



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

قواعد فقہیہ

(۱)

تأليف

آیت اللہ سید محمد موسوی بجنوری (امام اعلیٰ)

پروفیسر امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قواعد فقهیه

نویسنده:

محمد موسوی بجنوردی

ناشر چاپی:

موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه الله علیه

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۵	قواعد فقهیه (بجنوردی) جلد ۱
۱۵	مشخصات کتاب
۱۵	پیشگفتار
۱۷	قاعده اتلاف
۱۷	اشاره
۱۷	۱ مدارک قاعده
۲۱	۲ مقصود و هدف قاعده اتلاف
۲۴	۳ موارد تطبیق قاعده اتلاف
۲۴	تعریف مباشر و تسبیب
۲۸	مدارک ضمانت مباشر و تسبیب
۳۱	اجتماع سبب و مباشر
۳۶	فروع قاعده اتلاف
۴۶	قاعده احسان
۴۶	اشاره
۴۶	۱ مدارک و مستندات قاعده
۴۶	الف. کتاب
۵۳	ب. حکم عقل
۵۴	ج. اجماع
۵۴	۲ مقدار دلالت قاعده
۵۶	۳ نسبت قاعده با ادله مجهول المال و لقطه
۶۰	قاعده اصالة الصحة
۶۰	اشاره
۶۱	۱ مدارک و مستندات قاعده

- الف. ادلة عامة عقود ٦١
- ب. ادلة خاصة عقود ٦١
- ج. بنای عقلا ٦١
- د. اجماع علمای اسلام ٦١
- ه. استفاد از فحوای روایت حفص بن غیاث ٦١
- ٢ مقصود از صحت ٦٢
- ٣ جریان قاعدة ٦٣
- الف. جریان قاعدة منوط به احراز عنوان عمل است ٦٣
- ب. جریان قاعدة متوقف به وقوع عمل در خارج است ٦٣
- ج. اصالة الصحة در کلیة معاملات جاری است ٦٤
- د. جریان قاعدة در اقوال و اعتقادات ٦٥
- ه. عدم جریان قاعدة در عناوین قصديه ٦٧
- ٤ آیا اصالة الصحة اصل تنزیلی است؟ ٦٩
- ٥ تعارض اصل صحت با استصحاب موضوعیه ٧٠
- قاعدة اصالة اللزوم ٧٢
- اشاره ٧٢
- ١- مقصود از اصل ٧٣
- ٢- لزوم چیست؟ ٧٣
- اشاره ٧٣
- الف. لزوم حکمی ٧٤
- ب. لزوم حقی ٧٥
- اشاره ٧٥
- اصالة اللزوم در عقود عهدیه ٧٧
- فرق جوهری بین حق و حکم ٧٨
- اقوال در حق ٧٨
- آیا حق یک مقوله واحده است؟ ٧٨

۸۲ [۳-] مستندات و مدارک قاعده

۸۲ الف. بنای عقلا

۸۲ اشاره

۸۶ ۱- خیار مجلس

۸۶ ۲- خیار حیوان

۸۶ ۳- سایر خیارات

۹۴ ب. سنت

۱۰۳ قاعده اقدام

۱۰۳ ۱ مراد از قاعده اقدام

۱۰۳ ۱- معنای لغوی

۱۰۳ ۲- معنای اصطلاحی

۱۰۶ ۲ مدارک و مستندات قاعده اقدام

۱۰۶ اشاره

۱۰۶ الف. روایات

۱۰۹ ب. بنای عقلا

۱۰۹ ج. اجماع

۱۰۹ ارزیابی ادله

۱۱۰ ۳ نسبت قاعده اقدام با قاعده و علی الید ما أخذت حتی تؤدیه

۱۱۰ اشاره

۱۱۰ رابطه اقدام باید

۱۱۱ نسبت دو قاعده

۱۱۲ ۴ موارد تطبیق قاعده اقدام

۱۱۲ اشاره

۱۱۳ الف. موارد استناد حقوقدانان به قاعده اقدام

۱۱۶ ب. موارد استناد فقهای عظام به قاعده اقدام

۱۱۶ اشاره

- ب. ۱. در بیع فضولی ۱۱۷
- ب. ۲. در غصب ۱۱۸
- ب. ۳. در ادای دین ۱۱۹
- ب. ۴. اقدام در اجاره اعم از صحیحه و فاسده که موجب سقوط ضمان است ۱۱۹
- ب. ۴. ۱. در اجاره صحیحه ۱۱۹
- ب. ۴. ۲. در اجاره فاسده ۱۲۲
- ب. ۵. در ودیعه ۱۲۳
- ب. ۶. در مضاربه فاسده که آیا مسقط هست یا خیر ۱۲۴
- قاعده الاسلام یجب ما قبله ۱۲۷
- اشاره ۱۲۷
- ۱ مدارک و مستندات قاعده ۱۲۷
- ۲ و ۳ مقدار دلالت و موارد تطبیق قاعده ۱۲۸
- خلاصه بحث ۱۳۲
- قاعده الشرط الفاسد لیس بمفسد للعقد ۱۳۳
- الف. اقوال فقها ۱۳۳
- ب. مقصود از شرط ۱۳۴
- ۱ شرط فاسد واجب الوفاء نیست ۱۳۴
- ۲ اتیان شرط فاسد غیر ممنوع، شرعا مستحب است ۱۳۶
- ۳ تعیین محل نزاع ۱۳۶
- ۴ مدارک و مستندات قاعده ۱۳۷
- الف. اطلاقات و عمومات وارده در ابواب معاملات ۱۳۷
- ب. روایات ۱۳۷
- ج. اجماع ۱۳۸
- د. مقتضای قواعد ۱۳۹
- ۵ ادله منکرین قاعده ۱۳۹
- ۶ تنبیهای قاعده ۱۴۲

- ۷ موارد تطبیق قاعده - ۱۴۵
- قاعده المغرور یرجع الی من غره ۱۴۶
- اشاره - ۱۴۶
- ۱ مدارک و مستندات قاعده ۱۴۶
- الف. سنت ۱۴۶
- ب. بنای عقلا ۱۴۷
- ج. اجماع علما ۱۴۸
- د. روایاتی که در موارد خاص وارد شده است ۱۴۸
- ه. شمول قاعده اطلاق و قاعده لا ضرر ۱۵۴
- ۲ دلالت قاعده - ۱۵۷
- ۳ موارد تطبیق قاعده ۱۶۰
- قاعده تحذیر ۱۶۴
- اهمیت موضوع ۱۶۴
- ۱ مدارک و مستندات قاعده ۱۶۵
- الف. روایت ۱۶۵
- ب. بنای عقلا ۱۶۶
- ۲ شرایط، حیطة و قلمرو اعمال قاعده ۱۶۷
- اشاره ۱۶۷
- الف. ضرورت اعلام خطر ۱۶۷
- ب. هشدار می باید قبل از وقوع حادثه داده شود ۱۶۷
- ج. وسایل هشدار دهنده می باید متناسب با نوع خطر و محیط باشد ۱۶۷
- ه. هشدارگیرنده خود را در معرض خطر قرار داده باشد ۱۶۸
- و. ورود صدمه نباید ناشی از اقدام عمدی هشدار دهنده باشد ۱۶۹
- ۳ موارد تطبیق قاعده ۱۶۹
- الف. حقوق داخلی ۱۶۹
- ب. حقوق کشورهای کامان لا ۱۷۰

- ج. حقوق بین الملل ۱۷۲
- قاعده تدرء الحدود بالشبهات ۱۷۴
- اشاره ۱۷۴
- ۱ مدارک و مستندات قاعده ۱۷۴
- ۲ دلالت قاعده ۱۷۹
- ۳ ملاک در عروض شبهه ۱۸۱
- ۴ دامنه شمول قاعده ۱۸۴
- قاعده عدم ضمان الامین ۱۸۷
- اشاره ۱۸۷
- ۱ مدارک و اسناد قاعده ۱۸۷
- ۲ مراد از قاعده ۱۹۱
- ۳ مراد از تعدی و تفریط ۱۹۳
- ۴ تعریف و مبانی مسئولیت مدنی ۱۹۶
- تعریف مسئولیت مدنی ۱۹۶
- مبانی مسئولیت مدنی ۱۹۶
- اشاره ۱۹۶
- الف. نظریه تقصیر ۱۹۸
- ب. نظریه خطر ۲۰۰
- ج. نظریه تضمین حق ۲۰۲
- ارکان مسئولیت مدنی ۲۰۳
- اشاره ۲۰۳
- الف. ضرر ۲۰۳
- اشاره ۲۰۳
- (۱) ضرر مسلم باشد ۲۰۳
- (۲) ضرر باید مستقیم و بی واسطه باشد ۲۰۵
- (۳) ضرر جبران نشده باشد ۲۰۷

- ب. فعل زيانبار ٢٠٧
- اشاره ٢٠٧
- (١) فعل شخصى ٢٠٩
- (٢) فعل غير ٢٠٩
- (٣) فعل اشياء و حيوانات ٢١٠
- ج. رابطه علتيت ٢١١
- ٥ اشكالات وارد بر عموميت قاعده عدم ضمان الامين و پاسخ آنها ٢١٢
- ٦ موارد تطبيق قاعده ٢١٧
- قاعده قرعه ٢١٨
- اشاره ٢١٨
- ١ مستندات و مدارك قاعده قرعه ٢١٨
- ٢ ميزان دلالت قاعده قرعه ٢٢٨
- ٣ قاعده قرعه اصل است يا اماره؟ ٢٣٦
- قاعده لا ضرر و لا ضرار ٢٤٧
- اشاره ٢٤٧
- ١ مدارك و مستندات قاعده ٢٤٧
- الف. روايت ٢٤٧
- ب. اجماع ٢٤٩
- ٢ دلالت قاعده ٢٥٠
- شرح حديث ٢٥٠
- ٣ تنبيهات ٢٥٩
- قاعده لوث ٢٦٧
- اشاره ٢٦٧
- ١ تاريخچه قسامه ٢٦٨
- اشاره ٢٦٨
- بررسى نظريات سه گانه ٢٧٢

- ۲ مدارک و مستندات قاعده ۲۷۳
- الف. روایات ۲۷۳
- ب. اجماع فقهای قدیم و جدید ۲۷۴
- ۳ اعتبار لوث در قسامه ۲۷۴
- ۴ کیفیت قسامه ۲۷۷
- ۵ کمیت قسامه ۲۷۹
- ۶ ثبوت قسامه در اعضا ۲۸۵
- ۷ قسامه کافر ۲۸۷
- قاعده کل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ۲۸۸
- طرح بحث ۲۸۸
- ۱ مدارک و مستندات قاعده ۲۹۰
- اشاره ۲۹۰
- تحليل حقوقی قاعده فوق در قانون مدنی ۲۹۴
- مبيع به هنگام تلف عين معين باشد ۲۹۶
- ۲ مقدار دلالت قاعده ۲۹۷
- اشاره ۲۹۷
- حقوق تطبیقی ۳۰۵
- قاعده ما یضمن بصحيحه یضمن بفاسده ۳۱۶
- اشاره ۳۱۶
- ۱ مدارک و مستندات قاعده ۳۱۷
- الف. بنای عقلا ۳۱۷
- ب. قاعده اقدام ۳۱۸
- ج. قاعده احترام ۳۱۹
- د. اجماع فقها ۳۱۹
- ه. قاعده و علی الید ما اخذت حتی تؤدیہ ۳۱۹
- ۲ مقدار دلالت قاعده ۳۲۱

- ٣ موارد تطبيق قاعدة ٣٢٤
- الف. در بيع ٣٢٤
- ب. اجارة ٣٢٤
- ج. عارية ٣٢٤
- د. هبة ٣٢٤
- ه. صلح ٣٢٤
- و. عقد سبق ٣٢٤
- قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ٣٢٧
- مقدمه ٣٢٧
- ١ مسألة اصولي يا قاعدة فقهية؟ ٣٢٧
- اشاره ٣٢٧
- فرق بين قاعدة فقهية و مسألة اصولية ٣٢٧
- ٢ قاعدة من ملك و قاعدة اقرار العقلاء ٣٣٠
- ٣ دلائل تمسك به قاعدة من ملك ٣٣٣
- ٤ مراد قاعدة من ملك ٣٣٤
- ٥ اجراء قاعدة ٣٣٧
- قاعدة نفى السبيل ٣٣٩
- اشاره ٣٣٩
- ١ مدارك و مستندات قاعدة ٣٣٩
- الف. كتاب ٣٣٩
- ب. سخن پیامبر اکرم (ص) ٣٤٢
- ج. اجماع علما ٣٤٧
- د. تسالم اصحاب ٣٤٧
- ه. مناسبت حکم و موضوع ٣٤٨
- ٢ دلالت و مضمون قاعدة ٣٤٨
- ٣ موارد تطبيق قاعدة ٣٤٩

۳۵۵	قاعده نفی عسر و حرج
۳۵۵	اشاره
۳۵۵	۱ مدارک و مستندات قاعده
۳۵۵	الف. کتاب
۳۵۶	ب. سنت
۳۵۸	ج. بنای عقلا
۳۵۹	د. اجماع امامیه
۳۵۹	۲ دلالت قاعده
۳۵۹	۳ تنبیهات قاعده
۳۶۴	۴ موارد تطبیق قاعده
۳۶۸	قاعده ید
۳۶۸	مقدمه
۳۷۱	۱ مستندات و مدارک قاعده
۳۷۱	الف. روایات
۳۷۵	ب. اجماع فقها
۳۷۵	ج. بنای عقلا
۳۷۶	۲ میزان دلالت قاعده و موارد تطبیق آن
۳۹۱	۳ قاعده ید از امارات و طرق است یا از اصول تنزیلیه؟
۳۹۲	۴ تعارض قاعده ید با سایر امارات و طرق و اصول
۳۹۳	۵ تعدد ایادی و امارت آنها
۳۹۴	۶ ید و ضمان
۳۹۵	خاتمه
۳۹۷	درباره مرکز

سرشناسه : موسوی بجنوردی، محمد، - 1325

عنوان و نام پدیدآور : قواعد فقهیه/ تالیف محمد موسوی بجنوردی

مشخصات نشر : تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(س)، موسسه چاپ و نشر عروج، 1379.

مشخصات ظاهری : ز، ص 404

شابک : 10000ریال:(گالینگور)

یادداشت : چاپ قبلی: محمد موسوی بجنوردی، 1368

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع : فقه -- قواعد

موضوع : اصول فقه شیعه

شناسه افزوده : موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(س). موسسه چاپ و نشر عروج

رده بندی کنگره : BP169/5/م 8ق 9 1381

رده بندی دیویی : 297/324

شماره کتابشناسی ملی : م 82-499

پیشگفتار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتاب حاضر مجموعه ای است از چکیده «قواعد فقهیه» که زیر بنای فقه و حقوق اسلامی را تشکیل می دهد و با شناخت این قواعد دانشجو تقریباً در فقه معاملات و حقوق اسلامی تسلط قابل توجهی پیدا می کند که در جهت رسیدن به مرحله «استنباط و درک مسائل فقهی» از اهمیت خاصی برخوردار است.

امید است روزی این موضوع در حوزه های علمیه هم جایگاه مهم خود را پیدا کند و مورد توجه روز افزونی قرار گیرد. تدریس «قواعد فقهیه» ضرورت فراوانی دارد و خلأ علمی طلاب علوم دینی نسبت به شناخت و تسلط آنان بر حقوق اسلامی را پر می نماید و به آموخته

های فقهی آنان نظم خاصی می بخشد و همچنین قدرت استدلال و تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی آنان را بالا می برد.

این کتاب در دانشگاههای کشور در مقطع کارشناسی ارشد در رشته های

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 2

حقوق، حقوق خصوصی، حقوق جزایی و فلسفه و حکمت اسلامی و در مقطع دکتری رشته های فقه و مبانی حقوق تدریس می شود.

از آنجا که این قواعد برای استفاده دانشجویان

تحریر شده است؛ لذا پژوهشکده امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی اقدام به چاپ سوم این مجموعه نفیس نموده است.

تهران، 1379

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 3

قاعده اتلاف

اشاره

از جمله قواعد مشهور فقهی که فقیهان در مورد ضمان به آن تمسک جسته اند، قاعده اتلاف است. مفاد قاعده اتلاف در «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» مندرج است. معنای قاعده این است که هر کس مال دیگری را بدون اجازه او تلف یا مصرف کند و یا مورد بهره برداری قرار دهد، ضامن صاحب مال است. بحث در مورد این قاعده از سه جهت قابل طرح است.

1 مدارك قاعدة

جمله فقیهان بر این قاعده اتفاق نظر دارند و نه تنها هیچ گونه اختلافی در مورد آن وجود ندارد، بلکه می توان گفت مورد اتفاق همه فرقه های مسلمان است. این قاعده از ضروریات فقه است و شیخ طوسی در کتاب المبسوط و ابن ادریس در کتاب السرائر برای اثبات آن به سخن خداوند متعال استناد کرده اند که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 4

«فَمَنْ اَعْتَدِيْ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدِيْ عَلَيْكُمْ». (1)

شکی نیست که اتلاف مال دیگری بدون اجازه و رضایت او تجاوز بر اوست و تعبیر و نام بردن خداوند متعال از گرفتن مثل در مثلثات و قیمت در قیمتات (که عبارت است از اینکه او ضامن است) به اعتدا به دلیل هم شکل بودن اعتدا و اتلاف است. خداوند متعال در قرآن کریم می فرماید: «وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا». (2)

همچنین، در شعر شاعر آمده است:

قالوا اقترح شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخولي جبة و قميصا (3)

بنابراین آیه به وضوح دلالت دارد بر اینکه کسی که مال دیگری را بدون اجازه و رضایت او تلف کند، ضامن صاحب مال است.

شیخ طوسی در کتاب المبسوط گفته است که اعمش از ابن وائل از

عبد الله بن مسعود از پیامبر (ص) روایت کرده است که حضرت فرمودند: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه». (4) این روایت که از طریق خاصه (شیعه) نیز روایت شده است بی تردید دلالت دارد بر اینکه هر کس مالی را تلف کند ضامن آن خواهد بود و هیچ کس نمی تواند مال غیر را بدون اجازه مصرف کند.

همچنین، شیخ طوسی در کتاب المبسوط از عبد الله بن سائب از پدرش از

(1) بقره (2): 194 «پس آن کس که بر شما تجاوز کند بر او برابر آنچه بر شما تجاوز کرده است تجاوز کنید».

(2) شوری (42): 40 «و کیفر بدی، بدی است مانند آن».

(3) «گفتند چیزی پیشنهاد کن تا آن را برایت بپزم گفتم برای من جبّه و پیراهنی طبخ کنید.» گویا این قوم راهزنان بوده اند که شاعر را در اسارت داشتند و پیراهن و جبّه او را ربوده بودند.

(4) «حرمت مال مسلمانان مانند حرمت خون اوست.»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 5

جدش از پیامبر (ص) روایت می کند که پیامبر (ص) فرمودند: «لا يأخذن احدكم متاع اخيه جادا ولا عبا من اخذ عصا اخيه فليردها».

(1)

همچنین شیخ در همین کتاب از حسین یا حسن از سمره روایت کرده است که پیامبر (ص) فرمودند: «على اليد ما اخذت حتى تؤدى».

(2) این روایت از طریق خاصه هم روایت شده است و در بعضی از نسخه ها «حتى تؤديه» آمده است. از جمله روایات دیگری که بر ضمانت دلالت دارد، روایت «المغصوب مردود» است. (3)

در کتاب مستدرک از دعائم الاسلام از ابی عبد الله، امام صادق (ع)، از پدرش از پدرانش از امیر المؤمنین (ع) نقل شده که

رسول خدا (ص) در روز عید قربان در منی در حجة الوداع در حالی که بر شتر گوش بریده ای سوار بودند، سخنرانی کرده و فرمودند:

ای مردم بیم آن دارم که بعد از این جایگاه در این سال شما را نبینم، پس به آنچه به شما می گویم گوش فرا دهید و از آن بهره بگیرید.

سپس پرسید: حرمت کدام روز والاتر است؟ مردم گفتند: این روز، ای رسول خدا (ص). حضرت فرمودند: حرمت کدام يك از ماهها

والاتر است؟ مردم گفتند: این ماه، ای رسول خدا (ص). حضرت فرمودند:

حرمت کدام سرزمین والاتر است؟ مردم گفتند: این سرزمین، ای

(1) «هیچ کس از شما نباید کالای برادر مسلمانش را- چه به شوخی و چه به طور جدی- بگیرد و کسی که (حتی) چوبدستی برادرش را بر خلاف رضایت برادر مسلمانش بگیرد باید آن را بازگرداند.»

(2) «هر شخصی ضامن آن چیزی است که می گیرد تا زمانی که آن را به صاحبش بازپس دهد.»

(3) «آنچه غصب شده است باید برگردانده شود.»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 6

رسول خدا (ص). حضرت (ص) فرمودند: پس همانا حرمت اموال و جانهایتان بر شما همانند حرمت امروز شما در این ماه و در این

سرزمین است تا زمانی که پروردگارتان را دیدار کنید و آنگاه از اعمالتان سؤال خواهد نمود، سپس فرمود: آیا پیام خویش را رساندم؟

مردم گفتند: آری. حضرت فرمود: خداوندا شاهد باش.

همچنین از ابی عبد الله، امام صادق (ع)، روایت شده که در حدیثی فرمودند:

اگر کسی از مال یا عرض دیگری چیزی را بردارد بر او واجب می شود از آن شخص حلالیت بطلبد و عین آن چیز را به صاحبش

و اگر فوت شده به ورثه اش برگرداند و از آنچه انجام داده توبه نماید تا اینکه خداوند متعال به پشیمانی و توبه و برگرداندن مال از جانب او آگاه شود.

سپس حضرت (ع) فرمودند: من به تأویل آیات وعید در غصب اموال مردم قائل نیستم، بلکه نظر من این است که اموال غصب شده را مادامی که در دست غاصب موجود باشد به مال باختگان برگردانم، اما اگر غاصبی مال غصب شده را از بین برده باشد، باید عوض آن را بدهد و اگر صاحبان مال را نشناسد باید به نیابت از آنها به تهیدستان و بیچارگان صدقه بدهد و از کردار خود نزد خداوند - عزّ و جلّ - توبه نماید.

همچنین در مستدرک از دعائم الاسلام از امیر المؤمنین (ع) آمده است که آن حضرت در مورد کسی که بیهوده حیوانی را بکشد، درختی را قطع کند، گیاهی را از بین ببرد، خانه ای را خراب نماید، چاه و جویباری را کور کند حکم کردند که باید معادل قیمت آنچه را از بین برده یا فاسد کرده است، بپردازد و چند ضربه شلاق تعزیری نیز بخورد. اما اگر این اعمال را از روی اشتباه و به صورت غیر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 7

عمدی انجام داده باشد، تنها باید غرامت بپردازد و دیگر زندان و توبیخ لازم نیست. اگر حیوانی را ناقص کند ضامن آن چیزی است که از قیمتش کم شده است.

همین حکم از حدیث صحیح ابی ولّاد که شیخ انصاری آن را در مکاسب آورده است نیز استنباط می شود. دلالت این اخبار بر ضمانت تلف کننده مال دیگری بدون اجازه و رضایت او کاملاً آشکار

است. اما آنچه از قول فقیهان مشهور شده این است که «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» من این را در کتب حدیث ندیدم، اما جوینده حتماً آن را می‌یابد، چون ثبوت این حکم نزد عامه فقیهان به حدی است که نیازی به جستجو و بحث در مورد مدرک آن نیست.

2 مقصود و هدف قاعده اتلاف

تلف به معنی هلاکت و نابودی است. بنابراین اتلاف مال به معنای از بین بردن مال و نابودی آن است. نابود کردن و از بین بردن مال گاهی متعلق به ذات مال است و گاهی متعلق به مالیت شیء با برجا ماندن ذات آن. مثلاً، یخ در تابستان ارزش و قیمت دارد، اما در زمستان ارزش و قیمتی ندارد و خردمندان برای آن در فصل زمستان قیمت و ارزشی قائل نیستند. حال اگر کسی یخ دیگری را از بین ببرد در واقع ذات مال او را اتلاف کرده است. اما اگر آن را تا فرارسیدن زمستان برای صاحبش حفظ کند (مثلاً در مثلج، یعنی محلی که یخ را در آن نگه می‌دارند حفظ کند) تا یخها را در تابستان بفروشد ضرری به صاحب مال نزده

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 8

است، اما اگر یخ را نگه دارد و در زمستان آن را به صاحبش برگرداند، این کار به معنی اتلاف مالیت یخ است نه ذات یخ.

منظور از اتلاف مال، چه با جمله «من اتلف مال الغير» که ظاهراً مورد اتفاق و اجماع است بیان شود و چه با جمله «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»، از بین بردن نفس و ذات مال است نه از بین بردن مالیت آن. بنابراین،

ضمانت در مورد از بین بردن و نابود کردن مالیت مال غیر از نابود کردن و از بین بردن ذات خود مال است.

در حکم به ضمانت در موارد از بین بردن مالیت مال غیر از خود مال سخن خداوند متعال: «فَمَنْ اَعْتَدِيَ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدِيَ عَلَيْكُمْ» با استدلالی که قبلا بیان شد، کفایت می کند.

مقصود از مال هر آن چیزی است که نزد مردم مورد قبول و رغبت است. به دلیل آنکه نیازهای آنان را در رابطه با گذران زندگی تأمین می کند. اموال شامل اشیای منقول و غیر منقول از قبیل خوراکی، نوشیدنی، پوشیدنی، محل سکونت، وسایل حمل و نقل، اشیای زینتی (مانند: طلا، نقره یا هر جنس دیگر)، اوراق بهادار، اقسام پولها و ... می شود. خلاصه آنکه مال نزد عرف و خردمندان عبارت است از هر چیزی که مردم در تدبیر کارهایشان، در امور زندگی و معیشتشان، در حال سلامت و بیماری (حتی داروهایی که برای بهبودی یافتن از بیماری استفاده می کنند)، بلکه حتی در مرگشان (وسایلی که برای کندن زمین و دفن مردگان لازم است) به آن نیاز دارند.

مال گاهی به صورت مستقل است، مانند کلیه اجسامی که برای رفع ما یحتاج

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 9

از آن استفاده می شود که نمونه هایی از آن ذکر شد و گاهی به صورت غیر مستقل است، مانند اجرت نقل و انتقال و اجرتی که بابت سکونت در منزل داده می شود یا تزئین با طلا و نقره و سنگهای قیمتی و مانند آن. این قسمت در اصطلاح فقها به تبع اطلاق عرف «منافع» نامیده می شود. بنابراین منافع در زمره مال محسوب

می شود. علاوه بر امور مذکور، هر آن چیزی که ممکن است به واسطه بعضی از این امور حاصل شود، مال نامیده می شود. نتیجه کلی این است که این امور اموال تکوینی است و مالیشان به واسطه جعل در عالم اعتبار نیست پس مال یا:

الف. تکوینی است، مثل مبادلات جنسی (جنس به جنس)؛

ب. اعتباری است، مانند اوراق بهادار.

اوراق بهادار فی حدّ نفسه و به خودی خود برای رفع نیازها و احتیاجات مورد استفاده قرار نمی گیرند؛ بلکه بعد از اعتبار یافتن از جانب کسی که به آنها اعتبار می بخشد مورد استفاده قرار می گیرند و نیازها و احتیاجات را مرتفع می گردانند. در حال حاضر، اوراق بهادار ملاک معاملات و معاوضات در بازار است.

خلاصه، ملاک مالیت مال بر یکی از این دو امر است:

اول اینکه، آن چیز به گونه ای باشد که یکی از نیازمندیهای انسان به واسطه آن رفع شود، هر چند علف برای تغذیه حیوان یا بنزین برای حرکت ماشین باشد، چه رسد به اینکه خوراکی یا پوشیدنی یا پوشیدنی برای انسان باشد.

دوم اینکه، آن چیز به گونه ای باشد که به واسطه آن یکی از این امور مانند اوراق بهادار و پولهای طلایی و نقره ای حاصل شود یا یکی از این امور در جایی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 10

که عوض برای جنس دیگر از این امور در معامله واقع شود و از این جهت است که بعضی بیع (فروش) را به مبادله مال به مال تعریف کرده اند و به این معنای دوم مالیت مال از امور اعتباری است؛ مانند اوراق بهادار که به صورت اعتباری مال می گردد و همچنین مالیتش به واسطه اعتبار شخص

دیگری که اعتبار به دست اوست از بین می رود.

بنابراین، مقصود از مال در سخن خداوند متعال که می فرماید: «الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا» (1) این است که چیزی به طور کلی احتیاجات و معیشت انسان را رفع کند. مال به این معنا ملاک بی نیازی و فقر از جهت وجودی و عدمی است.

اما تعریف مال به اینکه آن چیزی است که به ازای آن مالی داده شود، تعریف لفظی و به طور واضح تعریف دوری است.

اما آنچه عرفاً از «ضمانت» در این قاعده فهمیده می شود این است که آنچه تلف شده به نحو وجود اعتباریش بر عهده کسی است که آن را تلف کرده است و این همان ضمانت است.

اما «ضمان المسمی» چیزی است که دو طرف عقد (فروشنده و خریدار) در عقدهای معاوضه ای آن را عوض از آنچه در مقابل آن است از طرف دیگر قرار داده اند. بنابراین حاصل و نتیجه معنی قاعده ای که بر آن توافق شده است این است که اگر شخصی مال دیگری را بدون اجازه او از بین ببرد آن مال بر عهده او به نحو وجود اعتباریش خواهد بود و اگر تحت سلطه و اختیارش نبود واجب

(1) کهف (18): 46 «مال و فرزند زینت و زیبایی زندگی دنیا هستند».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 11

است بر او به اینکه از عهده آن به واسطه دادن مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات برآید.

3 موارد تطبیق قاعده اتلاف

تعریف مباشر و تسبیب

قبل از بیان موارد به کارگیری قاعده، ناچاریم ابتدا مقدمه ای را طرح کنیم.

اتلاف گاهی به صورت مستقیم یا مباشر است و گاهی به صورت غیر مستقیم یا تسبیب (1):

(1) علامه حلّی (حسن بن

یوسف) در کتاب تذکرة الفقهاء، کتاب غضب، فصل دوم، فی الضمان، بحث اول، مسأله اول گفته است:

«غضب اگر چه موجب ضمانت است، ولی ضمانت در غضب منحصر نمی شود بلکه ضمانت گاهی به غیر غضب هم واجب می شود.»
بنابراین اتلاف هم سببی است که موجب ضمانت می شود، بلکه اتلاف از غضب قویتر است و به مجرد ایجاد تلف باعث مشغول شدن عهده فرد به ضمانت می شود. اتلاف گاهی به صورت مستقیم و گاهی به صورت غیر مستقیم می باشد. بنابراین اسباب ضمانت در سه مورد منحصر شده است:

1- اتلاف به صورت مستقیم (مباشر)؛ 2- اتلاف به صورت غیر مستقیم (تسبیب)؛ 3- ثابت کردن دست تعدی کننده که همان غضب باشد و در این باب علت‌های دیگری که بالذات مورد نظر نیستند موجود می باشد.

در کتاب شرائع الاسلام، کتاب غضب، اسباب ضمان، ص 762 و 763 از نجم الدین جعفر بن حسن محقق حلّی در بیان علت‌ها دیگر برای وجوب ضمانت آمده است:

اول، اتلاف به صورت مستقیم (مباشر) چه آن چیزی که تلف می شود عین باشد مانند کشتن حیوانی که صاحب دارد و پاره کردن لباس یا منفعت باشد مانند زندگی کردن در خانه و سوار شدن حیوان اگر چه غضب

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 12

اتلاف مستقیم یا مباشر، مانند خوردن، نوشیدن، پوشیدن و به طور کلی مصرف یا از بین بردن مال دیگری که به صورت خوردنی، نوشیدنی، پوشیدنی و ... است. اتلاف مستقیم به وسیله خود شخص و بدون واسطه قرار دادن فاعل ارادی یا غیر ارادی انجام می شود.

اتلاف غیر مستقیم یا تسبیب «1» عبارت است از هر فعل یا عملی که سبب از بین

رفتن مال شود ولی علت تامه تلف یا جزء اخیر از علت تامه تلف نباشد، بلکه به گونه ای باشد که اگر این فعل و کار از جانب او صادر نشود تلف و از بین

هم در آنجا نباشد (مثلاً لباس را پاره کند به گمان اینکه صاحبش به او اجازه این کار را داده است).

دوم، به صورت غیر مستقیم (تسبیب) و آن هر کاری است که تلف به واسطه آن ایجاد شود، مانند کندن چاه در غیر ملک خود یا در ملک دیگری و مانند انداختن چیزهای لغزنده در راهها.

(1) علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء، کتاب غضب، فصل دوم، بحث اول، مسأله دوم چنین می گوید:

هر آن چیزی که در از بین رفتن چیزی یا تلف شدن آن چیز دخالت داشته باشد یا به نحوی است که هلاکت و نابودی به آن اضافه شود که علت نامیده می شود و انجام آن عاداتاً و حقیقتاً اضافه نشود یا اصلاً این چنین نباشد و آنکه این چنین نباشد یا به گونه ای است که با ایجاد آن هلاکت و نابودی آن چیز قصد می شود یا این چنین نیست. پس آنچه هلاکت و نابودی به آن اضافه می شود علت نامیده می شود و آنکه آن را ایجاد می کند به صورت مباشر است و آنچه نابودی به آن اضافه نشود و آنچه به آن اضافه می شود در آن قصد می شود و سبب نامیده می شود و ایجاد آن را تسبیب گویند. این قصد و توقع گاهی به نحوی است که تأثیر می گذارد در وجود تلف به مجرد ایجادش و آن سبب علت می باشد و گاهی به واسطه اضافه شدن امور دیگری که

ایجادش بعید نیست، می باشد که در صورت اول سبب نامیده می شود و گاهی سبب اینگونه تفسیر می شود که مطلق آنچه ایجاد علت به واسطه آن قصد می شود و گاهی به نحو عام تفسیر می شود.

پس گفته می شود که سبب آن چیزی است که ناپودی با وجودش ایجاد می شود و با هر قصد و انگیزه ای که باشد و لیکن اگر آن نباشد علت اثری نمی گذارد. پس در سبب غیر از خودش چیز دیگری اثر ندارد و چاره ای از آن نیست. در این هنگام هر شرطی سبب می باشد پس کندن چاه توسط شخصی گاهی سبب و گاهی شرط نامیده می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 13

رفتن مال ایجاد نمی شود.

به همین دلیل سبب را اینگونه تعریف کرده اند که آنچه از وجودش وجود لازم نیاید- وگرنه آن علت تامه یا جزء اخیر علت تامه است- اما از عدم و نیستی آن چیز عدم و نیستی تلف لازم آید. به موجب این تعریف از تسبیب اگر شخصی چاهی را در مسیر رفت و آمد مردم بکند و چیزی در آن چاه بیفتد و از بین برود، او سبب تلف و از بین رفتن مال خواهد بود.

در نتیجه، اتلاف مستقیم یا مباشر یقیناً اتلاف حقیقی و موجب ضمانت است. بنابر دلایلی که بیان کردیم همه مسلمانان، بلکه همه خردمندان دنیا- مسلمان و غیر مسلمان و دیندار و کافر- بر آن اتفاق نظر دارند. «1»

اما در مورد اتلاف غیر مستقیم، یعنی آنچه از عدم و نیستی آن، عدم و نیستی تلف لازم می آید؛ بنابر اجماع تسبیب موجب ضمانت است. صاحب جواهر- قدس سره- نفی خلاف را ادعا کرده است اضافه بر

(1) علامه در تذکره الفقهاء، کتاب غصب، فصل دوم، بحث اول، مسأله سوم گفته که تلف کننده مستقیم (مباشر) ضامن است بدون هیچ اختلافی، چه تلف شده عین باشد مانند کشتن حیوانی که صاحب دارد یا پاره کردن لباسها و خوردن غذا و سوزاندن کالا، یا منفعت باشد مانند زندگی در خانه و سوار شدن بر حیوان، چه غصب در آنجا محقق شود یا نشود و بالجمله هر عینی که به صورت مستقیم (مباشر) تلف شود، ضامن است. پس اگر از مثلیات باشد باید مثلش را بدهد و اگر از قیمیات باشد واجب است قیمت آن را بدهد.

به دلیل سخن خداوند متعال: «فَمَنْ اَعْتَدِيَ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدِيَ عَلَيْكُمْ»، هر کس مال دیگری در دست او باشد و حقی در نگه داشتن مال نداشته باشد و مال باقی باشد بر او واجب است که آن را به صاحبش برگرداند بدون هیچ اختلافی در مسأله بنا به سخن پیامبر (ص) که «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» به خاطر اینکه مالک بر مالیتش حق دارد و مالیت او متحقق نمی شود مگر اینکه کسی که آن مال را به نحو غصب گرفته به صاحبش برگرداند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 14

معنا دلالت دارند. «1»

مدارك ضمانت مباشر و تسبیب

بعضی از روایاتی که دلالت بر این دارند که مسبب مانند مباشر ضامن است به شرح زیر است:

(1) در صحیح حلبی از ابی عبد الله (ع) پرسیدم که حکم چیزی که در مسیر رفت و آمد قرار دهند و حیوانی از آن مسیر رد شود و از آن چیز رم کند و صاحبش را

زمین بزند، چیست؟ حضرت (ع) فرمودند: هر چیزی که در راه قرار گیرد و به ضرر مسلمانان منجر شود قرار دهنده آن چیز ضامن است بر آنچه ضرر خورده است.

2) در صحیح زرارہ از ابی عبد اللہ، امام صادق (ع)، نقل شده که به حضرت گفت: اگر مردی در غیر ملک خود چاهی بکند و شخصی از آنجا بگذرد و در آن بیفتد، حکمش چیست؟ حضرت (ع) جواب فرمودند: آن شخص ضامن است، زیرا کننده چاه در غیر ملک خود ضامن هر ضرر و زیان می باشد.

1) علامه در تذکرۃ الفقهاء، کتاب غضب، فصل دوم، مسأله اول گفته است: کسی که مال دیگری را به صورت غیر مستقیم (تسبیب) تلف کند ضمانت آن مال بر او واجب است مثل کسی که چاهی را در جایی به دلیل دشمنی بکند و حیوان یا انسانی در آن بیفتد. پس همانا ضمانت آنچه تلف شده بر گردن کننده چاه است. همچنین اگر چیزهای لغزنده را در مسیر رفت و آمد بیفکند ضامن تلف است مانند کسی که سنگی را در مسیر رفت و آمد مسلمانان قرار دهد و انسان یا حیوانی پایش به آن بگیرد و بیفتد و موجب مرگش شود، قرار دهنده سنگ ضامن او خواهد بود. اگر انسانی دیگر را بر از بین بردن مال دیگری اکراه کند مکره ضامن است چون اکراه باعث ایجاد تلف بوده است و اختلافی بین علما، در هیچ کدام از موارد بالا نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 15

3) در موثق سماعه آمده است که از ابی عبد اللہ، امام صادق (ع)، سؤال کردم از مردی که چاهی در

خانه یا ملک خود بکند، حکمش چیست؟ حضرت (ع) فرمودند: آنچه در خانه و ملک خود بکند ضامن نیست، اما اگر در مسیر حرکت یا غیر ملک خود چاهی حفر کند، ضامن آن چیزی است که در آن بیفتد.

4) خبر سکونی از ابی عبد الله، امام صادق (ع)، سؤال کرد حضرت فرمود که رسول الله (ص) فرمودند: کسی که ناودان یا ایوانی را در کوچه ایجاد کند یا میخی را بکوبد و یا حیوانی را در راه ببندد یا چاهی را در راه رفت و آمد مسلمانان بکند و کسی به واسطه آن ضرر ببیند، آن شخص ضامن است برای شخص ضرر دیده.

5) روایات معتبری نیز در باب غرامت شاهد زور و بالاتر از آن قصاص شاهد زور در دست است. مانند اینکه اگر دو شاهد عادل، به حسب ظاهر، مورد قبول دیگران شهادت دهند که فلانی فلان شخص را به قتل رساند و به واسطه این شهادت شخص مشهود علیه کشته شود و بعد از کشته شدن او شاهدان از شهادت خود برگردند و بگویند:

الف. ما اشتباه کردیم، در این صورت دیه مقتول بر عهده آن دو نفر است.

ب. ما عمدا دروغ گفتیم، در این صورت هر دو قصاص می شوند.

خلاصه سخن اینکه روایات در باب ضمانت مسبب زیاد است. ظاهر این روایات بیان می کند که قصد مسبب در تلف معتبر نیست؛ یعنی روایات اطلاق دارند و بلکه آن شخص ضامن است. در مورد شخصی که چاهی را در غیر ملک خود بکند به قصد و امید اینکه کسی در آن نیفتد، اگر مدرك ضمانت را «اجماع» در نظر بگیریم (چون اجماع دلیل لبی است

باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد که اگر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 16

قصد تلف داشت ضامن است و اگر نداشت، ضامن نیست) می توانیم بگوییم که آنچه یقیناً از آن فهمیده می شود این است که ضمانت در جایی است که نیت کند به واسطه ایجاد سبب، تلف حاصل آید. اما اگر مدرك ضمانت را «روایات» در نظر بگیریم - که البته به سبب آنچه مکرراً بیان کردیم چنین است - دیگر جایی برای اجماع باقی نمی ماند. زیرا یکی از شرایط اولیه مقدمات تحقق اجماع مصطلح در علم اصول، که آن اجماع از ادله و حجت است، آن است که دلیل معتبری وجود نداشته باشد که منشأ آن اطلاق است. پس شکی نیست در اطلاقش در اینکه ایجاد سبب فنا و از بین رفتن با معنایی که برای سبب بیان کردیم موجب و باعث ضمانت است، چه ایجاد کننده سبب یا مسبب قصد مترتب شدن سبب را بر کارش بکند، یعنی قصد تلف را بکند یا قصد تلف را نکند.

بله؛ منتها باید آنچه موضوع برای ضمانت است (عنوان سبب) بر آن صدق کند و آن موضوع و عنوان کسی است که در غیر ملك خود چاهی بکند و در آن چیزی بیفتد، پس او ضامن آن است. اگر چه قصد عدم را هم بکند، یعنی چاهی بکند به امید آنکه کسی در آن نیفتد.

اجتماع سبب و مباشر

مسأله دیگری که مطرح می شود این است که اگر سبب و مباشر با هم جمع شوند، آیا ضمانت بر عهده مباشر است یا بر عهده سبب یا بر عهده هر دو؟

محقق حلّی در کتاب شرائع الاسلام فرموده: «اگر سبب و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 17

جمع شوند، مباشر در ضمانت مقدم است». مثلاً اگر کسی چاهی را در ملك دیگری بنا بر دشمنی بکند و شخص دیگری انسانی را در آن چاه بیفکند، ضمانت آنچه به سبب دفع و افکندن به وجود آمده است، بر عهده دافع (مباشر) می باشد.

گروهی از فقها ادعای عدم خلاف و اجماع نموده و مقدم کردن مباشر را بر سبب از بدیهیات دانسته اند. «1»

تحقیق در مقام این است که سخن مرحوم محقق حلّی در این مورد درست است؛ چون جنایت در اینجا عرفاً بلکه عقلاً مستند به دافع (مباشر) است نه به کننده چاه. با توجه به اینکه ایجاد تلف از جانب فاعل مختار بوده است، کندن

(1) علامه حلّی در تذکره الفقهاء، کتاب غصب، فصل دوم، بحث دوم، مسأله دوم فرمود: اگر مباشر و سبب جمع شوند ضمانت بر مباشر است. در صورت ضعف مباشر، ضمانت با سبب است. پس کسی که چاهی را بنا بر دشمنی در جایی بکند و شخص دیگری انسانی را در آن بیفکند ضمانت بر عهده شخص دیگر است چون او مباشر برای افکندن است که تلف به دنبال دارد و در اینجا ضمانتی بر عهده کننده چاه نیست.

شهید اول و شهید دوم در کتاب لمعه دمشقیة، کتاب غصب، السبب و المباشر فرموده اند: اگر مباشر (و او کسی است که علت تلف را ایجاد کرده است مثل خوردن و سوزاندن و کشتن و اتلاف) و سبب (و او انجام دهنده ملزوم علت است مانند کننده چاه) جمع شوند مباشر ضامن است چون او (در اینجا) قویتر است.

همچنین عبد الرحمن بن رجب

حنبلی (م. 795 ه. ق.) در کتاب القواعد فی الفقه الاسلامی، قاعدة 127 گفته است: اگر اتلاف اموال و جانهای مردم به مباشر و سبب اسناد داده شود ضمانت آن بر عهده مباشر می باشد نه سبب. مگر اینکه مباشرت، ظهورش از سبب بیشتر باشد و مباشرت از سبب نشأت گرفته باشد.

حتی اگر سبب در سایه مباشر پنهان شده باشد ضمانت بر عهده سبب است. حال اگر مباشرت باشد و قصد و دشمنی به طور کلی نداشته باشد تنها سبب ضامن است و اگر قصد و نیت دشمنی داشته باشد مباشر و سبب هر دو ضامن هستند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 18

چاه در این مورد از زمینه هایی است که موجب ضمانت نمی شود. این قول قطعاً غلط است که اگر مباشر (شخص دیگر) کسی را با شمشیر بکشد سازنده شمشیر ضامن است.

البته تمام موارد اجتماع سبب و مباشر از این قبیل نیست، مثلاً اگر دکتر دارویی تجویز کند و این دارو سم کشنده باشد و پرستار آن را به مریض بدهد و آن سم مریض را تلف کند، در این مورد استناد جنایت به سبب (دکتر) قویتر از مباشر (پرستار) است. خصوصاً در جایی که مباشر (پرستار) جاهل است و سبب (دکتر) عالم است به اینکه این دارو سم کشنده است.

بله، اگر پرستار آگاه باشد به اینکه این دارو سم کشنده است و آن را به بیمار بدهد، در این صورت او ضامن و گناهکار است. همچنین است در باب شهادت دروغ که اگر سبب برای تلف خود مشهود علیه یا مال او شهادت دهد، ضمانت بر عهده او (شاهد دروغگو) است نه بر

عهده مباشر (قاضی) و نه بر عهده مأموری که فرمان را انجام می دهد و حکم قاضی را اجرا می کند.

خلاصه سخن اینکه اگر در جایی سبب و مباشر با هم جمع شوند چند حالت پیش می آید:

1) اگر مباشر فاعل مختار و عاقل باشد و بداند بر کاری که انجام می دهد تلف مترتب می شود، شکی نیست که در این صورت تنها او ضامن است و هیچ ضمانتی، اصلاً، بر سبب مترتب نمی شود.

2) اگر مباشر دارای اراده و شعور نباشد، ضمانت بر عهده سبب است. مثلاً اگر کسی آتشی را در غیر ملک خود بیفروزد و باد آتش را منتشر کند و آتش به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 19

مال دیگری برسد و آن را بسوزاند در اینجا سبب، یعنی آتش افروز ضامن است.

اگر کسی چاهی را در مسیر رفت و آمد بکند و حیوان یا دیوانه ای، شخصی را به چاه افکند و خودش یا مالش تلف شود در این حالت ضمانت بر عهده سبب (کننده چاه) است، زیرا- بنابر معنایی که قبلاً برای سبب ذکر شد- تلف کننده حقیقی اوست و تلف به سبب فعل او ایجاد شده است.

3) اگر مباشر در کاری که انجام می دهد عاقل مختار باشد لیکن نداند تلف بر فعلش مترتب می شود، چند حالت دارد:

الف. اگر گول نخورده و عملش از روی اکراه نباشد، ضمانت بر عهده او (مباشر) است. زیرا مفاد قاعده اتلاف این است که اگر کسی مال دیگری را تلف و نابود کند ضامن او خواهد بود، چه تلف کننده (مباشر) بداند که فعلش موجب نابودی و تلف می شود یا نداند، زیرا عدم علم و آگاهی در عدم

ضمانت اثری ندارد. به این دلیل که موضوع ضمانت اتلاف به طور مطلق است نه اتلاف با توجه و علم به اینکه آن اتلاف است.

ب. اگر مباشر گول خورده باشد (مانند پرستار جاهل و نادان) ضامن است. اما در آنچه به سبب ضمانت ضرر کرده به گول زننده (دکتر) رجوع می کند. در این مورد فرقی نیست بین گول زننده عالم و جاهل نسبت به اینکه آیا طرف مقابل (پرستار) گول می خورد به واسطه این گول زدن یا نه.

ج. اگر مباشر مکره باشد و از روی اکراه عملی را انجام داده باشد و عمل او موجب مرگ شخص نشده باشد ضمانت بر او مترتب نمی شود. اما اگر شخصی از روی اکراه کسی را در چاه بیفکند و آن شخص در اثر سقوط بمیرد او یا ضامن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 20

دیه مرده می شود یا قصاص می شود. این در حالی است که افکندن در چاه به طور معمول یکی از علت‌های مرگ به حساب آید، زیرا در خون تقیه نیست «لا تقیه فی الدماء».

اگر کسی بر تلف کردن مال دیگری مجبور شود ضمانت بر اکراه کننده است نه بر تلف کننده که همان مکره (مباشر) است و چون در اینجا سبب اقوای از مباشر است، اگر چه مباشر فاعل تلف باشد؛ مختار نیست. به عبارت دیگر، اگر مباشر مکره، مجبور باشد:

الف. اگر اکراه بر جان و خون افراد باشد ضامن دیه است یا قصاص می شود اگر آن فعل معمولاً سبب مرگ باشد، چون تقیه در خون نیست.

ب. اگر اکراه در غیر تلف جانی، یعنی تلف مال باشد مباشر ضامن نیست و ضمانت بر مکره است چون سبب

در اینجا اقوای از مباشر است و مباشر اگر چه فاعل تلف است؛ مختار نیست. «1»

به همین دلیل است که به بطلان معاملات (هم عقود و هم ایقاعات) مکره قائل هستیم و عرف و عقلا فعل را به مکره نسبت می دهند نه به مکره (مباشر).

مثل اینکه اگر و مکره (مولا) به خدمه هایش که می ترسند با او مخالفت کنند دستور دهد که خانه شخصی را خراب کنند، نزد عرف خراب کردن خانه به مکره

(1) شهیدین در لمعه و شرح آن، کتاب غضب، السبب و المباشر فرموده اند: در صورت اکراه و یا فریب خوردن مباشر ضمانت بر عهده مکره یا فریب دهنده می باشد به خاطر ضعف مباشر در هر دو محل و سبب قویتر از اوست. البته این در صورتی است که تلف در مال باشد اما در جانها ضمانت مطلقا بر عهده مباشر است، ولیکن امرکننده زندانی می شود تا بمیرد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 21

(مولا) نسبت داده می شود و مردم می گویند که فلانی که همان مکره باشد خانه فلانی را خراب کرد، چون او خدمتکارانش را به آن کار فرمان داده است.

بنابراین اگر کسی را مجبور کنند که چاهی در مسیر حرکت و رفت و آمد مردم بکند و مال شخص دیگری در آن چاه بیفتد و به واسطه افتادن در چاه تلف شود، بر کننده چاه (مباشر مکره) ضمانتی نیست، بلکه ضمانت بر امر کننده مکره است. «1»

فروع قاعده اتلاف

بر همین اساس فقها فروع بسیاری را در کتابهای فقهی خود بیان کرده و در بعضی از آنها در مورد حکم به ضمانت و عدم ضمانت و همچنین در مورد اینکه ضمانت

در بعضی موارد بر سبب است و در بعضی از موارد بر مباشر است اختلاف کرده اند. از آن جمله:

1) مرحوم محقق در کتاب شرائع الاسلام «2» گفته است که اگر بچه یا حیوانی را که توانایی فرار کردن از محلی را ندارد در جایگاه درندگان قرار دهید، اگر درنده

(1) علامه حلی در تذکره الفقهاء، کتاب غضب، فصل دوم، بحث دوم، مسأله دوم فرموده: با ضعف مباشر، مثل اینکه کسی انسانی را اکراه کند بر اتلاف مال شخص سومی، ضمانت در اینجا بر عهده مکره است نه بر عهده مباشر.

همچنین محقق حلی در کتاب شرائع الاسلام، قسم رابع فی الاحکام، کتاب غضب، اسباب الضمان، ص 763 فرموده: مباشر مکره ضامن مال نیست، اگر چه او اتلاف را انجام داده و ضمانت بر عهده مکره است، چون مباشرت به واسطه اکراه ضعیف گشته و سبب در اینجا قویتر است.

(2) قسم رابع فی الاحکام، کتاب غضب، فی اسباب الضمان، فرع الاول، ص 763.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 22

او را بکشد ضامن خواهید بود. این کلام درست است، به دلیل آنچه که در مورد دلیل و مدرك گفته ایم، در مورد اینکه ضمانت بر سبب است و نه بر مباشر.

مباشری که فاعل عاقل نیست و فعل را بدون تأمل و تفکر انجام می دهد، چون اصلاً توانایی تفکر و تأمل ندارد. همچنین می توان از آن به اینکه سبب اقوای از مباشر است، تعبیر کرد. همان طور که در شرائع این طور تعبیر شده است. مثالهای بسیار دیگری هم هست که در آنها ضمانت بر سبب است نه بر مباشر. چون چیزی بر عهده مباشر نیست تا ضامن

باشد. نمونه هایی چون:

* دادن چاقو به دست دیوانه و اینکه دیوانه کسی را زخمی کند یا بکشد.

* باز کردن در قفس درنده ای و اینکه آن حیوان درنده انسان یا حیوانی را پاره پاره کند.

* انداختن مار به سوی شخصی که خوابیده یا کسی که خواب نیست، اما توانایی حفظ خود را از گزند مار ندارد یا اینکه نمی تواند فرار کند و اینکه مار او را بگزد.

در کتاب شرائع در مورد مسأله ذکر شده آمده است که اگر بچه ای را در جایگاه درندگان بیفکنند، شاید به دلیل معتبر بودن ضمانت ید است و اینکه بچه به خلاف شخص بزرگ زیر دست واقع می شود. یا این تخصیص به جهت این است که بچه بر خلاف شخص بزرگ توانایی فرار کردن یا دفاع از خود را ندارد.

باطل بودن صورت اول، یعنی زیر دست بودن بچه روشن است، زیرا شخص آزاد- چه بچه و چه بزرگ- تحت تسلط و تحت ید قرار نمی گیرد. به همین دلیل اگر کسی بچه کوچکی را به زور از ولی او بگیرد و بچه بر خلاف میل او یا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 23

بدون هیچ تعدی یا تفریطی در حق نگهداری او بمیرد، آن شخص ضامن نیست.

بر خلاف آن، اگر بچه ای عبد باشد و بر خلاف میل او و با بلای آسمانی بمیرد، آن شخص ضامن است.

صورت دوم، یعنی عدم قدرت بر فرار یا دفاع همان طور که روشن است، نه شیوع دارد و نه عکس. پس سخن درست این است که در این مسأله میان کوچک و بزرگ، بنده و آزاد و انسان و حیوان فرقی نیست، زیرا سخن

در باره ضمانت اتلاف است نه ضمانت ید. پس ملاک در ضمان امکان پیشگیری از تلف شدن به واسطه دفاع از خود یا به واسطه فرار و عدم امکان پیشگیری می باشد.

2) آنچه در کتاب شرائع «1» ذکر شده است مبنی بر اینکه اگر شخصی گوسفندی را غصب کند و بره آن از گرسنگی بمیرد، در ضمانت آن تردید وجود دارد. همچنین است اگر شخصی را که صاحب چهارپایی است از حفظ آن چهارپا بازدارد و حیوان بمیرد. همچنین اگر حیوانی را غصب کند و بچه آن حیوان هم دنبال او کند در ضمانت تردید است. منشأ و علت تردید در این است که آیا تسبیب در این موارد سه گانه صادق است یا نه. فتوایی که فقیهان و بزرگان فقه در این سه مورد و مانند آن داده اند جدا مختلف است. «2»

(1) قسم رابع فی الاحکام، کتاب غصب، فی اسباب الضمان، فرع الثانی، ص 763.

(2) علامه حلی در تذکره الفقهاء، کتاب غصب، فصل دوم، بحث دوم، مسأله هفتم گفته است: اگر مالک و صاحب چهارپایی را از نگهداری آن منع کند و حیوان بمیرد در ضمانت اشکال است که نشأت می گیرد از اینکه آیا این سبب در تلف می باشد و اینکه او تصرف در مال نکرده است، بلکه در صاحب مال تصرف کرده است. بعضی از شافعیه قائل به ضمانت و بعضی به عدم ضمانت شده اند، در جایی که قصد منع مالک از چهارپا را نداشته باشد، بلکه قصد زندانی کردن مالک را داشته که منجر به تلف حیوان شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 24

بعضی از فقهای عظام حکم به ضمانت و بعضی

حکم به عدم ضمانت داده اند و بعضی مانند صاحب شرائع حکمی نداده و اظهار شك و تردید کرده اند. به هر حال، بنابر روایات می توان فهمید که مسأله تسبیب علت ضمانت است. لذا باید در جایی که موضوع ضمانت صادق است، بنابر روایات به ضمانت حکم کرد، بدون اینکه به قیاس کشیده شود. عنوانهایی که در این روایات در باره موضوع ضمانت برگرفته شده است، عبارتند از:

الف. «هر چیزی که به مسیر رفت و آمد مسلمانان ضرر بزند، ضررزننده ضامن ضرری است که به دیگران می رسد.» این عنوان در موارد سه گانه بالا بیگانه و نامربوط است، مگر اینکه گفته شود ملاك ضمانت آن ضرر رساندن به مسلمانان است نه هیچ خصوصیت دیگری، مثل مسیر رفت و آمد و خود راه.

البته این نظر قابل تأمل و تفکر است و خالی از اشکال نیست.

ب. «کسی که چاهی را در ملك دیگری یا در مسیر رفت و آمد مسلمین بکند، آن شخص ضامن کسی است که در آن چاه بیفتد.» شکی نیست که این سه مورد و موارد شبیه آنها از مصادیق این عنوان «کسی که چاهی را در ملك دیگری یا در مسیر رفت و آمد بکند» نیست، مگر اینکه گفته شود کندن چاه ملاك ضمانت نیست بلکه مقصود ایجاد چیزی است که عادتاً سبب و علت تلف مال دیگری شود، با اینکه تلف هم بالفعل واقع و مترتب بر سبب و علت بشود. بعید نیست که این نظر درست باشد.

ج. آنچه موضوع ضمانت قرار گرفته است در خبر سکونی از ابی عبد الله، امام صادق (ع)، از قول پیامبر (ص) به اینکه: کسی که ناودان یا ایوانی

کند، میخی بکوبد، حیوانی را در راه ببندد، چاهی را در مسیر رفت و آمد مسلمانان بکند و کسی به واسطه آن ضرر ببیند، آن شخص ضامن کسی است که به او ضرر رسیده است.

انصاف این است که يك قاعده کلی از این روایت آشکار می شود و آن این است که هر عملی که از فاعل عاقل مختار صادر شود و این عمل عادتاً موجب و سبب ایجاد تلف در مال مسلمانان یا در جان آنان شود و بین آن عمل و تلف، عمل فاعل عاقل که عمداً و با اختیار صورت گرفته است واسطه نشود، به گونه ای که تلف به آن عمل به واسطه عرف و عاقلان استناد داده شود پس فاعل سبب، ضامن خواهد بود. این از ظاهر روایت فهمیده می شود نه قیاس. بنابراین ضمانت تحقق پیدا می کند و این ضمانت در سه مورد بالا ثابت می باشد و جهتی هم برای شك و تردید وجود ندارد. مگر اینکه گفته شود این روایت از حیث و جهت سند ضعیف است؛ چون لقب، یعنی «سکونی» در آن مشترك است بین کسی که موثق است، یعنی اسماعیل بن مهران و کسی که غیر موثق است، یعنی اسماعیل بن ابی زیاد که عامی است.

از آنچه گفتیم - اینکه ضمانت در جایی ثابت می شود که فعل یاد شده عادتاً یا اتفاقاً سبب اتلاف شود - روشن می شود که نگه داشتن چهارپا اگر عادتاً سبب تلف باشد، موجب ضمانت است و الا اگر تلف اتفاقی باشد، همان طور که در شرائع این چنین فرض شده است، قائل شدن به وجوب

ضمانت نه تنها مشکل است که سزاوار نیست. علت آن نیز عدم اطلاق در روایت است که شامل این فرض نمی شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 26

3) آنچه محقق حلی در شرائع الاسلام «1» گفته مبنی بر اینکه اگر کسی بند را از حیوانی یا از بنده ای دیوانه بردارد و آنها فرار کنند، ضامن است. چون به واسطه این عمل قصد اتلاف کرده است. همچنین اگر در قفس را باز کند و بلافاصله یا بعد از مدتی پرنده از آن بپرد، ضامن است. آشکار است که این امور- بنا بر آنچه از روایات این قاعده کلی استفاده می شود- سبب ضمانت است. «2» قاعده عبارت است از اینکه هر عملی که از فاعل عاقل مختار (کسی که اکراه بر آن عمل ندارد) صادر شود و آن عمل عادتاً و در اغلب موارد سبب و علت ایجاد تلف باشد و بین آن عمل و تلف، فعل فاعل عاقل دیگری از روی عمد و اختیار واسطه نشود، ایجاد کننده سبب، ضامن تلف شونده است. شکی نیست که باز کردن بند از حیوانی که فرار می کند بخصوص اگر آن حیوان مانند آهورام نشده باشد، از همین مورد است. باز کردن بند از آهوی در بند عادتاً سبب و علت فرار و تلف می شود، اگر چه این آهوی به بیابان رود و همانند سایر آهوان بیابان زندگی کند، ملکیت او ساقط و بیهوده می شود. همچنین باز کردن در قفس نسبت به پرنده

(1) قسم رابع فی الاحکام، کتاب غضب، فی الاسباب الضمان، فرع الثالث، ص 764.

(2) علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء، کتاب غضب، فصل دوم، بحث دوم،

اگر کسی بند بنده دیوانه ای را باز کند یا در زندان را باز نماید و آن بنده دیوانه فرار کند، آن کس ضامن است، همان طور که اگر بند حیوانی را بگشاید. اما اگر بنده عاقل باشد و فرار نکند ضمانتی بر او نیست چون او اختیار دارد در حالی که سالم است و رفتن او به خودش اسناد داده می شود، اما اگر فرار کند در ضمانت اشکال است از جهت استناد فعل به او، چون او مباشر است و مباشرت او معتبر است به علت عاقل بودنش، به خلاف بنده دیوانه و فرار او مباشرت و صدور فعل را از او نفی نمی کند، پس آن کس که بند از او باز نموده ضامن نیست. البته این قول از شافعیه است. قول دیگر اینکه صاحب بنده اعتقاد به محفوظ بودن او داشته و با رها کردن او اتلاف صدق پیدا می کند، پس ضامن است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 27

وحشی و باز کردن بند از بنده دیوانه موجب فرار آنها می شود و عادتاً به تلف آنها منجر می شود. در هر سه مورد فعل فاعل عاقل که عمداً و با اختیار در بین این عمل و تلف، واسطه نشود چون حیوان و پرنده که عقل ندارند و بر خلاف فرض است که عمل (فرار) دیوانه را از روی عقل بدانیم. اگر بنده ای عاقل در بند کشیده شده و بند از او برداشته شده باشد، ضمانتی نیست. زیرا ضمانتی برای عمل او (باز نمودن بند) و تلفی که از عمل و فعل عمدی فاعل عاقل ناشی شده باشد و خود بنده

شخصاً مبادرت به آن کرده باشد، نیست. زیرا این مورد مثل آن است که او خودش را عمداً و با اختیار از پشت بام بیندازد و بمیرد.

4) همچنین در شرائع آمده است «1» که اگر کسی در انباری را باز کرد و مالی دزدیده شد یا بند از بنده عاقلی باز نمود و بنده فرار کرد. همچنین اگر دزدی را به مالی راهنمایی کرد و مال دزدیده شد، در همه این موارد ضمانتی بر او نیست.

زیرا در همه این موارد بین فعل او و تلف، فعل فاعل عاقل دیگری به طور عمدی و از روی اختیار واسطه شده است. بنابراین فعل فاعل عاقل قریب سبب اتلاف است نه فعل فاعل عاقل بعید. بله، آن شخص به واسطه باز نمودن در یا بند (اگر بدون اجازه صاحب آن باشد) گناهکار است. همچنین در نشانی دادن به دزد قطعاً گناهکار است، چون اگر به قصد دزدی کردن به دزد نشانه داده باشد، به گناهکار کمک کرده است. در این مورد، صاحب جواهر از علامه حلی در کتاب ارشاد قول به ضمانت را در آنجا که به سارق نشانی را بدهد، نقل کرده است.

(1) قسم رابع فی الاحکام، کتاب غضب، اسباب الضمان، فرع الثالث، ص 764.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 28

ظاهر این است که فقط علامه این نظر را مطرح کرده است و هیچ کس با او در این قول و نظر موافق نیست.

سپس صاحب جواهر این مسأله را به عنوان فرع مسأله بیان نموده که اگر در چاه مذکور (چاهی که در راه یا در ملک دیگری به جهت دشمنی و بدون اجازه صاحبش کنده

شده باشد) لاشئ حیوان مرده ای یافت شود و علت مرگ حیوان مشخص نشود- که آیا علت مرگ، افتادن حیوان در چاه است تا کننده چاه ضامن او باشد یا حیوان مرده در چاه افکنده شده است تا ضمانتی در این میان نباشد به دلیل اینکه ضمانت موضوعش مرگ حیوان و تلف حیوان به سبب افتادن حیوان در چاه است- و اگر در این موضوع شك حاصل آید محلّ اجرای اصالت برائت از ضمانت خواهد بود و استصحاب حیات حیوان تا زمان افتادنش در چاه ثابت است. «1» اما اگر دانسته شود سبب مرگ حیوان افتادن در چاه است و احتمال داده شود که شخصی عمداً و با اختیار حیوان را در چاه افکنده است، به دلیل واسطه قرار گرفتن فعل فاعل عاقل از روی عمد و اختیار میان سبب و تلف، باعث ساقط شدن ضمانت از سبب می گردد. در این صورت ضمانت بر شخص

(1) علا-مه حلّی در کتاب تذکرة الفقهاء، کتاب غضب، فصل دوم، بحث دوم، مسأله پنجم، فرع «ی» قول دیگری در مورد دزد گفته به اینکه: اگر در انباری را باز کرد و دیگری کالا- را دزدید، یا دزدی را به آن راهنمایی کرد، یا غاصبی را امر کرد به غضب آن، یا خانه ای را ساخت و باد لباسی را در آن خانه انداخت و گم شد ضمانتی بر او نیست، چون تسلط او بر مال ثابت نشده و مباشرت بر اتلاف هم نداشته و سببیتی که ضمانت به آن تعلق گیرد هم نداشته است. اما در مورد آخر اصلاً سببیتی نیست چون او به واسطه ساختن خانه اصلاً قصد آن را

نداشته است (تا اینکه لباس در خانه او بیفتد و گم شود) و اما در مورد غیر آن به دلیل این است که مباشرت شخص مختار دیگری بر او عارض شده پس اضافه به سبب منقطع شده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 29

مباشر مختار است نه بر عهده سبب (کننده چاه). اما اگر تصور شود که کسی حیوان را در چاه نیفکنده است این توهم پیش می آید که ضمانت بر سبب است.

لکن تحقیق آن است که دفع ثابت است چون لازمه عدم دفع دیگری عقلا وقوع تلف و صدمه دیدن به واسطه عمل سبب به طور خاصه است. مگر اینکه گفته شود موضوع ضمانت ترکیب شده است از مرگ حیوان به واسطه افتادن در چاه به اضافه نیفکندن شخصی حیوان را در چاه. پس یکی از دو جزء موضوع (آن افتادن در چاه) بنا بر فرض قضیه موجود است و جزء دیگر (عدم دفع دیگری) بالاصاله موجود است.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 31

قاعده احسان

اشاره

یکی از قواعد مهم در باب ضمان، قاعده احسان است که تحت سه عنوان بررسی می شود: (1 مدارک و مستندات قاعده؛ 2 مقدار دلالت قاعده؛ 3 نسبت قاعده با ادله مجهول المالک و لقطه.

1 مدارک و مستندات قاعده

الف. کتاب

در کلام الله مجید آمده است: «لَيْسَ عَلَى الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ». (1)

(1) التوبة (9): 91 «بر ناتوانان و بیماران و فقیران که خرج سفر و نفقه عیال خود را ندارند، تکلیف جهاد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 32

این آیه یکی از مستندات قاعده است؛ ولی ممکن است گفته شود که آیه شریفه به نفی ضمان نسبت به محسن دلالت ندارد. به جهت اینکه شأن نزولش در باره کسانی است که در زمان پیغمبر اکرم (ص) می خواستند در جنگ تبوک شرکت کنند، ولی بر اثر فقر مالی و عدم

توانایی در تحصیل زاد و راحله، امکان شرکت در جنگ را نداشتند؛ در واقع مفسران روایت کرده اند که پس از دستور عمومی مبنی بر شرکت مسلمانان در این جنگ، سه برادر به نامهای معقل و سوید و نعمان از بنی مقرن، خدمت رسول خدا (ص) رسیدند و گفتند: ما زاد و راحله نداریم، ولی حاضریم در جنگ شرکت کنیم. پیغمبر اکرم (ص) در جواب فرمودند: برای من هم امکان دارد که زاد و راحله شما را تهیه کنم. این سه برادر گریه می کردند که چرا توفیق شرکت در جنگ را ندارند و در پی این قضیه آیه شریفه «لَيْسَ عَلَي الضُّعْفَاءِ ... مَا عَلَي الْمُحْسِنِينَ مِنْ

سَبِيلٍ» نازل شد.

در عین توجه به این شأن نزول، می‌گوییم که این نکته در جای خود ثابت شده است که خصوصیت مورد یا شأن نزول ضرری به عموم عام و اطلاق مطلق نمی‌رساند، نظیر «لا تتقض الیقین بالشک» که در مورد وضو وارد شده است. ولی به قول مرحوم آقای آخوند- قدس سره- این مطلب يك امر ارتکازی است و اگر شرع هم نمی‌گفت، همه می‌فهمیدند. یا لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام و غیر اینها.

بنابراین از این آیه به عنوان يك ضابطه کلی استفاده می‌شود و می‌گوییم که یکی از موارد احسان همین موردی است که در شأن نزول آیه آمده است و اما مواردی

- نیست، هرگاه آنها هم به راه رضای خدا و رسول خلق را نصیحت و هدایت کنند که بر نیکوکاران عالم از هیچ راه حرج و زحمتی نیست که خدا آمرزنده و مهربانست».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 33

را هم که ما بیان می‌کنیم (یعنی مورد ضمان را) در بر می‌گیرد.

المحسنین جمع محلائی به الف و لام است و از ادات عموم محسوب و در قوه کل محسن است. مانند سایر عمومات که در آنها قائل به انحلال هستیم. پس هر محسنی که در خارج موجود شود مصداق این کبرای کلی است و هر فردی که عنوان محسن بر او صادق باشد، محمول بر او بار می‌شود؛ یعنی «لا سبیل علیه».

اکنون ببینیم محسن کیست؟ گاه کسی فایده مالی یا اعتباری به کسی می‌رساند و گاه جلوی ضرر مالی یا اعتباری را می‌گیرد، در هر دو صورت عنوان محسن بر او صادق است و همین که محسن بر

او صدق کرد (و با توجه به اینکه قائل به انحلال هستیم) می‌گوییم که سبیلی بر او نیست؛ سبیل هم نکره واقعه در سیاق نفی است که افاده عموم می‌کند؛ یعنی طبیعت سبیل را نفی می‌کند.

این عبارت نیز معروف است که «الطبیعة لا تنعدم الا بانعدام جميع افرادها؟» هنگامی می‌شود به طور سلب کلی نفی طبیعت کرد که هیچ فردی از افراد این طبیعت در خارج موجود نباشد؟ حال که می‌خواهیم سبیل را نفی کنیم و بگوییم «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» معنایش در مورد فرد فرد افراد این است که «لیس علی هذا المحسن سبیل».

سبیل به معنای سب، شتم، جرح و مؤاخذه آمده است و ما سبیل را به معنای مؤاخذه می‌گیریم. مؤاخذه گاه در مقام تکلیف است و گاه در مقام وضع. اگر محسن در مقام احسان خود کاری کرد که عملاً احسان نبود و موجب ضمان بود (مالی تلف یا اتلاف شد که بر طبق قاعده و علی الید و قاعده اتلاف، این شخص باید ضامن می‌بود) چون محسن است، سبیلی بر او نیست. (سبیل و مؤاخذه در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 34

وضع یعنی ضمان) مثلاً کسی گوسفند دیگری را در بیابان پیدا می‌کند و آن را برای محافظت به اصطبل خود منتقل می‌کند و اتفاقاً سقف فرو می‌ریزد؛ در اینجا ید او مأذونه نبوده است. پس باید گفت که و علی الید جاری می‌شود.

اما قاعده احسان می‌گوید، محسن نباید مؤاخذه شود؛ اجرای قاعده و علی الید اسائه است به محسن و «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» (1) پس «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» حکم می‌کند که محسن ضامن نیست

و لو اینکه ید او غیر مأذونه باشد، در واقع این مورد قاعده احسان و علی الید را تخصیص می زند.

اکنون مسأله مهم این است که آیا اعتقاد احسان به تنهایی کفایت می کند؟ یا احسان واقعی مورد نیاز است یا اینکه هر دو مجتمعا لازم می باشند؟

اینکه بگوییم صرف اعتقاد احسان کافی است وجدان این مطلب را تکذیب می کند؛ چون ما همیشه در باب مفاهیم بر مبنای حقایق حکم می کنیم و هیچ گاه اعتقادات اشخاص در حقایق اشیاء دخالت نمی کند هر شیئی تابع واقعیت خود است و مفاهیمی که از شرع وارد می شوند، عبارت از همان معنایی اند که حقیقی است مگر آنکه قرینه ای بیاید و آن را صرف کند. در اینجا ما هستیم و آیه شریفه:

«مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» محسن کیست؟ آیا کسی است که «اورد الاحسان» یا «اعتقد الاحسان»؟ و اینکه آیا احسان تابع واقعیت خود است؟

ما می گوئیم که اعتقاد به احسان هم لازم نیست، و لو اینکه هیچ نظر به خدمت کردن هم نداشته باشد و از باب صدقه یا بی توجهی این کار را انجام داده باشد؛

(1) الرحمن (55): 60 «آیا پاداش نکویی و احسان جز آنکه نکویی و احسان است».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 35

در هر صورت پس از انجام عمل به این فرد محسن می گویند. پس قصد و اعتقاد دخالت در مفاهیم اشیاء را ندارد. مفاهیم اشیاء تابع واقعیت خودشان هستند.

بنابراین و علی الید در جایی تخصیص می خورد که فعل در حاق واقع احسان باشد، چه اعتقاد به احسان وجود داشته باشد و چه اعتقاد به احسان وجود نداشته باشد، چه قصد احسان کرده باشد و چه قصد

احسان نکرده باشد، همین که فعل عادتاً جلوگیری از ضرر کند یا باعث جلب منفعت شود. اما گاه پیش می آید که همین فعل بر خلاف عادت موجب تلف و ضرر می شود؛ در این مورد نیز چون هذا محسن بر وی صدق می کند، پس می گوئیم که لا سبیل علیه ای لا ضمان علیه یعنی و علی الید را تخصیص می زنیم.

مسأله دیگر آن است که آیا در موارد اتلاف، قاعده احسان می آید یا نه؟ در اکثر کتب بزرگان می بینیم که می گویند قاعده احسان فقط و علی الید را تخصیص می زند، ولی اتلاف اطلاق دارد و قصد و اختیار و عمد و سهو همه محذوف است و حکم بر روی عنوان اتلاف می رود، قاعده اتلاف اطلاق دارد و می گوید تو ضامن هستی چه محسن باشی و چه نباشی، چه ید مأذونه باشد و چه نباشد.

لکن ما این مطلب را قبول نداریم. شخصی که قصد کرده است مال غیر را حفظ کند، ولی فی المثل در خواب باعث تلف و ضرر شده است، آیا باید گفت که وی ضامن است؟ ما می گوئیم در بعضی موارد قاعده احسان بر قاعده اتلاف حکومت دارد. با این تفصیل در مواردی عنوان محسن بر فرد صدق نمی کند. اگر هدف از نگهداری و مال، ایصال منفعت و جلوگیری از ضرر نباشد، ید قطعاً غیر مأذونه است و یدی که غیر مأذونه باشد اگر مال هم تلف شود- نه اتلاف-

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 36

موجب ضمان است، اگر اتلاف هم بشود، قاعده اتلاف شامل آن می شود. اما اگر بر فرد عنوان محسن صدق کند، اتلاف کنم تعدی و تقریبط هم نکنم در

این قبیل حالات عنوان محسن بر من صدق می کند؟ آیا می توان گفت در اینجا هم قاعده اتلاف اطلاق دارد و ضمان ثابت می شود؟ در پاسخ می گوئیم:

اولاً، مدارك قاعده اتلاف «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» است و روایت نیست تا به اطلاق آن تمسك كنيم. این معقد اجماع است و اصطیاد و از يك رشته روایت اصطیاد شده است، بنابراین اطلاق ندارد.

ثانیاً، «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» عام آبی از تخصیص است، لسان لسانی است که تخصیص بردار نیست، «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» یعنی «لیس علی کل من هو محسن سبیل» و مؤاخذه و ضمان، این لسان آن هم در قرآن کریم قابلیت تخصیص ندارد همانند حکم عقلی است که قابل تخصیص نیست.

اکنون فرض کنیم که از يك طرف شخص متلف است و از طرف دیگر محسن و فرض کنیم که قاعده اتلاف اطلاق دارد، این قاعده می گوید «المحسن لا یضمن» چه متلف باشد و چه غیر متلف و آن دیگری می گوید «المتلف ضامن سواء كان محسناً ام غیر محسن» این دو تعارض می کنند و این تکاذب چون در مقام جعل است، باید بناء علی الطریقیة و الکاشفیة قائل به تساقط شویم، مگر آنکه از باب روایات و تعبد قائل به تخییر یا توقف شویم. اما اگر آمدیم و موضوع تعارض را برداشتیم و گفتیم کسی که محسن است و لو اینکه تکویناً متلف است، لکن تعبداً متلف نیست؛ زیرا شرع مقدس در حیطة تشریح خود او را غیر متلف می بیند و می گوید که «المحسن لا یكون متلفاً» اگر این ادعا شد و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 37

لسان «مَا عَلَى

المُحْسِنِينَ» چنین بود در می یابیم که «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» بر قاعده اتلاف حکومت واقعیه دارد البته نه در همه جا، بلکه در جایی که عنوان محسن صدق بکند. اگر گفتیم حکومت دارد، قاعده احسان را توسعه می دهیم و تصرف در عقد الحمل من اتلف مال الغير ... می کند و می گوید من ادعا می کنم که او متلف نیست پس وقتی متلف نیست (چون محسن است) می گوییم «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ». فی الواقع نتیجه امر تخصیص قاعده اتلاف خواهد بود.

بنابراین عموم قاعده اتلف معنون می شود به این نحو المتلف غير المحسن يكون ضامنا.

ب. حکم عقل

دلیل دوم، قاعده حکم عقل است بر اینکه محسن ضامن نیست به دلیل ملاك شکر منعم؛ این معنی از بدیهیات عقل است که به منعم نباید اسائه کرد، آیه شریفه هم که می گوید: «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» اشاره به همین حکم عقلی دارد، هر عقل سلیمی می گوید که نباید به محسن اسائه کرد و مسلم است که محسن هم منعم است یعنی بر گردن دیگری حق پیدا می کند. پس باید در مقابل احسان به او احسان کرد اگر او را ضامن کنیم این اسائه به محسن است و ما این را از ادله توحید و پرستش باری تعالی می دانیم.

در این مورد حکم عقلی از مواردی است که در آن نمی توان خدشه کرد، چون «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» از احکام «عقلا بما هم عقلا» است و جزء آرای محموده است و از مواردی است که قاعده ملازمه کل ما حکم به العقل حکم به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 38

الشرع جاری است و از جاهایی است که

ج. اجماع

دليل سوم اجماع است؛ به طور مسلم اجماع فقهای شیعه و بلکه فقها و كل مسلمين تقریباً در موارد احسان قائل به ضمان نیستند. البته ما در اجماع مذکور با اینکه نزاع صغروی نداریم؛ زیرا واقعا اجماع است، اما این اجماع را اجماع اصولی نمی دانیم تا از رأی معصوم (ع) کشف قطعی کند، زیرا وقتی به مباحث این باب مراجعه می کنیم، می بینیم که اکثر فقها به همان آیه شریفه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» تمسک کرده اند اگر مدرک اجماع همین آیه باشد این اجماع اصولی نیست. بنابراین، مدرک این قاعده یکی آیه شریفه و دیگری حکم عقلا و عقل است.

2 مقدار دلالت قاعده

در موارد کثیری فقهای ما حکم به عدم ضمان کرده اند و دليل عدم ضمان را آن می دانند که طرف محسن است، حتی صاحب جواهر (ره) در مسأله و دیعه می گوید اگر ودعی گفت که من فلان مال را در فلان جا حفظ کردم لکن به آفت آسمانی تلف شد، مورد تصدیق قرار می گیرد و نیازی به اقامه بینه نیست، زیرا محسن است و محسن امین است و ید او از طرف شارع مقدس ید مأذونه است.

کلمات فقها همگی در بیان خود به يك نکته عنایت دارند که «لیس علی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 39

المحسن الضمان و لیس علی المحسن الا الیمین». بنابراین خطاب «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» منحل می شود به عدد محسنین موجود در خارج به این نحو که كل من صدق علیه عنوان المحسن لا- سبیل علیه و ضامن کردن محسن نیز اسائه و سبیل است و «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» حکم می کند به اینکه هر کس محسن است،

نباید به او اسائه کرد.

مسأله ای را که باید در اطراف آن بحث کرد این است که اگر محسن اقدام به کاری کرد که به نظر وی موجب جلب منفعت برای دیگر یا رفع مفسده و مضرت از دیگری بود و این عمل بر طبق اعتقاد و تخیل نبود، بلکه در واقع نیز این عمل احسان یعنی دفع مفسده یا جلب منفعت بود، باید دید مقدار لازم برای اینکه کسی دفع مفسده یا جلب منفعت بکند تا عنوان محسن بر وی صدق کند چیست؟ آیا ضرری که بر اثر احسان وارد می شود باید کمتر از ضرری باشد که در صورت دخالت نکردن او پیش می آمد؟ یا صرفاً همین که شخص اعتقاد به احسان داشت و در صدد نجات مالی بر می آید کفایت می کند و عنوان محسن بر او صدق می کند؟

در نتیجه اقدام وی، مالک در ضرر می افتد؛ بالضروره اینطور است که باید احتمال ضرر در صورت عدم دخالت، بیشتر از ضرر عملی باشد که به عنوان احسان انجام می یابد؛ یعنی اگر ضرر عمل شخصی بیشتر یا مساوی باشد عقلاً به چنین شخصی محسن نمی گویند؛ چون در صورت بیشتر بودن ضرر، مسلم اسائه صدق می کند نه احسان و در نتیجه مجرای قاعده احسان نیست. در موردی هم که ضرر عمل رافع ضرر یا ضرری که در صورت عدم فعل وارد می شود

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 40

مساوی باشند فعل سفهی است و به شخص عامل نمی توان گفت محسن. چون در واقع دفع ضرری صورت نگرفته و لذا طبق قاعده و علی الید می گوئیم که ضامن است؛ زیرا تلف در دست او صورت گرفته است.

بنابراین تنها در يك مورد می‌گوییم که قاعده احسان و علی‌الید را تخصیص می‌زند و آن جایی است که محسن به اعتقاد احسان و جلب منفعت یا دفع مضرت و مفسده کاری را انجام می‌دهد با این شرط و احتمال که ضرر وارده از عمل وی بر مالک کمتر از ضرری باشد که در صورت عدم دخالت او بر مالک وارد می‌شد، در این صورت این فرد محسن است و «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ».

در مورد تطبیق این قاعده نتایج فراوانی می‌گیریم، مثلاً اگر جایی آتش بگیرد و اطفاء حریق متوقف بر آن باشد که مقداری از اموال آن محل از بین برود تا مابقی سالم بماند، در این مورد باید گفت که خاموش‌کننده آتش ضامن مال تلف شده نیست چرا؟ چون عنوان محسن بر او صادق است و یا اگر کشتیران ببیند که جان کشتی نشستگان در خطر است و با ریختن اموال آنها به دریا می‌تواند جان مسافران کشتی را از خطر نجات دهد باید این کار را بکند و حکم به عدم ضمان کشتیران داد و او را محسن دانست.

3 نسبت قاعده با ادله مجهول المالک و لقطه

در بحث مربوط مجهول‌المالک یا در باب لقطه که مالی را پیدا می‌کند گفته‌اند که جوینده و متصرف يك سال باید تعریف کند تا صاحب آن مال پیدا شود و اگر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 41

از پیدا شدن مالک مایوس شده می‌تواند مال را نزد خود نگهدارد تا مالک آن پیدا شود و در این مدت که مال را نزد خود نگه می‌دارد یدش ید امانی است و محسن است و اگر مال مذکور بدون تعدی

و تقریظ تلف شد، ضامن نیست و نیز می تواند پس از گذشتن يك سال تعریف مال یاد شده را از طرف مالك تصدق بدهد، اما در صورتی که مالك پیدا شد او ضامن است. آیا این حکم با قاعده احسان منافات دارد؟

در واقع، اگر ملتقط محسن است، باید گفت: «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» یعنی در صورتی که پس از يك سال تعریف، مال را از طرف مالك تصدق دارد و بعدا مالك پیدا شد باید گفت که ملتقط ضامن نیست، اما چرا در مورد لقطه و در تمامی موارد مجهول المالك به ضمان ملتزم می شویم؟ چگونه می توان بین ادله قاعده احسان و ادله مجهول المالك - که تصدق به فقرا را اجازه می دهد، مشروط به اینکه اگر مال پیدا شده و راضی به این عمل نبود قاعده ضمان جاری شود - جمع کرد؟ چرا باید گفت در حالی که ملتقط محسن است، ضامن است. آیا ادله مجهول المالك قاعده احسان را تخصیص می زند یا تقييد می کند؟ یعنی باید گفت که «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» الا فی مورد مجهول المالك و یا اینکه نمی توان به گونه ای دیگر بین ادله جمع کنیم که موضوع تنافی و تعارض از بین برود، مثلا می گوئیم ادله مجهول المالك طرف را به تصدق مال مجهول المالك از طرف صاحبش ملزم نمی کند تا بعد بگوئید که او ضامن است، بلکه تصدق دادن يك حکم تخیری است یعنی با آنکه گفته است می تواند از طرف مالك تصدق بدهد گفته بود می تواند مال مجهول المالك را نزد خود نگهدارد و در این

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 42

حالت نیز ید او

را امانی دانسته است تا در صورت تلف مال ضامن نباشد؛ علی هذا در مورد مجهول المالك اگر کسی اقدام به تصدق کرد دیگر محسن نیست، قبلا محسن بود و یدش هم «من قبل الشارع» مأذونه بود و در این حالت و علی الید را تخصیص می زند. اما صرف تصدق دادن باعث می شود که عنوان محسن از وی سلب شود و لو اینکه در این عمل اعتقاد به احسان داشته باشد. مضافا اینکه وقتی شخص مال را از طرف مالک تصدق می دهد اقدام وی «علی وجه الضمان» است و بنا دارد بر اینکه اگر صاحب مال پیدا شد مثل یا قیمت آن را بدهد، پس اقدام علی وجه الضمان، جلوگیری از احسان را می گیرد و «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» در صورتی جاری می شود که فرد اقدام به عمل بر وجه ضمان نکرده باشد. اما اگر فرد جاهل به حکم باشد و نداند، چنانچه تصدق داد و مالک پیدا شد و راضی به این تصدق نبود، ضامن است؛ آیا جهل به حکم مقدم جلوگیری از اقدام را می گیرد؟

در پاسخ می گوئیم در مقام ثبوت می توان پذیرفت این امر ممکن است، ولی چگونه باید آن را به مقام اثبات رساند؛ یعنی آیا چنین ادعایی مسموع است؟ قول چه کسی مطابق با اصل است؟ اگر کسی آمد و گفت من از پیدا شدن مالک مأیوس شدم و مال را تصدق دادم و نمی دانستم، اگر مالک پیدا شود و راضی به این تصدق نباشد ضامن هستم که چه بگویم. در اینجا چون جاهل، جاهل مقصر است و تعلم احکام شرعیة به ملاك حکم عقل و مقدمات مفوته بر همگان واجب

است وی باید بینة بیاورد. البته اگر فهمیدیم که مقدم واقعا جاهل بوده است، حکم می کنیم که اقدام علی وجه الضمان نبوده است و ضامن نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 43

در اینجا با ادله مجهول المالك که می گوید مقدم مخیر به تصدق همراه ضمان است، چه باید کرد؟ ضمان را چگونه می توان برداشت؟ در این مورد ناچار باید پذیرفت ادله مجهول المالك قاعدة احسان را تخصیص می زند، ولی اگر جهل ثابت شد و اقدام هم علی وجه الضمان نبود نمی توان از قاعدة احسان دست برداشت فقط مشکل بین دلیلی است که می گوید اگر صاحب مال پیدا شد دافع، ضامن است و دلیل «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» است که باید دید این دو با هم چه نسبتی دارند؟ آیا تعارض در مقام جعل است یا اینکه می توان جمع عرفی کرد دلیل «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» اطلاق دارد سواء كان المحسن عالما او جاهلا، محسن هر عملی را که انجام داد نباید به او اسائه کرد و در مورد ادله مجهول المالك اگر فرد تصدق داد و مالك پیدا شد و راضی به این عمل نبود می گوید این عمل موجب ضمان است. آیا می توان گفت که این ادله اخص است تا بگوییم این دو تعارض می کنند یا نه؟ باید گفت ادله مثبتة للضمان در موارد مجهول المالك مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ را تخصیص می زند و یا تقیید می کند؛ در نتیجه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» الا فی موارد مجهول المالك و كان المالك غیر راض بهذا التصدق؟ به نظر ما ادله مثبتة للضمان در مجهول المالك اطلاق «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» را

تقید می کنند؛ در این صورت اشکال از بین می رود یعنی در این زمینه ادله مثبتة للضمان بر ادله نافية للضمان مقدم است.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 45

قاعدة اصالة الصحة

اشاره

یکی دیگر از قواعد مهم حقوق اسلامی «قاعدة اصالة الصحة» است. باید دید مقصود از اصالة الصحة در فعل غیر به چه معناست، آیا مقصود جواز تکلیفی یا صحت وضعی و یا صحت معاملات اعم از عقود و ایقاعات است؟ اصالة الصحة به معنی اول آن است که چنانچه فعل از غیر صادر شده باشد و در حرمت و حلیت آن فعل شك حاصل شود، بنابر جواز و حلیت تکلیفی گذاشته می شود. در این معنی آیات و روایات زیادی وارد شده است. «1» اصالة الصحة به معنی دوم ترتب آثار صحت وضعی است در مقابل فساد. در هر مورد چنانچه فعلی از غیر صادر شود و صحت و فساد آن عمل برای دیگران منشأ اثر باشد، بنا را بر صحت آن عمل می گذارند؛ مانند اتیان واجبات کفائیه. در این مقام عمده دلیل

(1) آیه شریفه «اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ...» حجرات (49): 12 «ای اهل ایمان از بسیار پندارها در حق یکدیگر اجتناب کنید که برخی ظن و پندارها معصیت است...»؛ فرمایش مولا امیر المؤمنین (ع) «ضع امر اخیک علی احسنه حتی یأتیک ما یغلبک عنه و لا تظنن به کلمة خرجت من اخیک سوء و انت تجد لها فی الخیر سیلا» و نیز آیات و روایات دیگر.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 46

بنای عقلا در تمامی اعصار و امصار و نیز فحوای روایت

حفص بن غیاث است که «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» در اینجا از عموم علت استفاده می شود که هر چه موجب تعطیل بازار مسلمانان باشد، مورد نفی شارع مقدس است. بنابراین، لازم است بنابر صحت گذاشته شود. تفصیل اصل صحت به معنی سوم در بحث مربوط به جریان اصل صحت در کلیه معاملات خواهد آمد و گفته خواهد شد که مقصود از قاعده مورد بحث، همان معنای سوم است.

اکنون قاعده مذکور در ذیل عناوین مدارک و مستندات قاعده، مقصود از صحت، جریان قاعده، اصل تنزیلی بودن قاعده، تعارض قاعده با استصحابات موضوعیه مورد بحث قرار می گیرد.

1 مدارک و مستندات قاعده

الف. ادله عامه عقود

«ادله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» بنابر آنکه عقد بر مطلق عقود اطلاق شود (که صحیحه عبد الله بن سنان مؤید آن است) و نیز بنابر آنکه شرط بر مطلق التزام و لو به غیر لفظ باشد اطلاق شود، دلالت می کند که شیخ انصاری (ره) برای اثبات اصالة الصحة در عقود، در باب معاطات، بدان استدلال کرده است.

ب. ادله خاصه عقود

«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «الاجارة احد معایش العباد» و «الصُّلْحُ خَيْرٌ» و غیر ذلك.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 47

ج. بنای عقلا

بنای عقلای جمیع ملل و نحل در تمام اعصار و امصار، اعم از متدینین به اسلام و غیر آن، بر آن است که اصل صحت، يك اصل مسلم حقوقی است و جزء آرای محموده و تأدیبات صلاحیه به شمار می آید. شارع مقدس نیز از این حیث با عقلا متحد المسلك است، زیرا خود رئیس عقلاست؛ علاوه بر آن ردعی وجود ندارد، بلکه ادله ای مبنی بر امضای این اصل و قاعده اقامه شده است.

د. اجماع علمای اسلام

اجماع بلکه تسالم اصحاب بر صحت این قاعده و تلقی به قبول کردن این اصل مسلم حقوقی است و فتوی مطابق آن است. البته این اجماع، اجماع اصطلاحی اصولی به شمار نمی آید و قهرا کاشف از رأی معصوم (ع) نیست، بلکه اجماع مدرکی است.

ه. استفاد از فحوی روایت حفص بن غیاث

استفاد از ذیل روایت مذکور به این بیان «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» آن است که معتبر ندانستن اصل صحت موجب اختلال نظام و هرج و مرج و سبب تعطیل بازار مسلمانان می شود و به قول مرحوم والد- قدس سره- اختلال نظامی که ناشی از عدم اعتبار این قاعده است، به مراتب شدیدتر از عدم اعتبار قاعده ید خواهد بود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 48

سؤال این است که ملاك صحت در این قاعده کدام است صحت واقعی یا صحت به اعتقاد فاعل. در مقام اثبات باید دید مقتضای ادله ای که بر حجیت این قاعده اقامه شده است کدام يك از احتمالات می تواند باشد؟ با ملاحظه ادله می بینیم که همگی - اعم از بنای عقلا و اجماع و تسالم اصحاب و یا فحوای روایت حفص بن غیاث - دلالت بر صحت واقعی دارند. در واقع، بنای عقلا در کلیه معاملات واقعی بین مردم بر اصل صحت استوار است و این امر به اعتبار صحت واقعی است؛ و الا اگر بنا باشد که حمل معاملات بر صحت به اعتبار صحت عند الفاعل باشد، نیازی به این حمل نیست و لغویت لازم می آید و بنابراین اعتبار عقلایی ندارد. به تعبیر دیگر، همان طور که در قاعده فراغ، بنای عقلا حمل بر صحت واقعی است؛ در قاعده اصالة الصحة نیز چنین است. با این فرق که در قاعده فراغ، حمل بر صحت در فعل نفس و شخص است و در قاعده اصالة الصحة این حمل در فعل غیر است. اجماع فقها یا فحوای روایت حفص هم که همان اختلال نظام باشد، دلالت بر صحت

3 جریان قاعدة

الف. جریان قاعدة منوط به احراز عنوان عمل است

در صورتی که فعلی از شخصی صادر شود و آن فعل معنون به یکی از عناوین

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 49

باشد، اگر در صحت و فساد آن عنوان شك شود بنای عقلا حمل بر صحت آن عنوان است. بنابراین در عنوان موجود که احتمال فقدان جزء یا شرط و یا وجود مانع در آن می رود و قهرا این احتمال سبب می شود که آن عنوان فاسدا موجود شده باشد، بنای عقلا بر صحت آن عنوان است؛ ولی اگر اصل عنوان مشکوک و غیر محرز باشد، اصل صحت جاری نمی شود؛ به جهت اینکه قصد عنوان به منزله موضوع است از برای این قاعده. نتیجه آنکه بنای عقلا بر حجیت این قاعده، پس از احراز اصل عنوان است.

ب. جریان قاعدة متوقف به وقوع عمل در خارج است

در صورتی که عمل در خارج واقع شود و شك در صحت و فساد آن به اعتبار فقد جزء یا شرط یا وجود مانع باشد، این عمل حمل بر صحت می شود. اما اگر هنوز عملی در خارج واقع نشده باشد سیره عقلا بر صحت عملی نیست که در آینده موجود می شود. همچنین اگر عمل هنوز به پایان نرسیده باشد مثل اینکه شخص از یکی از مواجیت پنج گانه محرم به عمره تمتع شود و سپس شك شود که آیا شخص محرم کل عمره را صحیحا موجود می کند یا فاسدا؟ بنای عقلا بر این نیست که اصل صحت جاری شود. البته در مقدار عملی که موجود شده است قاعده جاری می شود. اگر گفته شود که در اکثر افعال سیره مسلمین بر جریان اصل صحت است و مثلا اگر دیدند مسلمانی مشغول تجهیز میت است بنا را بر صحت

كل تجهيزات ميت می گذارند و تکلیف را از خود ساقط می دانند، در پاسخ می گوئیم که این معنی معلول جریان قاعده اصالة الصحة نیست؛ بلکه از

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 50

جهت اطمینان به این امر است که فرد مسلمان کل تجهیزات را به پایان می رساند.

خلاصه آنکه جریان این قاعده منوط به وقوع عمل در خارج می باشد و پس از پایان عمل است که اگر در صحت و فساد آن شك پدید آید، عقلا بنا را بر صحت می گذارند.

ج. اصالة الصحة در کلیه معاملات جاری است

اصل صحت در کلیه معاملات، اعم از عقود و ایقاعات، جاری است و بر اصالة الفساد در معاملات مقدم خواهد بود. گفته شده است که در صورت شك در صحت معامله - چه از ناحیه شرایط عقد و چه از جنبه شرایط متعاقدين و یا شرایط عوضین - اصل اولی عدم نقل و انتقال است که نتیجه اش همان فساد معامله خواهد بود و از این حیث فرقی در خصوص مدارك قاعده نیست. چه بنای عقلا باشد یا اجماع و تسالم اصحاب و چه فحوای روایت حفص بن غیاث. مرحوم میرزای نائینی می فرماید قاعده اصالة الصحة در خصوص شرایط عقد جاری است اما در صورت احتمال اخلال در شرایط متعاقدين یا عوضین، این قاعده جاری نیست.

توجیه مبنای ایشان آن است که ما برای حجیت این قاعده اطلاقی که مدرک باشد، نداریم. اجماع که یکی از مدارك مهم این اصل است دلیل لبی است و بنابراین، به مقدار قدر متیقن حجیت دارد و قدر متیقن همان احتمال اخلال در شرایط عقد است (مثل شك در اعتبار ماضویت و تقدم ایجاب بر قبول و موالات و غیر ذلك) اما

بر این مبنا اشکالاتی وارد است:

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 51

اولاً، مدرک قاعده منحصر به اجماع نیست؛ بلکه عمده دلیل آن بنای عقلاست و این بنا و سیره اختصاص به شرایط عقد ندارد. در هر جا که احتمال اخلال معامله برود (چه از ناحیه شرایط عقد و چه شرایط متعاقدين و یا عوضين) اصل صحت محکم است. زیرا موضوع قاعده نزد عقلا عبارت است از احراز عنوان معامله و شك در صحت و فساد آن مطلقاً.

ثانیاً، اجماع دلیل لبی است؛ بنابراین اطلاق ندارد و باید به مقدار قدر متیقن اخذ شود؛ لکن اگر اجماع بر عنوانی قائم شود که معقد آن- مثل ما نحن فيه- اطلاق داشته باشد حکم دلیل لفظی را پیدا می کند.

د. جریان قاعده در اقوال و اعتقادات

این بحث دو جزء دارد: اول) صحت در اقوال؛ دوم) صحت در اعتقاد.

1) چنانچه قولی از شخصی صادر شود و این قول منشأ اثر باشد و سپس در صحت و فساد آن شك شود، قاعده اصالة الصحة جاری می شود؛ زیرا اقوال ذی اثر همانند افعالند. اما نسبت به اقوالی که مورد شك قرار گیرد، بدین بیان که آیا متکلم اراده معنای حقیقی کرده است یا نه یا در گفتارش صادق است یا نه و غیر ذلك این مطلب ارتباطی به اصل صحت ندارد و مدرکش همان اصول عقلائییه مانند اصالة الظهور و اصالة الحقیقه و غیر اینهاست.

2) اصل صحت در اعتقادات؛ چنانچه مقصود از اعتقادات، اصول دین و معارف اسلامییه مانند اعتقاد به توحید و ثبوت صفات جمالییه و صفات جلالیه و اعتقاد به مبدأ و معاد و رسالت خاتم الأنبياء و امامت مولی امیر المؤمنین و فرزندان

معصوم ایشان و غیر ذلک باشد، چنانچه شخص این نکته را اظهار کند باید آثار صحت را بر گفتار وی مترتب ساخت (البته اگر منشأ اثر باشد) اما اگر مقصود از اعتقادات اعتقاد به فروع دین باشد، مثلاً شخص شك کند که آیا این مجتهد جامع الشرائط که در این مسأله فتوی داده است از روی موازین صحیح اجتهاد کرده است یا العیاذ باللّٰه بدون تعمق و تفحص فتوی داده است، سیره متشرعه حمل بر صحت است.

همچنین اظهار توبه و پشیمانی - اگر منشأ اثر باشد - حمل بر صحت می شود در صورتی که علم به خلاف نباشد. توبه يك امر باطنی و قلبی است، لکن استغفار و انشاء توبه «استغفر الله ربی و اتوب الیه» متأخر است از واقع توبه که همان نفس پشیمانی و عزم بر عدم عود به آن معصیت باشد. اگر گفته شود توبه فقط نفس پشیمانی نیست بلکه اضافه بر آن طبق روایات «ظهر منه امر جمیل» می خواهد و این معنی به صرف ادعا ثابت نمی شود. در پاسخ می گوئیم به نظر می رسد که حقیقت توبه، در مقام لب، عبارت از ندم و پشیمانی فاعل از معصیتی صادر از جانب اوست و حضرت سجاد (ع) در صحیفه سجاده می فرماید «اللهم ان یکن الندم توبه الیک فأنا اندم النادمین»؛ ولی رسیدن این معنی به مرحله اثبات نیاز به اعتراف به لسان و انشاء کلمه استغفار دارد و این مطلب همانند حقیقت اسلام است که عبارت است از اعتقاد به شهادتین که رسیدن به مرحله اثبات، نیازمند اقرار و اعتراف و اظهار لسانی به شهادتین است و

قهرا این اظهار است که منشأ اثر می شود و بر مقر آثار مسلم بار می شود و کمال اسلام نیز عمل به ارکان و احکام اسلام و اتیان واجبات و ترك محرمات خواهد بود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 53

بنابراین جمع بین روایات به این گونه است که آن دسته از روایاتی که مفادشان ندم و پشیمانی و عزم بر عدم عود به معصیت به عنوان بیان حقیقت توبه است، در مقام ثبوت باشد و آن دسته از روایاتی که توبه را عبارت از استغفار به عنوان بیان مرتبه بلوغ توبه می داند در مقام اثبات تلقی شود، روایاتی که مفادشان ادای حقوق و قضای فرایض و غیر آن است که همان «ظهر منه امر جمیل» باشد، در مقام بیان مرتبه کمال توبه و عمل بر طبق آن معنی شود.

نکته ای که ذکر آن بایسته است این است که اماریت اماره منوط و متوقف است بر عدم علم به وفاق یا علم به خلاف و همچنین در باب اصول عملیه اعم از تنزیلیه و غیر تنزیلیه که موضوعشان «أیها الشاک» است، بنابراین جریان قاعده اصالة الصحة در اظهار توبه و پشیمانی منوط بر عدم علم به کذب یا صدق وی خواهد بود.

ه. عدم جریان قاعده در عناوین قصدیه

در مواردی که قصد عنوان، حکم فصل ممیز را دارد احراز این معنی در جریان قاعده اصالة الصحة شرط است. مثلاً در نمازهای چهار رکعتی قصد عنوان- ظهریت و عصریت و عشائیت- محقق ماهیت آن نماز است و به تعبیر دیگر، قصد عنوان هویت آن عناوین را می سازد و در صورت شك که آیا نمازگزار قصد ظهریت یا عصریت یا عشائیت را کرده

است یا نه اصل صحت جاری نمی شود، مگر در صورتی که این معنی احراز شود و شك در فقد جزء یا شرط یا ایجاد مانع باشد که در این حالت قهراً قاعده اصالة الصحة جاری

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 54

می شود. در باب نیابت، قصد نائب که عمل را از طرف منوب عنه انجام می دهد محقق، عنوان نیابت است. بنابراین چنانچه منوب عنه در این قصد شك کند، بدین معنی که آیا نائب قصد انجام این عمل را از طرف خود او کرده است یا نه، نمی تواند اصل صحت را جاری کند مگر اینکه قصد مذکور احراز شود؛ در این حالت چنانچه شك در وجود اجزاء و شرایط و موانع باشد قهراً قاعده اصالة الصحة در فعل نائب جاری می شود. به تعبیر دیگر، قصد عنوان در عناوین قصدیه محقق خود عنوان است و بالضروره احراز عنوان به منزله احراز موضوع و عقد الوضع قاعده است. شیخ انصاری (ره) می فرماید که در فعل نائب دو حیثیت موجود است:

- 1- به اعتبار اینکه فعل منظور نظر فعلی از افعال نائب است. بر او لازم می شود که عمل را تام الاجزاء و الشرائط و فاقدًا للموانع موجود کند و در صورت بروز شك حمل بر صحت می شود و تمام آثار صدور فعل صحیح مثل استحقاق اجرت و غیر ذلك، بر آن بار می شود.
- 2- به اعتبار اینکه عمل نائب، فعل منوب عنه محسوب می شود و نائب حکم آلت و وجود تنزیلی منوب عنه را دارد، لازم است که قصد نیابت کند و اموری را انجام دهد که از منوب عنه فوت شده یا بر او واجب شده

است. سپس می فرماید حکم به صحت از ناحیه حیثیت اولی، ملازمه با صحت حیثیت ثانیه ندارد، زیرا حکم به صحت از ناحیه حیثیت ثانیه منوط و متوقف است بر صدور فعل صحیح از نائب به قصد منوب عنه. لکن فرمایش ایشان مورد اشکال است، چون موضوع سقوط تکلیف از منوب عنه و استحقاق اجرت نائب یکی است و آن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 55

انجام عمل صحیح تام الاجزاء و الشرائط و فاقد الموانع نائب به قصد منوب عنه است و در نتیجه هر دو حیثیت به طور قید و مقید با هم مرتبند، به طوری که مطلوب واحد است و قابل انحلال نیست و هرگاه مطلوب واحد تحقق یافت، موضوع استحقاق اجرت نائب و سقوط تکلیف از منوب عنه موجود می شود.

4 آیا اصالة الصحة اصل تنزیلی است؟

آیا اصل صحت از امارات و طرق است یا جزء اصول عملیه به شمار می آید؟

چنانچه مدرک قاعده را اجماع بدانید حجیت آن به مقدار قدر متیقن است که همان ترتب آثار شرعیه بر فعل صحیح باشد، ولی نسبت به ملازمات عقلیه آن حجیت نخواهد داشت. اما اگر مدرک بنای عقلا باشد، باید دید آیا سیره عقلا که بنا را بر صحت فعل انجام یافته می گذارد از باب تتمیم کشف است. یا از باب جری عملی به ما انه متیقن می تواند باشد؟ چنانچه احتمال اول را ترجیح بدهیم اصل صحت جزء طرق و امارات به شمار می آید و قهرا ملزومات و ملازماتش حجت است؛ اما در صورت ترجیح احتمال دوم این قاعده جزء اصول تنزیلیه به شمار می آید و ملازمات عقلیه اش حجت نیست. علی الظاهر احتمال اول ارجح است و قهرا

قاعدة اصالة الصحة جزء اصول تنزيله نخواهد بود، بدین معنی که سیره عقلا قائم است بر حمل فعل انسان بر صحت نه به صرف جری عملی، از آن جهت که متیقن است، بلکه به اعتبار طریقت و کاشفیت آن و قهرا حکم عقلا- بر تتمیم کشف است به اعتبار حصول ظن نوعی.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 56

5 تعارض اصل صحت با استصحاب موضوعیه

همان طور که در بحث جریان قاعده گذشت قاعدة اصالة الصحة در شرایط عقد و نیز شرایط متعاقدين و عوضین جاری است و استصحابات عدمیه در آنها محکوم قاعده است، زیرا اگر قاعدة اصالة الصحة جزء امارات و طرق باشد- کما هو الحق- اصول عملیه مطلقا اعم از تنزیلیه و غیر تنزیلیه محکوم امارات هستند، چون در جای خود ثابت شده است که موضوع اصول عملیه شك در حکم واقعی است و به عبارت دیگر، اصول عملیه عبارتند از وظایفی که شارع مقدس برای انسان جستجوگر مأیوس از یافتن دلیل و درگیر حالت شك و تحیر، وضع کرده است؛ اما حجیت امارات و طرق از باب تتمیم کشف است و آثار علم بر آنها بار می شود، با این فرق که حجیت علم ذاتی و انجعالی است به جعل بسیط و حجیت امارات و طرق جعلی است به جعل تألیفی و با این جعل است که اماره داخل افراد علم می شود.

به تعبیر دیگر، برای مفهوم علم دو فرد و دو مصداق است: یکی فرد حقیقی تحقیقی و دیگر فرد حقیقی ادعایی، چنانچه اماره بر امری قائم شود موضوع اصل تعبدا- نه حقیقتا- مرتفع می شود و معنای حکومت امارات بر همین اصول است.

چنانچه جدلا منکر اماریت قاعده

شویم، اکنون باید بینیم که مقتضای تعارض استصحابات عدمیه با اصل صحت چیست؟ علی الظاهر با عنایت به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 57

وجوه زیر قاعده اصالة الصحة حاکم بر استصحابات عدمیه است.

الف) اطلاق معقد اجماع مبنی بر حجیت اصل صحت است، به طوری که شامل موارد استصحابات موضوعیه عدمیه در شرایط عقد و متعاقدین و عوضین می شود. اطلاق معقد اجماع همانند اطلاق دلیل لفظی است در عالم حجیت و جزء امارات به شمار می آید و بر استصحابات عدمیه حکومت دارد. شأن حکومت هر اماره ای بر اصول عملیه، اعم از تنزیلیه و غیر تنزیلیه.

ب) بنای عقلا در تمامی ملل و نحل بر حجیت قاعده به طور مطلق است، حتی در موارد استصحابات عدمیه. هر چند گفته شود در بنای عقلا- مختار این است که نیاز به امضای مستقل ندارد و عدم الردع دلیل بر امضا است. در ما نحن فیه بنای عقلا در موارد استصحابات عدمیه، توسط دلیل استصحاب- لا تنقض الیقین بالشک- ردع می شود؟

در پاسخ می گوئیم به نظر می رسد این اشکال وارد نباشد؛ زیرا موضوع استصحاب عبارت است از انسان جستجوگر متحیر و مأیوس از یافتن دلیل. در صورتی که بنای عقلا بر اصل صحت در معاملات به طور مطلق باشد (چه منشأ شک فقد جزء یا فقد شرط یا وجود مانع باشد، چه در شرایط عقد و چه متعاقدین و عوضین) موضوع اصل تعبدا مرتفع می شود و آن شخص دیگر خود را متحیر نمی بیند تا خطاب «لا تنقض الیقین بالشک» متوجه وی گردد و این معنی اماریت و طریقت قاعده را می رساند.

ج) دلالت اقتضاء، صونا لكلام الحكيم عن اللغوية، بر

عدم اعتبار استصحابات موضوعیه عدمیه در موارد اصل صحت است، چه در شرایط عقد یا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 58

متعاقبین یا عوضین؛ زیرا اگر بناء بر این باشد که استصحابات عدمیه در موارد قاعده جاری شود، موردی از برای قاعده اصالة الصحة نمی ماند و لغویت لازم می آید. همین مطلب را در مورد قاعده فراغ و قاعده تجاوز نیز به عینه ملتزم می شویم.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 59

قاعده اصالة اللزوم

اشاره

یکی از قواعد مهم و معروف در حقوق اسلامی قاعده اصالة اللزوم در عقود می باشد که در تمام نظامهای حقوقی دنیا مورد قبول همگان قرار گرفته و به عنوان يك اصل مسلم حقوقی پذیرفته شده است. (1)

در باب عقود، چه در معاملات و معاوضات و چه در معاهدات، اصل اولیه لزوم است و نتیجه این اصل آن است که اگر در لازم یا جایز بودن معامله یا عقد شك کردیم، اصل اولی لزوم آن است، مگر دلیل بخصوصی حکایت از جایز بودن آن بنماید. این جواز نیز ممکن است از يك طرف و یا از دو طرف باشد.

نخستین کسی که به این قاعده استدلال کرده مرحوم علامه حلی (ره) است که دیگران نیز از وی متابعت کرده اند. «2» قبل از ورود در بحث به عنوان مقدمه به چند

(1) از جمله در قانون مدنی ایران ماده 219 و قانون مدنی فرانسه ماده 1134 این قاعده به عنوان يك اصل مسلم حقوقی پذیرفته شده است.

(2) در کتاب تذکره می فرماید: «الاصل فی البیع اللزوم لان الشارع وضعه مفیداً لنقل الملك...».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 60

نکته

اشاره می کنیم.

1- مقصود از اصل

طبق ادله آیات و روایات، مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الناس مسلطون علی اموالهم» و ... آیا مقتضای ادله شرعیه همان لزوم است الا ما خرج بالدلیل؟

گروهی گفته اند که طبق قواعد اولیه در باب عقود مقررات: «کل عقد لا بد و ان یکون لازما الا ما خرج بالدلیل» یعنی اصل با لزوم است. گروهی دیگر قائل به اصل دیگر یعنی استصحاب شده اند و می گویند هر عقدی دارای اثری است و در هر زمان اگر شك در وجود اثری کردیم که بر آن بار شده است استصحاب بقای اثر می کنیم و این اصل اولیه است. البته در جای خود به این سؤال پاسخ خواهیم گفت که آیا اصلا در اینجا نوبت به استصحاب می رسد یا نه؟

2- لزوم چیست؟

اشاره

بحث دیگری که داریم این است که لزوم مذکور در اینجا به چه معناست؟

در تعریف عقد گفته اند: العقد عبارة عن العهد المؤكد. اعتبار عقد در عالم اعتبار تشریحی ابرام شده است؛ یعنی ما ملزم هستیم که طبق عقد و عهد خود عمل کنیم. در زمان سابق از جمله مصادیق عقد، بیعت بوده است و کسی که بیعت را می شکسته ناقض البیعه خوانده می شده است.

در باب عقود نیز در عالم تشریح يك نحو استحکام و ابرام در عالم تشریح

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 61

شده است و وقتی عقدی مستحکم و مبرم شد طرف دیگر نمی تواند حل عقد کند، زیرا از وی در عالم تشریح سلب قدرت شده است، هر چند در عالم تکوین بتواند چنین کاری را انجام دهد، قاعده ای کلی هست که می گوید: «الممتنع شرعا کالممتنع عقلا» هنگامی که شارع مقدس گفت تو را غیر قادر می بینم، وی

قدرت و توان شرعی خود را از دست می دهد. در واقع نقض کردن و فسخ کردن فرع بر مالک استلزام خود بودن است و شارع مقدس شخص را بر استلزام خودش ناتوان می بیند. به تعبیر دیگر، از لحاظ تشریح حل عقدی که ابرام و استحکام در شأن آن قرار داده شده است، ناممکن است. لزوم نیز بر دو قسم است:

الف. لزوم حکمی

در لزوم حکمی شارع مقدس تشریح کرده است که فلان معامله لازم است؛ بنابراین، حکم شرعی قائم بر این است که «لا یجوز تکلیفا لاحد فسخ عقده». از این قبیل است شکستن بیعت با رسول الله (ص) یا امام (ع) که از گناهان کبیره خواهد بود. بنابراین، اگر حکم شرعی قائم شود این قیام به اعتبار حکم تکلیفی است نه به اعتبار حکم وضعی.

مسئله بسیاری از احکام شرعی حاکی از لزوم معامله است و این قسم از احکام شرعی ناظر به حکم وضعی است؛ یعنی شرع مقدس وضعاً از متعاملین در خصوص فسخ عقد و نقض معامله سلب قدرت کرده است. شیخنا الاعظم انصاری (ره) معتقد است که احکام وضعیه از احکام تکلیفیه منتزعه اند و هر جا که حکم وضعی قدم می گذارد باید سابق بر آن حکم تکلیفی باشد؛ یعنی مجعول

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 62

اولاً و بالذات، حکم تکلیفی است که وجوب است و احکام وضعیه از آن منتزعه می شود و لذا می فرماید که هم تکلیفا اعتبار لزوم شده و هم وضعاً جعل لزوم شده است.

البته ما این مبنا را قبول نداریم. در اصول این معنی مبرهن و مدلل است که احکام وضعیه مجعول به جعل استقلالی اند و بین

این دو حکم ملازمه نیست و حکم تابع اعتبار معتبر است و اصولاً بسیاری از احکام وضعیه را شرع مقدس جعل نکرده بلکه مجعول عقلاً بما هم عقلاست؛ علاوه بر این احکام تابع مصالح و مفاسدند. در احکام وضعیه نظری به مصلحت و مفسده تکلیفیه نیست؛ بلکه مصلحت و مفسده عقلیه است. در مواردی مثل بیع ربوی شرع مقدس تصرف می کند و این قسم از بیع را از اعتبار می اندازد «1» یعنی حرمت و حرمت را شرع اعتبار می کند.

می دانیم که قسمتی از احکام تأسیسی است اما اکثر احکام وضعیه امضایی اند و شارع مقدس به عنوان خالق العقلاء آنها را امضا کرده است. خلاصه آنکه اصولاً مبادی حکم تکلیفی غیر از مبادی حکم وضعی است و مصلحت و مفسده هر کدام با دیگری فرق دارد.

ب. لزوم حقی

اشاره

از جمله آثار حق آن است که قابل اسقاط است، به خلاف حکم که قابل

(1) «احل الله البيع و حرم الربا».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 63

اسقاط نیست. حکم حتی با تراخی طرفین قابل اسقاط نیست، مثل عقد زوجین.

لزوم حقی بدین معنی است که هر يك از متعاقدين مالك بر التزام دیگری است و یا احد المتعاقدين مالك التزام دیگری می شود بدون اینکه دیگری دارای این مالکیت باشد و معنای اینکه شخص مالك بر التزام خود نباشد آن است که نمی تواند عقد را بر هم بزند و عقد همچنان مستحکم است و قابلیت حل و فسخ را ندارد؛ زیرا التزام او مملوك غیر است و «الممتنع شرعا كالممتنع عقلا» نتیجه امتناع شرعی نیز همانند امتناع تکوینی است و بنابراین هر کاری که بکند اثری بر آن بار نمی شود.

طور خلاصه لزوم حکمی و لزوم حقی دال بر لزوم مستحکم بودن عقد است و تنها فرق میان این دو آن است که لزوم حکمی قابل اسقاط نیست، مثل طلاق و در لزوم حقی شخص مالک التزام دیگری است و این مالک بودن گاهی از یک طرف و گاهی از دو طرف است و قابل اسقاط خواهد بود (مثل خیار حیوان).

جواز نیز بر دو قسم است: جواز حقی و جواز حکمی در شرع برخی از عقود مانند وکالت جزء عقود جائزه است و این جواز از حکم است.

جواز حقی عبارت است از مالک بودن بر التزام خود. بدین معنی که شخص هر وقت بخواهد می تواند فسخ عقد بکند؛ یعنی مالک بر التزام خود و دیگری است.

به تعبیر فنی، در باب انشانات دو مدلول وجود دارد که یکی مدلول مطابقی و دیگری مدلول التزامی است. جمله «بعتک هذا الكتاب به خمسين تومان» مبین

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 64

مدلول مطابقی است و با آن مؤدای انشاء در عالم اعتبار موجود می شود. مدلول التزامی این انشاء پای بند بودن به معامله و عدم توانایی در برهم زدن معامله است.

در عقودی که با لفظ انشاء می شوند، هم پای بند بودن به مدلول مطابقی و هم پای بند بودن به مدلول التزامی وجود دارد و بنای عقلا بر همین است؛ یعنی عقلا می گویند که طرفین ملتزم به تبادل انشایی خود هستند و این لزوم و پای بند بودن به هر دو مدلول در عرض هم از انشاء متعاقدین استفاده می شود.

بر این اساس، در بحث از بیع معاطات می گویند که لازم نیست زیرا بیع معاطاتی را عقد نمی دانند و صرف دادوستد

خارجی می شمارند؛ در معاطات مدلول مطابقی که همان تبادل ثمن و مضمن باشد، موجود است؛ ولی مدلول التزامی که از لفظ استفاده می شود در اینجا موجود نیست، مگر در جایی که معنایی کنایه از بیع باشد، مثل دست در دست گذاشتن در بیعت که خود کنایه ای از لفظ است یا دست به دست زدن در بعض بلاد و یا امضای پیمان نامه ها و قراردادهای بین کشورها که کنایه از لفظند.

اما سیدنا الاستاد امام خمینی (ره) می فرمایند که تمام بیوع معاطاتی لزوم دارند چون اکثر بیعهای امروزی به طور معاطات انجام می گیرد و این خلاف روش عقلاست که بگوییم اگر انشاء با لفظ بود لزوم دارد و الا نه و می فرمایند معاطات، هم مدلول مطابقی دارد و هم مدلول التزامی که پای بند بودن به عقد خود باشد.

مرحوم والد- قدس سره- قائل به تفصیلند و می فرمایند اگر فعل نزد عقلا حاکی از عقد بود بیع و لازم است و الا نه. لکن تحقیق آن است که هویت عقد به قصد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 65

موجب است و الفاظ و افعال در ماهیت عقد دخالتی ندارند و جنبه اثباتی عقد محسوب می شوند. بنابراین فرقی بین معاطات و بیع با الفاظ نیست و هر دوی آنها حقیقتاً بیع هستند.

اصالة اللزوم در عقود عهديه

مرحوم میرزای نائینی (ره) می فرماید که اصالة اللزوم در عقود عهديه است نه عقود اذنيه. عقود عهديه شامل بیعهایی می شود که ایجاب و قبول دارند، اما عقود اذنيه شکلا عقدند و اصالتاً عقد نیستند؛ مانند وکالت و بنابراین تخصصاً از عقود خارجند.

در عقود عهديه نیز شیخ اعظم (ره) بین عقود عهديه تنجیزیه و عقود عهديه تعلیقیه فرق

گذاشته اند و معتقدند که در عقود عهديه تجزیه قاعده اصالة اللزوم جاری است، به معنی استصحاب بقای اثر، ولی در عقود عهديه تعلیقه قبل از حصول معلق علیه اثری نیست تا استصحاب شود. در عقود سبق و رمایه و یا در جعله معلق علیه واقع نشده است تا اینکه استصحاب بقای اثر شود؛ بنابراین در عقود تجزیه استصحاب جاری است؛ ولی در تعلیقه چون چیزی ثابت شده است استصحاب اثر، مجری ندارد.

در آینده بیان خواهیم کرد که فرمایش شیخ- قدس سره- درست نیست و بین عقود تعلیقه و تجزیه فرقی نیست و قاعده اصالة اللزوم اطلاق دارد. در اینجا به بررسی فرق جوهری بین حق و حکم می پردازیم.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 66

فرق جوهری بین حق و حکم

اقوال در حق

حق عبارت است از ماهیت اعتباریه: «الحق عبارة عن الماهية الاعتبارية»؛ بنابراین، يك ماهیت مقولی حقیقه نیست. ماهیت اعتباریه گاه به جعل شرعی است و گاه به جعل عقلایی؛ یعنی در مواضعی شرع و در مواضعی عقلا بما هم عقلا در حیطة کار خودشان آن را وضع می کنند.

گروهی معتقدند حق همان ملك است و از احکام وضعیه است و گروهی گفته اند حق از حیث شدت و ابرام عبارت از ملکیت ضعیف است و ضعیف تر از ملك است. گروه دیگر نیز معتقدند حق عبارت است از سلطنت ضعیفه و بالاخره مطابق قولی دیگر حق هیچ کدام از اینها نیست؛ بلکه امری است اعتباری همانند سایر احکام وضعیه.

باید یادآور شویم که امور اعتباریه شدت و ضعف نمی پذیرند بلکه دایره مدار وجود و عدمند. بحث در شدت و ضعف و ملکیت ضعیفه یا سلطنت ضعیفه خلاف تحقیق است و قابل پذیرش نیست.

آیا حق يك مقوله واحده است؟

آیا حق يك مقوله واحده است یا نه؟ در باب معرفت اشیاء گفته می شود گاهی شناخت يك چیزی از راه معرفت موضوع آن و گاه از راه معرفت غایات و گاه شناخت از راه فهم آثار آن است. در اکثر تعاریف ما، تعریف حقیقی یعنی تعریف به جنس و فصل نیست بلکه تعریف شرح الاسم و تعریف به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 67

اظهر الخواص است. در مقام عمل نیز حقوق دارای انحاء مختلف است، بعضی قابلیت نقل و انتقال دارند و بعضی ندارند. بعضی قابلیت اسقاط دارند و بعضی ندارند. بعضی از حقوق ملکیت است بعضی اولویت، بعضی احقیق است و بعضی اوقات صرف ولایت، حقوقی

اسقاط و قابل نقل و انتقال نیستند، حقوقی مثل حق القصاص و حق الاختصاص و حق التحجیر قابل نقل و انتقال هستند، بعضی از حقوق را در مقابل پول می توان بخشید و بعضی دیگر مثل ارث برده می شود و بعضی قابل عفو هستند.

به هر حال باید بگوییم حق عبارت است از ماهیات مختلفه که در هر جا به شکلی است؟ یا اینکه حق، حقیقت واحده و امری وحدانی است و به عبارت فنی مشترك معنوی است و وضع شده است به معنای جامع «الماهية الاعتبارية»، جامع نیز به اعتبار اینکه در تمام افراد و مصادیقش ساری و متحد است و بین کلی طبیعی و افرادش در خارج اتحاد و هوهویت است و وضع می رود روی معنای جامع حق الحضانه، حق القصاص، حق الخيار و ... تمام اینها ماهیت اعتباریه اند و احکامشان به اختلاف متعلقات فرق می کند.

به تعبیر دیگر، این آثار نسبت به حق مجعول بالذات نیستند، بلکه جزء لواحق و متعلقات حقوقند. نتیجه این امر بسیار است. ما در باب شروط در بیع می گوئیم: شرطی که خلاف مقتضای خود عقد باشد، باطل است و مشمول قاعده «المؤمنون عند شروطهم» نمی شود؛ در اینجا هم اگر گفتیم مسأله جواز الاسقاط و جواز نقل و انتقال از لوازم ذاتیه خود حق است معنایش این می شود که هر شرطی که بر خلاف لوازم ذاتیه باشد لزوم وفا ندارد؛ یعنی همانند

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 68

خلاف مقتضای عقد است، اینجا هم خلاف مقتضای حق است. اما بالضرورة می بینیم که حقوقی داریم و اطلاق حق بر آنها می شود در حالی که نه قابل اسقاط هستند و نه

قابل نقل و انتقال؛ بنابراین می فهمیم که از امور ذاتیه حق نیستند بلکه احکام طاری هستند که به حسب جعل شرعی آمده اند. بنابراین حق ماهیت واحده است و مثلاً اگر به ولایت بر صغار تعلق پیدا کند قابل اسقاط و انتقال نیست، اما اگر متعلق همین حق قصاص باشد قابل نقل و انتقال و اسقاط است.

در واقع نباید تصور کرد که حق القصاص در عالم حق بودن با حق ولایت مغایر است، هر دو در عالم حق بودن واجد همان ماهیت اعتباریه اند و فقط به اعتبار متعلقات فرق می کنند که آن هم از ناحیه شرع مقدس پدید آمده است و آثاری را که بین حکم و حق بیان و گفته شده است - که میان قابل اسقاط بودن و قابل اسقاط نبودن - فرق جوهری هست چنین نیست که بسیاری از حقوق قابل اسقاط نیست، در این صورت آیا باید بگوییم اینها حق نیستند بلکه حکم هستند؟ یا نه به اعتبار متعلق است که از ناحیه شرع است و با ادله خارجی می فهمیم که اینجا حق قابل اسقاط نیست. اگر حق را سلطنت دانستیم در مورد محجور صغیر که سلطنت ندارد چه می گوییم؟

هر حقی نیز ملك نیست، حق السبق در اوقاف عامه مساجد ملك نیست و در بسیاری از حقوق اعتبار ملكیت نشده است. در روایت نبوی آمده است که «الناس مسلطون علی اموالهم» چنانچه متعلق حق سلطنت باشد معنایش این است که سلطنت بر سلطنت داشته باشیم و این غیر عقلایی است.

خلاصه آنکه حق ماهیتی است اعتباری و يك حکم وضعی است و قهراً فرق

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 69

بین حق و

حکم در عالم تشریح نیست و حکم بر روی وضع و جامع می رود و در مقام خارج تکثر پیدا می کند. بر همین اساس ما قائل به تعدد حقوق نیستیم؛ مثلاً- یک حق داریم قابل اسقاط و یک حق داریم قابل نقل و انتقال؛ در جامعه عقلایی یک دسته را حق و یک دسته را حکم می گویند. اکثر حقوق ما نیز عقلایی است. البته یک رشته از آنها تأسیس شرع است (مثل خیار مجلس) بنابراین حق، حکم است.

در باب حکم وضعی عقیده ما این است که هر حکم وضعی یک جعل استقلالی دارد که عبارت است از ماهیت اعتباریه، منتهی احکام گاهی شرعی هستند که خصوصیت می دهند به اعتبار متعلقاتشان. بنابراین ما که می گوئیم لزوم حقی و لزوم حکمی داریم در ملکیت عقیده مان این است که اضافه است بین مالک و مملوک در حالی که حقیقت حق به اضافه نیست؛ یعنی ماهیت حق همان جعل اعتباری است و این اضافه به اعتبار متعلق آن همزمان پدید می آید، همزمان انعقاد عقد خیار نیز منعقد می شود.

نتیجه آنکه در اصالة اللزوم که لزوم حقی است وقتی که متعاقدين عقد را انشاء می کنند دو مدلول: 1- مدلول مطابقی؛ 2- مدلول التزامی وجود پیدا می کند و متعاقدين التزام خودشان را به یکدیگر تملیک می کنند. بنابراین قدرت حل آن را در عالم اعتبار تشریحی ندارند، اما لزوم حقی را از این راه می گوئیم و منکر نیستیم ممکن است از یک طرف سلب التزام باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 70

1

[3-] مستندات و مدارك قاعدة

الف. بنای عقلا

اشاره

بنای عقلا بر این است که هر عقدی را که متعاقدين موجود می کنند پای بند به آن هستند و آن

را فسخ نمی کنند و عمل نکردن به عقد را یکی از رذائل می دانند.

کشورهای مادی پای بند به التزامات خودشان هستند و این معنی در تمام اعصار موجود است و احتمالا جزء آرای محموده و مؤدای عقل عملی است؛ یعنی قسمتی از اندیشه و مدرکات انسان مربوط به بایدها و نبایدهاست و مستقیما به عمل ارتباط دارند. این مقدار مسلم است بین عقلا- بما هم عقلا، اکنون اگر هر دو مجتمعا التزامشان را به دیگری بخشیدند معامله می تواند به هم بخورد. در اقاله هم چنین است که از دیگری می خواهد که اقاله او را ببخشد، اگر گفت اقلتك معنایش این است که التزامی که من داشتم بخشیدم، قهرا عقد منحل می شود و ابرام از بین می رود. در اقاله می گوئیم عقد جدیدی نمی خواهد. گروهی می گویند برای انحلال اقاله، عقد جدید می خواهد. ما می گوئیم در اقاله هر کدام از ثمن و مثنی به صاحبان اولش برمی گردد و ابرام منحل می شود و همین مشروعیت اقاله دلیل است بر انحلال عقد و دیگر مدلول التزامی مانع نیست چون اقاله مدلول التزامی را از بین می برد و با آمدن اقاله در واقع دیگر عقدی نیست. در خیار شرط نیز احد المتعاقدين برای خویش، خیار می گذارند؛ یعنی ذو الخیار التزام خودش را به دیگری تمليك نمی کند.

خلاصه آنکه می گوئیم اگر اقاله و خیار شرط نباشد عقلا حکم می کنند که باید

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 71

ملتزم و پای بند به عقد بود.

نظر مرحوم میرزای نائینی (ره) در عقد این است که در تکوین اگر بخواهند گره بزنند، يك طرف طناب را می دهد و آن طرف، سر دیگر را گره می زند و این

گره باعث می شود دو سر طناب به هم گره بخورد و باز نشود. در باب عقد هم موجب، طناب تشریحش را به قابل می دهد و قابل هم سر طنابش را به موجب می دهد و این دو طناب گره می خورند و عقد آن گره ای است که بین موجب و قابل پدید می آید. عقد کارش گره زدن طناب موجب است به قابل. لذا عقد امر وحدانی است و عبارت است از نفس پیوند زدن حبل موجب و قابل و این معنی معلول دو فعل و دو التزام است و دو التزام باعث شده است این امر وحدانی پدید آید و معقول نیست که امر وحدانی که معلول دو التزام است با فعل يك نفر از بین برود؛ زیرا در ایجادش دو التزام دخالت دارد و در عدم آن نیز باید دو التزام باشد؛ مگر اینکه از راه اقاله باشد.

مرحوم والد- قدس سره- می فرماید که در جای خود ثابت شده است که همان طوری که معلول با انتفاء جمیع اجزایش از بین می رود، با انتفاء بعضی از اجزایش نیز از بین می رود. بنابراین فرمایش مرحوم میرزای نائینی (ره) تمام نیست.

اما در خارج در لزوم حقی، آیا در باب اسقاط هر دو طرف مجتمعا می توانند عقد را از بین ببرند یا به یکی یا اصلا نمی توانند عقد را به هم بزنند؟ معنای لزوم حقی این بود که طرفین مجتمعا می توانند عقد را از بین ببرند و این را از بنای عقلا استفاده می کنیم و از مدلول التزامی و بنای عقلا می فهمیم که احد المتعاقدين

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 72

نمی تواند عقد را از بین ببرد. بنابراین

فرقی نمی کند بین عقود عهدیه تنجیزیه و عقود عهدیه تعلیقیه، فقط در عقود تعلیقیه می گوئیم که بعد از اشتغال به عمل التزام می آید مثل جعاله و این بنای عقلا ممضی است، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تأیید بنای عقلا است و نسبت به حکم عقلا بما هم عقلا تأکید می باشد.

در جواب فرمایش میرزای نائینی (ره) عرض می کنیم در باب بیعت يك طرف متعهد می شود که به اسلام عمل کند و وفادار به بیعت باشد، دیگری متعهد می شد که احکام اسلام را بر وی بار کند و هر کدام که بیعت را می شکست، می گفتند نقض البیعه. در حالی که، بنابر فرمایش میرزا باید دو طرف بیابند تا نقض بیعت صدق بکند، ولی در خارج می بینیم که این طور نیست. زیرا بر اساس بنای عقلا این نقض بیعت مذموم است و روی مذموم بودن آن هم نباید يك طرف نقض بیعت کند.

نظر سیدنا الاستاد حضرت امام- قدس سره- در بیع و عقد این است که در تمام بیوع و معاوضات ماهیت بیع را موجب به وجود می آورد که همان تبادل انشایی است در ملکیت بین ثمن و مثن؛ منتهی فضولتا. مثلا- کسی که کتاب خود را به پنجاه تومان می فروشد این فروختن انتقال مثن از اصیل است و نسبت به پنجاه تومان فضولی است. بنابراین می فرماید قبول قابل هیچ تأثیری در ایجاد بیع نمی کند، فقط تنفیذ آن فضولی است. قبول در حقیقت مثل شکر الله سعیک خواهد بود و ماهیت بیع همان تبادل انشایی در ملکیت است نه در مالکیت و فرمایش مرحوم میرزا که جبل است و گره ... اینها درست نیست.

به نظر حضرت امام (ره) این امر شامل

بیوع معاطاتی هم می شود و لزوم بر آنها

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 73

بار است. چه به نظر ایشان اکثر بیوع مردم در بازارها معاطاتی است و از طرفی می بینیم بنای عقلا در بازار بر لزوم است و گفتن اینکه لزوم نیست، مکابره است.

علاوه بر آن در قراردادهای تجاری بین کشورها بعت و اشتریت نیست، اصلا بنای عقلا در جهان امروز بر معاطات است. ایشان می فرمایند عقد یعنی تملیک عین به عوض و این معنی را موجب به وجود می آورد و ایجاد می کند و قبلت مشتری هیچ گونه تأثیری در ماهیت این معنی ندارد؛ بنابراین بنای عقلا ثابت است که متعاقدين باید ملتزم بشوند به التزامشان، ولی ما گرفتار خيارات هستيم.

1- خيار مجلس

در تمام بیوع خيار مجلس ثابت است «1» و این خيار مال هر دو طرف خواهد بود و محتمل است بگوئیم که خيار مجلس عقلایی نیست، مخصوصا اگر مجلس طول بکشد و لذا مجبوریم بگوئیم اینجا شرع مقدس بنای عقلا را رد کرده است فتأمل.

2- خيار حيوان

در مورد خيار حيوان بنای عقلا بر لزوم است. شرع مقدس هم اینجا را رد کرده است؛ البته جای مناقشه است که اصلا جعل خيار حيوان برای چیست؟

مرحوم والد-قدس سره- می فرماید برای آزمایش و اختبار است و چون برای

(1) «البيعان بالخيار ما لم يفترا...»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 74

اختبار است، پس اینجا نیز باید قائل به ردع شویم، گرچه محتمل است این معنی عقلایی باشد.

3- سایر خيارات

سایر خيارات مثل خيار غبن، تدليس، عيب و غيره ... می فرمایند این، خيارات عقلایی است و لذا در اینجا بنای عقلا تخصصا خارج است. مثلا بعضی معتقدند در خيار غبن ملاکش قاعده لا ضرر است و ضرر از ناحیه لزوم معامله می آید و شيخ (ره) می فرماید قاعده لا ضرر برای برداشتن لزوم معامله می آید. البته ما عرض می کنیم قاعده لا ضرر نمی تواند اثبات حکم بکند، لا ضرر فقط می تواند نفی حکم کند. تفصیل کلام در قاعده لا ضرر مذکور است، ما می گوئیم مدرکش تخلف از شرط ضمنی است و تخلف شرط ضمنی برگشتش به خيار غبن است و این هم عقلایی است.

دلیل دوم آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می باشد. یکی از ادله اقامه شده بر حجیت قاعده اصالة اللزوم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است. «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی يجب الوفاء بكل عقد، جمع محلی به الف و لام افاده عموم می کند.

شبهه ای پیش آمده است که مفسرین آن را چهار گونه معنی کرده اند و با این احتمالات آیه شریفه مجمل می شود.

قول اول: ابن عباس می گوید منظور از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يجب الوفاء بالعقود التي في زمن الجاهلية، یعنی شما مسلمانان آن عقودی را که در زمان قبل از اسلام داشتید

به آنها پای بند باشید خیال نکنید حال که اسلام آوردید باید پیمان شکنی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 75

کنید.

قول دوم: گروهی دیگر از مفسرین گفته اند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی واجب است وفای به پیمانی که با خداوند سبحان بسته اید، به مصداق آیه شریفه «أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ...».

قول سوم: گروهی گفته اند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی به پیمانها و عقود و عهود خودتان عمل کنید که مطلقا شامل همه می شود.

قول چهارم: گروهی دیگر گفته اند خطاب آیه شریفه به اهل کتاب است که آن پیمانی را که با شما بستیم که دین حق و رسول خاتم (احمد) می آید به آن پیمان خودتان عمل کنید. بر همین اساس گروهی بر این عقیده اند که بر اثر این احتمالات آیه مجمل می شود و بر اثر اجمال ظهور منعقد نمی شود.

در جواب این قول مرحوم والد- قدس سره- می فرمایند به فرض اینکه بگوییم این احتمالات هست ما که نمی خواهیم به بعضی مصادیق عمل کنیم، ما می گوییم «يجب الوفاء بالعقد» و لذا بعضی پیمانها متعلق به زمان جاهلیت است، بعضی پیمانها با خدا و بعضی دیگر با اهل کتاب است، ما قائل هستیم خصوصیت مورد نمی تواند عموم ما را تخصیص بزند و ظهورش را خراب کند، چون در اکثر عموماتی که وارد می شود يك خصوصیت مورد وجود دارد که به آن هم نظر هست. ما از العقود جمع محلی به الف و لام استفاده عموم کردیم و أَوْفُوا صِيغَةُ امر حاضر دلالت بر وجوب دارد، بنابراین نظریات مفسرین منافاتی با نظر ما ندارد، ما می گوییم علاوه بر آن موارد به عقود و پیمانهای خودتان نیز عمل

کنید.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 76

اشکال مهم این است که می گویند مسلما العقود دال بر عموم است، اما تخصیصهایی که بر این عموم شده به قدری است که به حد استهجان رسیده است و در اصالة العموم عمدة مدرک بنای عقلاست و عقلا تا اندازه ای به اصالة العموم تمسک می کنند و او را عام می دانند که به حد استهجان نرسد و وقتی مستهجن بود قهرا عقلانیت ندارد.

جواب اشکال: اول باید بررسی کنیم که چرا اینها می گویند مستهجن؟ پاسخ آن است که:

اولا، عقودی مثل وکالت، عاریه و هبه و ... جزء عقود جایزه هستند و اگر عقود جایزه را خارج کنیم، تخصیص اکثر لازم می آید.

ثانیا، در باب معاطات اجماع شده که از اصالة اللزوم خارج است و در بیوع خیاری هم نمی توانیم به عموم تمسک کنیم و همه اینها تخصیص خورده اند و لذا مستهجن می شود.

در جواب گفته می شود بیاییم در باره يك يك اینها بحث کنیم: عقود جایزه بالاصل (چون گاه عقود جایزه، به شرط) می شوند مثل وکالت. نخست ببینیم اینها موضوعا عقد هستند یا نه؟ در ابتدای بحث گفتیم که دو نوع عقد داریم:

1- عهدیه؛ 2- اذنیه که بحث ما در عقود عهدیه است و اصلا در عقود اذنیه بحث نمی کنیم؛ زیرا گفتیم عقود اذنیه شکلا عقد است و ماهیتا عقد نیست.

حقیقت آنها همان اذنی است که داده می شود؛ منتهی چون اذن به شکل ایجاب است، طرف هم باید قبول کند، لذا شکل عقد درست شده و معلوم است که عقد با اذن سازگار نیست و جمع نمی شوند، پس اطلاق عقد بر اذن صحیح نیست و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1،

این گروه از عقد تخصصی و موضوعاً خارج هستند.

و اما مسأله معاطات، مبنای مشهور این است که اصلاً معاطات عقد به حساب نمی آید و علت اینکه می گویند معاطات لزوم ندارد، این است که اصلاً معاطات عقد نیست. به جهت اینکه عقد عبارت است از عهد مؤکد و انشاء بین طرفین؛ اینها می گویند معاطات در خارج يك وقت جابه جایی دو شیء است، يك شیء را برمی دارید و شیء دیگر جای او می گذارید. در عالم تکوین این پنجاه تومانی می رود جیب آن شخص و کتاب او می رود منزل خریدار و معاطات اعتباراً جای ثمن و مثنی را عوض می کند و جابه جا می کند؛ چون بالفظ انشاء نشده است.

بنابراین التزامی ندارد، صرف تبادل و تعاطی خارجی است بدون التزام. وقتی التزامی نباشد عقد هم نیست، پس تخصصاً خارج است (البته اگر ملتزم به فرمایش سیدنا الاستاد - قدس سره - نشویم و حرف مشهور را بپذیریم). شیخ انصاری (ره) ادعای اجماع کرده است که معاطات لازم نیست اصلاً بحث معاطات در متقدمین به این صورت نبوده و اجماع متأخرین هم مدرکی ندارد و مورد قبول نیست. بنابراین ایشان معاطات را عقد نمی دانند و لهذا از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تخصصاً خارج است.

اکنون به دو سنخ از خیارات می پردازیم: 1- خیاراتی که متعاقدين جعل می کنند. 2- خیاراتی که به جعل شرع و تعبد است، مثل خیار شرط و خیار غبن که بازگشتشان به التزام دو طرف است. اگر آمدیم شرط خیار کردیم معنایش این است که پای بند به ماعدای این شرط هستیم، در نتیجه این موارد هم تخصصاً از عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خارج هستند و لزومی که باید پای بند باشیم ماعدای

موارد است. تعهد ما مقید است. اما در مورد خيارات تعبدی و شرعی مثل خيار حيوان و خيار مجلس باید گفت:

اولاً اگر بگوئیم این امر تخصیص است مشکلی نخواهد بود زیرا حکم عقلی نیست تا تخصیص بردار نباشد. عمومات شرعی قابل تخصیصند و با تخصیص خوردن این مورد مستهجن نخواهند بود.

ثانیا، می گوئیم اصلاً تخصیص نیست، بلکه حکومت است. در آنجا مسأله آن نیست که بگوئیم متعاقدين عقد نکرده اند؛ بلکه مانند این است که متعاقدين در مورد بيع حيوان سه روز و در مورد خيار مجلس در تركيب مجلس التزام خود را «لا التزام» حساب می کنند. در واقع تکوینا التزام داده اند ولی مانند «لا التزام» حساب می کنند. در حکومت گاه تضییق و گاه توسعه است و گاه نیز در عقد الوضع و گاهی در عقد الحمل است و این چهار یا واقعی هستند یا ظاهری. پس اقسام حکومت هشت قسم می شود. در اینجا ما گاه التزام را تضییق می کنیم؛ یعنی تعبداً از حیث آثار التزام در زمان مجلس و در صاحب حیوان را «لا التزام» می دانیم. نظیر «لا شك لكثير الشك»؛ یعنی «لا یترب علیه اثر الشك» اینجا مورد تخصیصاً خارج می شود منتهی بالحکومه.

قاعده اصالة اللزوم را با دو امر استوار کردیم: 1- عموم افرادی؛ 2- اطلاق ازمانی (اطلاق احوالی) و بیان کردیم اگر عموم افرادی به تنهایی باشد کارساز نیست. اصالة اللزوم یعنی وفای به عهد در جمیع زمانها لازم است و در هیچ زمانی نمی توان عقد را نقض کرد؛ پس لزوم را از هر دو جنبه ازمانی و افرادی فهمیدیم. گفته می شود که خيار مجلس و

و در نتیجه تخصيص اكثر لازم مي آيد. اما به نظر مي رسد که در اینجا تقييد مطلق است وقتی مي گوييم در زمان مجلس لزوم نيست ما با فرد کاري نداريم، فعلا با زمان و با اطلاق سر و کار داريم، بنا بر اين «يجب الوفاء بالعقد في كل زمان الا في زمان المجلس» که اين معني تقييد است. عموماً مطلق و مقيد با عام و خاص فرق مي کنند. در عام و خاص نظر به اينکه ظهور عام در عموم بالوضع است ظهور آن تجيزي است و متوقف بر هيچ امري نيست. جمع محلي به الف و لام افاده عموم مي کند، اما ظهور مطلق در اطلاق ظهور تعليلي است، به اين بيان که ما با مقدمات حکمت شيوع و سر بيان را در مطلق استوار مي کنيم نه بالوضع. مقدمات حکمت مي گويد اگر احراز شد که قيد نيست شيوع و سر بيان پيش مي آيد و با آمدن مقيد، مطلق به اندازه قيد مقيد مي شود و آن بخش خارج مي شود، در اینجا اطلاق احوالي مقيد به نيامدن قيد است و وقتی اینجا قيد مي آيد «الا في زمان المجلس او الحيوان» مقيد مي شود و اطلاق هم سر جای خود مي ماند؛ علاوه بر اين در مطلق مطالبی که در عام گفته مي شود، نيست. در عام گفته مي شود که ظهور خاص، حکومت دارد بر ظهور عام. چون خاص بالنصوصية است. اما در مسأله اطلاق و مقيد مطلب از اين قرار نيست. اطلاق معلق بر نيامدن تقييد است، هرگاه تقييد آمد به همان مقدار اطلاق مي رود و مقيد مي شود و مابقي مي ماند و

اینجا در حقیقت تقیید است نه تخصیص.

بنابراین ما به تمامه منکر تخصیص می شویم (بحثی است که هنگام تعارض بین العام و المطلق مقتضی تنجیزی که عام باشد مقدم بر مقتضی تعلیقی است که مطلق باشد).

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 80

«لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...» (1) این آیه شریفه را در دو عقد مستثنی و مستثنی منه مورد بررسی قرار می دهیم.

نخست عقد مستثنی منه که دلالت صریح بر حرمت و نهی از تصرفات غیر مشروع دارد بدین بیان که «لَا تَأْكُلُوا» کنایه است از نهی از تصرفات و انتفاعات در اموال از طریق غیر صحیح و مشروع مانند اموال غصبی و دزدی و ربا و غیر ذلك، به خلاف تصرف در اموالی که از طریق تجارت و رضایت طرفین تحصیل شده باشد؛ بنابراین در صورت وقوع معامله و تبادل انشایی در ملکیت هر کدام از متعاملین مالک عوض می شود و چنانچه هر يك از آنها معامله را فسخ کند و سپس در مالی که به وسیله وقوع معامله انتقال یافته است، تصرف کند این تصرف اکل مال به باطل به شمار می آید و مشمول عقد مستثنی منه آیه شریفه می شود و بالاخره با توجه به این تالی فاسد در صورت فسخ معامله و عدم ترتب اثر لزوم بر آن ظهور عقد مستثنی منه آیه شریفه بر قاعده اصالة اللزوم در عقود روشن است و ناچار هر يك از متعاملین باید بر طبق مؤدای عقد عمل کنند و در صورت عدم ثبوت حق فسخ برای هر يك از متعاملین، آنها نمی توانند معامله انجام یافته را فسخ

کنند و این معنی عین لزوم است در عقود.

اگر گفته شود بازگشت این استدلال بر ثبوت قاعده اصالة اللزوم به طریق دور مصرح است با این بیان که عدم تأثیر فسخ هر يك از متعاملین متوقف است بر شمول عقد مستثنی آیه شریفه بر مورد و شمول عقد مستثنی منه آیه شریفه بر

(1) النساء (4): 29 «مال یکدیگر را به ناحق نخورید، مگر آنکه تجارتی از روی رضا و رغبت کرده...».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 81

مورد متوقف است بر عدم تأثیر فسخ، زیرا در صورت تأثیر، فسخ در عقد مستثنای آیه شریفه داخل می شود. اما به نظر می رسد که در عقد مستثنای آیه شریفه جواز تصرف را در تجارت با رضایت طرفین حصر می کند و بالضروره فسخ بدون رضایت طرف و سپس تصرف در آن «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» به شمار نمی آید و قهراً جز مصادیق عقد مستثنی منه- که همان حرمت و نهی از مطلق تصرفات و انتفاعات باشد- محسوب می شود.

ب. سنت

1- لا- یحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطیب نفس منه. «1» ظاهر روایت حرمت و نفی هر گونه جواز تصرف در مال غیر بدون اذن صاحب آن مال است. با توجه به آنچه گذشت، به صرف وقوع معامله هر يك از متعاملین مالک عوض می شود و چنانچه هر يك از متعاملین معامله انجام یافته را فسخ و سپس در آن مال تصرف کند، تصرف در مال غیر بدون طیب نفس او به شمار می آید و این معنی ملازم با قاعده اصالة اللزوم دارد. ذکر این نکته نیز بایسته است که طبق اطلاق حدیث کلیه معاملات

اعم از عقود و معاطات، افاده لزوم و عدم جواز فسخ را می کند.

2- «الناس مسلطون علی اموالهم» (2) ظاهر حدیث شریف که همان قاعده سلطنت باشد دلالت دارد بر اینکه هر يك از مالکین همان طور که در اموال خود بر هر گونه تصرفات تکوینیه سلطنت دارد، دارای سلطنت تشریحیه نیز هست و

(1) وسائل الشیعه، باب 3، از ابواب مکان مصلی.

(2) سرائر، جلد 2، کتاب بحار، ص 272.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 82

این معنی جزء آرای محموده و تأدیبات صلاحیه به شمار می آید. بنابراین ملاک حق منع فسخ و عدم تصرف در اموال انتقال یافته را دارند و این معنی عین لزوم در عقود است، به جهت اینکه جواز فسخ يك نحو سلطنت تشریحیه شمرده می شود و این سلطنت منحصر در اختیار مالک است. روایات خاصه و عامه نیز بر این قاعده دلالت دارد.

ادله ای که گذشت، همگی دلالت بر صحت قاعده دارد؛ البته لسان بعضی از آنها اوسع است و شامل کلیه عقود و ایقاعات و معاملات می شود، مثل بنای عقلا و لسان بعض دیگر اضیق است و شامل خصوص عقود می شود مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و قهرا نوبت به اصول عملیه و دلیل فقاهتی نمی رسد، اما اگر ادله اجتهادیه دلالت بر این قاعده نکند نوبت به اصول عملیه می رسد و باید دید به مقتضای قاعده به کدام اصل باید تمسک کرد؟

در ما نحن فیه چنانچه مجرای استصحاب ثابت باشد نوبت به اصول دیگر نمی رسد؛ مثلا استصحاب نفس لزوم یا استصحاب چیزی که اثر آن لزوم است.

اما استصحاب نفس لزوم مجری ندارد، به جهت اینکه یکی از ارکان استصحاب، قضیه متیقنه است

که در ما نحن فیه ثابت نیست؛ زیرا نسبت به لزوم هیچ گاه یقین سابقی نبوده است تا شك در بقای آن منصور باشد؛ بنابراین استصحاب نفس لزوم منتفی است. در مورد استصحاب ملکیت سابق بر فسخ که اثر آن لزوم است می گوئیم گاه مقصود از آن، استصحاب شخص ملکیت است و گاه استصحاب کلی ملکیت یعنی جامع بین ملک مستقر ثابت و بین ملک متزلزل است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 83

اما استصحاب شخص ملکیت با این بیان است که شخص ملکیت موجوده به انشای متعاملین، مردد است بین ملکیت مستقره ثابتة (که قهراً فسخ در آن بی اثر است) و ملکیت متزلزله غیر ثابتة (که قهراً فسخ در آن مؤثر است). در این صورت ارکان استصحاب عبارت است از یقین به حدوث ملکیت و شك در بقای آن ملکیت و منشأ شك هم مردد بودن ملکیت حادثه بین ملکیت مستقره و ملکیت متزلزله است. لکن به نظر می رسد که این استصحاب از مصادیق استصحاب فرد مردد است که ارکان استصحاب در آن تمام نیست، به جهت اینکه قضیه متیقنه عبارت است از فرد مردد بین ملکیت مستقره و متزلزله و این معنی بعد از فسخ قابلیت بقاء را ندارد؛ زیرا بقای فرد مردد به وصف اینکه مردد است بعد از فسخ معقول نیست. به تعبیر دیگر پس از فسخ، به ارتقاع مفهوم فرد مردد قطع داریم، بنابراین با توجه به عدم تمامیت ارکان استصحاب «شک در بقای» استصحاب فرد مردد مجری ندارد.

لکن تحقیق این است که استصحاب بقای ملکیت برای مالک دوم پس از فسخ مالک اول، استصحاب شخصی و غیر مردد است؛

بدین بیان انقسام ملکیت به ملکیت متزلزله و مستقره ناشی از تنويع در حقیقت و ماهیت ملکیت نیست، بلکه لزوم و جواز از احکام شرعیه ای هستند که از ناحیه سبب مملک پدید می آیند؛ اما، ملکیت يك امر وحدانی و غیر متکثر به حسب ماهیت و حقیقت است. به تعبیر دیگر، ملکیت دارای دو وجود نیست که پس از فسخ مالک اول، يك وجود محکوم به بقا و وجود دیگر محکوم به زوال باشد.

بدین ترتیب، موضوع ملکیت کلی که جامع بین متزلزله و مستقره است از بین

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 84

می رود و قهراً ملکیت به همان نحو به تشخصه و تفرد که انشاء شده است باقی می ماند و در صورت تردید در جواز و لزوم، بدین معنا که آیا شارع مقدس حکم به جواز رجوع می کند یا به عدم جواز رجوع که قهراً توجیه کننده رجوع مالک اول خواهد بود، استصحاب بقای ملکیت مالک دوم جاری است؛ زیرا، ارکان استصحاب که مهمترین آنها وحدت دو قضیه متیقنه و مشکوکه است، ثابت می باشد.

اما استصحاب کلی ملکیت (که جامع بین ملکیت مستقره و ملکیت متزلزله باشد) بدین صورت مجری دارد که چنانچه ملکیت حادثه مستقره باشد، ملکیت پس از فسخ قطعاً باقی است و چنانچه ملکیت حادثه متزلزله باشد قطعاً مرتفع است. البته چنانچه اثر شرعی بر نفس کلی بار شود همانند استصحاب کلی حدث مردد بین حدث اصغر و حدث اکبر که همان حرمت مس مصحف باشد «لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ» (1)؛ بنابراین مردد بودن ملکیت بین مستقره و متزلزله منشأ شك در بقاء می شود که قهراً ارکان استصحاب از یقین سابق

و شك لاحق در ما نحن فيه تمام است. لکن گروهی از اعظام (ره) بر این استصحاب اشکالاتی کرده اند.

1- کلی طبیعی متکثر الوجود است در خارج به تکثر افراد، بدین معنی که وجود کلی طبیعی عین وجود فرد است و لهذا وجودش به وجود فرد و انعدامش به انعدام فرد است و بر همین اساس گفته اند: «نسبة الکلی الطبیعی الی افراده

(1) واقعه (56): 79 «که جز دست پاکان بدان نرسد».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 85

نسبة الآباء الی الابناء است، لا نسبت اب واحد الی ابناؤه المتعددة.» در منطق به طور مسلم پذیرفته شده که نقیض سالبه کلیه موجب جزئیة است که با بیان فوق ظاهر گشت. این مبنا بر اساس برهان علمی و عقلی استوار نیست گرچه با ارتکاز عرفی و عقلایی سازگار است.

بنابراین وجود کلی طبیعی در ضمن فرد طویل مغایر است با وجود کلی طبیعی در ضمن فرد قصیر و لهذا قدر جامع بین افراد در خارج لا یعقل است، به جهت اینکه جامع به نعت جامعیت و اشتراك يك امر عقلی و در عالم خارج غیر موجود است، زیرا اینکه کلی طبیعی در همه افراد سریان ندارد، چون کلی موجود در ضمن حصه زائله مبائن با آن کلی است که در ضمن حصه باقیه است و مسلم است موضوع حکم و منشأ اثر عبارت است از وجود طبایع نه مفاهیم آنها و چون در باب استصحاب لازم است که مستصحب موضوع اثر باشد بنابراین استصحاب کلی باید به لحاظ آثار باشد و چون وجود کلی مردد است بین متباینین از این حیث همانند استصحاب فرد مردد است. لکن

مرحوم والد- قدس سره- می فرمایند که این اشکال موافق حکم عقل دقیق برهانی است در صورتی که قائل به اصالة الوجود باشیم، بدین معنی که موجودات همگی حقایق بسیطه متباینه به تمام الذات هستند و در صورت نپذیرفتن این مبنی- و اعتقاد به اینکه وجود يك حقیقت واحده ذات مراتب متفاوت است- این اشکال قابل حل است، بدین بیان که:

بین افراد هر نوعی از انواع و ماهیات متأصله موجوده در خارج وحدت سنخیه واقعیه خارجیه است که این وحدت منافات با کثرت عددیه ندارد و این

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 86

سنخیت بین افراد هر نوع غیر از سنخیت بین تمام وجودات است که از آن تعبیر به سنخیت عامه بین تمام مراتب وجود می شود، البته این سنخیت غیر از سنخیت خاصه است که مختص به افراد هر نوعی است، به نحوی که این سنخیت بین افراد هر نوعی غیر از سنخیت بین افراد نوع دیگر است و قهرا این وحدت بین افراد هر نوع منافات با کثرت ندارد و لهذا گفته می شود: در عین وحدت، کثرت و در عین کثرت، وحدت است.

و شاید حرف رجل همدانی- که شیخ الرئیس از وی نقل می کند که وی معتقد بوده است به وجود واحد از برای کلی طبیعی و مع ذلك آن کلی موجود است در امکانه متعدده و متصف است به صفات متضاده- همین وحدت سنخیه بوده است؛ بدین معنی تكثر طبیعت به تخصص آن پدید می آید و این تكثر منافات با وحدت سنخیه وجودیه بین افراد طبیعت ندارد و قهرا آن وحدت سنخیه موجود است در امکانه متعدده و متصف است به

صفات متضاده. بنابراین، رجل همدانی نیز معتقد بوده است با اینکه نسبت کلی طبیعی به افراد نسبت آباء به ابناء است نه نسبت اب واحد الی ابناء است.

لکن به نظر سیدنا الاستاد حضرت امام (ره) حکم عرف عقلایی مخالف با این نظر دقیق برهانی است، لهذا مشهور است نزد عرف و عقلا وجود طبیعت به وجود فرد ما و انعدامش به انعدام همه افراد است و شاید حرف رجل همدانی موافق با نظر عرف و عقلا باشد و لکن فیه کلام طویل لا یسعنا المقام.

2- استصحاب کلی ملکیت گرچه از قبیل استصحاب قسم دوم از اقسام کلی است و مجری دارد؛ لکن اثبات لزوم، لازمه عقلی این استصحاب است که قهرا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 87

مثبت است و مثبتات اصول حجیت ندارند به جهت اینکه در باب استصحاب تعبد به نفس مستصحاب است «لا تنقض الیقین بالشک» که همان تعبد به بقای قدر مشترك از ملکیت مستقره و ملکیت متزلزله است و بالاخره اثبات عنوان لزوم با این استصحاب مثبت است. لکن به نظر می رسد این اشکال وارد نیست، چون که نزاع در این است که آیا پس از فسخ، عقد منحل می شود و عوضین به مالکان اولی بر می گردد یا اینکه معامله انجام یافته همچنان استوار است؟ که قهرا نتیجه آن لزوم است و ما نیازی جهت اثبات عنوان لزوم نداریم.

3- مرحوم آخوند- قدس سره- در حاشیه مکاسب بر جریان این استصحاب اشکال می کند؛ بدین بیان که بازگشت شك در بقای ملکیت به شك در مقتضی است که تحقیق، عدم جریان استصحاب است؛ لکن با توجه به ضابطه میزان شك

در مقتضی این اشکال نیز وارد نیست، به جهت اینکه شك در مقتضی عبارت است از احتمال ارتفاع حکم سابق به جهت احتمال عدم استعداد بقاء در مستصحب، و لو اینکه رافعی نباشد. در حالی که ما نحن فیه مادامی که موضوع فعلی باشد قابلیت بقاء دارد همانند سایر احکام شرعیه.

4- معارضه این استصحاب با اصل حاکم که همان استصحاب بقای علقه ملکیت مالک اول و در صورت جریان موضوع استصحاب کلی ملکیت- جامع بین ملکیت مستقره و ملکیت متزلزله- باشد تعبدا برداشته می شود. به جهت اینکه شك در بقای ملکیت کلی، معلول و مسبب از احتمال بقاء یا ارتفاع علقه ملکیت مالک اول است و در صورت جریان استصحاب بقای علقه ملکیت مالک اول، موضوع استصحاب کلی ملکیت منتفی است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 88

به تعبیر دیگر، استصحاب بقای علقه ملکیت مالک اول اصل سببی و استصحاب کلی ملکیت اصل مسببی است و اصل سببی بر اصل مسببی حکومت دارد، لکن اگر به دیده تحقیق بنگریم این اشکال نیز همانند گذشته دور از تحقیق است؛ زیرا همان طوری که پیشتر گذشت به صرف انشای عقد، بین متعاملین، تبادل انشایی در ملکیت نسبت به عوضین واقع می شود و این معنی خود اعتبار ملکیت مضمن است نسبت به مشتری و نیز اعتبار ملکیت مضمن است نسبت به بایع و معقول نیست. پس از این اعتبار علقه و اضافه ملکیت مضمن نسبت به بایع و همچنین مضمن نسبت به مشتری باقی است؛ بنابراین پس از وقوع عقد، شکی متصور نیست تا اینکه ابقای ما کان شود.

گروهی معتقدند که استصحاب کلی ملکیت از قبیل قسم سوم

از قسم ثالث استصحاب کلی است. بدین بیان که ملکیت از طبایع مقول بالتشکیک و دارای مراتب مختلف از حیث شدت و ضعف همانند بیاض و سواد است. بنابراین پس از فسخ مالک اول شك می شود که آیا تمامی مراتب ملکیت نسبت به مالک دوم زائل می شود یا بعضی از مراتب آن باقی است؟ و استصحاب بقاء مرتبه ای از ملکیت مجری دارد، به جهت اینکه ابقای آن مرتبه عرفاً از مراتب وجود مستصحب شمرده می شود. بنابراین پس از فسخ ملکیت مالک دوم همچنان باقی است و این معنی عبارتۀ اخرای لزوم است.

به نظر می رسد که این استصحاب در ما نحن فیه تمام نیست، به جهت اینکه ملکیت از احکام وضعیه است و در عالم اعتبار تشریحی موجود است و نحوه وجود آن نزد عقلا بسیط است و در آن ترکیبی از حیث شدت و ضعف متصور

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 89

نیست، بلکه وجود آن دائر مدار بین وجود و عدم است. بنابراین استصحاب بقای مرتبه ضعیفی از ملکیت نسبت به مالک دوم پس از فسخ مالک اول که نتیجه آن لزوم است، متصور نیست.

نکته دیگر در مورد شك نسبت به لزوم در عقود تملیکیه تعلیقیه اینکه آیا استصحاب ملکیت در این عقود جاری می شود تا افاده لزوم بکند؟

شیخ انصاری- قدس سره- معتقد به عدم جریان استصحاب ملکیت است، بدین بیان که تملیک در این عقود معلق بر امری غیر موجود است، همانند عقد جعاله و سبق و رمایه و در صورت عدم انجام عملی که جعل بر آن قرار داده شده است چنانچه شك در لزوم آن شود استصحاب ملکیت مجری

ندارد، به جهت اینکه قبل از حصول معلق علیه ملکیتی ثابت نیست تا استصحاب بقاء شود.

به تعبیر دیگر، قضیه متیقنه در این عقود متصور نیست. مرحوم والد-قدس سره- «1» بر جریان استصحاب ملکیت در عقود تملیکیه تعلیقیه اشکالی نمی بیند و این عقود از این حیث، همانند عقود تملیکیه تنجیزیه هستند؛ یعنی فرق بین آنها در عالم منشأست: در عقود تنجیزیه منشأ ملکیت منجزه است و در عقود تعلیقیه منشأ ملکیت معلقه است. بنابراین عاقد در عقود تعلیقیه- همانند عقد جعاله و عقد سبق و رمایه- انشای ملکیت جعل را می کند بر فرض آنکه گمشده به وی رد شود یا انشای ملکیت سبق را می کند بر فرض پیروزی در مسابقه اسب سواری و یا اصابت تیر به هدف. بنابراین انشای عاقد در عقود تعلیقیه همانند

(1) القواعد الفقہیہ، جلد 5، صص 206 و 250.

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 90

جعل احکام کلیه به طور قضیه حقیقیه است. تفصیل این مطلب در کتاب القواعد الفقہیہ آمده است.

والحمد لله رب العالمین

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 91

قاعده اقدام

1 مراد از قاعده اقدام

1- معنای لغوی

اکثر علما لغت «اقدام» را «پیش رفتن در کاری، به کاری دست زدن، پا پیش گذاشتن در امری و پیشی کردن» معنی نموده اند «1» و عده ای دیگر علاوه بر این معانی مذکور بیان نموده اند که «اقدام در جنگ» به معنی «شجاعت و ترس نداشتن» می باشد. «2»

(1) حسن عمید، فرهنگ فارسی دو جلدی عمید، جلد 1، ص 206.

(2) لسان العرب، جلد 12، ص 467؛ مجمع البحرین، جلد 6، ص 134-235.

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 92

2- معنای اصطلاحی

عده ای از فقهای عظام و حقوقدانان اقدام را از دو جهت فقہی و مدنی به طور جداگانه تعریف نموده اند:

الف) از جهت فقهی: اقدام قاعده ای فقهی است که مفاد آن چنین می باشد: هر کس به ضرر خود نسبت به مال خود اقدامی کند، در مورد اقدام وی کسی به نفع او ضمان قهری یا مسئولیت مدنی ندارد چنان که در مقبوض به عقد فاسد که مالک، اذن در تصرف در مال خود را به طرف دیگر عقد داده است، هرگاه مال مزبور بعد از قبض خود به خود تلف شود یا قبض کننده آن را تلف کند یا منتقل به ثالث نماید در مقابل مالک مسئولیتی نخواهد داشت، زیرا مالک از طریق اقباض مال خود (هر چند که در ضمن عقد فاسد باشد) اقدام به ضرر خود نموده است و قانون از چنین کسی حمایت نمی کند. لکن به نظر می رسد در ما نحن فیه ید قابض ید امانی و مأذونه از طرف مالک نیست؛ زیرا در اینجا اذن مالک به قید خورده است نه به ذات مقید فاقد قید، همچنین این ید، ید مأذونه از طرف شارع مقدس هم

نیست، به جهت اینکه شارع مقدس حکم به فساد این معامله کرده است و آن را مورد امضاء و تنفیذ قرار نداده است.

چنانچه گفته شود ید قابض در مقبوض به عقد فاسد ید مأذونه مالکيه است، به این بیان که اذن مالک منحل به دو اذن می شود.

1- اذن به نفس ذات مقید؛ 2- اذن به قید.

در پاسخ می گوئیم که خاص- یعنی موجود مقید به قید- مابین با وجود ذات فاقد قید است، اما نکته این است که در قید و مقید دو وجود علی حده و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 93

ممتاز از همدیگر نیستند تا ذات مقید يك وجود و خود قید هم وجود دیگر باشد و قهرا ترکیب آنها انضمامی می شود، بلکه قید و ذات مقید دو موجود واحد و ترکیب بین عرض و معروض اتحادی است. هر چند با دقت عقلی أعراض از شئون و أطوار معروضات خود هستند و معلوم است شئون شیء و أطوار آن عین خود معروض است و بر همین اساس در جای خود ثابت شده است که علم حصولی عین نفس است، صحت این قاعده بین فقها مورد اختلاف است و نص خاصی مطابق آن در شرع مقدس دیده نمی شود.

ب) از جهت مدنی: «حسن نیت» یعنی وضع فکری کسی که از روی اشتباه اقدام به عمل حقوقی می کند و تصور می کند که عمل او بر وفق قانون است و حال اینکه موافق قانون نیست و مقنن در مقابل عواقب زیان آور آن عمل حقوقی در حد معینی او را حمایت می کند. مانند صاحب یدی که تصور می کند با مالک واقعی معامله کرده و مال را از

او گرفته است و حال اینکه با غاصب معامله کرده است. (م. 549. 1141. 2265 ق. م. فرانسه و ماده 304 «1» ق. م. ایران) یا کسی که روی زمین کس دیگری ساختمان می سازد، به اعتقاد اینکه ملك اوست (م. 555

ق. م. فرانسه). در حقوق ما «حسن نیت» قبول نشده است و جهت مقنن ایران ماده 301 به بعد قانون مدنی ما را مقید به ضمانت اجرایی کرده است که با فقه امامیه متناسب است و حال اینکه خود آن مواد را از حقوق مدنی فرانسه گرفته

(1) م. 304 ق. م. مقرر می دارد: «اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محق می دانسته لیکن در واقع محق نبوده و آن چیز را فروخته باشد معامله فضولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 94

است و گرفتن آن مواد هم ضرورت نداشت زیرا ماده 308 به بعد قانون مدنی ایران رفع نیاز می کرد. «1»

2 مدارك و مستندات قاعده اقدام

اشاره

از جمله مسقطات ضمان «اقدام به مجانیت» است. اقدام آن است که مالك احترام مال خودش را از حیث ارزش اسقاط کند و بنا را به عدم عوضیت و مجانیت بگذارد که در نتیجه ضمانت ساقط می گردد.

اکنون مدارك و دلایلی که سبب سقوط ضمان در این قاعده می شود، مطرح می نماییم و بعد أدله را ارزیابی می کنیم تا واضح گردد که کدام يك از آن دلایل می تواند حجت و قابل استناد باشد. مدارك و مستندات این قاعده، روایات، بناء عقلا و اجماع می باشد.

الف. روایات

1- روایت «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» سبب ضمان است؛ زیرا دلیل بر احترام مال مسلم است ولی به واسطه نفی آن از طرف مالك ضمان ساقط و منتفی می گردد. طیب نفس و رضایت در تصرف غیر را بر مال خود بلا عوض می داند، پس وجهی برای ضمان نیست. «2»

(1) محمد جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شرح 528 و شرح 1716.

(2) عبد الفتاح مراغه، عناوین الاصول.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 95

این خبر از سماعة بن مهران از امام جعفر صادق (ع) نقل شده است که از پیامبر اکرم (ص) بدین مضمون نقل کرده اند:

چنانچه در نزد او امانتی باشد باید آن را به صاحبش برگرداند؛ زیرا جان و مال مسلمان بر کسی حلال نمی باشد و تصرف در او جایز نیست، مگر اینکه رضایت داشته باشد. «1»

بنابر اطلاق مفهوم و عقد مستثنی در این حدیث شریف این است که تمام موضوع برای جواز تصرف و حلّیت مال غیر، همان اذن و طیب و رضایت نفس است، پس زمانی که طیب و رضایت مالک برای تصرف در مالش باشد، ضمان ساقط

می شود. (2)

به تصور گروهی از فقهای عظام اراده حکم تکلیفی و وضعی به استعمال واحد از این خبر ممکن نیست؛ زیرا استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد می شود، به این معنا لا یعقل است. فلذا حمل بر حکم تکلیفی کرده اند که اظهر است ولی بعد از اینکه بگوییم: حل و جواز و منع و عدم حل در موارد تکلیف و وضع به يك معناست و هر دو از خصوصیات مورد است و معنای مستعمل فیه در هر دو شیء واحد است همانند هیأت امر در قول «صلّ» و صمّ و ... که استعمال نمی شود مگر در «بعث» واژه «حلّ» نیز استعمال نمی شود مگر در «رفع

(1) ان رسول الله (ص) امام قال: «من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها، فانه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه».

(2) روح الله موسوی خمینی، البیع، جلد 1، صص 114-156.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 96

منع». در این صورت می توان از «لا يحل» اراده حکم تکلیفی و وضعی نمود. (1)

این روایت را نه تنها شیعه و سنی، بلکه صدوق در کتاب خصال از حریر نقل می کند و تمام رواة امامی اثنی عشری و موثق هستند بخصوص که یکی از رواة آن از اصحاب اجماع است و افزون بر آن اصحاب به او عمل کرده اند. فلذا این روایت صحیح است و تمام شرایط حجیت را دارد.

2- روایاتی که دلالت می کند بر جواز اباحه و تبرع به اعمال و اموال بدون غرامت بر متبرع و قاعده لا ضرر و لا ضرار مبنی بر اینکه پیامبر اکرم (ص) امر فرمودند: به قلع

نخله (درخت خرما) بدون ضمان فاعلها و ارم بها الیه، از این جهت که صاحبش احترام مال خود را ساقط کرده و اقدام به ضرر خویش نموده است، پس وجهی برای ضمان نیست. مضافا اینکه اصحاب بر این مطلب اجماع کرده اند فتأمل.

ب. بنای عقلا

دلیل دوم بناء عقلا است. فردی که بالغ و رشید باشد و با علم و اراده علیه خود بر امور مالی اقدام نماید و موجب ورود زیان بر مال خود را فراهم کند.

در واقع «اقدام مجانی» بر ضرر خود کرده و احترام مال خود را از حیث ارزش ساقط نموده است. در چنین مواردی که خود شخص اقدام بر ورود ضرر بر مال خود بکند عقلا بما هم عقلا با قطع نظر از عوارض خارجی هیچ گونه مسئولیتی

(1) همان، البیع، جلد 1، صص 110-111 و 113.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 97

از برای شخصی که این عمل را انجام داده است، قائل نیستند و قهرا شرع هم به مقتضای قاعده ملازمه (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) مسئولیتی نمی بیند.

از این رو، به طور صریح قاعده اقدام از موارد معافیت و عدم تعلق مسئولیت مدنی محسوب می گردد.

ج. اجماع

دلیل سوم اجماع می باشد که به طور مسلم فقهای شیعه بلکه کل مسلمین در مواردی که فرد اقدام بر ضرر خویش می کند، قائل به ضمان نیستند و او را از ضمان قهری و مسئولیت مدنی معاف می دارند.

ارزیابی ادله

البته ما این اجماع را اجماع اصولی نمی دانیم تا از رأی معصوم (ع) کشف قطعی کنیم زیرا وقتی به موارد تطبیق قاعده مراجعه می کنیم، می بینیم اکثر فقها به همان خبر «لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه» و «بناء عقلا» تمسک کرده و گفته اند که او احترام مال خویش را اسقاط نموده است و در واقع مدرک اجماع فقها همین ادله است. بنابراین، اجماع مدعی اجماع اصولی محسوب نمی شود و اجماع مدرکی می باشد و باید ببینیم خودمان از ادله چه می فهمیم. پس اجماع نمی تواند مدرک این قاعده باشد. مضافا بر اینکه ما نحن فیه صرفا مسأله عقلانی است و مجالی برای تمسک به اجماع و تعبد شرعی به این مسأله عقلایی موردی ندارد و نیز در مورد جریان قاعده لا ضرر در ما نحن فیه و افاده اسقاط ضمان

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 98

قهری محل اشکال است. از مجموع مطالب مذکور می توان نتیجه گرفت که برای این قاعده دو مدرک لازم می باشد:

1- خبر «لا یحل...» خبر صحیحی است و اصحاب به او عمل نموده اند.

2- «بناء عقلا بر سقوط و معافیت فرد از مسئولیت» نسبت به کسی که اقدام به مجانیت بر ضرر خود نموده باشد.

3 نسبت قاعده اقدام با قاعده و علی الید ما أخذت حتی تؤدیه

اشاره

ابتدا در اینجا به بررسی قاعده اقدام باید می پردازیم و سپس نسبت آن دورا با هم بیان می کنیم.

رابطه اقدام باید

عده ای از فقها بر این عقیده اند که «موضوع ضمان» مرکب از «ید» و «عدم اقدام مالک بر مجانیت» می باشد که اصل ید را با وجدان و عدم اقدام را با استصحاب احراز می کنیم. گروهی از بزرگان بر این نظر اشکال گرفته اند و می گویند: آنچه که موجب ضمان می شود اخذ و گرفتن مال غیر و استیلاء و تسلط داشتن بر او می باشد و «اقدام به مجانیت» ربطی به موضوع حکم ندارد. به عبارت دیگر، موضوع ضمان از موضوعات مقیده می باشد؛ یعنی موضوع ضمان، ید و استیلاء بر مال غیر، مقید به عدم اقدام مالک بر مجانیت می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 99

ولی آن چیزی که مرکب بودن موضوع ضمان را تأیید می کند این است که در تحقق ید، تحققش قبل از تسلیط مالک بر مال و بعد از تسلیط مالک کفایت می کند، همچنان که تحققش همراه با تسلیط مالک نیز در تحقق ید کفایت می کند. پس زمانی که دیروز بر مالی ید داشته باشد و امروز اقدام بر مجانیت بکند، کفایت رفع ضمان می کند.

بنابراین، اگر قبلاً اقدام بر مجانیت بکند اثری بر آن مترتب نیست مگر با بقاء اقدام تا زمان ید و تحقق ید، اقدام بر مجانیت بعدی که رافع ضمان است به علت مرکب بودن موضوع ضمان نیست؛ بلکه به جهت این است که با اقدام، استیلاء غیر مجانی از جهت بقاء به استیلاء مجانی تبدیل می شود و این باعث رفع ضمان می شود که عین موضوع مقید است.

و بالاخره اقدام بر مجانیت

بعدی که رافع ضمان است مساوق است که موضوع مرکب باشد یا مقید و یا جزء موضوع از صفات صاحب عینی که به آن صاحب ید گویند یا از صفات اخذ و ید و استیلاء باشد.

نسبت دو قاعده

عده ای از فقها بین قاعده اقدام و بین ضمان، عموم و خصوص من وجه قائل شده اند که دو ماده افتراق و یک ماده اجتماع دارند. پس در یک مورد هم اقدام هست و هم ضمان- و آن در جایی است که «اقدام به عوض» نموده است- و دو مورد دیگر اقدام هست ولی ضمان نیست. بنابراین اقدام مجانی و تبرّعی جلو ضمان را می گیرد- و یا ضمان هست ولی اقدام نیست- مثلاً از جهت اتلاف و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 100

یا اسباب دیگر موجب ضمان گردیده است.

شیخنا الاعظم می فرماید: قاعده اقدام دلیل مستقلى نیست بلکه قاعده اقدام رفع مانع از قاعده «و علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه» می کند و در اقدام عملی مجانا و تبرعا قاعده «و علی الید ما أخذت حتّی تؤدّیه» جاری نمی شود و جلو قاعده را می گیرد. بدین صورت که وقتی فردی «اقدام بر نحو غیر مجانیت» می کند، می گوئیم: به مقتضای قاعده «و علی الید» چون مال در نزد او بود و تبرعا هم نبود در صورت تلف ضامن است که مثل یا قیمت را بدهد. شیخنا الاعظم با این بیان می خواهد بفرماید که «قاعده اقدام» منقّح موضوع قاعده «و علی الید» می باشد.

شهید ثانی می گوید که قاعده اقدام به تنهایی دلیل مستقلى است. زیرا موجب ضمان است و قاعده «و علی الید» هم دلیل مستقل برای ضمان در مقبوض به عقد

لکن همان طور که قبلاً ذکر شد باید به ایشان جواب داده شود که بین اقدام و ضمان عموم و خصوص من وجه است، پس هر دو قاعده اقدام و ید دلیل مستقلی برای ضمان هستند و «اقدام بر نحو مجانیت» نیز دلیل مستقل برای عدم ضمان می باشد و بالاخره قاعده اقدام مخصوص قاعده و علی الید است. به این صورت که چنین اقدامی موجب سقوط ضمان و موجب معافیت فرد از ضمان قهری می شود ولی عکس قاعده موجب ضمان می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 101

4 موارد تطبیق قاعده اقدام

اشاره

بعد از آنکه مدارك و مستندات قاعده اقدام معلوم گشت، به مواردی که فقها و حقوقدانان به این قاعده استناد می کنند، می پردازیم. قبل از ورود به بحث باید گفته شود که ما به مواردی اشاره می نماییم که فرد دارای مسئولیت مدنی و ضمان قهری می باشد و با علم و اراده بر علیه خود، بر امور مالی اقدام مجانی نموده است و چون با طیب نفس احترام مالش را ساقط کرده است؛ پس معاف از مسئولیت شده و ضمان از او ساقط گردیده است و الا مواردی نیز در قانون «1» و

(1) این موارد عبارتند از: مواد 685 و 720 ق.م. ضمان تبرع آن است که ضامن در انعقاد عقد ضمان بدون تقاضای مضمون عنه، اقدام کرده باشد که دو گونه است:

الف. ضمان بدون اذن و تقاضای مضمون عنه اقدام کرده باشد؛ لکن عقد ضمان، مسبوق به مخالفت مضمون عنه با عقد ضمان نباشد.

ب. ضامن با وجود مخالفت مضمون عنه با عقد ضمان، اقدام به انعقاد عقد ضمان کرده باشد.

ماده 685 ق.م. می گوید:

«در ضمان، رضای مدیون اصلی شرط نیست». بنابراین، بر مخالفت مضمون عنه هم اثری مترتب نیست. مناهل، ص 121-126-127؛ جامع الشتات، ص 231؛ جامع المقاصد، جلد 1، ص 313؛ مفتاح الکرامه، جلد 5، ص 383؛ شرح لمعه، جلد 1، ص 420؛ مسالك الافهام، جلد 1، ص 253.

هرگاه ضمان، تبرعی باشد ضامن که بدهی مضمونه عنه را به مضمون له داده حق ندارد از مضمون عنه آن را مطالبه کند. (ماده 720 ق.م. ماده 720 ق.م. مصداقی از قاعده کلی مذکور در ماده 267 ق.م. است که می گوید «ایفای دین از جانب ... و الا حق رجوع ندارد».

هرگاه پس از عقد ضمان تبرع، مضمون عنه از ضامن بخواهد که در ادای دین مورد عقد ضمان اقدام کند، بر این تقاضا اثری مترتب نیست و ضمان تبرع همچنان آثار خود را حفظ خواهد کرد. جواهر، جلد 4، ص 406؛ حدائق، جلد 4، ص 296؛ الجوامع الفقهیه (وسیله)، ص 751؛ سرائر، ص 172؛ مفتاح الکرامه،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 102

فقه وجود دارد که فرد دارای مسئولیت قراردادی است و با چنین اقدامی باعث اسقاط ضمان و معاف از مسئولیت شده است.

بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی، قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، 2 جلد، مؤسسه عروج، تهران - ایران، سوم، 1401 ه ق
قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)؛ ج 1، ص: 102

الف. موارد استناد حقوقدانان به قاعده اقدام

در اصطلاح حقوقی مقصود از قاعده اقدام این است که شخصی بالغ و رشید باشد و با علم و اراده علیه خود، بر امور مالی اقدام نماید چه زمینه ورود زیان را بر مال خود فراهم کند (مسبب باشد) و

چه مباشرت بر زیان بر اموال خود داشته باشد مثل اینکه شخصی مال خود را به دست دیوانه یا صغیر غیر ممیز بسپارد، در این صورت صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود.

(ماده 1215 ق. م.) «1» زیرا او خود اقدام بر ضرر خویش کرده است و طبق قاعده اقدام، ضمان از او ساقط می شود و موجب معافیتش از ضمان قهری می گردد.

عده ای از حقوقدانان در مورد «اقدام بر ضرر خویش برای دفع ضرر از دیگری» قصد را شرط می دانند و بیان می دارند که بعضی از دانشمندان فقهی راجع به زیان و ضرر وارده از بعض حوادث و اتفاقات استدلال می کنند که هرگاه کارگری در حین کار و بر اثر حادثه ای ناقص شود یا فوت نماید؛ مانند اینکه نجار یا بنا یا مهندس از بالای چوب بست ساختمانی به پایین پرت شوند و زیان و ضرری به آنان رسد، این قبیل زیانها نتیجه عمل و اقدام خود آنان می باشد. زیرا

- جلد 5، ص 383؛ مسالك، جلد 1، ص 258.

(1) م. 1215 ق. م. مقرر می دارد: هرگاه کسی مالی به تصرف صغیر یا غیر ممیز و یا مجنون بدهد صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 103

هر يك به ميل و اختيار خود به ضرر خود اقدام نموده اند. اگر نجار یا بنا در بالای چوب بست به کار نمی پرداخت، به حادثه و بدبختی گرفتار نمی شد. بنابراین، خود آنان در حادثه و اضرار خودشان مباشرت داشته اند و به ضرر و زیان خود اقدام کرده اند و قاعده «اقدام علی ضرره»

مانع از مسئولیت غیر می باشد.

و بعد از تبیین کلام فقهای عظام می گویند: این استدلال صحیح نیست؛ زیرا قاعده اقدام فقط ناظر به مواردی است که شخص عاقل و محتاط از آن پرهیز می کند. مانند اینکه کسی خود را به قصد انتحار و خودکشی از بلندی پرت کند یا به کار خطرناکی دست بزند که دور از عقل باشد. قانون کار در کشور فرانسه مصوب 1899 نیز اشعار دارد که هرگاه حادثه و ضرر و زیان نتیجه تقصیر غیر قابل عفو کارگر باشد، صاحب کار از ترمیم آن معاف خواهد بود.

بنابراین، وقتی کارگر در حین کار صدمه ای ببیند به هیچ وجه شامل عنوان «اقدام علی ضرره» نخواهد بود و صاحب کار و مالک و یا منتفع از کار او بنا به قاعده تسبیب به ترمیم ضرر و زیان مسئولیت خواهد داشت. «1»

و همچنین ماده 306 ق. م. دلالت بر قاعده اقدام دارد البته این ماده قانون دلالت بر قاعده احسان نیز دارد؛ بنابراین که اگر کسی مال غایب یا محجور را بدون اجازه صاحب مال یا کسی که حق اجازه دادن نسبت به مال محجور دارد، تصرف شود، از صور زیر خارج نیست:

1- تحصیل اجازه مقدر بوده است و با این حال خودداری کرده باشد.

(1) موسی جوان، مبانی حقوق، جلد 1، ص 344-345.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 104

2- تحصیل اجازه مقدر نبوده است.

3- تحصیل اجازه مستلزم گذشتن مدت زمانی بوده است و گذشتن آن مدت موجب ضرر بر مال محجور و غایب شده است.

چون در صورت دوم و سوم از جهت احسان باید مال مسلم را حفظ و نگهداری نمود، پس متصرف

طبق قانون عمل کرده است و موجبی برای توجه ضرر به او نیست. لذا حق دارد مخارج نگهداری را از مالک مطالبه نماید. مگر آنکه به قصد تبرع و مجانی اقدام به تأدیه مخارج کرده باشد که در این صورت به لحاظ قاعده اقدام و اینکه خود با طیب نفس، احترام مالش را ساقط نموده و اقدام بر ضرر خویش کرده است؛ پس حق مراجعه ندارد و ضمان و مسئولیت از مالک ساقط می گردد. «1»

ولی صورت اول دخالت فضولی در اداره اموال دیگران است و «اداره غیر» آن است که کسی مال غیر را به نفع و به حساب او اداره کند، بدون اینکه از طرف صاحب مال نمایندگی داشته باشد- یعنی برای دفع ضرر از غیر ضرر به خود رساند- مصداق قاعده اقدام می باشد. به طور مثال، کسی که در غیبت همسایه خود و برای جلوگیری از تضرر او خانه وی را تعمیر کند یا برف او برود یا اقدامات لازم برای حفظ اموال صغیری که ولی یا قیم ندارد به عمل آورد و قصد اداره مال غیر را به نفع وی داشته باشد از ماده 306 ق.م. می توان استنباط کرد که اگر مالک برای جلوگیری از ضرر خود، بدون اجازه شریک اقدام به اداره مال

(1) سید علی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، جلد 3، ص 7.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 105

مشترک نماید، می تواند برای تأمین قسمتی از مخارج به شریک رجوع کند. «1»

ب. موارد استناد فقهای عظام به قاعده اقدام

اشاره

ابتدا مواردی را که فقها به این قاعده استناد کرده و حکم به عدم ضمان و یا احيانا به عدم ثبوت مسئولیت کیفری مقدم نموده اند،

بیان می کنیم.

- 1- زمانی که خریدار به فضولی بودن معامله عالم باشد.
- 2- اقدام خریدار با علم به معیوب بودن مبیع مسقط ضمان بایع و حق الخیار مشتری است.
- 3- ارتداد زوجه پیش از دخول است چه ارتداد اقدام بر ابطال مهر و موجب اسقاط مهر است.
- 4- اسلام آوردن زن کافر است که موجب سقوط مهر می باشد، در صورتی که پیش از گذشتن عده شوهرش مسلمان نشود.
- 5- ناشزه شدن زن است که اقدام بر اسقاط نفقه می باشد.
- 6- اعراض از اموال است که اگر آن را دیگری تملك نماید و تلف گردد؛ به لحاظ اقدام مال مالکش ضامن نمی باشد.
- 7- اقدام شخص بر ضرر مال خود یا جان و اعضا و جوارح خود با وجود هشدار و تحذیر و رسیدن هشدار به وی و امکان فرار وی.

(1) سید حسین صفایی، حقوق مدنی، جلد 2، صص 510-511.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 106

ب. 1. در بیع فضولی

اکثر فقها گفته اند: زمانی که مشتری علم به عدم مالکیت بایع نسبت به مال دارد ولی با این وجود ثمن خود را بر او (بایع) مسلط می کند، در صورت تلف جایز نیست مشتری به بایع - که فضولتا آن مال را فروخته است - رجوع کند و بر عدم تضمین فضولی اجماع کرده اند و علتش را اقدام مشتری به اتلاف ثمن دانسته اند و گفته اند که چون خود با طیب نفس احترام مالش را ساقط نموده است طبق روایت لا یحل مال امرئ مسلم الا بطیب نفسه و بناء عقلا بایع فضولی ضامن نیست و اقدام مجانی موجب معافیت او از مسئولیت می گردد.

عده ای از فقهای عظام در این زمینه اشکال کرده و گفته اند در واقع مشتری بایع فضولی

را مسلط بر ثمن کرده است ولی تسلیط مجانی نیست. زیرا، بایع فضولی ادعای مالکیت می کند و از این رو تضمین حقیقی کرده است. در این صورت چه تلف بشود و چه تلف نشود چون اقدام بر وجه ضمان کرده است پس ضامن خسارات وارده می باشد.

شیخنا الاعظم انصاری جواب می دهد:

معنای ضمان این است که شیء با وجود اعتباری (مثل یا قیمت) از عهده ضامن می آید و ضامن خسارات تلف و ... هست و زمانی که مضمون به ملك ضامن - یعنی بایعی که مشتری آن تضمین کرده بود- نباشد در اینجا شما کسی را که نسبت به مبیع اجنبی تضمین گردید و تضمین حقیقی نیز نمی تواند باشد؛ زیرا هم مشتری و هم بایع آگاهی دارند که مبیع مالك بایع فضولی نیست پس به حسب لب و در واقع تسلیط مجانی است و با مالکیت ادعایی تضمین درست نمی شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 107

بنابراین، چون تسلیط مجانی است و خود مشتری اقدام بر اتلاف مالش نموده است بایع فضولی ضامن نیست. «1»

ب. 2. در غصب

غاصب نیز مانند شخص فضول می باشد از این جهت که هر دو، مالك آن مالی که در دستشان می باشد، نیستند. بنابراین اگر معامله ای با آن مال- به ادعای اینکه مالك آن هستند- انجام دهند و آن فرد آگاه به غاصب بودن آنها باشد در اینجا می توان به قاعده اقدام تمسك کرده و او را از ضمان قهری معاف دانست.

پس در بیع فضولی که غاصب (مالك ادعایی) برای خودش معامله ای را انجام می دهد اگر مالك واقعی اجازه چنین معامله ای را ندهد در این صورت معامله فسخ می شود ولی چون مشتری با علم به

غصبيت و عدم مالکیت او، او (غاصب) را مسلط به ثمن کرده است نمی تواند به غاصب رجوع کرده و مبيع را از او بگیرد و در اینجا هیچ ضمانی بر غاصب نیست زیرا که مشتری اذن در تصرف و اذن در اتلاف داده است و یدش مأذونه است و تا مدتی که خودش تعدی و تفریط نکرده باشد، یدش آمانی است و از مخصصات قاعده و علی الید است و معاف از ضمان قهري می باشد. «2» البته جای مناقشه است که آیا احکام مقبوض به عقد فاسد در ما نحن فيه جاری می شود یا نه؟

(1) شیخ اعظم انصاری، مکاسب، ص 145.

(2) همان، ص 146؛ شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، جلد 5، ص 76؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، السابعة عشر، کتاب غصب.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 108

ب. 3. در ادای دین

زمانی که شخص ثالثی دین و قرض فردی را بدون اذن بدهکار و طلبکار بدهد، در این صورت بدهکار ضامن نیست زیرا بدون اذن و امر و ادای دین شده است و در واقع شخص ثالث اقدام مجانی بر قضای دین نموده است. پس، نمی تواند به بدهکار رجوع نماید و ضمان از او ساقط است. زیرا منظور ضمان، «دفع ضرر منفی» از طرف شارع است. پس زمانی که شخص ثالث با طیب نفس اقدام به ضرر خویش نموده است، وجهی بر ضمان بدهکار نیست. «1»

ب. 4. اقدام در اجاره اعم از صحیحه و فاسده که موجب سقوط ضمان است

فقها بین اجاره صحیحه و اجاره فاسده فرق قائل شده اند. ابتدا در اجاره صحیحه بحث می کنیم.

ب. 4. 1. در اجاره صحیحه

عده ای از فقها بر این عقیده اند که اجاره بدون اجرت جاری مجرای هبه یا عاریه ای است که چنانچه فاسد باشند به اجماع فقها ضمان وجود ندارد و به

(1) محمد بن ادریس حلی، سرائر حاوی تحریر الفتاوی، کتاب الضمان؛ شیخ طوسی، الخلاف، جلد 2، ص 79؛ فقه الرضا، کتاب الضمان؛ سید محمد مجاهد، مناهل، جلد 2، کتاب الضمان؛ مرحوم حاج سید احمد خوانساری، جامع المدارک، جلد 3، ص 382-383؛ علامه حلی، جامع المقاصد؛ شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، جلد 5، کتاب الضمان، ص 295-296؛ محقق حلی، مختصر النافع، ص 143؛ سید علی طباطبایی، ریاض، جلد 1، کتاب الضمان؛ مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و برهان، کتاب الضمان، چاپ سنگی.

جهت اولویت و اصالت البرائت در صورت صحیح بودن نیز قائل به ضمان نیستند و عده ای دیگر قائل به بطلان هستند و با نظر مذکور مخالفند و می گویند:

اجارة بدون اجرت عنوانی مغایر با هبه دارد و لو اینکه هر دو در لب و واقع تملیک بلا عوض هستند ولی اجارة بدون اجرت عقد فاسدی است که فی نفسه تسلیم و تسلیط مالک مقتضی اثری نیست و حکم قاعده و علی الید را جاری کرده و قائل به ضمان می شویم.

و عده ای قائل به تفصیل شده و بیان می دارند: «عمل حر منحصر» مضمون می باشد، زمانی که تبرعا آن عمل را انجام نداده باشد. ولی اگر مجاناً عملی انجام دهد، مستحق اجرت المثل نیست. بر خلاف ما نحن فیه که بر طبق قاعده «و علی

الید» مضمونه می باشد. البته بعد از فرض فساد عقد و عدم افاده ترتب اثر بر تسلیم و تسلیط مالک.

تحقیق این است که بین قصد موجر تفصیل قائل شویم. پس اگر اراده هبه یا عاریه حقیقی کند؛ یعنی تملك یا اباحه مجانی مقصود باشد، ضمانی بر مستأجر نیست. زیرا اسباب ضمان، ید و اتلاف اختصاص به زمانی دارد که مالک تسلیط مجانی نکرده باشد. پس، در اینجا دلیلی بر ضمان وجود ندارد و اگر اراده هبه یا عاریه حقیقی نکند و قصد تبرع و تسلیط مجانی نداشته باشد، در این صورت بر طبق قاعده و علی الید و اتلاف ضامن می باشد.

البته باید متذکر شد، زمانی که مستأجر بدون التماس و امر، عملی را انجام دهد قول به عدم ضمان وجیه است زیرا شرط ضمان عمل، امر است. از باب ضمان امری پس، با عدم امر قائل به عدم ضمان می شویم. احتمال قوی هست که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 110

مراد فقهای که قائل به عدم ضمان در «اجاره بدون اجرت» شدند، این صورت خاصه باشد. پس، در این صورت ایرادی که بر آنها وارد کرده اند، صحیح نمی باشد.

در مورد دیگر استناد به قاعده، زمانی است که موجر به مستأجر اجازه اجاره به غیر را بدهد که فقها قائل به عدم ضمان مستأجر اول نسبت به عین شده اند و زمانی که مستأجر اول بدون اذن مالک عین مستأجر را به مستأجر دوم تسلیم کند بعضی از فقها قول به ضمان را مشکل دانسته اند ولی عده ای از ایشان قائل به ضمان شده اند و علتش این است که مدرک علم ضمان عین مستأجر در اجاره اولی تسلیم

و تسلیط بر عین نمی باشد تا اینکه اجاره دومی همانند اجاره اولی باشد؛ بلکه مدرک عدم ضمان «اقدام مالک» است که این عمل ابتدائاً دلالت بر رضایت او دارد. پس، تسلیط مستأجر بر عین از رضایت مالک صادر می شود و هر تسلیطی که با رضایت مالک همراه باشد در واقع او را امین قرار داده است، ولی نسبت به اجاره دوم اقدامی از طرف مالک نشده است زیرا اجاره دوم مرتبط با اجاره اول نیست تا اینکه اقدام مالک بر اجاره اول، اقدام بر تسلیط مستأجر دوم باشد و جواز اجاره مستأجر به غیر از طرف موجر اقدام مالک محسوب نمی شود.

ب. 4. 2. در اجاره فاسده

هنگامی که اجاره فاسد و باطل باشد عده ای از فقها بنابر اقوای قائل به عدم ضمان شده اند. خصوصاً زمانی که موجر در هنگام اجاره علم به بطلان آن داشته باشد ولی مستأجر عالم نباشد. مشهور فقها مدرک آن را قاعده «ما لا یضمن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 111

بصحیحه لا یضمن بفاسده» می دانند و استدلال به اقدام بر اذن مجانی - که مانع از عموم و علی الید ما أخذت حتی تودیة می شود - در مقام طرد شده است. بنابراین مشهور، بر خلاف عده ای از فقها «1» به قاعده اقدام تمسک نکرده اند و در قسمت دیگر اشاره می کنند که اگر هم قائل به عدم شمول عکس قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» بشویم، می توانیم ضمان را با «عدم ضمان مستأمن» نفی کنیم. «2» زیرا موضوع «عدم ضمان امین» عرفی است و این معنا در اجاره صحیحه و فاسده به نحو واحد وجود دارد پس نصوص دلالت بر نفی ضمان با استیمان

می کند و لو اینکه عقد فاسد باشد.

ب. 5. در ودیعه

شرایط تکلیف در مودع و مستودع شرط است و باید مالی را که نزد کسی که ودیعه می گذاریم آن فرد اهلیت نگهداری و حفظ آن مال را داشته باشد. (ماده 610 ق.م) «3» بنابراین، اگر شخصی با علم و آگاهی مال خویش را نزد صبی یا مجنون به ودیعه بگذارد و در نزد آنان تلف شود، ضمانتی بر آنها نیست زیرا آن شخص خودش با مسلط کردن آنها (صبی و مجنون) بر مالش بر اتلاف مال

(1) شیخ محقق اردبیلی و صاحب ریاض.

(2) الوسائل، باب 4، من ابواب احکام الودیعه.

(3) ماده 610 ق.م. مقرر می دارد: «در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند و اگر کسی مالی را از کس دیگری که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند باید آن را به ولی آورده نماید و اگر در ید او ناقص یا تلف شود ضامن است».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 112

خویش اقدام نموده است. پس، مسئولیتی بر آنها نیست.

البته عده ای نظری بر خلاف داده و گفته اند: «ایداع تسلیط بر حفظ است نه اتلاف و تصرف». بنابراین، آنان را ضامن شمرده اند. «1» از موارد دیگر استناد به قاعده اقدام در ودیعه برای مثال زمانی است که مالک حیوانی را نزد فردی به ودیعه می گذارد ولی به او (مستودع) می گوید: به حیوان آب و علف ندهد.

اکثر فقها قائلند که قبول ودیعه جایز نیست؛ زیرا این حق الله تعالی است. و لو اینکه مالک حق خود را اسقاط کند و دیگر آنکه اتلاف مال از طرف خداوند نهی شده باشد. اگر او

به امر مالك عمل كند در اين صورت چون حق الله تعالى را ترك نموده است گناهكار است ولى اگر مال (حيوان) تلف شود ضامن نيست و هيچ مسئوليتى براى او به وجود نمى آيد.

زيرا مالك با نهي اش اسقاط ضمان كرده است مثل اينكه اذن در اتلاف مالش داده است. پس ضمان بر او نيست همچنان كه اگر به او امر كند كه مالش را در دريا بيفكند و اگر آن فرد اين كار را انجام دهد ضمانى بر آن شخص نيست، زيرا مالك با طيب نفس احترام مالش را اسقاط نموده است «لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه». بنا بر اين، طبق قاعده اقدام حكم به عدم ضمان مقدم مى كنيم. «2»

-
- (1) علامه حلى، تذكرة الفقهاء، كتاب الوديعه؛ شيخ محمد حسين نجفى، جواهر الكلام، جلد 26، ص 99؛ همان، جلد 27، ص 116.
- (2) شهيد ثانى، مسالك الافهام، جلد 1، كتاب وديعه؛ سيد جواد عاملى، مفتاح الكرامه، جلد 6، ص 26؛ محقق ثانى، جامع المقاصد، كتاب وديعه.

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 1، ص: 113

ب. 6. در مضاربه فاسده كه آيا مسقط هست يا خير

در مقام ثبوت چهار صورت متصور است:

1- زمانى كه هيچ كدام علم به بطلان مضاربه نداشته باشند؛ در اينجا بحث است كه آيا عامل در قبال انقارش در سفر ضامن هست يا نه؛ زيرا مالك او را مسلط بر انفاق مجانى كرده است و در مجانى عوضى براى او نيست، پس ضمانى بر او نيست.

عده اى از فقها بنا بر اقوايت قائل به ضمان شده اند؛ زيرا نفعه بر تقدير عدم مضاربه مجانى نمى باشد. بنا بر اين، بر طبق قاعده و على اليد و اتلاف- من اتلف مال الغير فهو له ضامن- ضامن مى باشد. مگر زمانى كه

استثنایی وجود داشته باشد که در مقام استثنایی نیست مثل زمانی که غذا را به گمان اینکه او زید است ولی «به قید زید بودن» به فردی بدهد. اگر آن فرد غذا را بخورد و زید نباشد، ضامن می باشد.

و لکن عده ای از فقها به قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» تمسک نموده و قائل به عدم ضمان شده اند و ملاک قاعده همان اذن و تسلیط مجانی بر مال مالک می باشد و در این صورت ضامن تلف و نقص نیز نمی باشد؛ زیرا او امین می باشد و طبق قاعده عدم ضمان امین مگر با تعدی و تفریط ضمان از او ساقط می گردد.

2- زمانی که فقط مالک عالم به فساد مضاربه باشد، در این صورت عالم چون علم به فساد ندارد مستحق اجرت المثل می باشد، طبق قاعده احترام ولی از جهت سقوط و عدم سقوط ضمان همانند حالت اول است که بیان شد؛ یعنی در اینجا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 114

نیز عامل ضامن تلف و نقص نمی باشد به جهت اینکه ید عامل در مضاربه امانی می باشد و طبق قاعده استیمان ضمان از او می گردد.

3- زمانی که هر دو عالم به بطلان مضاربه باشند- در این صورت نفقه بر مالک می باشد زیرا مالک خود با علم به بطلان، به او اذن در تصرف داده است.

همانند کسی که می داند او همسرش نیست ولی مالش را به عنوان اینکه زوجه اش هست به او می دهد. در اینجا نیز تلف و نقص بر مالک است زیرا مالک با طیب نفس، عامل را مسلط بر مالش کرده است و اقدام مجانی بر ضرر خویش نموده است پس او

امین می باشد و ضمان برای عامل نیست.

4- زمانی که فقط عامل عالم باشد، در این صورت نفقه بر عامل است و اجرتی برای او نیست زیرا عامل با عملش به عدم صحت معامله اقدام بر عمل نموده است. پس، ضمانتی بر مالک نیست زیرا او (عامل) اقدام مجانی نموده است.

عده ای از فقها نظری بر خلاف داده و گفته اند که عامل مستحق اجرت المثل می باشد و مالک ضامن آن است. زیرا علم به عدم صحت معامله شرعا اقتضا نمی کند که عامل اقدام مجانی کرده باشد.

از مجموع مواردی که استناد به قاعده اقدام شده بود نتیجه گرفته می شود، هر فردی که به طور مجانی و تبرعی عملی را انجام دهد و موجب تلف یا نقص در آن شود طبق قاعده اقدام باعث اسقاط احترام مالش گردیده است پس، موجب سقوط ضمان و معافیت او از مسئولیت می گردد.

در فقه موارد عدیده دیگری نیز وجود دارد که برای مطالعه بیشتر می توان به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 115

مصادر مربوطه رجوع نمود. (1)

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

(1) در این زمینه رجوع کنید به: شیخ محمد حسین اصفهانی، بحوث فی الفقه، کتاب اجاره، صص 101-102؛ علامه حلّی، مختلف الشیعة، جلد 2، ص 22؛ حاج سید احمد خوانساری، جامع المدارک، جلد 5، کتاب اللقطة، صص 252-254؛ العروة الوثقی، مسألة 18، ص 544؛ دروس، کتاب الاجاره شهید اول، دروس الخامسة، کتاب اللقطة؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، خیار غبن، صص 235-236؛ ملا محمد نراقی، مشارق الاحکام، ص 239؛ میرزا حبیب الله رشتی، اجاره، ص 288؛ حضرت آیت الله العظمی سید میرزا حسن موسوی بجنوردی- قدس سره- القواعد الفقهیه،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 117

قاعده الاسلام یجب ما قبله

اشاره

قاعده جب مورد قبول تمامی فقهای اسلام است و در موارد فراوان، چه در حقوق جزای اسلامی چه در حقوق مدنی، بدان استناد کرده اند؛ این قاعده در سه عنوان مورد بررسی قرار می گیرد.

1- مستندات و مدارك قاعده؛ 2- مقدار دلالت قاعده؛ 3- موارد تطبیق قاعده.

1 مدارك و مستندات قاعده

در موارد متعدد از ناحیه عامه و از ناحیه خاصه، از پیغمبر اکرم (ص) نقل شده است که فرموده اند: «الاسلام یجب ما قبله». این بیان در جریان اسلام آوردن مغیره بن شعبه از پیغمبر اکرم (ص) نقل شده است و شرح ما وقع چنین است:

مغیره بن شعبه با گروهی از بنی مالک بعد از وفد با مقوقس پادشاه مصر در راه بازگشت به مکه غافلگیرانه یاران خود را می کشد و با تصرف اموال آنان به مدینه می آید و اظهار اسلام می کند؛ پیغمبر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 118

اکرم (ص) اسلام وی را می پذیرد اما اموال را قبول نمی فرماید و مغیره را با این بیان سرزنش می فرماید «لا خیر فی غدر». رفتار پیامبر اکرم (ص) مغیره را از جهت قصاص به وحشت می اندازد و سعی در پنهان شدن خود می کند که پیامبر اکرم (ص) می فرماید: «الاسلام یجب ما قبله.» (1)

روایت دیگری است که مردی نزد عمر آمد و گفت همسرم را در دوران جاهلیت یک طلاق و در اسلام نیز دو طلاق داده ام، حکم آن چیست؟ عمر پاسخ را به مولا امیر المؤمنین (ع) واگذار می کند و حضرت می فرماید: «هدم الاسلام ما کان قبله هی عندک علی واحده» اسلام طلاق در جاهلیت را هدم می کند و کان لم یکن محسوب می شود. (2)

روایت دیگری که مربوط به جریان اسلام

آوردن عبد الله بن ابي امیه برادر ام سلمه است تأکیدی بر مستند این قاعده می باشد. بدین شرح:

برادر ام سلمه از کسانی بود که پیغمبر اکرم (ص) را به شدت تکذیب می کرد و از حضرت می خواست که در صورت صحت ادعا از زمین برایشان چشمه آب ایجاد کند؛ بعد از فتح مکه در حضور پیامبر اکرم (ص) اظهار اسلام کرد. پیغمبر اکرم (ص) از وی روی برگردانید و اسلام او را نپذیرفت، عبد الله به خواهرش ام سلمه روی آورد که پیامبر اسلام همه را پذیرفت جز من. بعد از ورود پیغمبر اکرم (ص) بر منزل و پرسش ام سلمه از علت عدم پذیرش اسلام برادرش، پیامبر اکرم (ص) تکذیبهای وی را در جاهلیت ذکر می فرمایند. ام سلمه می گوید: «بأبي أنت و امي يا رسول الله تقل ان الاسلام يجب ما قبله»؟ آیا شما نفرمودید

(1) ابن سعد، طبقات کبیر.

(2) بحار الانوار.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 119

«الاسلام يجب ما قبله»؟ پیغمبر اکرم (ص) ضمن تأیید مطلب، اسلام عبد الله بن ابي امیه را می پذیرند. «1»

در روایات دیگر نیز به این بیان آمده است. در مجموع اشتها حدیث شریف در بین مسلمانان به حدی است که در صحت نقل حدیث از پیغمبر اکرم (ص) هیچ تردیدی باقی نمی گذارد و ثوق به صدور آن- که موضوع حجیت در خبر واحد است نزد عقلا- حاصل می شود.

2 و 3 مقدار دلالت و موارد تطبیق قاعده

در خصوص دلالت قاعده می توان احتمالات متعددی را ذکر کرد. برای مثال آیا قاعده جب در برگیرنده حق الله و حق الناس است و حتی دیون و ضمانات را هم در بر می گیرد و یا قصاص و دیات و غیره

به طور خلاصه می‌گوییم مفهوم عرفی قاعده‌الاسلام يجب ما قبله چنین دلالت دارد که هر فعل یا ترك فعل و اعتقاد یا عدم اعتقاد و هر قولی در جاهلیت بر آن عقوبت و اثری مترتب نبوده است، اما اگر در اسلام دارای آثار و کیفر است مشمول قاعده خواهد بود و با اسلام آوردن، همه جرایمی که در حال کفر صورت گرفته است، کأن لم یکن محسوب می‌شود و قهرا اثری بر آن مترتب نخواهد بود.

(1) تفسیر علی بن ابراهیم.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 120

بنابراین اگر فردی در زمان کفر مرتکب زنا و سرقت و قتل شود، عموم قاعده جب شامل این موارد خواهد بود و حدی جاری نخواهد شد. می‌توان گفت حقوق الله مطلقاً اعم از واجبات بدنیه و مالیه یا مرکب از همدیگر مشمول قاعده است و اسلام همه جرایمی را که موضوع حد است و در زمان کفر صورت گرفته است هدم و بلا اثر می‌کند. نکته ای که ذکر آن بایسته است آن است که قاعده جب يك حکم امتنانی است و به جهت تشویق و تحریض کفار در گرایش به اسلام و هراس نداشتن از گذشته آنها جاری شده و معمولاً از موضع اقتدار اعمال شده است.

آیا قاعده جب در باب ضمانات (مانند ضمان ید و غصب و مقبوض به عقد فاسد و قاعده اتلاف و قاعده تسبیب و قاعده کل مبیع تلف قبل قبضه و ضمان امری و غیر ذلك) و دیون نیز جاری است؟ به تعبیر دیگر، آیا قاعده جب موجب سقوط مسئولیت مدنی است؟ باید گفت که قاعده جب این موارد را بر اساس

آنچه ذکر می شود شامل نمی شود.

اولا، همان گونه که ذکر شد قاعده جب از باب امتنان وضع شده است و لذا نباید منت گذاشتن بر فراغ ذمه شخصی بر خلاف امتنان در حق دیگری باشد.

ثانیا، این مخالف عدالت و سیره عقلاست که آنچه در زمان کفر جاری بوده مورد پذیرش اسلام است و انتحال به اسلام موجب رفع آنها می باشد.

ثالثا، همان طوری که قبلا ذکر شد قاعده جب در مقام رفع آثاری است که در حال کفر اثری بر آن مترتب نبوده است؛ ولی به سبب اسلام آوردن این آثار مترتب می شود و مشخص است که باب ضمانات و دیون مسأله ای صرفا عقلایی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 121

می باشد و در تمام جوامع بشری بر آنها اثر بار می شود.

مفهوم عرفی قاعده جب مورد قصاص و دیات را نیز در بر می گیرد، اما می دانیم که دیات هم مانند بعضی از تعهدات، مورد تقریر شارع مقدس واقع شده است. بدین معنی که در جاهلیت نیز این مطلب رسم بوده است و روایات زیادی بر این امر دلالت دارد. «1» هر چند کیفیت آن در دو دوره متفاوت است.

مضافا اینکه در جریان قاعده جب موجب امتنان فقط بر جانی است اما بر مجنی علیه و اولیای دم خلاف امتنان است، خصوصا اگر مقتول مسلم باشد.

رابعا، در مورد عبادات مورد اقرار شرع هم قاعده جاری نمی شود؛ پس باید گفت که قصاص و دیات مشمول قاعده نخواهند بود. ولی با توجه به اخبار خاصه باید مورد را مشمول قاعده جب دانست.

عمل پیامبر اکرم (ص) را در جریان مغیره بن شعبه قبلا ذکر کردیم و در آن مورد پیامبر (ص)

فرموده است: «الاسلام يجب ما قبله» در باره اسلام آوردن وحشی قاتل حمزه سید الشهداء و در جریان فتح مکه معظمه نیز پیغمبر اکرم (ص) از موضع قدرت امتنانا فرمود: «كل دم في الجاهلية فهو تحت قدمي هاتين».

پس بنا بر حدیث جب و این روایت اخیر، قصاص و دیات هم مشمول قاعده بوده است و در صورت قتل در زمان کفر نیز، اسلام مانع از اجرای قصاص و مجازات خواهد بود. در خصوص عبادات چنانچه اسلام به عبادات دین سابق فرد اقرار دارد، عدم انجام آن عبادات در زمان کفر همچنان بر ذمه فرد باقی است

(1) مثل صحیحہ عبد الرحمن بن حجاج قال: «سمعت ابن ابي ليلى يقول كانت الدية في الجاهلية مائة من الابل فاقرها رسول الله (ص)».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 122

و اسلام آوردن کافر نمی تواند ذمه آن شخص را فارغ کند.

اما در باب فروع اسلام، از آنجا که انجام فروع دین بر کفار هم واجب است چون این احکام در دین کافر نبوده است، پس ذمه شخص به وجوب قضا با اسلام فارغ می شود و از باب قاعده جب به مجرد مسلمان شدن کافر نیازی به قضای واجبات گذشته ندارد.

گروهی از فقها معتقدند که سقوط وجوب قضا از باب قاعده نفی عسر و حرج است که شخص نمی تواند مثلاً روزه های فوت شده چندین سال دوران کفر را قضا کند. در حالی که بحث ما قبل از احراز عسر یا حرج شخص است یعنی در مواردی ممکن است هیچ گونه حرجی هم نباشد؛ مع ذلك شخص اسلام آورده تکلیف به وجوب قضا نخواهد داشت.

در مواردی که عملی در اسلام شرط صحت

یا شرط چیز دیگری قرار گرفته است، قاعده جب شامل آنها نخواهد شد. مثلاً شرط صحت نماز طهارت است:

غسل، وضو یا تیمم؛ بنابراین، کسی که در زمان کفر محدث به حدث اکبر یا اصغر باشد، به استناد قاعده جب غسل یا وضو یا تیمم بدل آن از وی ساقط نمی شود؛ یعنی نمی تواند حدث دوران کفر را قاعده جب رفع کند. زیرا شرط صحت نماز در اسلام طهارت است و مفروض این است که شخص فعلاً محدث است و واجد شرط نیست و لازم است شرط را تحصیل کند.

عناوین اضافات تکوینی هم از شمول قاعده جب خارج است و نسبت ایجاد شده به واسطه ولادت یا رضاع همچنان باقی خواهد بود و احکام اسلام نیز بر آن بار است. یعنی نمی توان نسبت ایجاد شده به وسیله رضاع در زمان کفر را به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 123

استناد قاعده جب منتفی قلمداد کرد. لازم به تذکر است که آثار و حرمتی که به واسطه زنا و لواط در اسلام ایجاد می شود در صورتی که عمل در زمان کفر بوده باشد، مشمول قاعده جب خواهد بود و اثری بر آنها مترتب نمی شود.

خلاصه بحث

خلاصه بحث اینکه:

1- اعتقادات، اقوال و افعالی که در اسلام آثاری بر آن مترتب است، در صورتی که در زمان کفر صورت گیرد و مسلک کافر نیز بر آن عقوبتی فرض نکرده باشد، با اسلام دفع می شود.

2- در صورتی که نسبت به این اعمال، اسلام به طریقه عقلاً اقرار دارد؛ یعنی هم در حال کفر و هم در حال اسلام بر آن اعمال آثاری مترتب است، اعمال مذکور مشمول قاعده نخواهد بود

مگر در قصاص و دیات به دلیل خاص.

3- در صورتی که عملی برای چیز دیگری در اسلام شرط قرار گیرد، چنانچه مزیل شرط مسبوق به زمان کفر باشد، مشمول قاعده نخواهد بود و لازم است تحصیل شرط شود.

4- عناوین و اضافات تکوینی که تحقق آن در حال کفر صورت گرفته (چون نسبت عمه و خاله و برادر و خواهر رضاعی) مشمول قاعده نخواهد بود و آن عناوین به قوت خود باقی خواهند بود.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 125

قاعده الشرط الفاسد لیس بمفسد للعقد

الف. اقوال فقها

اقوال فقهای عظام- قدس سره- نسبت به قاعده «شرط فاسد مفسد عقد نیست» به پنج گروه تقسیم می شود:

1) قول به عدم افساد مطلقا، اسکافی ابن جنید و شیخ الطائفه در مبسوط، ابن سعید در جامع، آبی در کشف الرموز و قاضی ابن البراج و ابی علی (ره) این قول را اختیار کرده اند.

2) قول به افساد مطلقا، مختار علامه در قواعد، تذکره، مختلف و ارشاد و فخر المحققین در شرح ارشاد و نیز کتابهای دروس، لمعه، المهذب البارع، جامع المقاصد، تعلیق الارشاد، تعلیق النافع، مسالك، الروضة البهية، مجمع البرهان و کفایه است.

3) قول به اینکه چنانچه فساد شرط از ناحیه غیر مقدور بودن آن باشد (مثل

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 126

شرط صیرورة الزرع سنبلًا) موجب فساد عقد می شود و اگر فساد شرط از ناحیه مخالف بودن آن با مقتضای عقد یا سنت باشد، مفسد نیست؛ ابن زهرة در غنیة این قول را اختیار کرده است.

4) قول به اینکه چنانچه فساد شرط از ناحیه غیر عقلایی بودن آن باشد مفسد است و الا مفسد نیست این نظر مختار

ابن المتوج بحرانی است.

5) توقف و عدم ترجیح بعضی از بزرگان در شرایع، نافع، تحریر، ایضاح، تنقیح، غایة المرام و ایضاح النافع.

ما قول اول را اختیار کرده ایم و ان شاء الله تعالی پیرامون آن به تفصیل بحث خواهیم کرد. «1»

ب. مقصود از شرط

آیا مقصود از شرط، مطلق الزام و التزام است یا الزام و التزامی که در ضمن عقد قرار می گیرد؟

(1) بر همین اساس قانون مدنی در مواد 22 و 23 چنین مقرر می دارد.

مادة 22- شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.

- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

- شرطی که نامشروع باشد.

مادة 23) شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

- شرط خلاف مقتضای عقد.

- شرط مجهولی که جهل موجب جهل به عوضین شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 127

علی الظاهر و به حسب متفاهم عرفی، شرط عبارت است از الزام و التزام در ضمن عقد، زیرا شرط به معنای مصدری قرار دادن چیزی است مرتبطاً به امر آخر، لهذا مبدأ برای مشتقات خود می شود، مثل شارط و مشروط و غیر ذلك و به معنای اسم مصدری هم عبارت است از مرتبط بودن شیء به امر آخر، مضافاً اینکه در جای خود ثابت شده است که اگر شرط مطلق الزام و التزام باشد (و مرتبط به چیز دیگری نباشد که قهراً شامل شروط ابتدائیه می شود) تخصیص اکثر - که مستهجن است - بر قاعده «المؤمنون عند شروطهم» می آید. اکنون به اصل قاعده و عناوین آن می پردازیم.

1 شرط فاسد واجب الوفاء نیست

چنانچه فساد شرط از ناحیه غیر مقدور بودن آن باشد، لغویت لازم می آید و اعتبار عقلایی ندارد. زیرا به سبب این التزام مشروط علیه عهده خود را به امری مشغول می کند و بالضرورة لازم است که آن امر عادتاً تحت سلطنت وی باشد تا تمکن وفای به آن التزام داشته باشد (و

بنابراین از قبیل وهب الأمير بما لا

یملك نباشد) همچنین اگر فساد شرط از ناحیه مخالف بودن آن با کتاب یا سنت باشد، مانند شرط تحلیل حرام یا تحریم حلال، شرطکننده شرعا از ایجاد آن ممنوع است و قهرا لزوم وفا هم ندارد، بلکه شرعا ایجاد آن غیر مقدور است و «الممتنع شرعا کالممتنع عقلا».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 128

2 اتیان شرط فاسد غیر ممنوع، شرعا مستحب است

گفتیم که شرط فاسد واجب الوفا نیست اما آیا اتیان آن به عنوان وعد ابتدایی مستحب است؟ از آن رو که وفای به وعد عقلا و شرعا حسن است؟ عقلا به اعتبار اینکه وفای به وعد جزء آرای محموده و مصالح تأدیبیه به شمار می آید و از لحاظ شرعی روایات وارده به شرح زیر استناد می کنند:

الف. روایت شعیب عقرقوفی مذکور در اصول کافی: «عن ابی عبد الله (ع) قال:

قال رسول الله (ص) من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فليف اذا وعد..»

ب. روایت هشام بن سالم در اصول کافی:

قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول: عدة المؤمن اخاه يذر لا كفارة له، فمن اخلف فبخلف الله بدا، و لمقته تعرض و ذلك قوله. يا ايها الذين آمنوا ليم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون.

و روایات دیگر.

3 تعیین محل نزاع

گاه فساد شرط، موجب سرایت به خود عقد و معامله می شود؛ مثل اینکه فساد شرط معلول جهالت آن باشد که قهرا به جهالت عوضین برمی گردد و بیع واقع شده غرری می شود. گاه موجب تناقض با خود عقد می شود؛ مثل اینکه بایع چیزی را بفروشد مشروطا به اینکه مشتری مالک نشود، یا وجود شرط سبب

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 129

عدم قدرت بر تسلیم مبیع شود. گاه نیز وجود شرط مخل عقد یا شرایط عوضین و متعاملین می شود و بالاخره وجود فساد شرط به ارکان عقد و معامله خلل وارد نمی آورد؛ بلکه مورد نزاع این است که آیا صرف فساد بودن شرط در ضمن يك عقد یا معامله موجب فساد آن عقد یا معامله می شود؟ چون معامله مذکور مقید

به این شرط فاسد است یا اینکه رضای معاملی منوط به این شرط است و معلوم است که مقید منتفی است به انتفای قید یا در صورت فساد شرط، رضای معاملی منتفی است. محل نزاع شامل قسم اول نمی شود، به جهت اینکه فساد عقد و معامله معلول اخلال در ارکان عقد و معامله است و این معنی ربطی به قاعده مورد بحث ندارد؛ بلکه موضوع قاعده این است که آیا صرف فساد شرط غیر منحل به ارکان معامله موجب فساد عقد و معامله می شود یا خیر؟

4 مدارك و مستندات قاعدة

الف. اطلاعات و عمومات وارده در ابواب معاملات

مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» به مقتضای این عمومات و اطلاعات، شرط فاسد مفسد عقد نیست؛ مگر اینکه دلیلی بخصوص افاده این معنی را بکند؛ مثل اینکه فساد شرط موجب جهالت عوضین در عقد باشد و قهرا مانع از صحت شود یا روایات دلالت بر این معنی داشته باشد و یا با فساد شرط، رضای معاملی منتفی شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 130

ب. روایات

(1) صحیحہ حلبی (منقول در کافی و من لا یحضره الفقیه و تهذیب):

عن الصادق (ع) انه ذکر ان بریدة کانت عند زوج لها و هی مملوكة، فاشترتها عائشة فاعتقتها فخيرها رسول الله (ص) فقال: ان شاءت قعدت عند زوجها و ان شاءت فارقته و كان موالیها الذین باعوها اشترطوا علی عائشة ان لهم ولائها فقال (ص) «الولاء لمن اعتق». «1»

این صحیحہ دلالت دارد بر عقدی که مشتمل بر شرط مخالف با سنت است.

شرط مذکور فاسد است، اما عقد صحیح و واجب الوفاء است. این فرموده که «ان شرط الله قبل شرطکم، الولاء لمن اعتق» دلالت دارد بر فساد شرط مذکور به اعتبار مخالفت آن با سنت، نیز این جمله که «ان شاءت قعدت عند زوجها و ان شاءت فارقته» دلالت دارد بر صحت عقد.

(2) صحیحہ حلبی:

عن ابی عبد الله (ع) قال: سألته عن الشرط فی الاماء لا تباع و لا تورث و لا توهب. فقال: يجوز ذلك غیر الميراث فانها تورث و کل شرط خالف کتاب الله فهو رد. «2»

(3) مرسله جمیل بن دراج:

عن بعض اصحابنا عن احدهما (ع) فی رجل اشتری جاریة و شرط لاهلها ان لا یبیع و لا یهب قال:

(1) وسائل الشیعة، کتاب العتق، باب 37؛ سنن الترمذی، کتاب الوصایا، باب 7، حدیث 2124؛ صحیح البخاری، کتاب البیوع، باب 67-73؛ کتاب الشروط، باب 3، 10، 13.

(2) وسائل الشیعة، کتاب تجارت، باب 15، حدیث 1 و 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 131

با توجه به اینکه فقهای عظام از این دو روایت اعراض کرده اند و عمل ندارد، بنابراین، قهرا ادله حجیت خبر واحد شامل این دو روایت نمی شود و از اعتبار می افتد و توجیه شیخ انصاری (ره) - مبنی بر اینکه امر به وفای به شرط در دو روایت محمول بر استحباب است و این معنی مغایر با نظر اصحاب نیست - قابل پذیرش نیست؛ زیرا در جای خود ثابت شده است که در مقام انشاء دلالت جمله خبریه بر وجوب، آكد از صیغه (امر) افعال است.

(4) روایت عبد الملك بن عتبه، قال:

سألت ابا الحسن موسى بن جعفر (ع) عن الرجل ابتاع منه طعاما و ابتاع منه متاعا علی ان لیس منه علی و ضیعه، هل یستقیم هذا و کیف یستقیم وجه ذلك؟ قال (ع): لا ینبغی

هر چند این شرط که در صورت خسارت مشتری در معامله، بایع متحمل آن خسارت بشود، مخالف با کتاب و سنت و قهرا فاسد است؛ مع ذلك امام (ع) بیعی را که شامل این شرط است، تنفیذ کرده و می فرماید «لا ینبغی».

ج. اجماع

ابن زهره در الغنیه مبنی بر عدم سرایت فساد شرط به عقد ادعای اجماع کرده است. البته این اجماع به لحاظ صغری و کبری ممنوع است. از لحاظ صغری مخالفت جمع کثیری از فقهای عظام با این قاعده را عنوان می کنیم. از

جهت کبری می‌گوییم که با توجه به روایات خاصه و عمومات و اطلاعات عقود و معاملات، اجماع مذکور اجماع اصولی به شمار نمی‌آید و مدرکی محسوب

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 132

می‌شود؛ بنابراین حجت نیست.

د. مقتضای قواعد

مقتضای قواعد اولیه و صناعت علمی آن است که شرط فاسد مفسد عقد نباشد؛ بدین بیان که در باب عقود تمام ماهیت آن به ایجاب موجب، موجود می‌شود. حقیقتاً قبل از ایجاب شرط، بدین بیان که در عقد بیع دو خلع و دو اضافه است، ابتدا موجب بایع اضافه مالکی خود را از مثنی خلع و به مشتری اضافه می‌دهد و همچنین اضافه مالکی مشتری را از ثمن خلع و به خود اضافه می‌دهد و این معنی عبارت از تملیک عین به عوض می‌باشد که به قصد موجب محقق است؛ بنابراین تمام ماهیت بیع به ایجاب موجب متحقق می‌یابد و قبول قابل هیچ‌گونه دخالتی در ماهیت بیع ندارد. بنابراین، تمام ثمن بلا شبهه در مقابل تمام مبیع واقع می‌شود، علی‌هذا وجهی جهت تقسیط ثمن و غرری شدن این معامله نمی‌ماند. مگر اینکه ملتزم شویم شرط در ضمن عقد موجب تقیید عقود به آن شروط می‌شود که قهراً با فساد شروط و عدم انحلال، آن عقود و جوب وفا ندارد لکن تحقیق خلاف آن است و بازگشت این حرف به تعلیق در انشاء می‌باشد.

5 ادله منکرین قاعده

همان‌طور که پیشتر گذشت، اکثر متأخرین (ره) منکر این قاعده شده و ملتزم به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 133

فساد عقد در صورت فاسد بودن شرط شده‌اند.

الف. در هر معامله‌ای که متضمن شرط باشد ثمن آن منحل و موجب تقسیط می‌شود و در صورت فساد شرط و عدم جوب وفای به آن، مقدار حصص ثمنی که در مقابل مثنی واقع است، مجهول و غرری است و قهراً تطرق جهالت، مانع از صحت معامله می‌شود؛ زیرا یکی از شرایط

صحت معاملات معلوم بودن عوضین است و در صورت پذیرفتن تقسیط (و ان للشرط قسط من الثمن) علم به عوضین مفقود است. گرچه قائل به انحلال عقود هستیم لکن به نظر می رسد که این اشکال درست نباشد بدین معنی که در باب عوضین بخشهای مختلف ثمن در مقابل مثن قرار می گیرد.

اما در مورد شرط این معنی معقول نیست؛ زیرا اولاً در مقام انشاء و ایجاب، مبادله تمام مثن واقع می شود و در زمانی که شرط می آید محلی از برای انحلال و تقسیط ثمن باقی نیست. بنابراین، وجهی برای فساد عقد به نظر نمی رسد؛ البته این معنی مورد انکار نیست که وجود شرط در معامله موجب ازدیاد ارزش مثن آن معامله می شود؛ اما این معنی با انحلال و تقسیط ملازمه ندارد. ثانیاً به فرض انحلال و تقسیط، جهالتی را که مانع از صحت معامله باشد، پدید نمی آورد. علم به عوضین که یکی از شرایط صحت معامله حال العقد است، معتبر است و این معنی در مبیع مشروط و ثمن حاصل است. در واقع در معاملاتی که ثمن تقسیط بر اجزا می شود علم به مقدار قسط معتبر نیست و بر همین اساس بزرگان فقها در باب تبعض صنفه قائل به صحت معامله و خیار تبعض صنفه شده اند.

ب. یکی از ارکان بیع رضای معاملی است در متبایعین. در معاملاتی هم که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 134

متضمن شرط باشد رضای معاملی بر مجموع یعنی اصل معامله و شرط قرار می گیرد. به تعبیر دیگر، ورود شروط و اوصاف در معاملات سبب می شود که معامله مقید به شرط یا به وصف مذکور شود. بنابراین رضای معاملی به

مجموع قید و مقید و در نتیجه مخصوص تعلق می گیرد. در صورت فساد شرط، عدم وجوب وفای به آن، قهراً قید را در معامله منتفی می سازد و با انتفای قید، مقید نیز منتفی می شود. بنابراین با انتفای شرط و خصوصیت، رضای معاملی نیز منتفی می شود؛ چون معامله فاقد شرط و خصوصیت مورد رضای متعاملین قرار نگرفته است و نیاز به قرار تراضی و انشاء جدید دارد.

لکن به نظر می رسد که این اشکال هم وارد نیست؛ زیرا تراضی حاصل بین متعاملین در معاملات، تراضی به معاوضه ثمن با مثن است و این معنی به هیچ چیز مقید نیست.

البته منکر این معنی نیستیم که شروط و اوصاف به منزله علت غایی بر وقوع معاملات و عقود هستند. به هر حال وجود دواعی سبب نمی شود که معامله یا عقد مقید به آن داعی و یا متخصص به آن خصوصیت باشد. به تعبیر دیگر، قیود در انشاء از جهات تعلیلیه محسوب می گردند نه از جهات تقییدیه، لذا تخلف آنها موجب بطلان عقد نمی گردد، زیرا ملاک در حکم به بطلان، هر قیدی است که جهت تقییدیه داشته باشد که این جهت تقییدیه هم باید مربوط به خود موضوع باشد که با رفتن آن، موضوع نیز منعدم می گردد ولی در جایی که قیدی ملحوظ شده باشد به نحو تعلیلی، آن موضوع خارجی به تنهایی مورد انشاء قرار گرفته و قهراً تخلف آن قید تأثیری در بطلان عقد ندارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 135

به تعبیر دیگر، انشاء بیعی قبل از وجود شرط تحقق یافته است و انشاء شرطی يك انشاء جدید و قراری مستقل به شمار می آید، هر چند

که در عالم لب و واقع يك نحو ارتباطی بین این دو هست ولی این معنی سبب نمی شود که در مقام انشاء و تراضی هم معتبر باشد. بنابراین، ربط لبی در ما نحن فیه- و در سایر معاملات نسبت به دواعی و اغراض- موجب تقييد در ايجاب و در عالم انشاء نمی شود و در صورتی که این امور به صورت شرط یا وصف ذکر شوند چنانچه تخلفی صورت گیرد، موجب خیار است. سرانجام نیز باید گفت که فرق جوهری است بین تقييد انشاء یا تعلیق آن به شروط و اوصاف یا انشاء شروط با انشاء جدید پس از اتمام انشاء بیعی. در حقیقت منشأ این اشکال خلط بین ربط لبی است- که به منزله علت غایی است- و تقييد در عالم ايجاب و انشاء.

ج. روایات 1) روایت عبد الملك بن عتبه «1» که پیشتر ذکر شد. گفته می شود که «لا ینبغی» ارشاد است به فساد معامله ای که متضمن شرط فاسد است؛ اما همان طوری که قبلاً گفته شد، اولاً ارشاد به فساد شرط است نه به اصل معامله و ثانیاً «لا ینبغی» دلالت بر حزازت و اصل مرجوحیت دارد و ممکن است دلالت بر مکروه بودن چنین معامله ای داشته باشد. بنابراین روایت نه تنها هیچ گونه دلالتی بر فساد معامله ندارد، بلکه دلالت بر صحت آن می کند.

2) روایت حسین بن منذر. «2»

1) همان، باب 35، از ابواب احکام عقود، حدیث 1.

2) همان، باب 5، از ابواب احکام عقود، حدیث 4.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 136

3. روایت علی بن جعفر. «1» روایت اخیر نیز دلالتی بر فساد معامله ندارند؛ بلکه ممکن است دلالت

6 تنبیهات قاعده

1) چنانچه بنا بر مفسدیت شرط فاسد باشد، اگر مشروط له حق خود را که از ناحیه شرط فاسد حادث شده است، اسقاط کند؛ آیا معامله واقعه صحیح می شود یا نه؟

ممکن است گفته شود که معقول نیست چیزی که به طور فاسد موجود شده است به امر صحیح منقلب شود؛ زیرا امور اعتباریه در عالم اعتبار به توسط انشانات صادره موجود می شوند و چنانچه به جهتی از جهات انشایی فاسدا موجود شد، معقول نیست که به واسطه اسقاط شرط فاسد این انشای فاسد به انشای صحیح مبدل گردد؛ بلکه نیاز به انشای جدید است. اما بر اساس برخی مبانی به نظر می رسد که این تنبیه از چند وجه مخدوش است:

اولا، مبتنی بر مبنایی است که بطلان آن در بحث از این قاعده آشکار شد؛ یعنی گفتیم که شرط فاسد مفسد عقد نیست.

و ثانيا، همان طوری که قبلا بیان شد، رضای معاملی بر مجموع قید و مقید واقع می شود و در صورت اسقاط شرط فاسد، عدم تطابق بین عقد و رضای

(1) همان، باب 5، از ابواب احکام عقود، حدیث 6.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 137

متجدد لازم می آید؛ یعنی عقد بر مجموع قید و مقیدی که مورد رضای متجدد است، لازم می آید و همین طور عقد بر مجموع قید و مقیدی که مورد رضای متعاملین نیست، واقع می شود و رضای بعدی بر عقد مجرد از شرط واقع می شود. اما بنا بر مختار ما اصل این مبنی باطل است؛ زیرا گفتیم که ورود شرط بر معامله، سبب تقیید آن نمی شود. بنابراین انشای بیعی مقرون به رضای معاملی قبل از وجود شرط، واقع

شده است و قهرا عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» شامل آن می شود؛ چه حق حادث را از شرط فاسد اسقاط کنند یا نکنند؛ در نتیجه این اشکال که انقلاب انشای فاسد به انشای صحیح پس از اسقاط حق ناشی از شرط فاسد معقول نیست، وارد نخواهد بود؛ بلکه انشای شرطی، ربطی به انشای بیعی ندارد و خود انشایی جدید و قراری مستقل به شمار می آید.

2) در صورتی که انشای شرطی قبل از انشای بیعی تحقق یابد و شرط فاسد باشد، اگر بنا بر افساد باشد آیا شرط مذکور در متن عقد مفسد است؟ وجوهی و اقوالی ذکر شده است که اختلاف مبانی و اقوال مذکور ناشی از تحقیق و پاسخ به این مطلب است که آیا شروط غیر مذکوره در متن عقد، چه آن عقد مبنیا علیه واقع شده و چه نشده باشد (بناء علی الافساد) از حیث آثار و احکام همانند شرط داخل در عقد مفسد است؟

تحقیق در مقام این است که بر شروط خارج از عقد، هیچ گونه اثری مترتب نیست و وجوب وفا ندارد؛ زیرا اجماعاً قاعدة المؤمنون عند شروطهم شامل شروط ابتدائیه نمی شود. بنابراین شروط خارج چه عقد مبنیا علیها واقع شده و چه واقع نشده باشد مطلقاً مفسد نیست، مضافاً اینکه اصل مبنا- یعنی مفسد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 138

بودن- محل منع است.

3) چنانچه فساد شرط معلوم غیر عقلایی بودن آن باشد، گروهی از فقها ملتزم به عدم افساد شده اند؛ بدین معنی که در صورت غیر عقلایی بودن، شرط مورد بحث لغو و بلا اثر است و وجوب وفا ندارد و قهراً موجب تقیید عقد

نمی شود که در صورت فساد شرط، عقد هم فاسد شود.

4) همان طوری که گذشت، مواردی هست که تخصصاً از عموم قاعده خارج است، مثل مجهولی که جهالت آن به احد العوضین سرایت کند و معامله را غرری کند که چنین معامله ای باطل می شود (نهی النبی عن بیع الغرر) «1» چه شرط فاسد مفسد باشد چه نباشد. همچنین شروطی که مخالف با مقتضای عقد است یا شروطی که غیر قابل وفا و غیر مقدور است و غیر ذلك، به جهت اینکه در این موارد وجود شرط به نفسه موجب فساد عقد است نه فساد شرط.

5) این بحث به عقود اختصاص ندارد و در ایقاعات هم جاری است. بنابر مختار ما، شروط فاسده، چنانچه شرط فاسدی در ضمن ایقاع واقع شود همانند عقود، موجب فساد ایقاع می شود؛ زیرا در ایقاعات نیز همانند عقود، مشروط له و مشروط علیه موجود است و هیچ گونه فرقی میان آنها نیست.

(1) همان، کتاب تجارت، باب 40، از ابواب آداب تجارت؛ مستدرک الوسائل، کتاب تجارت، باب 31، از ابواب آداب تجارت؛ صحیح مسلم، کتاب البیوع، حدیث 4؛ سنن ابی داود، کتاب البیوع، باب بیع الغرور، حدیث 3376؛ سنن ترمذی، کتاب البیوع، باب 17، حدیث 1230.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 139

7 موارد تطبیق قاعده

در تمام عقود و ایقاعات، چنانچه در ضمن آنها شرطی مخالف با کتاب و سنت باشد شرط مذکور فاسد و غیر واجب الوفاء است، اما مفسد عقد یا ایقاع نیست و میان ابواب بیوع و اجارات و عاریه و رهن و ودیعه و وکالت و صلح و قرض و غیر ذلك فرقی نیست.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی)،

قاعده المغرور یرجع الی من غره

اشاره

قاعده غرور یکی از قواعد معروف و مورد قبول تمامی فقهای ماست. این قاعده تحت سه عنوان: 1. مدارک و مستندات قاعده؛ 2. دلالت قاعده؛ 3. موارد تطبیق قاعده مورد بررسی قرار می گیرد.

1 مدارک و مستندات قاعده

الف. سنت

رسول خدا (ص) فرموده است: «المغرور یرجع الی من غره». گفته می شود که این روایت گرچه مرسله است و چنانچه تنها در برابر آن باشیم، ادله حجیت خبر واحد شاملش نمی شود؛ لکن نظر به اینکه فقهای عظام بر طبق این روایت عمل کرده و فتوی داده اند ضعف سند روایت جبر می شود. به تعبیر دیگر، شهرت

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 142

عملی سبب معتبر شدن روایتی می شود که از حیث سند ضعیف باشد.

باید دانست که مقصود از شهرت عملی آن است که فقهای متقدم فتوای خود را به روایتی مستند کنند که به نظر ضعیف می آید؛ اما چون در عمل، مستند فتوای اصحاب، همین روایت مرسله است، خواهیم گفت که شهرت عملی سبب جبر ضعیف می شود. اما در موضوع بحث، یعنی قاعده غرور، آیا مستند فتوا همین کبرای کلی «المغرور یرجع الی من غره» است؟

در واقع، اول باید ثابت شود که این متن روایت است و اصحاب هم در مقام فتوای خود با عنوان روایت بدان استناد کرده اند تا سپس بتوان جبر ضعیف سند روایت را ادعا کرد؛ اما مشکل اثبات همین امر، یعنی روایت بودن متن مورد بحث است. چون به احتمال قوی این قاعده اصطیاد از روایات است. بدین بیان که می توان از یک رشته روایت یک اصطیاد کلی کرد و این معنا را استخراج کرد که «المغرور یرجع الی من غره» بنابراین چون مشکل است که گفته

شود آنچه نقل می شود روایت نبوی است و از پیغمبر اکرم (ص) صادر شده است و یا منقول از یکی از ائمه اطهار (ع) است، در نتیجه نمی توان مستند قاعده را «المغرور يرجع الی من غره» به عنوان روایت قرار داد.

ب. بنای عقلا

عقلا در معاملات خود، چنانچه به واسطه گول خوردن متضرر شوند، مطابق طبیعت اولی به کسی رجوع می کنند که آنها را گول زده است، در واقع مغرور به طرف غار می رود و مقدار ضرر وارده را از او می گیرد. در حقیقت می توان ادعا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 143

کرد که در تمام جوامع عقلایی این بنا و سیره وجود دارد و شاید این سیره جزء آرای محموده و مورد قبول تمامی عقلا در تمامی اعصار و امصار باشد. در اینجا اگر گفته شود که بنای عقلا و سیره آنها نیازمند امضای شارع است و چون روایت از کار افتاده و قاعده اصطیادی دانسته شده است، بنابراین باید روشن شود که شارع مقدس با کدام بیان خود این بنا و سیره عقلا را امضا کرده است؟ در پاسخ خواهیم گفت که ما خود به این مسأله پرداخته و گفته ایم که سیره عقلا نیاز به امضای خاص ندارد؛ یعنی همان عدم الردع دلیل بر امضا خواهد بود. در نتیجه اگر شارع مقدس خود با عقلا متحد المسلك بوده و طریقه جدیدی در مقابل عقلا نداشته باشد، وقتی بنا و سیره ای نزد عقلا وجود داشت و شارع مقدس هم آن را رد نکرد، همین عدم الردع دلیل بر امضا می باشد. زیرا بنای مذکور در مرئی و منظر شارع مقدس بوده و با این همه

شارع هیچ گونه اظهار نظری نکرده است، در واقع اگر وی راهی دیگر داشت آن را بیان می کرد.

ج. اجماع علما

اجماع علمای امامیه بر این است که مغرور به مقدار ضرر و خسارت وارده به غار رجوع می کند. این معنا تقریباً مورد تسالم اصحاب است و همه آن را قبول کرده اند؛ اما همان طور که در بحث از قواعد دیگر گفته ایم؛ اولاً، اجماع را جزء ادله اربعه نمی شماریم، بلکه آن را با وجود يك رشته از خصوصیات حجت می دانیم؛ یعنی اگر برای رأی مجمعین دلیل ظاهری وجود نداشته باشد، کشف قطعی می شود که مجمعین حکم را از معصوم (ع) تلقی کرده اند. به تعبیر دیگر، ما

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 144

اجماع را محقق سنت می دانیم، اما اگر دلیل مجمعین سیره و روایات یا بنای عقلا باشد، محتمل است ادعای اجماع با توجه به آن باشد که مجمعین همه روایات را دیده اند و بر اساس آن اجماع کرده اند و این اجماع، اجمال اصولی اصطلاحی نیست. در اینجا باید به همان ادله مراجعه و ملاحظه کرد که از ادله چه می فهمیم.

در خصوص مورد نیز وضع این چنین است و اجماع اصطلاحی اصولی وجود ندارد، اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی هم نزد ما هیچ اعتباری ندارد.

د. روایاتی که در موارد خاص وارد شده است

(1) صحیحہ اسماعیل بن جابر:

قال: سألت ابا عبد الله (ع): عن رجل نظر الى امرأة فاعجبته فسأل عنها فقيل هي ابنة فلان فأتى اباها. فقال: زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بعد انها غير ابنته انها امه. قال: ترد الوليدة على مواليها، والولد للرجل، و على الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل و خدعه.

در متفاهم عرفی این معنا را می فهمیم که غرور و گول زدن شخص علت رجوع است. روایت می گوید

«كما غر الرجل و خدعه» یعنی غرور شخص و خدعه انجام یافته نسبت به او علت رجوع است و از همین مطلب قاعده ای کلی به این عبارت اصطیاد می شود که «المغرور يرجع الى غره» در واقع نسبت دادن عنوان روایت به: «المغرور يرجع الى من غره» همین عبارت ذیل صحیحہ اسماعیل ابن جابر است که می گوید «و علی الذی زوجہ قيمة ثمن الولد يعطيه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 145

موالی الولیده» چرا چنین است؟ چون «غر الرجل و خدعه»؛ یعنی علت اینکه طرف ضامن دادن قیمت است آن است که «غر الرجل». پس تمام العلة «غر الرجل و خدعه» است و از اینجا قاعده کلی اصطیاد می شود.

2) روایت دیگر، مربوط به تدلیس زوجه است و دلالت بر رجوع زوج و گرفتن مهر از مدلس دارد. در ذیل روایت این معنی تعلیل شده است که حضرت فرمود: «و انما صار عليه المهر لانه دلسها»، چرا باید مهر را از مدلس بگیرد؟ از آن رو که تدلیس کرده است. در روایت رفاعه، حضرت صادق (ع) می فرمایند: «و ان المهر علی الذی زوجها و انما صار عليه المهر لانه دلسها»، پس به مقتضای این روایت حضرت علت رجوع را تدلیس دانسته است. از عموم تعلیل استفاده می کنیم که هر کس سبب تدلیس بشود و خدعه کند و خدعه و تدلیس او سبب ورود ضرر به شخصی شود طرف مغرور می تواند به کسی که تدلیس و خدعه کرده است رجوع کند و مقدار ضرری را که بر وی وارد شده است بگیرد و این معنی همان «المغرور يرجع الى من غره» است.

3) صحیحہ حلبی عن الصادق

(ع):

فی الرجل الذي يتزوج الى قوم فاذا امرأته عوراء و لم یبینوا له. قال:

لا ترد إنما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل. قلت:

أ رأیت ان کان قد دخل بها کیف یصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحل من فرجها و یغرم ولیها الذي انکحها مثل ما ساق الیها.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 146

به مقتضای روایت کسی از خانواده ای زنی را خواستگاری می کند؛ این زن يك چشم دارد اما خانواده او این مسأله را برای شوهر بیان نمی کنند؛ پس از ازدواج و هم بستر شدن با زن متوجه می شود که وی يك چشم دارد، اکنون چه کار باید بکند؟ حضرت می فرماید که نکاح به هم نمی خورد چرا؟ چون این امر از اسباب فسخ نکاح نیست، اسباب فسخ برص و جذام و جنون و عفل است و به اعتبار اینکه دخول واقع شده است زن مستحق تمام مهر است، چیزی که هست آن است که شوهر می تواند برود و از کسی که سبب خدعه و تدلیس شده است، مهر را بگیرد. از این روایت هم می توان معنی «المغرور یرجع الی من غره» را استفاده کرد.

(4) صحیحہ دیگر از حلبی عن ابی عبد الله (ع):

فی رجل ولته امرأة امرها او ذات قرابة أو جار لها لا یعلم دخيلة امرها فوجدها قد دلست عیبا هو بها قال: یؤخذ المهر منها و لا یكون علی الذي زوجها شیء.

زنی امر ازدواج خود را به مردی یا به همسایه خود یا به یکی از خویشان خود واگذار می کند، در صورتی که هیچ گونه اطلاعی از وضع زن ندارد، سپس معلوم می گردد آن زن دارای عیبی بوده

که پنهان کرده است. حضرت صادق (ع) می فرماید: مهر از زن برگردانده می شود و نسبت به مزوج ضمانتی بر عهده وی نمی آید.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 147

(5) روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع):

انه قال: فی کتاب علی (ع) من زوج امرأة فيها عيب دلسه و لم يبين ذلك لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها و يكون الذي ساق الرجل اليها على الذي زوجها و لم يبين.

کسی که عیب را بیان نکرده و نگفته تدلیس کرده است. در این صورت زن مالک مهر است، زیرا دخول واقع شده است؛ اما زوج مهر را از کسی خواهد گرفت که وی را مغرور و تدلیس کرده است.

(6) در همین زمینه روایات دیگری هست، در رجوع محکوم به شاهد زور چنانچه از شهادت خود برگردد از جمله:

الف. مرسله جمیل ابن دراج عن احدهما (ع):

إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموه و ان لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرم الشهود شيئاً.

به مقتضای این روایت اگر شاهد زور شهادت دروغی بدهد و بر اثر این شهادت دروغ بر کسی ضرر وارد شود؛ شخص، ضامن مقدار خسارت و ضرر وارد شده است. اما اگر هنوز ضرر وارد نشده باشد شهادت از اعتبار می افتد؛ البته ضامن هم وجود ندارد چون هنوز خسارتی وارد نشده است.

ب. حسن بن محمد بن قیس عن الباقر (ع) قال:

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 148

قضى امير المؤمنين (ع) في رجل شهد عليه رجلان انه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان

برجل آخر فقلا هذا السارق و ليس الذي قطعت يده إنما اشتبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية و لم يجز شهادتهما على الآخر.

دو نفر آمده و شهادت داده اند که شخصی سارق است، با توجه به اینکه شرایط قطع دست تمام بوده است دست را قطع می کنند. سپس همان دو شاهد می آیند و شهادت می دهند که مرد دیگری دزدی کرده و فرد قبلی دزد نبوده است و ما اشتباه کرده ایم، حضرت می فرمایند در اینجا نصف دیه را از شاهدان می گیرید و شهادتشان را نسبت به فرد دوم قبول نمی کنید. چون شهادت آنها از اعتبار می افتد. گرفتن دیه به اعتبار آن است که به فرد اول ضرر وارد شده است.

آنچه قابل جبران است دیه است، زیرا در این شهادت متعمد نبوده و اشتباه کرده اند و بنابراین قصاص نمی شوند.

ج. مرسله ابن محبوب عن الصادق (ع):

فی اربعة شهدوا علی رجل محصن بالزنا ثم رجع احدهم بعد ما قتل الرجل فقال (ع): ان قال الراجع او همت ضرب الحد و اغرم الدية، و ان قال تعمدت قتل.

چهار نفر شهادت داده اند که شخصی زنا محصن کرده است در این مورد کیفر رجم است. طرف کشته می شود و سپس یکی از این چهار شاهد می آید و از شهادت خود بر می گردد. حضرت می فرمایند بسته به نوع برگشت است. اگر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 149

بگویند متوهم شدم، یعنی اشتباه کردم و خیال کردم که آن محصن زنا کرده است و حالا می فهمم که این چنین نبوده است، در اینجا حد بر او جاری می شود و دیه آن شخص را از وی می گیرند. اما اگر بگویند بر این

شهادت دروغ تعمد داشتیم قصاص می شود.

د. صحیحہ جمیل ابن دراج عن ابی عبد اللہ (ع):

فی شاهد الزور قال (ع) إن كان الشیء قائما بعینه رد علی صاحبه، و ان لم یکن قائما ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل.

اگر شهادت زور و دروغ بوده است چنانچه مال قائم به عین بوده و هنوز خسارت و تلف وارد نشده باشد مال را به صاحبش برمی گردانند و اگر قائم به عین نباشد شاهد زور به مقدار تلف ضامن است. لکن محتمل است (ضمن) متعلق به مشهود له باشد، چون غالبا متلف بر وی منطبق است و قهرا ضامن وی بر اساس قاعده اتلاف است. لکن به نظر می رسد استفاده از قاعده کلی «المغرور یرجع الی من غره» مشکل است، به جهت اینکه روایات رجوع به شاهد زور حکم خاص است و ارتباطی به این قاعده ندارد.

تذکر: یادآوری این نکته بجاست که تغریر و تدلیس در حقیقت از مظاهر جلی «خلابه» محسوب می شوند. «خلابه» (به کسر خاء) در لغت به معنی خدیعه است و فقها آن را چنین تعریف کرده اند: «حالتی که یکی از متعاقبین با وسیله ای گمراه کننده- اعم از وسیله قولی یا فعلی- خدعه ای به کار برد که در نتیجه طرف

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 150

دیگر وادار به انجام معامله شود.» در همین مورد محمد بن یحیی بن حیان از پیغمبر اکرم (ص) روایتی بدین شرح نقل می کند:

ان جدی حیان بن منقذ بن عمر و کان رجلا قد اصابته آفة فی رأسه فکسرت لسانه و کان لا یدع علی ذلك التجارة، فکان لا یزال یغبن فاتی النبی (ص) فذکر ذلك له، فقال: اذا

بايعت قفل: لا خلافة، ثم انت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، ان رضيت فامسك، و ان سخطت فارددها على صاحبها. «1»

به مقتضای این روایت نبوی به کار بردن خدیعه و تدلیس در معاملات منهی عنه و ممنوع است، اما ضمان مستفاد از این قاعده را اثبات نمی کند.

ه. شمول قاعده اتلاف و قاعده لا ضرر

در اینجا چون غار سبب است از برای اتلاف مال بر شخص مغرور هر چند مغرور در اتلاف مال خود مباشر است بنابراین قاعده تسبیب (سبب اقوای از مباشر) جاری می شود و چون در این مقام سبب همان غار است و مباشر مغرور است؛ بنابراین سبب یعنی غار ضامن است. همچنین به مقتضای قاعده لا ضرر نیز چون غار سبب ضرر به مغرور شده است باید مقداری را جبران کند که مغرور متضرر شده است.

اما به عقیده ما این دو قاعده در این مقام جاری نمی شوند و در خصوص

(1) صحیح بخاری، کتاب البیوع؛ نسائی، کتاب البیع، باب الخدیعة فی البیع، سنن ابی داود، کتاب البیوع؛ سنن بیهقی، کتاب البیوع، نیل الاوطار؛ 5 ر 206 و 207؛ ابن قدامه، الشرح الکبیر، 4 ر 69.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 151

مورد نه صغری دارند و نه کبری. صغری ندارند زیرا وقتی گفته می شود غار سبب است از برای اتلاف مال، باید توجه داشت که در قاعده تسبیب هنگامی سبب اقوای از مباشر دانسته می شود که سبب، در مورد بحث ما تغیر غار، علت تامه باشد از برای وقوع مغرور در ضرر یا در حالت دیگر تغیر غار جزء اخیر علت تامه برای وقوع خسارت و ضرر باشد. اما در اینجا وضع چگونه است؟

فرض کنید غار

سبب خدعه شده باشد آیا گول زدن وی علت تامه و یا جزء اخیر علت تامه برای وقوع فعل و خسارت و ضرر است؟ چنین نیست، زیرا طرف مغرور اراده دارد و می تواند هم کار پیشنهادی را انجام بدهد هم انجام ندهد، در این صورت فعلی که انجام یافته است با اراده و اختیار خود او بوده است. بلی می توان گفت که عمل غار حکم معد را دارد و داعی است، یعنی وقتی غار مطلبی را به مغرور می گوید برای مغرور داعی پیدا می شود که برود فلان کار را انجام بدهد؛ اما در مورد داعی و معد نمی توان قاعده تسبیب را جاری کرد. بنابراین نه صغرای مسأله درست است و نه کبرای مسأله، زیرا در جای خود در مورد قاعده تسبیب ثابت شده است که اقوی بودن سبب از مباشر به این است که بین فعل مباشر و سبب يك اراده و اختیار متوسط نباشد. اگر فعل مستند به يك فاعل مختار باشد، بحث سبب و مباشر مطرح نمی شود. در بحث سبب، مباشر مانند آلت فعل است. اما در غرور چنین نیست غار ایجاد داعی می کند و معد را به وجود می آورد ولی مغرور با اختیار و اراده خود فعل را انجام می دهد؛ خداوند تبارک و تعالی از قول شیطان حکایت می کند: «وَمَا كَانَ لِي عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إِلَّا أَنْ

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 152

دَعَوْتِكُمْ فَاسْتَجَبْتُ لِي فَلَا تَلُومُونِي وَ لُومُوا أَنْفُسَكُمْ». «1»

در غرور هم این چنین است، مغرور خود با اراده و اختیار فعل را انجام داده و سبب تضرر خویش شده است.

قاعده لا ضرر هم در اینجا به کار

نمی آید، زیرا در قاعده لا ضرر تحقیق آن است که این قاعده نفی حکم می کند نه اثبات حکم. لا ضرر می گوید من حکم ضرری در اسلام تشریح نکرده ام. به مقتضای قاعده لا ضرر نمی توان جعل ضمان کرد. قاعده لا ضرر مشروع نیست و هیچ گاه اثبات حکم نمی کند، بلکه همیشه نفی حکم می کند و نمی توان با این قاعده جعل ضمان کرد. علاوه بر این معقول نیست که قاعده اتلاف- که همان قاعده تسبیب است- و نیز قاعده لا ضرر، مدرک قاعده غرور باشند؛ زیرا همیشه قاعده غرور، هم رتبتاً و هم زماناً مقدم بر قاعده اتلاف است و معقول نیست امری که زماناً متأخر است مدرک امری باشد که رتبه و زمانش مقدم است. موضوع قاعده اتلاف و قاعده لا ضرر آن است که پس از وقوع اتلاف، متلف ضامن مقدار اتلاف است. اگر بنا باشد که لا ضرر نیز جعل ضمان کند این امر مربوط به بعد از وقوع ضرر است، اما اگر هنوز ضرری واقع نشده باشد نمی توان قاعده اتلاف و لا ضرر را جاری کرد. حال آنکه در باب غرور به صرف اینکه غار طرف خود را گول زد، گول خورده (مغرور) می تواند به گول زننده (غار) رجوع کند. بنابراین رتبه و زمان قاعده اتلاف و قاعده لا ضرر

(1) ابراهیم (14): 22 «من شما را به گناه کردن و معصیت خدا مجبور نکردم من فقط در شما ایجاد داعی کردم که معصیت خدا بکنید و شما هم اجابت کردید، پس شما خودتان را ملامت بکنید. چون با اراده، معصیت خدا را انجام داده اید».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 153

از قاعده غرور

متأخر است. به تعبیر دیگر، عنوان خدعه و تدلیس قبل از اتلاف و ضرر، هم رتبتاً و هم زماناً صادق است. بنابراین دو عنوان متباین هستند و معقول نیست يك قاعدة مباین با قاعدة دیگر دلیل آن قرار گیرد.

2 دلالت قاعدة

آیا قاعدة «المغرور يرجع الی من غره» فقط در باب غار عالم عامد معتبر است و یا اعتبار آن اعم است و علم و جهل را نیز شامل می شود؟ ممکن است بگوییم که غرور به معنای تدلیس و خدعه است. اگر لفظ غرور مرادف خدعه و تدلیس باشد در ماده «دلسه و خدعه» علم اعتبار شده است؛ یعنی هم اعتبار علم جنبه عقلایی دارد و هم در لغت در آنها اعتبار علم شده است. در کتاب لغت مانند مجمع و قاموس و صحاح و منجد ذیل عنوان تدلیس گفته اند: «کتمان عیب السلعة عن المشتري» و در ماده غرور، «غره» به معنی «خدعه و اطعمه بالباطل» و ذیل خدعه «اظهر له خلاف ما یخفيه» آمده است. مجمع می گوید: «الخدع إخفاء الشيء». در این قبیل معانی شرط آن است که انسان عالم باشد و الا اگر جاهل باشد معنی کتمان صدق نمی کند؛ زیرا کسی که دانا به عیب نیست، در مورد وی کتمان عیب صدق نمی کند. پس ممکن است بین عالم و جاهل تفصیل بدهیم و بگوییم که روایات شامل جاهل نمی شود. در اینجا چهار صورت وجود دارد:

صورت اول آن است که غار و مغرور هر دو به کتمان عیب و خدعه عالمند.

در صورت دوم متضرر و عالم و غار جاهل است. در صورت سوم متضرر جاهل

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 154

و غار عالم

است و صورت چهارم آن است که هر دو- یعنی هم غار جاهل و هم مغرور یعنی متضرر- جاهل هستند. اکنون باید ببینیم که کدام يك از این صور محققا خارج و کدام يك داخلند و کدامشان مورد شك است. پاسخ این است در موردی که هر دو؛ یعنی هم غار عالم به خدیعت و تدلیس باشد و هم متضرر و مغرور، قاعده غرور جاری نمی شود؛ زیرا یکی از اموری که جلوی ضمان را می گیرد و مسقط ضمان است، قاعده اقدام خواهد بود. پس اگر متضرر خود عالم به این معنی باشد، چون خودش اقدام کرده و عالم به این معنی است، نمی توان به قاعده غرور تمسك کرد. در صورتی که غار جاهل و فاعل متضرر خود اقدام کرده است و قاعده اقدام جلوی ضمان را می گیرد. قدر متیقن قاعده صورتی است که غار عالم و فاعل متضرر جاهل باشد مسلما در جایی که غار عالم و فاعل متضرر جاهل باشد، قاعده «المغرور یرجع الی من غره» جاری می شود. لکن تردید در جایی است که غار و فاعل متضرر هر دو جاهل باشند. اینجا مورد شك است که آیا می توان به عموم قاعده «المغرور یرجع الی من غره» تمسك کرد؟

چنانچه غرور به معنای خدیعت و تدلیس گرفته شود، مشکل است بگوییم که عموم قاعده شامل این مورد می شود. شك در عنوان داریم، ما نمی دانیم عنوان غار بر شخص جاهل هم صادق است یا نه؟ در اینجا نمی توان به عموم عام تمسك کرد. اگر دلیلی وارد شد و گفت «اکرم العلماء»- عالمی را اکرام کن- اگر نسبت به شخصی شك کردیم که آیا عالم است یا

نه، اگر اصلا نتوان احراز موضوع کرد و شك در اصل عالمیت شخص بود، نمی توان به عموم عام تمسك کرد. مورد ما هم این چنین است. قدر متیقن غاری است که عالم باشد؛ اما اگر غار

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 155

جاهل به خدیعت و تدلیس بود انطباق عنوان غرور بر وی مشکوک است. یعنی نمی توان گفت که موضوع غرور محقق است و هنگامی که نمی توان موضوع غرور را احراز کرد، چطور می توان به عموم «المغرور یرجع الی من غره» تمسك کرد؟

در واقع، با توجه به مدرک این قاعده، وضع فرق می کند. آیا مدرک قاعده «المغرور یرجع الی من غره» را روایت نبوی می دانیم یا مدرک خاص یا مدرک بنای عقلا و اجماع یا قاعده اتلاف و قاعده لا ضرر به حساب می آوریم؟

اگر مدرک روایات یا متن «المغرور یرجع الی من غره» باشد، گفتیم که مورد اخیر محل شك است و نمی توان احراز موضوع کرد. اگر مدرک اجماع باشد، اجمال دلیل لبی است و باید به مقدار قدر متیقن اخذ کرد. در اینجا قدر متیقن همان غار عالم است. اگر مدرک قاعده اتلاف یا قاعده لا ضرر باشد، در اینجا فرقی بین غار عالم و جاهل نیست و در هر دو غار ضامن است. در بنای عقلا و سیره عقلایی نیز موردی که غار عالم باشد، ضامن است. عمده مدرک ما هم بنای عقلاست و روایات هم تقریبا در مقام امضای این بناست. همچنین روشن شد که عموم «المغرور یرجع الی من غره» نیز یک قاعده اصطیادی از روایات و بنای عقلا و اجماع است. بنابراین شامل غاری می شود که عالم باشد.

این قاعده در اغلب ابواب فقه خصوصا در باب معاملات و معارضات جاری

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 156

می شود؛ یعنی در هر جا که وجود يك طرف مغرور و يك طرف غار صدق کند ما حکم به ضمان می کنیم. از جمله موارد باب معاملات فضولی است.

1- اگر کسی بیاید چیزی را به دیگری بفروشد که مال خودش نباشد و بعدا برای مشتری مشخص شود که این مال از آن غیر بوده است و مالک کسی دیگر است و مالک هم اجازه ندهد و معامله را امضا نکند و در نتیجه سبب خسارت و ضرر به مشتری بشود، در اینجا فتوی می دهند که مشتری باید به میزان ضرر به شخص فضول که غار است و سبب خسارت و تضرر برای او شده است رجوع کند. در باب ازدواج هم این قاعده جاری می شود.

2- اگر ولی زن چه ولی شرعی، یعنی پدر و جد، یا ولی عرفی مانند برادر و عمو و دایی وی را تزویج کنند و در این زن عیبی باشد و زوج را از عیب اغفال کنند یا نکنند بعد مشخص بشود که زن دارای فلان عیب است؛ یعنی ولی زن در عین آنکه عالم به این معنی بوده اظهار نکرده است، بر حسب روایات و فتوی زوج در مورد مهر رجوع می کند به «الذی دلسه و خدعه». در روایات هم آمده است که «لانه غیر الرجل و خدعه و دلسه» زن تمام مهر خود را می گیرد، چون وی بعد از دخول مالک تمام مهر است، اما ولی زن - ولی شرعی یا ولی عرفی که زوج را اغفال کرده و عیب

را نگفته است- باید مهر را به زوج بپردازد.

3- از موارد دیگر مذکور در فقه، مسأله رجوع شاهد زور است از شهادت خود پس از محکومیت طرف و ورود خسارات به وی. در اینجا بر حسب روایات و فتوی چنانچه شاهد زور از شهادت خود برگردد و این شهادت سبب ورود خسارت و ضرر به محکوم شده باشد به حکم حاکم، مقدار ضرر و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 157

خسارات وارده از شاهد زور گرفته می شود.

4- مسأله دیگر در باب غضب است. اگر غاصب خوراکی را به مهمان تقدیم کند و بعد مشخص شود این مال از آن غیر و غضب بوده و مهمان از این معنی اطلاعی نداشته است، اگر مالک غذا خواست پول را از مهمان بگیرد وی می تواند به میزبان رجوع کند؛ زیرا وی سبب شده که مهمان آن غذا را بخورد، بر غاصب عنوان غار و بر مهمان عنوان مغرور صدق می کند و المغرور يرجع الی من غره. با توجه به قاعده و علی الید ما اخذت حتی تؤدیہ آیا هر دو- غار و مغرور- ضامنند؟ به طور تعاقب ایادی و مالک مخیر است که به هر کدام می تواند رجوع کند، البته اگر به غار رجوع کند چیزی بر مغرور نیست و چنانچه به مغرور رجوع بکند می تواند به غار رجوع کند به مقتضای قاعده غرور و یا اینکه مالک نمی تواند به غار رجوع بکند بلکه متعینا باید به مغرور رجوع بکند، به جهت اینکه وی مباشر در اتلاف است و یا اینکه ضمان متعینا بر غار است. در مقام استظهار قول اول اوفق است به قواعد باب

ضمان، البته ذکر این مطلب بایسته است طبق قاعده و علی الید در ما نحن فيه مغرور مباشر در اتلاف است و ضمان بر وی مستقر می شود، و لولا قاعده غرور در صورت رجوع مالک بر مغرور متلف حق رجوع به غار را ندارد، اما با توجه به قاعده غرور وی رجوع به غار می کند و این معنی طبق صناعت علمی و قواعد مقرر در باب ضمان بود، اکنون با توجه به روایات وارده از ائمه اطهار (ع) موضوع را مورد بررسی قرار می دهیم؛ روایات وارده بر دو طایفه است:

طایفه اولی دلالت دارد بر اینکه ضمان اولاً و بالذات، لولا قاعده غرور متعلق

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 158

به خود غار است، مثل صحیحه اسماعیل بن جابر: «و علی الذی زوجه قیمة ثمن الولد یعطیه موالی الولیده، كما غر الرجل و خدعه» و صحیحه حلبی: «و یغرم ولیها الذی انکحها مثل ما ساق الیها» و روایت رفاعه بن موسی: «و ان المهر علی الذی زوجها و انما صار علیه المهر لانه دلسها».

طایفه دوم دلالت دارد بر اینکه ضمان اولاً و بالذات متعلق به خود مغرور است و او رجوع به غار می کند، مثل روایت زرارة که در کتابهای کافی و تهذیب و استبصار منقول است:

عن زرارة قال: قلت لأبي جعفر (ع) الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على انها جاريته لم تبع ولم تهب، فقال: يرد اليه جاريته و يعوضه بما انتفع قال: كان معناه قیمة الولد.

و روایت جمیل بن دراج که در کتابهای کافی و تهذیب و استبصار منقول است:

عن ابی عبد الله

(ع): فی رجل اشتری جاریة فأولدها فوجدت الجارية مسروقة؟ قال: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته.

و روایت زرارة که در کتابهای تهذیب و استبصار مذکور است قال:

قلت لأبي عبد الله (ع) رجل اشتری جاریة من سوق المسلمین فخرج بها الی ارضه فولدت منه اولادا ثم ان باها یزعم انها له، و اقام علی ذلك البينة؟ قال: یقبض ولده و یدفع الیه. الجارية و یعوضه فی قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها.

و روایت جمیل بن دراج که در کتابهای تهذیب و استبصار نقل شده است:

عن ابی عبد الله (ع): فی الرجل یشتری الجارية من السوق فیولدها ثم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 159

یجی ء مستحق الجارية؟ قال: يأخذ الجارية المستحق و یدفع الیه المبتاع قيمة الولد و یرجع علی من باعه بثمان الجارية و قيمة الولد التي اخذت منه.

جمع بین این دو طایفه از روایات این است که ضمان هم بر غار ثابت است و هم بر مغرور، همانند ضمان ایادی متعاقبه و صاحب مال می تواند به هر کدام از غار و مغرور رجوع بکند. البته چنانچه به مغرور رجوع کند وی می تواند به غار رجوع کند. روایت جمیل بن دراج (1) شاهد جمع است.

5- در باب خیاطت هم همین مطلب است. اگر پارچه ای بریده شود و کم بیاید از اعتبار می افتد. چنانچه مشتری به خیاط بگوید آیا این پارچه ای که می دهم به مقدار کت و شلوار هست یا نه؟ و خیاط با اینکه می داند آن مقدار نیست بگوید آری و آن را ببرد و بعد مشخص شود که پارچه کم آمده و به صاحب پارچه ضرر وارد شده است، بنابر

فتویٰ خیاط ضامن آن است.

به طور کلی از مجموع روایات و ابواب فقه- در معاملات و معاوضات- این مطلب استفاده می شود که اگر شخص فاعل متضرر، جاهل به امر باشد و ضرری وارد بشود و کسی که سبب وقوع خسارت و ضرر شده است؛ یعنی غار، نیز عالم به این معنی باشد خدعه و تدلیس صدق می کند و در این صورت می توان به قاعده «المغرور یرجع الی من غره» که يك قاعدة اصطیادی است تمسك کرد و حکم به ضمان کرد.

و الحمد لله رب العالمین

(1) وسایل الشیعة، باب 88، از ابواب نکاح العیید و الاماء، حدیث 5.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 161

قاعده تحذیر

اهمیت موضوع

حفظ اصالت نظام حقوقی مبتنی بر احکام دین، بر اساس ارائه راه حلها و قواعد شرعی است. شاید در هیچ زمانی، مطالعه و تأمل در مباحث مربوط به قواعد فقه و همچنین منابع و استنباط احکام به اندازه زمان حاضر، ضرورت نداشته است. نقش و تأثیر قواعد فقه و گستره آن در نظام حقوقی ایران غیر قابل انکار است. لذا نیازهای جامعه کنونی اقتضاء می کند که قواعد هدایت کننده راهبردی با سیر در میان روایات و احادیث و حتی فتاوی و نوشته های فقها تحصیل و در جای خود از آن بهره گرفته شود و به دیگران نیز عرضه گردد.

در هر صورت برای حل مشکلات نظام حقوقی یا باید به فقه و تجربه های خود رو آوریم و از آنها الهام بگیریم یا قاعده ای را ساخته و پرداخته از دیگران اقتباس کنیم. یقیناً قواعدی که ریشه مذهبی و اخلاقی دارد، جامعه در اجرای آن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص:

اهتمام می ورزد و قواعدی که ریشه در فقه ندارد مکرر در جامعه نقض می شود.

اصل 167 قانون اساسی مقرر داشته:

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید

بنابراین، اگر در قوانین مدون راه حل و فصل خصومت وجود نداشته باشد، می باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع کرد. ارائه قواعد فقهی دادرس را نیز در این مهم هدایت و یاری می نماید. «قاعده تحذیر یا هشدار» از جمله این قواعد می باشد.

دلایل انتخاب قاعده تحذیر تحقیق و بررسی، تازگی مطلب و قلمرو وسیع اعمال قاعده در حقوق داخلی و حقوق بین الملل بود.

در این قاعده به مستندات- که از استحکامات لازم نیز برخوردار می باشد- قلمرو، حیطة و موارد تطبیق قاعده با ارائه مصادیقی در قوانین داخلی و حقوق بین الملل پرداخته شده است.

1 مدارك و مستندات قاعده

الف. روایت

این قاعده مبتنی بر روایتی از امام صادق (ع) می باشد که در کتابهای کافی (1)،

(1) شیخ الكليني، الفروع من الكافي، كتاب الديات، چاپ دار الكتب الاسلاميه، ص 292.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 163

تهذیب، من لا يحضره الفقيه (1) و علل الشرايع نقل شده است:

محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محمد بن اسماعيل بن بزيع عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله (ع) قال: كان صبيان في زمن علي (ع) يلعبون باخطارهم، فرمى أحدهم (الآخر) بخطرته فمدق رباعيه صاحبه فرفع ذلك الى أمير المؤمنين (ع) فأقام الرامي البينة بأنه قال: حذار حذار فدرأ عنه القصاص، ثم قال: قد عذر من حذر.

از امام صادق (ع) نقل شده که در زمان امیر المؤمنین علی (ع) کودکان بازی شرطبندی می کردند؛ یکی از آنان آنچه را که با آن شرطبندی کرده بود، انداخت و به دندان یکی از افرادی که وارد محل بازی شده بود، اصابت کرد و شکست.

شخص مصدوم شکایت کرد و مرافعه نزد امیر المؤمنین (ع) برد. ضارب اقامه بینه کرد که هشدار داده بود. حضرت فرمود که قصاص ندارد و سپس افزود هر کس (موقع انجام کاری) هشدار دهد، معذور است.

این روایت دلالت دارد بر اینکه اگر فرد در مقام انجام کاری، سایرین را از وجود خطری که ممکن است آنان را دچار خسارت مادی یا جانی نماید، آگاه کند و به نحو مقتضی هشدار دهد و دریافت کننده هشدار با وصف اطلاع، خود را در معرض خطر قرار دهد؛ هشدار دهنده معذور خواهد بود و تحت شرایطی از مسئولیت مدنی و کیفری مبری می باشد.

(1) شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ابن بابویه، جلد 5، کتاب الدیات، ص 468.

(2) الحذر و الحذر: بیم و پرهیز؛ الحذر: زیرک و بیدار و با پرهیز؛ تحذیر: نرساندن و آگاه نمودن؛ حذار: اسم فعل، بر حذر باش. (فرهنگ خلیلی).

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 164

ب. بنای عقلا

مدرکات عقل عملی که همانا آراء و نظریات محموده می باشد؛ به عدم مسئولیت هشداردهنده ای حکم می دهد که قبلا به نحو مقتضی مخاطبان خود را از وجود خطر آگاه ساخته است و شارع مقدس که خود رئیس عقلا می باشد نمی تواند، از يك بنای مسلم عقلایی تخطی کند. روایت مذکور نیز ارشاد به حکم عقلا دارد. به تعبیر دیگر، هر آنچه عقل عملی حکم کند،

شارع مقدس نیز بدان حکم می کند و قاعده ملازمه جاری می گردد و این معنی بر اساس قانون علیت علم به علت مستلزم علم به معلول است.

2 شرایط، حیطة و قلمرو اعمال قاعده

اشاره

برای آنکه قاعده تحذیر قابل اعمال باشد و هشدار دهنده از مسئولیت مبری گردد، لازم است نکات زیر مورد توجه قرار گیرد:

الف. ضرورت اعلام خطر

یکی از شرایط اساسی برای استفاده قاعده و احراز عدم مسئولیت هشدار دهنده، ضرورت و الزام اعلام وجود خطر به نحو صریح و متعارف به مخاطبان است. بدین معنا که هشدار دهنده می باید افراد را از وجود خطری که ممکن است مال یا جان آنان را در معرض تلف یا نقص قرار دهد، آگاه سازد تا آنان از

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 165

نزدیک شدن به خطر دوری نمایند. فی المثل محدوده ای که قرار است در آن مانور جنگی انجام شود، می باید مشخص و توسط مقامات مسئول به اطلاع اهالی منطقه رسانده شود و با گذاشتن علائم خاص مانند تابلو اسکلت انسان، نوشتن خطر مرگ، نصب سیم توری و ... مانع ورود افراد به منطقه شوند.

بنابراین، هشدار باید صریح، روشن، متعارف و قابل فهم برای مخاطبان باشد.

ب. هشدار می باید قبل از وقوع حادثه داده شود

شک نیست که هشدار می باید قبل از وقوع حادثه به مخاطبان ابلاغ شود و یا در معرض دید آنان قرار گیرد. چنانچه بعد از وقوع حادثه مراتب اعلام گردد، به مثابه عدم وجود هشدار خواهد بود.

ج. وسایل هشدار دهنده می باید متناسب با نوع خطر و محیط باشد

اعلام وجود محیط خطرناک یا دستگاه خطر آفرین بنا به مقتضای نوع خطر می باید متناسب باشد. فی المثل، نصب چراغهای الوان چشمک زن بر روی اسکله یا برجها، ناخدای کشتی یا خلبان هواپیما را به وجود خطر هشدار می دهد و اگر این چراغها خاموش یا در محلهای مناسب نصب نشده باشد و منجر به حادثه گردد؛ با رعایت سایر شرایط، مسئولیت متوجه اشخاصی است که در این امر اهمال نموده اند.

در مورد گودبرداری زمین برای احداث ساختمان، صاحب بنا با کشیدن دیوار یا سیم توری و گذاردن علایم اخباری به عابرین هشدار می دهد که به محدوده

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 166

بنای در حال احداث نزدیک نشوند؛ زیرا خطر سقوط در گودی یا افتادن مصالح ساختمانی و ورود خسارت به آنان وجود دارد. حال چنانچه فردی بر خلاف هشدار مذکور، اقدامی انجام دهد که موجب خسارت مالی یا جانی خود شود بنا به قاعده، مسئولیتی متوجه صاحب بنا نخواهد بود. حال اگر صاحب بنای مذکور با کشیدن طناب نازکی خواسته باشد که عابرین را به وجود خطر آگاه نماید به نظر، این اقدام برای رفع مسئولیت وی کفایت نمی کند؛ زیرا هشدار با نوع و خطر احتمالی تناسب ندارد.

بنا به مراتب چگونگی هشدار برای برائت از مسئولیت، حسب المورد بر مبنای قانون، عرف، اصول فنی و حرفه ای و بعضاً قراردادها خواهد بود.

۵. هشدارگیرنده خود را در معرض خطر قرار داده باشد

با عنایت به روایت مذکور، زمانی هشدار دهنده از مسئولیت مبری شناخته می شود که هشدارگیرنده خود را در معرض خطر قرار دهد. با این توضیح که بدون توجه به هشدار، دست به اقدامی زند که نتیجه زیانباری به دنبال داشته باشد و ورود

خسارت نتیجه اقدام هشدارگیرنده می باشد (قاعده اقدام).

و. ورود صدمه نباید ناشی از اقدام عمدی هشدار دهنده باشد

بنا به روایت، کودکان بدون داشتن قصد و عمد به ایراد صدمه به احدی، اقدام به پرتاب سنگ (فقط به منظور ارزیابی قدرت خود) می کنند و مدعی با آگاهی از هشدار داده شده به صحنه مسابقه وارد و در نتیجه مصدوم گردیده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 167

بنابراین، در قاعده هشدار اولاً هشدار دهنده نباید قاصد و عامد به ایراد صدمه و خسارت باشد هر چند که ابتدائاً نیز هشدار لازم را داده باشد. ثانیاً دریافت کننده هشدار خود را وارد معرکه نماید؛ اعم از اینکه این اقدام او ناشی از عمد یا تسامح باشد.

شایان ذکر است چنانچه فردی برای ارتکاب جرمی یا کشوری به منظور تجاوز به سرزمینی عملی انجام دهد و با هشدار طرف مقابل، دست از ارتکاب جرم یا تجاوز بر ندارد تحت شرایطی فرد یا کشور مورد تجاوز حق دارد از خود دفاع نماید که این اقدام مشمول مقررات دفاع مشروع خواهد بود نه قاعده تحذیر.

3 موارد تطبیق قاعده

الف. حقوق داخلی

ماده 4 قانون ایمنی راهها و راه آهن تصریح دارد که ورود و عبور عابرین پیاده و انواع وسایل نقلیه غیر مجاز و عبور دادن دام در بزرگراه و همچنین توقف وسایل مذکور در خطوط عبور ممنوع است. هرگاه به جهات مذکور، حادثه ای واقع شود که منجر به ضرب یا جرح یا قتل یا خسارت مالی شود؛ راننده نسبت به موارد فوق مسئولیتی نخواهد داشت. یا تبصره ماده 8 از قانون الحاق 10 تبصره به قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرایم رانندگی مقرر داشته است که در شهر تهران خیابانهایی که به وسایل عبور عابر مجهز شده باشد و به

وسیله شهرداری برای اطلاع عامه آگهی شود، عابر پیاده مکلف است فقط از محل‌های مخصوص عابر پیاده عبور کند؛ در غیر این صورت اگر تصادفی بین وسیله نقلیه و عابر پیاده واقع شود مسئولیت جزایی متوجه راننده نخواهد بود و راننده آزاد خواهد شد. به طوری که ملاحظه می‌شود قانونگذار در تدوین مقررات مذکور عملاً قاعده تحذیر را به کار بسته است. (هر چند به نظر می‌رسد در زمان تصویب قوانین فوق‌الذکر عنایتی به قاعده تحذیر نبوده است).

ب. حقوق کشورهای کامان لا

در این قسمت به دورای از آرای محاکم انگلستان در خصوص موضوع مورد بحث، اشاره می‌گردد:

1- در پرونده «1» «WESTWOOD- V. POST OFFICE» یک نفر تکنسین جهت اداره پست استخدام شد تا در کار تعویض شماره های تلفن انجام وظیفه نماید.

این شخص از در اتاق آسانسور که اکثر مواقع بسته بود و در روی آن اخطاری با این مضمون به چشم می‌خورد: «فقط متصدی صلاحیتدار آسانسور حق ورود به این محوطه را دارد» با قصد رفتن به پشت بام برای لحظاتی استراحت و هواخوری وارد شد؛ ولی به محض ورود به این منطقه ممنوعه حفره ای در زیر پایش باز شد و در آن سقوط کرد و کشته شد. خانواده اش با این استدلال که اداره پست اولاً طبق قواعد کامان لا «Common Law» مرتکب بی احتیاطی شده و ثانیاً

(1) روزنامه تایمز، 24 اکتبر، 1972.

برابر ماده 16 «قانون محوطه ادارات و دکاکین و راه آهن مصوب 1936» موظف بوده است که ساختمانی استوار در اختیار کارکنان قرار دهد، خود را محق در اخذ

گرامت دانستند و درخواست محکومیت خواننده را به پرداخت خسارت نمودند.

دادگاه استیناف انگلستان مرکب از سه لرد، استیناف دعوی خواهان را مردود اعلام نمود و در رأی صادره اشعار داشت که اولاً از لحاظ کامان لا اداره خواننده تصور نمی کرده که متوفی بدون داشتن هیچ نوع وظیفه ای وارد اتاق آسانسور شود. زیرا متوفی قصد داشته برای هواخوری از طریق ناصحیح به پشت بام برود و به هشدار صریح خواننده به منع ورود اشخاص ناوارد به آن محوطه توجه نکرده و خود مرتکب بی احتیاطی شده است و ثانياً از لحاظ قانون 1936 متوفی برای انجام کار در اتاق آسانسور استخدام نشده بود و در این موقعیت رهگذر معمولی محسوب می شود. لهذا هیچ گونه غفلی از طرف خواننده به عمل نیامده است تا مستوجب پرداخت گرامت باشد.

2- دو نفر به نامهای کاسیدی «Kassidy» و رایت «Right» اولی از سال 1946 و دومی از سال 1947 در يك کارخانه لاستیک سازی استخدام و به کار مشغول شدند. شرکتی به نام صنایع شیمیایی سلطنتی محدود، با کارخانه لاستیک سازی مذکور طرف معامله بود و به این کارخانه مرتباً دارویی به نام «NONOX-S» تا سال 1949 تحویل داده می شد. آقایان کاسیدی و رایت، کارگران نامبرده، به بیماری سرطان مبتلا شدند و علیه شرکت صنایع شیمیایی دادخواستی برای ضرر و زیان حاصله تقدیم کردند:

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 170. GASSIDY WRIGHT. V. TM. CHEMICAL INDUSTRIES LTD

خواهان محکوم شدند و از حکم صادره پژوهش خواستند. دادگاه استیناف انگلستان به نفع پژوهش خواهان، رأی محکومیت را شکست و در رأی مورخ 31 اکتبر 1972 خود اشعار داشت «1» که حسب شواهد

موجود در پرونده امر، شرکت خوانده قبل از پایان سال 1946 اطلاع داشته که داروی تحویل شده از طرف او تولید سرطان مثانه می کرده و یا حاوی ماده ای بوده که چنین مرضی را به وجود می آورده است. با این وجود به متصدیان کارخانه لاستیک سازی جریان را گزارش نداده است و این چیزی نیست جز بی احتیاطی و لذا پژوهش خوانده محکوم به پرداخت خسارات مورد ادعای پژوهش خواهان می باشد.

ج. حقوق بین الملل

1- یکی از وظایف شناخته شده دولتها در مقابل نمایندگان سیاسی سایر کشورها و به طور کلی بیگانگان مجاز به اقامت در کشور، حمایت از آنان در مقاطع خاص است و از جمله تکالیف دولتها اخطار قبلی به نمایندگان سیاسی و بیگانگان مجاز به اقامت، مبنی بر ترك کشور به لحاظ بروز جنگ یا آشوبهای داخلی یا به هنگام تشنجات بین المللی می باشد که در صورت اخطار و ابلاغ آن، مسئولیتی از جهت بروز هرگونه واقعه به عهده کشور هشدار دهنده نمی باشد و به عهده فرد خاصی است و در غیر این صورت یعنی چنانچه دولت نسبت به اعلام

(1) روزنامه تایمز، 3 نوامبر، 1972.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 171

هشدار به بیگانگان اقدام ننماید مسئولیت خسارات جانی و مالی به عهده کشور مذکور خواهد بود. از مصادیق این امر جنگهای داخلی اسپانیا (1936-1939) و جنگ 1956 مصر می باشد. «1»

2- در 22 اکتبر 1946 دو کشتی انگلیسی که هنگام عبور از تنگه کرفوبامین با هم برخورد کردند؛ خساراتی به آنها وارد آمد و به دنبال این حادثه، نیروی دریایی انگلیس مبادرت به جمع آوری مینهای موجود در آبهای سرزمین آلبانی نمود. این امر موجب اعتراض دولت

آلبانی و بروز اختلافات شدیدی بین طرفین شد. بر اساس توصیه شورای امنیت، طرفین ضمن قرارداد 25 مارس 1948 توافق کردند که اختلاف خود را جهت رسیدگی به دیوان بین الملل دادگستری ارجاع نمایند.

دیوان مذکور بعد از بررسیهای لازم و مطالعه لوایح طرفین، طی سه مرحله رأی خود را انشاء نمود. در وهله اول دیوان نسبت به مسأله صلاحیت نظر داد و خود را صالح به رسیدگی دانست (چون آلبانی به صلاحیت دیوان اعتراض کرده بود). دومین حکم راجع به ماهیت دعوی صادر شد. در این حکم دیوان، دولت آلبانی را با توجه به قوانین بین الملل مسئول انفجارات حاصله دانست و اضافه نمود آلبانی مسئول خسارت وارده و از جمله مسئول جانهای از بین رفته است.

دیوان اعلام داشت این مسئولیت به علت این نبوده که آلبانی خود مینها را در تنگه رها کرده است؛ بلکه مسئولیت این دولت غیر مستقیم بوده و به این دلیل

(1) محمد رضا ضیایی بیگدلی، حقوق بین الملل عمومی، چاپ سوم، ص 268.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 172

است که آلبانی از مین گذاریهای آبهای تنگه خبر داشته و آن را به اطلاع سایرین نرسانده و هشدار لازم به کشتیها نداده است و در قسمت دیگر از همین حکم دولت انگلستان را محکوم نموده و اعلام داشته که مین رویی آبهای تنگه کفر نقض حاکمیت آلبانی بوده و بدون رضایت این کشور صورت گرفته است و به دفاع انگلستان که جهت رفع ممانعت از حق عبور از تنگه، اقدام به مین رویی کرده با این عبارت «دیوان نمی تواند این دفاع را بپذیرد، این حق ادعایی، مداخله از نظر دیوان، چیزی

جز مظهر يك سياست زور نيست». (1)

بنابراین، دیوان بین الملل دادگستری به عنوان تنها مرجع قضایی بین المللی که نقش بسیار مهمی در توسعه قواعد حقوق بین الملل دارد؛ از قاعده تحذیر برای محکومیت کشور آلبانی استفاده نموده است.

همان طور که ملاحظه می شود قاعده مذکور می تواند برخی از مشکلات را به نحو صحیح و عقلایی حل و فصل نماید. به امید اینکه شرح مذکور مقدمه ای برای کارهای ارزنده دیگر در این زمینه باشد و فقهای عظام و حقوقدانان، نهایت بهره را از این قاعده در مسائل مورد ابتلا ببرند.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

(1) محمد رضا ضیایی بیگدلی، همان، پاورقی ص 192؛ رجوع کنید به:

.The International Court of Justice 1946, Netherland: 1986, P. P. 85, 86

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 173

قاعده تدرء الحدود بالشبهات

اشاره

قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» از جمله قواعد فقهیه مهم اسلامی است که فقهای عظام در موارد فراوان بدان استناد کرده اند و از این حیث جایگاهی اساسی در حقوق جزای اسلامی دارد. در این مقاله قاعده مذکور تحت چهار عنوان مورد بررسی قرار می گیرد: مدارك و مستندات قاعده، دلالت قاعده، ملاك در عروض شبهه، دایره شمول قاعده.

1 مدارك و مستندات قاعده

الف. صدوق (ره) در کتاب من لا یحضره الفقیه می فرماید که رسول خدا (ص) فرمودند: «ادروا الحدود بالشبهات» (1) همچنین ایشان در کتاب مقنع روایت

(1) وسایل الشیعة، جلد 18، باب 24، از ابواب مقدمات حدود، حدیث 4؛ علامه حلی - قدس سره - در نهج الحق در باب تحریم عمر متعة النساء می فرماید: «قال النبی (ص) ادروا الحدود بالشبهات»؛ الفقه علی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 174

مذکور را مرسلًا به مولی امیر المؤمنین (ع) نسبت داده اند و قال امیر المؤمنین (ع):

«ادءوا الحدود بالشبهات» «1» عن رسول الله (ص):

ادءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فان كان له مخرج فخلوا سبيله؛ فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة
(2)

قال رسول الله (ص): «ادفعوا الحدود ما جدتم له مدفعا». «3» بدین ترتیب روایت ادءوا الحدود بالشبهات از دو طریق مرسله و به لسان واحد نقل شده است. از روی موازین فن حدیث، روایت مذکور چون از روایات مرسله است مشمول ادله حجیت خبر واحد نمی شود، یعنی باید روایت مسند باشد و تمامی سلسله سند آن معتبر باشد و به امام معصوم (ع) یا پیامبر اکرم (ص) برسد تا واجد اعتبار باشد. اما به نظر گروهی از فقها يك دسته از مراسیل، حکم مسانید را دارند که

از جمله آنها مراسیل صدوق (ره) است. مواردی هست که ایشان روایت را به طور مرسل نقل می کنند؛ یعنی نمی فرماید که «روی عن رسول الله» یا «روی عن امیر المؤمنین (ع)» بلکه می فرماید «قال رسول الله (ص)» یا «قال الصادق (ع)». این سنخ مراسیل در حکم مسانید هستند و در واقع برای رعایت اختصار سند حذف و ساقط شده و روایت به صورت اصل مسلم نقل شده است. گروهی دیگر معتقدند که مرسله اعتبار ندارد و میان مراسیل صدوق (ره) و دیگر مراسیل فرقی

- المذاهب الاربعه، جلد 5، ص 88؛ نهاییه ابن اثیر، جلد 2، ص 109.

(1) المقنع، باب الزنا و اللواط، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ص 147.

(2) سنن الترمذی، جلد 2، ص 438؛ ابواب الحدود، باب 2، حدیث 1447.

(3) سنن ابن ماجه، جلد 2، ص 850؛ الحدود، باب 5، باب الستر علی المؤمن، حدیث 2545.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 175

نیست؛ یعنی وقتی روایت حجیت دارد و ادله حجیت خبر واحد شامل آن می شود باید مسند و تمامی سلسله سندش نیز معتبر باشد (پس از آنکه در باره حجیت خبر واحد بحث به عمل آمد). باید دانست که علاوه بر مراسیل صدوق (ره) در باره مراسیل گروهی دیگر، از جمله مراسیل «ابن ابی عمیر» نیز این نظر وجود دارد و مراسیل آنها نیز همانند مسانیدشان دانسته می شود. در باب حجیت خبر واحد نیز باید به این نکته توجه داشت که علاوه بر مسند بودن روایت، خبر باید موثوق الصدور باشد، زیرا بنای عقلا بر این امر است. وثوق به صدور خبرگاه از عدالت و وثاقت راوی حاصل می شود و گاه

نیز این نتیجه از عمل اصحاب و بزرگان و متقدمان به دست می آید. اگر دیدیم که همه فقها بر طبق يك روایت عمل کرده و مطابق آن فتوی داده اند و این جمع از اشخاص قریب العصر امام معصوم (ع) هستند، وثوق حال می شود. از این جمله اند علی بن بابویه و کلینی و قدیمین و صدوقین و شیخ مفید و سید مرتضی و شیخ طوسی (ره) که وقتی به روایتی عمل کردند وثوق پیدا می شود که روایت مربوط صادر از معصوم (ع) است. گاه نیز وثوق ناشی از توثیق کتب رجالی است.

همچنین به قاعده مورد بحث ما یعنی «ادراء الحدود بالشبهات» تمامی فقها عمل کرده و به روایت مربوط استناد کرده و بر اساس آن فتوا داده و بدین ترتیب آن را مسلم دانسته اند و به اصطلاح شهرت عملی آن محقق است. به نظر ما نیز مطلقاً ادله حجیت خبر واحد این مورد را در بر می گیرد. زیرا نباید گفت که صرف مرسله بودن موجب می شود روایت از اعتبار بیفتد حتی صاحب ریاض (ره) می فرماید: «و الاولی التمسك بعصمة الدم الا فی موضع الیقین عملاً بالنص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 176

المتواتر بدفع الحد بالشبهات» و محتمل است مقصود ایشان «بالنص المتواتر» تواتر معنوی باشد.

ب. دلیل دوم تسالم اصحاب است بر حجیت این قاعده. یعنی تمامی اصحاب امامیه بلکه فقهای اسلام به این قاعده استناد کرده اند و مطابق آن فتوی داده اند، در اکثر مسائل جزایی هرگاه شبهه ای پیش آمده است فقهای ما فرموده اند: «لانه من الشبهة الدارئة» و بنابراین گفته اند که حد جاری نمی شود یا قصاص و تعزیر ساقط می شود. این تسالم از اجماع

بالا تر است. سیدنا الاستاد حضرت امام (ره) در درسهایشان مکرر می فرمودند: اگر فقهای عظام و متقدمان و کسانی که قریب العصر به معصوم (ع) هستند، همگی متفقا در امری فتوی دادند و در يك راه حرکت کردند، خود بزرگترین دلیل برای ما، و لو آنکه روایتی بر طبق آن فتوی نباشد و یا روایت ضعیف باشد زیرا این اتفاق دلیلی بزرگ است. بدین ترتیب اتفاق نظر فقهای اسلام در این قاعده، دلیلی قوی بر اعتبار آن است.

ج. این قاعده با ظواهر ادله مطابق است به این بیان که احراز موضوع شرط از برای فعلیت و تنجز حکم است، زیرا نسبت حکم به موضوع نسبت معلول به علت است- همان طور که اگر تمامی اجزاء و شرایط علت در خارج موجود نشود، معلول در خارج موجود نمی شود- بنابراین هنگامی که موضوع محرز شد و تمام جزئیاتش مشخص شد حکم به مرحله اثبات می رسد، آنگاه تنجز و فعلیت می یابد. خلاصه آنکه اگر موضوع احراز نشود، نمی توان گفت که حکم ثابت است.

اکنون باید دید که در شبهه موضوعیه اگر هنوز موضوع محرز نشده باشد آیا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 177

می توان گفت که جزاء و کیفر- که همان حکم است- ثابت است. قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» در خصوص شبهات موضوعیه يك قاعده است و اگر این روایت نیز نبود، در مورد شبهات موضوعیه طبق موازین می گفتیم مادام که در موضوع شبهه هست حکم یعنی کیفر و جزا ثابت نیست.

البته این دلیل سوم اختصاص به شبهات موضوعیه دارد و بحث ما در این قاعده عام است؛ یعنی این قاعده در شبهات حکمیه و موضوعیه و مفهومیه

و جهل - چه قصور و چه تقصیر - یا شبهه عمد و خطا و اکراه جاری می شود.

د. دلیل چهارم روایاتی است در این باب مانند صحیحہ حلبی «1»، صحیحہ محمد بن مسلم «2»، صحیحہ ابی عیبه حذاء «3»، معتبره ابو بصیر «4» و صحیحہ عبد الصمد «5» که بعضی از آنها مختص شبهات حکمیة و برخی مختص به شبهات موضوعیة و بعضی نیز عام است و همه موارد را شامل می شود. بعضی از اساتید عظام ما «مد ظله» می فرمایند «6» که در صحیحہ عبد الصمد حضرت صادق (ع) می فرمایند: «ای رجل ركب امرا بجهالة فلا شيء عليه». این معنی عام است و شبهات حکمیة و موضوعیة را در بر می گیرد، جاهل چه قاصر باشد و چه مقصر، هر دو را شامل می شود چون ای رجل ركب امرا بجهالة - بای نحو كانت الجهالة

(1) وسائل الشیعة، جلد 18، باب 14، از ابواب مقدمات حدود، حدیث 1 و 2.

(2) همان.

(3) همان، حدیث 3.

(4) همان، باب 37، از ابواب حد زنا، حدیث 5.

(5) همان، جلد 9، باب 45، از ابواب ترك احرام، حدیث 3.

(6) مبانی تکملة المنهاج، جلد 2، ص 168.

قواعد فقهیة (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 178

- فلا شيء عليه. بنابراین می توان به ذیل این صحیحہ (عبد الصمد) استدلال کرد و گفت این صحیحہ دلالت دارد بر موردی که شبهه عارض شود و جهالت باشد.

2 دلالت قاعده

آیا قاعده مورد بحث مختص به شبهات موضوعیة است یا شامل شبهات حکمیة نیز می شود یا علاوه بر آنها شبهه عمد و خطا و شبهه اکراه و غیر اختیار را هم در بر می گیرد؟

بدون تردید شبهه موضوعیة مشمول این قاعده است، زیرا همان

طور که اشاره شد حتی در صورت نبودن قاعده و روایت مربوط به آن، به مقتضای اصول اولیه، تا موضوع احراز نشود حکم بر آن جاری نمی شود. از این رو فقها در مورد شمول قاعده بر شبهات موضوعیه بحثی ندارند و مخالفتی در این مسأله نیست.

اما در شبهات حکمیه گروهی قائل به تفصیل شده اند، بدین بیان که وقتی جهل قصوری باشد مشمول قاعده می شود و اگر جهل تقصیری و ناشی از کوتاهی متهم در تعلم احکام باشد قاعده جاری نمی شود. لکن باید گفت که یکی از ادات عموم، جمع محلائی به الف و لام است و بنابراین «الشبهات» افاده عموم می کند و شامل هر شبهه ای چه موضوعیه و چه حکمیه- اعم از جهل تقصیری و قصوری- می شود. در اینجا باید دید آیا لسان دلیل کوتاهی دارد یا تخصیصی وارد شده است؟ می توان گفت ادله ای که عذر جاهل مقصر را مسموع نمی داند و چنین جاهلی را معاقب می شمارد، به این مطلب که جاهل معذور است

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 179

تخصیص وارد کرده است.

در بعضی روایات آمده است که وقتی به جاهل گفته می شود چرا چنین کردی اگر در پاسخ گفت «ربی ما علمت» به وی می گویند که «هلا تعلمت؟» چرا نرفتی یاد بگیری؟ مضافاً اینکه در جای خود ثابت شده است که تعلم احکام شرعیه بر همه واجب است و این معنی مورد اتفاق همگان می باشد. اختلاف در نحوه و جوب است که به ملاك مقدمات مفوته یا حکم عقل یا حکم شرع این تعلم لازم است.

نتیجه آنکه از باب اصالة العموم و اصالة الاطلاق، قاعده مورد بحث شامل جهل قصوری و تقصیری

می شود، اما ادله مربوط به وجوب تعلم احکام بر این قاعده تخصیص می زند. مضافا اینکه در صورت جهل تقصیری به حکم صحیحه یزید الکناسی - قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن امرأة تزوجت في عدتها؟ فقال: ان كانت تزوجت في عدة طلاق لزوجها عليها الرجعة، فان عليها الرجوع. قلت: فان كانت تعلم ان عليها عدة ولا تدري كم هي؟ فقال: اذا علمت ان عليها العدة لزمها الحجة فتسأل حتى تعلم (1) - عذر را نمی پذیرد و حکم می کند که بر وی تعلم لازم بوده است.

3 ملاک در عروض شبهه

آیا عروض شبهه در نزد مجرم معتبر است یا نزد حاکم یا نزد هر دو یا آنکه

(1) وسائل الشیعة، جلد 18، باب 27، از ابواب حد الزنا، حدیث 3.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 180

عروض شبهه در هر کدام به تنهایی و به طور قضیه منفصله مانعة الخلو برای جریان قاعده کفایت می کند؟

الف. ممکن است تصور شود که مخاطب قاعده، قضات هستند و بنابراین شبهه باید در نزد قاضی عارض شود و عروض آن برای متهم اعتباری ندارد.

چون گفته شده است: «ادروا الحدود بالشبهات» یعنی مخاطب کسی است که بتواند حد را ساقط کند و این معنی منحصر در اختیار قاضی است.

ب. نیز ممکن است گفته شود که مقصود آن است که «بالشبهات ادروا الحدود» یعنی ای قضات به شبهاتی که نزد مجرمان عارض می شود، حد را ساقط کنید. یعنی اگر برای مجرمان و متهمان شبهه حاصل شود که آیا این عمل منهی عنه و مبعوض شارع است یا نه، شما قضات حد را ساقط کنید.

ج. احتمال دیگر این است که حد به عروض شبهه نزد قضات

یا مجرمان ساقط شود.

اما واقع مسأله آن است که در این مقام و موارد دیگر عمومات وارده که در مقام قانون گذاری تشریح می شود، همیشه به طور قضیه حقیقیه است. در قضایای حقیقیه نظر خاص به مخاطب یا صنف خاص نیست. در مقام قانون گذاری بیان قانون هیچ گاه اشخاص و اصناف مورد نظر نیستند و حکم بر نفس طبیعت است و مقنن موضوع مقدر الوجود را در نظر می گیرد. گفته اند «ادعاء الحدود بالشبهات» این شبهه ممکن است نزد قاضی باشد یا نزد متهم حاصل شود. حتی در بعضی موارد وجود شبهه نزد متهم با عروض شبهه نزد قاضی ملازمه دارد؛ یعنی هر جا که قاضی یقین به کذب متهم ندارد، اگر شبهه بر متهم عارض شود

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 181

این امر با عروض شبهه نزد حاکم ملازمه می یابد. بنابراین اگر متهم ادعای نسیان و غفلت و خطا و اضطرار و اکراه و غیر اینها را کند و حاکم احتمال خلاف گویی متهم را ندهد برای وی نیز ایجاد شبهه می شود و سبب رفع حد از متهم می شود.

در این مقام چون مبنای حدود بر تخفیف و تسامح است آیا اصول عقلایی جاری نمی شود؟ زیرا اگر متهم ادعای نسیان و خطا و ... را کند، اصل در عدم نسیان و عدم خطا و عدم اضطرار و عدم اکراه است. در پاسخ می گوئیم که این اصول عقلایی در باب حدود جاری نمی شود و صرف پدید آمدن شبهه و ادعای اکراه و اشتباه و خطا و نسیان، عدم النسیان و عدم الخطا را رفع می کند.

به تعبیر دیگر، موضوع قاعده «درء الحد» عبارت است از حدوث شك

و شبهه و چنانچه اصول عدمیه در این موارد جاری شود موضوعی از برای جریان قاعده نمی ماند و لغویت لازم می آید. مضافا اینکه موضوع قاعده نفس حدوث شك و شبهه است، به نحوی که نفس الشك و الشبهه تمام الموضوع است از برای جریان قاعده، به خلاف استصحاب که اثر مترتب است بر نفس واقع مشکوک فیه نه بر نفس شك؛ بنابراین به مجرد حدوث شك و شبهه موضوع قاعده فعلیت می یابد و نوبت به جریان استصحابات عدمیه نمی رسد، به جهت اینکه فعلیت موضوع قاعده در رتبه خود شك است، به خلاف استصحاب که ناظر است جهت بقای واقع و تنزیل مشکوک فیه منزله متیقن و این معنی متأخر است از نفس شك و شبهه.

مثلا در مورد محارب و زانی و سارق در صورت حدوث شبهه توبه آنان استصحاب عدم حدوث توبه که منقح است از برای عموم عام-
«إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 182

يُحَارِبُونَ اللَّهَ...» و «و السَّارِقِ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» و «الرَّانِيَّةُ وَ الرَّانِي» - جاری نمی شود و به مقتضای عموم قاعده درء الحد ساقط می شود، مگر اینکه عدم توبه آنان محرز شود.

از مصادیق این قاعده که ممکن است نزد حاکم سبب عروض شبهه شود، شبهات مفهومیه است. به این معنی که حاکم علی رغم احراز موضوع، حکم آن را نمی داند. مثلا در باره مرتد فطری باید احکام اربعه جاری شود که نخستین حکم در مورد قتل است بدین معنی که مرتد مرد چه توبه کند و چه توبه نکند؛ چه توبه اش قبول شود چه نشود، حکم قتل تغییر نمی کند. اما در مورد مرتد فطری چنانچه خنثی

مشکل باشد و به شرط آنکه ما معتقد به وجود خنثی مشکل باشیم دوران امر میان قتل و توبه دادن است. بنابراین اگر خنثی مشکل را مرد بگیرند حکم، قتل خواهد بود ولی اگر خنثی مشکل زن تلقی شود او را توبه بدهند. بدین ترتیب حاکم نمی داند کدام يك از این دو حکم باید جاری شود و چون این شبهه وجود دارد، در نتیجه حد قتل از خنثی مشکل ساقط می شود.

4 دامنه شمول قاعدة

آیا قاعدة مورد بحث مختص به حدود الله است یا شامل قصاص و تعزیرات هم می شود؟

الف. به نظر برخی از فقهای عظام چون قصاص از جمله حقوق الناس است و مبنای حقوق الناس نیز بر مذاقه و تدقیق است چنانچه شبهه ای در باب

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 183

قصاص عارض شود، نمی توان به این قاعده تمسک کرد و اصالت عدم النسیان، عدم الغفلة، عدم الاشتهاء، عدم الاکراه و غیر اینها مانع از جریان آن است. دلیل آنکه این اصول عقلایی در حدود الله جاری نمی شود آن است که حدود الله مبنیاً علی التخیف و علی التسامح است. اما در قصاص که جزء «حقوق الناس» است و باید تدقیق کرد، این اصول جاری می شود و در هر مورد که ادعای شبهه شود چه نزد مجرم و چه نزد حاکم یا نزد هر دو، حاکم باید فوراً اصالت عدم النسیان و ... را جاری کند؛ یعنی نباید به صرف پدید آمدن شبهه قصاص را ساقط بداند.

بنابراین، جریان اصول مذکور سبب می شود که قاعدة مذکور در باب قصاص جاری نشود.

البته باید دانست که قصاص نیز در حقیقت از حدود الله است چون حدود الله

منحصر به شلاق نیست و هر کیفری که از جانب خدای تعالی معین شده باشد جزء حدود الله خواهد بود. اما بعضی از این کیفرها جزء حقوق شخصی است و تا مدعی خصوصی شکایت نکند و به مطالبه آن اقدام نکند، قابل اجراء نیست.

قطع ید سارق جزء حدود است اما چون جزء حقوق شخصیه است، مسروق منه باید شکایت کند و پیش از طرح شکایت، حاکم نمی تواند حکم به قطع ید بدهد. حد قذف نیز همین طور است. قصاص هم کیفری است که از جانب خدای تعالی معین شده است و باید مانند قطع ید سارق یا حد قذف مطالبه شود.

بدین ترتیب اشکال اول مرتفع می شود.

اما در پاسخ مسأله دوم که گفته اند چون حدود الله مبنی بر تسامح و تخفیف است در عرصه آن اصول عقلایی جریان ندارد و بر عکس در مورد قصاص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 184

اصول عقلایی جاری می شود، می گوئیم که در خصوص قصاص هم اصول عقلایی جاری نمی شود؛ زیرا درست است که حقوق الناس مبنی بر مذاقه و تدقیق است اما این دقت نظر مربوط به مسائل حقوقی و مالی صرف است. در مسأله دماء و نفوس آنچه از روایات کثیره و تسالم اصحاب و مذاق شرع برای ما مسلم می شود آن است که مهما امکن باید احتیاط کرد.

خلاصه آنکه از تتبع در آثار فقهای عظام این مطلب فهمیده می شود که در مواردی قاعده مذکور را نسبت به قصاص جاری کرده اند. برای مثال در مورد دو نفر که مدعی ابوت يك فرزند باشند اگر قبل از آنکه بر اساس قواعد مقرر در باب نسب بچه به یکی

از آنها ملحق شود، مثل قاعده فراش و غیر ذلك یکی از دو مدعی ابوت فرزند انتسابی خود را بکشد، آیا حکم قصاص درباره وی جاری می شود؟

مرحوم محقق (ره) در کتاب شرایع و نیز صاحب جواهر قائل به عدم قصاص شده اند. همچنین اگر قاتل بین دو نفر مشتبه باشد؛ یعنی علم اجمالی باشد به اینکه یکی از این دو قاتل است در این صورت صاحب جواهر این مورد را هم از موارد شبهه دانسته اند. همین طور اگر بینه ای در خصوص قاتل بودن زید اقامه شود و بینه دیگر عمر و را قاتل بدانند از باب تعارض دو بینه، هر دو ساقط می شوند. محقق (ره) و علامه حلی (ره) و فرزندش فخر المحققین (ره) و شهید ثانی (ره) در مسالك با عنوان شبهه قصاص را از هر دو مرتفع می دانند و می فرمایند که باید دیه مقتول پرداخت شود و این دو نفر آن را تنصیف کنند. نیز در مورد کسی که شبانه شخصی را از منزلش بیرون ببرد و سپس آن شخص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 185

مراجعت نکند نصاب و فتوا بر وی دیه ثابت است. شهید ثانی - قدس سره - در مورد توجیه این معنی می فرماید: و اما ضمانه بالدية فللشك فی موجب القصاص فینتفی للشبهه. «1»

ب. آیا قاعده تدرء الحدود بالشبهات شامل تعزیرات هم می شود یا نه؟

مرحوم محمد تقی مجلسی (ره) در کتاب روضة المتقین فرموده است که حدود شامل حد و تعزیر و قصاص می شود و این نظر متین است، البته مواردی هست که به تعزیر اطلاق حد شده است و بنابراین اصالة العموم تدرء الحدود شامل تعزیرات شرعی نیز می شود

و تمامی نکات مربوط به حدود در این باب نیز جاری خواهد بود. مضافاً حکمت تشریح این قاعده- که تحقق عدالت و کمک به متهمین است- اقتضا می کند این معنی در تعزیرات نیز تسری یابد. ثانیاً عموم فرمایش رسول اکرم (ص)- ان الامام یخطئ فی العفو خیر من ان یخطئ فی العقوبة- شامل تعزیرات نیز می شود مطلقاً، چه در شبهات حکمی و موضوعیه. اما در دائره تعزیرات اموری هست که تعزیر شرعی اصطلاحی نیست و جزء احکام سلطانی و بازدارنده است، در این قسم ولی امر و حاکم مسلمین به تعیین آنها قیام می کند. احکامی از این قبیل جزء حقوق الله به شمار نمی آیند و بر همین اساس در باب آنها می توان حکم غیابی صادر کرد، حال آنکه اگر جزء حقوق الله شمرده می شدند، در خصوص آنها صدور حکم غیابی ممکن نبود. به همین دلیل- چون جزء حقوق الله نیستند- محتمل است قاعده تدرء الحدود

(1) الروضة البهیة، کتاب الدیات.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 186

نیز در مورد آنها جاری نشود. لکن تحقیق آن است که قاعده درء الحد در این موارد نیز جاری می شود.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 187

قاعده عدم ضمان الامین

اشاره

یکی از قواعد مشهور فقهی قاعده «عدم ضمان الامین الا بالتعدی و التفريط» است.

طبق مفهوم این قاعده امین ضامن نیست مگر در صورت تعدی و تفريط.

پیرامون این قاعده از جهات مختلف می توان بحث کرد که به طور خلاصه شامل عناوین زیر است:

مدارك و اسناد قاعده؛ مراد از قاعده؛ مراد از تعدی و تفريط؛ اشکالات وارد بر عمومیت قاعده؛ موارد تطبیق قاعده.

1 مدارك و اسناد قاعده

1- موجبی برای مسئولیت امین وجود ندارد زیرا آنچه موجب ضمان می شود اتلاف است نه تلف که قاعده مشهور «اتلاف» مبین آن می باشد و اگر امین تعدی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 188

و تفريطی نکند، اتلاف واقع نشده است تا موجب ضمان گردد.

2- قاعدة «و علی الید...» نیز نمی تواند مستند مسئولیت امین قرار گیرد؛ زیرا یدی که ضمان آور است ید عدوانی است و مسلم است که ید امین ید عدوانی نیست. امانت یا عین مستأجره و عین مرهونه نزد مستأجر و مرتهن یا عاریه نزد مستعیر است و امثال اینها که امانت مالکانه نامیده می شوند و یا امانات شرعی هستند مانند لقطه نزد ملتقط و مال مجهول المالك و غایب و قاصر نزد حاکم شرع و نایب حاکم شرع. به هر حال اینها همه ایادی مأذونه هستند یا از طرف مالک یا از طرف خدای تعالی. بنابراین، قاعدة و علی الید نیز در مورد مسئولیت امین جاری نیست.

ید امین آنجا که از طرف مالک مأذون است، دو گونه می باشد یا امانت در جهت نفع مالک است مانند لقطه و احتمالاً انواع اجاره یا در جهت نفع امین است مانند عاریه. «1»

3- قاعدة «غرور» نیز در امانت مصداق ندارد. فرض این

است که امین به قصد تغیر مالک، مال وی را در تصرف نمی گیرد. البته اگر چنین قصدی در کار باشد دیگر امانت نیست و موجب ضمان برای متصرف خواهد بود که از بحث خارج

(1) این تقسیم بندی آیت الله العظمی سید میرزا حسن موسوی بجنوردی - قدس سره - است. ولی به نظر این جانب از نظر انتفاع از امانت مالکانه، می توان قائل بر سه نوع شد:

قسم اول: امانت در جهت نفع مالک مانند ودیعه؛

قسم دوم: امانت در جهت نفع امین مانند عاریه؛

قسم سوم: امانت در جهت نفع طرفین مانند اجاره.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 189

است.

علاوه بر مفاهیم مستفاد از قواعد سه گانه فوق، اخبار و احادیث نیز در این باب همگی دلالت بر عدم ضمان امین دارد. از آن جمله خبری است در مستدرک از امیر المؤمنین (ع) بدین معنی که «بر امین مسئولیتی نیست».

خبر دیگر در وسائل الشیعه است از ابان بن عثمان از ابی جعفر حضرت باقر (ع)، در پاسخ به سؤالی پیرامون مالی که در نزد مستبضع تلف یا سرقت شده فرموده است: «چون آن مرد امین بوده است بر وی غرامتی نیست».

در خبر دیگر صدوق در مقنع آورده که شخصی از امام صادق (ع) سؤال می کند که آیا قول امانت گیرنده ای که ثقه هم نیست مورد قبول می باشد؟ فرموده است:

«آری و البته سوگند نیز بر وی نیست».

وسایل خبر دیگری از قرب الاسناد نقل نموده است. در این خبر عبد الله بن جعفر از هارون بن مسلم از مسعده بن صدقه از ابی عبد الله (ع) آورده است: «ایراد اتهام نسبت به امین و اطمینان نسبت به خائن جایز نیست».

همچنین مسعده بن

زیاد از جعفر بن محمد (ع) به نقل از پدرش و سپس از رسول خدا (ص) نقل کرده است که آن حضرت فرموده: «متهم نمودن امین جایز نیست».

در بین این اخبار خبر معروف «لیس علی الامین الا الیمین» «1» و بسیاری اخبار دیگر هست که نیازی به ذکر تمامی آنها نیست و نتیجه اینکه عدم ضمان امین از

(1) استفاده ای که از این روایت می شود آن است که در صورت ادعای خیانت، بار اثبات بر عهده مدعی است و امین برای دفاع از خود در مقام منکر ادای سوگند می کند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 190

امور ثابت و واضح است. از مجموع این روایات چنین استفاده می شود که امین خواه از طرف شارع مقدس باشد و خواه از طرف مالک، ضمانتی بر وی نیست.

در روایت مقنع حتی ادای سوگند هم برای امین لازم شمرده نشده است و در دو روایت قرب الاسناد از ایراد اتهام نسبت به امین نهی شده است. از دیگر مدارک قاعده عدم ضمان امین «اجماع» است.

اکثر فقها در موارد عدیده به عدم ضمان امین استناد کرده اند به طوری که این موضوع به نحو يك کبرای کلی و مسلم در آمده است.

قاعده معروف «... مَا عَلَى الْمُحْسِنِ نَبِيْنٌ مِنْ سَبِيْلٍ...» «1» نیز دلیل دیگری بر عدم مسئولیت امین می باشد. زیرا امین حکم محسن و نیکوکار را دارد. امین چه از طرف شارع و چه از طرف مالک، برای نفع صاحب مال اقدام می کند و هر گونه ضمان بر عهده وی نوعی زحمت و حرج است که در آیه شریفه و قاعده معروف این زحمت و حرج نفی شده است.

از این

آیه دلیل عقلی بر عدم ضمان امین نیز استفاده می شود. چه، وقتی امین را محسن و نیکوکار فرض نمودیم و قائل شدیم که تعدی و تفریطی هم از سوی او صورت نگرفته و تلف یا نقص مال به سببی خارج از اراده و انتساب به امین بوده است، عقل، برای وی غرامت و مسئولیت را نمی پذیرد و آن را قبیح می شمارد. قول خدای تعالی در این آیه شریفه در حقیقت تقریر و تثبیت این حکم عقلی است.

(1) توبه (9): 91 «... بر نیکوکاران عالم از هیچ راه حرج و زحمتی نیست...».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 191

لیکن توجه به این نکته ضروری می باشد که این وجه در تمامی انواع اماناء جاری نیست زیرا در برخی از انواع اماناء اگر چه امین مأذون از طرف مالک است اما تصرف او لزوماً در جهت نفع مالک نیست مانند عاریه که تصرف مستعیر در جهت مصلحت خود اوست و نه مصلحت مالک.

2 مراد از قاعده

مراد از ضمان، ضمان واقعی است؛ یعنی اگر مال تلف شود در صورتی که از اموال مثلی باشد مثل آن و اگر از انواع قیمی باشد، بهای آن بر عهده ضامن است.

در مواردی که تصرف، تصرف غیر مجاز باشد؛ یعنی نه از طرف مالک و نه از طرف شارع اذنی نباشد، شارع، صاحب ید یعنی متصرف را ضامن می شناسد و این تعهد جز با ادای مال (در صورت وجود) یا مثل یا قیمت آن، ساقط نمی گردد.

تفصیل و جهت این موضوع در بحث قاعده ید و در کتب فقهی در بحث غصب و مسأله مقبوض به عقد فاسد ذکر شده است.

و اما مراد از

امین کسی است که مال غیر با اذن مالک یا با اذن خدای تعالی نزد اوست و او خیانتی نسبت به آن روا نمی‌دارد و فعل و ترک فعلی را که موجب تلف و نقص مال شود به عمل نمی‌آورد.

با این وصف می‌توان گفت اگر تعدی یا تفریطی نسبت به مال از وی سرزند، او دیگر امین نیست. زیرا عدم تعدی و تفریط مأخوذ از معنی و مفهوم و حقیقت

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 192

لفظ امین است و اگر تعدی و تفریط اتفاق افتد اطلاق امین مورد ندارد، چون او دیگر خائن است.

فعلی که مضر به مال باشد و موجب ضایع و تلف شدن یا نقص آن گردد «تعدی» نامیده می‌شود. همچنین امین باید اقدامات و کارهای لازم را برای حفظ سلامت مال به عمل آورد. اگر این اقدامات و کارهای لازم ترک شود به این امر «تفریط» می‌گویند.

امانت گاه ممکن است در جهت و برای مصلحت مالک باشد و ممکن است برای مصلحت امین و البته ممکن است هر دو از آن منتفع شوند. نوع اول یعنی امانتی که فقط مالک منتفع می‌شود مانند ودیعه است که از ابداع گرفته شده و بدین معنی است که کسی مالی یا شیء را نزد کسی که به وی اطمینان دارد و او را امین می‌شمارد به ودیعه می‌گذارد. این عمل به سبب وثوق و اطمینانی است که امانت‌گذار نسبت به امین دارد. چنان که در جاهلیت پیامبر (ص) را امین می‌خواندند و تمام مردم با اطمینان کامل امانات خود را به او می‌سپردند.

نکته حائز اهمیت این است که تصرفات امین باید

در حدی باشد که صاحب مال یا شارع حسب مورد اجازه داده اند. زیرا اگر تصرف غیر مجاز در مال بنماید ضامن خواهد بود، گاه ممکن است تصرف غیر مجاز موجب تلف یا نقص مال هم نشود بلکه بر بهای آن بیفزاید، اما در عین حال موجب ضمان است. چون این ضمان ناشی از آن است که ید مأذون به ید غیر مأذون و عدوانی تبدیل شده و قاعده معروف «و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» آن را شامل خواهد گشت.

حال بینیم مراد از تعدی و تقریط که موجب ضمان شرعی است و موضوع را

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 193

از قاعده عدم ضمان خارج و مستثنی می کند، چیست؟

3 مراد از تعدی و تقریط

بنابر آنچه شارع مقدس در مورد ضمان بیان کرده است مثل صحیحه ای ولاد و مانند آن، خروج متصرف مأذون از مواردی که اذن دارد به خودی خود موجب ضمان است. بنابراین تعدی و تقریط به معنی اتلاف مال نیست زیرا اتلاف خود سبب مستقلی برای ضمان است. پس اگر کسی که امین است فعل یا ترک فعلی را انجام دهد که از حدود اذن صاحب مال خارج باشد و در این اثنا مال تلف شود، او ضامن خواهد بود چون تقریط یا تعدی کرده است.

معنی عرفی تعدی، تجاوز است. بی تردید اگر امین کاری که نسبت به مال امانت انجام می دهد تجاوز از حدود اجازه مالک باشد یا عملی را که باید برای حفظ مال انجام می داد ترک کند، از حالت متصرف مأذون خارج می شود و در این صورت اگر مال تلف شود او ضامن خواهد بود به مقتضای قاعده «و علی الید

ما اخذت حتی تودیه».

به صراحت صحیحه ایی ولاد، وی استر را برای مکان معینی در اجاره داشت اما او آن را به مکان دیگری منتقل کرد لذا معصوم (ع) حکم داد که اگر استر تلف شود موجب ضمان است. اما تقریظ عبارت است از ضایع کردن و بی شک ضایع کردن مال با اتلاف برابر نیست و ایجاد نقص که هر دو از اسباب ضمان می باشند. افراط مانند تعدی به معنی تجاوز است ولی تقریظ به معنی ضایع

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 194

کردن می باشد چنان که معصوم (ع) فرمود: «جاهل یا مفرط است یا مفرط.»

امانت بدان معنی است که مالی نزد کسی باشد که یا صاحب مال اذن داده باشد یا وکیل صاحب آن یا کسی که ولایت داشته است بر صاحب مال. اینگونه امانت را امانت مالکیه گویند و اذن مالک هم می تواند وسیله خودش باشد و هم می تواند وسیله وکیلش.

تمامی معاملاتی که مالک یا وکیل طی آن مال خود را بدون انتقال مالکیت به دیگری می دهد نوعی از امانت مالکیه است. مانند اجاره که تملیک منفعت است در مقابل اجرت یا عاریه که تملیک منفعت به شکل رایگان است یا ودیعه که متضمن حفظ مال بدون انتفاع از آن است یا مضاربه که معامله ای است به ازای قسمتی از سود یا مزارعه که در قبال حفظ مال به قسمتی از محصول معامله می شود یا مساقات که آبیاری به ازای قسمتی از میوه و ثمره است یا باربری و حمل و نقل که حمل بار از نقطه ای به نقطه دیگر در قبال اجرت است. در تمامی این انواع اعم از

اینکه معامله وسیله شخص مالک یا وکیل او انجام شود مال نزد صاحب ید جنبه امانت مالکيه را دارد و تلف چنین مالی موجب ضمان نیست مگر در صورت تعدی و تقریط.

بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی، قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، 2 جلد، مؤسسه عروج، تهران - ایران، سوم، 1401 ه ق
قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)؛ ج 1، ص: 194

ممکن است اذن از طرف شارع باشد مانند معاملاتى که از طرف حاکم شرع روی اموال غایبان و قاصران انجام می شود بدون اینکه عین مال منتقل شود. اینها نیز همان امانت مالکيه است با این تفاوت که در امانت مالکيه اذن از طرف مالک بود و در امانت شرعیه اذن از طرف خدای تعالی است.

وقتی حاکم شرع یا کسی که از طرف حاکم شرع وکیل یا مأذون است، اموال

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 195

غایبان و قاصران را اجازه می دهد یا به ودیعه می گذارد یا به عاریه می دهد که در آنها مصلحت غایبان و قاصران مورد نظر است یا اموال آنها را به حمال و باربر می دهند و همچنین سایر تصرفات، در تمام اینها تلف مال نزد مأذون موجب ضمان نیست زیرا در این موارد مأذون امین است اگر چه این امانت شرعیه است نه مالکانه.

در لقطه نیز ملتقط یا یابنده در زمانی که مشغول شناسایی مالک مال است ضامن نیست زیرا او اجازه دارد که مال ما را به مدت يك سال نزد خود نگاه دارد تا مالک آن را بیابد یا از پیدا کردن وی مأیوس شود که در این صورت آن را از طرف مالک صدقه می دهد.

به هر حال

امین چه مأذون از طرف مالک باشد و چه از طرف شارع ضامن تلف مالی که نزد وی است نمی باشد مگر در صورت تعدی و تفریط.

4 تعریف و مبانی مسئولیت مدنی

تعریف مسئولیت مدنی

در هر موردی که شخص موظف به جبران خسارت دیگری باشد، در برابر او مسئولیت مدنی دارد یا ضامن است. «1» بنابراین مسئولیت مدنی هنگامی به وجود می آید که کسی ملزم به ترمیم نتایج خساراتی باشد که به دیگری وارد کرده است.

(1) ناصر کاتوزیان، وقایع حقوقی، نشر یلدا، 1371، ص 5.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 196

به عبارت دیگر، مسئولیت مدنی وقتی تحقق پیدا می کند که شخص در برابر دیگری جوابگو باشد. زیرا معقول نیست که شخص در برابر خودش، از لحاظ حقوقی مسئول باشد. مثلاً در مورد راننده هایی که در اثر بی احتیاطی یا سرعت در رانندگی تصادف کرده و موجب زیان خود شوند، مسئولیت مدنی تحقق پیدا نمی کند. چنین مسئولیتی در مواردی عنوان می شود که یکی مسئول و دیگری زیان دیده باشد، با توجه به آنچه بیان شد می توان مسئولیت مدنی را چنین تعریف کرد:

«مسئولیت مدنی عبارت است از تعهد و الزامی که شخص نسبت به جبران زیان وارده به دیگری دارد. اعم از آنکه زیان مذکور در اثر عمل شخص مسئول یا عمل اشخاص وابسته به او یا ناشی از اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف او باشد.» (1)

مبانی مسئولیت مدنی

اشاره

به طوری که گذشت، مفهوم مسئولیت مدنی آن است که هر کس ضرری به دیگری وارد کند به حکم قانون و با تحقق شرایط قانونی، مکلف به جبران خسارت است. الزامی باید دید مبنای تعهد جبران خسارت چیست؟ به سخن دیگر، چرا اشخاص، مکلف به جبران خسارت هستند؟ الزام به جبران خسارت نیاز به توجیه دارد. سپس باید مبنای آن را از لحاظ حقوقی تبیین نماییم. اما ارائه

(1) حسین قلی حسینی نژاد،

یک سیستم و مبنای واحدی که مورد رضایت و توافق همگان باشد، مشکل است. علت آن است که در قلمرو مسئولیت مدنی دو حکم یا دو نظریه متناقض وجود دارد که باید در سازش دادن آن دو نظریه- که هر کدام از آنها نمودار یک مکتب در این زمینه است- کوشید.

عقیده اول این است که حتی الامکان باید سعی شود، در اغلب موارد ممکن، ضرر وارده به زیاننده، به طور کامل جبران شود و هدف قواعد مسئولیت مدنی این است که هیچ زانی بدون جبران نماند.

اما نظر دوم که نقطه مقابل آن است، می گوید: فاعل یک عمل زیان آور را نمی توان ملزم به جبران خسارت نمود، مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد و تقصیر وی نیز باید اثبات شود و مسئولیت اثبات تقصیر هم به عهده زیاننده است.

تفاوت این دو نظریه در آن است که اگر نظریه اول را بپذیریم، زیاننده کافی است که اثبات کند، در نتیجه عمل مسئول حادثه، دچار خسارت شده و دیگر از اثبات تقصیر معاف است، ولی بر اساس عقیده دوم، زیاننده، علاوه بر اینکه ورود زیان را باید اثبات نماید، تقصیر مسئول حادثه منجر به خسارت را نیز باید اثبات نماید. علاوه بر دو نظریه فوق، نظریات دیگری نیز در جهت نزدیکتر شدن دو عقیده مذکور و تلاش برای ارائه یک نظریه میانگین ارائه گردیده که در مباحث آتی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. لیکن این موضوع مورد مباحث جدی و دامنه دار قرار گرفته و هنوز هم این مباحث خاتمه نیافته است.

الف. نظریه تقصیر

بر اساس نظریه تقصیر و یا سیستم مسئولیت شخصی و محدود، مسئولیت مدنی وسعت چندانی ندارد و محدود است به موردی که عامل حادثه زیانبار مرتکب خطا شده و تنها در صورتی ملزم به جبران خسارت خواهد بود که مرتکب رفتاری نامتعارف شده باشد و آن رفتار هم علت ایجاد خسارت باشد.

بنابراین، در مسئولیت مبتنی بر تقصیر، عملکرد اشخاص را با رفتار عادی و متعارف و عمل اشخاص محتاط مقایسه نموده و اگر خواننده دعوی مسئولیت مدنی، احتیاط لازم را مراعات نموده باشد و مرتکب تقصیر نشده باشد، مسئول جبران خسارت نخواهد بود.

تقصیر هم به موجب ماده 953 ق.م. اعم از تعدی و تفریط. تعدی حسب تعریف مندرج در ماده 951 ق.م. عبارت است از تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری و تفریط مطابق ماده 952 همان قانون به معنای ترك عملی است که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است. به بیان ساده تر تعدی یعنی شخص کاری را که نباید انجام دهد و ترکش لازم است، انجام دهد و تفریط یعنی ترك عملی که فعلش لازم است، مثلاً رانندگی با سرعت غیر مجاز تعدی و عدم تعمیر وسیله نقلیه ای که نقص فنی داشته تفریط است. لذا «تعدی فعل و تفریط ترك فعل» است. مطابق ماده 336 ق.م.

«تقصیر اعم است از بی احتیاطی و بی مبالاتی و عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی.» تعدی یا تفریط ممکن است عمدی یا غیر عمدی باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 199

لذا در فرضیه تقصیر فعل

وارد کننده زیان در صورتی موجب مسئولیت مدنی است که وارد کننده آن مرتکب خطا شده باشد که ممکن است خطای مذکور ناشی از غفلت (بی احتیاطی) و یا عمد باشد؛ به عبارت دیگر، مسئولیت در نظر طرفداران این تئوری جنبه شخصی دارد و ارزیابی رفتار شخص و تحلیل روانی او نقش اساسی را در قابل جبران بودن زیان از ناحیه فاعل دارد. اعمال این نظریه منتهی به این نتیجه می شود که برای اینکه زیان دیده بتواند ترمیم خسارت خود را از کسی بخواهد باید ثابت کند که تقصیر شخص اخیر، سبب ورود خسارت بوده است. بنابراین، در اثبات تقصیر، زیان دیده نقش مدعی را دارد که باید دلایل اثبات ادعای خود را بیاورد، زیرا بر خلاف مسئولیت قراردادی که کافی است متعهد له عدم انجام تعهد را اثبات نماید تا محق دریافت خسارت شود، در مسئولیت مدنی بدون قرارداد، اصل بر برائت است و اثبات تقصیر برای حکم به خسارت ضروری است و اثبات تقصیر نیز همیشه آسان نیست.

نظریه تقصیر از لحاظ تاریخی از مبانی مرسوم و سنتی مسئولیت مدنی بوده و در حقوق کلیسا و حقوق انگلستان، فرانسه و اسلام، مبنای اصلی مسئولیت مدنی قرار گرفته است. در حقوق ایران نیز مبنای عمده مسئولیت مدنی تقصیر است؛ یعنی بدون وجود تقصیر اصولاً مسئولیت ایجاد نمی شود.

آثار و نتایج نظریه تقصیر به شرحی که گذشت عبارتند از:

اولاً، زیان دیده باید تقصیر فاعل زیان را اثبات نماید.

ثانیاً، باید در نتیجه تقصیر، زیانی متوجه زیان دیده شده باشد.

ثالثاً، لازم است بین تقصیر و زیان وارده، رابطه سببیت برقرار باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 200

فاعل زیان نیز بر اساس نظریه

تقصیر در موارد زیر از مسئولیت مبرا خواهد بود:

اولا، اگر در اثر اجرای حق قانونی خود سبب خسارت شده باشد.

ثانیا، چنانچه خسارت در اثر فورس ماژور («Force majeure») یا قوه جبریه (علت خارجی) ایجاد شده باشد.

ثالثا، در فرضی که خود زیاننده باعث ورود خسارت شده باشد.

نظریه تقصیر در اواخر قرن نوزدهم به دلیل افزایش حوادث و خسارات ناشی از توسعه زندگی صنعتی و ماشینیسیم، خصوصا حوادث ناشی از وسایل نقلیه، مورد تردید و انتقاد قرار گرفت که در نتیجه، منجر به پیدایش نظریه خطر یا مسئولیت بدون تقصیر گردید.

ب. نظریه خطر

طرفداران نظریه خطر می گویند: چون هدف مسئولیت مدنی بیشتر جبران خسارت زیاننده است، تقصیر در همه موارد در زمره ارکان مسئولیت مدنی نیست و همین که شخص زانی را به بار آورد، باید آن را جبران کند و در صورتی که بین عمل فاعل و زیان وارده رابطه علیت برقرار باشد، برای حکم به جبران خسارت کافی است؛ چه عمل فاعل متضمن خطا باشد یا نباشد. به نظر پیروان نظریه خطر، قبول تقصیر به عنوان پایه و اساس مسئولیت مدنی، وافی به مقصود نیست؛ زیرا اعمال این نظریه سبب می شود که بسیاری از زیانهایی که زاینده تمدن جدید و توسعه زندگی ماشینی بوده و منشأ آنها ناشناخته است،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 201

بدون جبران بماند. وانگهی، زیاندیدگان حوادث جدید، مانند کارگران کارخانجات و عابریین پیاده که در اثر حوادث رانندگی مصدوم می شوند، اغلب اوقات متعلق به طبقات اجتماعی پایین بوده و از لحاظ اقتصادی در وضعیت نامناسبی به سر می برند، حال آنکه صاحبان کارخانه ها و وسایل صنعتی خطر آفرین، با امکانات اقتصادی که در

اختیار دارند و با استفاده از خدمات وکلا و مشاورین حقوقی، در صورت اقامه دعوی از جانب زیان‌دیده، به راحتی با اثبات عدم تقصیر، خود را از مسئولیت مبرا نموده و زیان وارده به زیان‌دیده تحمیل می‌شود. لذا باید تمهیدی اندیشید که استفاده‌کننده از ماشین و لو مرتکب تقصیر هم نشده باشد، ملزم به جبران زیان وارده باشد. به موجب نظریه خطر یا مسئولیت بدون تقصیر، هر کس عامل خطر را در اختیار دارد و از آن سود می‌برد، باید خسارات وارده از کاربرد آن وسایل را نیز جبران کند. هواداران این نظریه معتقدند که فی‌المثل هر کس اتومبیل را خریداری می‌نماید، باید از عهده خسارت ناشی از آن برآید، و لو تقصیری هم مرتکب نشده باشد. (1) به عبارت دیگر، مطابق این نظریه، صرف انتساب عمل به فاعل و تلف به تالف برای تحقق مسئولیت کافی است.

نتایجی که از اعمال این نظریه حاصل می‌شود این است که:

اولاً، زیان‌دیده از اثبات تقصیر عامل زیان معاف است.

ثانیاً، عامل حادثه منجر به خسارت، حتی اگر اثبات کند که زیان وارده در اثر

(1) قاعده «الغرم بالغنم» به معنای اینکه زیان در مقابل سود است و یا هر کس سود کاری را می‌برد، باید زیانهای ناشی از آن را نیز جبران کند، بی‌شبهت به نظریه ریسک یا خطر نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 202

تقصیر او به وجود نیامده، باز مسئول جبران خسارت خواهد بود.

ثالثاً، زیان‌دیده باید ورود ضرر و وجود رابطه سببیت بین عمل فاعل و خسارات را اثبات کند.

رابعاً، عامل حادثه فقط در صورتی که اثبات کند، حادثه در اثر قوه قهریه و

عامل خارجی رخ داده از مسئولیت معاف خواهد شد.

ج. نظریه تضمین حق

مطابق این نظریه که مبتکر آن یکی از حقوقدانان فرانسه به نام «بوریس استارک» است، تمام مسائل مسئولیت مدنی را نمی توان با استفاده از نظریه تقصیر و نظریه خطر حل کرد و این دو تئوری وافی به مقصود نیستند؛ زیرا هدف قواعد مسئولیت مدنی، جبران خسارت و تضمین حق و حمایت از آن است و باید بیشتر وضعیت زیان دیده مورد توجه قرار گیرد. طبق این تئوری، هر کسی در جامعه حق دارد سالم و ایمن زندگی کند و این حقی است که قانون برای اشخاص قائل شده است. ایراد این تئوری آن است که اگر شخصی در مقام اعمال حق خود، موجب ضرر دیگری شود تکلیف چیست و با چه ضابطه ای باید دو حق مخالف را با یکدیگر سازش داد؟ پاسخی که به این ایراد داده اند آن است که اجرای برخی از حقوق طبعاً با زیان دیگری ملازمه دارد، چنانچه در اثر اعمال آن زیانی متوجه دیگری می شود، مسئولیتی متوجه صاحب حق نیست.

همانند حق اجازه ازدواج که والدین نسبت به فرزندان دارند، ولی برخی از حقوق خصیصه نسبی دارند و یا توأم با وظیفه نیز هستند و باید به نحو متعارف

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 203

از آنها استفاده کرد، مثل حق اقامه دعوی که چنانچه به صورت افراطی مورد استفاده قرار گیرد و به عنوان وسیله ای برای طرح دعاوی بی اساس به کار رود، موجب مسئولیت است.

در هر حال چنان که ذکر شد، هیچ کدام از نظریات و مبانی مذکور؛ یعنی فرضیات تقصیر، خطر و تئوری تضمین حق نمی توانند به صورت انحصاری پاسخگوی

تمام مسائل مربوط به مسئولیت مدنی باشند. بلکه هر يك از این تئوریها با موارد خاصی متناسب است و باید در جای خود مورد استفاده قرار گیرد.

ارکان مسئولیت مدنی

اشاره

از آنچه تا کنون گفته شد، این نتیجه به دست آمد که مسئولیت مدنی اصولاً ناشی از بی مبالاتی اشخاص است، ولی گاه به منظور جبران ضرر نامشروع یا خطری که برای دیگران ایجاد شده است نیز به وجود می آید. لیکن برای تحقق مسئولیت، در همه حال وجود سه عنصر ضرورت دارد:

1- وجود ضرر؛ 2- ارتکاب فعل زیانبار؛ 3- رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرری که وارد شده است.

الف. ضرر

اشاره

مفهوم عرفی ضرر یا خسارت را همه می دانیم. هر جا که نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت و حیثیت شخص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 204

لطمه ای وارد آید، می گویند ضرری به بار آمده است.

ضرری که به شخص می رسد، ممکن است در اثر از بین رفتن مالی باشد (اعم از عین یا منفعت یا حق) یا در نتیجه از دست دادن منفعتی. پیش از این تردید داشتند که از دست دادن منفعت را نیز در زمره ضررها آورند، ولی امروزه در متون گوناگون، «عدم النفع» نیز در شمار خسارت آمده است.

از جمله در پایان ماده 728 قانون آیین دادرسی مدنی سابق اعلام شده است:

ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می شده است.

پس اگر شخصی به زور صنعتگر یا هنرمندی را بازداشت کند و مانع از کار کردن او شود، باید خسارت ناشی از محروم شدن صنعتگر و هنرمند را از منافع فوت شده جبران کند. باید دانست ضرری موجب مسئولیت مدنی می شود که واجد سه شرط اساسی زیر باشد:

1) ضرر مسلم باشد

قانون مسئولیت مدنی در این باره حکمی ندارد، ولی ماده 728 قانون آیین دادرسی مدنی سابق در مورد خسارت انجام ندادن تعهد مقرر می دارد که مدعی خسارت باید ثابت کند که ضرر به او وارد شده است؛ یعنی ورود ضرر باید مسلم باشد. پس به صرف احتمال ورود زیان، نمی توان کسی را به جبران خسارت محکوم کرد.

در باره زیانهای گذشته تا حدی ممکن است به یقین عرفی رسید. برای مثال،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید

خواهان ادعا می کند که در اثر تصادم اتومبیل او با کامیون خوانده صد هزار ریال زیان برده است. دادگاه با رجوع به کارشناس و در صورت لزوم معاینه اتومبیل، می تواند مبلغ خسارت را تعیین کند. ولی، درباره زیانهای آینده این قناعت وجدانی به دست نمی آید و همه چیز احتمالی است. انسان می تواند روند امور را در آینده از تحلیل گذشته ها حدس بزند، ولی هیچ گاه به یقین نمی رسد. در امور اجتماعی، بویژه در دادرسیها، پیدا کردن علم امکان ندارد و ناچار باید به ظن قوی اعتماد کرد.

فرض کنیم کارگری در حادثه ای چنان صدمه ببیند که توان کار کردن را برای مدتی از دست بدهد. خسارتی که از این بابت به او رسیده راجع به آینده است، زیرا از دستمزدی که به طور معمول می گرفته، محروم شده است. چنین خسارتی در دید عرف و به نظر قانون مسلم است (ماده 5 قانون مسئولیت مدنی)، ولی همه ما می دانیم که دادرس درباره میزان آن به یقین نمی رسد. زیرا احتمال دارد کارگر در این فاصله بمیرد یا دچار حادثه دیگری شود یا به ثروتی برسد که نیاز به دستمزد نداشته باشد یا نیروی کار او چند برابر ارزش پیدا کند و مانند اینها.

در اینکه تا چه اندازه ظن ورود خسارت برای صدور حکم به جبران آن کافی است قاعده ثابتی نمی توان به دست داد، ولی به اجمال باید گفت در صورتی حکم به جبران خسارت داده می شود که بر طبق مسیر طبیعی و متعارف امور، احتمال ورود آن به مراتب بیشتر باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 206

(2) ضرر باید مستقیم و بی واسطه باشد

درباره لزوم این شرط نیز

قانون مسئولیت مدنی حکمی ندارد، ولی ماده 728 قانون آیین دادرسی مدنی سابق درباره خسارت عدم انجام تعهد، مقرر می دارد:

«در مورد ماده فوق، در صورتی دادگاه حکم خسارت می دهد که مدعی خسارت ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم محکوم به بوده است...» (1).

مقصود از بی واسطه بودن ضرر این است که بین فعل زیانبار و ضرر حادثه دیگری وجود نداشته باشد. چندان که بتوان گفت ضرر در نظر عرف از همان فعل ناشی شده است. برای نشان دادن ضرر غیر مستقیم و با واسطه، به طور معمول از مثال پوتیه (Pothier) حقوقدان فرانسوی استفاده می شود:

در این مثال گفته شده است که اگر کسی گاو بیماری را به دامداری بفروشد و در اثر سرایت بیماری سایر گاوهای خریدار نیز تلف شود و در نتیجه او نتواند به تعهد خود درباره رساندن شیر به کارخانه ها عمل کند و مزرعه خود را شخم زند و از این راه خسارتی متحمل شود، همه این ضررها را نمی توان از فروشنده گاو مریض خواست. علت منحصر از بین رفتن گاو مریض خطای فروشنده بوده است و گاه نیز می توان رابطه علیت بین مریض شدن سایر گاوها را نیز پنهان کردن این بیماری شمرد. ولی نسبت به شخم نزدن زمین و انجام نشدن تعهد دامدار در برابر دیگران (و گاه سرایت بیماری) بی مبالاتی خریدار و چگونگی

(1) مفاد ماده 728 قانون آیین دادرسی مدنی سابق با تغییرات کمی در عبارات در ماده 520 قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب 79/1/21

آمده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 207

قراردادها نیز مؤثر بوده است. به هر حال این شرط بیشتر مربوط به احراز رابطه علیت بین فعل شخص و ضرر است تا به شرایط زیان قابل مطالبه.

3) ضرر جبران نشده باشد

در هر مورد که به وسیله ای از زیان‌دیده جبران خسارت می شود، ضرر از بین می رود و دوباره نمی توان آن را مطالبه کرد. در تأیید همین اصل است که گفته می شود زیان‌دیده نمی تواند دو یا چند وسیله جبران ضرر را با هم جمع کند.

بنابراین، در موردی که چند شخص خسارتی را وارد کرده اند، یا قانونگذار چند نفر را به طور تضامنی مسئول جبران خسارتی می داند، گرفتن خسارت از یکی دیگران را بری می کند و در هیچ حالتی زیان‌دیده حق ندارد ضرری را دوباره بگیرد. چنان که قانون مدنی، پس از بیان مسئولیت تضامنی غاصبین، در ماده 319 مقرر می دارد:

اگر مالک تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از یکی از غاصبین بگیرد، حق رجوع به قدر مأخوذ به غاصبین دیگر ندارد.

با اینکه درباره اصل یاد شده هیچ تردیدی وجود ندارد، ولی اجرای آن همیشه ساده نیست و گاه درباره طبیعت پولی که زیان‌دیده گرفته است و چگونگی رابطه حقوقی او با یکی از مسئولان اختلاف می شود و به درستی نمی توان فهمید که ضرر او به وسیله ای جبران شده یا هنوز باقی است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 208

ب. فعل زیانبار

اشاره

چنان که در مباحث گذشته نیز آمد، در هر مورد که از کاری به دیگران زیان برسد مسئولیت مدنی ایجاد نمی شود. باید کار زیانبار در نظر اجتماع ناهنجار باشد و اخلاق عمومی ورود ضرر را ناشایسته بدانند. در برخی قوانین، مانند قانون مدنی فرانسه، مفهوم تقصیر را برای بیان نامشروع بودن کار زیانبار کافی دانسته اند. زیرا ارتکاب تقصیر در نظر قانون یا عرف ناپسند و شایسته نکوهش است و دیگر نیازی به تصریح دوباره نیست.

این تعبیر

در صورتی درست است که تقصیر منبع منحصر مسئولیت باشد، ولی در نظامهای حقوقی که مسئولیت بدون تقصیر، هر چند به طور استثنائی، وجود دارد؛ اشاره به لزوم نامشروع بودن فعل لازم است. به همین جهت، در قوانین مدنی سوئیس و آلمان آمده است که کار زیانبار بایستی بر خلاف قانون یا نامشروع باشد. ماده اول قانون مسئولیت مدنی مصوب 1339، با اینکه مبنای مسئولیت را تقصیر می داند، مقرر می دارد:

هر کس بدون مجوز قانونی، عمدا یا در نتیجه بی احتیاطی، ...

موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.

این طرز انشاء چنانکه باید، مفهومی را بدان اشاره کردیم نمی رساند، ولی می تواند زمینه مناسبی برای تحلیل‌های حقوقی به وجود آورد. امروزه این واقعیت را همه کم و بیش دریافته اند که حقوق هیچ ملتی را نمی توان در چارچوب قوانین محدود کرد. قانون تنها نمایشگر گوشه ای از حقایق است و به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 209

عنوان اصل و راهنما به کار می رود. برای ایجاد مسئولیت مدنی منع قانونی ضرورت ندارد، زیرا در این صورت با مسئولیت کیفری مخلوط خواهد شد. باید حقوق کشور (اعم از مقررات قانون یا اخلاق و نظم عمومی) کاری را نامشروع بداند. اجازه قانون نیز با مباح شدن کار ملازمه ندارد، زیرا گاه ضرورت‌های اخلاقی اجرای حقی را که قانون به اشخاص داده است، محدود می کند.

بنابراین، ضرری قابل مطالبه است و موجب مسئولیت که ناشی از فعلی باشد که عرف آن فعل را زیانبار می شناسد.

اکنون که دانستیم مطالبه ضرر و زیان مستلزم وجود فعل زیانبار نیز هست، باید به این نکته نیز اشاره کنیم که

فعل زیانباری که موجب مسئولیت می شود، سه گونه است: (1) فعل شخصی؛ (2) فعل غیر؛ (3) فعل اشیاء و حیوانات.

1) فعل شخصی

عادی ترین و طبیعی ترین نوع مسئولیت شخصی است و علی القاعده هر کس فقط مسئول اعمال و خطاهای خود می باشد. موازین عقلی و عدل و انصاف نیز موافق همین قاعده است. البته قاعده شخصی بودن مسئولیت از نظر تاریخ حقوق همیشه حاکم نبوده است و در ادواری از تاریخ، تمایزی بین مسئولیت شخصی و جمعی نبوده و اگر شخصی مرتکب خطایی می شد، قبیله یا خانواده او ضامن بود. سیستم عاقله یا نظام عواقل یادگار همان دوران است. به تدریج نظام مسئولیت فردی به عنوان قاعده عمومی در مسئولیت حاکم شد. اما اصل مسئولیت شخصی به طور اطلاق نمی تواند موافق با مصلحت و عدالت باشد و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 210

مانند هر اصل حقوقی دیگر دارای مستثنیاتی است و در مواردی اشخاص بدون اینکه شخصا مرتکب خطا شده باشند، مسئولند. البته چنین مسئولیتی امری استثنایی و خلاف اصل است.

2) فعل غیر

در حقوق کیفری نمی توان شخص را به خاطر عمل دیگری مجازات کرد و در حقوق مسئولیت مدنی نیز ممکن است در بادی امر، مسئولیت جبران خسارت وارده از اعمال دیگران، امری شگفت آور به نظر برسد، ولی قانونگذار به دلایلی مسئولیت ناشی از فعل غیر را تجویز کرده است و اغلب مواردی است که مباشر خسارت، استطاعت کافی برای جبران خسارت ندارد و یا به کلی فاقد استطاعت است.

مسئولیت ناشی از فعل غیر دقیقا برای جبران خسارتی است که از اشخاص غیر مسئول سر می زند. هرگاه طفلی یا دیوانه ای که فاقد عقل است به کسی خسارتی وارد کند مسئول این خسارت کسی است که نگهداری طفل یا دیوانه را به عهده دارد.

مصالحتی که اقتضا می کند

در مواردی اشخاص مسئول زیانهای ناشی از فعل غیر باشند، به طور عمده عبارتند از:

- موردی که مسئول اصلی حادثه به لحاظ اعسار و ورشکستگی نتواند از عهده خسارت برآید.

- موردی که اشخاصی به حسب قرارداد یا قانون وظیفه دارند که رفتار دیگران

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 211

را تحت کنترل و مراقبت داشته باشند.

- مسئولیت کارفرما برای خسارت ناشی از اعمال کارگران و کارکنان.

- مسئولیت اولیا و سرپرستان اطفال نسبت به خسارات ناشی از تقصیرات اطفالی که تحت ولایت و سرپرستی آنها قرار دارند.

- مسئولیت دولت برای کارمندان.

3) فعل اشیاء و حیوانات

در فقه، مالک یا حافظ اشیاء اصولاً ضامن خسارت وارده از ناحیه آنها نمی باشد، مگر اینکه بتوان تقصیری را به او استناد داد، اما در برخی قوانین جدید، در مورد مسئولیت ناشی از اشیاء از نظریه مخاطره پیروی شده و اثبات خطا شرط نیست. مثلاً مالک اتومبیل هر چند در اوقاتی هم که اداره و کنترلی بر آن ندارد، ضامن خسارت ناشی از آن است، عدم ارتکاب خطا از طرف او دافع حکم مذکور نیست. مسئولیت ناشی از حفاظت اشیا را در دو فرض می توان بررسی نمود: یکی خسارات از اشیای منقول که تابع قواعد عمومی است، مثلاً اگر شخصی سنگی را روی دیوار خانه خود که متمایل به معبر عمومی است، قرار دهد و اتفاقاً در اثر وزش باد یا طوفان ساقط شود و ضرری را موجب شود، ضامن نیست؛ زیرا تقصیری را نمی توان به او نسبت داد. ولی چنانچه در محل غیر مباح مثل گذر عمومی یا متمایل به آن وضع نماید، ضامن است؛ زیرا مرتکب تقصیر شده و از باب

تسبیب ضامن است و فرض دوم ناشی از تصادم و برخورد وسایل نقلیه است که آن نیز عمدتاً بر پایه تقصیر استوار است، ماده 335 ق.م. که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 212

ناظر به فرض اخیر است، می گوید:

در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آنها، مسئولیت متوجه طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجه عمد یا مسامحه او حاصل شده باشد و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند، هر دو مسئول خواهند بود.

علاوه بر اشیاء مانند دیوار خانه، اتومبیل، وسایل صنعتی، حیواناتی هم که تحت حفاظت و مراقبت شخص هستند ممکن است فعلی انجام دهند که موجب مسئولیت صاحب و مالک یا حافظ آن حیوانات گردد مثل اینکه سگ خانگی شخص را گاز بگیرد.

ج. رابطه علیت

اثبات ورود ضرر به زیان دیده و همچنین ارتکاب تقصیر یا وقوع فعلی از طرف خواننده یا کسانی که مسئولیت اعمال آنان با اوست، به تنهایی دعوی خسارت را توجیه نمی کند. باید احراز شود که بین دو عامل ضرر و فعل زیانبار رابطه سببیت وجود دارد: یعنی ضرر از آن فعل ناشی شده است.

در مواردی که تقصیر شرط ایجاد مسئولیت نیست، رابطه سببیت اهمیت بیشتری پیدا می کند و اثبات وجود آن نیز دشوارتر می شود. زیرا، جایی که تقصیر از ارکان مسئولیت است، تنها به حوادثی توجه می شود که در اثر بی احتیاطی و غفلت شخص رخ داده و زیان به بار آورده است.

ولی، هنگامی که این عنصر نیز در محدود ساختن حوادث مؤثر در ایجاد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 213

ضرر به کار نیاید، دادرس ناچار

باید از میان همه شرایط و اسبابی که باعث ایجاد ضرر شده است، علت اصلی را پیدا کند. این جستجو کاری است بسیار دشوار، چندان که نویسندگانی تلاش در این راه را بیهوده دانسته اند.

احراز رابطه سببیت بین تقصیر ورود ضرر نیز گاه مسائل پیچیده ای را به وجود می آورد که جز به یاری ذوق سلیم و توجه به قراین هر قضیه، نمی توان راه حلی برای آن پیدا کرد. در موردی که مسئولیت ناشی از فعل شخص است، باید رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و ورود ضرر اثبات شود. برعکس، در فرضی که مسئولیت از فعل غیر به وجود می آید، احراز رابطه سببیت بدین گونه ضرورت ندارد. ولی، باید ثابت شود که میان فعل یا تقصیر کسی که مسئولیت کارهایش به عهده خواننده است با ورود ضرر رابطه علیت وجود دارد. برای مثال، ادعا می شود که کارگری هنگام کار یا به مناسبت انجام آن به دیگری ضرر زده است و بنابراین کارفرما باید آن را جبران کند. در این دعوی، رابطه سببیت بین تقصیر کارفرما و ورود ضرر نیازی به اثبات ندارد، لیکن باید احراز شود که ضرر ناشی از فعل کارگر است. همچنین است در مسئولیتی که سرپرست صغیر و مجنون نسبت به اعمال او دارد و مانند اینها.

در مورد خسارت ناشی از حوادث وسایل نقلیه موتوری، گاه که تصادمی رخ می دهد به رابطه سببیت بین تقصیر راننده و وقوع حادثه توجه می شود و گاه نیز تنها رابطه وسیله نقلیه با بروز حادثه زیانبار اهمیت پیدا می کند و تقصیر و بی گناهی مالک اثری در مسئولیت ندارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 214

5 اشکالات وارد بر عمومیت قاعده عدم ضمان الامین و پاسخ آنها

یکی از

اشکالات وارده موضوع ضمان «مقبوض بالسوم» است؛ یعنی مالی که برای خریداری و معامله گرفته می شود. وقتی مشتری چیزی را که قصد خرید آن را دارد با اجازه مالک به دست می گیرد، آن را مقبوض بالسوم می گویند.

پاسخ این اشکال آن است که اولاً اصل این موضوع یعنی ضمان قابض بالسوم اختلافی است و برخی ید او را نیز ید امانی و مقبوض بالسوم را امانت مالکیه می دانند. ثانیاً بر فرض اینکه قائل به ضمان در این مورد باشیم، مسأله خارج از عنوان امانت است بلکه در اینجا مشتری با قصد خرید چیزی را در اختیار می گیرد و لذا ضامن عوض و ثمن آن است.

به عبارت دیگر، اخذ و قبض شیء به وسیله مشتری مقدمه ای برای خرید است که از باب امانت اعم از مالکی و شرعی خارج می شود و این به قاعده عدم ضمان الامین آسیبی نمی رساند.

دیگر از اشکالات، حکمی است که فقها بر ضمان در «مقبوض به عقد فاسد» کرده اند و آن را غصب به حساب آورده اند. در این نوع عقد با اینکه قابض مأذون از طرف مالک است لیکن چون عقد فاسد است قابض ضامن می باشد و این نیز از اموری است که خارج از باب امانت است زیرا در مقبوض به عقد فاسد قبض نفس مال، قابض را در مقام مالک قرار می دهد. نه اینکه مال مالک نزد او امانت باشد.

ممکن است گفته شود که مقبوض به عقد فاسد در حقیقت از آن قابض نیست

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 215

بلکه تخیل و اشتباه موجب شده که مالک آن را مال خود پندارد و سپس با عقد فاسدی به

تصرف دیگری دهد پس این هم مانند همان امانت است. پاسخ این است که در اینجا امانت صدق نمی کند و این اذن حالت امانت ندارد.

بنابراین، اگر کسی به اشتباه مالی را به کسی بدهد و او که می داند مالک اشتباه کرده است مال را بگیرد ضامن است مثلاً اگر بگوید دوست من این مال را بگیر در حالی که حقیقتاً اشتباه کرده باشد و او دوستش نباشد و بگوید ای دوست من به منزل من وارد شو این تصرف موجب ضمان است. چون مبنی بر اشتباه می باشد و به هر حال در مقبوض به عقد فاسد با توجه به جهل اعطاءکننده، ید قابض ید امانی نیست و در تحت قاعده و علی الید قرار می گیرد.

حکم فقها در این مورد تخصیص قاعده عدم الضمان نیست زیرا در این مورد یعنی در عقد فاسد اعطاکننده قصد اذن دادن به قابض به صورت رایگان و بلاعوض ندارد. بلکه اذن او مقید است که مال با عوض در دست قابض باشد.

البتة عوض مسمی نه ضامن واقعی.

هر جا هم که شارع در این مورد امر به عوض معین ندارد قابض باید عوض واقعی را تدارک کند؛ زیرا مالک قصد اعطاء مجانی و بلاعوض نداشته است و این مسأله خارج از بحث امانت اعم از امانت مالکانه یا شرعی می باشد.

دیگر از مواردی که بر قاعده عدم ضمان امین مگر با تعدی و تفریط، اشکال وارد شده، حکم فقها راجع به ضمان مبیع در نزد فروشنده پیش از قبض مشتری است. وقتی که مالی فروخته شد و معامله با تمامی شرایطش محقق گردیده اگر مال با اذن مالک که در اینجا مشتری

است نزد بایع باقی مانده باشد وی ضامن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 216

است.

پاسخ اشکال: در مورد ضمان «تلف مبیع قبل از قبض» حکم شارع دایر بر انفساخ عقد لحظه ای پیش از تلف مطرح است برای اینکه تلف در ملک فروشنده واقع شده و این خارج از باب ضمانات و تلف مال غیر در نزد دیگری است زیرا اگر چنین می بود، ضمان واقعی یعنی مثل یا قیمت حسب مورد مقتضای این ضمان بود.

دلیل اینکه در اینجا عقد فسخ شده این است که هر يك از عوضین به ملکیت مالک اول خود بر می گردد چنان که اخباری نیز در این باب وارد شده است و در شرح قاعدة «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» ذکر شده است.

دیگر اشکال وارده بر عمومیت قاعدة در جایی است که مالک نسبت به باقی ماندن مال مغضوب نزد غاصب اعلام رضایت می کند و در واقع از آن پس مال نزد غاصب امانت است ولی در عین حال در صورت تلف ضامن است.

پاسخ اشکال: اگر چنین باشد؛ یعنی مالک تصریح کند که مال نزد تو امانت باشد ید غاصب امانی می شود و او ضامن نیست اگر غاصب قصد رد مال را بکند و مالک نپذیرد مال نزد او امانت خواهد بود و در این صورت هم ضامن نیست.

اما به صرف رضایت مالک، ید غاصب تبدیل به ید امانی نمی شود و لذا ضامن خواهد بود.

دیگر اینکه فقها گفته اند یا بنده چیزی یا دارنده مالی که مجهول المالك است و باید آن را با شرایط خاص و پس از سپری شدن زمان خاصی صدقه دهد، در عین حال اگر

مالك پیدا شد او ضامن است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 217

پاسخ اشکال: تفاوت است بین اینکه مال نزد وی امانت بماند و آن را حفظ کند یا آن را از طرف مالك صدقه بدهد در صورت اول با توجه به این قاعده و همچنین قاعده «لَمَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» ضامن نیست ولی در صورت دوم ضامن است چون شارع حکم را چنین جعل کرده است که می تواند صدقه بدهد ولی اگر مالك پیدا شود ضامن است.

اشکال دیگر در مورد خوردن مال در گرسنگی مفرط است. شخصی که از شدت گرسنگی، ناچار خوردنی ای را که نزد او امانت است بخورد؛ اصل عمل جایز است لیکن ضامن نیز هست.

پاسخ اشکال: در اینجا نیز موضوع از باب امانت خارج است چون در این فرض آنچه اتفاق می افتد اتلاف است نه تلف. این اتلاف اگر چه در حالت اضطرار واقع شده، ضامن راجع به آن باقی است.

اما در مورد سازنده و حمال و باربر و اجیر و امثال آن که از طرف مالك یا وکیل یا ولی مأذون هستند، مالی که نزد آنهاست به دلیل وجود همین قاعده در حکم امانت است و لذا در صورت تلف، ضامن نیستند ولی اگر اتلاف صورت گیرد ضامن خواهند بود که آن بحث خود را دارد.

خلاصه آنچه ذکر شد این است که قاعده «عدم ضمان امین جز با تعدی و تفریط» قاعده ای فقهی است که با ادله عقلی و نقلی ثابت است و اشکالات وارده به این قاعده از عمومیت آن نمی کاهد ولی باب ضمان اتلاف موضوعی دیگر است که از بحث این قاعده خارج می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی)،

6 موارد تطبیق قاعده

در تمام مواردی که مال غیر نزد شخص است و او از طرف مالک یا شارع مأذون است و شرط ضمانی از طرف مالک یا شارع نسبت به آن نشده است، ید او ید امانی است و در چنین صورتی اگر تعدی و تفریط در کار نباشد، تلف مال موجب ضمان نیست. در مواردی که به جهت اذن مالک، صاحب ید ضامن نیست مانند آن است که وی از طرف مالک وکیل است مانند وکیل در انواع معاملات از بیع و صلح و اجاره و اخذ به شفعه و رهن و ادای دین و اعطای قرض و مضاربه و مزارعه و مساقات و خرید وسایل زندگی و خرید ملک و خانه و باغ و سپردن مال موکل به حمال و باربر و بسیاری از موارد دیگر که به علت وضوح از آن خودداری می شود.

در مواردی که جهت اذن شارع ضمان وجود ندارد مانند لقطه در مدت شناسایی مالک آن و مجهول المالك تا زمانی که از یافتن صاحب مال یأس حاصل شود و از طرف وی تصدق داده شود (البته پس از حصول شرایط تصدق از نظر وجود فقیر و تحصیل اذن حاکم شرع و اینکه خود یا بنده محتاج و فقیر نباشد).

اقدامات حاکم شرع یا وکیل و مأذون از طرف وی نسبت به اموال غایبان و قاصران و اقدامات پدر و جد نسبت به اموال صغارشان و اقدام وصی و قیم نسبت به اموال تحت وصایت و قیومیت و صاحب مالی که خمس و زکات به آن تعلق گرفته تا حصول و پیدایش فقیر و مستحق و امکان رساندن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 219

مالکی که از غرق شدن و سوختن نجات داده شده یا از دست سارق گرفته شده بدون اطلاع مالک در موارد سه گانه.

در این موارد و موارد بسیار دیگر امثال آن اگر بدون تعدی و تفریط مال نزد امین تلف شود، ضمانی از ناحیه ید بر او نیست ولی اگر سببهای دیگری غیر از ید ایجاد شود که موجب ضمان است، بحث دیگری است. «1»

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

(1) بحث قاعده عدم ضمان امین که در صفحات اخیر آمد، ترجمه ای نه چندان رسا از کتاب گرانسنگ قواعد الفقهیه تألیف مرحوم آیت الله العظمی سید میرزا حسن موسوی بجنوردی (ره) بود که با اندکی تلخیص در این بخش آورده ام.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 221

قاعده قرعة

اشاره

قاعده قرعة از جمله قواعد معروف است که در بسیاری از ابواب فقه- چه در منازعات چه در غیر منازعات- به کار می رود و فقهای عظام در موارد فراوان به آن تمسک می کنند. از چند جهت می توان پیرامون این قاعده بحث کرد. جهت اول مستندات و مدارك قاعده و جهت دوم، دلالت آن و جهت دیگر تطبیق قاعده در موارد مختلف است.

1 مستندات و مدارك قاعده قرعة

قاعده قرعة، هم دارای مدرك قرآنی و هم واجد مدرك روایی است و علاوه بر اینها اجماع هم بر آن قائم است. مضافاً عمل به قرعة در صورت بسته شدن تمام راهها يك حکم عقلایی است با قطع نظر از عادات و رسوم و انفعالات.

بدین معنی عقلاً بما هم عقلاً به طور موجبه جزئیه، قرعة را يك طریق الی الواقع

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 222

می دانند و به وسیله آن رفع مشکل و اشتباه می کنند.

در قرآن کریم دو آیه هست که خداوند تبارك و تعالی به موجب آنها قرعة را تنفیذ می فرماید، یکی جریان حضرت یونس (ع) و دیگری جریان حضرت زکریا (ع) است. خداوند سبحان درباره حضرت یونس می فرماید: «فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ» مفسرین «فَسَاهَمَ» را به «فاقترها» تفسیر کرده اند؛ یعنی حضرت یونس (ع) با آنها قرعة کرد و در این قرعة مغلوب شد.

می توان برای اصل مشروعیت قرعه از این آیه شریفه استفاده کرد، درست است که اسلام خاتم ادیان است، ولی می دانیم که پیامبران سلف هم کار خلافتی را انجام نمی داده اند. آیه دوم درباره حضرت زکریاست «وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ.» (1) زیرا در ایام کودکی حضرت مریم درباره کفالت او بحث بود،

حضرت زکریا می گفت چون خاله او همسر من است لذا من احق هستم، ولی دیگران هم خواهان کفالت او بودند که این گروه به اتفاق حضرت زکریا به کنار رود اردن رفتند و گفتند که همه قلمهایمان را به آب می اندازیم و قلم هر کس که روی آب قرار گرفت او کفالت مریم را عهده دار می شود. در روایات هست که سه بار این عمل را تکرار کردند و در هر سه نوبت قلم حضرت زکریا (ع) روی آب ماند و بقیه قلمها در آب فرو رفت و لهذا طبق آیه شریفه و روایات فراوان، حضرت زکریا از راه قرعه متصدی کفالت حضرت مریم شد.

بنابراین ما به خوبی می توانیم مشروعیت قرعه را از این دو آیه استفاده کنیم؛ زیرا

(1) آل عمران (3): 44.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 223

به نقل قرآن مجید دو پیامبر خود وارد کار قرعه شده اند. روایات شریفه هم این معنی را تفسیر کرده اند. پس دلیل اول ما در مشروعیت قرعه کتاب و دلیل دوم سنت است. دو دسته روایت داریم: یک دسته از روایات به بیان اصل مشروعیت قرعه می پردازد و موضوع آن را روشن می کند، اینکه در چه مواردی تمسک به قرعه جایز است. دسته دیگر درباره امور خاص می باشد. در موارد بسیار ائمه معصومین (ع) و نیز خود پیامبر اکرم (ص) قرعه کرده اند.

گفتیم که دسته اول روایات درباره اصل مشروعیت قرعه و حدود جریان قرعه می باشد؛ این روایات به چند لسان است. معصوم (ع) می فرماید: «القرعة لكل امر مشکل» یا «القرعة لكل امر مشتبہ» یا «القرعة لكل امر مجهول» و یا «القرعة لكل امر ملتبس» در این

موارد مبتدا محلی به الف و لام است که افاده حصر در خبر می کند؛ یعنی «تنحصر القرعة فی کل امر مشکل» یا «فی کل امر مشتبه» یا «فی کل امر ملتبس» و یا «فی کل امر مجهول». لذا هرکجا این عناوین تحقق پیدا کرد، جای قرعة است. اگر در جایی دیده شد که موضوع مشکل است و برای ما هیچ راهی نیست و یا اشتباه و التباس و جهل همچنان برقرار است، برای رفع اشکال و اشتباه و التباس می توان به قرعة تمسک کرد. بنابراین، روایاتی که در اصل مشروعیت قرعة وارد شده، لسانهای متعددی دارند و از حیث سند اگر آحاد آنها را بخواهیم حساب کنیم، بعضی مرسله است، بعضی مضمرة، بعضی مقطوعة، بعضی مرفوعة و بعضی دیگر مجهول می باشد. ولی آن طور که مرحوم والد- قدس سره- بیان کرده اند ما می توانیم از مجموع آنها استفاده تواتر معنوی کنیم. البته تواتری که در اینجا ادعا شده است تواتر معنوی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 224

می باشد؛ یعنی روایات متعدد از طرق مختلف وارد شده است، اما همه یک چیز را می گویند و آن اینکه قرعة حجت است و در چنین مواردی جریان می یابد.

بنابراین می توان ادعای تواتر معنوی کرد و در این صورت به اقامه دلیلی بر حجیت آن نیاز نیست؛ زیرا مضمون این روایات که از معصوم (ع) صادر شده است، افاده علم می کند. صحیحه محمد بن حکیم- هم مرحوم صدوق به دو طریق صحیح در کتاب فقیه نقل می کند و هم مرحوم شیخ در تهذیب این چنین است:

قال: سألت ابا الحسن الرضا (ع) عن القرعة فی ای شیء؟ فقال لی کل

مجهول ففیه القرعة، قلت له: «ان القرعة تخطي و تصيب قال: كلما حکم الله به فليس بمخطئ. (1)»

البته منظور از این روایت آن نیست که قرعة هیچ گاه خطا نمی کند، بلکه می خواهد بگوید حکم خطا را ندارد؛ یعنی مکلف مؤمن دارد و اگر کسی بر طبق قرعة عمل کرد بر طبق دلیل عمل کرده است، همان طور که اگر مکلفی بر طبق يك روایت معتبر عملی را انجام دهد و بعد معلوم شود که در واقع با حکم خدا مخالفت کرده است، عقاب نمی شود. اگر کسی هم بر طبق قرعة عمل کند و به خطا برود، معاقب نخواهد بود، زیرا «للمصیب اجران و للمخطئ اجر واحد».

(1) وسائل الشیعة، کتاب القضاء، باب 13 از ابواب کیفیت الحکم و احکام الدعوی، حدیث 10؛ شیخ طوسی (ره) در کتاب نهایی می فرماید: «و کل امر مشکل مجهول یشتبہ الحکم فیه فینبغی ان تستعمل فیه القرعة، مما روی عن ابی الحسن موسی و عن غیره من آبائه و ابناؤه من قولهم، کل مجهول ففیه القرعة و قلت له: ان القرعة تخطی و تصیب، فقال: کل ما حکم الله به فليس بمخطئ».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 225

بنابراین منظور امام (ع) این نیست که قرعة حتما به واقع اصابت می کند؛ بلکه غرض آن است که مکلف از طریق شرعی استفاده کرده است و اگر در مخالفت با واقع افتاد، معاقب نیست.

مرحوم صدوق در کتاب فقیه روایتی را نقل می کند که در صحیحہ ابی بصیر آمده است که پیغمبر اکرم (ص) فرمود: «لیس من قوم تنازعوا ثم فوضوا امرهم الى الله عز و جل الا خرج سهم المحق». (1) در این

روایت هم معصوم (ع) نمی خواهد خبر از امری تکوینی بدهد و بگوید اگر کسی به قرعة تمسک کرد به واقع دست می یابد، بلکه می گوید چیزی که در خارج واقع شده و بر طبق آن عمل شده دارای مؤمن است؛ زیرا خداوند تبارک و تعالی این راه را تعیین کرده و مکلف از آن استفاده نموده است. بنابراین مکلف مؤمن دارد و در واقع قرعة با سایر امارات فرقی ندارد، همچنان که امارات دیگر دائم المطابقة نیستند، قرعة هم دائم المطابقة نیست و اینکه معصوم (ع) می فرماید: «كما حکم الله به فليس بمخطئ» جعل حجیت است حجیت بخشیدن و امارة قرار دادن قرعة است و می خواهد بگوید نوعا مطابقت می کند و اگر هم خطا کرد مکلف مؤمن دارد، زیرا بر طبق حکم خدا عمل کرده است و در روایت دیگر حضرت می فرماید:

ای قضیة اعدل من القرعة اذا فوض الأمر الى الله أليس الله تعالى يقول فساهم فكان من المُدْحَضِينَ. (2)

(1) همان، حدیث 5.

(2) همان، کتاب المیراث، باب 4 از ابواب میراث الغرقی، حدیث 40؛ کتاب القضاء، باب 13، حدیث 12؛ مستدرک الوسائل، کتاب القضاء، باب 11، حدیث 4.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 226

این روایت قرعة را بهترین راه می داند، زیرا مکلف امر خود را به خدا تفویض می کند در دعائم الاسلام از مولا امیر المؤمنین و از امام باقر و امام صادق (ع) روایتی نقل شده است که فرموده اند «القرعة لكل امر مشكل». در دعائم الاسلام از حضرت صادق (ع) نقل شده است که ایشان فرموده اند: «و ای حکم فی الملتبس اثبت من القرعة أليس هو التفویض الى الله جل ذكره؟».

زمانی که تحصیل واقع ممکن نیست و همه راههای رسیدن به واقع مسدود است چه چیزی از قرعه می تواند محکم تر باشد. بنابراین کسی که به قرعه عمل می کند امر خود را به خدا تفویض می کند.

درباره عبد المطلب جد پیامبر اکرم (ص) آمده است که نذر کرده بود اگر خداوند پسری به او بدهد او را قربانی کند- البته ممکن است اشکال گرفته شود که این نذر باطل بوده است، ولی ما فعلا- در صدد این معنی نیستیم که ببینیم نذر وی درست است یا نه- اما وقتی خداوند عبد الله را به او داد علاقه عجیبی نسبت به او پیدا کرد و برایش دشوار بود که کودک را در راه خدا قربانی کند و گفت که به جای وی شتر نحر می کنم «و القى السهام على ابل ينحرفها يتقرب بها مكانه فلم تزل السهام تقع عليه...» و همه به اسم عبد الله در می آمد و او يك شتر کنار می گذاشت «حتى بلغت مائة من الابل فوقعت السهام على الابل فأعاد السهام مرارا» فقال: «الآن علمت ان ربي قد رضي» عبد المطلب گفت حال فهمیدم که اگر صد شتر را نحر کنم خداوند راضی است.

(1) مستدرک الوسائل، کتاب القضاء، باب 11، حدیث 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 227

بنابراین، دسته اول از روایات در بیان مشروعیت قرعه و موارد جریان آن است؛ دسته دوم از روایات درباره موارد جزئی است که ائمه (ع) ارجاع به قرعه کرده اند. صحیحته حلبی عن ابی عبد الله (ع) قال:

إذا وقع الحر والعبد والمشرک علی امرأة فی طهر واحد و ادعوا الولد أقرع بینهم، و کان

الولد للذی یقرع. «1»

در اینجا می بینیم با قرعة انتساب ولد به پدر معلوم می شود. در صحیحہ حلبی عن ابي عبد الله (ع) آمده است که مردی می گفت اول مملوکی که به دست بیاورم آزاد می کنم و برای مثال هفت مملوک از طریق ارث به او رسید؛ حال باید کدام را آزاد کند؟ می بینیم در اینجا تعیین واقعی در کار نیست و در مقام ظاهر هم معلوم نیست که کدام يك از بنده ها باید آزاد شوند. در این مورد حضرت فرموده است «یقرع بینهم و یعتق الذی قرع». «2»

ابو حنیفة بر حضرت صادق (ع) وارد شد:

فقال له ابو عبد الله (ع) ما تقول فی بیت سقط علی قوم فبقی منهم صبیان احدهما حر و الآخر مملوك لصاحبه فلم یعرف الحر من العبد؟

فقال ابو حنیفة یعتق نصف هذا و نصف هذا فقال ابو عبد الله (ع) لیس كذلك و لكنه یقرع بینهما اصابته القرعة فهو الحر و یعتق هذا. «3»

با این کار قطع حاصل می شود که حر را بنده قرار نداده اند، چون یکی با قرعة

(1) وسایل الشیعة، کتاب القضاء، باب 13، حدیث 1.

(2) همان، باب 57، حدیث 1 و 2.

(3) همان، باب 13، حدیث 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 228

حر است و دیگری آزاد شده است.

روایات فراوان دیگری هم به همین لسان داریم که در قضایای مشکلة و مجهولة ائمة (ع) ارجاع به قرعة داده اند. البته بعضی از روایات با اصول مذهب ما جمع نمی شود، مثلا در جایی آمده است که حضرت نمی دانست حکم چیست و با قرعة حکم را تعیین کرد که البته این قابل پذیرش نیست. مثلا وحی آمد به حضرت

موسی (ع) که بعضی از اصحاب، پشت سر تو حرف می زنند حضرت موسی عرض کرد او را معرفی کن، خداوند فرمود من خود فمیمة را ملامت می کنم و تو می خواهی که من نمام باشم و بگویم که چه کسی پشت سر تو حرف می زند؟

فقال يا موسى عبت عليه النميمة و تكلفني ان اكون نماما، فقال يا رب و كيف أصنع؟ قال الله تعالى فرق اصحابك عشرة عشرة ثم تفرع بينهم، قال السهم يقع على العشرة التي هو فيهم ثم تفرقهم و تفرع بينهم، قال السهم يقع عليه «1»

اصحاب را ده تاده تا کن و هر ده تایی که مشخص شد باز بین آنها قرعة کن هر کدام از آنها که در آمد او نمام است

می بینید که مسأله تعیین نمام را خداوند سبحان به وسیله قرعة به حضرت موسی (ع) وحی کرد. این مطلب خیلی مهم است که خداوند تبارک و تعالی با وحی به حضرت موسی دستور می دهد که يك موضوع خارجی را با قرعة تعیین کند. روایات هم مؤید همین معنی است.

(1) مستدرک الوسائل، کتاب القضاء، باب 11، حدیث 5.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 229

روایتی در بحار نقل شده است که می گوید حضرت امیر المؤمنین (ع) در مواردی که از کتاب و سنت چیزی به دست نمی آورد، با قرعة معضل خود را حل می کرد. «1»

لکن به نظر می رسد که این روایت نمی تواند درست باشد زیرا چگونه ممکن است که حضرت امیر المؤمنین (ع) که مبدأ تشریح است جاهل به حکم باشد. در هر صورت از مجموع این روایات می توان این معنی را استفاده کرد که ائمة اطهار (ع) قرعة

را امضاء کرده و در موارد بسیار به قرعة ارجاع داده اند.

سومین دلیل بر مشروعیت قرعة اجماع است. علمای مسلمین و کل امت اسلامی به طور موجبه جزئیة قرعة را قبول دارند، اما در موارد اختلاف است؛ یعنی بعضی آن را در خصوص منازعات، بعضی در خصوص شبهات موضوعیة، بعضی در خصوص شبهات موضوعیة تحریمیة و بعضی در خصوص شبهات موضوعیة بدویة نمی آید و در خصوص شبهات مقرونه به علم اجمالی می آید، خلاصه آنکه دیدگاهها مختلف است ولی می توان گفت که قرعة به طور موجبه جزئیة حجت است و به طور سلب کلی هم هیچ يك از علمای اسلام نگفته اند که قرعة حجت نیست و عده ای که بر کنار گذاشتن قرعة اصرار دارند می گویند قرعة به مقداری حجت است که فقها بدان عمل کرده اند، پس معلوم می شود که باز قرعة را در

(1) همان، حدیث 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 230

مواردی حجت می دانند، بنابراین به طور قطع می گوئیم به نحو موجبه جزئیة قرعة حجت است و احدی از فقهای اسلام به طور سلب کلی منکر قرعة نشده اند؛ البته می دانیم که این اجماعات حجیتی ندارند، زیرا روایات زیادی بر وفق آنها هست و در اصول گفته شده است که اجماع مدرکی اعتباری ندارد، زیرا اجماع وقتی حجت است که کشف قطعی از رأی معصوم (ع) بکند و دلیلی بر وفق مجمعی نباشد، اما در باب قرعة روایات بسیار بر وفق مجمعی وجود دارد و احتمال بسیار قوی ای که مدرک فتوای مجمعی همین روایات باشد و وقتی مدرک

اجماعات روایات باشد وظیفه، مراجعه به روایات و برداشت از آنهاست؛ چون فهم اصحاب برای ما حجت نیست. بنابراین چنین اجماعی برای ما کارساز نیست فقط این اجماع می تواند ضعف روایات را جبران کند؛ یعنی برداشت ما از این اجماع آن است که علم اجمالی داریم. بعضی از این روایات از معصوم (ع) صادر شده است که قهرا این معنی محقق تواتر اجمالی است.

2 میزان دلالت قاعده قرعة

میزان دلالت قاعده قرعة چقدر است؟ آیا قرعة کل شبهات را در بر می گیرد؟

مانند: شبهه حکمیة، موضوعیة، بدویة، مقرونه به علم اجمالی تحریمیة و وجوبیة یا خیر؟ ادله قرعة از در بر گرفتن بعضی از این اقسام ابا دارد؟ ما می گوئیم ظاهر لسان اینکه می گوید:

«القرعة لك امر مشكل» و «القرعة لكل امر مشتبہ» و «القرعة لكل امر مجهول»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 231

در برگیرنده همه موارد است و فرقی میان شبهه حکمیة و موضوعیة و وجوبیة و تحریمیة و بدویة و یا شبهه مقرونه به علم اجمالی نیست. اما باید دید واقع مسأله چیست؟ آیا می توان گفت اطلاق «القرعة لكل امر مشكل» همه این موارد را در بر می گیرد؟ مسلماً نه؛ زیرا اگر ملتزم به این امر شویم، باید فقه را به کلی تعطیل کنیم و هر جا فقیه دچار شك و شبهه شود فوراً مسأله را با قرعة حل کند، بنابراین قطع داریم که قرعة در همه موارد جاری نمی شود. بنابراین يك يك موارد را باید بررسی کرد و دید قرعة در کدام يك از شبهات جاری می شود.

يك رشته قاعده داریم که مختص به يك باب نیست، بلکه در همه شبهات حکمیة جاری می شود، همچنین قواعدی داریم

که مخصوص ابواب معینی از شبهات حکمیة است. اصول تنزیلیة و غیر تنزیلیة را هم داریم که با این اصول و قواعد می توان رفع مشکل کرد و دیگر جایی برای جریان قرعة باقی نمی ماند.

بنابراین شبهات حکمیة از عموم ادله قرعة خارج می شوند. اکنون بینیم قرعة در شبهات موضوعیة جریان پیدا می کند یا خیر؟

بعضی از شبهات موضوعیة بدویة هستند و بعضی شبهات مقرونه به علم اجمالی و ما قطع داریم که ادله قرعه شبهات بدویة را هم نمی گیرد چرا؟ چون در تمامی موارد شبهات بدویة هم قواعد و هم اصول داریم در اکثر آنها یا براءت یا استصحاب و یا اصالة التخییر جریان پیدا می کند. قواعد دیگری هم هست که راه گشاست؛ مثل اصالة الصحة، قاعدة ید، قاعدة فراغ، قاعدة تجاوز. بنابراین در شبهات بدویة هم کسی از فقها نگفته است و نمی تواند بگوید که قرعه جاری می شود. در این صورت قرعه منحصر می شود در شبهات موضوعیة مقرونه به

قواعد فقهیة (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 232

علم اجمالی و اگر بگوییم که قرعه در خصوص شبهات موضوعیة مقرونه به علم اجمالی هم جریان دارد باز دچار مشکل هستیم. چون می دانیم که اگر علم اجمالی منجز شد و شبهة، شبهة محصورة شد و مورد ابتلاء بود، مقتضای تنجیز علم اجمالی این است که احتیاط کنیم و وجوبا از کل علم اجمالی اجتناب کنیم؛ یعنی اگر فعل وجودی باشد باید همه اطراف را بیاوریم، وجوب موافقت قطعیه می گوید باید تکلیف منجزی را که مردد بین اینهاست آورد و اگر ترکی باشد، علم اجمالی حرمت مخالفت قطعیه می آورد؛ بنابراین باید تمام اطراف را ترك کرد. پس در اینجا احتیاط

ممکن است و در جایی که احتیاط ممکن باشد آیا می توان گفت که امر برای ما مشکل یا مجهول است؟ مسلماً نه، بلکه باید با احتیاط مسأله را حل کرد؛ مثلاً اگر کسی در بیابان قرار گرفت و نتوانست جهت قبله را تشخیص بدهد مشهور فتوی داده اند که به چهار طرف نماز بخواند که در این صورت قطع به امثال حاصل می شود و مکلف یقین پیدا می کند که یکی از چهار نماز او به طرف قبله بوده است. البته نظر ما این است که با سه نماز در سه طرف هم یقین حاصل می شود که امثال تحقق پیدا کرده است؛ بنابراین با احتیاط اشکال و اشتباهی باقی نمی ماند.

اگر بگوییم آیا قرعه در مطلق شبهات موضوعیه مقرونه به علم اجمالی جریان پیدا می کند یا نه می گوییم نه، ما برای قرعه حدود تعیین کردیم و گفتیم قرعه در جایی می آید که عنوان مشکل، ملتبس مشتبه و مجهول برقرار باشد و اگر راهی هست غیر از قرعه که بتوان با آن اشکال و اشتباه را رفع کرد، قطعاً باید بر طبق آن عمل کرد و در جایی که احتیاط ممکن است باید احتیاط کرد. بنابراین قید

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 233

دیگری می زنیم و می گوییم قرعه در آن دسته از شبهات موضوعیه مقرونه به علم اجمالی جاری می شود که احتیاط در آنها راه ندارد یا ممکن نیست، مثلاً- من علم اجمالی دارم که یا این فعل برای ما واجب است یا آن فعل حرام است و اگر بخواهم مردد را اتیان کنم در حالی که می دانم یکی حرام و دیگری واجب است از راه احتیاط

نمی توان چنین کرد؛ زیرا اگر این کار انجام یابد یقیناً مرتکب فعل حرام شده ام.

در موارد دوران امر بین محذورین، که دوران بین واجب و حرام است، اگر علم اجمالی هم باشد نباید همه اطراف را به جای آورد چون نه وجوب موافقت قطعی دارد و نه حرمت مخالفت قطعی. در این قبیل موارد حکم تخییر است و اگر مکلف مخیر است که یکی را انجام دهد امثال کرده است. چون امثال در این موارد به حکم عقل و وجوب موافقت احتمالی است. بنابراین در شبهات موضوعیه مقرونه به عم اجمالی که احتیاط راه نداشته باشد یا ممکن نباشد، جریان قرعه جایز است؛ زیرا از راه احتیاط تام عسر و حرج و اختلال نظام پدید می آید.

در اینجا مثالی می زنیم: در گله موطئه برای جدا کردن حیوان وطنی شده حکم به قرعه شده است، در حالی که طبق صناعت باید از کل گله گوسفند اجتناب شود، چون شبهه، شبهه محصوره است و در اطراف علم اجمالی، در صورتی که شبهه محصوره باشد باید از همه اطراف اجتناب کرد چون هم حرمت مخالفت قطعی دارد و هم وجوب موافقت قطعی و اصول هم در اطراف علم اجمالی جاری نمی شود، در صورتی که مخالف با معلوم بالا جمال باشد و لو اینکه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 234

مستلزم مخالفت عملیه نباشد، وقتی اصول جاری نشد موافقت قطعی آن لازم است. حرمت مخالفت قطعی هم به موجب تنجیز علم اجمالی لازم است بنابراین باید از تمام گله گوسفند اجتناب کرد. چرا ائمه معصومین (ع) در چنین موارد حکم به قرعه کرده اند در حالی که ممکن است گوسفندی که قرعه

به نام او در آمده است گوسفند موطونه نباشد؟ دلیل حکم آن است که در این مورد احتیاط راه نداشته است چرا؟ چون در چنین مواردی احتیاط با عسر و حرج و اختلال نظام ملازمة دارد و باید زمان صدور روایت را در نظر گرفت که اگر در يك منطقه يك یا دو گله وجود داشته باشد و بنا باشد تمامی گوسفندهای يك گله ذبح و سپس سوزانده شوند، معنایش این است که مردم از حیث غذا در مضیقه قرار می گیرند.

دین مقدس اسلام برای جلوگیری از عسر و حرج و اختلال نظام جلوی احتیاط را گرفته و دستور قرعة داده است؛ زیرا اسلام هر حکمی را که مستلزم عسر و حرج باشد نفی کرده است مثلاً در قرآن مجید خداوند سبحان می فرماید:

«وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» بنابراین هرکجا احتیاط راه نداشته باشد مجرای قرعة است و اگر کسی بگوید حکم به قرعة درباره گله موطونه خلاف قاعده است، می گوئیم این چنین نیست و بر وفق قاعده است؛ زیرا شرع در این مورد جلوی احتیاط را می گیرد و وقتی چنین شد، قهراً موضوع قاعده قرعة تحقق پیدا می کند؛ بنابراین فرمایش معصوم (ع) بر طبق قاعده است.

مرحوم آقاضیاء (ره) معتقدند که ادله قرعة آبی است از اینکه شبهات حکمیة را در بر بگیرد، البته خواهیم گفت که لسان دلیل قصوری ندارد و ادلة و عمومات

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 235

قرعة تمامی این موارد را در بر می گیرد، اما چرا ما سعی در توضیح قاعده داریم قصوری در ادلة نیست، چیزی که هست موضوع قرعة عینیت پیدا نمی کند. باید دید عینیت

پیدا کردن موضوع قرعة در کجاست؟ در جایی است که مشکل، مشتبه، مجهول و ملتبس وجود داشته باشد و اگر راهی باشد که از طریق آن بتوان رفع اشکال و اشتباه کرد قطعاً قرعة جریان پیدا نخواهد کرد. زمانی می‌گوییم که امری مشکل یا مشتبه است که هیچ راه دیگری باقی نمانده باشد و در این صورت است که قرعة می‌تواند جریان پیدا کند. بنابراین اگر می‌گوییم که در شبهات حکمیة چه وجوبیة و چه تحریمیة و نیز در شبهات موضوعیة بدویة قرعة جریان پیدا نمی‌کند به این جهت است که با عمل کردن به اصول و قواعد در این موارد مشکل و مشتبهی باقی نمی‌ماند و فقط قرعة در جایی جریان پیدا می‌کند که شبهة موضوعیة و مقرونه به علم اجمالی باشد که یا در آن احتیاط راه نداشته باشد یا ممکن نباشد.

لذا فقهای عظام فتوی داده اند که اگر کسی دو پیراهن دارد و علم دارد که یکی از آن دو نجس است، باید در هر دو پیراهن نماز بخواند. در این صورت می‌تواند قطع پیدا کند که یکی از دو نماز او با لباس طاهر بوده و او شرط را تحصیل کرده است، آیا در این مورد هم می‌توان گفت که امر مشکل است و باید به قرعة متوسل شد؟ مسلماً نه؛ زیرا مقتضای تنجیز علم اجمالی این است که مکلف موافقت قطعیه کند و در هر دو لباس نماز بخواند تا یقین پیدا کند که یکی از دو نماز محصل غرض و قهراً باعث سقوط امر صلاتی شده است؛ بنابراین قرعة وقتی حجت و امارة است که هیچ راهی از برای رفع

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 236

نداشته باشد و مشکل همچنان باقی و برقرار باشد.

از مسأله دیگری که باید در قاعده قرعه پیرامون آن بحث کرد، این است که آیا قرعه مختص اموری است که در مقام ثبوت تعیین واقعی دارد، اما در مقام اثبات آنها اشتباه و اشکال و التباس وجود دارد؟

نتیجه این مطلب آن است که اگر ضابطه وجود داشت؛ یعنی شبهه، شبهه موضوعیه مقرونه به علم اجمالی بود و در آن یا احتیاط راه نداشت یا ممکن نبود ولی تعیین واقعی وجود نداشت، نمی توان به قرعه تمسک کرد. این حرف درست نیست زیرا از ادله قرعه چنین استفاده می شود که حتی در مواردی هم که تعیین واقعی در کار نباشد قرعه جریان پیدا می کند؛ مانند موردی که فردی نذر کرده بود که اگر مملوکی داشته باشد آن را آزاد کند و در يك زمان سه بنده به او ارث رسید، در اینجا تعیین واقعی و ثبوتی در کار نیست؛ ولی معصوم (ع) حکم به قرعه کرده اند، بنابراین چه تعیین واقعی وجود داشته باشد و چه وجود نداشته باشد، آنچه حجت است برای علم به قرعه آن است که در مقام اثبات، امر مشتبه، مشکل، مجهول یا ملتبس باشد. بنابراین ملاک در جریان قاعده قرعه اشتباه و اشکال و التباس در مقام اثبات است.

گروهی معتقدند که قرعه فقط در منازعات حجت است، ولی ما معتقدیم که ادله نسبت به این امر ساکت است و قاعده قرعه اختصاص به منازعات ندارد؛ بلکه در احکام و تکالیف شخصی هم می توان به قرعه عمل کرد. سید ابن طاووس - قدس سره -

می گوید: اگر به بیابان رفتید و نتوانستید جهت قبله را تعیین کنید، می توانید با قرعه به يك جهت نماز بخوانید و تکلیف از شما ساقط

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 237

می شود. ولی این حرف قابل پذیرش نیست؛ زیرا در چنین مواردی احتیاط امکان دارد. بنابراین قرعه در شبهات موضوعیه مقرونه به علم اجمالی جریان پیدا می کند که یا احتیاط راه ندارد یا ممکن نیست، چه در منازعات و چه در غیر منازعات چه تعیین واقعی وجود داشته باشد و چه نداشته باشد، همین که در مقام اثبات صدق کرد که هذا مشتبّه، هذا مشکل یا هذا ملتبس قرعه جریان پیدا می کند.

گفتیم آنچه که از ظاهر روایات و ادله قرعه برمی آید این است که قاعده قرعه خصوص شبهات موضوعیه مقرونه به علم اجمالی را در بر می گیرد که در آنها یا احتیاط راه نداشته باشد یا ممکن نباشد. با این بیان چند نوع شبهه خارج می شود:

شبهات حکمیه و جوویه و تحریمیه و شبهات موضوعیه بدویه، ولی مرحوم آقا ضیاء الدین عراقی (ره) معتقدند که نیازی نیست گفته شود ادله قرعه همه شبهات را در بر می گیرد و سپس با دلیل دیگر چند مورد خارج شود و در نتیجه گفته شود قرعه در خصوص شبهات موضوعیه مقرونه به علم اجمالی که در آن یا احتیاط راه نداشته باشد و یا ممکن نباشد جریان پیدا می کند، بلکه ادله قصور دارند از اینکه شبهات حکمیه را بگیرند، چون می گوئیم: «القرعة لكل امر مشکل»، یا «القرعة لكل امر مشتبّه»، و یا «القرعة لكل امر ملتبس» و کلمه «امر» ظهور در ذات شیء دارد نه حکم شیء و وقتی

امر یا نهی یا چیزی دیگر به ذوات اشیاء تعلق گرفت قهرا ناظر است به خود موضوع، نه حکم و باید يك مؤونۀ زائده باشد تا حکم آن شيء را بیان کند، اما وقتی گفت: «هذا الشیء منهي عنه» یا «هذا الشیء مأمور به»؛ یعنی ذات این شيء منهي عنه و یا مأمور به است نه حکم آن؛ بنابراین اگر فرمایش مرحوم آقا ضیاء الدین (ره) پذیرفته شود، باید گفت نیازی به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 238

تخصیص زدن به ادله قرعه نیست تا گفته شود قرعه در شبهات حکمیة مطلقا جاری نمی شود، بلکه از اول می گوئیم ادله قصور دارد.

اما به ایشان به این صورت اشکال می شود که کلمه شيء و امر، از اوسع مفاهیم است و حتی شامل ذات باری تعالی هم می شوند، شيء هم شامل حکم می شود و هم شامل موضوع. مثلا در قاعده طهارت می گوئیم «كل شيء لك طاهر حتى تعلم انه قدر» در این زمینه محققین نگفته اند که شبهات حکمیة را نمی گیرد، با این استدلال که گفته است که شيء و ... شيء ناظر به ذات موضوع است؛ بنابراین شيء هم شامل موضوع می شود و هم حکم و قصوری در ادله نیست.

گروهی معتقدند که قاعده قرعه در خصوص حق الناس جاری می شود، ولی این طور نیست و فرقی میان حق الناس و حق الله و وجود منازعه و مخاصمه ای و عدم وجود آن نیست.

3 قاعده قرعه اصل است یا اماره؟

برای روشن شدن این مطلب باید نخست ضابطه اماره و اصل تنزیلی و غیر تنزیلی را بیان کرد.

گاه واقع از برای شيء به تمامی انکشاف، منکشف است؛ یعنی این شيء بما انه صفة من

صفات النفس لحاظ می شود. از آن جهت که صفتی بر نفس عارض می شود، در حقیقت يك امر تکوینی و در عالم عین است و شامل عوارض نفس

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 239

می شود. لذا می گویند که تکامل در نفس، تطور در نفس و حرکت در آن است.

قهرًا تمام این حالات در عالم عین واقع می شوند و معروض آنها هم عالم عین است.

به تعبیر دیگر، حالات نفس عین نفس است و بر همین اساس مسأله اتحاد عاقل و معقول درست می شود، به جهت اینکه شئون و اطوار شیء عین همان شیء است. اگر علم را به این معنی لحاظ کنیم «بما انه منكشف تمام الانكشاف» و «بما انه صفة من صفات النفس» به يك مرحله از علم توجه کرده ایم.

مرحله دیگر علم مرحله کاشفیت و طریقت است؛ یعنی اضافه بر اینک علم و قطع کاشفیت ذاتی دارد مظهر هم هست و ارائه طریقت هم می کند، همچنین چیزهای دیگر را هم به مرحله اثبات می رساند. این مرحله دوم علم و قطع است.

مرحله سوم قطع همان منجزیت و عمل کردن بر طبق آن است به اعتبار منجزیت للواقع، اگر چیزی برای انسان منجز شد به حکم عقلا باید بر طبق آن عمل شود؛ در اینجا گاه انسان عمل می کند «بما انه متيقن و بما انه واقع» و عمل خود را تنزیل می کند به منزله واقع و می گوید «بما انه واقع و بما انه متيقن» این کار را انجام می دهد و مشکوک را تنزیل می کند به منزله متيقن و عمل خود را تنزیل می کند به منزله واقع، از این رو می گوئیم که واقع برای ما محرز است.

مرحله

چهارم علم همان منجزیت است و صرف بنای عملی است کاری به واقع و متیقن ندارد و تنزیل و ادعایی در کار نیست؛ یعنی صرف بنای عملی است. بنابراین برای علم چهار مرحله است.

اکنون ببینیم در کدام يك از مراحل هیچ چیز قائم مقام علم نیست و در کدام

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 240

يك از مراحل چیزی هست که بتواند قائم مقام علم باشد.

در مرحله اول هیچ چیز نمی تواند قائم مقام علم باشد؛ زیرا کل شیء هو هو و لیس غیره، اگر علم را که همان انکشاف و واقعیت به اعتبار انه صفة من صفات النفس است ملاحظه کردیم، هیچ چیز نمی تواند قائم مقام آن باشد، اگر آن صفات نفسانی در نفس پیدا شد- که همان انکشاف باشد- می گویند علم در این مرحله پدید آمد و اگر آن صفت در نفس پیدا نشد، نمی توان چیز دیگر را قائم مقام آن کرد. پس در مرحله اول علم هیچ چیز وجود ندارد که بتواند قائم مقام آن بشود؛ نتیجه این است که اگر در امری «قطع صفتی» موضوع حکم شد، نمی توان گفت چیز دیگری قائم مقام اوست. او قائم مقام ندارد، زیرا موضوع دلیل ما «القطع الصفتی» است؛ یعنی آن قطعی که یکی از صفات نفس است، موضوع دلیل است.

بعضی گمان کرده اند باب شهادت بدین نحو است که شاهد باید قطع صفتی داشته باشد و مستندشان این است که در کتاب عوالی اللثالی از ابن عباس منقول است که پیامبر اکرم (ص) فرمود: «تری الشمس علی مثلها فاشهد او دع» «1» البته ما این حرف را قبول نداریم و معتقدیم که در شرع

مقدس حتی يك مورد هم نداریم که موضوع دلیل ما قطع صفتی باشد، همه جا موضوع دلیل قطع طریقی است.

مرحله دوم قطع که طریقیست و کاشفیت باشد، قائم مقام وجود دارد؛ امارات و طرق همه قائم مقام علمی هستند که «اخذ فی الموضوع علی نحو الطریقیة»

(1) مستدرک الوسائل، جلد 3، باب 15، از ابواب شهادات، حدیث 2، ص 210.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 241

امارات و طرق چه هستند؟ می گوئیم هر چیزی را که موجب ظن نوعی باشد شرع مقدس و یا عقلا- در عالم اعتبار تشریحی - تتمیم کشف می کنند و می گویند: من قانونگذار و من معتبر در عالم اعتبار تشریحی طریقیست و کاشفیت این امر را که طریقیست و کاشفیت ناقصه دارد تتمیم می کنم؛ یعنی آن را ادعائاً کشف تام به حساب می آورم، به لحاظ آثارش در حیطة قانونی خود آثار کشف تام را بر آن بار می کنم و از این طریق به آن حجیت می بخشم. مثلاً شهادت دو عادل برای غالب مردم موجب ظن است و می بینیم که شرع مقدس بینة را حجت کرده و گفته است ظنی که از شهادت دو عادل حاصل می شود، ظن معتبر است و در مبحث سنت تأسیس اصل کردیم و قائل شدیم به «عدم حجیة کل ظن الا ما خرج بالدلیل»، «اصالة حرمة العمل بكل ظن الا ما خرج بالدلیل» این کار نیز با استفاده از آیات انجام یافت. قرآن مجید می فرماید: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً»* لذا می گوئیم «الظن بما هو ظن» حجت نیست، مگر اینکه دلیل قطعی بر حجیت آن اقامه شود. لذا به این ظن گفته می شود ظن خاص.

بنابراین،

هر جا ظن خاص و معتبر بود، معنایش تتمیم کشف است. معنایش این است که شرع مقدس و یا عقلا این ظن را که کاشفیت و طریقت ناقصه دارد، در عالم اعتبار تشریحی کشف تام به حساب می آورند و آثار کشف تام بر آن بار می کنند؛ بنابراین جعل حجیت برای امارات و طرق از باب تتمیم کشف است و طرق و امارات قائم مقام علم در مرحله کاشفیت و طریقت آن می شوند که همان مرحله دوم علم باشد.

مرحله سوم علم همان صرف بنای عملی است به اعتبار «انه واقع» و «انه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 242

متیقن» از راه منجزیت در استصحاب و در اصول تنزیلیه نیز چنین است و شارع مقدس کلیه اصول را به چه عنوان برای ما تشریح کرده است؟ به عنوان وظیفه عملی؛ از این رو علمای اصول گفته اند:

الاصول العملية عبارة عن القواعد المجعولة للشك المتحير عن الدليل الاجتهادي و الفاحص عن الدليل الاجتهادي اليائس عن الظفر بالدليل الاجتهادي.

با این قیود وظیفه عملی از برای مکلف شك تعیین شده است که با استصحاب یا برائت یا احتیاط و یا غیره خواهد بود. شارع مقدس که می گوید بنای عملی خود را چنین بگذار يك بار می گوید بما انه متیقن یا بما انه محرز و در بنای عملی ما آن را به منزله متیقن تنزیل می کنیم، در اینجا متیقن کنار گذشته نمی شود چون بنای عملی است، اما بنای عملی به لحاظ انه متیقن است و ما می گوئیم اصول تنزیلیه قائم مقام این مرحله از علم هستند؛ یعنی در هر جا علم به اعتبار منجزیت للواقع بود، استصحاب و نیز کلیه

اصول تنزیلیه، قائم مقام علم می شوند. از این رو بعضی در باب استصحاب گفته اند که «الاستصحاب عرش الاصول و فرش الأمارات» و این معنی به اعتبار منجزیت آن است.

مرحله چهارم قطع، صرف بنای عملی است. گفتیم که تکلیف برای مکلف به صرف بنای عملی منجز می شود؛ یعنی کاری به بما انه واقع و متیقن ندارد. مثل قاعده طهارت و قاعده اصالة الحل و کلیه اصول غیر تنزیلیه. مثلا در قاعده طهارت گفته می شود «كل شيء لك ظاهر حتى تعلم انه قدر»: هر چیزی برای تو پاک است و دیگر کاری به واقع ندارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 243

این دلیل برای ما يك وظیفه عملی را بیان می کند و می گوید که هر جا شما چیزی را دیدید و در طهارت و نجاست آن شك کردید بر اساس قاعده طهارت بنای عملی را بر پاک بودن آن بگذارید نه اینکه بنای عملی را بما انه متیقن بگذارید. در استصحاب گفته می شود: «لا تنقض اليقين بالشك» شیئی که در زمان سابق برای مکلف پاک بود و در زمان لاحق وی در طهارتش شك کرده است، بدین معنی که آیا آن طهارت متیقنه مرتفع شده است یا نه؟ به مکلف گفته می شود: «لا تنقض اليقين بالشك»: یقین سابق را به شك لاحق در هم نشکن و این بدان معناست بنا را بگذار بر اینکه شك لاحق همان متیقن سابق است ادعائاً و بنا را بگذار بر اینکه عمل تویك عمل متیقن است، از این روست که این اصل را اصل تنزیلی می گویند؛ یعنی مشکوک را تنزیل می کنند به منزله متیقن و از همین جاست که به

استصحاب «اصل محرز» هم می گویند؛ چون واقع با آن احراز می شود.

اکنون که این چهار مرحله روشن شد باید دید لسان ادله قرعه چیست؟ ما چرا گفتیم استصحاب اماره نیست؟ گفتیم که لسان، لسان بنای عملی است. موضوع استصحاب «أیها الشاک» است. سائل به معصوم (ع) عرض می کند که «اصاب ثوبی دم رعاف» حضرت در جواب ضرب قاعده می کند و می گوید: «لا تتقض الیقین بالشک» یعنی در مقام شک وقتی که قبلاً یقین به طهارت داشته اید به شک لاحق اعتناء نکنید و بنای عملی را ادعانا بر این بگذارید که پاک است. می بینیم که لسان، لسان بنای عملی است نه طریقت و کاشفیت. یک وقت در باب امارات، کاری به شک ندارد و می گوید که جعل طریقت و کاشفیت می کنم: «لیس لأحد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 244

التشکیک فی ما یروی عننا ثقاتنا». اگر ثقات ما روایتی را از قول ما نقل کردند کسی حق ندارد در آن تشکیک کند، لذا ما می گوییم یکی از ادله حجیت خبر واحد همین روایت است که کسی از معصوم (ع) سؤال می کند: «أیونس بن عبد الرحمن ثقة أخذ عنه معالم دینی؟ حضرت می فرماید: نعم ثقة» که این بیان جعل حجیت برای خبر واحد است.

در مورد روایات قرعه چگونه است، معصوم (ع) می فرماید: «لیس من قوم تنازعوا ثم فوضوا امرهم الى الله الا و خرج سهم المحق». اگر کسی در مقام قرعه ای کال امر خود را به خداوند سبحان بکند قطعاً سهم محق خارج می شود، «القرعة تصیب و لیس بمخطئ». البته همچنان که قبلاً بیان شد معصوم (ع) نمی خواهد بگوید که قرعه هیچ گاه خطا نمی کند و

دائم المطابقة است و یا قرعة علت است از برای اصابة به واقع، بلکه می خواهد بگوید قرعة غالبا مطابقت با واقع می کند، غالبا حق با قرعة خارج می شود، بنابراین لسان، لسان طریقت و کاشفیت است و قرعة صرف بنای عملی نیست چون موضوع آن «أیها الشاک» نیست، وقتی لسان قرعة چنین بود قطعا جزء امارات به حساب می آید و اصل نیست، نه اصل تنزیلی و نه غیر تنزیلی و انسان با اماره علم تعبدی پیدا می کند. از این رو بعضی (1) احتمال داده اند که امارات ورود بر اصول دارند نه حکومت، چون موضوع اصول را رفع می کنند و حال که موضوع را رفع تعبدی می کنند؛ یعنی توسعه می دهند یا توضیح می کنند ادعائا این لسان، لسان حکومت است.

(1) آخوند خراسانی، کفایة الاصول.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 245

يك وقت است که می گوئیم قرعة رفع تکوینی می کند، به لحاظ جعل شرعی که قهرا ورود خواهد بود. اما آنچه معروف است آن است که قرعة حکومت دارد بر اصول. بنابراین وقتی اماره آمد دیگر مکلف شاک نیست. بنابراین است که از امارات تعبیر به علم تعبدی می کنیم، مکلف عالم است ولی ادعائا و تعبدا، نه اینکه عالم حقیقی تحقیقی باشد.

مسأله دیگر این است که آیا عند التعارض قاعدة قرعة مقدم است یا استصحاب، اگر زمانی استصحاب و قرعة در يك موضوع تعارض کردند، استصحاب می گوید این شیء مال زید است و قرعة می گوید مال عمرو است، در مقام تعارض کدام مقدم است؟ اگر کاری کردیم که موضوع یکی را از بین بردیم با جریان یکی و موضوع دیگری از بین رفت قهرا مسأله حکومت به میان

می آید یا مسأله ورود؛ زیرا جایی که اماره می آید دیگر مجالی برای اصل نیست. ما این مطلب را پذیرفته ایم که قاعده قرعه اماره است و امارات حکومت بر اصول دارند، و لو اصول تنزیلیه مثل استصحاب؛ ولی آیا می توان گفت که هر جا که استصحاب جاری شد و قرعه هم آمد، قرعه مقدم بر استصحاب است؟

ما معتقدیم که در این قبیل موارد قاعده قرعه محکوم استصحاب است، در حالی که قرعه اماره است و استصحاب اصل است؛ زیرا ما موضوع قرعه را مضیق کردیم و گفتیم که موضوع قرعه امر مشکل، مجهول، مشتبه و ملتبس است. بنابراین باید موضوع محفوظ باشد تا قرعه جریان پیدا کند و جایی بیاید که همه راهها بسته باشد. اما اگر توانستیم با استصحاب موضوع مشکل را از بین ببریم، آیا باز هم می توان گفت که قرعه مقدم است؟ خیر، زیرا موضوع قرعه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 246

برداشته شده است. پس اگر جایی استصحاب جاری شد قرعه دیگر راه نخواهد داشت.

ممکن است گفته شود قرعه در اطراف علم اجمالی جاری می شود؛ یعنی شبهات موضوعیه مقرونه به علم اجمالی که یا احتیاط در آن راه ندارد یا ممکن نیست؛ پس باید در اطراف علم اجمالی صحبت کرد که استصحاب در اطراف آن جاری بشود که در نتیجه از جریان استصحاب در اطراف علم اجمالی، موضوع قرعه برداشته شود. مثلاً علم اجمالی داریم به اینکه این کتاب یا مال زید است یا مال عمرو. گاه نسبت به این کتاب استصحاب هست؛ مثلاً می گوئیم این کتاب تا دیروز مال زید بود اما الان ادعا می کند که مالک این کتاب است.

در اینجا می توان استصحاب مالکیت زید را نسبت به این کتاب کرد. اگر کسی استصحاب را در اطراف علم اجمالی بر خلاف معلوم بالاجمال جاری دانست- که البته این مبنایی است- قهرا علم اجمالی منحل می شود؛ زیرا با جریان استصحاب در يك طرف علم اجمالی از بین می رود و وقتی علم اجمالی منحل شد، شبهه بدویة می شود.

بنابراین دیگر جای قرعة نیست؛ زیرا قرعة در جایی می آید که شبهه، شبهه موضوعیه مقرونه به علم اجمالی باشد که یا احتیاط در آن راه ندارد و یا ممکن نیست و مشکل همواره پابرجا باشد. ولی وقتی با استصحاب مالکیت زید کاری کردیم که علم اجمالی منحل شد و موضوع مشکل برداشته شد، دیگر قرعة جایی ندارد. پس هر جا که استصحاب جاری شود قرعة راه ندارد و محتمل است بگوئیم استصحاب بر قاعده قرعة ورود دارد.

مسأله دیگر مسأله استخاره است، آیا استخاره جایز است یا نه؟ متأسفانه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 247

بعضی از فقهای عظام در این زمینه دچار اشتباه شده اند و استخاره را يك نوع قمار می دانند. در دوران جاهلیت يك قدام میسری داشتند و به وسیله آن گوسفندها یا گاوها و یا شترها را می کشتند و در سال قحطی افراد به این شکل مقداری جزور در گوسفند یا گاو یا شتر نصیبشان می شد که بین خویشان خود تقسیم می کردند و به این وسیله مالک؛ مثلاً چندین شتر می شدند. اسلام از این عمل نهی کرد و گفت از چیزهایی که حرام است یکی هم گوشتهایی است که از راه قمار به دست می آید، آیه شریفه «أَنْ تَسْتَفْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ» ربطی به استخاره ندارد

لسان آن نهی از قمار و نهی از این عمل است. این معنی را بیان می کنند که در دوران جاهلیت بت بزرگی در مکه معظمه بود به نام هبل و يك متولی در آنجا بود و روی بعضی از کاغذها نوشته می شد «نهانی ربی» و روی بعضی نوشته می شد «امرئی...» و روی بعضی هم نوشته می شد «غفل» در جاهلیت وقتی می خواستند ازدواج یا تجارتي کنند نوعاً می آمدند نزد متولی و او این کاغذها را در می آورد و اگر «امرئی ربی» در می آمد، ازدواج می کردند و یا تجارت را انجام می دادند و اگر «نهانی ربی» در می آمد از آن صرف نظر می کردند و اگر «غفل» در می آمد معنایش این بود که باید استخاره را تکرار کنند.

مرحوم مقدس اردبیلی (ره) و گروهی دیگر معتقدند که استخاره هم مصداقی از «أَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ» است؛ همان چیزی است که از طرف شارع مقدس نهی شده است، ولی به ایشان پاسخ داده می شود (اگر قبول شد جدلاً که مقصود از آیه شریفه «أَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ» حرف اول نیست؛ بلکه مقصود حرف دوم است) که در جاهلیت ایکال امر به هبل می شد که مظهر بت پرستی و شرك بود، ولی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 248

استخاره مظهر توحید است؛ زیرا با استخاره امر خود را واگذار به خداوند سبحان می کنیم «ما خاب من استخار» ما طلب خیر را از خداوند سبحان می کنیم که آیا فلان کار را انجام بدهیم یا خیر؟ ولی آنها طلب خیر را از هبل می کردند و خداوند سبحان این کار را نهی کرده است. چگونه می شود آیه ای که ذم طلب خیر از هبل می کند شامل

استخاره ای بشود که طلب خیر از خداست. در مقابل مرحوم حاج فاضل حکیم (ره) استاد بزرگ فلسفه و عرفان در خراسان گفته است که یکی از ادله قوی بر وجود صانع مسأله استخاره است، این چه خصوصیتی است که به تسبیح می اندازیم اگر دو تا در آمد می گوئیم خوب و اگر یکی در آمد می گوئیم بد.

در واقع کسی که استخاره می کند خداوند او را هدایت می کند. در این صورت نیز باید قائل به این باشیم که استخاره تقریباً دائم المطابقة است. ممکن است گفته شود همین حرف درباره قرعه هم می آید؛ ولی واقعا چنین نیست زیرا استخاره وجوب نمی آورد، بلکه فقط به انسان اطمینان خاطر می دهد و دودلی را از بین می برد، ولی در قرعه چنین نیست زیرا قرعه اماره محسوب می شود و قهراً الزام آور است.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 249

قاعده لا ضرر و لا ضرار

اشاره

قاعده لا ضرر نیز یکی دیگر از قواعد معروف فقه اسلامی است. در این قاعده چند مطلب به شرح زیر مورد بررسی قرار می گیرد.

1 مدارك و مستندات قاعدة

الف. روایت

روایت لا- ضرر در کتب فریقین به طور متواتر موجود است. کلینی (ره) در کتاب کافی در قضیه «سمره بن جندب» آن را از ابن بکیر از زراره از ابی جعفر (ع)، پس از بیان جریان میان انصاری و سمره بن جندب و فرمایش پیامبر اکرم (ص)، نقل می کند که آن حضرت (ص) به انصاری فرمود که «اذهب فاقلعها و ارم بها الیه فانه لا ضرر و لا ضرار» (1). در یکی دیگر از طرق حدیث از عبد الله بن مسکان از زراره

(1) صحیح بخاری، کتاب البیوع؛ صحیح نسائی، کتاب البیع، باب الخدیعة فی البیع؛ سنن ابی داود،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 250

از ابی جعفر (ع) نقل شده است که قال رسول الله (ص): «إنك يا سمره رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار علی المؤمن» (1). صدوق (ره) در کتاب من لا یحضره الفقیه در باب میراث اهل ملل، روایت را با اضافه کلمه اسلام نقل می کند که قال رسول الله (ص): «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام». (2) همچنین کلینی در کافی نقل می کند:

عن أبی عبد الله (ع) قال: قضی رسول الله (ص) بین اهل المدینة فی مشارب النخل انه لا یمنع نفع الشیء و قضی (ص) بین اهل البادية انه لا یمنع فضل ماء لیمنع به فضل کلاء و قال: لا ضرر و لا ضرار. (3)

و نیز کلینی (ره) نقل می کند:

عن أبي عبد الله (ع) قال قضی رسول الله (ص) بالشفعة بین

الشركاء في الأرضين والمسكن وقال لا ضرر ولا ضرار. (4)»

در کتاب دعائم الاسلام در مسأله هدم جدار آمده است:

عن أبي عبد الله (ع) فان كان الجدار لم يسقط ولكنه هدمه إضرارا بجاره لغير حاجة منه الى هدمه، قال: لا يترك وذلك ان رسول الله (ص) قال: لا ضرر ولا ضرار. (5)»

با تتبع در موارد عديده تقریبا اطمینان پیدا می شود که این حدیث شریف از

- کتاب البیوع؛ سنن بیهقی، کتاب البیوع، نیل الاوطار، 5 و 206 و 207؛ ابن قدامه، الشرح الکبیر، 4 و 69.

(1) کافی، کتاب المعیشه، باب الضرار، 88.

(2) وسائل الشیعة، کتاب الموارث، باب 1، از ابواب موانع ارث.

(3) همان، کتاب احیاء الموات، باب 7.

(4) همان، کتاب الشفعة، باب 5.

(5) مستدرک الوسائل، کتاب احیاء الموات، باب 9.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 251

پیامبر اکرم (ص) وارد شده است و از جوامع الکلم آن حضرت است و شخص ایشان و ائمه اطهار (ع) موارد متعددی را بر این حدیث تطبیق فرموده اند. حتی بعضی از فقها مانند فخر المحققین - قدس سره - در ایضاح «1» ادعای تواتر معنوی - بلکه به یک معنی لفظی - در مورد این روایت دارند. «2» برخی از این روایات از حدیث سند موثق یا صحیح است و بعضی دیگر از حدیث سند ضعیف است؛ اما با توجه به اینکه بزرگان اصحاب همگی بر طبق این روایات عمل کرده اند، روایت شهرت عملی یافته است و ضعف با شهرت عملی جبر می شود. «3»

ب. اجماع

اجماع فقهای امامیه، بل فقهای اسلام بر حجیت این قاعده است و مستندشان نیز همین روایت است. علمای عامه نیز به این روایت

استناد می کنند و در مسند امام احمد بن حنبل «4» و دیگر کتب روایت خود آن را ذکر کرده اند. «5» البته این اجماع اصولی اصطلاحی که محقق سنت باشد محسوب نمی گردد؛ زیرا اجماع

(1) فخر المحققین، ایضاح الفوائد، 12، ص 48 کتاب الدین و توابعه- الفصل السابع فی التنازع.

(2) البته مرحوم آقای آخوند در کفایة می فرماید: مراد تواتر اجمالی است؛ بدین معنی: قطع به صدور بعضی از این روایات از معصوم (ع).

(3) البته جای مناقشه است که عمل اصحاب ممکن است مستندش روایات صحیحة و معتبرة باشد که قهرا در این صورت روایات ضعاف همچنان ضعفشان باقی است.

(4) جلد 5، ص 326، عن رسول الله (ص): «وقضى ان لا ضرر و لا ضرار».

(5) سیوطی در کتاب تنویر الحوالمک، جلد 2، ص 122 نقل از ابی الفتوح طائی در اربعین از ابی داود که گفته است فقه اسلام بر پنج حدیث استوار است که یکی از اینها لا ضرر و لا ضرار است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 252

مذکور با توجه به این ادله مدرکی است و هیچ گونه ارزش فقهی و حقوقی ندارد.

2 دلالت قاعدة

شرح حدیث

آیا ضرر امر وجودی یا امر عدمی است؟ گروهی معتقدند ضرر امری وجودی و ضد نفع است، گروهی دیگر آن را امری عدمی می دانند و معتقدند که بین ضرر و نفع تقابل عدم و ملکه است و معنای ضرر عدم نفع است در موضوعی که در آن قابلیت نفع باشد.

اگر ضرر را امری وجودی بدانیم، تقابل ضرر و نفع تضاد است، نه عدم و ملکه؛ زیرا در عدم و ملکه برگشت آن به نقیضین است و امکان ارتقاع آنها

نیست، حال آنکه اگر ضرر امر وجودی باشد امکان ارتقاع هست.

اگر متاعی به قیمتی که خریده شده است فروخته شود در عرف گفته می شود که در این معامله نه نفعی بود و نه ضرری، حال آنکه در تقابل عدم و ملکة که به تقيضين برگشت می یابد در چنین معامله ای ضرر وجود دارد. ما ضرر را به همان امر وجودی می گیریم؛ یعنی ضد نفع.

در مورد کلمه ضرار گروهی معتقدند که این کلمه مرادف و به معنی ضرر است و تکرار و عطف آن عقیب ضرر به لحاظ تأکید است و بر همین اساس اطلاق مضار بر سمره بن جندب وارد شده: «ما أراك يا سمره إلا مضارا». گروهی دیگر معتقدند این کلمه مصدر باب مفاعلة است؛ در این صورت، ضرر باید از

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 253

دو طرف صدق کند. نیز می توان گفت در باب مفاعلة آنچه معتبر است تکرار صدور مبدأ می باشد از فاعل واحد یا از دو فاعل یا حتی محط نظر فاعلیت یکی و مفعولیت دیگری باشد، مثل «ضارب زید عمروا» به خلاف باب تفاعل که محط نظر فاعلیت هر دو طرف است، مثل «تضارب زید و عمرو» به رفع هر دو و نیز محتمل است حدیث لا ضرر و لا ضرار نفی ضرر که همان ورود نقص به مال و اعتبار و بدن انسان باشد و ضرار به معنای نفی هر گونه حکمی که موجب مکروه و مشقت و حرج بر مسلمین باشد که قهرا این حدیث شریف دلیل بر قاعده لا ضرر و لا حرج می شود، به ضمیمه آیات شریفه که در آنها ضرار به کار برده

شده است.

بنابراین، تکرار صدور ضرر همان ضرار است و این معنی مناسب با همین روایت و مسائل مربوط به آن است؛ زیرا این سمره است که به انصاری ضرر می زند و این امر را تکرار می کند و کثیر الضرر است. مؤید این نکته آیات قرآنی هستند، وقتی خداوند سبحان می فرماید «يُخَادِعُونَ اللَّهَ» * معنایش این است که «یصرون علی هذا و تکرر منهم هذا الامر»؛ بنابراین واژه ضرار نیز از لحاظ مفهوم عرفی واضح می باشد.

«لا» که در روایت آمده است برای نفی جنس است، در صورت نکره بودن مدخول آن (مثل لا رجل فی الدار) اکنون باید دید که مفاد جمله لا ضرر و لا ضرار چیست؟ فقهای عظام پنج وجه مهم را ذکر کرده اند:

اول، مفاد حدیث شریف نهی الهی از ایجاد ضرر است. مانند آیه شریفه «فَلَا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 254

رَفَتْ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» «1» آیه شریفه در مقام حرمت است و فرمایش رسول خدا (ص) «لا سبق الا فی خف او حافر او نصل» و «لا ضرورة فی الاسلام» و «لا إحصاء فی الاسلام» و خلاصه آنکه شارع مقدس از زیان رساندن به دیگران نهی می کند. این قول مختار سید میر فتاح در کتاب عنوانین و شیخ الشریعه اصفهانی است و مدعی است علمای لغت و ائمه ادبیات عرب این قول را اختیار کرده اند. «2»

دوم، مفاد حدیث شریف نهی حکومتی است. سیدنا الاستاد حضرت امام می فرماید که فرمایش شیخ الشریعه اصفهانی ظهور بر نهی شرعی الهی دارد که قهرا حکم الهی می شود همانند حرمت نوشیدن شراب و قمار، بلکه حق در مقام نهی مذکور نهی

سلطانی و حکومتی است که از پیغمبر اکرم (ص) صادر شده است و جهت روشن شدن مطلب ذکر مقدماتی بایسته است.

مقدمه اول) وجود سه جنبه در رسول اکرم (ص) که عبارتند از:

الف. مسأله رسالت و نبوت جهت تبلیغ احکام الهیه اعم از احکام تکلیفیه و وضعیه و غیر ذلک.

ب. مسأله ولایت مطلقه و ریاست عامه بر کل جامعه اسلامی و در این راستا هر امر و نهی که از ایشان صادر شود، امر و نهی حکومتی به شمار می آید. به جهت اینکه اوامر و نواهی رسول اکرم (ص) دو نحو است: يك اوامر و نواهی که

(1) بقره (2): 197 «پس هر که را حج واجب شود، بایست آنچه میان زن و شوهر رواست ترك کند و کار ناروا را ترك کند».

(2) نهاییه ابن الاثیر، لسان العرب، تاج العروس.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 255

در حیطه قانون گذاری و تبلیغ احکام الهیه صادر می شود؛ در این مرحله اوامر و نواهی وی ارشاد به حکم الهی است و چنانچه مخالفتی صورت گیرد مخالفت با خداوند سبحان تلقی می شود نه مخالفت با رسول و چنانچه امر و نهی وی در مقام سلطنت و حکومت و زعامت باشد امر و نهی رسول تلقی می شود که قهرا اطاعت از وی لازم است و وجوب اطاعت «اولی الامر» که در آیه شریفه آمده است: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (1) ناظر به اطاعت در این مرحله است.

ج. مقام قضاوت و فصل خصومت است در مسائل جزایی و حقوقی و مدنی.

مقدمه دوم) با مراجعه به کل روایات وارده از پیغمبر اکرم (ص) و امیر المؤمنین (ع)

که با الفاظ «قضی»، «حکم»، «امر» وارد شده است؛ همگی ناظر به حکم حکومتی و سلطنتی این دو بزرگوار است نه بیان حکم شرعی الهی. مؤید این معنی عدم ورود این الفاظ است از سایر ائمه اطهار (ع) که زعامت و حکومتی نداشتند. بنابراین لازم است در باب اخبار لسان روایت و مقام حضرت (ع) بررسی شود که این معنی در مورد لا ضرر و لا ضرار کاملاً مشهود است، بویژه در مسند احمد بن حنبل این روایت به طریق عبادة بن صامت که از اجلای علمای تشیع است و متفق علیه است در اتقان و ضبط احادیث به لفظ «و قضی أن لا ضرر و لا ضرار» آمده است که قهراً استفاده می شود نهی مذکور نهی حکومتی و سلطنتی است نه نهی الهی. لکن به نظر می رسد این مقدمه تمام نیست؛ زیرا آنچه

(1) النساء (4): 59 «ای اهل ایمان فرمان خدا و رسول و فرمانداران را اطاعت کنید».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 256

در روایات غیر این دو بزرگوار کلمه و قضی مشهود است، از آن جمله است موثقه ابن بکیر که در کافی مذکور است:

عن أبي عبد الله (ع): في امرأة نكحها رجل فاصدقته المرأة و شرطت عليه أن يبدها الجماع و الطلاق، فقال: خالف السنة و ولي الحق من ليس أهله، و قضى أن على الرجل الصداق، و أن يبده الجماع و الطلاق و تلك السنة.

مضافاً اینکه «لا» ظهور بر نفی دارد نه بر نهی و با بطلان مقدمه دوم احتمال نهی نیز منتفی می شود. «1»

سوم، مفاد قاعده، نفی حکم به لسان نفی موضوع است ادعائاً شارع مقدس احکامی

را که در مورد این موضوع ثابت بوده نفی کرده است به نفی موضوع ادعانا به لحاظ آثار و احکامش گرچه تکوینا وجود دارد؛ به تعبیر دیگر، ظرف نفی ضرر و ضرار عالم عین و خارج است، به طور حقیقت ادعایی، مانند فرمایش مولا امیر المؤمنین (ع) به اهل بصره: «یا أشباه الرجال و لا رجال» به دلیل اینکه در مردم بصره در جنگ جمل آثار مردانگی را نمی دید و لهذا به طور حقیقی مردانگی را از آنها نفی فرمود ادعانا. در فقه مواردی از این قبیل فراوان است؛ مثل «لا شک لکثیر الشک». در جاهایی که موضوعات دارای احکامی بر مبنای عناوین اولیه است چنانچه ضرری متحمل شوند و معنون به عنوان ضرر شوند حکم مرتفع می شود و بنابراین قول، قاعده مورد بحث بر ادله اولیه حاکم است به حکومت واقعیة تضییقا در جانب موضوع (عقد الوضع). این قول مورد

(1) وسائل الشیعة، کتاب الطلاق، باب 42، از ابواب مقدماته و شرائطه.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 257

اختیار مرحوم آخوند در کفایة و فوائد است.

چهارم، مفاد لا ضرر نفی حکم ضرری است. بدین معنی که هر حکمی که از طرف شارع مقدس تشریح می شود اگر مستلزم ضرر باشد اعم از ضرر بر نفس مکلف یا غیر او یا ضرر مالی و ... حکم مزبور با توجه به ضرر به موجب قاعده لا ضرر از صفحه تشریح مرفوع می شود. اگر در معامله گفته شد که اصالت لزوم حکم می کند بر لزوم معامله، چنانچه معامله غبنی بود و سبب ضرر شد، لزوم به موجب قاعده برداشته می شود. در معنای سوم، لا (که گفتیم برای

نفی جنس و ظهور حقیقی تحقیقی نفی است) در معنای خودش به کار رفته است؛ یعنی رفع حکم ضرر حقیقتاً، چرا؟ زیرا حکم وجود ندارد جز در عالم اعتبار تشریحی و چون خود قانونگذار در حیطة تشریحی این معنی را رفع می کند، حقیقتاً اعتبار حکم را از صفحه تشریح رفع می کند که لبا به معنی تخصیص و تقیید أدله اولیه است.

بنابراین قول، حدیث مورد نظر بر اطلاعات و عمومات ادله اولیه به حکومت واقعیة در جانب محمول (عقد الحمل) حکومت دارد و این قول را شیخ انصاری و مرحوم والد-قدس سرّه- اختیار کرده اند.

پنجم، مفاد حدیث شریف نفی ضرر غیر متدارک است به این معنی که شارع مقدس از ضرر غیر متدارک نهی می فرماید و این معنی کنایة از وجوب تدارک آن است و این قول مختار فاضل تونی-قدس سرّه- است. (1)

(1) الوافیة، ص 79، فی شروط التمسک باصالة البراءة.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 258

از این پنج وجه در هیأت ترکیبیة جمله «لا ضرر و لا ضرار» وجه یا قول چهارم که مختار شیخ انصاری و مرحوم والد-قدس سرّه- است، مختار ماست.

استفاده ای که از سیاق حدیث شریف می شود آن است که رفع، رفع تشریحی است؛ زیرا مناسب مقام شارع مقدس و قانونگذار آن است که رفع و وضعش، رفع و وضع تشریحی باشد نه تکوینی؛ در واقع رفع و وضع تکوینی تابع همان اسباب تکوین است، اگر اسباب موجود بود قهراً مسبب موجود می شود و إلا معدوم است.

علاوه بر این، قانونگذار در مقام امتنان است و تسالم بر این معنی است که وقتی پیامبر اکرم (ص) خطاب به سمره می فرمایند:

«أنت رجل مضار» یعنی تویک انسان مضر بر ضرر هستی و پس از آن می فرماید: «لا ضرر و لا ضرار».

هنگامی که رفع تشریحی و حکم، حکم امتنانی بود مناسب با این معانی آن است که احکام شرعی مرفوع باشند از صفحه تشریح، زیرا وجود احکام در هیچ جا جز عالم تشریح نیست و اگر خود قانونگذار آن را از عالم تشریح رفع کرد از عالم وجود حقیقتا و تحقیقا برداشته می شود؛ به جهت اینکه تشریح حکم عین تکوینش است. به تعبیر دیگر، هویت حکم به تشریح است. به خلاف اینکه اگر رفع تکوینی دانسته شود، قهرا رفع حکم به رفع موضوع ادعایی است. مثل «لا شك لكثير الشك» «لا صلاة لجار المسجد إلا فی المسجد».

قول پنجم از آن رو نادرست است که ضرر متدارك نازل شده منزله عدم است (البته در صورت صحت این مبنی) در حالی که تدارك در خارج تحقق یابد و نه به صرف حکم شارع مقدس بر وجوب تدارك (بویژه اگر حکم تکلیفی باشد نه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 259

حکم وضعی).

از جمله فرقه‌های بین قول سوم و چهارم این است که بنا بر قول سوم که «نفی حکم به لسان نفی موضوع» است، مرفوع ابتدا متعلق حکم است و بنا بر قول چهارم مرفوع، نفس حکم است که دارای ثمره عملی است و بیان تفصیلی در دلیل انسداد آمده است. مثلا در اطراف معلوم بالا جمال لزوم احتیاط در جمع بین احتمالات در حال انسداد به حکم عقل است و بنا بر قول سوم چنانچه احتیاط مذکور حرجی و یا ضرری شد نمی توان وجوب آن را با قاعده لا

ضرر و لا حرج رفع کرد؛ زیرا در متعلق احکام واقعية حرج و ضرری نیست، آنچه حرجی و ضرری است جمع بین احتمالات می باشد که وجوبش به حکم عقل ثابت است و جزء مجعولات شرعية به شمار نمی آید. بنا بر قول چهارم نیز که مرفوع، نفس حکم است با توجه به اینکه ضرر ناشی از احکام مجهولة است حکم به مقتضای لا ضرر مرفوع است و موضوعی از برای حکم عقل به وجوب احتیاط نمی ماند.

لکن به نظر می رسد شیخنا الاعظم - قدس سره - هم نمی تواند در اینجا تمسک به قاعدة لا ضرر و لا حرج کند زیرا آنچه که نفی می شود با قاعدة لا ضرر و لا حرج حکم شرعی است - یعنی آن حکمی که به جعل شارع ممکن بود جعل شود و حال نشده - در حالی که وجوب احتیاط در اطراف علم اجمالی به حکم عقل است به ملاک «الاشتغال اليقینی يستدعی البراءة اليقینیة» و چون این حکم عقل به لزوم احتیاط در سلسله معاليل امر است - که ناشی از کیفیت امثال حکم شرعی است - از آن به مقتضای قاعدة ملازمة حکم شرعی لازم نمی آید.

به طور خلاصه ثمره مهم بین قول سوم و چهارم آن است که در هر موردی که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 260

موضوع حکم ضرری نباشد و نفس حکم ضرری باشد؛ یعنی مسبب از نفی حکم باشد همان طور که در معامله غبنی ضرر ناشی از لزوم معامله می باشد نه از خود معامله غبنی چون لزوم يك حکم شرعی است؛ بنابراین اگر قائل به قول سوم باشیم باید بگوییم که لزوم برداشته نمی شود. اما اگر قول چهارم را

پذیرفتیم چون لزوم حکم شرعی است، مرفوع می شود و لزوم معامله برداشته می شود. اگر مدرک خیار غبن قاعده لا ضرر باشد و الا-
کما هو الحق - لزوم معامله بالاضرار برداشته نمی شود و تفصیل مطلب در خیار غبن مذکور است.

3 تنبیهات

الف. بر تطبیق این جمله به مواردی که پیامبر اکرم (ص) به آنها اشاره فرموده و اشکالاتی گرفته اند از آن جمله است که در قضیه سمره بن جندب این جمله بر امر ایشان به «قلع و الرمی الی وجهه» تطبیق نمی کند؛ زیرا باید دید ضرر در کجاست، آیا ضرر در بودن درخت در باغ انصاری است یا ضرر در این است که سمره بن جندب بدون اجازه وارد خانه او می شده است؟ چون بودن درخت در خانه ضرری نیست و آنچه ضرر است دخول به خانه بدون استیذان است، پس لازم می آید که ما مورد را تخصیص بزنیم. اما این امر مستهجن است که کبرای کلی ما «لا ضرر و لا ضرار» مورد مصداق خود را در بر نگیرد.

در پاسخ اشکال گفته می شود که حکم پیامبر اکرم (ص) به کندن درخت از باب ولایت مطلقه ایشان بر نفوس و اموال و تأدیب و از میان بردن ماده فساد است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 261

چون به حسب روایت، سمره تمرد کرده است و پس از تمرد پیامبر اکرم (ص) این جمله را فرموده اند. «1»

به نظر می رسد که توجیه صحیح آن است که گفته شود، تقدیم حق انصاری بر حق سمره بن جندب از باب اهمیتی است که اسلام برای اعراض قائل است و چون دو حق؛ یعنی حق انصاری و حق سمره با هم

تزام کرده بودند در التزام مهم بر مهم تقدیم می یابد و از این رو پیغمبر اکرم (ص) حکم به کندن درخت فرمودند.

ب. اشکال دیگری که بر این قاعده شده است، لزوم تخصیص اکثر است از جریان این قاعده بدین بیان که اگر گفتیم مراد از فرموده پیامبر اکرم (ص) نفی حکمی است که از جانب آن ضرری نشأت می گیرد معنایش این است که در اسلام حکم ضرری تشریح نشده است و ما در بسیاری از احکام در ابواب مختلف فقه می بینیم که چنین حکمی وجود دارد مانند حج و زکات و خمس و جهاد و ضمانات (ضمان ید یا ضمان اتلاف و...) اگر همه این موارد را تخصیص بزنیم تخصیص اکثر لازم می آید و این امر مستهجن است نزد عقلا. شیخ انصاری (ره) فرموده است که در تخصیص، چنانچه تخصیص افرادی باشد و افراد منحصص بیش از خود عام باشد این امر مستهجن است؛ یعنی صحیح نیست که لفظی را به طور عموم عنوان کنیم سپس افرادی را از آن خارج کنیم به نحوی که افراد خارج شده بیش از افراد واقع تحت آن لفظ عام باشد. اما اگر تخصیص

(1) محتمل است بر اثر تمرد بر پیامبر اکرم (ص) سمرة بن جندب حکم کافر حرابی را پیدا کرد و قهرا اموال وی محترم نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 262

انواعی بود؛ یعنی تخصیص يك نوع را شامل می شود و افراد آن نوع بیش از افراد خود عام بودند، این امر مستهجن نیست و مورد ما نیز از این موارد است؛ یعنی تخصیص انواعی است. مرحوم آخوند در کفایة به ایشان اشکال

می کند که خروج يك عنوان واحد از عام مستهجن نیست هر چند افرادش بیشتر از افرادی باشد که باقی می مانند، به شرط آنکه عموم عام انواعی باشد و محط عموم نیز اصنافی باشد که برای آن عام است، اما اگر محط عموم و نظری که دارد به افراد و اشخاص خارجی بود این امر مستهجن است، و لو اینکه تخصیص انواعی باشد.

مرحوم میرزای نائینی - قدس سره - فرق گذاشته اند و گفته اند اگر عموم عام به طور قضیه خارجی باشد و افراد خارج بیش از افراد باقی باشند این معنی نزد عقلا مستهجن است؛ اما اگر تشریح حکم به نحو قضیه حقیقه باشد چون در قضیه حقیقه نظر به خارج و مصادیق نیست و حکم بر روی خود طبیعت است و در عالم اعتبار تشریح می شود، اینجا استهجان وجود ندارد.

خلاصه آنکه در عمومات شرعی چون بنابراین است که جعل حکم به نحو قضیه حقیقه باشد بنابراین تخصیص اکثر - که مستهجن است - لازم نمی آید چون هیچ گاه نظر به خارج و مصادیق نیست.

به هر حال در پاسخ به این اشکال می گوئیم که احکامی مانند حج و جهاد و خمس و زکات که ضررشان دائمی است، اصلاً بنایشان به ضرر است و حکمت تشریح و علت تشریح ملازمه با ضرر دارد و اینها تخصصاً خارجند نه تخصیصاً و آنچه مستهجن است تخصیص اکثر است، اما اگر موردی از اصل و موضوعاً خارج بود، مشمول این بحث نمی شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 263

قاعده لا ضرر به بیانی که گفته شد عبارت از نفی احکام ضرریه است و قهراً بر ادله اولیه حکومت دارد به این معنی که ادله

اولیة اطلاق و عموم دارند و شامل همه احکام اعم از ضرری و غیر ضرری می شود. قاعده لا ضرر احکامی را که ضرری هستند از اطلاق و عموم ادله خارج می کند و اطلاقات را تقیید می کند و عمومات را تخصیص می زند به غیر حال ضرر؛ یعنی هر تشریحی که در اسلام می شود اطلاقات و عمومات آن به مقتضای قاعده لا ضرر در مورد ضرر لبا تقیید و تخصیص پیدا می کنند. اما اگر حکمی از طرق قانونگذار بر موضوعی با ضرر دائم جعل شود مانند وجوب جهاد و خمس و زکات ... و یا نفس حکم دائما ضرری باشد مانند حکم به ضمان، این احکام از مصب قاعده خارج خواهند بود، نه از باب تخصیص بلکه از باب تخصص و خروج موضوعی. به تعبیر دیگر در باب حکومت، در صورتی که حکومت واقعیة تضمینا چه در جانب موضوع و چه در محمول باشد نتیجه آن لبا تقیید یا تخصیص است، يك حکم باید دارای دو حالت ضرری و غیر ضرری باشد تا لا ضرر نسبت به احکام ضرری تقیید کند یا عموم را تخصیص بزند و خارج کند. اما اگر حکمی تنها يك حالت و يك صنف دارد که دائما ضرری است معنی ندارد که سخن از تقیید و تخصیص به میان بیاید چون تخصصا خارج است.

ج. مطلب سوم وجه تقدیم قاعده لا ضرر بر ادله اولیه است که بر ثبوت احکام واقعی اولی دلالت دارند. بی تردید میان قاعده لا ضرر و این ادله عموم و خصوص من وجه است زیرا ممکن است که حکم اولی باشد و ضرری در میان نباشد یا ضرر وجود داشته

باشد، همچنین قاعده لا ضرر خصوص این حکم و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 264

نیز موارد دیگر را در بر می گیرد. در موردی که اجتماع حکم اولی و قاعده وقوع یابد، تعارض پیش می آید بدین معنی که به مقتضای ادله اولیه امر واجب باید انجام یابد و به مقتضای قاعده لا ضرر آن واجب باید طرح شود و چون این دو تصادم و تعارض پیدا می کنند، مقتضای قاعده تساقط دو دلیل متعارض است.

اکنون باید وجه تقدیم قاعده لا ضرر را بیان کرد. وجهی که ذکر شده آن است که قاعده لا ضرر بر ادله اولیه حکومت واقعیه دارد با تزییقی که از جانب محمول وارد می آورد و ادله را با رفع تشریحی در حالت ضرری مرفوع می کند؛ چه محمول، حکم تکلیفی باشد و چه حکم وضعی.

د. مفاد قاعده لا ضرر نفی حکمی است که از ناحیه آن ضرر ناشی می شود، اعم از آنکه مکلف عالم به این معنی باشد یا نباشد، زیرا الفاظ موضوع است برای معنای واقعی. بنابراین به فرموده پیامبر اکرم (ص) حکم ضرری از صفحه تشریح مرفوع می شود. اشکالی که هست این است که اصحاب به صحت وضوء و غسل کسی که استعمال آب برای وی مضر است فتوی داده اند و خیار غبن و خیار عیب را به جهل مغبون به غبن و جهل مشتری به عیب مبیع تقیید کرده اند.

پاسخ اشکال این است در طهارت به آب، حکم شارع به بطلان وضوء در صورت جهل وضوگیرنده به ضرر استعمال آب، خلاف امتنان است چون لازمه این حکم اعاده وضوء یا غسل و بلکه اعمالی است که متوقف بر آنها

بوده است و پیشتر گذشت که سیاق حدیث شریف در مقام امتنان است. بنابراین در جایی که جریان قاعده خلاف امتنان باشد، این قاعده جاری نمی شود.

در مسألهٔ خیار غبن که باید مقید به جهل مغبون باشد، عدم جریان قاعده از آن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 265

روست که مستند خیار غبن قاعدهٔ لا ضرر نیست؛ یعنی به نظر ما مستند این خیار، همان تخلف از شرط ضمنی است؛ متعاملین شرط ضمنی دارند که عوض و معوض از حیث قیمت باید متساوی باشند و اگر از یکی از اینها تخلف شد باید متمسک به خیار تخلف شرط ضمنی شد «1» و چنانچه جدلاً مدرك خیار غبن را قاعدهٔ لا ضرر بدانیم مبدأ آن را زمان حدوث عقد می دانیم نه علم به غبنیت و همچنین در خیار عیب؛ به تعبیر دیگر، چنانچه جریان قاعدهٔ لا ضرر و لا حرج لبا تخصیص عمومات و تقیید مطلقات اولیه است علم و جهل نقشی در ثبوت قاعده ندارند. البته علم به ضرر کشف از رفع حکم ضرری در لوح محفوظ می کند.

ه. مفاد قاعدهٔ لا ضرر رفع حکمی است که منشأ ضرر است، اعم از حکم تکلیفی یا حکم وضعی؛ در حکم تکلیفی ضرر از نفس حکم ناشی نیست، بلکه ضرر در مرحلهٔ امتثال، وقوع و ظهور پیدا می کند. در حکم وضعی نیز مانند لزوم معاملهٔ ضرری خود حکم موجب وقوع ضرر است بی آنکه مکلف ارادهٔ آن را کرده باشد؛ بنابراین قاعده بر اطلاعات ادله در جانب محمول حکومت واقعیه دارد و همان طور که گذشت در جانب محمول تضییق می شود و مقید به موردی می شود که ضرری

نباشد و در نتیجه این قاعده رفع حکم ضرری از صفحه تشریح می کند که لبا نتیجه اش تخصیص ادله اولیه است.

اما آیا قاعده لا ضرر حکمی را وضع می کند که عدم آن حکم ضرر باشد؟ در

(1) «المؤمنون عند شروطهم»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 266

جواب می گوئیم که این مطلب از مفاد قاعده خارج است و نمی توان به قاعده لا ضرر اثبات ضمان کرد؛ یعنی اگر عدم ضمان در جایی موجب ضرر به شخصی باشد نمی توان با قاعده لا ضرر اثبات ضمان کرد، چون ضمان نیازمند به یکی از اسباب ضمان است مثلاً قاعده «و علی الیید ما اخذت حتی تؤدیة»، یا قاعده «من اتلف مال الغير و...» به تعبیر دیگر، قاعده لا ضرر ناظر به احکام مجعولة از قبل شارع مقدس بر حسب اطلاق یا عموم ادله است که در یکی از دو حالت خود ضرری است و قاعده لبا این احکام را تخصیص می زند و تقیید می کند، اما اگر حکمی مجعول نبود برای این قاعده موضوعی نیست و خود قاعده نمی تواند مشروع باشد.

و. آیا مراد از ضرری که در این قاعده مورد نفی قرار گرفته است ضرر شخصی است یا ضرر نوعی؟ مقصود از ضرر شخصی این است که در هر مورد که از حکم شرعی ضرری برای شخص در خارج تحقق می یابد حکم در مورد این شخص مرتفع است نه از سایر اشخاصی که متضرر نشده اند؛ زیرا، ممکن است حکمی نسبت به يك شخص ضرری باشد و نسبت به شخص دیگر ضرری نباشد. به تعبیر دیگر، مفاد قاعده امتنان بر شخص متضرر است و این معنی با ورود ضرر به

آحاد اشخاص لو لا قاعدة لا ضرر ملازمه دارد. بنابراین در مورد شخصی که متضرر نشده است بلکه شخص دیگر متضرر شده است، شمول قاعدة لا ضرر بر وی واجب امتنان نیست که قهراً موضوع قاعدة فعلیت نمی یابد.

ز. اگر بین دو حکم ضرری دوران پیش بیاید به گونه ای که اگر بخواهیم با

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 267

قاعدة لا ضرر نمی یک حکم را بکنیم، لازمه اش ورود ضرر به شخص دیگر است و اگر بخواهیم قاعدة را نسبت به دومی جاری کنیم نفی حکم ملازمه با ورود ضرر به شخص دیگر دارد آیا باید گفت که چون دو مورد با هم تصادم پیدا می کنند مقتضای قاعدة «بناء علی الطریقیه و الکاشفیه» تساقط است؟

ما پیشتر گفتیم که در جریان قاعدة لا ضرر، رفع حکم باید امتنانی باشد اگر لا ضرر در هر دو طرف جاری شود خلاف امتنان است و اگر نسبت به یک طرف جاری شود خلاف امتنان نسبت به اوست. بنابراین قاعدة لا ضرر در دو طرف مجری ندارد.

ح. در تعارض قاعدة لا ضرر و قاعدة سلطنت «الناس مسلطون علی اموالهم» چه باید گفت؟

شک نیست که قاعدة لا ضرر حکم ضرری را رفع می کند، اعم از حکم تکلیفی یا وضعی؛ مقتضی قاعدة سلطنت هم که همان سلطنت اعتباری باشد، از قبل شارع مجعول است برای مالکان در اموال و املاکشان. اکنون اگر لازمه سلطنت شخصی ضرر به شخص دیگر باشد، آیا قاعدة لا ضرر می تواند این سلطنت را رفع کند؟

در پاسخ می گوئیم که چون سلطنت اعتباری از ناحیه شارع جعل شده است، در صورتی که منشأ ضرر شود باید توسط قاعدة

لا ضرر مورد نفی قرار گیرد و نفی شود و گفته شود که شارع در اینجا سلطنت را اعتبار نمی بخشد چون لازمه اعتبار بخشیدن در این مورد ورود ضرر است و ضرر نیز مرفوع است. اکنون اگر ترك تصرف مالك و حكم به عدم سلطنت او موجب تضرر مالك باشد، جریان

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 268

قاعده لا ضرر نسبت به خود مالك و شخص دیگر با هم تعارض پیدا می کنند و تساقط می کنند و هنگامی که تساقط کردند مرجع، قاعده سلطنت می شود که بلا معارض است و قهرا مالك در مال خودش می تواند تصرف کند. «1» البته حق در مقام این است که مورد از باب تعارض نیست و تفصیل آن در قاعده لا حرج مذکور است.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

(1) مبتنی بر يك مبنایی است که در اصول مذکور است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 269

قاعده لوث

اشاره

از جمله قواعد فقهی مسلم و مورد تسالم اصحاب و مورد قبول همگان در باب قصاص قاعده لوث است. پیش از ورود به بحث و ذکر خصوصیات این قاعده مقدماتاً درباره مراد از لوث و قسامه سخن می گوئیم.

لوث در نصوص و روایات وارد نشده است، منتهی اجماع فقها در بحث قسامه به لوث اشاره می کنند. در حقیقت لوث موضوع برای قسامه است و در این بحث فرقی بین نفس یا اعضا نیست. ابن ادریس (ره) در کتاب سرائر می فرمایند: «ان علیه فی النفس اجماع المسلمین و فی الاعضاء اجماعنا» «1» فقهای (ره) ما در کتب فقهی در مقام قسامه می فرمایند که «هی الاسم للأیمان»:

قسامه اسم از برای ایمان است. کتب لغت مانند

صحاح و جوهری و غیر آن نیز می گویند «القسامه هی الایمان، تقسم علی جماعه یحلفونها»: قسامه تقسیم سوگندهایی است میان گروهی که باید قسم بخورند. جمعی دیگر از علمای

(1) کتاب الحدود، باب الینات علی القتل و قطع الأعضاء.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 270

لغت مانند ازهری و لسان العرب و قاموس می گویند: «القسامه لغة، اسم الأولیاء الذین یحلفون علی استحقاق دم المقتول». شهید دوم (ره) در کتاب مسالك «1» می فرماید: قسامه اسمی است «اقیم مقام المصدر» «اقسم، اقساماً و قسامه» مثل «اکرم، اکراماً و کرامتاً» بنابراین اسمی است که جایگزین مصدر شده است در نهایت ابن اثیر آمده است: «ان القسامه جاهلیة و اقرها الاسلام» «2» قبل از اسلام و در جاهلیت قسامه بود و اسلام آن را اقرار کرد و امضاء و تأیید نمود. در روایت ابی بصیر است:

سألت ابا عبد الله (ع) عن القسامة این کان بدؤها، فقال کان من قبل رسول الله (ص) به فتح قاف، لما کان بعد فتح خیبر تخلف رجل من الانصار عن اصحابه فرجعوا فی طلبه فوجدوه متشحطاً فی دمه قتیلاً ...

«3» بنابراین، به مقتضای این روایت که می گوید کان من قبل رسول الله (ص) معلوم می شود که ابتدای قسامه زمان رسول الله (ص) نیست. «4» مگر اینکه به کسر قاف و فتح باء قرائت شود. اکنون به اصل بحث می پردازیم.

1 تاریخچه قسامه

اشاره

یکی از مسائلی که در بحث قسامه و قاعده لوث باید مورد بررسی قرار گیرد

(1) جلد 2، ص 472.

(2) جلد 4، ص 62.

(3) وسائل الشیعة، جلد 19، کتاب القصاص، باب 10، من ابواب دعوی القتل و ما یتبث به، حدیث 5.

(4) بلوغ الارب

تحول تاریخی آن می باشد. در این راستا باید مشخص شود که قسامه در مکتب اسلام يك امر تأسیسی یا امضایی است؟ و در صورت تأسیسی بودن از چه زمانی این حکم تشریح شده است؟ ضمناً ذکر این نکته بایسته است که آیا قسامه يك حکم کلی و عمومی است یا حکم مقطعی و جزئی و آیا به واقعه خاصی مربوط است؟ متأسفانه فقهای عظام و مشایخ کرام - قدس سره - به جهاتی - که شاید مهمترین آن عدم ضرورت و عدم ابتلای به آن - متعرض این مطلب نشده اند. لذا جهت تبیین مطلب و پاسخ به سؤالات مذکور شایسته است به ذکر آن پرداخته شود.

به طور کلی در مورد قسامه سه قول موجود است: 1- قسامه يك حکم جاهلی می باشد و اسلام آن را امضاء کرده است. 2- قسامه يك حکم تأسیسی اسلام است و مبدأ تشریح آن در زمان پیامبر اکرم (ص) و بعد از فتح خیبر بوده است. 3-

مبدأ تشریح آن در زمان خلافت عثمان بن عفان بوده است.

نظریه اول: در قول اول مبنی بر امضایی بودن قسامه گروهی از محدثین و مورخین عرب متذکر این مطلب شده اند. آلوسی صاحب تفسیر روح المعانی در کتاب بلوغ الارب «1» به مسأله قسامه اشاره کرده است. بدین معنی که یکی از عقاید و آدابی که عرب در جاهلیت آن را معتبر می دانست، قسامه می باشد.

پس از بیان مسأله قسامه به نقل حکایت پرداخته و چگونگی کشته شدن مقتول را ذکر می کند و در انتهای مطلب که به مسأله انتقام و خونخواهی می رسد

(1) همان.

قواعد فقهیه

می فرماید: لقینا بنی هاشم قبل از کشته شدن و در حال مجروح بودن از یکی از افراد تقاضا می کند که در موسم حج قریش و از میان آنها بنی هاشم و از میان آنها ابو طالب را بخواند و از وی در مورد انتقام استمداد نماید. پس از ابلاغ ابو طالب متهم را احضار و به وی می فرماید: «مخیری یا صد شتر می دهی یا پنجاه نفر از خویشان من بر براثت شما سوگند خورند و الا قصاص می شوی.» متهم قسامه پنجاه نفر را انتخاب می کند و چهل و هشت نفر از خویشان وی سوگند می خورند، به جز دو نفر که از ابو طالب مصرانه تقاضای معافیت از سوگند کرده بودند و هر کدام دو شتر می دهند و مراسم قسامه میان رکن و مقام ابراهیم برگزار می گردد.

نکته جالب اینکه از آنجایی که سوگندشان کذب و بر خلاف واقع بود، به نقل ابن عباس همگی قبل از پایان سال به کیفر خود رسیدند. ضمناً متذکر می گردد جمع کثیری از فقهای عامه و علمای لغت بر این عقیده اند که قسامه يك حکم جاهلی و قبل از اسلام است. مانند صحیح بخاری، صحیح نسائی، ابن اثیر، لسان العرب و غیره.

نظریه دوم: تأسیسی بودن قسامه و حدوث آن در زمان پیامبر اکرم (ص) بعد از فتح خیبر. بر اساس این نظریه، قسامه يك حکم تأسیسی اسلام است بعد از فتح خیبر. مهمترین دلیل طرفداران این قول روایات معتبره است.

صحیح ابن بصیر قال:

سألت أبا عبد الله (ع) عن القسامة اين كان بدؤها؟ فقال (ع): كان من قبل رسول الله (ص) لما كان بعد فتح خیبر

أصحابه فرجعوا في طلبه فوجدوه متشحطا في دمه قتيلًا. فجاءت الأنصار إلى رسول الله (ص) فقالوا: يا رسول الله (ص) قتلت اليهود صاحبنا، فقال (ص): ليقسم منكم خمسون رجلا على أنهم قتلوه.

أبو بصير می گوید:

از امام صادق (ع) پرسیدم ابتدای قسامه را، فرمود: حکم به قسامه از طرف پیامبر اکرم (ص) بعد از فتح خیبر شروع شد و آن زمانی بود که فردی از انصار از اصحابش جدا شد و دوستان او بعد از جستجو، وی را کشته یافتند. آنگاه خدمت پیامبر اکرم (ص) شرفیاب شده عرض کردند: «ظاهرًا يك یا چند یهودی در معرض اتهام بودند و شاید با وی سابقه دشمنی داشتند» رفیق ما را کشت حضرت فرمود: باید پنجاه مرد از شما سوگند یاد کنند که یهود او را کشته است.

البته تمام کسانی که قسامه را يك حکم تأسیسی و ابتدایش را بعد از فتح خیبر می دانند عبارت «کان من قبل رسول الله (ص)» را به کسر قاف و فتح باء قرائت نموده اند. بعضی از افاضل معاصرین دامت برکاته در کتاب تفصیل الشریعة قسامه را يك حکم تأسیسی می دانند، پر واضح است با توجه به نقل محدثین و مورخین و ارباب لغت چون امام بخاری، نسائی، ابن اثیر، لسان العرب، احمد بن حنبل، آلوسی و غیره استظهار عالم معاصر ضعیف می باشد.

نظریه سوم: تأسیسی بودن قسامه و حدوث آن در زمان خلافت عثمان. بر اساس این نظریه که چندان هم مشهور نیست، قسامه يك حکم تأسیسی اسلام و آن هم در زمان عثمان مطرح شده است. مورخ کبیر محمد بن

تاریخ خود «1» ضمن بیان چگونگی مسأله جایگزینی سعید به جای ولید بن عقبه در مورد ولایت کوفه، به ماجراهای متعلق به آن زمان پرداخته و قضیه قتل را مطرح نموده و مدعی شده است که به خاطر آن، قسامه در زمان خلافت عثمان مطرح شده است.

بررسی نظریات سه گانه

در میان سه نظر ارائه شده درباره زمان تشریح قسامه، نظریه سوم ضعیف ترین قول می باشد که متعلق به تاریخ طبری است. با توجه به صحاح ابی بصیر و زراره و برید بن معاویه تقریباً مسلم است که قسامه در زمان پیامبر اکرم (ص) و بعد از فتح خیبر مطرح شده است. مضافاً ابن رشد اندلسی نقل می کند در زمان خلافت عمر مسأله قسامه مطرح و بر اساس آن حکم به دیه داده شده است. بنابراین به طور قطع می توان گفت که زمان پیدایش مسأله قسامه مقدم بر زمان خلافت عثمان بوده است. در مورد نظریه دوم که به استناد صحیحه ابی بصیر قسامه را يك حکم تأسیسی و آن هم بعد از فتح خیبر می دانست می توان گفت اولاً، صحیحه ابی بصیر محتمل الوجهین است زیرا عبارت «کان من قبل رسول الله (ص)» همانگونه که سابقاً اشاره کردیم، به هر دو صورت قرائت می شود که بر اساس یکی از آن دو- یعنی فتح قاف و سکون باء- با نظریه اول سازگار می باشد. ثانیاً، وجود قسامه در جاهلیت با توجه به نقل کتب حدیث و تواریخ معتبر و مطالعه آداب و رسوم

(1) تاریخ طبری، جلد 3، ص 59.

اسلام تقریبا امری مسلم است و ثالثا، فرضا چنانچه «وكان من قبل رسول الله (ص)» را به کسر قاف و فتح باء بخوانیم منافات با امضایی بودن قسامه ندارد، به جهت اینکه می رساند ابتدای امضای این حکم در زمان پیامبر اکرم (ص) و بعد از فتح خیبر بوده است. لذا نتیجه می گیریم که قسامه در اسلام يك حکم امضایی است.

2 مدارك و مستندات قاعدة

الف. روایات

در مورد قاعدة لوث روایاتی چند وارد شده است:

1. صحیحہ زرارة:

عن ابی عبد الله (ع)، قال انما جعلت القسامة احتیاطا للناس لكيما اذا اراد الفاسق ان يقتل رجلا ويغتال رجلا حيث لا يراه احد خاف ذلك فامتنع من القتل. «1»

2. صحیحہ بريد بن معاوية:

عن ابی عبد الله (ع) قال سألت عن القسامة فقال الحقوق كلها بينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في الدم خاصة فان رسول الله (ص) بينما هو بخيبر اذ فقدت الانصار رجلا منهم فوجدوه قتيلا فقالت الانصار ان فلان اليهودي قتل صاحبنا فقال رسول الله (ص)

(1) وسائل، باب 9، من ابواب دعوى القتل و ما يثبت به، حديث 1.

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 1، ص: 276

للمطالين اقيموا رجلين عدلين من غيركم اقيده (اقده) برمته فان لم تجدوا شاهدين فاقيموا قسامة خمسين رجلا اقيده برمته. فقالوا يا رسول الله (ص) ما عندنا شاهدان من غيرنا وانا لنكره ان نقسم على ما لم نرده فوداه رسول الله (ص) وقال انما حقن دماء المسلمين بالقسامة لكي اذا رأى الفاجر الفاسق فرصة من عدوه حجزه مخافة القسامة ان يقتل به فكف عن قتله و الا حلف المدعى عليه قسامة خمسين رجلا ما قتلنا و لا علمنا قاتلا و

الا اغرموا الدية اذا وجدوا قتيلا بين أظهرهم اذا لم يقسم المدعون. «1»

3. صحیحہ زرارة:

قال سألت ابا عبد الله (ع) عن القسامة وقال هي حق ان رجلا من الانصار وجد قتيلا في قليب من قلب «2» اليهود فاتوا رسول الله (ص) فقالوا يا رسول الله (ص) انا وجدنا رجلا منا قتيلا في قليب من قلب اليهود فقال:

ايتوني بشاهدين من غيركم، قالوا يا رسول الله (ص) ما لنا شاهدان من غيرنا، فقال رسول الله (ص): فليقسم خمسون رجلا منكم على رجل ندفعه اليكم قالوا يا رسول الله و كيف نقسم على من لم نره، قال: فيقسم اليهود، قالوا يا رسول الله و كيف نرضى باليهود و ما فيهم من الشرك اعظم فوداه رسول الله (ص). «3»

4. صحیحہ ابى بصير:

عن ابى عبد الله (ع) ان الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في اموالكم. حكم في اموالكم ان البينة على المدعى و اليمين على المدعى

(1) همان، حديث 3.

(2) القليب: جمع قلب و قلب و أقلبة: البئر و قيل البئر القديمة.

(3) وسائل، باب 10، حديث 3.

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 1، ص: 277

عليه و حكم في دمائكم ان البينة على من ادعى عليه و اليمين على ما ادعى لكيلا يبطل دم امرئ مسلم. «1»

5. صحیحہ حلبى:

عن ابى عبد الله (ع) قد سألته عن القسامة كيف كانت؟ فقال هي حق، هي مكتوبة عندنا و لولا ذلك لقتل الناس بعضهم بعضا ثم لم يكن شيء و انما القسامة نجاة للناس. «2»

این روایات دلالت صریح دارند بر حجیت قاعده لوٹ و قسامه به اجماع فقهای قدیم و حدیث.

ب. اجماع فقهای قدیم و جدید

، بلکه تسالم اصحاب بر حجیت قاعده لوٹ.

3 اعتبار لوٹ در قسامه

الف. اجماع مسلمین: تمام فقهای اسلام اجماع دارند به اینکه در باب قسامة لوث معتبر است و تسالم فقهاء بر این معنی خواهد بود، جز کوفی که از علمای عامه است و گفته است که «لا اعتبار اللوث ولا اری مجیئه ولا اری جعل الیمین فی جانب المدعی» همچنین مرحوم محقق اردبیلی (ره) نیز اشکال کرده است، زیرا نظر به اینکه در مقام مذکور نیز مقیدی وجود ندارد ایشان می فرمایند: «کان لهم

(1) همان، باب 9، حدیث 4.

(2) همان، باب 9، حدیث 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 278

على ذلك اجماعا او نصا ما اطلعت عليه» (1) اما باید یادآور شد که اعتبار لوث مجمع علیه بلکه متسالم علیه است.

ب. در این زمینه روایاتی نیز وارد شده است که می توان به آنها استناد کرد از جمله معتبره زرارة:

عن ابی عبد الله قال: انما جعلت القسامة لیغلظ بها فی الرجل المعروف بالشر المتهم فان شهدوا علیه جازت شهادتهم. (2)

صحیحة زرارة: «لکيما اذ اراد الفاسق ان يقتل رجلا او یغتال رجلا». (3)

صحیحة برید بن معاویه: «عن ابی عبد الله (ع) و فیها ... ان فلان الیهودی قتل صاحبنا». (4)

صحیحة عبد الله بن سنان:

قال: سمعت ابا عبد الله (ع) یقول: انما وضعت القسامة لعله الحوط، یحتاط علی الناس لکی اذا رأی الفاجر عدوه فر منه مخافة القصاص.

(5)

در این روایات ارشاد به آن می شویم که قسامة در هر موردی جاری نیست، بلکه در خصوص آن گونه مدعی علیه است که معروف به شر و متهم به شرارت و فسق باشد؛ یعنی کسی باشد که در مظان

(1) مجمع الفائدة، کتاب الحدود، الفصل الثالث فی القسامة.

(2) وسائل، باب 9، حدیث 7.

(3) همان، باب 9، حدیث 1.

(4) همان، باب 9، حدیث 3.

(5) همان، باب 9، حدیث 9.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 279

است. حتی یکی از اساتید عظام ما مد ظله می فرماید: «1»

ان قوله (ع) فی روایات الباب: «انما جعلت القسامة احتیاطا للدماء بل یوجب هدرها حیث ان الفاسق و الفاجر ان یدعی القتل علی احد و یأتی بالقسامة فیقتص منه فیذهب دم المسلم هدرا.

قسامة از آن رو عنوان شده است که در دمای مردم احتیاط رعایت شود. اگر بنا بود که گفته شود هر کس ادعا کند و از خانواده اش پنجاه سوگند خورنده بیاورد و طرف را قصاص کند خون مردم مسلمان هدر می رفت و این خلاف مذاق شرع است. شرع، قسامة را برای حفظ دماء مسلمانان عنوان فرموده است. بدون آنکه شخص متهم به شر و در مظان این معنی باشد و به صرف ادعای مدعی یعنی ولی دم، نمی توان قسامة را جاری کرد. چنین قسام های خلاف مذاق شرع است و این معنی را روایات وارده تأیید می کنند. امام (ع) می فرماید: «لو یعطى الناس بأقوالهم لاستباح قوم دماء قوم و اموالهم»: اگر بنا باشد به حرفهای مردم فوراً ترتیب اثر داده شود معنایش آن خواهد بود که گروهی خون و مال مردم را برای خود مباح می شمارند و چون قسامة مخالف با قواعد عامه مقرر در باب دعاوی و خلاف اصل است، قهراً باید بر مقدار متیقن اخذ کرد. مضافاً اینکه در کتاب ریاض می فرماید: «2» «ان النصوص اکثرها فی قضیة عبد الله

بن سهل المشهورة وفيها اللوث بلا شبهة...»: اکثر روایاتی که در این باب وارد شده است، مربوط به جریان يك انصاری به نام عبد الله بن سهل است که در آن قضیه، مسلماً لوث محل داشته

(1) مبانی تکملة المنهاج، جزء 2، ص 105.

(2) جلد 2، ص 517.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 280

است. فرد متهم کسی بوده است که در مظان این معنی بوده و شاید با مقتول سابقه دشمنی داشته است. بنابراین با ارتفاع تهمة، قسامة وجود ندارد؛ یعنی در جایی که مدعی علیه متصف به فسق و شر نباشد. البته این مطلب خلاف نظر سیدنا الاستاد حضرت امام (ره) است. ایشان در تحریر می فرمایند: «ان المراد باللوث كل امارة يغلب معه الظن عند الحاكم بصدق المدعى». «1»

خلاصه آنکه هر اماره ای که موجب ظن حاکم باشد کفایت می کند؛ اعم از آنکه مدعی علیه معروف به فسق و شر باشد یا نه. البته می توان گفت میان استظهار ما از لوث و فرموده حضرت امام (ره) منافاتی نیست و این دو مطلب قابل جمع است زیرا ایشان در مقام تعریف اصل لوث هستند و این معنی با اعتبار يك رشته قید و شرط تنافی ندارد.

4 کیفیت قسامة

شك نیست که اگر ولی دم مدعی شد که شخصی یا جماعتی قاتل هستند و این امر موجب ایجاد معنی لوث نشد و قسامة در کار نیامد، همان اصل «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» جاری می شود، چون مقتضای عموم ادله حجیت بینه چنین است. اگر مدعی، یعنی ولی دم اقامه بینه نکرد می تواند مدعی علیه را که منکر است احلاف کند به یمین

(1) تحریر الوسيله، جلد 2، ص 527.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 281

یابد و مدعی علیه قسم بخورد دعوی ساقط می شود مانند سایر دعاوی؛ اما اگر ولی دم مدعی قتل توسط شخص یا جماعتی شد و لوث با شرایط معتبره در آن حاصل گشت، قبل از انجام مراسم قسامه باید نکات زیر رعایت شود:

الف. ابتداء از مدعی علیه خواسته می شود که بر برائت خود بینه اقامه کند. در اینجا علاوه بر تسالم اصحاب، روایاتی چند وارد است. از جمله صحیحۀ برید بن معاویه است.

عن ابی عبد الله (ع) فقال: الحقوق كلها البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه، الا في الدم خاصة. (1)

روایت دیگر صحیحۀ ابی بصیر است.

عن ابی عبد الله (ع) قال: و حکم دمائکم ان البينة على المدعى عليه و اليمين على من ادعى لثلا يبطل دم امرئ مسلم (2)

بدین ترتیب در خصوص دم عکس مسأله حقوق است و چنانچه مدعی علیه نتوانست اقامه بینه کند، آنگاه مراسم قسامه از طرف مدعی و اقرباء و عشیره اش انجام می یابد. در واقع این معنی موجب سلب حجیت بینه نیست. مدعی هر وقت برایش ممکن باشد می تواند اقامه بینه کند و این نکته در صحیحۀ مسعدة بن زیاد آمده است:

عن جعفر (ع) قال: «کان ابی» رضی الله عنه اذا لم یقم القوم المدعون البينة على قتل قتلهم و لم یقسما بان المتهمین قتلوه حلف المتهمین

(1) وسائل، کتاب القصاص، باب 9، حدیث 3.

(2) همان، حدیث 4.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 282

بالقتل خمسين يمينا بالله ... (1)

بنابراین اگر مدعی قتل نتوانست اقامه بینه کند قسامه جاری

می شود و اگر مدعی علیه بر براهت خویش بینه آورد مسأله تمام و مدعی علیه بری می شود.

ب. اعتبار رجولت: سیدنا الاستاد حضرت امام (ره) در تحریر می فرمایند:

«و الظاهر اعتبار الرجولية في القسامة». (2)

روایات بسیاری در این معنی هست که افراد شرکت کننده در قسامه باید مرد باشند. از جمله صحیحه برید بن معاویه، صحیحه زراره، صحیحه ابو بصیر، صحیحه عبد الله بن سنان، صحیحه یونس و ابن فضال و غیر اینها که در همه آنها تصریح شده است: «خمسین یمینا»؛ «قسامه خمسین رجلا». اگر گفته شود که با توجه به آنچه گذشت چنانچه مدعی یا مدعی علیه زن باشد، قاعده لوث جاری نمی شود و قهرا قسامه انجام نمی یابد، در پاسخ می گوئیم اضافه بر آنکه مخالفی در مسأله وجود ندارد، گروهی از روایات دلالت بر این معنی دارد، مانند صحیحه حلبی، صحیحه زراره، صحیحه برید بن معاویه و صحیحه ابی بصیر که به مقتضای عموم در این حکم فرقی بین مرد و زن نیست.

ج. کیفیت سوگند: در باب یمین ذکر قیودی که موضوع سوگند را از ابهام و اجمال می رهند معتبر است، از قبیل ذکر قاتل و مقتول و بیان نسب آنها و ذکر اوصاف و حالات آنها و بیان نوع قتل، عمد یا شبه عمد یا خطای محض و ذکر

(1) همان، حدیث 6.

(2) تحریر الوسیله، حدیث 2، ص 529.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 283

این معنی که وی منفردا یا مشترکا در قتل بوده است.

5 کمیت قسامه

در متون فقه برای قتل عمد پنجاه یمین و در قتل شبهه عمد و خطای محض بیست و پنج یمین آمده است. در مورد قتل عمد، پنجاه یمین،

يك حكم اجماعى است میان تمامی علما مگر ابن حمزه كه مى فرماید: «انها خمسة و عشرون فى العمد اذا كان هناك شاهدا واحدا» (1) و تعلیل آن این است كه پنجاه قسم به منزله دو شاهد است. اما فرموده ایشان با توجه به ادله و اطلاعات وارده مردود است؛ مضافا اینکه نصوص خاصه ای در این باب وارد شده است، مثل صحیحۀ عبد اللہ بن سنان:

قال ابو عبد اللہ (ع) فى القسامة، خمسون رجلا فى العمد و فى الخطاء خمسة و عشرون رجلا و عليهم ان يحلفوا باللّٰه. «2»

و نیز صحیحۀ یونس و ابن فضال جمیعا:

عن الرضا (ع): و القسامة جعل فى النفس على العمد خمسين رجلا و جعل فى النفس على الخطاء خمسة و عشرون رجلا. «3»

در مورد شبه عمد و خطای محض نیز مشهور آن است كه مانند عمد است.

(1) وسیله، ابن حمزه، ص 460.

(2) وسائل، كتاب القصاص، باب 11، حدیث 1.

(3) همان، حدیث 3.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 284

بزرگانی مانند شیخ مفید، دیلمی، ابن ادریس و علامه و فرزندش فخر المحققین و شهیدین (ره) همگی فرموده اند در قسامه فرقی بین قتل عمد و شبه عمد و خطای محض نیست و همه جا پنجاه قسم است. ابن ادریس در سرائر ادعای اجماع مى فرماید. شهید دوم (ره) در روضه در تعلیل یکسان بودن مى فرماید كه احتیاط مقتضی این امر است، چون مسأله دماء و نفوس است و مذاق شرع در زمینه دماء و نفوس مراعات احتیاط است.

لیکن روایات معتبره در این زمینه تصریح دارند به اینکه در قتل عمد قسامه با پنجاه قسم و در خطاء با بیست و پنج قسم است.

همچنین در یمین، سوگند باید به خداوند تبارک و تعالی باشد و روایات معتبره و اجماع بر این امر دلالت دارند.

از جمله صحیحۀ مسعدة بن زیاد: «عن جعفر (ع) قال ... حلف المتهمین بالقتل خمسین یمینا باللّٰه» و صحیحۀ عبد اللّٰه بن سنان که در آن فرموده است: «و علیهم ان یحلفوا باللّٰه» پس استفاده می شود که سوگند باید به خدا باشد. مدعی باید پنجاه مرد از قوم خود بیاورد تا سوگند به خدا بخورند که شخص مورد نظر قاتل و قتل عمد است. لازم نیست اقارب مذکور وارث فعلی باشند. ولی مدعی باید خود وارث فعلی و جزء اولیای دم باشد. در باب حلف، حالف که قسم می خورد باید علم داشته باشد و صرف ظن و اطمینان کافی نیست؛ یعنی قسم باید از روی جزم و علم باشد. این مطلب مسلم است، اما آنچه مورد بحث است این است که آیا علم مأخوذ در باب حلف و قسامه باید معلول حس و رؤیت باشد و یا به هر سببی که این امر حاصل شده و از هر راهی که علم و قطع مذکور به دست آمده باشد، کفایت می کند؟ شاید گفته شود که باید قول اول را اختیار کرد؛ یعنی علم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 285

باید معلول حس و رؤیت باشد. از آن رو که دم مسلم اهمیت دارد و شارع به مسأله دماء اهمیت فراوان می دهد. به روایاتی نیز در این معنی می توان استدلال کرد که از جمله صحیحۀ برید بن معاویة العجلی است: «عن ابی عبد اللّٰه انا لنگره ان نقسم علی ما لم نره» و نیز صحیحۀ

ابو بصیر که در ذیل آن آمده است: «فقالوا یا رسول الله: انقسم علی ما لم نره». در هر روایت مدعیان گفته اند چطور ما در مورد چیزی که ندیده ایم سوگند بخوریم، رسول خدا (ص) نیز این مطلب را رد نمی فرماید، بلکه کلام آنها را می پذیرد و می فرماید: «فیقسم الیهود» مدعی علیه برود و سوگند بخورد. در واقع قسامه مخالف با قواعد مقرر در باب حقوق است و قهرا در آن باید، همانند اموری که بر خلاف قاعده و اصل است، به مقدار متیقن اکتفا کرد. در اینجا قدر متیقن همان علم معلول حس و رؤیت است نه هر سببی از اسباب. اما فقهای عظام ما قول دوم را گرفته و گفته اند همین که حالف علم و جزم داشت می تواند سوگند بخورد اعم از آنکه علم و جزم وی معلول حس و رؤیت باشد یا امر دیگر. البته اگر مخالفت با مشهور و مخالفت با اصحاب نبود قول اول را اختیار می کردیم، ولی لازمه این قول بازگشت به شهادت پنجاه نفر است که این خود بسیار مستبعد و مخالف با روایات است. و الله اعلم. لکن با این فرق که در باب بینة لازم است شهود غیر از مدعیان باشند. در اینجا دو نکته دیگر باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

نکته اول آنکه اگر عدد افرادی که باید در مراسم قسامه شرکت کنند کمتر از مقدار نصاب یعنی کمتر از پنجاه نفر باشد آیا می توان بر آنها «تکریر ایمان» کرد و خواست که قسمها را تکرار کنند تا عدد کامل شود یا چون دلیلی بر تکریر نداریم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 286

نمی توان قسمها را تکرار کرد؟

الف. مقتضای روایاتی که در مورد وارد شده آن است که قصاص منوط و معلق بر حلف «خمسین رجلا» است (سوگند پنجاه مرد) و چنانچه سوگند انجام نیابد قهراً قصاص ثابت نمی شود. تکرار سوگند از طرف بقیه افراد هم نیاز به دلیل خاصی دارد و دلیل مذکور در اینجا وجود ندارد. صحیحه یونس از حضرت رضا (ع) در قسامه اجزاء است و نمی توان آن را به قسامه نفس سرایت داد. بدین ترتیب این چنین قسامه ای نمی تواند مثبت قصاص باشد و در صورت شك و شبهه حکمی که آیا قسامه با تکریر ایمان ثابت می شود یا نه بعید نیست قاعده درء الحد در مورد ما نحن فیه جاری و نتیجه آن عدم ثبوت قصاص باشد و بسنده به دیه شود.

ب. مسأله تکریر ایمان میان بقیه افراد، در کلمات بزرگان و فقهای عظام مجمع علیه است در کتاب خلاف آمده است که اگر ولی دم يك نفر باشد و قوم و خویش نداشته باشد اگر همین يك نفر پنجاه قسم بخورد قسامه ثابت می شود اجماعاً. شیخ الطائفه در کتاب خلاف اضافه می کند که اخبار فرقه هم بر این امر دلالت دارد که تکریر ایمان بین افراد می شود. یکی از اساتید عظام ما «مد ظله» می فرماید که در روایات آمده است که قسامه برای احتیاط تشریح شده است تا بعضی بعض دیگر را نکشند و فاسق خوف از این داشته باشد که حتی اگر کسی را پنهانی بکشد چنانچه اولیای دم متوجه شوند می آیند و مراسم قسامه را انجام

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 287

می دهند و وی قصاص می شود «1» و

این معنی برای فاسقان و مجرمان يك حالت بازدارندگی خواهد داشت و اگر گفته شود که قسامه مقید به سوگند خوردن پنجاه نفر است این امر کمتر اتفاق می افتد که پنجاه نفر علم و جزم داشته باشند و بیایند و قسم بخورند که فلانی قاتل عمد است. شاید نظر شیخ در خلاف نیز اشاره به روایاتی چون صحیحۀ مسعدة بن زیاد باشد که «حلف المتهمین بالقتل خمسين يمينا بالله» و صحیحۀ برید بن معاویة: «فاقيموا قسامة خمسين رجلا» اما انصاف آن است که استدلال به این مطلب برای جواز تکرار خالی از اشکال نیست و آنچه هم در مقام این وجود دارد اجماع منقول است نه محصل و علی فرض تحصیل هم اعتباری ندارد چون اجماع مزبور مدرکی است. بنابراین، همان طوری که پیشتر گذشت محتمل است قاعده درء الحد در ما نحن فیه جاری که قهرا این نحو قسامه مثبت قصاص نخواهد بود.

نکته دوم آن است که اگر ولی دم ادعا کند که قوم و خویش ندارد یا عدد خویشانش کمتر از حد نصاب است یا خویشان وی حاضر نیستند قسم بخورند، آیا به صرف ادعا باید وی را تصدیق کرد و قسمها را تکرار کرد- علی فرض جواز- و یا اگر یکی دو تن را معرفی کرد، قسمها باید میان آنها تقسیم شود یا باید به جستجو پرداخت و صدق گفتار وی را احراز کرد تا اطمینان برای حاکم پیدا شود؟

ممکن است گفته شود که باید به صرف ادعا وی را تصدیق کرد و لزومی به

(1) مبانی تکملة المنهاج، جلد 2، ص 109.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 288

فحص و

جستجو نیست چون در جای خود ثابت شده است که در شبهات موضوعیه فحص لازم نیست، مضافاً اینکه ثمره فقهی هم ندارد؛ یعنی اگر جستجو شد و معلوم شد که مدعی کسی را ندارد، خود وی به تهایی باید سوگند بخورد و اگر جستجو شد و خویشانی وجود داشتند، اما حاضر به ادای سوگند نبودند باز تکریر ایمان مدعی جائز است، بنابراین ثمره ای بر جستجو مترتب نیست.

در پاسخ گفته می شود که این مطلب- عدم فحص در شبهات موضوعیه- چنانچه درست باشد مربوط به ماعدای نفوس و اعراض است و به نظر ما در مسائل نفوس و اعراض و لو شبهه، شبهه موضوعیه باشد جستجو و فحص لازم است؛ زیرا شدت احتیاط و اهتمام شارع مقدس به مسأله نفوس و اعراض مقتضی این فحص است. مضافاً اینکه می توان گفت: نقصان یا نبود خویشاوند برای مدعی شرط ثبوتی و واقعی برای جواز تکریر ایمان اوست. یعنی در حاق واقع اگر خویشاوند وجود نداشت یا واقعا خویشان نیامدند تا بذل ایمان کنند یا عددشان کمتر از حد نصاب بود، آنگاه است که مدعی می تواند تکرار قسم کند.

به تعبیر دیگر، جواز تکریر ایمان منوط و مشروط به احراز فقدان خویشاوند است و احراز شرط بدون جستجو و فحص به مقدار حصول اطمینان قاضی ممکن نیست. بنابراین به صرف ادعای مدعی، مبنی بر نبود خویشاوند یا کمتر از حد نصاب بودن تعداد و بدون فحص و جستجو تا سر حد اطمینان قاضی، نمی توان ترتیب اثر داد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 289

6 ثبوت قسامه در اعضا

مشهور میان فقهای ثبوت قسامه در اعضا است. گروهی از فقها ادعای اجماع کرده و گفته اند

که میان قسامه اعضا و قسامه نفس فرقی نیست. شیخ الطائفه (ره) در کتاب مبسوط تحقق لوث در قسامه اعضا را اعتبار نفر موده و حساب نفس را جدا دانسته است. اکثر علمای عامه نیز همین مطلب را گفته اند جز شافعی و استدلالشان این است که قسامه مخالف با قواعد مقرر در باب دعاوی و خلاف مقتضای اصل اولیه «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» است.

روایات مورد استناد در خصوص نفس وارد شده است و نمی توان آن را به اعضا سرایت داد.

این فرموده مردود است. صحیحه یونس این مطلقات را تقیید می کند، چون صحیحه مذکور در مورد جوارح و اعضا است. بنابراین آنچه مورد مناقشه است، اصل ثبوت قسامه در اعضا نیست بلکه در مقدار قسامه در اعضا است. شیخ مفید (ره) در کتاب احکام النساء و نیز سلار و ابن ادريس و شهیدین گفته اند که قسامه این مورد نیز مانند نفس، پنجاه عدد است. یعنی از باب احتیاط در باب دماء آن را مقتضی پنجاه یمین دانسته اند و ابن ادريس (ره) در سرائر نیز دعوی اجماع کرده است. «1» بر خلاف شیخ الطائفه (ره) و پیروان ایشان که گفته اند قسامه در اعضا هنگامی که موجب دیه است شش یمین است و هر قدر که دیه کامله کم

(1) «ان علیه فی النفس اجماع المسلمین و فی الأعضاء اجماعنا.»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 290

شود به همان نسبت نیز عدد ایمان کم می شود. به فرض اگر دیه نفس دیه کامله بود، قسامه آن سه سوگند و اگر دو ثلث دیه کامله بود قسامه آن چهار سوگند خواهد بود. دلیلشان نیز صحیحه یونس

است. بنابراین اظهار قول دوم است که قسامه در باب اعضا شش سوگند است.

نکته ای که باید بدان اشاره کرد آن است که قسامه در نفس موجب قصاص است؛ اما قسامه در اعضا موجب قصاص نیست، چون دلیلش همان صحیحه یونس است و صحیحه یونس هم مختص در دیه می باشد.

7 قسامه کافر

اگر کافر ادعای قتل بر مسلم کرد، آیا قسامه وی پذیرفته می شود؟ در این مسأله اختلاف است. شیخ الطائفه (ره) در خلاف و مرحوم محقق در شرایع و علامه در کتب خود و فخر المحققین فرموده اند که قسامه کافر نسبت به دعوی قتل بر مسلم مسموع نیست، با این استدلال که قسامه خلاف اصل است و باید به مقدار مورد نص اکتفا کرد. در صحیحه برید بن معاویه آمده است: «انما حقن دماء المسلمین بالقسامه» و در صحیحه ابی بصیر آمده است: «لئلا يبطل دم امرئ مسلم» مضافاً اینکه نتیجه قسامه ثبوت قصاص است در قتل عمد و در این مورد «لا یقاد مسلم بکافر». بنابراین اگر قسامه ثابت شد بازهم کافر نمی تواند مسلم را قصاص کند. علاوه بر این قسامه يك نحو «سبیل» و علو بر مسلم است و به مقتضای قاعده نفی سبیل که مدرکش «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و نیز

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 291

«الاسلام یعلو ولا یعلی علیه» است، قسامه کافر پذیرفته نمی شود.

قول دوم، صحت قسامه کافر بر مسلم است که شیخ الطائفه در مبسوط و علامه در کتاب مختلف و صاحب جواهر فرموده اند فرقی بین قسامه مسلم بر مسلم یا قسامه کافر بر مسلم نیست و هر دو پذیرفته است. استدلال این

بزرگان همان اطلاعات روایات و نیز صحیحۀ زرارة در آن قسمت است که می گوید:

«فقال: فيقسم اليهود». مسأله مورد بحث مشکل است و انتخاب يك نظر مستقل اشکل، گرچه اظهار همان قول دوم است، فتوای حضرت امام (ره) در تحریر الوسيلة موافق با نظر اول است.

اگر ولی دم نسبت به شخصی ادعای قتل کرد و لوث تحقق یافت، مدعی می تواند مراسم قسامه را طبق موازین انجام دهد، مشروط بر اینکه ثابت کند شخص مدعی علیه حین القتل در محل جنایت بوده است. اگر قتل مثلا در خانه ای اتفاق افتاده باشد مدعی باید ثابت کند که مدعی علیه حین القتل در آن خانه بوده است و چنانچه مدعی علیه این مطلب را انکار کند؛ یعنی بگوید در خانه مذکور نبوده است، در اینجا قول منکر با قسم پذیرفته می شود. چون اصل (در خصوص عدم حضور) با وی موافق است و این حالت لوث ساقط می شود؛ زیرا همان طور که گفتیم لوث متوقف بر وجود شخص در مکانی است که قتل در آن محل وقوع یافته است مگر اینکه با بینه ثابت کند این معنی و این نکته از اهمیت خاصی برخوردار می باشد.

بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی، قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، 2 جلد، مؤسسه عروج، تهران - ایران، سوم، 1401 ه ق
قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)؛ ج 1، ص: 291

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 293

قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه

طرح بحث

به محض تقسیم کارها و پرداختن مردم به تولید انواع کالاها، نخستین اندیشه ای که برای مبادله کالاها به وجود آمد، این بود که هر تولیدکننده آنچه زیاده از میزان احتیاج خود دارد یا کالایی

که بدان نیازمند است «معاوضه» کند، پیداست که یافتن کسی که خواهان فرآورده های تولیدکننده باشد و کالای مورد نیاز او را نیز تهیه کند به سادگی امکان نداشت، پس نیاز به وسیله ای همگانی بود که بتواند معیار ارزشها و رابطه بین تولیدکننده و مصرف کننده قرار گیرد. بدین ترتیب پول به تدریج به وجود آمد.

در حقوق بیشتر کشورها، معاوضه اختصاص به مبادله کالا به کالا پیدا کرد و بیع ویژه مبادله کالا با پول گشت. ولی در فقه و قانون مدنی ایران ماده 338 ق.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 294

م. «1» تعریف «بیع» عبارت است از: «تملیک عین بعوض معلوم» لذا با توجه به تعریف فوق فرق بین بیع و معاوضه تنها از نظر قصد طرفین معامله است. چرا که تعریف مندرج در ماده 338 ق. م. و همچنین در فقه تعریف معاوضه هم می باشد. لذا می توان گفت که بیع نوعی معاوضه است و موارد دیگر مثل قرض و اجاره هم نوعی معاوضه محسوب می گردد.

با اینکه در فقه و حقوق ایران بیع، عقد تملیکی است و در عقود تملیکی هم به محض وقوع عقد، ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع منتقل می شود و عقد محقق گردیده و انتقال صورت پذیرفته است؛ ولی اگر مبیع پیش از تسلیم به خریدار تلف شود، از مال فروشنده است و او اگر ثمنی از مشتری در برابر مال تلف شده گرفته باید به وی بازگرداند که این موضوع تحت عنوان «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» در فقه مطرح گردیده است.

مفاد این قاعده چنین است که اگر بیعی واقع شود و

قبل از آنکه مبیع به دست مشتری برسد بدون تعدی و تقریط تلف شود، بایع خود باید متحمل خسارت شود و ثمن را به مشتری برگرداند.
(2)

(1) ق. م. - قانون مدنی.

(2) ماده 387 قانون مدنی: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد شود، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع کرده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 295

1 مدارك و مستندات قاعدة

اشاره

ابن ابی جمهور احسائی در غوالی اللئالی مضمون کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه را به عینه از حضرت پیامبر اکرم (ص) نقل می کند. البته با اینکه روایت مرسله است، تمامی فقهای عظام به آن عمل کرده اند. علاوه بر این مسأله عقلایی است و قهرا بر مبنای ما، در حجیت خبر واحد که موضوع حجیت را خبری می دانیم که موثوق الصدور باشد نه خبر ثقه، این روایت معتبر خواهد بود.

زیرا وثوق به صدور گاه به وثاقت راوی است و گاه به عمل اصحاب و شاید وثاقتی که از عمل اصحاب پدید می آید به مراتب بیش از توثیق کتب رجالی باشد، صرفنظر از اصالة الصدور. از حیث اصالة الظهور هم هیچ ابهامی وجود ندارد.

روایت دوم از عقبه بن خالد عن الصادق (ع) فی رجل اشتری متاعا من آخر و اوجبه غیر انه ترك المتاع عنده و لم یقبضه، قال: آتیک غدا ان شاء الله فسرقت المتاع، من مال من یكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو فی بیته حتی تقبض المتاع و

یخرجه من بیته، فاذا اخرجته من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله الیه. قوله: فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله الیه.

یعنی دیگر خود مشتری ضامن است و باید ثمن را به بایع بدهد.

روایت مذکور از حیث دلالت خوب است. گرچه در آن آمده است که باید اقباض خارجی باشد و حال آنکه ما می‌گوییم قبض خارجی نمی‌خواهد؛ بلکه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 296

سیطره پیدا کردن بر متاع یا وکیل گرفتن کفایت می‌کند.

معنای «من مال بایعه» چیست و چگونه قابل تصور است؟ تقریباً اجماع فقهای ما بر این است که به نفس عقد، ملکیت تحقق می‌یابد و ما بیع را به مبادله مال به مال - یا تبدیل مال به مال - در عالم اعتبار تعریف می‌کنیم؛ یعنی مبادله انشایی در ملکیت است نه خارجی. بر این اساس، هر حادثه‌ای نسبت به مضمن صورت گیرد باید مربوط به مشتری باشد نه بایع؛ زیرا مملوک مشتری است. لذا ابتدا به ذهن می‌رسد که این حکم (من مال بایعه) یک حکم تأسیسی و خلاف بنای عقلا باشد (البته چنان که خواهیم گفت این حکم از احکام عقلانی است و تعبدی نمی‌باشد) اما اینکه چطور من مال بایعه را با قاعده جمع کنیم، سه وجه در آن گفته شده است:

وجه اول: به صرف عقد، متعاقدین مالک نمی‌شوند؛ بلکه باید تقابض خارجی صورت گیرد. مثل حرفی که در باب بیع صرف و سلم می‌گویند که قبض در مجلس را شرط صحت عقد و تحقق ملکیت می‌دانند.

پاسخ به وجه اول: این گفته خلاف سخن تمامی فقهاست. فقها این را پذیرفته‌اند که در بیع، به صرف تبادل انشایی، ملکیت

موجود می شود و بیع صرف و سلم دلیل خاص دارد که تقابض در مجلس در آن شرط صحت است و الا به مقتضای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «بیع بماله من المعنی العرفی» نافذ خواهد بود.

وجه ثانی: اگر ید بایع نسبت به مبیع، ید غیر مأذونه و ید ضمان باشد؛ و لو آنکه تعدی و تقریط هم نکرده باشد در صورت تلف، به مقتضای قاعده

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 297

و علی الید ما اخذت حتی تؤدیة ضامن است به ضمان واقعی؛ یعنی مثل یا قیمت را باید به مشتری بدهد.

وجه ثانی از چند جهت نادرست می باشد: اولاً، ید بایع نسبت به مبیع غیر مأذونه نیست. بلکه با توافق یکدیگر قرار شده است که مال نزد بایع بماند، نه آنکه بایع ملاحظه کرده باشد؛ چون این معنی خلاف فرض است و از روایت هم این معنا معلوم است.

ثانیاً اگر بخواهیم از راه قاعده و علی الید وارد شویم، آن وقت ما در قاعده کل مبیع بحث نخواهیم کرد و این مطلب یک قاعده مستقل به شمار نخواهد آمد و حتی اگر مشتری یا شخص ثالث و یا خود بایع هم مبیع را اتلاف کنند، باز هم ارتباطی به این قاعده نخواهد داشت و مسأله از طریق قاعده اتلاف حل خواهد شد.

وجه ثالث: که نظر مختار مرحوم والد - قدس سره - هم می باشد، عبارت است از انفساخ عقد آنا ما یعنی می گوئیم که قبل از تلف مبیع، عقد منفسخ می شود و معنای حل و انفساخ عقد برگشتن هر چیزی به جای سابق خودش است؛ زیرا آنچه تبدیل اضافه ملکیت کرده بود، عقد بود و

مفروض آن است که عقد منحل و منفسخ شده است، قهرا تلف در مال خود بایع واقع می شود.

نظیر این مطلب در فقه موجود است مثل بیع خیاری و یا هر نقل و انتقال دیگری که ذو الخیار در ایام خیار انجام دهد؛ در این موارد هم مسأله به این شکل توجیه می شود که آن مالک می شود قبل از بیع و سپس صدق می کند که وقوع این بیع یا موقت یا غیر ذلك در ملك خودش بوده و همین حرف را در معاطات

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 298

بر مبنای اباحه مطلقه نسبت به تصرفات متوقفه بر ملك هم زده اند، این آنرا ما را از روی تعبد درست کرده اند و می گویند ادعا می کنیم آن مال عقد منفسخ شده تا تصحیح «فهو من مال بايعه» باشد، لیکن ما منکر آنرا ما هستیم آن هم در صورتی که بخواهیم آن را با ادعا و تعبد درست کنیم، ما می گوئیم نفس تلف علت برای انفساخ عقد است و علت و معلول هم زمانا متحد هستند و تقدم و تأخرشان رتبی است، پس همان لحظه تلف لحظه انفساخ و انحلال عقد هم هست قهرا تلف در مال بایع واقع شده است.

بعدا به این بحث خواهیم پرداخت که آیا «مبیع» خصوصیتی دارد یا آنکه در ثمن هم این سخن وجود دارد؟ و نیز بحث خواهیم کرد که آیا این مسأله اختصاص به بیع دارد یا در کلیه عقود معاوضی می آید؟

مدرك سوم: اجماع فقهاست که صغری مورد قبول می باشد؛ اما مهم آن است که این اجماع مدرکی است و اجماع اصولی اصطلاحی نیست. زیرا اجماع اصولی حجیش بر

اساس کاشفیت قطعیه از رأی معصوم (ع) است.

مدرک چهارم: که به نظر ما مهمترین دلیل می باشد، عقل (عقلا) است. هر چند ظاهرا این قاعده تعبدی به نظر می رسد؛ ظاهر حکم عقلا آن است که باید تلف از مال مشتری باشد، چون به محض عقد، مبیع در ملک مشتری وارد شده است.

لکن اگر به دقت نظر کنیم عقلا در معاوضات و معاملاتی که به نحو معاوضه و دادوستد انجام می دهند، آنچه می دهند بدون عوض نمی دهند. بنای آنها این است که اگر مثنم دادند، مثنم بگیرند و اگر مثنم دادند، مثنم بگیرند. در جوامع عقلایی چنانچه مشتری مثنم بدهد و بایع در عوض چیزی به وی ندهد، این

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 299

معامله را اکل مال به باطل می دانند؛ یعنی بایع را مستحق مثنم نمی دانند.

تحلیل حقوقی قاعده فوق در قانون مدنی

به موجب بند 3 ماده 362 ق. م. تسلیم یکی از آثار بیع است و بیع هم نوعی معاوضه محسوب می گردد؛ بنابراین انتقال ضمان معاوضی نیز مهمترین اثر تسلیم می باشد. به عبارت دیگر، به موجب ماده 387 ق. م. اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، بیع منفسخ می شود....

مهمترین اثر و فایده عملی تسلیم این است که خطرات وارده بر مبیع با تسلیم به خریدار منتقل می گردد که همان انتقال ضمان معاوضی می باشد.

پیش از ادامه بحث در خصوص ماده 387 ق. م. می باید اضافه کرد که ضمان معاوضی گاه پس از تسلیم مبیع ادامه می یابد. چنان که در ماده 453 ق. م.

در خصوص خیار مجلس، حیوان و شرط صراحت دارد که اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار تلف شود و خیار مختص مشتری باشد،

تلف به عهده بایع است که در این زمینه در بحث تلف در زمان خیار توضیح داده خواهد شد.

حال بایستی دید که پیش از تسلیم، آیا باقی ماندن ضمان معاوضی بر عهده فروشنده، حکمی است استثنایی که قانونگذار بنا به جهتی آن را بیع مقرر داشته یا نتیجه معاوضه ثمن و مئمن و وابستگی تعهدهای دو طرف به یکدیگر می باشد.

گروهی معتقدند که به جهت تملیکی بودن عقد بیع به محض انشای عقد، مبیع به خریدار منتقل می شود و پیش از تسلیم ملکیت به او منتقل گردیده و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 300

فروشنده به عنوان امین خریدار محسوب می شود و ضامن تلف قهری آن نمی باشد و احکام امین بر او بار می شود. بنابراین، حکم ماده 387 ق. م. یک استثناء می باشد و به جهت استثناء بودن توافق، بر خلاف آن هم اعتبار ندارد؛ یعنی اینکه به عقیده این گروه طرفین نمی توانند بر خلاف این قاعده به جهت استثنایی بودن آن توافق به عمل آورند. همچنین به عقیده این گروه به جهت استثناء بر اصل بودن، این قاعده ویژه مبیع است و در مورد ثمن و سایر معاوضات اجرا نمی شود؛ زیرا حکم استثنایی را باید تفسیر محدود کرد و آن را تنها در مورد نص به کار برد.

گروهی دیگر از حقوقدانان معتقدند که هدف نهایی از خرید و فروش دست یافتن خریدار بر مبیع می باشد در مقابل پولی که به فروشنده می دهد و انتقال مالکیت به تنهایی این هدف را تأمین نمی کند؛ لذا قبض مبیع هم لازم است. در واقع، قصد مشترك طرفین بر این است که دادن ثمن به فروشنده و تسلط بر مبیع

يك موجود مركب به وجود مي آيد و از بين رفتن جزئي از آن، جزء ديگر را نيز از بين مي برد. بنا بر اين، قاعده كل مبيع تلف امري استثنائي و خلاف قاعده نيست، بلكه در زمره اصول حقوقی و عين قاعده مي باشد. بنا بر اين طبق اين نظريه، قاعده اختصاص به بيع و عقد بيع ندارد و در مورد تلف ثمن (در صورتی که عين معين باشد) پيش از قبض و همچنين اجاره و قرض و معاوضه و صلح نيز اجرا مي شود. همچنين به نظر اين گروه به جهت اينکه اين قاعده نتيجه پيروي کردن از قصد مشترك طرفين به وجود آمده است، قاعده ای است تکميلي که مي توان خلاف آن را شرط کرد. البته گروهی از محققان و فقها با اينکه حکم

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 1، ص: 301

تلف مبيع پيش از قبض را موافق قاعده دانسته اند ولی تراضي بر خلاف آن را مجاز نمی دانند. چنانکه به نظر مي رسد که اين قاعده قابل اسقاط نيست بدین جهت که ملکيت از زمان انشای عقد به وجود مي آيد و قاعده تلف مبيع قبل از قبض، انحلال و انفساخ عقد را موجب مي شود و اين ديگر دست مشتري و بايع نيست که بخواهند از حق خود استفاده کنند يا نه و اصولاً مسأله حق مطرح نيست، يك امري است که به حسب اعتبار شرع يا عقلا واقع مي شود.

مبيع به هنگام تلف عين معين باشد

در ماده 387 ق.م. به معين بودن مبيع اشاره نشده است ولی از سابقه آن و قواعد کلی معاملات مي توان اين شرط را استنباط کرد که چنين امري (لزوم شخص بودن مبيع) در فقه نيز تصريح شده است و در صورتی

که مبیع کلی باشد خریدار طلبکار است و هرگاه فردی که در اختیار فروشنده است از بین برود او می تواند فرد دیگری تهیه و تسلیم کند و در صورتی که تمام افراد کلی از بین برود چون پیش از تسلیم فرد مبیع، تملیک انجام نمی شود؛ عقد بیع از ابتدا باطل خواهد شد.

سؤالی که در اینجا ممکن است پیش آید اینکه آیا مبیع می باید در زمان قرارداد عین معین باشد یا کافی است به هنگام تلف معین شده باشد. به عنوان مثال، هرگاه مصداقی از کلی به وسیله فروشنده تعیین شود و این مصداق پیش از تسلیم به خریدار از بین برود- که البته در اینجا مبیع از ابتدا عین معین نبوده ولی فردی از کلی را فروشنده تعیین کرده و پیش از تسلیم تلف شده است- در اینکه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 302

آیا این مورد هم به عنوان تلف قبل از قبض می باشد یا فروشنده می باید فرد دیگری از کلی تعیین نماید، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی معتقدند که می باید فروشنده از کلی فرد دیگری را تعیین و تسلیم نماید و گروهی دیگر نظر بر این دارند، همین که مصداق مبیع کلی از طرف فروشنده به طور قطعی تعیین شد تملیک نیز محقق می شود، پس می توان گفت که در چنین مواردی چون مبیع به ملکیت خریدار درآمده است، در حکم عین شخصی و معین می باشد و تلف آن پیش از تسلیم سبب انفساخ عقد می گردد.

2 مقدار دلالت قاعده

اشاره

برای روشن شدن دلالت آن چند اصطلاح را بررسی می کنیم: مبیع، تلف، قبل القبض، من مال بایعه.

«مبیع» از حیث لغت و مفهوم عرفی هیچ گونه ابهامی

ندارد و مقصود از آن مثنی است؛ اما باید دید آیا در این قاعده تعبد خاصی نسبت به مبیع هست یا ثمن را هم شامل می شود؟ این امر بستگی به آن دارد که ما مدرك قاعده را چه بدانیم؟ اگر مدرك را همین مرسله نبوی بدانیم که ابن ابی جمهور نقل کرده است، شامل ثمن نخواهد شد. اگر مدرك قاعده را اجماع بگیریم (با قطع نظر از اشکال کبروی که بر آن وارد است) از آن جهت که اجماع يك دليل لبي است، نمی توان آن را به غیر معقد اجماع تسری داد. اما ما که عمده دليل را بنای عقلا دانستیم و گفتیم که بنای آنها در معاوضات این است که هر يك از متعاقدين

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 303

چیزی می دهد که به ازای آن چیزی بگیرد، گرچه علت غایی از این معنا، گرفتن است؛ اما بنای آنها این است که هیچ يك تمليك به طور مجانی نمی کند، بلکه علی نحو العوض است. این بنای عقلا که ذکر کردیم اختصاصی به مثنی ندارد و ملاك به عینه در ثمن هم موجود است و بر همین اساس، قاعده را به معاملات و معاوضات دیگر هم (غیر از بیع) تسری می دهیم.

«تلف» عبارت است از فنای شیء هم به حسب تکوین و هیأت (اگر مالیت داشته باشد) و هم به حسب مالیت و خلاصه دگرگونی شیء به حیثی که عرف بگوید این شیء تلف شد. عند العقلاء پشتمانه ارزش هر چیزی بستگی به اعتبار مالیت دارد. پس چه تلف معروض آن، خود عین باشد و چه معروضش اوصاف و عوارض عین باشد؛ تمامی اینها

حقیقتاً صدق می کند که تلف عین است. جامع همه اینها این است که این مال یا به کلی از ارزش بیفتند و یا کم بشود، عرف چنین مواردی را مصداق تلف می داند. «1»

«قبض» آیا مراد قبض تکوینی است یا اگر در سلطه مشتری درآمده و لو آنکه قبض هم نکرده باشد. قبض ثمراتی دارد و یک فرعی هم بر آن هست و آن اینکه اگر وکیل بایع در اقباض کوتاهی کند و مبیع هم قبل از رسیدن به دست مشتری تلف شود اینجا باید دید چگونه می شود بین دو قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» و قاعده «و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» را جمع کرد. این را

(1) ماده 388 قانون مدنی (ق.م.): اگر قبل از تسلیم در مبیع نقصی حاصل شود، مشتری حق نخواهد داشت که معامله را فسخ کند؛ لکن به نظر ما عقد منحل می شود و ثمن المسمی به مشتری و مبیع به بایع بر می گردد چه مشتری بخواهد و چه نخواهد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 304

بعدا بحث می کنیم.

«من مال بایعه» چنانچه این مسأله را مفروغ عنه بگیریم که از مال بایع تلف می شود، ناچاریم قائل به انفساخ عقد شویم (حال یا به شکل انفساخ آن ما آن چنان که شیخ انصاری - قدس سره - و دیگران گفته اند و یا به شکل همزمان با خود تلف) و یا اگر قول به انفساخ را نمی پذیریم باید جزء آن دسته کسانی باشیم که تقابض را شرط در صحت می دانند. «1» مانند بیع صرف و سلم که البته گفتیم اجماع بر خلاف این است و بالاتر

اینکه اصلاً معقول نیست تقابض دخالت در صحت عقد داشته باشد؛ زیرا پس از آنکه حقیقت بیع را تبادل انشایی در ملکیت گرفتیم، معقول نیست تقابض دخالت در تحقق ملکیت داشته باشد. پس راه منحصر می شود در اینکه قائل به انفساخ عقد بشویم تا صدق بکند تلف مبیع در مال بایع است.

احتمال دیگری که نسبت به من مال بایعه هست اینکه آن را ضمان واقعی بگیریم، یعنی تلف از جیب بایع تدارک شود و بایع جبران خسارت کند، به این معنا که مثل یا قیمت را بدهد؛ لکن این احتمال مردود است، زیرا من مال بایعه ظهور عرفی دارد در اینکه شیء تلف در مال بایع است و در مال بایع بودن ممکن نیست مگر از راه انفساخ و انحلال عقد و بهترین دلیل بر انفساخ خود عبارت من مال بایعه است و ما نیازی به دلیل مستقل از این نداریم.

از مسائلی که در موارد تطبیق این قاعده باید بررسی شود، این است که اگر

(1) مانند شیخ الطائفه (ره) در کتاب مبسوط.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 305

صفتی از صفات احد العوضین فوت شود و به سبب از بین رفتن آن صفت، مالیت آن شیء کم شود؛ آیا قاعده مذکور در آن جاری می شود یا نه؟ به تعبیر دیگر، بعد العقد و قبل القبض اگر زوال صفتی از احد العوضین شد حال چه زوال آن وصف سبب شود که آن عوض معیب به شمار آید و چه آن وصف، وصف کمال بوده باشد؛ جامعش آن است که وصف زائل شود و سبب نقص در مالیت شود آیا در اینجا هم قاعده جاری

است یا نه؟

مرحوم والد- قدس سرّه- می فرماید: اگر مدرک قاعده روایات باشد شامل این مورد نیست؛ چون روایات در مورد قاعده کل مبیع تلف قبل قبضه است در حالی که، اگر وصف و صف کمال باشد یا وصفی باشد که زوالش محقق عنوان «معیب» از برای شیء می شود، زوال آن، تلف خود عین نیست. قهراً قاعده شامل مورد مذکور نخواهد بود و در صورت شك و شبهه نمی توانیم احراز موضوع بکنیم، در حالی که عقد الحمل وقتی جاری و حاکم است که عقد الوضع قاعده محرز باشد.

چنانچه مدرک بنای عقلا باشد مرحوم والد- قدس سرّه- می فرماید: شامل مورد نیز نخواهد بود، زیرا بنای عقلا این بود که متعاقبین دادوستد که می کنند هر يك چیزی می دهند که چیزی بگیرند؛ حال اگر خود عینین تلف نشود و صرفاً زوال وصف باشد، اینجا عقلا نمی گویند چیزی داده ولی چیزی نگرفته؛ بلکه چیزی گرفته است، اما آن شیء يك وصفی را از دست داده است.

شاهد بر این مطلب هم این است که اگر ثمن را تقسیط کنیم اوصاف بخشی از آن را نمی گیرد، بلکه ثمن در مقابل مثنی است و اوصاف داخل مثنی نیستند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 306

بنابراین، ایشان چنین نتیجه می گیرد که مورد مذکور مشمول قاعده نیست حال مدرک هر چه می خواهد باشد. لکن ما فرمایش ایشان را نمی پذیریم چون ما عنوان «تلف» را در نظر داریم، و الان بالدقة العقلیه صدق می کند این مبیع تلف شده است، در صدق مفهوم «تلف» تلف، کلش اخذ نشده بلکه تلف گاه کلش می شود و گاه بعضش. به هر حال جامع همه این است که اطلاق تلف بر

عین بشود و با زوال وصف هم صدق می کند که این مبیع تلف شده است. درست است که به حسب ظاهر الاثن هیچ گونه خللی به صورت نوعیه شیء و هیأتش وارد نشده، لکن به سبب رفتن آن صفت یا آن اضافه (مثل کونه فی ذلك المكان او کونه فی ذلك الزمان و...) بعد العقد و قبل القبض عنوان تلف صادق است. پس مدرك را اگر روایت بگیرییم صدق می کند که تلف المبیع قبل القبض و اگر مدرك را اجماع بگیرییم چنانچه مقعد اجماع عنوان مطلق باشد و بنای عقلا هم باشد، بازهم شامل مورد خواهد شد. زیرا در وقت حدوث عقد، متعاقدین دادوستد که می کنند چیزی را که می دهند می خواهند چیز دیگری را بگیرند، لکن با اوصافش؛ اگر عینی را که می خواهد قبض کند فاقد این صفات باشد پس قاعده جاری می شود و قائل به انفساخ عقد می شویم. مضافاً وجود اوصاف و فقد آنها در ارزش مبیع تأثیر می گذارد. يك مسأله دیگری که مطرح می شود اینکه یکی از خيارات، خيار عیب است. خيار عیب يك امتیازی نسبت به سایر خيارات دارد و آن اینکه در خيارات دیگر ذو الخيار صرفاً حق ابرام عقد و یا حل عقد را دارد. در حالی که، در خيار عیب به برکت روایات وارده مخیر است بین حل عقد یا گرفتن اُرش و ابرام عقد. حال باید دید چنانچه بعد العقد و قبل القبض عیبی حادث

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 307

شود، آیا احکام خيار عیب در اینجا می آید؟

مرحوم والد- قدس سره- می فرماید که مسأله اُرش تعبد محض است که به سبب روایات خاصه ثابت

شده و این روایات هم در جایی وارد شده که عیب قبل از حدوث عقد موجود بوده است. لکن بعد العقد معلوم شود، ولی در ما نحن فیه چنین نیست. در اینجا تنها همان حکم خیارات دیگر هست که می تواند ابرام کند یا فسخ کند اما اُرش نمی تواند بگیرد، لکن روی مبنایی که ما اختیار کردیم موضوع این مسأله از بین می رود؛ زیرا قاعده کل مبیع جاری می شود و عقد منحل می شود. اگر این مبنا را نداشتیم فرمایش ایشان را می پذیرفتیم، به این دلیل که مسأله اُرش يك مسأله تعبدی است نه عقلایی فتأمل. حال به بیان تنبیهاتی در این قاعده می پردازیم؟

تنبیه اول: در مواردی که مجرای قاعده هستند چنانچه در فاصله زمانی بین وقوع عقد تا فسخ يك نماندگی منفصله حاصل شود، این نماندگی با انفساخ عقد از آن کدام يك خواهد بود؟ اگر مال تلف نمی شد می گفتیم از آن مشتری است. زیرا ما قائلیم که به محض عقد، ملکیت حاصل می شود؛ لکن حال که فرض ما تلف مبیع است مشکل در اینجا است که بعد از آنکه قائل به تحقق ملکیت به صرف عقد می شویم بعد از انحلال که خود مبیع به بائع برمی گردد، آیا چنین نماندگی هم برمی گردد یا آنکه در ملک مشتری باقی می ماند؟ ظاهر مسأله آن است که باید گفت، انحلال عقد آنما نسبت به بیع تالف است ولی نماندگی منفصله اش بر نمی گردد، زیرا حصول این نماندگی در ملک خود مشتری بوده است مرحوم والد- قدس سره- همین را اختیار فرموده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 308

شبهه ای که مطرح می شود این است که در مقابل این نمای منفصل

آیا چیزی به بایع برمی گردد؟ خیر، از آنجا که قبول کردیم عقلاً مبنایشان این است که هیچ چیز بدون مقابل نیست؛ در مقابل این نماءاتی که می گویند برای مشتری باقی می ماند چیزی به بایع داده نشده و نتیجه اش این است که پس از انحلال عقد، مشتری هم ثمن و هم نماءات را مالک است، در حالی که بایع غیر از مبیع تالف چیزی دستش نیست. درست است که به حسب ظاهر بایع چیزی را از دست نداده (چون مثن به او داده شده) اما اگر مثنش پیش خودش می بود این نمای منفصل از آن او می شد و مفروض آن است که چیزی هم در مقابل به او داده نشده آیا این اکل مال به باطل نیست؟

ممکن است استنصاراً لمرحوم والد- قدس سرّه- چنین بگوییم: ما که قائل به انحلال عقد شدیم آنما قبل از تلف روی مبنای خود ایشان و یا از زمان تلف (روی مبنای خود ما) قهراً عقد از این زمان منحل می شود نه از اول و معنایش این است که پس ملکیت قبل از تلف را ما قبول کرده ایم و در همان زمان ملکیت هم بوده که نماء آمده و در ملک خودش آمده و آن زمان هم اکل مال به باطل نبوده است و بعد از انحلال عقد، مبیع به بایع و ثمن به مشتری بازمی گردد؛ پس اکل مال به باطل نیست.

لکن ممکن است به این توجیه چنین پاسخ دهیم که زمان برای ما فرق نمی کند، ما الان این مسأله برایمان مطرح است که مشتری چیزی به دست آورده و در مقابل آن به بایع چیزی پرداخت نکرده و بایع

نمایی از دستش رفته و چیزی به ازای آن دریافت نکرده است و این مصداق اکل مال به باطل است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 309

مسأله دیگری که درباره این قاعده مطرح است اینکه آیا این قاعده قابل اسقاط است یا نه؟ روی بیانات گذشته معلوم می شود که قابل اسقاط نیست؛ به این بیان که ما ملکیت را از زمان حدوث عقد قائل هستیم و قاعده کل مبیع تلف انحلال عقد را از بین می برد. دیگر این دست مشتری و بایع نیست که بخواهند از حق خود استفاده کنند یا نه، مسأله حق مطرح نیست يك امری است که واقع می شود به حسب اعتبار شرع یا عقلا.

حقوق تطبیقی

درباره انتقال ضمان معاوضی و همچنین اثر تلف مبیع پیش از قبض همان گونه که به طور مختصر بیان شد نظریات مختلفی وجود دارد. در قوانین جدید در کشورهای مختلف در این باره گفتگوهای بسیاری شده ولی آنچه که بیشتر مطرح گردیده است سه نظریه در خصوص انفساخ عقد در اثر تلف مبیع پیش از قبض وجود دارد.

الف. يك نظریه این است که مبیع در اثر عقد به خریدار منتقل می شود و همراه با آن انتقال ضمان معاوضی نیز بر عهده او قرار می گیرد، زیرا طبیعی است که هر مالی که تلف شود از مال مالك آن است و پس از عقد، فروشنده امین مشتری می باشد و در صورتی که تعدی و تقریط انجام ندهد از مال مشتری تلف گردیده و اگر تعدی و تقریط یا اهمال و تقصیر در نگهداری مال انجام دهد ضامن مثل یا قیمت آن است و عقد به قوت خود باقی

است. ماده 1138 ق. م.

مدنی فرانسه چنین شیوه ای را برگزیده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 310

ب. گروهی دیگر معتقدند که ملکیت و ضمان معاوضی یا تسلیم و تقابض منتقل می شود. بدین معنا که مبیع پیش از تسلیم در ملکیت فروشنده باقی می ماند و در اثر تسلیم به خریدار منتقل می گردد و ضمان معاوضی هم تابع ملکیت است؛ یعنی همزمان با انتقال ملکیت ضمان هم منتقل می شود. لذا طبق این نظریه در صورتی که مبیع پیش از قبض تلف شود به جهت اینکه به وسیله عقد، ملکیت منتقل نشده بنابراین، تلف از آن بایع است مواد 446 و 929 ق. م. آلمان، مواد 1021 و 1051 ق. م. اتریش، ماده 548 ق. م. لهستان و ماده 185 ق. م.

سوئیس چنین روشی را برگزیده اند. در میان فقها شیخ طوسی (ره) چنین نظری را اختیار کرده است.

جدا کردن ملکیت از ضمان معاوضی: بدین مفهوم که عقد، بیع تملیکی است و به محض وقوع و انشای عقد، ملکیت به خریدار منتقل می شود ولی ضمان معاوضی همچنان بر عهده فروشنده باقی می ماند تا اینکه تسلیم انجام شود. ماده 387 ق. م. ایران این شیوه را برگزیده است. همچنین قرارداد بین المللی مربوط به خرید و فروش اشیای منقول در سال 1964 آن را تأیید کرده است. ماده 8 این قرارداد اعلام می کند که این قانون درباره تملیکی یا عهدی بودن بیع حکمی ندارد و موضوع تابع قوانین داخلی کشورهاست؛ ولی ماده 97 مقرر می دارد که ضمان معاوضی در هر حال از تاریخ تسلیم مبیع به خریدار منتقل می شود و پیش از آن به عهده فروشنده است.

تنبیه دوم: اینکه آیا

این قاعده فقط در مورد تلف است یا اگر اتلاف هم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 311

صورت گیرد مشمول قاعده می شود. متلف گاه مشتری است و گاه بایع و گاه شخص ثالث، در صورت اتلاف مسأله ای که مطرح می باشد این است که علاوه بر قاعده کل مبیع ممکن است قاعده اتلاف هم جاری باشد. حال مسأله را در سه صورت بررسی می کنیم:

اگر متلف مشتری باشد مسلماً قاعده کل مبیع جاری نمی شود، چون خود اتلاف کردن مشتری مستلزم قبض آن است، پس بعد القبض مال خودش را تلف کرده است «1».

اگر متلف بایع باشد ما که گفتیم به صرف تلف به ملك بایع برمی گردد، پس ملك خودش را تلف کرده و معنا ندارد بگوییم نسبت به مال خودش ضامن است؛ پس صرفاً قاعده کل مبیع جاری می شود.

و اما اگر متلف شخص ثالث باشد، اینجا با دو قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» و قاعده «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» رو به رو هستیم، به مقتضای قاعده اول آنا ما قبل التلف عقد منحل می شود (بر مبنای گفته مرحوم والد- قدس سره-) و صدق می کند که مبیع در مال بایع تلف شده و به مقتضای قاعده دوم متلف ضامن شیء تلف می باشد. و بدیهی است که اینجا ضامن واقعی باید مثل یا قیمت را بدهد.

یکی از مسائلی که در تطبیق قاعده مورد بحث است (و قبلاً در بررسی معنای قبض بدان اشاره شد) این است که اگر شخصی از طرف بایع و مشتری وکیل یا

(1) ماده 389 قانون مدنی: «اگر در دو مورد ماده فوق تلف شدن

مبیع یا نقص آن ناشی از عمل مشتری باشد، مشتری حقی بر بایع ندارد و باید ثمن را تأدیه کند.»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 312

ولی باشد یا خود بایع وکیل از طرف مشتری باشد یا ولی مشتری باشد. در تمامی این موارد اگر در نزد او تلف شود، تلف بعد القبض است نه تلف قبل القبض؛ زیرا قبض امری است که در خارج تحقق یافته و ید وکیل یا ولی ید موکل و ید مولی علیه است، حال چه از طرف مشتری و چه از طرف هر دو. خلاصه آنکه وقتی عین در نزد او بود صدق می کند که تکویناً قبض صورت گرفته است.

شبهه ای که احتمالاً پیش می آید، این است که در باب نیابت و وکالت، آیا قصد قبض لازم است که از طرف منوب عنه و موکل باشد و همچنین ولی نسبت به مولی علیه.

بعضی گفته اند آنچه که عمل انسان را اعتبار می دهد و آن را از طرف موکل و مولی علیه و یا منوب عنه قرار می دهد قصد است پس از جانب او باید قصد کند، لکن مرحوم والد- قدس سرّه- می فرماید که قصد در عناوینی که قصدی نیستند نه مأخوذ در هیأت است و نه مأخوذ در ماده؛ کسی که راه می رود چه قصد کرده باشد و چه نکرده باشد صدق می کند که راه می رود.

در قبض هم باید گفت به هر حال صدق قبض می کند، لذا چنانچه تلف هم بشود تلف قبض القبض نخواهد بود و شاهد بر اینکه قبض ولی در واقع قبض مولی علیه است صحیحه ای است که وارد شده:

فی رجل تصدق علی ولد له قد ادرکوا

فقال: اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فان تصدق على من لم يدركوا من ولده فهو جاز، لان الوالد هو الذي يلي امره.

اگر کسی اموالش را به اولادش هبه کند چنانچه موهوب لهم بالغ باشند و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 313

قبض نکرده باشند، مال میراث می شود و اما اگر بالغ نباشد این مال هبه به شمار می آید؛ زیرا والد ولی اینها بوده و مال که در دستش بوده قبض از طرف مولی علیهم شمرده می شود.

مسأله دیگری که باید بحث شود این است که اگر بایع شخصی را وکیل در اقباض کند همان گونه که در وکالت ثابت است وکیل نسبت به مال، ید امانی است؛ یعنی اگر تعدی و تفریط نکند در صورت تلف، ضمانی بر او نیست. اما چنانچه تفریط در اقباض کند؛ یعنی در موعد مقرر مال را به مشتری نرساند و مال تلف شود یا به سرقت برود، حکم چیست؟

مرحوم والد-قدس سرّه- می فرماید که اینجا قاعده کل مبیع جاری می شود و آنرا ما قبل از تلف، عقد منحل می شود و مبیع برمی گردد به ملک بایع و ثمن به ملک مشتری و لذا تلف عارض در ملک خود بایع است؛ چون وکیل یدش ید ضمان شده بایع می تواند رجوع به وکیل کند و مثل یا قیمت را مطالبه کند.

در اینجا باید مسأله را خوب بررسی کنیم که کدام يك از نظر زمانی جلوتر است (و علی الید یا کل مبیع) آن موقعی که وکیل تعدی و تفریط کرد در همان زمان قاعده و علی الید جاری می شود (بخصوص بر مبنای سخن مرحوم والد-قدس سرّه- و

ما که در مسأله ضمان می گوئیم وجود اعتباری شیء به ذمه می آید) و وجود اعتباری شیء به ذمه وکیل می آید، به مقتضای احکام باب ضمان تا خود مال باقی است باید خود آن را بدهد و اگر نبود مثل یا قیمتش را (در صورت فقدان مثل) پس حالا که قبل از تلف می باشد ضمان برای مشتری بر عهده وکیل است. اگر بعد از تلف قاعده کل مبیع را جاری کنیم لازمه اش آن است که مبیع به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 314

بایع و ثمن به مشتری برگردد و نتیجه اش این می شود که وکیل قبل از تلف ذمه اش به مشتری مشغول بود و بعد از تلف که مبیع می آید به طرف بایع باید ذمه اش به بایع مشغول باشد. بحثی که در باب ضمان هست، این است که آیا ضامن فقط نسبت به خود مال ضامن است یا ضامن است نسبت به مال مضافا الی مالکه الخاص؟ قاعده «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن»، آیا ضامن به طور مبهم نظر به مالک ندارد، یا آنکه نظر دارد؛ یعنی ضامن است که باید مثل یا قیمت را به فلان مالک خاص بدهد و یا در باب و علی الید که می گوئیم وجود اعتباری عین در ذمه اش می آید، آیا وجود اعتباری عینی که مضاف الی المالك است به ذمه اش می آید یا آنکه وجود اعتباری شیء به ذمه اش می آید مجرد از انتساب الی المالك بلکه به عنوان اینکه «له مالک ما» به ذمه می آید.

آیا مالی که اضافه به کسی دارد معقولانه است که بگوئیم وجود اعتباری آن مال به ذمه می آید. این اضافه ملحوظ نیست؛ یا

آنکه اضافه مالکی جزء عوارض این مال است و آنچه به ذمه می آید مالی است که اضافه به مالکش دارد، و الا وجود اعتباری شیء بدون اضافه مالکی اگر به ذمه بیاید اثر ندارد و الزام آور نیست. اگر این حرف را که جزء فرعیات بحثمان است گفتیم و اگر قاعده و علی الید را جاری کردیم به مقتضای آن وجود اعتباری مبیع بود. در حالی که مضاف الی مشتری است به ذمه وکیل آمده است. حال اگر در صورت تلف بخواهیم قاعده کل مبیع را هم جاری کنیم بایستی ملزم به این شویم که وجود اعتباری مبیع در حالی که مضاف است الی البائع به ذمه وکیل بیاید. سؤال می کنیم وجه این تبدیل اضافه چیست؟ آیا قاعده کل مبیع یا آنکه بگوییم اصلاً اینجا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 315

قاعده کل مبیع جاری نمی شود، زیرا ضمان که آمد مشتری و وکیل طرف حساب هستند.

مضافاً ما در جریان قاعده کل مبیع این معنا را مورد نظر داشتیم که وجه انحلال عقد و صدق تلف در مال بایع آن است که مشتری در قبال ثمنی که داده مثن را دریافت کند. در فرع مورد بحث با اجرای و علی الید این معنا تأمین شده است، چون اگر مبیع تلف شده، بدون عوض نمانده است، عوضش همین است که وکیل ضامن است و باید مثل یا قیمت را به او بدهد. پس صدق نمی کند که مشتری ثمن داده ولی چیزی دریافت نکرده است، لذا دلیلی برای انحلال عقد نیست؛ این معنا وجود دارد که مشتری در معامله چیزی نگرفته، بلکه از راه ضمان واقعی، بدل

مؤمن را دریافت کرده است و لذا شبهه قوی در جریان قاعده کل مبیع در اینجا پیش می آید.

یکی از موارد مورد بحث قاعده آنجاست که با قاعده «التلف فی زمن الخيار من مال من لا خيار له» تعارض می کند؛ در باب خیارات يك قاعده ای هست و آن اینکه اگر مبیع یا ثمن در زمان خيار - حال چه خيار شرط چه خيار حیوان و غیر ذلك - تلف شود ضرر به کسی که ذو الخيار نیست وارد می شود و ضرری بر ذو الخيار نیست؛ حال اگر موردی پیدا شود که هم مجرای قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» باشد و هم مجرای قاعده «التلف فی زمن الخيار من مال من لا خيار له» که فرضش در جایی است که بايع ذو الخيار باشد و مؤمن قبل از قبض مشتری تلف شود، به مقتضای قاعده کل مبیع به قول فقها عقد آنا ما قبل از تلف منحل می شود و ثمن به مشتری و مؤمن به بايع برمی گردد و صدق می کند

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 316

که تلف در مال بايع رخ داده است؛ از طرف دیگر به مقتضای قاعده «التلف فی زمن الخيار» تلف از مال مشتری که ذو الخيار نیست باید باشد و معنای این حکم آن است که ثمن به طرف مشتری نرود، بلکه در نزد بايع باقی بماند. پس این دو قاعده که مجرایشان با هم نسبت عموم و خصوص من وجه دارد در مورد اجتماع تعارض و تکاذب می کنند.

ما اگر این تعارض را مستقر بدانیم چون مرجحی نیست بناء علی الطریقیة و الکاشفیه تساقط می کنند و رجوع

به اصول عملیه می شود، البته چنانچه اماره ای در کار نباشد. اما آیا واقع مسأله چنین است که اینها با هم تعارض دارند یا آنکه در مجاری این دو قاعده باید تصرف کنیم؟

مرحوم والد- قدس سرّه- می فرماید: نسبت مجرای این دو قاعده با هم نسبت عموم و خصوص من وجه نیست بلکه با هم فرق دارند. مجاری قاعده کل مبیع آن چنان که پیداست قبل القبض است و مجرای قاعده التالف بعد القبض است، لذا با هم تعارضی ندارند.

به تعبیر دیگر، وقتی دو مجری داشتند دو موضوع خواهد بود، پس موضوع کل مبیع، تلف قبل از قبض مشتری است، و لو آنکه بایع هم ذو الخیار باشد چون ما از راه بنای عقلا گفتیم در عقود معاوضیه قبل از قبض چنانچه موضوع معاوضه از بین برود- حال یا هر دو عوض یا احد العوضین- دیگر این عقد معاوضی نخواهد بود و لذا عقلا حکم به انحلال عقد می دهند. در هر جا که موضوع معاوضه از بین رفت مثل علت و معلول است دیگر عقد، عقد معاوضی نخواهد بود و لذا منحل می گردد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 317

از آن طرف، قاعده التالف مقتضی این معناست که عقدی که مبرم و مستحکم است، بایع یا هر کس دیگری که ذو الخیار است در صورت تلف مبیع یا ثمن در مدت زمان خیار متضرر نخواهد بود، بلکه ضرر بر کسی است که ذو الخیار نیست. مرحوم والد- قدس سرّه- برای استظهار این مطلب که موضوع قاعده «التلف فی زمن الخیار بعد القبض» است به دو روایت استناد می فرماید که بر فرض آنکه اطلاقاتی هم داشته باشیم

این دو روایت آنها را تقييد می زنند.

روایت اول: صحیحہ عبد اللہ بن سنان است که حضرت در آن می فرماید: «و ان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع» اگر خيار به نفع مشتری بود و تلف از مال بايع بخواهد باشد موضوعش این است که «تلف في يد المشتري» یعنی صورت مسأله بعد القبض است.

روایت دوم: موثقه عبد الرحمن بن ابی عبد اللہ بصری مولى بنی شيبان است که در آن عبارت «فماتت عنده» آمده است، روایت چنین است:

سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل اشترى امة بشرط من رجل، يوما او يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن على من يکن ضمان ذلك؟ قال:

ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضى بشرطه.

سپس ایشان وارد بحث صناعی و فنی می شوند و می فرمایند که اصلا این دو قاعده اگر به حسب ظاهر با هم تعارض داشته باشند همیشه قاعده کل مبيع جلوی جریان قاعده التلف را خواهد گرفت. حال یا به نحو حکومت یا ورود و یا تخصص بیان ذلك: اگر مبيع قبل از قبض تلف شود موضوع التلف به سبب جریان قاعده کل مبيع تعبدا برداشته می شود، چون به محض تلف گفته می شود

قواعد فقهیه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 1، ص: 318

آنا ما قبل از تلف عقد منحل می شود و ثمن المسمى به مشتری و مبيع به بايع بر می گردد و تلف در ملك بايع صورت می گیرد؛ این قاعده که جریان پیدا کرد موضوعی برای قاعده التلف نمی ماند. زیرا این قاعده می گوید باید يك عقدی باشد و يك طرف هم ذو الخيار باشد آن وقت با فرض بقای عقد چنانچه تلقی

رخ دهد از مال کسی خواهد بود که ذو الخیار نیست و ما که عقد را با قاعده کل مبیع منحل کردیم پس تعبدا موضوع قاعده التلف برداشته شد و این معنای حکومت است و بلکه اگر خوب دقت کنیم «ورود» است نه «حکومت» یعنی قاعده کل مبیع موضوع التلف را تکوینا برمی دارد؛ اما به لحاظ جعل شرعی چون موضوع التلف بقای عقد است، کل مبیع به سبب انحلال عقد بقای عقد را برداشت و انحلال عقد هم يك امر تکوینی است. سپس مرحوم والد- قدس سرّه- می فرماید: بلکه اگر به دقت نظر کنیم تخصصا خارج است؛ زیرا انحلال عقد تکوینی است و به لحاظ جعل شرعی نیست.

اینجاست که ما با ایشان اختلاف نظر داریم و می گوئیم «ورود» است نه «تخصص»؛ زیرا معظم له- قدس سرّه- فرمودند عقلا بما هم عقلا- بنابراین دارند که عقد آنها ما قبل از تلف منحل می شود و علتش این است که موضوع معاوضه از بین رفته است. پس این حکم جزء آرای محموده و مؤدای عقل عملی است و شرع هم باید در اینجا امضای این بناء را بکند روی قاعده ملازمه؛ پس می بینیم که مسأله انحلال عقد صرف تکوین هم نیست بلکه تکوینا به لحاظ جعل شرعی است.

مگر آنکه ایشان ورود را چنین تعریف کند: دلیل وارد موضوع دلیل مورد را

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 319

تکوینا بردارد صرفا به لحاظ تعبد شرعی و اما اگر به لحاظ بنای عقلا باشد، دیگر ورود نیست تخصص است و حال آنکه ما این حرف را در ورود نمی زنیم بلکه ورود را توسعه می دهیم و برداشتن موضوع به

لحاظ بنای عقلا را نیز شامل ورود می دانیم؛ البته آن بنای عقلایی که قاعده ملازمه در آن جاری است و این مورد از آن موارد است. حتی اگر بگوییم فرضاً شرع در اینجا حکم ندارد و مدرك صرف بنای عقلا است با این حال مبنای ما در ورود این است که دلیل وارد موضوع دلیل مورد را تکویناً برمی دارد؛ به لحاظ يك دليل «يك جعلی» حال آن دلیل شرعی باشد یا عقلایی و دیگر آنکه تخصص یعنی برداشتن موضوع تکویناً بدون هیچ لحاظی و در اینجا قاعده کل مبیع موضوع قاعده التلف را تکویناً برمی دارد؛ اما به لحاظ جعل، زیرا اگر بنای عقلا نسبت به عقود معاوضیه نبود ما قائل به انحلال نمی شدیم. عقلا هستند که می گویند در عقود معاوضیه تا جایی می گوئیم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «يجب الوفاء بكل عقد» که موضوع معاوضه باقی باشد و هرگاه موضوع معاوضه و دادوستد از بین رفت دیگر این عقد معاوضی نیست.

عقد معاوضی نیست یعنی چه؟ یعنی عقد منحل می شود؛ پس تمام مدرك ما همان بنای عقلا است که سبب شده موضوع قاعده «التلف فی زمن الخيار من مال لا خيار له» برداشته شود و لذا قاعده کل مبیع ورود بر قاعده التلف دارد و نمی تواند تخصص باشد.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 321

قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده

اشاره

قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» (1) و عکس آن «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» نیز از جمله قواعد معروف فقه اسلامی است.

نخستین کسی که به متن قاعده استدلال کرده، مرحوم علامه (ره) در کتاب تذکره است. (2) اما قبل از ایشان شیخ الطائفه (ره) در

کتاب مبسوط و ابن ادریس در کتاب سرائر به مضمون قاعدة استدلال و تمسك کرده اند و آن را به اصحاب نسبت داده اند. در این مقاله قاعدة مذکور را ذیل سه عنوان مورد بحث قرار می دهیم.

1. مدارك و مستندات قاعدة؛ 2. مقدار دلالت قاعدة؛ 3. موارد تطبيق قاعدة.

(1) در قانون مدنی ماده 366 آمده است: هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد کند، اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود.

(2) تذکره الفقهاء، جلد 2، کتاب الرهن، الفصل الرابع، فی حکم الرهن فی الضمان، ص 32. مسأله «... و کل عقد کان صحیحه غیر مضمون ففاسده كذلك و کل عقد کان صحیحه مضمونا ففاسده مثله القواعد. للحافظ ابی الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلی.»، ص 67 فی ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 322

1 مدارك و مستندات قاعدة

الف. بنای عقلا

در کلیه معاملات اعم از عقود و ایقاعات، چنانچه چیزی از کسی گرفته شود با این قصد و شرط که بدل آن داده شود و بدل نیز معین شود و مورد توافق قرار گیرد، این بدل را اصطلاحاً ضمان مسمی می گویند. در این حالت چنانچه رد ضمان مسمی متعذر شود، اخذ؛ یعنی طرف معامله، ضامن مثل و یا قیمت که ضمان واقعی است دانسته می شود.

همچنین است در صورتی که عین در دست طرف معامله تلف شود. در صورت فساد معامله ای هم که شارع مقدس حکم به آن کرده است وضع به همین منوال است؛ یعنی با توجه به اینکه سیره مذکور ردع نشده است ممضی به شمار می آید. مرحوم والد-قدس سرّه- می فرماید: بر همین

اساس ضمان مقبوض به عقد فاسد، على القاعدة است و مسألة مربوط به حالتی است که تلف مورد معامله در نزد قابض صورت گیرد. در نتیجه این فرمایش از ابن ادریس - که المقبوض بالعقد الفاسد، یجری عند المحصلین مجری الغصب - متین است.

ب. قاعده اقدام

بنای متعاملین در اقدام به معامله آن است که مالی که هر يك از دو طرف می گیرد بلا عوض و مجانی نباشد؛ بلکه اخذ مبتنی بر ضمان باشد. بنابراین،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 323

چنانچه معامله انجام یافته صحیح باشد، هر کدام از متعاملین ضامن به مسمی هستند. مثلا بایع، ضامن مبیع مسمی است و باید بار آن به مشتری، ذمه خود را فارغ کند و همچنین مشتری باید ثمن را به بایع بدهد و اگر شارع مقدس حکم به فساد معامله ای کند و آن را مورد تنفیذ و امضا قرار ندهد، قهرا آن مقدار معین که ضمان مسمی است از اعتبار می افتد. اما اصل ضمان به مقتضای اقدام متعاملین ثابت است و منصرف به ضمان واقعی؛ یعنی مثل یا قیمت است. لکن شیخ انصاری (ره) و دیگران بر این مطلب اشکال کرده اند به این بیان که:

اولا، متعاملین بر ضمان خاص معین اقدام و تراصی کرده اند که این ضمان خاص مورد تنفیذ شارع مقدس قرار نگرفته است و در نتیجه پس از انتفاء ضمان خاص، ثبوت مطلق ضمان نیز بلا دلیل است.

ثانیا، در صورتی که شارع مقدس حکم به فساد معامله کند دلیل مبتنی بر لزوم ضمان به مثل یا قیمت وجود ندارد؛ مثل اوفوا بالعقود. البته همان طوری که پیشتر گذشت، بنای عقلا بر اصل ضمان ثابت است و

چون این سیره ردع نشده است ممضی به شمار می آید.

ج. قاعده احترام

پیغمبر اکرم (ص) در حجة الوداع فرمود: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه». در صورتی که منافع مال استیفاء بشود این استیفاء موجب ضمان است و نباید هدر رود. زیرا با فرض احترام مال مسلم و لو قابض مال، به جهت فساد معامله مالك مال نباشد، ضامن تدارك و جبران خسارت و ضرر وارده است به مثل یا قیمت.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 324

قهر این قاعده شامل منافع غیر مستوفات نمی شود؛ به خلاف قاعده اقدام که به موجب آن، چه منافع مستوفات باشد و چه نباشد، قابض ضامن است.

علی الظاهر این امر محل تأمل است؛ زیرا صرف محترم بودن مال در صورتی که اتلافی در بین نباشد دلالت بر ضمان قابض ندارد مگر اینکه ید او ید غیر مأذونه باشد که به مقتضای قاعده و علی الید موجب ضمان است.

د. اجماع فقها

اجماع فقها مبنی بر لزوم ضمان در صورت تلف مال در مقبوض به عقد فاسد است. علی الظاهر این اجماع ممنوع است هم از جهت صغری و هم از لحاظ کبری. اما از لحاظ صغری، علی الظاهر قبل از شیخ الطائفة (ره) کسی متعرض این مسأله نشده است و اما از جهت کبری در اصول ثابت شده است که اجماع هیچ گونه دلالتی ندارد و جزء ادلة اربعة به شمار نمی آید؛ یعنی بلکه به برکت اجماع محصل حدس قطعی زده می شود که مؤدای اجماع مطابق قول معصوم (ع) و موافق سنت است و این معنی هنگامی تحقق می یابد که دلیلی بر وفق مجمعین نباشد که اصطلاحاً اجماع اصولی گفته می شود و الا به همان ادلة مراجعه می شود.

ه. قاعده و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه

این قاعده عیناً متن حدیث شریف نبوی است و از حیث سند موثوق الصدور و از ناحیه دلالت، حجت است با قطع نظر از اینکه ظرف، ظرف مستقر است؛ یعنی عاملش از افعال عموم است مثل مستقر و ثابت و غیر ذلك به این نحو که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 325

ما اخذته الید ثابت او مستقر علی الید، نه ظرف لغو تا اینکه عاملش از افعال خصوص باشد، مثل یجب و یلزم و غیر ذلك، مثل اینکه مستأجر عین مستأجره را قبض کند و منفعت آن را به اجاره فاسد استیفاء کند، مثلاً ید او بر عین امانی مالکی یا شرعی نباشد بلکه یدش، ید عادیة و ید ضمان باشد.

در مورد بحث ما ید قابض ید مأذونه از طرف مالك نیست، زیرا در اینجا اذن مالك به مقید خورده است، نه به ذات مقید

فاقد قید. همچنین این ید، ید مأذونة از طرف شارع هم نیست به جهت اینکه شارع مقدس حکم به فساد این معامله کرده و آن را مورد امضاء و تنفیذ قرار نداده است. چنانچه گفته شود ید قابض در مقبوض به عقد فاسد ید مأذونة مالکیت است، به این بیان که اذن مالک منحل به دو اذن می شود: 1- اذن به نفس ذات؛ 2- اذن به قید. مانند اینکه مالک بگوید: این رقبه مؤمنه نزد تو به عنوان امانت باشد، در حالی که آن رقبه شخصیته، مؤمنه نباشد، در ذات رقبه مأذونة هست.

در پاسخ می گوئیم که خاص- یعنی وجود مقید به قید- مباین با وجود فاقد قید است و وجود آخر مباین با واجد قید به شمار می آید. اما نکته این است که قید و مقید دو وجود علی حده و ممتاز از همدیگر نیستند تا ذات مقید يك وجود و خود قید هم وجود دیگر باشد و قهرا ترکیب آنها انضمامی می شود؛ بلکه قید و ذات مقید دو وجود هستند به وجود واحد و ترکیب بین عرض و معروض اتحادی است، هر چند با دقت عقلی اعراض از شئون و اطوار معروضات خود هستند و معلوم است شئون شیء و اطوار آن عین خود معروض می باشد.

و به همین دلیل در جای خود ثابت شده است که علم حصولی عین نفس

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 326

است و مسأله اتحاد عاقل و معقول مبتنی است. بدین معنی که عاقل عبارت است از نفس متحد با معقول که همان صور معقوله باشد به جهت اینکه صور معقوله از شئون و اطوار نفس است و

معلوم است شئون شیء و اطوار آن عین خود شیء است. بنابراین معقول نیست که اذن متعلق به خاص - یعنی واجد خصوصیت - شامل فاقد قید و خصوصیت شود. لهذا ید قابض در مقبوض به عقد فاسد ید مأذونة مالکية یا شرعية نیست، بلکه ید عادية و ضمان به شمار می آید و منصرف به ضمان واقعی (مثل یا قیمت) است.

2 مقدار دلالت قاعدة

الف. سؤال این است که در این قاعدة کبرای کلی کدام است؟ «کل عقد یضمن...» یا «ما یضمن...». اگر احتمال اول را اختیار کنیم، قاعدة مخصوص عقود می شود؛ اعم از عقود لازمة و جائزة. اما اگر احتمال دوم را برگزینیم، کلیه عقود و ایقاعات را شامل می شود و بنابراین جعالة و خلع را هم در می گیرد زیرا «ما» موصولة ظهور در «ما یضمن...» اعم از عقود و ایقاعات دارد.

ب. ضمان عبارت است از آمدن شیء در ذمة به وجوده الاعتباری در حقیقت معقول نیست که شیء به وجود واقعی تکوینی خود در ذمة بیاید زیرا ظرف وعاء شیء تکوینی در عالم خارج است، مانند جواهر و اعراض خارجیة و در این معنی فرقی بین ضمان مسمی و ضمان واقعی نیست؛ البته در ضمان مسمی مالیت شیء تعیین می شود و به مقدار معین متفق علیه است. به خلاف ضمان

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 327

واقعی که آنچه در عهدة و ذمة می آید واقعیت مالیت آن است در صورتی که شیء از قیمیات باشد، و الا باید مثل آن اداء شود. بنابراین ضمان در صحیح و فاسد هر دو به يك معنی است. در معاملات صحیحة به اعتبار آن است که متعاملین،

ضمان هر يك از عوضين را تعيين مى کنند و ملتزم به آن معنى مى شوند و شارع مقدس هم اين التزام و معاوضه را تنفيذ و امضاء مى کند، در معاوضات فاسده هم اعتبار آن است که شارع مقدس التزام مربوط را تنفيذ و امضاء نمى کند و وجود وفاء ندارد. بنابراین محلی از برای ضمان مسمی نمی ماند. البته همان طوری که پیشتر گذشت اصل ضمان ثابت می باشد و منصرف به ضمان واقعی در مثل یا قیمت است.

خلاصه آنکه دلالت قاعده آن است که مقبوض به عقد یا ایقاع فاسد به وجود اعتباری خود در عهده و ذمه قابض ثابت است و در مقام تفریغ ذمه چنانچه مصداق حقیقی وجود اعتباری مورد نظر که همان نفس مال خارجی است و قهراً واجد جهات ثلاثه اعیان خارجیة یعنی مقومات نوعیة و صفات صنفیة و مشخصات خارجیة است، موجود باشد مقدم است و در صورت تلف، مصداق وجود اعتباری مذکور مثل شیء تالف است، چون در صورت تلف مشخصات خارجیة منعدم می شود، اما مثل شیء واجد مقومات نوعیة و صفات صنفیة آن است و در صورتی که مثل شیء تالف وجود نداشت مالیت وجود اعتباری ادا می شود. باید توجه داشت که طولیت مورد بحث - که در مقام تفریغ ذمه بیان شد، در باب ضمان - حکم ارتکازی عقلایی است.

ج. ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، عکس قاعده مورد بحث است؛

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 328

یعنی هر معامله ای که صحیحش موجب ضمان نیست (مانند عقد رهن و وکالت و مضاربه و عاریه غیر مضمونه و غیر ذلك) در فاسدش نیز موجب ضمان نخواهد بود. زیرا در این گونه

موارد بنای متعاملین بر مجانیت است: وقتی صحیح عقد مقتضی ضمان نباشد (در حالی که آن عقد یا آن معامله مورد تنفیذ و امضاء شارع مقدس قرار گرفته است) فاسدش هم که به منزله عدم است از لحاظ عدم تأثر ضمان اولی است. در واقع، اقتضای ضمان یا از باب قاعده و علی الید ما اخذت حتی تودیه است که این موارد تخصیصاً خارجند «1» یا از باب قاعده اتلاف که موضوع آن در این موارد منتفی است، چون مفروض تلف مقبوض است نه اتلاف آن، بنابراین موجب ضمان مسمی (چون مسمائی در کار نیست و در مورد صحیحش نیز مالیت معینی، تعیین نشده است) و نه موجب ضمان واقعی می شود، (مثل یا قیمت) زیرا گفته شد که تمام قواعد موجب ضمان، در این موارد جاری نیست.

د. آیا عمومی که در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و برعکس آن یعنی «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» وارد شده است، عموم انوعی یا اصنافی یا افرادی است؟ علی الظاهر کبرای کلی در قاعده و عکس آن به طور عموم افرادی است، اگر گفته شود که معقول نیست واحد شخصی برای صحیح و فاسد مقسم قرار گیرد، زیرا ممتنع الصدق بر کثیرین است و اگر واحد شخصی صحیح باشد تا آخر صحیح و الا تا آخر فاسد است و چنانچه صحیح مبدل به

(1) چون در جای خود ثابت شده است که بر قاعده و علی الید تخصیص وارد شده، ید امانی مالکی و شرعی از تحت عموم این قاعده خارج شده است و قهراً قاعده شامل ید عادی خواهد بود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)،

فاسد و یا بالعکس فاسد مبدل به صحیح شود وجود دوم مابین با وجود اول است و قهرا شخص دیگر به شمار می آید.

پاسخ به این اشکال چنین است که جعل کبرای کلی در قاعده مورد بحث، همانند سایر کبریات شرعی و عقلائی به طور قضیه حقیقیه است؛ یعنی جعل حکم بر عنوانی می شود که خود آن عنوان موضوع است از برای حکم مجعول با تقدیر وجود آن در خارج، چه به نحو جمله انشائیة و چه به نحو جمله خبریة یا به طور حملیة یا شرطیة کلیة و یا جزئیة، بنابراین هر عقد یا ایقاعی که در خارج موجود شود اگر صحیح باشد موجب ضمان است و اگر به طور فاسد موجود شود باز هم موجب ضمان خواهد بود. عکس این قاعده نیز مجری است.

3 موارد تطبیق قاعده

الف. در بیع

بنای متعاملین تملیک عین به عوض مالی است که اصطلاحاً ضمان مسمی گفته می شود. بنابراین در تمام بیوع صحیحة، بایع ضامن است که مثن را به مشتری تسلیم کند و در مقابل مشتری هم ضامن است که ثمن را به بایع بپردازد.

در صورت فساد، بیع به حکم شارع قهراً غیر ممضی است و تنفیذ نمی شود، اما اصل ضمان ثابت است زیرا متبایعین قصد مجانیت نکرده و اقدام به عملی کرده اند که موجب ضمان است؛ علاوه بر این مال مسلم محترم است و هدر نمی رود. بنابراین، پس از آنکه محرز شد اصل ضمان ثابت است، ضمان

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 330

منصرف می شود به ضمان واقعی (مثل یا قیمت).

ب. اجارة

حقیقت اجارة عبارت است از تملیک منفعت به عوض معلوم. بنابراین بنای متعاملین نیز در عقد اجارة بر ضمان مسمی است و در اجارة فاسد نیز گرچه ضمان مسمی منتفی می باشد؛ لکن اصل ضمان ثابت است. به تعبیر دیگر، مستأجر بعد از آنکه عین مستأجرة را قبض کرد، ضامن منافع آن عین است، چه استیفاء کرده باشد و چه استیفاء نکرده باشد. اما نسبت به ضمان خود عین، گروهی مانند محقق اردبیلی (ره) معتقد به ضمان هستند (البته در صورت فاسد بودن عقد اجارة) نتیجه این فتوی نقض بر قاعده ما لا یضمن بصحیحة لا یضمن بفاسده است با این بیان که در صورت صحیح بودن اجارة «ید مستأجر بر عین مستأجرة» ید امانت مالکی است و قهراً در صورتی که عین مستأجرة بدون تعدی و تفریط تلف شود مستأجر ضامن نیست، ولی در صورت فساد عقد ید مستأجر ید مأذونة از طرف مالک

یا مأذون از طرف شرع نیست و بنابراین ید او ید عادی به شمار می آید و عموم قاعدة و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه بر آن منطبق است و بنابراین قهراً موجب ضمان است. لکن مشهور فقهای عظام قائل به عدم ضمان شده و مورد را از صغریات قاعدة ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده دانسته اند، مثل مرحوم علامه - قدس سره - در تذکرة و محقق کرکی - قدس سره - در جامع المقاصد. ولی حق در مقام این است که همان طور که در اجارة صحیح مستأجر در صورت تلف بدون تعدی و تفریط ضامن عین نیست، در اجارة

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 331

فاسده نیز حکم چنین باشد زیرا مالک خود بر تسلیم عین مستأجره غیر مضمونه به مستأجر اقدام کرده است و این مالک در اجارة صحیحه و فاسده هر دو موجود است، بنابراین در صورت جریان قاعدة اقدام، در اجارة فاسده همانند اجارة صحیحه، عموم قاعدة و علی الید نسبت به مورد تخصیص می خورد و قهراً ید مستأجر ید عادی به شمار نمی آید و موجب ضمان نیست.

اگر گفته شود که جریان قاعدة اقدام در اجارة صحیحه محرز است و لهذا به عدم ضمان ملتزم می شویم، ولی در صورت فساد عقد اجارة (با توجه به اینکه متعلق اجارة منفعت عین است نه خود عین) قاعدة اقدام موردی ندارد و قهراً ثبوت ضمان بر طبق قواعد اولیه است.

پاسخ می دهیم که حقیقت اجارة عبارت است از عقدی که ثمره اش «تملیک المنفعة بعوض معلوم» متعلق خود عین است. زیرا اجارة یک حقیقت عقلانیة و عبارت است از تملیک منفعت و درست نیست که

متعلق «آجرتك يا اكرتتك» منفعت عين باشد چون حمل شيء بر نفس لازم می آید. بنابراین، متعلق اجارة و مصب اجارة خود عين است. مثلا در مقام ايجاب بايد گفت «آجرتك هذه الدار» و اما اگر ايجاب به لفظ «ملكتك» انشاء شود، متعلق آن بايد منفعت عين باشد نه خود عين؛ چون معنای تملك عبارت است از انتقال چیزی که متعلق تملك قرار گرفته است و اگر انتقال به عين تعلق بگیرد؛ یعنی عين منتقل شود بيع خواهد بود. پس چون مصب اجارة خود عين است، قهرا قاعده اقدام در اجارة فاسده همانند اجارة صحيحة جاری است و به قاعده و علی الید تخصيص می زند و بالاخره ید مستأجر نسبت به عين مستأجرة چه در اجارة صحيحة و چه فاسده،

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 1، ص: 332

ید امانت مالکی و مأذونه است و موجب ضمان نیست.

ج. عارية

حقیقت عارية عبارت است از تسلیط شخص بر عینی که دارای منفعت مقصوده عند العقلاء است به طور مجاني و بلاعوض، چنانچه عين معارة بدون تعدی و تقریط در غیر ذهب و فضة تلف شود مستعیر ضامن نیست، در عاریه فاسده نیز چنین است و بیان همان است که در اجارة شد، بدین اعتبار که ید مستعیر بر عين معارة به اذن مالك است مجانا و بلاعوض و قهرا ید او ید مأذونه و امانی به شمار می آید و در غیر ذهب و فضة موجب ضمان نیست.

د. هبة

در صورتی که هبة معوضه باشد در صحیح و فاسد موجب ضمان است، زیرا مالك اقدام بر اعطای مجاني و بلاعوض نکرده است و عموم قاعده و علی الید بدون ورود مخصص مورد را در بر می گیرد. اما در صورت هبة غیر معوضه هم در صحیح و هم در فاسد غیر مضمونه است، زیرا مالك خود اقدام بر مجانیت کرده است و در نتیجه قاعده ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده در هبة مذکور که غیر معوضه است، جاری می باشد.

ه. صلح

در صورتی که صلح غیر معوض باشد در صحیح و فاسد هر دو فاسد مضمونه

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 1، ص: 333

است، همانند هبة غیر معوضه و از مصادیق قاعده ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده است در صورتی که صلح معوض باشد، حکم بيع را دارد. در صحیح آن ضمان مسمی و در فاسد آن، ضمان واقعی ثابت است.

و. عقد سبق

بی شك در صورتی که عقد سبق صحیح باشد، سابق استحقاق ضمان مسمی دارد و در صورتی که عقد سبق فاسد باشد، سابق به مقتضای قاعده احترام اجرة المثل عمل را مستحق است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 335

قاعده من ملك شیئا ملك الاقرار به

مقدمه

قاعده «من ملك» از قواعد معروف و مشهور نزد فقهای عظام است. شیخ الطائفة (ره) نخستین کسی است که به این قاعده تمسك کرده است. ابن ادریس در کتاب سرائر و قاضی ابن البراج در مهذب و محقق در شرایع و علامه در کتب خویش و دیگران پس از شیخ به این قاعده تمسك کرده اند. در واقع این معنی مورد تسالم بزرگان فقهاست؛ زیرا هر يك از ایشان در مواردی چند به این قاعده استناد کرده اند و حتی فقهایی که با این قاعده مخالفند، مخالفتشان تنها با بعضی از موارد و مصادیق آن است، تا جایی که محقق کرکی - که معروف است در کتاب جامع المقاصد خود منکر این قاعده شده است - در برخی از موارد و مصادیق - مانند تصرفات جائز صبی غیر بالغ و اقرار نافذ وی در این موارد - به این قاعده عمل فرموده است. بدین ترتیب، باید گفت قاعده مزبور مورد قبول

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 336

فقهاست. ما در این مقاله این قاعده را در پنج قسمت مورد بحث قرار می دهیم.

1 مسأله اصولی یا قاعده فقهی؟

اشاره

پس از فراغ از این امر که قاعده مذکور مورد قبول تمامی فقهاست، این سؤال مطرح می شود که آیا قاعده مذکور از مسائل اصولیه است یا از جمله قواعد فقهیه؟ برای پاسخ به این پرسش نخست باید دید که ضابطه کلی در باب تشخیص مسائل اصولیه از قواعد فقهیه چیست؟ آنگاه این ضابطه را بر مورد بحث تطبیق کرد.

فرق بین قاعده فقهیه و مسأله اصولیه

مسأله اصولیه کبرای قیاسی قرار می گیرد که از آن يك حکم کلی فرعی الهی استنتاج می شود. بدین معنی غرض و غایت از تدوین علم اصول عبارت است از تحصیل مبادی تصدیقیه از برای مسائل فقهیه؛ بنابراین مبدأ تصدیقی از هر نتیجه در قیاسات کبرای کلی آن قیاسات است و بالاخره مبادی تصدیقیه عبارت است از قضایایی که ثبوت محمولات از برای موضوعات مورد استدلال قرار می گیرد.

وقتی گفته می شود که مقدمه واجب یکی از مسائل اصولی است، این مطلب بدین معنی است که مقدمه واجب کبرای قیاسی است که از آن حکم کلی الهی فرعی استنتاج می شود. کبرای کلی ما این است که هر مقدمه واجب، واجب است - و وضوء یا تیمم مقدمه واجب است - پس وضوء (یا تیمم) واجب است. در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 337

تعریف قاعدة فقهية گفته می شود قاعده ای است که تحت آن مسائل متعدده فقهية مندرج است؛ یعنی قاعده مذکور بر تمامی مسائلی که شامل آنهاست، تطبیق می کند.

البته ممکن است که این مسائل در ابواب مختلفه معاملات و عبادات و ...

باشند. برخی از این قواعد افراد فراوان دارد و برخی دیگر افرادشان کمتر است.

قاعده «أصالت الصحة در فعل غیر»، شامل تمامی معاملات می شود و قاعده «فراغ» شامل اکثر عبادات

است. برخی از قواعد نیز مخصوص يك باب است.

مثلاً قاعدة «تجاوز» به نظر در خصوص صلاة است که تحقیق خلاف آن است.

برعکس، مسأله فقهی دارای افراد متعدد نیست. وقتی گفته می شود فلان حیوان یا شیء طاهر است، يك حکم جزئی است و مسائل متعدد در ذیل آن مندرج نیست.

اکنون باید دید که بیان «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» مسأله اصولی است یا قاعدة فقهی یا مسأله فقهی؟

با توجه به ضابطه ای که بیان شد، این بیان يك قاعدة فقهی است؛ زیرا نفس آن يك حکم کلی فرعی الهی است که منطبق بر موارد جزئیة از ابواب کثیرة فقه می شود؛ مثل نفوذ اقرار در باب بیع و صلح و عاریة و اجارة و طلاق و نکاح و سایر عقود و ایقاعات. پس هنگامی که فقه «من ملك شيئاً...» را يك قاعدة معتبر شناخت، دیگر میان مجتهد و غیر مجتهد - در مقام تطبیق - فرقی نیست؛ یعنی در این مقام هر دو مساوی اند و بنابراین هر دو گروه می توانند قواعدی را نظیر قاعدة تجاوز و فراغ و من ملك و ... جاری کنند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 338

خلاصه آنکه مسائل اصولی، کبریایی هستند که در قیاسات برای حکم کلی فرعی الهی حد وسط واقع می شوند. بدین معنی که در شکل اول حد وسط محمول است از برای اصغر و موضوع است از برای اکبر. بر خلاف قاعدة فقهی که خود فی نفسه حکم کلی فرعی الهی است و موارد جزئی ذیل آن مندرج است.

فرق دیگر آن است که پرداختن به مسأله اصولی کار مجتهد جامع الشرائط است که کبری بودن مطلب را برای قیاس

استنباط می کند؛ اما در اجرای قاعده فقهی فرقی میان مجتهد و غیر مجتهد نیست.

2 قاعده من ملك و قاعده اقرار العقلاء

آیا قاعده «من ملك شيئا ملك الاقرار به» و «اقرار العقلاء على أنفسهم نافذ» هر دو يك قاعده اند یا دو قاعده به شمار می آیند؟ به نظر ما اینها دو قاعده اند که از جهاتی با هم فرق دارند. (1)

(1) مواد 1259 و 1262 قانون مدنی به شرح زیرند:

ماده 1259: اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود.

ماده 1262: اقرارکننده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد، بنابراین اقرار صغیر و مجنون در حال دیوانگی و غیر قاصد و مکره مؤثر نیست.

اطلاق هر دو ماده با توجه به قاعده من ملك تمام نیست؛ زیرا در قاعده «من ملك شيئا ملك الاقرار به»، نه بلوغ مقرر شرط است و نه اقرار باید بر ضرر مقرر باشد. در واقع مواد فوق بر اساس قاعده اقرار تنظیم شده اند.

طبق قاعده من ملك مواردی که شخص مالك عقد و یا ایقاع باشد مالك بر اقرار آنها هم هست، چه بر ضرر و چه به نفع وی باشد، همچنین است در موارد وقف و وصیت و صدقة که مقرر چه بالغ باشد و چه صبی ممیز، اقرارش مسموع و نافذ است و این معنی نه تنها اجتماعی می باشد، بلکه مورد تسالم اصحاب است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 339

الف. در «اقرار العقلاء على أنفسهم نافذ»، اقرار عقلا اگر بر ضرر خودشان باشد نافذ است؛ اما آیا اقراری هم که به نفع مقرر باشد، نافذ است؟ از قاعده مورد بحث، یعنی «اقرار العقلاء» نمی توانیم چنین استفاده ای بکنیم. به خلاف قاعده من ملك

که چه اقرار به نفع مقرر باشد و چه به ضرر وی، کسی که مالک يك شيء است، مالک اقرارش نیز خواهد بود.

ب. فرق دوم آن است که در قاعده من ملك اقرار مخصوص به عاقل بالغ نشده است، حال آنکه در قاعده اقرار العقلاء مراد اقرار بالغان است، چون تمامی اصحاب عقلاء را به بالغان معنی کرده اند. بنابراین اقرار العقلاء صبی را ولو اینکه همراه باشد شامل نمی شود، به خلاف من ملك که می گوید هر کس مالک شيء است، مالک اقرار آن هم هست؛ بنابراین دائره اش وسیعتر از دائره اقرار العقلاء می باشد.

البته مرحوم آقا ضیاء عراقی (ره) به فرق دوم اعتراض دارند و می فرمایند در اینجا بین نظر عرف و عقلا فرقی نیست. میان کسی که پانزده سالش تمام شده است و یا يك روز یا يك ساعت به این بلوغ مانده باشد، فرقی نیست و عرف هر دو را عاقل می گوید و قاعده اقرار شامل وی می شود. بنابراین از باب عدم قول به فصل و اینکه تفصیل نداده اند؛ در می یابیم که قاعده اقرار العقلاء مخصوص بالغان نیست و غیر بالغ را هم در بر می گیرد. منتهی باید گفت افرادی که قریب الوقوع هستند؛ نه صبی هفت، هشت یا ده ساله.

در جواب می گوئیم که این فرموده از این جهت که عرف مسامحه می کند درست است و کسی را که يك روز یا يك ساعت به بلوغش مانده است بالغ

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 340

حساب می کند؛ اما آیا در مفاهیمی که شارع مقدس تحدید فرموده است باید عرف را دخالت داد؟ شارع می فرماید «کر» عبارت است از سه وجب و نیم در

سه وجب و نیم در سه وجب و نیم یا در باب مسافت می فرماید که انسان باید به مقدار مسیره بیاض یوم هشت فرسخ سیر کند، چهار فرسخ ذهابا، چهار فرسخ ایابا تا عنوان مسافر داشته باشد. اکنون اگر کسی چهار فرسخ، چند متر کمتر رفت و برگشت که مجموع آن هشت فرسخ کامل نشده است یا مقدار آب کمی از اندازه کر کمتر بود و .. آیا می توان به مسامحات عرفی تمسک کرد؟ ما در باب تشخیص مفهوم با ایشان موافقیم و تابع عرف هستیم. اما در تطبیق مفهوم بر مصداق- یعنی مفهومی که تحدید شده است از طرف شارع مقدس- مقام تطبیق بر مصداق را جای مسامحه عرفی نمی دانیم؛ بلکه جای دقت عقلی می شماریم. پس اگر يك متر کمتر از هشت فرسخ بود، شخص سائر مسافر نیست.

در بلوغ نیز إكمال 15 سال قمری مورد نظر شارع بوده و خواسته است که 15 سال تمام به عنوان اماره بلوغ تلقی شود. بنابراین وقتی استظهار کردیم که عقلا- در اقرار العقلاء به معنی بالغان است، در مقام تطبیق با خارج جای دقت عقلی است و نه مسامحه؛ زیرا در این موارد «لا- اعتبار بالمسامحات العرفية». در واقع فرموده مرحوم آقا ضیاء عراقی (ره) به مبنای خودشان نیز تمام نیست؛ زیرا در مباحث اصولی نیز خود ایشان می فرمایند که در مفاهیم محدوده به هنگام تطبیق با مصداق خارجیه، جای دقت عقلایی است. اشکال دیگری که ایشان دارند این است که اگر این اجماع (که عقلا به معنی بالغان است) درست باشد قدر متیقنش

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 341

کجاست؟ اگر صبی از تصرف

ممنوع باشد، مثل محجور، در مواردی که شارع مقدس جواز تصرف داده است، مثل وصیت یا صدقه، در اینجا اجماعی نیست؛ یعنی این موارد را نمی توان به عنوان قدر متیقن أخذ کرد و گفت شامل این موارد نیز می شود.

پاسخ ما به ایشان این است که عموم در سه مورد وصیت و وقف و صدقه تخصیص خورده است، ولی در ماعدای این سه مورد عموم عام پابرجاست. پس نمی توان اشکال گرفت که اگر اجماع دلیل باشد دلیل لبی است و به قدر متیقن أخذ می شود و از این سه مورد که صبی ممنوع از تصرف نیست باید نتیجه گرفت که فرقی بین بالغ و غیر بالغ نخواهد بود. ما می گوئیم که این سه مورد تخصیص خورده اند و دلیل خاص داریم، مضافاً اینکه در این سه مورد نیز، به اقرار العقلاء تمسک نمی کنیم، بلکه تمسکمان به من ملک است و می گوئیم صبی مالک وصیت، وقف و صدقه می باشد و در آنها جواز تصرف دارد و چون جواز تصرف دارد پس ملک الاقرار به اقرار وی به وقوع وصیت یا وقف و یا صدقه صحیح است.

3 دلایل تمسک به قاعده من ملک

مرحوم آقا ضیاء عراقی (ره) می فرمایند بین سلطنت بر ثبوت يك شي ء و سلطنت بر اثبات آن شي ء ملازمة است. به تعبیر دیگر، وقتی انسان قدرت داشته باشد که شیئی را موجود کند واقعا و در مقام ثبوت، این امر ملازمة دارد بر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 342

قدرت به اینکه همین مطلب را به مرحله اثبات برساند. وقتی آدمی دارای این ملکه و علم باشد در مقام اثبات هم می تواند این علم را به مرحله اثبات و اظهار

برسانند. پس ایشان می فرماید که هر کس بر بیع و وقف مثلاً سلطنت داشت، بر این امر نیز سلطنت دارد که معانی مذکور را به مرحله اثبات برسانند. اما فرموده ایشان تمام نیست.

انسان قدرت و سلطنت بر وجود يك شيء دارد، اما این امر با قدرت انسان بر اثبات معنی مذکور، ملازمه ندارد. انسان قدرت دارد که تمامی افعال و حرکات و سکناش را موجود کند، اما در مقام اثبات چنین نیست که هر چه گفت بپذیرند و بگویند از باب ملازمه چنین اموری موجود است. زیرا مقام اثبات دارای ضابطه است، در بعضی موارد بینة می خواهد و در بعضی امور قسم و در بعضی جاها بینة و یمین و در بعضی مسائل خواستار اطمینان است؛ اینطور نیست که وقتی انسان قدرت داشت شیئی را در مقام ثبوت موجود کند، قدرت مذکور ملازمه با قدرت در مقام اثبات داشته باشد.

دلیل دوم در مورد این قاعده، اجماع است. ادعا شده است که استناد به این قاعده مجمع علیه می باشد. یعنی در موارد متعدد مستند فقهی و دلیلی غیر از این قاعده وجود ندارد؛ بنابراین به صورت ارسال مسلم درآمده است و حکم به استناد به این قاعده از مسلمات تلقی می شود.

در پاسخ می گوئیم نخست ببینیم که آیا این اجماع دربرگیرنده تمامی موارد است؟ یعنی اقرار مقرر چه بر ضرر و چه بر نفعش باشد و اقرار عاقل و بالغ و صبی، همه را شامل می شود یا نه؟ شیخ انصاری در رساله خود می فرماید فی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 343

الجملة اجماع هست و فقها فی الجملة به این قضیه، هر کدام در يك

باب، عمل کرده اند؛ اما پذیرفتن این معنی مشکل است. ما در باب اجماع گفتیم که اجماع به تنهایی یکی از ادله اربعة و مصدر تشریح نیست، بلکه آن اجماع دلیل و حجت است که کاشف از رأی معصوم (ع) باشد؛ یعنی در حقیقت اجماع محقق سنت است. در اینجا متقدمین ما باید به امری عمل کرده باشند تا بتوان گفت که این امر را از معصوم (ع) تلقی کرده اند، در ما نحن فیه، نه صغرای مسأله تمام است- یعنی این مطلب تمام نیست که اصلاً چنین اجماعی باشد- و نه کبرای آن- یعنی به فرض که نزد جمعی از متأخران این اجماع محقق باشد، آیا از رأی معصوم (ع) کشف قطعی می کند؟ پس با اجماع مذکور نیز نمی توان قاعده مورد بحث را پابرجا ساخت. البته همان طور که شیخ فرموده است جمع کثیری از فقها، فی الجملة و تا حدودی به آن عمل کرده اند و آن را مانند آیه یا روایت معتبر می دانند.

دلیل سوم، بنای عقلا- است. بنای عقلا- بر این است که هر کس مالک شیئی باشد، مالک بر اقرار آن نیز هست، در اینجا می گوئیم که مقصود از این بیان همان است که مرحوم آقا ضیاء (ره) از باب ملازمه بین ثبوت و اثبات شیء می فرمایند، ملازمه مورد بحث چگونه ملازمه ای است؟ این ملازمه از باب ملازمه علت و معلول یا سبب و مسبب نیست، بلکه ملازمه عقلایی است و ما قبلاً گفتیم که چنین ملازمه ای وجود ندارد. مگر اینکه صرفاً بنای عقلا بر این معنی باشد- که بعید به نظر نمی رسد- که هر کس مالک عقدی، ایقاعی باشد مالک بر اقرار آن

نیز هست.

به هر حال، دلیل عمده ای که می توان برای این قاعده داشت، همان مسأله

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 344

اجماع و تسالم اصحاب است و اینکه فقها این قاعده را به طور ارسال مسلم در بسیاری از کتب خود آورده اند، در واقع از این باب است که می توان گفت اجماع بر این قاعده قائم است.

4 مراد قاعده من ملک

نکته چهارم، بحث از مراد این قاعده می باشد. نخست باید الفاظ را معنی کرد.

مقصود از «شیء» در «من ملک شیئا» چیست؟ شیء عام است و شامل اعیان و افعال می شود. مطلب دیگر این است که قاعده در حقیقت یک قضیه شرطیه است و قضیه شرطیه دارای دو جمله می باشد، یکی شرط و دیگری جزای شرط. در قضایای شرطیه نیز همواره جزاء مترتب بر ثبوت شرط است. به تعبیر دیگر، شرط موضوع است از برای جزاء یعنی جزاء حکم و شرط موضوع است. در آیه شریفه «... وَ لِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا» (1) جمله «مَنِ اسْتَطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا» موضوع است از برای حکم و جوب حج. به واقع در قضایای شرطیه قیود هیأت به موضوع بر می گردد. در حکم حج یعنی: المستطیع يجب علیه الحج و در قاعده من ملک یعنی «المالک للشیء مالک الاقرار به». حال ممکن است آن شیء عینی از اعیان خارجیة یا فعلی از افعال باشد و چون شارع مقدس در مقام تشریح

(1) آل عمران (3): 97 «... و مردم را حج و زیارت آن خانه واجب است. بر هر کسی که توانایی برای رسیدن به آنجا یافت و هر که (به سبب افکار حج بیت الله) کافر شود، تنها

به خود زیان رسانیده که البته خدا از طاعت خلق بی نیاز است...».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 345

به بیان می پردازد، معنای جمله عبارت از این است که مالک بر فعل شرعا مالک بر اقرار آن یا مالک بر اثباتش هم هست. اکنون می گوئیم اگر شیء در من ملک شیئا از ایقاعات باشد که يك طرف دارد، مثل طلاق یا تحریر رقبة، در اینجا مالک شیء اقرار را هم مالک است. اما اگر دو طرف داشت، یعنی از باب عقود بود، در اینجا نمی توان گفت که چون من مالک بیع هستم پس اقرار من مسموع است. بنابراین، باید قائل به تفصیل شد و گفت: اگر موضوع مرکب بود از فعل نفس و فعل غیر، اقرار از برای فعل نفس خود مالک مؤثر است. اما برای فعل غیر اقرار مذکور نمی تواند مؤثر باشد. البته در باب بیع کلامی از سیدنا الاستاد حضرت امام (ره) هست که می فرمایند: حقیقت بیع تبادل انشایی در ملکیت است و خود بایع تمام ماهیت بیع را موجود می کند و قبول قابل شرط تأثیر است نه شرط صحت همانند اجازه مالک در بیع فضولی. بنابراین در ماهیت بیع دخالت ندارد؛ یعنی تمام ماهیت بیع به همان ایجاب موجب تحقق می یابد. در صورت پذیرفتن این مبنی - کما هو المختار - لازم است مدعی بشویم که قاعده من ملک مورد بیع را نیز در بر می گیرد چون دو طرف ندارد و قبول که شرط تأثیر است در تحقق ماهیت دخالتی ندارد. البته طرح این مطلب علی بعض المبانی است که هو المذهب المنصور.

5 اجرای قاعده

در مقام اجرای این قاعده، آیا مقرر باید در حین اقرار

اقرار آن، يا صرف اينکه زمانی مالك بوده است- و لو در زمان متأخر و حين الاقرار مالك نباشد- سبب خواهد بود که بتواند از اين امر (که قبلا مالك بوده است) اخبار کند؟ آیا صبی پس از کبر می تواند اقرار کند که صدقه از وی بوده است؟

خلاصه این بحث آن است که آیا در این مورد مقارنه زمانی لازم است يا نه؟

باید دید اجماعی که بر این قاعده منعقد شده است چه می گوید؟ آیا اجماع مذکور مطلق است و بين دو حالت فرقی نمی گذارد يا قائل به تفصیل است؟ در پاسخ می گوئیم که اجماع دليل لبي است و اگر در موردی شك داشته باشیم باید قدر متیقن را أخذ کنیم. در اینجا قدر متیقن آن است که مقرر حين الاقرار مالك باشد، در غیر این مورد نمی توان به عموم قاعدة تمسك کرد؛ چون در واقع تمسك به عموم عام در شبهات مصداقیه خود عام است. زیرا شك کرده ایم که آیا عموم مورد نظر این قسمت را هم شامل می شود يا نه؟ در اینجا باید بپذیریم که چون اطلاق لفظی نداریم، نمی توانیم به عموم من ملك تمسك کنیم. به استصحاب بقای سلطنت هم نمی توان تمسك کرد، زیرا یکی از اصول معتبر در باب استصحاب وحدت دو قضیه است؛ یعنی در این بحث قضیه متیقنه ما «مالك الاقرار مالك الشیء» است، یعنی مقارنه زمانی وجود دارد و در قضیه مشکوکه مقرر مالك شيء نیست. بدین ترتیب موضوع دو قضیه یکی نیست. «1» فی المثل در زمان اقرار به وقوع طلاق قبلی، چون اقرار

(1) در جای خود ثابت شده است در موردی که قضیتین «متیقنة و مشکوكة» واحد عرفی نباشند، عمومات دلیل استصحاب «لا تنقض الیقین بالشك» آنجا را در بر نمی گیرد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 347

رجوع نیست تا بتوان گفت موضوع یکی است. پس نتیجه می گیریم که چون استصحاب را نمی توان جاری کرد و اجماع نیز دلیل لبی است و باید به قدر متیقن آن أخذ شود؛ بنابراین قاعده مذکور خصوص مقارنه زمانیة میان مالک شیء و مالک اقرار را در بر می گیرد و مازاد بر آن را شامل نمی شود. چنانچه مدرک قاعده بناء عقلا باشد که بعید به نظر نمی رسد. میان هر دو حالت فرقی نمی کند.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 349

قاعده نفی السبیل

اشاره

قاعده نفی السبیل از قواعد فقهیه مهم اسلامی و مستند به آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» است. این قاعده تحت سه عنوان مورد بررسی قرار می گیرد:

1- مدارک و مستندات قاعده؛ 2- دلالت قاعده؛ 3- موارد تطبیق قاعده.

1 مدارک و مستندات قاعده

الف. کتاب

آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» خداوند تبارک و تعالی در این آیه شریفه می فرماید که در عالم تشریح هیچ گونه حکمی که موجب سبیل و علو و سلطنت کافر بر مؤمنین و مسلمین باشد وجود ندارد و تشریح و جعل نیز

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 350

نشده است. این حکم چه در باب عبادات و چه در باب معاملات و چه در سیاست، جعل نشده است و بنابراین، هر گونه حکمی که از ناحیه آن حکم، موجبی برای علو و سلطنت کافر بر مسلم باشد به مقتضای این آیه شریفه از صفحه تشریح مرفوع است.

اما آنچه در این آیه شریفه است، يك جعل تشریحی است نه جعل تکوینی؛ گروهی از بزرگان گفته اند که این نفی که در آیه شریفه آمده است به لحاظ تکوین نیز هست؛ یعنی در عالم تکوین خداوند سبحان چنین چیزی را جعل نکرده است و همیشه مسلمانها تفوق و سلطه

و سلطنت دارند، لکن ظاهر این آیه بیانگر این معنا نیست. در این آیه، شارع مقدس در مقام تشریح و در مقام قانون گذاری و در مقام بیان يك قاعده کلی در جامعه اسلامی است. هر حکمی، هر عقدی، هر معامله ای، هر پیمانی، هر قراردادی و هر چیزی که سبب علو کافر و استیلاي کافر بر مسلم شود منفي است. بنابراین، قاعده

نفی السبیل بر ادله اولیه و احکام حکومت دارد. ادله متکفل احکام واقعی است؛ مثلاً پدر یا جد پدری بر فرزندان خود ولایت دارد، اعم از پسر و دختر این ولایت را خداوند تشریح کرده است، اما اگر پدر یا جد پدری کافر باشد این ولایت منفی است چرا؟ چون ولایت یک نحو «سبیل» و «علو» ولی است نسبت به مولای خود، قهراً وقتی که ولی کافر باشد این ولایت از او سلب می شود، بنابراین حکم اولی جعل ولایت است اما به مقتضای این قاعده در پدر و جد کافر نفی ولایت می شود. بنابراین مساق قاعده نفی سبیل مثل مساق قاعده لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام یا قاعده لا حرج است؛ یعنی همان طور که قاعده لا ضرر و قاعده لا حرج بر ادله اولیه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 351

حکومت واقعی دارند، قاعده نفی السبیل نیز هم از این حیث بر ادله اولیه حکومت واقعی دارد.

اگر گفته شود که به قرینه آیه شریفه «فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» مراد از سبیل در «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»، به معنای حجت است در روز قیامت، معنای آیه این می شود که کفار در روز قیامت هیچ گونه حجتی نسبت به مسلمین و مؤمنین ندارد؛ بلکه حجت واضح در آن روز عظیم از برای مؤمنین است. در آن روز فقط مسلمانان و مؤمنین هستند که حجت دارند.

همچنین خبری در تفسیرش از مولا امیر المؤمنین (ع) روایتی نقل می کند که قال رجل یا امیر المؤمنین رأیت قول الله؛ «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و هم یقاتلوننا

فيظهرون و يقتلون؛ قال له علي (ع): ادنه ادنه قال (ع) «فالله يحكم بينهم يوم القيامة و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً». همچنین روایت دیگر از ابن عباس در تفسیر این آیه وارد شده است که سؤال می کند از ابن عباس که آن روز چه روزی است؟ ابن عباس می گوید: «قال ذلك يوم القيامة، و اما السبيل في هذا الموضوع فالحجة». مفسرین دیگر نیز همین معنی را تفسیر کرده اند، بنابراین گفته اند کفار در روز قیامت علیه مسلمانان حجت ندارند.

لکن پاسخ ما بر این اشکال آن است که منافات ندارد که این آیه شریفه نسبت به روز قیامت از کفار علیه مسلمانان نفی حجت کند؛ اما نسبت به جهان هستی و احکامی که در این دنیا هست چطور؟ ما مدعی هستیم آیه شریفه راجع به احکام شرعی است؛ بنابراین ظاهر لفظ در مقام تشریح می باشد. یعنی در مقام قانون گذاری و اگر لسان در مقام قانون گذاری باشد، لسان حکومت است. همان

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 352

طوری که لسان قاعده لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام و قاعده لا حرج نیز لسان حکومت است بر ادله اولیه و این معنی منافات ندارد که در بعضی از تفاسیر «سبیل» به حجت در روز قیامت تفسیر شده باشد. پس می توان این آیه را هم به معنای نفی حجت از کفار در روز قیامت گرفت و هم دلالت آن را بر يك قاعده فقهیه معتبر دانست و گفت حکومت واقعی بر ادله اولیه دارد.

ب. سخن پیامبر اکرم (ص)

پیامبر (ص) می فرماید: «الاسلام يعلو ولا يعلى عليه و الكفار بمنزلة الموتى لا يحجون ولا يورثون».

این روایت بین

اصحاب معروف و مشهور است، لکن به حسب صناعت حدیث ادله حجیت خبر واحد در صورتی شامل این روایت می شود که موضوع حجیت را مسند بودن روایت ندانیم، بدین معنی که بگوییم تمام سلسله حدیث باید معتبر باشد و منتهی به امام معصوم (ع) یا پیغمبر اکرم (ص) شود.

ممکن است از این حیث گروهی در حجیت این روایت اشکال کنند، لکن ما در مبحث حجیت خبر واحد مبنای دیگری را اختیار کرده و گفته ایم که موضوع حجیت در خبر واحد خبر موثق الصدور است نه خبر ثقة یا خبر صحیح اعلائی و عمده مدرک ما هم در این مبنی همان بنای عقلا- است. در واقع موضوع حجیت نزد عقلا- عبارت است از خبری که خود موجب وثوق به صدورش باشد، وثاقت راوی موضوعیت ندارد. در وثوق به صدور نیز گاه وثوق به صدور ممکن است از وثاقت راوی یا عدالت وی حاصل شود گاه ممکن است قراین دیگری هم در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 353

روایت باشد که آن قراین سبب وثوق به صدور بشود. آنچه برای ما معتبر است و بنای عقلا هم بر آن قائم است «الخبر الواحد الموثوق الصدور» است. در روایت مورد بحث درست است که خبر مسند نیست و تمام سلسله سندش امامی نیستند لکن ما وثوق به صدور می خواهیم و هنگامی که بزرگان فقههای عظام ما از متقدمین امثال صدوقین و پدر آنها علی بن بابویه و شیخ مفید و سید مرتضی و شیخ طوسی - قدس سره- و دیگران این روایت را نقل کرده اند و خبر تلقی به قبول شده است و نزد همه مشهور است

دیگر نمی توان در حجیت آن خدشه کرد، زیرا از عمل امثال صدوقین و پدر آنان و مفید و سید مرتضی و شیخ طوسی و غیر ذلك وثوق به صدور پیدا می شود. صدوق (ره) در مقدمه من لا یحضره الفقیه خود می فرماید: «بینی و بین الله هر چه را در اینجا نقل می کنم معتبر می دانم و برای اختصار اسناد روایات را حذف کرده ام».

بنابراین، چون مثل صدوق به این روایت اعتبار بخشیده است از نظر ما از حیث سند این روایت معتبر می باشد؛ اما از حیث دلالت نیز ظاهر این حدیث شریف با توجه به قراین حالیه ای که در خود روایت وجود دارد و پیغمبر اکرم (ص) را در مقام تشریح و قانون گذاری قرار می دهد در مقام بیان این مطلب است که اسلام موجب علو مسلم بر غیر مسلم می باشد و خداوند تعالی در عالم اعتبار تشریحی علوی به مسلم عطا فرموده است و این علو غیر از آن معنویاتی است که هر مسلمانی واجد آن است. اصولاً در مقام تشریح و قانون گذاری اگر علوی به مسلم بخشیده شود این علو باید در حیطه قانونی اعتبار شده باشد.

در واقع شارع مقدس نمی خواهد اخبار از يك امر واقعی بکند، البته هیچ چیز

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 354

بالا تر از اسلام نیست، اسلام خاتم ادیان و اشرف ادیان و مکمل ادیان است و قهراً هیچ کس نیز- در بعد معنویات- از مسلم بالاتر نیست. اما شارع مقدس نمی خواهد اخبار کند، چون در مقام قانون گذاری است، در حیطه قانونی سخن می گوید و در این حیطه قانونی است که می گوید هیچ چیزی نمی تواند بر اسلام علو و سیبیل

به تعبیر دیگر، احکام شرعیة اعم از عبادات و معاملات و سیاسات نمی تواند موجب علو کافر بر مسلم باشد. روایت «الاسلام یعلو و لا یعلی علیه» دو جمله است یک جمله اثباتی و یک جمله سلبی، جمله ایجابی می گوید «الاسلام یعلو» و جمله سلبی آن هم «و لا یعلی علیه» است. مفاد جمله اولی که همان جمله موجبة باشد؛ یعنی همیشه در احکامی که برای امور مسلمانها تشریح شده است علو مسلمانها بر کفار مراعات شده است، مؤدای جمله سلبیة هم این است که کفار بر مسلمانها از ناحیه همین احکام شرعیة علوی ندارند. بنابراین بعد قانونی، جمله دوم که سالبة است هر گونه علو و سیلی را از غیر مسلمانها بر مسلمانها سلب می کند، این همان قاعده ای است که ما در مقام بیان آن هستیم. بنابراین روایت پیغمبر اکرم (ص) هم به حسب جمله اول یعنی جمله موجبة هم به حسب جمله ثانی که جمله سالبة است دلالت تام و تمام بر حجیت قاعده نفی سیل دارد.

اکنون اگر گفته شود که «الاسلام یعلو و لا یعلی علیه» در مقام بیان آن است که اسلام علو دارد و هیچ دینی بر اسلام علو و برتری ندارد و این امر ارتباطی به قاعده نفی سیل کفار بر مسلمانها ندارد. غرض از آن این است که خود دین

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 355

اسلام بر سایر ادیان علو دارد.

جواب این است که اسلام عبارت است از مجموعه احکام و قوانین؛ وقتی گفته می شود اسلام، علو و برتری دارد یعنی همان مجموعه قوانین و احکام، اعم از حقوق جزایی و حقوق مدنی و غیر

ذلك موجب علو مسلم است بر كافر. در تمامی اموری که بین آنها واقع می شود از عقود، ایقاعات، ولایات، معاهدات، پیمانها، ازدواجها و غیر ذلك در تمام این مسائل اعم از روابط فردی و اجتماعی كفار نمی توانند بر مسلمانان علو و سلطه داشته باشند. بنابراین در دین اسلام از طرف باری تعالی هیچ گونه حکمی تشریح نشده است که موجب علو و سلطنت كافر بر ایقاع علو كافر بر مسلم باشد این امور باطل و منفی اند و اعتبار حقوقی ندارند.

به فرض اگر پیمانی بین يك کشور اسلامی و يك کشور غیر اسلامی واقع شده، اگر نتیجه آن پیمان سلطه كفار بر مسلمانان باشد، این پیمان هیچ ارزش قانونی و شرعی ندارد. «1»

(1) بر همین اساس اصول یکصد و پنجاه و دو و سه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تدوین شده است:

«اصل یکصد و پنجاه و دوم»

سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران بر اساس نفی هر گونه سلطه جویی و سلطه پذیری حفظ استقلال همه جانبه و تمامیت ارضی کشور دفاع از حقوق همه مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرتهای سلطه گر و روابط صلح آمیز متقابل با دول غیر محارب استوار است.

«اصل یکصد و پنجاه و سوم»

هر گونه قرارداد که موجب سلطه بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی فرهنگ ارتش و دیگر شئون کشور شود، ممنوع است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 356

بنابراین با توجه به اینکه پیغمبر اکرم (ص) در مقام قانون گذاری است اخبار از يك امر خارجی نمی کند بلکه می خواهد يك قاعده کلی جعل کند و بگوید که لازمه دین اسلام آن است که هر کس متدین به این دین شد دارای علو بر غیر مسلم

است و احکام و قوانین اسلامی نباید سبب علو کفار بر مسلمانان و مؤمنان باشد.

ج. اجماع علما

همه فقهای عظام، ادعای اجماع کرده اند که در اسلام هیچ گونه حکمی تشریح نشده است که موجب سلطه و علو کافر بر مسلم باشد و در تمامی احکام شرعی طرف مسلمین بر غیر آنها تشریح شده است؛ مثل عدم جواز تزویج مسلمه به کافر، اجماع مذکور يك اجماع محصل و قطعی است. اما اشکالی که هست آن است که این اجماع، اجماع اصطلاحی اصولی نیست. چون ما معتقدیم که اجماع جزء ادله اربعة به شمار نمی آید، بلکه اجماع با شرایط خاصی که در آن اعتبار شده است، از جمله آنکه روایتی یا آیه ای بر وفق مجمعین نباشد و ما از اتفاق مجمعین کشف قطعی می کنیم که مطلب را از معصوم (ع) تلقی کرده اند یعنی منشأ آن اجماع یا امام معصوم (ع) است یا پیغمبر اکرم (ص) که قهراً محقق سنت می شود، اما اگر بر طبق اجماع، روایت و یا آیه شریفه ای یافتیم خواهیم گفت که مدرك مجمعین محتمل است همین آیه یا همین روایت باشد و خودمان باید مراجعه کنیم و ببینیم از آیه چه می فهمیم و از روایت چه استفاده ای می کنیم، چون فهم آن بزرگواران برای ما حجت نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 357

بنابراین اجماع اصطلاحی کاشف از رأی معصوم (ع) اجماعی است که هیچ گونه دلیلی از آیه یا روایت بر وفق مجمعین نداشته، لکن ما در این قاعده هم آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»؛ همچنین فرمایش پیغمبر اکرم (ص) «الاسلام يعلو ولا يعلی علیه» را داریم.

د. تسالم اصحاب

در این مسأله تمامی فقهای امامیه این معنا را قبول کرده و گفته اند هر حکمی که موجب

علو و سبیل کافر بر مسلم شود آن حکم منفی است؛ یعنی قاعده نفی سبیل نه تنها معنایی است مورد تسالم اصحاب امامیه بلکه مورد تسالم تمامی فقهای اسلام است و این دلیل بزرگترین دلیل برای حجیت يك حکم شرعی می باشد.

ه. مناسبت حکم و موضوع

به مقتضای اینکه شرف و عزتی که در اسلام هست علت تامه می باشد بر صادر نشدن احکام و قوانینی که سبب ذلت مسلمانان و استخفاف آنان و علو کفار شود. بنابراین همان طوری که خداوند تبارک و تعالی می فرماید: «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ» خداوند سبحان عزت مؤمنین را هم در عداد خود و هم رسول خود قرار می دهد. بنابراین، نمی توان احکامی را تشریح کرد که سبب ذلت و پستی و هوان مسلمانان شود، بلکه لازمه این دین مقدس آن است که تمامی احکام باید سبب عزت مسلمانان باشد. با این دلیل نیز قطع پیدا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 358

می کنیم که به مناسبت حکم و موضوع اسلام در مقام قانون گذاری اصلا نمی تواند قانونی تشریح کند که سبب عزت کافر و ذلت و هوان مسلم شود، زیرا این امر، با این دین مقدس سازش ندارد. بنابراین ما دلیل مذکور را از اقوای ادله می دانیم.

2 دلالت و مضمون قاعده

پیشتر گفتیم که لسان قاعده نفی سبیل، حکومت واقعی است بر ادله اولیه؛ یعنی به مقتضای این قاعده هر عقد و پیمان و هر معامله و ایقاع و قراردادی به حسب طبع اولی اش اگر موجب علو و عزت و شرف کافر بر مسلم بشود منفی است و اعتبار حقوقی ندارد. بنابراین دلالت این قاعده حکومت واقعی است بر ادله اولیه. مثلا آیه شریفه ای که می فرماید: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» و یا سایر آیات ارث، عمومات اولیه هستند و فرق نمی گذارند و می گویند که اگر موروث چیزی برای وراثت خود گذاشت اعم از مسلم یا غیر مسلم برای

پسرها دو مقابل دخترها باید قرار داد. اما به مقتضای این قاعده که حکومت واقعیة بر ادله اولیة دارد و نیز به موجب روایت نبوی که «و الکفار بمنزلة لا- یحجبون و لا یورثون» حکم اولی ابقاء می شود؛ یعنی قاعده مذکور جلوی ارث کافر را می گیرد، در سایر اطلاقات و عموماً اولیة نیز هر جا که اطلاق و عموم سبب عزت کافر و ذلت و هوان مسلم شود این قاعده آن را نفی می کند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 359

3 موارد تطبیق قاعده

الف. عدم جواز تملك مسلم توسط کافر به هر نحو از اقسام تملك اختیاری؛ مثلاً اگر مسلمی بنده بود کافر نمی تواند او را به یکی از اقسام تملك اختیاری تملك کند. اما در تملك قهری ضابطه دیگری دارد، در اینجا جریان قاعده از مسلمات است، چون هیچ سبیل و علوی بالاتر از آن نیست که عبد مسلم مملوک کافر بشود و در واقع تمامی حرکات و سکنات خود را در اختیار وی بگذارد. از این رو، در فقه گفته شده است که اگر کافر با تملك به ملك قهری (مثل ارث) عبد مسلم را تملك کند مجبور به فروش آن می شود.

روایاتی نیز طبق این معنی وارد شده است. مثل مرسله حماد بن عیسی:

عن ابی عبد الله (ع) ان امیر المؤمنین (ع) اوتی به عبد ذمی قد اسلم، فقال (ع): «اذهبوا فبیعوه من المسلمین و ادفعوا ثمنه الی صاحبه و لا تقروه عند.»

این روایت می گوید که يك عبد ذمی غیر مسلم مسلمان شد و این عبد در ملك کافر بود حضرت علی (ع) فرمود بروید و این بنده را به مسلمانان بفروشید و

ثمنش را به صاحبش؛ یعنی همان مولای کافرش بدهید و نگذارید این عبد مسلم در ملک کافر باشد.

البته ممکن است بگوییم يك نحو معارضه ای بین قاعده نفی سیل و عموم ادله «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است که مقتضای اَوْفُوا بِالْعُقُودِ و جوب وفا به هر عقدی است. یا «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» یا عموم «الناس مسلطون علی اموالهم»

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 360

که قاعده سلطنت بین کافر و مسلم فرق نمی گذارد. می گوییم در اینجا معارضه نیست، بلکه حکومت است؛ یعنی قاعده سلطنت حکم اولی است که الناس مسلطون علی اموالهم، ادله نفوذ بیع و اَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ هم همگی حکم اولی هستند؛ اما قاعده نفی سیل بر ادله اولی حکومت واقعی دارد؛ یعنی هر چیزی که به حسب حکم اولی افاده يك معنی را می کند قاعده نفی سیل آن معنی را نفی می کند. قاعده سلطنت می گوید که کافر بر عبد مسلم سلطنت دارد و این قاعده می گوید سلطنت ندارد. اَوْفُوا بِالْعُقُودِ می گوید: «یجب الوفاء بکل عقد» حتی در معامله ای که عبد مسلم در ملک کافر در آمده باشد. اما قاعده نفی السبیل می گوید: «در این عقد اعتباری نیست و لازم الوفاء نخواهد بود». به تعبیر دیگر، قاعده نفی السبیل لبا تخصیص می زند ادله اولیه را.

ب. عدم صحت اجاره عبد مسلم یا امه مسلمه بر کافر، به این بیان که می گوییم نتیجه اجاره عبد مسلم یا امه مسلمه این است که موجب سلطنت و علو کافر بر مسلم باشد، حقیقت اجاره عبارت است از تملیک المنفعة به عوض معلوم.

بنابراین کافر مالک منافع مسلم اعم از کار و عمل وی

می شود و معنای این امر سلطه و سلطنت و علو کافر بر مسلم است؛ بنابراین به مقتضای قاعده نفی السبیل این اجارة منفی و ملغی است.

فقه‌های عظام ما در این مسأله اقوالی ذکر کرده اند. گروهی از فقها معتقدند که این امر مطلقا جایز نیست، قول مقابل هم این است اجارة مذکور به طور مطلق درست است. قول دیگر مثل قول محقق ثانی و شهید دوم - قدس سره - تفصیل است و گفته اند اگر اجاره بر ذمه باشد این اجارة درست است، اما اگر اجارة بر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 361

ذمه نباشد، اجارة باطل است. چون اگر بر عمل خارجی واقع بشود، درست نیست. لکن حق در مسأله این است که موارد فرق می کند، ما نمی توانیم به طور مطلق بگوییم که هر اجاره ای که واقع شد باطل است و یا هر اجاره ای که واقع شد، درست است. چون ما ضابطه داریم اگر بخواهیم اجاره ای را باطل کنیم باید به مقتضای قاعده نفی سبیل حکم به بطلان کنیم، بنابراین ما پشت سر این معنا هستیم که کدام اجارة سبب ذل و هوان مسلم و علو کافر می شود؟ آیا تمام اجاره ها این گونه هستند تا بگوییم که تمام اجاره ها مطلقا باطل است یا بالعکس؟

حق در مقام این است که موارد مختلف است. بعضی از اجاره ها نتیجه اش علو کافر است به مقتضای قاعده نفی سبیل، بنابراین حکم به بطلان این اجاره می کنیم. ولی چنانچه عبد مسلم برای تعلیم کتابت و ادبیات و فلسفه و عرفان و حقوق و سایر علوم انسانی در اجارة کافر درآید سببیت از برای علو کافر بر مسلم نیست؛ بلکه نتیجه معکوس

است چون که خود استاد بودن يك نحو علوی است نسبت به شاگردان خود. بنابراین مطلقاً ملتزم به بطلان اجاره نمی شویم بلکه تابع موضوع قاعده هستیم. در هر جا اجاره سبب علو کافر و سبب ذل و هوان مسلم است به مقتضای قاعده نفی السبیل می گوئیم که اجاره باطل است، اما در اجاراتی که سبب علو کافر نشود هیچ دلیلی مبنی بر بطلان اجاره نیست؛ بلکه اطلاعات اولیه و عمومات ادله اجاره، مثل اَوْفُوا بِالْعُقُودِ و «الاجارة احد معایش العباد» جاری می شود و منحصی و یا مقیدی نیست تا این اطلاعات و عمومات را از کار بیندازد.

ج. عدم صحت عاریه عبد مسلم یا امه مسلمة بر کافر مطالبی که در اجارة ذکر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 362

شد به عینه در عاریه نیز می آید، چون همان طوری که عاریه گفته شده است حقیقت عاریه عبارت است از: تسلیط شخص به طور مجانی بر عینی که دارای منفعت مقصوده عند العقلاء باشد یا بقاء الاصل، در صورتی که ما عبد مسلمی را به کافر عاریه بدهیم لازمه اش این است که تمام منافع عبد در اختیار کافر واقع شود. در اینجا اگر مستعیر از عین معاره که عبد مسلم است استفاده های خدمتی از نوعی کند که موجب ذلت و هوان مسلم باشد همان مطلبی که در اجاره گفته شد در اینجا هم می آید و قهراً به مقتضای قاعده نفی السبیل، عاریه مذکور باطل و منفی است. اما اگر منافع عین معاره که عبد مسلم است منحصر در تعلیم کتابت به مستعیر و یا فرزندان وی یا تعلیم ریاضیات و فلسفه و غیر ذلك باشد

این معنی سبب عزت کافر بر مسلم و سبب ذلت و هوان مسلم نیست بلکه موضوع به عکس است. بنابراین در عاریه هم این تفصیل داده می شود که هرگاه عبد مسلم یا امه مسلمة سبب عزت و علو کافر بر مسلم نشود، به موجب عمومات عاریه درست است، ولی چنانچه عاریه مذکور سبب ذلت و هوان مسلم بشود به مقتضای قاعده نفی السبیل عاریه باطل است.

د. عدم صحت وقف عبد مسلم یا امه مسلمة بر کافر؛ حقیقت وقف تحبیس الاصل و تسبیل الثمرة است و نتیجه آن عبارت از تملیک عین موقوفه بر موقوف علیهم است، اگر بنا باشد عبد مسلمی را بر کافر وقف کنیم معنایش این است که کفار مالک عبد مسلم بشوند؛ در اینجا نیز هر حرفی را که ما درباره عدم تملک مسلم توسط کافر گفتیم، می آید؛ بنابراین لازمه صحت وقف، علو کافر بر مسلم است و این وقف به حکم قاعده نفی السبیل منفی است و درست نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 363

ه. عدم صحت ولایت کافر بر مسلم صغیر یا مجنون؛ لازمه این قاعده، عدم جواز جعل ولایت و قیمومیت بر صغار و مجانین و سفهای مسلمین است، همچنین نسبت به تجهیزات میت، چنانچه اولاد متوفی همگی کافر باشند، ولایت آنها نسبت به اذن در تغسیل و تکفین و نماز و تدفین ساقط است و بر مسلمین واجب است که کفایتا این امور را انجام دهند. بنابراین به مقتضای قاعده نفی سبیل اعتبار شرطیت اذن اولاد نسبت به تجهیزات میت ساقط و منفی است، زیرا اعتبار اذن یک نحو ولایت و یک نحو تحکم بر مسلمانان

است.

و. عدم صحت تولیت کافر در اوقاف مربوط به مسلمانان، مثل: مدارس دینی و دانشگاهها و مؤسسات عام المنفعة و غیر ذلك. در همه اینها با توجه به قاعده نفی السبیل نمی توان در این مراکز کافر را متولی قرار داد؛ زیرا لازمه تولیت کافر بر این مراکز عام که مورد استفاده عموم مسلمانان است موجب علو کافر می شود و این علو و سبیل به مقتضای قاعده منفی است.

ز. عدم ثبوت حق شفعه برای کافر چنانچه مشتری مسلم باشد. لازمه تشریح این حق از برای کافر نوعی سبیل و علو کافر بر مسلم و موجب ذلت و هوان مسلم است و به حکم قاعده نفی سبیل منفی می باشد.

ح. عدم صحت نکاح پس از اسلام زوجه در صورت عدم اسلام زوج؛ لازمه بقای زوجیت با فرض کفر زوج سبیل و علو نسبت به زوجه مسلمة است (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) فتأمل.

ط. عدم ثبوت حق قصاص برای کافر در صورتی که قاتل مسلم باشد. به حسب حکم اولی اگر کسی شخصی را عمدا کشت اولیای دم حق قصاص دارند،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 364

چه قاتل مسلم باشد چه کافر. اما لازمه حق القصاص که یکی از حقوق است علو و سلطه بر قاتل مسلم است و به مقتضای این قاعده حق القصاص از اولیای دم نسبت به قاتل مسلم نفی شده است. البته ما روایات خاصه هم داریم: «لا یقاد مسلم بکافر» مبنی بر شرطیت تکافؤ، در اسلام یعنی اگر قاتل مسلم بود و مقتول غیر مسلم، جای قصاص نیست. بدین معنی قصاص هم به ادله خاصه و هم به مقتضای قاعده نفی سبیل ثابت

است. از مسائلی که بر این مورد متفرع می باشد قاعده لوث و قسامه است. مثلاً اگر ولی دم کافر ادعای قتل بر مسلم بکند باید دید آیا قسامه وی پذیرفته می شود یا نه؟ این مسأله خلافی است. شیخ الطائفه (ره) در کتاب خلاف و مرحوم محقق در کتاب شرایع و مرحوم علامه در کتب خود و فرزندش فخر المحققین - قدس سره - فرموده اند که قسامه کافر نسبت به دعوی قتل بر مسلم مسموع نیست و استدلال کرده اند که اساساً خود قاعده لوث خلاف اصل است و به مواردی که روایت شده است می توان عمل کرد چون علت و حکمت تشریح در روایت آمده است: «انما حقن دماء المسلمین بالقسامه» در صحیحه ابی بصیر می گوید: «لئلا يبطل دم امرئ مسلم»، مضافاً اینکه لازمه ثبوت قسامه برای کافر، ثبوت قصاص است در قتل عمد و پیشتر گفته شد که «لا یقاد مسلم بکافر» همچنین با توجه به عموم قاعده نفی السبیل، قسامه کافر پذیرفته نمی شود. البته جای مناقشه است و اظهر قبول قسامه کافر است.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 365

قاعده نفی عسر و حرج

اشاره

قاعده لا حرج یکی دیگر از قواعد معروف اسلامی است و در تمامی ابواب فقه عبادات، معاملات، سیاسات جاری می شود. در قاعده مذکور چند مطلب مورد بررسی قرار می گیرد.

1 مدارك و مستندات قاعده

الف. کتاب

«و جَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ...» (1) و «... مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ...» (2) و «... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ...» (3) و «لَا

(1) حج (22): 78 «و برای خدا حق جهاد در راه او را به جای آرید، او شما را به دین خود سرفراز کرده و در مقام تکلیف بر شما مشقت و رنج ننهاده است ...».

(2) مائده (5): 6 «... خدا در دین هیچ گونه سختی برای شما قرار نخواهد داد ...».

(3) بقره (1): 185 «... خداوند برای شما حکم را آسان خواسته و تکلیف را مشکل نگرفته است ...».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 366

يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ...» (1) این آیات شریفه دلالت واضحه بر این امر دارند که خداوند سبحان در دین مقدس اسلام حکم حرجی تشریح نکرده است و از ناحیه هر حکمی که حرج و استیصال و مشقت لازم آید به دستور این آیات شریفه این حکم منفی و از صفحه

تشریح مرفوع است.

ب. سنت

1. روایت عبد الاعلی مولی آل سام که در کتابهای کافی و تهذیب و استبصار نقل شده است:

قال: قلت لأبي عبد الله (ع) عشرت فانقطع ظفري فجعلت علي إصبعي مرارة فكيف اصنع بالوضوء؟ قال (ع): يعرف هذا و اشباهه من كتاب الله عز و جل قال الله عز و جل «وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»، امسح عليه.

2. روایت ابو بصیر که در کتاب تهذیب نقل شده است:

عن ابی عبد الله (ع) قال سألته عن الجنب يجعل الركوة

او التور فيدخل اصبعه فيه؟ قال (ع) إن كانت يده قدرة فاهرقه و ان كان لم يصبها قدر فليغتسل منه هذا مما قال الله تعالى «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».

(1) بقره (1): 285 «خدا هیچ کس را تکلیف نکند، مگر به قدر توانایی او...»؛ بقره (1): 233 «... هیچ کس را تکلیف جز به اندازه طاقت نکنند...»؛ انعام (6): 152 «... ما هیچ کس را جز به قدر طاقت و توانایی تکلیف نکرده ایم...»؛ اعراف (7): 42 «و آنان که ایمان آوردند و در کار نیک و شایسته کوشیدند، زیرا ما کسی را بیش از وسع تکلیف نکنیم...»؛ مؤمنون (23): 62 «ما هیچ نفسی را بیش از وسع و توانایی تکلیف نمی کنیم و نزد ما کتابی است که آن کتاب سخن به حق گوید و به هیچ کس هرگز ستم نخواهد شد».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 367

3. روایت محمد بن میسر قال:

سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل الجنب ينتهي الى الماء القليل في الطريق ويريد ان يغتسل منه و ليس معه إناء يغرف به و يدها قدرتان؟

قال يضع يده و يتوضأ ثم يغتسل هذا مما قال الله تعالى «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».

4. روایت ابو بصیر که در کتابهای تهذیب و استبصار نقل شده است:

قال: قلت لأبي عبد الله (ع) إنا نساغر فر بما بلينا بالغدير من المطر يكون الى جانب القرية فتكون فيه العذرة و يبول فيه الصبي و تبول فيه الدواب و تروث؟ فقال (ع) ان عرض في قلبك منه شيء فقل هكذا يعني افرج الماء بيدك ثم توضأ فان

الدين ليس بمضيق فان الله عز و جل يقول: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».

5. صحیحہ بزنی:

إن ابا جعفر (ع) كان يقول: ان الخوارج ضيقوا على انفسهم بجهالة، و ان الدين اوسع من ذلك.

6. قوله (ع): «بعث على الشريعة السمحة السهلة».

7. روایت حنان بن سدير که در کتابهای تهذیب و استبصار نقل شده است:

قال: كنت انا و ابي و ابو حمزة الثمالي و عبد الرحيم القصير و زياد الاحلام حجاجا، فدخلنا على ابي جعفر (ع) فرأى زيادا قد تسليخ جسده، فقال له: من اين احرمت؟ قال: من الكوفة، قال، و لم احرمت من الكوفة؟ فقال: بلغني عن بعضكم ان قال: ما بعد من الاحرام فهو افضل و اعظم للأجر، فقال: و ما بلغك هذا إلا كذاب ثم قال لأبي حمزه: من اين احرمت؟ قال: من الربرة، قال له: و لم؟ لأنك سمعت ان قبر أبي ذر رضی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 368

اللّه عنه بها فاجبت ان لا تجوزه، ثم قال لأبي و لعبد الرحيم: من اين احرمتما؟ فقالا: من العقيق، فقال، اصبتما الرخصة، و اتبعتما السنة، و لا يعرض لى بابان كلاهما حلال إلا اخذت باليسير، و ذلك ان الله يسير، يحب اليسير، و يعطى على اليسير ما لا يعطى على العنف.

روایت وارده نیز دلالت بر عدم جعل و تشريع حکم حرجی را دارد، چنانچه حکمی در بعضی از حالات بر اثر عوارض خارجیه معنون به عنوان حرج باشد، به مقتضای قاعده لا حرج، منفی و از صفحه تشريع مرفوع است.

ج. بنای عقلا

بنای عقلا نیز قائم بر عدم تجویز تشريع احکام حرجیه در تمامی ابعاد است و شارع مقدس که

خود رئیس عقلاست نمی تواند تخطی از يك سیره مسلم عقلایی بکند. به تعبیر دیگر، مدرکات عقل عملی - که همان آرای محموده باشد - حکم به عدم تجویز حکم حرجی می کند (لا ینبغی فعله) و شارع مقدس، پس از کشف این مطلب که در متعلق حکم حرجی مفسده وجود دارد، قهرا آن حکم را فاقد ملاک و بنابراین مرفوع اعلام می کند. آیات شریفه و روایات وارده هم مؤید این معنی است. البته مبنی بر منافات این دلیل و اعتبار امتنانی بودن جریان قاعده جای مناقشه است.

د. اجماع امامیه

اجماع امامیه و همین طور علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 369

اسلام است. صغرای مسأله که همان ثبوت اصل اجماع باشد، تمام است؛ لیکن کبرای مسأله تمام نیست: بدین معنی که اجماع، به حسب لبّ و واقع جزء ادله به شمار نمی آید؛ اما اگر دلیلی بر وفق مجمعی نبود پس از احراز و کشف قطعی رأی معصوم (ع) اجماع سنت را گزارش می کند. به تعبیر دیگر اجماع محقق سنت است، لکن در ما نحن فیه کتاب و سنت و دلیل عقل بر وفق مجمعی قائمند و قهرا اجماع مورد بحث در اینجا اجماع اصولی شمرده نمی شود و مدرکی محسوب نمی شود و اعتباری هم ندارد.

2 دلالت قاعده

آیا آنچه در قاعده لا حرج منفی می باشد، نفس حکم حرجی است چه حکم تکلیفی باشد و چه وضعی - یا مفاد قاعده، نفی حکم است به لسان نفی موضوع ادعائاً - این احتمال که مفاد قاعده دلالت بر نهی دارد (نه به نفی که قهرا معنایش حرمت فعل می شود) بعید از مساق آیه شریفه است. حق در مقام این است که مفاد قاعده لا حرج همانند قاعده لا ضرر نفی نفس حکم حرجی است. در واقع این معنی در قاعده مورد بحث مؤدای آیه شریفه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (1) است و نیاز به تکلفاتی نیست که در قاعده لا ضرر محققان ذکر کرده اند.

(1) حج (22): 78 «... در مقام تکلیف بر شما مشقت و رنج نهاده است...».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 370

3 تنبیهات قاعده

1. آیا از اینکه قاعده لا حرج در بسیاری از ابواب فقه - یعنی در عبادات و معاملات و یا سیاسات - جریان دارد تخصیص اکثر لازم می آید؟ بدین معنی که اگر مؤدای آیه شریفه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ...» نفی هر حکمی باشد که بر اثر عوارض خارجی معنون به عنوان حرج است این معنی نزد عقلا مستهجن است؛ زیرا بالضروره اگر در بسیاری از احکام (یعنی در ابواب مختلفه مانند جهاد و حج و ضمانات و زکات و خمس و عدم جواز فرار از زحف و صوم و غیر ذلك) که بر عموم مکلفین حرج است همه را تخصیص بزنیم، تخصیص اکثر لازم می آید.

در پاسخ می‌گوییم این نحو واجبات و محرمات به طور همیشگی و دائمی و بر طبق مصالح و مفاسد معنون به عنوان

حرجند و بنابراین، علت جعل و تشریح آنها ملازمه با حرج دارد و چون چنین است تخصصاً خارج از بحثند نه تخصیصاً. اما آنچه نزد عقلا مستهجن است تخصیص اکثر است و این احکام اصلاً از ما نحن فیه موضوعاً و تخصصاً خارجند.

2. وجه تقدیم قاعده لا حرج بر ادله اولیه، حکومت واقعیه است در جانب محمول - عقد الحمل - تضييقاً. از آن جهت که دین اسلام مجموعه قوانین و احکام شرعیه اعم از تکلیفیه و وضعیه است و در صورتی که خداوند سبحان نفی هر گونه حکم حرجی را در حیطة قانونی قرار می دهد، معنی آن این است که در عالم اعتبار تشریحی هیچ گونه حکم حرجی جعل و تشریح نشده است. قهراً لازمه این امر لبا تقیید اطلاعات و تخصیص عمومات ادله اولیه است به ماعدای

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 371

احکام حرجیه، نظیر قاعده لا ضرر. بنابراین هر حکمی که از طرف شارع مقدس تشریح می شود اگر در بعضی از حالات بر اثر عوارض خارجی مستلزم حرج باشد حکم مزبور - با توجه به حرج به موجب «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» - از صفحه تشریح مرفوع است.

3. در تعارض قاعده لا حرج و قاعده سلطنت باید گفت که بی شك قاعده سلطنت جزء آرای محموده و تأدیبات صلاحیه و از قسم قضایای مشهوره است.

بنابراین شارع مقدس که خود رئیس العقلاست به این سلطنت اعتبار می بخشد و این سلطنت اعتباریه را جهت مالکان اعتبار می کند و در صورتی که سلطنت اعتباریه يك مالك مستلزم حرج برای شخص دیگری باشد، به موجب قاعده لا حرج مورد نفی قرار می گیرد، بدین معنی

که شارع مقدس در این مورد سلطنت را اعتبار نمی بخشد، زیرا لازمه اعتبار بخشیدن سلطنت مستلزم حرج و مشقت است در حالی که این معنی مرفوع است. در نتیجه عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» مخصوص است به ماعدای احکامی که به عنوان حرج معنون هستند.

اکنون اگر حکم به عدم سلطنت مالک و ترک تصرف وی از مال خودش موجب عسر و حرج برای او باشد، جریان قاعده لا حرج نسبت به مالک و شخص دیگر با هم تعارض یا تراحم پیدا می کنند و در صورت اول تساقط می کنند و قهرا مرجع همان قاعده سلطنت می شود که بلا معارض است «1» و نتیجتاً مالک در مال

(1) این معنی مبتنی بر این است که در مورد تعارض دو دلیل - و سرانجام تساقط آنها - دلیل محکوم یکی از متعارضین، پس از سقوط دلیل حاکم زنده می شود و فعلیت می یابد، بر خلاف قائلان به این مطلب، در مورد تعارض دلیل حاکم و محکوم هر دو با دلیل آخر معارضه می کنند و در صورت تساقط، هر دو دلیل

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 372

خود تصرف می کند. اگر جریان قاعده لا حرج در دو طرف از قبیل متزاحمین باشد، طبق مرجحات باب تراحم، قاعده لا حرج در یک طرف جاری می شود.

اکنون باید دید آیا جریان قاعده لا حرج در دو طرف از قبیل متعارضین است یا متزاحمین؟

شک نیست در صورت جریان قاعده لا حرج نسبت به اجنبی قاعده سلطنت نسبت به مالک مقید می شود و اگر حکم به عدم سلطنت مالک برای خود وی حرجی باشد قهرا حرج مالک معلول قاعده لا حرج است در طرف اجنبی و لازمه

جریان قاعده لا حرج در طرف مالك عدم تقیید قاعده سلطنت است نسبت به وی و این معنی بی اثر کردن قاعده لا حرج نسبت به اجنبی است که لازمه آن لغویت است. نیز از جریان قاعده لا حرج نسبت به اجنبی عدم جریان لازم می آید (یلزم من وجوده عدمه) که خلف است.

بنابراین، هر جا که جریان قاعده لا حرج نسبت به اجنبی مستلزم حرج مالك شود، قاعده لا حرج نسبت به اجنبی مجری ندارد و نتیجتاً قاعده سلطنت نسبت به مالك جاری و غیر مقید است.

اکنون با این بیان - که تا کنون مورد بحث قرار نگرفته است - مشخص می شود که مورد نه از باب تعارض است و نه از باب تراحم. از باب تعارض نیست؛ زیرا قاعده لا حرج در يك طرف مجری ندارد و بنابراین موضوع تعارض از میان می رود و از باب تراحم نیست، چون در باب متزاحمین شرط است که هر

- حاکم و محکوم ساقط می شود و بنابراین مجالی جهت جریان قاعده سلطنت نمی ماند، تفصیل این دو مبنی در اصول، مذکور است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 373

دو مجعول و دارای ملاك باشند و در مقام امثال، قدرت بر جمع آنها نباشد و قدرت موجود باید صرف يك فرد شود. معلوم است که قاعده لا حرج در طرف اجنبی نه مجعول است و نه دارای ملاك؛ بنابراین از باب تراحم هم نمی تواند باشد. این معنی عیناً در قاعده لا ضرر هم می آید. چنانچه سلطنت مالك بر مال خود مستلزم ضرر بر غیر باشد، به مقتضای قاعده لا ضرر نفی سلطنت و ترك تصرف مالك است از مال خود. اما

اگر این معنی از برای مالک حرجی باشد، آیا قاعده لا ضرر با قاعده لا حرج تعارض و سرانجام تساقط می کنند و قهراً مرجع قاعده سلطنت می شود یا آنکه قاعده لا ضرر در طرف اجنبی جاری نمی شود؟

همان طوری که پیشتر گذشت، در هر مورد اگر جریان قاعده لا ضرر و لا حرج نسبت به اجنبی مستلزم ضرر یا حرج بر مالک باشد، قاعده لا-ضرر و لا-حرج در طرف اجنبی جاری نمی شود و عمومات و اطلاقات اولیه نسبت به مالک پابرجاست؛ بنابراین کسانی که قائل به تعارض این دو قاعده هستند، دلیل متقنی اقامه نمی کنند بلکه برهان بر خلاف آن است.

4 موارد تطبیق قاعده

1. در موردی که زن مستأصل شود و ادامه زوجیت از برای وی موجب عسر و حرج باشد و زوج نیز حاضر به طلاق نباشد چه باید کرد؟

به مقتضای ادله اولیه امر طلاق منحصر در دست زوج است «الطلاق بيد من

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 374

اخذ بالساق» (1) و موثقه ابن بکیر در کافی مذکور است: «عن ابی عبد الله (ع) ... و قضی ان علی الرجل الصداق، و ان ییده الجماع و الطلاق و تلك السنة». لکن با توجه به اینکه ادامه زوجیت از برای زوجه حرجی است، در صورتی که یگانه راه رهایی وی از مشقت و حرج، طلاق باشد؛ به مقتضای قاعده لا حرج انحصار امر طلاق به ید زوج مرفوع است و منفی می شود و حاکم شرع ابتدائاً زوج را اجبار به طلاق می کند و چنانچه نپذیرد حاکم شرع برای جلوگیری از حرج و مشقت خود ایقاع طلاق می کند. (2) بنابراین با استناد به قاعده

لا حرج، شرطیت انحصار امر طلاق در دست زوج ساقط می شود. مضافاً صحیحه ای بصیر بر این معنی دلالت دارد.

قال: سمعت ابا جعفر (ع) يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما. (3)

2. استیجار اعیان مستأجره، اعم از واحد مسکونی یا تجاری یا آموزشی و غیر

(1) مستدرک، کتاب الطلاق، باب 25، از ابواب مقدمات الطلاق؛ الجامع الصغیر، جلد 2، ص 75؛ سنن الدارقطنی، جلد 4، ص 37-38.

(2) با الهام از قاعده لا حرج ماده 1130 قانون مدنی اصلاح و در 1361/6/8 به شرح زیر به تصویب نهایی «مجلس شورای اسلامی» رسید. در مورد زیر زن می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند؛ در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق کند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود.

(3) وسائل الشیعه، الباب الاول من ابواب النفقه، حدیث 1، 2، 3، 4، 5، 6، 12 و 13. از همین باب که در مجموع استفاده می شود در موارد عسر و حرج زوجه حاکم شرع می تواند زوج را اجبار به طلاق کند و الا خود ایقاع طلاق کند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 375

ذلك سبب حدوث حقی از برای مستأجر نمی شود، تا موجر پس از پایان مدت اجاره نتواند ملك خود را تخلیه کند؛ بنابراین پس از پایان مدت اجاره، لازم است مستأجر محل مذکور را تخلیه کند و به مالك تحویل دهد.

چنانچه مستأجر بدون اجازه مالك در محل مزبور بماند غاصب محسوب و يد او يد ضمان است.

اما اگر حكم به تخلیه مستلزم عسر و حرج برای مستأجر- اعم از شخصیت حقیقی یا حقوقی- باشد قهرا آن حكم به موجب قاعده لا حرج منفی و مرفوع می شود؛ مگر اینکه حكم به عدم تخلیه عین مستأجره برای مالك موجب حرج باشد، در این صورت قاعده لا حرج در طرف مستأجر جاری نمی شود. زیرا از جریان قاعده لا حرج در طرف مستأجر، موضوع لا حرج در طرف موجر پدید می آید و جریان لا حرج در طرف موجر موجب بی اثر کردن لا حرج در طرف مستأجر است. بنابراین چنانچه ملتزم بشویم به جریان قاعده لا حرج در طرف مستأجر، از جریان آن عدم جریان لازم می آید، یلزم من وجوده عدمه و این معنی محال است. بنابراین، در این طور موارد ملتزم به عدم جریان قاعده لا حرج می شویم. «1»

(1) ماده 9 و تبصره های قانون روابط مؤجر و مستأجر بر همین اساس تدوین شده است:

ماده 9: در مواردی که دادگاه تخلیه ملك مورد اجاره را به لحاظ كمبود مسكن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض به عسر و حرج مؤجر نباشد، می تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد.

تبصره 1: در مواردی که دادگاه صدور حكم تخلیه اماکن آموزشی را به علت كمبود جای مناسب موجب عسر و حرج تشخیص دهد، دادگاه مكلف است تا رفع عسر و حرج به مدت پنج سال از صدور حكم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم الاجراست.

تبصره 2: شورای عالی قضایی مكلف است در اولین فرصت دادگاههای ویژه ای را تشکیل داده

3. در مورد اتیان عباداتی که مستلزم عسر و حرج و مشقت است، مانند غسل و یا وضو در سرمای شدید، به مقتضای قاعده لا حرج طهارت مائیه در این طور موارد منفی و مرفوع است و قهرا منتقل به تیمم می شود. ولی در صورت تحمل مشقت و حرج آیا عبادات ماتی بها دارای ملاک و مجزی است و موجب سقوط امر است یا نه؟ بزرگان در این مسأله مبانی مختلفی اختیار کرده اند:

روش اول: نظر مرحوم والد- قدس سره- صحت عبادات ماتی بها در صورت تحمل مشقت و حرج است؛ زیرا قاعده لا حرج يك حكم امتنانی است و شارع مقدس امتنانا تکلیف حرجی را منفی و مرفوع اعلام کرده است. بنابراین فعل انجام یافته واجد ملاک و مصلحت است و حکم به بطلان آن خلاف امتنان است، بلکه عبادت ماتی بها آکد است در عبودیت و بندگی «افضل الاعمال احمزها»؛ یعنی هر چه عبادات در مقام ادا دارای مشقت و سختی باشد، افضل است. (1)

روش دوم: مرحوم میرزای نائینی (ره) ملتزم به بطلان عبادات شده است، همانند عبادات معنونه به عنوان ضرر، از آن جهت که لسان هر دو قاعده- لا ضرر و لا حرج- یکی است و عبارت است از تقييد مطلقات و تخصيص عمومات.

بنابراین در هر دو قاعده حکم واقعی منفی و مرفوع است؛ لکن به نظر مرحوم والد- قدس سره- این معنی درست نیست؛ زیرا قیاس قاعده لا حرج به قاعده لا ضرر درست نیست، چون در باب لا ضرر فعلی که معنون به عنوان ضرر است

دادگاه یا اداره ثبت صادر شده و هنوز اجرا نشده است مورد تجدید نظر قرار دهد و چنانچه تخلیه منزل مستلزم عسر و حرج برای مستأجر باشد آن حکم را متوقف سازد.

(1) القواعد الفقهیه، جلد 1، ص 219-223.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 377

منهی و حرام است و بالضرورة امر حرام که ذو المفسده است با عبادت جمع نمی شود. آنچه مبعود است نمی تواند مقرب باشد به خلاف باب حرج که فعل حرجی متلون به لون حرمت نمی شود و قهرا مبعود نیست و صلاحیت تقرب به خداوند سبحان را دارد و اگر فعل حرجی مقرون به قصد قربت باشد لون عبادت به خود می گیرد و واجد ملاک و مصلحت می شود. چنانچه گفته شود بطلان عبادت مستند به عدم امر است، زیرا در صورت جریان قاعده لا حرج عبادت معنون به عنوان حرج، از عالم تشریح مرفوع است.

پاسخ می گوئیم که در جای خود ثابت شده است که در مقام اتیان عبادات، قصد ملاک به تنهایی کفایت می کند و نیازی به قصد امر نیست؛ البته اگر قائل به بقاء ملاک و مصلحت باشیم.

4. در مورد اتیان حج که مستلزم عسر و حرج باشد چنانچه استطاعت در ابعاد ثلاثه موجود گردد و موضوع حرج در عام الاستطاعت پدید آید به مقتضای قاعده لا حرج و جواب برداشته می شود و در صورت تحمل مشقت و حرج آیا حج او صحیح است؟ و حجت الاسلام محسوب می شود یا نه؟ تحقیق آن است که حجت الاسلام واقع نمی گردد.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 379

قاعده ید

مقدمه

قاعده ید از قواعد فقهیه معتبری است که مورد قبول

تمامی فقهای اسلام، بل کافه عقلا و مورد استناد ایشان است. در این مقاله پیش از پرداختن به اصل قاعده به عنوان مقدمه، به ذکر دو مطلب می پردازیم:

1) قاعده ید از جمله قواعد فقهیه است و مسأله اصولی نیست. ما فرق میان قاعده فقهیه و مسأله اصولیه را در قاعده من ملک (1) بیان کرده ایم، در اینجا متذکر می شویم که قاعده ید نیز از قواعد فقهیه است؛ زیرا نتیجه بحث در این قاعده که عبارت است از حجیت یا اثبات ملکیت برای ذوالید، کبرای قیاس نیست که حکم شرعی کلی فرعی الهی از آن استنتاج شود؛ بلکه آنچه از حجیت قاعده ید استفاده می شود غیر از ملکیت شخصیه یا مشابه آن از امور جزئیّه برای کسانی

(1) قواعد فقهیه، ص 11.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 380

است که بر آن اعیان ید دارند. بنابراین، قاعده ید يك قاعده فقهی است که فقیه از ادله تفصیلیه استنباط می کند و به حجیت ید حکم می نماید. مثلاً فقیه در مقام فتوی حکم می کند که آنچه در تحت ید اشخاص است، دارای عنوان مالکیت است؛ به این معنی که در مقام تطبیق کبری بر مصادیق جزئیّه فرقی میان مقلد و مجتهد جامع شرایط نیست و همگان در موارد فراوان قاعده ید را تطبیق می کنند؛ یعنی هر جا که می خواهند معامله ای انجام دهند و شك کنند که طرف معامله مالك است یا نه وقتی طرف را ذوالید شناختند قاعده ید را جاری می کنند.

(2) در مرحله بعد باید دید که مراد از کلمه ید چیست؟ بحث ما در اینجا بحث لغوی نیست، آنچه اهمیت دارد و منشأ

اثر است، بحث از مراد و مفهوم عرفی ید در این قاعده می باشد. با مراجعه به ظاهر کلمات بزرگان ملاحظه می شود که مفهوم ید در قاعده ید همان استیلاء در سلطه و سیطره خارجی است به گونه ای که ذوالید زمام تمام امور تحت ید خود را در دست دارد و قادر به هر گونه تصرفی در آن خواهد بود. البته مقصود از تصرف، تصرفی است که عقلا در مقام دادوستد بدان اقدام می کنند. بنابراین هنگامی گفته می شود این شخص ذوالید است که عرف و عقلا وی را واجد سیطره و استیلاهی خارجی بر عین بدانند.

اگر گفته شود که تعریف ما از ید معلول مالکیت است چه در نواقل شرعیه اختیاریه مانند ابواب معاوضات چه در نواقل قهریه مانند ابواب ارث یا در باب حیازت مباحات با قصد تملك و بنابراین اماره مالکیت نیست و به کار اثبات مدعای ما نمی آید.

در پاسخ می گوئیم که آنچه عرف از ید می فهمد همین سیطره خارجی و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 381

استیلاء و سلطه خارجی است و این امر خارجی تابع مبادی خارجی خود خواهد بود، به طوری که در هر علت و معلولی تا مقتضی و شرایط و عدم المانع موجود نشود آن معلول و مسبب در خارج موجود نمی شود. در این ید که گفته می شود ملکیت اعتباریه اثری در آن ندارد؛ یعنی آنچه عرف و عقلا از آن انتزاع ملکیت و اعتبار مالکیت می کند و آن را اماره مالکیت می داند، همان استیلاء و سلطه خارجی بر عین است و صرف مالکیت اعتباریه نمی تواند علت برای این سلطه خارجی باشد. بنابراین شبه ای که

بیان می شود صحیح نیست که بگوییم مسبب است از برای ملکیت. البته در باب ملکیت این معنی هنگامی به کار می آید که سلطه و سیطره خارجی مقرون به ملکیت اعتباریه و برای مثال، ید او ید امانی و ید مأذونه باشد (یا مأذون من قبل الله یا من قبل المالك)؛ اما اگر این ید یعنی سلطه و سیطره خارجی مقرون به ملکیت اعتباریه یا هر اذن خارجی نباشد، قهرا یدش غیر مأذونه و عدوانی شمرده می شود و این امر در فقه آثاری دارد حتی در موارد ودعی یا مستأجر یا مستعیر و وکیل چنانچه صاحب ید بودند (مثلا در عین مستأجره) ید آنها ید مودع و موجر و معیر و موکل شمرده می شود؛ یعنی یدشان ید کسانی است که به آنها اذن در تصرف داده اند (ید مأذونه من قبل المالك).

خلاصه کلام آنکه مقصود ما از ید، همان سیطره و سلطه و استیلای خارجی است و ارتباطی با اعتبار ملکیت در عالم اعتبار به هر نحو که باشد ندارد. اگر ما با چنین سیطره و سلطه و استیلای خارجی مواجه شدیم آن را اماره برای مالکیت ذوالید لما فی تحت یده می دانیم.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 382

1 مستندات و مدارك قاعدة

الف. روایات

1) روایات حفص بن غیاث که در کتابهای کافی و تهذیب و من لا یحضره الفقیه نقل شده است:

عن أبي عبد الله (ع) قال: أرايت اذا رأيت شيئا في يد رجل أيجوز لي أن اشهد انه له؟ قال (ع) نعم فقال الرجل: اشهد أنه في يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال ابو عبد الله (ع) أفيحل الشراء منه؟ قال نعم.

فقال أبو عبد الله فلعله لغيره فمن اين لك جاز أن تشتريه و تصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك هو لي و تحلف عليه؟ و لا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك! ثم قال أبو عبد الله (ع) لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق.

روایت بر این مطلب دلالت صریح دارد که اگر کسی نسبت به چیزی ذو الید باشد باید آثار ملکیت را بر آن بار کرد و تشکیک در ملکیت آن نکرد. حضرت می فرماید به همان ملاک که آن شیء را می خرید و سپس خود را مالک آن می دانید و به همان ملاک که در مالکیت خود تشکیک نمی کنید، اگر ذو الیدی را دیدید که نسبت به یک شیء دارای ید است می توانید شهادت دهید که این ذو الید مالک عین تحت ید خویش است، سپس امام (ع) در پایان روایت علتی را عنوان می فرمایند که «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» یعنی اگر بنا باشد نسبت به مالکیت هر ذو الیدی تشکیک کنیم و بگوییم که احتمال دارد مالی که در دست اوست مال او نباشد، اختلال نظام لازم می آید و هرج و مرج می شود و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 383

اوضاع بازارها بر هم می خورد.

(2) روایت دوم از حضرت صادق (ع) است در حدیث فدک:

إن مولانا امیر المؤمنین (ع) قال لأبي بكر أتحكم فينا بخلاف حكم الله تعالى في المسلمين؟ قال لا، قال: فان كان في يد المسلمين شيء يملكون ادّعت أنا فيه من تسأل البيئته؟ قال إياك كنت أسأل البيئته على ما تدعيه على المسلمين، قال (ع): فإذا

كان في يدي شيء فادعى فيه المسلمون تسألني البينة على ما في يدي وقد ملكته في حياة رسول الله (ص) وبعده ولم تسأل علي ما ادعوا كما سألتني ما ادعيت عليهم، ... الى أن قال: وقد قال رسول الله (ص) البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

این روایت که از روایات معتبر است، احتجاج در مسأله فديک است. هنگامی که مدعی شدند فديک فیء مسلمین است و بنابراین شما مالک آن نیستید، امیر المؤمنین (ع) با أبو بکر به بحث استدلالی پرداخت و خطاب به أبو بکر فرمود:

اگر چیزی در دست مسلمانان بود و من ادعا کردم که این چیز از آن من است در مقام خصومت و دعوی از چه کسی مطالبه بینه می کنی؟
أبو بکر گفت از شما چون مدعی هستید و آنها ذوالید. حضرت فرمود:

فديک در زمان رسول خدا (ص) در دست ما بود و پس از آن نیز در دست ما بود. حالا اگر شما مدعی هستید که این فديک مال مسلمین است و فیء است، اینجا بینه با کیست؟ بینه با شماست! چون من ذوالید هستم. در پایان حضرت استدلال می کنند که پیامبر اکرم (ص) فرمود که: «البينة على من ادعى واليمين على من انكر».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 384

(3) روایت دیگر، روایت مسعدة بن صدقة است:

عن ابی عبد الله (ع) قال: سمعته يقول كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه. فتدعه من قبل نفسك و ذلك مثل الثوب عليك قد اشتريته و هو سرقة و المملوك عندك لعله حر باع نفسه أو خدع فبيع قهرا

و امرأة تحتك و هي اختك او رضيعتك، و الاشیاء كلها علی هذا حتی یستین لك غیر هذا أو تقوم به البینه.

مسعدة بن صدقة عامی است و از حیث کتب رجال اعتبار ندارد، اما چون روایت مذکور مورد عمل تمامی اصحاب قرار گرفته است ضعف روایت به عمل اصحاب جبر می شود. این روایت دلالت صریح دارد بر اینکه اگر انسان چیزی را در ید کسی دید باید آثار ملکیت را بر آن بار کند لهذا می بینیم که این شیء خرید و فروش می شود. امام (ع) مسأله را در مسائل باب نکاح نیز به کار می برند و با مسائل دیگر هم تطبیق می کنند و در پایان يك ضابطه کلی به دست می دهند و می فرمایند «و الاشیاء كلها علی هذا» مگر آنکه بینه ای بر خلاف بیاید یا علم به خلاف پیدا شود.

4) روایت چهارم موثقه یونس بن یعقوب است که می فرماید:

فی المرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة قال (ع): ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجال فهو للرجل و ما كان من متاع الرجل و النساء فهو بينهما و من استولى علی شیء منه فهو له.

این روایت دلالت دارد بر اینکه اثاثه مربوط به زن، چون زن ذوالید در آن است، اماره است بر اینکه در ملکیت اوست و اثاثه مربوط به مرد نیز چون مرد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 385

ذوالید است اختصاص به وی دارد و اثاثه ای که هر دو در آن ذوالید هستند مشترك بین آنهاست. بنابراین صرف استیلاء و سلطه و سیطره خارجییه برای يك شیء نزد عرف و عقلا حامل

آثار مالکیت است. حضرت نیز بر حسب این روایت آثار مذکور را تنفیذ کرده اند.

ب. اجماع فقها

اجماع فقهای عظام، بل تسالم اصحاب بر حجیت قاعده ید می باشد و این معنی مورد اتفاق همه است و مخالفی در مسأله وجود ندارد. لکن اگر بخواهیم مدرک حجیت این قاعده را مستند کنیم به اجماع «بما هو اجماع» باید توجه داشته باشیم که در جای خود ثابت شده است که اجماع یکی از ادله اربعه نیست، بلکه اجماع محقق سنت است با قیود و شرایط. از این رو در اجماع محصل شرط شده است که حجیتش به اعتبار کاشفیت از رأی معصوم (ع) است؛ یعنی باید کشف قطعی شود که مجمعین حکم را از معصوم (ع) تلقی کرده اند و این در جایی خواهد بود که دلیلی اعم از عقلی و نقلی بر وفق مجمعین نباشد. چون اگر دلیلی بر وفق بود، احتمال می دهیم که آنها به این روایت استناد کرده اند و در این حال قول معصوم (ع) را نمی توان کشف قطعی کرد. باید به سراغ آن دلیل برویم و ببینیم خود ما چه استفاده و استنباطی از آن دلیل می کنیم.

ج. بنای عقلا

عقلای تمام ملل در تمامی اعصار و امصار به این قاعده استناد کرده اند و ید را

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 386

اماره برای ملکیت دانسته اند. این سیره، سیره ای مستمره و به تعبیر دیگر جزء آرای محموده است؛ یعنی اگر مسأله ای مورد اتفاق تمامی عقلا «بما هم عقلا» بود و در همه اعصار و امصار به مسأله ای عمل کردند و مخالفی در مسأله نبود، این مسأله جزء قضایای مشهورات شمرده می شود. شیخ الرئیس ابوعلی سینا در کتاب اشارات از این امور به آرای محموده و تأدیبات صلاحیه تعبیر می کند.

شارع مقدس نیز

که خود خالق عقلاست و فطرت آنها را حاکم در درك عقلائی آنها قرار داده است با توجه به اینکه فطرت آنها مراد می باشد، به اراده تکوینیۀ خداوند سبحان: فَأَقِّمِ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفاً فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا... «1» از يك حکم عقلائی مسلم تخطی نمی کند، بلکه در مسیر فطرت آنها گام می نهد و روایات هم نشان می دهد که شارع مقدس با این عقلا متحد المسلك است؛ به همین جهت، بنای عقلا نیز دلیلی متضمن بر حجیت این قاعده است.

2 میزان دلالت قاعده و موارد تطبیق آن

پس از آنکه روشن شد ید، اماره مالکیت است؛ میان بزرگان در خصوص مقدار سعه دلالت قاعده خلاف و اختلاف است. آنچه ما در حجیت ید قائلیم، حجیت آن نسبت به ملکیت اعیان متموله است که اگر عین مورد نظر فی حد نفسه قابل انتقال باشد، بدون نیاز به مجوز نقل و انتقال (نه مانند مثلا اعیان

(1) الروم (30): 30 «پس تو ای رسول (با همه پیروانت) مستقیم روی به جانب آیین پاک اسلام آور و پیوسته از طریقۀ دین خدا که فطرت خلق را بر آن آفریده است، پیروی کن».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 387

موقوفه یا اراضی مفتوحه العنوة عامرة حال الفتح- که نقلشان جائز نیست- یا حال ید در آنجا مشخص است؛ مثل لقطه، اجاره، عاریه و یا ودیعه که خود ذو الید نیز منکر این معنی نیست که یدش ید مآذونه یا ید امانت مالکیت و یا امانت شرعیه است) و اگر خود ذو الید نیز مدعی همین معنی بود، حجیت چنین یدی از مسلمات است و مخالفی در مسأله وجود ندارد. اما اگر مسأله

به این صورت باشد که ذو الید نیز شك کند که آنچه تحت ید اوست ملك وى یا ملك غير مى باشد؛ لازمه حجیت ید در این صورت آن است که ذو الید برای خودش اثبات ملکیت کند. چون وقتی گفتیم که ملکیت معلول ید و ید اماره از برای مالکیت است، اکنون که وى خود را ذو الید می داند و در عین حال شك در ملکیت می کند، این امر (یعنی ید) اماره است برای اینکه خود او مالك است. پس فرقی در جریان قاعده نیست میان آنکه خود ذو الید آن را نسبت به خود جاری کند یا دیگری این قاعده را نسبت به وى جاری کند؛ ملاك و مناط در هر دو یکی است و آن ذو الید بودن است. البته جای بحث است خود شخص که در مالکیت خود تشکیک می کند نمی تواند قاعده ید را نسبت به خود جاری کند و بنای عقلا در خصوص دیگران نسبت به ذو الید این قاعده را جاری می کنند. بنابراین باید به اصول عملیه مانند استصحاب عمل کند. موارد بحث و خلاف در امور زیر است:

الف. اگر حال حدوث ید معلوم العنوان باشد و مشخص باشد که ید، ید عاریه یا امانت مالکیت و یا امانت شرعیه است، مرحوم میرزای نائینی (ره) می فرماید که در این موارد استصحاب بر ید حکومت دارد؛ یعنی استصحاب حال الید از اینکه این ید عادی یا ید امانی است، بر نفس ید حکومت دارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 388

اگر گفته شود که هم اکنون بیان شد که ید از امارات و از طرق است (و بیان خواهد

شد که امارات و طرق بر اصول تنزیلیه حکومت دارد، چه استصحاب باشد یا غیر آن) در این صورت چگونه می توانیم بگوییم که استصحاب بر قاعده ید حکومت دارد؟ جواب چنین می شود که این امر در جایی است که قاعده ید جاری و موضوع قاعده ید محرز شود. در اینجا موضوع آن است که این ید مجهولة العنوان و مشکوک الحال است؛ یعنی نمی دانیم این ید، ید مالکی است یا ید مأذونه یا ید امانی؛ اما استصحاب مالکیت این جهل را تعبدا برمی دارد «لا تنقض الیقین بالشک» یعنی باید بنا را بر این گذاشت که ید معلوم الحال است و هنگامی که ید معلوم الحال شد نمی توان با قاعده ید اثبات ملکیت کرد، چون برای قاعده موضوعی نمی ماند تا جریان پیدا کند و سپس بحث تعارض آن با استصحاب و حکومت آن بر استصحاب مطرح می شود.

به تعبیر دیگر، استصحاب حال ید موضوع قاعده ید را (که عبارت است از شك در مجهول بودن این امر و اینکه آیا این ید عدوانی است یا مأذون و امانی) برمی دارد، زیرا اگر جهل باقی باشد مسلما موضوع است از برای قاعده ید و این قاعده جاری می شود و از اصول، معارضی نخواهد داشت؛ اما اگر تعبدا جهل برداشته شد دیگر موضوع از برای جریان قاعده نمی ماند و گفته می شود استصحاب حال ید حکومت بر قاعده ید دارد. بنابراین، در مواردی که حال حدوث ید معلوم العنوان باشد پس از شك نمی توان به قاعده ید تمسک داشت و حکم به ملکیت کرد؛ بلکه در این موارد استصحاب حال ید جاری می شود و مجالی برای جریان قاعده ید باقی نمی گذارد.

قواعد

لکن مرحوم آقا ضیاء الدین عراقی (ره) بر این بیان اشکال می کند و می فرماید:

چنانچه جهل به حالت سابقه ید موضوع باشد از برای جریان قاعده ید لازم می آید که قاعده ید اصل عملی باشد، به جهت اینکه در اصول ثابت شده است فرق بین اصل عملی و اماره به این است که موضوع اصول عملیه «أیها الشاک» است به خلاف امارات و طرق؛ البته جهل به واقع مورد قاعده است، زیرا اینکه در مورد علم چه بر وفاق یا بر خلاف، موضعی از برای اماره نمی ماند. به جهت اینکه در صورت وفاق نه تنها تحصیل حاصل لازم می آید؛ بلکه اراده آن تحصیل ما هو حاصل بالتکونین بالتعبد و در صورت استصحاب حال ید موضوع اماره باقی است و تعبد برداشته نمی شود. به تعبیر دیگر، با جریان استصحاب تعبد برداشته نمی شود؛ بلکه از حیث جری عملی تنزیل مشکوک به منزله متیقن می شود و قهراً محکوم قاعده خواهد بود. البته در این موارد قاعده ید جاری نمی شود؛ نه از باب محکومیت قاعده ید به استصحاب حال الید، بلکه از باب عدم شمول بنای عقلاً نسبت به این موارد.

ب. چنانچه کسی در مقابل ذو الید ادعای ملکیت همین شیء مورد ید را کرد، مسأله به چه ترتیب حل می شود؟ در اینجا صورت اول صوری است: گاه شخص بینه ای برای مدعای خود دارد؛ در این صورت مسلماً مالی که تحت ید مدعی علیه است به مدعی برگردانده می شود، چون در اینجا بینه مقدم بر ید است. گاه طرف بینه ندارد، اما ذو الید اقرار دارد که شیء مورد نظر مال مدعی است.

در اینجا نیز از باب «اقرار العقلاء علی انفسهم نافذ» گفته می شود که مال به مدعی داده شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 390

صورت دیگر آن است که ذوالید اقرار می کند که مال از آن مدعی است اما می گوید که این مال بعداً توسط یک ناقل شرعی (هبه، تملک، ارث و...) به وی منتقل شده است. در این صورت دعوی منقلب می شود؛ یعنی ذوالید مدعی می شود و مدعی ابتدایی هم عنوان منکر پیدا می کند و مسأله وارد باب مدعی و منکر می شود که یک طرف باید بینه بیاورد و دیگری قسم بخورد و دعوی به این ترتیب خاتمه پیدا کند. مطلب قابل ذکر آن است که آیا به طرف اقرار ذوالید که این مال قبلاً مال این شخص بود و بعداً توسط یک ناقل شرعی به من منتقل شد، «مقر» را از حال ذوالید بودن درمی آورد و یا اینکه ذوالید بودن با این امر که «مقر له» قبلاً مالک بوده است، منافات ندارد؟

اکثر کسانی که ذوالید هستند اشیاء و اموالشان از ازل تحت ید آنها نبوده است، بلکه به یکی از نواقل شرعی - اختیاری یا قهری - اشیاء به آنها منتقل شده است و فعلاً ذوالید هستند و ملاک ما نیز ذوالید بودن فعلی است، ذوالید بودن هم اماره است برای ملکیت و مالکیت شخص؛ بنابراین چرا باید ذوالید را در این حالت مدعی دانست؟ باید گفت به صرف اقرار، دعوی منقلب نمی شود و ذوالید همچنان منکر به شمار می آید و طرف مقابل باید بینه بیاورد.

اگر گفته شود پس از اقرار به

اینکه مال مورد بحث قبلاً مال دیگری بوده است، استصحاب عدم انتقال موضوع قاعده ید را از بین می برد و دیگر نمی توان به قاعده ید تمسک کرد، زیرا استصحاب عدم انتقال با قاعده ید جمع نمی شود و سبب می شود که ید اماریت نداشته باشد، در نتیجه تعبد می کنیم که مال به وی منتقل نشده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 391

پاسخی که می توان داد این است که نهایت دلالت استصحاب، عدم انتقال معارضه آن با قاعده ید است. مؤدای شك در انتقال یا عدم انتقال مال به ذوالید این است که استصحاب عدم انتقال جاری شود و لازمه استصحاب عدم انتقال تا این زمان، آن خواهد بود که مقرر ذوالید مالک نیست؛ اما لازمه جریان قاعده ید آن است که ذوالید مالک است. پس استصحاب عدم انتقال و قاعده ید تعارض پیدا می کنند، اما همان طور که گفتیم قاعده ید اماره است و امارات بر اصول تنزیلیه و از جمله استصحاب حکومت دارند؛ مضافاً اینکه لازمه عقلی استصحاب عدم انتقال، مالک نبودن مقرر ذوالید است و این معنی مؤدای خود استصحاب نیست، لازمه عقلی آن است و مثبتات اصول حجت نیست. بنابراین بر استصحاب مورد بحث دو اشکال وارد است: یکی مثبت بودن و دیگر معارضه با اقوی، بدین ترتیب محکوم قاعده ید است.

ج. مسأله دیگر مورد بحث آن است که آیا حجیت قاعده ید، مخصوص به اعیان متموله است یا قاعده ید نسبت به منافع نیز جاری می شود؟ به تعبیر دیگر، يك وقت قاعده ید را نسبت به اعیان جاری می کنیم و گاه در صددم که آن را

بر منافع اعیان هم ساری بدانیم. برای مثال همان طور که می دانیم اجاره عبارت از تملیک منفعت به عوض معلوم است. مستأجر بر عین مستأجره ید دارد، آیا در مورد منافع اعیان هم می توان قاعده ید را ساری دانست؟ علت اختلاف آن است که منفعت نسبت به آینده امری معدوم است و غالباً نیز منافع از امور غیر قاره است؛ یعنی تا جزء قبلی معدوم نشود، جزء بعدی موجود نمی شود. بنابراین امکان وقوع استقلالی آن تحت ید ممکن نیست؛ زیرا ید را به سیطره و استیلائی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 392

خارجی معنی کردیم و اعیان هستند که می توانند تحت سیطره و استیلاء باشند و منافع همراه با اعیان تحت ید است نه اینکه منافع به استقلال چنین باشند. نسبت منافع به اعیان مثل نسبت اعراض است به جواهر؛ بنابراین در عالم خارج دو شکل استیلاء نداریم یکی بر اعیان و دیگری بر منافع. اکنون باید دید دلیل بر اعتبار این ید تبعی چیست؟

اگر مدارك روایاتی باشد که در ابتدای بحث بدانها استناد کردیم دلالت آنها در خصوص کسی که مالك عین نیست دشوار و اثبات ید مشکل است؛ زیرا اغلب روایات وارده نسبت به اعیان تحت ید اشخاص است و تسری آن به منافع خروج از مورد روایات خواهد بود. بنابراین به جز ذیل موثقه یونس بن یعقوب در این خصوص دلالتی نداریم. در این روایت امام (ع) فرموده اند: «و من استولی علی شیء منه فهو له» اگر کسی استیلاء بر شیء داشت، آن شیء مال اوست.

شیء هم مفهوم عامی است اعم از عین و منفعت. اما اگر مدرك بنای عقلا

باشد (که عمده مدرک در این قاعده نیز همین است و روایات، امضای بنای عقلاست) در این صورت بنای عقلا قائل به تفصیل است و می گوید اگر ذو الید مالک عین بود، ید هم اماره است برای ملکیت عین و هم اماره است از برای ملکیت منافع؛ اما اگر عقلا بدانند که ذو الید مالک عین نیست بنایشان بر این نیست که بگویند صرف ذو الید بودن اماره برای ملکیت منافع است. در نتیجه باید قائل به تفصیل میان عین و منافع شد. لکن به نظر می رسد ید اماره بر ملکیت عین و منافع است و چنانچه ذو الید اقرار بر عدم مالکیت عین داشته باشد و نسبت به منافع اقرار نداشته باشد اماریت ید نسبت به منافع محفوظ است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 393

د. مسأله دیگر آن است که آیا قاعده ید نسبت به حقوق نیز جاری می شود یا نه؟ مقصود از حقوق، حقوق متعلقه به اعیان مانند حق الرهانه و حق التولیه و حقوق غیر متموله مانند: حق الاختصاص متعلق به عذر و خمر و میته است. این حقوق به گونه ای هستند که ابتدا تحت ید در نمی آید؛ بلکه به تبع عین تحت ید واقع می شوند. در این باب نیز همان بحث مربوط به منافع مطرح می شود؛ با این فرق که حق ید امر اعتباری است و عقلا یا شارع مقدس آنها را اعتبار بخشیده اند و از آثارش قابل اسقاط بودنش است. اما منفعت از امور واقعیه و از محمولات بالضمائم است. بنابراین تفصیلی که در باب منافع قائل شدیم، به طریق اولی در اینجا نیز قائلیم و در صورتی

که بنا بر حجیت آن باشد این حجیت مخصوص به ید اجنبی است نه نسبت به ید مالک و دلیلی ندارد اعتبارش را نسبت به اجنبی، روایات و اجماع بدانیم. اما اگر مدرک حجیت قاعده ید بنای عقلا و سیره آنها باشد، علی الظاهر در صورتی که مدعی مالک عین نباشد، بنای ایشان بر ثبوت این حقوق است.

ه. مسأله بعد جریان یا عدم جریان قاعده ید نسبت به نسب و اعراض است؛ اگر خصومت و نزاع بین دو نفر در خصوص آن باشد که هر یک از دو نفر مدعی شود که زنی همسر اوست و این زن در خانه یکی از آنها باشد و یا مدعی بچه ای شوند و این بچه در خانه یکی از آنها باشد و آن شخص نیز با زن یا بچه مورد نزاع که در خانه اش هست رفتار زوجیت یا ابوت می کند، آیا در این موارد باید گفت که قاعده ید جاری می شود و قاعده ید اماره است و زن و بچه، زن و بچه کسی هستند که در خانه او به سر می برند؟ اگر مدرک قاعده را بنای عقلا بگیریم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 394

- که ما قائل به آن هستیم - باید بگوییم که در این موارد بنای عقلا بر اماریت ید است و ظن حاصل از ید در این مقام، اقوای از ظن حاصل در باب املاک خواهد بود؛ بنابراین اماریتش در این باب بیش از باب املاک است. اما اگر مدرک قاعده ید را روایات و اجماع بدانیم مشکل می شود گفت که روایات و اجماع این موارد را هم در بر می گیرد. به هر

حال چون ما مدعی هستیم که روایات وارده بنای عقلا را امضا کرده اند و عمده دلیل ما هم بنای عقلاست، بنابراین در مورد اعراض و نسب نیز قاعده ید جاری می شود. البته اگر زن مقرر به این معنی باشد.

و. مسأله دیگر آن است که آیا ید مسلم در باب لحوم، اماره تذکیه و حلّیت است یا نه؟ بی شک در قاعده سوق، سوق مسلمانان و ید آنها را اماره از برای تذکیه در حلّیت می داند. در بحث از قاعده سوق نیز روایات و تسالم اصحاب وجود دارد. حتی بعضی گفته اند سوق «اماره علی الامارة» است یعنی آنچه، اولاً و بالذات اماریت دارد همان ید مسلم است، اینکه می گویند سوق مسلم حجت است و از برای تذکیه و حلّیت اماریت دارد به اعتبار بازار مسلمانان و اعتبار ید آنهاست. اگر ید نبود به حسب مقتضای اولی اصالت عدم تذکیه جاری می شد.

اما وقتی اصالت عدم تذکیه معارض می شود باید مسلم؛ یعنی وقتی شك می شود که آیا این لحم مذکی هست یا نه؟ چون ید مسلم اماریت دارد مجالی برای جریان اصالت عدم تذکیه نمی ماند و محکوم قاعده ید می شود. در مورد حلّیت نیز قاعده ید حاکم بر اصالة الحرمة در لحوم است.

ز. مسأله دیگر مسموع بودن یا نبودن قول ذو الید در باب طهارت و نجاست است. مشهور بین فقهای ما- خصوصاً متأخران- آن است که در باب طهارت و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 395

نجاست قول ذو الید مسموع است. حتی صاحب حدائق (ره) در کتاب خود می فرماید «ظاهر الاصحاب الاتفاق علیه». در جایی که می توان استصحاب طهارت جاری کرد، اگر ذو الید اخبار

به نجاست کرد مجالی برای جریان استصحاب طهارت نمی ماند؛ بلکه استصحاب مذکور محکوم به اخبار ذو الید است و اخبار او اماره است. بعضی نیز بر حجیت اخبار ذو الید ادعای اجماع کرده اند اما این اجماع، اجماع اصطلاحی اصولی نیست؛ یعنی اجماع محصلی نیست که بتوان از آن رأی معصوم (ع) را کشف کرد، بلکه روایات و ادله ای بر وفق مجمعین وجود دارد.

بعضی نیز ادعا کرده اند که سیره متشرعه است. اما مستند عمده روایات وارد در این باب مثل صحیحہ معاویة بن عمار، است:

عن الرجل من اهل المعرفة بالحق یا تینی بالبختج و یقول قد طبخ علی الثلث و انا اعرفه انه یشربه علی النصف فاشربه بقوله و هو یشربه علی النصف؟ فقال (ع): لا تشربه، قلت رجل من غیر اهل المعرفة بمن لا نعرفه انه یشربه علی الثلث و لا یشتره علی النصف یخبران عنده بختجا علی الثلث قد ذهب ثلثاه و بقى ثلثه یشرب منه؟ قال (ع): نعم.

این روایت دلالت و ظهور بر حجیت اخبار ذو الید دارد، و لو اینکه طرف از غیر اهل معرفت به حق و امامی می باشد.

البته دلالت این روایت بر حجیت اخبار ذو الید مبتنی بر آن است که ما به نجاست عصیر عنبی بعد الغلیان و قبل از ذهاب ثلثین قائل باشیم؛ اما اگر گفتیم که عصیر عنبی بعد الغلیان و قبل از ذهاب ثلثین نجس نیست، این روایت در مورد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 396

حجیت اخبار ذو الید نسبت به حلیت و طهارت دلالت نخواهد داشت.

ح. مسأله دیگر آن است که اگر دو نفر در مورد عینی منازعه دارند و در عین حال

ذو الید اقرار می کند که عین مورد نزاع متعلق به یکی از آن دو نفر است با این اقرار شخصی که به نفع او اقرار شده است منکر و طرف دیگرش مدعی می شود و این حکم مسلّم در میان تمامی فقهای عظام است.

نکته ای که باید بدان توجه کرد این است که حجیت اقرار، بنا به قاعده اقرار از برای خود مقرر است نه برای غیر او؛ یعنی وقتی ذو الید به نفع یکی از این دو طرف اقرار می کند در این اقرار دو جهت وجود دارد: یکی آنکه مال تحت ید او، مال او نیست؛ در این جهت اقرار وی نافذ است و بنابراین مال از او گرفته می شود و دیگر اینکه مال، متعلق به یکی از آن دو طرف است. در اینجا به صرف اقرار وی نمی توان اثبات ملکیت برای احد متداعیین کرد.

اما در اینجا می بینیم که نزد فقها مطلب به نحو دیگری مسلّم است. مدرک این امر همان قاعده ید است؛ یعنی، اقرار ذو الید دارای این خصوصیت است که مقرر له را به صورت منکر و طرف مقابل او را به صورت مدعی درآورد؛ در واقع دلیل فتوای مسلّم بین فقها همان بنای عقلاست که اگر ذو الیدی اقرار کند که مالی از آن زید است، ملکیت زید ثابت می شود؛ چه منازعی در کار باشد و چه مدعی در میان نباشد. البته اگر منازعی در میان بود، طرفی که به نفعش اقرار شده است منکر و منازع مقابل، مدعی خواهد بود. این احتمال که حجیت اقرار ذو الید جهت اثبات ملکیت برای یکی از متداعیین بر اساس قاعده من ملک شیئا ملک

الاقرار به مالك بر اقرار این معنی هست نه اقرار به اینکه این مال از آن احد المتنازعين

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 397

است.

ط. مسأله دیگر آن است که اگر ذو الید اقرار کند، آنچه در اختیار اوست مال شخص معنی است و سپس اقرار کند که همان مال از آن شخص دیگری است، با توجه به اینکه يك مال برای دو نفر اقرار شده است راه حل چیست؟ البته این اقرار دارای شقوقی است:

گاه ذو الید در يك کلام ابتدا می گوید که این عین مال زید است و سپس به طور اضراب می گوید که بل «للعمر و» و گاه در يك کلام منفصل این دو اقرار را می کند و زمانی در دو مجلس به هر دو اقرار می پردازد. بی شك پس از اقرار اول مال از ملکیت او خارج می شود و به مقر له متعلق می شود. بنابراین مطابق قاعده اقرار، در هنگام اقرار دوم مالی از آن او نیست تا قابل انتقال به مقر له دوم باشد یا نباشد؛ اما اثری که بر این اقرار مترتب است آن است که اگر مال مورد اقرار مالیت داشته و از مثلیات یا قیمیات باشد، باید مثل یا قیمتش به مقر له دوم داده شود.

ولی عین مال منتقل بر مقر له اول می شود.

این معنی میان فقها مشهور است و حتی ادعای اجماع در مورد آن شده است و بر طبق آن فتوی داده اند. شهید اول (ره) در کتاب دروس می فرماید: در ما نحن فیه علم به انحصار حق داریم نسبت به مقر له اول و یا ثانی و نیز سقوط اماریت ید از برای ملکیت مقر

و در نتیجه مسأله از صغریات باب تداعی و تحالف محسوب می شود. لکن صاحب جواهر (ره) می فرماید به صرف احتمال سهو و غیره منافاتی با تعبد به قول مقرر ندارد، به جهت شمول قاعده اقرار العقلاء علی انفسهم نافذ. بنابراین هر دو اقرار معتبر و نافذ است، البته عین مقرر به باید به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 398

مقرر له اول داده شود مثل یا قیمت آن به مقرر له دوم داده شود. لکن به نظر می رسد با قطع نظر از اجماع این دو اقرار حکم دو اماره متعارضین را دارد و بناء علی الطریقیه و الکاشفیه مرجع تساقط آن دو اقرار است، به جهت علم اجمالی به کذب یکی از دو اقرار و بالاخره همان طوری که شهید اول (ره) فرموده اند مورد از مصادیق باب تحالف و تداعی محسوب می شود. ضمناً فروعی برای مسأله متفرع است، مثل اینکه مقرر بگوید این مال از آن زید است سپس اضراب کند و بگوید بل العمر و البکر. فقهای عظام فرموده اند عین به زید داده می شود و نیز مثل یا قیمت آن را باید به عمرو و بکر بدهد و چنانچه مقرر اقرار بکند این مال از آن زید و عمرو است و سپس اضراب بکند بل البکر، باید عین را به زید و عمرو مشترکاً بدهد و مثل یا قیمت آن را به بکر به تنهایی بدهد و هكذا. ضمناً ذکر این مطلب بایسته است که فقهای عظام فرقی در کیفیت اقرار نگذاشته اند چه مقرر بگوید این مال زید است و سپس اضراب بکند یا اینکه بگوید این مال را از زید

غصب کردم و سپس اضراب از غیر بکند. در هر دو صورت عین را باید به مقر له اول بدهند و مثل و یا قیمت آن را به مقر له دوم بپردازد، لکن به نظر علامه (ره) در کتاب قواعد این مطلب تمام نیست، به جهت اینکه اقرار به غصب ملازمه با اقرار به ملکیت عین از برای مقر له ندارد و این معنی لازم اعم است از برای ملکیت، چون غصبیت ممکن است از مالک عین بشود و یا از کسی که یدش امانی و مأذونه هست بشود، بنابراین اقرار بر لازم اعم از اقرار بر ملزوم خاص - که همان ملکیت باشد - نیست؛ البته نسبت به اقرار اول باید عین به مقر له اول داده شود به مقتضای قاعده و علی الید ما اخذت حتی تودیه یا از باب

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 399

اینکه مقر له مالک عین است و یا اینکه یدش مأذونه و امانی است و اما نسبت به اقرار دوم موضوع منتفی و بی اثر است، به جهت اینکه ضمان به مثل و یا قیمت در فرض اقرار به ملکیت است که قهرا اقرار دوم اقرار بر اتلاف مال غیر محسوب می شد و موجب ضمان است. اما اقرار بر غصبیت ملازم با اقرار بر ملکیت نیست تا اینکه موجب ضمان باشد؛ مضافاً اینکه ذوالید در آن حالت نیست تا اقرار بر عدوانیت ید خود نسبت به غیر بکند. بنابراین، نه اشکال صاحب جواهر (ره) وارد است و نه فرمایش مرحوم علامه (ره)، زیرا فرمایش ایشان مطابق با قواعد و صناعت می باشد.

ی. مسأله دیگر این است که آیا

شهادت و سوگند مستندا الی الید جایز است یا نه؟ به اعتبار صناعت علمی، همان طور که در جای خود ثابت شده است می‌گوییم که علم مأخوذ در باب شهادت و قطع معتبر در خصوص شاهد- که باید جزم و علم داشته باشد- قطع صفتی نیست (قطع بما انه صفة من صفات النفس) تا در صورت وجود بتواند شهادت بدهد، بلکه علم مأخوذ در باب شهادت علم طریقی است و هر امری که قائم مقام علم باشد و انسان بتواند به واسطه آن شهادت بدهد کفایت می‌کند و در جای خود ثابت شده است که در کلیه امارات و طرق و اصولی که قائم مقام علم به نحو طریقی باشد، می‌توان مستندا به آنها شهادت داد و سوگند خورد.

روایات وارد شده در این مقام مانند روایت حفص بن غیاث است که می‌فرماید:

أرأيت اذا رأيت شيئا في يد رجل أيجوز لي اشهد له؟ قال: نعم، فقال

قواعد فقهيه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 400

الرجل اشهد انه في يده ولا اشهد انه له فلعله لغيره، فقال ابو عبد الله (ع) أفيحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال (ع) لعله لغيره فمن اين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك: هو لي و تحلف عليه و لا يجوز أن تنسبه الي من صار ملكه من قبله اليك؟ ثم قال (ع): و لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق.

دلالت این روایت صریح است به اینکه شهادت و سوگند مستندا الی الید جایز است و شاید اکثر شهادتها و سوگندها در مسائل حقوقی، مستندا به قاعده ید باشد.

3 قاعده ید از امارات و طرق است یا از اصول تنزیلیه؟

اگر مدرک

قاعده ید، اجماع یا روایاتی باشد که بدانها اشاره شد، هیچ گونه دلالتی بر اماریت ید ندارد؛ زیرا اجماع ناظر به ترتیب آثار ملکیت نسبت به ذوالید بود و روایات نیز همگی متذکر بودند که خرید و فروش مستندا به ید اشکال ندارد، بنابراین قابل جمع با اصل تنزیلی یا اماره بودن خواهند بود. اما اگر مدرک قاعده را بنای عقلا بدانیم و روایات امضای این سیره عقلایی باشند قاعده ید اماره می شود؛ زیرا بنای عقلا نسبت به حجیت قاعده ید نه از باب تعبد بر ترتب آثار ملکیت به هنگام شك است؛ بلکه بنای عقلا از باب کشف از ملکیت حاصله است. چون نوعا بیشتر کسانی که ذوالید هستند چنانچه در مالکیت آنها شك شود عقلا می گویند که ید طریق است و کاشف از ملکیت است. به تعبیر دیگر، از ید

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 401

حصول ظن نوعی می شود به اینکه دارنده استیلا و سیطره خارجی نسبت به يك شيء در نزد عقلا نسبت به آن مالك به شمار می آید.

4 تعارض قاعده ید با سایر امارات و طرق و اصول

پس از آنکه ثابت کردیم که قاعده ید اماره است و امارات حکومت بر اصول دارند، اعم از اصول تنزیلیه یا غیر تنزیلیه و حتی اقوی آنها که استصحاب باشد، (بعضی استصحاب را عرش الاصول و فرش الامارات خوانده اند) و چون حجیت امارات و طرق از باب تتمیم کشف است و شارع مقدس یا عقلا آمده اند در عالم اعتبار کاشفیت ناقصه این اماره را کشف تام تلقی کرده اند، با این کاشفیت موضوع اصل برداشته می شود؛ چون همان طور که می دانیم موضوع اصول شك است (یا موضوع هر اصلی آنها الشك است)

اما اگر شك تعبدا به وسیله اماره برداشته شد، موضوع اصول عملیه منتفی است.

در دیگر امارات و طرق، غیر از بینه و اقرار (زیرا به موجب روایات و بنای عقلا بینه و اقرار هر دو مقدم بر ید هستند) باید دید بنای عقلا در حجیت قاعده و اماریت ید در ظرف عدم اماره دیگر است و یا حتی اگر اماره ای بر خلاف ید باشد باز هم ذو الید بودن اماره است؟ اگر اماریت مطلقه ید بر دیگر امارات، از قبیل شیاع بر وقفیت (شیاع بر وقفیت خانه ای هست و ذو الید نیز مدعی مالکیت است) کشف شود، قهرا چون دو اماره تعارض می کنند به اقوای آن دو یعنی ید تمسک می کنیم، اما اگر نتوانیم یکی از این دو را کشف اقوی بدانیم به مقتضای

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 402

قاعده تعارض و تساقط می کنند و باید با سایر ادله مسأله را حل کرد.

5 تعدد ایادی و اماریت آنها

چنانچه بر مال واحد چند نفر ذو الید باشند، حکم مورد چیست؟ آیا باید گفت که اماریت ید مخصوص به موردی است که ذو الید واحد باشد و یا اماریت آن در اعم از ذو الید واحد و متعدد است؟ مشهور فقها می گویند که تعدد ایادی در مال واحد اماره است بر ملکیت هر کدام به نسبت کسر مشاع از آن مال به نسبت تعدد ایادی موجوده در این مال؛ مثلا چنانچه سه نفر ذو الید باشند هر کدام به مقدار ثلث اماریت دارند. ممکن است گفته شود که مقتضای قاعده ید اماریت آن است برای اثبات ملکیت تمامی آنچه در ید ذو الید است و در اینجا که دو

نفر یا بیشتر ذو الید هستند ایادی آنها با هم تعارض دارند و باید به طرف ادله دیگر رفت.

در جواب گفته می شود که هر کدام از ایادی متعدده در این مال، اماره برای ید تامه مستقله بر تمامی این مال نیست؛ زیرا همان طور که قبلا تعریف شده است ید مورد بحث استیلا و سلطه خارجی بر مال است و در اینجا هر کدام از ذو الیدها استیلا و سلطه خارجی شان بر عین در ظرفی قرار دارد که طرف دیگر هم در آن ظرف دارای استیلا و سلطه خارجی است. پس ید تامه مستقله بر تمامی مال وجود ندارد؛ زیرا لازمه ید تامه مستقله بر تمام مال آن است که تمام تصرفات در ید یکی باشد و بتواند بقیه را نیز از تصرف در آن مال منع کند و چون چنین نیست استفاده می شود که هرکدامشان ید تامه مستقله بر تمام مال ندارند و عقلا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 403

نیز در این موارد بنایشان بر این است که اگر ذو الید چند نفر بودند آنها را شریک می دانند و این شرکت یا قهریه است، یا اختیاریه؛ پس در این مورد باید به طور تقسیم گفته شود که هر فرد نسبت به مقدار کسر مشاع اماریت دارد.

6 ید و ضمان

ید در صورتی که در مال غیر و بدون اذن از طرف خداوند تعالی یا از طرف صاحب مال باشد موجب ضمان است و مدرك آن نیز فرمایش پیامبر (ص) است که و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه روایت مذکور مشهور بین فریقین و مورد عمل تمامی فقهای ماست و دلالت بر ضمان دارد.

چنانچه ید عدوانی و غیر مأذونه باشد وجود اعتباری آنچه در ید ذو الید است در ذمه اش مستقر می شود که ابتدا باید عین آنچه را تحت ید اوست رد کند و اگر تلف شد مثل یا قیمت آن را بدهد. در مورد تعاقب ایادی نیز مسأله به این صورت است که اگر عینی در تحت ید کسی قرار گرفت و آن را به شخص دیگر داد؛ ید دوم چیزی را که در اختیار دارد، علاوه بر صفات تکوینی خارجی اش، دارای صفت اعتباری اضافی دیگری نیز هست و بدین معنی که این شیء مضمونه است بر ید اولی و در نتیجه ذو الید دوم در برابر دو شخص ضامن است؛ هم مالک و هم ذو الید اول یعنی اگر مالک به ذو الید اول رجوع کرد، ذو الید اول می تواند به ذو الید دوم مراجعه کند و تفصیل آن در جای خود خواهد آمد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 1، ص: 404

خاتمه

ید سبب است از برای حصول مالکیت در عالم ثبوت و واقع و فقط اماره مالکیت و سبب اثباتی بر حسب ظاهر نیست. در باب حیازت مباحات اصلیه یا احتطاب و احتشاش و امثال اینها یدی که به قصد تملك باشد سبب خواهد بود برای حصول مالکیت واقعا، اما اگر استیلا بر شیء بدون قصد تملك بود یا اینکه در مباحات اصلیه سبق صدق کرد، این استیلا بدون قصد تملك یا سبق در مباحات ملکیت نمی آورد.

البته بعضی گفته اند که صرف استیلائی خارجی و لو آنکه مستولی قاصد بر تملك نباشد، برای ایجاد ملکیت کفایت می کند و مستندشان همان فرموده پیغمبر (ص) است که فرموده اند

«من سبق الى ما لم يسبق عليه احد من المسلمين فهو احق به» اما اين مطلب كه آيا صرف استيلا بر شيء بدون قصد تملك احقيت مي آورد يا موجب ملكيت مي شود، مطلبی جداگانه است كه بايد در جای خود مورد بحث قرار گیرد.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ *

بسمه تعالی

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ

با اموال و جان های خود، در راه خدا جهاد نمایید، این برای شما بهتر است اگر بدانید.

(توبه : 41)

چند سالی است که مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه موفق به تولید نرم افزارهای تلفن همراه، کتابخانه های دیجیتالی و عرضه آن به صورت رایگان شده است. این مرکز کاملاً مردمی بوده و با هدایا و نذورات و موقوفات و تخصیص سهم مبارک امام علیه السلام پشتیبانی می شود.

برای خدمت رسانی بیشتر شما هم می توانید در هر کجا که هستید به جمع افراد خیراندیش مرکز بپیوندید.

آیا می دانید هر پولی لایق خرج شدن در راه اهلبیت علیهم السلام نیست؟

و هر شخصی این توفیق را نخواهد داشت؟

به شما تبریک میگوئیم.

شماره کارت :

6104-3388-0008-7732

شماره حساب بانک ملت :

9586839652

شماره حساب شبا :

IR390120020000009586839652

به نام : (موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه)

مبالغ هدیه خود را واریز نمایید.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک 129/34 - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: 03134490125

دفتر تهران: 021 - 88318722

بازرگانی و فروش: 09132000109

امور کاربران: 09132000109



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

