

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی

ویژه‌نشر تحقیق‌های درسی طلاب

شرطیت مطالبه مسروق منه در اثبات جرم سرقت / سیدمحمدحسن نصراللهی

بررسی مجازات جیب‌بر / حسن رضایی صرمی

امکان فسخ عقد ضمان از طریق خیار و اقاله، / غلامرضا احسنی

امکان سنجی مشروعیت ضمان اعیان مضمونه / محمدکاظم شم آبادی

اشتراط الاجتهاد فی الحاکم الاسلامی عند اهل السنه / مرتضی رادمهر

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی

/ محسن یوسفی



نوشتاری از طلاب:

گروه فقه جزاء

گروه فقه اقتصاد

گروه فقه سیاسی

گروه فقه معاملات

۵	شرطیت مطالبه مسروق منه در اثبات جرم سرقت، سیدمحمدحسن نصراللهی
۵	مقدمه
۷	نظریه اول: لزوم شکایت صاحب مال از فرد سارق
۷	دلیل اول: اجماع
۷	نقد و بررسی
۸	دلیل دوم: روایت حسین بن خالد
۹	سند روایت
۱۱	دلالت روایت
۱۲	نقد و بررسی
۱۲	دلیل سوم: روایات جواز عفو سارق قبل از مرافعه در مرجع قضایی
۱۲	نقد و بررسی
۱۳	نظریه دوم: عدم لزوم شکایت صاحب مال نسبت به فرد سارق
۱۳	دلیل: صحیحه فضیل بن یسار
۱۴	سند روایت
۱۴	نقد و بررسی
۱۵	پاسخ به نقد مزبور
۱۶	دلالت روایت
۱۶	تعارض صحیحه فضیل بن یسار با روایت حسین بن خالد
۱۷	جمع عرفی اول: بیان مرحوم آیت الله هاشمی شاهرودی
۱۸	نقد و بررسی
۱۸	جمع عرفی دوم: بیان مرحوم آیت الله سید احمد خوانساری
۱۸	نقد و بررسی
۱۹	جمع عرفی سوم
۱۹	نقد و بررسی
۲۰	تعارض مستقر بین صحیحه فضیل بن یسار و روایت حسین بن خالد
۲۰	چگونگی ترجیح بین صحیحه فضیل بن یسار و روایت حسین بن خالد
۲۰	اول: ترجیح روایت حسین بن خالد به واسطه موافقت آن با مشهور فقها

۲۰	فهرست
۲۱	دوم: ترجیح صحیحہ فضیل بن یسار به واسطه موافقت آن با عمومات کتاب و سنت
۲۱	داوری بین دو راه حل متقابل
۲۱	نقد و بررسی راه حل اول
۲۲	نقد و بررسی راه حل دوم
۲۲	بررسی مرجحات دیگر باب تعارض در مسئله مورد نزاع
۲۳	بررسی شمول قاعده درء در مسئله مورد نزاع
۲۳	نظریه سوم: لزوم شکایت صاحب مال در صورت اثبات جرم به وسیله بینه
۲۳	دلیل نظریه سوم
۲۴	نقد و بررسی
۲۵	جمع بندی
۲۷	بررسی مجازات جیب‌بُر، حسن رضایی صرمی
۲۷	مقدمه
۲۸	الف) تطبیق شرایط عام حد سرقت بر جیب‌بر
۲۹	دخالت مخفیانه بودن ربایش در سرقت
۲۹	بررسی مفهوم حرز و تطبیق بر جیب
۳۰	ب) نظر فقها
۳۰	ج) روایات خاص
۳۰	مفهوم طَرَّار
۳۳	جمع بندی بحث روایی
۳۵	د) حکم جیب‌بری در قانون
۳۷	جمع بندی
۳۸	ه) فروع
۴۳	امکان فسخ عقد ضمان از طریق خیار و اقاله، غلامرضا احسنی
۴۳	امکان فسخ عقد ضمان از طریق خیار و اقاله
۴۵	نتیجه عقد ضمان
۴۵	نتیجه فسخ عقد ضمان
۴۶	تبیین موضوع
۴۷	آرای فقها و استدلال آنان

فهرست	۳
دیدگاه اول: صحت شرط خیار.....	۴۷
دیدگاه دوم: بطلان شرط خیار و صحت عقد	۴۸
دیدگاه سوم: بطلان شرط خیار و فساد عقد	۴۸
ادله صحت	۴۹
ادله بطلان.....	۵۰
جمع بندی	۵۳
امکان سنجی مشروعیت ضمان اعیان مضمونه، محمدکاظم شم آبادی.....	۵۵
چکیده	۵۵
مقدمه	۵۶
ماهیت ضمان عین	۵۷
دیدگاه فقهاء	۶۰
ادله مشروعیت ضمان عین مضمون	۶۱
ذمه و عهده از دیدگاه فقهای امامیه	۶۲
شمول تعریف عقد ضمان نسبت به عین مضمون	۶۳
ناقل بودن ضمان عین	۶۷
تمسک به عمومات بر مشروعیت ضمان عین	۷۰
بررسی اشکالات مشروعیت عقد ضمان عین	۷۱
ضمان عین به معنای تعهد فعلی	۸۰
جمع بندی	۸۱
اشترای الاجتهاد فی الحاکم الاسلامی عند اهل السنة، مرتضی رادمهر.....	۸۳
ملخص.....	۸۳
تمهید	۸۴
بیان معنی الاجتهاد عند اهل السنة.....	۸۴
بیان الاقوال فی اشتراط الاجتهاد عندهم.....	۸۵
۱. الاجتهاد شرط	۸۵
۲. الاجتهاد لیس بشرط	۸۶
نکته	۸۸
الادلة المذكورة للاشتراط	۸۸

٨٨	١.الكتاب
٨٩	٢.نقض ما هو الاهم من اغراض الامامة الاسلامية
٩٠	٣.الاستقلال فى الحكم و الفتوى
٩٢	٤.قياس الاولوية
٩٢	٥.الاجماع
٩٤	الانتاج
٩٧	بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی، محسن یوسفی.....
٩٧	چکیده
٩٨	مقدمه
٩٩	مبانی
٩٩	رفع تشریحی
١٠١	دفع بودن رفع
١٠٢	عدم جریان حدیث در تروک (رفع امور عدمی)
١٠٤	تحریر محل نزاع
١٠٦	متن تحقیق
١٠٦	فروض مختلف عروض عناوین خمسہ بر احکام وضعی
١٠٧	مقام اول: عروض عناوین به اسباب
١١٥	مقام دوم: عروض عناوین خمسہ بر مسببات
١٢٢	جمع بندی

شرطیت مطالبه مسروق منه در اثبات جرم سرقت

استاد ارزیاب: استاد بهرمن

نویسنده:

سید محمد حسن نصراللهی^۱

مقدمه

یکی از موضوعاتی که در فقه جزائی امامیه محل بحث فقها قرار گرفته است این است که آیا برای اجرای حد سرقت شکایت و مطالبه^۲ صاحب مال لازم است و یا این که صرف اثبات جرم به واسطه اقرار و یا بینه حسبیه^۳ و یا علم قاضی بنابر حجیت آن دو کفایت می کند؟ در این بین قانون مجازات اسلامی سرقتی را موجب حد می داند که صاحب مال از سارق نزد مرجع قضایی شکایت کند.^۴

۱. دانش پژوه گروه فقه جزاء، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

۲. بنابر آن چه از برخی از استفتائات از مراجع معظم تقلید برمی آید مراد از شکایت و مطالبه در این مسئله، صرف شکایت صاحب مال از سارق است حال می خواهد در این شکایت مطالبه اجرای حد سرقت بشود و یا آن که این مطالبه صورت نگیرد....

۳. مراد از بینه حسبیه آن است که فردی داوطلبانه بدون مطالبه از او به انگیزه مصالح عامه جامعه اسلامی علیه کسی شهادت دهد که مشهور فقهای شیعه این نوع از بینه را حجت می دانند. (جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۱۰۶)

۴. ماده ۲۶۸- سرقت در صورتی که دارای تمام شرایط زیر باشد موجب حد است: د- صاحب مال از سارق نزد مرجع قضایی شکایت کند.

ولی فقهای امامیه در حکم این مسئله به سه نظریه معتقد شده اند:

نظریه اول: لزوم شکایت صاحب مال

طبق این نظریه علاوه بر اثبات سرقت در نزد قاضی، مطالبه و شکایت صاحب مال نیز برای اجرای حد سرقت لازم می‌باشد.

این نظریه مورد پذیرش مشهور فقهای امامیه از قدما تا معاصرین می‌باشد. (الخلاف، ج ۵، ص ۴۲۶؛ المبسوط، ج ۸، ص ۳۰؛ المذهب، ج ۲، ص ۵۴۱؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، ص ۴۹۵؛ الجامع للشرایع، ص ۵۶۰؛ شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۵؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۲۲۵؛ ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۱۸۵؛ تحریر الاحکام، ج ۵، ص ۳۶۶؛ اللعة الدمشقیه، ص ۲۶۲؛ روضة البهیة، ج ۹، ص ۲۷۹ و ۲۸۰؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۳، ص ۲۸۱؛ مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۹۵؛ ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۱۴۷؛ جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۵۰؛ تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۵۲۴؛ الدر المنضود، ج ۳، ص ۲۰۵-۲۰۷؛ المذهب الاحکام، ج ۲۸، ص ۱۱۲؛ تفصیل الشریعه (الحدود)، ص ۶۲۰-۶۲۱؛ مبانی تحریر الوسیلة، ج ۳، ص ۲۱۰؛ تکملة المنهاج مع التعليقات، ص ۹۳؛ فقه الصادق، ج ۳۹، ص ۲۹۹؛ التعليقات الاستدلالية علی شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۷۸؛ قرانات فقهیه معاصره، ج ۱، ص ۲۴۱-۲۴۴)

نظریه دوم: عدم لزوم شکایت صاحب مال

طبق این نظریه مطالبه و شکایت صاحب مال برای اجرای حد سرقت در هیچ صورتی لازم نیست و مهم این است جرم سرقت با اقرار و یا بینه و یا علم قاضی در دادگاه ثابت شود تا سارق مستحق اجرای حد سرقت بشود. این نظریه هم مورد پذیرش برخی از فقهای معاصر قرار گرفته است. (مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۸۰؛ تنقیح مبانی الاحکام، ص ۳۷۴)

نظریه سوم: لزوم شکایت صاحب مال در صورت اثبات جرم به وسیله بینه

طبق این نظریه مطالبه و شکایت صاحب مال برای اجرای حد سرقت در صورتی که جرم سرقت با بینه ثابت شده باشد لازم و ضروری است ولی اگر جرم سرقت با اقرار فرد سارق ثابت شده باشد

۱. إذا سرق عینا يجب فیها القطع فلم یقطع حتی ملک السرقة بهیة أو شراء، لم یسقط القطع عنه، سواء ملکها بعد أن ترافعا إلى الحاکم أو قبله، بلی إن کان ملکها قبل الترافع لم یقطع لا لأن القطع مشروط، لکن لأنه لا مطالب له بها، و لا قطع بغير مطالب بالسرقة.

۲. إذا سرق عینا يجب فیها القطع فلم یقطع حتی ملک السرقة بهیة أو شراء لم یسقط القطع عنه، سواء ملکها قبل الرفع إلى الحاکم أو بعده إلا أنه إن ملکها قبل الترافع لم یقطع، لا لأن القطع یسقط لکن لأنه لا مطالب له بها و لا قطع بغير مطالب بالسرقة و فیه خلاف.

شرطیت مطالبه مسروق منه در اثبات جرم سرقت ۷

مطالبه و شکایت فرد مسروق منه لازم نیست. این قول مورد پذیرش برخی از فقهای متقدم و متاخر می باشد. (الخلاص، ج ۵، ص ۴۴۵، ۴۴۶؛ فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۴۴۶؛ کشف اللثام، ج ۱۰، ص ۶۳۱) در ادامه نظریات فوق را مطرح و مورد بررسی قرار می دهیم.

نظریه اول: لزوم شکایت صاحب مال از فرد سارق

همان طور که گذشت مشهور فقهای شیعه این نظریه را پذیرفته اند و مستند آن ها در پذیرش این نظریه به ترتیب بدین قرار هستند:

دلیل اول: اجماع

برخی از فقها برای اثبات این نظریه به اجماع تمسک کرده اند (مذهب الاحکام، ج ۲۸، ص ۱۱۲) از عبارات برخی دیگر از فقها هم ممکن است این چنین استظهار بشود که آن ها در اثبات این نظریه به همین دلیل تمسک کرده اند.^۲ (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۵۰؛ ریاض الاحکام، ج ۱۶، ص ۱۴۷)

نقد و بررسی

همان طور که در ذیل بیان نظریات موجود در مسئله گذشت از برخی از عبارات شیخ طوسی در کتاب خلاف این چنین برداشت می شود که ایشان معتقد به نظریه دوم بوده اند هر چند از برخی دیگر از عبارات ایشان در این کتاب و کتاب مبسوط این چنین برداشت می شود که ایشان نظریه اول را برگزیده اند. ولی این اختلاف در عبارت در تألیفات ایشان و روشن نبودن نظریه فقیه بزرگی

^۱ إذا قامت علیه البينة بأنه سرق نصاباً من حرز لغائب، و ليس للغائب وكيل بذلك، لم يقطع حتى يحضر الغائب، و كذلك لو قامت البينة بأنه زنا بأمة غائب، لم يقيم علیه الحد حتى يحضر، و إن أقر بالسرقة أو بالزنا أقيم علیه الحد فيهما و قال الشافعي: انه لا يقطع في السرقة، و يحد في الزنا و اختلف أصحابه على ثلاث طرق. فقال أبو العباس: لا يحد و لا يقطع «و قال أبو إسحاق المسألة على قولين فيهما: أحدهما: يقطع و يحد، و الثاني: لا يقطع و لا يحد و قال أبو الطيب بن سلمة، و أبو حفص بن الوكيل لا يقطع في السرقة و يحد في الزنا دليلنا: على أنه لا يقطع و لا يحد في السرقة و الزنا: أنه يجوز أن يكون الغائب أباح له العين المسروقة، أو ملكه إياها، أو وقفها عليه، أو كانت ملكاً للسارق عنده غصب من أبيه، أو وديعة أو غير ذلك، أو أباح له وطئ الأمة، أو متعة بها. و إذا احتمل ذلك لم يقطع و لم يحد للشبهة، و إما مع الإقرار فإنه يقيم علیه الحد و القطع، لأنه يثبت علیه القطع یاقراره، و الحد بالزنا یاقراره، و هما من حقوق الله تعالى، فلا يقف على حضور الغائب. و الظاهر يوجب القطع و إقامة الحد عليه، و هو قوله تعالى «فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» و قوله «فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ».

همان طور که از عبارات شیخ طوسی در کتاب خلاف و مبسوط روشن است بین عبارات ایشان اضطراب و نهافت وجود دارد و روشن نیست که ایشان به نظریه اول معتقد بوده اند و یا این که نظریه دوم را قبول داشتند.

^۲ وجه استظهار این است که فقهای مزبور در تبیین این نظریه از عبارت «عندنا» استفاده کرده اند. عبارت آن ها این چنین است: «قطع السارق موقوف عندنا على مطالبه المسروق»

مثل ایشان در مسئله، اجماع مزبور را از کاشفیت نسبت به قول معصوم ساقط می‌کند. علاوه بر این که برفرض هم شیخ طوسی معتقد به نظریه اول بوده باشد باز بسیاری از فقهای متقدم مثل شیخ صدوق، شیخ مفید سید مرتضی، ابی‌الصلاح حلبی، سلاربن عبدالعزیز، ابن زهره، کیدری، قطب‌الدین راوندی، و ابن حمزه اصلا در تألیفات خودشان به این مسئله نپرداخته‌اند و این خود شاهدهی است بر این که در بین فقهای متقدم اصلا شهرتی هم نبوده است چه برسد به آن که در مسئله اجماعی وجود داشته باشد و شهرت فتوایی بعد از شیخ طوسی هم حتی نزد کسانی که معتقد به حجیت شهرت فتوایی متقدمین از فقها هستند هیچ اعتباری ندارد. (برای اطلاع بیشتر در مبنای حجیت شهرت فتوایی رجوع شود به تہذیب‌الاصول، ج ۲، ص ۴۲۵)

از همه این اشکالات گذشته اجماع مذکور برفرض وقوع، محتمل‌المدرک می‌باشد^۱ و همین نیز بنابر نظر مشهور فقهای امامیه باز باعث می‌شود کاشفیت این اجماع نسبت به قول معصوم به حد اطمینان و قطع نرسد.^۲

دلیل دوم: روایت حسین بن خالد

«محمد بن یعقوب عن علي بن محمد عن محمد بن أحمد المحمودي عن أبيه عن يونس عن الحسين بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول أوجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحد ولا يحتاج إلى بيّنة مع نظره لأنه أمين الله في خلقه وإذا نظر إلى رجل يسرق أن يزيره وينهاه ويمضيه ويدعه فلو كيف ذلك قال لأن الحق إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته وإذا كان للناس فهو للناس» (وسائل الشيعه، ج ۲۸، ص ۵۸)

^۱ دلیل این که این اجماع را مدرکی ندانستیم و آن را محتمل‌المدرک دانستیم به این دلیل است که برخی از راویان روایت مورد استناد مشهور توثیق صریح ندارند و ممکن است فقهای امامیه در پذیرش نظریه اول به این روایت اعتنائی نداشته‌اند.

^۲ طبق مبنای برخی از فقهای معاصر اجماع مدرکی هم اگر اتصالش به زمان معصوم احراز شود هم حجت است. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به موسی شیرازی زنجانی؛ درس خارج نکاح؛ ج ۲؛ ص ۶۷۸

سند روایت

سند این روایت دارای اعتبار می‌باشد همان طور که برخی از فقها هم حجیت سند این روایت را پذیرفته‌اند. (مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۸۰؛ تفصیل الشریعه (الحدود)، ص ۶۲۰؛ التعلیقة الاستدلالية علی شرایع الاسلام ج ۲، ص ۲۷۹، احکام السرقة علی ضوء القرآن و السنة، ص ۴۳۸)^۱

^۱ در سند روایت افراد متعددی وجود دارد که توثیق آن‌ها محل اشکال محققین قرار گرفته است که آن افراد بدین قرار هستند:

الف: علی بن محمد

علی بن محمد که مرحوم کلینی از او بدون واسطه نقل روایت می‌کند در کتاب کافی به چهار صورت ذکر شده است:
 ۱. علی بن محمد و یا علی: مرحوم کلینی بنا بر شمارش نرم افزار درایة النور ۵۴۳ روایت از ایشان به صورت مستقیم نقل روایت کرده است. البته از این تعداد، ۱۰ روایت را مرحوم کلینی از فردی به نام «علی» نقل روایت کرده‌اند که به قرینه سند روایات گذشته مراد همان «علی بن محمد» می‌باشد.

۲. علی بن محمد بن بندار: مرحوم کلینی بنا بر شمارش نرم افزار درایة النور ۱۰۷ روایت از ایشان به صورت مستقیم نقل کرده است.

۳. علی بن محمد بن عبدالله: مرحوم کلینی بنا بر شمارش نرم افزار درایة النور ۳۸ روایت از ایشان به صورت مستقیم نقل کرده است.

۴. علی بن محمد بن عبدالله القمی: مرحوم کلینی بنا بر شمارش نرم افزار درایة النور ۲ روایت از ایشان به صورت مستقیم نقل کرده است.

حال سوال این است که اگر مرحوم کلینی به صورت مطلق از علی بن محمد نقل روایت کند همان طور که در ۵۴۳ روایت به این صورت نقل کرده است مراد از آن چه کسی می‌باشد؟

مرحوم آیت الله خوئی معتقد است علی بن محمد بن بندار و علی بن محمد بن عبدالله یک شخص هستند و این دو اسم برای فردی به نام علی بن ابی القاسم عبدالله بن عمران البرقی ملقب ببندار می‌باشد که توسط نجاشی توثیق شده است (رجال النجاشی، ص ۲۶۱) به همین جهت وقتی مرحوم کلینی به صورت مطلق از علی بن محمد نقل روایت می‌کند منصرف به همین فرد مذکور می‌باشد. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به (معجم رجال الحدیث، ج ۱۲، ص ۲۶۳)

آیت الله شبیری زنجانی هم معتقد است علی بن محمد بن بندار و علی بن محمد بن عبدالله یک فرد هستند و این دو فردی به نام علی بن ابی القاسم عبدالله بن عمران البرقی ملقب ببندار می‌باشد که توسط نجاشی توثیق شده است. (رجال النجاشی، ص ۲۶۱) ولی هر وقت مرحوم کلینی به صورت مطلق از علی بن محمد نقل روایت می‌کند مراد علی بن محمد بن ابراهیم بن ابان الرازی الکلینی می‌باشد که نجاشی او را هم توثیق کرده است. (رجال النجاشی، ص ۲۶۰) که از مشایخ بدون واسطه مرحوم کلینی می‌باشد که بنا بر نقل علامه حلی، مرحوم کلینی هر زمان با «عدة من اصحابنا» از سهل بن زیاد نقل روایت می‌کند یکی از آن افراد علی بن محمد بن ابراهیم بن ابان الرازی الکلینی می‌باشد. (خلاصة فی علم الرجال، ص ۲۷۱) الا در مواردی که علی بن محمد از ابراهیم بن اسحاق احمر یا احمد بن ابی عبدالله البرقی نقل کرده باشد که در این دو صورت مراد همان علی بن ابی القاسم عبدالله بن عمران البرقی می‌باشد. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به (دروس خارج خمس، ج ۲، ص ۷۶۷ و ۸۵۰)

ب: محمد بن احمد الحمودی

ایشان توسط علمای متقدم رجالی توثیق نشده است ولی برخی خواسته‌اند از توثیقی که مرحوم کشی در رجال خودش در ترجمه ابراهیم بن عبده النیسابوری نقل کرده است توثیق او را ثابت بکنند. مرحوم کشی می‌فرماید: در توثیقی که از امام حسن عسگری علیه السلام بنا بر نقل برخی از نقات برای اسحاق بن اسماعیل النیسابوری (توسط شیخ طوسی توثیق شده است: رجال

برخی از فقها با اعتراف به این که سند روایت از جهت سند ضعیف می‌باشد خواسته‌اند با شهرت عملی فقها این روایت را حجت کنند. چرا که روایتی که دلالت داشته باشد بر این که در حد سرقت مطالبه و شکایت صاحب مال لازم است فقط همین روایت است و روایت دیگری که به صراحت این مطلب را افاده کند در مجامع روایی امامیه ذکر نشده است و این خود شاهدی است بر این که مشهور فقها به جهت این روایت معتقد به این نظریه شده‌اند و در نتیجه فتوای مشهور فقها جبران‌کننده ضعف سند این روایت می‌شود. (الدر المنضود، ج ۳، ص ۲۰۶) ولی این راه برای اعتبار

الطوسی، ص ۳۹۷) آمده است: «... و أقرأه علی المحمودی - عافاه الله - فما أحمدا له لطاعته» (رجال الکشی، ج ۱، ص ۵۷۹) و این مدح از امام حسن عسگری علیه السلام دلالت بر توثیق او می‌کند.

ج: احمد بن حماد المحمودی

ایشان توسط علمای متقدم رجالی توثیق نشده است ولی مرحوم کشی از محمد بن مسعود عیاشی صاحب تفسیر نقل می‌کند از محمد بن احمد المحمودی که امام جواد علیه السلام بعد از وفات پدرش این نامه را برای او نوشت: «قد مضى أبوك رضي الله عنه و عنك و هو عندنا على حال محمودة و لم يتعد من تلك الحال» (رجال الکشی، ج ۱، ص ۵۱۱) به نظر نگارنده این عبارت مشتمل بر نوعی مدح می‌باشد که این مدح نسبت به کسی که بخواهد به خدا و اولیای او علیهم السلام دروغ ببندد هیچ گونه تناسبی ندارد و احتمال عدم ضبط هم با اصل عقلایی ضابطیت دفع می‌شود. لذا بعید نیست ایشان ثقه باشند همان طور که برخی از محققین با این عبارت او را توثیق کرده‌اند. (قرائت فقهیه معاصره، ج ۱، ص ۳۴۲)

د: حسین بن خالد

در کتب رجالی از دو حسین بن خالد نام برده شده است:

الف: حسین بن خالد الخفاف ابی العلاء

ایشان توسط علمای رجال توثیق نشده است هرچند عده‌ای از عبارات نجاشی که می‌گوید: «قال أحمد بن الحسين رحمه الله: هو مولی بنی عامر و أخواه علي و عبد الحمید روی الجمیع عن أبي عبد الله علیه السلام و كان الحسين أوجههم» (رجال النجاشی، ص ۵۲) توثیق او را فهمیده‌اند که به عقیده نگارنده از این عبارت توثیق او فهمیده نمی‌شود. البته از ایشان مشایخ ثلاثه نقل روایت کرده‌اند (برای مثال رجوع شود به: الکافی، ج ۱، ص ۱۷۸؛ تهذیب الاحکام، ج ۲، ص ۱۵۹) و بنا بر مبنای کسانی که نقل مشایخ ثلاثه را موجب توثیق می‌دانند ایشان توثیق خواهد شد.

ب: حسین بن خالد الصیرفی

ایشان هم توثیق خاصی ندارد ولی باز مشایخ ثلاثه از ایشان نقل روایت کرده‌اند (برای مثال رجوع شود به: الکافی، ج ۵، ص ۳۹۹؛ ج ۷، ص ۲۹) و بنا بر مبنای کسانی که نقل مشایخ ثلاثه را موجب توثیق می‌دانند ایشان توثیق خواهد شد. همچنین طبق مبنایی که صرف وجود اصحاب اجماع (که در این سند یونس بن عبد الرحمان از اصحاب اجماع می‌باشند) در سند روایت اگر طریق به او ثابت شود باعث می‌شود تا آخر سند روایت تصحیح شود، هم باز سند روایت معتبر می‌شود هرچند حسین بن خالد توثیق نشود.

حال اگر حسین بن خالد به صورت مطلق به کار رود طبق نظر مرحوم آیت الله خوئی مراد از آن حسین بن خالد الخفاف ابی العلاء می‌باشد. به خصوص آن که اگر روایت از امام صادق علیه السلام روایت شده باشد. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به (معجم رجال الحدیث، ج ۶، ص ۲۵۱)

شرطیت مطالبه مسروق منه در اثبات جرم سرقت ۱۱

حدیث مذکور مبتنی بر این مبنای اصولی است که شهرت عملی فقهای متقدم امامیه را باعث جبران ضعف سند حدیث بدانیم و الا اگر این مبنا را نپذیریم این حدیث حجیت نخواهد داشت. (برای اطلاع بیشتر درباره اطلاع از مبنای اصولی رجوع شود به مصباح الاصول، ج ۲، ص ۲۳۵)

علاوه بر این که بر فرض شهرت عملی فقهای متقدم امامیه را هم جبران کننده ضعف سند حدیث بدانیم باز در این مسئله شهرتی از فقهای متقدم امامیه وجود ندارد چون در مسئله فوق بسیاری از فقهای متقدم امامیه به آن متعرض نشده اند و فقط ابن براج متوفی ۴۸۱ ه. ق به این مسئله پرداخته و معتقد به نظریه اول شده است و شیخ طوسی هم که به این مسئله پرداخته اند، نظریه مورد قبول ایشان روشن نیست در ادامه بسیاری از فقهای بعد از او به این مسئله پرداخته اند و مشهور آن‌ها از جمله ابن ادریس حلی متوفی ۵۹۸ ه. ق و محقق حلی متوفی ۶۷۶ ه. ق و علامه حلی متوفی ۷۲۶ ه. ق و... این نظریه را پذیرفته اند ولی شهرت عملی فقهای بعد از عصر شیخ طوسی به این علت که از عصر حضور معصوم علیه السلام چند قرن فاصله داشتند جبران کننده ضعف سند نخواهد شد چون این شهرت کاشف اطمینانی از این نخواهد بود که قرائن قطعی نزد آن‌ها بر صدور حدیث بوده است که آن قرائن به دست ما نرسیده است.

به همین علت تمسک به مبنای فوق برای تصحیح سند حدیث صحیح نمی‌باشد.

دلالت روایت

مفاد این روایت این است که اگر امام و حاکم اسلامی ببینند فردی زنا و یا شرب خمر می‌کند باید او را حد بزند هرچند بینه ای بر زنا و شرب خمر او اقامه نشده باشد ولی اگر ببینند فردی سرقت می‌کند تنها باید او را نهی از منکر کند اما حق اجرای حد بر او را ندارد. چرا که حق اجرای حد در باب زنا و شرب خمر برای خداوند متعال می‌باشد و به همین جهت بر امام و حاکم اسلامی لازم است این حق را از جانب خدای متعال اقامه و برپا کند ولی حد سرقت از حقوق مردم می‌باشد و اختیار اجرای حد بر عهده خود آن‌ها می‌باشد.

البته روشن است که مردم بدون اذن حاکم نمی‌توانند خود به اجرای حد سرقت بپردازند ولی می‌توانند از حاکم اسلامی مطالبه کنند که در صورت وجود شرایط، این حد را بر فرد سارق اجرا کنند.

خلاصه این که در این روایت امام علیه السلام به صغری و کبری یک استدلال اشاره کرده اند. صغری این استدلال این است که اجرای حد سرقت از جمله آن حدودی است که مربوط به حقوق مردم می‌باشد و کبری این استدلال این است که در حدودی که مربوط به حقوق مردم است اختیار اجرای حد با خود مردم است پس در نتیجه اختیار اجرای حد سرقت با خود مردم خواهد بود.

نقد و بررسی

برفرض حجیت سند روایت فوق، این روایت با روایت دیگری که دال بر این است که حد سرقت از حدود مربوط به حقوق الهی می‌باشد و مردم در اجرای آن دخالتی ندارند معارض می‌باشد که در ادامه در ذیل نظریه دوم به آن اشاره خواهد شد.

دلیل سوم: روایات جواز عفو سارق قبل از مرافعه در مرجع قضایی

برخی از فقها برای اثبات نظریه مشهور به روایات دال بر جواز عفو صاحب مال قبل از مرافعه در مرجع قضایی، تمسک کرده اند به این بیان که از این که او می‌تواند قبل از مرافعه و مطالبه حد سرقت، سارق را عفو و از اجرای حد سرقت پیشاپیش جلوگیری کند؛ روشن می‌شود اجرای حد سرقت نیاز به مطالبه صاحب مال در مرجع قضایی دارد و بدون مطالبه و شکایت او حد سرقت بر سارق جاری نخواهد شد. (مبانی تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۲۱۲)^۱

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد استدلال مذکور صحیح نباشد چرا که حداکثر این روایات، صحیحه فضیل بن یسار که در پی می‌آید را در اجرای حد سرقت را نسبت به جواز عفو صاحب مال، قبل از مرافعه تخصیص می‌زند اما این تخصیص دلیل نمی‌شود که در اثبات و اجرای حد سرقت مطالبه صاحب

^۱ روایاتی که دلالت بر جواز عفو دارند باید در جای خود مطرح و مورد بررسی قرار گیرد ولی از باب نمونه می‌توان به صحیحه حلبی اشاره کرد:

محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد بن الحلبی عن ابي عبد الله علیه السلام قال: سألتُه عن الرجل يأخذ اللص ويرفعه أو يتركه فقال إن صفوان بن أمية كان مضطجعا في المسجد الحرام - فوضع رداءه و خرج يهرق الماء فوجد رداءه قد سرق حين رجع إليه فقال من ذهب بردائي فذهب يطلبه فأخذ صاحبه فرفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله - فقال النبي صلى الله عليه وآله اقطعوا يده فقال (الرجل تقطع) يده من أجل ردائي يا رسول الله - قال نعم قال فأننا أهبه له فقال رسول الله صلى الله عليه وآله فهلا كان هذا قبل أن ترفعه إلي فقلت فالإمام بمنزلة إذا رفع إليه قال نعم قال و سألتُه عن العفو قبل أن ينتهي إلى الإمام فقال حسن. (وسائل الشيعه، ج ۲۸، ص ۳۹)

مال حتما لازم باشد. به همین جهت اگر سرقت فردی به واسطه بینه و یا اقرار ثابت شود؛ اگر صاحب مال قبل از آن فرد سارق را بخشیده باشد اجرای حد از او ساقط می‌شود ولی اگر عفوی از طرف او صورت نگرفته باشد حد را بر او جاری می‌کنند هرچند که صاحب مال نسبت به اجرای حد سرقت مطالبه ای هم نکرده باشد.^۱

نظریه دوم: عدم لزوم شکایت صاحب مال نسبت به فرد سارق

برخی از فقهای معاصر به این نظریه معتقد شده اند که شکایت صاحب مال نسبت به سارق در اجرای حد سرقت لزومی ندارد.

دلیل: صحیحہ فضیل بن یسار

«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتَانِيهِ^۲ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنِ الْفَضِيلِ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَقُولُ مَنْ أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ بِحَقِّ مَنْ حُدِّدَ اللَّهُ مَرَّةً وَاحِدَةً حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا أَوْ حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُقِيمَ الْحَدَّ عَلَيْهِ لِلَّذِي أَقْرَعَ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ كَانِنًا مَنْ كَانَ إِلَّا الزَّانِي الْمُحْصَنَ فَإِنَّهُ لَا يَرْجُمُهُ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ فَإِذَا شَهِدُوا صَرَبَهُ الْحَدَّ مِائَةَ جَلْدَةٍ ثُمَّ يَرْجُمُهُ قَالَ وَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام وَ مَنْ أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ بِحَقِّ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فِي حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ الَّذِي أَقْرَعَ بِهِ عِنْدَهُ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبَ الْحَقِّ أَوْ وَلِيَّهُ فَيُطَالِبُهُ بِحَقِّهِ قَالَ لَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا يَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ فَمَا هَذِهِ الْحُدُودُ الَّتِي إِذَا أَقْرَعَ بِهَا عِنْدَ الْإِمَامِ مَرَّةً وَاحِدَةً عَلَى نَفْسِهِ أَقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ فِيهَا فَقَالَ إِذَا أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ بِسَرِقَةٍ قَطَعَهُ فَهَذَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ وَ إِذَا أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّهُ شَرِبَ خَمْرًا حَدَّهُ فَهَذَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ وَ إِذَا أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزَّانَا وَ هُوَ غَيْرُ مُحْصَنٍ فَهَذَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ قَالَ وَ أَمَّا حُقُوقُ الْمُسْلِمِينَ فَإِذَا أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ

^۱ روایت دیگری هم در مجامع روایی آمده است اما در این که اجرای حد سرقت از حقوق الهی می‌باشد و یا آن که از حقوق مردم می‌باشد ساکت است و این روایت به نفع هیچ کدام از این دو گروه مخالف در مسئله نمی‌باشد و آن روایت این چنین است: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَخْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنِ الْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: مَنْ أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ بِحَقِّ أَحَدٍ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ الَّذِي أَقْرَعَ بِهِ عِنْدَهُ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبَ حَقِّ الْحَدِّ أَوْ وَلِيَّهُ وَ يُطَالِبُهُ بِحَقِّهِ. (وسائل الشيعه، ج ۲۸، ص ۵۷)

^۲ سند شیخ طوسی به ابن محبوب بدین قرار است: و من جمله ما ذکرته عن الحسن بن محبوب ما رویته بهذه الاسانید عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن الحسن بن محبوب. (تهذيب الاحكام(المشبخه)، ج ۱۰، ص ۵۲)

عِنْدَ الْإِمَامِ بِفِرْيَةٍ لَمْ يَحُدَّهُ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبُ الْفِرْيَةِ أَوْ وَلِيُّهُ وَإِذَا أَقْرَبَ يَقْتُلُ رَجُلًا لَمْ يُسْأَلْهُ حَتَّى يَحْضُرَ أَوْلِيَاءَ الْمَقْتُولِ فَيُطَالِبُوا بِدَمِ صَاحِبِهِمْ^۱. (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۵۶)

سند روایت

سند روایت صحیحه می‌باشد و تمام افراد سند روایت توثیق شده اند.^۱

نقد و بررسی

روایت مزبور هرچند از جهت سند صحیحه می‌باشد ولی حجت نمی‌باشد چرا که مضامین این روایت مورد اعراض مشهور فقها می‌باشد و به همین جهت اطمینان به عدم صدور روایت و یا عدم اراده جدی شارع مقدس نسبت به مدلول روایت پیدا می‌شود.

توضیح بیشتر آن که روایت فوق مشتمل بر مضامینی هست که مشهور فقها به آن بلکه نسبت به برخی از مضامینش هیچ یک از فقها به فتوی ندادند؛ آن مضامین عبارت اند از:

الف: بنابر مفاد روایت، در مطلق حدود الهی غیر از حد رجم، یک بار اقرار از طرف فرد مجرم کافی برای اجرای حد می‌باشد در حالی که طبق نظر مشهور قریب به اتفاق فقها^۲ حداقل در برخی از حدود الهی مثل حد زنا و لواط و مساحقه چهار بار و یا در حد سرقت دو بار اقرار از طرف فرد مجرم لازم است.

ب: بنابر مفاد روایت، زناکار محصن به صرف اقرار، جرمش ثابت نمی‌شود بلکه حتما لازم است چهار شاهد عادل به وقوع زنا یا او شهادت بدهند که هیچ یک از فقها به عدم اثبات جرم مذکور به صرف اقرار ملتزم نشده است.

ج: بنابر مفاد روایت، فرقی بین بنده و آزاد در نفوذ اقرار آن‌ها در اجرای حد نمی‌باشد در حالی هیچ یک از فقها اقرار عبد را بدون تصدیق مولایش نافذ نمی‌دانند.

^۱. مراد از ابو ایوب در سند روایت؛ ابراهیم ابو ایوب الخزاز است (رجال النجاشی، ص ۲۰) و مراد از فضیل هم فضیل بن یسار می‌باشد (رجال النجاشی، ص ۳۰۹) که هر دو توثیق شده اند.

^۲. غیر از ابن عقیل که بنابر آن چه به او نسبت داده شده این احتمال در کلام او وجود دارد که در زنا یا غیر محصنه یک بار اقرار کافی می‌باشد. (مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۱۷۹) و یا در حد سرقت فقط به شیخ صدوق نسبت داده شده که ایشان یک بار اقرار را برای اجرای حد سرقت کافی می‌دانستند که آن نسبت هم ثابت نیست. (مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۲۲۴)

د: بنا بر مفاد روایت، بر امام و حاکم اسلامی لازم است در حدود الهی هر صورتی (کَاتِنًا مِنْ كَانٍ) در صورت اثبات جرم با اقرار، حد را اجرا کند در حالی که بنا بر نظر همه فقها حداقل در برخی از حدود مثل حد رجم در صورت اثبات جرم به وسیله اقرار حاکم اسلامی منخیر است حد را اجرا کند و یا آن که از اجرای حد خودداری کند.

ه: بنا بر مفاد روایت، اجرای حد زنا بر فرد زناکار محصن از حقوق مربوط به مردم می باشد در حالی که هیچ فقیهی به آن ملتزم نشده است.

و: بنا بر مفاد روایت، در مسئله مورد بحث حد سرقت را از جمله حدود مربوط به حقوق الهی شمرده شده است که بدون مطالبه صاحب مال، حد سرقت بر سارق جاری می شود که مشهور فقها به آن معتقد نشده اند.

ز: بنا بر مفاد روایت مجازات زنا محصنه این است که در ابتدا صد ضربه شلاق زده می شود و بعد از آن سنگسار می شوند که این نظر هم خلاف مشهور فقهای امامیه است.

همه این ها قرینه می شود که روایت بر فرض صدور چه بسا به صورت تقیه ای از امام علیه السلام صادر شده است و به همین جهت روایت از حجیت ساقط می شود. (تفصیل الشریعه (الحدود)، ص ۷۴، ۲۲۲، ۷۸)

پاسخ به نقد مزبور

بر فرض به برخی از مضامین روایت فوق هیچ یک از فقها و یا مشهور از فقهای متقدم عمل نکرده باشند و مضمون روایت در آن مسائل حجت نباشد این دلیل نمی شود که در مسئله مورد بحث هم روایت از حجیت ساقط بشود چرا که شهرتی که بر شرطیت مطالبه در اجرای حد سرقت وجود دارد شهرت بعد از شیخ طوسی می باشد و این شهرت باعث نمی شود که روایت از حجیت ساقط شود و عدم حجیت برخی از مضامین یک روایت به علت اعراض فقها دلیل بر عدم حجیت مضامین دیگرش نمی باشد.

مگر آن که به قرینه وحدت سیاق گفته شود که وقتی اکثر مضامین یک روایت به قرائنی روشن شود که مراد جدی امام معصوم علیه السلام نبوده است این کاشف از این خواهد بود که مضامین دیگرش هم مراد جدی امام معصوم علیه السلام نبوده است.

ولی انصاف این است که اکثر مضامین روایت فوق به گونه ای نیست که به صورت قطعی مورد اعراض فقها باشد بلکه برخی از این مضامین مثل مورد «الف» و «ج» که اطلاقتان مورد اعراض قرار گرفته است به نوعی از جمع عرفی مثل تخصیص قابل توجیه است.

بله اگر قرائن فوق کاشف از این باشد که اصلاً روایت از امام علیه السلام صادر نشده است در این صورت دیگر نمی توان با تبعیض در حجیت بین مضامین یک روایت مضمون روایت را در مسئله مورد بحث، حجت کرد چون تبعیض در حجیت در مرحله صدور معقول نیست. ولی به نظر می رسد اعراض فقها حداکثر کاشفیتی که دارند این است که روایت را از جهت مراد جدی از حجیت ساقط بکنند و نسبت به بیشتر از آن این چنین کاشفیتی ندارند.

دلالت روایت

مدلول این روایت این است که اگر کسی در حدودی که اجرای آن ها از حقوق الهی می باشد به موجب آن اعتراف کند بر امام و حاکم اسلامی لازم است حد را بر او جاری کند ولی اگر در حدودی که اجرای آن ها مربوط به حقوق مردم است فردی اعتراف به موجب آن کند اجرای حد برای حاکم اسلامی جایز نیست مگر آن که صاحب حق اجرای حد را از حاکم اسلامی مطالبه کند. در ادامه امام علیه السلام در تبیین مصادیق حدود الهی و حق الناسی، حد سرقت و شرب خمر و زنا را از حدود الهی شمرده و حد قذف را و قصاص را از حدود حق الناسی شمرده اند.

تعارض صحیحہ فضیل بن یسار با روایت حسین بن خالد

این روایت با روایت حسین بن خالد از جهت این قاعده کلی که در حدود الهی بر امام و حاکم اسلامی لازم است در فرض اثبات، حد را جاری بکنند و در حدودی که اجرای آن ها مربوط به حقوق مردم است اجرای حد منوط و متوقف بر مطالبه و شکایت صاحب حق است هیچ گونه تعارضی نداند بلکه مدلول مشترک هر دو روایت می باشد.

مرکز تعارض این دو روایت در این است که روایت حسین بن خالد اجرای حد سرقت را از حقوق مردم می دانست ولی صحیحہ فضیل بن یسار اجرای حد سرقت را حدود الهی شمرده است.

در حل این تعارض به نفع مشهور دو نوع جمع عرفی از طرف برخی از فقها پیشنهاد شده است که آن دو نوع جمع عرفی بدین قرار هستند:

جمع عرفی اول: بیان مرحوم آیت الله هاشمی شاهرودی

در امور کیفری دو حق وجود دارد: یکی حق دادخواهی و کشاندن مدعی علیه به دادگاه برای اثبات جرم، و دیگری حق اجرای حدّ و کیفر و عقوبت؛ اگر در جرمی که اتفاق افتاده است تجاوزی به حق مردم صورت نگرفته است و فقط معصیت الهی رخ داده است، مانند شراب‌خواری و زنا؛ در این صورت هر دو حق از آن حاکم است؛ ولی در مواردی که تجاوزی به دیگران صورت گرفته و اختیار اجرای حد به صورت مطلق از طرف شارع به صاحب حق داده شده باشد، دادخواهی و کشاندن مدعی علیه به دادگاه برای اثبات جرم و اجرای حد برای صاحب حق خواهد بود و برای او این امکان وجود دارد که از جرمی که علیه او اتفاق افتاده، دادخواهی نکند و اگر هم دادخواهی کرد باز می‌تواند از اجرای حد جلوگیری کند و فرد مجرم را ببخشد مانند حد قذف و قصاص؛ اما اگر تجاوزی بر دیگران انجام گیرد ولی اختیار اجرای حدّ و کیفر برای بزه‌دیده از طرف شارع مقرر نشده باشد، مانند حدّ دزدی، در اینجا تنها حق دادخواهی برای فرد بزه‌دیده ثابت است و به تنهایی شهادت و اقرار در اثبات جرم در آن پذیرفته نیست، چنانکه بر حاکم اسلامی نیز واجب نیست که تنها با دیدن جرم و آگاهی از آن، حدّ را بر بزهکار جاری کند. حال اگر مال باخته دادخواهی کرده باشد، بریدن دست آن دزد برحاکم اسلامی واجب می‌گردد و دیگر فرد بزه‌دیده نمی‌تواند از اجرای حد جلوگیری کند؛ چرا که چنین حقی را شارع برای او قرار نداده است. با توجه به این بیان روایت حسین بن خالد درباره حق دوم سخن می‌گوید؛ یعنی حق دادخواهی صاحب مال در دزدی در اثبات جرم، در حالی که صحیحۀ فضیل در مورد حق نخست سخن می‌گوید که همان حق الله بودن اجرای حدّ بعد از اثبات جرم است و بدین سان تعارضی میان این دو روایت نیست. (قرائات فقهیه معاصره، ج ۱، ص ۲۴۴)^۱

۱. و بتعبیر آخر: هناك حقان: حق المرافعة وسحب المدعی علیه إلى الحاكم لإثبات الجرم علیه، و حق نفس الحدّ و العقوبة و الجريمة؛ فإذا لم يكن في الجريمة عدوان على الناس بل مجرد معصيته لله كشراب الخمر و الزنا كان كلا الحقيين المذكورين للحاكم، فلو وجد من يزني و يشرب الخمر أقام عليه الحدّ و لم ينتظر من يرفعه إليه، و إذا كان فيها عدوان على الناس و كانت العقوبة مجعولة لهم كان إقامة الحدّ و المرافعة كلاهما للناس، فيمكن للمعتدى عليه أن لا يرفع، كما أنه لو رفعه إلى الحاكم و ثبت الجرم أمكنه أيضاً العفو عن نفس الحدّ و العقوبة كما في القصاص و حدّ القذف، و إن كان فيها عدوان على الناس و لكن الحدّ و العقوبة لم يجعل للمعتدى عليه - كما في السرقة - كان حق المرافعة للناس، فلا تقبل البيّنة الحسينية، كما لا يجب على الإمام أن يقيم الحدّ بمجرد مشاهدة الجريمة و علمه بها، و لكن لو رفعه المسروق منه و وجب قطعه، و لم يكن له العفو عنه؛ لأنه ليس ملكاً للمسروق منه. و رواية الحسين بن خالد ناظرة إلى الحق الثاني؛ أي حق المرافعة في السرقة، و هو للناس،

نقد و بررسی

این جمع، عرفی نمی‌باشد چرا که هر دو روایت ناظر به مرحله حق مرافعه برای اثبات جرم است و این گونه نیست که صحیحه فضیل بن یسار فقط ناظر به اجرای حد بعد از اثبات در مرجع قضائی باشد.

جمع عرفی دوم: بیان مرحوم آیت الله سید احمد خوانساری

برخی از فقها در صدد این بوده‌اند بین این دو روایت به این بیان جمع عرفی بکنند که در صحیحه فضیل هدف فرد سوال کننده از امام این بوده است که امام علیه السلام حدودی که با یک بار اقرار ثابت می‌شود و حدودی که با صرف یک بار اقرار ثابت نمی‌شود را بیان بکنند و اصلاً سؤال فرد مذکور ناظر به شرطیت و یا عدم شرطیت مرافعه و مطالبه فرد بزه‌دیده نزد حاکم نبوده است و به همین جهت پاسخ امام علیه السلام به سؤال او هم فقط در همین محدوده باید تفسیر شود که سرقت از حدودی است که با یک بار اقرار ثابت می‌شود و اما این که مطالبه و شکایت صاحب مال لازم است و یا خیر، کلام امام علیه السلام اطلاق دارد و با صحیحه حسین بن خالد تقیید زده می‌شود.^۱ (جامع المدارک، ج ۷، ص ۱۶۳؛ تکملة المنهاج مع التعليقات، ص ۹۱-۹۲)

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد که این جمع هم عرفی نباشد چون امام علیه السلام در بخش اول روایت در مقام تقسیم بندی بین حدود از جهت شرطیت مطالبه و عدم آن در اثبات جرم بوده‌اند که در حدودی که صرفاً جنبه الهی دارد صرفاً اقرار کفایت می‌کند و مطالبه فرد بزه‌دیده شرط نمی‌باشد اما در

بینما صحیح الفضیل ناظر إلى الحق الأول؛ أي كون الحد بنفسه لله، فلا تعارض بينهما، فيكفي في عدم وجوب الإقامة على الحاكم بمجرد مشاهدته للجرمة أن يكون الحد بنحو بحيث يكون للمعتدى عليه - وهو المسروق منه - العفو عن السارق قبل الرفع إلى الحاكم وإن لم يكن يملكه بعد الرفع؛ إذ لعله يريد العفو لا الرفع إلى الحاكم، فلا بد وأن يترك للناس، فلا تعارض بين الروايات من هذه الناحية.

۱. و يمكن أن يقال: الظاهر أن نظر السائل إلى التفصيل بين الحقوق التي يكفي في ترتب الحد الإقرار بها مرة واحدة، و بين الحقوق التي لا يكفي فيها، فالسرقة مما يكفي فيها بالإقرار والإطلاق يقتضي عدم الحاجة إلى مرافعة المسروق منه، و صحیح الحسين بن خالد يقيدده.

حقوقی که اقرار فرد مجرم هرچند لازم است ولی برای اثبات جرم کافی نمی‌باشد و باید مطالبه ای از طرف فرد بزه‌دیده وجود داشته باشد و بالتبع سوال فرد مذکور هم از این بوده است که حدودی که نیاز به مطالبه ندارد و یک بار اقرار به جرم در اثبات آن کفایت می‌کند را امام علیه السلام بیان کنند. در نتیجه روایت از جهت نیاز به مطالبه صاحب مال در اثبات جرم سرقت، صراحت بر لزوم چنین شرطی دارد.

جمع عرفی سوم

این دو روایت در اصل حکم تعارضی ندارند زیرا مستفاد از روایت حسین بن خالد این است که علم قاضی به سرقت برای اثبات جرم کافی نیست و نیاز به مطالبه دارد و روایت فضیل بن یسار می‌گوید برای اثبات جرم سرقت؛ اقرار سارق به سرقت کافی است و نیاز به مطالبه ندارد و این دو مطلب با یکدیگر قابل جمعند و تنافی ندارند. چرا که بنا به منشأ اثبات جرم، شرطیت مطالبه و عدم مطالبه متفاوت خواهد شد به این بیان که در صورت اثبات جرم با علم قاضی مطالبه مسروق منه شرط است و در صورت اثبات جرم با اقرار مطالبه شرط نمی‌باشد. بله تنافی در تعلیل امام علیه السلام است که در یک تعلیل فرموده است حد سرقت حق الناس است و در تعلیل دیگر فرموده است حد سرقت حق الله است و عدم فهم تعلیل این دو حکم ضرری به اصل حکم مستفاد از دو روایت نمی‌زند؛ البته برای رفع تنافی از دو تعلیل هم شاید بتوان گفت که چون سرقت از جهتی حق الله و از جهتی حق الناس است برای توجیه کافی نبودن علم قاضی جنبه حق الناسی او برجسته شده است ولی برای کافی بودن اقرار جنبه حق الهی آن مورد توجه قرار گرفته است.^۱

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد این جمع عرفی نباشد چرا که بین تعلیل هر دو روایت تعارض مستقر وجود دارد دلیل این تعارض این است که در یک روایت اجرای حد سرقت حق الله محض دانسته شده است و در روایت دیگر اجرای حد سرقت حق الناس محض دانسته شده است و این که خود سرقت هم در آن حق الناس تضییع شده است و هم در آن حق الله مراعات نشده است؛ باعث نمی‌شود اجرای حد سرقت هم به تبع آن دو حیثی شود. بلکه شاید اجرای حد سرقت؛ حق الله محض

^۱ این جمع عرفی مستفاد از فرمایشات استاد بهرمن حفظه الله است.

باشد و مردم در اجرای آن هیچ گونه اختیاری نداشته باشند هرچند بدون شک از این جهت که مالی از مسروق منه ربوده شده است سارق ضامن خواهد بود.

با توجه به این مطلب با وجود تعارض مستقر بین این دو تعلیل؛ اصل این دو حکم هم در آن تعارض رخ می‌دهد چرا که تفکیک بین اصل حکم و تعلیل آن در حجیت و عدم حجیت چندان عرفی به نظر نمی‌رسد. به این دلیل که اصل شرط بودن و یا نبودن مطالبه در اجرای حد سرقت بسته به حق الله محض بودن و یا حق الناس محض بودن اجرای حد سرقت می‌باشد. و وقتی این دو روایت در حق الله و یا حق الناس بودن اجرای حد سرقت با یکدیگر تعارض مستقر داشتند؛ در شرط بودن و یا نبودن مطالبه هم لاجرم با یکدیگر تعارض خواهند داشت. حال چه می‌خواهد نسبت به سرقت اقراری صورت گرفته باشد یا این که قاضی علم به سرقت پیدا کرده باشد.

تعارض مستقر بین صحیحہ فضیل بن یسار و روایت حسین بن خالد

حال که این دو بیان در جمع عرفی تمام نبود بین این دو روایت تعارض مستقر می‌شود در این صورت برای ترجیح بین این دو روایت دو راه حل مختلف در مقابل یکدیگر از سوی فقها مطرح شده است که به وسیله راه حل اول، روایت حسین بن خالد را به نفع مشهور فقها مقدم می‌شود و به وسیله راه حل دوم، صحیحہ فضیل بن یسار مقدم می‌شود.

چگونگی ترجیح بین صحیحہ فضیل بن یسار و روایت حسین بن خالد

اول: ترجیح روایت حسین بن خالد به واسطه موافقت آن با مشهور فقها

راه حل اول این است که در تعارض بین این دو روایت، روایت حسین بن خالد چون موافق با مشهور فقها می‌باشد مقدم می‌شود و صحیحہ فضیل بن یسار در مقابل روایت مذکور طرح و کنار گذاشته می‌شود. این راه را برخی از فقها پیموده اند و به وسیله آن روایت حسین بن خالد را مقدم

کرده اند. (تفصیل الشریعہ (الحدود)، ص ۶۲۶)

توضیح آن که برخی از فقها شهرت فتوایی را به عنوان یکی از مرجحات باب تعارض و در رتبه مقدم بر همه مرجحات قبول دارند به همین علت در مسئله مورد نزاع روایت حسین بن خالد را به علت شهرت فتوایی که بر طبق آن وجود دارد را بر صحیحہ فضیل مقدم کرده اند.

دوم: ترجیح صحیحہ فضیل بن یسار به واسطه موافقت آن با عمومات کتاب و

سنت

راه حل دوم هم این است که در تعارض بین این دو روایت، صحیحہ فضیل بن یسار را به علت موافقتش با عمومات کتاب و سنت مقدم بر روایت حسین بن خالد می‌شود که این راه را برخی از فقها برای اثبات نظریه خودشان پیموده اند. (میانی تکملة المنہاج، ج ۱، ص ۳۸۰)

توضیح آن که برخی از فقها از جمله مرحوم آیت الله خوئی فقط موافقت با کتاب و سنت را و مخالفت با عامه را جزء مرجحات باب تعارض دانسته است و شهرت روایی و فتوایی جزء مرجحات باب تعارض نمی‌دانند و از طرف دیگر در ترتیب بین مرجحات هم به این نظریه معتقد هستند که در مرحله اول باید روایتی که موافق عمومات کتاب و سنت را مقدم بر خبر مخالف عمومات کتاب و سنت را مقدم کنیم و در مرحله بعد اگر هر دو خبر موافق و یا مخالف بودند و یا این که در کتاب و سنت مسئله مورد تعارض وجود نداشت خبری که مخالف با احکام عامه و اهل تسنن است بر خبر موافق با احکام و فروع آن‌ها ترجیح داده می‌شود با این بیان در مسئله محل نزاع ایشان صحیحہ فضیل بن یسار را به علت موافقت این روایات با عمومات کتاب و سنت که دلالت بر نفوذ و حجیت اقرار و قطع دست دزد دارد بر روایت حسین بن خالد مقدم کرده است.

داوری بین دو راه حل متقابل

داوری بین این که کدام از این دو طریق صحیح است متوقف بر این است که در مرحله اول مرجحات باب تعارض روشن شود و در مرحله دوم تقدیم و اولویت بین این مرجحات در صورت وجود بیش از یک مرجح روشن شود.

نقد و بررسی راه حل اول

به نظر نگارنده اگر شهرتی که به عنوان مرجحات باب تعارض مطرح می‌شود برفرض^۱ اگر شهرت فتوایی هم باشد این شهرت فتوایی باید بین فقیهان متقدم باشد و روشن است شهرت فتوایی بعد

^۱ بسیاری از فقها شهرتی که در به عنوان یکی از مرجحات مورد قبول دارند شهرت روایی می‌دانند و در این جا روایت حسین بن خالد شهرت روایی ندارد. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به

از ابن ادریس حلی از قبیل شهرت فتوایی فقهای متقدم نمی‌باشد که باعث ترجیح یک خبر بر دیگری باشد.

نقد و بررسی راه حل دوم

به نظر می‌رسد این مرجح هم در مقام برای ترجیح بین یکی از دو خبر بر دیگری کارایی نداشته باشد چون روشن نیست که عمومات کتاب و سنت در نسبت به مسئله محل نزاع در مقام بیان باشند تا در مقام ترجیح بتوان به وسیله آن‌ها صحیحه فضیل را مقدم بکنیم.

بررسی مرجحات دیگر باب تعارض در مسئله مورد نزاع

نسبت به مرجح مخالفت با احکام و فروع اهل تسنن هر دو خبر با گروهی از عامه و اهل تسنن موافق و گروهی دیگر مخالف می‌باشند و به همین جهت با این مرجح نمی‌توان یکی از دو خبر را بر دیگری ترجیح داد.^۱

البته این احتمال وجود دارد که چون مشهور فقیهان متقدم بلکه چه بسا همه آن‌ها از برخی از مضامین صحیحه فضیل اعراض کرده اند این کاشف از این است آن مضامین به انگیزه تقیه از امام علیه السلام صادر شده است ولی تقیه بودن برخی از مضامین دلیل بر تقیه بودن برخی دیگر از مضامین روایت نمی‌باشد.

در این بین اگر اوثقیت و عدلیت راوی‌های یک خبر را هم به عنوان یکی از مرجحات مورد قبول شود و آن را بر دیگر مرجحات باب تعارض مقدم بشود صحیحه فضیل بن یسار بر خبر حسین بن خالد بر فرض حجیتش مقدم خواهد شد.

در نهایت این نکته لازم به ذکر است که اگر فقیهی اعمال مرجحات باب تعارض را مستحب بداند و اصل ثانوی در تعارض را تخییر بین دو خبر متعارض بداند (کفایة الاصول، ص ۴۴۴) در این صورت در

^۱ توضیح بیشتر آن که طبق نظریه حنابله و حنفیه و اصح نزد شافعیه این است که مطالبه صاحب مال برای اجرای حد سرقت لازم است (المغنی و الشرح الکبیر، ج ۱۰، ص ۲۸۵، ۲۹۴؛ کشف القناع، ج ۶، ص ۱۸۶؛ روضة الطالبین، ج ۱۰، ص ۱۴۸؛ الحاوی الکبیر، ج ۱۳، ص ۳۳۶، ۳۳۷؛ حلیة العلماء، ج ۸، ص ۷۱، ۷۲؛ البناية شرح الهدایة، ج ۷، ص ۵۷) اما در مقابل مالکیه و برخی از شافعیه مطالبه صاحب مال برای اجرای حد سرقت لازم ندانسته اند. (المغنی و الشرح الکبیر، ج ۱۰، ص ۲۸۵، ۲۹۴؛ روضة الطالبین، ج ۱۰، ص ۱۴۸؛ الحاوی الکبیر، ج ۱۳، ص ۳۳۶، ۳۳۷؛ حلیة العلماء، ج ۸، ص ۷۱، ۷۲).

شرطیت مطالبه مسروق منه در اثبات جرم سرقت ۲۳

مسئله مورد نزاع می‌توان معتقد به تخییر بین این دو خیر متعارض شد و مجتهد می‌تواند به هر دو خبری که مایل بود فتوا بدهد.

بررسی شمول قاعده درء در مسئله مورد نزاع

چنانچه هیچ کدام از راه حل‌های قبل مورد پذیرش قرار نگیرد و تعارض بین این دو روایت مستقر بشود در این صورت برخی از فقها فرموده‌اند به علت این که مشهور فقها این نظریه را پذیرفته‌اند که در اثبات و اجرای حد مطالبه صاحب مال لازم است این باعث می‌شود که در اجرای حد در این صورت شبهه به وجود آید و با وجود این شبهه اجرای حد دفع می‌شود. (الدر المنضود، ج ۳، ص ۲۰۷) البته اگر عمومات و اطلاقاتی مثل آیه سرقت بر اجرای حد سرقت نسبت به سارق وجود داشته باشد دیگر قاعده درء نمی‌تواند در مقابل این عمومات و اطلاقات حد را دفع کند و از اجرای آن جلوگیری کند که البته گذشت که اطلاقات فوق را نسبت به مسئله محل نزاع به این علت که این اطلاقات در مقام بیان شرایط اثبات و اجرای حد سرقت نیست را مورد قبول نمی‌باشد که در این صورت رجوع به قاعده درء در صورت حجیت آن در شبهات حکمیة اشکالی نخواهد داشت.^۱ علاوه بر این که اینجا مجرای استصحاب عدم وجوب اجرای حد سرقت در صورت عدم مطالبه هم می‌باشد.

نظریه سوم: لزوم شکایت صاحب مال در صورت اثبات جرم به وسیله بینه

طبق این نظریه در صورتی که جرم سرقت با بینه ثابت شده باشد شکایت صاحب مال لازم است برخلاف اقرار که این چنین شرطی برای اجرای حد لازم نیست.

دلیل نظریه سوم

دلیل لزوم مطالبه و شکایت صاحب مال در فرض اثبات جرم با بینه این است که در فرض بینه این احتمال وجود دارد که فرد صاحب مال مسروقه را به سارق بخشیده باشد و یا آن که به گونه‌ای به صورت مشروع این مال به فرد سارق منتقل داده شده باشد لذا شکایت صاحب مال لازم خواهد بود برخلاف این که فرد سارق خود اقرار به سرقت کرده باشد که این اقرار او کاشف

^۱ برای اطلاع بیشتر درباره مفاد قاعده قاعده درء و ادله اثبات آن رجوع شود به قواعد فقه جزائی، صص ۵۳-۱۱۱

از این خواهد بود که مال مسروقه به او انتقال داده نشده است. (الخلاف، ج ۵، ص ۴۴۵، ۴۴۶؛ فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۴۴۶؛ کشف اللثام، ج ۱۰، ص ۶۳۱)

نقد و بررسی

با توجه به تعارض مستقر بین صحیح‌ه حسین بن خالد و صحیح‌ه فضیل و عدم حجیت هیچ کدام از این دو روایت تفصیل فوق هم دلیلی ندارد افزون بر این که بر فرض حجیت یکی از این دو روایت به هر حال این تفصیل نیز صحیح نیست چرا که اگر صحیح‌ه حسین بن خالد حجت باشد این نظریه در فرض در اثبات سرقت با اقرار با اطلاق تعلیل آن روایت منافات دارد و اگر صحیح‌ه فضیل حجت باشد باز این نظریه در صورت اثبات سرقت با بینه با اطلاق تعلیل آن روایت منافات پیدا خواهد کرد و این که صحیح‌ه فضیل مورد مذکور در آن مربوط به اثبات حد سرقت با اقرار است باعث نمی‌شود اطلاق ذیل روایت در حق الله محض بودن اجرای حد سرقت و عدم لزوم مطالبه در خصوص اثبات جرم در فرض بینه از بین برود. خصوصاً آن که بنا بر آن چه از مذاق شارع در بحث «عفو حاکم از حدود» مستفاد است این است شارع در صورت اثبات جرم با اقرار نسبت به مجرم تخفیف می‌دهد و لذا معنا ندارد در این صورت اثبات جرم با اقرار مطالبه را برای اجرای حد لازم نداند ولی در صورت اثبات جرم با بینه مطالبه را برای اجرای حد لازم بداند.

بله اگر در موارد بینه و یا حتی اقرار این احتمال وجود داشته باشد صاحب مال قبل از اثبات سرقت در مرجع قضائی، صاحب مال را بخشیده است و یا آن که مال دزدیده شده را به او هبه کرده است حد سرقت بر فرد سارق جاری نمی‌شود تا زمانی که صاحب مال به گونه ای این

۱. إذا قامت علیه البينة بأنه سرق نصاباً من حرز لغائب، و ليس للغائب وكيل بذلك، لم يقطع حتى يحضر الغائب، و كذلك لو قامت البينة بأنه زنا بأمة غائب، لم يقيم عليه الحد حتى يحضر، و ان أقر بالسرقة أو بالزنا أقيم عليه الحد فيهما و قال الشافعي: انه لا يقطع في السرقة، و يحد في الزنا و اختلف أصحابه على ثلاث طرق. فقال أبو العباس: لا يحد و لا يقطع («و قال أبو إسحاق المسألة على قولين فيهما: أحدهما: يقطع و يحد، و الثاني: لا يقطع و لا يحد و قال أبو الطيب بن سلمة، و أبو حفص بن الوكيل لا يقطع في السرقة و يحد في الزنا دليلنا: على أنه لا يقطع و لا يحد في السرقة و الزنا: أنه يجوز أن يكون الغائب أباح له العين المسروقة، أو ملكه إياها، أو وقفها عليه، أو كانت ملكاً للسارق عنده غصب من أبيه، أو ودیعة أو غير ذلك، أو أباح له وطنی الأمة، أو متعة بها. و إذا احتمل ذلك لم يقطع و لم يحد للشبهة، و إما مع الإقرار فإنه یقام علیه الحد و القطع، لأنه یثبت علیه القطع یاقراره، و الحد بالزنا یاقراره، و هما من حقوق الله تعالى، فلا یقف علی حضور الغائب. و الظاهر یوجب القطع و اقامة الحد علیه، و هو قوله تعالى «فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» و قوله «فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ».

همان طور که از عبارات شیخ طوسی در کتاب خلاف و مبسوط روشن است بین عبارات ایشان اضطراب و تهافت وجود دارد و روشن نیست که ایشان به نظریه اول معتقد بوده‌اند و یا این که نظریه دوم را قبول داشتند.

احتمالات را نفی کند. ولی وجود این احتمالات در برخی از شرایط، دلیل بر این نمی‌شود که در مطلق مواردی که جرم سرقت با بینه ثابت می‌شود حتی در مواردی که این احتمال وجود ندارد که مال مسروقه قبل از اثبات سرقت به فرد سارق منتقل داده شده باشد، باز مطالبه و شکایت صاحب مال لازم باشد.

جمع بندی

در جمع بندی پژوهش حاضر به این نتیجه می‌رسیم که با توجه به این که صحیحه حسین بن خالد و صحیحه فضیل با یکدیگر تعارض می‌کنند و هیچ نوع جمع عرفی هم بین دو روایت وجود ندارد لذا باید به اطلاقات و در صورت عدم وجود اطلاقات به قاعده درء و اصل استصحاب در عدم وجوب اجرای حد تمسک بشود و با توجه به این که در محل بحث اطلاقی در مسئله مورد نزاع نداریم به مقضای قاعده درء در صورت شمولش نسبت به شبهات حکمیه و استصحاب عدم وجوب اجرای حد، مطالبه فرد مسروق منه برای اجرای حد سرقت لازم است.

بررسی مجازات جیب‌بر

استاد ارزیاب: استاد بهرمن

نویسنده:

حسن رضایی صرمی^۱

مقدمه

سرهنگ سعید عطااللهی رئیس پلیس مترو تهران بزرگ از آخرین آمار جرائم و دستگیری‌ها در مترو سخن گفت: «گوشی قاپی و جیب‌بری دو جرم شایع در شهر زیرزمینی تهران است.» از این جهت، بررسی نحوه مقابله با جرم مذکور از دغدغه‌های مهم مسئولین امنیت مالی در شهرها است. یکی از راههای متداول برای دفع چنین فسادى در بین کشورها اعمال مجازات برای مرتکبین این جرائم است. از آنجا که کشور ایران بر پایه مبانی اسلامی طرح‌ریزی می‌شود مجازات و از جمله مجازات جیب‌بر را از ادله شرعی استنباط می‌نماید و در ادامه در قانون بازتاب داده می‌شود. با توجه به اینکه جیب‌بری یکی از مصادیق سرقت است در این مجال از دو زاویه حکم مجازات جیب‌بر مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ یکی از زاویه تطبیق شرایط حد سرقت بر محل بحث و دیگری بررسی مفاد روایات خاص در مسأله جیب‌بری.^۲

^۱. دانش پژوه گروه فقه جضاء، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

^۲. چکیده مقاله علی اکبر ایزدی فرد برای ذهنیت بهتر در بحث: در حکم جرم جیب‌بر (طرار) بین فقها اختلاف نظر شدیدی وجود دارد، ولی در مجموع با جستجو در عبارات فقها به دست می‌آید که تمامی آنها به صورت فی الجمله و در بعضی از

الف) تطبیق شرایط عام حد سرقت بر جیب‌بری

منبع اصلی کشف شرایط عام حد سرقت شرع است و طبعاً باید ثغور آن از أدله شرعی استخراج شود، لکن با توجه به فرصت محدود مقاله در این مجال شرایط عام مذکور در قانون مجازات معیار قرار می‌گیرد. در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی ۱۴ شرط برای سرقت موجب حد ذکر می‌شود.^۱ برخی موارد، همچون مورد الف (مالیت داشتن شیء مسروق) و مورد ت و ج، تنها در بررسی میدانی حکم جیب‌بری لازم است این شرایط بر آن تطبیق شود؛ مثلاً در جیب‌بری که در فلان روز و فلان مکان انجام گرفته است باید بررسی شود که همان شخصی که مال را ربوده است مال را از حرز خارج کرده است یا شخص اول مال را از حرز خارج کرده و بعد سارق آن را ربوده است تا دیگر مشمول حد سرقت نباشد. همچنین اگر مال ربوده شده به نصاب نرسد حد سرقت مترتب نمی‌شود. سایر موارد نیز بدین شکل بر مصادیق جیب‌بری در جامعه قابل تطبیق می‌باشد. مواردی که نیاز به بررسی دارند عبارتند از؛ ب- مال مسروق در حرز باشد. ث- هتک حرز و

موارد این جرم را مستوجب حد دانستند و تنها در قیود آن اختلاف نظر دارند که این اختلاف ناشی از اختلاف در برداشت از روایات دال بر تفصیل بین سرقت از لباس روئین و بین سرقت از لباس زیرین می‌باشد. قانون‌گذار برخلاف نظریه تمامی فقها، بر اساس ماده ۶۷۵ قانون مجازات اسلامی، جرم جیب‌بری را تحت هر صورتی مستوجب تعزیر دانسته است نه حد. نگارندگان پس از بررسی اقوال و ادله فقها در این زمینه بر خلاف نظریه مشهور فقها و همچنین ماده ۶۷۵ قانون مجازات اسلامی، به این نتیجه می‌رسند که با توجه به مرجعیت عرف در موضوع شناسی حرز، روایات دال بر تفصیل تنها ناظر به بیان بعضی از مصادیق سرقت از حرز در عمل جیب‌بری هستند و می‌توان از موارد موجود در این روایات دال بر تفصیل الغای خصوصیت کرد و فقط آنها را از باب مثال دانست، نه اینکه اخذ به روایات دال بر تفصیل از باب تعبد بوده و به تبع آن سرقت از حرز و غیر حرز منحصر به موارد موجود در این روایات شود. لذا سرقت از جیب روئین نیز در صورتی که از نظر عرفی سرقت از حرز محسوب شود، مستحق اجرای حد قطع ید خواهد بود. بر این اساس با در نظر گرفتن موارد موجود در روایات از باب مثال، این حکم در جرایم نظیر آن همچون کیف زنی نیز صادق است.

^۱ سرقت در صورتی که دارای تمام شرایط زیر باشد موجب حد است:

الف- شیء مسروق شرعاً مالیت داشته باشد. ب- مال مسروق در حرز باشد. پ- سارق هتک حرز کند. ت- سارق مال را از حرز خارج کند. ث- هتک حرز و سرقت مخفیانه باشد. ج- سارق پدر یا جد پدری صاحب مال نباشد. چ- ارزش مال مسروق در زمان اخراج از حرز، معادل چهار و نیم نخود طلای مسکوک باشد. ح- مال مسروق از اموال دولتی یا عمومی، وقف عام و یا وقف بر جهات عامه نباشد. خ- سرقت در زمان قحطی صورت نگیرد. د- صاحب مال از سارق نزد مرجع قضایی شکایت کند. ذ- صاحب مال قبل از اثبات سرقت سارق را نبخشد. ر- مال مسروق قبل از اثبات سرقت تحت ید مالک قرار نگیرد. ز- مال مسروق قبل از اثبات جرم به ملکیت سارق در نیاید. ژ- مال مسروق از اموال سرقت شده یا مغضوب نباشد.

سرقت مخفیانه باشد: یعنی حرز بودن جیب و صدق خفاء در موارد جیب‌بری باید مورد بررسی قرار گیرد.

دخالت مخفیانه بودن ربایش در سرقت

با توجه به این که جیب‌بری، کیف قاپی و امثال آن مربوط به سرقت علنی می‌باشد بررسی دخالت خفاء در عمل ربایش در صدق عرفی سرقت و یا در ترتب حد سرقت بر آن بسیار حائز اهمیت است؛ شرطیت خفاء در ترتب حد سرقت در مقاله ای جداگانه مورد بررسی قرار گرفته است و نتیجه تا بدانجا رسید که به لحاظ صدق عرفی سرقت نسبت به جیب‌بری مشکلی وجود ندارد چون خفائی که در صدق عرفی سرقت شرط است با یکی از خفای در عمل ربایش یا خفای بعد از عمل ربایش محقق می‌شود و روایات و اجماع نیز بر امری بیش از این مقدار دلالت ندارد. لذا از حیث بند «ث- هتک حرز و سرقت مخفیانه باشد» مشکلی در ترتب حد سرقت بر جیب بری وجود ندارد.

بررسی مفهوم حرز و تطبیق بر جیب

شرطیت «هتک حرز» در ترتب حد سرقت همچون شرطیت مخفیانه بودن ربایش، خود نیازمند تحقیقی جداگانه می‌باشد^۱. با پذیرش اصل شرطیت حرز، بررسی مفهوم آن نیز در این بحث حائز اهمیت است چون اگر مفهوم حرز بر جیب صدق کند مشمول حد سرقت خواهد شد و لذا بحث از این زاویه بحثی عرفی بوده و باید به کلام اهل لغت و ارتکاز عرفی مراجعه نمود. البته دلیل شرعی می‌تواند به صورت تعبیدی بعض موارد را از حکم حد سرقت خارج کند و لذا از این زاویه، روایات نیز باید مورد بررسی قرار گیرد که آیا حکمی تعبیدی در مسأله ارائه نموده اند یا خیر.

^۱ در مقاله‌ی «تأملی پیرامون شرطیت حرز در سرقت» شرطیت را پذیرفته و اجرای حد سرقت را منوط به هتک حرز است مگر از باب دخالت هتک حرز در صدق عرفی «سرقت» باشد که در این مقاله از این جهت متمایل به شرطیت هتک حرز در اجرای حد شده است. (مطالعات فقه و حقوق اسلام سال ۲۱ شماره ۱۱ بهار و تابستان ۹) لکن به نظر می‌رسد اگر أدله پذیرفته نشود، هتک حرز هیچ دخالتی در مفهوم عرفی سرقت ندارد و لذا أدله شرطیت ناتمام خواهد بود.

ب) نظر فقها

فقها نه به صورت مطلق قائل به قطع يد طرّار (جیب‌بر) شده‌اند و نه به طور مطلق حد را از طرّار نفی نموده‌اند، بلکه قائل به تفصیل شده و در این تفصیل اختلاف وجود دارد که اکثر عبارات به دو تفصیل بازگشت می‌کند؛

تفصیل اول آن است که اگر از جیب یا آستین باطن سرقت صورت گیرد قطع ثابت می‌شود ولی اگر از جیب یا آستین ظاهر باشد قطع ثابت نخواهد شد. (در این که مراد از باطن و ظاهر چیست شهید ثانی توضیحاتی ارائه نموده است.) (الروضة البهیة، ج ۹، صص ۲۴۶-۲۴۹- و راجع فی هذا المجال: مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۳، صص ۲۴۰ و ۲۴۱). تفصیل دوم آن است که اگر از جیب یا آستین لباس پایین سرقت شود قطع ثابت می‌شود ولی اگر از جیب یا آستین لباس بالا سرقت شود قطع ثابت نخواهد شد و این تفصیل در واقع برگرفته از تعبیر «قمیص اسفل و قمیص اعلی» روایات این باب است.

ج) روایات خاص

با توجه به این که در روایات از تعبیر «طرّار و طرّ» استفاده شده است ابتدا مفهوم این واژه مورد بررسی قرار می‌گیرد؛

مفهوم طرّار

این واژه از ریشه «طرّ» به معنای قطع و شق گرفته شده است و به کسی که کیسه‌های درهم یا نفقه که همراه شخص است را می‌رباید «طرّار» گفته می‌شود؛^۱ حال ربایش با شق یعنی پاره کردن

۱. و يكون الطَّرُّ الشَّقُّ و القَطْعُ؛ و منه الطَّرَّازُ. و الطَّرُّ: القَطْعُ، و منه قیل للذی یقطع الهمّانین: طَرَّازٌ (لسان العرب، ج ۴، ص: ۴۹۹). و قد یكون الطَّرُّ الشَّقُّ و القَطْعُ، و منه الطَّرَّازُ. (الصّحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۲، ص: ۷۲۵). حدیث الشّعبی «یقطع الطَّرَّار» هو الذی یشقُّ کُمّ الرّجل و یسل ما فیهِ، و من الطَّرِّ: القَطْعُ و الشَّقُّ. (النهاية فی غریب الحدیث و الاثر، ج ۳، ص: ۱۱۸). و یكون الطَّرُّ الشَّقُّ و القَطْعُ؛ و منه الطَّرَّازُ. و الطَّرُّ: القَطْعُ، و منه قیل للذی یقطع الهمّانین: طَرَّازٌ، و فی الحدیث: أنه کان یطرُّ شاربه؛ أي یقْضه. و حدیث الشّعبی: یقطع الطَّرَّار، و هو الذی یشقُّ کُمّ الرّجل و یسل ما فیهِ، من الطَّرِّ و هو القَطْعُ و الشَّقُّ. یقال: اطَّرَّ الله ید فلانٍ و اطَّنها فطرَّت و طنَّتْ أي سقطت. و ضربه فأطرَّ یده أي قطعها و أنذرھا. (لسان العرب، ج ۴، ص: ۴۹۹). طَرَّرْتُهُ: (طرَّاراً) من باب قتل شققْتُهُ و منه (الطرَّاز) و هو الذی یقطع الثَّقَاتِ و یأخذها علی غفلةٍ من أهلها (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص: ۳۷۰)

ضمناً همایان جمع همیان و به معنای کیسه پول و نفقه است و کم هم به معنای آستین است؛ الهمّان: الذی یجعل فیهِ الدّراهم و یشدّ علی الحَقْو (الفائق فی غریب الحدیث، ج ۱، ص: ۳۳۲) و الهمّان: همّیان الدراهم، بکسر الهماء، الذی تُجعل

لباس و بدون شقّ محقق می‌شود. تعبیر قطع که در معنای لغوی «طَرَّ» ذکر شده است در مورد «طَرَّار» به این معنا است که کیسه پول یا نفقه ای که شخص به خود متصل کرده است را از شخص جدا کند؛ یعنی گویا کیسه پول جزئی از شخص شده است و با ربایش، از بدن شخص جدا و قطع می‌شود. لذا معنای لغوی طرار ملازم با پاره کردن لباس نخواهد بود.

ترجمه فارسی این واژه «جیب‌بُر» است. «بُر» به معنای بریدن و قطع کردن است و وجه تسمیه به آن یا به لحاظ غالب موارد است که جیب بریده می‌شود و یا به لحاظ جدا کردن کیسه ای که به شخص متصل است و گویا جزئی از او شده است تعبیر قطع و بریدن اطلاق شده است. به هر حال چه جیب شکافته شود یا نشود تعبیر «جیب‌بُر» اطلاق می‌شود و لذا می‌توان آن را به عنوان معادل فارسی واژه «طَرَّار» ذکر نمود.

روایات وارده در این موضوع سه دسته‌اند: يك دسته، مطلقاً سرقت از جیب را موجب قطع می‌داند. دسته دیگر، به طور مطلق نظر به عدم قطع دارد و گروه سوم، قائل به تفصیل شده است. روایت دسته اخیر، تعارض بین دو گروه اول و دوم را مرتفع می‌سازد؛ لذا روایاتی را که مطلقاً نظر به قطع دارد، حمل بر جیب داخل و روایات گروه مقابل حمل بر جیب اعلی می‌شود؛

۱- معتبره عبدالرحمن: «حُمَيْدُ بْنُ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَيْسَ عَلَى الَّذِي يَسْتَلْبُ قَطْعٌ وَ لَيْسَ عَلَى الَّذِي يَطْرُ الدَّرَاهِمَ مِنْ تَوْبِ الرَّجُلِ قَطْعٌ» (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۷، ص: ۲۲۶) در این روایت حکم قطع بد را به صورت مطلق از کسی که دراهم را از لباس سرقت می‌کند نفی نموده است.

۲- معتبره سکونی: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: أُتِيَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام بِطَرَّارٍ قَدْ طَرَّ دَرَاهِمَ مِنْ كُمْ رَجُلٍ قَالَ فَقَالَ إِنْ كَانَ قَدْ طَرَّ مِنْ قَمِيصِهِ

فيه التَّفَقُّةُ. (لسان العرب، ج ۱۵، ص: ۳۶۴) كُمُ الْقَمِيصِ. ابن سيدة: الكُمُ من الثوبِ مَدْخَلَ الْيَدِ وَ مَخْرُجُهَا (لسان العرب، ج ۱۲، ص: ۵۲۶)

الأَعْلَى لَمْ أَقْطَعُهُ وَإِنْ كَانَ طَرٌّ مِنْ قَمِيصِهِ الدَّاخِلِ قَطَعْتُهُ.» (همان) در این روایت حکم قطع ید را

در فرض سرقت از لباس بالایی نفی و در فرض سرقت از لباس داخلی ثابت نموده است.^۱

۳- صحیحہ عیسی بن صبیح: «الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عِيْسَى بْنِ صَبِيْحٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ

عَنِ الطَّرَائِرِ وَ النَّبَّاشِ وَ الْمُخْتَلِسِ قَالَ لَا يُقْطَعُ» (الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۴، ص: ۲۴۵).

البته در سند صحیح دیگر بدین صورت ذکر شده است: «الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ

عِيْسَى بْنِ صَبِيْحٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الطَّرَائِرِ وَ النَّبَّاشِ وَ الْمُخْتَلِسِ فَقَالَ يُقْطَعُ الطَّرَائِرُ

وَ النَّبَّاشُ وَ لَا يُقْطَعُ الْمُخْتَلِسُ» (همان، ص: ۲۴۶).

در سند اول به صورت مطلق حد قطع ید را از طرار نفی و در سند دوم اثبات می‌کند؛ اگر با این

دو سند همچون دو روایت برخورد شود با توجه به تفصیلی که در معتبره سکونی ذکر شده بود

می‌توان بین این دو جمع نمود. لکن اگر گفته شود این دو سند با توجه به این که به ابن محبوب

عن عیسی می‌رسد یک روایت هستند در این صورت تعارض بین دو نقل حاصل می‌شود و دیگر

این دو روایت قابل استناد نخواهند بود.^۲

۴- صحیحہ منصور بن حازم: «مُحَمَّدُ بْنُ يَغْفُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرِ الْكُوفِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ

الْحَمِيدِ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ مَنْصُورٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ يُقْطَعُ النَّبَّاشُ وَ الطَّرَائِرُ

وَ لَا يُقْطَعُ الْمُخْتَلِسُ» (الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۴، ص: ۲۴۵).

^۱ البته در روایت ضعیف‌السند دیگر در نفس مصدر یعنی کافی شریف به جای «اعلی و داخل» تعبیر «اعلی و اسفل» ذکر

شده است: عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ شُمُونَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ مِسْمَعِ أَبِي سَيَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع أَنَّى الْكَافِي (ط - الإسلامية)، ج ۷، ص: ۲۲۷. يَطَّرَارٍ قَدْ طَرَّ مِنْ رَجُلٍ مِنْ دُونِهِ دَرَاهِمٌ قَالَ إِنْ كَانَ طَرٌّ مِنْ قَمِيصِهِ الْأَعْلَى لَمْ تَقْطَعُهُ وَإِنْ كَانَ طَرٌّ مِنْ قَمِيصِهِ الْأَسْفَلِ قَطَعْتَاهُ. / الْكَافِي (ط - الإسلامية)، ج ۷، ص: ۲۲۶. همچنین در نسخه دیگر سند بالا و در نقل و سائل از کافی تعبیر «سافل» ذکر شده است. در تهذیب و استبصار

تعبیر «الداخل» ذکر شده است با این که روایت ضعیف‌السند بالا را نیز نقل نموده اند که تعبیر «اسفل» دارد.

احتمال دارد لباس عرب در عصر معصوم به صورت متعارف مشتمل بر یک لباس پایینی و لباس بالایی بوده که لباس بالایی بر روی لباس پایینی قرار می‌گرفته است همچون دشداشه که لباس بالایی محسوب می‌شود و بر روی شلوار قرار می‌گیرد؛ با قبول این مطلب می‌توان گفت تعبیر لباس اعلی و اسفل مساوی با تعبیر لباس ظاهر و باطن (یا لباس روئین و زیرین یا لباس خارجی و داخلی) خواهد بود.

^۲ احتمال دارد هر دو سند جعل جاعلین باشد و به خاطر نفی حکم قطع ید از مختلس چنین روایتی را جعل کرده باشند و در

کتاب اصحاب قرار داده باشند.

این روایت به صورت مطلق قطع ید را ثابت نموده است لذا با معتبره سکونی که مشتمل بر تفصیل است قابل تقیید است.

جمع بندی بحث روایی

نتیجه این که بر اساس روایات معتبر، نسبت به حکم قطع ید طرّار تفصیل وجود دارد؛ اگر از جیب ظاهر سرقت صورت گیرد قطع ید ثابت بوده، ولی اگر از جیب باطن سرقت شود قطع ید منتفی خواهد بود. با توجه به این که این روایات در خصوص طرّار یعنی جیب‌بُر وارد شده است دیگر فرقی نخواهد داشت که حرز را یکی از شرایط حد سرقت بدانیم یا ندانیم. بلکه ممکن است وجه تفصیل بین جیب ظاهر و باطن را شرطیت حرز دانست که جیب باطن حرز است ولی جیب ظاهر حرز محسوب نمی‌شود. به هر حال، وجه تفصیل هر چه باشد، حکم طرّار بر اساس روایت مشخص بوده و تفصیل در مسأله ثابت است.

در مقدمه بحث بیان شد که جیب‌بُری بر دو بحث «شرطیت خفاء در اجرای حد سرقت» و «شرطیت هتک حرز» استوار است؛ همانگونه که با وجود روایات، قبول و عدم قبول شرطیت هتک حرز تأثیری در نتیجه این مسأله ندارد، قبول و عدم قبول شرطیت خفاء نیز تأثیری در این مسأله نخواهد داشت و نص شرعی متّبع خواهد بود. بلکه می‌توان با روایات در این مسأله و اثبات حد سرقت در مورد طرّار ولو در بعض صور، شرطیت خفاء در حد سرقت را نفی نمود؛ یا بگوییم خفائی که در حد سرقت معتبر است در طرار هم وجود دارد و یا این که بگوییم خفاء در سرقت عرفا و شرعا شرط نیست. به نظر می‌رسد انکار شرطیت خفاء در معنای عرفی سرقت مکابره است و لذا صحیح همان توجیهی است که در مقاله «شرطیت خفاء در اجرای حد سرقت» ذکر شده است که اگر عمل ربایش مخفیانه باشد یا عمل ربایش مثل طرار علنی باشد ولی بعد از آن قصد خفاء باشد در صدق سرقت کفایت می‌کند.

البته با این توضیحات که نص شرعی محور قرار گرفت دیگر نمی‌توان حکم کیف قاپ را استفاده نمود؛ البته با نکته اخیر مشکلی در شرطیت خفاء وجود ندارد ولی به لحاظ هتک حرز مشکل باقی خواهد ماند و اگر بتوان نکته عرفی تفصیل در روایات را هتک و عدم هتک حرز دانست می‌توان الغای خصوصیت نموده و به مورد کیف قاپی هم تعدی نمود. لکن چون نکته عرفی

مشخص نیست و احتمال دارد جیب باطن حرز و جیب ظاهر حرز نباشد و احتمال دارد جیب ظاهر هم حرز باشد ولی به خاطر جسارت کمتری که سرقت از جیب ظاهر دارد حکم قطع ید ثابت نشده باشد نمی‌توان به کیف قاپی تعدی نمود؛ یعنی احتمال دارد کیف قاپی حکم سرقت از جیب ظاهر را داشته باشد نه این که حرز دانسته شود یا در آن تفصیل داده شود.

نکته: راجع به تعبیر «اعلی و اسفل» در معتبره سکونی که موجب جمع بین دو دسته روایات متعارض شد دو احتمال وجود دارد؛ احتمال اول این است که صفت برای «قمیص» باشد که این احتمال موافق ظاهر روایت است؛ بر اساس این احتمال مفاد روایت تفصیل بین قمیص اعلی و قمیص اسفل خواهد بود و ظاهر و باطن مهم نخواهد بود. احتمال دوم این است که مفعول «طرز» باشد یعنی در سرقت از قمیص اعم از اعلی و اسفل، اگر اعلی را سرقت کند دست قطع نمی‌شود و اگر اسفل را سرقت کند دست قطع می‌شود. هر چند «طرز» مفعول می‌گیرد^۱ اما معنا کردن مفعولی با «اعلی و اسفل» دشوار خواهد شد؛ ترجمه تحت اللفظی چنین خواهد شد «اگر از لباس، اعلی را سرقت کند دست او قطع نمی‌شود ولی اگر از لباس، اسفل را سرقت کند دست او قطع می‌شود» این که اعلی و اسفل صفت برای مال باشد صحیح نیست چون در این صورت اگر مال اعلی را سرقت کند باید دست قطع شود نه بر عکس. مگر این که «اعلی و اسفل» را به معنای دیگری قرار دهیم و بگوییم اگر از مال اعلی یعنی مالی که بالای (روی) لباس قرار دارد سرقت کند دست قطع نمی‌شود ولی اگر از مالی که پایین (زیر) لباس قرار دارد سرقت کند دست او قطع می‌شود. طبق این معنا، مفاد «اعلی و اسفل» همان «ظاهر و باطن یا خارج و داخل» خواهد شد که در برخی روایات تعبیر داخل به جای «اسفل» استفاده شده است. پس طبق احتمال اول مفاد روایت تفصیل بین لباس بالا و لباس پایین خواهد بود و جیب ظاهر و باطن در لباس بالا و پایین فرقی ندارند؛ لکن می‌توان گفت که از طرفی به ارتکاز عرفی صرف بالا و پایین بودن لباس نمی‌تواند وجهی برای تفاوت حکم شود و از طرفی ظاهر روایت وجود تعبّد محض نیست بلکه گویا یک وجه عرفی و فرق عقلایی بین دو صورت وجود دارد و از طرف دیگر، اگر لباس را از زاویه خود لباس و بدون توجه به شخص ایستاده ملاحظه کنیم لباس اعلی لباسی است

^۱ یقال طرته طرا من باب قتل شقیته. / مجمع البحرین، ج ۳، ص: ۳۷۶. همچنین در خود روایت سکونی تعبیر «طرز» دراهم» ذکر شده است و به صورت متعدی آمده است.

که ظاهر بدن را پوشانده و لباس اسفل لباسی خواهد بود که در زیر لباس دیگر قرار گرفته است. نتیجه این که طبق احتمال اول نیز ظاهر روایت تفصیل بین ظاهر و باطن است. این نکته را هم می‌توان اضافه نمود که لباس بالا و پایین به لحاظ شخص ایستاده با لباس بالا و پایین به لحاظ شخصی که به طناب آویزان است و شخصی که خوابیده است و شخصی که دراز کشیده و پای خود را بالا آورده و به دیوار تکیه داده است مختلف خواهد شد، در حالی که اگر لباس رو و زیر معیار باشد به لحاظ حالات شخص متفاوت نخواهد شد و همین نکته مؤید^۱ برای معنای مذکور است. پس می‌توان با توجه به اختلاف نسخه و ارتکاز عرفی و عقلایی چنین گفت که ظاهر روایت طبق هر دو احتمال تفصیل بین جیب ظاهر و جیب باطن است.

تذکر: کسانی که روایت سکونی را معتبر می‌دانند یا عمل مشهور که نزدیک به اجماع است را موجب ضعف سند می‌دانند می‌توانند به مفاد این روایت عمل کنند. در غیر این صورت، تعارض بین دو دسته باقی خواهد ماند و در نتیجه باید سراغ عمومات رفت؛ اگر در مورد طُزار، عنوان سرقت را صادق بدانیم مشمول آیه «السارق و السارقه فاقطعوا» خواهد شد و در صورتی که هتک حرز در مورد طرار صدق کند حکم قطع ید ثابت خواهد شد، ولی اگر عنوان سرقت را در مورد طُزار صادق ندانیم یا در صدق سرقت بر طرار شک کنیم دیگر نمی‌توان به عام تمسک نمود و نوبت به اصل عملی می‌رسد و مقتضای اصل عملی جریان براءت خواهد بود و دیگر در هیچ صورتی حکم قطع ید برای طُزار ثابت نخواهد شد.

د) حکم جیب‌بری در قانون

ماده ۶۵۷- هرکس مرتکب ربودن مال دیگری از طریق کیف‌زنی، جیب‌بری و امثال آن شود به حبس از یک تا پنج سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد. بر اساس اطلاق این ماده، جیب‌بری مشمول حد سرقت نمی‌شود و نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز تصریح به این مطلب دارد؛ لکن در یک نظریه بیان شده است که جیب‌بری «عمل

^۱ تعبیر مؤید از این جهت است که ممکن است ادعا شود که اگر ارتکاز عرفی در نظر گرفته نشود، می‌توان گفت که لباس اعلی و اسفل بر اساس متعارف حالات مردم در سرقت بیان شده است که ایستاده است و نظر به این مورد خارجی دارد نه این که صفتیت اعلی و اسفل موضوعیت داشته باشد.

شبيهه سرقت» است و در نظريه ديگر بيان شده است كه جيب‌بري عرفاً سرقت است ولي شرايط سرقت حدی را ندارد؛

نظريه ۱۳۷۶/۶/۶-۷/۱۲۲: بين سرقت و گرفتن و ربودن مال به عنف چه از نظر لغوی و چه عرفی تفاوت است در سرقت پنهان‌کاری و هتك حرز شرط است و حال اينكه در ربودن و اخذ مال مردم به زور هيچكدام شرط نيست اگر جانی، بسته يا شيئي را از دست صاحبش به زور اخذ و فرار كند مفهوماً سرقت صادق نيست و از نظر تبعات كيفری هم با يكدیگر فرق دارد و فرق بين ماده ۶۵۷ و ۶۶۵ قانون مجازات اسلامي به اين جهت است كه ربودن مال غير از طريق جيب‌بري و كيفزنی بردن مال از جيب يا كيف كه يك نوع حرز به حساب می‌آید و هكذا در امثال اين دو كه مال در نوعی از حرز است عمل شبيهه سرقت است و لكن ماده ۶۶۵ صرف ربودن بدون اينكه مال در حرز باشد بوده و اين موضوع مد نظر قانونگذار بوده است و از نظر مجازات بين ماده ۶۵۷ و ۶۶۵ فرق قائل گردیده است.

ظاهر تعبير به اين كه «در امثال اين دو كه مال در نوعی از حرز است عمل شبيهه سرقت است» اين است كه به خاطر وجود حرز شبيهه سرقت دانسته شده تا از ربودن از غير حرز در حكم متمايز شود؛ يعنی چون هر دو سرقت غير حدی و صرفاً موجب تعزير بوده اند و يکی از جهت وجود حرز به سرقت نزديك بوده است حكم سنگين‌تری برای آن قرار داده شده است.

نظريه ۱۳۸۳/۵/۲۵-۷/۴۰۵۹: ربودن و دزدیدن و جيب‌بري و كيفزنی و امثال آن، عرفاً از مصاديق سرقت (غير واجد شرايط حد) است و لذا منع تخفيف مجازات مقرر در تبصره ذيل ماده ۶۶۶ قانون مجازات اسلامي^۲ شامل مصاديق مشمول ماده ۶۵۷ قانون مزبور هم می‌شود.

۱. ماده ۶۶۵- هرکس مال دیگری را برآید و عمل او مشمول عنوان سرقت نباشد به حبس از شش ماه تا يك سال محکوم خواهد شد و اگر در نتیجه این کار صدمه‌ای به مجنی علیه وارد شده باشد به مجازات آن نیز محکوم خواهد شد.
ماده ۶۵۷- هرکس مرتکب ربودن مال دیگری از طریق كيفزنی، جيب‌بري و امثال آن شود به حبس از يك تا پنج سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

۲. ماده ۶۶۶- در صورت تکرار جرم سرقت، مجازات سارق حسب مورد حداکثر مجازات مقرر در قانون خواهد بود.
تبصره- در تکرار جرم سرقت در صورتی که سارق سه فقره محکومیت قطعی به اتهام سرقت داشته باشد دادگاه نمی‌تواند از جهات مخففه در تعیین مجازات استفاده نماید.

پس چون سرقت بر آن صدق می‌کند در صورت وجود سه فقره محکومیت قطعی به اتهام سرقت، ولو سه مرتبه جیب‌بری باشد دیگر دادگاه نمی‌تواند از جهات مخففه در تعیین مجازات^۱ استفاده نماید.

این که جیب‌بری عرفاً از مصادیق سرقت باشد ولی شرایط حد سرقت را نداشته باشد بدین معنا خواهد بود که مخفیانه بودن عرفاً در صدق سرقت شرط نیست ولی شرعاً شرط است، چون در نظریه اول جیب و کیف را یک نوع حرز محسوب نموده است و جهت دیگری در جیب‌بری وجود ندارد که موجب اختلال شرایط حد شود. و لذا جیب‌بری سرقت غیر واجد شرایط حد خواهد بود.

در قانون حرز را چنین تعریف می‌کند: «مکان متناسبی که مال عرفاً در آن از دستبرد محفوظ می‌ماند»^۲ بر اساس این تعریف، حرز بر جیب لباس متصل به شخص صدق می‌کند چه جیب ظاهر و چه باطن و چه جیب دکمه دار و چه جیب بدون دکمه. و هتک را نیز به «نقض غیر مجاز حرز»^۳ تعریف می‌کند که این تعبیر بر جیب‌بری صادق است؛ یعنی شخص با دستبرد به جیب شخص، حرز یعنی مکان متناسب حفظ مال را به صورت غیر مجاز نقض می‌کند.

جمع بندی

نتیجه آنکه جیب‌بری در قانون به لحاظ نبود قید «خفاء» مشمول حد سرقت نبوده و به عنوان یک عمل حرام صرفاً تعزیر به دنبال دارد؛ در حالی که فقها بر اساس روایات در این مسأله قائل به تفصیل شده‌اند و بین جیب روئین (ظاهر) و زیرین (باطن) یا بین جیب در لباس بالا و جیب در لباس پایین تفصیل داده‌اند و در صورت دوم قائل ترتب حد سرقت شده‌اند. با توجه به این که قانونگذار به لحاظ شرطیت خفاء در صدق سرقت شک نموده است و از حیث ربایش از حرز آن را شبیه سرقت دانسته است و تعریف از حرز و هتک حرز بر جیب‌بری منطبق می‌شود، می‌توان

۱. در ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی به این موارد اشاره شده است: همانند گذشت شاکي، همكاري مؤثر متهم، ندامت و حسن سابقه و ...

۲. ماده ۲۶۹- حرز عبارت از مکان متناسبی است که مال عرفاً در آن از دستبرد محفوظ می‌ماند.

۳. ماده ۲۷۱- هتک حرز عبارت از نقض غیر مجاز حرز است که از طریق تخریب دیوار یا بالا رفتن از آن یا باز کردن یا شکستن قفل و امثال آن محقق می‌شود.

گفت با توجه به تحقیق ارائه شده در رابطه با «شرطیت خفاء» و اثبات عدم شرطیت خفاء در خصوص عمل ربایش و کفایت خفاء بعد از عمل ربایش، چنین نتیجه گرفت که ربایش از جیب، واجد شرائط عامه حد سرقت می باشد و لذا جیب بر مشمول حد سرقت یعنی قطع دست خواهد بود.

ه) فروعات

فروعات قابل بررسی در جرم جیب‌بری به شرح ذیل خواهد بود:

۱- آیا جیب مصداق حرز است؟ اگر حرز است آیا بین مصادیق مختلف جیب تفاوت وجود دارد؟ مثلاً بین لباس رو و لباس زیر، بین لباس زیب دار با لباس بدون زیب، بین لباس بر تن و لباس بر دست یا روی دوش انداخته، لباس متصل به بدن و لباس کنار گذاشته شده تفاوت گذاشته شود.^۱

لازم است بررسی شود جیب عرفاً محل نگهداری اشیاء و حرز است یا همانند خورجین موتور صرفاً جایگاهی برای حمل اشیاء است. آیا مفهوم عرفی حرز منصرف به محل نگهداری ای است که از شخص جدا است و بر جیب ولو محل نگهداری باشد چون متصل به خود شخص است صدق نمی کند؟ به تعبیر دیگر آیا حرز برای جایی است که خود شخص نگهدارنده مال نیست و حرز موجب نگهداری و حفظ مال او می شود ولی جایی که خود شخص به تنهایی نگهدارنده مال باشد عرفاً حرز صدق نمی کند؟

در این رابطه می توان گفت که در مثال صندوق که حرزیت آن مسلم است گاهی خود شخص هم نگهدارنده مال در صندوق است و لذا شبیه مال در جیب می شود که خود شخص نگهدارنده آن است؛ اما اگر خود شخص نگهدارنده را کنار بگذارد و توجه خود را از مال بردارد در مثال صندوق همچنان مال در محفظه ای نگهداری می شود و به طور نسبی در ایمنی قرار دارد، اما در مثال جیب با کنار رفتن توجه شخص دیگر هیچ حفاظ و ایمنی در مورد مال وجود ندارد. لذا خود صندوق حرز است ولی خود جیب حرز نیست و ایمن بخشی در واقع ناشی از توجه شخص است و به چنین

^۱. با توجه به اضافه کردن این موارد، می توان حکم و سایل همراه شخص مثل موبایل و کیف را نیز بررسی نمود چون ارتباط نزدیکی بین مثلاً لباسی که روی دست آویزان شده و شخص از جیب آن دزدی می کند با کیفی که به شانه آویزان شده و شخص از درون کیف دزدی می کند، وجود دارد.

ایمنی حرز اطلاق نمی‌شود. حرز بر اشیایی صدق می‌کند که خود حافظ مال‌اند و واضح است که به اشخاص که حافظ اموال خود هستند عرفاً حرز صدق نکرده و تعبیر «زید حرز مال است» عرفی نیست. از طرف دیگر «لباس حرز مال است» نیز صادق نیست [کما این که اگر صندوق سستی قفل هم داشته باشد صدق حرز بر آن صحیح نیست؛ لذا اگر جیب لباس به لباس دوخته شده باشد، حرز صادق نیست] و لذا مفهوم حرز منتفی خواهد بود. البته ممکن است شرائط جیب به گونه‌ای باشد که با اتصال به شخص ولو توجّهی از جانب وی به مال نباشد ایمنی داشته و بر آن حرز صدق کند؛ یعنی حرز در هر شی‌ای به حسب همان شیء و در هر مکانی به لحاظ همان مکان است؛ پس زیب جیب لباس ممکن است محقق عنوان حرز باشد در حالی که زیب در صندوق قطعاً محقق حرز نیست.

۲- آیا سرقت از حرز ملازم با هتک حرز است تا گفته شود اگر جیب حرز باشد تمام مصادیق جیب‌بری مصادق هتک حرز خواهد بود یا خیر؟ مثلاً برداشتن مال با قلاب ماهیگیری از پشت درب قفل‌دار، مصادق هتک حرز است یا برای صدق هتک حرز، شکستن و پاره کردن لازم است که به معنای عدم ملازمه حرز با هتک حرز است؟ در مثال خانه قفل دار هر چند امکان دارد با قلاب مال را از خانه ربود، اما امکان هتک حرز نیز وجود دارد یعنی قطعاً حرز ملازم با امکان هتک حرز است؛ لذا جیبی که زیب و گره و دکمه ندارد هتک حرز در آن معنا نداشته و لذا حرز نخواهد بود.^۱ البته اگر هتک را به معنای شکستن حریم حرز و به تعبیر دیگر حرمت تصرف بدانیم در جیب بدون زیب هم هتک صدق می‌کند. لکن لازمه این معنا توسعه در معنای حرز است چون هتک به معنای شکستن احترام مال دیگران است و لذا هر آنچه مالکیت بر آن ثابت شده است حرز بوده و تصرف در آن، هتک حرز خواهد بود. این توسعه در معنای حرز یعنی این که «حرمت تصرف موجب صدق حرز و تصرف دیگری موجب هتک حرز باشد» قطعاً صحیح نیست، چون طبق این معنا تمام مصادیق سرقت مصادیق سرقت از حرز خواهد بود در حالی که حرز مربوط به بخشی از مصادیق سرقت است. شاید گفته شود در هتک حرز هتک و شکستن حسی لازم است و در جیب بدون زیب و دکمه که شخص صرفاً دست خود را داخل کرده و مال

^۱ مگر این که جیب به گونه‌ای باشد که به صورت متعارف سرقت از آن نیازمند به هتک باشد مثل این که لباسی دیگر روی آن پوشیده باشد یا طول جیب زیاد باشد به گونه‌ای که دست بدان نرسد.

را می‌ریاید پارگی و هتک حرز حسی رخ نمی‌دهد؛ ولی پاره کردن لباس دوخته شده، کندن شیء قیمتی دوخته شده به لباس، کندن یا باز کردن گوشواره از گوش، باز کردن انگو یا گردنبند، باز کردن زیب لباس یا کیف و ... قابلیت صدق هتک حرز را دارد^۱. البته ممکن است گفته شود استیلای شخص بر جیب خصوصیت حرزیت را برای نفس جیب محقق می‌کند؛ یعنی همان طور که قفل بر صندوق موجب صدق حرز بر صندوق است استیلای مالک بر جیب نیز موجب تحقق حرز است. لذا عمده بحث اول است و اگر در بحث اول صدق حرز بر جیب بدون زیب و دکمه قبول شود باید به ملاک اضافه مال به استیلای شخص باشد که یک نحوه حرزیت برای جیب ایجاد کرده است چون عرف عام متعرض استیلای دیگران نمی‌شود و نهایت مخفیانه مالی را می‌ریایند کما این که عرف عام متعرض صندوق قفل دار نمی‌شوند. لذا همین که مال را از جیب لباس و کیف بردارد ولو زیب نداشته باشد هتک حرز صدق خواهد کرد. اگر استیلا را در تحقق حرزیت دخیل دانستیم این مطلب مطرح می‌شود که اگر سرقت در حالی انجام شود که شخص خواب باشد هتک حرز صدق می‌کند یا خیر؟ یعنی عرف به طور کلی اتصال به شخص را و توان پیگیری او را حرز می‌داند یا توجه مالک را نیز در حرزیت دخیل می‌داند؟ اگر توان پیگیری مهم باشد نسبت به صبی و مجنون حرز صدق می‌کند یا خیر؟

نتیجه کلی این مطالب که در مقاله مورد استفاده قرار گرفت آن است که حرز بر برخی مصادیق جیب مثل جیب دکمه دار یا زیب دار صدق می‌کند.^۲

۳- مطلب دیگر در شرایط سرقت حدی، اخراج از حرز است؛ که ظاهراً به این معنا است که نفس شخصی که هتک حرز می‌کند مال را بردارد ولی اگر کسی صندوق را باز کند و دیگری بردارد حد

^۱. البته احتمال دارد هتک مفهومی مضیق تراز «بازکردن راهی برای رسیدن به مال» داشته باشد و مراد «بازکردن به شیوه ای که عرف عام توانایی آن را ندارد» باشد. لکن به نظر می‌رسد توجه به این مفهوم در صدق هتک حرز، بازگشت به مفهوم حرز دارد یعنی صندوقی که همه مردم به راحتی می‌توانند باز کنند یا مالی را از داخل آن بردارند مصداق حرز نبوده و هتکی هم محقق نخواهد شد.

^۲. البته در این مقاله در رابطه با «حرز» و منبع شرطیت آن بحث نشده است و صرفاً به همین تعبیر اکتفا شده است. به نظر بدوی چنین می‌رسد که حرز در زمان کنونی منصرف به محفظه نگهداری جدا از شخص است و شاید به همین جهت روایت حکم طزار را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار داده است در حالی که اگر طزار همچون دیگر سارقان می‌بود به لحاظ صدق خفاء و حرز مشکلی نمی‌بود. هر چند ممکن است به علت شیوع این نوع سرقت حضرت به صورت تطبیقی نظر به این موارد نموده‌اند و تفصیل بین قمیص اعلی و اسفل به جهت صدق و عدم صدق حرز بوده است. به هر حال، به نظر نگارنده بحث از حیث حرز نیازمند تحقیق است.

سرقت ساقط می‌شود. در اینجا هم اگر هتک حرز صادق باشد تطبیق این شرط بدین صورت خواهد بود که اگر کسی سیطره شخص را از بین ببرد به این که او را بیهوش کند یا دست او را بگیرد (یا اگر بچه است او را خام کند که در حکم گرفتن او است) و دیگری مال را بردارد حد ساقط می‌شود یا نه؟ یا کسی مال را از جیب بیرون بیندازد و شخص دیگری آن را بردارد. یا شخصی لباس را از تن شخص در بیاورد و دیگری جیب را خالی کند.

۴- آیا در سرقت از اشخاص خفاء وجود دارد؛ به تعبیر بهتر، مخفی بودن هنگام سرقت مهم است یا اگر بعد از سرقت هم مخفی شود حد جاری می‌شود؟ آیا در جیب‌بری و کیف‌زنی و امثال آن که مال همراه و متصل به شخص است مصداقی وجود دارد که عمل سرقت مخفیانه باشد مثل این که شخصی حرفه‌ای باشد و بدون این که مالک متوجه شود دزدی را انجام دهد ولی اگر با سرعت عمل این کار را انجام دهد و فرار کند یا با یک زورگیری مختصر ربایش انجام شود و فرار کند دیگر حد سرقت جاری نباشد؟ در مقاله‌ای عدم شرطیت خفای خصوص عمل ربایش به اثبات رسید.

۵- در ماده ۲۷۴ قانون مجازات اسلامی بیان شده است که نصاب باید در یک سرقت انجام شود؛ یک سرقت منظور چیست اگر منظور یک دفعه عرفی باشد در سرقت از هزاران صندوق سرقت واحد صدق می‌کند ولی اگر حرز متعدد را موجب تعدد سرقت بدانیم در این صورت جیب‌بری از جیب‌های مختلف نیز مصداق سرقت‌های متعدد خواهد بود.

۶- اگر کسی صندوق را بدزدد یا لباس حرز دار را بدزدد آیا حد مترتب می‌شود یا مشمول ماده ۲۷۰ قانون مجازات اسلامی می‌شود.^۱

^۱ ماده ۲۷۰- در صورتی که مکان نگهداری مال از کسی غصب شده باشد، نسبت به وی و کسانی که از طرف او حق دسترسی به آن مکان را دارند، حرز محسوب نمی‌شود.

امکان فسخ عقد ضمان از طریق خیار و اقاله

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

غلامرضا احسنی آرائی^۱

امکان فسخ عقد ضمان از طریق خیار و اقاله

یکی از قراردادهای رایج، قرارداد ضمان است. ضمان به گونه‌های مختلفی قابل تحقق است:

➤ گاه متعلق ضمان دین است که در این صورت، ضمان می‌تواند به یکی از این سه نحو صورت گیرد:

- یا ضامن متعهد به اداء دین مضمون عنه می‌شود بدون آنکه قصد داشته باشد ذمه او مشغول به دین شود.
- یا ضامن قصد می‌کند ذمه خود را مشغول به دین مضمون عنه کند.
- یا ضامن به هنگام عقد ضمانت، هیچ یک از شغل ذمه و تعهد به اداء را قصد نمی‌کند و تنها به صورت مهمل، دین مضمون عنه را متقبل می‌شود.

➤ گاه متعلق ضمان عین است که خود بر دو قسم است:

^۱. دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

● یا ضامن عین مضمونه را ضمانت می‌کند به این معنا که در رتبه سابق ضمانتی بر عهده مضمون عنه وجود دارد و ضامن به نفع مضمون له، عهده دار این ضمانت می‌شود. مثل آنکه مال مضمون له در دست غاصب است و ضامن از طرف غاصب مال مالک را بر عهده می‌گیرد. ضمانت مضمون عنه، به معنای وجوب ردّ عین در صورت بقاء و بدهکار بودن به مثل یا قیمت در فرض تلف است و ضامن می‌تواند به یکی از این سه نحو، این ضامن را با عقد ضمان، ضامن شود:

○ یا ضامن صرفاً متعهد به تحویل عین مال به مضمون له است بی آنکه در صورت تلف، ضمانتی کرده باشد.

○ یا ضامن صرفاً متعهد به پرداخت مثل یا قیمت در صورت تلف است بی آنکه متعهد به باز پس دادن عین مال باشد.

○ یا ضامن متعهد به باز پس دادن عین در صورت بقاء مال و پرداخت مثل یا قیمت در صورت تلف است. شبیه ضمانتی که بر عهده مضمون عنه وجود داشت.

تعهد به اداء مثل یا قیمت در صورت تلف، در حقیقت به ضمان دین البته به صورت معلق یا مشروط بازگشت دارد و به همان سه صورتی که در دین تصویر شد، متصور است به این معنا که یا تعهد به اداء مثل یا قیمت داده باشد یا شغل ذمه را در صورت تلف قصد کند یا به صورت مهمل، پرداخت مثل یا قیمت را تقبل کند بی آنکه تعهد به اداء را قصد کرده یا شغل ذمه را قصد کرده باشد.

● یا ضامن عین غیر مضمونه را ضمانت می‌کند که خود به دو صورت قابل تصویر است:

○ یا عین مال در قالب قراردادی غیر ضمان آور در اختیار دیگری است و ضامن، عهده‌دار خسارت این مال در صورت تلف می‌شود. مثل آنکه مستعیر مالی را عاریه گرفته و ضامن به نفع معیر، خسارت عین مرهونه در فرض تلف را بر عهده می‌گیرد.

○ یا عین مال در اختیار مالک است و مثلاً ضامن به مالک می‌گوید: مال خود را در دریا بیانداز و من ضامن آن هستم.

ضمان عین غیر مضمونه به معنای تقبّل مثل یا قیمت است که این تقبّل به سه صورت تعهّد به اداء، شغل ذمه و مهمل قابل تحقّق است.

ضمان دین و عین مضمونه سه طرف دارد: مضمون عنه، مضمون له و ضامن. مضمون عنه همان بدهکار یا من علیه الحق است و مضمون له همان طلبکار یا من له الحق است. اما ضمان عین غیر مضمونه می‌تواند تنها دو طرف یعنی ضامن و مضمون له داشته باشد مانند امر به القای مال در دریا و می‌تواند سه طرف داشته باشد مانند آنکه ضامن از طرف مستعیر خسارت عین مرهونه را ضمانت کند. در این موارد، ضامن، خسارتی که بر عهده متلف (مضمون عنه) خواهد آمد را به نفع مالک (مضمون له) متعهّد می‌شود.

نتیجه عقد ضمان

غالب فقیهان شیعه و اهل سنت بدون اشاره به چگونگی قصد ضامن به هنگام عقد ضمانت، در نتیجه عقد ضمان دین اختلاف نظر دارند:

(۱) شیعه قائل به نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است. به این صورت که با اتمام قرارداد ضمان، مضمون عنه دیگر به مضمون له بدهکار نیست و مضمون له از ضامن طلبکار است و ضامن باید این بدهی را پرداخت نماید. حال در صورتی که ضمان با رضایت مضمون عنه باشد، ضامن بعد از پرداخت بدهی، می‌تواند مال پرداختی را از مضمون عنه مطالبه کند زیرا ضمان به امر مضمون عنه بوده است. در صورتی که ضمان تبرّعی و بدون اذن مضمون عنه باشد، حق رجوع به مضمون عنه وجود ندارد زیرا ضامن بدون امر مضمون عنه بدهی را پرداخت کرده و سببی برای جواز رجوع وجود ندارد.

(۲) مشهور عامه قائل به ضمّ ذمه به ذمه هستند. به این صورت که با اتمام قرارداد ضمانت، مضمون له می‌تواند به صورت مستقل به ضامن یا مضمون عنه رجوع کند و تنها با پرداخت بدهی توسط ضامن یا مضمون عنه، ذمه مضمون عنه از بدهی بری می‌شود.

نتیجه فسخ عقد ضمان

نتیجه فسخ ضمان مطابق مبانی مختلف در اثر عقد ضمان، متفاوت است:

• بنابر مبنای نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن، نتیجه فسخ عقد ضمان، بازگشت دین به ذمه مضمون عنه است به نحوی که ضامن دیگر بدهکار نیست و مضمون له از مضمون عنه طلبکار است. روشن به نظر می‌رسد که فسخ عقد ضمان به این معنا که دین از ذمه ضامن ساقط شود و به ذمه مضمون عنه نیز رجوع نکند، معنایی جز اسقاط دین ندارد و با اسقاط دین، ضمان نیز موضوعی ندارد تا امکان فسخ آن مطرح شود. با توجه به این نکته، مسلم تلقی کردن صحت شرط خیار در عقد ضمان توسط مضمون له صحیح نیست. علامه حلی در این زمینه می‌نویسد: «شرط خیار برای مضمون له مضرّ نیست زیرا مضمون له همیشه در ابراء و مطالبه دین اختیار دارد چه شرط بشود و چه شرط نشود.» (تذکره الفقهاء، ج ۱۴، ص: ۲۸۴)

• بنابر مبنای ضمّ ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه، نتیجه فسخ عقد ضمان از بین رفتن ذمه یا تعهد ضامن است و مضمون له تنها می‌تواند به مضمون عنه رجوع کند. در توضیح باید گفت: گاه مراد از ضمیمه این است که همانگونه که ذمه مضمون عنه به دین مضمون له مشغول است، ذمه ضامن نیز به دین مضمون له مشغول باشد به نحوی که دو ذمه به صورت ترتیبی یا ترکیبی یا بدلی به نفع مضمون له مشغول به دین باشد. گاه مراد از ضمیمه این است که تنها ذمه مضمون عنه به دین مضمون له بدهکار است اما ضامن، اداء دین مضمون عنه را به عهده گرفته است. مطابق معنای اول، نتیجه فسخ عقد ضمان، براءت ذمه ضامن است و مطابق معنای دوم، نتیجه فسخ ضمان زوال تعهد ضامن به اداء دین مضمون عنه است.

تبیین موضوع

ضمان دین و عین مضمونه بنابر مبنای صحیح عقد است که ایجاب آن توسط ضامن و قبول آن توسط مضمون له است اما عقد یا ایقاع بودن ضمان عین غیر مضمونه محلّ تردید است و این احتمال به صورت جدی وجود دارد که امر به انداختن مال در دریا مثلاً یکی از اسباب ضمان باشد بی آنکه قراردادی یک طرفه یا دو طرفه تحقق یافته باشد. این احتمال نیز وجود دارد که این

امور ذیل جعاله تعریف شوند. با این فرض نیز از عقد ضمان خارج است و به همین دلیل، بحث از فسخ پذیری ضمان منحصر در ضمان دین و ضمان عین مضمونه طرح خواهد شد. بنا بر دیدگاه مشهور، عقد ضمان با ایجاب و قبولی که توسط ضامن و مضمون له صورت می‌گیرد، ایجاد می‌شود و در تحقق و صحت عقد ضمان، رضایت مضمون عنه شرط نیست. همچنین عقد ضمان پس از تحقق از طرف ضامن لازم است و ضامن نمی‌تواند آن را فسخ کند. هر چند فسخ عقد ضمان با رضایت هر سه طرف قرارداد، روشن به نظر می‌رسد اما یکی از مباحث چالش برانگیز، جریان خیار و اقاله ضامن و مضمون له در عقد ضمان است که چند پرسش اصلی در این باره وجود دارد:

(۱) آیا قرارداد ضمان قابلیت شرط خیار را دارد؟ به عبارتی دیگر، آیا شرط خیار مؤثر است

و ضامن یا مضمون له می‌توانند با استناد به شرط خیار، عقد ضمان را فسخ کنند؟

(۲) آیا ضامن و مضمون له می‌توانند با اقاله و رضایت یکدیگر عقد ضمان را فسخ کنند؟

(۳) آیا شرط فعل یا وصف یا نتیجه در عقد ضمان صحیح است؟ و آیا در فرض تخلف شرط

فعل یا وصف، برای مشروط له خیار ایجاد می‌شود؟

بازگشت این پرسش‌ها، به یک پرسش اصلی است:

❖ آیا ضمان قابلیت فسخ را داراست؟ جستار پیش رو، به دنبال پاسخ به این پرسش است.

آرای فقها و استدلال آنان

بحث از قابلیت فسخ در عقد ضمان، ذیل بحث از دخول شرط در عقد ضمان مورد بحث قرار گرفته که این بحث، در دو جایگاه مطرح شده است. یکی ذیل بحث از شرط خیار و عقود که شرط خیار در آنها امکان دارد و دیگری ذیل بحث عقد ضمان. در مجموع سه دیدگاه اصلی بین فقها مطرح است.

دیدگاه اول: صحت شرط خیار

شیخ طوسی، عقد ضمان را از طریق خیار، قابل فسخ می‌داند و دلیل بر آن را عمومات صحت شرط و عدم مانع تقریب کرده است (الخلاف، ج ۳، ص: ۳۷۷ و المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۳، ص: ۳۵). ابن ادریس، ابن براج، صیمری و شهید اول نیز با همین استدلال، شرط خیار را در عقد ضمان صحیح

می‌دانند (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، ص: ۲۴۵، المهدب لابن البراج؛ ج ۱، ص: ۳۵۵، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص: ۴۴، الدروس الشرعیة، ج ۳، ص: ۲۶۸). علامه حلی در ارشاد و تذکره به صورت کلی بیان کرده که خیار در هر عقدی ثابت است به جز نکاح و وقف و ابراء و طلاق و عتق (ارشاد الاذهان، ج ۱، ص: ۳۷۵، تذکره الفقهاء؛ ج ۱۱، ص: ۱۰۸). ایشان ضمان را به عنوان استثناء ذکر نکرده است. هر چند این تعبیر صریح نیست و امکان دارد ایشان به این دلیل که ضمان فایده ابراء را دارد، شرط خیار را در آن جاری نداند اما ایشان در موضعی دیگر از تذکره، تصریح به دخول خیار شرط در ضمان کرده و به آن به عموم استدلال کرده (تذکره الفقهاء؛ ج ۱۱، ص: ۶۴) که به نظر می‌رسد مراد از عموم، «المؤمنون عند شروطهم» است. محقق ثانی، سید عاملی، صاحب جواهر، سید یزدی، سید حکیم و بیشتر محشّین عروه، نیز قائل به صحت شرط خیار در عقد ضمان هستند (جامع المقاصد، ج ۵، ص: ۳۰۹، مفتاح الکرامه، ج ۱۶، ص: ۳۵۳، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص: ۶۲، العروه الوثقی (المحشی)؛ ج ۵، ص: ۴۱۳، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۳، ص: ۲۸۰).

دیدگاه دوم: بطلان شرط خیار و صحت عقد

دومین دیدگاه، بطلان شرط خیار و عدم امکان فسخ عقد ضمان است بی آنکه با فساد شرط، عقد نیز فاسد شود. این دیدگاه در کلام مرحوم نائینی و خوئی و آیت الله مکارم مشاهده شده است (منبه الطالب؛ ج ۲، ص: ۵۷، موسوعه الامام الخوئی؛ ج ۳۱، ص: ۴۱۸، العروه الوثقی مع التعليقات؛ ج ۲، ص: ۷۰۲). اینان تنها به فساد شرط و عدم جواز فسخ عقد ضمان تصریح دارند بی آنکه به فساد عقد ضمان اشاره کنند. از این مطلب برداشت می‌شود که عقد ضمان در دیدگاه آنان با شرط خیار، فاسد نمی‌شود.

دیدگاه سوم: بطلان شرط خیار و فساد عقد

علامه در قواعد می‌نویسد: «شرط ضمان تنجیز است پس اگر عقد ضمان را معلق به آمدن ماه کند یا در ضمان خیار قرار دهد، فاسد است.» (قواعد الاحکام، ج ۲، ص: ۱۵۵) ظاهر این تعبیر این است که با شرط خیار در عقد ضمان، نه تنها شرط فاسد است بلکه با از بین رفتن تنجیز مشروط در عقد، عقد ضمان نیز فاسد می‌شود. شبیه به این تعبیر در تذکره وارد شده است (تذکره الفقهاء؛ ج ۱۴، ص: ۲۸۴). البته ایشان در تحریر با وجود فاسد دانستن شرط خیار، در فساد عقد اشکال دارد (تحریر الاحکام؛ ج ۲، ص: ۵۵۸).

ادله صحت

برای حکم به صحت شرط خیار در ضمن قرارداد ضمان، دو دلیل اصلی در کلام فقیهان مطرح شده که در حقیقت، ترکیب هر دو دلیل می‌تواند صحت خیار شرط را نتیجه دهد.

اولین دلیل که مقتضی صحت خیار شرط را تأمین می‌کند، عموماً صحت شرط است. شیخ طوسی و عده کثیری از فقها اینگونه استدلال کردند که شیخ طوسی، ابن ادریس، شهید اول، محقق ثانی، سید عاملی، صاحب جواهر و سید یزدی، برخی از آنان هستند. این فقیهان، با تمسک به عموماً صحت شرط و منفی دانستن مانع، خیار شرط را صحیح دانسته و حکم کردند که ضامن می‌تواند با اتکا به خیار شرط، عقد ضمان را فسخ کند.

دومین دلیل که کارکرد آن رفع مانع از صحت خیار شرط است، حق بودن لزوم در عقد ضمان است. اگر لزوم عقد ضمان، لزومی حکمی باشد، شرط خیار شرط مخالف کتاب است و نافذ نیست اما در صورتی که لزوم عقد ضمان، لزومی حقی باشد و به دو طرف قرارداد ضمان واگذار شده باشد، دو طرف می‌توانند با توافق هم، لزوم را به جواز تبدیل کنند.

سید حکیم در این زمینه می‌نویسد:

«در ارتکاز عرفی، لزوم عقد ضمان از حقوق است و دلیل بر اعتبار این ارتکاز نیز اطلاق مقامی ادله اقاله است. با توجه به اینکه این ادله در مقام بیان قابلیت محلّ برای تقایل نیستند و برای احراز قابلیت راهکاری را بیان نکرده است، کشف می‌شود که به همان احراز عرفی ارجاع داده است. با این سخن، جواز اقاله در عقد ضمان ثابت می‌شود و بین جواز اقاله و شرط خیار، تلازم

وجود دارد» (مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۳، ص: ۲۸).

در فرض شک در حقی یا حکمی بودن لزوم، نمی‌توان به عموم «المؤمنون عند شروطهم» برای تصحیح شرط خیار، تمسک کرد زیرا این عموم به «الا شرطاً خالف کتاب الله» یا «الا شرطاً حرّم حلالاً او احلّ حراماً» تخصیص خورده و با فرض این احتمال که شرط از مصادیق شرط مخالف کتاب باشد، تمسک به عموم از موارد تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصّص است. پس برای حکم به صحت شرط خیار، باید حق بودن شرط احراز شود. البته برخی مانند مرحوم شیخ انصاری در موارد شک در مخالف کتاب بودن شرط، با تمسک به اصل عدم مخالفت، حکم به صحت

شرط کردند(کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - القديمة)، ج ۳، ص: ۱۷). این اصل همانگونه که مرحوم آخوند توضیح داده، از سنخ استصحاب عدم ازلی است و حالت سابقه در آن، سالبه به انتفاء موضوع یا عدم محمولی و مفاد کان تأمه است(حاشیه المکاسب (للآخوند)، ص: ۲۳۹). به این تقریب که پیش از تحقق شرط، چون شرطی وجود نداشت، مخالفت با کتابی نیز نبود. پس از تحقق شرط، شک در مخالف کتاب بودن آن داریم و همان حالت سابقه عدمی را استصحاب می‌کنیم. اما بنابر مبنای صحیح، استصحاب عدم ازلی جریان ندارد و نمی‌توان با تمسک به اصل عدم مخالفت، مخالف کتاب نبودن شرط را احراز کرد. با این فرض، احراز مخالف کتاب نبودن و حقی بودن لزوم عقد ضمان، لازم است. همانگونه که سید حکیم بیان کرده، یکی از راه‌های احراز حقی بودن لزوم عقد ضمان، تمسک به اطلاق مقامی دلیل و ارتکاز عقلایی در این زمینه است که اصل استدلال ایشان صحیح به نظر می‌آید هر چند نکاتی در این باره وجود دارد که در ادامه بیان خواهد شد.

ادله بطلان

به ادله متعددی برای حکم به بطلان شرط خیار تمسک شده است. یکی از ادله که در کلام اهل سنت مورد استدلال قرار گرفته، ایقاع بودن ضمان و عدم دخول خیار در ایقاعات است. ابن قدامه در این زمینه می‌نویسد:

در ضمان و کفالت خیار داخل نمی‌شود زیرا خیار برای این قرار داده شده تا صاحب خیار بعد از تأمل، طرفی که مورد نفع او را انتخاب کند. در حالی که ضامن و کفیل با این آگاهی اقدام بر ضمان و کفالت کردند که هیچ بهره‌ای برای آنها نیست. همچنین ضمان عقدی که نیازمند قبول نیست، پس خیار در آن داخل نمی‌شود(المغنی لابن قدامه؛ ج ۴، ص: ۴۱۴).

این کلام از نظر کبروی و صغروی محل اشکال است که تنها به این اشکال بسنده می‌شود که ضمان در دیدگاه امامیه - چنانچه بر آن ادعای اجماع شده(جامع المقاصد؛ ج ۵، ص: ۳۱۹) - عقد است و تحقق آن متوقف بر تحقق ایجاب از ناحیه ضامن و قبول از ناحیه مضمون له است(الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، ج ۴، ص: ۱۱۹).

در کلام فقیهان امامیه، استدلال‌های گوناگونی بر بطلان شرط خیار در عقد ضمان بیان شده که در اینجا به ذکر پنج دلیل بسنده می‌شود.

اولین دلیل این است که ضمان متضمن ابراء است و در ابراء خیار شرط داخل نمی‌شود. مرحوم نائینی در توضیح این استدلال بیان کرده: نتیجه ضمان انتقال دین و برائت ذمه مدیون است. به همین دلیل لزوم آن مانند نکاح، لزوم حکمی است و بازگرداندن آن به حالت سابق تنها با ضمان جدید ممکن است (منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۲، ص: ۵۷). محقق ثانی به این استدلال اینگونه پاسخ داده: ضمان متضمن نقل دین است و این نقل اگر لازم باشد، موجب برائت ذمه مضمون عنه است اما در صورتی که نقل متزلزل باشد، ذمه مضمون عنه بریء نمی‌شود (جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص: ۳۱۰).

دومین استدلال بر بطلان شرط خیار در عقد ضمان، مخالفت شرط خیار با مقتضای عقد ضمان است. علامه در تذکره برای عدم صحت شرط این استدلال را ذکر کرده که شرط خیار مخالف مقتضای عقد ضمان است زیرا ضامن یقین به غرم دارد (تذکره الفقهاء؛ ج ۱۴، ص: ۲۸۴). اما این استدلال به دو دلیل صحیح نیست. زیرا هر چند در تعریف شرط مخالف با مقتضای عقد، دیدگاه‌های متفاوتی مطرح است اما به نظر می‌رسد نهایتاً بتوان شرط عدم ترتب اثر عقد بر عقد مانند شرط عدم حصول ملکیت برای مشتری در عقد بیع و شرطی که بازگشت آن به عدم ترتب اثر عقد باشد مانند شرط عدم جواز انواع تصرفات برای مشتری در عقد بیع را شرط مخالف با مقتضای عقد دانست. همانگونه که روشن است، شرط خیار برای ضامن، به هیچ وجه با مقتضای عقد ضمان تنافی ندارد زیرا اثر عقد ضمان، انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است و با شرط خیار، این اثر نفی نشده است.

سومین استدلال که با تمسک به آن، صحت شرط خیار در عقد ضمان نفی شده، تجاوز اثر فسخ ضمان به نفر ثالث است. محقق خوئی بیان می‌کند:

هر چند ضامن و مضمون له رکن عقد ضمان هستند اما حق به مضمون عنه نیز تجاوز می‌کند زیرا ذمه مضمون عنه از دین بریء می‌شود. پس لازمه اشتراط خیار، تصرف در حقوق فرد ثالث است و بازگشت دین به ذمه مضمون عنه بعد از فراغ ذمه، نیازمند دلیل است که چنین دلیلی وجود ندارد (موسوعة الإمام الخوئی؛ ج ۳، ص: ۴۱۸).

کلام مرحوم خوئی را می‌توان اینگونه توضیح داد که هر چند اصل عقد ضمان نیز تصرف در ذمه مضمون عنه و بریء کردن آن است، اما ابراء ذمه، احسان به مدیون است و نیازی به رضایت مدیون

ندارد. بر خلاف ثبوت دین که متوقف بر اسباب دین مانند تلف، اتلاف و عقد است و فرض آن است که هیچ یک از اسباب دین در اینجا وجود ندارد. صرف توافق دو نفر نیز نمی‌تواند موجب اثبات دین برای نفر سوم باشد. پس با این فرض که رکن عقد ضامن، ضامن و مضمون له است و در تحقق عقد ضامن، رضایت مضمون عنه شرط نیست، هر چند ابراء ذمه مضمون عنه بدون رضایت او صحیح است اما نمی‌توان بدون رضایت مضمون عنه، ذمه او را مشغول به دین کرد. هر چند این استدلال صحیح به نظر می‌رسد اما نمی‌توان با تمسک به آن، عدم جواز شرط خیار را در تمام موارد نفی کرد و نتیجه این استدلال، تفصیل است:

- اگر شرط خیار بدون رضایت مضمون عنه و تنها بین ضامن و مضمون له قرار داده شود، این شرط نافذ نیست. زیرا لازمه شرط خیار، ثبوت دین برای مضمون عنه، بدون رضایت اوست.

- اگر شرط خیار با رضایت مضمون عنه قرار داده شود، این شرط صحیح است زیرا اشتغال ذمه مضمون عنه در این فرض، با رضایت اوست.

چهارمین استدلال برای حکم به بطلان شرط خیار در عقد ضامن، شک در قابلیت محل است. استاد مکارم این احتمال را مطرح کرده که لزوم عقد ضامن از احکام باشد و مطابق آن نتیجه گرفته که تمسک به عموماً ادله خیار در این فرض صحیح نیست زیرا تمسک به عموماً تنها در صورتی صحیح است که قابلیت محلّ احراز شده باشد و در موارد شک در قابلیت، رجوع به عموماً ادله خیار صحیح نیست (العروه الوثقی مع التعليقات؛ ج ۲، ص: ۷۰۲).

اگر این استدلال به شک در حکم بودن لزوم عقد ضامن بازگشت کند، قابل توجیه است به این بیان که با شک در حق یا حکم بودن لزوم عقد ضامن، تمسک به عموماً صحت شرط از موارد تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصّص است و تمسک به استصحاب عدم مخالفت برای نفی مخالفت با کتاب، صحیح نیست. اما همانگونه که قبلاً بیان شد: می‌توان با تمسک به ارتکاز عقلایی و امضای آن با اطلاق مقامی ادله، قابلیت محلّ احراز کرد.

پنجمین استدلال برای عدم صحت شرط خیار در عقد ضامن، عقلایی نبودن آن است. استاد مکارم، شرط خیار را عقلایی ندانسته و به همین دلیل، نفوذ آن را محلّ تردید قرار داده است (همان).

روشن نیست مراد استاد مکارم از این استدلال چیست. زیرا دلیل صحت شرط عام است و شامل شروطی که بین عقلا رواج ندارد نیز می‌شود. مگر آنکه مراد ایشان این باشد که شرط خیار در عقد ضمان، از نظر عقلایی صحیح نیست و شرط در «المؤمنون عند شروطهم» در شرط صحیح عقلایی استعمال شده است. با اثبات این دو مقدمه، تمسک به «المؤمنون عند شروطهم» برای تصحیح شرط خیار در عقد ضمان صحیح نخواهد بود. زیرا در این دلیل، امر به وفای شرط صحیح نزد عقلا شده است و عقلا شرط خیار را در عقد ضمان صحیح نمی‌دانند.

اما این توجیه نیز موجب تصحیح استدلال نیست زیرا:

(۱) می‌توان از نظر کبروی اشکال کرد که الفاظ برای اعم وضع شده‌اند نه خصوص صحیح. در نتیجه، شرط در «المؤمنون عند شروطهم» در معنای عام به کار رفته و به معنای خصوص شرط صحیح عقلایی نیست.

(۲) حتی اگر مقدمه بالا پذیرفته شود، نمی‌توان ثابت کرد که از نظر عقلایی شرط خیار در عقد ضمان شرط باطلی است و نهایت چیزی که می‌توان ادعا کرد آن است که معمولاً در عقد ضمان، شرط خیار نمی‌شود. زیرا هدف مضمون له آن است که اطمینان خاطر پیدا کند و شرط خیار با این اطمینان خاطر در تضاد است. اما صرف آنکه شرط خیار، شرط متعارفی نیست باعث نمی‌شود عقلا آن را شرط باطل بدانند.

جمع بندی

نتیجه عقد ضمان از دو حال خارج نیست:

یا موجب ایجاد تعهد یا دین برای ضامن است بدون آنکه ذمه یا تعهد مضمون عنه از بین برود. مانند ضمان دین در دیدگاه عامه و ضمان عین مضمونه در دیدگاه مشهور بین امامیه. در این فرض، عقد ضمان از طرف ضامن لازم است و از طرف مضمون له جایز خواهد بود مانند عقد رهن که از طرف رهن لازم بوده و از طرف مرتهن جایز است. علت جایز بودن عقد ضمان از طرف مضمون له این است که اثر عقد ضمان، ایجاد وثیقه برای طلب او و امری به سود اوست که می‌تواند با فسخ عقد ضمان، وثیقه را منتفی کند چنانچه رهن برای طلب مرتهن است و او می‌تواند عقد رهن را فسخ کند. علت لازم بودن عقد ضمان از طرف ضامن این است که عقد ضمانت تعهد و تکلیفی

را بر ضدّ ضامن ثابت کرده است و سود آن به دیگری بازگشت دارد چنانچه راهن نمی‌تواند عقد رهن را فسخ کند. با این فرض، شرط خیار از ناحیه مضمون له تنها تأکید جواز فسخی است که از ناحیه او وجود دارد. شرط خیار از ناحیه ضامن - چه با رضایت مضمون عنه و چه بدون رضایت او - نیز صحیح به نظر می‌آید زیرا نتیجه آن صرفاً از بین بردن تعهد یا ذمه ضامن است و تصرفی در ذمه مضمون عنه صورت نمی‌گیرد تا متوقف بر رضایت مضمون عنه باشد. شرط خیار با مقتضای عقد ضمان نیز تنافی ندارد زیرا مقتضای عقد ضمان استیثاق نیست تا شرط خیار با مقتضای عقد منافات داشته باشد بلکه مقتضای آن، صرفاً ثبوت تعهد یا دین برای ضامن است هر چند لازمه ثبوت تعهد یا دین، استیثاق است. حتی اگر وثیقه انشاء شود، با فسخ تنافی ندارد زیرا مضمون عقد و شرط دو مضمون متناقض نیستند.

یا موجب نقل دین یا تعهد است مانند ضمان دین در دیدگاه امامیه و ضمان عین مضمونه در دیدگاه برخی از فقهای امامیه. در این فرض، عقد ضمان از ناحیه ضامن و مضمون له لازم است و هیچ یک نمی‌توانند عقد ضمان را فسخ کنند. شرط خیار برای ضامن یا مضمون له نیز در این فرض صحیح نیست زیرا لازمه آن، تصرف در ذمه مضمون عنه بدون رضایت اوست. بله اگر مضمون عنه به شرط خیار رضایت دهد، خیار ثابت می‌شود و مضمون له یا ضامن که برای خود خیار را جعل کردند، می‌توانند اعمال خیار کنند. با اعمال خیار، دین از ذمه ضامن ساقط شده و در ذمه مضمون عنه ثابت می‌شود.

البته باید دقت داشت: دلیل مذکور تنها جواز فسخ ناشی از جعل خیار را نفی می‌کند و توانایی نفی خیار در صورتی که دلیل آن غیر از شرط خیار باشد را ندارد. به همین دلیل، اگر دلیلی وجود داشته باشد، خیار در صورت اعسار ضامن در هنگام عقد ضامن ثابت می‌شود و منافاتی با تصرف در ذمه مضمون عنه ندارد. چنانچه اگر خیار تخلف شرط را به توافق دو طرف قرارداد بازگشت ندهیم و دلیل آن را ادله دیگری مانند «لا ضرر» بدانیم، در صورت تخلف شرط، خیار برای ضامن یا مضمون له ثابت می‌شود و منافاتی با دلیل پیش گفته ندارد.

امکان سنجی مشروعیت ضمان اعیان مضمونه

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد کاظم شم‌آبادی^۱

چکیده:

ضمان عین یکی از اقسام عقد ضمان است. روایات مربوط به عقد ضمان، منحصر در ضمان دین است که به اجماع فقهاء صحیح بوده و ذمه مضمون عنه بریء می‌شود و لکن به جهت عدم وجود روایتی در ضمان عین و همچنین ادعای عدم تطبیق ماهیت عقد ضمان بر ضمان عین، سبب تردید و بلکه انکار مشروعیت ضمان عین گردیده است. در این تحقیق بعد از تحلیل ماهیت ضمان عین و ادله مشروعیت آن، استدلال‌های منکرین را مورد نقد و بررسی قرار داده و در پایان طبق نظر مشهور حکم به مشروعیت ضمان عین مضمون می‌کند.

^۱. دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

کلید واژه: ضمان - عین - مضمون - مشروعیت - تعهد مالی

مقدمه

ضمان در کلمات بسیاری از فقهاء به «تعهد مالی»^۱ تعریف شده است. منشاء ضمان گاه فعل خارجی همچون اتلاف و غصب بوده و گاه انشاء تعهد می باشد. قسم اول را ضمان قهری و قسم دوم را ضمان عقدی گویند. گاه نیز منشأ ضمان، معاوضه بوده که از آن به ضمان معاوضی تعبیر می شود. موضوع این تحقیق در محدوده ضمان عقدی بوده و ضمان قهری و ضمان معاوضی، بحث مستقلی داشته و خارج از موضوع تحقیق می باشد.

متعلق ضمان عقدی ممکن است دین، عین، عهده و یا فعل باشد. ضمان عین خود به دو قسم اعیان مضمونه و غیر مضمونه تقسیم می شود. ضمان عین مضمون مانند ضمان مال مغضوب و یا ضمان مال مقبوض به عقد فاسد که غاصب و گیرنده مال در عقد فاسد، موظف به حفظ مال و برگرداندن عین بوده و در فرض تلف، ضامن مثل و یا قیمت می باشد. گاه سبب ضمان در عین مضمونه، عرضی است. مانند شرط کردن ضمان در مالی که به امانت گرفته شده و یا در مالی که به مضاربه داده می شود. اما در اعیان غیر مضمونه مانند مال مضاربه ای، رهنی، عاریه ای و یا مالی که به امانت گرفته می شود، در صورت عدم افراط و تفریط، ضمانتی بر عهده گیرنده مال نخواهد بود. لازم به ذکر است که قسم دیگری از ضمان اعیان در کلمات متأخرین مطرح شده (حلی، شیخ حسین، بحث فقهیه ۳۰) که در آن با وجود اینکه عین در تحت تصرف مالکان خود بوده و لکن به جهت اغراض عقلائی، عقد ضمان منعقد می شود و ادعای شده که عقد بیمه از مصادیق این نوع ضمان است که بررسی صحت و فساد این نوع از ضمان، خارج از موضوع این تحقیق بوده و مجال واسعی می طلبد. پژوهش حاضر به بررسی حکم ضمان عین مضمونه ای که در تصرف غیر مالک می باشد، خواهد پرداخت.

عمده مباحث مطرح شده در عقد ضمان مربوط به ضمان دین بوده که در روایات نیز ذکر شده و مورد تأیید فقهاء بوده و ادعای اجماع بر صحت آن شده است، گرچه در بیان برخی از احکام آن اختلاف است. و لکن ضمان عین، مورد تردید برخی از فقهاء قرار گرفته و برخی نیز آن را باطل

۱. التعهد بالمال من البری

می‌دانند. چرا که حقیقت ضمان را منطبق بر ضمان عین نمی‌دانند. امکان سنجی صحت این ادعاء متوقف بر تحلیل ماهیت عقد ضمان و شناخت ماهیت ضمان عین بوده تا صحت و عدم صحت تطبیق، و حکم به عدم مشروعیت در فرض عدم تطبیق مورد بررسی قرار گیرد.

ماهیت ضمان عین

چنانچه گذشت، متعلق ضمان ممکن است عین خارجی باشد که یکی از مصادیق «مال» در تعریف عقد ضمان است.^۱

در تحلیل ماهیت عقد ضمان عین، اختلاف بوده که قبل از بررسی ادله مشروعیت و یا عدم مشروعیت، لازم است که ماهین ضمان عین تبیین گردد.

۱- تعهد به بازگرداندن عین در فرض وجود آن و به مثل یا قیمت در فرض تلف عین. بنابر این ضمان در ابتداء به عین تعلق گرفته و در فرض نبود عین، به مثل یا قیمت آن تعلق می‌گیرد. باید توجه داشت که ضمان عین به معنای وجوب رد بدل با وجود بقاء عین، صحیح نیست. چرا که تا وقتی عین باقی است، تعهد به رد عین تعلق می‌گیرد و در فرض تلف است که اشتغال ذمه به مثل و یا قیمت می‌آید.

۲- تعهد به پرداخت مثل یا قیمت در فرض تلف. بنابر این ضمان عین فقط در ظرف تلف معنی خواهد داشت. نکته قابل ذکر این است که گرچه ضمان عین بعد از تلف از مصادیق ضمان دین خواهد شد و لکن از این جهت مورد پژوهش است که آیا عینی را که احتمال اتلاف و یا تلف دارد، میتوان از هم اکنون متعلق عقد ضمان عین باشد یا خیر. بنابر این از این جهت مربوط به ضمان عین بوده و موضوع پژوهش حاضر می‌باشد.

این دو تفسیر از ضمان عین مورد پذیرش فقهای بسیاری که ضمان عین را پذیرفته اند، می‌باشد (حلی، علامه، تذکره عاملی، شهید ثانی، مسالک ۴: ۱۵۹، حاشیه شریعت ۴۱۹-اصفهان، محمد حسین، عروه الوثقی (محشی) ۵: ۴۳۶ - عبدالاعلی، سبزواری، مهذب الاحکام ۲۰: ۲۸۲). و لکن فقهای که ضمان را مطلق ندانسته و منحصر در تفسیر دوم می‌کنند، برخی ضمان عین را در فرض بقاء عین باطل دانسته و برخی دیگر نیز آن را به معنای الزام مضمون عنه به رد به مالک می‌دانند و نه به معنای تعهد به رد عین (نائینی، محمد

^۱. الضمان: التعهد بالمال من البریء

حسین، منیه الطالب ۱: ۳۰۰). در تفسیر مذکور از ضمان عین در فرض بقاء با تفسیر اول از ضمان عین در فرض بقاء تفاوت است. چرا که در تفسیر دوم از ضمان عین، بر عهده ضامن است که مضمون را ملزم کند به رد عین و لکن در تفسیر اول، رد عین بر عهده ضامن بوده که اعم از این است که مستقیم این عمل را انجام دهد و یا مضمون عنه را ملزم به این عمل کند.

از دو تحلیل ذکر شده در ماهیت ضمان عین روشن می‌شود که عین در عهده و یا ذمه بوده که اثرش وجوب رد عین در فرض بقاء و بدل آن در فرض تلف است نه اینکه ضمان عین، صرف تعهد به رد عین باشد. محقق نائینی نیز معتقد است که عین خارجی گرچه مانند دین نمی‌تواند در ذمه باشد و لکن با تجرید از خصوصیات شخصی، مال کلی شده و اعتبار آن در ذمه ممکن خواهد شد. بنابراین ایشان نیز ضمان را تعهد به مال و دخول آن در ذمه در فرض تلف دانسته، به این صورت که مالیتی که در عین و یا بدل آن به صورت طولی محقق شده، بر عهده ضامن خواهد بود.

لازم به ذکر است که محقق نائینی ذمه را ظرف کلی و عهده را ظرف عین خارجی می‌داند. لذا در فرض بقاء، عهده را مشغول مبیند و در ظرف تلف که مال، کلی است، ذمه مشغول است. و لکن این تفاوت در کلمات قداماء مطرح نبوده و آن دو به جای یکدیگر نیز استعمال می‌شدند.

۳- در تحلیل سوم، ضمان قبل از تلف به معنای در ذمه بودن عین است که ظاهر ادله‌ای همچون «علی الیید ما اخذت» (سنن ابن ماجه ۲: ۸۰۲ حدیث ۲۴۰۰، و سنن الترمذی ۳: ۵۶۶ حدیث ۱۲۶۶، و سنن ابی داود ۳: ۲۹۶ حدیث ۳۵۶۱، و مسند أحمد بن حنبل ۵: ۸ و ۱۲ و ۱۳) نیز همین است. قائلین به این نظریه معتقدند که در التزام به این معنی مانع عقلی و غیرعقلی وجود ندارد و باید به آن ملتزم شد. عین گرچه در ظرف خارج موجود است و لکن میتوان برای عین یک وجود اعتباری در ظرف ذمه لحاظ کرد. چرا که هر شیئی می‌تواند علاوه بر وجود خارجی، وجود ذمی نیز داشته باشد، همانطور که وجود ذهنی می‌تواند داشته باشد. بنابراین ذمه غاصب به عین تعلق گرفته و با انعقاد عقد ضمان، عین بر عهده ضامن نقل داده می‌شود و «وجوب رد» از احکام عدم اذن بر استیلاء بر عین است و در فرض اذن مالک به ضمان، وجوب ردی نیز نخواهد بود. چنانچه مقبوض به سوم که با اذن بوده، مادامی که مشغول به سوم است، وجوب رد ندارد و در فرض عدم اذن، حکم به وجوب رد خواهد آمد، گرچه ضمانی نباشد. بنابراین وجوب رد نه معنای ضمان است و نه از احکام آن. و اما ضمان عین

بعد از تلف مشکل است. چرا که ضمان ضامن در فرض تلف، تعلیقی بوده و ضمان غاصب تنجیزی است و چگونه میتوان یکی از آن دو به معنای دیگری باشد. بعید نیست که اینجا هم عین در فرض تلف به ذمه ضامن بوده و وجوب اداء بدل از احکام آن باشد و نه از معانی آن (حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی ۱۳: ۳۴۷).

برخی دیگر از فقهای متأخر نیز تفسیر مذکور از ضمان عین را پذیرفته و معتقد به ثبوت عین بر عهده شده و آن را مطابق با قاعده «(ید) می دانند (فاضل، محمد، تفصیل الشریعه ۳۷۴).

۴- در تفاسیر گذشته از ضمان عین، ضمانت به معنای اشتغال ذمه و یا عهده ضامن بوده است. در تفسیر چهارمی از ضمان عین، برخی از فقهای متأخر به سبب مواجهه عقد ضمان با اشکالات مطرح شده، آن را به معنای تعهد فعلی به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در فرض تلف دانسته بدون اینکه اشتغال ذمه و یا عهده حاصل شود و این معنی از ضمان در عین را عرفی و رایج نزد عقلاء می دانند. بنابراین ضمان عین به معنای تعهد فعلی به عین مضمون است که وجوب رد عین و یا بدلش بر آن مترتب خواهد شد و نه به معنای ثبوت در ذمه و یا عهده (خونی، محقق، ابوالقاسم، عروه الوثقی (المحشی) ۴۳۶: ۵ - خونی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین ۲: ۱۸۵).

لازم به ذکر است که ضمان بدل در فرض تلف به دو صورت قابل انشاء است:

الف: انشاء اشتغال ذمه ضامن از زمان تحقق عقد در فرضی که عین تلف شود همانطور که ذمه مضمون عنه به بدل در فرض تلف مشغول می شود.

ب: انشاء اشتغال ذمه به نحو واجب مشروط. بنابراین ضمان متأخر و معلق بر تلف، از هم اکنون انشاء می شود. و لکن با وجود اجماع بر اشتراط تنجیز در عقد ضمان و عدم صحت تعلیق ضمان، این باطل بوده، گرچه فی نفسه ممکن باشد (خونی، ابوالقاسم، موسوعه ۳۱: ۴۶۶).

سه تحلیل اول از ضمان عین در اشتغال ذمه و یا عهده ضامن مشترکند و همین معنی مورد نزاع فقهاء بوده و از آن در این تحقیق به «ضمان اصطلاحی» تعبیر می شود. اما در معنای چهارم که از حیث ماهیت متفاوت با سه معنای اول بوده، صرف تعهد فعلی، بدون اشتغال ذمه و یا عهده ضامن است. نظریات فقهاء و ادله ای مشروعیت و اشکالاتی که مورد بررسی قرار خواهد گرفت، ناظر به سه معنای اول بوده و در پایان این پژوهش به معنای چهارم از ضمان عین نیز خواهیم پرداخت. که ذکر خواهد شد

دیدگاه فقهاء

در مشروعیت عین مضمونه بین فقهاء اختلاف شده که به آنها اشاره می‌شود:

قائلین به صحت: در تحلیل عقد ضمان عین گذشت که فقهاء از دو طریق کلی ضمان عین را تصحیح کرده و آن را مشروع دانسته اند. گاه ضمان مذکور را از مصادیق ضمان مصطلح دانسته و گاه ضمان را خارج از معنای اصطلاحی و به معنای صرف تعهد و پذیرش مسؤلیت عین دانسته که به مقتضای آن، ضامن تعهد به رد عین و یا بدل می‌دهد، بدون اینکه ذمه و یا عهده خود را مشغول کند که معتقدین به معنای دوم این معنی از ضمان را شائع و عرفی می‌دانند. باید توجه نمود که معنای دوم، ضم ذمه به ذمه که فقهای عامه به آن معتقدند، نیست، بلکه ضم ضمان به ضمان است که تفاوت آن دو در اسباب ضمان است. ضمان غاصب و یا قابض به عقد فاسد، فعلی و ضمان ضامن، عقدی خواهد بود (همان).

صاحب حدائق معتقدین به معنای اول را به مشهور نسبت می‌دهند (بحرانی، یوسف، الحدائق الناظره) و ظاهر عبارات فقهای همچون شیخ مفید، شیخ طوسی (المبسوط ج ۲ ص ۳۲۶)، علامه حلی (تذکره الفقهاء ج ۱ ص ۳۲۲ - قواعد الاحکام ج ۱ ص ۱۷۸)، محقق حلی (شرائع الاسلام ج ۲ ص ۱۰۹)، صاحب عروه (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، عروه الوثقی ۵: ۴۳۶. محشی) است. برخی از متأخرین نیز بعد از باطل دانستن معنای اول، معتقد به معنای دوم شدند که میتوان محقق خوئی (العروه الوثقی مع التعليقات ۲: ۷۱۸) را از این دسته نام برد.

قائلین به بطلان: برخی از فقهاء، ضمان در عین را باطل می‌دانند که می‌توان از فقهای همچون محقق ثانی (عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین ۱۶: ۴۰۹)، شهید ثانی (مسالک ۴: ۱۹۵، حاشیه شریعت ۴۲۰)، صاحب جواهر (جواهر الکلام ۲۶: ۱۴۰) و امام خمینی (عروه الوثقی (محشی) ۲: ۴۳۶) نام برد. باید توجه نمود که ادله منکرین، ناظر به ضمان به معنای اصطلاحی آن بوده و از ضمان به معنای «صرف تعهد فعلی بدون اشتغال ذمه و یا عهده» اسمی به میان نیآورده‌اند که اعم است از اینکه در صوت توجه به این معنی آن را با تمسک به عمومات می‌پذیرفته و یا ضمان به این معنی را نیز منکر می‌شدند که ظاهر برخی از ادله منکرین اشعار به انکار دارد. بنابراین انکار ضمان اصطلاحی، تلازمی با انکار ضمان به معنای «صرف تعهد فعلی، بدون اشتغال ذمه و یا عهده» ندارد.

برای اثبات مشروعیت ضمان عین، ابتداء ادله مشروعیت ضمان عین مطرح شده و سپس ادله منکرین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ادله مشروعیت ضمان عین مضمون

روایات موجود در عقد ضمان، منحصر در ضمان دین بوده و اختلافی در حجیت ضمان دین نیست. علی‌رغم اینکه روایت خاصی در ضمان عین وارد نشده، مشهور فقهاء معتقد به صحت چنین عقدی شده و آن را مشروع دانسته‌اند، گرچه در تحلیل ماهیت عقد ضمان اختلاف است. لذا لازم است که ادله حجیت آن به تفصیل مورد بررسی قرار گیرد.

در بررسی مشروعیت ضمان عین، ابتداء باید این مسأله مورد توجه قرار بگیرد که آیا ضمان، منحصر در دین بوده و یا شامل عین هم خواهد شد. بنابر انحصار در دین، ضمان عین باطل خواهد بود و بنا بر عدم انحصار این سؤال مطرح است که آیا نقل ذمه داخل در حقیقت عقد ضمان است، به گونه‌ای که اگر نتوان در اعیان، حکم به نقل ذمه کرد، ضمان اعیان را نتوان ضمان مصطلح دانست و یا اینکه از آثار و احکام غیر قهری و قابل انفکاک از ماهیت ضمان است که در این صورت، ناقل نبودن ضمان عین را نمی‌توان دلیل بر بطلان چنین ضمانی دانست. چرا که امکان اتحاد از حیث ماهیت و متفاوت بودن به لحاظ حکم وجود دارد. پاسخ به سؤال دوم و اثبات اینکه نقل ذمه، دخلی در ماهیت ضمان دین ندارد، راه را برای اثبات ضمان ضم ذمه هموارتر می‌کند. اثبات مشروعیت ضمان عین، در ابتداء متوقف بر پاسخ به سؤال اول و اعتقاد به عدم انحصار ضمان در دین بوده و سپس اثبات عدم دخل نقل ذمه در ماهیت عقد ضمان خواهد بود. مدعای نگارنده بر این است که روایات عقد ضمان گرچه موردش ضمان دین بوده و لکن مورد، مخصص نبوده و ذکر مورد مذکور به دلیل شیوع آن بوده و لذا نفی مشروعیت غیر ضمان دین به دست نمی‌آید. بنابر روایات میتوان گفت که پذیرفتن تعهد مالی در قالب یک عقد، مورد امضای شارع بوده که فقط به یک مصداق آن اشاره شده است. پذیرفتن مدعای فوق گرچه در ابتداء ممکن است مشکل به نظر آید و لکن با توجه به قبول ضمان عین در قالب ضمان قهری طبق قاعده «علی الید» توسط مشهور فقهاء، و همچنین ارتکاز عقلاء در عدم فرق بین اقسام تعهد مالی و عدم نهی شارع از قسم خاصی از اقسام ضمان عقد، می‌توان مدعای فوق را قریب به واقع

دانسته و با تمسک به عمومات امضای شارع احراز گردد. ظاهر کلمات فقهاء در تعریف عقد ضمان نیز به گونه ای است که ابا از شمول ضمان عین نداشته و تأییدی بر مدعای فوق می‌باشد. در ابتداء به بررسی تعاریف فقهاء از حیث شمول نسبت به ضمان عین پرداخته، سپس به بررسی جایگاه نقل در عقد ضمان خواهیم پرداخت.

قبل از بررسی تعریف مشهور از عقد ضمان، لازم است اصطلاح «ذمه» و «عهد» تبیین گردد تا در استعمال این دو در کلمات فقهاء، معنی واضح گردیده و سبب اشتباه نگردد.

ذمه و عهد از دیدگاه فقهای امامیه

چنانچه خواهد آمد برخی از فقهاء در ذمه بودن مال را شرط صحت عقد ضمان می‌دانند. بنابراین لازم است که برای بررسی این ادعاء معنای این واژه تبیین گشته و نسبت آن با عهد مشخص گردد.

در کلمات برخی از فقهای متأخر هر گاه متعلق موضوع، عین خارجی بوده واژه «عهد» و اگر اینچنین نباشد، واژه «ذمه» به کار می‌رود. بنابراین عین در فرض وجودش بر عهد غاصب خواهد بود و اگر تلف گردید بر ذمه او مثل و یا قیمت آن خواهد آمد. محقق نائینی بعد از اعتباری دانستن آن دو و قابلیت ثبوت و یا عدم ثبوت مال در آنها، به مطلب فوق در فرق بین آن دو اذعان دارند. طبق این بیان، «ذمه» ظرف برای کلی و «عهد» ظرفی برای عین شخصی خواهد بود و عین هیچگاه با وجود تشخصات فردی به ذمه نخواهد آمد (نائینی، محمد حسین، منیه الطالب ۱: ۳۰۱). محقق اصفهانی نیز معتقد به چنین نظریه‌ای هستند (اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب ۱: ۳۶۹). محقق بروجردی در معنایی قریب به آنچه ذکر شد، «ذمه» را به ظرف ذهنی تشبیه کرده و معتقدند همانطور که ذهن جایگاه امور کلی بوده، «ذمه» نیز به امور کلی مشغول می‌شود. بر خلاف «عهد» که به امور جزئی در خارج تعلق می‌گیرد و معنای ضمان را عهد می‌دانند. به طور کلی ایشان معتقدند که ذمه متعلق به باب دیون و عهد متعلق به باب ضمان می‌باشد (به نقل از «ذمه از دیدگاه

فقه امامیه با رویکردی بر نظریات امام خمینی، (موسوی بجنوردی، مقتدائی) ص ۸)

شهید صدر در نقد بیان فوق معتقدند که گرچه «ذمه» ظرف اموال کلی و اشاره ای است، اما «عهد» ظرف تکلیف است و نه ظرف عین خارجی. بنابراین اداء عین خارجی و حکم به رد آن بر عهد خواهد بود و نه خود عین. عهد ظرف مسؤلیت و تعهداتی است که شخص مکلف به

انجام آن می‌شود. طبق این بیان نسبت بین آن دو عموم و خصوص من وجه می‌باشد. گاه «ذمه» اطلاق شده، بدون اینکه بر «عهده» چیزی باشد. مانند کودک نابالغی که مال غیر را تلف کند. گاه نیز برعکس بوده مانند ادای نماز بر مکلف و یا بر عهده غاصب بودن عین موجود که به معنای وجوب رد است؛ و گاه نیز هر دو صدق می‌کنند مانند نفقه زوجه که هم عهده او به وجوب فراغ مشغول شده و هم ذمه او به مال (صدر، شهید، محمد باقر، به نقل از مجله فقه اهل بیت (فارسی) ۲۱: ۳).

گرچه برخی از فقهای متأخر بین عهده و ذمه فرق قائل هستند و لکن فقهای قدیم به آن معتقد نبوده و گاه هر یک را به جای دیگری استعمال میکردند و می‌توان عباراتی یافت که متعلق عین شخصی را ذمه می‌دانند. در بین متأخرین امام خمینی و محقق بهبهانی (حاشیه مجمع الفائده و البرهان ۴۱۲) نیز از فقهای است که چنین اعتقادی داشته و قائل است که هر چیزی می‌تواند به ذمه تعلق بگیرد (موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع ۱: ۵۸). در این نوشتار نیز بین این دو تفاوتی قائل نشده و هر دو را به معنای ظرف تعلق اموال می‌داند که ضامن پس از عقد، نسبت به تعهدی که به آن مال داده باید فراغ حاصل کرده و خود را بریء کند.

شمول تعریف عقد ضمان نسبت به عین مضمون

ضمان در کلمات بسیاری از فقهاء به «تعهد به مال توسط کسی که نسبت به مضمون عنه بدهی ندارد» (حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شریع الاسلام ۲: ۸۸ - حلی، علامه، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام ۲: ۵۴۹) تعریف شده که در مقابل تعهد به نفس که آن را «کفالت» و تعهد به مال توسط کسی که نسبت به مضمون عنه دین دارد که آن را «حواله» گویند، قرار دارد. بنابراین به وسیله کلمه «المال» در تعریف ضمان، عقد کفالت و ضمان اشیائی که مالیت ندارند خارج می‌شود و بنابر شرط بودن اشتغال ذمه محال علیه، حواله به وسیله کلمه «من البریء» خارج خواهد شد. برخی واژه ضمان را شامل هر سه صورت دانسته با این فرق که در صورت اراده معنای اول آن را مطلق آورده و اراده معنای دوم و سوم محتاج قیدی است تا آن دو را از قسم اول تمییز دهد. بنابراین ضمان به معنای اعم شامل هر سه قسم می‌شود و در مقابل ضمان به معنای اخص است که فقط معنای اول را شامل خواهد شد.

برخی از فقهای که ضمان را تعهد به مال می‌دانند عبارتند از علامه حلی (تحریر الاحکام ج ۲ ص ۵۴۹، تذکره الفقهاء، قواعد الاحکام)، محقق حلی (شرائع الاسلام ج ۲ ص ۸۸ مختصر النافع)، شهید اول (اللمعه دمشقیه ۱۳۵)

، شهید ثانی (حاشیه الارشاد ج ۲ ص ۲۱۹ - الروضه البهیة ج ۴ ص ۱۱۳ - مسالک ج ۴ ص ۱۷۲)، محقق سبزواری (مهذب الاحکام، ۲۰: ۲۱۳)، فاضل مقداد (التقیح الرائح: ۲: ۱۸۳)، محقق عاملی (مفتاح الکرامه ج ۱۶ ص ۳۴۵)، محدث بحرانی (الحدائق الناظره ج ۲۱ ص ۳)، صاحب جواهر (جواهر الکلام ج ۲۶ ص ۱۱۴)، سید یزدی (عروه الوثقی ۲: ۷۵۹)، بحر العلوم (بلغه الفقیه ج ۱ ص ۷۲). آیت الله حکیم (مستمسک العروه الوثقی ج ۱۳: ۲۴۵). امام خمینی (تحریر الوسيله ۲: ۵۴۹).

ظاهر تعریف مذکور این است که ماهیت عقد ضمان را یک نوع تعهد مالی دانسته و در ذمه بودن - به معنای ظرفی برای کلیات - و یا نبودن مال، دخلی در حقیقت عقد ضمان نخواهد داشت. گرچه در کلام برخی از فقهاء همچون شیخ طوسی «ثبوت مال در ذمه» از شرایط عقد ضمان دانست و برخی نیز ادعای اجماع بر آن کرده اند (طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، المبسوط ۲: ۳۲۲) و لکن تکیه کلام ایشان بر «ثبوت» است و نه «در ذمه بودن مال» و لذا ایشان به واسطه این قید، «ضمان ما لم یجب» را مشروع ندانسته و نه «ضمان عین» را (طوسی، محمد، المبسوط ۲: ۳۲۵). علاوه بر اینکه خود ایشان در جای دیگر تصریح به صحت عقد ضمان عین قبل از تلف کرده است (همان ۲: ۳۲۶). علامه حلی و محقق حلی نیز در توضیح شرط دانستن ثبوت مال در ذمه، می‌فرمایند: فرقی نمی‌کند که مستقر باشد مانند بیع بعد از قبض و یا غیر مستقر و در معرض بطلان مانند ضمان در زمان خیار (حلی، محقق، نجم الدین، شرائع الاسلام ۲: ۹۰۰ - حلی، علامه، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء ۱۴: ۳۱۱، ۳۲۱). چنانچه روشن است ایشان نیز ثبوت را اینگونه تحلیل کرده‌اند و لذا همانند شیخ طوسی با این قید، «ضمان ما لم یجب» را خارج کرده‌اند و نه «ضمان عین». اگر مراد علامه حلی از شرط دوم، غیر مشروع بودن ضمان هر مالی است که به ذمه نمی‌آید، با حکم ایشان به جواز ضمان عین در تنافی می‌بود. چرا که عین قبل از تلف، به ذمه در نمی‌آید.

در تبیین همین شرط است که میرزای قمی معتقد است در حین ضمان باید حقی در ذمه مضمون عنه باشد هر چند آن حق، استحقاق مطالبه و وجوب رد عین باشد (گیلانی، میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات ۳: ۶۴).

از آنچه گفته شد روشن می‌گردد که ادعای اجماع بر ذمه بودن مال مضمون در عقد ضمان، نمی‌تواند دلالت بر بطلان ضمان عین داشته باشد که صاحب جواهر می‌فرماید (نجفی، محمد حسن، صاحب جواهر، ۳۶: ۱۴۰). و همچنین روشن گردید که آنچه برای عقد ضمان لازم است پذیرفتن تعهد

مالی از طرف مضمون عنه است. همانطور که ظاهر استدلال علامه حلی بر جواز ضمان عین مضمونه به «لانه ضمان مال مضمون علی المضمون عنه» (حلی، علامه، حسن، تذکره الفقهاء ۱۴: ۳۲۱) این است که برای صحت ضمان، عهده دار بودن مضمون عنه کافی است.

بر مبنای مطالب ذکر شده می‌توان گفت که تعریف مشهور از ضمان به «تعهد به مال» می‌تواند شامل ضمان عین نیز بشود، گرچه عین در ذمه‌ی غاصب نبوده و فقط بر عهده او باشد، چنانچه در عقد کفالت که یکی دیگر از اقسام ضمان است، مکفول عنه در ذمه کفیل نمیرود و در عین حال عقد ضمان او صحیح است. بنابراین ضمان عین نیز از مصادیق ضمان اصطلاحی خواهد بود.

لکن برخی از فقهای متأخر در تعریفی که از ضمان ارائه داده‌اند، بعد از ذکر تعهد به مال، «نقل ذمه» را نیز در تعریف عقد ضمان آورده‌اند.^۱ برخی دیگر از فقهاء متأخر بدون ذکر قید «تعهد به مال» در تعریف ضمان، آن را به «نقل مال از ذمه» تعریف کرده‌اند.^۲

آیا این تعاریف در مقام تعریف ماهیت ضمان دین بوده و یا در مقام تبیین ماهیت ضمان با قطع نظر از متعلق آن است. بنابر اول، نیازی به توجیه تعاریفی که در آن «نقل ذمه» به کار رفته نیست. چرا که تعریف مذکور، حدود ضمان دین را معین می‌کند و ارتباطی به ضمان عین ندارد. اما بنابر اینکه این تعاریف در مقام تبیین ماهیت عقد ضمان بوده این سؤال مطرح می‌شود که جایگاه «نقل ذمه» در این تعریف چیست؟ آیا مقتضای ذاتی آن بوده به گونه‌ای که اگر نقلی صورت نگیرد، ضمانی نیز محقق نشده و یا اینکه از آثار می‌باشند. باید توجه نمود که آثار نیز بر دوگونه می‌باشند. برخی از آنها قهری بوده که در صورت عدم ترتب بر موضوع خود، سبب بطلان ضمان خواهند بود و برخی دیگر قابل انفکاک از موضوع خود بوده و در فرض عدم ترتب، سبب بطلان نخواهند بود.

۱. ایروانی، باقر، درس تمهیدیه ج ۲ ص ۱۷۱ (الضمان - بمعناه المصطلح علیه لدى فقها - هو التعهد بالدين للغير بنحو ينتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن).

حکیم، محمد سعید، منهاج الصالحین ج ۲ ص ۲۳۵ (في الضمان و هو عبارة عن تحمل شخص دينا في ذمة آخر، بحيث تشغل ذمته بالدين و تفرغ منه ذمة المدين).

۲. خوئی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین (خوئی) ج ۲ ص ۱۸۱ (الضمان هو نقل المال عن ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن للمضمون له).

نجفی، کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله ج ۱ قسم ۱ ص ۸۴ (اما الضمان عند الاماميه انتقال الحق أو نقل الحق من ذمة إلى أخرى...)

آنچه ادعای اجماع بر آن شده این است که فقهای شیعه معتقد به نقل مال از ذمه مدیون به ذمه ضامن بوده و مقابل فقه اهل تسنن که معتقد به ضم ذمه به ذمه است، می‌باشد. از چنین اجماعی به دست می‌آید که نقل ذمه، مترتب بر یک قسم از اقسام عقد ضمان می‌شود که ضمان دین باشد. چرا که همانطور که گذشت بسیاری از فقهاء حکم به صحت ضمان در عین کرده بدون اینکه نقلی در آن صورت بگیرد. بنابراین ادعای اجماع وقتی موجه است که مراد از آن ناقل بودن ضمان دین باشد.

به نظر می‌رسد ادعای اجماع بر ناقل بودن عقد ضمان، به جهت رد ضمان دینی است که اهل تسنن آن را ضم ذمه به ذمه می‌دانند و نه ضمان عین که نقل در آن ممکن نیست. شواهدی نیز در کلمات فقهاء وجود دارد که بیانگر عدم دخالت ناقل بودن در ماهیت عقد ضمان است که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

شیخ طوسی بعد از حکم به ناقل بودن ضمان، آن را مستند به روایاتی دانسته که موضوع آنها ضمان دین است (شیخ طوسی، محمد، الخلاف ۳: ۳۱۴). ایشان در کتب دیگر خود گرچه به روایات اشاره نکرده و لکن انتقال را به دین نسبت داده که حاکی از این است که موضوع بحث، ضمان دین بوده است (شیخ طوسی، محمد، المبسوط ۲: ۳۲۳). انتقال مال به عقد ضمان در کتابهای ایشان در مواردی متعددی مطرح شده که همه مربوط به انتقال دین در ذمه بوده است (شیخ طوسی، محمد، الخلاف ۴: ۱۷۰).

در کتاب «المؤتلف» نیز انتقال ضمان را به دین نسبت داده و سپس به روایات ضمان میت که مربوط به دین است اشاره می‌کند (طبرسی، فضل بن حسن، المؤتلف ۱: ۵۸۴). کما اینکه ابن زهره و فاضل مقداد و محدث بحرانی و صاحب ریاض نیز اینگونه اند (حلی، ابن زهره، حمزه بن علی؛ غنیه النزوع ۲۶۱- حلی، مقداد، التنقیح الرائع ۲: ۱۸۷ - بحرانی، یوسف، الحدائق الناظره ۲۱: ۱۶ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل ۹: ۲۶۸).

محقق حلی نیز انتقال مال به ذمه ضامن و بریء شدن ذمه مضمون عنه را از آثار تحقق ضمان می‌دانند (حلی، محقق، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام ۲: ۸۹). این عبارت نیز دلالت دارد که از آثار ضمان دین، انتقال مال است. چرا که در ضمان عین قبل از تلف، مالی به ذمه نرفته تا با عقد ضمان منتقل شود و بعد از تلف نیز از مصادیق ضمان دین خواهد شد مگر اینکه گفته شود که مراد ایشان از ذمه، عهده بوده که گرچه بعید به نظر نمی‌رسد و لکن عدم انحصار نقل در ضمان دین با حکم به ضم ذمه در ضمان عین در تنافی خواهد بود.

علامه حلی نیز انتقال مال از ذمه را از احکام عقد ضمان می‌داند که ظاهرش این است که مربوط به ضمان دین است (حلی، علامه، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام ۲: ۵۵۹)، گرچه تعریف ایشان از ضمان، شامل ضمان غیر دین نیز می‌شود. چرا که ایشان علی‌رغم عدم نقل در ضمان عین، تصریح به صحت ضمان در عین مغضوب دارند که حاکی از این خواهد بود که حکم به انتقال از آثار ضمان دین بوده و نه مطلق ضمان.

با دقت در کلمات برخی از فقهای دیگر می‌توان به این اطمینان رسید که حکم به ناقل بودن ضمان ناظر به ضمان دین بوده و نه اصل ضمان. بنابراین بر فرض عدم امکان نقل عین، نمی‌توان حکم به بطلان ضمان عین کرد و باید حکم به صحت و یا بطلان ضمان عین را در جای دیگری جستجو کرد. ممکن است گفته شود که حکم به ناقل بودن ضمان حاکی از این است که فقهاء فقط ضمان دین را مشروع می‌دانند. و لکن این قضاوت نادرست به نظر می‌رسد. چرا که علاوه بر اینکه با تصریح بسیاری از فقهاء به صحت ضمان عین مضمون در تعارض است - که در ذیل نقل اقوال گذشت - قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد که موضوع ناقل بودن، دین بوده است و کلام فقهاء ناظر به عین نبوده است.

ناقل بودن ضمان عین

شاید مهمترین عاملی که سبب گردیده برخی از فقهاء ضمان عین را مشروع ندانند، ناقل نبودن ضمان عین است که آن را در تنافی با ماهیت عقد ضمان می‌دانستند. چرا که طبق قاعده مقبول و مشهور «ید»^۱، تا وقتی که عین در دست غاصب باقی است، عهده او نیز مشغول بوده و لذا انتقال آن با عقد ضمان و بری شدن عهده او نسبت به مضمون له، مخالف ظاهر قاعده «ید» بوده که بری شدن گیرنده مال را منوط به اداء عین به مالک می‌داند و موافق با ارتکاز نیز خواهد بود؛ چرا که عرف نیز تسلط مالک بر عین را سبب عدم مسؤلیت غاصب می‌داند و نه ایجاد عقد ضمان.

با این وجود در برخی کلمات فقهاء امکان نقل در ضمان عین مطرح گردیده و مورد پذیرش قرار گرفته است. بنابراین در ضمان عین مغضوب، پس از عقد ضمان، عهده او نسبت به مضمون له

^۱. «علی الید ما اخذت حتی تؤدیته»

بری شده و بقاء عین در دست غاصب، امانت خواهد بود که بر غاصب، واجب است عین را فوری به مالکش برگرداند و اگر عین تلف شود، تدارک آن بر ضامن جدید لازم است. اما اگر عین در دست غاصب باقی ماند، به ضمانت جدیدی، بر عهده غاصب خواهد بود و اگر تلف شود، مسؤول خواهد بود (حلی، حسین، بحوث فقهیه ۳۰).

در کتاب بلغه الفقیه به نقل از استاد خویش، اعم بودن مضمون نسبت به «مال» و «حق»، وعدم انحصار آن در مال را، طریقی برای تصور صحیح از نقل ضمان ارائه می‌دهند. چرا که رد مال، حقی است که بر علیه مضمون عنه بوده و بر عهده او ثابت است. بنابراین در عین مضمون نیز رد عین در فرض بقاء آن و پرداخت مثل و یا قیمت در فرض تلف بر عهده غاصب می‌باشد که با عقد ضمان این حقیقت به ضامن انتقال داده می‌شود (بحر العلوم، محمد، بلغه الفقیه ۲: ۳۳۶).

برخی از فقهاء در مفاد ناقل بودن ضمان عین به بیان اول خرده گرفته‌اند؛ چرا که مراد ضامن از عقد ضمان، اداء عین مضمون است در فرضی که غاصب اداء نکند، نه اینکه اگر غاصب، قصد اداء داشته و لکن قبل از آن تلف شود، باز هم بر عهده ضامن باشد. علاوه بر اینکه طبق مفاد عقد ضمان، در صورتی که ضامن قادر به گرفتن مال از غاصب و رد آن به مالک باشد، بر او واجب است که چنین کند و حال آنکه طبق بیان اول از ناقل بودن، در صورت عدم رد فوری مال به مالک و بقاء آن در دست غاصب، ضمان جدیدی بر عهده او خواهد بود و نه ضامن (موسوی اردبیلی، فقه الشرکه ۲۲۴).

لکن به نظر میرسد که اشکال اول به ناقل بودن عقد، قابل مناقشه است. چرا که ضامن تمام آنچه بر عهده غاصب بوده را بر ذمه خود می‌گیرد و همانطور که قبل از عقد ضمان، هر تلفی بر عهده غاصب بوده گرچه قصد اداء عین را داشته، همچنین است بعد از عقد ضمان، تلف عین بر عهده ضامن بوده و معلق به عدم قصد اداء عین توسط غاصب نخواهد بود. اشکال دوم گرچه صحیح بوده و لکن در دفاع از ناقل بودن می‌توان گفت که پس از عقد ضمان، ذمه غاصب برای همیشه بری خواهد شد، چنانچه در ضمان دین اینگونه است. و به عبارت دیگر عین در دست او امانی شده و وجوب رد فوری ندارد تا در فرض عدم رد فوری، ضمان بر عهده او برگردد.

اشکالی که در تصویر ناقل بودن ضمان عین به نظر می‌رسد این است که گرچه ناقل بودن در ضمان عین، تصور ثبوتی دارد، و لکن اثبات حکم شرعی وضعی نقل، محتاج ادله شرعی است و

لذا برخی از فقهاء بریء دانستن غاصب را منوط به دلیل شرعی می‌دانند (بحر العلوم، محمد، بلغه الفقیه ۲: ۳۳۹). آیت الله حکیم نیز معتقدند که اگر مفاد عقد ضمان، تعهد ضامن به رد مالی است که در عهده غاصب بوده، در اینصورت گرچه ضمان منتقل می‌شود و لکن باید مورد امضای شارع قرار بگیرد و تمسک به عموماً چنین قابلیت را نمی‌توانند ثابت کنند. چرا که بر فرض جواز تمسک به عموماًتی همچون «اوفوا بالعقود» فقط التزام ضامن به تعهدش واجب می‌شود که ارتباطی با بریء شدن ذمه مضمون عنه ندارد. فراغ ذمه مضمون عنه یا باید به دلیل روایات باشد و یا «امتناع اشتغال ذمتین به مال واحد» و هر دو در اینجا مفقودند. چرا که روایتی بر ضمان عین نبوده و بر ذمه مضمون عنه مال نیست تا امتناع اجتماع لازم آید، بلکه حکم وجوب رد است. بنابراین تمسک به عموماًتی نمی‌تواند مشروعیت نقل را ثابت کند، همانطور که ضمانت نمازهای روزانه از طرف شخصی، اقتضای سقوط از مضمون عنه را ندارد و دلالت بر قابلیت محل برای نقل را نمی‌کند (حکیم، محسن طباطبایی، مستمسک العروه الوثقی ۱۳: ۳۴۵).

گرچه مدعای ایشان مبنی بر لزوم دلیل شرعی بر نقل صحیح به نظر می‌رسد و لکن قیاس محل بحث با نمازهای روزانه صحیح نیست. چرا که در نمازهای یومیه به طور قطع، وجوب به نحو حکم تکلیفی بر مکلف واجب بوده و لکن در محل بحث جهتی از حکم وضعی هم بر عهده مضمون عنه بوده که قابلیت سقوط دارد. علاوه بر اینکه غرض شارع از جعل وجوب نماز، صدور افعال خاص از شخص مکلف بوده و لکن غرض از جعل وجوب رد در عین مغضوب، به جهت مراعات حال مالک و تسلط او بر مالش است و نه رد عین توسط غاصب و لذا حکم به وجوب رد توسط غیر غاصب در تنافی با غرض مذکور نخواهد بود، همانطور که در ضمان دین اینگونه است.

بر مبنای مطالب گذشته، به سختی می‌توان معتقد به ناقل بودن ضمان عین شد. و لکن بر فرض عدم صحت نقل در ضمان عین و حکم به ضم ذمه در عقد ضمان مذکور، ادعای باطل بودن ضمان عین قابل خدشه است. چرا که همانطور که بیان شد، ظاهر کلمات فقهاء این است که ناقل بودن از آثار ضمان دین است. علاوه بر اینکه عدم تطبیق ضمان مصطلح - که همراه با مشغول بودن ذمه و یا عهده است - بر ضمان عین، قابل جمع با مشروعیت ضمان عین به معنای غیر اصطلاحی آن است که در ذیل تحلیل چهارم از ماهیت عقد ضمان گذشت.

بنابراین در ضمان عین معتقد به ضم ذمه به ذمه خواهیم شد که برخی از فقهاء همچون علامه حلی علی رغم تصریح به ضم ذمه به ذمه آن را نیز مشروع می‌دانند. محقق اردبیلی نیز این معنی از ضمان را تأیید کرده و دلیل آن را صدق عرفی ضمان بعد از ثبوت شرعی آن به نحو مطلق می‌داند. از طرفی نیز معلوم نیست که ناقل بودن از لوازم و شرایط صحت عقد ضمان باشد، گرچه غالباً اینگونه است (اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده ۹: ۲۹۴). به همین جهت است که علامه حلی نیز بعد از حکم به ناقل بودن عقد ضمان، حکم به صحت ضمان اعیان می‌دهند و ضامن و مضمون عنه را در قبال مضمون له مسؤول می‌دانند (حلی، علامه، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء ۱۴: ۳۳۶).

کلام محقق اردبیلی بر مذاق صاحب حدائق خوش نیامده و معتقدند رجوع به عرف با وجود نهی شرعی ممنوع است. از طرفی نیز ادعای ایشان بر ثبوت شرعی عقد ضمان به نحو مطلق، اول نزاع بوده و اجماع بر ناقل بودن عقد ضمان نیز، مانع از ادعای غالبی بودن نقل است. در پایان نیز به دلیل فقدان دلیل خاص بر ضمان عین و وجود مانع بر مشروعیت آن، عقد مذکور را غیر مشروع دانسته و معتقدند که اصل نیز بر عدم حجیت آن قائم است (بحرانی، یوسف، الحدائق الناظره ۲۱: ۳۴).

ولکن به نظر می‌رسد کلام صاحب حدائق از جهاتی قابل تأمل است. چرا که تحدید شرعی به نحو مضیق، اول نزاع است. غایت ادعای ایشان می‌تواند این باشد که شرع حکم ضمان عین را بیان نکرده و نه اینکه از آن نهی کرده باشد. با این وجود، رجوع به عرف بر صدق ضمان بر عقد مذکور، موجه است. از طرفی نیز ادعای اجماع بر نقل، مطلق نبوده و لذا مشهور فقهاء در ضمان عین، علی رغم ضم ذمه، حکم به جواز ضمان عین داده اند. ادعای اجماع در خصوص دین نیز مدعای ایشان را ثابت نخواهد کرد. نبود دلیل خاص بر مشروعیت ضمان عین و تمسک به اصل نیز خالی از مناقشه نبوده که در بررسی اشکالات به آن خواهیم پرداخت.

بنابراین ما نیز همچون مشهور فقهاء امامیه، مفاد عقد ضمان عین مضمون را ضم ذمه می‌دانیم و نقل آن، از حیث اثباتی دلیل ندارد.

تمسک به عموماًت بر مشروعیت ضمان عین

دلیل فقهاء در مشروعیت ضمان عین تمسک به عموماًتی همچون ((اوفوا بالعقود)) (مانده: ۱) و ((الزعیم غارم)) (سنن أبي داود باب ۸۸ فی تضمین العاریة من کتاب البیوع حدیث: ۳۵۶۵ و فی مستدرک الوسائل باب ۱: من أبواب

الضمان ج ۲: ۴۹۱) است. سید یزدی از فقهای است که با تمسک به عموماً، ضمان عین را مشروع دانسته، گرچه افاده ضم ذمه کند.

وجه تمسک به «اوفوا بالعقود» این است که آیه شریفه عام بوده و مختص به عقود متعارف زمان نزول نمی‌باشد. چرا که موضوع در احکام قانونیه به صورت قضیه حقیقه است و نه قضیه شخصی و خارجی. آیت الله حکیم معتقد است که در فرض انحصار در عقود متعارف، فقه جدیدی لازم می‌آید (حکیم، محسن، المستمسک ۱۲: ۲۴۴ - ۱۳: ۱۶۶). امام خمینی نیز معتقدند که هیچ‌آشنای به زبان عرب، حکم به انحصار نمی‌دهد. بنابراین هر چه را که بر آن عقد عرفی صدق کند، مادامی که منع شرعی وجود نداشته باشد، حکم به صحت آن خواهد شد (موسوی خمینی، سید روح الله: ۱: ۵۰).

مراد از قاعده «الزعیم غارم» این است که هر ضامن و متعهدی به انجام موضوع تعهد خود باید ملتزم باشد. بنابراین اگر موضوع تعهد، مال باشد، باید مال مضمون را طبق تعهد به مضمون له بدهد. گرچه حدیث شریف به صورت جمله خبریه بوده و لکن در مقام انشاء صادر شده که در علم اصول بیان شده که طلب آن با تأکید بیشتری نسبت به جملات انشائیه است. شیخ طوسی در موارد متعدده به قاعده مذکور تمسک جسته و عمومیت آن را حجت می‌دانند (طوسی، شیخ الطائفه، محمد، الخلاف ۳: ۳۱۷، ۳۱۹ - المبسوط ۲: ۳۲۲، ۳۲۵). بسیاری از فقهاء در اصل مشروعیت عقد ضمان به قاعده مذکور استدلال کرده که می‌توان از علامه حلی (تحریر الاحکام ۲: ۵۵۷) محقق حلی (ایضاح الفوائد ۲: ۸۱) نام برد و همچنین در کتاب الرياض (طباطبایی، سید علی، رياض المسائل ۹: ۲۷۶) و المناهل (حائری، سید محمد مجاهد، المناهل ۱۱۲)، مفتاح الکرامه (عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه ۱۶: ۳۴۴) و در بسیاری از کلمات دیگر به این قاعده تمسک شده است. برخی از فقهاء تمسک به عموماً مذکور را ناصحیح دانسته و بر مدعای خود اقامه دلیل کرده‌اند که در بررسی اشکالات به آن خواهیم پرداخت.

بررسی اشکالات مشروعیت عقد ضمان عین

اشکالات مطرح شده در کلمات فقهاء متعدد بوده که برخی از آنها ناظر بر عدم مشروعیت ضمان عین به دلیل مخالفت عقد مذکور با ماهیت عقد ضمان بوده و برخی دیگر از ادله نیز به دلیل عدم تطبیق قواعد عمومی بر ضمان عین، چنین عقدی را مورد مناقشه قرار داده و قسم سومی از اشکالات نیز ناظر به تمسک به عموماً بر مشروعیت ضمان عین است. در ابتداء اشکالات ناظر به دو قسم اول را مطرح کرده و آنها را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱- التزام به رد در ضمان عین مشکل است. چرا که عین به ذمه نمی‌آید تا رد عین بر ضامن لازم باشد.

اشکال مذکور بر ضمان عین قابل مناقشه است؛ برای رد عین توسط ضامن لازم نیست که عین آن به ذمه بیاید، بلکه عهده دار بودن غاصب نسبت به عین و تعهد ضامن به آنچه مضمون عنه به آن الزام شده، کافی است که بتوان حکم به رد عین توسط ضامن کرد. برخی از فقهای متأخر در جواب از این شبهه معتقدند که اعتبار عین بر عهده امری ممکن بوده چرا که اعتبار، امری سهل است. محذور وجود واحد در دو مکان نیز لازم نمی‌آید. چرا که تعدد وجود (خارجی، ذهنی و اعتباری) مانع ایجاد محذور است (سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام ۲۰: ۲۸۲).

۲- ضمان اعیان با ماهیت عقد ضمان که ناقل می‌باشد قابل تطبیق نیست. چرا که بعد از عقد، ضمان از غاصب رفع نخواهد شد و این همان ضمان ضم ذمه به ذمه است که مخالف با اجماع فقهای امامیه می‌باشد.

این اشکال نیز صحیح نمی‌باشد. چنانچه گذشت ناقل بودن از آثار ضمان دین می‌باشد و نه مطلق ضمان و معقد اجماع نیز ضمان دین است. بنابراین ضمان عین نه در تنافی با ماهیت ضمان بوده و نه مخالف با اجماع فقهاء می‌باشد. برخی از متأخرین در جواب به این سؤال معتقدند که بعد از موافق عرف و اعتبار بودن ضمان عین، نقل ذمه در ضمان دین با ضم ذمه در ضمان عین در تنافی نخواهد بود. چرا که هر دو مثبتین هستند. گرچه غالب به این گونه بوده که با عقد ضمان نقل حق شده است و لکن دلیل بر این نمی‌شود که ماهیت عقد ضمان متقوم به آن و منحصر در آن شود (سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام ۲۰: ۲۸۳ - روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام ۲۰: ۱۶۶).

چنانچه گذشت برخی از فقهای دیگر در جواب به این اشکال معتقد به امکان نقل در ضمان عین بوده که در نتیجه بقاء مال در دست غاصب امانی خواهد بود که باید رد شود. در این صورت در فرض عدم تقصیر در رد و تلف شدن مال، عهده ضامن مشغول شده و در فرض تقصیر، عهده غاصب به ضمان جدید مشغول می‌شود (روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام ۲۰: ۱۶۲). پذیرفتن این جواب گرچه از حیث ثبوت ممکن بوده و لکن باید از حیث شرع نیز مورد امضای شارع قرار بگیرد.

۳- قبل از تلف، «حکم به وجوب رد» در ذمه ثابت است و نه «مال» و نقل در حکم تکلیفی به اتفاق فقهاء باطل است (عاملی، شهید ثانی، زین الدین، مسالک الافهام ۴: ۱۹۵). همانطور که ضمان قیمت بعد از تلف، حکم شرعی است که تابع وصف غصب است و قابل انتقال با ضمان نیست. چرا که حق با ضمان منتقل می شود و نه حکم (عاملی، محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد ۵: ۳۲۲)

محقق بروجردی نیز معتقدند که چه مراد از ضمان، نقل ذمه باشد و چه ضم ذمه، ضمان اعیان صحیح نیست. چرا که شاید از احکام باشد و نه از اموری که وضع و رفع آن به دست عرف است (بروجردی، سید حسین، عروه الوثقی، المحشی ۲: ۴۳۶).

برخی از فقهاء در رد اشکال مذکور، حکم بودن را ادعائی دانسته که بر آن دلیلی اقامه نشده است (سبزواری، سید عبد الاعلی، مهذب الأحکام ۲۰: ۲۸۲).

و لکن به نظر میرسد احتمال حکم بودن، مانع عقد ضمان عین خواهد بود. قائل به نقل و یا ضم باید بر مدعای خود اقامه دلیل کرده و حکم بودن را نفی کنند.

برخی از متأخرین در صدد رفع اشکال برآمده و معتقدند که با مراجعه به ارتکازات عقلانی این اشکال قابل دفع است. چرا که عهده و ذمه از این جهت مانند هم هستند. همانطور که «ما فی الذمه» قابل نقل و ضم است، «ما فی العهده» در عین نیز اینگونه است (روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام ۲: ۱۶۲).

ظاهر این کلام قابل تأمل بوده و قیاس «ما فی العهده» با «ما فی الذمه» صحیح نیست. چرا که آنچه ذمه به آن تعلق میگیرد، مال و دین کلی است که قابل نقل و ضم است و عهده طبق بیان مستشکل به وجوب رد عین تعلق میگیرد که یک حکم شرعی است و قابل نقل نیست. شاید مراد ایشان این باشد که همانطور که ذمه به کلی تعلق گرفته و حکم وجوب رد به آن تعلق میگیرد، در فرض وجود عین نیز می توان یک وجود ذهنی و اعتباری لحاظ کرده تا عهده به آن تعلق گرفته و قابل نقل و ضم بوده و به اعتبار آن حکم نیز منتقل می شود، چنانچه در ذمه، حکم وجوب رد دین از ذمه مضمون عنه به تبع مال کلی نقل داده می شود. طبق این توجیه بهتر است که در جواب اشکال اینگونه گفته شود که عهده و یا ذمه در ابتداء به مال تعلق گرفته و سپس حکم به وجوب رد به تبع آن خواهد آمد که نقل حکم به تبع نقل عین ممکن خواهد بود.

جواب دیگری که با توجه به مطالب ارائه شده می‌توان گفت این است که نقل عهده و یا ذمه مربوط به ضمان دین بوده و دلیل محکمی که که ثابت کند، ذات عقد ضمان، مقتضی نقل است یافت نشد. بنابراین در ضمان عین، می‌توان حکم به ضم ذمه کرد همانطور که علامه حلی با تصریح به ضم ذمه در ضمان عین، آن را مشروع می‌دانند (حلی، علامه، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء ۱۴: ۳۳۶).

۴- بر فرض که ضمان حکم شرعی جائز باشد، ضمان اعیان مضمون قبل از تلف، از مصادیق ضمان ما لم یجب است که اجماع بر بطلان آن اقامه شده است. چرا که هنوز تلفی رخ نداده تا بر عهده ضامن بدل عین بیاید (عاملی، محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد ۵: ۳۲۲ عاملی، شهید ثانی، زین الدین، مسالک الافهام ۴: ۱۹۵ - نجفی، صاحب جواهر، محمد حسن ۲۶: ۱۴۱). بنابراین ضمان عین، نه تنها غیر مشروع، بلکه غیر معقول است (خوئی، ابوالقاسم، مبانی العروه ۲: ۲۰۷). چنانچه روشن است این اشکال به ضمان بدل عین در فرض تلف است.

در توضیح این اشکال باید گفت، فقهاء معتقد به دو شرط برای مضمون شده‌اند. مال بوده و ثبوت در ذمه داشته باشد. ثبوت در ذمه نیز اعم از این است که استقرار در ذمه داشته و یا متزلزل بوده باشد. بنابراین ضمان قبل از ثبوت ذمه باطل است. سر این مطلب این است که عقد ضمان، اشتغال ذمه ضامن به چیزی است که ذمه مضمون عنه به آن مشغول شده است. بنابراین باید ذمه مشغول عنه به آن مشغول باشد تا ضامن بتواند ضمانت کند و در غیر این صورت ضامن نمی‌تواند انشاء عقد کرده و ذمه خود را مشغول کند (حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی ۱۳: ۲۶۴).

سید یزدی در مواجهه با این اشکال معتقد است که نه تنها دلیلی بر بطلان ضمان ما لم یجب وجود ندارد بلکه در مواردی فقهاء حکم به صحت ضمان ما لم یجب کرده‌اند (یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، ۲: ۶۰۵ مسأله ۳۸).

صاحب مناهل در رد این اشکال، وجود غصب را به عنوان سبب ضمان کافی دانسته و معتقدند که گرچه ثبوت در ذمه ندارد و لکن رجوع به ثبوت می‌کند و همین برای صحت عقد ضمان کافی است. علاوه بر اینکه می‌توان ادعاء کرد هنگام وجود عین، ثبوت در ذمه محقق بوده و لکن علم به آن بعد از تلف حاصل می‌شود. بنابراین تلف مانند اجازه در بیع فضولی، کاشف خواهد بود. در نتیجه می‌توان گفت سبب تعلق قیمت به ذمه، تلف نیست تا اینکه امتناع تقدم وجود معلول بر

علت و غیر معقول بودن ضمان عین، لازم بیاید، بلکه غصب و عدم رد آن سبب تحقق ضمان گردیده که در فرض بقاء عین نیز وجود دارد (حانری، سید محمد مجاهد، المناهل ۱۳۳).

برخی دیگر از فقهاء مدعای فوق را به این صورت بیان کرده اند که از مصادیق «ضمان ما یجب»، موردی است که منشأ قریب عرفی برای ضمان وجود دارد. چرا که عرف غصب را منشأ ضمان می داند و یا قبض مبیع در عقد فاسد را سببی برای ضمان می دانند و نه تلفی که رخ نداده است. همین امر سبب گردیده که برخی از فقهاء از ضمان عین، تعبیر به ضمان ما یجب کرده اند (سبزواری، سید عبد الاعلی، مهذب الاحکام ۲۰: ۲۸۳ - روحانی، سید صادق، فقه الصادق، ۲۰: ۱۶۲).

شاید مراد سید یزدی از حکم فقهاء به صحت چنین ضمانی، می تواند مواردی همچون ضمان عین مغضوب، ضمان عهده و یا ضمان مال جعاله قبل از عمل باشد که در برخی از عبارات فقهاء از آن به کافی بودن مقتضی ثبوت تعبیر کرده اند (کاشف الغطاء، تحریر المجله ۲: ۲۴۱). همانطور که سید یزدی حکم صحت ضمان نفقه آینده زوجه را بر اساس کفایت مقتضی ثبوت دین، بعید نمی داند (یزدی طباطبایی، محمد کاظم، عروه الوثقی، ۲: ۶۰۳ مسأله ۳۵).

علاوه بر اینکه می توان گفت که ضمان ما لم یجب در صورتی باطل است که اشتغال به بدل با انعقاد عقد حاصل شود. اما اگر اشتغال به بدل بعد از تلف باشد - همانطور که در ضمان عین اینگونه است - محذوری وجود ندارد (روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام؛ ۲۰: ۱۶۲). در اشتغال به بدل بعد از تلف، تعلیق در منشأ بوده و انشاء فعلی بوده به گونه ای که بر ضامن لازم است که از عهده خود خارج شود. لذا در تنافی با بطلان عقود تعلیقی که در انشاء معلق می شود، نخواهد بود. مانند انشاء وصیت که فعلی بوده و متعلق آن که تملیک باشد، معلق بر مرگ موصی است. تفصیل بین فعلی و تعلیقی بودن ضمان در کلمات بزرگان یافت می شود. بنابراین اشکال محقق حکیم بر عدم صحت این ضمان به دلیل تعلیقی بودن (حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی ۱۳: ۲۶۴)، صحیح نخواهد بود.

و اما ادعای اجماع بر بطلان ضمان ما لم یجب قابل مناقشه می باشد. چرا که نه تنها فقهاء در مواردی - همچون ضمان مال جعاله قبل از عمل، ضمان مغضوب، ضمان عهده - حکم به

صحت چنین ضمانتی کرده اند، بلکه در روایات نیز حکم به صحت این ضمان شده است.^۱ محقق کرکی (مفتاح الکرامه ۵: ۳۶۵)، صاحب عروه (کاشف الغطاء، تحرير المجله، ۲: ۲۴۱) و صاحب عروه الوتقی (یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم، ۲: ۶۰۵. ۳۸ م) از فقهای هستند که تصریح به بطلان چنین اجماعی دارند. بنابراین دلیلی بر بطلان ضمان ما لم یجب نداریم و بلکه برخی از روایات نیز دلالت بر چنین ضمانتی دارند.^۲

۶- مناقشه دیگر به ضمان عین این است که لازمه ضمان قبل از اداء، تعدد ضمان بر یک مضمون است و بعد از اداء، موضوعی برای ضمان نخواهد ماند تا عقد ضمان منعقد شود. برخی از فقهای معاصر در رد اشکال مذکور در صدد برآمدند تا ضمان را به نحو طولی تصویر کنند. بنابراین در فرض بقاء عین، ضامن در ابتداء غاصب را الزام به اداء کرده و در صورت عدم تأدی، ضامن بدل آن را خواهد پرداخت که از قبیل بدل حیولت خواهد شد و در فرض تلف نیز گرچه هر دو ضامن بوده و لکن استقرار ضمان بر عهده غاصب است (شیرازی، سید محمد حسینی، الفقه، القواعد الفقهیه ۱۱۲).

به نظر می‌رسد بر مبنای ضم ذمه، ضمان منحصر در فرض طولی نبوده و اشکال قائلین به بطلان ضمان عین به دلیل ضم ذمه به ذمه، در ضمان عرضی راحت تر قابل تصویر بوده و ظاهر عبارت برخی از فقهاء نیز این می‌باشد. بر مبنای ضم ذمه، ضمانت دو شخص در مضمون واحد، چه به صورت طولی و چه عرضی محذور عقلی و شرعی ندارد. تعدد ضمان در اینجا همانند «توارد ایدی» خواهد بود که مشهور فقهاء قائل به جواز آن هستند.

۷- استدلال دیگر ارائه شده بر بطلان ضمان عین، تمسک به اصل است. صاحب حدائق با توجه به عدم وجود نص شرعی بر ضمان عین و عدم وجود دلیل شرعی دیگر، اصل را بر عدم صحت ضمان عین می‌دانند. ایشان در ادامه معتقدند که فقهاء در ضمان غیر مضمون، اجماع بر بطلان

۱. یعقوب بن شعیب عن ابي عبد الله عليه السلام « قال: سألته عن الرجل يبيع للقوم بالأجر؟ عليه ضمان مالهم قال: إذا طابت نفسه بذلك، إنما أخاف أن يغموه أكثر مما يصيب عليهم، فإذا طابت نفسه فلا بأس.

۲. « في رواية يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام « قال: سألته عن الرجل يبيع للقوم بالأجر؟ عليه ضمان مالهم قال: إذا طابت نفسه بذلك، إنما أخاف أن يغموه أكثر مما يصيب عليهم، فإذا طابت نفسه فلا بأس » وسائل الشيعه ۱۲: ۳۹۳، باب ۱۹ من أبواب أحكام عقود، ح ۲.

آن داشته و حال آنکه مضمون بودن و نبودن عین، دلیلی بر جواز و عدم جواز ضمان عین نخواهد بود (بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ۲۱: ۳۵). صاحب جواهر نیز از دیگر فقهای است که تمسک به اصل را روا داشته و به آن اعتقاد دارند (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام ۲۶: ۱۴۰).

تمسک به اصل در رد مشروعیت ضمان عین نیز قابل خدشه است. چرا که با وجود صدق عرفی ضمان و جواز تمسک به عموماً - که مورد بررسی قرار خواهد گرفت - محلی برای تمسک به اصل نخواهد بود.

بررسی اشکالات تمسک به ادله عامه بر مشروعیت ضمان عین

اشکالاتی که ذکر گردید مشروعیت عقد ضمان عین را مورد خدشه قرار داده بودند که به آنها پاسخ داده شد. برخی از اشکالات دیگر نیز ناظر به ادله عامه‌ای است که دال بر مشروعیت ضمان است. چنانچه ذکر گردید عموماً استدلال شده بر مشروعیت ضمان عین، ادله‌ای همچون «اوفوا بالعقود» و «الزعیم غارم» است که کیفیت تمسک به آن بیان شد.

تمسک به آیه شریفه «اوفوا بالعقود» از جهاتی مورد مناقشه قرار گرفته است. صاحب جواهر معتقد است که دلیل عامی که دال بر مشروعیت ضمان عین باشد، وجود ندارد و تمسک به «اوفوا بالعقود» نیز صحیح نیست. چرا که مفاد آیه شریفه عمل به مقتضای عقد است و مقتضای عقد ضمان، بر ضمان عین قابل تطبیق نبوده و مانع وجود دارد. ایشان «عدم امکان ناقل بودن ضمان عین»، «اجماع بر ذمه بودن مال در ذمه» و همچنین از «مصادیق ضمان مالیم یجب بودن ضمان عین» را موانعی می‌دانند که سبب عدم تطبیق عقد ضمان بر ضمان عین و در نتیجه عدم جواز تمسک به آیه شریفه گردیده است. ایشان کلام علامه حلی در تذکره را که علی رغم ناقل دانستن عقد ضمان، حکم به صحت ضمان عین کرده را متناقض می‌دانند (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام ۲۶: ۱۴۰). شاید با وجود این شبهات است که در برخی از عبارات فقهاء استدلال به عمومیت آیه شریفه تمسک به عام در شبهه مصادیق شمرده شده است (به نقل از سبزواری، سید عبد الاعلی، مهذب الاحکام ۲۰: ۲۸۳). محقق اصفهانی نیز تمسک به آیه شریفه را مشکل دانسته و لکن اشاره‌ای به دلیل آن ندارند (اصفهانی، محمد حسین، عروه الوثقی (المحشی) ۵: ۴۳۶).

استدلال به روایت «الزعیم غارم» نیز در کلمات برخی از فقهاء مورد مناقشه قرار گرفته است. صاحب جواهر آن را از روایات اهل تسنن دانسته که نمی‌تواند حجت باشد. محقق اصفهانی

تمسک به روایت را مشکل‌تر از تمسک به آیه «او فوا بالعقود» دانسته که شاید وجهش عدم اعتبار سند باشد (اصفهان‌ای، محمد حسین، عروه الوثقی (المحشی) ۵: ۴۳۶).

در کتاب «بلغه الفقیه» علاوه بر اشکال سندی، ضعف دلالتی روایت را نیز مانع استناد می‌دانند. علامه بحر العلوم در استدلال بر مدعای خود معتقد است مشتقات ماده «گرامت» در جایی استعمال می‌شود که مکلف به سبب تسلطی که بر مال داشته، باعث اتلاف و یا تلف مال مضمون شده باشد. علاوه بر اینکه «غارم» مشتق بوده و حقیقت در متلبس به مبداء در زمان حال است، و لذا ضمان ذمه‌ی غیر، هنگامی محقق خواهد شد که مال در ذمه، دین باشد و نه عین. چرا که در فرض عین بودن مال، ضمان در آینده و بعد از تلف است و نه در زمان حال. به عبارتی دیگر گرچه عمومیت زعیم، شامل ضامن عین نیز می‌شود، و لکن ظهور محمول در غرم فعلی، مقدم بر ظهور موضوع می‌باشد. دلالت این حدیث از جهت دیگری نیز مورد خدشه است؛ چرا که احتمال دارد مراد از «زعیم»، کسی باشد که تعهد ابتدائی به مال می‌دهد، بدون اینکه مال، مسبوق به ذمه کسی باشد. سپس مدعی می‌شوند که ظاهر آیه شریفه «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (یوسف: ۷۲) نیز همین است (حلی، بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغه الفقیه ۲: ۳۴۰).

آیت الله حکیم نیز بعد از تضعیف سند و تکذیب دلالتی آن به سائر روایاتی که به آن اشاره ای نکردند، عدم صدق غرامت بر تعهد به رد عین در فرض بقاء آن را دلیلی بر عدم جواز تمسک می‌دانند (حکیم، محسن طباطبایی، مستمسک العروه الوثقی ۱۳: ۳۴۵). شاید مراد ایشان از تکذیب سائر روایات، روایتی است که عهده ضامن را از غرم بری می‌داند.^۱

در مقابل فقهای همچون میرزای قمی (میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات ۲: ۴۳۴)، محقق اردبیلی (مجمع الفائده و البرهان ۹: ۲۹۸)، سید یزدی (عروه الوثقی (المحشی) ۲: ۷۱۸) و سید محمد مجاهد (کتاب المناهل، طباطبائی، سید محمد مجاهد ۱۳۲) در مشروعیت عقد ضمان عین به عموماً مذکور تمسک جسته‌اند. برخی از متأخرین علاوه بر آیه شریفه، ادله عام دال بر تنفیذ معاملات را پذیرفته و معتقد به اطلاق

^۱ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِنَادُو عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ يَقْتِينٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عليه السلام جُعِلْتُ فِدَاكَ - قَوْلُ النَّاسِ الضَّامِنُ غَارِمٌ - قَالَ فَقَالَ لَيْسَ عَلَى الضَّامِنِ غُرْمٌ - الْغُرْمُ عَلَى مَنْ أَكَلَ الْمَالَ.

این دسته از ادله بوده که شامل همه اقسام ضمان خواهد شد (روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام ۲۰: ۱۶۶).

به نظر می‌رسد تمسک به عمومات صحیح بوده و شبهات مطرح شده، قابل دفع است. در بررسی اشکالات مطرح شده در مشروعیت اصل ضمان عین، سه مانع تمسک به آیه شریفه در کلام صاحب جواهر (عدم امکان ناقل بودن ضمان عین، اجماع بر ذمه بودن مال در ذمه، ضمان مالیم یجب بودن) مورد بررسی قرار گرفته و پاسخ داده شد. شبهه مصداقیه بودن تمسک مزبور نیز صحیح نیست. چرا که عقد ضمان بودن از نگاه عرف، محرز است (سبزواری، سید عبدالاعلی، مذهب الاحکام ۲۰: ۲۸۳).

ادعاهای مطرح شده در «بلغه الفقیه» مبنی بر عدم جواز تمسک به «الزعیم غارم» نیز محل تأمل است. عدم استعمال «غرم» در فرض بقاء عین، گرچه غالبی بوده و لکن به معنای عدم استعمال در فرض بقاء عین نیست و لذا در برخی از اخبار نیز در فرض بقاء عین، اطلاق «غرم» شده است^۱. به نظر می‌رسد غارم بودن، کنایه از مسؤول بودن ضامن و تدارک خسارت مالی باشد که از تحت سلطه مالککش خارج شده که در فرض بقاء عین، خود عین و در فرض تلف، بدل آن می‌باشد. در کتب لغت نیز از این جهت عام بوده و به معنای «اداء چیزی که به سبب تعهد لازم می‌گردد» تعریف شده است (خلیل بن احمد، کتابالعین ۴: ۴۱۸ - جزری، ابن اثیر، النهایه ۳: ۳۶۳). اعتبار تلبس به مبداء در مشتق، مانعی دیگری در کلام ایشان در استدلال به حدیث شریف است که این نیز قابل تأمل است. علاوه بر اختلافی بودن این مسأله و اعتقاد برخی از متقدمین به وضع مشتق در اعم، با توجه به معنای کنائی غارم، ضامن قبل از تلف هم مسؤول است. به عبارت دیگر به سبب عقدی که منعقد شده، ضامن عهده خود را در قبال عین، مسؤول دیده، گرچه تلفی رخ نداده باشد. در ضمان مال جعاله قبل از عمل و ضمان مال در مسابقه تیراندازی، علی‌رغم اینکه عامل، عملش را انجام نداده و مسابقه برگزار نشده، اما فقهای بسیاری همچون شیخ طوسی (الخلاف ۳: ۳۱۷)، طبرسی (المؤلف ۱: ۵۸) علامه حلی (المختلف ۵: ۴۶۰)، صیمری (غایه المرام ۲: ۲۰۱) در مشروعیت این عقد به «الزعیم غارم» تمسک کرده‌اند. علاوه بر اینکه صاحب مناهل (حائری، سید محمد مجاهد، کتاب مناهل

۱. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ صَالِحِ بْنِ السَّنْدِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ بَشِيرٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْعَلَاءِ عَنْ أَبِي عُمَرَ السَّرَّاجِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي الرَّجُلِ يُوجَدُ عِنْدَهُ السَّرِقَةُ قَالَ هُوَ غَارِمٌ إِذَا لَمْ يَأْتِ عَلَى بَانِعِهَا بِشُهُودٍ. الكافي (ط - الإسلامية)؛ ج ۵، ص: ۲۲۹

۱۳۳) و صاحب عروه عروه الوثقی (المحشی) ۲: ۷۱۸ در خصوص عقد ضمان عین نیز به روایت مزبور تمسک جسته‌اند. و اما احتمال انحصار اطلاق زعیم بر کسی که تعهد ابتدائی بدهد، بدون اینکه مال مسبوق به ذمه باشد، سومین مانعی است که در کلام ایشان، مانع تمسک به حدیث شده و لکن صرف ادعاء بوده که دلیلی بر انحصار یافت نشد. خود ایشان نیز به به معنای مذکور جزم نداشته و به صورت احتمالی معنای فوق را ارائه فرمودند.

تعارض «الزعیم غارم» با «لیس علی الضامن، الغرم» به عنوان مانع دیگری برای تمسک به حدیث مذکور نیز باطل است. مراد از روایت حسین بن خالد از عدم ضمانت ضامن، حق رجوع ضامن به مضمون عنه است. بنابراین خسارت و ضمانت در نهایت به مضمون عنه و کسی که مال را تلف کرده و یا غصب کرده خواهد رسید که در روایت از آن تعبیر به «من اکل المال» شده است و این معنی از روایت در تعارض با نبوی «الزعیم غارم» نخواهد بود (حلی، علامه، حسن بن یوسف، تذکره

الفقهاء ۱۴: ۳۸۵ - بحرانی، یوسف، الحدائق ۲۱: ۲۲-جنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، ۶: ۹۸).

اشکال سندی به روایت مذکور گرچه صحیح بوده و لکن باید توجه نمود که روایت مذکور مورد استناد مسائلی زیادی در فقه همچون «مشروعیت عقد ضمان» (حلی، علامه، حسن بن یوسف تحریر الاحکام ۲: ۵۵۷)، «ضمان مال جعاله» (طوسی، شیخ الطائفه، محمد، خلاف ۳: ۳۱۷)، «ضمان مال مسابقه» (همان)، «ضمان جنایت عبد» (همان)، «ضمان ثمن در مدت خیار» (طوسی، شیخ الطائفه، محمد، خلاف ۳: ۳۱۸)، «ضمان تبرعی» (حلی، علامه، حسن بن یوسف، مختلف ۵: ۴۵۹)، «اعتبار زمان در ضمان» (همان)، و موارد بسیار دیگری که حاکی از اعتماد فقهاء به مدلول روایت بوده، که گرچه حجت شرعی نخواهد بود و لکن می‌تواند تأییدی بر مدعی باشد.

بنابراین با اثبات تمسک به عموماً، ادعای فقهای همچون محقق اردبیلی مبنی بر خلاف اصل بودن ضمان و اکتفاء به قدر متیقن (اردبیلی، محقق، احمد بن محمد، مجمع الفائدة ۹: ۲۹۴)، مورد پذیرش نمی‌باشد.

ضمان عین به معنای تعهد فعلی

بنا بر آنچه گذشت می‌توان گفت که ضمان عین نیز همچون ضمان دین از مصادیق ضمان مشروع بوده که در کلمات فقهاء از آن تعبیر به ضمان مصطلح شده است که در آن عهده و یا ذمه ضامن اشتغال پیدا می‌کند. برخی از فقهاء ضمان عین به معنای مذکور را پذیرفته و آن را به گونه ای

دیگر معنی کرده اند. محقق خوئی ضمان عین را به معنای تعهد فعلی، بدون اشتغال ذمه و یا عهده ضامن دانسته و در نتیجه خود عین را در فرض بقاء و بدل آن را در فرض تلف به مضمون له برگرداند. ایشان این معنی از ضمان را مشروع و رایج می‌دانند (خوئی، ابوالقاسم، عروه الوثقی (محشی) ۵: ۴۳۶). شهید صدر نیز صرف تعهد به اداء را معنای موافق با ارتکاز عقلائی دانسته و معنای آن را تعهد به اداء قیمت در ظرف تلف می‌دانند (صدر، شهید، محمد باقر، البنك اللاریوی (۲۴۱).

شبهه‌ای که در برخی از کلمات نسبت به این نوع از ضمان عین وجود دارد این است که تعهد فعلی به رد عین، بدون اینکه مضمون له، مالک ذمه‌ی ضامن شود، وعده خواهد بود و نه عقد. آنچه در خارج واقع می‌شود این است که ضامن ملتزم به رد مال می‌شود بدون اینکه ذمه او مشغول شود. مانند اینکه ضامن به مضمون له بگوید که «مال تو را برمیگردانم» که صرف وعده بوده و عقد و وضعی محقق نشده تا بتوان به آیه شریفه تمسک جست (حکیم، محسن طباطبایی، مستمسک العروه الوثقی ۱۳: ۳۴۵).

و لکن در دفع این شبهه می‌توان گفت همانگونه که به اقرار آیت الله حکیم ضمان مصطلح عقد شمرده می‌شود، صرف تعهد فعلی نیز اینگونه است. بر عهده بودن و یا نبودن نمی‌تواند فارق بین عقد و وعده باشد.

در تعهد فعلی نیز دو انشاء ایجاب و قبول در ظرف اعتبار به هم گره خورده که آثار حقوقی نیز بر آن مترتب می‌شود. لذا مانعی برای تمسک به آیه شریفه وجود ندارد.

و لکن نکته‌ای که نباید از آن غافل بود این است که با تمسک به آیه شریفه احکام مشترک عقود مترتب می‌شود و احکام خاص ضمان را نمی‌توان جاری کرد.

لازم به ذکر است که امکان تمسک به عمومات دیگری همچون «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، الاستبصار ۳: ۲۳۲)، «تجاره عن تراض» (نساء ۲۹) می‌باشد و لکن مبتنی بر اثبات مسائلی بوده - همچون اثبات اطلاق شرط بر تعهد ابتدائی - که سبب مبسوط شدن مباحث مذکور شده و لذا از آنها صرف نظر شده است.

جمع بندی

با توجه به مطالب ذکر شده می‌توان گفت که ضمان عقدی به معنای یک نوع تعهد مالی مورد پذیرش شرع است. روایات ضمان عقدی، گرچه شامل ضمان عین مضمون نمی‌شود و لکن

انحصار نیز فهمیده نمی‌شود. و لذا مانعی در طریق مشروعیت ایجاد نخواهد کرد و با تمسک به عمومات می‌توان آن را مشروع دانست، همانطور که مشهور فقهاء حکم به صحت ضمان مذکور کرده‌اند. التزام به اداء عین مفاد قاعده «ید» نیز می‌باشد. چرا که به قرینه «علی» در قاعده مذکور، عین بر عهده آمده و غایت آن اداء عین دانسته شده است. بنابراین در اصل مشروعیت عین تردیدی نمی‌ماند. و لکن در تحلیل مفاد ضمان عین اختلاف بود که به سه نظریه عمده رجوع می‌کند:

الف: مفاد عقد ضمان عین، نقل بوده و التزام به رد عین و یا بدل آن از عهده مضمون عنه به عهده ضامن نقل داده می‌شود.

ب: مفاد عقد ضمان ضم بوده و لذا التزام به رد عین و یا بدل آن بر عهده مضمون عنه و ضامن خواهد بود و مضمون له می‌تواند به هر دو رجوع کند.

ج: مفاد عقد ضمان صرف تعهد فعلی بوده که در ظرف تلف، متعهد به اداء مال خواهد بود. تحلیل اول از حیث اثبات، محتاج اقامه دلیل شرعی است که وجود ندارد و تحلیل سوم نیز گرچه مشروعیت خود را با تمسک به عمومات به دست می‌آورد و لکن احکام خاص ضمان مترتب نمی‌شود. لذا طبق تصریح برخی از بزرگان همچون علامه حلی و ظاهر کلام برخی از فقهای دیگر، مشروعیت ضمان عین را همراه با ضم ذمه خواهیم پذیرفت.

اشتراط الاجتهاد فى الحاكم الاسلامى عند اهل السنة

استاد ارزياب: استاد صدر حسينى

المحقق:

مرتضى الرادمهر^١

ملخص

الحاكم يكون مشروعاً عند علماء اهل السنة اذا كان له عدة شرايط . من جملتها عند اكثرهم الاجتهاد و هو بمعناه المصطلح شرط عند بعضهم و ليس بشرط عند الآخر و ان كان مستحباً عند بعض القائلين بعدم اشتراطه . لكن دليل اشتراطه عند من يشترطه من علماءهم ينحصر فى خمس:

١- آية «زَادَهُ بَسْطَةً فِي الْعِلْمِ وَالْجِسْمِ» (بقره، ٢٧٤)؛ ٢- نقض ما هو الهم او المهم من اغراض الإمامة الاسلامية مع فقده و هو حفظ العقائد، فصل الحكومات ورفع المخاصمات على اساس حكم الله؛ ٣- الاستقلال فى الحكم و الفتوى؛ ٤- قياس الاولويه بمعنى ان الاجتهاد شرط فى القاضى الذى ينصب من قبل الحاكم ففى نفس الحاكم شرط بطريق اولى؛ ٥- الاجماع على اشتراط الاجتهاد فى الحاكم . لكن رده بعضهم . قد دون هذا المقال بطريق التفحص و الاستقراء فى كلمات علماء اهل السنة .

^١ . المحقق فى الفقه السياسى فى مؤسسة العلوم و الفقه الاسلامى .

المصطلحات الاساسية: شرط الامامة، شروط الامامة، شرط الولاية، شروط الولاية، اهل

الامامة، اجتهاد، مجتهد.

تمهيد

مشروعيه الحاكميه تكون من اهمّ المسائل السياسيه للدول الاسلاميه و لها شروط عند الطوائف المختلفه من التشيع و التسنن. قد نقل اشتراط الاجتهاد في الحاكم الاسلامي عند اهل السنة حتى قيل انهم مجمعون على ذلك. نحن في هذا المقال بصدد التحقيق في صحة هذا الانتساب و في ادله القائلين بالاشتراط عند اهل السنة. ضرورة هذا التحقيق انه لا ينبغي البحث عن اشتراط الاجتهاد في الحاكم الاسلامي مع عدم احصاء النظرات و الادله فيه من كلمات علماء الشيعة و السنّي مع أنّه قد يوجد في بعض كلمات اهل السنة دلالات و قرائن قد يفيد في استنباط الحكم الشرعي الواقعي. قد دون هذا المقال بطريق التفحص و الاستقراء في كلمات علماء اهل السنة.

بيان معنى الاجتهاد عند اهل السنة^١

قد عرّف بانه «المعرفة بما يتعلق بالاحكام من الكتاب و السنه خاصه و عامه، مجمله و مبينه، ناسخه و منسوخه، متواتر السنه و غيره، متصلها و مرسلها و مع المعرفه بحال الرواة قوّه و ضعفاً و بلسان العرب لغةً و نحواً و باقوال العلماء من الصحابه و من بعدهم اجماعاً و اختلافاً و بالقياس بانواعه»^٢. لكن هذا التعريف يختص بالاجتهاد في الاحكام و هنا تعريف آخر يكون اعمّ من ذلك و هو: «مجموعة من العلم بمسائل الخلاف و القدرة على ابطال شبهة المخالفين و اقامة الدلالة على المذهب و المعرفه بادلة الشرع ناسخه و منسوخه و متشابهه و مجمله و مفسره و مطلقه و مقيده و السنه متواترها و آحادها و مرسلها و مسندها و الإجماع و القياس و الاستدلال و استصحاب الحال»^٣.

^١ . المراد من اهل السنة علماءهم قط.

^٢ . مُجْتَهَدٌ وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ، وَخَاصَّةً وَعَامَةً، وَمُجْمَلَةً وَمُبَيَّنَةً، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ، وَمُتَوَاتِرَ السُّنَّةِ وَغَيْرَهُ، وَالْمُتَّصِلَ وَالْمُرْتَسِلَ، وَحَالَ الزُّوَادِ قُوَّةً وَضَعْفًا، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا، وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إِجْمَاعًا وَخْتِلَافًا وَقِيَاسًا، بِأَنْوَاعِهِ (معنى المحتاج، ج ٦، ص ٢٦٣).

^٣ . التذكرة في الفقه لابن عقيل

حد الاجتهاد أن يكون عالماً بمسائل الخلاف، قادراً على ابطال شبهة المخالفين، وإقامة الدلالة على مذهبه، ويعرف أدلة الشرع {٩٦/ ب} ناسخه ومنسوخه، ومتشابهه، ومجمله، ومفسره، ومطلقه، ومقيده، والسنه متواترها، وآحادها، ومرسلها، ومسندها، والإجماع، والقياس، والاستدلال، واستصحاب الحال، (ص ٣٥٥).

بيان الاقوال فى اشتراط الاجتهاد عندهم

١. الاجتهاد شرط

المراد من اشتراط الاجتهاد فى هذا المقال انه لا يجوز حكومة غير المجتهد اذا وجد مجتهد للحكومة و لم يتصد احد للحكومة بالغلبة. فليس المراد من اشتراط الاجتهاد انه شرط مطلقا حتى اذا لم يوجد مجتهد او حتى اذا تصدى شخص لهذا المنصب بالغلبة. اما من جملة القائلين باشتراط الاجتهاد:

- الاحكام السلطانية (للمواردى / ٣٦٤-٤٥٠ ق)؛
- غياث الامم فى التياث الظلم (للجوينى / ٤١٩-٤٧٨)؛^٢
- روضة الطالبين و عمدة المفتين^٣ / المجموع شرح المذهب^٤ (للنووى / المتوفى: ٦٧٦هـ)؛
- المبدع شرح المقنع (المتوفى : ٨٨٤هـ) بالنقل من الرعايه^٥؛
- جواهر الدرر فى حل الفاظ المختصر (المتوفى: ٩٤٢هـ)؛^٦
- هل القرشييه شرط فى الامامة^٧؛

^١ . وَالثَّانِي: الْعِلْمُ الْمُؤَدِّي إِلَى الْإِجْتِهَادِ فِي التَّوَازِلِ وَالْأَحْكَامِ (ص١٩)

^٢ . فَأَمَّا الْقَوْلُ فِي فَقْدِ رِثَةِ الْإِجْتِهَادِ فَقَدْ مَضَى أَنْ اسْتِجْمَاعُ صِفَاتِ الْمُجْتَهِدِينَ شَرْطُ الْإِمَامَةِ فَلَوْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَتَّصِدُ لِلْإِمَامَةِ فِي الدِّينِ وَلَكِنْ صَادَفْنَا شَهْمًا ذَا نَجْدَةٍ وَكِفَايَةٍ وَاسْتِقْلَالَ بَعْضَ الْأُمُورِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَصَفَ الْكِفَايَةَ فَيَتَعَيَّنُ نَصْبُهُ فِي أُمُورِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا وَيَنْفِذُ أَحْكَامَهُ كَمَا يَنْفِذُ الْأَمَامُ الْمَوْصُوفُ بِخِلَالِ الْكَمَالِ الْمَرْعَةِ فِي مَنْصَبِ الْأَمَامِ وَائْتِمَانِ الدِّينِ وَرَاءَ إِرْشَادِهِ وَتَسْدِيدِهِ وَتَبَيَّنَ مَا يَشْكَلُ فِي الْوَاقِعَاتِ مِنْ أَحْكَامِ الشَّرْعِ وَالْعِلْمِ وَأَنَّ كَانَ شَرْطُهُ فِي مَنْصَبِ الْإِمَامَةِ مَعْقُولًا وَلَكِنْ إِذَا لَمْ يَجِدْ عَالِمًا فَجَمَعَ النَّاسُ عَلَى كَافٍ وَيَسْتَفْتِي فِيهَا يَسْنَحُ وَيَعْنُ لَهُ مِنَ الْمَشْكَلَاتِ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهِمْ سُدَى مَتَهَاوِينَ عَلَى الْوَرُطَاتِ مَتَعَرِّضِينَ لِلتَّغَالِبِ وَالتَّوَابُثِ وَضُرُوبِ الْإِفَاتِ (ص٢٢٧).

^٣ . الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي شُرُوطِ الْإِمَامَةِ وَهِيَ كَوْنُهُ مَكْلَفًا مُسْلِمًا عَدْلًا حُرًّا ذَكَرًا عَالِمًا مُجْتَهِدًا شَجَاعًا ذَا رَأْيٍ وَكِفَايَةً سَمِيعًا بَعِيدًا نَاطِقًا قَرَشِيًّا. (ج٣، ص٤٣٣)

^٤ . فَإِذَا ثَبِتَ هَذَا فَمَنْ شُرُوطِ الْإِمَامَةِ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا بَالِغًا عَاقِلًا مُسْلِمًا عَدْلًا عَالِمًا مِنَ الْفِقْهِ مَا يَخْرُجُهُ عَنِ أَنْ يَكُونَ مَقْلَدًا، لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطُ هِيَ الَّتِي تَعْتَبَرُ فِي حَقِّ الْقَاضِي فَلَا تَعْتَبَرُ فِي حَقِّ الْإِمَامِ أَوْلَى (ج١٩، ص١٩٢).

^٥ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ»: لِاتِّصَاحِ الْإِمَامَةِ الْعَظِيمِ إِلَّا لِمُسْلِمٍ حُرٍّ ذَكَرٍ مَكْلَفٍ عَدْلٍ مُجْتَهِدٍ شَجَاعٍ مَطَّاعٍ، ذِي رَأْيٍ سَمِيعٍ بَصِيرٍ نَاطِقٍ قَرَشِيٍّ (ج١٠، ص١١٨)

^٦ . مُجْتَهِدٌ إِنْ وَجَدَ، فَلَا نَصْحَ وَلَا يَةً مَقْلَدٌ حِينَنْذِي، وَإِلَّا بَانَ لَمْ يَوْجِدْ مُجْتَهِدًا فَمَثَلٌ مَقْلَدٌ، لَمْ يَفْقَهُ نَفِيسٌ، وَقُوَّةٌ عَلَى التَّرْجِيحِ بَيْنَ أَقَاوِيلِ أَهْلِ مَذْهَبِهِ، وَالْعِلْمُ بِمَا هُوَ أَحْرَى عَلَى قَوَاعِدِهِ مِنْهَا، مِمَّا لَيْسَ كَذَلِكَ. (ج٧، ص١٨٥)

^٧ . شُرُوطُ الْوَلَايَةِ وَهِيَ: الْإِسْلَامُ وَالْبَلُوغُ وَالْعَقْلُ وَالْحُرِّيَّةُ وَأَنَّ يَكُونَ ذَكَرًا وَالْعِلْمُ وَالْإِجْتِهَادُ مَعَ وُجُودِ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ، وَالْعَدَالَةُ وَالْكَفَايَةُ النَّفْسِيَّةُ وَالْكَفَايَةُ الْجَسْمِيَّةُ وَعَدَمُ الْحَرَصِ عَلَى الْإِمَامَةِ إِلَى بَاقِي الشُّرُوطِ (ص٢٥)

- بلغه السالك؛^۱
- لوامع الدرر فى هتك اسرار المختصر؛^۲
- موجز دائره المعارف الاسلاميه؛^۳
- كشاف اصطلاحات العلوم و الفنون؛^۴
- الخلافة؛^۵

هذا بعض من هو قائل باشتراط الاجتهاد عند اهل السنة و عددهم كثير بحيث قد اسند الموسوعة الفقهية الكويتية هذا القول الى المالكية و الشافعية و الحنابلة؛^۶

۲. الاجتهاد ليس بشرط

بعض العلماء السننى يقولون بعدم اشتراط الاجتهاد فى الحاكم الاسلامى. منهم من صرح بذلك و منهم من اشار اليه بعدم ذكر هذا الشرط فى زمرة شروط الحاكم الاسلامى.

المصّرّحون:

منهم من يقول باستحبابه (بلفظ الاستحباب او بلفظ الاولوية):

- الموسوعة الفقهية الكويتية (بالنقل من الحنفية)^۷؛
 - موسوعة الاجماع فى الفقه الاسلامى (بالنقل من ابن حزم و من اكثر الحنفية)^۸.
- منهم من لا يقول باستحبابه لكن يقول باشتراط العلم (غير الاجتهادى) بدله:

۱. و شروط الإمامة ثلاثة: كونه مستجمعاً لشروط الفتيا، و كونه قرشياً، و كونه ذا نجدة و كفاية فى المعضلات و نزول الدواهي و الملمات (اه). (ج. ۴، ص ۲۲۰)

۲. أما أهل الإمامة فالشروط المعتبرة فيهم سبعة: أحدها: العدالة على شروطها الجامعة. والثاني: المعلم الودى إلى الاجتهاد فى النوازل والأحكام (ج ۱۲، ص ۱۵)

۳. شروط الإمامة: ۲ - العلم المؤدى إلى الاجتهاد فى النوازل والأحكام (ج ۴، ص ۱۱۶۸).

۴. فى شروط الإمامة الجمهور على أنّ أهل الإمامة ومستحقها من هو مجتهد فى الأصول والفروع شجاع ذو رأى. وقيل لا تشترط هذه الصفات الثلاث. نعم يجب أن يكون عدلاً عاقلاً بالغاً ذكراً حراً، فهذه الشروط الخمسة بل الثمانية معتبرة بالإجماع، إذ القول بعدم اشتراط الثلاث الأول مما لا يلتفت إليه، وهاهنا صفات أخر فى اشتراطها خلاف (ج ۱، ص ۲۶۰)

۵. وأما أهل الإمامة فالشروط المُعتَبَرة فيهم سبعة (أحدها) العَدَالَةُ على شُرُوطها الجامعة (والتَّائِبِي) العَلْمُ المُؤَدِّي إِلَى الاجْتِهَادِ فى التَّوَازِلِ والأحكام (ص ۲۶)

۶. ذَهَبَ المَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ إِلَى أَنَّ العَدَالَةَ وَالاجْتِهَادَ شَرُوطَا صِحَّةِ (ج ۶، ص ۲۱۹).

۷. أَمَّا المُخْتَلَفُ فِيهِ مِنَ الشُّرُوطِ فَهِيَ: أ - العَدَالَةُ وَالاجْتِهَادُ. ذَهَبَ المَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ إِلَى أَنَّ العَدَالَةَ وَالاجْتِهَادَ شَرُوطَا صِحَّةِ، فَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ القَاسِمِيِّ أَوْ المُقَلِّدِ إِلاَّ عِنْدَ قَدْرِ العَدْلِ وَالْمُجْتَهِدِ. وَذَهَبَ الحَنَفِيَّةُ إِلَى أَنَّهُمَا شَرُوطَا أَوَّلِيَّةٍ، فَيَصِحُّ تَقْلِيدُ القَاسِمِيِّ وَالْعَامَمِيِّ، وَلَوْ عِنْدَ وُجُودِ العَدْلِ وَالْمُجْتَهِدِ. (ج ۶، ص ۲۱۹)

۸. واعتبر ابن حزم هذا الشرط [الاجتهاد] من الشروط المستحبة لا الواجبة، وإلى هذا القول ذهب أكثر الحنفية (ج ۵، ص ۱۱۳) بالنقل من الفصل فى الملل والأهواء والنحل (۴/ ۱۲۹)، حواشي الشرواني (۹/ ۷۵) وحاشية ابن عابدين (۱/ ۵۴۸).

- اختصار المفاهمه؛^١
- السياسة الشرعية- جامعة المدينة (بالنقل من الكمال بن الهمام وهو من ائمة الحنفية)^٢.
- منهم من لا يقول باستحبابه لكن يقول باشتراط تقوى الحاكم فى الرجوع الى المفتى والمجتهد فى الامور:
- موسوعة الاجماع فى الفقه الاسلامى بالنقل من الشهرستاني بالنقل من بعض العلماء^٣؛
- موسوعة الاجماع فى الفقه الاسلامى بالنقل من الغزالي^٤.

المُشَبِّرون:

- التحصيل فى اصول الدين^٥؛
- تكمله حاشيه رد المحتار (بالنقل من العلامة البيهقي)^٦؛
- حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير^٧.

١ - شرح الشروط وبيان نواقضها أما الشرط الأول - وهو الاجتهاد: فنحن لا نشترطه، ولكن نشترط بدلا عنه مطلق العلم؛ إذ به صلاح الأحوال وقيام الأمور، وسير الزمان، فإن أكثر الناس حاجة للتفقه؛ أكثرهم عيالا وأتباعا، وحشما وأصحابا، والخلق مستمدون من السلطان ما له من الخلاق السنية، والطرائق العلية، مفتقرون إليه فى الأحكام، وقطع التشاجر وفصل الخصامفهو أحوح خلق الله إلى معرفة العلوم، وشخص بلا علم كبلد بلا أهل، ومن أحوح الناس إلى مجالسة العلماء وصحة الفقهاء، ودراسة كتب العلم والحكم، ومطالعة دواوين العلماء ومجاميع الفقهاء من السلطان؛ لما أنه قد نصب نفسه لممارسة أخلاق الناس، وفصل خصوماتهم، وتعاطي حكوماتهم، وكل ذلك يحتاج إلى علم بارع، ونظر ثاقب، وبصيرة بالعلم قوية، ودراسة طويلة.

فكيف يكون حاله إذا لم يعد لهذه الأمور عدتها، ولم يقدم لها أهبتها، وقد قال بعض الحكماء: "كل عز لا يوطده علم؛ مذلة، وكل علم لا يؤكد عقل؛ مضلة". (ص ٢-٣)

٢ . وإن كان بعض علماء الأحناف - مثل الكمال بن الهمام، وهو من أئمة الحنفية - عدّ العلم، يعنى جعل العلم شرطاً من الشروط الواجبة فى الإمامة العظمى، لكنه لم يُردّ به علم المجتهد (ص ٤٩٢).

٣ . قال الشهرستاني: "ومالت جماعة من أهل السنة إلى ذلك، حتى جوزوا أن يكون الإمام غير مجتهد، ولا خبير بمواقع الاجتهاد، ولكن يجب أن يكون معه من أهل الاجتهاد، فيراجعه فى الأحكام، ويستفتي منه فى الحلال والحرام" (ج ٥، ص ١١٣ بالنقل من الملل والنحل للشهرستاني ١ / ١٦٠).

٤ . وقال الغزالي: "وليس رتبة الاجتهاد مما لا بد منه فى الإمامة ضرورة، بل الورع الداعي إلى مراجعة أهل العلم فيه كاف، فإذا كان المقصود ترتيب الإمامة على وفق الشرع، فأى فرق بين أن يعرف حكم الشرع بنظره، أو يعرفه باتباع أفضل أهل زمانه؟! ! " (ج ٥، ص ١١٣ بالنقل من فضائح الباطنية، لأبي حامد الغزالي، تحقيق: عبد الرحمن بدوي، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، طبعة ١٣٨٣ هـ (ص ١٩٢).

٥ . شرط الإمامة البلوغ والعقل والإسلام والحرية والذكورة والعدالة. وزاد الجمهور الشجاعة والاجتهاد فى الأصول وإصابة الرأي وكونه قرشياً (ص ١٨)

٦ . وذكر العلامة البيهقي فى أوامر شرحه على الاشباه أن من شروط الامامة: أن يكون عدلا بالغاً أميناً ورعاً ذكراً موثقاً به فى الدماء والفروج والاموال، زاهدا متواضعا مسايسا فى موضع السياسة. (ج ١، ص ١٦)

٧ . سُروطُ الإمامِ الحُرِّيَّةِ، وَالْعَدَالَةُ، وَالْقَطَانَةُ وَكَوْنُهُ قُرَيْشِيًّا وَكَوْنُهُ ذَا نَجْدَةٍ وَكَمَايَةِ فِي الْمُغْضَلَاتِ (ج ١٨، ص ٢٧٨)

نکته

دلیل بعضهم على عدم اشتراط الاجتهاد فى الحاكم الاسلامى هو اما عدم امكان الجمع عملا بين وجود سائر الشروط و بين الاجتهاد خصوصا فى القرون الاخيرة و ثانيا عدم الحاجة الى الاجتهاد مع امكان الرجوع فى المسائل الى المجتهد و المفتى^١.

الادلة المذكورة للاشتراط

قد ذكر الفقهاء السننى لاشتراط الاجتهاد عللا متعددة قد احصيناها فى خمس:

١. الكتاب

قال بعضهم ان احدى ادله اشتراط الاجتهاد فى الحاكم هو آيه «وَقَالَ لَهُمْ نَبِيُّهُمْ إِنَّ اللَّهَ قَدْ بَعَثَ لَكُمْ طَالُوتَ مَلِكًا قَالُوا أَتَىٰ يَكُونُ لَهُ الْمُلْكُ عَلَيْنَا وَنَحْنُ أَحَقُّ بِالْمُلْكِ مِنْهُ وَلَمْ يُؤْتَ سَعَةً مِنَ الْمَالِ قَالَ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَاهُ عَلَيْكُمْ وَزَادَهُ بَسْطَةً فِي الْعِلْمِ وَالْجِسْمِ» (بقره، آيه ٢٤٧). وجه الدلالة ان الله تعالى اختار الطالوت ملكا بشرطين، العلم و الجسم. و المراد من العلم هو الاجتهاد^٢.
لكن قد انكر بعضهم وجود دليل نقلى على هذا الشرط و قال لم يرد نص فى واحد من شروط الامامة الا فى القرشيّة^٣. يمكن الجمع بين هذين الكلامين بانه لم يرد نص (كلام صريح) فى اشتراط الاجتهاد لكن يمكن استنباطه من بعض الظواهر المنقولة مثل الآية المزبورة.

^١ . واستدلوا بما يلي : ١ - تعذر حصول هذا الشرط مع بقية الشروط فى شخص واحد، خصوصا فى هذه الأزمان، حيث ضعف الوازع الدينى عند الناس، وضعت همهم عن طلب العلم وبلوغ مرتبة الاجتهاد فيه . ٢ - أنه طالما كان المقصود من تصريف الأمور أن يكون على وفق ما يقضى به الشرع الإسلامى، فإنه من الممكن حصول ذلك بالاستعانة بالعلماء المجتهدين، واستفتائهم فى كل أمر يحتاج فيه إليهم (موسوعة الاجماع فى الفقه الاسلامى، ج ٥، ص ١١٣) / وأما الذين ذهبوا إلى عدم وجوب هذا الشرط - وهم الأحناف كما قلنا- فقد بنوا رأيهم على أن اجتماع هذا الشرط مع غيره من الشروط المطلوبة فى واحد أمر نادر، ويمكنه أن يفوز غيره من المجتهدين فى الحكم فى الأمور التى تستدعي الاجتهاد، أو يحكم بعد أن يستفتى العلماء (السياسة الشرعية- جامعة المدينة، ص ٤٩٦).

^٢ . مستند الإجماع [على اشتراط الاجتهاد فى الحاكم الاسلامى]: ويستدل على ذلك بالكتاب، والآثار، والمعقول:
أولاً: الكتاب: قول الله -تعالى-: «وَقَالَ لَهُمْ نَبِيُّهُمْ إِنَّ اللَّهَ قَدْ بَعَثَ لَكُمْ طَالُوتَ مَلِكًا قَالُوا أَتَىٰ يَكُونُ لَهُ الْمُلْكُ عَلَيْنَا وَنَحْنُ أَحَقُّ بِالْمُلْكِ مِنْهُ وَلَمْ يُؤْتَ سَعَةً مِنَ الْمَالِ قَالَ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَاهُ عَلَيْكُمْ وَزَادَهُ بَسْطَةً فِي الْعِلْمِ وَالْجِسْمِ» (بقره، آيه ٢٤٧).
قال ابن كثير: "أي: أتم علماً وقامة منكم، ومن هاهنا ينبغي أن يكون الملك ذا علم، وشكل حسن، وقوة شديدة فى بدنه ونفسه".
وجه الدلالة: أن الله -جل وعلا- اختار لهم طالوت ملكاً، واختيار الله هو الحجة القاطعة، ثم بين لهم وجهي الاصطفاء: الأول: أن الله زاده بسطة فى العلم، الذي هو ملاك الإنسان، ورأس الفضائل، وأعظم وجوه الترجيح. الثاني: وزاده بسطة فى الجسم، الذي يظهر به الأثر فى الحروب ونحوها (موسوعة الاجماع فى الفقه الاسلامى، ج ٥، ص ١١٠-١١١) .

^٣ . إن شروط الإمامة ليس فيها شروط نص عليها الشرع سوى شرط واحد وهو شرط القرشيّة، وما عدا هذا الشرط فقد اشترطه العلماء نظراً إلى الحاجة إليه، وتختلف وجهات النظر فى كون الحاجة ماسة أم لا، ولذلك جاء الاختلاف فى اشتراط بعض الشروط بين بعض أهل السنة وبعضهم الآخر. (السياسة الشرعية- جامعة المدينة، ص ٥٠٨)

٢. نقض ما هو الاهم من اغراض الامامة الاسلامية

قد استدلل بعضهم على اشتراط اجتهاد بان الحاكم اذا لم يكن مجتهدا لا يقدر على حل الشبهات الاعتقادية و لا يقدر ايضا ان يحكم بحكم الله فى المسائل الفرعية المختلفة الاجتماعية و ايضا لا يقدر على فصل الخصومات على اساس حكم الله. و هذا موجب لنقض ما هو الاهم من اغراض الامامة الاسلامية و هو حفظ العقائد وفصل الحكومات ورفع المخاصمات على اساس حكم الله. هذا ما صرح به كتاب المواقف^١ و حاشية الاحكام السلطانية للماوردى^٢ و السياسة الشرعية-جامعة المدينة^٣ حتى قال فى نهاية الارب (بالنقل من الحلیمی) بان الحاكم اذا لم يكن مجتهدا يكون وجوده و عدمه بمنزلة واحده^٤.

بعضهم يعللون لزوم الاجتهاد بما ذكر(من حل الشبهات و الحكم بما حكم الله به فى المسائل الفرعية و فصل الخصومات) و لا يصرحون بان تأدية هذه الامور هو الأهم من اغراض الامامة الاسلامية، لكن يستفاد من فحوى كلامهم أن تأديتها لازم لتحصيل غرض مهم من اغراض الامامة الاسلامية. يستفاد هذا من هذه الكتب:

١ . المقصد الثاني فى شروط الإمامة المتن الجمهور على أن أهل الإمامة مجتهد فى الأصول والفروع ليقوم بأمور الدين... الشرح المقصد الثاني فى شروط الإمامة الجمهور على أن أهل الإمامة ومستحقها من هو مجتهد فى الأصول والفروع ليقوم بأمور الدين متمكنا من إقامة الحجج وحل الشبه فى العقائد الدينية مستقلا بالفتوى فى النوازل والأحكام والوقائع نصا واستنباطا لأن أهم مقاصد الإمامة حفظ العقائد وفصل الحكومات ورفع المخاصمات ولن يتم ذلك بدون هذا الشرط (كتاب المواقف ج٣، ص ٥٨٥ و ص ٥٨٦-٥٨٧).

٢ . يستلزم أغلبية الفقهاء أن يكون الخليفة على درجة كبيرة من العلم، فلا يكفي أن يكون عالمًا، بل يجب أن يبلغ مرتبة الاجتهاد فى الأصول والفروع على السواء؛ لكي يكون قادرًا على تنفيذ شريعة الإسلام، ودفع الشبهات عن العقائد، وإعطاء فتاوى فى المسائل التي تقتضيها، وإصدار الأحكام استنادًا إلى النصوص أو إلى الاستنباط؛ لأن الغرض الأساسي للخلافة هو صيانة العقائد وحل المشاكل والفصل فى المنازعات. "فقه الخلافة وتطورها، ص ٩٢". الاحكام السلطانية للماوردى، ص ١٩.

٣ . الشرط السادس من الشروط الواجب توافرها فى الإمام الأعظم: هو الاجتهاد: نقول: جمهور العلماء على أن هذا الشرط لا بدّ توافره فيمن يرشّح للإمامة العظمى، الجمهور على أن أهل الإمامة ومستحقها من هو مجتهد فى الأصول والفروع؛ ليقوم بأمور الدين، متمكنا من إقامة الحجج وحل الشبه فى العقائد الدينية، مستقلا بالفتوى فى النوازل وأحكام الوقائع نصًا واستنباطًا؛ لأن أهم مقاصد الإمامة حفظ العقائد، وفصل الحكومات، ورفع المخاصمات، ولن يتم ذلك بدون هذا الشرط، وهو الاجتهاد(ص ٤٩٢).

٤ . قال الحلیمی: إذا أراد أهل الاجتهاد نصب إمام حين لا إمام لهم، فأول شرائطه أن يكون من قريش. والثانية أن يكون عالما بأحكام الدين من الصلاة وأخذ الصدقات ومصارفها والقضايا والجهاد بالمسلمين وقسم الغنائم والنظر فى حدود الله تعالى إذا رفعت إليه فيقيمها أو يدرأها وغير ذلك... وأما اشتراط العلم بأحكام الصلاة والزكاة والجهاد والقضاء والحدود والأموال التي يتولّاها الأئمة، فإنه لا يمكنه أن يقوم بحققها والواجب فيها إلا بعد العلم، لتكون معالم الدنيا قائمة، وأحكام الله تعالى بين عباده جارية. فإذا لم [يكن] [١] عنده من العلم ما يتوصل به إلى ما يحتاج الإمام إليه فوجوده وعدمه بمنزلة واحدة(ج ٦، ص ٢-١).

- حدائق الانوار و مطالع الاسرار فی سیره النبی المختار (محمد بن عمر بحرق الحضرمي الشافعي، ۸۶۹هـ - ۹۳۰هـ)؛^۱
- الحسام المسلول علی منتقصی اصحاب الرسول (محمد بن عمر بن مبارك الحميري الحضرمي الشافعي، الشهير بـ «بَحْرَق» المتوفى: ۹۳۰هـ)؛^۲
- مآثر الانافة فی معالم الخلافة بالنقل من الاصحاب الشافعي؛^۳
- الفقه علی المذاهب الاربعه؛^۴
- الفقه المنهجي علی مذهب الامام الشافعي؛^۵

۳. الاستقلال فی الحكم و الفتوى

بعض علماءهم يشترطون الاجتهاد للاستقلال فی مقام الحكم و الفتوى، حيث ان غير المجتهد لا يكون مستقلا فی الحكم و الفتوى بل لابد من رجوعه الى المجتهد. يستفاد هذا التعليل من هذه الكتب:

- اختصار المفاكهة بالنقل من الآمدى؛^۶
- مغنی المحتاج (فی الهامش)؛^۷

۱. فصل في شروط الإمامة وحدها الإمامة أنها رئاسة عامة في أمور الدين والدنيا لشخص بشروط؛ وهي عشرة: الأول... التاسع: أن يكون / عالما مجتهدا في أصول الدين وفروعه، ولغة العرب وأعرابها، مشتغلا بالفتوى في الحوادث، لأن الجاهل أو القاصر عن رتبة الاجتهاد لا يتمكن من حفظ العقائد، وحل الشبه، وإقامة الحجج والبراهين، ولا من فصل الخصومات عند النزاع (ص ۴۰۰).

۲. شروط الإمامة الثاني: يجب أن يكون الإمام... (مجتهدا) في الأصول والفروع ليقوم بأمر الدين، (ص ۵۴)

۳. الفصل الثاني في شروط الإمامة وقد اعتبر أصحابنا الشافعية رضي الله عنهم (۱۰ ب) لصحة عقدها أربعة عشر شرطا في الإمام... الثاني عشر العلم المؤدى إلى الاجتهاد في التوازل والأحكام فلا تتعبد إمامة غير العالم بذلك لأنه محتاج لأن يصرف الأمور على النهج القويم ويجريها على الصراط المستقيم ولأن يعلم الحدود ويستوفى الحقوق ويفصل (۱۲ أ) الخصومات بين الناس وإذا لم يكن عالما مجتهدا لم يقدر على ذلك (ج ۱، ص ۳۱ و ۳۷).

۴. وانتقوا: على أن الإمام يشترط فيه: أولا... سابعا - أن يكون: عالما مجتهدا ليعرف الأحكام ويتفقه في الدين فيعلم الناس ولا يحتاج إلى استفتاء غيره (ج ۵، ص ۱۹۷)

۵. خامساً: أن يكون لديه من العلم بأحكام الدين وأدلتها ما يجعله ذا بصيرة نافذة تمكنه من الاجتهاد فيها عندما تقتضي الحاجة. إذ في الشريعة الإسلامية مسائل كثيرة، لا يجوز أن يبت في أحكامها - بعد رسول الله - ﷺ إلا إمام المسلمين، وإنما يبت فيها اجتهاداً ونظراً إلى ما تقتضيه مصالح المسلمين. (ج ۸، ص ۲۶۵)

۶. اعلم - أولا - أن الأمور التي إذا حصلها الرجل جازت توليته شرعا، وتعينت مبايعته طبعاً؛ كثيرة، لكن المتفق على اشتراطها في الملك - كما قال الآمدي، ونقله الآبي في شرح مسلم - ثمانية: الأول: أن يكون مجتهدا في الأحكام الشرعية؛ ليستقل بالفتوى وإثبات الأحكام.

۷. مُجْتَهَدًا شَجَاعًا ذَا رَأْيٍ وَسَمْعٍ وَبَصَرٍ وَنُطْقٍ.... (مُجْتَهَدًا) لِيَعْرِفَ الْأَحْكَامَ وَيَعْلَمَ النَّاسَ وَلَا يَحْتَاجَ إِلَى اسْتِفْتَاءِ غَيْرِهِ فِي الْحَوَادِثِ لِأَنَّهُ بِالْمَرَاجَعَةِ وَالسُّؤَالِ يُخْرُجُ عَنْ رُتْبَةِ الْإِسْتِقْلَالِ، (ج ۵، ص ۴۲۱).

- الفقه على المذاهب الاربعه^١؛

- الموسوعة الاجماع فى الفقه الاسلامى بالنقل من أبى المعالي الجويني^٢.

قد اشار الجويني الى وجه لزوم الاستقلال و قال ان عدم الاستقلال يقتضى لزوم الرجوع الى المجتهد فى كل مسألة و هذا اولا يشتمت رايه و ثانيا لا يكون مقدورا له لكثرة اشتغالات الحاكم و المراجعات اليه^٣. فينتهى عدم الاستقلال الى عدم كفايته لادارة المجتمع الاسلامى.

^١ . واتفقوا : على أن الإمام يشترط فيه : أولا...سابعاً - أن يكون : عالماً مجتهداً ليعرف الأحكام و يتفقه في الدين فيعمل الناس و لا يحتاج إلى استفتاء غيره(ج ٥، ص ١٩٧)

^٢ . قال أبو المعالي الجويني: "إن أمور معظم الدين تتعلق بالأئمة، فأما ما يختص بالولاية وذوي الأمر فلا شك في ارتباطه بالإمام، وأما ما عداه من أحكام الشرع فقد يتعلق به من جهة انتدابه للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فلو لم يكن الإمام مستقلاً بعلم الشريعة لاحتاج إلى مراجعة العلماء في تفاصيل الوقائع، وذلك يشتم رايه، ويخرجه عن رتبة الاستقلال (ج ٥، ص ١١١) بالنقل من غياث الأمم، ص ٦٦).

^٣ . قال أبو المعالي الجويني: "إن أمور معظم الدين تتعلق بالأئمة، فأما ما يختص بالولاية وذوي الأمر فلا شك في ارتباطه بالإمام، وأما ما عداه من أحكام الشرع فقد يتعلق به من جهة انتدابه للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فلو لم يكن الإمام مستقلاً بعلم الشريعة لاحتاج إلى مراجعة العلماء في تفاصيل الوقائع، وذلك يشتم رايه، ويخرجه عن رتبة الاستقلال. ولو قيل: إنه يُراجع المفتي مراجعة آحاد الناس المفتين. لكان ذلك محالاً، فإن الوقائع التي تُرفع إلى الإمام في الخطوب الجسام، والأمر العظام، لا تنهاه كثرة؛ إذ هو شرف العالمين، ومطمح أعين المسلمين، وقد لا يجد عند رفع واقعة إليه أعلم علماء القطر والناحية، فيتردد ويتبدل، ويبطل أثره في منصب الاستقلال، ولو جاز ذلك لساغ أن لا يكون الإمام ذا كفاية واستقلال، ثم يراجع الكفاية، ويستشير ذوي الأحلام والدهاة، وهذا لا قائل به. فإذا كانت الإمامة زعامة الدين والدنيا، ووجب استقلاله بنفسه في تدبير الأمور الدنيوية، فكذلك يجب استقلاله بنفسه في الأمور الدينية، فإن أمور الدنيا على مراسم الشريعة تجري، فهي المتتبع والإمام في جميع مجال الأحكام، فالكفاية المرعية معناها الاستقلال ببداية الأصوب شرعاً في الأمور المنوطة بالإمام.

فإن قيل: كان أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا وقعت واقعة، وألمت به لممة، اشتوروا ولم يأنفوا من المراجعة والمرادة، فأشعر ذلك من عاداتهم بأن استقلال الإمام ليس شرطاً في الإمامة. قلنا: الخبر المشار إليه، والإمام المتفق عليه، ومن هو البحر الذي لا ينزف لا يبعد منه أن يستشير في آحاد الوقائع، ويستمد من نتائج الفرائض، ويبحث في محادثة أطراف الكلام عن مأخذ الأحكام؟! كيف وقد ندب الله رسوله ﷺ إلى الاستشارة فقال: {وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ}، ولا منافاة بين بلوغ المرتبة العليا في العلوم، وبين التناظر والتشاور في المعضلات. ونحن نرى الإمام المستجمع خلال الكمال البالغ مبلغ الاستقلال، أن لا يغفل الاستئضاء في الإيالة وأحكام الشرع بعقول الرجال، فإن صاحب الاستبداد لا يأمن الحيدة من سنن السداد، ومن وفق الاستمداد من علوم العلماء كان حرياً بالاستداد ولزوم طريق الاقتصاد، وسر الإمامة استتباع الآراء وجمعها على رأي صائب، ومن ضرورة ذلك استقلال الإمام.

ثم هو محتون على استقاء مزيا الفرائض، وتلقى الفوائد والزوائد منها، فإن في كل عقل ميزة، ولكن اختلاف الآراء مفسدة لإمضاء الأمور، فإذا بحث عن الآراء إمام مجتهد، وعرضها على علمه الغزير، ونقد بالسبر والفكر الأصوب من وجوه الرأي، كان جالباً إلى المسلممين ثمرات العقول، ودافعاً عنهم غائلة التباين والاختلاف، فكأن المسلممين يتحدون بنظر الإمام، وحسن تقديره وفحصه ونقده. ولا بد على كل حال من كون الإمام متبوعاً غير تابع، ولو لم يكن مجتهداً في دين الله لزمه تقليد العلماء، واتباعهم، وارتقاب أمرهم ونهيهم وإبائهم ونفيهم، وهذا يناقض منصب الإمامة، ومرتبة الزعامة" (ج ٥، ص ١١١-١١٢) بالنقل من غياث الأمم، ص ٦٦، ٦٧).

۴. قیاس الاولویة

استدل بعض علماء التسنن على اشتراط الاجتهاد فى الحاكم الاسلامى بقياس الاولوية. قال النووى (المتوفى: ٦٧٦هـ) فى المجموع شرح المذهب بعد بيان اشتراط الاجتهاد: «لان هذه الشروط هي التى تعتبر فى حق القاضى فلان تعتبر فى حق الامام أولى»^١. قال الباقلانى فى الانصاف أن الاجتهاد شرط فى القاضى الذى يجب نصبه من قبل الحاكم الاسلامى فكيف لا يكون الاجتهاد شرطاً فى الحاكم نفسه^٢. قد نسب صاحب السياسة الشرعية-جامعة المدينة هذا الاستدلال الى جمهور القائلين باشتراط الاجتهاد^٣.

۵. الاجماع

بعض علمائهم يقولون بان اشتراط الاجتهاد فى الحاكم الاسلامى امر اجماعى بمعنى انه كلهم يشترطونه. بعض الكتب التى صرّحت بهذا الاجماع:

- الاشباه و النظائر-حنفى (بالنقل من الآمدى)^٤؛
- الفقه على المذاهب الاربعه^٥؛
- كشاف اصطلاحات العلوم و الفنون^٦؛

١. ج ١٩٢، ص ١٩٢.

٢. شروط الإمامة ويجب أن يعلم: أن الإمامة لا تصلح إلا لمن تجتمع فيه شرائط. منها: أن يكون قرشياً؛ لقوله عليه السلام: الأئمة من قریش. والنتی: أن يكون مجتهداً من أهل الفتوى؛ لأن القاضي الذي يكون من قبله يفترق إلى ذلك، فالإمام أولى. (الانصاف، ص ٢٣)

٣. نقول: يعتمد جمهور العلماء فيما يذهبون إليه في وجوب تحقق الاجتهاد في الإمام الأعظم، على ناحيتين: الأولى: القياس، والثانية: طبيعة العمل الموكول إلى الإمام الأعظم، وما يستلزمه من أوصاف خاصة حتى يؤدي على الوجه الذي أوجبه الشارع. أما فيما يختص بالناحية الأولى -وهو القياس- فقد قاسوا منصب الإمامة العظمى على منصب القضاء، فإذا كان القاضي يشترط فيه أن يكون مجتهداً فكذلك الإمام من باب أولى، ليقول البعض بعد أن عدّ الاجتهاد شرطاً من الشروط الواجبة في الإمام: لأن القاضي الذي يكون من قبله يفترق إلى ذلك فالإمام أولى. يعني كأن جمهور الفقهاء يقيسون الإمام على القاضي، فإذا كان يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً فمن باب أولى يشترط في الإمام الأعظم أن يكون مجتهداً، لأن الإمام الأعظم هو الذي يولي القاضي، ويشترط في القاضي أن يكون مجتهداً، فمن باب أولى يجب في الإمام الأعظم أن يكون مجتهداً (ص ٤٩٥).

٤. ذكر الآمدى أن شروط الإمامة المتفق عليها ثمانية: الاجتهاد في الأحكام الشرعية (ص ٤٢٦).

٥. وانفقوا: على أن الإمام يشترط فيه: أولاً... سابعاً - أن يكون: عالماً مجتهداً ليعرف الأحكام ويفقه في الدين فيعلم الناس ولا يحتاج إلى استفتاء غيره (ج ٥، ص ١٩٧)

٦. في شروط الإمامة الجمهور على أن أهل الإمامة ومستحقها من هو مجتهد في الأصول والفروع شجاع ذو رأي. وقيل لا تشترط هذه الصفات الثلاث. نعم يجب أن يكون عدلاً عاقلاً بالغاً ذكراً حراً، فهذه الشروط الخمسة بل الثمانية معتبرة بالإجماع، إذ القول بعدم اشتراط الثلاث الأول مما لا يلتفت إليه، وهاهنا صفات أخر في اشتراطها خلاف (ج ١، ص ٢٦٠)

قد نسب موسوعة الاجماع فى الفقه الاسلامى، القول بالاجماع الى جماعة كثيرة منهم: ابن عبد البر (٤٦٣ هـ)، أبو المعالي الجويني (٤٧٨ هـ)، الآمدى (٦٣١ هـ)، القرطبي (٦٧١ هـ)، الشاطبي (٧٩٠ هـ)، أحمد بن يحيى المرتضى (٨٤٠ هـ).
لكن بعض علمائهم ينكرون هذا الاجماع و يقولون انه مختلف فيه. هذا يستفاد من هذه الكتب:

١. من نقل الإجماع: ابن عبد البر (٤٦٣ هـ) قال: "وأما جماعة أهل السنة وأئمتهم فقالوا: هذا هو الاختيار أن يكون الإمام فاضلاً عالمًا... (٣) أبو المعالي الجويني (٤٧٨ هـ) قال: "فالشرط أن يكون الإمام مجتهدًا، بالغًا

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر (١/٣٢٠)، ولسان العرب (٣/١٣٥) (جهد).

(٢) المستصفى للغزالي (١/٣٤٢)، والموافقات في أصول الفقه، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (٤/١١٣).

(٣) الاستذكار لابن عبد البر (٥/١٦).

مبلغ المجتهدين، مستجمعاً صفات المقتين، ولم يؤثر في اشتراط ذلك خلاف (١) الآمدى (٦٣١ هـ) قال: "شروط الإمام المتفق عليها ثمانية: الأول: أن يكون مجتهداً فى الأحكام الشرعية" (٢) - نقله الوشتاني الأبي المالكي (٨٢٧ هـ) (٣). القرطبي (٦٧١ هـ) قال: "أن يكون -الإمام- ممن يصلح أن يكون قاضياً من قضاة المسلمين، مجتهداً لا يحتاج إلى غيره في الاستفتاء في الحوادث، وهذا متفق عليه" (٤) الشاطبي (٥) (٧٩٠ هـ) قال: "إن العلماء نقلوا الاتفاق على أن الإمامة الكبرى لا تتعد إلا لمن نال رتبة الاجتهاد والفتوى في علوم الشرع" (٦) أحمد بن يحيى المرتضى (٨٤٠ هـ) قال: "يجب كونه مجتهداً إجماعاً" (٧).

• الموافقون على الإجماع: الحنفية (٨)، والمالكية (٩)، والشافعية (١٠)،

(١) غياث الأمم (ص ٦٥).

(٢) أبحار الأفكار في أصول الدين (٥/١٩١).

(٣) إكمال إكمال المعلم بشرح صحيح مسلم (٥/١٥٩).

(٤) الجامع لأحكام القرآن (١/٢٧٠).

(٥) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي أبو إسحاق، الشهير بالشاطبي، المالكي، أخذ عن ابن الفخار البيري، وأبي القاسم السبتي، وأبي عبد الله التلمساني، وأبي العباس القباب، وابن عرفة، وغيرهم، وعنه أبو يحيى بن عاصم، وأبو بكر بن عاصم، وأبو عبد الله البياني، وغيرهم، له عنوان التعريف بأسرار التكليف، والموافقات، والاعتصام، وغير ذلك، توفي سنة تسعين وسبع مائة. يُنظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، أحمد بابا التنبكي، إشراف: عبد الحميد عبد الله الهرامة، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ (ص ٤٨)، ومعجم المؤلفين (١/٧٧).

(٦) الاعتصام للشاطبي، تقديم: محمد رشيد رضا، المكتبة التجارية الكبرى، مصر الطبعة الأولى ١٣٣٢ هـ (٢/١٢٦).

(٧) البحر الزخار الجامع لأقوال علماء الأمصار (٦/٣٨٠).

(٨) البحر الرائق (٦/٢٩٩)، وحاشية ابن عابدين (١/٥٤٨).

(٩) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١/٢٧١)، مقدمة ابن خلدون (ص ١٩٣)، وأضواء البيان (١/٢٨).

(١٠) الأم للشافعي (١/١٦١)، والأحكام السلطانية للماوردي (ص ٦)، والإقناع للشربيني (٢/٥٥٠)، ونهاية المحتاج (٧/٤٠٩).

والحنابلة (١).

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٢٠)، ومطالب أولي النهى (١/٦٤٨).

- غمض عيون البصائر^۱؛

- هل القرشيہ شرط فی الامامہ^۲؛

- الموسوعة الفقهية الكويتية^۳.

هذا مضافا الى ما عرفت سابقا من ان بعض علماء اهل السنة قد صرحوا بعدم اشتراط

الاجتهاد، فكيف يكون اشتراطه اجماعيا!؟

الانتاج

الاجتهاد بمعناه المصطلح عند اهل السنة شرط للحاكم الاسلامي عند اكثرهم وليس بشرط عند اخرى وان كان مستحبا عند بعض القائلين بعدم اشتراطه. لكن دليل اشتراطه عند من يشترطه من علماءهم ينحصر في خمس:

۱- آية (رَادَةً بَسْطَةً فِي الْعِلْمِ وَالْجِسْمِ) (بقره، ۲۷۴). فالعلم (بمعنى الاجتهاد) لازم للحاكم و
الا لم يذكره الله؛

۲- نقض ما هو الاهم او المهم من اغراض الإمامة الاسلامية مع فقدته وهو حفظ العقائد،
فصل الحكومات ورفع المخاصمات على اساس حكم الله. فانه اذا لم يكن الحاكم
مجتهدا لا يقدر على تحصيل هذا الغرض؛

۳- الاستقلال في الحكم والفتوى. فانه اذا لم يكن مجتهدا لا بد ان يرجع الى المجتهد و
هذا منافٍ لاستقلال الحاكم واستقلاله لا بد منه؛

^۱ . قوله إن شروط الإمامة المتفق عليها ثمانية إلخ أقول في دعوى الاتفاق على هذه الثمانية نظر فقد ذكر الطرسوسي (المتوفى ۷۵۸ق) في كتابه المسمى ب«تحفة الترك فيما يجب أن يعمل في الملك»: قال الإمام وأصحابه لا يشترط في صحة تولية السلطان أن يكون قرشياً ولا مجتهداً ولا عدلاً بل يجب التقليد من السلطان العادل والجائر وأصله قصة معاوية رضي الله عنه فإن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية الأعمال بعدما أظهر الخلاف مع علي رضي الله عنه في نوبته (ج ۴، ص ۱۴۷). وجدنا هذه العبارة في الكتاب المذكور مع تفاوت ما. فاصل العبارة: « وقال ([۵۳]) أبو حنيفة (وأصحابه) ([۵۴]) - رحمهم الله (۸۴) - : (لا يشترط في صحة تولية [السلطان] [۵۵]) ، أن يكون قرشياً، ولا مجتهداً، ولا عدلاً. بل يجوز التقليد (۸۵) من السلطان العادل والجائر. وأصله قصة معاوية، فإن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوا [منه] ([۵۶]) الأعمال، بعد ما أظهر الخلاف مع علي - رضي الله عنه - [في نوبته] ([۵۷]) » (ص ۲۸). الكتاب المذكور كان فقهياً.

^۲ . شروط الولاية وهي: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وأن يكون ذكراً والعلم والاجتهاد مع وجود الخلاف في ذلك، والعدالة والكفاية النفسية والكفاية الجسمية وعدم الحرص على الإمامة إلى باقي الشروط (ص ۲۵)

^۳ . أما الْمُخْتَلَفُ فِيهِ مِنَ الشُّرُوطِ فَهُوَ: أ- الْعُدَالَةُ وَالْإِجْتِهَادُ . ذَهَبَ الْمَالِكِيُّ وَالشَّافِعِيُّ وَالْحَنَابِلَةُ إِلَى أَنَّ الْعُدَالَةَ وَالْإِجْتِهَادَ شَرْطَا صِحَّةٍ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ الْفَاسِقِ أَوْ الْمُقَلَّدِ إِلَّا عِنْدَ فَقْدِ الْعَدْلِ وَالْمُجْتَهِدِ . (۲) وَذَهَبَ الْحَنَفِيُّ إِلَى أَنَّهُمَا شَرْطَا أَوْلَوِيَّةٍ ، فَبِصَحِّ تَقْلِيدِ الْفَاسِقِ وَالْعَامِيِّ ، وَلَوْ عِنْدَ وُجُودِ الْعَدْلِ وَالْمُجْتَهِدِ . (ج ۶ ، ص ۲۱۹)

٤- قياس الاولويه بمعنى ان الاجتهاد شرط فى القاضى الذى ينصب من قبل الحاكم ففى

نفس الحاكم شرط بطريق اولى؛

٥- الاجماع على اشترط الاجتهاد فى الحاكم. قد ادعى بعض علماءهم الاجماع على

اشترط الاجتهاد فى الحاكم الاسلامى. لكن رده بعض آخر.

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی

استاد راهنما: استاد نجفی بستان

نویسنده:

محسن یوسفی^۱

چکیده

از مباحث مهم در تحلیل حدیث رفع، شمول آن نسبت به احکام وضعی است. اگر اضطرار یا اکراه به انجام معامله‌ای یا بر ترک آن عارض شد یا بر شرایط معامله این عناوین عارض شد، مثلاً اکراه شدیم بر اینکه معامله‌ای را به صورت معاطاتی انجام دهیم بنا بر اینکه لفظ در آن شرط باشد، حکم وضعی این معامله چه خواهد بود؟ مرحوم نائینی بین عروض این عناوین (اکراه، اضطرار، نسیان، خطا، ناتوانی) در سبب و مسبب، قائل به تفصیل می‌شود؛ اگر مصب این عناوین، انجام معامله‌ای است مثلاً اکراه بر انعقاد بیع باشد حدیث رفع جاری است اما در اکراه به ترک جزء یا شرط معامله، آن را غیر قابل تطبیق می‌داند زیرا لازمه آن وضع است؛ مسبب نیز دو صورت دارد:

^۱. دانش پژوه گروه فقه معاملات، سال تحصیلی ۴۰۶-۴۰۰

یا مسبب امری اعتباری (مثل زوجیت، ملکیت) است که جریان رفع بدون ایراد است هر چند معمولاً مصداقی ندارد، یا مسبب از امور واقعی و تکوینی (مانند: نجاست، حدث) است و رفع امور تکوینی ممکن نیست البته به لحاظ آثار آن (مثل وضو و غسل و تطهیر) اقتضای انطباق دارد. اشکالاتی توسط اصولیان به ایشان وارد شده مثلاً مرحوم عراقی، وجود تشریحی فساد را در فرض ترک جزء و شرط تصویر کرده یا استاد لاریجانی در مسببات اصالی (دارای وضع بذاته) مثل ملکیت و زوجیت، متعلق اکراه را در واقع افعال تولیدی (تملیک، تزویج) لحاظ کرده که عروض عناوین بر آن محقق می‌شود. ضمناً اشکال شده رفع مسببات تکوینی نیز مطابق مبنای رفع تشریحی که مرحوم نائینی به آن ملتزم شده بدون ایراد است، در این تحقیق به تحلیل و واکاوی این ایرادات پرداخته شده و نظرات مرحوم نائینی تقویت شد.

کلید واژه: مرحوم نائینی، حدیث رفع، حکم وضعی، معاملات، سبب و مسبب، رفع تشریحی.

مقدمه

از مهم‌ترین ادله اصل برائت، حدیث رفع است که شامل ۹ فقره است که محط نزاع بحث اصولی نسبت به فقره «ما لا يعلمون» است، لکن تحلیل و واکاوی عروض عناوین دیگر بر افعال و احکام کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد، البته بحث از اضطرار و اکراه و نسیان و خطا و ناتوانی، معمولاً در مباحث مختلف فقهی به تناسب مورد توجه هست اما اینکه به طور کلی عروض این عناوین بر احکام وضعی در بحث جداگانه و مستقل تبیین شود ثمرات زیادی دارد که می‌تواند مبانی شخص را در تمسک به این حدیث در حالات مختلف به خوبی در معرض قضاوت عموم قرار دهد. شاید کمتر محققى مثل مرحوم نائینی به تفصیل به این بحث پرداخته باشد و به صورت اطردادی در بحث برائت، بحث از عروض عناوین پنج گانه فوق بر احکام وضعی را ذکر کرده است؛ به تبع برخی اصولیان بعد از ایشان متعرض برخی ادله و استدلالهای ایشان شده و در آن خدشه وارد کرده‌اند که در این تحقیق به تحلیل کامل نظریه ایشان و ایرادات وارد بر آن پرداخته می‌شود. مساله اصلی واکاوی نحوه شمول حدیث رفع به احکام وضعی در صورت عروض عناوین پنج گانه از منظر مرحوم نائینی است و به تبع تحلیل صحت ایراداتی که بر آن وارد شده نیز نیازمند تأمل و بازخوانی مجدد مبانی ایشان است. و در ضرورت این تحقیق همین نکته کفایت می‌کند

که در احکام و مباحث مختلف فقهی خصوصاً در باب معاملات، ممکن است با عروض یکی از این عناوین مواجه شویم و تا وقتی اصل اولیه و قاعده کلی در این مقام نداشته باشیم ممکن است استدلال و استنباط‌های بعضاً بی ضابطه و حتی ناهمگون و متعارض داشته باشیم. همانطور که ذکر شد کمتر فقیه و اصولی به صورت مستقل به این بحث اشاره داشته است البته بحث اکراه و اضطرار در معاملات در فقه مطرح می‌شود اما اینکه به صورت تفصیلی همه حالات و اقسام مختلف متصور در احکام وضعی هنگام عروض این عناوین بررسی شود انجام نگرفته است.

روش تحقیق در این مقاله، کتابخانه‌ای و تحلیلی است و با استفاده از مباحث ظهور و غیر مستقلات عقلی، استدلال‌ها و تقسیمات و احکام مترتب بر آن بازخوانی می‌شود.

ساختار تحقیق به این گونه است که ابتدا مبانی مؤثر در بحث که از سخنان مرحوم نائینی در مباحث مختلف حدیث رفع استخراج شده بیان خواهد شد، در ادامه به تحریر دقیق محل نزاع و قیودی که مؤثر در فهم آن است اشاره می‌شود و در نهایت، تفصیل و شرح نظریه مرحوم نائینی و ایرادات و نقد و تحلیل آنها ارائه خواهد شد.

مبانی

رفع تشریحی

تعلق رفع به امور پنج‌گانه در حدیث رفع (مانند: نسیان و خطا و اکراه) مطابق ظهور اولیه کلام در رفع واقعی، نیازمند تقدیر است، زیرا این امور بالوجدان مرفوع نشده‌اند و در صورت تعلق رفع به آنها، کذب یا لغویت لازم می‌آید در حالی که در امت اسلامی، این امور وجود دارند و نمی‌توان گفت حقیقتاً نیستند؛ لذا امثال مرحوم شیخ انصاری، مجبور به تقدیر گرفتن «مواخذه یا عقاب» یا «جميع الآثار» یا «اثر متناسب هر فقره» شده‌اند (فراند الأصول، ج ۲، ص ۲۸). اما مرحوم نائینی قائل به رفع تشریحی هستند و می‌فرمایند: اگر حدیث در مقام اخبار از یک شیء یا در مقام رفع تکوینی باشد، نیاز به مقدر دارد، یعنی اگر گفتیم وجود مبارک پیامبر اکرم ﷺ در این حدیث در مقام اخبار است و می‌خواهد از چیزی خبر بدهد، یا رفع در اینجا رفع تکوینی باشد، روی یکی از این دو فرض، باید چیزی را در تقدیر بگیریم؛ اما اگر گفتیم "رفع عن امتی تسع" در مقام اخبار

نیست، بلکه به عنوان انشاء است؛ منتها انشاء به لسان نفی و رفع است (گاه انشاء به لسان اثبات است و گاه به لسان رفع است) در این صورت، نیازی به تقدیر نداریم.

البته ایشان تصریح دارند رفع تشریحی به رفع آثار است، اما این غیر از در تقدیر گرفتن آثار است؛ تقدیر در جایی است که اگر نباشد، کلام غلط است؛ "صوناً لكلام الحكيم عن الغلط واللغوية" باید چیزی را در تقدیر بگیریم؛ (از باب مثال اگر در آیه یا روایتی داشته باشیم «جعل الله هذا واجباً» به معنی تقدیر گرفتن نیست؛ چون خود جعل معنایش جعل تشریحی است و یکی از اقسام جعل حقیقتاً قراردادن یک چیز به صورت اعتباری و تشریحی است؛ البته جعل تشریحی از آثارش این است که اگر موافقت کنید، ثواب دارد؛ و اگر مخالفت کنید، عقاب دارد؛ اما اینها در تقدیر نیست. لذا اگر رفع، رفع تشریحی شد، ممکن است که با رفع الآثار نتیجتاً یکی باشد، اما به معنای تقدیر نیست بلکه اثر این رفع تشریحی در همان رفع آثار مشخص می‌شود. در نتیجه اگر حدیث رفع در مقام اخبار باشند یا کلمه رفع به معنای رفع تکوینی باشد، ما نیاز به تقدیر داریم و در این دو فرض باید به دنبال مقدر باشیم؛ اما اگر گفتیم این رفع، رفع انشایی است، منتها انشاء به لسان رفع و نفی مثل "لا ضرر و لا ضرار"، در اینجا سر از رفع تشریحی در می‌آورد و نیازی به تقدیر نداریم. (أجود التقريرات، ج ۲، ص ۱۷۰) (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۴۲)

البته کلامی از محقق نائینی در ادامه آمده که محل اشکال برخی اصولیان شده و این سخن را معارض با نظر فوق در عدم نیاز به تقدیر دیده‌اند، مرحوم نائینی در ادامه نظریه اش می‌گوید: «لا أقول: إنَّ الرفع التشریحی تعلق بنفس المذکورات فإنَّ المذکورات فی الحدیث غیر "ما لا یعملون" لا تقبل الرفع التشریحی، لأنَّها من الأمور التکوینیة الخارجیة، بل رفع المذکورات تشریحاً إنّما یکون برفع آثارها الشرعیة» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۴۳) ظاهر ابتدایی این سخن به ذهن می‌رساند با نفی تعلق رفع تشریحی به امور پنج گانه، ایشان در عمل قائل به لزوم تقدیر شده‌اند در حالیکه در پاراگراف قبل، این مطلب را به وضوح رد کرده بودند «ما ورد فی الأخبار ممّا سیق فی هذا المساق سواء کان بلسان الرفع أو الدفع أو النفی إنّما یکون فی مقام تشریح الأحکام و إنشائها، لا فی مقام الإخبار عن رفع المذکورات أو نفیها حتی یحتاج إلى التقدير» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۴۳).

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی ۱۰۱.

اما با دقت در کلمات ایشان این تعارض ابتدایی قابل حل است، زیرا مطابق گفته‌های ایشان، معنی ندارد حکم تشریحی به وجودات تکوینی تعلق بگیرد، بلکه متعلق تشریح، وجودات تشریحی هستند، برای خطا و مایضطر الیه و غیره، یک وجود حقیقی قابل تصویر هست که به صرف رفع تشریحی، مرتفع نمی‌شوند بلکه بالوجدان در تکوین و عالم واقع موجود خواهند بود، اما برای همین امور با توجه به موضوع حکم شرعی واقع شدنشان یک وجود تشریحی لحاظ می‌شود که با نفی این وجود تشریحی، به تبع حکم آن و آثار آن نیز مرتفع خواهد شد. واضح است که ظهور تعلق رفع تشریحی به این امور به وجود تشریحی آنهاست و این نیازمند تقدیری نیست بلکه تناسب حکم و موضوع و ظهور عرفی همین مطلب را می‌رساند.^۱

دفع بودن رفع

از مباحث مطرح در حدیث رفع این است که رفع به معنای خودش بکار رفته یا خیر؟ و اگر بر دفع حمل شود، آیا مجاز در کلمه رخ داده یا در اسناد یا اینکه حقیقت ادعائیه است؟^۲ فرمایش مرحوم نائینی این است که لازم نیست قائل به مجاز باشیم نه در کلمه و نه در اسناد و نه اینکه حقیقت ادعائیه باشد، بلکه به معنای حقیقی رفع است. رفع و دفع با یکدیگر مساوق‌اند به این معنا که در رفع و دفع، نیاز به مقتضی داریم، یعنی در جایی می‌توان دفع و رفع را بکار برد که مقتضی شیء موجود باشد؛ و اگر مقتضی نباشد، نمی‌توان گفت که شیء را دفع یا رفع کردیم، چرا که اصلاً موجود نیست و بلا اقتضاء است. فرق دفع و رفع اینست که در رفع، غالباً به گونه‌ای

^۱ البته اشکالات متعددی توسط محققین و اصولیان بزرگی مانند محقق عراقی و مرحوم امام به نظریه مرحوم نائینی در رفع تشریحی شده است برخی از اصولیان نیز مانند محقق اصفهانی و شهید صدر نیز بیاناتی در عدم نیاز به تقدیر گرفتن در حدیث رفع دارند که می‌تواند مکمل نظر فوق باشد که برای مطالعه و فهم دقیق زوایای سخن ایشان راهگشاست ولی با توجه به عدم ارتباط به موضوع اصلی تحقیق، از تطویل و تفصیل بیشتر پرهیز می‌شود. (پاورقی فوائد الاصول، ج ۳، ص ۳۴۲ و ۳۴۳)؛ (انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة، ج ۲، ص ۳۵)؛ (نهاية الدراية فی شرح الکفایة، ج ۴، ص ۳۵ و ۳۶)؛ (مباحث الاصول، ج ۳، ص ۱۷۹ - ۱۸۰).

^۲ حقیقت ادعائی، اشاره به مبنای سکاکی در مجازات است، ایشان تصویری که از مجاز ارائه می‌کند توسعه در معنای حقیقی ادعاء می‌باشد که از نظر بلاغی، بلیغ تر و رساتر است.

است که شیء وجود سابق دارد و آن را برمی‌داریم و مانع می‌شویم که مقتضی، بقاء و در ادامه، اثرگذار باشد، لکن در دفع از ابتدا مانع می‌شویم که مقتضی اثرگذار باشد و شیء به وجود آید.^۱

آنگاه ایشان می‌فرماید که به لحاظ دقّی رفع در واقع دفع است؛ مرادشان این است که ما می‌دانیم علت موجهه علت مبقیه نیز هست؛ آن چیزی که در مرتبه اول علت وجود شیء است، در آئات و مراتب بعد نیز علت است، علت نیز دائماً علت است یا در زمان یا در مرتبه، اینطور نیست که مانند ساعت‌ساز، ساعتی را کوک کند و راه اندازد و پس از آن دیگر ساعت نیازی به ساعت‌ساز نداشته باشد، اقتضای پیوند میان علت و معلول این است که این افاضه، دائمی باشد؛^۲ نتیجه این است که هنگام رفع، در واقع در استدامه کاری انجام دادیم که وقتی رافع وارد می‌شود، مقتضی اثر خودش را نگذارد، و این همان چیزی است که در دفع صورت می‌گیرد. رافع در حین ورود، همان کاری را می‌کند که دافع بقاء انجام می‌دهد، دافع مانع می‌شود که مقتضی اثر کند، رافع نیز لُبّاً مانع اثرگذاری مقتضی می‌شود. البته، این مطلب درست است که رفع را معمولاً و غالباً در جایی استعمال می‌کنند که پیشتر وجودی تحقق داشته است؛ اما غلبه استعمال لفظ در یک مورد، باعث نمی‌شود که استعمالش در غیر آن مورد (که غلبه نیست)، استعمال نادرست یا مجاز باشد. در نتیجه نه موردی که ضمن حدیث رفع آمده مقتضی جعل حکم و جعل اثر داشته‌اند و رفع آن را برداشته است و گرنه اگر هیچ مقتضی نبود طبیعتاً رفع یا دفع زمینه‌ای نداشت، بنابراین رفع یعنی رفع مقتضی جعل امتناناً و منتاً علی العباد. (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۳۶)

عدم جریان حدیث در تروک (رفع امور عدمی)

مرحوم نائینی قائل است که حدیث رفع شامل تروک نمی‌شود؛، بنابر ظهور اولی حدیث رفع، کار آن رفع کردن است، و اگر بناست ترک را بردارد یعنی چیزی را اینجا بگذارد و یک وجودی را

^۱ استاد نجفی بستان اشکال کرده‌اند که در دفع نیازی به مقتضی نیست؛ زیرا دفع یعنی عدم جعل، اعم از اینکه مقتضی داشته و به جهت مانعی جعل نشده یا مقتضی نداشته لذا جعل نشده است. می‌گویم اگر چیزی هیچ‌گونه اقتضایی برای وجود نداشته است چه چیزی را می‌خواهید دفع کنید. چیزی که خودش نیست و احتمالی برای وجودش نیست دفع آن دیگر چه معنایی دارد؟! لذا اگر خوردن شراب به اشتباه هیچ احتمالی برای حرمت اش نبود، نمی‌توان گفت حرمت آن بخاطر اشتباه دفع شده است.

^۲ میان گزاره لزومه افاضه وجود از علت در هر آن و گزاره نیاز به علت حدوثاً و بقاء اتافی نیست بلکه مفسر و مبین یکدیگرند؛ زیرا مراد از افاضه و تاثیر گذاری علت در هر آئات بعد، برای بقای شیء است نه اینکه وقتی علتی آمد همان علت تا ابد باقی است و نیازی به تاثیرگذاری نداشته باشد، بلکه این اثر گذاری باید در هر آن باشد و گرنه بقایی برای آن معلول نخواهد بود.

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی ۱۰۳

اینجا بیاورد و این یعنی وضع کند که خلاف ظاهر حدیث رفع است. به تعبیر ایشان، حدیث رفع وجود را عدم می‌کند، یعنی برای وجودی که به اضطرار و اکراه و امثال آن، حاصل شده است مانند شرب النجس، تعبداً عدم جعل می‌کند و می‌گوید شرب النجس، وجود ندارد؛ اما «نیست‌ها» را «هست» نمی‌کند، لازمه رفع تروک و اعدام، وضع کردن است؛ بنابراین به دو بیان، اطلاق حدیث رفع نسبت به ترک اضطراری و نسیانی و خطئی و ... اشکال کرد؛ بیان اول: رفع ترک فعل به معنای وضع آن فعل است و مفاد حدیث رفع، وضع نیست بلکه رفع است. بیان دوم: رفع باید به امر موجود بخورد تا آن را بردارد (اقتضای وجود کفایت می‌کند) در حالی که ترک واقع شده، امر موجود نیست که آن را بردارد.

ایشان می‌گوید: «الحاصل أنه فرق بين الوضع و الرفع فإن الوضع يتوجه على المعدوم فيجعل موجودا و يلزمه ترتيب آثار الوجود على الموضوع، و الرفع يتوجه على الموجود فيجعله معدوما و يلزمه ترتيب آثار العدم على المرفوع، ... وأما الفعل الذي لم يصدر من المكلف وكان تاركاً له عن نسيان و إكراه فلا محل للرفع فيه، لأن رفع المعدوم لا يمكن إلا بالوضع و الجعل، و

حدیث الرفع لا يتكفل الوضع، بل مفاده الرفع» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۳)^۱

علاوه بر اشکال فوق، دقت دیگری که مرحوم نائینی در عدم جریان رفع در باب ترک اجزاء و شرایط (چه عبادات چه معاملات و چه احکام تکلیفی و احکام وضعی) می‌کنند این است که اثری که بر جریان حدیث در فرض ترک اجزاء و شرایط قابل تصور است اجزاء و صحت، مآتی به فاقد آن جزء و شرط است؛ اما اجزاء و صحت آثار عقلی هستند که شارع در جعل و رفع دخلی ندارد بلکه از مطابقت مآتی به با مأمور به به اجزاء و از تحصیل غرض مولی به صحت می‌رسیم.

حال اگر کسی بخواهد حدیث رفع را بر جزئیت و شرطیت متروک تطبیق دهد و در نتیجه با نفی جزئیت و شرطیت آن، اثر عقلی فوق (صحت و اجزاء عمل) خود به خود مرتب شود؛ جواب

^۱ استاد نجفی بستان قائلند با توجه به اینکه اعتبار خفیف المؤمنه است اعتبار عدم شرب مانند اعتبار شرب نسیانی ایرادی ندارد. می‌گویم بنا بر نظر مرحوم نائینی، ظاهر حدیث رفع، صرفاً در مقام رفع است نه وضع و جعل؛ حال آن که از اعتبار عدم شرب نسیانا، می‌خواهید رفع عدم شرب نسیانی کنید که نتیجه آن، وجود شرب و ترتب آثار بر آن است در حالیکه حدیث رفع، در مقام وضع نبود.

سابق نیز در اینجا می‌آید که جزئیت و شرطیت نیز، امری انتزاعی عقلی است هر چند منشاء انتزاع، جعل و وضع شارع است، از تعلق یک امر به مجموعه‌ای از اجزاء و شرایط که کل را تشکیل می‌دهند که عقل از این مجعولات شرعی، جزئیت و شرطیت را انتزاع می‌کند. اشکال اساسی‌تری نیز به این فرض وارد است این است که در اغلب موارد اصلاً جزئیت و شرطیت معروض عناوین مأخوذه در حدیث رفع نیستند، زیرا مثلاً شخصی که سوره را در نماز فراموش کرده یا به اشتباه و خطا، شرط یا جزئی را در انعقاد معامله یا عبادتی نیاورده است، اکراه و اشتباه او ناشی از جزئیت آن جزء متروک نبوده است که جزئیت و شرطیت رفع شود بلکه اشتباه او در امثال و اثباتان مصداقی از آن است.

به عبارت واضح‌تر، بحث در عروض اضطرار و نسیان و غیره، به فعل خارجی است، یعنی من ناسی و مکروه و مضطر بر جزئیت و شرطیت نیستم و حکم کلی وضعی جزئیت سوره در نماز و عربیت لفظ در فلان عقد را می‌دانم، اما در مقام عمل بخاطر عروض یکی از آن عناوین (اکراه و نسیان و غیره) آن را ترک می‌کنم. ایشان می‌گویند: «لأن جزئية الجزء لم تكن منسية وإلا كان ذلك من نسيان الحكم ومحل الكلام إنما هو نسيان الموضوع» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۴)

تحریر محل نزاع

بحث درباره احکامی است که موضوع آنها نسبت به عناوین مأخوذ در حدیث رفع لایشروط باشد؛ لذا حکم ضمانت تلف و اتلاف که اطلاق نسبت به نسیان و اکراه و اضطرار و خطاً و ناتوانی دارد یقیناً از شمول حدیث رفع خارج است^۱ و مرحوم نائینی از آن بحث نمی‌کند یا مثلاً قصاص که مقید به علم و تعمد است در صورت محقق نشدن شرایط تعمد، جاری نخواهد شد نه بخاطر جریان حدیث رفع. در نتیجه بحث منحصر در احکام وضعی است که احکام و موضوعات احکام اولیه نسبت به این عناوین، اثباتاً یا نفیاً بیانی و تقیدی ندارد. قید مهم دیگر، همچنین بحث درباره

^۱ دقت در این امر ضروری است که مراد از اطلاق در این عبارت، تصریح به اطلاق احوالی و شمول حکم نسبت به عناوین شش‌گانه (اضطرار، خطا و غیره) هست، نه اینکه از عدم الیاب و سکوت شارع و اجرای مقدمات حکمت به اطلاق برسیم که اطلاق ناشی از جریان مقدمات حکمت، همان حالت لایشروط است که بدون شک، حدیث رفع آن را تخصیص می‌زند. لذا مانند ضمانت تلف که مطابق ادله حتی اگر کسی به خطا یا اضطرار باعث تلف مالی شد ضامن است تعارضی با حدیث رفع ندارد.

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی ۱۰۵

رفع آثاری هست که وضع و جعل آن به دست شارع باشد؛ لذا رفع آثار عقلی یا عقلایی و انتزاعی، ذیل مفاد حدیث رفع نمی‌روند؛ البته به تبع نفی آثار شرعی، لوازم عقلی و عقلایی آن هم منتفی می‌شود. می‌گوید: «أن يكون الأثر الذي يراد رفعه من الآثار الشرعية التي أمر وضعها ورفعها بيد الشارع» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۴۸)

در مورد عروض عنوان «ما لا يعلمون» به احکام وضعی نیز با توجه به مباحث مفصل‌تری که دارد، و مباحث دیگر حدیث رفع به طفیلی همین بحث (جریان برائت هنگام «جهل» و «شبهه بدوی») مطرح شده است محقق نائینی، مباحث آن را به صورت جداگانه مطرح می‌کند؛ لذا با توجه به اینکه مباحث مفصل‌تر و نیازمند تحقیقی مستقل است و خود مرحوم نائینی مباحث آن را از احکام وضعی جدا نموده است و در نظریه ایشان که در ادامه در بحث برائت مطرح می‌کند تفاوتی اساسی میان احکام وضعی و تکلیفی در این عنوان قائل نمی‌شود لذا بررسی این عنوان نیز از محل نزاع مقاله حاضر خارج است. ایشان بعد از اتمام مباحث احکام وضعی می‌گوید: «و قد عرفت: أن الرفع في «ما لا يعلمون» يغير الرفع في البقية...» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۹)

ضمناً روشن است عناوین: حسد (رشک و رزیدن) و طیره (فال بد زدن) و وسوسه نیز از محل بحث خارج‌اند؛ زیرا خودشان موضوع رفع‌اند بخلاف شش مصداق دیگر (خطا، فراموشی، جهل، اکراه، اضطراب، ناتوانی) که در واقع خودشان موضوع رفع نیستند بلکه فعلی که معروض این عناوین شود معروض رفع است؛ لذا به لحاظ حکم تکلیفی و وضعی آن فعل نسیانی یا خطئی یا مکره علیه بحث رفع پیش می‌آید اما در حسد و طیره و وسوسه خودشان افعالی جوانجی هستند که دارای اثر وضعی و تکلیفی هستند که خداوند آن را رفع کرده است نه اینکه این عناوین در قالب یکی از افعال دیگر مثل شرب خمر و وجوب صلاه و لزوم طهارت و صحت بیع قابل تحقق یابد که بحث از رفع حکم وضعی یا تکلیفی آن فعل معروض مطرح شود؛ لذا محل نزاع در عناوین پنج‌گانه (خطا، نسیان، اکراه، ناتوانی، اضطراب) است.

همچنین مرحوم نائینی، احکام وضعی را از قبیل معاملات (عقود و ایقاعات) و نجاست و طهارت تفسیر می‌کند حال آن که واضح است احکام وضعی منحصر در این موارد نیست و بر بسیاری از احکام تکلیفی، احکام وضعی مترتب می‌شود، مثلاً بعد از امتثال نماز یا روزه، بحث از اجزاء و صحت و بطلان آن عمل مطرح است یا لزوم اجزاء و شرایط این تکالیف، ارشاد به جزئیات

و شرطیت که حکم وضعی است تعبیر می‌شود؛ اما این مباحث در این قسمت محل بحث نیست زیرا ذیل بحث از احکام تکلیفی از آنها بحث شده است و در واقع از آثار و نتایج همان حکم تکلیفی است.

در نهایت برای مقایسه و فهم بهتر نظریه مرحوم نائینی با دیگر اصولیان و توجه به دقت‌هایی که ایشان داشته است خاطر نشان می‌شود که دو نظریه در مقابل ایشان هست، برخی مثل مرحوم آخوند به طور کلی حدیث رفع را در احکام وضعی جاری می‌دانند و دلیل آن را ظهور صحیحہ بزنتی می‌داند، می‌گوید: «فالخبر دلّ علی رفع کلّ أثر تکلیفی أو وضعی کان فی رفعه منة علی الأمة، کما استشهد الإمام علیه السلام بمثل هذا الخبر فی رفع ما استکره علیه من الطلاق والصدقة والعتاق» (کفایه الاصول، ص ۳۴۰)؛ اما صاحب منتقی به طور کلی منکر جریان عناوین اضطرار و اکراه در احکام وضعی شده است و پنج دلیل را نیز بر آن اقامه می‌کند (منتقی الاصول، ج ۴، ص ۴۱۷). البته با توجه به اینکه تحقیق حاضر ناظر به نظریه مرحوم نائینی است تفصیل نظریات دیگر ذکر نخواهد شد اما اگر مطلبی مکمل یا معارض و نافی نظرات محقق نائینی باشد اشاره خواهد شد.

متن تحقیق

فروض مختلف عروض عناوین خمسہ بر احکام وضعی

مرحوم نائینی بعد از بحث از نحوه تعلق عناوین مرفوعه به احکام تکلیفی و شرایط رفع آن، بحث از عروض این عناوین بر احکام وضعی از جمله: عقود و ایقاعات و طهارت و نجاست را مطرح می‌کند. نظریه ایشان در دو مقام ارائه می‌شود، مقام اول، عروض عناوین پنج گانه بر اسباب است، دو قسم در این مقام قابل فرض است، قسم اول: عروض بر اصل سبب؛ قسم دوم: عروض بر اجزاء یا شرایط سبب؛ قسم اول نیز دو حالت می‌تواند داشته باشد، حالت اول: موجب ترک سبب شود؛ حالت دوم: موجب ایجاد سبب شود. مقام دوم عروض عناوین مذکور بر مسببات است، مراد از مسبب یعنی همان اثر متحقق مثل ملکیت و زوجیت و طهارت و نجاست است که در دو قسم بحث می‌شود، قسم اول: مسبب اعتباری که ما بازاء و حقیقتی در عالم خارج ندارند

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی ۱۰۷

مثل ملکیت و زوجیت؛ قسم دوم: مسببات تکوینی و واقعی مثل نجاست و طهارت.^۱ در ادامه بیان توضیح و تبیین هر یک از این اقسام و حکم آن و اشکالاتی که توسط اصولیان به آن وارد شده است اشاره خواهد شد.

مقام اول: عروض عناوین به اسباب

مقام اول بحث از احکام وضعی، عروض عناوین خمسه مثل اکراه، بر اسباب معاملات است، مراد از اسباب، سبب تحقق عقود و ایقاعات است که شامل مقومات عقد (ایجاب و قبول و وجود طرفین و قصد انشاء و مورد معامله) و شرایط صحت آنهاست.^۲ که دو قسم برای آن ترسیم شد؛ قسم دوم، صورتی بود که اصل سبب تعلق یابد مثلاً اکراه بر انجام یا ترک معامله‌ای صورت گیرد که دو حالت داشت در ابتدا موردی که عروض این عناوین باعث ترک سببی شود تبیین خواهد شد.

^۱ البته در فوائد بحث را در سه مقام تصویر کرده و مقام سوم را بحث از اثر مترتب بر مسبب قرار داده است لکن در تفصیل بحث، حکم این قسمت را در ضمن بررسی مقام دوم به صورت اجمالی بیان می‌کند و توضیح مستقلی و مفصلی درباره آن ارائه نمی‌دهد.

^۲ اکراه و اضرار و نسیان و خطا در سبب را صرفاً در باب معاملات مثال زده‌اند و در تفسیر آن تعبیر از «ایجاب و قبول» می‌کند و سخنی از اسباب احکام وضعی دیگر مثل طهارت و نجاست به میان نمی‌آورد «یقع فی الاسباب: الإیجاب و القبول» (فوائد، ج ۳، ص ۳۵۶)؛ درحالی‌که در برخی موارد مثل اسباب طهارت چه ظاهری (آب، زمین، آفتاب و غیره) چه باطنی (وضو، غسل، تیمم) جای این بحث هست و ظاهراً حکم آن در نظر مرحوم نائینی همان است که در مباحث اسباب عقود ذکر خواهد شد اما در برخی دیگر مثل اسباب نجاسات ظاهری (بول، غائط، خون، منی، سگ و غیره) و باطنی (حدث اصغر: دستشویی رفتن؛ حدث اکبر: احتلام) بحث فوق قابل طرح نیست زیرا اسباب آنها از طرفی بسیط و غیر مرکب است و از طرفی نسبت به هر یک از عناوین مرفوع اطلاق دارد و صرف تحقق آن در هر حالتی باعث تحقق حدث و خبث خواهد بود.

البته ایشان در مبحث فقره «مالا یعلمون» که بعد از اتمام مباحث عروض عناوین به احکام وضعی به تفصیل تبیین می‌کند، در سه قسم به بحث می‌پردازد که در قسم سوم، اسباب عقلی و شرعی (نجاسات و طهارات از اسباب شرعی هستند) و عقلایی و غیره را بررسی می‌کند، می‌گوید: «ثالثة: یکون فی المحصلات و الاسباب العقلية أو العادية أو الشرعية الاختراعية أو الإمضائية، كالشک فی اعتبار الغسلة الثانية فی التطهیر من النجاسة الخبثية، و كالشک فی اعتبار أن یکون المسح بیلة الوضوء - بناء علی أن تكون الغسلات و المسحات فی باب الطهارة الخبثية و الحديثة من المحصلات و الاسباب لا أنها بنفسها و بما هی هی متعلقات التكلیف، و كالشک فی اعتبار العربية و الماضوية فی العقد و نحو ذلك مما کان الشک فیما هو السبب و المحصل لمتعلق التكلیف أو الوضع.» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۶۰)

البته محل دیگری که مرحوم نائینی به تناسب به بحث از اسباب طهارت (وضو و غسل و تیمم) پرداخته است، در اثر مترتب بر مسببات تکوینی است یعنی نجاست و حدث را از جمله مسببات تکوینی دانسته که اثر مترتب بر آن، لزوم طهارت است، لذا ممکن است وجه مطرح نکردن آن در مباحث فوق در نظر ایشان، همین نکته باشد.

قسم اول: عروض عناوین به اصل سبب

حالت اول: عروض موجب ترک سبب به طور کامل

حالت اول عروض هر یک از عناوین این است که باعث ترک عقدی برآسه شود یعنی اصلاً سببی محقق نشود، مثلاً اگر به انجام ندادن بیعی صورت گیرد یا به صورت خطئی بیعی محقق نشود یا انعقاد عقدی را فراموش کند؛ مرحوم نائینی متعرض حکم این حالت در این بحث نشده است لکن با توجه به سخنان ایشان در تبیین «رفع» که در قسمت مبانی ذکر شد، ایشان قائلند: رفع همچون دفع در جایی فرض دارد که مقتضی شیء موجود باشد حال آنکه در فرض مذکور، هیچ چیزی تحقق نیافته و اصلاً موضوعی برای رفع وجود ندارد که حدیث رفع بخواهد آن را تصحیح یا ابطال کند؛ لذا جریان حدیث رفع در این مقام از باب سالبه به انتفای موضوع است و تصویر صحیحی برای جریان آن جا ندارد.

البته امکان ذاتی و وقوعی برای جریان حدیث رفع در این حالت هم هست به این صورت که گفته شود چون قصد شخص مضطر یا مکره و غیره تحقق فلان عقد بوده و بخاطر عروض این عناوین موفق به تحقق این سبب نشده لذا شارع به او امتنان کرده و تعبداً او را مانند کسی که سبب را آورده قرار داده است. لکن همانطور که گفته شد نهایت قدرت دلالت حدیث رفع در جایی است که مقتضی موجود باشد حال آنکه در این فرض چیزی تحقق نیافته است، ضمناً مطابق مبانی مرحوم نائینی اشکال اساسی‌تری نیز در این جا وارد است که ظاهر حدیث در مقام رفع است نه وضع، به عبارت دیگر حدیث مثبت چیزی نمی‌تواند باشد، ضمناً لازمه حکم فوق، تنزیل معدوم به منزله موجود است در حالی که حدیث رفع چنین دلالتی ندارد «حدیث الرفع» لا یتکفل تنزیل الفاقد منزلة الواجد و لا یشیت أمرا لم یکن» (فوائد، ج ۳، ص ۳۵۶)

حالت دوم: عروض موجب ایجاد سبب

حالت دوم عروض این عناوین به خود عقد (در مقابل اجزا و شرایط عقد)، حالتی است که موجب ایجاد سبب شود؛ مثلاً اگر شخصی به خاطر اضطرار یا اگر بیعی را منعقد کند یا به صورت

^۱ همان طور که ذکر شد حکم این حالت در عبارات مرحوم نائینی ذکر نشده اما با توجه به کلمات و مبانی ایشان در دیگر فقرات، حکم آن بیان شد.

خطئی معامله‌ای از کسی صورت گیرد؛ هر چند مرحوم نائینی متعرض این صورت نیز نشده است لکن علی القاعده و مطابق مبنی در این حالت چون مقتضی برای رفع موجود است زیرا عقدی اکرایی و امثال آن، منعقد شده است اثر آن عقد باید مرتفع گردد، لکن عروض عناوین در این حالت با موانع و اشکالاتی مواجه است که ذکر خواهد شد.

عنوان اضطرار: در صورتی که شخصی از باب اضطرار اقدام به معامله‌ای کند، رفع اثر معامله در این حالت مخالف امتنان است زیرا شخص مثلاً نیاز به غذا یا وسیله گرمایشی داشته و به اضطرار مقدار زیادی پول برای آن داده است یا وسیله مهمی را بخاطر نیاز به ضروری به پول فروخته است حال اگر این معامله باطل گردد، ملکیتی برای شخص حاصل نخواهد شد و حرمت تصرف در آن عوض خلاف امتنان به اوست. لذا عنوان اضطرار در این حالت جریان ندارد.^۱

عنوان اکراره: در صورتی که شخصی بخاطر اکراره دیگری معامله‌ای را منعقد کند، ظاهراً رفع اثر معامله موافق امتنان است و با رفع تشریحی این سبب محقق شده، بی اثر می‌شود. لکن اشکالی از صاحب منتقی وارد شده است می‌گوید: ادله عام معاملات مثل «تجاره عن تراض» آن را مقید به عدم اکراره کرده است لذا به بیانی که در تبیین محل نزاع گذشت این موارد از شمول حدیث رفع خارج است (منتقی الأصول، ج ۴، ص ۴۱۷).^۲ در جواب می‌توان گفت: اولاً چرا ادله دیگر را مقدم بر حدیث رفع می‌کنید؟ چه ایرادی دارد که چند دلیل مختلف بر مطلبی به بیان مختلف دلالت کند.^۳ ثانیاً ممکن است برخی در معاملات اکرایی، رضایت و تراضی را محقق بدانند، یعنی شخص مکروه

^۱ البته بحث مهمی در اینجا مطرح است که اضطرار شخص به مسبب بوده نه سبب، یعنی شخص نیازمند به تملک آن عوض بوده نه مضطر به ایجاب و قبول و تحقق سبب؛ لذا معمولاً اضطرار به سبب تحقق ندارد و این موارد از بحث خارج است. در مقابل گفته شده که در اسباب تولیدی، اقدام به سبب همان اقدام به مسبب است اگر کسی برگه‌ای را در آتش بیندازد فعل سوزاندن برگه را به او استناد می‌دهند با اینکه آتش سوزاننده است در معاملات مضطر نیز اضطرار عرفاً به خود معامله لحاظ می‌شود و هنگامی که در اثر معامله رفع اضطرار کرد در نظر عقلاء خود عاقد رافع اضطرار شناخته می‌شود نه عقد.

^۲ کما أنه لا جدوی فی إثبات شمول رفع الإکراره للمعاملات المالية کالبيع، لما علم من الأدلة بتقيد الصحة فیها بصورة عدم الإکراره وطيب النفس والرضا؛ فالصحة منتفیه فی صورة الإکراره لتلك الأدلة. (منتقی الأصول، ج ۴، ص ۴۱۷).

^۳ به بیان استاد نجفی بستان، با توجه به اینکه عموماً معاملات مثل «تجاره عن تراض» که دلیل اولی است صحت معاملات را مقید و مشروط به رضایت کرده است مطابق همان مبنایی که در تحریر محل نزاع ملتزم شدیم دیگر مجالی برای جریان حدیث رفع به لحاظ اکراره نمی‌ماند؛ به عبارت دیگر وقتی در دلیل اولی که رتبه اش مقدم است قید رضایت لحاظ شد دیگر نوبت به دلیل ثانوی که در رتبه متاخر است نمی‌رسد.

با توجه به شرایط پیش آمده و موقعیتی که گرفتارش شده به آن معامله رضایت داشته باشد لذا شرط رضایت محقق شده باشد اما شرط دیگر که اجباری و اکراهی بودن معامله است منتفی باشد و از این باب، معامله با مشکل روبرو باشد^۱.

عنوان خطا و نسیان: وقوع معامله خطایی یا نسیانی به صورت مختلفی می‌تواند باشد، مثلاً می‌خواسته اجاره کند بیع کرده یا می‌خواسته اصلاً معامله نکند به اشتباه معامله کرده است یا اینکه می‌خواسته صرفاً مقدماتی را محقق کند مثلاً قولنامه‌ای یا تفاهم نامه را منعقد کند لکن خود عقد را منعقد کرده و امثال آن. بنظر می‌آید اکثر فروض قابل تصویر در این حالت، رکن اساسی و مقوم عقد که قصد انشاء صحیح و مطابق به مقصود است را ندارد لذا مانند جایی است که اصلاً معامله‌ای منعقد نکرده و بطلان آن از همین ناحیه است و نوبت به جریان حدیث رفع نمی‌رسد.

عنوان ناتوانی: تحقق این عنوان در این حالت تصویر ندارد، زیرا ناتوانی دلیل بر نیاوردن یک شیء می‌شود و حال اینکه در اینجا، بحث از محقق کردن سبب به دلیل عروض یکی از عناوین مذکور است.

قسم دوم: عروض عناوین به اجزاء و شرایط سبب

قسم دوم، عروض عناوین پنج گانه به اجزاء و سبب معاملات است؛ مثلاً اکراه شدیم بر اینکه معامله را به صورت فارسی بیاوریم، بنابر این مبنا که عربی بودن را شرط صحت معامله بدانیم. یا اینکه چیزی را ترک کنیم، فرض کنید که در معاملات لفظ را شرط می‌دانیم و اکراه شدیم بر ترک لفظ که با اشاره این را انجام دهیم که معاطات می‌شود و علی‌الفرض ما معاطات را مصداق معامله نمی‌دانیم، کما اینکه مبنای برخی بوده است.^۲ مرحوم نائینی قائل به عدم جریان حدیث رفع در

^۱. مراد از این اشکال، حصول رضایت و شوق عقلی با محاسبه میزان خطر ناشی از اکراه است؛ به عبارت دیگر در صورت نبود اکراه، شخص راضی به معامله نمی‌شد اما بخاطر اکراه و رفع آن راضی شده است، به تعبیر مرحوم اصفهانی، شوق عقلی محاسبه گرانه وجود دارد (حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۴۱)؛ لذا ممکن است کسی بگوید همین مقدار از شوق، شرط رضایت را حاصل کند و «تجاره عن تراض» بیش از این دلالت ندارد؛ در این صورت حدیث رفع، علاوه بر رضایت، عدم اکراه را نیز شرط دانسته و در این جا به لحاظ اکراهی بودن، حکم صحت معامله رفع می‌شود.

^۲. ممکن است به ذهن بیاید که این قسم نیز می‌تواند دو صورت داشته باشد، زیرا همچنان که عروض عناوین می‌تواند موجب ترک اجزاء یا شرایط باشد موجب ایجاد آنها نیز باشد، مثلاً بخاطر اکراه کسی مجبور شود معامله را به عربی بخواند یا اینکه قصد می‌خواسته فارسی منعقد کند (بنا بر شرطیت عربیت). ظاهراً حکم این صورت جای بحث ندارد و اتیان این شرایط،

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی ۱۱۱.

این قسم است؛ زیرا حدیث رفع بر تروک تطبیق نمی‌شود و لسان رفع دارد نه وضع؛ ضمناً ترک را قلب به وجود نمی‌کند.

ایشان می‌گویند: حدیث رفع، معامله‌ای را که به فارسی الفاء شده است، فارسیت آن را رفع نمی‌کند و نمی‌گوید که این معامله عربی واقع شده است تا تصحیح شود «فان رفع العقد الفارسی لا یقتضی وقوع العقد العربی و لیس للعقد الفارسی اثر یصح رفعه بلحاظ رفع اثره» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۷) یعنی اگر برای معروض (عقد فارسی) اثر خاصی در شرع بود قابل رفع بود مثلاً اگر عقابی بر آن بود یا ضمانتی برای شخص ایجاد می‌کرد این اثر، مرفوع می‌شد در حالیکه در اینجا بدنبال اثبات اثر عقد عربی (صحت) هستیم حال آنکه عربیت اتیان نشده و حدیث رفع، عدم را تبدیل به وجود نمی‌کند. همینطور است در نسیان و اکراه و خطا و ناتوانی؛ بنابراین، در ترک جزء و شرط ناشی از این عناوین، حدیث رفع بر اسباب تطبیق نمی‌شود.

باید توجه داشت که ترک اجزاء و شرایط بخاطر عروض عناوین مذکور، نباید مخل به مقومات عقد باشد، مثلاً اگر صبی غیر ممیز را مجبور به انعقاد قراردادی کنند، بخاطر نبود قصد انشاء اصلاً عقدی صورت نگرفته برای بحث از جریان براءت وجود ندارد، زیرا اصلاً مقتضی برای رفع وجود ندارد و عدم جریان بخاطر عدم وجود موضوع است؛ لذا ابتدا باید عقد ولو به مفهوم عقلایی و عرفی آن تحقق بیاید (قصد انشاء، وجود طرفین، مورد معامله) بعد در صورت فقدان جزء یا شرط مسبب از عناوین مرفوع، بحث فوق پیش بیاید.

اشکال محقق عراقی: وجود تشریحی فساد و امکان رفع آن

محقق عراقی به استدلال فوق اشکال می‌کند و قائل است در مقام، وجود تشریحی داریم که بتوان آن را رفع کرد لذا تالی فساد مذکور (تتزیل الفاقد منزلة الواجد و لا یتبیت امر لم یکن) رخ نخواهد داد؛ ایشان وجود تشریحی را همان صحت و فساد می‌دانند؛ این جزء و شرط، وجود

مشروط به التفات به شرط بودن آنها نیست لذا شکی در صحت این معاملات نخواند بود و صحت آن نیز از باب اتیان سبب بتمامه است نه از باب جریان حدیث رفع؛ البته اگر در فرضی، عروض این عناوین، مخل به یکی دیگر از شروط عقد شود مثلاً قصد صحیح را منتفی کند مثلاً معامله مالم بقصد شود از باب خلل در آن شروط معامله دچار مشکل خواهد بود و ظاهر حتی کسانی که در باب ترک اجزاء سبب، قائل به جریان حدیث رفع‌اند در این موردی که ترک، مستقیماً مستند به ترک نیست معامله مصححی نخواهد داشت.

تشریحی دارد، زیرا وجود تشریحی این است که اثر داشته باشد در فرض بحث با عروض عناوین و ترک اجزاء و شرایط، مقتضای حدیث، ارتفاع این اجزاء و شرایط از صفحه شریعت است، لذا عقد فاقد شرط عربیت که فاسد است به مقضای روایت، شارع این شرط را ملغی کرده و نخواسته است؛ در نتیجه وجود تشریحی فساد که مترتب بر عقد فاقد جزء است برای جریان رفع کفایت می‌کند و از ارتفاع آن، نقیض آن (صحتی که بر اجزاء و شرایط مترتب است) حاصل می‌گردد.

می‌گوید: «أن مرجع رفع المضطر إليه إذا كان من التروك، خلو صفحة التشريع عن مثله، ومآله إلى خروج هذا الترك عن حيز تشريع الجاعلية، ولزام تطبيقه على عدم العربية الموجبة لتشريع الفساد به بملاحظة دخل نقیضه فی الصحة هو أن هذا العدم، ما شرع فی مورده الفساد

الملازم لعدم كون نقیضه دخیلاً فی الصحة» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۷)

جواب: عدم جریان حدیث رفع در آثار عقلی و انتزاعی

ایراد توجیه محقق عراقی این است که وجود تشریحی که تصویر کرده‌اند امری انتزاعی است که جعل و رفع آن به دست شارع نیست در حالی که مطابق نظر محقق نائینی، شرط اساسی جریان رفع، شرعی بودن اثر بود. با دقت در نظر آقا ضیاء دو وجه می‌توان برای آن تصور کرد؛ یک: اینکه مرادشان از وجود تشریحی، همان جزئیت و شرطیت امر متروک است مطابق این فرض با رفع این شرطیت و جزئیت، سبب فاقد آنها تام الاجزاء و الشرایط خواهد بود و به خودی خود صحت بر آن بار می‌شود؛ اما رد این تصویر مطابق نظر محقق نائینی در مبنای سوم واضح است، زیرا هر چند خود شرط و جزء مجعول شرعی است لکن جزئیت و شرطیت آن در ضمن مأمور به، امری انتزاعی عقلی است، ضمناً اساساً جزئیت و شرطیت معروض عناوین مذکور نیستند بلکه جزء و شرط‌اند که معروض‌اند لذا رفع جزئیت و شرطیت بلاوجه است. دو: اگر مرادشان از وجود تشریحی، فساد و صحت باشد، در مبنای سوم اشاره شد که اینها آثار عقلی‌اند و قابل رفع و جعل شرعی نیستند.

اشکال استاد صادق آملی لاریجانی

استاد لاریجانی قائل است در این قسم (عروض عناوین موجب ترک جزء یا شرط) حدیث رفع تطبیق می‌شود؛ زیرا مطابق مبنای ایشان، مفاد «حدیث رفع» انشاء رفع است به داعی رفع

جمیع آثار؛ رفع انشائی قلیل المؤمنه است و چون انشاء و ایجاد آن توسط منشی است نه امری حقیقی و تکوینی، در هر جا می‌توان ادعای انشاء کرد و تحقق آن مشروط به چیزی نیست البته استعمال عرفی آن دو شرط دارد؛ یک: این انشاء باید مصحح داشته باشد یعنی ثمره و اثری داشته باشد. دو: با الفاظی ایجاد شود که مؤانست و قرابت عرفی با منشأ داشته باشد.

در محل بحث نیز هر دو شرط موجود است زیرا رفع دلالت بر برداشتن انشائی در مقابل تکوینی دارد و استعمال این لفظ برای رفع انشائی، امری عرفی است ضمناً اثر این فقدان انشائی جزء یا شرط، فساد است. مثلاً شرطی مانند عربیت در سبب معاملی؛ اگر اضطرار به فارسی بودن واقع شد، اثر ترک شرط، فساد است؛ لذا مطابق روایت، ترک برداشته می‌شود تا فساد برداشته شود؛ درست است که فساد و صحت مجعول نیستند، ولی امر وضع و رفع آن‌ها به دست شارع است. به این طریق که شارع، رفع این امر عدمی (ترک جزء و شرط) را انشاء می‌کند به داعی رفع همه آثار، و آثار هر آن چیزی است که وضع و رفع آن به دست شارع است؛ به عبارت دیگر، شارع اگر در سبب، آن نقص (جزء متروک) را بردارد، یعنی اشتراط به عربیت را برداشته است، و در این صورت، فساد مرتفع می‌شود. بنابراین، در اسباب جریان حدیث رفع، کاملاً تصویر دارد و اطلاق حدیث رفع آن را شامل می‌شود. (خارج اصول، ج ۲۰۳)

نقد و بررسی: نکته اساسی مورد تاکید استاد لاریجانی، تفسیری است که از رفع انشائی در مقام رفع واقعی و تشریحی و تعبدی و تنزیلی ارائه می‌دهد، ایشان مکرر بیان داشتند که هر چیزی قابل انشاء هست شما می‌توانید آب انشائی، خاک انشائی و هر چیزی را داشته باشید، انشاء به دست منشی است حتی می‌توان برای انشاء بیع از لفظ آجرت یا سمعت استفاده کرد و قصد انشاء بیع از آن داشت لکن دو شرط مذکور در فوق مصحح استعمال عرفی است، یعنی برای بیع انشائی، عرف از لفظ بیع استفاده می‌کند و الفاظی مانند اجاره و سمع در این مقام منافرت عرفی دارد. ثانیاً این انشائی که انجام می‌دهیم باید دارای اثر باشد مثلاً بیع دارای اثر تملیک و تملک و تعهدات مترتب بر آن است. لذا بخلاف مرحوم عراقی که بدنبال تصویر وجود تشریحی (فساد یا شرطیت) بودند تا رفع تشریحی قابل تحقق شود، مطابق مبنای استاد اصلاً نیازمند این تکلفات نیستیم و انشاء بر تکوینیات قابل صدق است و در اینجا انشاء رفع امر متروک می‌شود که اثر آن، رفع فساد و اثبات صحت است.

لکن اشکال مبنایی و بنائی به بیان ایشان وارد است؛ اول اینکه ادعا می‌شود انشاء قلیل المؤمنه است لذا بر هر چیزی و در هر چیزی قابل تحقق است عقلایی نیست، چه اینکه بالوجدان مشاهده می‌کنیم امور انشائی منحصر در موارد خاصی است که در اصول و بلاغت و ادبیات به آن اشاره می‌شود، مثلاً امر و نهی و تمنی، دعا، نداء و غیره و همچنین معاملات؛ اینگونه نیست که برای هر چیزی وجود انشائی تصور شود برای آب و دیوار و حیوانات و نباتات و غیره!!! این حقایق انشائی ممکن است با فعل تحقق بیابند یا در قالب الفاظ خاص، البته به نظر حقیر اینگونه نیست که صرفاً از باب قرابت و مؤانست عرفی، هر انشائی متوقف بر لفظ خاصی باشد بلکه اساساً شرط تحقق چنین انشائهایی بوسیله لفظ، اداء الفاظ مخصوصه است و با غیر آن اصلاً تحقق نمی‌شود. اشکال بنائی نیز این است که حتی اگر بپذیریم رفع انشائی نیازمند وجود تشریحی نیست و بر هر چیزی حتی تکوینیات قابل صدق است باز در مقام، اصلاً چیزی وجود ندارد، و ترک جزء که امر وجودی تکوینی نیست که بخواهید بر ارتفاع آن اثر و ثمره بار کنید.

نظر محقق عراقی: عدم جریان حدیث بخاطر امتنانی نبودن

محقق عراقی هر چند ایراد مرحوم نائینی برای جریان نداشتن رفع در ترک اجزاء و شرایط را نپذیرفت، لکن بخاطر اشکال دیگری خودشان نیز قائل به عدم جریان این روایت در این مقام شدند؛ ایشان می‌گویند: لازمه جریان حدیث، رفع فساد معامله و صحت آن است و اثر صحت، وجوب تکلیفی عمل به تعهدات و مفاد قرارداد است حال اینکه این وجوب، کلفت و خلاف امتنان است؛ لذا با توجه به امتنانی بودن روایت، در این قسم حدیث رفع جاری نمی‌شود. (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۷).

جواب این است که ممکن است در هر امتنانی، یک سری کلفت‌هایی بر گردن شخص هم بیاید، یقیناً کسی که معامله‌ای با سود فراوان انجام می‌دهد باید به تعهدات و مفاد آن نیز عمل کند، لذا بر ناسی یا مخطی یا مضطر اجزاء و شرایط یک معامله بدون لحاظ عوامل دیگر، صحت معامله امتنانی است و غرض او که انجام معامله بوده محقق می‌کند.^۱

^۱ البته باید توجه داشت مطابق نظر اکثر اصولیان، همین که خلاف امتنانی از جریان حدیث رفع رخ ندهد کفایت می‌کند و مراد از امتنانی بودن حدیث رفع را همین مقدار دانسته‌اند نه اینکه امتنانی در جریان آن باشد، مثلاً ممکن است برای شخصی، صحت معامله‌ای که شرط آن را فراموش کرده بود تأثیری نداشته باشد یعنی نه سود نه ضرری متوجه اش شود، اما همین که جریان حدیث در این مورد خلاف امتنان نباشد از این حیث دارای مشکل نخواهد بود.

مقام دوم: عروض عناوین خمسه بر مسببات

مقام دوم بحث از احکام وضعی، مصب و محل عروض عناوین بر مسببات است، که در دو قسم بحث می‌شود؛ یک: گاهی مسبب امری اعتباری اصیل است، مانند زوجیت و ملکیت، مثلاً کسی اکراه می‌شود که ملکیت ملکش را به مکره بدهد (فرض این است بدون اینکه سبب انتقال ملکیت را محقق کند). دو: گاهی مسبب عبارتست از امور واقعی است مانند طهارت و نجاست، مثلاً کسی به اشتباه بدنش با نجاست ملاقات کند. نظریه ایشان در هر یک از دو قسم به تفصیل ذیل است.

قسم اول: مسبب اعتباری (مجموعات اصالی)

قسم اول از مسببات، مسبب اعتباری است، مثل ملکیت و زوجیت و رقیب از احکام وضعی که شارع آنها را امضاء کرده است^۱. مطابق نظر مرحوم نائینی، حدیث رفع در این موارد قابلیت جریان دارد؛ زیرا وضع و جعل آنها بذاته است و شارع مستقلاً آنها جعل می‌کند لذا از اموری هستند که جعل و رفع آن به دست شارع است و مقتضی جریان رفع در آنها هست، می‌گوید: «فهو بنفسه مما تناله يد الوضع و الرفع التشريعی، علی ما هو الحق عندنا: من أن هذا القسم من الأحكام الوضعية مستقل بالجعل و ليس منتزعا من الأحكام التکلیفیه» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۷).

لذا اگر بر فرض کسی مجبور شد بر اینکه عینی (مال خودش یا دیگری) را به ملک دیگری در آورد بدون اینکه عقدی را جاری کند (زیرا اکراه بر سبب نشده بود) مطابق حدیث رفع، این ملکیت یا زوجیت اکراهی محقق شده مرتفع می‌شود. با رفع مسبب، آثاری که بر مسبب مترتب می‌شده نیز رفع می‌شود، مثل حرمت تصرف؛ البته روشن است که رفع این آثار بخاطر انتفای موضوع آن که ملکیت است می‌باشد نه اینکه مستقیماً حدیث رفع آنها را مرتفع کند زیرا مطابق فرض عناوین خمسه بر این احکام و آثار عارض نشده بود، ایشان دفع دخل می‌کند: «لا أقول: إن

^۱ برخلاف نظر برخی اصولیان مثل مرحوم شیخ انصاری اصولی که همه احکام وضعی مانند جزئیت و شرطیت را مجعول اصالی نمی‌دانند بلکه منتزح از احکام تکلیفی می‌دانند.

الرفع تعلق بالآثار، بل تعلق بنفس المسبب، لأئنه بنفسه ممّا تناله يد الرفع، و لكن رفعه يقتضى

رفع الآثار، لارتفاع العرض بارتفاع موضوعه» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۸).

اما خودشان اشکال می‌کنند که از نظر کلی و کبروی این سخن تمام است لکن در مقام خارج و عالم واقع، مصداقی و صغریایی که معمولاً اتفاق می‌افتد عروض عناوین بر اسباب است؛ اکراه و خطأ و امثال آن بر این است که مکره و مخطی، سبب را محقق می‌کند. می‌گوید: «ولکن فرض وقوع المسبب عن إكراه و نحوه فی غاية الإشکال، فان الإكراه إنما يتعلق بإيجاد الأسباب» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۸).

اشکال محقق عراقی: مغایرت امر به مسبب با امر به سبب

مرحوم عراقی قائل به جریان حدیث رفع در این قسم هست و در رد ایرادی که محقق نائینی به خودشان وارد کردند (اشکال در تحقق خارجی امر به مسبب اعتباری) می‌گوید: امر به مسبب بازگشت به امر به سبب نمی‌کند، ظاهراً مبنای ایراد فوق را عینیت امر به مسبب با امر به سبب لحاظ کرده است؛ لذا با توجه به اینکه محقق نائینی مدعی است که هم عرفاً و هم لبّاً، امر به مسبب تولیدی امر به سبب آن است (فوائد الاصول، ج ۱، ص ۱۶۹)، در اینجا منکر تحقق خارجی امر به مسبب شده است.

نقد و بررسی: مرحوم نائینی در کلامشان استدلال صریحی در بیان چرایی محقق نشدن این قسم بیان نداشتند. صرفاً گفتند: «فی غاية الإشکال»، اما از احتمالاتی که می‌توان در تبیین مرادشان استفاده کرد همین مبنایی است که مرحوم عراقی به آن اشاره دارد، یعنی در مثل بیع و نکاح بر فرض اگر کسی را هم مجبور کنند بر مسبب از اینها (همان ملکیت و زوجیت) از نظر عرفی همان اجبار به تملیک و تزویج است، و امتثال و رهایی از این اکراه به وسیله انجام سبب

۱. مثلاً وقتی کسی امر کند کاغذی را در آتش بیندازیم، این امر به سبب است، دستور او به سوزاندن یا سوخته شدن آن کاغذ نیز امر به سبب است عرفاً و لبّاً؛ یعنی این مسبب تولیدی (سوزاندن و سوخته شدن) فعل ماست و عرفاً مستند به کسی است که آن سبب را محقق کرده و آن را در آتش انداخته است. این نظریه در مباحث مختلفی اثر گذار است و صرف بحث علمی نیست، از جمله در جریان اشتغال هنگام شک در اجزاء و شرایط وضو بنا بر اینکه امر به طهارت عین امر به وضو و غسل بازگشت کند یا اینکه تمسک به اطلاق احل الله البیع هنگام شک در اجزاء و شرایط بیع.

حاصل می‌شود لذا در واقع به حالت دوم مقام اول (عروض عناوین موجب ایجاد سبب) بازگشت می‌کند که حکم عروض هر یک از عناوین در آنجا بررسی شد.

اما کسانی که بین امر به مسبب و سبب خصوصاً در باب معاملات، قائل به تفکیک‌اند، به این بیان که مسبب در عقود را امری اعتباری بین طرفین یا عقلایی یا شرعی می‌دانند (ملکیت معتبر نزد متعاقدين یا العقلاء یا شرع)، در این صورت امر به سبب (ایجاب و قبول) غیر از امر به مسبب است و مانند مسببات تولیدی نخواهد بود که لاجرم بر اسباب خود مترتب می‌شوند، بر خلاف نظر برخی که در معاملات اسباب را به معنی انشاء و مسبب را به معنی منشأ معنی کرده‌اند که مانند ایجاد و وجود تفاوتشان صرفاً اعتباری است و مطابق این تصویر امر به مسبب همان امر به سبب است^۱؛ در نتیجه مطابق تصویر اول، انفکاک بین سبب و مسبب تصویر دارد و مرحوم عراقی مطابق همین مبنی قائل است که در این قسم نیز بحث از جریان حدیث رفع بجاست.

در جواب می‌توان گفت اشکالی که حتی بنا بر تفکیک سبب از مسبب در این قسم وارد است این است که عناوین مذکور، در مقام تحقق و وقوع، معمولاً بر اسباب واقع می‌شوند نه اینکه امکان عروض آنها بر مسببات نباشد یا اینکه بر مسبب عارض شوند و طبق مبنی آن را حمل بر سبب کنیم، بلکه اساساً بر مسبب واقع نمی‌شود، یعنی کسی که مرتکب خطا یا فراموشی یا اضطراب در مقام می‌شود در اجزاء یا شرایط عقد است نه اینکه به اشتباه ملکیتی را خود بخود بدون لحاظ عقد ملتزم شود، بلکه اشتباه ناشی از این بوده که فکر می‌کرده یا یادش رفته که عقدی مملک در سابق محقق شده است. در اکراه نیز مکره، مخاطب را مجبور به تملیک از راه اسباب آن می‌کند نه اینکه به تحقق اعتبار عقلایی یا شرعی ملکیت اجبار کند چرا که واضح است تحقق این اعتبار، به دست مکره نیست.

تبیین استاد لاریجانی: تعلق اضطراب و اکراه و ناتوانی به افعال

از جوهی که در تبیین چرایی واقع نشدن این قسم می‌توان بیان کرد این است که عناوین اکراه و اضطراب و ناتوانی بر افعال عارض می‌شوند حال آن که محقق نائینی، مسبب را در این قسم

^۱ کسانی مثل صاحب هدایه المسترشدين و مرحوم شیخ به نقل از مرحوم خوئی که قائل‌اند مسبب در معاملات، امری تکوینی و واقعی از باب مقوله جده و اضافه یا امری انتزاعی است نیز تفکیک سبب از مسبب در معاملات را پذیرفته‌اند لکن مطابق این تفسیر، حکم این قسم نیز داخل در قسم بعدی که مسبب واقعی است خواهد شد.

اموری مانند: ملکیت و زوجیت می‌دانستند که فعل نیستند بلکه به تعبیر استاد، مصدر انتزاعی‌اند از اعتباری که عقلاً انجام می‌دهند به صورت قضیه حقیقیه روی موضوعی که عبارت باشد از انشاء ایجاب و قبول از جانب متباینین؛ لذا عروض این عناوین بر این اعتبارات تحقق خارجی ندارد بلکه بر سبب آنها عارض می‌شود، البته عروض نسیان و خطا بر این موارد عرفی و عقلایی است لذا صرفاً این توجیه مختص عناوین سه گانه فوق خواهد بود.

در ادامه استاد لاریجانی اشکال می‌کنند که مسبب را نباید ملکیت و زوجیت و مانند آن، معنی کرد، مسبب در معاملات همان افعال تسبیبی تملیک و تزویج و امثال آن است؛ ایشان می‌گویند: همان طور که مرحوم اصفهانی قائل است در معاملات دو گونه فعل داریم که به متعاقدین منتسب می‌شود، فعل مباشری و فعل تسبیبی، ایجاب و قبول، فعل مباشری متعاقدین است و تملیک، فعل تسبیبی و تولیدی آنهاست و عرفاً هر دو فعل به متعاقدین منتسب می‌شوند (حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۷۴ ف). لذا تحقق اکراه و اضطرار بر سبب به اکراه بر ایجاب و قبول (فعل مباشری) است و تحقق اکراه بر مسبب به اکراه بر تملیک و تزویج است، لذا عروض عناوین سه گانه در اینجا فرض دارد و متحقق است و جریان حدیث رفع بدون اشکال است. (خارج اصول، ج ۲۹۳)

بنظر نگارنده، بنا بر تفسیر استاد لاریجانی ایراد محقق عراقی وارد می‌شود، زیرا اگر مسبب را همان افعال تولیدی مثل تملیک و تزویج معنی کردید در واقع عروض عناوین بر آنها بازگشت به عروض عناوین به اسباب می‌کند و بحث مبنایی مذکور (امکان تفکیک اسباب از مسببات در معاملات) مطرح خواهد شد لکن همانطور که ذکر شد ظاهر کلمات مرحوم نائینی اشکال در وقوع این قسم است که بر فرض اکراهی بر تحقق ملکیت واقع شد حکم آن چیست؛ ضمناً این تفسیر همچنان که خود استاد اقرار دارند در خطا و نسیان جریان ندارد.

قسم دوم: مسبب واقعی (تکوینی)

قسم دوم محل بحث در مسبب، مسبباتی مانند طهارت و نجاست است بر این اساس که امور واقعی و تکوینی باشند که کشف عنها الشارع. مرحوم نائینی می‌فرماید: حدیث رفع در خود این امور، جاری نمی‌شود؛ زیرا بنا بر این مبنی که امور واقعی هستند امر وضع و رفع آنها به دست شارع نیست که شارع آن را و لو تشریفاً مرتفع کند بلکه وجود و عدم آنها وابسته به تحقق حقیقی و خارجی آن از طریق اسباب اش است، می‌گوید: «لأنَّه من الأمور التکوینیة و هی تدور مدار

وجودها التکوینی متى تحققت و وجدت، لا تقبل الرفع التشريعی، بل رفعها لا بد و أن يكون من

سنخ وضعها تکویناً» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۸).

در ادامه می‌گوید: نسبت آثاری که مترتب بر این مسببات تکوینی هستند با توجه به اینکه آثاری شرعی هستند مقتضی برای جریان حدیث رفع موجود است. «نعم: یصح أن يتعلق الرفع التشريعی بها بلحاظ ما رتب علیها من الآثار الشرعیة.» (همان). لذا اثر شرعی عروض عناوین موجب نجاست (مثلاً کسی به اجبار یا اضطرار یا اشتباهاً بدنش نجس شود)، که وجوب تطهیر و غسل (شستن) است و اثر شرعی عروض عناوین موجب جنابت، که وجوب غسل است با توجه به اینکه امری و جوی شرعی هستند قابلیت رفع دارند، لکن بخاطر وجود مانع، حدیث رفع نمی‌تواند در آنها جریان یابد؛ زیرا ادله وجوب تطهیر (چه باطنی چه ظاهری) اطلاق دارد و تحقق نجاست خبثی و حدنی مطلقاً از هر طریقی ولو اکراهی و اضطراری و خطائی موجب لزوم تطهیر است، می‌گوید: «فإنَّ الغسل و التّطهیر أمران وجودیان قد أمر الشارع بهما عقیب الجنابة و النجاسة مطلقاً، من غیر فرق بین الجنابة و النجاسة الاختیاریة و غیرها» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۸).

اشکال اول محقق عراقی: حاکمیت حدیث رفع بر اطلاقات ادله دیگر

محقق عراقی می‌گوید توضیحی که محقق نائینی برای عدم شمول حدیث رفع نسبت به آثار مسببات تکوینی بیان می‌کند صحیح نیست، اینکه بخاطر اطلاق ادله وجوب طهارت، رفع التشريعی در آنها جریان نیابد ایراد دارد؛ زیرا تمام مواردی که حدیث رفع را تطبیق می‌کنیم، قضیه از همین قرار است که نسبت به عروض عناوین اطلاق دارد؛ در تمام فقرات، در تمام شبهات حکمی و موضوعی و احکام تکلیفی قضیه اینطور است که اطلاق ادله اجزاء و شرایط، وجوب را برای ظرف اضطرار و غیر اضطرار و اکراه و غیر اکراه ثابت می‌کند، آنگاه دلیل حدیث رفع به حکومت یا تخصیص، آن‌ها را برمی‌دارد؛ پس اطلاق ادله آثار مسببات نمی‌تواند مانع جریان حدیث رفع باشد بلکه اقتضاء جریان حدیث رفع را محقق می‌کند چرا که در صورت تقیید این

^۱ در نحوه رابطه حدیث رفع با ادله احکام دیگر اختلاف است که به نحو تخصیص است یا حکومت، لکن نظر مشهور همچنان مرحوم نائینی بر حکومت است.

ادله به وجود یا عدم هر کدام از عناوین، دیگر جای بحث از حدیث رفع نخواهد بود، می‌گوید: «فإن الأمر فی کل مورد یشمله «الحدیث» باطلاق دلیله شامل لصورة الاختیار والاضطرار، وبالاضطرار أو الإكراه یرتفع.» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۸).

نقد و بررسی: به نظر نگارنده این اشکال به محقق نائینی وارد نیست زیرا همانطور که در محل نزاع تبیین شد در جایی عروض عناوین بر احکام قابلیت بحث دارد که ادله احکام معروض، لایشرط نسبت به این عناوین باشند و گرنه در صورت تقید به وجود یا عدم این عناوین، موضوعاً از شمول حدیث خارج‌اند. در اطلاقات نیز با تأمل متوجه می‌شویم دو حالت می‌تواند داشته باشد؛ یک: اطلاق ناشی از سکوت و عدم بیان قیود لفظی و لبی منفصل و متصل است در این صورت، یقیناً حدیث رفع به صورت بیان منفصل جلوی آن اطلاق را می‌گیرد و حاکم بر آن ادله خواهد بود. دو: اطلاق ناشی از بیان صریح لفظی چه به صورت متصل چه به صورت منفصل است، مثلاً در مفاد ادله وجوب تطهیر آمده باشد چه اضطراراً چه اختیاراً نجس شدی یا جنب شدی تحصیل طهارت کن یا با دلیل منفصلی این اطلاق تصریح شود؛ این مورد با اطلاق مصطلح که ناشی از سکوت و مقدمات حکمت است تفاوت دارد بلکه تصریح شارع و معتبر است به اینکه هر دو حالت را در حکمش لحاظ کرده است و به نظر می‌آید همانطور که مرحوم نائینی فرمودند حدیث رفع، شامل این موارد نمی‌شود.

جواب دیگری استاد لاریجانی به ایراد محقق عراقی داده‌اند، گفته‌اند: ممکن است مراد مرحوم نائینی این باشد که دلیل قطعی خارجی در مقام جلوی جریان حدیث رفع را می‌گیرد، یعنی خارج از ادله وجوب تطهیر از جای دیگری علم داریم که قطعاً شامل موارد اکراه و اضطرار و غیره می‌شود؛ لذا حدیث رفع تمام آثار را رفع می‌شود، مگر آنکه دلیل قاطعی در کار باشد که ولو در ظرف اضطرار و نسیان، اثر مرفوع نیست، برای مثال در باب غُسل عند الجنابة اجماع داریم که وجوب غسل مرتفع نمی‌شود ولو بالاضطرار باشد، یا در باب تطهیر در ملاقات شیء نجس با بدن، ولو بالاضطرار باشد، اجماع قطعی داریم که باید تطهیر کرد.

اما به نظر نگارنده این تحلیل با ظاهر کلمات مرحوم نائینی سازگار نیست و ایشان سخنی از دلیل قطعی خارجی به میان نیاورد بلکه تمسکشان به اطلاق بود. «فإن الغسل و التطهیر أمران

بازپژوهی چالش‌های نظریه مرحوم نائینی در شمول حدیث «رفع» نسبت به احکام وضعی ۱۲۱

وجودیان قد امر الشارع بهما عقیب الجنابة و النجاسة مطلقاً، من غیر فرق بین الجنابة و النجاسة

الاختیاریة و غیرها» (فوائد الاصول با حاشیه عراقی با حاشیه عراقی، ج ۳، ص ۳۵۸).

اشکال دوم محقق عراقی: تحقق رفع تشریحی در تکوینیات

محقق عراقی می‌گوید مقتضای تصویر رفع تشریحی این است که تعلق آن به تکوینیات و امور واقعی بدون اشکال شود، زیرا طبق مبنی قرار نیست که این امر تکوینی واقعاً رفع و برداشته شود و از صفحه عالم وجود محو شود بلکه صرفاً آن امر تکوینی از صفحه تشریح برداشته می‌شود، لذا در مقابل مرحوم شیخ که قائل به لزوم تقدیر محذوف در فقرات حدیث بود ایشان همین جواب را دادند که رفع این امور به صورت تشریحی است لذا نیازمند تقدیر نیستیم؛ البته توضیح دادند که این رفع تشریحی باید دارای اثر و ثمره باشد، خوب در مقام نیز با رفع تشریحی نجاست و جنابت تکوینی، آثار آن که لزوم طهارت است مرتفع می‌شود؛ در احکام تکلیفی نیز اگر کسی اکراه بر شراب خوردن شود اکراه بر امر تکوینی تعلق گرفته، لکن با تفسیر رفع تشریحی مراد از رفع اکراه از آن این است که حکم تکلیفی حرمت و وجوب اجتناب و به تبع عقاب و مؤاخذة آن برداشته می‌شود.

نقد و بررسی: به نظر نگارنده این اشکال وارد است لکن برای دفاع از مرحوم نائینی و عدم شمول حدیث رفع نسبت به مسببات تکوینی مثل نجاست می‌توان استدلال دیگری مطرح کرد؛ شهید صدر می‌گوید: حکم و اثری که با حدیث رفع، برداشته می‌شود باید اثر فعل باشد بما هو منتسب و مستند الی الفاعل، فعل باید منتسب به فاعل باشد تا حدیث رفع آن را بردارد؛ زیرا عرف ارتکازاً این عناوینی که اخذ شده است مانند اضطرار و اکراه و نسیان را از عوامل تضعیف نسبت فعل به فاعل می‌داند. لذا وقتی به ظهور عرفی، عروض این عناوین از عوامل تضعیف فعل نسبت به فاعل است، شارع بخاطر امتنان این نسبت ضعیف را نادیده گرفته و رفع می‌کند؛ لکن باید اصل انتساب به مکلف در کار باشد در حالیکه در تنجس، ملاقات با نجاست باید رخ دهد و در این فعل، استناد و انتساب آن به مکلف لحاظ نشده است بلکه حصول این ملاقات و نجاست و لو از راه وزش باد نیز کفایت می‌کند؛ لذا با توجه به اینکه در این قسم از احکام وضعی، انتساب

به مکلف ملحوظ نیست از طرفی حدیث در مقام رفع و نادیده گرفتن همان رابطه و انتساب ضعیف شده بخاطر عروض عناوین است لذا تخصصا این قسم از شمول حدیث رفع خارج است.

ایشان می‌گوید: «مقتضی مناسبات الحکم و الموضوع و الارتکاز العرفی هو أنّ الاضطرار و النسیان و نحوهما من العناوین إنّما تصلح لرفع الأثر الذی یترتّب علی ما یسند إلی الشخص، حیث إنّ هذه العناوین تجعل إسناد الشیء إلی الشخص و انتسابه إلیه ضعیفا فی نظر العرف، و النجاسة لا تترتب علی الملاقاة باعتبار الإسناد إلی الشخص، بل علی ذات الملاقاة و لو من دون توسط فعل الشخص، كأن یقع الثوب علی النجاسة بواسطة تحریک الهواء له، فما یكون من هذا القبیل لا یرفع بحدیث الرفع.» (مباحث الأصول، ج ۳، ص ۲۱۱)

جمع بندی

بعد از تحلیل‌های صورت گرفته، نظریه مرحوم نائینی که قائل به تفصیل در شمول حدیث رفع نسبت به احکام وضعی بودند در همه اقسام، غیر از قسم اخیر که عروض عناوین بر مسببات واقعی بود پذیرفته شد و اشکالاتی توسط برخی اعلام بر آن وارد شده بود با دقت و توجه به مبانی مرحوم نائینی برطرف می‌شد. به کمک شرطی که شهید صدر برای جریان حدیث رفع لحاظ کرده‌اند و قائل بودند به ارتکاز عرفی، آثار افعالی که استناد به مکلف می‌یابد رفع می‌شود، عدم جریان حدیث رفع در مسببات تکوینی قابل توجیه بود. از جمله نوآوری‌های تحقیق حاضر، اشاره به فروضی است که در نظریه محقق بیان نشده بود که حکم این فروض نیز به استناد مبانی ایشان در مباحث دیگر استخراج شد. در نتیجه عروض عناوین پنج گانه به احکام وضعی یا در اسباب بود یا مسببات؛ در اسباب یا باعث ایجاد سبب بود که حدیث رفع جاری بود یا باعث ترک کل سبب یا اجزاء و شرایط آن بود که جریان نداشت. در مسببات نیز یا مسبب اعتباری بود که کبرو یا جریان حدیث بدون اشکال بود لکن مصداقی خارجی برای آن نبود، یا مسبب واقعی بود که با توجه به تکمله مذکور از شهید صدر در این فرض نیز جریان نداشت.

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.