد اختیار هم اختیار فروش یا خرید کالای معینی در مقابل عوض معلوم از امور مربوط به انسان است در نتیجه به مقتضای واگذاری امور به او، حق دارد هر نوع معامله‌ای که بخواهد با آن انجام دهد.

اگر در مقام اشکال به این جواب گفته شود: اقتضای تفویض امور به انسان این است که هم به لحاظ حدوث و هم به لحاظ بقاء، امور به او واگذار شود در حالیکه وقتی اقدام بر بیع می‌کند زمام امر از دست او خارج می‌شود و این منافات با تفویض امور به او دارد.

می‌توان اینگونه جواب داد که وقتی واگذاری امر به دیگری ناشی از اراده انسان باشد این تأکید اراده و اختیار داشتن انسان نسبت به امور خودش است نه اینکه منافات با آن داشته باشد و لذا به مقتضای اینکه امور اموالش به دست خودش بوده اقدام به نقل آن از طریق بیع، هبه و ... کرده است و بعد از آن زمام آنها از دست او خارج شده که عرف آن را منافات با تفویض امور به او نمی‌داند بلکه تأکید بر آن می‌داند. نتیجه اینکه از این روایات یک قاعده کلی در باب حقوق استفاده می‌شود و آن اینکه اصل در آن‌ها نفوذ اراده صاحبش نسبت به هرگونه نقل یا اسقاط آن هاست. بلکه موضوع اخبار عنوان «امر» هست نه عنوان حق تا اینکه نیاز به احراز حق باشد بلکه مجرد احراز ارتباط یک شیء به انسان جهت صدق موضوع و حکم به تفویض آن کافی است و از آن جا که قبول یا ترک بیع، قبول یا رد شراء و ... از امور مربوط به انسان هستند، تفویض به او شدند که لازمه آن هم امکان انتقال آنها به دیگری با اراده او هست. بنابراین هر چیزی که مربوط به انسان بوده و نتیجه آن به او بر می‌گردد ولی شارع از نقل آن به دیگری منع کرده (چه از قبیل حکم شرعی باشد و چه از قبیل حقوق غیر قابل انتقال)، مخصص عموم مذکور می‌باشد و در غیر آن موارد به همان عموم مراجعه می‌شود زیرا از موارد شک در تخصیص زائد می‌باشد نه از

مصادیق تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص. زیرا عنوان حقوق یا امور غیر قابل انتقال عنوان انتزاعی هستند که عقل آن را از حکم شرع به عدم قابلیت انتقال برای مواردی انتزاع می‌کند نه اینکه آن عناوین، عنوانی برای مخصص باشند بلکه آنچه که از عام خارج شده خصوص برخی موارد هستند بنابراین شک در خروج موارد دیگر شک در تخصیص زائد است که مرجع در آن عموم است نه اینکه از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص باشد که تمسک به عام جایز نیست.

این کلام در پاسخ به اشکال دوم تمام نیست زیرا:

اولاً: طبق این روایات، شئون مربوط به اشخاص به خودشان واگذار شده و آنها در تصرف امور مربوط به خود آزاد هستند، به این معنا که تصرف در آنها وابسته به اجازه دیگران نیست و به عبارتی لسان این روایات همان لسان روایات «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» است، یعنی اختیار تصرفات مشروع نسبت به اموال، انفس و شئون اشخاص به آنها واگذار شده است. بنابراین روایات مذکور هیچ دلالتی بر اینکه مومنین حق تشریع و قانون‌گذاری داشته به گونه‌ای که هر کاری انجام بدهند مشروع است، ندارند.

ثانیاً: بر فرض اگر حق تشریع به مومنین واگذار شده باشد، مفاد این روایات یک حکم امضایی است و همه احکام امضایی مقید به این هستند که با احکام ابتدایی شریعت مخالفت نداشته باشند. بنابراین در صورت شک در مشروعیت معامله‌ای نمی‌توان به اطلاق یا عموم ادله امضایی تمسک کرد چون از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام است.

نسبت به مقید بودن احکام امضایی به عدم مخالفت با احکام ابتدایی شارع، وجوه مختلفی بیان شده که برای این منظور می‌توان به کتاب البیع (موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ن ۱۴۲۱، ج اول، ج ۱، ص ۵۲) حضرت امام خمینی رحمته الله علیه، موسوعه (موسوی خونی، ن ۱۴۱۸، ج اول، ج ۳۶، ص ۱۱۷) آقای خوئی رحمته الله علیه و بحوث آقای صدر رحمته الله علیه ج ۷، ص ۷۴، ۱۳۹ و ۱۴۰) مراجعه کرد.

ممکن است اشکال شود: از آنجا که ادله امضایی مثل «أوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و .... مقید به عدم مخالفت با احکام ابتدایی شارع هستند، لذا در هیچ موردی از موارد شک در صحت و فساد عقود نمی‌توان به این ادله تمسک کرد.

در جواب می‌توان گفت که درست است ادله امضائی مقید به عدم مخالفت با احکام ابتدایی شارع هستند ولی لازمه آن عدم صحت تمسک به عموم ادله امضایی در موارد مشکوک نیست بلکه باید قائل به تفصیل شد، به این صورت که آن مواردی که مشروعیت مضمون معاملی مسلم است (مثل تملیک مجانی یا تملیک مع العوض)، ولی شک در سببیت مورد خاصی (مثل بیع فارسی یا بیع معاطاتی) وجود دارد، می‌توان به عمومات تمسک کرد. اما نسبت به مواردی که اصل مشروعیت مضمون معاملی مشکوک باشد (مثل تملیک عین به شخصیت حقوقی یا بیع حق التالیف)، تمسک به عمومات جایز نیست.

ثالثاً: اگر مفاد روایات تفویض این باشد که تمام امور انسان (تکلیفاً و وضعاً) به نحو مطلق به خودشان واگذار شده است، در این صورت تخصیص اکثر لازم می‌آید زیرا قطعاً موارد زیادی تخصیص خورده است چون شارع مقدس واجبات و محرمات زیادی را جعل کرده به گونه‌ای که مواردی که خارج از قوانین شارع بوده و روایات تفویض ناظر به آنها است، بسیار کمتر از مواردی است که داخل در قوانین شارع قرار می‌گیرند و از آنجا که تخصیص اکثر قبیح بوده و از حکیم صادر نمی‌شود، لذا نمی‌توان قائل به عموم مذکور شد.

رابعاً: ظاهر روایات تفویض این است که انسان نسبت به تمام امور مرتبط به خودش مختار است. ولی قطعاً این معنای مطلق مراد جدی نیست، چون لازمه التزام به شریعت تقید به دستورات آن است بنابراین مطلقاً مذکور به طور مسلم تقیید خورده است و از آنجا که حدود آن برای معلوم نیست در نتیجه روایات مذکور مجمل بوده و در موارد مشکوک نمی‌توان به آنها تمسک کرد.

ب: اختیار خرید یا فروش از مواردی است که حق بودن و قابل انتقال بودن آن قابل احراز بوده، و در نتیجه عقد الاختیار به نحو صحیح واقع می‌شود، زیرا اختیار خرید و فروش در عصر حاضر از حقوقی است که عقلاً نسبت به آن اهتمام داشته و در مقابل آن بذل عوض می‌کنند. به عبارت دیگر عقلای امروز اختیار معامله را حق اشخاص دانسته به گونه‌ای که می‌توان آن را در مقابل عوض به دیگران واگذار کرد. و از آنجا که این عمل عقلاً در شرع منع نشده است بنابراین به لحاظ شرعی هم آثار حق بر آن مترتب خواهد شد.

نسبت به این پاسخ اشکال شده که چون اختیار معامله یک حق مستحدث است بنابراین امضای شارع نسبت به آن قابل اثبات نیست.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: برای اثبات امضای شارع نسبت به حق اختیار خرید و فروش، چند راه وجود دارد:

راه اول: درست است که سیره عقلا در محل بحث یک سیره مستحدث است ولی همین مقدار که در زمان حضور معصوم علیه السلام از آن منع نشده کشف می‌شود که شارع آن را امضا کرده است. زیرا شارع شریعتش را برای همه زمان‌ها جعل کرده است و لذا اگر این سیره مورد امضای او نبود آن را بگونه‌ای ردع می‌کرد.

این راه صحیح نیست چون سیره‌ای که در زمان معصوم علیه السلام مورد ابتلاء مردم نبوده عدم ردعش، نمی‌تواند کاشف از امضای شارع باشد.

راه دوم: تمسک به ارتکاز عام عقلاء در زمان معصوم علیه السلام اگر چه در تمام مصادیقش تبدیل به سیره نشده باشد، یعنی همان‌طور که اگر سیره عملی عقلاء مورد تأیید شارع نباشد باید از آن منع کرده باشد و عدم ردع، کاشف از امضای او می‌باشد، در مورد ارتکاز عقلاء هم اگر ردعی از سوی شارع نباشد کاشف از امضای آن هست چون همین ارتکازات است که منشأ شکل‌گیری بنای عملی می‌شود. و چون در مورد حق اختیار معامله ارتکاز عامی وجود داشته که عبارت است از سلطنت و ملکیت انسان نسبت به تمام شئون و خصوصیات مال خود، و ردعی هم از این ارتکاز نشده است در نتیجه در نزد شارع هم حجت می‌باشد. و واضح است که اختیار خرید و فروش از شئون اموال بوده و انسان همان‌طور که نسبت به خود اموال و منافع آن حق دارد نسبت به شئون آن هم حق دارد (صدر، محمدباقر، همان، ج ۴، ص ۲۴۶).

راه سوم: یکی از راههای احراز امضای شارع در حقوق عقلایی مستحدث وجود نظیر آن در زمان معصوم علیه السلام و امضای آن توسط شارع است. و از آنجا که حق اختیار معامله نظیر حق شفعه بوده که مشروعیت آن اثبات شده است، می‌توان امضای شارع نسبت به این حق را هم احراز کرد. زیرا همان‌طور که بر اساس حق شفعه اگر یکی از شریکین سهم خود را به شخص ثالث بفروشد، شریک دیگر می‌تواند سهم او را در مقابل همان ثمن معین برای خودش بخرد در حق اختیار معامله هم صاحب کالا می‌تواند اختار خرید کالای خود را به دیگری واگذار کند.

این پاسخ هم ناتمام است زیرا:

اولاً: به لحاظ صغری حق بودن اختیار معامله در نزد عموم عقلاً در عصر حاضر ثابت نیست زیرا فقط متخصصین و اقتصاددانان از ماهیت آن آگاهی دارند.

ثانیاً: در مورد خود حق شفعه، اگرچه اصل حق بودن آن مسلم است ولی قابل نقل بودن آن مسلم نبوده و محل اشکال است. مرحوم نائینی حق شفعه را در زمره حقوق غیر قابل انتقال نام برده هر چند که قابل اسقاط می‌باشد (نائینی، میرزا محمدحسین، منية الطالب فی حاشية المكاسب، ن ۱۳۷۳ هـ. ق، چاپ اول، ج ۱، ص ۴۳). چون معنای حق الشفعة این است که شریک می‌تواند حصه مشتری را بگیرد و به ملک خود ضمیمه کند. در اینجا معقول نیست که "حق أخذ حصّة مشتری" را به دیگران، خصوصاً «من علیه الحق» که همان مشتری هست، واگذار کنیم.

البته حضرت امام علیه السلام انتقال حق شفعه را به غیر (حتی به من علیه الحق) جایز می‌دانند (موسوی خمینی، سید روح الله، همان، ص ۴۸). چون حق شفعه قائم به عین مبتاع است. به این معنا که «ضمیمه کردن مبتاع به ملک شفیع» حقی برای شریک (شفیع) است. حال این حق (ضمیمه کردن مبتاع به ملک شفیع) به دیگری یا مشتری واگذار شود، به این معناست که او نیز می‌تواند مبتاع را به ملک شفیع ضمیمه کند، لذا مشکلی وجود ندارد.

ممکن است در جواب حضرت امام علیه السلام گفته شود: احتمال دارد کلام مرحوم نائینی بر اساس ضابطه‌ای باشد که محقق اصفهانی ارائه داده اند (کمپانی اصفهانی، محمدحسین، رسالة فی تحقیق الحق و الحكم، ن ۱۴۱۸ هـ. ق، ج اول، ص ۴۸). زیرا ایشان فرموده اند؛ با توجه به نکات عقلایی‌ای که در ثبوت حق برای آن وجود دارد، اگر در ثبوت حق یک خصوصیتی اخذ شده باشد که متقوم به صاحب آن است، در این صورت چنین حقی قابل نقل به دیگری نمی‌باشد. بر اساس این نکته در مورد حق شفعه گفته می‌شود جعل حق الشفعة برای شریک به این جهت است که جلوی تضرر شریک (شریک شدن با اجنبی) گرفته شود و از آنجا که ثبوت چنین حقی فقط برای شریک می‌باشد، هیچ کس دیگری نمی‌تواند با نقل دادن این حق، موضوع این حق قرار بگیرد چون این نکته در مورد دیگری جاری نمی‌شود.

نتیجه این که اگرچه نقل حق شفعه به غیر ثبوتاً معقول است، ولی چون قابلیت نقل حقوق در مقام اثبات تابع دلیل ثبوت آن است لذا اگر تناسب حکم و موضوع به نحوی باشد که در ثبوت حق برای صاحب آن یک ویژگی لحاظ شود که به نظر عقلانی مقوم ثبوت حق برای او باشد و آن

ویژگی در غیر او نباشد، این حق قابل نقل نخواهد بود. بنابراین وقتی در قابلیت نقل خود حق شفعه اختلاف وجود دارد، نمی‌توان محل بحث را به آن تنظیر کرد.

ثالثاً: بر فرض که حق شفعه قابل نقل به غیر باشد و حق اختیار هم نظیر آن باشد، قابلیت نقل برای آن اثبات نمی‌شود. چون در حق شفعه فقط حق خرید مطرح است در حالی که در حق اختیار بحث اعم از حق خرید و فروش است.

رابعاً: اگرچه حق شفعه یک حق شرعی و عقلایی است ولی از آنجا که احتمال دارد وجود یک خصوصیتی در آن موجب ثبوت و جعل چنین حقی برای شریک شده است، توسعه‌ی حکم آن به موارد دیگر و الغاء خصوصیت ممکن نیست. همچنین از مشروعیت آن نمی‌توان امضای یک نکته عام ارتكازی را احراز کرد به نحوی که شامل حق اختیار هم بشود. به تعبیر دیگر توسعه دادن ارتكاز در چنین مواردی، از قبیل توسعه در نفس ارتكاز است (که حجت نیست) نه از قبیل توسعه در مصداق ارتكاز.

۳- هیچ شکی در اشتراط معاملات مالیه بر رضایت طرفین نیست همان طور که آیه شریفه «لا تأکلوا اموالکم ...» هم بر این مطلب دلالت دارد. و این شرط در بیع یا شراء بعد از عقود اختیار وجود ندارد. زیرا رضایت مالک به بیع اختیار تعلق گرفته ولی نسبت به بیع کالا که متفرع بر عقد اختیار است رضایت او معلوم نیست بلکه در اغلب موارد نسبت به آن راضی نیست زیرا چه بسا قیمت کالا در زمان بیع نسب به قیمت تعهد شده برای فروش افزایش یافته و یا قیمت آن در زمان شراء نسبت به قیمت تعهد شده در عقد اختیار کاهش یافته باشد. و در نتیجه معامله مذکور باطل بوده و بالطبع عقد اختیار هم باطل خواهد بود چون اثر مطلوب مترتب نشده است.

در جواب از این اشکال می‌توان گفت: حقیقت عقد اختیار اخذ رضایت فروشنده آن به معامله آینده است زیرا ماهیت آن طریق به معامله متأخر بوده و حقیقتی غیر از توافق و تراضی به معامله معین شده ندارد. بنابراین عقد اختیار به منزله قبول مقدم بوده که در قالب عقد لازم می‌باشد و عقد متأخر هر موقع واقع بشود براساس همان رضایت قبلی می‌باشد. و به عبارت دیگر رضایت متعاقدين در عقد یک امر شرعی محض نمی‌باشد بلکه یک امر عقلایی بوده و شارع هم آن را امضا کرده است و واضح است که عقلاء معاملات ناشی از عقد اختیار را فاقد رضایت نمی‌دانند زیرا رضایت معتبر در نزد آن‌ها اعم از رضایت فعلی و رضایت معاملی است و در معاملات مذکور

رضایت معاملی وجود دارد. و به همین خاطر است که اگر کسی طبق شرطی در ضمن عقد لازم ملتزم به بیع مالی شده باشد در صورت امتناع، حاکم او را مجبور می‌کند و بیع او به سبب شرط لازمی که ملتزم شده واجد رضایت معاملی می‌باشد هر چند بالفعل راضی به آن نباشد.

۴ - عقد اختیار از عقود مستحدث بوده و تحت هیچ کدام از عقود شرعی متعارف قرار نمی‌گیرد زیرا معقود علیه در آن نه مال است، نه منفعت و نه از حقوق مالی که انتفاع از آن جایز باشد بنابراین مشروع نمی‌باشد.

از این اشکال هم می‌توان جواب داد:

اولاً: همان گونه که بیان شد، عقد اختیار داخل در عنوان بیع می‌باشد.

ثانیاً: بر فرض بپذیریم که عقد جدیدی است باز هم مشمول عموماً صحت عقود می‌باشد زیرا از آنجا که معقود علیه در آن از حقوق مالی بوده و چه بسا انتقال آن به کسی که در مقابل آن پرداخت عوض می‌کند منافع زیادی را به دنبال داشته باشد بنابراین عقلاً در مقابل آن مال پرداخت می‌کنند. در نتیجه عقد اختیار یک عقد عقلایی بوده و واجد تمام شرائط شرعی مقرر برای عقود هم می‌باشد.

- صلح:

از دیدگاه مشهور فقها، صلح عقدی مستقل بوده و مشروعیت آن هم فقط برای رفع نزاع سابق نمی‌باشد (نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ن ۱۴۰۴، ج ۷، ج ۲۶، ص ۲۱۱) و از آنجا که علاوه بر عین، دین، منفعت و حق هم می‌توانند متعلق آن واقع شوند (موسوی خمینی، سید روح الله، همان، ج ۲، ص ۵۱۶) بنابراین قرارداد اختیار معامله را می‌توان در قالب صلح انجام داد.

این تقریب درست نیست زیرا اولاً بحث از ماهیت قرارداد اختیار است و همین که طبق دیدگاه غیر مشهور رجوع صلح به یکی از عقود دیگر است و قبل از این معلوم شد که قرارداد مذکور نمی‌تواند به لحاظ ماهیت در قالب هیچ یک از عقود متعارف باشد بنابراین صلح دانستن ماهیت آن بی معناست. ثانیاً بر فرض عقد مستقل بودن صلح هم نمی‌توان به صورت جزئی ماهیت آن را صلح دانست زیرا با مراجعه به عرف این نوع قراردادها بالوجدان درک می‌کنیم که طرفین یک معامله جدیدی انجام می‌دهند در حالیکه نوع مردم ملتفت به صلح هستند اما هیچ اثری از صلح بودن این نوع قراردادها در حین معامله دیده نمی‌شود.

## - جعاله :

جعاله عبارت است از متعهد شدن شخص حقیقی یا حقوقی به پرداخت اجرت معین در برابر انجام کار معین (همان، ج ۱، ص ۵۳۸). جعاله گاهی «عام» است که در این قسم توجه اصلی به انجام کار است و انجام دهنده ی کار هر فردی باشد تفاوت نمیکند و گاهی «خاص» که کارفرما با عامل معینی سروکار دارد (نجفی، محمدحسن، همان، ج ۳۵، ص ۱۹۱). و از آنجا که در جعاله، عامل بعد از انجام کار مالک اجرت می شود (خمینی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۱، ص ۵۷۲) لذا مقداری چهل در جعاله پذیرفته شده است بنابراین قرارداد اختیار و تعهد به خرید یا فروش در قالب جعاله قابل تفسیر است. این تفسیر دارای اشکال است زیرا جعاله از هر دو طرف جایز است در حالیکه عقد الاختیار لازم می باشد بنابراین هدف از عقد اختیار با این تفسیر تأمین نمی شود.

## - عقد مستقل:

از دیدگاه مشهور عقود توقیفی نیستند بنابراین تمامی قراردادهای عرفی تا زمانی که به صورت عام یا خاص از طرف شارع رد نشده باشند، مشروع می باشند و از این لحاظ فرقی بین عقود جدید و غیر آن نیست (خمینی، ج ۱، ص ۱۱۳) و از آنجا که قرارداد اختیار هم در عرف امروز عقد محسوب شده و هیچ کدام از نواهی شارع در باب معاملات هم بر آن صادق نیست لذا مشمول عموماتی مثل آیه شریفه «أوفوا بالعقود» واقع می شود.

به نظر می رسد تمسک به آیه شریفه «أوفوا بالعقود» برای مشروعیت عقد مذکور صحیح نباشد، زیرا شمول مطلقات نسبت به موارد مختلف مشروط بر این است که مخالف با شرع نباشند و از آنجا که با قطع نظر از آیه شریفه موافقت یا مخالفت این عقد با شرع معلوم نیست لذا تمسک به آیه شریفه برای مشروعیت آن تمسک به عام در شبهه مصداقیه خودش است که جایز نمی باشد.

## تمسک به سیره عقلا

امروزه در بازار بورس قرارداد اختیار یکی از عقود رایج و پذیرفته شده در بین عقلا است زیرا معاملات قطعی در بسیاری از موارد همراه با ریسک است بنابراین عقلا در معاملات خود به جای اینکه از همان ابتدا به صورت جزئی اقدام به معامله بکنند حق خرید یا فروش کالای مشخصی را طی قراردادی تا زمان مشخص مبادله می کنند که طبق آن، خریدار حق خرید یا فروش با پرداخت مبلغی این حق را پیدا میکند که در زمان معین شده بتواند اقدام به خرید یا فروش کالایی

مشخص با قیمت تعیین شده بکند بدون اینکه الزامی به این کار داشته باشد و از طرفی در صورت اقدام او فروشنده عقد اختیار ملزم به فروش یا خرید می‌باشد. و هیچ تردیدی نیست که رجوع این رفتار عقلا به عقل آنها است زیرا هر عاقلی به حکم عقل همیشه به فکر حفظ خود از ضررها و ریسک‌های احتمالی است بنابراین طبق بیان استاد علی‌دوست اینگونه سیره‌ها که به تحلیل عقلی می‌رسند بدون اینکه نیازی به احراز امضای شارع داشته باشند، حجت می‌باشند به دلیل اینکه خودشان دلیل مستقلی نیستند بلکه کاشف از یک دلیل معتبر هستند.

# تمسک به حکم عقل و ادله نهی از منکر برای اثبات حرمت اعانه بر اثم

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد مظفري<sup>۱</sup>

## مقدمه

برای اثبات حرمت اعانه بر اثم به ادله مختلفی از جمله برخی آیات قرآن کریم، روایات، عقل و اجماع تمسک شده است. بررسی همه این ادله، نیازمند مجال گسترده تری است اما در این مقال به بررسی تمسک به دلیل وجوب نهی از منکر و نسبت آن با ادله عقلی مطرح در این باب می پردازیم. بنابراین ابتدا به بررسی حکم عقل و سپس بررسی دلیل نهی از منکر با تقاریب مختلفی که ذکر شده می پردازیم.

---

<sup>۱</sup>. دانش پژوه گروه فقه معاملات، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

## تقریب حکم عقل بر حرمت اعانه

نمونه روشن استدلال به حکم عقل در کلام مرحوم امام خمینی علیه السلام در مکاسب محرمة آمده است. بنابر نظر ایشان همان طور که اتیان منکر و مبعوض مولا از نظر عقلي قبیح است و همان طور که امر به اتیان منکر و اغراء به منکر عقلاً قبیح است؛ تهیه اسباب منکر و اعانه فاعل منکر نیز قبیح است و موجب استحقاق عقوبت است (المکاسب المحرمة (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۹۴). یعنی عقل، کمک کردن و مساعدت به دیگری در انجام منکر را قبیح می‌داند. لذا در قوانین عرفی، برای مُعین جرم نیز کیفر قرار می‌دهند. مثلاً اگر کسی که سارق را در سرقت کمک کند و اسباب سرقت کردن را برای او فراهم کند مثلاً نردبانی به او بفروشد، در نظر عقلي و در قوانین عقلاء، عملش قبیح است و برایش کیفر قرار می‌دهند. نظیر این مطلب در شرع نیز آمده است در جایی که یک نفر شخصی را نگه داشته و دیگری او را به قتل رسانده و شخص سوم هم ناظر و دیدبانی کرده، قاتل قصاص می‌شود و نگهدارنده محبوس به حبس ابد و چشمان دیدبان کور می‌شود (وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۵۰).

بنابراین حکم عقل به قبیح ایجاد منکر، اختصاص به مجرم و عاصی ندارد، بلکه شامل کسی که مقدمه‌ای از مقدمات آن جرم و عصیان را انجام بدهد نیز می‌شود.

از نگاه ایشان، حرمت عقلي اعانه بر اثم، منافاتی با قاعدة اصولي معروف يعني عدم حرمت مقدمة حرام ندارد زیرا بنابر این قاعده، بین حرمت شیئی و حرمت مقدمات آن ملازمه نیست. ولذا اگر شخص، مقدمات عصیان را فراهم کند، اتیان آن مقدمات برای او، جرم و معصیتی زائد بر معصیت ذی المقدمه حساب نمی‌شود. اما کمک کردن فرد دیگر به عاصی در ایجاد معصیت، خود دارای مناط مستقل است؛ عقل مستقلاً درک می‌کند که کمک کردن و تهیه مقدمات انجام معصیت قبیح است (المکاسب المحرمة (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۱۹۴ و ۱۹۵). به عبارتی در جایی که مقدمات عصیان را خود شخص انجام دهد، عقل حکم به قبحی زائد بر قبح اصل معصیت نمی‌کند. ولی اگر مقدمات عصیان توسط شخص دیگری به عنوان کمک و مساعدت به عاصی انجام شود، عقل حکم به قبح می‌کند.

از طرفی، این حکم عقل منوط به صدق عنوان اعانه یا تعاون بر اثم نیست، بلکه مناط حکم عقل این است که هر جا مساعده و انجام مقدمات حرام صدق کند، عقل حکم به قبح می‌کند (همان، ج ۱).

ص ۱۹۵؛ إِنَّ حُكْمَ الْعَقْلِ بِالْقَبِيحِ فِي تِلْكَ الْمَوَارِدِ ثَابِتٌ وَ لَوْ لَمْ يَصْدَقْ عَلَى بَعْضِهَا عُنْوَانُ الْإِعَانَةِ عَلَى الْإِثْمِ وَ التَّعَاوُنِ وَ نَحْوَهُمَا، فَإِنَّ الْعَقْلَ يَدْرِكُ قَبِيحَ تَهْيِئَةِ مَقَدِّمَاتِ الْمَعْصِيَةِ وَ الْجَرَمِ، صَدَقَ عَلَيْهَا تِلْكَ الْعُنَاوِينَ أَمْ لَا.

### مناقشه در استدلال به حکم عقل

استدلال مرحوم امام خمینی رحمته الله مورد ایراد برخی فقیهان معاصر قرار گرفته است؛ (ارشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص ۸۹ و ۹۰) با این بیان که عقل تنها در صورتی که تمکن از منع وجود داشته باشد حکم به وجوب منع منکر می کند. و در صورتی که فرد تمکن از منع منکر داشته باشد، جایز نیست نسبت به وقوع آن بی تفاوت باشد، بلکه باید جلوی آن را بگیرد. اما در مواردی که توانایی منع منکر نداشته باشد، منع از منکر واجب نیست. آنچه نزد عقلاء و قوانین آنها نیز قبیح است و عقوبت دارد، این است که با فرض تمکن از منع منکر، جلوی منکر را نگیرند. اگر کسی نردبانی را به دزدی بفروشد. و اگر او نمی فروخت، آن دزد نردبان را از دیگری می خرید، این کار فروشنده قبیح نیست؛ چون با ترک فعل او، در عمل منکر تحقق پیدا نمی کند؛ ولی اگر فقط او فروشنده نردبان باشد به طوری که اگر او نفروشد، این دزد دیگر نمی تواند نردبان بخرد، در این صورت فروش نردبان قبیح خواهد بود. چون در این فرض فروشنده می تواند در منع منکر مؤثر است. لذا مطلق اعانه بر اثم حرام نیست. البته نسبت به برخی موارد، به خاطر وجود دلیل خاص، اعانه بر اثم حرام است و فرقی بین مقدمات منحصره و غیر منحصره نیست، مثل اعانه به ظلم و ظالم. شاهد بر این ادعا برخی روایات از جمله روایت موثق ابن فضال است:

« مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْتِنَاهُ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ فَضَالٍ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا عَ أَسْأَلُهُ عَنْ قَوْمٍ عِنْدَنَا - يُصَلُّونَ وَ لَا يَصُومُونَ شَهْرَ رَمَضَانَ - وَ رَبَّمَا اخْتَجْتُ إِلَيْهِمْ يَحْضُدُونَ لِي - فَإِذَا دَعَوْتُهُمْ إِلَى الْحَصَادِ لَمْ يُجِيبُونِي حَتَّى أُطْعِمَهُمْ - وَ هُمْ يَجِدُونَ مَنْ يُطْعِمُهُمْ فَيَذْهَبُونَ إِلَيْهِمْ وَ يَدْعُونِي - وَ أَنَا أَضِيقُ مِنْ إِطْعَامِهِمْ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ - فَكَتَبْتُ بِحَظِّهِ أَعْرِفُهُ أُطْعِمَهُمْ » (وسائل الشيعة، ج ۱، ص ۳۶۳).

در این روایت امام رحمته الله حکم کردند به جواز اطعام به کارگری که در ماه رمضان روزه خواری می کند و اگر او اطعام نکند، توسط افراد دیگر اطعام می شود.

ممکن است ایراد شود که مورد روایت، فرض اضطرار است. یعنی اطعام به روزه‌خوار در ماه رمضان، فی حد نفسه جایز نیست، بلکه به دلیل وجود اضطرار حکم به جواز شده است. اما با دقت در روایت معلوم می‌شود که وجهی برای حمل روایت بر فرض اضطرار وجود ندارد؛ آنچه در روایت آمده این است که راوی، به تعدادی کارگر احتیاج دارد. و روشن است که احتیاج غیر از اضطرار است، پس دلیلی بر حمل روایت بر فرض اضطرار وجود ندارد (ارشاد الطالب إلى التعلیق علی مکاسب، ج ۱، ص ۹۰).

#### پاسخ مناقشه

برخی دیگر از فقیهان در مقام دفاع از امام خمینی ره برآمده و استدلال ایشان را تمام دانسته اند: این که گفته شود در نزد عقلاء انجام دادن برخی مقدمات جرم، قبیح نیست و معین استحقاق ذم ندارد را قبول نداریم (دراسات فی مکاسب المحرمه، ج ۲، ص ۳۴۶). بلکه استدلال به حکم عقل برای قبح اتیان مقدمات مبعوض مولا، استدلالی قوی است (همان، ج ۲، ص ۳۴۴). البته اگر مقدمه، از مقدمات منحصره باشد، قبح بیشتری دارد.

اما این ادعا که مجازات ممسک و دیدبان در اعانه بر قتل از این باب بوده که این دو نفر تمکن از جلوگیری قتل داشتند و این کار را نکردند، نیز قابل مناقشه است. چون مجازات هر یک از ممسک و ناظر به دلیل یک فعل وجودی است، نه اینکه چون ترک فعل کرده‌اند مجازات شوند. مجازات ممسک، این است که مقتول را بسته و او را نگه داشت. مجازات ناظر نیز این است که برای کمک به قاتل، دیدبانی و مراقبت می‌دهد، نه اینکه چون صرفاً نگاهش به صحنه قتل افتاد و منع از قتل را ترک کرد.

در مورد موثقه ابن فضال نیز گفته می‌شود که باید بر احتیاج و اضطرار عرفی حمل شود، نه اینکه اطعام به روزه‌خوار فی نفسه جایز باشد.

#### ارزیابی دو دیدگاه فوق

ادعای اول که علاوه بر معصیت، انجام مقدمات آن را نیز قبیح می‌داند، را نمی‌توان بصورت مطلق پذیرفت، بلکه باید بین مقدمات قریب و بعید، و نیز بین مقدمات منحصر و غیر منحصر تفصیل داد. این حکم عقل و عقلاء در جایی است که آن مقدمه از مقدمات قریب و منحصر

باشد، چون در این موارد اتیان مقدمات، مصداق ترغیب و اغراء غیر به حرام می‌شوند و در مقدمات بعید یا غیر منحصر، عقل حکم به قبیح نمی‌کند.

در مورد دیدگاه دوم نیز که جلوگیری از منکر را در صورت تمکن از آن لازم دانستند، باید گفت لزوم جلوگیری از وقوع منکر حتی در فرض تمکن، به نحو مطلق قابل قبول نیست. بلکه چنانچه قبلاً پذیرفتیم، وجوب دفع منکر فقط در منکرات مهمه است، مانند قتل نفوس، هتک اعراض.

اما تسمیل عین ناظر که در موثقه سکونی آمده، به دلیل عدم جلوگیری از قتل نیست، بلکه ظاهر روایت به لحاظ تعبیر به «وَالْآخِرُ يَرَاهُمْ» این است که این فرد فعل وجودی در مورد قتل انجام نداد. لذا اگر بخواهیم به این روایت أخذ کنیم باید حکم موجود در این روایت را تعبیدی بدانیم؛ اما اگر بخواهیم علی القاعده بررسی کنیم، این حکم قابل التزام نبود. محقق اردبیلی ره نیز در این بحث می‌فرماید:

«و قد دلّ علیهما (مجازات قاتل و مُمسک) و علی الأخریة و هو سمل عین الناظر - أي فقاء عینه- رواية السکونی ... و سندها ضعیف الا أنها محمولة و مشتملة علی ما اشتمل علیه الصحیحة المتقدمة<sup>١</sup>. و لكن الأصل عدم عقوبة علی الناظر، و ما فعل ما یوجبها بحسب الظاهر، فالحکم الآخر لو لم یکن مُجمَعاً علیه، فهو محلّ التأمل، فتأمل» (مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٣، ص ٣٩٩ و ٤٠٠).

البته بر اساس نقل دعائم می‌توان فعل شخص ناظر را حمل بر فعل وجودی کرد زیرا در این روایت موقعیت شخص ناظر اینگونه ترسیم شده است: «تُسْمَلُ عَيْنَا الَّذِي كَانَ يُنْظَرُ لَهُمَا» (دعائم الاسلام، ج ٢، ص ٤٠٩). مضافاً به اینکه خود این تعبیر که سه نفر را در مورد این قضیه پیش امیر المومنین علیه السلام بردند، نشان می‌دهد که این فرد نیز فعل و کمکی به در قتل داشته است. شاهد دیگر قضیه نیز این است که مرحوم شیخ طوسی نیز همین حدیث را چنین نقل می‌کند: «فَقَضَى فِي الرَّبِیَّةِ أَنْ تُسْمَلَ عَيْنَاهُ» (تهذیب الاحکام، ج ١٠، ص ٢١٩)، واژه ربیئة به معنای دیدبان و ناظر مراقب است.

١. وسائل الشیعة، ج ٢٩، ص ٤٩ و ٥٠: مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: قَضَى عَلَيَّ فِي رَجُلَيْنِ أَمْسَكَ أَحَدُهُمَا وَ قَتَلَ الْآخَرَ قَالَ يُقْتَلُ الْقَاتِلُ وَ يُحْبَسُ الْآخَرُ حَتَّى يَمُوتَ غَمًّا كَمَا حَبَسَهُ حَتَّى مَاتَ غَمًّا.

به هر حال همین که در این روایت این احتمال وجود دارد که ناظر یک فعل وجودی انجام داده باشد، و این حکم به همین دلیل بوده باشد، لذا از این روایت نمی‌توانیم حکم مطلق (ولو دیدبان نباشد) را استفاده کنیم. در نتیجه کلام مرحوم تبریزی در مورد موثقه سکونی قابل التزام نیست. البته استشهاد حضرت امام خمینی علیه السلام به این حدیث نیز ناتمام است. چون مورد روایت قتل است. قتل نفوس از امور مهمه و از مصادیق بارز ظلم است، در حالیکه مورد بحث مطلق اعانه بر اثم است.

استشهاد محقق تبریزی به موثقه ابن فضال برای جواز اعانه بر اثم، که صاحب کتاب دراسات، آن را بر صورت اضطرار حمل کردند، استشهاد صحیحی است. چون عنوانی که در روایت ذکر شده عنوان احتیاج به حصاد است، و احتیاج، عرفاً غیر از اضطرار است. عنوان اضطرار از حرج نیز شدیدتر است، در حالی که حاجت عرفی، در جایی که اندک احتیاجی وجود داشته باشد، نیز صدق می‌کند. احتیاج به یک کارگر برای درو کردن گندم، از مصادیق اضطراری که موجب رفع تکلیف بشود نیست. بعلاوه، اضطرار و حرجی رافع تکلیف است که موجب حرج در کل زندگی شود، نه در خصوص یک فعل.

بله، استشهاد به این روایت به نحو مطلق صحیح نیست، بلکه حکم این روایت در مورد مقدمات غیر منحصره است. چون راوی فرض کرده که اگر من اطعام نکنم، دیگران به آنها اطعام می‌کنند. نتیجه اینکه قبح و حرمت اعانه بر اثم صرفاً در مقدمات قریب و منحصر است.

### استناد به ادله نهی از منکر

برای تمسک به ادله نهی از منکر برای حرمت اعانه دو تقریب ذکر شده.

#### تقریب اول استناد به ادله نهی از منکر

این تقریب را شیخ در مکاسب محرمه آورده است:

.... دفع المنکر کرفعه واجب، و لا یتّم إلا بترك البیع، فیجب. و إلیه أشار المحقق

الأردبیلی رحمه الله حیث استدلل علی حرمة بیع العنب فی المسألة بعد عموم النهی

عن الإعانة بأدلة النهی عن المنکر (کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۱، ص: ۱۴۱)

این استدلال از دو مقدمه تشکیل شده است: اول، دفع منکر واجب است دوم، دفع منکر متوقف بر ترک بیع است.

مستند مقدمه اول همان ادله نهی از منکر است که در آیات قران و روایات بیان شده است. کسانی که نهی از منکر را به نحو مطلق واجب میدانند مستندشان همان ادله نهی از منکر است. درعین حال در این که وجوب دفع منکر چگونه از ادله نهی از منکر استفاده می شود، کلمات فقها مختلف است. از عبارت سید یزدی در حاشیه مکاسب استفاده میشود که دلالت ادله نهی از منکر برای دفع منکر بالفحوی هست نه دلالت مطابقی:

و ذلك لوجود المناط في الأول أيضا لأن الظاهر أنّ المناط عدم وجود المنكر في

الخارج وإلا فالأدلة ظاهرة في الرفع كما لا يخفى على من لاحظها (حاشية المكاسب (لليرزدی)؛

ج ۱، ص: ۷)

اراده شارع بر آن است که منکر در خارج محقق شود و شارع مؤمنین را ملزم به نهی از منکر کرده و این مناط همان طور که موجب وجوب رفع منکر و نهی از منکر میشود، باعث وجوب دفع منکر هم میشود. این نظر را به محقق اردبیلی هم نسبت می دهند. «ینبغي أن يحمل كلام الأردبيلي أيضا على ما ذكرنا من دلالتها بفحواها أي بمناطها» (همان، ج ۱، ص: ۷).

در مقابل از منظر امام خمینی ره، ادله نهی از منکر به دلالت مطابقی دلالت بر وجوب دفع منکر می کنند (المکاسب المحرمة (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۲۰۵). و حتی اگر قائل به وجوب شرعی ادله نهی از منکر شویم، این ادله همانطور که شامل رفع است شامل دفع هم می شود؛ بلکه در حقیقت آنچه در اصل واجب است همان دفع است. چرا که منع و زجر از منکری که قبلا محقق شده معنا ندارد؛ بلکه عملی که به هنوز محقق نشده تعلق میگیرد (همان). بعلاوه حتی اگر ادله را به حسب عبارت شامل دفع ندانیم اما به مناسبت حکم و موضوع و الغاء خصوصیت ما در نهایت به این نتیجه می رسیم که دفع منکر هم واجب است (همان، ج ۱، ص: ۲۰۶). تا اینجا توضیح مقدمه اول بود و مقدمه دوم هم این بود که دفع منکر متوقف بر ترک اعانه هست و نتیجه آنکه اعانه بر اثم حرام است.

شیخ اعظم برای این تقریب شاهی را هم اضافه کرده اند: برخی روایات از اینکه مردم در جماعت بنی امیه لعنهم الله حاضر شده اند و به نحوی کمک کرده اند بنی امیه را در غصب حق اهل بیت علیهم السلام مورد مذمت واقع شده و این روایت خود شاهد بر حرمت اعانه بر اثم است.

«لَوْلَا أَنَّ بَنِي أُمِّيَّةٍ وَجَدُوا مِنْ يَجْبِي لَهُمُ الصَّدَقَاتُ وَيَشْهَدُ جَمَاعَتُهُمْ مَا سَلَبُونَا حَقَّنَا».

دَلَّ عَلَى مَذْمَةِ النَّاسِ فِي فِعْلٍ مَا لَوْ تَرَكُوهُ، لَمْ يَتَحَقَّقِ الْمَعْصِيَةُ مِنْ بَنِي أُمِّيَّةٍ، فَدَلَّ عَلَى

ثُبُوتِ الذَّمِّ لِكُلِّ مَا لَوْ تَرَكَ، لَمْ يَتَحَقَّقِ الْمَعْصِيَةُ مِنَ الْغَيْرِ. (كتاب المكاسب) (للشيخ الأنصاري، ط

- الحديث)، ج ۱، ص: ۱۴۱

بررسی تقریب اول

به این تقریب از جهاتی ایراد شده است؛ هم به مقدمه اول و نیز به مقدمه دوم و برخی هم استشهاد شیخ ره را مورد ایراد قرار داده‌اند. مقدمه اول هم دو تقریب عقلی و شرعی داشت که باید به هر دو تقریب آن توجه شود.

ایراد اول: محقق خویی فرموده اند نمی توان دفع منکر را مطلقا لازم دانست صحیح نیست؛ این ادعا فی الجمله صحیح است اما نه در همه موارد. (مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ ج ۱، ص: ۱۸۱)

«إِنَّ دَفْعَ الْمُنْكَرِ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ الْمُنْكَرُ مِمَّا اهْتَمَّ الشَّارِعُ بِعَدَمِ وَقُوعِهِ، كَقَتْلِ النَّفْسِ

الْمَحْتَرَمَةِ، وَهَتِكِ الْأَعْرَاضِ الْمَحْتَرَمَةِ، وَنَهْبِ الْأَمْوَالِ الْمَحْتَرَمَةِ، وَهَدْمِ أَسَاسِ الدِّينِ وَ

كَسْرِ شَوْكَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَتَرْوِيجِ بَدْعِ الْمُضِلِّينَ وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَإِنَّ دَفْعَ الْمُنْكَرِ فِي هَذِهِ

الْأَمْثَلَةِ وَنَحْوِهَا وَاجِبٌ بِضُرُورَةِ الْعَقْلِ وَاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ، وَقَدْ وَرَدَ الْإِهْتِمَامُ بِهِ فِي

بَعْضِ الْأَحَادِيثِ وَأَمَّا فِي غَيْرِ مَا يَهْتَمُّ الشَّارِعُ بِعَدَمِهِ مِنَ الْأُمُورِ فَلَا دَلِيلَ عَلَى وَجُوبِ

دَفْعِ الْمُنْكَرِ، وَعَلَى كُلِّ الْوَجْهِينِ فَالدَّلِيلُ أَخْصَ مِنَ الْمَدْعَى».

بنابراین در همه جا دفع منکر واجب نیست. بلاشک نهی از منکر لازم هست اما روایات نهی از منکر دلالت بر دفع نمیکند. زیرا در این روایات آمده است که شما نهی کنید که دیگران به اختیار خود منکر را ترک کنند. اما دفع منکر به معنای تعجیز دیگران، از این روایات استفاده نمی‌شود.

اگرچه به مقتضای دقت عقلی همان گونه که امام ره ادعا کردند دفع منکر همیشه مستلزم دفع منکر است اما بیش از این نیست که مردم باید به اختیار خود منکر را ترک کنند نه اینکه آنها را تعجیز کرد.

و أما النهي عن المنكر فإنه وإن كان سبيل الأنبياء و منهاج الصالحاء و فريضة عظيمة

بها تقام الفرائض و تحل المكاسب و ترد المظالم، إلا أنه لا يدل على وجوب دفع

المنکر، فان معنى دفع المنکر هو تعجيز فاعله عن الإتيان به و إيجاده في الخارج سواء ارتدع عنه باختياره أم لم يرتد، و النهي عن المنکر ليس إلا ردع الفاعل و زجره عنه على مراتبه المقررة في الشريعة المقدسة.

نتیجه این که: اولاً رفع به معنای دفع نیست و ثانیاً: دفع در همه موارد واجب نیست. ایراد دوم: محقق ایروانی این ادعا - که در کلام مرحوم امام علیه السلام هم آمده بود - که متعلق تکلیف باید دفع منکر باشد چون از نظر عقلی رفع منکر معنا ندارد، بخاطر اینکه نهی که عبارت است از زجر از اتيان منکر به شيء موجود تعلق نمی گیرد چون الشيء لا ینقلب عما هو علیه را مورد مناقشه قرار می دهند: (حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۱۶) ما هم قبول داریم که رفع منکر معنا ندارد، و مراد از حکم عقل به نهی از منکر دفع منکر است. ولی نه مطلق دفع منکر، بلکه دفع آن منکری که مسبوق به تحقق و وقوع است و در سابق مورد ارتکاب واقع شد یعنی شروع در حرام در وجوب دفع مداخلیت دارد. ولذا آن منکری که هنوز مورد ارتکاب قرار نگرفت حکم وجوب دفع منکر آنرا شامل نمی شود.

«الرفع هنا ليس إلا الدفع فمن شرع يشرب الخمر فبالنسبة إلى جرعة شرب لا معنى للتهي عنه و بالنسبة إلى ما لم يشرب كان التهي دفعا عنه إلا أن يكون للشروع في الحرام مداخلية في وجوب الدفع إذ لا يمكن الالتزام بوجوب دفع المنکر عموماً و وجوب تعجيز الناس عن المعاصي بسد باب المأكّل و المشرب عليهم إلا بقدر رمق الحياة و وجوب ترك التناكح و التناسل كي لا يوجد مرتكب ذنب» (همان).

وجوب دفع منکر به نحو مطلق لوازمی دارد که قابل التزام نیست. چون لازمه وجوب دفع منکر به نحو مطلق این است که باب مأكّل و مشرب نسبت به افراد عاصي، سدّ شود مگر به اندازه رمق داشتن آنها. و همچنین باید باب تناكح و تناسل نیز بسته شود، چون با بستن باب تناسل، بسیاری از منکرات و ذنبايي که بعداً محقق خواهند شد، دفع می شود.

با توجه به این اشکال مرحوم ایروانی، روشن می شود که بیان دیگر مرحوم امام علیه السلام که به صورت مناسبت حکم و موضوع بیان شد نیز ناتمام است. چون تعمیم حکم براساس تعدّي یک حکم به دلیل مناسبت حکم و موضوع، در جایی است که حکم ثابت در دلیل با موضوع خاص مناسبت

نداشته باشد و مناسبت آن فقط با موضوع عام باشد ولی اگر در مورد دلیلی که حکم را برای موضوع خاص دلالت می‌کند احتمال خصوصیت برای موضوع خاص مذکور در دلیل بدهیم یا احراز خصوصیت کنیم، تعمیم حکم و تعدی از مورد دلیل ممکن نیست.

بررسی: اصل این ادعا که حکم شرع به وجوب دفع نسبت به منکری است که مسبوق به تحقق است، مورد قبول است؛ ولی در جایی که آن منکر مسبوق به تحقق نیست، معلوم نیست که حکم به وجوب دفع منکر ثابت باشد، چون احتمال خصوصیت وجود دارد.

اما این ادعا که در کلام مرحوم ایروانی بیان شد مبنی بر اینکه التزام به برخی از لوازم وجوب مطلق دفع منکر ممکن نیست، قابل قبول نیست؛ زیرا ماکل و مشرب و تناکح و تناسل از مقدمات بعیده هستند. لذا ممکن است مرحوم امام علیه السلام در پاسخ بگوید که وجوب دفع منکر که به حکم عقل یا به حکم شرع ثابت است در مقدمات قریبه حرام ثابت است نه در هر مقدمه‌ای.

ایراد سوم: مناقشات نسبت به مقدمه اول در تقدیر شرعی بودن نهی از منکر بیان شد و اکنون نوبت به مناقشه در تقدیر عقلی بودن نهی از منکر برای اثبات حرمت اعانه می‌رسد. حضرت امام علیه السلام در عقلی بودن وجوب دفع منکر بیانی دارند که این بیان نیز مورد مناقشه واقع شده. بیان ایشان این است که مبعوضات شارع دو دسته هستند. برخی مبعوضات به نحوی هستند که شارع به هیچ وجه راضی به وقوع آن نیست و باید دفع شوند. اعم از اینکه این منکر توسط مکلفین باشد یا غیر مکلفین<sup>۱</sup>. اما برخی دیگر از مبعوضات به نحوی هستند که فقط وقوع آنها توسط مکلفین مبعوض است، مثل شرب خمر. ایشان می‌گویند از نظر حکم عقل همان طور که دفع منکر در مبعوضات قسم اول به نحو مطلق واجب است، در مبعوضات قسم دوم نیز همین گونه است. این بیان، توسط مرحوم منتظری مورد مناقشه قرار گرفته است<sup>۲</sup>.

۱. مثل اینکه حیوانی بخواهد پسر بچه‌ای را ببلعد یا بکشد.

ما ذكره الأستاذ «ره» من أنَّ العقل كما يحكم بوجوب المنع عن تحقق ما هو مبعوض المولى بنحو الإطلاق يحكم أيضا بوجوب المنع عن تحقق ما هو مبعوض الصدور عن المكلفين، فيمكن أن يناقش فيه ..... فلاحد أن يفضل ويقول - كما مر -: إن كان المنهي عنه من الأمور المهمة التي لا يرضى الشارع بوقوعها كيف ما كان، كتقوية الشرك و قتل النفوس و تقوية الظالمين، حرمت الإعانة عليها بأي نحو كان. و أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس بإيجاد بعض المقدمات البعيدة لها إذا لم يكن عن قصد و لم يسلب اختيار الفاعل و لم تعد الفائدة المترتبة عليها منحصرة في الحرام عرفا كمثال إعطاء العصا للظالم، و لم تكن المقدمة منحصرة أيضا بنحو يعد إيجادها سببا لوقوع المعصية لا محالة بل عد وقوعها مستندا إلى المباشر فقط، و ذلك

از دیدگاه ایشان چون دنیا دار امتحان است. خداوند احکامی را قرار داد و از مکلفین خواست که آزادانه و با اراده خود به این احکام عمل کنند. بر این اساس، نسبت به مبغوضات قسم اول، که ما هو المبعوض، اصل تحقق آن منکر است (و لو از غیر مکلف صادر شود)، عقل حکم می‌کند به وجوب دفع منکر مطلقاً. اما نسبت به قسم دوم مقتضای حکمت این است که او با اراده خودش از آن مبغوض منزجر شود، نه اینکه دیگران با تعجیز تکوینی او را از آن مبغوض دفع کنند. بنابراین با وجود این توضیح می‌گوییم که معلوم نیست که عقل در این موارد نیز به نحو مطلق حکم به وجوب دفع منکر بکند. بله، در امور مهمی که می‌دانیم شارع اهتمام به عدم وقوع آنها دارد، عقل حکم به وجوب دفع منکر می‌کند. مثل قتل نفوس و هتک اعراض.

ایراد به مقدمه دوم: مقدمه دوم تقریب اول این بود که در مثال معروف، دفع منکر متوقف بر بیع عنب است. مرحوم نائینی نسبت به این مقدمه می‌فرمایند این مقدمه در جایی است که بیع شخص، مقدمه منحصره باشد و بیع دیگری وجود نداشته باشد ولی اگر بایع دیگری وجود داشته باشد، در این صورت دفع منکر متوقف است بر اینکه هیچ کس بیع العنب نکند والا به ترک خصوص آن شخص دفع منکر محقق نمی‌شود تا وجوب پیدا کند، و از راه وجوب کفایی هم نمی‌توان وجوب ترک بیع بر اشخاص را اثبات کرد، چون حکم ثابت در بین از قبیل وجوب کفایی نیست بلکه بحسب فرض بحث از باب وجوب دفع منکر است که از وجوب نهی از منکر استفاده شد (المکاسب و البیع، ج ۱، ص ۳۰).

چنانکه گذشت، مرحوم شیخ برای وجوب دفع منکر به روایت علی بن ابی حمزه تمسک کردند (کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ۱، ص: ۱۴۱). محقق خویی علاوه بر ضعف سندی (ابراهیم بن اسحاق احمری و علی بن ابی حمزه بطائنی)، این روایت را اجنبی از بحث دفع و رفع منکر می‌دانند. مفاد این روایت مذمت کمک به ظلم و ظالم است، و حال آنکه موضوع بحث، اعانه به مطلق اثم است (مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۱، ص ۱۸۱).

---

کیع العنب ممن یعلم أنه یجعله خمرًا و الخشب ممن یعلم أنه یتخذہ برابط مع عدم الانحصار، کما دلت علی جواز ذلك الأخبار الصحیحة - کما مرّت - و قد عرفت أنَّ الغالب فی مواردہا عدم الانحصار فلیحمل إطلاقها علیہ ۲.

## تقریب دوم استناد به ادله نهی از منکر

بر اساس این تقریب ادله نهی از منکر، ما می‌پذیریم که مفاد ادله نهی از منکر، وجوب رفع منکر بعد از شروع آن است. و نیز می‌پذیریم که دفع منکر واجب نیست مگر در امور مهمه. ولی می‌توان از همین ادله استفاده کرد که برای مؤمن جایز نیست کاری کند که دیگران را به سمت منکر ترغیب کند و به آن سوق دهد. یعنی همان طور که ترغیب کردن به صورت گفتار جایز نیست، ترغیب عملی (مثل بیع العنب بمنّ یعلم أنّه یصنعه خمر) نیز حرام است و جایز نیست. به تعبیر دیگر از ادله نهی از منکر به مناسبت حکم و موضوع استفاده می‌شود که ترغیب به حرام جایز نیست، و فرقی بین ترغیب لفظی و ترغیب عملی نیست.

بنابراین اعانه‌ای که از قبیل مقدمات قریبه تحقق حرام و مقدمه منحصره باشد، چون ایجاد آن ترغیب عاصی و سوق دادن او به ایجاد معصیت و حرام است، (مثل تقدیم غذای حرام به شخص دیگر در صورتیکه از راه دیگر نمی‌تواند آنرا تهیه کند با علم به اینکه قصد خوردن آن غذا را دارد) جایز نیست. اما اگر مقدمه از مقدمات بعیده بود - مثل تئاح و تناسل که موجب تولد مرتکب ذنب می‌شود - یا مقدمه منحصره نبود بطوری که ایجاد آن مقدمه سوق دادن دیگری به ارتکاب معصیت حساب نمی‌شود بلکه وقوع معصیت و ارتکاب حرام به خود مباشر نسبت داده می‌شود مثل بیع عنب به کسی که می‌داند آنرا تبدیل به خمر می‌کند - ایجاد چنین مقدماتی محذور ندارد همانطور که روایات معتبره سابق دلالت بر آن داشته‌اند چون غالب در موارد آن روایات فرض عدم انحصار است و در آنها انحصار مقدمه فرض نشده و لذا اگر اطلاق هم داشته باشند حمل بر صورت عدم انحصار می‌شوند. بنابراین تقریب دوم تمسک به ادله نهی از منکر بر حرمت اعانه بر اثم مورد پذیرش است. همچنین حکم عقل بر حرمت اعانه بر اثم در مقدمات قریبه و منحصره مورد پذیرش است.

# بررسی فقهی و حقوقی معامله به قصد فرار از دین

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

مهدی فرهنگ دلیر<sup>۱</sup>

چکیده

معامله به قصد فرار از دین که بدهکاران برای حفظ اموال خود از دست طلبکاران انجام می‌دهند، از جمله معاملات مورد بحث و مناقشه میان فقهاء و حقوق دانهاست. از لحاظ حقوقی قوانین موجود، توان ابطال و عدم نفوذ آنها را ندارد و لذا حقوق طلبکاران به طور کامل استیفاء نمی‌شود، تنها ماده‌ای که می‌توان به استناد به آن حقوق دین را حفظ کرد، ماده ۲۱ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ که از باب تعزیر جرمه می‌تواند حقوق طلبکاران را استیفاء نماید. به لحاظ فقهی هر چند ادله متعددی از روایات و قواعد فقهی درباره حکم این معاملات اقامه شده، ولی بیشتر آنها یا ناظر به حکم تکلیفی بوده، یا با موانعی در استدلال روبروست. از میان این ادله، قاعده «لاضرر» و حرمت تفویت و تضییع حق غیر می‌تواند، برای عدم نفوذ و حتی بطلان این گونه تصرفات مورد استناد قرار بگیرد و به همین خاطر فقهاء معاصر در جایی که انجام این معاملات قدرت ادا دین را از مدیون بگیرد، به طوری که قادر به پرداخت آن نباشد، قائل به عدم صحت این معاملات شده است.

---

<sup>۱</sup>. دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

## کلید واژه: دین، فرار از دین، معامله به قصد فرار

### مقدمه

امروزه برخی از بدهکاران، برای اینکه اموالشان توسط طلبکاران توقیف یا مصادره نشود، اقدام به فروش اموال خود به دوستان و آشنایان می‌کنند، تا بعداً بتوانند آنها را به خودشان برگردانند و از طرفی از دست طلبکاران نیز رها شوند. قانون برای اینکه حقوق طلبکارها حفظ شود قوانین متعددی برای جلوگیری از این معاملات وضع کرده است و از جمله مهم‌ترین قوانین در این باره، ماده ۲۱۸ قانون مدنی بود. طبق این ماده معاملات به قصد فرار از دین غیر نافذ به شمار می‌رفت. ماده مزبور در اصلاح دی ماه ۱۳۶۱ قانون مدنی حذف گردید و در اصلاحات سال ۱۳۷۰ نیز احیاء نشد و به جای آن ماده، دو ماده ۲۱۸ جدید و ۲۱۸ مکرر وضع گردید که هرگز نتوانست جای خالی ماده سابق را پر کند. قوانین دیگری که در این باره وجود دارد، ماده ۶۵ قانون مدنی و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت مالی مصوب تیر ماه ۱۳۵۱ و ماده ۴ همین قانون مصوب سال ۱۳۷۷ می‌باشد که البته با مفاد قانون ۲۱۸ سابق تفاوت اساسی دارد.

در ماده ۲۱ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ آمده: «انتقال مال به دیگری به هر نحو به وسیله مدیون با انگیزه فرار از ادای دین به نحوی که باقیمانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد، موجب حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل نصف محکوم به یا هر دو مجازات می‌شود و در صورتی که منتقل الیه نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد در حکم شریک جرم است. در این صورت عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفا خواهد شد. (قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴)

در این قانون اخیر نیز هر چند از راه جریمه و اخذ مال فروخته شده و یا قیمت آن، حقوق طلبکاران می‌تواند استیفاء شود و از یک نقطه مثبتی در این قانون به شمار می‌رود، ولی باز حکم به بطلان و یا عدم نفوذ این معاملات نشده است.

در هر حال طبق حقوق موضوعه و کلام فقهاء محترم این نوع معاملات تنها از جهت تکلیفی حرام دانسته شده ولی درباره صحت آن در نهایت برخی فقهاء قائل به مشکل بودن صحت شده‌اند.

ولی دلایل این مسئله یا بیان نشده و یا اگر هم ادله‌ای برای آن ذکر شده، به طور کامل بررسی نشده است.

در برخی کتب فقهی از جمله: مذهب الاحکام سبزواری و مشارق الاحکام محمد نراقی و نیز برخی آثار سید یزدی، بعضی ادله از جمله، دلیل «لاضرر و لاضرار» و «تفویت حق الغیر» و «اقتضاء نهی از معامله بر فساد» و یا روایات «حرمت معامله به جهت نامشروع» برای عدم صحت معامله ذکر شده است، اما یا این ادله شرح و بسط داده نشده و تنها به ذکرشان اکتفاء شده و یا اینکه به طور مفصل تبیین و توضیح داده نشده است.

در برخی مقالات که در این باره نگاشته شده به همین ادله اشاره شده ولی از جهت فقهی تبیین و نقد و بررسی نشده است. لذا لازم است که اولاً حکم تکلیفی و وضعی این نوع معاملات و اقسام آن و نیز ادله هر کدام نقد و بررسی شود.

## مفاهیم

### قصد

در بررسی معاملاتی که به انگیزه فرار از دین انجام می‌گیرد، یکی از مفاهیم مهم و مورد مناقشه میان فقهاء، مفهوم «قصد» می‌باشد. سوال این است که آیا منظور از «قصد» همان انگیزه است؟ یا منظور مبتنی کردن معامله بر فرار؟ و یا توافق قبل از معامله، بدون ابتناء معامله بر آن؟ اگر منظور معنای دوم و یا سوم باشد؛ یعنی طرفین معامله خارج از عقد توافق کنند که عقد را به قصد فرار از دین انجام دهند، یا عقد را مبتنی بر فرار از دین منعقد کنند، این به معنای آن است که قصد طرفین معامله جدی نیست و به طور صوری انجام داده‌اند و معاملات صوری به طور مسلم باطل است و اختصاصی به فرار از دین ندارد. لذا این موارد از بحث ما خارج است، هر چند در ماده ۲۱۸ قانون مدنی، صوری بودن معامله را معیار برای بطلان معاملات به قصد فرار ذکر کرده‌اند که همین یکی از نقاط ضعف همین قانون به شمار می‌رود.

به نظر می‌رسد همانطور که در کتب فقهی و حقوقی ذکر شده، منظور از قصد در این بحث همان غرض و انگیزه باشد. در واقع فروشنده قصد دارد تا با فروش محاباتی، یا هبه و یا صلح با دیگران، اموالش را از دسترس طلبکاران حفظ کند و بعداً به خودش برگرداند و همین مورد محل اختلاف

و بحث میان فقهاء قرار گرفته است. به گفته حقوق دانها نیز واژه قصد در عبارت «معامله با قصد فرار از دین» به معنای قصد انشای نیست، بلکه معنی آن نیت و انگیزه‌ای است که به هنگام معامله شخص مدیون در سر دارد (شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ج اول (تشکیل قراردادها و تعهدات). عده‌ای بر این باورند که با توجه به اینکه طرفین معامله شرائط دخیل در صحت آن را رعایت کرده و با قصد و انشاء جدی عقد را منعقد کرده‌اند، پس این معاملات صحیح است و وجهی برای بطلان آن وجود ندارد، هر چند شخص مدیون که چنین معامله‌ای را انجام می‌دهد به خاطر فرار از پرداخت دین معصیتکار است (بهجت، محمد تقی، استفتانات، ج ۳ ص ۳۴۹). در مقابل برخی دیگر از فقهاء و اکثر حقوق دانها قائلند که این معاملات صحیح نیست و یا دارای اشکال است؛ به خاطر اینکه صحت چنین معاملاتی باعث تضییع حقوق طلبکاران و متضرر شدن آنها می‌شود (یزدی، سید محمد کاظم، سوال و جواب، ص ۲۴۷).

### فرار از دین

اصطلاح «فرار از دین» معنای واضح و روشن دارد و در کتب فقهی و روایی به همان معنای لغوی خود یعنی «گریز از پرداخت دین» به کار رفته است (طوسی، الاستبصار، ج ۴ باب جواز بیع المدبر ح ۱۵)؛ یعنی بدهکار کاری کند که طلبکاران نتوانند دین خود را از او استیفاء کنند؛ به همین خاطر در کتب فقهی نیز تفسیر خاصی درباره آن ارائه نشده است. در منابع حقوقی نیز به همان لغوی تعریف شده است: «فرار از دین عبارت است از هر عمل حقوقی متقلبانه که منظور عامل آن فرار از پرداخت دین باشد.» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۴۹۶). پس از توضیح واژگان و مفاهیم مسئله به بررسی احکام فقهی معاملاتی به قصد فرار از دین انجام می‌گیرد، می‌پردازیم.

### حکم تکلیفی بیع به قصد فرار از دین

حکم تکلیفی معامله به قصد فرار از دین را به طور کلی می‌توان در دو صورت کلی بررسی کرد: اول: معاملاتی که فی نفسه مصداق فرار از دین است. دوم: معاملاتی که خودش مصداق فرار از دین نیست.

### حکم تکلیفی معاملات فرار از دین

این معاملات بر دو قسم است

۱) معاملاتی که مصداق بارز فرار از دین است: در این معاملات شخص بدهکار اموال خود را به شکل هبه یا صلح و یا به صورت بیع محاباتی و با قیمت خیلی ناچیز، از ملک خود خارج می‌کند، تا طلبکاران نتوانند طلب خود را از او استیفاء کنند. با توجه به اینکه چنین معاملاتی مصداق بارز فرار از دین هستند، حرمت تکلیفی آنها مسلم و قطعی است و ادله فراوانی از عقل و نقل به این مطلب دلالت دارند. زیرا از یک طرف عقل، نپرداختن دین را ظلم و ستم نسبت به طلبکار دانسته، آن را قبیح می‌شمارد، از طرف دیگر قرآن و روایات سفارش به پرداخت بدهی میّت قبل از تقسیم ارث می‌کند و ترک، تأخیر و معطل کردن پرداخت دین را حرام و گناه کبیره می‌شمارد.<sup>۲</sup> البته عنوان فرار از دین در روایات نیامده، ولی چون فرار از دین مصداق بارز تأخیر و معطل کردن ادای دین است لذا همان حکم را دارد.

حتی بنابر روایات، نیت اداء دین امری واجب است و اگر کسی نیت پرداختن آن را نداشته باشد به منزله دزد و سارق است و یا کسی که در پرداخت دین معطل کند مانند عشار است یعنی مثل کسی است که به زور از مردم باج و خراج می‌گیرد.<sup>۳</sup>

۱. «فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ» نساء آیه ۱۲ «پس برای هر يك از آن دو، يك ششم [ما ترك] است و اگر آنان بیش از این باشند در يك سوم [ما ترك] مشاركت دارند، [البته] پس از انجام وصیّتی كه بدان سفارش شده یا دینی كه [باید استشنا شود، به شرط آنكه از این طریق] زبانی [به ورثه] نرساند. این است سفارش خدا، و خداست كه دانای بردبار است.

۲. عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ مِنْ أَهْلِ هَمْدَانَ، عَنْ أَبِي ثُمَامَةَ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ الثَّانِي عليه السلام: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَلْزِمَ مَكَّةَ أَوْ الْمَدِينَةَ وَعَلَيَّ دَيْنٌ فَمَا تَقُولُ؟ فَقَالَ: «اجْعُ فَادَّهُ إِلَى مُوَدِّي دَيْنِكَ، وَانْظُرْ أَنْ تَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى وَلَيْسَ عَلَيْكَ دَيْنٌ؛ إِنَّ الْمُؤْمِنَ لَا يَخُونُ». (كافی، ج ۹ ص ۵۸۴) مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَاسَنَادَهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَعْبُدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وآله أَلْفَ دِرْهَمٍ أَقْرَضَهَا مَرَّتَيْنِ - أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهَا مَرَّةً - وَ كَمَا لَا يَجِلُّ لِغَرِيمِكَ أَنْ يَغْطِلَكَ وَ هُوَ مُوسِرٌ - فَكَذَلِكَ لَا يَجِلُّ لَكَ أَنْ تُعْسِرَهُ إِذَا عَلِمْتَ أَنَّهُ مُعْسِرٌ. (وسائل الشیعه ج ۱۸ ص ۳۳۴)

۳. أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَ عَلَيْهِ دَيْنٌ - قَالَ إِنْ كَانَ أَبِي عَلَى يَدَيْهِ مِنْ غَيْرِ فَسَادٍ - لَمْ يُؤَاخِذْهُ اللَّهُ إِذَا عَلِمَ مِنْ بَيْتِهِ - إِلَّا مَنْ كَانَ لَا يُرِيدُ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْ أَمَانَتِهِ - فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ السَّارِقِ - وَ كَذَلِكَ الرُّكَاةُ أَيْضًا - وَ كَذَلِكَ مَنْ اسْتَحْلَلَ أَنْ يَذْهَبَ بِمُهْوَورِ النَّسَاءِ. (كافی ج ۹ ص ۵۹۹) وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ صَالِحِ بْنِ أَبِي حَمَّادٍ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: مَنْ اسْتَدَانَ دَيْنًا فَلَمْ يَتَوَقَّضْهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ السَّارِقِ. (همان) «وَمَنْ مَطَّلَ (۳) عَلَى ذِي حَقٍّ حَقَّهُ - وَ هُوَ يَقْدِرُ عَلَى آدَاءِ حَقِّهِ فَقَعَلِيهِ كُلُّ يَوْمٍ خَطِيئَةً عَشْرًا» (وسائل الشیعه ج ۱۸ ص ۳۳۳)

فقه‌های محترم نیز با توجه به ادله مزبور، فرار از پرداخت دین را حرام شمرده و قائلند اگر کسی برای فرار از انجام کار واجب مثل پرداخت بدهی به مسافرت برود، باید نمازش را تمام بخواند (مکارم شیرازی، توضیح المسائل، ص ۲۱۵).

برخی از فقیهان فرار از دین را حرام و از گناهان کبیره شمرده، دلیل آن را ادله وجوب پرداخت دین و حرمت مماطله در پرداخت دین می‌دانند. عبدالاعلی سبزواری می‌گوید: «دلیل حرمت تکلیفی فرار از دین، فحوی و طریق اولی‌یتی است که از ادله حرمت معطل کردن و تاخیر ادای دین می‌فهمیم و اینکه تاخیر در ادای دین از گناهان کبیره است».<sup>۱</sup> بنابراین طبق ادله بیان شده چنین معاملاتی که مصداق فرار از دین حساب می‌شود، حرام است و هیچ شبهه و اشکالی در حرمت تکلیفی معاملات بدون عوض و یا مبادلات همراه به عوضی که مصداق فرار از دین هستند، نمی‌ماند. حتی برخی فقهاء این حکم را از ضروریات دین می‌دانند.<sup>۲</sup> فقهاء معاصر نیز از جمله آیت الله بهجت و آیت الله مکارم شیرازی صریحا حکم به حرمت کرده‌اند (استفتاءات (بهجت)؛ ج ۳، ص: ۳۴۹؛ استفتاءات جدید (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۱۹۱).

۲) معاملاتی که خودش مصداق فرار از دین نیست؛ اما هدف و انگیزه شخص از این معامله فرار از دین است، به این نحو که اموال غیر منقول را به اموال منقول تبدیل کرده، بتواند آنها را مخفی کند. مثلا شخص بدهکار ملک و زمین‌های خود را به قیمت واقعی می‌فروشد و آنها را تبدیل به پول نقد و یا طلا می‌کند، ولی هدفش مخفی کردن آنهاست.

در این حالت خود معامله مصداق فرار از دین نیست، اما به قصد فرار از دین صورت گرفته است. لذا نمی‌شود در این موارد نیز صریحا حکم به حرمت معامله کرد. زیرا بر خود معامله عنوان فرار از دین صدق نمی‌کند ولی می‌توان آن را ذیل معامله اشیاء حلال، به قصد منفعت حرام داخل کرد. مثل فروش انگور به قصد شراب سازی که در آنجا نیز مشهور فقهاء حکم به حرمت کرده‌اند، البته حرمت در این حالت از باب اعانه بر اثم و یا مقدمه برای حرام است.

۱. «أما الحرمة التکلیفیه للفرار عن الدين، فیدل علیها بالفحوی ما دل علی حرمة المماطلة فی أداء الدين و انها من المعاصي الکبيرة. (مذهب الاحکام)» (مذهب الاحکام؛ ۲۱، ۱۵۴)

۲. بل ینبغي أن بعد هذا من ضروریات الدين، فلا یحتاج إلى ذکر الآيات و الأخبار علی لزوم ذلك و أن المماطلة فی أداء حق الناس حرام. القواعد الفقهية (للجنوردي، السيد حسن)؛ ج ۷، ص: ۱۸۵

## حکم وضعی

اما جهت مهم مسئله حکم وضعی، یعنی بحث بطلان و عدم بطلان معاملات به قصد فرار از دین و یا نفوذ و عدم نفوذ آنها است. چرا که اگر این معاملات نافذ و یا صحیح نباشد، حقوق طلبکاران محفوظ مانده، می‌توانند طلب خود را از مدیون استیفاء کنند؛ اما اگر این معاملات صحیح باشد، افراد طلبکار نمی‌توانند حق خود را از این شخص استیفاء کنند و دادگاه‌ها نیز تنها در صورت ممنوع التصرف بودن بدهکار می‌توانند، معاملاتش را غیر نافذ کرده، مانع خروج اموال این شخص و حق طلبکاران شوند. ولی وقتی شخص همه این تصرفات را قبل از حکم حاکم شرعی انجام دهد، به خاطر خروج اموال، حقوق طلبکاران تضییع می‌شود. لذا حکم وضعی این معاملات اهمیت زیادی دارد. در گذشته طبق ماده ۲۱۸ قانون مدنی معاملات شخص برای فرار از دین نافذ نبود و احتیاج به اجازه دیان داشت، ولی پس از اینکه فقهاء این ماده را بر خلاف حکم فقهی یافتند، آن را اصلاح کرده، تنها حالت صوری بودن آن را باطل اعلام کردند.

با مراجعه به منابع فقهی مشخص می‌شود که فقهای قرون گذشته در خصوص این مساله بحثی مطرح نکرده‌اند؛ هر چند در باب «دین» و «حجر» می‌توان رد پای آن را پیدا کرد. به عنوان مثال درباره بیع و هبه اموال به خاطر فرار از حج و خمس بحث کرده‌اند.

شاید یکی از اولین کسانی که در این باره اظهار نظر کرده، مرحوم ابن جنید است؛ وی می‌گوید: «اگر کسی مفلس شود و فهمیده شود که او بعد از افلاس و قبل از اینکه حاکم مالش را به نفع طلبکاران بگیرد، چیزی از اموالش را بدون عوض مثل صدقه یا عتیق یا مانند آن تلف کرده؛ این کارها باطل است؛ (اسکافی، مجموعه فتاوی ص ۱۹۹)

مسئله معامله به قصد فرار از دین در میان فقهای متقدم تقریباً بحث نشده و بنا بر ادعای محمد نراقی، در مشارق الاحکام ایشان و پدرش اولین کسانی بودند که درباره این موضوع بحث کرده‌اند. پس از ایشان مرحوم سید یزدی و عبد الأعلى سبزواری در مهذب الاحکام (ج ۲، ص: ۱۵۴)، ادله‌ای را برای فساد این معاملات بیان کرده‌اند. فقهاء معاصر نیز قائلند که اگر تصرفات مدیون، مثل صلح و هبه به قصد فرار از دین باشد، معامله دارای اشکال است (گلپایگانی، هدایه العباد، ۹۲/۲)، هر چند ادله آن را ذکر نکرده‌اند.

به طور کلی درباره حکم وضعی معامله به قصد فرار از دین دو نظر و رأی عمده وجود دارد:

قول اول: عدم صحت و بطلان. کسانی مثل سید یزدی ره، ملا محمد نراقی و صاحب کفایه الاحکام صریحاً حکم به عدم صحت کرده‌اند.

قول دوم: اشکال در صحت. این قول را اولین بار مرحوم اصفهانی در «وسيله النجاة» (کتاب حجر ص ۴۸۸) بیان کرد<sup>۱</sup> و اکثر فقهاء معاصر از جمله، حضرت امام علیه السلام و مرحوم گلپایگانی و آیت الله سیستانی و دیگران همین قول را پذیرفته‌اند<sup>۲</sup>. البته این قول را می‌توان به همان عدم صحت حمل کرد، چون اصل در معامله فساد است.

قول سوم: صحت: قول به صحت را می‌توان قول مطابق با قاعده در این مساله دانست؛ زیرا شخصی که مالک اموالی است، طبق قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌تواند هر تصرفی را به هر قصدی در اموالش انجام دهد و دلیلی برای فساد معاملاتش وجود ندارد. زیرا حرمت انگیزه و قصد انجام معامله، مگر در موارد خاص، نمی‌تواند موجب فساد و یا عدم نفوذ معامله شود.

این قول را مشهور فقهاء معاصر از جمله مرحوم آقای بهجت (استفتانات جدید؛ ج ۳، ص: ۳۴۹) مرحوم آقای تبریزی، (استفتانات جدید، ج ۱ ص ۲۳۷) آقای مکارم شیرازی، (استفتانات جدید، ج ۱ ص ۱۹۱) بیان کرده‌اند. کلام مرحوم آقای فاضل مبهم است و صریح نیست؛ ایشان در ابتدا حکم به صحت می‌دهد ولی در ادامه صحت را دارای اشکال می‌داند. ایشان می‌گویند: «به طور کلی مدیون مادامی که از طرف حاکم شرع مجبور و ممنوع از تصرفات در اموالش نشده، کلیه تصرفات و نقل و انتقالاتش نافذ است. هر چند که دیونش بیش از اموالش باشد. بلی اگر صلح یا هبه و مانند آن به منظور فرار از ادای دین باشد، حکم به صحت مشکل است. خصوصاً اگر امید نباشد که بعداً بتواند از راه کسب و غیره پولی بدست آورد و دیونش را بدهد.» (جامع المسائل، فارسی، ج ۱ ص ۳۰۸)

## ادله فساد معاملات مصداق فرار از دین

دو دسته دلیل درباره مساله مورد بحث می‌توان مطرح کرد.

۱. من کثرت علیه الديون و لو كانت أضعاف أمواله، يجوز له التصرف فيها بأنواعه و نفذ أمره فيها بأصنافه... نعم لو كان صلحه عنها، أو هبتها مثلاً لأجل الفرار من أداء الديون يشكل الصحة، خصوصاً فيما إذا لم يرح حصول مال آخر له باكتساب و نحوه. (اصفهانی، وسيله النجاه، مع حواشی الام الخمينی ص ۴۸۸)

۲. همان، و وسيله النجاه مع حواشی الگلپایگانی و حواشی السیستانی

## دلیل اول: روایات

### ۱) روایات باب تدبیر

همانطور که در قبل اشاره شد، درباره خصوص مورد بحث نص و روایت خاصی وارد نشده، اما در بحث تصرفات مدیون دو روایت وارد شده که می‌توان از آنها در این بحث بهره برد.

روایت اول: «مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ وَهْبِ بْنِ حَفْصٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ دَبَّرَ غَلَامَهُ وَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَرَاراً مِنَ الدَّيْنِ قَالَ لَا تَدْبِيرَ لَهُ وَ إِنْ كَانَ دَبَّرَهُ فِي صِحَّةٍ مِنْهُ وَ سَلَامَةٍ فَلَا سَبِيلَ لِلدَّيَّانِ عَلَيْهِ» (صدوق، من لا يحضره الفقيه، ۱۲۳/۳) این حدیث همانطور که علامه مجلسی در «ملاذ الاخبار» بیان کرده موثق است و از حیث سندی قابل اتکاء است.

روایت دوم: «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيْسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ يَقْطِينٍ عَنْ أَخِيهِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ يَقْطِينٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام عَنْ بَيْعِ الْمُدَبِّرِ قَالَ إِذَا أَذِنَ فِي ذَلِكَ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَ إِنْ كَانَ عَلَى مَوْلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ فَدَبَّرَهُ فَرَاراً مِنَ الدَّيْنِ فَلَا تَدْبِيرَ لَهُ وَ إِنْ كَانَ دَبَّرَهُ فِي صِحَّةٍ وَ سَلَامَةٍ فَلَا سَبِيلَ لِلدَّيَّانِ عَلَيْهِ وَ يَمْضِي تَدْبِيرُهُ» (طوسی، الاستبصار، ۲۸/۴)

از این حدیث نیز تعبیر به صحیح شده است و مشکلی از جهت سندی ندارد. اما از جهت مضمون حدیث، نکته نظرات متفاوتی درباره آنها مطرح شده است.

اولین کسی که برای حکم معاملات مدیون به این احادیث استدلال کرده، شیخ طوسی در «نهایه» است. وی قائل است، در همه جا دیون میّت، مقدم بر وصیت اوست؛ اما بنابر روایات فوق در جایی که وصیت به تدبیر، مقدم بر حدوث دیون باشد، صحیح است (نهایه ص ۳۵۴) بنابراین اگر تدبیر را در حالتی که دیون مستغرق دارد، انجام دهد و منظورش فرار از دین باشد، تدبیر باطل است. مرحوم صاحب مدارک، پس از صحیح دانستن این احادیث بیان می‌کند: مقتضای این روایات این است که اگر اربابی، برده خود را به قصد فرار از دین «تدبیر» کند، اگر به قصد فرار از پرداخت بدهی باشد، تا دست طلبکاران به این عبد نرسد، طبق این روایات صحیح نیست و با مرگ مالک، برده آزاد نمی‌شود و طلبکاران می‌توانند با فروش او، طلب خود را استیفاء کنند. (نهایه المرام: ج ۲، ص: ۲۹۲)

برخی از فقهاء معتقدند معنای ذیل حدیث که فرمود: «و ان کان تدبیره فی صحّة و سلامة فلا سبیل للدیان علیه» این است که اگر تدبیر عبد مقدم بر بدهی‌ها باشد، طلبکاران نمی‌توانند مانع این تدبیر شوند و آن عبد را به جای بدهی خود بردارند، زیرا به قصد فرار از دین انجام نشده است. نتیجه‌ای که از این سخن گرفته می‌شود، آن است که صرف مقدم بودن «تدبیر عبد» بر حدوث بدهی ملاک نیست، مهم آن است که تدبیر به قصد فرار از دین صورت نگرفته باشد.

نظر اکثر فقهاء و بلکه اجماع اصحاب درباره تدبیر این است که، به منزله وصیت یا وصیت می‌باشد (السرائر ج ۳ ص ۳۳). از طرف دیگر تقدم «دین» بر وصیت در فقه مسلم و روشن است و هیچ اختلافی در آن وجود ندارد. اما در باب تدبیر به خاطر وجود دو روایت فوق جناب شیخ طوسی و ابن براج قائل به تفصیل شده، بیان کرده‌اند که اگر تدبیر مقدم بر دیون باشد و بعد از تدبیر کردن، شخص دارای دیونی شود و با آن حال بمیرد، در اینصورت، طلبکاران راهی برای منع این تدبیر ندارند. و آن عبد آزاد می‌شود هر چند دیونش بیشتر از اموالش باشد. اما غیر از شیخ طوسی و ابن براج، دیگران نظر شیخ را نپذیرفته، قائل شده‌اند: در هر حال دیون مقدم بر وصیت است و قرآن و سنت بر این مطلب دلالت دارد، لذا این دو روایت درباره تدبیر را یا بر تدبیر واجب به نذر و غیر نذر حمل کرده یا اینکه به طور کلی از این دو روایت اعراض کرده‌اند و حتی محقق و ابن ادریس معتقدند که شیخ طوسی نیز به این روایت عمل نکرده است. (نکت النهایه، ج ۲ ص ۸۷؛ سرائر ج ۳ ص ۳۳)

فاضل آبی بعد از ذکر روایات مذکور، می‌گوید: «دین در هر حال مقدم بر تدبیر است، چه قبل از تدبیر باشد یا بعد از آن» (کشف الرموز ج ۲ ص ۳۰۳)

علامه حلی پس از آوردن این دو حدیث می‌گوید «این دو روایت به موردی حمل می‌شود، که تدبیر با نذر و شبه نذر واجب شده باشد، یعنی اگر در حالتی که بدهی ندارد، نذر کند عبدی را تدبیر کند، این نذر و تدبیرش صحیح است و طلبکاران نمی‌توانند مانع آن شوند. اما اگر در حالتی که بدهی دارد، نذر کند عبدی را تدبیر کند، به خاطر فرار از دین، نذرش منعقد نمی‌شود، چون قصد اطاعت

نکرده است». (حلی، المختلف ج ۸ ص ۹۷)

به نظر می‌رسد این حمل و تأویلی که علامه حلی بیان کرده، با ظاهر روایت نمی‌سازد، ثانیاً صحت و عدم صحت نذر ارتباطی به بدهکار بودن و نبودن نذر کننده، ندارد؛ زیرا معنایش این است که بدهکار نمی‌تواند نذر کند، در حالی که چنین قائلی نداریم و لذا شهید ثانی این حمل را بعید دانسته است. (مسالك الافهام، ج ۱۰ ص ۳۹۶) مرحوم سبزوای روایت مذکور را حمل بر حال حیات مولی کرده است. (سبزواری، کفایه الاحکام ج ۲ ص ۴۶۴) ولی معنای درستی برای این حمل وجود ندارد، چرا که زمان انجام تدبیر پس از مرگ مولی است. (ریاض المسائل ج ۱۳ ص ۶۸) سایر فقهاء نیز این روایات را به خاطر اینکه با اصول سازگار نیست، قابل عمل ندانسته، صریحاً آنها را متروک و مطرود دانسته‌اند. (همان ص ۷۰)

صاحب جواهر ره با غیر قابل اتکاء بودن روایات فوق، معتقد است بدهی میت چه قبل از تدبیر و چه بعد از آن، مقدم بر تدبیر می‌گردد و این مطلب موافق با مشهور، بلکه در حد اجماع می‌باشد و تنها شیخ طوسی با این مطلب مخالفت کرده است؛ البته او را هم نمی‌توان به طور قطعی مخالف دانست، چرا که کتاب «النهایه» تنها متن اخبار و روایات بوده و کتاب فتوی نیست. صاحب جواهر معتقد است هر چند این دو روایت صحیح است، ولی نمی‌توانند با ادله قطعی «باب بدهی» تعارض کنند و در هر حال «دین» مقدم می‌شود و لذا این دو روایت کنار می‌رود یا حمل بر تدبیری که با نذر و شبه نذر واجب شده، می‌گردد. اشکال بعدی هم که از نظر ایشان مانع عمل به این روایات است، اجمال آنهاست که وثوق به مضمون آنها را خدشه دار می‌کند. (نجفی، جواهر الکلام فی شرائع الاسلام ج ۳۴ ص ۲۳۳)

آقای علیدوست از فقهاء معاصر، درباره این دو روایت مذکور می‌گوید: «اگر طبق بیان امام علیه السلام، تدبیر به خاطر فرار از دین، باطل باشد، آیا می‌توان گفت فروختن عبد، یا بخشش و یا مصالحه آن هم به خاطر فرار از دین باطل است؟ جواب این مسئله متوقف بر صحت الغاء خصوصیت است و برای الغاء خصوصیت، باید مناط را بدست آورد و مناط و ملاک در این مسأله قصد قربت است. بنابراین چون «تدبیر عبد» نیاز به قصد قربت دارد، اگر به انگیزه فرار از دین باشد، قصد قربت محقق نشده، تدبیر باطل خواهد بود؛ اما سایر عقود به خاطر عدم نیاز به قصد

قربت، به انگیزه فرار از دین هم باشند، صحیحند، لذا ایشان این سرایت و تعدی در حکم را دارای

اشکال می‌داند». (سایت سلسیل [http://a-alidoost.ir]، جلسه ۱۰۹ درس خارج مکاسب محرمه، ۱۳۸۶/۲/۳۰)

به نظر می‌رسد که حرف آقای علیدوست درباره «تدبیر عبد» درست نباشد؛ زیرا تدبیر عبد از اعمال توصلی است و نیاز به قصد قربت ندارد و کسی از فقهاء هم فتوی نمی‌دهد که اگر کسی بدون هیچ قصد قربتی عبدش را تدبیر کرد، آن عبد آزاد نمی‌شود، لذا نمی‌توان مناط در عدم صحت تدبیر را عدم قصد قربت دانست. به نظر می‌رسد که مناط اصلی در بطلان تدبیر به قصد فرار از دین انجام می‌دهد، تضییع حق و زیان طلبکاران است و این مناط در سایر معاملات و تصرفاتی که شخص مدیون به انگیزه فرار از دین انجام می‌دهد وجود دارد. حال باید دید که در اینجا نیز می‌توان حکم تدبیر را به سایر معاملات تسری داد یا نه.

درباره تسری دادن حکم از یک موضوع به موضوع دیگر فقهاء، سه راه در فقه مطرح شده است:

الف) از طریق مناسبت حکم موضوع

ب) از طریق الغاء خصوصیت به اولویت

ج) الغاء خصوصیت به مساوی.

ظاهراً در این بحث بتوان از طریق الغاء خصوصیت به اولویت، حکم مسئله درباره تدبیر را به محل مورد بحث تسری داد. زیرا طبق دو روایت مذکور، اگر شخصی برای فرار از دین، برده خود را تدبیر کند، تدبیرش به خاطر تضییع حق طلبکاران باطل است، با وجود اینکه در شرع اسلام به آزادی عبد اهتمام ویژه‌ای وجود دارد، بنابراین سایر عقود به قصد فرار از دین که اسلام توجه ویژه‌ای به آنها ندارد به طریق اولی باید باطل و غیر صحیح باشد.

بنابراین با توجه به اینکه مناط در بطلان تدبیر در روایات تدبیر، تضییع حقوق طلبکاران و ضرر به آنهاست و همین مناط در معاملات به قصد فرار از دین، نیز وجود دارد، می‌توان گفت که بطلان و فساد عمل مدیون، اختصاصی به تدبیر ندارد و شامل همه معاملات مصداق فرار از دین می‌شود. برای همین برخی از فقهاء از جمله مرحوم اصفهانی و حضرت امام خمینی علیه السلام و دیگران، صحت معاملاتی که به قصد فرار از دین صورت می‌گیرد را مشکل دانسته‌اند. اما با توجه به اعراض فقهاء از این دو روایت و عدم عمل به آن حتی در موضوع خودش یعنی بحث تدبیر عبد، حجیت آن دو در سایر معاملات به قصد فرار از دین نیز خدشه دار می‌شود. علاوه بر اینکه ممکن است «تدبیر

عبد» به خاطر توجهی که شارع به آزادی عبد دارد، خصوصیتی داشته باشد و شارع آزاد شدن عبد را بر دیون طلبکاران ترجیح دهد. لذا تسری دادن این حکم از «تدبیر عبد» به معاملات دیگر مشکل است. شاید به همین دلیل هیچ کدام از فقهاء در بحث معامله به قصد فرار از دین به روایات تدبیر عبد استناد نکرده، سراغ ادله و قواعد عمومی فقهی از جمله: قاعدة لا ضرر و تفویت و تضييع حق غیر رفته‌اند.

## ۲) روایات وقف

طبق برخی روایات<sup>۱</sup> اگر شخصی عبد تدبیر شده‌ای را وقف کند و بعد بمیرد و معلوم شود، دیونش بیش از اموالش است، آن مال وقفی فروخته می‌شود. ظاهر روایت نشان می‌دهد، اگر وقف باعث ضرر به طلبکاران شود، آن وقف نافذ نیست و نشانه عدم نفوذ وقف این است که امام علیه السلام فرمود، باید مال وقف شده فروخته شود، در حالی که مال وقفی را نمی‌توان فروخت. از آنجا که وقف خصوصیتی ندارد، بنابراین هر عقد و معامله‌ای که باعث عدم توانایی مدیون در پرداخت بدهی و از بین رفتن حقوق طلبکاران شود، طبق این روایت نافذ نیست. اما ضعف استدلال به روایت فوق در این نکته نهفته است که این روایت درباره میتی است که دیونش بیش از اموال اوست و می‌دانیم که همه دیون میت هنگام مرگ حال و نقد شده و مقدم بر وصایای او می‌گردد و چون وقف عبد مدبر نوعی وصت به شمار می‌آید، حقوق طلبکاران بر آن مقدم است و این وقف نافذ نیست؛ اما اگر شخص در زمان حیات خودش چنین وقفی را انجام دهد، این روایت بر عدم نفوذ آن دلالت نمی‌کند.

۱. «وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ عِيسَى الْغُبَيْرِيُّ قَالَ كَتَبَ أَحْمَدُ بْنُ حَمَزَةَ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ عليه السلام مُدَبِّرٌ وَقَفْتُ مَاتَ صَاحِبُهُ وَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَبْقَى بِمَالِهِ فَكُتِبَ عَ تَبَاعٍ وَقَفُّهُ فِي الدَّيْنِ» (من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۲۳۹ ح ۵۵۷۱)

### ۳) روایات معامله به جهت نامشروع

یکی از ادله‌ای که برای عدم صحت معامله به قصد فرار از دین اقامه شده، روایاتی است که درباره فروش انگور برای درست کردن خمر وارد شده است.<sup>۱</sup> برای بررسی این دلیل ابتدا ادله فقهی معامله به جهت نامشروع را به طور خلاصه ذکر می‌کنیم.

به طور کلی انعقاد عقد با جهت نامشروع در کلمات مشهور فقهاء به سه قسم تقسیم می‌شود. گاهی انعقاد عقد به قصد انگیزه حرام است و گاه انجام فعل حرام در عقد شرط شده، عقد مبنی بر آن منعقد می‌شود و گاه فروشنده علم دارد که اگر کالا را بفروشد، مشتری آن را در جهت حرام به کار خواهد برد. بدون اینکه آن را شرط و یا قصد کرده باشد.

بنابر نظر مشهور فقهاء بلکه ادعای اجماع شده عقد در قسم اول و دوم حرام و باطل است. شیخ حسن نجفی این ادعای اجماع را به شیخ طوسی در «خلاف»، ابن زهره در «غنیه»، علامه حلی در «منتهی المطلب» و مقدس اردبیلی در مجمع البرهان نسبت می‌دهند (جواهر الکلام، ج ۲۲ ص ۳۰). دلیل فقهاء بر حرمت عقد در صورت اشتراط یا یا بنا گذاری بر منفعت حرام، علاوه بر اجماع اطلاعات ادله عام از جمله: «نهی از تعاون بر اثم و عدوان» و یا ادله «نهی از منکر» و یا قواعد عمومی باب معاملات مانند «اکل مال به باطل» می‌باشد. (مستند الشیعه، ۱۴: ۹۵ و ۹۶؛ جواهر الکلام، ۲۲: ۳۰؛ ریاض المسائل، ۱: ۵۰۰). اما در قسم سوم، بین فقهاء اختلاف است.

بنابر گفته شیخ اعظم انصاری، درباره حرمت و فساد قسم اول و دوم اشکال و اختلافی میان فقهاء وجود ندارد و ادله عام و خاص فراوانی بر این مطلب دلالت می‌کنند از جمله: «ادله حرمت کمک بر گناه» «ادله اکل مال به باطل» و «ادله وجوب نهی از منکر» و ادله خاص از جمله روایاتی که فروش و اجاره اشیاء به قصد منافع حرام را حرام و باطل می‌دانند.<sup>۲</sup> این روایات در

۱. مرحوم سید یزدی در پاسخ به سوالی درباره صلح به جهت فرار از دین می‌گوید: «جواب: اظهر عدم صحت است. إما لانصراف أدلة الصلح، وإما لقاعدة الضرر، وإما للأخبار الدالة على النهي عن بيع العنب فيعمل خمرًا (سید یزدی، سوال و جواب، ۲۴۷)

۲. الاولی بیع العنب علی أن یعمل خمرًا، والخشب علی أن یعمل صنماً، أو آلة لهو أو قمار، وإجارة «۱» المساكن لبیاع أو یحرز فیها الخمر، و کذا إجارة السفن و الحموله لحملها. و لا إشکال فی فساد المعاملة فضلاً عن حرمة و لا خلاف فیہ. و یدلّ علیہ مضافاً إلى كونها إعانة علی الإثم، و إلى أنَّ الإلزام و الالتزام بصرف المبیع فی المنفعة المحرمة الساقطة فی نظر الشارع أکل و إیکال للمال بالباطل خبر جابر، قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یؤاجر بینه بیاع فیہ الخمر، قال: حرام أجرته

موضوعات خاص مثل فروش انگور به قصد منفعت حرام و یا فروش چوب برای ساختن بت و صلیب بیان شده است<sup>۱</sup>، ولی فقهاء آنها را به همه مواردی که به قصد منفعت حرام معامله می شود تعمیم می دهند. حال سوال این است که می توان این ادله را در معامله به قصد فرار از دین تطبیق کرد یا نه؟

برای تطبیق این دلیل بر مسئله معامله به قصد فرار از دین، اشکالاتی وجود دارد که باید آنها را بررسی کرد.

اول: مورد این ادله در جایی است که فعل حرام بعد از انجام معامله و توسط خریدار انجام می شود؛ یعنی فروشنده کالایی مثل انگور یا چوب را به قصد شراب سازی و یا مجسمه سازی به خریدار می فروشد و اوست که منفعت حرام را از آن کالا استیفاء می کند و مرتکب آن فعل حرام می شود. اما در معامله به قصد فرار از دین، خریدار قصد انجام فعل حرام را ندارد، بلکه فروشنده می خواهد با این فروش و معاوضه، اموال خود را پنهان کرده، از پرداخت بدهی فرار کند و لذا معامله او مقدمه برای کار حرام خودش است. اما ظاهراً این فرق، تاثیری در استدلال به این روایات ندارد و می توان گفت که حرمت در اینجا شدیدتر است، به خاطر اینکه در فروش به غیر، احتمال داشت خریدار کار حرام را مرتکب نشود، اما در معامله به قصد فرار از دین یا خود انجام معامله مصداق حرام (یعنی فرار از دین) می گردد و این در جایی است که مدیون اموال خود را به قیمت خیلی پایین و یا محاباتی به اطرافیان و آشنایان خود می فروشد؛ در این حالت حرمت فعل روشن است. اما اگر شخص املاک و دارایی خود را به قیمت واقعی بفروشد، تا آنها را به مال نقد تبدیل کرده،

۱. روایات خاص راجع به معامله به جهت حرام در فقه به طور کلی به پنج دسته تقسیم می شود:

۱- روایات فروش سلاح به کفار و محاربین. (وسائل الشیعه ۱۲: ۷۹. باب ۸ از ابواب ما یکتسب به)

۲- روایات مرتبط با ثمن مغنیه. (وسائل الشیعه ۱۲: ۸۶. باب ۱۶ از ابواب ما یکتسب به)

۳- روایات فروش انگور به کسی که آن را تبدیل به شراب می کند (وسائل الشیعه ۱۲: ۱۶۸)

۴- روایات فروش چوب به کسی که آن را تبدیل به بت و یا صلیب می کند. (وسائل الشیعه ۱۲: ۱۲۷)

۵- روایات عقد اجاره منزل و یا کشتی که در آن شراب فروخته و یا حمل می شود (وسائل الشیعه ۱۲: ۱۲۵. باب ۳۹ از ابواب ما یکتسب به)

از دسترس طلبکاران پنهان کند. در این صورت چون معامله به جهت و انگیزه فرار از بدهی صورت گرفته، مصداق معامله به قصد حرام خواهد بود.

دوم: ادله فوق، درباره استیفاء منافع حرام از کالای مورد معامله می‌باشد، در حالی که در مسئله ما از شیء مورد معامله منفعت حرامی استیفاء نمی‌شود؛ بلکه فروش و بهای نقدی اموال فروخته شده وسیله‌ای برای انجام فرار از ادای دین می‌گردد و این در همه معاملات امکان دارد. پس حرمت این معامله تنها از جهت مقدمه بودن برای فعل حرام محقق می‌شود. نهایت چیزی که فقهاء در حرمت مقدمی قائلند، حرمت تکلیفی است و نمی‌توان حکم به بطلان و یا عدم نفوذ معاملات مزبور کرد. با توجه به مطالب فوق مشخص شد که از ادله و روایات مربوط به معامله به جهت نامشروع، نمی‌توان عدم صحت معاملات به قصد فرار از دین را استفاده کرد.

### دلیل دوم: قاعده دلالت نهي بر فساد

یکی از ادله‌ای که برای بطلان این عقود اقامه شده، قاعده «دلت نهي بر فساد معاملات» است. وجه استدلال به قاعده مزبور این است که «معاملات مصداق فرار از دین» مورد نهي واقع شده است و اگر نهي از معامله‌ای به خود معامله یا ارکان آن تعلق بگیرد باشد، مانع از صحت می‌شود<sup>۱</sup> و یکی از ادله نهي که شامل معاملات مصداق فرار از دین شده ادله حرمت «اضرار به غیر» است. (مشارق الاحکام ص ۱۲۲) اما با توجه به اینکه عنوان «اضرار به غیر» خارج از حقیقت معامله بوده و یک عنوان عارضی است، نهي موجب فساد یا عدم نفوذ آن معامله نمی‌گردد. بنابراین معاملات مصداق فرار دین هر چند از لحاظ تکلیفی حرمت دارند، ولی نمی‌توان از قاعده فوق برای بطلان یا عدم نفوذ آنها استفاده کرد. البته حاکم شرع می‌تواند از باب تعزیر بر فعل حرام و برای جلوگیری از اضرار به دیگران، جرایمی را برای این نوع معاملات وضع کند و حقوق طلبکاران را استیفا نماید.

۱. البته بنابر نظر مشهور فقهاء نهي از معامله زمانی موجب فساد آن می‌شود که ناظر به ارکان عقد مثل ثمن و مضمن و شرائط اساسی معامله باشد. (تذکره، ج ۱۰ ص ۱۰۱؛ شهید اول: اگر نهي به یک عین خارجی و یا وصف لازم آن بخورد معامله فاسد می‌شود؛ اولی مثل بیع میده و خنزیر و دومی مثل بیع ملامسه، منابذه و بیع ربوی. (القواعد و الفوائد ج ۱ ص ۲۳۱) العناوین الفقهیه ج ۲ ص ۳۷۵

### دلیل سوم: قاعده لا ضرر

یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که برای عدم صحت اقامه شده؛ «قاعده لا ضرر و لا ضرار» است.<sup>۱</sup> این قاعده دو قسمت دارد: بخش اول (لا ضرر) طبق نظر مشهور فقهاء دلالت دارد بر رفع هر حکمی که در اسلام موجب ضرر برای دیگران شود. و چون صحیح و نافذ بودن معاملات به قصد فرار دین، موجب ضرر برای صاحب دین می‌گردد، طبق قاعده لا ضرر رفع می‌گردد. بنابراین معاملات مصداق فرار از دین، باطل است. (همان)

بنابر گفته مرحوم نراقی، لازمه صحت عقود به قصد فرار از دین، دو امر است: اول، اضرار بر طلبکار و دوم تفویت حق غیر. با توجه به اینکه نتیجه «اضرار به غیر» تنها حکم تکلیفی است، از حرمت اضرار به غیر نمی‌توان به فساد معامله پی برد؛ علاوه بر اینکه این حرمت نیاز به قصد و علم دارد و اگر کسی بدون قصد، موجب ضرر به دیگران بشود، حرام نیست. البته بنابر نظر نگارنده اگر متعلق حرمت اضرار یک عمل خارجی باشد، نتیجه آن حرمت تکلیفی است، ولی اگر متعلق آن یک عمل اعتباری مثل معامله و عقد باشد، نتیجه آن فساد و بطلان آن عمل است. اما امر دوم موجب بطلان معاملات مدیون شده، نتایج مهمی در حفظ یا عدم حفظ حقوق طلبکاران دارد. از طرف دیگر واضح است که عقود معاوضی و غیر معاوضی مدیون مفلس باعث عدم توانایی در پرداخت دیونش می‌شود، مصداق تفویت حق طلبکاران است یا نه؟

اگر اشکال شود، قاعده لا ضرر با قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» معارضه دارد و نمی‌توان به این قاعده تمسک کرد. در جواب گفته می‌شود قاعده لا ضرر بر قاعده «الناس مسلطون» مقدم است، زیرا قاعده لا ضرر در مقام بیان احکام ثانوی است و حاکم بر ادله احکام اولیه است. یعنی هر چند مدیون طبق قاعده الناس مسلطون، بر اموال خودش سلطه دارد و هر تصرفی می‌تواند در اموال خودش انجام دهد، اما در جایی که تصرفات او موجب ضرر به دیگران باشد، طبق قاعده لا ضرر، از دایره تسلط او خارج است.

۱. و أما بطلان الصلح والهبه فيمكن أن يستدل عليه بأن عنوان الفرار عن الدين إذا انطبق على عقد من العقود ينطبق عليه قهراً تفويت حق الغير وتضييعه والإضرار به، ولا ريب في فساد ذلك كله وبطلانه. (سبزواری، مذهب الاحکام ج ۲۱ ص ۱۵۴، محمد نراقی، مشارق الاحکام ص ۱۲۲، سید یزدی، سوال و جواب ص ۲۴۷)

معارض دیگری که قاعده‌لاضرر با آن روبروست، اطلاعات ادله این عقود است. ملا محمد نراقی این معارضه را پذیرفته، اما می‌گوید، در نهایت، وقتی نتوان اطلاعات و عموماً ادله عقود را در محل بحث جاری کرد، مرجع اصالت الفساد است و نتیجه آن بطلان معاملات چنین مدیونی خواهد بود. (همان)

اشکال سوم این است که طبق بیان فقهاء ممنوعیت تصرف شخص مفلس وابسته به حکم حاکم است و اقتضای تعلیق این است که قبل از حجر حاکم، شخص هیچ نوع ممنوعیتی نداشته باشد؛ اما اگر مدیون قبل از حجر حاکم نیز از تصرف کردن در اموالش ممنوع باشد، فایده این حجر چه خواهد بود؟ در جواب گفته‌اند ممنوعیت ناشی از حکم حاکم، شامل هر نوع تصرفی حتی تصرفات غیر مضر به حال دین نیز می‌شود، در حالی که بطلان ناشی از قاعده «لاضرر» فقط شامل معاملات مضر به طلبکاران است.

در کبرای این دلیل و رفع حکم ضرری، با وجود اختلاف در مضمون آن هیچ تردیدی وجود ندارد؛ اما بحث اصلی در مصادیق آن است. آیا صحت معاملات مدیون که به قصد فرار از دین صورت می‌گیرد، به طلبکاران ضرر می‌رساند؟ آیا در جایی که با مدیون با صلح و هبه و یا بیع محاباتی، اموال خودش را به رایگان و یا به قیمت ناچیز در اختیار نزدیکان خود قرار می‌دهد، مخصوصاً در جایی که امید به کسب مال برای بدهکار وجود ندارد، مصداق ضرر به طلبکاران حساب می‌شود؟ با توجه به حقائق جامعه و نیز پرونده‌هایی که در مجامعه قضایی راجع به این موضوع مطرح می‌شود، می‌توان اطمینان داشت که از نظر عرف چنین معاملاتی که موجب از بین رفتن حقوق طلبکاران شده، دست آنها را از رسیدن به اموال خود کوتاه می‌کند، کاملاً مصداق ضرر است. و چون این ضرر، ناشی از صحت معامله است، بنابراین طبق این قاعده رفع می‌شود و باطل خواهد بود.

البته این استدلال در جایی است که خود معامله مصداق فرار از دین باشد. اما معاملاتی که شخص در آنها اموال خود را به قیمت واقعی می‌فروشد و تبدیل به پول نقد و یا طلا و جواهر می‌کند، تا بعداً آنها را مخفی کند و از پرداخت بدهی‌اش فرار کند، تحت قاعده‌لاضرر قرار نمی‌گیرد، چون خود معامله فرار از دین نیست بلکه، عمل بعدی یعنی اختفاء و پنهان کردن آن اموال مصداق فرار از دین است. بنابراین در این موارد باید سراغ ادله منطبق بر معامله اشیاء به

قصد منافع حرام رفت؛ مثلاً باید دید در معامله انگور به قصد شراب سازی، آیا فقهاء علاوه بر حکم به حرمت، حکم به عدم صحت نیز کرده‌اند یا نه؟

### دلیل چهارم: قاعده تفویت و تضییع حق غیر

تفویت حق، از ریشه «فوت» به معنای از بین بردن و معدوم کردن حق دیگری است؛ معمولاً فقهاء در جایی از این تعبیر استفاده می‌کنند که عمل شخص موجب از بین رفتن حق دیگری در آینده بشود. حرام بودن تفویت حق به لحاظ عقلی و نقلی، امری مسلم است و اختلافی در آن وجود ندارد، اما سوال این است که اگر معامله‌ای باعث تفویت حق دیگری بشود، آن معامله باطل است یا نه؟

علامه حلی ره دلیل عدم صحت فروش کالای رهنی را تفویت حق مرتهن می‌داند و می‌گوید به خاطر تفویت حق مرتهن تسلیم کالای رهنی به دیگری شرعاً ممنوع و باطل است. (نهایة الاحکام ج ۲ ص ۴۸۴). اما مرحوم نجفی تفویت حق را امری خارج از عقد می‌داند که حرمتش موجب بطلان عقد نمی‌شود<sup>۱</sup>. (جواهر، ج ۳۱ ص ۱۹۶)

واضح است که تمسک به تفویت حق، وابسته به وجود حق نسبت به شیء مورد معامله است. حال اگر حق غیر به عین کالای خارجی تعلق بگیرد مثل تعلق حق مرتهن به کالای رهنی؛ در اینصورت تصرف معاملی در آن شیء باطل و لااقل غیر نافذ است. و اگر حق غیر به ذمه شخص بیاید مثل حق طلبکاران بر ذمه مدیون، در اینصورت طبق قاعده، مدیون منعی برای فروش اموال خود ندارد و معاملات او صحیح است. اما اگر فروش، بخشش، مصالحه یا سایر تصرفات مدیون در اموالش، قدرت ادای دیون را از او سلب کند، چنین تصرفاتی قطعاً موجب تفویت حقوق طلبکاران خواهد شد. اما آیا تفویت حق می‌تواند، معاملات مدیون را باطل یا غیر نافذ قرار دهد یا نه؟

همانطور که گذشت به نظر صاحب جواهر تفویت حق عنوانی خارج از معامله است و تنها موجب حرمت تکلیفی می‌شود؛ ولی علامه حلی تفویت حق غیر را مانع از صحت معاملات می‌داند. به نظر شیخ انصاری منع از تفویت حق غیر، در همه معاملات که حق غیر به آنها تعلق می‌گیرد، از

۱. «إلا أنه لا يبطل به الطلاق، لكونه محرماً لأمر خارج هو تفويت الحق»

قبیل عقد فضولی، عقد راهن، عقد مفلس و مریض و غیر آنها وجود دارد و مستفاد از روایات و بیان فقهاء این است که این ممنوعیت، مقتضی باطل بودن آنها نیست و تنها باعث نافذ نبودن آنها بدون اذن صاحبان حق می‌شود. (کتاب المکاسب ج ۴ ص ۱۵۹) به نظر حضرت امام علیه السلام نیز معاملاتی که متعلق حق دیگران قرار می‌گیرد، نافذ نیست و وابسته به اجازه صاحبان حق است.

به نظر می‌رسد قول به عدم نفوذ معاملات مدیون، سخن درستی است، زیرا در جایی که فروش مال دیگری بدون اجازه صاحبش به صورت فضولی، باعث بطلان عقد نمی‌شود و فقط مانع نفوذ آن است، در جایی که شخص اموال خود را که متعلق حق دیگران است، می‌فروشد به طریق اولی باطل نخواهد بود. بنابراین هرگاه معاملاتی موجب تفویت حق دیگران شود، قطعاً نافذ نیست. بنابراین با توجه به مصادیق تفویت حق غیر در فقه می‌توان گفت مدیونی که دیونش بیش از اموال یا به اندازه اموال اوست اگر بخواهد برای فرار از دین اموال خود را در قالب عقود معاوضی و یا غیر معاوضی از ملک خود خارج کند، به گونه‌ای که قدرت ادای دیون خود را نداشته باشد، معاملاتش به دلیل تفویت حقوق طلبکاران نافذ نیست.

### جمع بندی

با توجه به مطالب مذکور مشخص شد که اولاً از لحاظ حقوقی با توجه به قوانین موجود وجهی برای بطلان و یا عدم نفوذ معاملاتی که به قصد فرار از دین انجام می‌گیرد وجود ندارد، زیرا ماده ۲۱۸ اصلاحی تنها موارد صوری بودن معامله را باطل می‌داند که این اختصاصی به معاملات فرار از دین ندارد. تنها قانونی که می‌تواند حقوق طلبکاران را در معاملات به قصد فرار از دین تامین کند، ماده ۲۱ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ می‌باشد که از باب تعزیر و جریمه عین مال فروخته شده و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه اخذ و حق طلبکاران بوسیله آن استیفاء می‌شود. اما به لحاظ فقهی و از جهت حکم تکلیفی دلایل فراوانی از روایات و ادله دیگر بر حرمت فرار از دین دلالت می‌کند به طوری که برخی فقهاء قائل به گناه کبیره بودن شدند. از جهت حکم وضعی و بطلان و عدم نفوذ معاملات مدیون بیان گردید که دلیلی بر عدم نفوذ معاملات مدیون قبل از اعلام محجوریت از سوی حاکم شرع وجود ندارد، ولی در جایی که معاملات مدیون منجر به عدم استطاعت او در پرداخت دیونش شود، به خاطر ادله «الاضرر» و حرمت تفویت و تضییع حق غیر، باطل و یا لااقل

غیرنافذ است. البته درباره وصایای میتی که دیونش بیش از اموال اوست، روایاتی در باب «وقف» و «تدبیر عبد» ذکر شد که می‌توان از آنها در عدم نفوذ و بطلان وصایای مدیون استفاده کرد؛ هر چند برخی از آن روایات به خاطر اعراض فقهاء از عمل به آنها قابل استناد نمی‌باشد. بنابراین لازم است که قانون‌گذار محترم، ماده ۲۱۸ قانون مدنی را برای عدم نفوذ معاملات مدیون در صورت ایجاد ضرر بر طلبکاران و تفویت و تضییع حق آنها احیاء نماید.



# ماهیت و موارد تادیب فرزند

استاد راهنما: استاد مقیمی

نویسنده:

حسین معصومی<sup>۱</sup>

## مقدمه

از جمله مباحث اثرگذار و پرکاربرد در مباحث تربیتی، تعیین ماهیت، شرایط و اولیاء تادیب و همچنین موارد جواز آن است که نقش پررنگی در نحوه تعامل مربی با متربی ایفا می‌کند، زیرا با وجود ذکر تادیب فرزند در ادله، مفهوم آن حقیقت شرعیه یا متشرعه ندارد و باید برای تعیین مراد از آن به لغت مراجعه نمود. بررسی شرایط تادیب و تعیین اولیاء آن نیز بر اهمیت است و موجب تشخیص موارد تادیب جایز از غیر آن می‌شود. بررسی ادله جواز تادیب و شمول آنها نسبت به روش‌های مختلف تادیب، رسالت دیگر این نوشتار است. در نوشتار حاضر بعد از بررسی مفهوم تادیب و تعیین رابطه آن با تعزیر، شرایط و اولیاء تادیب مشخص شده و حکم گونه‌های مختلف آن تبیین شده است.

---

۱. دانش پژوه گروه فقه تربیت، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

## مفهوم تادیب

ماهیت تادیب را باید از دو منظر لغت و اصطلاح روایات و فقها بررسی نمود. بدیهی است که اگر یک عنوان فقهی، حقیقت شرعی یا متشرعیه نداشته باشد، در همان معنای عرفی و لغوی اش استعمال شده است که در این صورت تبیین دقیق معنای لغوی آن عنوان اهمیت بالایی پیدا خواهد کرد.

تادیب در لغت از ریشه «ادب» است. برخی لغویین معنای «ادب» را امری معروف دانسته اند (المحیط فی اللغة، ج ۹ ص ۳۷۷ و شمس العلوم، ج ۱ ص ۲۰۸) و ظاهراً به همین جهت معنای ریشه را ذکر نکرده اند. (کتاب العین، ج ۸ ص ۸۵) با این حال در کتب لغت حوزه های معنایی مختلفی برای «ادب» (به فتح و سکون دال) ذکر شده است<sup>۱</sup> که به نظر می‌رسد بیشتر آنها از قبیل موارد استعمال باشند

---

۱ برخی از موارد استعمال «ادب» (به فتح دال) که فیومی آن را اسم مصدر برای «ادب» (به سکون دال) می‌داند (المصباح المنیر، ج ۱، ص ۹) از این قبیل اند:

۱) آن چیزی است که ادیب با آن (اخلاق) خود را بیاراید و بپیراید (تهذیب اللغة؛ ج ۱۴؛ ص ۱۴۷ و لسان العرب؛ ج ۱ ص ۲۰۶)؛

۲) اخلاقی نیکو (مجمع البحرین؛ ج ۲؛ ص ۵)

۳) کثرت ۱ (القاموس المحيط؛ ج ۱؛ ص ۴۷)

۴) زیرکی (الطراز الأول؛ ج ۱؛ ص ۲۷۴)

۵) ملکه ای است که دارنده آن را از اتصاف به هرچه مایه زشتی او شود مصون می‌دارد. (تاج العروس؛ ج ۱؛ ص ۲۹۶) برخی موارد استعمال «ادب» (به سکون باء) بدین شرح اند:

۱) عجیب: صاحب تهذیب از اصمعی چنین نقل کرده است: «جاء فلانٌ بأمرٍ أدبٍ مجزوم الدال أي بأمرٍ عجيبٍ» (تهذیب اللغة؛ ج ۱۴؛ ص ۱۴۶) که ظاهراً معنای ریشه را عجیب دانسته اند.

۲) دعا: «أصل الأدب الدعاء». (تهذیب اللغة؛ ج ۱۴؛ ص ۱۴۷)

۳) دعوت کردن به غذا (الصحاب؛ ج ۱؛ ص ۱۸۶ و شمس العلوم؛ ج ۱؛ ص ۲۱۱ و معجم مقاییس اللغة، ج ۱، ص: ۷۴) یا مطلق ساخته شده (لسان العرب؛ ج ۱؛ ص ۲۰۶)

۴) آموزش ریاضت نفس و محاسن اخلاق ۱ (المصباح المنیر؛ ج ۱؛ ص ۹ و مجمع البحرین؛ ج ۲؛ ص ۵)

به نظر می‌رسد با توجه به عبارت تهذیب اللغة (ج ۱۴؛ ص ۱۴۶ و ۱۴۷)، معنای اول و دوم (عجیب و دعا کردن) معنای موضوع له «ادب» باشند و معنای سوم و چهارم (دعوت کردن و آموزش ریاضت نفس) به معنای دعا کردن بازمی‌گردند زیرا در هر دو نوعی فرا خواندن به امری دیده می‌شود، و ممکن است «عجیب» تهای معنای موضوع له باشد زیرا چیزی که عجیب است دیگران را به سمت خود فرا می‌خواند.

نه معنای ریشه چنان که صاحب مقایس آورده است « الهمزة والذال و الباء أصل واحد تنفرع

مسائله و ترجع إلیه » (معجم مقایس اللغة، ج ۱، ص: ۷۴)

تمامی معانی که برای «أَدَب» ذکر شد را می‌توان برای «تادیب» نیز به کار برد. با این حال فیومی در مورد خصوص واژه «تادیب» دقت به خرج داده و معنایی برای آن ذکر کرده که قبل از او در کتب لغت دیده نمی‌شود. وی که «أَدَب» را به معنای آموزش ریاضت نفس و اخلاق نیکو می‌داند، تادیب را (این آموزش) همراه با مبالغه و تکثیر دانسته و آورده است: «(أَدَّبْتُهُ) (تَأْدِيبًا) مبالغَةً و تکثیرً» و در ادامه آن معنای تازه را آن نقل کرده است: «قیل (أَدَّبْتُهُ) (تَأْدِيبًا) إِذَا عَاقَبْتُهُ عَلَى إِسَاءَةٍ» که عقوبت کردن به خاطر انجام یک بدی را به عنوان معنای تادیب ذکر نموده است. (المصباح المنیر؛ ج: ۱؛ ص: ۹) پس از فیومی لغوین دیگری نیز به وجود مبالغه و تکثیر در «تادیب» و همچنین اینکه معنای آن، عقوبت به خاطر انجام عمل سوء است توجه نموده اند. (مجمع البحرین؛ ج: ۲؛ ص: ۵، الطراز الأول؛ ج: ۱؛ ص: ۲۷۴ و تاج العروس؛ ج: ۱؛ ص: ۲۹۶)<sup>۱</sup>

بیشتر معانی یا موارد استعمال «ادب» و «تادیب»<sup>۲</sup> ارتباطی با بحث تادیب فرزند ندارند اما دو معنای «تربیت و آموزش ریاضت نفس و محاسن اخلاق» و «مؤاخذه به خاطر انجام عمل ناپسند» با مباحث تربیت فرزند مرتبط است.

توضیح اینکه در متون روایی و فقهی گاهی «تادیب» یعنی یاد دادن احکام اسلامی و آداب و صفات پسندیده و به طور کلی تربیت فرزند که مناسب با معنای «آموزش ریاضت نفس و محاسن اخلاق»<sup>۳</sup> در لغت است. گاهی نیز به معنی تنبیه دیگری به ویژه تنبیه بدنی است که در مواردی

۱. أَدَّبْتُهُ تَأْدِيبًا، إِذَا عَاقَبْتُهُ عَلَى إِسَاءَةٍ

۲. رک: پاورقی ۳

۳. با قدری تسامح «تربیت» در عرف امروز است.

۴. به نظر می‌رسد در روایاتی نظیر «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّمَاوِيُّ فِي بَصَائِرِ الدَّرَجَاتِ الْكَبِيرِ عَنْ يَحْيَى بْنِ يَزِيدَ وَ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى جَمِيعاً عَنْ زِيَادِ الْقُنْدَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ عَنْ فَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ إِلَى أَنْ قَالَ فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ أَدَّبَ نَبِيَّهُ فَأَحْسَنَ تَأْدِيبَهُ» (وسائل الشیعة؛ ج: ۱۴؛ ص: ۳۶۶) و مروی از رسول خدا ﷺ «أدبني ربي فأحسن تأديبي» ۴ (بحار الأنوار، ج: ۱۶، ص: ۲۱۰) و «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْتِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: يَا زَيْدُ خَالِفُوا النَّاسَ بِأَخْلَاقِهِمْ صَلُّوا فِي مَسَاجِدِهِمْ وَ عُوذُوا مَرَضَاهُمْ وَ اشْهَدُوا جَنَائِزَهُمْ وَ إِنْ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَكُونُوا الْأَيَّامَ وَ الْمُؤَدِّينَ فَافْعَلُوا فَإِنَّكُمْ إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَالُوا هَؤُلَاءِ الْجَعْفَرِيُّ - رَحِمَ اللَّهُ جَعْفَرًا مَا كَانَ أَحْسَنَ مَا يُؤَدَّبُ أَصْحَابُهُ وَ إِذَا تَرَكْتُمْ ذَلِكَ قَالُوا هَؤُلَاءِ الْجَعْفَرِيُّ - فَعَلَ اللَّهُ بِجَعْفَرٍ مَا

همچون تنبیه صبی توسط حاکم (قواعد الأحکام؛ ج ۳، ص: ۵۵۴) تنبیه زن توسط شوهر (شرائع الإسلام، ج ۴، ص: ۱۷۹) و تنبیه فرزند توسط پدر و جد (مسالك الافهام، ج ۱۵، ص: ۵۹) استعمال شده است و طبق آن تادیب فرزند یعنی «مؤاخذه به خاطر انجام عمل ناپسند» که در لغت ذکر شده است. (المصباح المنیر؛ ج ۱، ص: ۹) به نظر می‌رسد در روایاتی نظیر روایت حَمَادِ بْنِ عُثْمَانَ از امام صادق (ع): قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي آدَبِ الصَّبِيِّ وَالْمَمْلُوكِ - فَقَالَ خَمْسَةٌ أَوْ سِتَّةٌ وَارْتُقِيَ. ((الکافی، ج ۷، ص ۲۶۸) و روایت سَكُونِي از امام صادق (ع): أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) أَلْقَى صَبِيَّانَ الْكِتَابِ - أَلَوَاهُمَا بَيْنَ يَدَيْهِ لِيُخَيَّرَ بَيْنَهُمَا - فَقَالَ أَمَّا إِتْنَاهَا حُكُومَةٌ - وَالْجُورُ فِيهَا كَالْجُورِ فِي الْحُكْمِ - أَلْيَغُوا مُعَلِّمَكُمْ إِنْ صَرَبَكُمْ - فَوْقَ ثَلَاثِ صَرَبَاتٍ فِي الْأَدَبِ اقْتَصَصَ مِنْهُ. ((الکافی، ج ۷، ص ۲۶۸) تادیب به معنی دوم (مؤاخذه به خاطر انجام عمل ناپسند) مراد بوده است. آنچه در این ادامه مورد نظر است تادیب به همین معنی است و بررسی ماهیت و موارد تادیب به معنی اول (آموزش آداب و احکام اسلامی و صفات پسندیده و به طور کلی تربیت) از عهده این نوشتار خارج است. ناگفته پیداست که تادیب به معنی مؤاخذه، هدف نبوده بلکه وسیله ای برای تربیت، ادب آموزی، ویژه آموزش فرامین دین، بازداری از اعمال ناپسند و نهادینه کردن صفات پسندیده در وجود کودک است.

در کتب فقهی گاهی «تادیب» به مطلق تنبیه و کتک زدن دیگری اطلاق می‌شود چنانکه از عبارات علامه (تحریر الاحکام، ج ۵، ص: ۵۳۶) و شهید اول (اللمعة الدمشقية، ص: ۲۶۵) و دیگران (الروضة البهیة، ج ۹، ص: ۳۵۳، کشف اللثام، ج ۱۰، ص: ۴۹۴) استفاده می‌شود و گاهی «تادیب» به معنی تعزیر شرعی به کار می‌رود (المبسوط، ج ۸، ص: ۹۷، شرائع الإسلام، ج ۴، ص: ۱۵۷، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۳۷۸) استفاده از تادیب به جای تعزیر در روایات نیز مشاهده می‌شود چنان که در روایتی به صراحب تادیب به تعزیر معنا شده: «لَا يَنَامُ الرَّجُلُ مَعَ الرَّجُلِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ وَلَا الْمَرْأَةُ مَعَ الْمَرْأَةِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَدَبُ وَهُوَ التَّعْزِيرُ» (الخصال، ج ۲، ص: ۶۳۲) و ظاهراً مراد امام (ع) از تادیب در روایت إسحاق بن عمار نیز تعزیر است: «عن أبي عبد الله (ع) أنه قال: أكل الميتة والدم ولحم الخنزير عليهم

---

كَانَ أَشْوَأَ مَا يُؤَذَّبُ أَصْحَابَهُ.» (وسائل الشيعة؛ ج ۸؛ ص ۴۳۰) و «كَانَ عَلِيٌّ (ع) يُؤَذَّبُ أَصْحَابَهُ» (مجمع البحرين؛ ج ۲؛ ص ۴۵) معنای اول مراد اهل بیت (ع) بوده است.

أَدَب، فَإِنْ عَادَ أَدَّب. قلت: فَإِنْ عَادَ يُؤَدَّب؟ قال: يُؤَدَّب، و ليس عليهم حدٌّ» (وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص:

(۳۷۱)

بنابر این ارائه تعریف مشخصی از تادیب که قسیم تعزیر باشد در اصطلاح فقها دشوار است چه اینکه ایشان گاهی تادیب را در برابر تعزیر به کار برده اند (اللمعة الدمشقية، ص: ۲۵۶، مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام، ج ۴، ص: ۱۹۷) و گاهی تادیب و تعزیر را در کنار هم به کار می‌برند به نحوی که گویی تفاوتی بین آنها وجود ندارد. برای مثال شیخ مفید آورده است: «قول القاتل للمسلم أنت خسیس أو ضعیف أو رقیع ... یوجب التعزیر و التأدیب و لیس فیہ حد محدود» (المقنعة، ص: ۷۹۶) و مرحوم شهید ثانی آورده است: «أن المرجع في تقدير التأديب و التعزیر إلى نظر الحاكم» (مسالك الأفهام، ج ۱، ص: ۴۵۴) همچنین مرحوم محقق تادیب زن توسط شوهر را مصداق تعزیر جایز دانسته است. (شراعی الإسلام، ج ۴، ص: ۱۷۹)

باید توجه داشت که فقها در موارد متعدد متذکر شده اند که تادیب باید قرین با مصلحت باشد (قواعد الأحکام، ج ۳، ص: ۵۵۴، مسالك الأفهام، ج ۸، ص: ۳۶۲، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۴۴۶ کفایة الأحکام، ج ۲، ص: ۶۶۹) بنابر این تادیبی که در آن مصلحتی - که به مؤدب یا مؤدب یا دیگران بازمی‌گردد - نباشد، تادیب شرعی نیست. همچنین همواره این نکته مفروض بوده است که تادیب باید توسط کسی صورت گیرد که ولایت بر آن را داشته باشد مانند حاکم نسبت به صبی و مجنون، شوهر نسبت به زن، ولی نسبت به فرزند<sup>۱</sup> بنابر آنچه گذشت چه بسا بتوان تادیب فقهی را اینگونه تعریف نمود: «عقوبة من اساء بمن له الحق بشرط المصلحة»<sup>۲</sup>

### مفهوم تعزیر

تعزیر در لغت از «عَزَّر» به معنی «تعظیم و یاری» و «نوعی از زدن» (معجم مقاییس اللغة؛ ج ۴؛ ص ۳۱۱) و «(رد)» (تهذیب اللغة؛ ج ۲؛ ص ۷۸) است. همچنین در معانی دیگری چون «عتاب» (المحیط فی اللغة؛ ج ۱؛ ص ۳۸۳) و «سرزنش» و «زدن کمتر از حد» (لسان العرب، ج ۴، ص ۵۶۱) نیز استعمال شده است. برخی، معنی اصلی آن را همان «منع و رد» دانسته اند (لسان العرب؛ ج ۴؛ ص ۵۶۱) که معنی تادیب و یاری رساندن به آن بازمی‌گردد. (النهاية في غريب الحديث و الأثر؛ ج ۳؛ ص ۲۲۸) اما خصوص واژه «تعزیر»

۱. در قسمت «موارد تادیب از حیث مؤدب» در این باره مطالبی خواهد آمد.

۲. مؤاخذه شخصی که مرتکب خطا شده توسط کسی که حق عقاب دارد به شرط وجود مصلحت.

به «زدن کمتر از حد» معنا شده است. (کتاب العین؛ ج ۱؛ ص ۳۵۱، الصحاح؛ ج ۲؛ ص ۷۴۴، معجم مقاییس اللغة؛ ج ۴؛ ص ۳۱۱، مفردات ألفاظ القرآن؛ ص ۵۶۴)

تعزیر در روایات و اصطلاح فقها گاهی به معنی تادیب (النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ص: ۷۱۳، الروضة البهية، ج ۹، ص: ۱۴۵) و گاهی در برابر حد و به معنای «زدن (تادیب) کمتر از حد» (الکافی، ج ۷، ص: ۲۰۶ و ۲۴۱ المبسوط، ج ۸، ص: ۶۹، شرائع الإسلام، ج ۴، ص: ۱۴۸) استعمال شده است. مرحوم شهید در تعریف تعزیر آورده است: «عقوبة أو إهانة لا تقدير لها بأصل الشرع غالباً» (مسالك الأفهام، ج ۱۴، ص: ۳۲۵) و قید غلبه را به این جهت آورده که در مواردی برای تعزیر مانند حد مقدار مشخصی وارد شده است. (الدر المنضود، ج ۱، ص: ۲۱) و مرحوم گلپایگانی آورده است: «عقوبة لا تقدير لها شرعاً و انما أمره موکول الى نظر الحاكم بحسب ما يراه من المصلحة» (همان) و دو قید «نظر حاکم» و «لزوم مصلحت» را اضافه نموده است. هرچند تعریف اخیر مانعیت بیشتری دارد (تعزیر توسط غیر حاکم و تعزیر خالی از مصلحت را از تعریف خارج می‌کند) اما تعریف شهید نیز قابل دفاع است زیرا لازم نیست در تعریف تمامی شرایط لحاظ شود و الا باید دیگر شرایط از قبیل «ارتکاب حرام توسط تعزیر شونده» را نیز بدان اضافه نمود. نکته ای که نباید از غفلت نمود این است که تعزیر نیز مانند تادیب منوط به مصلحت است و همواره باید حاکم جانب مصلحت را رعایت نماید. (السرائر، ج ۳، ص: ۵۳۶، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۸۴، مهذب الأحكام، ج ۲۹، ص: ۱۵۴)

به نظر می‌رسد بتوان با توجه به قیود و شرایطی که برای تعزیر در عبارات فقها موجود است<sup>۱</sup> چنین تعریفی از آن ارائه نمود: «تادیب توسط حاکم به کمتر از حد»

### رابطه تادیب و تعزیر

چنان چه گذشت تادیب و تعزیر گاهی به یک معنا دانسته می‌شوند (المقنعة، ص: ۷۹۶، مسالك الافهام، ج ۱۴، ص: ۴۵۴). اما مرحوم شهید ثانی سعی در فرق گذاری<sup>۲</sup> بین این دو نموده و آورد است: «و يعزر الصبي فاعلا و مفعولا و يؤدب المجنون كذلك، و التآديب في معنى التعزير هنا (باب لواط) و

۱. این شرایط ذیل عنوان بعدی (رابطه تادیب و تعزیر) خواهند آمد.

۲. برخی فقهای معاصر نیز تلاشهایی برای فرق گذاری بین تعزیر و تادیب داشته اند: از جمله مرحوم تبریزی: أسس الحدود و التعزیرات، ص: ۴۷۶. و مرحوم مرعشی نجفی: ص: ۷۷ «التعزير عقوبة بدنية أمر بها الشارع و لم يبين مقدارها بل فوض الأمر إلى الحاكم الشرعي بما يراه من المصلحة من حيث الزمان و المكان و حالة المعزّر، و في هذين يشترط التكليف في الجاني، و اما التآديب فهو عقوبة بدنية لغير المكلف كالصبي لو أتى بجناية» الفصااص على ضوء القرآن و السنة، ج ۱، ص ۷۷.

إن افترقا من حيث إن التعزير يتناول المكلف وغيره، بخلاف التأديب» (الروضة البهية، ج ۹، ص: ۱۴۵)  
 که ضمن اشاره به هم معنی بودن تادیب و تعزیر در باب لواط، در سایر ابواب این گونه بینشان فرق گذاشته است که تعزیر در مورد مکلف و غیر مکلف به کار می‌رود اما تادیب در مورد غیر مکلفین از قبیل صبی و مجنون استعمال می‌شود.<sup>۱</sup>

همچنین ادعا شده که مراد از تادیب در اصطلاح فقها همان تعزیر است اما تعزیر صبی و مجنون سبک تر از تعزیر بالغین است. (موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها، ج ۷، صفحه ۳۴۵) اما به نظر این سخن صحیح نباشد زیرا تعزیر همواره به دست حاکم است در حالی که افراد دیگری از جمله ولی نسبت به صبی و مولا نسبت به عبد هم حق تادیب دارند (الکافی، ج ۷، ص: ۲۶۸، المبسوط، ج ۸، ص: ۶۶، تلخیص المرام، ص: ۳۳۳) بنابراین نمی‌تواند همواره مراد فقها از تادیب همان تعزیر باشد.

با دقت در موارد استعمال این دو واژه در روایات و عبارات فقها به نظر می‌رسد که رابطه تادیب و تعزیر عموم و خصوص من وجه است. زیرا تادیب از جهاتی اعم است زیرا می‌تواند توسط غیر حاکم هم صورت گیرد (الکافی، ج ۶، ص: ۴۷) اما تصمیم‌گیری در مورد کم و کیف تعزیر تنها متوجه حاکم شرع است. (الخلاف، ج ۵، ص: ۴۹۷، شرائع الإسلام، ج ۴، ص: ۱۷۶، الفوائد، ج ۲، ص: ۱۸۹) همچنین ادب شونده هم می‌تواند انسان باشد و هم حیوان (رک: الکافی، ج ۵، ص: ۵، تذکرة الفقهاء، ج ۸، ص: ۲۳۶) در حالی که استعمال تعزیر برای حیوان تنها در لغت یافت شده است که در همانجا هم به معنای تادیب و زدن نیست. (الصالح، ج ۲، ص: ۷۴۴)<sup>۲</sup> وجه دیگر اینکه تعزیر در قبال انجام حرام صورت می‌گیرد (رک: الکافی فی الفقه، ص: ۴۱۸، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ج ۳، ص: ۱۶۴، مسالک الافهام، ج ۷، ص: ۳۱۶، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص: ۱۷، تفصیل الشریعة (الحدود) ص: ۷۱۹)<sup>۳</sup> اما تادیب در قبال انجام مکروهات (روضة المتقین، ج ۶، ص: ۵۱۷) و امور متعارف (غیر محرمات) (تفصیل الشریعة (الحدود) ص: ۴۲۴) و در صبی در قبال انجام

۱. أن التأديب والتعزير في باب اللواط بمعنى واحد، لكن في غيره من الأبواب يستعمل التعزير في حق المكلف وغيره، وأما التأديب فيستعمل في حق غير المكلف مثل الصبي والمجنون. الجواهر الفخرية، ج ۱۶، ص: ۱۶۶  
 ۲. الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَيِّ عَبْدٍ لِلَّهِ ﷺ فِي أَدَبِ الصَّبِيِّ وَالْمَمْلُوكِ فَقَالَ خَمْسَةٌ أَوْ سِتَّةٌ وَارْتَفُقَ.  
 ۳. وَعَزَّزْتُ الْحَمَارَ: أَوْقَرْتُهُ.  
 ۴. عبارت مرحوم آقای فاضل صریح در مطلب است (الفرق بین تعزیر البالغ و تأدیب الصبی... أن تعزیر البالغ إنما هو لتحقيق الفعل المحرم منه، بخلاف الصبی، فإنه إنما هو لشناعة العمل) اما دیگران هر چند معمولاً تعزیر را در قبال انجام حرام استعمال کرده اند اما تصریحی به اینکه تعزیر تنها در برابر انجام عمل حرام انجام می‌شود ندارند.

عمل شنیع (همان، ص ۷۱۹) نیز به کار می‌رود. از میان وجوه یاد شده در اعمیت تادیب، تولى حاکم بر تعزیر از انتقان بیشتری برخوردار است.

در مقابل، تعزیر نیز می‌تواند اعم از تادیب باشد زیرا تعزیر نسبت به غیر ملکفین از جمله صبی و مجنون هم استعمال شده است (تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، ص: ۱۸۷)<sup>۱</sup> اما تادیب تنها نسبت به غیر ملکفین صورت می‌پذیرد. (الروضة البهية، ج ۹، ص: ۱۴۵)

قابل تأمل اینکه هرچند به وجوه مطرح شده در نسبت بین تادیب و تعزیر در عبارات فقها تصریح شده و یا قابل اصطیاد اند اما موارد نقض نیز یافت می‌شود.<sup>۲</sup> همچنین در موارد زیادی این دو به یک معنی دانسته شده اند (المقنعة، ص: ۷۹۶، مسالك الأفهام، ج ۱۴، ص: ۴۵۴)<sup>۳</sup>. این یکسان انگاری حتی از شهید ثانی در مسالك (مسالك الأفهام، ج ۱۴، ص: ۴۵۴)<sup>۴</sup> که در روضه اصرار بر فرق گذاری بین تعزیر و تادیب دارد نیز رخ داده است. در عین حال ظاهراً ایشان اولین فقیه‌ای است که سعی در تعیین فرق بین تادیب و تعزیر داشته و در استفاده از آنها در جایگاه خاص خودشان، دقت به خرج داده است.<sup>۵</sup>

---

۱. علامه در مورد صورتی که صبی و مجنون کسی را قذف کنند آورده است: «يعزر الصبي والمجنون إذا قذفا»، همچنین مرحوم فیض در النخبة في الحکمة العملية و الأحکام الشرعية، ص ۵۳ آورده است: «و يعزر الصبي والمجنون والمقتر دون العدد، و المجتمعان تحت إزار واحد مجزدين من دون حلّ و المقبل بشهوة و المعانق بشهوة، و المستمني بعضو منه أو من غيره المحزّم، و الواطن للبهيمة، و تقدير الكلّ إلى الحاكم». شهید اول برای صبی از «تعزیر» و برای مجنون از «تادیب» استفاده نموده است. اللعة الدمشقية في فقه الإمامية، ص: ۲۵۶ هرچند شهید ثانی تادیب را در اینجا به معنی تعزیر دانسته است. الروضة البهية، ج ۹، ص: ۱۴۵

۲. حتی در مورد اختصاص تعزیر به حاکم نیز مورد نقض یافت می‌شود: تفصیل الشریعة (الحدود)، ص: ۴۲۶

۳. این یکسان انگاری ممکن است ناشی از تسامح یا تساوی معنایی این دو در خصوص بحث لواط (الروضة البهية، ج ۹، ص: ۱۴۵) یا حتی مطلق موارد باشد که باید با توجه به مورد استعمال، مراد از تادیب یا تعزیر را فهمید.

۴. أن المرجع في تقدير التأديب و التعزير إلى نظر الحاكم. و لا فرق بين كون سببه القذف وغيره من الأسباب المقتضية له.

۵. ایشان در بحث قیود تحقق زنا آورده است: «أحدها: الإيلاج فلا يتحقق الزنا بدون كالتفخيذ وغيره، وإن كان محرماً يوجب التعزير. و ثانيها: كونه من البالغ، فلو أولج الصبي أدب خاصة» (الروضة البهية، ج ۹، ص: ۱۶) و در جای دیگر آورده است: «و يعزر الصبي فاعلا و مقعولا و يؤدب المجنون كذلك، و التأديب في معنى التعزير هنا (باب لواط) و إن افتراق من حيث إن التعزير يتناول المكلف وغيره، بخلاف التأديب» (الروضة البهية، ج ۹، ص: ۱۴۵) که معتقد اند تعزیر در مورد مکلف و غیر مکلف به کار می‌رود اما تادیب در مورد غیر ملکفین از قبیل صبی و مجنون استعمال می‌شود.

## شرایط تادیب

تادیب دارای شرایطی<sup>۱</sup> است که فقدان هر یک از آنها باعث عدم مشروعیت تادیب می‌شود. شرایط تادیب از این قرار اند:

### ۱) ولایت داشتن

از آنجا که اصل عدم ولایت احد بر دیگری (عوائد الایام، ص: ۵۲۹، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص: ۲۸۴) به ویژه بر بدن او است، تنها کسانی حق تادیب فرزند را دارند که شارع چنین حقی به ایشان داده باشد. بنابراین کسی که ولایت بر صبی ندارد مانند دایی و عمه حق تادیب طفل را هم ندارند.

### ۲) وجود قوه تمییز در صبی

ولی در صورتی حق تادیب فرزندش را دارد که او خوب و بد را بفهمد. مرحوم صاحب جواهر آورده است: «لو قذف (الصبی) عزر مع تمییزه علی وجه یؤثر التعزیر فیه کفا عن مثل ذلك» (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۴۱۴) و تعزیر صبی را منوط به وجود تمییز در او دانسته است که هرچند عبارت ایشان نسبت به تعزیر صبی است اما از آنجا که مانع تعزیر، عدم تمییز در صبی است و این ملاک در تادیب نیز جاری است، تادیب نیز منوط به وجود قوه تمییز است. علاوه که ممکن است مراد ایشان از تعزیر در عبارت مذکور، تادیب باشد. چنان که مرحوم امام علیه السلام نیز در مسأله قذف صبی از واژه «تادیب» استفاده کرده است: «لو قذف الصبی لم یحد... نعم لو کان ممیزاً یؤثر فیه التأدیب أدب.» (تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۴۷۴) مرحوم علامه درباره تادیب صبی توسط اجیر (مانند معلم) آورده است: «لا خلاف فی أنه لو... ضرب من لا عقل له من الصبیان، فعلیه الضمان.» (تذکره الفقهاء، ج ۱۸، ص ۲۳۷) و بر ضمان اجیر در صورت زدن صبی غیر عاقل ادعای عدم خلاف نموده است و از آنجا که مناط در ثبوت ضمان، عدم قوه تعلق در صبی است، این عدم جواز ضرب به دیگر اولیا از جمله پدر نسبت به فرزندش

۱. مرحوم موسوی اردبیلی شرایط تادیب را اینگونه آورده است: «و یشتط فی تأدیب الصغار ما یشتط فی تأدیب الزوجة فیجب أن یکون التأدیب لذنب فعله الصغیر لا لذنب یخشی أن یفعله، و أن یکون الضرب غیر مبرح متفقاً مع حالة الصغیر و سنه، و أن لا یکون علی الوجه و المواضع المخوفة کالبطن و المذاکیر، و أن یکون بقصد التأدیب، و أن لا یسرف فیه، و أن یکون ممّا یعتبر مثله تأدیباً للصغیر، فإذا کان الضرب فی هذه الحدود فلا مسئولیة علی الضارب؛ لأنّ الفعل مباح له.» (فقه الحدود و التعزیرات، ج ۲، ص ۴۹۶)

نیز سرایت می‌کند. همچنین مرحوم صاحب جواهر زمان شروع تادیب صبی را از هفت سالگی دانسته اند (جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱) که به نظر می‌رسد وجه آن، ظهور قوه تمیز در این سن است. بنابراین ولی بر تادیب فرزندی که ممیز نشده ولایت ندارد.

### ۳) وجود مصلحت

لزوم وجود مصلحت در تادیب همواره مورد نظر فقها بوده است (قواعد الأحکام، ج ۳، ص: ۵۵۴، مسالك الافهام، ج ۸، ص: ۳۶۲، جواهر الکلام، ج ۱، ص: ۴۴۶، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۲، ص ۴۹۲) و طبق آن نباید حاکم یا پدر یا معلم بیهوده صبی را کتک بزند. این مصلحت در عبارات فقها گاهی به صورت مطلق آمده (قواعد الأحکام، ج ۳، ص: ۵۵۴) که می‌تواند به مصلحت مؤدب یا جامعه باز گردد و در برخی موارد خصوص مصلحت مؤدب مورد نظر بوده است (مسالك الافهام، ج ۸، ص: ۳۶۲، الأنوار اللوامع، ج ۱۰، قسم ۱، ص: ۱۲۱، جواهر الکلام، ج ۱، ص: ۴۴۶) تا جایی که در موارد تادیب صبی - که مصلحت به خود او باز می‌گردد - توصیه شده که از تادیب صرف نظر نشود (همان) و صاحب جواهر در فرض ترتب فساد بر ترک تادیب، آن را واجب دانسته است. (جواهر الکلام، ج ۱، ص: ۴۴۵)<sup>۱</sup>

### ۴) رعایت سلامت مؤدب

تادیب مشروط به سلامت مؤدب است (المبسوط، ج ۸، ص: ۶۶) و نباید سلامت او در اثر تادیب به مخاطره بیافتند تا جایی که شهید ثانی آورده است: «ظاهرهم الاتفاق علی أن تأدیب الولد مشروط بالسلامة» (مسالك الافهام، ج ۱۵، ص: ۵۹) و بر این اشتراط، ادعای اجماع نموده است. همچنین ادعا شده بر زدن که در پی آن مرگ مضروب مترتب شود، عنوان تادیب صدق نمی‌کند.

### ۵) رعایت اعتدال و دوری از افراط

از عبارت مرحوم علامه<sup>۲</sup> استفاده می‌شود که این شرط مخالفی ندارد (تذکره الفقها، ج ۱۸، ص ۲۳۷) طبق این شرط، مؤدب نباید در تادیب اسراف (افراط) نماید و بر او لازم است در صورت

۱. مع عدم تنقیح أصل وجوب التأدیب، و الظاهر أنه كذلك مع فرض ترتب الفساد علی تركه، و قد ورد الأمر بالتأدیب

۲. «لا خلاف فی أنه لو أسرف فی التأدیب و شبهه أو زاد علی ما یحصل به الغرض أو ضرب من لا عقل له من الصبیان، فعلیه الضمان»

حصول غرض، تادیب را متوقف کند در غیر این صورت ضامن است. همچنین برخی فقها تعداد مشخصی را برای تادیب ذکر نموده اند از جمله مرحوم محقق و دیگران که تجاوز از ده ضربه را مکروه دانسته اند (شرائع الإسلام، ج ۴، ص: ۱۵۴، تحریر الأحکام، ج ۵، ص: ۳۹۸، الروضة البهیة، ج ۹، ص: ۱۹۳) در مقابل عده ای دیگر با تعیین عدد مخالفت نموده اند (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۴۴۴، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۴۷۷) و امر تادیب را موقوف به نظر مؤدب و ولی دانسته اما معتقد اند نباید در تادیب صبی از میزانی که ادب مطلوب از آن حاصل می شود (مجمع الفائدة، ج ۱۳، ص: ۱۷۸) یا میزانی که مصلحت در آن است (تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۴۷۷) تجاوز شود.

## ۶) موثر بودن تادیب

این شرط از برخی عبارات فقها قابل اصطیاد است (رک: جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۴۱۴، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۴۷۴) و طبق آن تادیب فرزند در صورتی جایز است که تاثیر گذار باشد. مرحوم امام در این باره آورده است: «لو قذف الصبی لم یحد... نعم لو کان ممیزاً یؤثر فیہ التأدیب أدب». (تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۴۷۴) که طبق آن اگر صبی، شخصی را قذف کند در صورتی تادیب می شود که علاوه بر ممیز بودن، این تادیب در او اثر گذار باشد و مثلاً باعث عدم قذف مجدد توسط صبی بشود. همچنین گفته شده که تادیب عملی است که بر آن بازداشت مضروب از عملش مترتب شود هرچند تنها امید وجود داشته باشد که اراده مضروب به تکرار عمل شکل نمی گیرد. (أسس الحدود و التعزیرات، ص: ۴۷۶) که از آن اشتراط تاثیر گذاری قابل استفاده است. اما به نظر می رسد تاثیر گذاری تادیب شرط نباشد زیرا از طرفی اطلاعات جواز تادیب صبی توسط پدر فراوان اند و تخصیص آنها نیاز به مقیدی درخور آن همه اطلاق دارد. و از طرف دیگر اینگونه نیست که مصلحت تادیب تنها متوجه صبی باشد که ادعا شود که «اگر تادیب او به حالش اثر نداشت از آن دست کشید» بلکه گاهی تادیب صبی به خاطر عمل سوئی که

---

۱. إن التأدیب ینبغی أن یکون علی حسب ما یراه المؤدّب، فإنه به یحصل الأدب المطلوب منها فلا یجوز فوّه، و دونه یجوز.  
 ۲. قیل: إته یکره أن یزاد فی تأدیب الصبی علی عشرة أسواط، والظاهر أن تأدیبه بحسب نظر المؤدّب و الولی، فربما تقتضی المصلحة أقلّ و ربما تقتضی الأكثر، ولا یجوز التجاوز، بل ولا التجاوز عن تعزیر البالغ، بل الأخوط دون تعزیره، وأخوط منه الاكتفاء بستّة أو خمسة  
 ۳. مرحوم صاحب جواهر آورده است: لکن لو قذف (الصبی) عزّر مع تمییزه علی وجه یؤثر التعزیر فیہ کفا عن مثل ذلك

مرتکب شده دارای مصلحتی است که به دیگران و جامعه بازمی‌گردد مثلاً باعث می‌شود بچه‌های دیگر با مشاهده تادیب صبی خطاکار، مرتکب خطای او نشوند. همچنین لازم نیست که تاثیر تادیب در شکل‌گیری رفتار صبی، آنی باشد بلکه در بسیاری موارد در شکل‌گیری رفتار آینده او به ویژه رفتارهای بعد از بلوغش اثر خواهد گذاشت. به نظر می‌رسد این نکات مورد نظر فقها نیز بوده است چنان که علامه در بحث حد سرقت، مصلحت در تادیب صبی را مطلق آورده و به مصلحت صبی مقید ننموده است (قواعد الأحکام، ج ۳، ص: ۵۵۴) و شهید ثانی آورده است: «إن الأولى له أن لا يعرض عن ضرب التأديب (تادیب صبی توسط ولی) عند الحاجة، لرجوع المصلحة إلى الصبي» (مسالك الافهام، ج ۸، ص: ۳۶۲) که در صورت بازگشت مصلحت به صبی، اولویت را در عدم ترک تادیب می‌داند و مشخص است که بازگشت مصلحت به صبی لازم نیست در همان زمان باشد. صاحب جواهر نیز در فرض ترتب مفسده، تادیب را واجب می‌داند (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۴۴۵) در حالی که ترتب مفسده همیشه آنی نیست بلکه گاهی مدت‌ها طول می‌کشد تا مفسده‌ای بر عدم تادیب صبی مترتب شود. علاوه که با شرطیت «مصلحت» نیازی به قید کردن این شرط نیست.

#### اولیاء تادیب

اصل «عدم ولایة احد علی احد» (کتاب المكاسب، ج ۳، ص: ۵۷۴) مانع از تادیب صبی توسط دیگران است. اما عده‌ای از این اصل خارج شده‌اند که در ادامه جواز اعمال تادیب توسط ایشان بررسی می‌شود.

#### تادیب توسط پدر و جد

پدر و جد پدری از جمله اولیاء بر تادیب صبی هستند و جواز تادیب توسط ایشان در روایات مفروض و مسلم دانسته شده است. از جمله در موثقه غیاث بن ابراهیم «عن أبي عبد الله عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام أَدَّبِ الْيَتِيمَ مِمَّا تُؤَدَّبُ مِنْهُ وَلَدَكَ- وَ اضْرِبْهُ مِمَّا تُضْرَبُ مِنْهُ وَلَدَكَ.» (وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص: ۴۷۹) که حضرت فرموده: یتیم را همانند فرزندت ادب کن، و آن‌گونه که فرزندت را تنبیه بدنی می‌کنی، او را نیز تنبیه کن. از حیث سند، همگی روات از اجلا بوده و دارای توثیق خاص می‌باشند (رجال النجاشی: ص ۸۳ و ۳۵۳) تنها غیاث بن ابراهیم تمیمی است که هرچند امامی بودنش

محرز نیست اما توقیق خاص دارد. بنابراین روایت فوق، موثق و قابل اعتماد است. در این روایت جواز تادیب و تنبیه بدنی توسط ولی که قدر متیقن آن پدر است مفروض و مسلم دانسته شده. همچنین در موثق اسحاق بن عمار: **عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام رُبَّمَا ضَرَبْتُ الْعِلَامَ فِي بَعْضِ مَا يَحْرُمُ فَقَالَ وَ كَمْ تَضْرِبُهُ فَقُلْتُ رُبَّمَا ضَرَبْتُهُ مِائَةً فَقَالَ مِائَةً مِائَةً فَأَعَادَ ذَلِكَ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ قَالَ حَدَّ الزَّئِي اتَّقِ اللَّهَ فَقُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ فَكَمْ يَتَّبِعِي لِي أَنْ أَضْرِبَهُ فَقَالَ وَاحِدًا فَقُلْتُ وَاللَّهِ لَوْ عَلِمَ أَنَّي لَا أَضْرِبُهُ إِلَّا وَاحِدًا مَا تَرَكَ لِي شَيْئًا إِلَّا أَفْسَدَهُ فَقَالَ فَاتْنَتْنِي فَقُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ هَذَا هُوَ هَلَاكِي إِذَا قَالَ فَلَمْ أَزَلْ أُمَاكِسُهُ حَتَّى بَلَغَ خَمْسَةً ثُمَّ غَضِبَ فَقَالَ يَا إِسْحَاقُ إِنْ كُنْتُ تَذَرِي حَدَّ مَا أَجْرَمَ فَأَقِمِ الْحَدَّ فِيهِ وَلَا تَعْدَّ حُدُودَ اللَّهِ. (الكافي، ج ۷، ص: ۲۶۷)** که در آن اسحاق در مورد میزان زدن پسرش سوال پرسیده و حضرت هم در پاسخ از اصل کنک زدن نهی نفرمودند بلکه تنها کمیت آن را تعیین نموده است. بنابراین اصل جواز ضرب برای سائل مسلم بوده و امام نیز فهم او را نفی نفرموده است.

جواز تادیب فرزند توسط پدر در عبارات فقها نیز به کرات به چشم می‌خورد از جمله شیخ آورده است: **«إِنْ ضَرَبَ الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ ... تَأْدِيبًا فَهَلْكَ مِنْهُ فَهُوَ مُضْمُونٌ»** (المبسوط، ج ۸، ص: ۶۶) که اصل جواز ضرب تادیبی را مفروض دانسته اند. و علامه در عبارتی مشابه آورده است: **«وَلَوْ أَدَبَ الصَّبِيَّ أَبُوهُ أَوْ جَدُّهُ لِأَبِيهِ فَمَاتَ، فَعَلِيهِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ»** (تحریر الأحکام، ج ۵، ص: ۵۳۶) و مرحوم صاحب جواهر بر ثبوت دیه در فرض موت صبی در اثر تادیب پدر و جد ادعای اجماع نموده است (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۶۶۹)<sup>۱</sup> که هرچند اجماع ادعایی ایشان بر وجوب دیه علیه ضارب منعقد شده است اما کاشف از اصل جواز تادیب توسط پدر و جد نزد مجمعین نیز هست.

با توجه به آنچه گذشت شبهه ای در جواز تادیب فرزند توسط پدر و جد باقی نمی‌ماند.

### تادیب توسط مادر

بررسی تفصیلی جواز تادیب توسط مادر از عهده این نوشتار خارج است چرا که مترتب بر بحث از ثبوت ولایت برای مادر و تصمیم‌گیری در مورد ماهیت و شئون حضانت است که خود

۱. اتفقوا علی أنه لو ضرب الصبي أبوه أو جده لأبيه الضرب السانغ لهما تأديبا فاتفق أنه مات به فان عليه دية في ماله

معرکه آراء فقها است.<sup>۱</sup> در این مجال بنا بر این است که مادر در زمان حضانت اقلا بر برخی شئون فرزند ولایت دارد. اما آیا بر تادیب به ویژه تادیبی که در آن از تنبیه بدنی استفاده شود هم ولایت دارد یا نه نیاز به بررسی دارد زیرا با وجود تصریح بر جواز تادیب توسط پدر و جد پدری و معلم (المبسوط، ج ۸، ص: ۶۶، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۶۶۹) در مورد جواز تادیب توسط مادر در عبارات فقهای پیشین<sup>۲</sup> مطلبی یافت نشده است.

با این حال می‌توان برای اثبات آن ادله‌ای را اقامه نمود: از جمله روایت غیاث: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام أَدَبُ الْيَتِيمِ مِمَّا تُؤَدَّبُ مِنْهُ وَلَدَكَ - وَاضْرِبُهُ مِمَّا تَضْرِبُ مِنْهُ وَلَدَكَ.» (وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص: ۴۷۸)

به این موثق می‌توان چنین استناد کرد که خطاب «ادب» مطلق است و شامل پدر و مادر می‌شود. بنابراین علاوه بر پدر، مادر نیز حق تادیب یتیم را دارد چنان که طبق فراز دوم روایت حق زدن فرزند خود را هم دارد. علاوه بر این «یتیم» در خطاب «ادب الیتیم» قطعاً شامل فرزندی که پدرش را از دست داده ولی مادرش در قید حیات است می‌شود بنابراین مادر از جمله کسانی است که امام عليه السلام به او مجوز تادیب یتیم - که فرزند خود اوست - را داده است. اما این وجه پذیرفته

۱. حضانت که در ادله وارد نشده است در فقه دو نحوه تعریف دارد: برخی در مقام تعریف، ماهیت آن را ولایی ندانسته اند مثلاً مرحوم علامه آورده است: «الحضانة: تربية الصبي، وحفظه، وجعله في سريره، وأخذه منه، وكحله، ودهنه، وتنظيفه، وغسل خرقه وثيابه وأشباه ذلك» (تحریر الأحكام، ج ۳، ص: ۹۳) و مرحوم سبزواری در تعریفی مشابه آورده است: «الحضانة هي حماية الطفل ورعايته» مهذب الأحكام (للسبزواری)، ج ۲۵، ص: ۲۷۶. در مقابل بسیاری از فقها حضانت را نوعی ولایت شمرده اند (ریاض المسائل ط - الحديثية)، ج ۱۲، ص: ۱۵۵، الروضة البهية، ج ۵، ص: ۴۵۸، الحقائق الناضرة، ج ۲۵، ص: ۸۳) چنان که مرحوم شیخ آورده است: «ان التربية والحضانة ولاية» (المبسوط، ج ۳، ص: ۳۳۸)

۲. هرچند مساله تادیب توسط مادر در عبارات فقهای پیشین یافت نمی‌شود اما برخی فقهای معاصر به بررسی این مساله پرداخته و برای تنقیح این مساله مطالب مختصری آورده اند. از جمله مرحوم موسوی اردبیلی آورده است: «و لَأَمَّ حَقَّ التَّأْدِيبِ عَلَى رَأْيٍ إِذَا كَانَتْ وَصِيَّةً عَلَى الصَّغِيرِ أَوْ كَانَتْ تَكْفُلُهُ، وَلَهَا هَذَا الْحَقُّ فِي غِيَبَةِ الْأَبِّ، وَفِي مَا عَدَا هَذِهِ الْأَحْوَالِ فَلَيْسَ لَهَا حَقُّ التَّأْدِيبِ عَلَى الرَّأْيِ الرَّاجِحِ» (فقه الحدود و التعزیرات، ج ۲، ص ۴۹۶) و مرحوم سیفی مازندرانی: «المستفاد من نصوص المقام ولاية الأب والجد على التأديب، دون الأم. ولما كانت الولاية الشرعية بحاجة إلى الحجّة الشرعية وهي لم تقم، تنتفي ولاية الأم. ولا تنفذ إجازة الأب للأم، لأنّ الضرب للتأديب والتعليم من قبيل الحكومة.» (دلیل تحریر الوسيلة (النكاح) ج ۳ ص ۶۸۹)

نیست زیرا طبق آن، مادر از جهت مادر بودن ولایت بر تادیب ندارد بلکه از جهت وصایت بریتیم چنین حقی به او داده شده است. چنان که ظاهر برخی کلمات، التفات به این نکته است.<sup>۱</sup> اما آنچه بیشتر از هر چیز تمسک به این روایت و سایر روایات جواز تادیب فرزند را با چالش مواجه می‌کند این است که هر چند فقها برای جواز تادیب فرزند توسط پدر و جد و حتی معلم و ضمان مؤدب در صورت افراط به روایات تادیب فرزند تمسک کرده اند اما ظاهراً هیچ فقیهی برای اثبات جواز تادیب توسط مادر بدانها استناد نکرده است که با توجه به کثرت ابتلاء تادیب فرزند توسط پدر و مادر، عجیب به نظر می‌رسد. این شبهه هم که «جواز تادیب توسط مادر، مفروض بوده و به همین جهت در روایات و عبارات فقها وارد نشده» صحیح نیست زیرا جواز تادیب توسط پدر نیز به همان اندازه و بلکه بیشتر مسلم بوده است و با این وجود نه تنها اصل آن مطرح شده بلکه احکام مترتب بر آن از قبیل ضمان و شرایط تادیب نیز در کلمات ایشان موجود است. برای چرایی عدم تعرض فقها به تادیب فرزند توسط مادر دو وجه به نظر می‌رسد:

۱. «ولی» در روایات جواز تادیب را منصرف از مادر می‌دانسته اند و او را در زمره اولیا از قبیل حاکم و پدر نمی‌دیده اند.

۲. بر فرض ولایت داشتن مادر، فقها برای مادر حقی برای ضرب و تادیب فرزند قائل نبوده اند (مادر تنها بر حفظ و نگهداری فرزند ولایت دارد نه بر تادیب)

ضمناً تمسک به روایت جواز تادیب توسط معلم (وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص: ۳۷۲) و اثبات جواز در مادر با استفاده از قیاس اولویت یا تنقیح مناط نیز صحیح به نظر نمی‌رسد چه اینکه استقلال معلم در ولایت بر تادیب مشکوک است بلکه ادعای عدم خلاص شده که تنها پدر بر جمیع امور فرزند ولایت دارد.<sup>۲</sup> (السرائر: ج ۲، ص ۶۵۳، نهاية المرام، ج ۱، ص: ۴۶۷ الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص: ۸۸) بنابراین ولایت معلم بر تادیب از باب اجیر بودن است و نه استقلال در ولایت<sup>۳</sup> تا بتوان با آن ولایت مادر را با

۱. لا ثم حق التادیب علی رأی إذا كانت وصیة علی الصغیر أو كانت تکفله، و لها هذا الحق فی غیبة الأب. (فقه الحدود و التعزیرات، ج ۲، ص ۴۹۶)

۲. لا خلاف أن الأب أحق بالولد فی جمیع الأحوال، و هو الوالی علیه و القیم بأموره.

۳. چنان که ظاهر کلام علامه (اعلم أن عدم الضمان إثمًا هو فی صورة لا یوجد من الأجیر تعدّ فیها، فإن وجد وجب الضمان قطعاً، مثل ان یضرب الأجیر علی التادیب و التعلیم الصبی فیموت.) (تذکره الفقهاء، ج ۱۸، ص ۲۴۹) و صریح عبارت مرحوم عاملی همین است. (و الوجه فی ذلك (الضمان) - مع أنه یمکنه التادیب من غیر ضرب - أنه أجیر و الأجیر یضمن بجنایته و إن لم یقتصر کالطیب.) (مفتاح الکرامة، ج ۱۹، ص: ۸۲۵) همچنین صریح عبارت مرحوم گلپایگانی: (إرشاد السائل، ص: ۱۷۸)

اولویت یا تنقیح مناط اثبات نمود. بلکه احتمال عدم استقلال نیز برای تخریب استدلال کفایت می‌کند.

نهایت دلیلی که می‌توان برای جواز تادیب فرزند توسط مادر اقامه نمود ادله حضانت است. توضیح اینکه بسیاری از فقها حضانت را ولایت دانسته اند (قواعد الاحکام: ج ۳، ص ۱۰۱، مسالک الافهام: ج ۸، ص ۴۲۱، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص: ۱۵۵). بنابراین مادر بر فرزند در این دوران ولایت دارد و از جمله مصادیق ولایت، ولایت بر جسم است. اما از آنجا که دلیل محکمی بر جواز تادیب فرزند توسط مادر موجود نیست (ولایت مادر بر بدن فرزند، مشکوک و محل احتیاط است) با در نظر گرفتن اصل عدم ولایت احدی بر دیگری (جواهر الکلام، ج ۳۱، ص: ۲۸۴) باید در مورد گستره ولایت مادر به موارد متیقن اکتفا نمود و آن جایی است که حفظ و نگهداری از فرزند در دوران حضانت بدون تادیب و تنبیه بدنی فرزند ممکن نباشد برای مثال اگر مادر برای دور کردن فرزند از خطر نیاز به ضرب و تادیب طفل دارد حتی اگر این نیاز به حد اضطراب نرسد، اجازه چنین کاری را دارد. همچنین اگر تربیت را مصداقی از حضانت بدانیم و فرزند بدون مقداری متعارفی از تادیب و تنبیه قابل تربیت نباشد، مادر حق چنین کاری را دارد.<sup>۱</sup>

### تادیب توسط غیر والدین

طبق عبارت شیخ<sup>۲</sup> علاوه بر پدر و جد پنج دسته دیگر بر تادیب فرزند ولایت دارند: امام (علیه السلام)، حاکم، امین حاکم، وصی و معلم. (المبسوط، ج ۸، ص: ۶۶) جواز تادیب توسط هریک از این افراد یا بدون نیاز به اذن از پدر و جد است یا محتاج به اذن. مشخص است که امام و حاکم و امین حاکم برای تادیب فرزند نیاز به اذن از پدر ندارند برخلاف وصی که با اذن پدر یا حاکم ولایت بر امور ولد و از جمله تادیب او پیدا می‌کند.

اما آنچه محل نزاع است و در امور تربیتی ثمره بیشتری دارد، تادیب فرزند توسط معلم است که آیا او مستقلاً بر تادیب طفل ولایت دارد یا به جهت ماذون بودن ولایت دارد؟ یکی از ثمرات

۱. ادله دیگری هم برای جواز تادیب توسط مادر قابل بیان است که بررسی آنها از عهده این مختصر خارج است. از جمله حکم عقل: «إن حکم العقل بحسن ضرب الیتیم تأدیباً و لمصلحته باعتبار أنه إحسان له و عدل فی حقه، إنما یرجع إلی حکم العقل بحسن العدل و الإحسان لانطباقه علیه» موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۸

۲. إن ضرب الأب أو الجد الصبی تأدیبا فلهک أو ضربه الإمام أو الحاکم أو أمین الحاکم أو الوصی أو ضربه المعلم تأدیبا فلهک منه فهو مضمون، لأنه إنما أیبح بشرط السلامة

این نزاع، اثبات ولایت مادر در صورت استقلال معلم بر تادیب فرزند با قیاس اولویت یا تنقیح مناط است. برخی عبارات نسبت به استقلال یا عدم استقلال معلم در ولایت، ساکت اند. (المبسوط، ج ۸، ص: ۶۶، السرائر، ج ۲، ص: ۴۷۴) در مقابل صریح عبارات برخی فقها (تذکره الفقها، ج ۱۸، ص: ۲۴۹، مفتاح الکرامه، ج ۱۹، ص: ۸۲۵، إرشاد السائل، ص: ۱۷۸) و ظاهر برخی دیگر (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۶۶۹، تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۸) اجیر بودن معلم و عدم استقلال او در ولایت بر تادیب است.

در مقام بررسی به نظر می‌رسد با توجه به ادعای عدم خلاف بر اینکه پدر، ولی بر جمیع شئون فرزند است (السرائر: ج ۲، ص ۶۵۳، نهاية المرام، ج ۱، ص: ۴۶۷، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص: ۸۸) و همچنین اصل «عدم ولایة احد علی احد» در کنار تصریح و ظاهر عبارات فقها بر اجیر بودن معلم (تذکره الفقها، ج ۱۸، ص: ۲۴۹، مفتاح الکرامه، ج ۱۹، ص: ۸۲۵، إرشاد السائل، ص: ۱۷۸، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۶۶۹، تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۸) معلوم می‌شود که ولایت معلم بر فرزند، استقلالی نیست بلکه او برای هرگونه تادیب فرزند نیاز به اذن از پدر یا حاکم شرع دارد (تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۸)

### حکم گونه های مختلف تادیب

امروزه علاوه بر روش های مختلف تنبیه جسمی، از شیوه های متنوع دیگری برای تادیب فرزند نظیر محروم کردن فرزند از تفریح و رسوا نمودن او نزد همسالان استفاده می‌شود که بیشتر بر روح فرزند اثر گذار است و چه بسا تاثیر مثبت یا منفی بیشتری نسبت به تادیب جسمی بر رفتار فرزند داشته باشد. تعیین مشروعیت تنبیه جسمی و روحی فرزند مستلزم بررسی ادله و کلمات فقها است که در ادامه، این مهم بررسی خواهد شد.

### تادیب جسمی

برای اثبات جواز تنبیه جسمی می‌توان به دسته ای از روایات تمسک نمود. از جمله موثقه غیاث بن ابراهیم: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: أَدَّبَ الْيَتِيمَ مِمَّا تُؤَدَّبُ مِنْهُ وَلَدَكَ وَاضْرِبْهُ مِمَّا تَضْرِبُ مِنْهُ وَلَدَكَ.» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص: ۴۷۸) یتیم را همان گونه که فرزندت را تادیب می‌کنی ادب نما و او را کتک بزن به همان نحو که فرزندت را کتک می‌زنی. صراحت این روایت در جواز تنبیه بدنی فرزند کاملاً روشن است و نیاز به توضیح ندارد.

همچنین برای اثبات جواز تادیب فرزند می‌توان به صحیح‌ه حماد استناد نمود: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي آدَبِ الصَّبِيِّ وَالْمَمْلُوكِ فَقَالَ خَمْسَةٌ أَوْ سِتَّةٌ وَارْفُقُ» (وسائل الشيعة؛ ج ۲۸؛ ص ۳۷۲) حماد می‌گوید: از امام صادق عليه السلام در مورد ادب کردن صبی و مملوک پرسیدم. ایشان فرمودند: پنج یا شش (تازیانه) و مدارا کن. در این روایت حماد یا در صدد سوال از اصل جواز تادیب بوده است و یا از کمیت آن. اگر در صدد پرسش از اصل جواز تادیب بوده - چنان که ظاهر سوال همین است - دلالت آن بر جواز تنبیه جسمی تمام است زیرا امام عليه السلام با مفروض و مسلم انگاری اصل جواز تادیب تنها کمیت آن (تعداد تازیانه ای که می‌توان بر بدن صبی و مملوک وارد نمود) را مطرح نموده اند به نحوی که گویا اصل جواز تنبیه جسمی کاملاً واضح و روشن بوده و نیاز به پاسخ نداشته است. اگر سوال حماد در مورد میزان (کمیت) تادیب بوده است باز هم دلالت تمام است زیرا نشان می‌دهد اصل جواز تنبیه بدنی حتی نزد راوی نیز کاملاً مشخص بوده است. مشابه روایت فوق موثقه سکونی است که در آن تنها کمیت تنبیه بدنی توسط معلم بیان شده است که حاکی از مسلم بودن اصل جواز تنبیه فرزند توسط معلم است: «عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: ... أُنَلِّغُوا مُعَلِّمَكُمْ إِنْ ضَرَبَكُمْ - فَوْقَ ثَلَاثِ ضَرَبَاتٍ فِي الْأَدَبِ اقْتَصَصَ مِنْهُ.» (وسائل الشيعة ج: ۲۸؛ ص: ۳۷۲)

همچنین در روایات گاهی امر به کتک زدن فرزند به منظور آموزش احکام دین شده است (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص: ۴۷۳) که از این دسته روایات نیز جواز تنبیه بدنی قابل اثبات است. بنابراین تادیب جسمی فرزندی که خطایی انجام داده و لو با استفاده از تازیانه جایز است هرچند که نباید سلامت مؤدب به خطر بیافشد. (مسالك الافهام، ج ۱۵، ص: ۵۹)

جواز تنبیه جسمی فرزند در مقام تادیب در عبارات فقها نیز مسلم انگاشته شده است. به عنوان نمونه مرحوم محقق، علامه و دیگر فقها در عباراتی مشابه آورده اند: «یکره أن يزاد في تأديب الصَّبِيِّ على عشرة أسواط» (شرايع الإسلام، ج ۴، ص: ۱۵۴، تحرير الأحكام، ج ۵، ص: ۳۹۸، اللعة الدمشقية، ص: ۲۵۹، مسالك الافهام، ج ۱۴، ص: ۴۵۴) که تنبیه جسمی صبی را در مقام تادیب امری مسلم پنداشته و تنها از حیث کمیت، زدن بیش از ده شلاق را مکروه شمرده‌اند.

## تادیب روحی

ادله ای که می‌توان برای اثبات جواز تادیب روحی فرزند ارائه نمود از این قرار است:

۱) اطلاق ادله: اهل بیت در مقام توصیه به تربیت، تعلیم و تادیب فرزند، نحوه اعمال آن را

به مخاطب واگذار نموده اند. از جمله در موثقه غیاث بن ابراهیم: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ

أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: أَدَبُ الْيَتِيمِ مِمَّا تُؤَدَّبُ مِنْهُ وَلَكَدَّ وَ

اضْرِبُهُ مِمَّا تَضْرِبُ مِنْهُ وَلَكَدَّ. « (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص: ۴۷۸) که امام عليه السلام به صورت مطلق

تادیب فرزند را مسلم دانسته اند و این اطلاق شامل تادیب روحی نیز می‌شود. اطلاق

جواز تادیب در موثقه یونس بن یعقوب نیز به چشم می‌خورد: «محمد بن يعقوب عن

عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ خَالِدٍ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَصْبَاطٍ

عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ أَمْهَلْ صَبِيَّكَ حَتَّى يَأْتِيَ لَكَ سِتُّ سِنِينَ

ثُمَّ ضُمَّهُ إِلَيْكَ سَبْعَ سِنِينَ فَأَذْبُهُ بِأَذْيِكَ فَإِنْ قَبِلَ وَصَلَحَ وَإِلَّا فَخَلَّ عَنْهُ. « (وسائل الشيعة،

ج ۲۱، ص: ۴۷۳) که امام صادق عليه السلام تنها امر به تادیب صبی نموده و نحوه اعمال آن را به

پدر واگذار نموده است. <sup>۱</sup> این عبارات در کلام اهل بیت مشابه دستور مولی به عبدش

در امر به آوردن آب است که بنده در نحوه تامین آب مخیر است که مثلاً از چاه آب

بیاورد یا از چشمه و یا از رودخانه. بنابراین پدر می‌تواند از شیوه های متعدد برای

تادیب فرزند استفاده کند که از جمله آنها تادیب روحی صبی است.

فقیها نیز در موارد متعدد اصل تادیب را به صورت مطلق جایز شمرده اند (قواعد الأحکام، ج ۳، ص:

۵۲۲، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص: ۳۴۰) که مؤید خوبی برای اثبات جواز تادیب روحی از روایات است. بلکه

۱. سپردن نحوه تادیب به مخاطب در روایات دیگر به چشم می‌خورد از جمله «عن ابی عبد الله: أَمْهَلْ صَبِيَّكَ حَتَّى يَأْتِيَ لَكَ سِتُّ

سِنِينَ ثُمَّ ضُمَّهُ إِلَيْكَ سَبْعَ سِنِينَ فَأَذْبُهُ بِأَذْيِكَ...»، «دَعِ ابْنَكَ يَلْعَبُ سَبْعَ سِنِينَ وَ يُؤَدَّبُ سَبْعَ سِنِينَ»، «أَحْمِلْ صَبِيَّكَ حَتَّى يَأْتِيَ

عَلَيْهِ سِتُّ سِنِينَ ثُمَّ أَدْبُهُ فِي الْكِتَابِ سِتُّ سِنِينَ» و «لَا تُؤَدِّبْ أَحَدَكُمْ وَلَدَهُ خَيْرَ لَهُ مِنْ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِنَصْفِ صَاعٍ كُلِّ يَوْمٍ». « وسائل

الشيعة، ج ۲۱، ص: ۴۷۳ الی ۴۷۶)

علامه تصریح نموده که تادیب می‌تواند بدون کتک زدن نیز واقع شود. (تذکره الفقهاء، ج ۱۸، ص ۲۴۹)<sup>۱</sup> همچنین فقهاء تصمیم‌گیری در مورد نحوه تادیب صبی را به حاکم (مسالك الأفهام، ج ۱۴، ص: ۴۷۸، کشف اللثام، ج ۱۰، ص: ۵۶۸، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص: ۳۷۸) یا مطلق مؤدب و ولی (مجمع الفائدة، ج ۱۳، ص: ۱۷۸، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۴۷۷) سپرده‌اند بنابراین ولی و حاکم می‌توانند به صلاح‌دید خود و با توجه به مصلحت مؤدب، به جای کتک زدن و تنبیه جسمی از تادیب روحی نظیر ترساندن و تهدید و سب<sup>۲</sup> نیز استفاده نمایند.

۲) قیاس اولویت نسبت به تادیب جسمی: مطابق روایات، پدر حق کتک زدن صبی را دارد و حتی برای تادیب صبی مجازات سنگینی مانند شلاق زدن جایز دانسته شده است (وسائل الشیعة؛ ج ۲۸؛ ص ۳۷۲) بنابراین به طریق اولی می‌تواند هر تادیبی که در رتبه خفیف تر از تنبیه بدنی باشد را اعمال نماید. این دلیل هرچند جواز تادیب‌های شدید روحی را اثبات نمی‌کند اما هرگونه تادیب روحی که عرفاً خفیف تر از کتک زدن باشد را اثبات می‌نماید.

۳) جواز تادیب روحی نسبت به غیر فرزند و تسری آن به تادیب فرزند با استفاده از الغاء خصوصیت: توضیح اینکه از طرفی ادله ای مانند آیه شریفه «الَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ» (نساء، ۳۴) بر (جواز) تادیب زن توسط شوهر دلالت دارد. (رک: جواهر الکلام، ج ۲۱، ص: ۳۸۹، کتاب النکاح (أراکی)، ص: ۶۴۶) و از طرف دیگر «ترک بستر» توسط شوهر و موعظه کردن زن (فعظوهن) نوعی تادیب روحی است به ویژه اگر همراه با غلطت و شدت باشند. بنابراین علاوه بر تادیب جسمی (اضربوهن) آیه در صدد اثبات جواز تادیب روحی نیز هست. حال که هجر و موعظه از مصادیق تادیب‌اند و در ادله دیگر مطلق تادیب

۱. إن وجد (نعد) وجب الضمان قطعاً، مثل أن... يضرب الأب جری على التأديب والتعليم الصبي فيموت؛ لإمكان تأديب الصبي بغير الضرب.

۲. مرحوم شیخ انصاری یکی از مستثنیات حرمت سب را سب پدر خطاب به فرزندش دانسته و آورده است: و يمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفاً، بأن لا يوجب قول هذا القائل في حقّه مذلة ولا نقصاً، كقول الوالد لولده أو السيد لعبده عند مشاهدة ما يكرهه: «يا حمار»، وعند غيظه: «يا خبيث»، و نحو ذلك سواء لم يتأثر المقول فيه بذلك بأن لم يكرهه أصلاً أم تأثر به؛ بناءً على أنّ العبرة بحصول الذلّ والنقص فيه عرفاً. ويشكل الثاني بعموم أدلة حرمة الإيذاء. كتاب المكاسب، ج ۱، ص: ۲۵۵ و ۲۵۶

نسبت به صبی مشروع دانسته شده است (الکافی، ج ۶، ص: ۴۷) تادیب روحی فرزند نیز جایز است. ضمناً احتمال اختصاص هجر برای تادیب زوجه مردود است زیرا تنها «هجر فی المضاجع» مختص تادیب زن است و دلیلی ندارد که مطلق دور شدن تنها برای تادیب زن به کار رود. مؤید عدم اختصاص هجر به تادیب زن نیز استعمال تادیب به هجر (دور کردن) نسبت به صبی در مرسله «شَكُوْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ابْنًا لِي فَقَالَ لَا تُضْرِبُهُ وَ اهْجُرْهُ وَ لَا تُطْلُ» (عدة الداعي، ص: ۸۹) است که طبق آن شخصی از امام کاظم علیه السلام نسبت به فرزندش شکایت کرد و ایشان فرمود: او را کتک زن بلکه دورش نما اما نگذار این دوری طولانی شود.

۴) تاثیر تادیب جسمی بر روح فرزند: هر گونه تادیب جسمی، بر روح و جان فرزند نیز اثر گذار است. بنابراین همه ادله و روایات تجویز کننده تادیب جسمی، جواز تادیب روحی را نیز اثبات می کند.

بنابر ادله فوق تادیب روحی فرزند نیز مانند تادیب جسمی او جایز است.

### جمع بندی

از آنچه گذشت نتایج زیر حاصل می شود:

۱. برای «تادیب» در لغت معانی مختلفی استعمال شده که از میان آنها دو معنای «آموزش ریاضت نفس و محاسن اخلاق» و «مؤاخذه به خاطر انجام عمل ناپسند» با مباحث فقه تربیت مرتبط است.

۲. هر چند ارائه تعریف مشخصی از تادیب در فقه با توجه به استعمال فراوان آن به معنی تعزیر دشوار است اما به نظر تعریف آن به «عقوبة من اساء بمن له الحق بشرط المصلحة» نزدیک به صواب است.

۳. تعزیر یعنی «تادیب مرتکب حرام توسط حاکم به کمتر از حد» که از جمله مهم ترین فرق های آن با تادیب اختصاص حق تصمیم گیری در تعزیر به حاکم است اما تادیب توسط افراد مختلفی از جمله پدر و حتی مادر می تواند محقق شود.

۴. برای مشروعیت تادیب لازم است شرایط پنج گانه آن (ولایت بر تادیب، وجود قوه تمیز در مؤدب، مصلحت، رعایت سلامت مؤدب و عدم افراط) رعایت شود.

۵. برای افراد مختلفی ولایت بر تادیب قرار داده شده که ولایت برخی از ایشان مانند پدر و مادر استقلالی و ولایت برخی دیگر مانند معلم به خاطر ماذون بودن است.
۶. علاوه بر تادیب جسمی می‌توان از ادله، جواز تادیب روحی فرزند توسط ولی را نیز اثبات نمود.

# جایگاه مهرالمثل در زنا

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

مصطفی درخشنده<sup>۱</sup>

## مقدمه

از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی جرائم از یک سنخ نیستند، جرائمی مانند شرب خمر تنها دارای جنبه کیفری هستند و جرائمی مانند تخریب اموال عمومی یا سرقت علاوه بر صبغه کیفری، دارای جنبه مدنی و خصوصی نیز می‌باشند، نظام حقوقی اسلام در چنین جرائمی هم به بررسی زوایای کیفر جرم ارتكابی و هم به جبران خسارت وارده می‌پردازد، بدین جهت فقها و حقوق‌دانان اسلامی با ارتكاب جرم زنا از جهتی به مجازات زانی و زانیه در صورت زناى مطاوعی و اکراهی یا زناى محصّن و غیر محصّن و مانند آن‌ها پرداخته‌اند و از جهت دیگر بحث از ضمان زانی نسبت به زانیه در وجوب پرداخت مهرالمثل را طرح کرده‌اند، در نوشتار پیش‌رو جایگاه مهر المثل در دو مقام زناى مطاوعی و اکراهی تبیین می‌شود.

زنا یا به گونه‌ای است که طرفین رابطه‌ی نامشروع با رضایت، به ارتكاب عمل مجرمانه می‌پردازند یا یکی از دو طرف یا هر دو نفر آنها رضایت به ارتكاب زنا ندارند، لذا جرم زنا به دو قسم، زناى مطاوعی و زناى به غیرمطاوعی تقسیم می‌شود؛ بنابراین در این تحقیق بحث را در دو قسمت

---

<sup>۱</sup> . دانش پژوه گروه فقه جزاء، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

زنای مطاوعی و زنای اکراهی دنبال کرده و حکم استحقاق دریافت مهریه یا ارش البکاره توسط زن را در هردو قسمت بررسی می‌کنیم.

### مفهوم مهرالمثل

مهریه عین یا مال یا منفعتی است که با عقد نکاح زوج ملزم به پرداخت آن به زوجه می‌باشد. (شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۲۸۰) بدین جهت نکاح بدون مهر در شریعت وجود ندارد، مهریه یا در ضمن عقد نکاح تعیین می‌شود که از آن به «مهر المسمی» یاد می‌شود و اگر مهریه در ضمن عقد ازدواج معین نشود، زوج ملزم به پرداخت «مهر المثل» خواهد بود؛ مراد از مهرالمثل، تعیین مهریه براساس جمال، بکارت، شرف، ثروت، عقل، ادب و حسن تدبیر در منزل و بالاخره کلیه صفات و خصوصیات که دخیل در رغبت عقلا به یک زن خواهد بود، می‌باشد.

### مساله اول: مهر المثل در زنای غیرمطاوعی

یکی از شروط حدّ زنا، اختیار زانی و زانیه است، در صورت اکراه و اجبار عدم اختیار متهم روشن است و اما در صورت اضطرار نیز زانی یا زانیه میل و رغبت قلبی به ارتکاب جرم ندارد و اگر اضطرار نبود، هیچگاه تن به زنا نمی‌داد لذا هرگاه زانیه رضایت و میل به انجام جرم ارتکابی نداشته باشند اعم از اینکه زانیه مکره یا مضطر یا مجبور به انجام زنا باشد، این سوال مطرح می‌شود که آیا زانیه مستحق دریافت مهریه خواهد بود؟

### دو نظریه اثبات و نفی مهر المثل

صاحب جواهر و آیت الله خوئی با قبول مشروعیت مهرالمثل برای زانیه‌ایی که اختیار برای انجام زنا نداشته، ادعای شهرت در مسأله کرده‌اند (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۶۷؛ مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، ص ۲۰۷) ولی فقهانی مانند شیخ طوسی در مبسوط و شیخ طبرسی می‌فرمایند «عده‌ایی از فقها زن را مستحق دریافت مهرالمثل می‌دانند ولی نظریه‌ی موافق مذهب عدم استحقاق مهرالمثل است، چرا که اصل برائت ذمه است.» (مبسوط، ج ۸، ص ۱۰؛ خلاف ج ۵ ص ۳۹۳؛ المؤلف من المختلف بین أئمة السلف، ج ۲، ص: ۳۹۶) نظریه شیخ طوسی موافق با اصل برائت ذمه از ضمان بوده و حال آنکه این دیدگاه در صورت نبود ادله اجتهادی و جاهت خواهد داشت،

### ادله نفی استحقاق

روایاتی چون صحیحہ حلبی و محمد بن مسلم دلالت دارند که به مجرد دخول، زن مستحق دریافتِ مهریه خواهد بود الا در زناى مطاوعی که عمل شنیع زنا مانع استحقاقِ مهریه می‌باشد.

### الف: صحیحہ عبیدالله بن علی الحلبي

«مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَسْتَدِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ يُصِيبُ الْمَرْأَةَ فَلَا يُنْزِلُ أَعْلَيْهِ غُسْلٌ قَالَ كَانَ عَلَيَّ عليه السلام يَقُولُ إِذَا مَسَّ الْخِتَانُ الْخِتَانَ فَقَدْ وَجَبَ الْغُسْلُ قَالَ وَكَانَ عَلَيَّ عليه السلام يَقُولُ كَيْفَ لَا يُوجِبُ الْغُسْلُ وَالْحُدُّ يَجِبُ فِيهِ وَقَالَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ وَالْغُسْلُ». (وسائل الشيعة، ج ۲، ص ۱۸۴)

سند روایت: نجاشی عبید الله بن علی حلبی را توثیق کرده و امامی دانسته (رجال النجاشي، ص ۲۳۱) شیخ صدوق در مشیخه دو سند نسبت به عبید الله بن علی حلبی دارد که به ذکر یکی از آنها اکتفا می‌شود: و ما كان فيه عن عبید الله بن علي الحلبي فقد رويته عن أبي؛ و محمد بن الحسن - رضي الله عنهما - عن سعد بن عبد الله؛ و الحميري جميعا عن أحمد و عبد الله ابني محمد بن عيسى، عن محمد بن أبي عمير، عن حماد بن عثمان، عن عبید الله بن علي الحلبي.

نجاشی محمد بن حسن بن ولید، سعد بن عبد الله القمي، عبد الله بن جعفر الحميري، احمد بن محمد بن عيسى، محمد بن عيسى بن عبد الله اشعري، محمد بن ابی عمير و حماد بن عثمان را توثیق کرده و امامی دانسته است. (رجال النجاشي، ص ۳۵۴؛ ص ۱۷۸؛ ص ۲۲۰؛ ص ۷۷؛ ص ۳۳۸؛ ص ۳۲۷؛ ص ۱۴۳)

دلالت روایت: لغت شناسانی چون ابن منظور و طریحی ختان را به معنای موضع قطع از فرج - آلت - زن یا مرد معنا کرده‌اند (لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۳۸؛ مجمع البحرين، ج ۶، ص ۲۴۲) التقا ختانان کنایه از دخول است،<sup>۱</sup> که موضوع سه حکم وجوب غسل و پرداخت مهریه و اجرای حدّ شرعی در صورت نامشروع بودن دخول توسط حاکم شرعی است؛ بنابراین به مجرد دخول پرداخت مهریه مطلقاً بر

<sup>۱</sup> صحیحہ اسماعیل بن بزیع التقا ختانان را تعریف کرده:

عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ يَغْنِي ابْنُ بَرِيْعٍ قَالَ: سَأَلْتُ الرَّضَاعَ عَنِ الرَّجُلِ يُجَامِعُ الْمَرْأَةَ قَرِيباً مِنَ الْفَرْجِ فَلَا يُنْزِلُ لَنْ مَتَى يَجِبُ الْغُسْلُ فَقَالَ إِذَا التَّقَى الْخِتَانَانِ فَقَدْ وَجَبَ الْغُسْلُ فَقُلْتُ التَّقَاءُ الْخِتَانَيْنِ هُوَ غَيْبُوهُ الْحَشْفَةَ قَالَ نَعَمْ.

مرد واجب است اعم از اینکه مهریه در ضمن عقد نکاح مشخص شده باشد یا خیر (مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، موسوعة، ص: ۲۶۸) برخی از فقها پنداشته‌اند که مهرالمسمی اصل است و مهرالمثل بدل از آن می‌باشد لذا عنوان مهر در روایات انصراف به مهرالمسمی دارد و لکن انصراف ناشی از کثرت استعمال می‌باشد و کثرت استعمال مهریه در مهرالمسمی روشن نیست لذا اطلاق مهریه شامل مهرالمسمی و مهرالمثل خواهد بود.

### ب: صحیح‌ه محمد بن مسلم

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ مَتَى يَجِبُ الْغُسْلُ عَلَى الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فَقَالَ إِذَا أَدْخَلَهُ قَعْدٌ وَجَبَ الْغُسْلُ وَالْمَهْرُ وَالرَّجُمُ» (وسائل الشيعة، ج ۲، ص: ۱۸۳)

سند روایت: نجاشی محمد بن یحیی العطار، محمد بن حسین بن ابی الخطاب، صفوان بن یحیی، علاء بن رزین و محمد بن مسلم را امامی و ثقة دانسته (رجال النجاشی، ص ۳۵۹؛ ص ۳۳۴؛ ص ۱۲۰؛ ص ۲۹۸؛ ص ۳۲۴) لذا روایت صحیح‌ه می‌باشد.

دلالت روایت: معصوم عليه السلام دخول را سبب وجوب مهر، غسل و حدّ شرعی می‌داند، اطلاق روایت توسط ادله‌ایی که نافی استحقاق زن در زناى مطاوعی هستند، تقیید خورده لذا در صورت زناى به اکراه زن مستحق دریافت مهریه خواهد بود.

### ج: روایت نوادر

«حَمْدُ بْنُ إِدْرِيسَ فِي آخِرِ السَّرَائِرِ نَقْلًا مِنْ كِتَابِ النَّوَادِرِ لِأَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرِ بْنِ زَنْطِيٍّ صَاحِبِ الرِّضَا عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ مَا يُوجِبُ الْغُسْلَ عَلَى الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فَقَالَ إِذَا أَوْلَجَهُ أَوْجَبَ الْغُسْلُ وَالْمَهْرُ وَالرَّجُمُ» (وسائل الشيعة، ج ۲، ص ۱۸۵)

سند روایت: ابن ادریس حلی در آخر کتاب سرائر به ذکر روایاتی از روایات خاص امامیه پرداخته، مثلاً در مورد روایات منقول از ابی نصر بزنتی می‌فرماید «و من ذلك ما استطرفته من نوادر أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي» فقهای چون آیت الله خوئی و آیت الله شیخ مرتضی حائری، شهید صدر طریق ابن ادریس به جامع بزنتی را مجهول می‌داند، لذا روایاتی که در مستطرفات

سراثر ذکر شده را قابل اعتماد نمی‌داند (خونی، معجم رجال الحديث، ج ۲۱، ص ۲۰۶؛ حائری، شرح العروة الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۵، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ج ۳، ص: ۱۶۳) شاید بتوان گفت: از آنجا که ابن ادریس حلی قائل به عدم حجیت اخبار آحاد بوده، اطمینان به محفوف به قرینه بودن روایات مذکور در مستطرفات ابی نصر بزنطی و اعتبار آنها پیدا خواهد شد و لکن از آنجا که قرائن بر ما مشخص نیست و شاید قرائنی که برای ابن ادریس حجت بوده‌اند، برای ما معتبر نباشد، لذاست که چنین اطمینانی پیدا نخواهد شد.

دلالت روایت: ولوج به معنای ورود و دخولی است که شی وارد محاط باشد. (مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن، ج ۱۳، ص ۱۹۷) فقره «اولجه» کنایه از دخول است لذا دخول منشاء ثبوت وجوب غسل جنابت و پرداخت مهریه به زن مدخوله و وجوب اجرای حدّ زنا بر شخص مجرم خواهد بود.

### مساله دوم: مهر المثل در زناى مطاوعی

هرگاه زن با میل و رغبت به انجام رابطه‌ی نامشروع زنا بپردازد، مستحق دریافت مهریه نخواهد بود اعم از اینکه زن باکره باشد یا خیر، فقها به پشتوانه قاعده فقهی «لامهر لبغی» به نفی استحقاق مهریه پرداخته‌اند،

### ادله نظریه عدم استحقاق

مدرک قاعده فقهی مذکور اجماع و روایاتی است که به آنها اشاره خواهد شد:

### دلیل اول: اجماع

اجماع فقها بر عدم استحقاق مهریه برای زانیه تعلق یافته، محقق اردبیلی و محقق خوئی اشاره به اجماعی بودن این قاعده در میان فقها دارند. (مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۰، ص ۵۴۹؛ مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۶۸)

مناقشه: اجماع و تسالم میان اصحاب هرگاه مدرکی یا محتمل المدرک باشد، حجت نخواهد بود لذا به واسطه روایاتی که بیانگر این معنا هستند که زانیه مستحق مهریه نیست، اجماع فقها حجت نخواهد بود، بنابراین باید روایات مثبت قاعده «لامهر لبغی» را بررسی کرد.

## دلیل دوم: روایات

روایاتی چون صحیحہ برید عجلّی، معتبره ریان بن شبيب، موثقہ سکونی و مجموعه روایاتی که مهر و اجرت زانیہ را سحت دانسته‌اند، دلالت بر عدم استحقاق زانیہ دارند:

### ۱) صحیحہ برید عجلّی

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ بُرَيْدِ الْعَجَلِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَرَفَّقْتُهَا إِلَيْهِ أُخْتُهَا وَكَانَتْ أَكْبَرَ مِنْهَا فَأَدْخَلَتْ مَنْزِلَ زَوْجِهَا لَيْلًا فَعَمَدَتْ إِلَى ثِيَابِ امْرَأَتِهِ فَنَزَعَتْهَا مِنْهَا وَلَبِسَتْهَا ثُمَّ قَعَدَتْ فِي حَبْلَةٍ أُخْتُهَا وَنَحَتْ امْرَأَتَهُ وَاطْطَأَتِ الْمِضْبَاحَ وَاسْتَحْيَتِ الْجَارِيَةَ أَنْ تَتَكَلَّمَ فَدَخَلَ الرَّوْجُ الْحَبْلَةَ فَوَاقَعَهَا وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ الَّتِي تَزَوَّجَهَا فَلَمَّا أَصْبَحَ الرَّجُلُ قَامَتْ إِلَيْهِ امْرَأَتُهُ فَقَالَتْ لَهُ أَنَا امْرَأَتُكَ فَلَانَهُ الَّتِي تَزَوَّجْتَ وَ إِنَّ أُخْتِي مَكَرَتْ بِي فَأَخَذَتْ ثِيَابِي فَلَبِسَتْهَا وَقَعَدَتْ فِي الْحَبْلَةِ وَنَحْتَنِي فَنَظَرَ الرَّجُلُ فِي ذَلِكَ فَوَجَدَ كَمَا ذَكَرْتُ فَقَالَ أَرَى أَنْ لَا مَهْرَ لِلَّتِي دَلَسْتُ نَفْسَهَا وَ أَرَى عَلَيْهَا الْحَدَّ لِمَا فَعَلْتَ حَدَّ الزَّانِي غَيْرِ مُحْصَنٍ وَلَا يَقْرِبُ الرَّوْجَ امْرَأَتَهُ الَّتِي تَزَوَّجَ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الَّتِي دَلَسْتَ نَفْسَهَا فَإِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا صَمَّ إِلَيْهِ امْرَأَتُهُ». (كليني، الكافي، ج ۵، ص: ۴۰۹)

سند روایت: محمد بن یحیی عطار، احمد بن محمد بن عیسی، حسن بن محبوب سراد، هشام بن سالم و برید بن معاویه عجلّی از ثقات و اجلا اصحاب به حساب می‌آیند. (رجال نجاشی، ص ۳۵۳، ص ۸۳، ۱۴۰، ص ۴۳۴، ص ۱۱۲)

دلالت روایت: از جانب مرد رابطه‌ای که انجام شده شبهه‌ناک بوده ولی از جانب زن رفتار مجرمانه‌ی زنا محقق شده لذاست که امام باقر عليه السلام به عدم مستحق بودن زانیہ برای دریافت مهریه و استحقاق او برای اجرای حدّ زنا‌ی غیرمحصن اشاره کرده‌اند، بنابراین هرگاه زن با میل و رغبت به انجام زنا بپردازد، مستحق مهر المثل نخواهد بود.

نقد دلالتی: زانیہ تدلیس کرده و احتمال داده می‌شود که عدم استحقاق مهریه ناشی از تدلیس زانیہ بوده باشد، لذا نمی‌توان تمامی زنهای زانی مستحق دریافت مهریه نیستند، چرا که با وجود احتمال خصوصیت اطلاق شکل نخواهد گرفت.

## ۲) معتبره ریان بن شبيب

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَشْتَمٍ قَالَ كَتَبَ إِلَيْهِ الرَّيَّانُ بْنُ شَبِيبٍ يَعْنِي أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام الرَّجُلُ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ مُتَعَةً بِمَهْرٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ - وَاعْطَاهَا بَعْضَ مَهْرِهَا وَآخَرَتُهُ بِالْبَاقِي ثُمَّ دَخَلَ بِهَا وَعَلِمَ بَعْدَ دُخُولِهِ بِهَا قَبْلَ أَنْ يُؤْفِقَهَا بَاقِيَ مَهْرِهَا أَمَّا زَوْجَتُهُ نَفْسَهَا وَلَهَا زَوْجٌ مُقِيمٌ مَعَهَا أَيجُوزُ لَهُ حَبْسُ بَاقِيَ مَهْرِهَا أَمْ لَا يَجُوزُ فَكَتَبَ عليه السلام لَا يُعْطِيهَا شَيْئاً لِأَنَّهَا عَصَتْ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ». (كليني، الكافي، ج ۵، ص: ۴۶۲)

سند روایت: محمد بن یحیی عطار از ثقات و اجلا اصحاب به حساب می آید (رجال نجاشی، ص ۳۵۳) مراد از احمد بن محمد بن محمد با توجه به مروی عنه ایشان احمد بن محمد بن عیسی است که از اجلا و ثقات امامی است (رجال نجاشی، ص ۸۳) علی بن احمد بن اشیم همانگونه که شیخ طوسی فرموده مجهول است (طوسی، رجال طوسی، ص ۳۶۳) اما از آنجا که حدود ۹۷ درصد روایات ایشان را احمد بن محمد بن عیسی اشعری را نقل کرده، اطمینان به وثاقت ایشان پیدا خواهد شد، آیت الله شبیری می فرماید «مقصود از ابی الحسن امام هادی عليه السلام است که به سبب شرایط زمانی روایاتی که از ایشان نقل می شود نوعاً به صورت کتابت بوده است.» (شبیری، کتاب نکاح، ج ۱۹، ص: ۶۰۹۸)

دلالت روایت: مطابق فراز «لَا يُعْطِيهَا شَيْئاً» بعد از اثبات زناکار بودن زن، زانیه حق دریافت مهریه نخواهد داشت، اما نسبت به مقدار مهریه ای که دریافت کرده دو نظریه میان فقها وجود دارد:

وجه اول: برخی از فقها مثل آیت الله سید عبدالاعلی سبزواری فرموده اند: سوال راوی در فقره «أَيَجُوزُ لَهُ حَبْسُ بَاقِيَ مَهْرِهَا» راجع به قسمت اخذ شده مهریه نیست و در نظر او مفروغ عنه است که مقدار داده شده متعلق به زن است و از حکم بقیه سؤال می کند و از تقریر حضرت هم فهمیده می شود که آنچه قبلاً به زن داده متعلق به خود زن است. (سبزواری، مهذب الأحكام، ج ۲۵، ص: ۸۹)

وجه دوم: مشهور فقها مانند آیت الله خوانساری فرموده اند: زن هیچ استحقاقی ندارد لذا آنچه را که دریافت کرده، اخذ به باطل بوده و باید پس دهد. (خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص: ۲۹۸)

تعلیل «لأنها عصت الله» مفید این معنی است که معصیت خدا ملاک این حکم است و فرض این است که معصیت از اول بوده چون زن عالم بوده به اینکه شوهردار است نه اینکه جاهل باشد، بنابراین هیچ استحقاقی ندارد و نظریه مشهور فقها صحیح خواهد بود. نقد دلالی: زانیه تدلیس کرده و احتمال داده می‌شود که زانیه مدّلسه مستحق دریافت مهریه نباشد لذا مطلق عصیان مانع دریافت مهریه نیست بلکه عصیانی ناشی از تدلیس است که مانع استحقاق مهریه خواهد بود، بنابراین روایت اطلاق نخواهد داشت.

### ۳) موثقه سکونی

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيُّمَا امْرَأَةٍ حُرَّةٌ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا عَبْدًا بَغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَدْ أَبَا حَتْ فَرْجَهَا وَلَا صَدَاقَ لَهَا» (الكافي، ج ۵، ص: ۴۷۹)

سند روایت: نجاشی علی بن ابراهیم را توثیق کرده و امامی دانسته (رجال النجاشی، ص ۲۶۰) پیرامون وثاقت ابراهیم بن هاشم برخی از علما شک کرده‌اند و لکن با توجه به اینکه نجاشی او را اولین کسی می‌داند که به نشر حدیث در قم پرداخته (همان، ص ۱۶) باید گفت: منشاء نشر حدیث در قم بودن بالاترین دلالت بر عظمت و وثاقت ابراهیم بن هاشم را دارد، علاوه بر این کثرت نقل اجلائی چون علی بن ابراهیم و محمد بن حسن صفار و محمد بن احمد بن یحیی بن عمران اشعری موجب اطمینان به وثاقت ایشان می‌شود، نوفلی و سکونی توثیق خاصی در کتب رجالی ندارند، شیخ طوسی در العده فی اصول الفقه می‌فرماید «طائفه به روایات حفص بن غیاث و غیاث بن کلوب و نوح بن دراج و سکونی و مانند آنها که از عامه هستند، هرگاه مبتلا به معارض نباشند، عمل می‌کنند.» (طوسی، محمد بن حسن، العده فی اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۴۹) از آنجا که غالب روایات سکونی از طریق نوفلی رسیده و کتاب او را نوفلی روایت کرده پس از عمل به روایات سکونی، معتمد بودن نوفلی هم ثابت می‌گردد. (شیری، کتاب نکاح، ج ۱، ص ۱۹۸) بنابراین روایت موثقه است.

دلالت روایت: عقد حرّه با عبد بدون اذن مولای عبد صحیح نیست لذا زنی که علم به عدم اذن مولا داشته و عالمانه به انجام عقد باطل بپردازد، مرتکب زنا شده است (جامع المقاصد، ج ۳، ص ۸۴) و اقدام به اباحه تبرعی فرج خویش کرده و مستحق هیچ مهریه‌ای نیست. (مسالك الافهام، ج ۸، ص ۲۴؛ جامع المدارک، ج ۴، ص ۳۲۷).

#### ۴) سحت بودن مهریه در زناى مطاوعی

روایات متعددی دلالت دارند که مالی که زانیه به عنوان مهریه دریافت می‌کند، سحت است؛ سحت در لغت عبارت از مال حرامی است که ذکر منشاء آن قبیح و موجب عار و سرزنش گیرنده مال می‌باشد. (العین، ج ۳، ص ۱۳۲؛ لسان العرب، ج ۲، ص ۴۱)

#### ۴-۱: موثقه سکونی

«عَلِيٌّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: السُّحْتُ ثَمَنُ الْمَيْتَةِ وَ ثَمَنُ الْكَلْبِ وَ ثَمَنُ الْخَمْرِ وَ مَهْرُ الْبَغْيِ وَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ وَ أَجْرُ الْكَاهِنِ».

دلالت روایت: اکتساب مال از طریق خرید و فروش میت و سگ و مشروب و رشوه به قاضی در حکم دادن و اجرای که کاهن دریافت می‌کند و مهریه‌ی زن باغیه حرام است، لازم به ذکر است که «بغی» در لغت به معانی طلب، ظلم و فجور استعمال شده است (العین، ج ۴، ص ۴۵۳؛ فیومی، مصباح المنیر، ج ۲، ص ۵۷) ولیکن به قرینه «مهر» مراد از فراز «مهر البغی» اجر و مالی است که زن زانیه در برابر عمل زنا دریافت می‌کند لذاست که طریحی گفته به زن زناکار نیز بَغْي گفته می‌شود. (مجمع البحرین، ج ۱، ص ۵۳) البته باید توجه داشت که عنوان باغیه صادق بر زنی است که با میل و رضایت تن به انجام رابطه نامشروع داده است والا زنی که به اکراه مبتلا به رابطه جنسی می‌شود باغی و گنه‌کار نخواهد بود.

#### ۴-۲: روایت سماعه

«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْجَامُورَانِيِّ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ﷺ السُّحْتُ أَنْوَاعٌ كَثِيرَةٌ مِنْهَا كَسْبُ الْحَبَامِ إِذَا شَارَطَ وَ أَجْرُ الزَّانِيَةِ وَ ثَمَنُ الْخَمْرِ فَأَمَّا الرِّشَاءُ فِي الْحُكْمِ فَهِيَ الْكُفْرُ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ» . (کافی، ج ۵، ص ۱۲۷)

سند روایت: منظور از احمد بن ابی عبدالله همان احمد بن محمد بن خالد برقی است که نجاشی او را توثیق کرده و تنها ایراد او را نقل روایات ضعیف و مرسل دانسته است. (رجال نجاشی، ص ۷۷) ابن غضائری و علامه حلی محمد بن عبدالله بن احمد ابوعبدالله جامورانی را تضعیف کرده‌اند (ابن-غضائری، ج ۱، ص ۹۰؛ الخلاصه، ص ۲۵۶) حسن بن علی بن ابی حمزه از روسای واقفیه است و نجاشی او را تضعیف کرده‌اند (رجال نجاشی، ص ۳۷) نجاشی زرعه بن محمد حصرمی واقفی و سماعه بن مهران

ظاهراً امامی دانسته و آنها را توثیق کرده است. (رجال نجاشی، ص ۱۷۶؛ ص ۱۹۳) بنابراین روایت از لحاظ سندی ضعیف و غیرقابل اعتماد است.

دلالت روایت: یکی از اقسام کسب حرام اجرت زن زانیه است، بنابراین هر مالی که زانیه در راستای جرم زنا کسب کند حرام است اعم از اینکه اجرت قبل جرم تعیین شده باشد یا به صورت مهرالمثل بعد از انجام زنا تعیین شود.

### ۳-۴: صحیحہ عمار بن مروان

«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ ابْنِ رِثَابٍ عَنْ عَمَّارِ بْنِ مَرْوَانَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ الْغُلُولِ قَالَ كُلُّ شَيْءٍ غُلٌّ مِنَ الْإِمَامِ فَهُوَ سُحْتٌ وَ أَكُلُ مَالِ الْيَتِيمِ وَ شِبْهُهُ سُحْتٌ وَ السُّحْتُ أَنْوَاعٌ كَثِيرَةٌ مِنْهَا أَجُورُ الْفَوَاحِرِ وَ ثَمَنُ الْخُمْرِ وَ التَّبْيِذِ الْمُسْكِرِ وَ الرَّبَا بَعْدَ الْبَيْتَةِ فَأَمَّا الرَّشَا فِي الْحُكْمِ فَإِنَّ ذَلِكَ الْكُفْرُ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ وَ يَرْسُولِهِ ﷺ» (الكافي، ج ۵، ص: ۱۲۶)

سند روایت: روایت دارای دو سند است:

الف: عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن عمار بن مروان قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول قال...

ب: عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن عمار بن مروان قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول قال...

تمام روات حدیث امامی و ثقه هستند الا سهل بن زیاد که نجاشی ایشان را تضعیف کرده (رجال نجاشی، ص ۱۸۵) و عمار بن مروان که اگر کلبی باشد در کتب رجالی مجهول است و اگر یشکری باشد، نجاشی ایشان را توثیق کرده (رجال نجاشی، ص ۲۹۱) آیت الله خوئی می‌فرماید «در اسناد روایات عمار بن مروان مطلق و بدون قید ذکر شده و بلاشک انصراف به شخص معروف یعنی یشکری دارد.» (معجم الرجال و الحديث، ج ۱۲، ص ۲۵۸) بنابراین سند دوم روایت صحیحہ است.

دلالت روایت: یکی از اموالی که سحت و نامشروع شمرده شده، اجرت شخص فاجر است، ماده «فاجر» هم به معنای فسق و گناه استعمال شده و هم به معنای زنا (لسان العرب، ج ۵، ص ۴۷؛ مصباح المنیر، ج ۲، ص ۴۶۲) در هر صورت اجرتی که زانیه در مقابل رابطه نامشروعی که داشته دریافت می‌کند سحت و حرام است، چرا که قدرمتیقن از معنای «اجره الفاجر» اکتساب مال از طریق زنا است.

## ادله نظریه استحقاق مهر

### روایات

روایاتی چون صحیحہ معاویہ بن وهب و مرسله دعائم الاسلام که زن زناکار عالم و راضی به زنا را مستحق دریافت مهریه دانسته معارض با روایاتی هستند که به نفی مهریه برای زانیه می‌پردازند، فقهایی چون آیت الله شبیری به این تعارض اشاره کرده‌اند. (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۶۷۹)

### الف: صحیحہ معاویہ بن وهب

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ وَهْبٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَعَلِمَ بَعْدَ مَا تَزَوَّجَهَا أَنَّهَا كَانَتْ زَنْتٍ قَالَ إِنْ شَاءَ زَوْجُهَا أَنْ يَأْخُذَ الصَّدَاقَ مِنَ الَّذِي زَوَّجَهَا وَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا» (کافی، ج ۵، ص ۳۵۵)

سند روایت: بحث از وثاقت و امامی بودن محمد بن یحیی و احمد بن محمد بن عیسی گذشت، شیخ طوسی علی بن حکم را توثیق کرده و امامی دانسته (فهرست الطوسی، ص ۲۶۴) و شیخ نجاشی معاویہ بن وهب بجللی را توثیق کرده و امامی دانسته (رجال النجاشی، ص ۴۱۲) لذا حدیث مذکور صحیحہ است.

روایت به سندی صحیح نیز توسط شیخ طوسی نقل شده که راوی از امام صادق (عليه السلام) عبدالرحمن بن ابی عبدالله بصری است. (تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۴۲۵)

دلالت روایت: اطلاق روایات «لامهر لبغی» دلالت دارد که زانیه مستحق دریافت مهریه نیست چه نسبت به همان رابطه نامشروع و هم نسبت به روابط جنسی بعدی اعم از اینکه روابط آینده مشروع یا نامشروع بوده باشد، لذا مطابق دلالت روایت هرگاه مردی جاهلانه با زنی شوهردار ازدواج کند، سپس متوجه شود که زن زناکار بوده دو راه پیش روی شوهر زانیه است یا مهریه‌ایی که به زن زانیه داده از مردی که زانیه را به ازدواج زوج درآورده پس گرفته و زانیه نیز مستحق دریافت مهریه خواهد بود یا او را رها کند؛ فقره «انها کانت زنت» دلالت دارد که عالمانه خودش را به ازدواج دیگری درآورده چرا که رابطه نامشروع جاهلانه و طی به شبهه شمرده می‌شود مانند پدری که دخترش را به عقد برادر رضاعی او درآورد یا قبل از انقضا عده دختر را به تزویج دیگری

درآورد؛ عنوان زانیه بر زن صادق خواهد بود و فقره «لها الصداق بما استحل من فرجها» دلالت دارد که زن در قبالی استحلال فرج خویش مستحق دریافت مهریه خواهد بود.

حل تعارض: فرض روایت معاویه بن وهب زمانی است که واسطه‌ای چون پدر دختر زانیه‌اش را به عقد مردی در می‌آورد و زوج بعد از ازدواج متوجه زانیه بودن زوجه می‌شود، لذا این سوال مطرح می‌شود که آیا زوج حق فسخ دارد و آیا مرد نسبت به مهریه‌ایی که به زوجه پرداخت کرده حق استیفا دارد؟ مشهور فقها قائل به عدم جواز فسخ و عدم استحقاق زوج نسبت به بازپسگیری مهریه هستند. (جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۱۷) بنابراین موضوع دو دسته روایت متفاوت است، پس تعارضی نیز در بین نیست، چرا که مفاد روایات «لامهر لبغی» این است که زانیه نسبت به عمل مجرمانه زنا مستحق دریافت هیچ مالی نیست ولی مفاد روایت معاویه بن وهب مربوط به زنی است که قبلاً عمل زنا را انجام داده و در حال حاضر در عقد نکاح مشروع قرار دارد و سوال پیش می‌آید که آیا زنا قبل ازدواج مانع دریافت مهریه خواهد بود.

#### ب: مرسله دعائم الاسلام

وَعَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ قَضَى فِي امْرَأَةٍ خَطَبَهَا رَجُلٌ إِلَى أَبِيهَا فَأَمْلَكَهُ إِيَّاهَا وَ لَهَا أُخْتُ فَلَمَّا كَانَ عِنْدَ الْبِنَاءِ أَوْلَجَ عَلَيْهِ الْأُخْتَ فَقَضَى عَلَيْهِ أَنَّ الصَّدَاقَ لِلَّتِي دَخَلَ بِهَا أَوْ يَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ عَلَى أَبِيهَا وَ اللَّتِي عَقَدَ عَلَيْهَا هِيَ امْرَأَتُهُ وَ لَكِنْ لَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَخْلُوَ أَجَلَ أُخْتِهَا. (دعائم الاسلام ج ۲ ص ۲۲۹)

سند روایت: روایت مرسل است لذا ارزش سندی ندارد.

دلالت روایت: پدر دختری که زوج را فریب داده و به جای دختر «الف» دختر «ب» را به حجله فرستاده، مقدمات زنا را فراهم کرده و دختری هم که عالمانه به این رفتار پرداخته، مرتکب زنا شده است، در عین حال فقره «ان الصداق للتي دخل بها» دلالت دارد که خواهر همسری که عالمانه به رابطه نامشروع پرداخته مستحق دریافت مهریه خواهد بود.

حل تعارض: الف: مقبوله عمرو بن حنظله بعد از فقدان رجحان یکی از رواات نسبت به دیگری، مطابق فقره «يُتْرَكُ الشَّاذُّ الَّذِي لَيْسَ بِمَشْهُورٍ» شهرت را از مرجحات دانسته، روایات «لامهر لبغی» هم شهرت روائی دارند و هم شهرت فتوائی بنابراین اخباری که دلالت بر استحقاق مهریه دارند را باید کنار گذاشت.

ب: احتمال دارد که خواهر زانیه جاهل به موضوع بوده باشد، لذا به پشتوانه روایاتی که در قسمت اول گذشت، خواهر مستحق دریافت مهریه خواهد بود.

ج: آیت الله شبیری در مقام حل تعارض می‌فرماید: روایت دعائم الاسلام بیانگر قضیه خارجیّه است؛ چرا که این روایات به لحاظ شرایط موجود در آن زمان‌ها صادر شده‌اند و لذا با روایات «لا مهر لبغی» معارضه‌ای ندارند؛ چرا که هم در آن عصر بسیاری از دختران در مقابل پدران خود مسلوب الاختیار بوده‌اند و روشن است که تمکین زنی که اکراه شده، اشکالی ندارد و استحقاق مهر هم دارد، و غرامت مهر هم بر عهده اکراه‌کننده است و هم در فرض نبودن اکراه، زن‌ها جاهل به حکم بوده‌اند و گمان داشته‌اند که با ولایت پدر، او لازم‌الاطاعة بوده و دختر باید طبق دستور او تمکین می‌کرده است، البته در عصر حاضر که دختران نه جاهل به حکم شرعی هستند و نه در برابر ولی خود مسلوب الاختیار هیستند، چنین حکمی جریان نخواهد داشت.

نقد: اصل در روایات بیان قضیه‌ی حقیقی است نه قضیه‌ی خارجی الا قرینه‌ای بر خارجی بودن مفاد روائی وجود داشته باشد، لذاست که اگر ضعف سندی و شذوذ دلالتی نبود باید مطابق مفاد روایت فتوا داده می‌شد.

### جمع بندی

هرگاه زنا همراه با تراضی میان طرفین باشد، مطابق روایاتی چون صحیحہ برید عجلّی، معتبره ریان بن شبیب، سکونی و روایاتی که مهریه و اجرت زانیه را سحت دانسته‌اند، زن زناکار مستحق دریافت مهریه نخواهد بود و دریافت هر عین یا مال یا منفعتی خلاف شرع خواهد بود ولی هرگاه زن رضایت به عمل مجرمانه نداشته باشد و به اکراه یا اجبار یا اضطرار مرتکب زنا شده باشد، مطابق ادله‌ای چون صحیحہ عبیدالله بن علی الحلّبی به مجرد دخول زن مستحق دریافت مهریه خواهد بود لذا زانی علاوه بر مسئولیت کیفری، دارای مسئولیت مدنی نیز است، البته اطلاق صحیحہ عبیدالله بن علی الحلّبی مقید به روایات «لا مهر لبغی» خواهد بود.



# میزان تعیین نفقه در فقه

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

محمد حسین رحمتی<sup>۱</sup>

## مقدمه

از جمله حقوق مسلمی که مرد در قبال همسر خویش دارد و در شریعت اسلام موظف به انجام آن است، پرداخت مخارج و نفقه زن است. اما اینکه نفقه شامل چه مواردی می‌شود، آیا تنها خوراک و پوشاک تحت عنوان نفقه قرار می‌گیرد، یا وسائلی که زن در زینت خود به آنها نیاز دارد و یا حتی هزینه‌های درمان و تحصیل نیز می‌تواند مشمول نفقه شود؟ ثانیاً بعد از معلوم شدن موارد نفقه، فقیه با این پرسش روبه‌رو می‌شود که مقدار و کمیت نفقه چه اندازه است، مثلاً در خوراک مرد موظف به پرداخت چه مقدار نفقه در روز یا ماه است، یک مد طعام یا بیشتر و در مانند لباس آیا باید چه مقدار لباس برای زن تهیه کند؟ آیا قانون‌گذار برای مقدار نفقه اندازه‌ای را معین کرده و یا خیر؟ و اگر قانون‌گذار تقدیری را معین نکرده، ملاک او در کمیت نفقه چیست؟ مقاله پیش‌رو به در صدد بررسی و پاسخ به پرسش‌های فوق است که با نقل اقوال و طرح ادله راه حلی را برای سوالات پیش‌گفته ارائه می‌دهد.

---

<sup>۱</sup>. دانش پژوه گروه فقه خانواده، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

## مسأله اول: مفهوم و مصادیق نفقه

نفقه در لغت از ماده نفق به معنی خرج شدن و تمام شدن است و نفقه آن چیزی است که مصرف می‌گردد. و نیز به معنای خرج، هزینه و مایحتاج معاش آمده است (راغب اصفهانی، مفردات، ص ۸۱۹) العین نیز نفقه را چنین تعریف می‌کند «ما انفقت و استنفقت علی العیال و نفسک»، (فراهیدی، العین، نفق).

اما نفقه در اصطلاح، یک مفهوم کاملاً عرفی است و شارع مقدس آن را به عرف واگذار کرده است، لذا فقها غالباً نفقه را با ذکر مثال بیان نموده‌اند، نه آنکه به تعریف و حدود آن پردازند. البته تعاریف کوتاهی مانند «مایحتاج زن» (نجفی، جواهرالکلام، ج ۳، ص ۳۳۰) «آنچه زن بدان نیازمند است و در شأن چنین زنی در آن شهر است». (حلی، تحریرالاحکام، ج ۲، ص ۴۷) در کلام فقها وجود دارد. و اگر در کلام فقها اختلافی در برخی مصادیق مشاهده می‌شود، سبب ابهام معنای نفقه نمی‌گردد.

### مصادیق نفقه در کلام فقها

فقها در پاسخ به این پرسش که نفقه چه مواردی را در برمی‌گیرد و زوج در قبال زوجه خود موظف به پرداخت چه مخارجی می‌باشد، با بیان مصادیق و ذکر مثال، آنچه بر عهده مرد می‌باشد را مشخص نموده‌اند.

شیخ طوسی خدمتکار، خوراک، پوشاک و روغن، شانه، متکا و پتو را از مشمول نفقه می‌داند، و برخی موارد را نیز از نفقه استثنا می‌کند مثل دستمزد طبیب و مخارج دارو. (شیخ طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۴) محقق حلی در شرایع نیز به شش مورد (ج ۲، ص ۲۹۳) و صاحب جواهر به هشت مصداق از موارد نفقه اشاره کرده‌اند. (نجفی، جواهرالکلام، ج ۳، ص ۳۳۶)

اما آنچه از عبارات فقیهان مشهود است، توسعه مصادیق نفقه است تا جایی که محقق و مرحوم نجفی با تعیین ضابطه‌ای کلی محدوده نفقه را مشخص کرده و آن را منحصر به آنچه از مصادیق در کلام فقها آمده نمی‌دانند. مرحوم محقق، در کتاب شرایع می‌نویسد: اما ضابطه در اندازه نفقه، تأمین آن چیزی است که زن به آن احتیاج دارد (ج ۲، ص ۲۹۳)

## مصادیق نفقه در آیات و روایات

اینک به منظور پاسخ به اینکه نفقه شامل چه مصادیقی است، به طرح آیات و روایاتی که در ضمن آنها نفقه بیان شده می‌پردازیم، تا با بررسی دلالت آنها معلوم شود زوج در مقابل زوجه خود باید متحمل چه مخارجی شود و وظیفه او در این مورد چیست.

### الف-آیات

از آیاتی که می‌تواند، قلمرو و مصادیق نفقه را مشخص کند و در این باره ضابطه‌ای کلی بیان نماید، آیه ۲۴ سوره نساء است: «وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» در این آیه خداوند خطاب به مردان، ایشان را فرمان می‌دهد تا با همسران خود به نحو متعارف و پسندیده، معاشرت داشته باشد، زندگی پسندیده نفقه را نیز در برمی‌گیرد، چرا که با ممانعت مرد از پرداخت هزینه‌های زندگی به زن، زوجه در تنگنای قرار گرفته وبا عسر و حرج وی، معاشرت پسندیده صادق نیست. همچنین اطلاق آیه مبارکه بیان می‌دارد، مرد در انجام این تکلیف باید مراعات معروف را بنماید، یعنی صرف پرداخت خوراک و پوشاک، بدون در نظر گرفتن سایر مایحتاج زن و نپرداختن هزینه در این موارد، موجب خلاصی ذمه مرد نسبت به این فرمان نمی‌شود، در صورتی از عهده این تکلیف برآمده که در حد توان خود، هزینه‌های دیگر زن را که به آنها نیاز دارد، تامین نماید. پس اطلاق آیه، هر آنچه را که معروف و پسندیده باشد، تحت مصادیق نفقه داخل می‌کند.

### ب- روایات

برخی روایات نیز به بیان مصادیق نفقه پرداخته و با بیان مواردی حدود آن را معین می‌کند، روایاتی نیز به ذکر مورد اکتفا ننموده و ضابطه‌ای کلی در اختیار مخاطب قرار می‌دهد. روایات مربوط به نفقه را می‌توان به، سه دسته تقسیم کرد.

۱- روایتی که نفقه را به عنوان احسان و حق زن معرفی می‌نماید.

«محمد بن یعقوب، عن ابی علی الأشعری، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن اسحاق بن عمار قال: قلت لابی عبدالله علیه السلام: ما حق المراه علی زوجها الذی اذا فعله کان محسناً؟ قال:

یشبعها و یکسوها و ان جهلت غفرلها» (عاملی، وسائل، ج ۲، ص ۱۶۹)

تمام افراد واقع در سند این روایت مورد اعتماد بوده و از این جهت حدیث مواجه با ایرادی نیست.

در این حدیث احسان به زن را سیر کردن و پوشاندن او معرفی می‌نماید. در مفردات راغب درذیل واژه معروف در آیه «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ» و آیه «فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» معروف را احسان معنا نموده است. و از آنجا که احسان داشتن و مراعات معروف در آن زمان بیش از این را اقتضا نمی‌کرده که مرد خوراک و پوشاک زن را تامین کند، لذا ذکر این دو مورد روایت نمی‌توان نفقه را محدود کرده و آن را منحصر به این موارد کند.

۲- روایاتی که نفقه را به عنوان حق زن معرفی کرده و به ذکر مصادیق آن می‌پردازد.

«محمد بن الحسن بن ابراهیم عن هاشم بن نوح بن شعيب عن شهاب بن عبد ربّه قال: قلت له: ما حق المرأة على زوجها؟ قال: يسد جوعتها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجهها فإذا فعل ذلك فقد والله أدى إليها حقها لت: فالدّه؟ قال: غبا يوما ويوما لا قال: قلت فالحلم؟ قال: في كل ثلاثة ايام مرة في الشهر عشر مرات لا اكثر من ذلك، قلت: فالصغ؟ قال: في كل ستة اشهر، ويكسوها في كل سنة اربعة اثواب ثوبين للشتاء وثوبين للصيف، ولا ينبغي أن تقرب بيتك من ثلاثة اشياء: الخل والزيت ودهن الرأس، وقوتهن بالمدفاني أقوت عيالي بالمد وليقدّر كل انسان منهم قوته فان شاء اكله وان شاء وهبه وان شاء تصدق به، ولا يكون فاكهة عامة إلا اطعم عياله منها، ولا يدع ان يكون للعديد من عيدهم فضلا من الطعام ان ينيلهم من ذلك شيئا لا ينيلهم في سائر الايام» (همان، ج ۲، ص ۵۱۳ وطوسی، تهذيب، ج ۷، ص ۴۵۷)

روایت دارای دو سند است، يك سند را مرحوم كليني در کافی به این شکل: «محمد بن يعقوب، عن عدّة من اصحابنا، عن أحمد بن ابي عبد الله، عن محمد بن عيسى عن عمّن حدّثه (ارسال) عن شهاب بن عبد ربّه.» آورده که مرسله و ضعیف است.

و سند دیگر را مرحوم شيخ طوسی در تهذيب بیان نموده. «و رواه الشيخ يأسناده عن محمد بن حسن الصقار، عن ابراهيم بن هاشم، عن نوح بن شعيب عن شهاب بن عبد ربّه.» (تهذيب، ج ۷، ص ۴۵۷) در مورد «نوح بن شعيب» اختلاف است. دو شخص با این نام در کتب رجالی وجود دارد «نوح بن شعيب بغدادی» و دیگری «نوح بن شعيب خراسانی» است که گاهی نیشابوری هم می‌گویند. نوح بن شعيب بغدادی ثقة ولی نوح بن شعيب خراسانی مجهول الحال است. (مکارم شیرازی، کتاب نکاح، ج ۷، ص ۴۳)

مرحوم محقق اردبیلی در جامع الروات در ذیل بحث، در شرح حال نوح بن شعیب خراسانی کلامی دارد که اگر آن را بپذیریم روایت صحیح می‌شود. به نظر محقق اردبیلی به دو دلیل این دو، نام يك فرد است:

- ۱- راویان او (ابراهیم بن هاشم و احمد بن محمد بن خالد) از اصحاب امام جواد علیه السلام هستند و «بغدادی» هم از اصحاب حضرت علیه السلام است، بنابراین نوح بن شعیب خراسانی که راویانش و خودش از اصحاب امام جواد علیه السلام هستند، همان نوح بن شعیب بغدادی است.
- ۲- در اسناد روایات نوح بن شعیب بغدادی دیده نمی‌شود، در حالی که ثقه است و بعید است که روایتی در هیچ يك از کتب روایات نداشته باشد، پس معلوم می‌شود که او همان نوح بن شعیب بغدادی است.

مرحوم اردبیلی در ادامه می‌گوید: چرا به او بغدادی و خراسانی گفته می‌شود؟ در جواب می‌گوید ممکن است در ابتدای کار در بغداد و در انتها در خراسان بوده و یا به عکس (ج ۲، ص ۲۹۷) (مکارم شیرازی، کتاب نکاح، ج ۷، ص ۴۳) پس با پذیرش سخن محقق اردبیلی می‌توان سند حدیث را صحیح دانست چنانچه صاحب جواهر این رایت را صحیح می‌داند (ج ۳۱، ص ۳۳۰).

اما در مورد دلالت این روایت باید گفت: امام علیه السلام در این روایت در مقام بیان هزینه‌های متعارف در آن زمان بوده است و ظهور روایت چنین است که حضرت علیه السلام در مقام حصر نفقه در آنچه بیان فرموده‌اند نیز نبوده‌اند، چرا که برخی مصادیق را پس از سؤال راوی، ذکر نموده‌اند. روایت فوق به روشنی می‌رساند، مقصود از سد جوع و ستر عورت، معنایی وسیع تر از ظهور ابتدایی آن است، که تحت آن مواردی غیر از خوراک و پوشاک نیز قار می‌گیرد.

- ۳- روایاتی که به ذکر مصادیق پرداخته بلکه معیار کلی را در اختیار مخاطب قرار می‌دهد.

الف- «محمد بن یعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعا، عن ابن محبوب، عن العلاء بن رزين، عن محمد بن مسلم قال: قال رجل لابي جعفر عليه السلام: إن لي ضيعة بالجليل اشتغلها في كل سنة ثلاث آلاف درهم فانفق على عيالي منها ألفي درهم وأتصدق منها بألف درهم في كل سنة، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كانت الالفان تكفيهم في جميع ما يحتاجون

إليه لستهم فقد نظرت لنفسك ووفقت لرشدك وأجريت نفسك في حياتك بمنزلة مايوصي به الحي عند موته» . (همان، ج. ۲۱، ص ۵۴۲).<sup>۱</sup>

سند روایت با اشکالی روبه رو نیست و تمام افراد آن ثقة‌اند و یا راهی برای وثاقت آنها وجود دارد، مفهوم جمله شرط «إن كانت الالفان ..» می‌رساند، مبلغی را که شخص در اختیار خانواده خود قرار می‌دهد اگر نتواند همه مایحتاج ایشان را تامین کند، شخص در رشد خود موفق نشده و مانند کسی نیست که در هنگام مرگ وصیت کند. پس آنچه امام علیه السلام بیان می‌نماید و آن را ملاک موارد نفقه می‌دانند، تامین مخارج یک ساله خانواده است. پس نفقه شامل مواردی است که زن به آنها نیاز دارد.

ب- روایت مرسلی که شیخ طوسی از رسول الله صلی الله علیه و آله نقل می‌کند: «روی أنَّ هُند جاءت إلى رسول الله صلی الله علیه و آله فقالت: يا رسول الله إنَّ أباسفیان رجل شحيح وإِنَّه لا يعطينی وولدی إلاَّ ما أخذ منه سرّاً وهو لا يعلم فهل علیّ فيه شيء؟ فقال: خذی ما یکفیک وولدک بالمعروف»<sup>۲</sup>

این روایت نیز معیار کلی به مخاطب ارائه می‌دهد و آن اینکه نفقه تنها خوراک و پوشاک را دربر نمی‌گیرد، بلکه تامین مخارج زن در آنچه به آن نیاز دارد، تحت عنوان نفقه است و زوج موظف به پرداخت و تامین آن است.

### جمع بندی

از بررسی آیات و روایات به دست می‌آید که میزان در مصادیق نفقه، تمام چیزهایی است که با تامین شدن آنها، معاشرت پسندیده، با زن صدق می‌کند. و باید گفت: معاشرت پسندیده، در عرف‌های مختلف و نسبت به افراد مختلف متفاوت است. گاهی در جامعه‌ای مرد با پرداخت نفقه به مقداری که از نیازهای زن کفایت کند، معاشرت پسندیده را در حق زن روا داشته، و در عرف

<sup>۱</sup>. البته شاید نتوان از این روایت استفاده کرد که جمیع آنچه زن به آن نیاز دارد، تامین آن بر مرد واجب باشد، بلکه روایت بیش از استحباب را نمی‌رساند، چرا که عباراتی نظیر «فقد نظرت لنفسك ووفقت لرشدك وأجريت نفسك في حياتك بمنزلة مايوصي به الحي عند موته» با اینکه این موارد و این مقدار دادن نفقه بر مرد مستحب باشد نیز سازگاری دارد. در این صورت نمی‌توان به این روایت استدلال کرد.

<sup>۲</sup>. سند روایت به علت ارسال ضعیف است.

دیگر این مقدار کافی نیست بلکه علاوه بر آن باید شان زن نیز در نظر گرفته شود، چرا که شان وی، بیش از مقدار نیاز را اقتضا می‌کند، و مرد در این صورت، زمانی با همسر خود، معاشرت پسندیده دارد، که نفقه زوجه خود را با ملاحظه جایگاه، موقعیت، قدر و مرتبه وی به او پرداخت نماید. پس آنچه ملاک و معیار تعیین گستره است، معاشرت پسندیده می‌باشد.

برای استفاده این معنا از آیات و روایات، دو مقدمه لازم و ضروری است. اول اینکه مراد از معروف، پسندیده در نزد عرف است. بسیاری از فقها و مفسرین در مورد معنای معروف، همین برداشت را از آیه شریفه داشته‌اند، شیخ طوسی در المبسوط، (ج ۶، ص ۴) ابن ادریس در سرائر، (ج ۲، ص ۶۵۵) و از متأخرین سبزواری در المذهب، (ج ۲۵، ص ۲۱۴) معروف را «ما يتعارف الناس» معنا می‌کنند. علامه طباطبایی در المیزان می‌فرماید: «قوله تعالى: وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» إلى آخر الآية المعروف هو الأمر الذي يعرفه الناس في مجتمعهم من غير أن ينكروه و يجهلوه». (ج ۴، ص ۲۵۵) مقصود علامه طباطبایی از يعرفه الناس اینست که مردم آن را به خوبی می‌دانند و آن را روش صحیح می‌دانند. چنانچه از شواهدی در کلام فقها نیز مشهود است، مقصود ایشان از «ما يتعارف الناس» همین معنا می‌باشد. (درس خارج فقه استاد سید جواد شبیری ۹۶/۱۲/۷) در تفسیر نمونه نیز آمده است: با آن‌ها به طور شایسته معاشرت کنید. عاشروهنّ بالمعروف دستور معاشرت شایسته و رفتار انسانی مناسب به زنان را صادر می‌کند. (ج ۳، ص ۳۲۰)

مقدمه دوم که برای اثبات ملاک مورد نظر ضروری است، این که مراد از امر در «عاشروهن» امر مولوی باشد. شاید تصور شود که آیه شریفه عاشروهن بالمعروف به دلیل اینکه صدورش از سوی شارع مقدس به جهت ارشاد و راهنمایی به حکم عقل است، از اوامر ارشادی است و بر مخالفت آن ثواب و عقابی مترتب نمی‌باشد. در حالی که می‌توان حکم ارشادی را به حکم ارشادی مولوی و حکم ارشادی غیر مولوی تقسیم کرد در ارشادی مولوی، مولویت وجود دارد، و در اوامری مانند اوفوا بالعقود، امضای عقد لازم، حکم مولوی و ثابت به جعل شرع نیز است (مصباح الفقاهه: ج ۶، ص ۲۷) در موضوع مورد بحث ما نیز معاشرت به معروف فقط ارشاد عقلی نیست، و وجوب مولوی شرعی نیز بر آن مترتب است بلکه همانطور که مفسران گفته‌اند ظهور در مولویت دارد.

لذا هم معنای پسندیده از واژه معروف، و هم مولوی بودن امر در «عاشروهن» برداشتی است که بسیاری از فقها و مفسرین از آیه داشته‌اند، و با چنین تفسیری از آیات و روایات، اینکه معیار در مصادیق نفقه، معاشرت پسندیده باشد، روشن و واضح است. فقهایی چون محقق حلی و مرحوم نجفی که در مقام ضابطه‌ای کلی بیان نموده و به ذکر مصادیق اکتفا نکرده‌اند، احتمال دارد مستند ایشان در این قول، توجه به واژه معروف و امر به معاشرت به معروف باشد، که در آیات و روایات بکار رفته است، چرا که در این منابع، ضابطه‌ای که موارد نفقه را معلوم کند و یا اشاره‌ای به شان و یا نیاز زن داشته باشد، وجود ندارد.

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان گفت: اگر موقعیت اجتماعی و احتیاجات زن، تفاوت کرده باشد، (چرا که زمان و مکان در جایگاه اجتماعی و شان زن تأثیر دارد)، مثلاً بانوان در عصر کنونی نیازهای علمی تازه‌ای دارند مانند تحصیل، دسترسی به کتاب، تلفن، فضای مجازی، و سایت‌های اطلاعاتی، زیرا عرف امروز در اکثر مناطق جهان حکم می‌کند که و تحصیل و پیشرفت علمی از جمله حقوق ضروری زن محسوب می‌شود و اگر زنی مایل به ادامه تحصیل بود و این نیاز توسط عرف پذیرفته شد مرد موظف به تأمین هزینه‌های آن برای همسر خود است.

همچنین درباره نفقه درمان زن، باید به عرف مراجعه کرد، اگر از نظر عرف مردم، مرد موظف به پرداخت هزینه معالجه همسرش باشد، شرع هم او را موظف به پرداخت می‌کند و اگر عرف حکم کند، تحمل هزینه‌های درمان زن، در مانند بیماری‌های سختی که درصد بهبودی زن در آن بسیار اندک است، دور از انصاف است و تنها موجب در تنگنا قرار گرفتن مرد و نابودی زندگی وی می‌شود، نمی‌توان وی را ملزم به تأمین هزینه درمان همسر خود کرد. البته در این وضعیت مرد میتواند از باب عمل به احسان و انصاف، هزینه درمان زن را تقبل کند.

### مسأله دوم: مقدار نفقه

پس از آن که معلوم شد نفقه زن شامل چه مواردی است و مرد عهده دار تأمین چه چیزهایی برای همسرش است باید به این پرسش پاسخ داده شود که وظیفه مرد در کمیت تأمین مایحتاج زن چیست، مثلاً اگر مرد موظف است خوراک و پوشاک که از نیازهای زن است را در اختیار وی قرار دهد، این خوراک و پوشاک باید به چه اندازه باشد؟ آیا قانون‌گذار برای آن ملاک خاصی

ارائه داده و یا مقداری را مشخص نموده، و یا اینکه آن را به زوجین و یا عرف محل زندگی آنها واگذار کرده است. در این موضوع دو قول در بین دانشمندان از فقها وجود دارد.

### نظریه اول: تعیین مقدار توسط شارع

برخی از فقها بر این عقیده اند که شارع اندازه نفقه زن را مشخص کرده است. مرحوم شیخ طوسی در کتاب الخلاف می نویسد شارع برای خوراک هر روز، یک مد طعام که برابر دو رطل و ربع آن است را مشخص کرده است پس از آن از شافعی نقل می کند: اگرزوج از توانایی مالی برخوردار باشد، موظف به پرداخت دو مد برای هر روز، و اگر متوسط باشد، برای هر روز یک و نیم مد و چنانچه فقیر باشد، یک مد طعام باید بپردازد. ابوحنیفه نیز معتقد است: اگر مرد ثروتمند باشد، باید بین هفت الی هشت مد در هر ماه و در صورتی که فقیر باشد، چهار الی پنج مد خوراک به همسر خود بپردازد. شیخ طوسی مستند خود را در این موضوع اجماع و اخبار امامیه می داند. (طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۱۲)

مرحوم نجفی در مورد این دیدگاه چنین می نویسد: از اخباری که در کتب امامیه گرد آمده تنها خبر شهاب بن عبدربه بر این نظر می تواند دلالت کند که آن را نیز باید حمل بر فضیلت و استحباب کرد. (نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۱)

برخی از افرادی که برای اندازه نفقه، تقدیر شرعی قائل هستند، بر این باوراند که زن مقداری که به عنوان کفاره در افطار روزه به فقیر پرداخت می گردد را مستحق می باشد و این اندازه برعهده مرد است. (ابن قدامه، شرح الکبیر، ج ۹، ص ۲۳۱) در صورتی که این قول نیز دلیل قانع کننده ای ارائه نمی دهد.

### نظریه دوم: عدم تعیین مقدار توسط شارع

آنچه مقدار نفقه را مشخص می کند، میزان کلی (معروف) است که در آیات و روایات مطرح است. معروف به همانچه در نزد عرف پسندیده شناخته می شود اطلاق می گردد. مثلاً اینکه مرد چه مقدار نفقه در اختیار زوجه قرار دهد ملاک اش همان معروف و پسندیده بودن است. و بیان شد برای معاشرت بالمعروف تلفیقی از شان و نیاز در نظر گرفته می شود. مقصود از نیاز، همان نیازهای زوجه در زندگی است، اما اینکه مقصود از شان چیست و نسبت به چه افرادی و چه محلی باید

در نظر گرفته شود، نسبت به آنچه متعارف محل زندگی زوجین است، یا نسبت به معمول و متعارف افرادی که در حدّ توان مالی مرد می‌باشند، یا باید حدّ متعارف زنانی که از نظر موقعیت خانوادگی و اجتماعی در حدّ زوجه می‌باشند لحاظ گردد؟ در این مورد بین فقها اختلاف وجود دارد که در ذیل به تبیین آن‌ها می‌پردازیم:

### الف: نظریهٔ تاثیر شأن و موقعیت اجتماعی زن در مقدار نفقه

شأن در لغت به معنای جایگاه، موقعیت، قدر و مرتبه آمده است (دهخدا، ج ۹، ذیل واژه؛ خلیل جر، ج ۲، ص ۱۲۳۵). منظور از آن در این باب، موقعیت اجتماعی زن به لحاظ وضع خانوادگی، جایگاه شغلی و اوصاف شخصی مانند تحصیلات و غیره می‌باشد (خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۳۶۵؛ سبحانی، نظام النکاح، ج ۲، ص ۳۶۲) این معنا از شأن می‌تواند در برخی موارد سبب توسعه و فزونی نفقه از مقدار متعارف گردد، مثل اینکه در محل زندگی زوجین، مقدار متعارف نفقه، رفع نیازهای ضروری زوجه است، اما شأن زن، بیش از این مقدار را طلب می‌کند، در این صورت اگر شأن زوجه در مقدار نفقه لحاظ شود، زوج موظف است علاوه بر دادن نفقه در مقدار متعارف و رفع نیازهای ضروری زوجه، مطابق موقعیت اجتماعی او، در دادن نفقه توسعه دهد. اما ملاحظه شأن و موقعیت اجتماعی زن، در مواردی که پایین‌تر از مقدار متعارف محل زندگی زوج باشد، سبب کاستی نفقه نمی‌گردد، چرا که زوج در این صورت موظف به رعایت معیار کلی (معروف) است، و مرد در صورتی که به مقدار متعارف محل زندگی نفقه دهد، صدق می‌کند که این ملاک را رعایت کرده. همچنین اگر بپذیریم ملاک مقدار متعارف، حدّ متعارف و معروف، نسبت به متعارف مردانی که در حدّ شرایط و توانایی مالی مرد هستند، می‌باشد، در این صورت نیز ملاحظه موقعیت اجتماعی مرد در مواردی سبب افزایش نفقه از مقدار متعارف محل زندگی زوج می‌گردد، اما در برخی موارد موجب کاستی نفقه است. مثل اینکه که وظیفه زوج اینست که، مایحتاج زوجه را با توجه به توانایی خود تامین کند، و توانایی و موقعیت اجماعی مرد، کم‌تر از مقدار متعارف محل زندگی وی است.

لذا با توجه به اینکه، ملاحظه موقعیت اجتماعی و خانوادگی، می‌تواند سبب تغییر در مقدار نفقه شود، به بررسی گفتار فقهاء و ادله ایشان در اینکه منظور از حد متعارف و ملاک معروف نسبت به چه کسی باید لحاظ شود، می‌پردازیم.

برخی از فقها براین باورند، معیار دراندازه نفقه، مراعات شأنِ زوجه است، و لحاظ اینکه میان زنان هم سطح او چه چیزی عرف و متداول می‌باشد. از کسانی که به این نظریه گرویده‌اند می‌توان به محقق حلی<sup>(ره)</sup> (ج ۲ ص ۲۹۳) علامه حلی<sup>(ره)</sup> (ج ۴ ص ۳۰) امام خمینی<sup>(ره)</sup> (ج ۲ ص ۳۱۵) و آیت الله خویی<sup>(ره)</sup> اشاره نمود.

کسانی که این نظریه را پذیرفته‌اند، ادله‌ای را مستند قول خویش می‌دانند از جمله:

۱- آیه: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره/ ۲۳۳) مطابق این آیه معیار در تعیین اندازه نفقه، زنان‌اند و نه مردان. زیرا در آیه شریفه که رزق و کسوه مطرح شده، به ضمیر «هن» اضافه گردیده، و آن نیز به والدات در آغاز آیه باز می‌گردد. (مغنیه، الفقه علی مذاهب الخمسه، ج ۵، ص ۳۰۷)

۲- آیه: «عَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء: ۱۹) این آیه نیز معیار را معاشرت بالمعروف معرفی می‌نماید و معاشرت به معروف این است که زوج مایحتاج زوجه را با لحاظ وضعیت و شأن خانوادگی و اجتماعی او تأمین نماید.

۳- فرمایش پیامبر<sup>(ص)</sup> همسر ابوسفیان «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»: این روایت نیز دلالت بر رفع نیازمندی‌های زوجه و کفایت وی به‌طور متعارف دارد. (بصری، نفقات الزوجه، ص ۶۳)

۴- نفقه از این جهت واجب شده تا نیازهای زن تأمین گردد، در حالی که موقعیت اجتماعی و خانوادگی زن در برآورده شدن نیازهای او معتبر است، بنابراین شأن وی باید مراعات شود نه شخصی که عهده دار نفقه شده است.

۵- روایت محمد بن مسلم که در آن معیار را، «آنچه زن برای زندگی به آن احتیاج دارد» قرار داده که با نیازهای معمول و سطح زندگی زن تناسب دارد، بنابراین، میزان در معروف، آنچه متعارف بین زنان هم سطح زوجه است می‌باشد و باید شأن وی لحاظ شود. البته اما اگر مرد توانایی تأمین آنچه در شأن زن است را ندارد، در این صورت علاوه بر تأمین نیازهای زن در حد توان خود، هزینه‌هایی که از توان مرد بیرون است اما شأن زن آن را اقتضا می‌کند، به صورت دین بر عهده مرد می‌آید و زمانی که وی از گشایش مالی برخوردار بود موظف به پرداخت آن می‌باشد. و اگر خداوند در قرآن کریم فرموده: «لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (سوره طلاق/ ۷) در صورتی است که مرد در

تنگنای اقتصادی قرار دارد، در این حال به میزان توانایی خود وظیفه دارد و نسبت به آنچه در توان او نیست اما شان زن می‌باشد ذمه او مشغول است و در صورت توانایی مالی باید از عهده آن برآید. (جواهرالکلام، ج ۳، ص ۳۳۳)

### ب: نظریه تأثیر تمکن مالی مرد در مقدار نفقه

برخی از فقها توانایی مالی مرد را ملاک دانسته اند، از جمله ایشان قاضی ابن البراج (مذهب، ج ۲، ص ۴۵) و شیخ طوسی (المبسوط، ج ۶، ص ۶) می‌باشند. مهم‌ترین دلایل این گروه عبارت است:

۱- آیه شریفه: «لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ ۖ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (طلاق / ۷) مطابق این آیه شریفه مرد موظف است به اندازه وسع و گشایش مالی خویش نفقه پرداخت نماید، فردی که از وسعت روزی بیشتری برخوردار است مناسب حال خود و شخص فقیر نیز به میزان توانایی‌اش انفاق نماید. در این آیه وضعیت مالی مرد میزان قرار گرفته یعنی وسعت مالی مرد تعیین کننده مقدار انفاق است. «لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» عهده مرد به مقدار بهره‌مندی وی از وسعت مالی می‌باشد، و اثبات مشغول شدن ذمه وی و دین بودن هزینه‌هایی که مرد توانایی آن را ندارد اما مطابق شان زن است، خلاف مفاد آیه می‌باشد. و عبارت «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» رساننده این نکته است که سختی پایدار نیست و فراخی و وسعت به دنبال آن خواهد بود و ارشادی به اثبات دین بر عهده مرد ندارد. بلکه اثبات آن با عبارت «لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» تناسب ندارد چرا که وجوب پرداخت نفقه زن به صورت دین بر عهده مرد، تکلیفی است زاید بر آن چه خداوند اکنون در اختیار انسان گذارده است.

۲- عرف در مورد مردی که توانایی مالی ندارد بیش از مقدار توانایی‌اش حکم نمی‌کند و او را ملزم به پرداخت هزینه‌ای که در توان او نیست نمی‌کند. همچنین عرف و عقلا می‌گویند: اگر مرد از تمکن مالی برخوردار باشد باید مطابق شان خود انفاق کند چرا که مرد ثروتمندی که با زنی از طبقه ضعیف جامعه وصلت نماید، اگر به میزان شان زن در رفع نیازهای وی بکوشد، مورد سرزنش است و کاری خلاف معاشرت بالمعروف انجام داده که عرفاً خلاف انصاف است. (سبزواری، ج ۲، ص ۳۰۲)

### ج: نظریهٔ تاثیر تمکن مرد و موقعیت زوجه

انفاق برای زوجه به لحاظ توانایی و شان مرد و موقعیت اجتماعی زن مقدر می‌گردد. چنانچه زن و شوهر از لحاظ موقعیت خانوادگی و طبقه اجتماعی اختلاف دارند، نفقه به لحاظ حال هر دو معین می‌شود، این دیدگاه که با جمع ادله دو گروه سابق نظر خود را به اثبات می‌رساند در باره آن می‌توان گفت: در هر صورت آنچه تعیین کننده مقدار انفاق زوج است و با در نظر گرفتن آن باید نفقه زوجه پرداخت شود، تمکن مالی مرد است. در فرضی که توانایی مرد در سطح پایینی قرار دارد، باید به همان مقدار اکتفا شود و معروف و متعارف برای زوجه وی، همان اندازه‌ای است که زنان هم سطح او با توجه به وضعیت مالی همسرانشان دریافت می‌کنند. و در صورتی که مرد در گشایش اقتصادی قرار دارد معروف در حق او اینست که مراعات شان و جایگاه خود و موقعیت زن را در نظر بگیرد.

آنچه ذکر شد دارای شواهدی از روایات نیز می‌باشد. محمد بن علی بن الحسین فی (الخصال):  
عن أبيه، عن أحمد بن إدريس عن محمد بن أحمد، عن علي بن إسماعيل، عن محمد بن عمر، عن رجل، عن العياشي قال: استأذنت الرضا عليه السلام في النفقة على العيال، فقال: بين المكروهين، قلت: لا أعرف المكروهين، قال: إن الله كره الاسراف وكره الاقتار فقال: (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) (حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۵۵۶)

وعن علي بن محمد، عن أحمد بن أبي عبدالله، عن محمد بن علي، عن محمد بن سنان، عن أبي الحسن عليه السلام في قول الله عز وجل: (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) قال: القوام هو المعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره على قدر عياله ومؤنته التي هي صلاح له ولهم، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها. (همان)<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> از افراد سلسله سند محمد بن سنان مورد اختلاف است، و محمد بن علی ابوسمینه هم به علت غلو ضعیف

این دو روایت به روشنی رساننده این مطلب است که توجه به مکنت مالی مرد مشخص کننده حد واسط میان اسراف و امساک است، اما توانایی مرد با رعایت حال و شان زوجه (علی قدر عیاله و مئوته التی هی صلاح له ولهم).

### جمع بندی

فقها در پاسخ به این پرسش که نفقه چه مواردی را در برمی گیرد، با بیان مصادیق آنچه بر عهده مرد می باشد را مشخص نموده اند. اما آنچه از عبارات فقیهان مشهود است، توسعه مصادیق نفقه از موارد اندک و محدود است تا جایی که محقق و مرحوم نجفی با تعیین ضابطه ای کلی محدوده نفقه را مشخص کرده و آن را منحصر به آنچه از مصادیق در کلام فقها آمده نمی دانند. از بررسی آیات و روایات به دست می آید میزان دراین باره آن چیزهایی است که با تامین آنها، معاشرت پسندیده، با زن صدق می کند. پس از آن که معلوم شد نفقه زن شامل چه مواردی است باید به این پرسش پاسخ داده شود که وظیفه مرد در کمیت تامین مایحتاج زن چیست، در این موضوع دو قول در بین دانشمندان از فقها وجود دارد. برخی معتقداند شارع برای اندازه نفقه مقداری را مشخص کرده در حالی که این قول دلیل قانع کننده ای ارائه نمی دهد برخی دیگر نیز بر این باورند آنچه مقدار نفقه را مشخص می کند، میزان کلی (معروف) است و برای صدق معاشرت بالمعروف تلفیقی از شان و نیاز در نظر گرفته می شود. مقصود از نیاز، همان نیازهای زوجه در زندگی است، اما اینکه مقصود از شان چیست و نسبت به چه افرادی و چه محلی باید در نظر گرفته شود، در این مورد بین فقها اختلاف وجود دارد، برخی شان زن و برخی توانایی مرد و گروه دیگر مراعات موقعیت زن و توانایی مرد را معیار قرار داده اند. البته نظریه سوم علاوه بر جمع بین ادله دو گروه سابق، شواهد صریحی از روایات نیز ارائه می دهد.

ماهنامه داخلی حاصل کار طلاب گروه های تخصصی است که با توجه به  
نظامنامه آموزشی مدرسه باید هر ماه یک تحقیق علمی پیرامون مباحث  
مطرح شده در درس خارج فقه تدوین نمایند.  
امید است این تغییر رویکرد در ارائه دروس خارج تخصصی گام موثری به  
سوی اهداف مدرسه که همان تولید علم و نظریه پردازی در عرصه فقه های  
تخصصی است ، باشد.