



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران  
علیه السلام

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

# قواعد فقہیہ

(۲)

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
۲۰	قواعد فقهیه (بجنوردی) جلد ۲
۲۰	مشخصات کتاب
۲۰	پیشگفتار
۲۱	(۱) قاعده الإجاره أحد معایش العباد
۲۱	اشاره
۲۱	مشروعیت اجاره
۲۱	دلایل اثبات و مشروعیت قاعده
۲۱	الف) آیات و روایات
۲۴	ب) اجماع
۲۴	تعریف شرعی اجاره
۲۴	اشکال بر تعریف
۲۹	صیغه عقد اجاره
۲۹	اشاره
۳۰	الف) استعمال لفظ بیع در صیغه اجاره
۳۱	ب) اجاره معاطاتی
۳۲	احکام اجاره
۳۲	لزوم عقد اجاره
۳۳	بیع به دنبال اجاره
۳۷	تقارن بیع و اجاره
۴۰	عدم بطلان اجاره به موت یکی از طرفین
۴۷	اجاره به صورت مشاع
۴۹	ضامن نبودن مستأجر
۵۲	شرط ضمان در اجاره

۵۳	ضمان در اجاره فاسد و صحیح
۵۷	خيار در عقد اجاره
۶۳	شرایط اجاره
۶۳	اشاره
۶۳	شرایط متعاقدين
۶۳	شرایط عوضين
۷۲	[فروع شرایط]
۷۲	حكم ظهور عيب در اجرت
۷۷	مفلس شدن مستأجر
۸۴	اجاره دو مورد به طور تردید
۸۴	اشاره
۸۶	اشكال بر قول مشهور
۸۷	تنبیه
۹۴	احكام اجير
۹۴	احكام اجير خاص
۱۰۰	اجاره فاسد و لزوم پرداخت اجرت توسط مستأجر [و میانی آن]
۱۰۰	اشاره
۱۰۰	الف) قاعدة كل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده
۱۰۵	ب) قاعدة احترام
۱۰۶	ج) قاعدة اقدام
۱۰۸	د) اجماع
۱۰۸	تعیین اجرت اجیر قبل از عمل
۱۱۰	عدم ضمان اجیر مگر در صورت اتهام
۱۱۳	شرایط صحت و احكام اجاره
۱۱۳	خصوصیت موجر
۱۱۷	شرط دیگر از شرایط صحت اجاره

- ۱۲۰ ..... حکم تلف شدن مورد اجاره
- ۱۲۴ ..... طرق علم به منفعت
- ۱۲۷ ..... اجاره زن برای شیر دادن
- ۱۲۷ ..... اشاره
- ۱۲۹ ..... مسأله اول: آیا جایز است زن شیرده که دارای همسر است خودش را برای ارضاع یا رضاع بدون اذن زوجش اجاره دهد یا نه؟
- ۱۳۳ ..... مسأله دوم: آته لو ماتت المرضعه أو الطفل فهل تنفسخ الاجاره ام لا؟
- ۱۳۴ ..... مسأله سوم: اگر خودش را به گمان عدم مزاحمت با حق زوج اجاره دهد
- ۱۳۶ ..... اجاره زمین برای ساختن مسجد
- ۱۳۷ ..... اجاره درهم و دینار
- ۱۳۸ ..... اجاره برای حیازت مباحات
- ۱۴۴ ..... شرط دیگر از شرایط صحت اجاره
- ۱۴۸ ..... ممنوعیت مستأجر از استفاده عین
- ۱۵۱ ..... حدوث مانع از انتفاع از عین مورد اجاره
- ۱۵۹ ..... مخارج عبد و حیوان
- ۱۷۶ ..... حکم تلف شدن اجیر
- ۱۷۹ ..... مسائل نزاعی
- ۱۷۹ ..... نزاع در اصل اجاره
- ۱۸۳ ..... نزاع در بازگرداندن عین به مالک
- ۱۸۴ ..... نزاع در تلف شدن عین
- ۱۸۷ ..... نزاع در نحوه اذن در عمل
- ۱۸۹ ..... (۲) قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات
- ۱۸۹ ..... اشاره
- ۱۹۳ ..... در بیان موضوع اخذ اجرت بر واجبات
- ۱۹۳ ..... اشاره
- ۱۹۵ ..... استدلال صاحب ریاض
- ۱۹۷ ..... کلام مرحوم سید محمد کاظم یزدی در حاشیه و پاسخ آن

- ۱۹۹ ..... نظر صاحب جواهر
- ۲۰۰ ..... نظر شیخ درباره کلام صاحب جواهر
- ۲۰۰ ..... اشاره
- ۲۰۰ ..... الف اشکال نقضی
- ۲۰۲ ..... ب) جواب حلی و اصلی
- ۲۰۵ ..... علت عدم جواز اخذ اجرت از نظر شیخ
- ۲۰۵ ..... اشاره
- ۲۱۰ ..... الف اشکال اول
- ۲۱۲ ..... ب) اشکال دوم
- ۲۱۳ ..... ج) مسأله داعی بر داعی
- ۲۲۳ ..... صفت عبادیت منافاتی با اجاره ندارد
- ۲۲۳ ..... اشاره
- ۲۲۳ ..... عبادیت
- ۲۲۹ ..... صحت عبادات
- ۲۳۰ ..... صفت وجوب منافاتی با اجاره ندارد
- ۲۳۰ ..... اشاره
- ۲۳۳ ..... نظر مرحوم شیخ در رابطه با این استدلال
- ۲۳۴ ..... توضیح مرحوم شیخ بر اجاره
- ۲۳۶ ..... استدلال وی در مورد واجبات کفائیه
- ۲۳۷ ..... رد مرحوم شیخ بر این استدلال
- ۲۳۸ ..... خلاصه و نتیجه نظر شیخ
- ۲۳۹ ..... نظر سایر علما بر این استدلال
- ۲۴۳ ..... نظر شیخ اعظم بر اخذ اجرت بر واجبات
- ۲۴۳ ..... آیا در صورت اجیر گشتن بر عمل واجب وجوب ساقط می شود؟
- ۲۴۸ ..... (۳) قاعده حرمت اعانه بر اثم و عدوان
- ۲۴۸ ..... اشاره



۲۴۸	بیان مدارک و مستندات
۲۴۸	۱- آیه «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»
۲۴۸	اشاره
۲۴۹	معنای لغوی و فقهی معاونت
۲۵۱	تعریف معاونت
۲۵۲	معنای لغوی و اصطلاحی اثم
۲۵۳	معنای لغوی و اصطلاحی عدوان
۲۵۴	معنای لغوی جرم
۲۵۴	قاعده «حرمت الاعانه على الاثم و العدوان» در فقه
۲۵۴	صیغه نهی «وَلَا تَعَاوَنُوا» حکم حرمت دارد یا کراهت؟
۲۵۷	صیغه امر «تَعَاوَنُوا» دلالت بر وجوب دارد یا استحباب؟
۲۵۸	۲- روایات
۲۵۸	۳- حکم عقل
۲۵۹	۴- اجماع
۲۵۹	بررسی قاعده «حرمت الاعانه على الاثم و العدوان» در حقوق
۲۵۹	تعریف معاونت در جرم در حقوق اسلامی
۲۶۰	معنا و مفهوم معاونت از دیدگاه حقوق جزا
۲۶۱	تاریخچه معاونت در جرم در حقوق جزای ایران
۲۶۵	تاریخچه قوانین کشورهای دیگر
۲۶۶	شرایط تحقق معاونت در جرم
۲۶۷	آیا معاونت در جرم مستقل است یا غیر مستقل؟
۲۶۹	بررسی مصادیق معاونت در جرم از نظر حقوق جزا
۲۶۹	تحریک
۲۷۰	ترغیب
۲۷۰	تهدید
۲۷۲	نظریه ها پیرامون مجازات معاونت در جرم

۲۷۴	بررسی عناصر ضروری معاونت در جرم و شرایط تحقق آن
۲۷۴	سه عنصر ضروری معاونت در جرم
۲۷۶	تهیه وسایل ارتکاب جرم
۲۷۶	تهیه مکان برای ارتکاب جرم
۲۷۶	معاونت در جرم از طریق ساختن وسایل
۲۷۷	معاونت در ارائه طریق ارتکاب جرم
۲۷۸	بررسی رابطه معاونت با شرکت و تسبیب در جرم
۲۷۸	تفاوت معاونت و شرکت در جرم
۲۸۰	وجوه افتراق و اشتراک معاونت و تسبیب در جرم
۲۸۰	الف) معنای لغوی و اصطلاحی تسبیب
۲۸۰	ب) تعریف سبب در فقه
۲۸۰	ج) وجوه اشتراک تسبیب و معاونت
۲۸۰	د) وجوه افتراق معاونت و تسبیب در جرم
۲۸۲	وجوه افتراق و اشتراک از نظر مجازات
۲۸۳	تحقق معاونت در جرم
۲۸۴	جمع مباشر و سبب
۲۸۴	معاونت در معاملات نامشروع در فقه و حقوق
۲۸۴	دلایل معاونت در معاملات حرام در فقه
۲۸۵	معاونت در معاملات نامشروع در فقه
۲۸۵	اشاره
۲۸۶	الف) تعریف جهت معامله
۲۸۶	ب) تعریف علت معامله
۲۸۶	ج) اثر جهت نامشروع در عقد
۲۸۸	د) ارتباط جهت با معامله
۲۸۹	جهت نامشروع در قانون فرانسه و تطبیق آن با قانون ایران
۲۹۰	شرایط تأثیر جهت نامشروع

- الف) وجود واقعی انگیزه نامشروع در یکی از دو طرف ..... ۲۹۰
- ب) بی واسطه بودن انگیزه نامشروع ..... ۲۹۰
- ج) باز بودن جهت نامشروع ..... ۲۹۰
- د) تصریح به جهت نامشروع ..... ۲۹۰
- ه) هم زمان بودن تصریح به جهت نامشروع با انشای عقد ..... ۲۹۰
- مصادیق معاونت در گناه در معاملات و وجوهات شرعی ..... ۲۹۱
- معاونت بر گناه از طریق صناعات ..... ۲۹۱
- معاونت در معاملات حرام از طریق اجاره و اجیر شدن ..... ۲۹۲
- (۴) قاعده الخراج بالضمنان با رویکردی بر نظرات حضرت امام خمینی (س) ..... ۲۹۴
- اشاره ..... ۲۹۴
- مدارک و مستندات قاعده ..... ۲۹۴
- روایات ..... ۲۹۴
- اعتبار سند حدیث: ..... ۲۹۶
- الف) از نظر فقهای شیعه ..... ۲۹۶
- ب) از نظر فقهای عامه ..... ۲۹۷
- دلالت حدیث ..... ۲۹۷
- (۵) قاعده فراغ و تجاوز ..... ۳۰۰
- اشاره ..... ۳۰۰
- بررسی ادله اثبات قاعده فراغ و تجاوز ..... ۳۰۲
- (۶) قاعده لا تعاد ..... ۳۵۷
- اشاره ..... ۳۵۷
- عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد ..... ۳۷۷
- اشاره ..... ۳۷۷
- سجده بر زمین نجس نسیانا و سهوا ..... ۳۷۹
- خلل در نیت ..... ۳۸۱
- خلل در قیام در حال تکبیره الاحرام ..... ۳۸۱

- ۳۸۲ ..... خلل در قیام متصل به رکوع
- ۳۸۶ ..... خلل در جهر و إخفات
- ۳۸۹ ..... خلل در تشهد و سجده واحده
- ۳۹۱ ..... خلل در سلام
- ۳۹۵ ..... (۷) قاعدة المؤمنون عند شروطهم
- ۳۹۵ ..... معنای شرط
- ۳۹۵ ..... معنای لغوی
- ۳۹۵ ..... اشاره
- ۳۹۵ ..... الف) در اصطلاح نحویین
- ۳۹۶ ..... ب) در اصطلاح منطقیین
- ۳۹۹ ..... معنای مجازی
- ۳۹۹ ..... فرق معنای جامدی شرط با معنای مجازی آن
- ۴۰۰ ..... انواع شرط از نظر ارتباط با عقد
- ۴۰۰ ..... اشاره
- ۴۰۰ ..... شروط ابتدایی
- ۴۰۰ ..... شروط تبانی
- ۴۰۰ ..... منظور از شرط در قاعدة المؤمنون عند شروطهم
- ۴۰۲ ..... دلیل بر انشایی بودن قول پیامبر (ص)
- ۴۰۴ ..... معنای عقد
- ۴۰۴ ..... معنای لغوی
- ۴۰۴ ..... معنای اصطلاحی
- ۴۰۵ ..... تعریف دیگر
- ۴۰۵ ..... اشکال بر تعریف ماده قانونی
- ۴۰۶ ..... الفاظ مترادف عقد در فقه و حقوق
- ۴۰۷ ..... اقسام عقود
- ۴۰۷ ..... اقسام عقود به اعتبار داشتن عنوان

- ۴۰۷ ..... اقسام عقد به اعتبار استقلال و عدم آن
- ۴۰۷ ..... اقسام عقد به اعتبار تملیک یا تعهد
- ۴۰۷ ..... اقسام عقد به اعتبار لزوم و جواز
- ۴۰۹ ..... اقسام عقد به اعتبار قطعی بودن و عدم قطعی بودن عقد و آثار آن
- ۴۱۰ ..... صور احتمالی عقد معلق
- ۴۱۰ ..... حکم عقد معلق از نظر قانون مدنی
- ۴۱۱ ..... عقد معلق از دیدگاه علمای امامیه
- ۴۱۱ ..... دلایل مخالفین صحت عقد معلق
- ۴۱۱ ..... اقسام عقد به اعتبار تعهد و عدم تعهد طرف مقابل
- ۴۱۱ ..... فرق عقد معوض و غیر معوض
- ۴۱۲ ..... اقسام عقد به اعتبار قابلیت فسخ
- ۴۱۲ ..... الف. عقد قابل فسخ
- ۴۱۲ ..... ب. عقد غیر قابل فسخ
- ۴۱۲ ..... اقسام عقد به اعتبار قبول قید یا شرط
- ۴۱۲ ..... ۱- عقد مطلق
- ۴۱۲ ..... ۲- عقد مشروط
- ۴۱۲ ..... [اقسام شروط]
- ۴۱۲ ..... اقسام شرط به اعتبار ارتباط و عدم ارتباط با عقد
- ۴۱۲ ..... اشاره
- ۴۱۳ ..... شروط ابتدایی
- ۴۱۳ ..... شروط ضمن عقد
- ۴۱۳ ..... دلایل وجوب وفاء به شروط ضمن عقد
- ۴۱۳ ..... اطلاعات و عمومات وارده
- ۴۱۳ ..... اشاره
- ۴۱۳ ..... اشکال بر دلیل فوق
- ۴۱۴ ..... ۱- روایات

- ۴۳۰ ..... ۲- بنای عقلا:
- ۴۳۱ ..... ۳- اجماع:
- ۴۳۱ ..... تقسیم شرط به اعتبار صحت و بطلان
- ۴۳۱ ..... اشاره
- ۴۳۱ ..... الف) شرط باطل
- ۴۳۱ ..... ب) شرط صحیح
- ۴۳۲ ..... شروط صحت شرط
- ۴۳۲ ..... ۱- شرط جایز باشد.
- ۴۳۲ ..... اشاره
- ۴۳۴ ..... آیا جایز بودن شرط مستقلی است؟
- ۴۳۵ ..... ۲- قدرت بر انجام شرط داشته باشد.
- ۴۳۵ ..... اشاره
- ۴۳۵ ..... در شرط فعل
- ۴۳۶ ..... در شرط نتیجه
- ۴۳۷ ..... در شرط صفت
- ۴۳۷ ..... تنقیح محل بحث
- ۴۳۷ ..... صحت شرط باقی گذاردن زراعت
- ۴۴۰ ..... تعبیر صحیح مقذور بودن در شروط سه گانه
- ۴۴۱ ..... علل بطلان شرط غیر مقذور
- ۴۴۱ ..... اشاره
- ۴۴۱ ..... دلیل اول اجماع:
- ۴۴۱ ..... دلیل دوم غرر:
- ۴۴۲ ..... دلیل سوم عدم تسلیم:
- ۴۴۵ ..... شرط حالی و استقبالی در شرط صفت
- ۴۴۵ ..... اجماع در شرط استقبالی و اشکال بر آن
- ۴۴۶ ..... توجیه نظر شیخ طوسی (ره)

- شقوق قدرت ..... ۴۴۶
- کفایت ظن در قدرت ..... ۴۴۷
- حکم معامله در صورت عروض عدم قدرت پس از عقد ..... ۴۴۷
- ۳- غرض عقلایی داشته باشد. .... ۴۴۸
- اشاره ..... ۴۴۸
- اشکال بر غرض عقلایی ..... ۴۴۹
- اشکالی دیگر - - - - - ۴۵۱
- اغراض دنیوی یا اخروی ..... ۴۵۲
- حکم شرطی که غرض در آن مشکوک است. - - - - - ۴۵۵
- ۴- مخالف کتاب و سنت نباشد ..... ۴۵۶
- اشاره ..... ۴۵۶
- دلیل بطلان شروط مخالف کتاب و سنت ..... ۴۵۷
- الف) روایات ..... ۴۵۷
- ب) اجماع - - - - - ۴۶۱
- منظور از کتاب چیست؟ ..... ۴۶۱
- دلیل قائلین به قول اول ..... ۴۶۲
- دلیل قائلین به قول دوم ..... ۴۶۲
- اشکال بر دلیل اول ..... ۴۶۲
- آیا موافقت شرط است یا عدم مخالفت؟ ..... ۴۶۵
- اشکال روایات موافق با کتاب ..... ۴۶۷
- فرق لزوم موافقت با لزوم عدم مخالف با کتاب - - - - - ۴۶۷
- توجیه شیخ انصاری از موافقت با کتاب - - - - - ۴۶۸
- ضابطه و معیار شرط مخالف کتاب - - - - - ۴۶۸
- آیا منظور از مخالفت کتاب نفس ملتزم است یا الزام؟ ..... ۴۶۹
- آیا عدم مخالفت هم شرط است؟ ..... ۴۷۱
- اشکال بر روایات ..... ۴۷۳

- ۴۷۳ ..... استدلال صحیح بر روایات فوق
- ۴۷۳ ..... مشکل اساسی در شرط مخالف با کتاب و سنت
- ۴۷۸ ..... قاعده و اصل در موارد مشکوک
- ۴۷۸ ..... تشخیص مخالفت کتاب و سنت با کیست؟
- ۴۷۹ ..... توهم
- ۴۷۹ ..... رفع ابهام
- ۴۸۰ ..... فرق شرط عدم مخالفت با کتاب و سنت با شرط جایز بودن
- ۴۸۰ ..... ۵- مجهول نباشد
- ۴۸۰ ..... اشاره
- ۴۸۳ ..... دلایل بطلان شرط مجهول
- ۴۸۵ ..... آیا بطلان شرط مجهول باعث بطلان عقد می شود؟
- ۴۸۶ ..... معاملاتی که جهل و غرر ضرری به صحت آن نمی رساند
- ۴۸۷ ..... ۶- خلاف مقتضای عقد نباشد
- ۴۸۷ ..... اشاره
- ۴۸۷ ..... تعریف مقتضی
- ۴۸۷ ..... انواع مقتضی
- ۴۸۸ ..... تعریف مقتضای ذات عقد:
- ۴۸۸ ..... تعریف مقتضای اطلاق عقد
- ۴۸۹ ..... ذکر چند نمونه از شروط منافی مقتضای عقد
- ۴۹۰ ..... علت بطلان شروط منافی مقتضای عقد
- ۴۹۰ ..... اشکال امام راحل (س) بر تعلیل شیخ انصاری (ره)
- ۴۹۱ ..... اشکال بر بطلان شرط مخالف مقتضای عقد
- ۴۹۱ ..... جواب اشکال
- ۴۹۲ ..... ضابطه کلی جهت شناخت شروط منافی مقتضای عقد
- ۴۹۵ ..... شرط مشارکت
- ۴۹۶ ..... نظر ابن ادریس



۴۹۶	..... جواب شهید اول به نظر ابن ادریس
۴۹۶	..... نظر تحقیقی
۴۹۷	..... استثناء در شرط مخالف با مقتضای عقد
۴۹۸	..... حکم شرط منافی مقتضای عقد از نظر بطلان و عدم بطلان عقد و شرط
۴۹۹	..... دلیل بطلان عقد در شرط منافی با مقتضای عقد
۵۰۰	..... حکم شرط ضمان
۵۰۰	..... اشاره
۵۰۰	..... نظر مرحوم والد (قدس سره)
۵۰۱	..... نظر تحقیقی مرحوم والد (قدس سره)
۵۰۲	..... شرط عدم استمتاع جنسی
۵۰۲	..... شرط ارث در عقد منقطع
۵۰۲	..... اشاره
۵۰۲	..... روایات
۵۰۶	..... اقوال در مورد میراث در عقد منقطع
۵۰۹	..... ۷- در متن عقد به شرط ملتزم شده باشد
۵۱۰	..... [فهرست ها]
۵۱۰	..... فهرست اعلام
۵۱۰	..... ا
۵۱۲	..... ب
۵۱۲	..... پ
۵۱۲	..... ت
۵۱۲	..... ج
۵۱۲	..... ح
۵۱۳	..... خ
۵۱۳	..... ر
۵۱۳	..... ز

س ..... ۵۱۴

ش ..... ۵۱۴

ص ..... ۵۱۴

ط ..... ۵۱۴

ع ..... ۵۱۵

ف ..... ۵۱۵

ق ..... ۵۱۵

ک ..... ۵۱۵

گ ..... ۵۱۶

ل ..... ۵۱۶

م ..... ۵۱۶

ن ..... ۵۱۷

و ..... ۵۱۷

فهرست کتب ..... ۵۱۷

ا ..... ۵۱۷

ت ..... ۵۱۸

ج ..... ۵۱۸

ح ..... ۵۱۹

د ..... ۵۱۹

ر ..... ۵۱۹

س ..... ۵۱۹

ش ..... ۵۲۰

ص ..... ۵۲۰

ع ..... ۵۲۰

غ ..... ۵۲۰

ف ..... ۵۲۰

۵۲۱ ..... ق

۵۲۱ ..... ک

۵۲۱ ..... م

۵۲۳ ..... ل

۵۲۳ ..... ن

۵۲۳ ..... و

۵۲۳ ..... ه

۵۲۳ ..... فهرست آیه

۵۲۳ ..... ۱

۵۲۴ ..... ت

۵۲۴ ..... ق

۵۲۴ ..... کتابنامه

۵۳۳ ..... 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

قواعد فقهیه زیر بنای فقه و حقوق اسلامی را تشکیل می دهد و با شناخت این قواعد دانشجویان توانایی می یابند تا در فقه معاملات و حقوق اسلامی تسلط قابل توجهی پیدا کنند که این امر در جهت رسیدن به مرحله استنباط و درک مسائل فقهی از اهمیت خاصی برخوردار است 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.

در پی چاپ جلد اول قواعد فقهیه که مورد استقبال فراوان قرار گرفت به طوری که سه بار تجدید چاپ گردید، بر آن شدیم که به تکمیل این قواعد پردازیم. به همین منظور کتاب حاضر که جلد دوم قواعد فقهیه است برای استفاده دانشجویان و علاقه مندان عزیز تهیه گردید. امید است که این جلد نیز مورد توجه پژوهشگران و دانشجویان قرار گیرد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 3

## (1) قاعدة الإجارة أحد معاش العباد

### اشاره

قاعدة «الاجارة احد معاش العباد» از جمله قواعد فقهیه است که در آن مباحثی به شرح ذیل وجود دارد.

### مشروعیت اجاره

این قاعده از معاوضات است، در دین و شریعت اسلامی ثابت است و شرعا بر آن آثاری مترتب می شود. از جمله اینکه اگر اجاره با شرایط صحیح واقع شود مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود و موجر، مالک عمل اجیر می گردد.

### دلایل اثبات و مشروعیت قاعده

#### الف) آیات و روایات

آیه اول:

قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ. قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 4

تَأْجُرْنِي ثَمَانِي حَجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَ مَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ. (1)

یکی از آن دو دختر گفت: ای پدر این مرد را به خدمت خود اجیر کن، چرا که بهترین کسی است که به خدمت بر می گزینی:

هم تواناست و هم امین.

شعیب گفت: (ای موسی) من اراده آن دارم که یکی از این دو دخترم را به نکاح تو در آورم، بر این مهر که هشت سال در خدمت من باشی و اگر آن را به ده سال پایان دادی به میل و اختیار خودت است، ولی من نمی خواهم بر تو سخت بگیرم، که اگر خدا بخواهد، مرا از درستکاران خواهی یافت.

آیه دوم:

«قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا.» (2)

(موسی گفت) روا بود تو که این زحمت به خود دادی اجرتی می گرفتی.

و آیاتی دیگر که سید مرتضی از تفسیر نعمانی با استناد به سخن علی (ع) در بیان امرار معاش خلق به آن اشاره می کند که حضرت علی (ع) در مورد اجاره فرمودند:

خداوند عز و جل فرمود:

---

(1). قصص: 26 و 27.

(2). کهف: 77.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 5

نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَ

رَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحِمْتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ. «1»

ما روزی را در زندگی دنیا بین مردم تقسیم کردیم و بعضی را بر بعضی برتری دادیم تا بعضی از مردم بعضی دیگر را مسخر خدمت کنند و رحمت خدا از آنچه گرد می آورند بهتر است.

اجاره طبق آیات قرآن یکی از معاش خلق است. هرگاه با حکمت میان آنها و اراده آنها و سایر حالات آنها مخالفت کرد و آن را قوامی برای روزی خلق قرار داد؛ مانند اینکه شخصی، دیگری را برای کار در زمین زراعی و انجام کارهایش و تصرفات و املاکش اجاره می کند، اگر شخص ناچار است برای خودش کارهایی مانند بنایی یا نجاری یا هر نوع صنعتگری انجام دهد و متصدی تمام آنچه به آن نیاز دارد شود؛ مانند دوختن لباس چه در ملک خودش باشد یا در ملک دیگری؛ احوال عالم و کارهای جهان به آن استحکام می یابد. اما برای تمام مردم امکان همه این کارها نیست و از انجام همه این امور ناتوان هستند. لکن خدای متعال از سر تدبیر اراده کرده که همتها و سلیقه های مردم با یکدیگر متفاوت باشد و هر کسی که ذوق کاری دارد همان از او مطالبه شود. بدین وسیله کار مردم به وسیله یکدیگر قوام و استحکام پیدا می کند و بعضی از آنها به کمک بعضی دیگر در مسائل معیشتی بی نیاز می شوند و صلاح حال آنها تحقق می یابد. «2»

---

(1). زخرف: 32.

(2). سید مرتضی علم الهدی، محکم و متشابه، ص 59؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ج 13، ح 3، ص 244.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 6

همچنین

روایت حسن بن علی بن شعبه در تحف العقول از امام صادق (ع) است که در مورد معایش بندگان در تفسیر اجاره گفت (انواع اجاره عبارت است از: اجاره خود انسان یا ملک او، یا کار کسی از نزدیکان، یا (کرایه) چهارپایان، یا (دوختن) لباس و ... «1» تا آخر حدیث شریف.

هدف ما از نقل این دو روایت که امیر مؤمنان (ع) به آن استدلال کرده اند این است که اجاره یکی از موارد معاش بندگان است و مشروعیت آن با توجه به آیات شریفه در دین ثابت است و شکی در آن نیست و امور خلق و روزی آنها بدون آن قوام نمی یابد. روایات دیگری نیز بر مشروعیت اجاره دلالت می کند که ان شاء الله تعالی در لابه لای مباحث آینده مطرح خواهد شد.

## ب) اجماع

همه فقها در مورد مشروعیت اجاره اجماع دارند. این جانب نیز به مشروعیت این قاعده معتقدم، زیرا که متدینین در تمام فرقه های اسلامی برای رفع نیازهایشان کسانی را اجیر می کنند و یا املاک خود را اجاره می دهند. چنین ادعایی برای اثبات اجاره و لزوم ترتیب اثر به آن از ضروریاتی است که بعید نیست.

## تعریف شرعی اجاره

ظاهر لفظ اجاره از مصدر فعل ثلاثی مجرد «أجر، يأجر، اجاره» است. هم چنانکه واژه کتاب از مصدر کتب گرفته شده است. بنا بر نظر اهل لغت، اصل این لفظ به معنی «اکراء» است و در عرف به معنای «اجاره» آمده است.

---

(1). حرانی، تحف العقول، ص 333؛ حر عاملی، همان، باب 1، ح 1، ص 242.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 7

نظر فقها درباره اجاره چنین است: مشهوری از فقها به این مطلب عقیده دارند که اجاره عبارت است از تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم و گفته شده که ماهیت اجاره مسلط کردن شخص بر عین است برای انتفاع از آن به عوض معلوم.

دایره شمول تعریف اول گسترده تر است چون اجاره انسان آزاد را نیز شامل می شود. اما تعریف دوم اجاره انسان آزاد را در بر نمی گیرد برای اینکه انسان آزاد تحت سلطه کسی واقع نمی شود و تسلط کسی بر او ممکن نیست، هر چند تملیک منافعش مانعی ندارد.

## اشکال بر تعریف

اشکال این است که منافع تدریجا به وجود می آید و تا جزء اول معدوم نگردد جزء دوم محقق نمی شود. پس قرار و ثباتی برای آن نیست تا اینکه متعلق و مورد مالکیت یا محل ملک قرار گیرند و تملیک در مورد آنها تحقق پیدا کند.

ممکن است در پاسخ به اشکال گفته شود: امور، تدریجی الوجود است و همچنین برای اجاره وجودی است که دارای آثار می باشد، مثل شب و روز. شب جمعه و ماه رمضان از وجودی برخوردارند که اجزای متصل آن که تدریجا به وجود می آیند، با وحدت شخصیتها



مساوی و برابرنند. در نتیجه، دلیل شما که گفتید منافع تدریجی الوجود است

و قرار و ثباتی برای آن نیست، پس مورد تملیک واقع نمی شوند، سخن شایسته ای نیست. اشکالی که بر آن وارد می شود این است که اجاره تملیک منفعت نیست، بلکه متعلق به عین است. اگر معنی اجاره، تملیک بود ناچار تملیک عین منظور بود نه تملیک منفعت، زیرا اجاره به منفعت تعلق ندارد و لذا نمی تواند سبب انتقال مال به مستأجر شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 8

بعضی از فقها در پاسخ به این اشکال می فرمایند: نظر شما معنی «آجرت الشیء فلانی» نیست، زیرا در این صورت گفته می شود که اجاره به منفعت تعلق ندارد، بلکه معنی آن به طور مثال این است: «آجرتك هذه الدار أو هذه الدابة» یا هر مال دیگری این است که منفعت حلالی که هدف عقلایی برای مستأجر داشته باشد؛ مانند «اکریتك هذه الاشیاء». مفهوم عرفی «الاکراء» تملیک منافع آن شیء برای او به ازاء عوض معلوم است. پس معنی اجاره عین از اعیانی است که دارای منفعت است و اجاره تملیک منافع آن است. پس هرگاه اجاره یا اکراء به عین تعلق بگیرد مفهوم عرفی آن این است که منافع آن عین، ملك مستأجر یا کرایه کننده می شود. به عبارت دیگر، دو لفظ اجاره و اکراء برای تملیک منافی که متعلق به عین است مفید می باشد. پس اگر به منفعت تعلق بگیرد، افاده تملیک آن منفعت را می کند. بنا بر این، اگر گفت: «آجرتك یا اکریتك منافع هذا البستان» معنایش «ملکتك منافع هذا البستان» است. در نتیجه، اجاره به خود عین تعلق می گیرد که تملیک منافع آن عین را افاده می کند و این ماهیت اجاره است.

اشکال اول وارد نیست،

زیرا معنی اجاره را معاوضه حقیقی دانستیم که میان منافع عین مستأجره و عوض مذکور در عقد اجاره واقع می شود. موجد به ازای عوضی که از مستأجر می گیرد، مستأجر را مالک آن می گرداند و فرقی نمی کند که اجاره عین باشد یا اجاره شخصی که برای انجام کاری او را اجیر کرده باشند.

در معنای اجاره، کسی که ولایت امر آن را بر عهده دارد برای کاری که آن را تملیک می کند، کسی را به نام اجیر برای انجام این عمل مشخص می کند. پس عقد اجاره متعین نمی شود مگر به شخص مورد نظر که انجام آن کار بر عهده او گذاشته

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 9

شده است و اگر عقد اجاره به شخص مذکور مربوط نباشد، خودش نسبت به معامله و معاوضه اجنبی محسوب می شود، هرگاه لفظ اجاره متضمن تملیک منافع متعلق آن نباشد. و فرقی نمی کند که متعلق آن از اعیانی باشد که دارای منفعت است یا شخص آزادی باشد که خودش را اجاره داده است. بنا بر این، معنی اجاره تملیک منافع به مستأجر است هر چند منافع متعلق به خودش است و اما گفتیم که معنی متعلق اجاره به شیء تملیک منافع متعلقش به مستأجر است. پس هرگاه گفت «آجرتك هذه الدار» معنایش تملیک منافع آن خانه به مستأجر است و اشکالی در این میان باقی نمی ماند و نیازی به ذکر عین نیست. عین را از باب قیام منفعت به آن و از جهت تعیین منفعتی که در مقابل عوض قرار می گیرد به آن، ذکر کرد. سپس علامه (ره) در جمله ای از کتابش اجاره را عقد ذکر کرد «1» و

نتیجه آن تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم، با بقای اصل ملک، است.

اشکالی که در جامع المقاصد «2» مطرح شده مبنی بر اینکه اگر معنی اجاره، عقد باشد لازمه اش این است که موجر به قصد انشاء و ایجاد عقد اجاره «آجرتک» بگوید، در آن صورت، «آجرتک الدار الفلانیه» به طور مثال، انشای عقد اجاره است، و این بعید به نظر می رسد.

اجاره به معنایی که ما ذکر کردیم صحیح است- تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم- و مسبب از عقد اجاره، یعنی ایجاب و قبول است. به این معنی که ایجاب و قبول نزد شارع مقدس، موضوع برای اجاره در عالم اعتبار تشریحی است.

---

(1). علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج 2، ص 290؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج 1، ص 224.

(2). محقق ثانی، جامع المقاصد، ج 7، ص 80.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 10

اینکه بعضی از فقها می فرمایند همانا اجاره مسبب از عقد- یعنی ایجاب و قبول- است مراد اینکه از مسببات تکوینی مانند سوختن حاصل از آتش باشد، نیست؛ بلکه عبارت است از امر اعتباری که شارع آن را معتبر کرده است یا عرف و عقلا در موضوع است و آن تملیک منفعت در اجاره اعیان است یا عمل در اجاره اشخاص.

پس این اشکال وارد نمی شود که همه اجزای سبب باید در حال پیدایش مسبب، موجود باشد. در غیر این صورت لازمه کلام این است که معدوم (قبول که هنوز گفته نشده) در منافع موجود اثر گذارد، (با توجه به اینکه تملیک منافع در اجاره امر قراردادی و اعتباری است و سبب تکوینی نیست، لذا لزومی ندارد که ایجاب و قبول همزمان باشد

و نیازی به احتمالات سست و ضعیفی که در این مقام بیان کرده اند، نیست. هدف و مقصود آنها در بیان تعریف اجاره به اینکه: «عقدی است که ثمره آن این چنین است» و آن ایجاب و قبول است و بطلان این مسأله واضح است و اگر نظرشان این بود که موضوع عقد نزد شاعر امری اعتباری است این کلام حق است و اشکالی ندارد که از امور تدریجی الوجود و موضوع امر اعتباری و مصحح آن باشد، مانند تذکیه که شارع آن را قرار داده است- یعنی بریدن چهار رگ با آلاتی از آهن به دست کسی که مسلمان باشد و حیوان نیز رو به قبله باشد- و موضوعی برای طهارت بدن حیوان تذکیه شده است، و حلیت را برای گوشتی که خوردنش حلال است فراهم می کند، و احکام خمسسه تکلیفی مانند واجب، حرام، مستحب و مکروه و مباح را شارع اعتبار کرده است. حلیت در اکثر کارها تدریجی الوجود است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 11

## صیغه عقد اجاره

### اشاره

عقد اجاره مانند سایر عقود با ایجاب و قبول واقع می شود و باید با لفظ صریح ادا شود که دلالت بر مقصود کند. لفظ صریح از طرف موجب «آجرت» و «أکریت» است و از طرف مقابل «قبلت» و «استأجرت» و «اکتریت» یا «استکریت» و امثال آن، یعنی هر آنچه دلالت صریح بر انشاء می کند. منظور از دلالت صریح این است که لفظ موضوعی برای آن معنی باشد و اما در آن با قرینه صارفه و معینه استعمال شود و معنی آن مورد نظر است؛ زیرا عقود تابع قصود هستند و ما در قاعده عقود تابع قصود

هستیم و در این کتاب آن را واضح کردیم. خلاصه مطلب این است که انشاء عناوین عقود مانند: بیع، اجاره، صلح و رهن از نظر ایجاب و قبول مورد نظر متعاقدین باشد، برای اینکه عناوین قصدیه بدون قصد تحقق نمی یابد. بنا بر این قصد عنوانی از عناوین عقود است و با لفظ صریح در معنی آن عنوان انشاء می کنند چه بالوضع یا به قرینه متعارفه ظاهر در آن یا مفاهیم عرفی باشد و آن عنوان را در عالم اعتبار شرعی می یابیم.

اگر در ایجاب یا قبول استعمال نشود، در معنی مورد نظر نیز نه به وضع ظاهر می شود و نه به قرینه، و آن معنی را در عالم اعتبار شرعی نیز نمی یابیم. هر چند مورد نظر آن لفظ باشد زیرا قصد به تنهایی کافی نیست. در وجود آن معنی به دو امر نیاز داریم: (1) قصد؛ (2) ایجاب.

آنچه ما قصد داریم به لفظی است که صراحتاً به کار برده شده در غیر این صورت یکی از دو امر لازم می آید، یا آنچه قصد شده واقع نخواهد شد یا آنچه واقع شده مورد نظر نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 12

### الف) استعمال لفظ بیع در صیغه اجاره

اگر یکی از دو امر باشد مثلاً قصد اجاره خانه کند و لفظ بیع را در مقام انشاء به کار برد و بگوید «بعتک هذه الدار» بیع واقع نمی شود، برای اینکه آن را قصد نکرده و اجاره هم واقع نمی شود برای اینکه آنچه واقع می شود بیع است. در نتیجه، آنچه قصد شده واقع نشده و آنچه مورد نظر بوده قصد نشده است و آن مانند انشاء در باب ایقاع است و معنی ظاهر لفظ

انشاء اش اراده می شود. گاهی انشاء صحیح استعمال می شود و لفظ در معنای حقیقی و یا در غیر ما وضع له و یا با قرینه صارفه و معینه برای چیزی که اراده می شود استعمال می شود. و آن در بعضی تعابیر خلاف واقع می شود. هرگاه بگوید: «بعتك سکنی هذه الدار سننه کامله بکذا» آیا اجاره واقع می شود یا نه؟ از نظر اینکه ظهور بیع در انتقال عین است یا ظهور منفعت در اجاره است. بله، اگر گفت «ملکتک سکنی هذه الدار سننه کامله بکذا» در اجاره ظهور دارد، برای اینکه تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم است و این خود اجاره است. اشکالی در وقوع اجاره با عقد نیست و اشکالی در وقوع آن با معاطات وجود ندارد. لکن تحقیق آن است که عقد از مقوله معنی می باشد و الفاظ دخالتی در هویت عقد ندارند، بلکه ماهیت عقد به قصد موجب پدید می آید. بنا بر این، الفاظ مقام اثبات و ابراز و اظهار عقد محسوب می شود.

## ب) اجاره معاطاتی

الف. عنوان اجاره به معاطات نیز تحقق پیدا می کند، در نتیجه شامل عمومات می شود. شکی نیست که قول امام (ع): «اجاره یکی از راههای معیشت خلق است»، در مقام بیان راههای معیشتی است که حلال است و به وسیله اجاره بازار مسلمین برپا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 13

می شود و آن راه از جانب شارع امضاء شده است. پس اجاره مانند: حلال بودن بیع، بهتر بودن صلح، رد شدن عاریه و مانند آن، یکی از راههای معایش مردم است.

ب. مبنایی که معاملات هم عقد است، مانند آنچه بعضی احتمال داده اند و این بحث از مناقشه خالی نیست و

اشکال دارد. ادله وجوب وفای به هر عقدی شاملش می شود و این مطلب در بیع معاطات گذشت و بیان کردیم که آنها عقد هستند.

ج. سیره مستمر در همه جوامع عقلایی بر تحقق اجاره به معاطات است و بنای عقلا هم از تمام امتهای بر این است. پس هرگاه معاطات تحقق یابد عمومات از آیات و روایات که دلالت بر امضای آن می کند و بر آن مؤثر است، شاملش می شود.

شایسته نیست در صحت اجاره معاطاتی شك کنیم و ترتیب اثر اجاره بر آن صحیح است.

## احکام اجاره

### لزوم عقد اجاره

همه ادله لزوم، بخصوص قاعده اصالة اللزوم در عقود، و نیز قاعده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1) در آن جاری می شود.

پس اجاره به طور مطلق با عقد یا معاطات تحقق می یابد. معامله لازم مانند سایر عقود لازم فسخ نمی شود، مگر با اقاله یا شرط خیار. هرگاه اجماع بر عدم لزوم در معاطات ثابت شد، مانند آنچه در بیع ادعا شد، ناچاریم از اقتضای اطلاقات و

---

(1). مائده: 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 14

عمومات قائل به جواز آن شویم. هنگامی که به تصرف آن دو نیاز نباشد (آنها را عوض می کنیم) یا تصرف یکی از آن دو (معاطات یا بیع) در آنچه به او منتقل می شود. پس اگر مستأجر در منفعتی که به وسیله اجاره مالک آن شده تصرف کرد یا موجر در عوض آن تصرف کرد، اجاره لازم است و فسخ آن جایز نیست، مانند آنچه در بیع است. پس بیع معاطاتی جوازش مشروط به باقی ماندن ثمن و مضمن است. و در صورت تلف آنها یا یکی از آنها جوازی باقی نمی ماند؛ بلکه بیع لازم می شود برای اینکه قدر



متیقن از موارد اجماع است؛ و هرگاه عوضین باقی باشند و تلف در یکی از آن دو واقع نگردد، کل یا بعضی از آن دو یا یکی از آنها تصرف نمی شود. و مبنایی بر اینکه اجاره معاطاتی غالباً لازم است با تلف جزئی از منفعت که ملك مستأجر است یا عملی که مالك آن شده، پس مورد جواز باقی نمی ماند. زیرا بر لزوم آن به طور مطلق ادعای اجماع شده است. لکن تحقیق آن است که هیچ گونه فرقی بین عقد معاطاتی و یا عقد به طور صیغه نیست و قاعده اصالة اللزوم در هر دو جاری است.

## بیع به دنبال اجاره

فرع: لا تبطل الاجارة ببيع العين المستأجرة، غاية الامر تنتقل إلى المشتري مسلوبة المنفعة مدة تلك الاجارة اللازمة.

اجاره با بیع عین مستأجره باطل نمی شود، زیرا منفعت مسلوبه (منفعت عین تا زمانی که اجاره باقی است مال مستأجر است) در آن مدتی که اجاره لازم است به مشتری انتقال می یابد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 15

بعد از جمع شدن شرایط صحت بیع و نفوذ آن و شامل شدن اطلاعات بیع بر آن مانعی وجود ندارد و مخالفی در صحت بیع نداریم، اگر مشتری غیر مستأجر باشد.

ممکن است مستأجر مشتری باشد که در این صورت نیز بعد از فروش، منفعت اجاره از او سلب می شود و باید اجاره باقی مانده را بدهد و منفعتی باقی نمی ماند که به تبع عین مالك آن بشود و فرقی نیست بین اینکه مشتری مستأجر باشد یا غیر آن. برای اینکه هرگاه مشتری مستأجر باشد در مرحله قبل به وسیله بیع، منفعت ملك او شده؛ پس محال است که به واسطه فروختن اخیر

مالك آن شود. مگر اینگونه گفته شود که سقوط ملکیت حاصله به وسیله انفساخ اجاره است و ملکیت جدید به تبع ملکیت عین به وسیله بیع حاصل می شود و این قول بدون دلیل است و امکان ندارد. مگر اینکه گفته شود عقلا در آن حال عین را ملکی برای او نمی بینند که مالك منافع آن به سبب دیگری غیر از تبعیت باشد و اما این ادعایی است که شاهد و دلیلی بر آن نیست. قول قوی این است که اجاره به وسیله بیع عین مستأجره باطل نمی شود و فرقی نمی کند که مشتری مستأجر باشد یا غیر مستأجر. در کتاب وسائل الشیعة باب اجاره به این موضوع اشاره شده است. «1»

اگر مشتری از اینکه بایع قبل از بیع عین را اجاره داده است بی خبر باشد، مخیر است؛ زیرا در غیر این صورت ضرر لازم می آید و ضرر از موارد غبن است که موجب خیار می شود. مخصوصاً هنگامی که اجاره برای مدت طولانی باشد، بلکه در بعضی از صورتها معامله لغو و غیر عقلائی می باشد؛ مثلاً آنجایی که خانه ای را برای

---

(1). حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجاره، باب 24، ص 266.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 16

مدت صد سال اجاره دهد و سپس آن را بفروشد و مشتری از اجاره آن بی خبر باشد و آن را به منظور سکونت خریداری کند و اگر این معامله لازم باشد مشتری در طول عمرش از سکونت در خانه اش محروم می شود و فقها به صحت امثال این معاملات و لزوم آن پایبند نیستند.

علامه در ارشاد «1» ذکر کرده است که هرگاه مشتری همان مستأجر باشد، اجاره باطل

است و قائل به انفساخ شده اند و برای توجیه کلامشان وجوهی ذکر کرده اند.

آنچه از شرح محقق اردبیلی بر ارشاد استفاده می شود (2) این است که اگر ما قائل به عدم انفساخ اجاره و باقی ماندن آن شدیم لازم است دو علت و دو سبب مستقل بر سبب واحد وارد شود. برای اینکه مستأجر با بیع به تبع عین مالک منفعت می شود، و الآن به وسیله اجاره مالک آن است. پس بعید است که عین را بخرد و اجاره را منفسخ نکند و آن را باقی گذارد. در این صورت مالک منفعت آن است به دو سبب اجاره و تبعیت، هر یک از آنها سبب مستقل هستند، نه اینکه جزء سبب باشند، اگر قائل به حصول ملکیت به طور ثانوی و بالتبع باشیم، تحصیل حاصل بوده و محال می باشد. پس ناگزیریم که بگوییم اجاره باطل و منفسخ است.

اما دانستیم که هرگاه مشتری همان مستأجر باشد عدم بطلان اجاره اقوی است.

برای اینکه در مرحله قبل به وسیله اجاره مالک منافع عین گردیده است و مالک عین است که ملکش را اجاره داده است و منفعت آن ملک به مستأجر انتقال پیدا کرده است. پس منفعت عین به وسیله اجاره استیفاء شده و عین بدون منفعت گرفته شده،

---

(1). علامه حلی، ارشاد الأذهان، ج 1، ص 426.

(2). مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 41.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 17

پس برای آن ملک منفعتی در عالم اعتبار تشریحی باقی نمی ماند، به این معنی که آنچه در دست مالک است بعد از اجاره نفس عین بدون منفعت است.

پس هرگاه عین را فروخت به مستأجر منتقل

نمی شود مگر عین خالی از منفعت، به دلیل اینکه مالک منافع نیست تا آن را به مشتری منتقل کند و کسی که فاقد شیء باشد، ممکن نیست که معطی آن باشد. پس برای مشتری ملك بدون منفعت حاصل می شود و مانند این مورد، متابعتی در بین ندارد.

بین مالکیت عین و ملکیت منافع آن ملازمه ای نیست، و الا بطلان تمام اجاره ها لازم می شود یا قول به اینکه منافع عین مستأجره، ملك موجر است- تمام منافع عین مستأجره- و همچنین ملك مستأجر است این قول صحیح نیست.

آنچه از ایضاح در شرح قول پدرش- قدس سره- استفاده می شود این است که اگر مستأجر همان مشتری بود جواز آن اقرب است. وی می گوید: احتمال دارد اجاره منفسخ شود، زیرا زمانی که رقبه را مالک باشد، منافع بر ملك را به دلیل تابعیت رقبه، مالک می شود و هرگاه منافع مملوك او بود عقد اجاره بر آن باقی نمی ماند. «1»

همانا مالکیت عین، مالکیت منافع را به تبع خود در پی دارد. هرگاه مالکیت آن به سبب دیگر باقی نماند تحصیل حاصل لازم می شود، مانند آنچه بیانش گذشت و با صرف حدوث منافع بر ملك به طور مطلق مالکیت واجب نمی شود، بلکه هرگاه به

---

(1). فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج 2، ص 244؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج 1، ص 224.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 18

سبب دیگری از قبل منتقل نشده باشد واجب می شود- و الا محذور المتقدم- تحصیل حاصل لازم می آید.

در جامع المقاصد قائل به بقای اجاره و عدم فسخ آن شده اند و مشتری مستأجر، ثمن و اجرت را جمیعا می پردازد و بر او واجب است که از

مالش اجرت مالش را بپردازد (1)».

اشکال: اگر ملکیت منافع عین مستأجره به تبع آن حاصل شده باشد، لازم می شود. در غیر این صورت، اگر به جهت اجاره باشد در مرتبه پیش به وسیله اجاره منفعت مالی برایش نیست و همانا مالکیت به وسیله اجاره و دادن اجرت حاصل می شود و او از مالش اجرتی می دهد که به وسیله اجاره مالک آن شد.

اشکالی در آن نیست، بلکه هر اجاره ای این چنین است و بعد که به وسیله اجاره، مالک منافع آن شد و عوض بدل انجام شد و بیع بعد آن واقع شد بالتبع تأثیری در ملکیتش نخواهد داشت. برای اینکه هرگاه برای شیء دو سبب وجود داشت و سبب اول مسبب خود را یافت محل و مجالی برای تأثیر سبب دوم باقی نمی ماند.

علامه در قواعد می گوید: اگر مستأجر مشتری بود اقرب جواز آن است. (2) این صحیح است و در ارشاد (3) نیز آورده شده و تعبیرش به جواز از مناقشه خالی نیست؛

---

(1). محقق ثانی، همان، ج 7، ص 90.

(2). علامه حلی، قواعد الاحکام، ج 1، ص 224.

(3). علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج 1، ص 426.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 19

هرگاه که مقصود از آن باقی ماندن اجاره و عدم فسخ آن باشد. شایسته نیست که از آن به جواز تعبیر کنیم و بحث در جواز بیع و جواز اجاره و عدم جواز آنها نیست، بلکه بحث در انفساخ و عدم انفساخ اجاره است.

### تقارن بیع و اجاره

فرع: لو تقارن البیع و الاجارة- كما اذا باع داره مثلا، و فی نفس ذلك الزمان آجرها و کیله- فهل كلاهما یقعان صحیحین أو باطلین، أو التفصیل بین

البيع فيقع صحيحا و بين الاجارة فتقع باطلة؟ وجوه.

اگر بیع و اجاره همزمان با هم واقع شود، مثلا در همان زمانی که خانه را فروخت آن را اجاره دهد آیا چنین بیع و اجاره ای صحیح است یا باطل یا تفصیل قائل شویم بگوییم بیع صحیح است و اجاره باطل؟ وجوهی دارد.

صورت اول: چه بسا در وجه اول گمان شود که عین را شخصی مالک می شود و منفعت را شخص دیگری مالک می شود، تنافی بین آنها وجود ندارد. به دلیل اینکه آن دو ملک برای شخص واحدی است و اوست که می تواند یکی از آن دو را به شخصی و دیگری را به شخص دیگر بدهد.

اشکال: اگر زمان اجاره پیش از بیع باشد صحیح است، زیرا بعد از اینکه منفعت به دیگری به وسیله اجاره منتقل شود ملک، بدون منفعت در مدت اجاره باقی می ماند. در پاسخ به این اشکال می توان گفت: مالک می تواند عین مسلوب المنفعة را به خود مستأجر و یا غیر او بفروشد در حالی که میان این دو منافاتی وجود ندارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 20

صورت دوم: اگر زمان واحد باشد، عین به وسیله بیع منتقل می شود و به تبع عین منافع نیز انتقال می یابد و اگر زمان بیع و اجاره یکی باشد، انتقال منفعت به دو شخص در زمان واحد لازم می شود و دو انتقال منافی یکدیگرند و ترجیحی برای یکی از آن دو نیست و هر دو ساقط می شوند. در صورتی که مشتری و مستأجر یکی باشند، اشکالی در آن نیامده است و منافی یکدیگر نیستند بلکه به منزله تکرار انتقال منفعت به او می باشد.

جواب ایراد مذکور:

دو انتقال در مرتبه واحد نیستند، بلکه انتقال منفعت به وسیله اجاره در مرتبه علت انتقال منفعت به وسیله بیع است، یعنی عین منتقل می شود. پس انتقال منفعت به وسیله اجاره بدون معارض حاصل می شود و محلی برای انتقال آن به وسیله بیع باقی نمی ماند؛ اجاره و بیع هر دو صحیح است. نهایت امر به وسیله بیع عین منتقل می شود، عینی که مسلوب المنفعة است و مشتری در صورت جهل خیار دارد.

اشکال: اول اینکه تقدم علت زمانی نیست، بنا بر این علت و معلول در زمان واحد هستند؛ در غیر این صورت تفکیک بین علت و معلول لازم می آید. پس اگر هزار علت و معلول در سلسله مترتبه وجود داشته باشد، زمان علت اولی با زمان معلول اخیر در آن سلسله یکی است. پس زمان تملیک منفعت در اجاره با زمان تملیک آن در بیع در فرض ما یکی است، اگر اولی در رتبه علت دومی باشد.

ثانیا، در جای خودش گذشت با وجود علتی در رتبه لازم نیست بر معلولش مقدم باشد، مانند خود علت. ناچاریم آنچه گذشت را بپذیریم و آنچه گذشت ملاک برای آن باشد. آنچه برای علیت گذشت ملاک برای وجوب است و این معنی در نفس علت موجود است و آنچه با علت زمانی است موجود نیست. زیرا علت نیست بر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 21

فرض اینکه تملیک منفعت در اجاره در رتبه علت باشد. تملیک منفعت بر بیع مقدم نیست مثل تقدم علت بیع بر آن، زیرا ملاک تقدم در بیع نیست و آن وجوب است.

مضافا اینکه ملاک تنافی وحدت زمانی میان اجاره و بیع است

و اتحاد رتبه و عدم آن در اینجا اثری ندارد. ممکن است گفته شود که عقد اجاره مقتضی انتقال منفعت عین مستأجره است به صورت منجز و نه به صورت معلق، ولی عقد بیع مقتضی انتقال منفعت عین به مشتری است و معلق است بر اینکه مسلوب المنفعة نباشد.

پس در اینجا دو مقتضی وجود دارد: یکی تعلیقی و دیگری تنجیزی. اولی با دومی به علت از بین رفتن موضوع تعارضی پیدا نمی کند. پس در خود زمانی که مقتضی تعلیقی است انتقال منفعت معلق است بر اینکه مسلوب المنفعة نباشد و مقتضی تنجیزی اثرش مؤثر واقع می شود و آن را مسلوب المنفعة قرار می دهد و محلی برای تأثیر مقتضی تعلیقی باقی نمی ماند. در نتیجه، فرقی بین تقدم اجاره بر بیع و اتحاد آن دو از نظر زمانی در اینجا نیست. آنچه ذکر کردیم صحت وجه اول و بطلان دو وجه آخر را آشکار می سازد.

### عدم بطلان اجاره به موت یکی از طرفین

فرع: هل تبطل الاجارة بموت الموجه، أو المستأجر أو لا تبطل بموت أي واحد منهما؟ وقيل: تبطل بموت المستأجر دون الموجه.

آیا اجاره با فوت موجه باطل می شود یا با فوت مستأجر، یا با فوت یکی از آن دو باطل نمی شود؟ عده ای گفته اند که با فوت مستأجر باطل می شود نه موجه.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 22

ظاهر این است که اجاره با فوت هر يك از آنها باطل نمی شود. شکی نیست در حصول نقل و انتقال در باب معاوضات عقدی و معاملات مالی به هنگام وقوع عقد لازم صحیح که جامع تمام اجزاء و شرایط عقد و متعاقدین و عوضین است. اطلاقات و عمومات ادله ای که در وجوب وفای به



عقود و لزوم عمل به شروط و وفای در عهد آمده شامل آن می شود.

پس بنا بر مقتضی قواعد اولیه منافع عین مستأجره در ملك مستأجر در مدت تعیین شده داخل می شود و از ملك موجر خارج می شود و در این امر اجرتی که در مقابل آن، منافع مقتضی صحت عقد و نفوذش و وجوب وفای به وصفی و تکلیفی است در ملك موجر داخل می شود و از ملك مستأجر خارج می گردد. پس لازم است ثابت شود که اجاره عقد لازم است و منفسخ نمی شود مگر با تقایل یا با یکی از اسبابی که مقتضی فسخ هستند. پس خروج هر يك از عوضین از ملك مالکش بعد از وقوع عقد صحیح و بازگشت آن به مالك اولش احتیاج به دلیل دارد که در اینجا دلیلی وجود ندارد.

قائلین به انفساخ و فساد اجاره با فوت یکی از طرفین، ادعای اجماع کرده اند. اما جمعی از قداما با کسانی که قائل به عدم انفساخ عقد با فوت هستند مخالفت کرده اند و این مسأله اجماعی نیست. به طور مثال، اسکافی «1» و سید مرتضی «2» و ابی الصلاح «3» - قدس سرهم - بلکه آنچه در کتاب جواهر آمده از سرائر گرفته شده است در سرائر به

---

(1). منقول از ابن جنید اسکافی در: علامه حلّی، مختلف الشیعة، ج 6، الاجاره و توابعها، م 6، ص 107.

(2). سید مرتضی علم الهدی، مسائل الناصریه، ضمن جوامع الفقهیة، م 200، ص 260.

(3). ابی الصلاح حلبی، کافی فی الفقه، ص 348.

قواعد فقهیة (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 23

عدم بطلان آن نزد اکثر محصلین «1» اشاره شده و بنا به آنچه در مختلف اکثر اصحاب

به بطلان آن فتوا نداده اند. «2»

بعید نیست که بین قدما قول بطلان مشهور باشد همچنانکه در شرایع «3» و در الغنیه «4» اجماع بر آن تصریح شده است و بین متأخرین عدم بطلان آن مشهور است. بنا بر این با توسل به اجماعاتی که مبتنی بر اساس صحیحی نیستند نمی توان بسنده کرد و این از مقتضای قواعد خارج می شود.

دلیل عمده آنان بر بطلان فوت یکی از دو به دو صورت قابل تقریر است:

1) دلیل عقلی. منفعت تابع عین است و شکی در این نیست که عین بعد از مرگ از ملکیت متوفی خارج می شود و به دیگری انتقال می یابد. در نتیجه، منفعت هم به تبع عین به کسی که عین به او منتقل شده انتقال می یابد. بنا بر این اینکه موجر منفعت مستأجر را نسبت به منافع عین مستأجره بعد از مرگ مستأجر مالك می شود، تمليك چیزی است که در اصل مالك آن نمی باشد و بطلانش معلوم است.

این نسبت به مرگ موجر بود و اما نسبت به مرگ مستأجر، از آنجایی که منفعت امری غیر قار و تدریجی الوجود است، پس قبل از مرگ منفعتی در بین نیست. یعنی منافی که بعد از مرگ مالك آن می شود به وجود نیامده و قابل تمليك نیست. پس با مرگ یکی از آنها باطل می شود.

---

(1). محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 27، موارد بطلان الاجاره، ص 207؛ ابن ادریس حلّی، سرائر، ج 2، فی مالومات المستأجر أو الموجر، ص 449.

(2). علامه حلّی، مختلف الشیعة، ج 6، الاجارة و توابعها، م 6، ص 108.

(3). محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج 2، ص 179.

(4). ابوالمکارم ابن زهره،

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 24

ملکیت موجر نسبت به عین متوقف به طول حیاتش نیست، بلکه ملکیت آن مرسله است و با مرگش به ورثه منتقل می شود. پس مرگ، مانند سایر نواقل، سبب انتقال است. زمانی که عین مطلق مرسله را مالک باشد مقید به حیات نیست. پس ملکیتش نسبت به منافع نیز مطلق مرسل است. در نتیجه زیادتر از مدت حیاتش آن را تملیک می کند، زیرا بر مال خود تسلط دارد. تملیک مال فقط مربوط به زمان بعد از فوت است و آن مانند این است که به منفعت عینی از اعیان املاکش برای شخصی مدت طولانی یا کوتاه وصیت کند. شکی وجود ندارد که اگر ملکش عین یا منافع عین مطلقه نباشد، تملیکش از نوع مالکیت عین می باشد و این ضرورتاً باطل است.

اگر بخواهی می گویی از قبیل تملیک یکی از بطون موقوف علیهم برای عین موقوفه برای دیگری نیست یا اجاره اش زیادتر از مدت حیاتش است. برای اینکه ملکیت بطن مطلقه مرسله نیست، بلکه در هر بطنی مالک، مالک عین نمی شود و منافعش زیادتر از مدت حیاتش است و اگر عین موقوفه را اجاره دهد مدتی زیادتر از مدت حیاتش موقوف به اجاره بطن بعد است مگر اینکه بر آن ولایت داشته باشد یا از جانب واقف ولایت داشته باشد؛ مانند اینکه متولی از جانب واقف باشد.

اشکال مطلب این است که وجود منفعت تدریجی است. پس مستأجر مالک آن نمی شود مگر در حال حیاتش؛ زیرا در حال مرگ قابلیت مالک شدن آن را ندارد.

پاسخ به آن: اگر منفعت تدریجی الوجود باشد و لکن عرف و

عقلا- آن را به اعتبار تبعینش از عین موجود، موجود می دانند. و اما ادعایی اینکه مدت اجاره جزء یا شرط برای به دست آوردن ملکیت منفعت برای مستأجر است، چه در مقام اثبات و چه در مقام ثبوت مسأله ای غریب و دور از تحقیق می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 25

مقام اثبات: اثبات آن این است که دلیلی وجود ندارد، بلکه دلیل بر عدم موجود است. موجر برای مستأجر که عین مستأجره را اجاره می کند، مباشرت در استیفاء را شرط نمی کند و این دلیل بر این است که به محض اینکه عقد با کلیه شرایطش تمام می شود مالک منفعت می گردد و این عمل بر گذشت مدت متوقف نیست.

مقام ثبوت: ثبوت آن این است که سپری شدن مدت اجاره با از بین رفتن منافع مساوی است و مرجع این مسأله این است که ملکیت آن چیز، مشروط به انعدام آن می باشد و این دور از ذهن است، پس هیچ گونه اشکال عقلی در بقای اجاره و عدم بطلان آن نه به مرگ موجر است و نه به مرگ مستأجر.

2) روایاتی که آمده دلالت بر بطلان اجاره با مرگ موجر می کند، مانند مکاتبه ابراهیم همدانی که گفت: به امام حسن (ع) نامه ای نوشتم و پرسیدم از زنی که شیر دادنش را به مدت ده سال اجاره کردند به گونه ای که هر سال، پایان سال اجاره را بدهند نه قبل از هر سال، که هنوز زمان آن سپری نشده است. اما زن قبل سال سوم یا بعد از آن مرد. آیا بر ورثه انفاذ اجاره تا آن وقت واجب است یا اجاره با فوت زن منقضی می شود؟

امام

(ع) نوشت: اگر برایش وقت تعیین شده و هنوز نرسیده و می میرد، اجاره از آن ورثه است پس اگر آن وقت نرسیده و ثلث یا نصف یا چیزی از آن رسیده، ورثه به مقداری از آن وقت که رسیده اجاره را می گیرند. «1»

---

(1). کلینی، کافی، ج 5، باب من یؤجر أرضاً ثم یبیعها...، ج 2، ص 270؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ص 912، باب المزارعه، ح 58، ص 207؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجاره، باب 25، ح 1، ص 268.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 26

به این مکاتبه استدلال کرده اند که مراد امام (ع) این است که با فوت موجر اجاره باطل می شود «آن اجاره برای وارث است» یعنی اجاره را به وارث می دهند و اجاره را به نسبت زمان باقی مانده از ده سال، که مدت تعیین شده از اصل اجاره است و آن را امضا کرده اند به وارث می دهند. اصل اجاره ای که به آن زن پرداخت می کنند به نسبت مدتی است که سپری شده و نسبت به مدتی که باقی مانده پرداختی صورت نمی گیرد.

صورت دیگر اینکه مراد از اجاره این است که اجاره نسبت به آنچه بعد از مرگ زن باقی مانده فسخ می شود و این کار نسبت به زمان باقی مانده از ده سال به دست وارث است که آنها با اجاره جدید مثل اجاره زن و با همان کیفیت آن را اجاره دهند و یا اینکه آن را اجاره ندهند و منظور سخن امام (ع) «اگر آن وقت نرسیده است» می باشد یعنی وقتی تعیین شده و به صورت قسط اجاره پرداخت گردیده، پس بر

ورثه مستأجر، دادن اجرت به مقداری که از آن زمان سپری شده و استیفاء منفعت حاصل شده واجب است. زیرا اجاره نسبت به زمان حیات زن که سپری شده باطل نمی شود و زن استحقاق بهره بردن را داشته است. بنا بر این بعد از مرگ او به ورثه اش می رسد.

به عبارت دیگر، ورثه در همه شئون اجاره قائم مقام مورثان هستند. به همین دلیل آنان در مقابل منفعتی که مستأجر استیفاء کرده مستحق ارث می باشند اما این استحقاق بعد از مرگ زن برای آنان حاصل می شود. و لکن اجرت در مقابل ملك به زمان می باشد نه به اعتبار ارث از زن.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 27

دلیل ما نیز همچون مقدس اردبیلی، عدم بطلان مکاتبه است. مقدس اردبیلی در کتاب خود بر این مطلب تصریح کرده است «1» و حکایت علامه طباطبایی در صحت آن ظهور دارد. «2» اما حق این است که مکاتبه در صحت آن ظهور ندارد و بر بطلان هم دلالت ندارد، بلکه مجمل است. پس قول به عدم بطلان اجاره با مرگ موجر را می پذیریم.

مقصود از شرط دوم که گفته شد قول امام (ع) است که «اگر آن وقت نرسیده و ثلث آن رسیده» مستأجر در طول مدت اجاره و قبل از دادن اجرت بمیرد. ورثه، به اعتبار آن مقداری که زن استحقاق بهره برداری آن را داشته مستحق می شوند و آن را می پردازند. در نتیجه، این امر دلالت بر بطلان اجاره با مرگ زن می کند. در غیر این صورت ورثه به عنوان قائم مقام مورث، تمام اجرت تعیین شده را بعد از تمام شدن زمان (ده سال) مانند خود زن

مستحق می شوند.

پاسخ اشکال: بعضی از فقهاء می فرمایند که ورثه استحقاق دارند که مانند زن از مقداری که زن به نسبت زمان تعیین و سپری شده استحقاق بهره برداری داشته، استفاده برند و این امر منافاتی با استحقاق ورثه برای باقیمانده اجرت به اعتبار اینکه اجاره ملك آنهاست، که از زن به ارث رسیده، ندارد و اجاره نسبت به باقیمانده صحیح است. یا می توان گفت: آنچه ورثه به اعتبار ارشان از آن استحقاق بهره مند می شوند، همان چیزی است که زن استحقاق آن را داشته است، به این اعتبار که اجاره ملك آنها بوده است.

---

(1). مقدس اردبیلی، همان، ج 10، ص 64.

(2). منقول است از: محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 209.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 28

عدم بطلان اجاره با مرگ مستأجر واضح است، زیرا مستأجر به محض وقوع عقد صحیح مالك منفعت تمام مدت اجاره می گردد و بعد از مرگش، ملكش به ورثه منتقل می شود و در اینجا مانعی برای ملکیت وارث نیست، مگر اینکه مالك مباشرت در انتفاع را برای مستأجر شرط کند. در چنین مواردی به دلیل تعذر انتفاع قائل به بطلان اجاره هستیم.

### اجاره به صورت مشاع

فرع: يجوز اجارة المشاع كالمقسوم كما يجوز بيعه و صلحه و هبته، و ذلك ين حقيقة الاجاره تملك منفعة معلومة بعوض معلوم. و هذا المعنى كما يتحقق في المقسوم غير المشاع يتحقق في المشاع أيضا، فتشمله اطلاقات الإجارة.

اجاره مشاع مانند مفروز جایز است. همان طور که بیع و صلح و هبه آن نیز جایز است. به این دلیل که ماهیت اجاره تملك منفعت معلوم به عوض معلوم است و این معنی در مفروز و مشاع تحقق می یابد

و شامل اطلاعات اجاره نیز می شود.

عدم جواز چنین اجاره ای، محتاج دلیل (اجماع، روایات و مانند آن) است تا صحت آن را نفی کند. نه تنها صحت آن نفی نمی شود، بلکه سیره عقلا و متدینین قائل به صحت اجاره در املاک مشترکه یا مشاع هستند. عده ای معتقدند که وکیل می تواند قسمتی از زمین و روستا و دکان را که بین عده ای مشترك است اجاره دهد و به هر يك از آنان اجرت سهمی را که از عین مستأجره دارند بدهد، یا هر يك از

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 29

شرکا می توانند سهم خود را به صورت انفرادی اجاره دهند و این امر بین مردم در معاملاتشان شایع است.

البته، صورت اخیر، یعنی تسلیم تمام عین مستأجره به مستأجر بدون اذن شريك، صحیح نیست؛ زیرا تصرف در مال غیر محسوب می شود. به عبارت دیگر، شرایط صحت اجاره از شرایط متعاقدين، مثل بلوغ و عقل و اختیار و عدم حجر و غیر آن، و شرایط عوضین، مثل معلوم بودن آنها تا غرری در بین نباشد و مقدور التسليم بودن و مملوك بودن آنها و بقاء عین مستأجره با انتفاع و مباح بودن انتفاع به آن در صورتی که عین مستأجره مشاع غیر مقسوم باشد امکان پذیر است.

فرع: العین المستأجرة أمانة مالکية فی يد المستأجر.

عین مستأجره در دست مستأجر امانت مالکی است.

شکی نیست که عین مستأجره در دست مستأجر امانت مالکی است. چه انتفاع آن توسط خود مستأجر باشد یا انتفاع آن متوقف بر این نباشد که در دست مستأجر باشد. مثلاً، ماشینی را برای سواری اجاره می کنند، در حالی که عین آن در دست صاحب آن است.



پس این مورد از محل کلام موضوعا خارج است و قطعاً داخل در باب امانات می باشد.

## ضامن نبودن مستأجر

اگر عین مستأجره، که در دست مستأجر است، بدون تعدی و تفریط تلف شود آیا مستأجر ضامن آن است یا خیر؟ البته ضامن ید در صورتی است که ید غیر مأذونه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 30

باشد، یا از جانب خداوند سبحان یا از قبل مالک یا هر چیز دیگری که به منزله اینهاست.

قسمتی از امانات، امانات شرعی است، مثل اینکه لاقط از جانب خداوند در حفظ مال و رساندن آن به مالک - در مدتی که تعیین شده مال در دستش باشد - اذن دارد. یا حاکم شرعی در حفظ اموال غیب و قصر (از دیوانگان و سفیهان و غیر بالغین یا کودکان) تا زمان از بین رفتن حجر آنها، اذن دارد.

در موردی که مال در دست غیر صاحبش باشد. البته به اذن صاحب و مالک آن، یا کسی که به منزله مالک (مانند ولی یا وکیل) آن است، یا کسی که از جانب مالک متولی بر آن مال است، یا مثل متولی وقف و ناظر که به منزله مالک است. در تمام این موارد اگر تلف بدون تعدی و تفریط باشد، کسی که مال در دست اوست، ضامن نیست؛ زیرا قاعده «و علی الید» در ید غیر مأذونه است و ید مأذونه چه تخصیصاً یا تخصیصاً خارج از محتوای آن است.

در مورد مذکور ید مستأجر مأذونه است. و در صورت تعدی و تفریط، ضامن می شود. زیرا در آن دو صورت ید از امانی بودن خارج می شود. امانت مالکی بر دو قسم است:

1) قسمی از آن عقديه

است مانند ودیعه. طرفین تعهد می کنند که مال نزد مستودع امانت باشد و این امانت به معنی اخص است. در این قسم شرط ضمان جایز نیست، زیرا خلاف مقتضی عقد است؛ بلکه خلاف کتاب خداست زیرا خداوند

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 31

سبحان می فرماید: «بر نیکوکاران از هیچ راه حرج و زحمتی نیست». (1) «شک نیست که امانت نیکوست و چه چیزی بالاتر از اینکه امانتدار در صورت تعدی و تفریط ملزم به جبران آن و ضامن باشد. در ذیل به مواردی اشاره می شود که صاحب امانت تفریط و تعدی نکرده است و ضامن نیست: کلینی در الکافی صحیحه حلبی که از ابی عبد الله (ع) روایت کرده است: صاحب امانت و کالا هر دو امین هستند.» (2)

در کافی و تهذیب، صحیحه ای است از زراره که می گوید: از ابا عبد الله (ع) درباره امانت طلا و نقره پرسیدم. امام (ع) فرمودند: تمام چیزهایی که امانت است ولی ضمانت نشده ضمان آور نیست. (3) غیر از این روایات، روایات معتبر دیگری نیز هست.

(2) مالك مالش را برای مدتی که مصلحت است، به صورت اجاره یا عاریه، به دیگری می دهد. بنظر می رسد: در این موارد نیز ید امانی و موجب ضمان نیست. به روایت معصوم (ع) «و ما علی الامین الا الیمین». (4) ید امانی از عموم قاعدة «علی الید ما اخذت حتی تؤدیة» (5) تخصیصاً یا تخصیصاً خارج است و موجب ضمان نیست. اگر

---

(1). توبه: 91 «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ».

(2). کلینی، همان، ج 5، باب ضمان العاریة و الودیعة، ح 1، ص 238؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الودیعة، باب 4،

ح 1، ص 227.

(3). کلینی، همان، باب ضمان العاریه و الودیعه، ح 7، ص 239؛ شیخ طوسی، همان، ج 7، ح 789، باب الودیعه، ح 2، ص 179؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الودیعه، باب 4، ح 4، ص 228.

(4). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقہیہ، ج 2، قاعدة عدم ضمان الامین، ص 9.

(5). احسائی، غوالی اللثالی، ج 2، باب القضاء، ح 10، ص 345؛ میرزا حسین نوری طبرسی، مستدرک الوسائل، ج 17، ابواب الغصب، باب 1، ح 4، ص 88؛ سنن أبی داوود، ج 3، ح 3561، باب فی تضمین العاریه، ص 296؛ سنن ابن ماجه، ج 2، ح 2400، أبواب الصدقات، باب العاریه، ص 802.

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 32

شرط ضمان کند یا امانی مقتضی ضمان نیست تا بگویم شرط خلاف مقتضی عقد است و مؤثر نیست و موجب بطلان عقد می شود. مبنا بر این است که شرط فاسد مفسد عقد است و این صورت از امانت به معنی اعم است مانند عاریه و اجاره و مضاربه و غیر آنها از این قبیل.

از آنچه برای اجاره ذکر کردیم روشن شد که اجاره فی نفسه مقتضی ضمان نیست و مانند ودیعه مقتضی عدم ضمان است و شرط ضمان در آن نافذ می باشد و خلاف مقتضی عقد نیست. پس بدون شرط در صورت تلف یا نقص عین مستأجره در صورت تعدی و تقریط ضامن است و در صورت شرط ضامن بودن آن مانعی ندارد.

فرع: لو آجر داره مثلاً فی هذا الشهر الحاضر باعتبار منفعة شهر أو أزيد متأخراً عن هذا الشهر فالاجارة صحيحة لا مانع منها.

اگر کسی خانه اش را در

این ماه حاضر به اعتبار منفعت يك ماه یا زیادتر از آن اجاره دهد و از زمان حاضر تأخیر کند اجاره صحیح است.

به عبارت دیگر، اتصال مدت اجاره به عقد معتبر نیست و فرقی نمی کند که عین مستأجره- در زمان فاصل بین مدت اجاره و عقد- در اجاره دیگری باشد یا نه. از این جهت است که مالک (موجر) مالک منافع عین مستأجره در تمام قطعات زمان است. شخص هر قطعه ای را که از هر شخصی بخواهد می تواند مالک شود: متصل یا منفصل. فرقی نمی کند که در این فاصله زمانی به شخص دیگری آن را اجاره دهد یا آن را اجاره ندهد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 33

فرع: لو آجر داره لمدّة و لم یعیّن، فهل الاجارة صحیحة أم باطلة؟

اگر خانه اش را برای مدتی اجاره دهد و آن مدت را معین نکند، آیا اجاره صحیح است یا باطل؟

اگر کسی خانه یا دکانش را يك ساله یا يك ماهه اجاره دهد یا زمان را معین نکند، اجاره به سالی یا ماهی که متصل به زمان عقد است برمی گردد؛ در غیر این صورت اجاره باطل است. زیرا عدم تعیین زمان انتفاع و منفعت با ماهیت اجاره که تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم است فرق دارد.

### شرط ضمان در اجاره

فرع: بناء علی بطلان شرط الضمان فی الاجارة

مبنایی که شرط ضمان در اجاره را باطل می داند.

مرحوم واد قدس سرّه می فرماید: ما صحت و جواز و نفوذش را ذکر کردیم.

موجر به مستأجر گفت: خانه را به تو اجاره دادم به شرط اینکه مقداری به من بدهی که اگر تلف شد یا نقصی در آن حاصل شد به این وسیله جبران نمایم.

آیا چنین شرطی به شرط ضمان برمی گردد و باطل است؟ یا نه این شرط خارجی است که در ضمن عقد اجاره واقع می شود و خلاف مقتضی عقد اجاره نیست و خلاف کتاب و سنت نیست و صحیح و نافذ می باشد.

صورت دوم صحیح است. اگر این مطلب را قبول کنیم که عقد اجاره عدم ضمان عین مستأجره را اقتضا می کند و عدم التزام مستأجر به چیزی از مالش را در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 34

صورت تلف یا نقص عین مستأجره حاصل شود اقتضا نمی کند، پس شامل عمومات و جوب وفای به شرط است که واجد شروط صحت شرط است مانند همین بحث.

### ضمان در اجاره فاسد و صحیح

فرع: هل الحكم في الاجارة الفاسدة مثل الاجاره الصحيحة أم لا؟

آیا حکم در اجاره فاسد مثل اجاره صحیح است؟

به عبارت دیگر در اجاره فاسد با تلف عین، ضمان نیست یا نه، به دلیل اینکه ید او مأذونه نیست، ضمان می شود؟ بنابراین که نزد صاحب نظران هنگامی که با عقد فاسد قبض شده، غصب جاری می شود مانند آنچه ابن ادریس می گوید «1» و از عموم «الامین مؤتمن» «2» خارج می شود و عموم قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» شامل آن می شود زیرا از ید مأذونه خارج است و اینجا واقعا اذنی نیست به خاطر اینکه مالک عین مستأجره را به مستأجر می دهد با این اعتقاد که مستحق مالک منافع آن است، وگرنه اگر به غیر مستحق بودن به اینکه مالک منافع آن نیست علم داشت عین را به او نمی داد و به اینکه در دستش باشد راضی نمی شد. پس در واقع به اینکه مال در دستش باشد رضایتی نیست. در نتیجه، اذن

(1). ابن ادریس حلی، همان، ج 2، ص 285.

(2). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، ح 4087، 4088، باب الودیعه، ح 1، 2، ص 304؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، 184، ح 805، 811 فی العاریه، ح 8، 14، ص 183؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الودیعه، فی احکام الودیعه باب 4، ح 1 و 2، ص 227.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 35

نه تنها در حکم عدم نیست، بلکه واقعا معدوم است. پس ید مستأجر مانند ید غاصب است، اگر به فساد اجاره عالم باشد. اگر مالک به فساد اجاره عالم باشد و با وجود این عین مستأجره را به مستأجر بدهد- به دلیل قاعده اقدام- ضامن نیست. برای اینکه به امانت مالکی اقدام کرده و ید آن مأذونه است و موجب ضمان نیست و اشکالی به این مطلب وارد نیست. سخن در جایی است که بی خبر از فساد عقد باشد.

بررسی در این زمینه در مقام فرق بین قضیه حقیقیه و قضیه خارجی است که ما آن را چندین بار ذکر کردیم. در مورد قضیه خارجی اراده به وصف عنوانی بر مصادیقش منطبق می شود و حکم به آن معلق می شود و دومی چیزی است که حکم را به نفس اشخاص خارجی توسط صورت ذهنی متعلق می کند.

در صورت اول، هرگاه به وجود آن وصف عنوانی در شخص مورد خطابش به عنوان آن وصف معتقد باشد، مثلا بگوید «دوستم به خانه ام وارد شو». در این صورت مخاطبی که دوستش نیست اذن ورود به خانه اش را ندارد. زیرا اراده متکلم و ادنش به

این شخص خارجی تعلق نمی‌گیرد، بلکه به عنوانی که بر او منطبق نمی‌شود تعلق می‌گیرد. پس او اذن ورود ندارد. اگر به صورت قضیه خارجی باشد و بگوید: «ای زید داخل خانه ام شو» و اذتش به این خاطر باشد که او دوستش است، بنا بر این اگر دوستش نباشد داخل شدنش جایز است.

سرّ آن در این است که اراده و اذن در این صورت به شخص مخاطب تعلق می‌گیرد، هر چند به این اعتقاد باشد که او دوستش است، اگر چه در اعتقادش خطا کند. اما در صورت اول به عنوانی که بر مخاطب منطبق نمی‌شود، تعلق گرفت. پس مخاطب نه شخصا و نه به عنوانی که بر او منطبق است اذن دخول ندارد. در آنچه ما گفتیم که عین مستأجره را بدهد و آن را به مستأجر بدهد به این عنوان که مستحق

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 36

گرفتن و مالک منفعت آن است، پس مستأجر یدش مأذونه نیست و یدش ید امانی نیست. زیرا اذن به عنوان غیر منطبق بر آن تعلق گرفته است و اگر عین را به عنوان شخصش و با اعتقاد به اینکه مالک منفعتش است تسلیم کند، مأذونه است و یدش ید امانی است هر چند در اعتقادش خطا کرده باشد.

در تسلیم عین مستأجره از سوی موجر به مستأجر، یکی از این دو صورت را می‌بینیم.

ثبوت: اگر به عنوان مستحق و اینکه مالک منافع آن است گرفت، یدش ید امانی نیست و اگر از قسم دوم باشد یدش ید امانی است و ضامن نمی‌باشد. این در مقام ثبوت است.

اثبات: ظاهر حال نشان می‌دهد که عین را

به عنوان اینکه مالک منافع آن است تسلیم مستأجر کرد و آن را به عنوان مقدمه برای استیفای منفعت در باب اجاره گرفته است و در باب بیع فاسد بایع مبیع را به مشتری به عنوان اینکه مالک آن است تسلیم می کند. پس در هر دو باب (اجاره و بیع) ید آن دو ید ضمان می باشد نه ید امانی.

مسألة قاعدة «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» باقی می ماند. پس به درستی بر عدم ضمان در اجاره فاسد دلالت می کند و بنابراین که در اجاره صحیح، به سبب تلف کردن نیز ضامن نیست (زیرا قاعده داریم آنچه را که صحیحش را ضامن نمی باشد در فاسدش نیز ضامن نیست) و این قاعده به اجماع ثابت شده و ما اصل و عکس این قاعده را در جزء اول کتاب گفتیم. پس جای دوری نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 37

فرع: هل الاجراء یضمنون العین - التي یأخذونها یجل عمل فیها - لو تلفت أو حصل فیها عیب و نقص؟

آیا اجاره کنندگان ضامن عین می شوند؟ هنگامی که کسی چیزی را برای انجام عملی می گیرد، اگر مال تلف شود یا عیب و نقصی در آن حاصل شود.

اگر خیاطی پارچه ای را بگیرد تا آن را بدوزد و آن را خراب کند، یا کسی که لباس می شوید، لباس را به آب بدهد و در مورد تمام اجیرها، آیا نسبت به عینی که در دستشان است ضامن هستند یا نه؟

به دلیلی که قبلاً ذکر شد عدم ضمان آنها مشخص است. ید ایشان ید امانت مالکیه است و آن از عموم قاعدة «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» تخصیصاً یا تخصصاً خارج است.



دلیل (موجب) دیگری بر ضمان وجود ندارد. بلکه اخباری که ضمان را از امین نفی می کند از ادله عدم ضمان در این مقام است که تعدی و تقریط از آن صادر نشده است و این سیره متدینین است و سید مرتضی بر عدم ضمان ادعای اجماع کرده است. «1»

به خاطر عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» شرط ضمان در آن نافذ است. اگر شرط واجد شرایط صحت شرط باشد و عدم ضمان از مقتضیات این عقد نیست تا شرط ضمان خلاف مقتضیات آن باشد. پس فاسد و باطل می باشد، بلکه بنا بر قولی مفسد عقد است.

---

(1). سید مرتضی علم الهدی، انتصار، ص 226.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 38

این به روایت موسی بن کبیر اضافه می شود. از امام موسی کاظم (ع) در مورد مردی پرسیدند که در یانوردی را اجیر کرده که غذایی را در کشتیش حمل کند و با او شرط کرده، اگر نقصی در غذا ایجاد شود ضامن است. حضرت فرمود: اگر نقص ایجاد شود اجیر ضامن است. راوی پرسید: چه بسا بیشتر شود. امام (ع) فرمود: آیا ادعا می کند که زیادی مال اوست؟ راوی گفت: خیر. امام (ع) فرمود: زیادی آن برای توست. «1»

ظاهر روایت این است که شرط ضمان نسبت به نقص عینی که در دست اجیر است نافذ است و وجهی برای قول بطلان این شرط و نافذ بودنش باقی نمی ماند.

### خيار در عقد اجاره

فرع: هل یأتی الخیار فی عقد الاجاره أم لا؟

آیا شرط خيار در عقد اجاره می آید یا نه؟

شارع در این مقام آوردن خيار در معاملات را منع نکرده است، اما در عقد نکاح آوردن خيار را منع کرده است. در

این قاعده آوردن خیار در آن را اقتضا می کند، هر چند توسط شرط باشد.

به عبارت دیگر، این موضوع به دلیل نیاز دارد و ادله ای که در باب خیارات وارد شده است و به آن استشهاد کرده اند مختلف است. بعضی از آنها به معاملات خاص

---

(1). ابن ادریس حلی، همان، ح 13، من کتاب موسی بن بکر الواسطی، ص 19؛ حر عاملی، همان، کتاب الاجاره، باب 27، ح 1، ص 270.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 39

اختصاص دارد و غیر آن را اثبات نمی کند؛ مانند روایت معصوم (ع) در باب بیع که فرمودند: «در بیع مادامی که دو طرف معامله جدا نشده اند دارای خیار هستند و زمانی که افتراق پیدا کردند و جدا شدند بیع واجب می شود». «1» این خیار، خیار مجلس نامیده می شود و در غیر بیع (مانند اجاره) نیز جاری نمی شود.

بعضی از خیارات شامل تمام معاملات می شود و اختصاص به این مورد و معاملات دیگر ندارد. مانند قاعده لا ضرر که مبنای دلالتش در ثبوت خیار در معاملات ضرریه است. خلاصه مطلب این است که ابواب معاملات در حقیقت تعهدات و التزامات بین متعاقدین در امری از امور است. به این معنی که هر يك از دو التزام، مقید به التزام دیگری است یا هر يك از آن دو مقید به دیگری است. مگر اینکه شارع از آن منع کند. در غیر این صورت هیچ مانع عقلی در مقام ثبوت آن نیست.

اثبات: به دلیل منع و نفی، اطلاقات که بر لزوم وفا به شرط دلالت می کند، شامل آن نمی شود؛ مانند آنچه در باب نکاح وارد شده است و مانند جایی که شرط واجد

شرایط صحت شرط نباشد یا آن دلیل مخصصی برای عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (2) باشد؛ مانند ادله حرمت و یا نسبت به معاملات ربوی و گرنه خود شرط خیار مانند سایر شرطهای صحیح اطلاعات ادله لزوم وفا به شرط شامل آن می شود و فرقی بین شرط خیار در بیع و در اجاره نزد عقل و عرف نیست.

---

(1). کلینی، همان، ج 5، باب الشرط و الخیار فی البیع، ح 7، ص 170؛ حر عاملی، همان، ج 12، ابواب الخیار، باب 1، ح 4، ص 346.

(2). مانده: 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 40

هرگاه دلیل خاصی برای ثبوت خیار خاص در معامله مخصوص وارد شود، مانند آنچه در باب بیع است: «صاحب حیوان سه روز خیار دارد» (1) و فرقی نمی کند مبیع یا ثمن یا هر دوی آنها حیوان باشد، حق خیار برای صاحب حیوان است. صاحب حیوان کسی است که حیوان به او انتقال پیدا کرده و مشتری می باشد و فقط منحصر به خود اوست و به او صدق می کند. به علت عمومیت نداشتن آن تا تمام معاملات را شامل شود و تمام افراد بیع را شامل نمی شود به خاطر اینکه موضوع خیار حیوان در بیشتر بیعها نیست به خاطر عدم مثن یا ثمن در حیوان، مانند خیار مجلس که دلیل منحصری دارد زیرا گفته اند: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا وجب بیع» یعنی در بیع، خیار آنها تا زمانی است که از یکدیگر جدا نشده اند و هرگاه از یکدیگر جدا شدند بیع واجب می شود و شامل آنچه در غیر از این بیع است، نمی شود.

دلیل نفی ضرر تمام معاملات را شامل می شود و هرگاه

که لزوم و واجب الوفاء بودن آن ضروری باشد و جواب آن رفع می شود. پس شخص مخیر است بین اینکه بر لزوم آن باقی بماند و یا اینکه از آن دست بردارد و به آنچه پایبند بوده (لزوم عقد) اعتنا نکند و شخص مخیر است بین اینکه آن را منحل کند یا نگه دارد.

به این ترتیب، اگر مدرک خیار، قاعده لا ضرر باشد، تمام معاملاتی را که لزوم و واجب الوفاء بودن آن به ضرر یکی از متعاقدين باشد شامل می شود و فرقی نمی کند که بیع یا اجاره یا صلح، مبنی بر مسامحه باشد یا از معاوضاتی که بنای معامله کنندگان در آن (از نظر خسارت و ضرر مالی) بر مسامحه نباشد. اشکالات

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 287، باب ابتیاع الحيوان، ح 1، ص 67؛ حر عاملی، همان، ج 12، ابواب الخیار، باب 3، ح 2، ص 249.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 41

زیادی بر استدلال به قاعده لا ضرر برای ثبوت خیار در باب معاملات حتی در خیار غبن گرفته اند. مانند اینکه مبنای قاعده نفی ضرر حکومت بر ادله اولیه، که مفادش حکومت واقعی تضییق در جانب محمول است، می باشد. مثلاً حکم عقود به عناوین اولیه اش، لزوم و واجب الوفاء بودن به محتوای آن است و هرگاه واجب الوفاء بودن آن ضرر را در پی داشته باشد قاعده لا ضرر آن را بر طرف می کند و وفای به آن واجب نمی باشد و در عالم تشریح واقعا رفع شده است و این شأن حکومت واقعی در جانب محمول است. اما برداشتن وجوب وفا باعث ایجاد حقی در معامله، که به

خيار تعبير شود، نمی باشد. و آن قابلیت اسقاط دارد که شأن هر حقی است تا اینکه آن را به حق شناختند و حق چیزی است که قابلیت اسقاط دارد و آن را جداکننده بین حق و حکم قرار دادند.

می توان گفت همانا شأن قاعده لا ضرر رفع حکم ضرری است نه وضع و اثبات حق خيار علی هذا خيار غبن به دلیل قاعده نفی ثابت ضرر نیست بلکه به دلیل تخلف از شرط ضمنی می باشد و علتش این است که بیع نزد عرف و عقلا عبارت است از تبدیل مال به مال به صورت مساوی و هر يك از بايع و مشتری غرضش به آنچه آن را به عوض مالش می گیرد تعلق می گیرد. به این معنی که بايع غرضش به ثمن تعلق می گیرد و مشتری به مبیع، و این مورد با مبنایی که هر يك از متعاقدين آنچه می گیرد با آنچه عوض آن می پردازد مساوی است منافاتی ندارد و از آن کم نمی شود. پس این شرطی ضمنی از طرفین است و هرگاه این چنین نباشد، یعنی آنچه گرفته با آنچه پرداخته مساوی نباشد، خدعه و غبن است. در نتیجه، تخلف از شرط ضمنی محسوب می شود و این حقیقت که تخلف شرط موجب خيار می شود در اینجا تحقق پیدا می کند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 42

اشکال: شکی نیست که قاعده نفی ضرر، لزوم و واجب الوفاء بودن به عقد را بر طرف می کند. در نتیجه، حالت عقود جایز را پیدا می کند و دست برداشتن از معامله ضرری جایز است و این کار نتیجه خيار است.

این معنی - یعنی جواز - حکم شرعی است و قابل اسقاط نیست و

انکار این فرق، امکان ندارد. پس اگر در اجاره ضرری گفت: حق فسختم را ساقط کردم، کلامش اثری ندارد و حقی در بین نیست. ممکن است بگویند: شرط ضمنی که ما در باب بیع ادعا کردیم ممکن است آنها در اینجا ادعا کنند- یعنی باب اجاره- برای اینکه آن دو از این جهت یکی هستند. موجر و مستأجر نیز در معاوضاتشان مبنایشان بر تساوی عوضین است. یعنی موجر مالک منافع عین به عوض معلوم می شود و مبنایش بر این است که آن عوض مساوی منافع مالش است و همچنین مستأجر تملیک به عوض را قبول می کند و مبنایش بر این است که منفعی که با عقد اجاره مالک آن شده با آنچه عوض آن می دهد مساوی است. در نتیجه، هرگاه منافع کمتر باشد مستأجر، به خاطر تخلف از شرط ضمنی، حق خیار دارد. بنا بر این اثبات خیار غبن در اجاره نیز نیاز به اثبات اجماع و یا دلیل دیگر دارد. همه این مطالب در غیر شرط خیار می باشد.

ثبوت: برای اثبات خیار شرط در اجاره، عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» کافی است. در جواهر الکلام آمده است: اختلافی در ثبوت خیار شرط در اجاره نیست و اجماع بر آن را در کتاب تذکره ذکر کرده اند. «1» سپس ثبوت انواع

---

(1). محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 218.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 43

خیارها را ذکر کرده است مانند خیار رؤیت، عیب، غبن، اشتراط، تبعض صفت، تعذر، تسلیم، فلس، تدلیس و شرکت. ضابطه ای که برای ثبوت خیار در معامله ذکر کردیم، اگر دلیل خاص باشد شامل غیر آن نمی شود- مانند خیار مجلس و

خيار حيوان - و در آن جاری نمی شود، زیرا دلیلی برای آن نداریم و قیاس باطل است و اگر دلیل عام باشد در هر آنچه شاملش بشود جاری می شود و فرقی نمی کند که اجاره یا غیر آن باشد.

## شرایط اجاره

### اشاره

این بحث در مورد شرایط اجاره می باشد که در موارد ذیل بیان می شود:

### شرایط متعاقدين

الاول: کمال المتعاقدين بالبلوغ و العقل و الاختيار.

اول: کمال متعاقدين به بلوغ و عقل و اختيار است.

یکی از شرایط واضح که نیاز چندانی به بیان ندارد این است که متعاقدين به یکی از اسباب حجر محجور نباشند.

### شرایط عوضين

الثانی: كون الاجرة معلومة.

دوم: اجرت معلوم باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 44

اجاره به تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم شناخته شده است برای رفع غرر که در ابواب معاملات نهی شده است.

در مسالك در بیان این شرط آمده است: پیامبر (ص) از غرر به طور مطلق نهی کرده است. «1» محقق (ره) نیز در شرایع بیان کرده اند: اجرت در آنچه کیلی و وزنی است به وزن و کیل معلوم باشد، برای اینکه غرر منتفی گردد و عده ای گفته اند مشاهده کافی است و این نیکوست. «2»

صورت بهتر عدم ورود دلیل بر لزوم شناخت اجرت است در آنچه کیلی و وزنی است و با بیع قیاس می شود. دلیلی از پیامبر (ص) آورده اند که از غرر به طور مطلق نهی کرده است که در مسالك نیز آورده شده است و در تذکره از پیامبر (ص) روایت کرده است که فرمودند: کسی که اجیری را اجاره می کند اجرتش را می داند. «3»

و این دو- یعنی علم به اجرت و رفع غرر- در آنچه با کیل و وزن به دست می آید کیل و وزن است و در آنچه با مشاهده حاصل می شود، مشاهده است.

درست این است که گفته شود در عرف عقلا- غرر در آنچه کیلی و وزنی است به وسیله کیل و وزن برطرف می شود. در نتیجه، منفعت

مملوکه به وسیله اجاره که بدون کیل و وزن است معامله غری



می باشد و مبنایی بر بطلان معامله غرری است و معامله باطل می باشد و هرگاه شکی در صحت اجاره بدون آنها حاصل شود

---

(1). شهید ثانی، مسالك الافهام، ج 1، ص 255.

(2). محقق حلی، همان، ج 2، ص 180.

(3). شهید ثانی، همان، ج 5، ص 178، 179؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج 2، ص 291.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 45

استصحاب مرجع آن است؛ یعنی عدم انتقال منافع به مستأجر، و اصالة الصحة در آن جاری نمی شود؛ زیرا این اصل در شبهات حکمیه جاری نمی شود.

به عبارت دیگر، قاعده اصالة الصحة در جایی جاری می شود که شك شود آن چیزی که آورده شده موافق مأمور به است یا نه. اما اگر شك در صحیح بودن آنچه آورده شده به خاطر عدم علم به مأمور به باشد؛ مانند علم به اینکه در نماز جلسه استراحت را بعد از برداشتن سر از سجده دوم به جا نیاورده و در صحت نماز شك کند که آیا آن مورد جزء نماز است یا نه. با اصالة الصحة اثبات عدم جزئیات امکان ندارد و نماز بدون آن صحیح نیست.

در معاملات نیز اگر در اعتبار معامله شك شود مانند اینکه ایجاب بر قبول مقدم باشد و معامله ای واقع شود و عمدا ایجاب بر قبول مقدم نشود، اثبات صحت معامله ممکن نیست و عدم اعتبار ایجاب بر قبول با اصالة الصحة است.

روشن است که مورد بحث از این قبیل می باشد. مدعی مشاهده را در شناخت آنچه کیلی و وزنی است کافی می داند و برای عدم اعتبار کیلی و وزنی در شناخت آنها مدرکی به غیر از اصالة الصحة نیست و چنین نظری

دور از ذهن است. در ضمن این شرط، یعنی معلوم بودن اجرت، فرضهای آن را ذکر کردیم.

فرع: لا خلاف عندنا فی أنّ المستأجر یملك تمام المنفعة بنفس العقد.

در اینکه مستأجر به محض عقد مالك تمام منفعت می شود اختلافی نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 46

عدم اختلاف از این جهت است که مالك تمليك منفعت معلوم به عوض معلوم را برای مستأجر انشاء می کند و قبول از مستأجر صادر می گردد، و عقدی که واجد تمام شرایط صحت است واقع می گردد و وجهی برای عدم حصول ملکیت نیست.

در بعضی عقود و معاملات شارع قبض را مطلقاً شرط کرده است. در خصوص مجلس است که عقد مؤثر واقع می شود یا لازم می گردد، اما این ربطی به محل بحث ما ندارد. زیرا سخن ما در جایی است که بعد از اینکه عقد اجاره با ایجاب و قبول با وجود تمام شرایط صحت عقد تمام شد آیا مستأجر تمام منافع مدت اجاره را هنگامی که عقد تمام شد مالك می شود یا نه به تدریج مالك آن می گردد؛ یعنی در هر زمان مالك منافع آن زمان می گردد؟ پس اگر خانه یا دکانی را يك ساله اجاره کرد به محض تمام شدن عقد، مالك منفعت تمام سال نمی گردد، بلکه هر روز مالك منفعت همان روز است و هر ساعت مالك منفعت همان ساعت است نه ساعت دیگر.

در اینکه مورد اول صحیح است جای هیچ شکی نیست. برای اینکه سبب ملکیت عقد است که از اهلیش صادر شده است، یعنی از مالك عاقل بالغ غیر محجور.

بنا بر این، تمام شرایط معتبر در صحت این عقد وجود دارد. پس به خاطر عدم

وجود مسبب مخالف لازم می شود.

منشأ احتمال دوم اینکه منافع به محض وقوع عقد اجاره موجود نیست و مالک عین، مالک منفعت می باشد و مستأجر مالک منفعت نمی شود، مگر بعد از اینکه منفعت موجود شود. در نتیجه، قبل از وجود منفعت مالک شدنش امکان ندارد. زیرا چیزی که وجود ندارد به او داده نمی شود و این قضیه ضروریه است. در نتیجه،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 47

همانگونه که ملکیت منافع برای مالک عین تدریجی است، یعنی به تدریج مالک منافع آن می گردد، حصول ملکیت برای مستأجر نیز تدریجی است.

می دانیم که ملکیت منافع برای مالک عین، بعد از وجود منافع می باشد و از آنجایی که منافع تدریجی الوجود هستند پس مالک عین هم به صورت تدریجی مالک منافع می شود و این مبنا جدا فاسد است. زیرا ملکیت از اعتبارات عقلایی و شرعی است و عقلاً منافع تمام عین را به تبع آن عین که ملک مالکش است معتبر دانسته اند. به دلیل اینکه آنان عقیده دارند منافع اعیان از شأن آنهاست. از آنجایی که ملکیت خود عین متوقف به وقت نیست، در نتیجه تمام شئون آن به ملکیت در می آید. همان طور که ملکیت عین برای مالکش ملک مطلق است که از سلطنتش به ناقل قهری مانند موت و ارتداد یا غیر قهری (مانند: بیع و صلح و هبه و غیر آن) خارج نمی شود. منافع نیز این چنین است. بنا بر این، وصیت به منافع ملک خود برای شخص در آن سالها در صورتی که مالک جدیدی بعد از مرگش نباشد، جایز نیست.

اشکال: منافع قبل از آنی که زمانش برسد معدوم هستند و قابلیت ملکیت به آن

تعلق نمی‌گیرد زیرا امر معدوم وجود خارجی ندارد و محال است که از برای عرض خارجی یا امر ذهنی، معروض قرار بگیرد.

پاسخ به اشکال: اولاً ممکن است گفته شود اراده عبارت است از شوق مؤکد به موجودات خارجی قبل از وجودشان توسط صورت ذهنی که آینه‌ای برای خارج و مرئی بالذات است. به این معنی که وصف صفتی برای خود موصوف است نه اینکه وصف به حال متعلق موصوف باشد. اگر صورت ذهنی باشد، متعلق حکم شرعی واقعی و حقیقت و مقصد اصلی او در خارج است که این صورت ذهنی حکایت شد. زیرا مصلحت و مفسده هر دو قائم به خارج است وگرنه صورت ذهنی است و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 48

مصلحت و مفسده‌ای بر آن مترتب نیست و اراده و کراهت به آن تعلق نمی‌گیرد مگر به عرض. مثلاً- نماز، مطلوب به وجود خارجی است، قبل از اینکه به واسطه آن صورت ذهنی بیابیم. همچنین، مانند آن است امر در کراهت، پس محرمات مکروهه منفوره به وجود خارجی است. قبل از اینکه به واسطه آن صورت ذهنی بیابیم. و در جایی که مرکز مصلحت و مفسده آن وجود خارجی است. وگرنه صورت ذهنی برای آن وجود خارجی نه مطلوب و نه مبغوض است. بر این مبنا از اجتماع امر و نهی امتناع کرده‌اند که ترکیب بین متعلقشان ترکیبی اتحادی است و جواب ما از آنچه می‌گویند این است که متعلق امر و نهی صورت ذهنی هستند که هر یک از آنها غیر از دیگری است و در متعلق واحد جمع نمی‌شوند. اجتماع ضدین از آن لازم می‌آید و این

محال است.

اینکه گفته شود مثلاً- در ترکیب اتحادی ظرف غضب و صلوات در خارج است و امر و نهی به خارج تعلق نمی گیرد، برای اینکه خارج ظرف سقوط آنهاست نه ثبوت آنها، بلکه هر يك از آنها صورت ذهنی برای صلوات و غضب تعلق می گیرد و این دو مختلف هستند، پس اجتماع بین آنها نیست. خلاصه آنچه در مبحث اجتماع در مقام ردّ این سخن گفتیم این است که اراده و کراهت به صورت ذهنی از زمانی که این دو از کیفیات و حالات نفسانیه است تعلق می گیرد. پس به ناچار عروضش در ذهن است و لکن به آنچه آن برای خارج آینه است که توسط صورت ذهنی به خارج سیر داده می شود.

هدف اصلی در مصلحت و مفسده- این دو ملاک حکم شرعی- در خارج است و شکی در اینکه اراده و کراهت از ملاک تبعیت می کند، نیست. اما اینکه ابتدائاً و بدون واسطه در معرض به خارج تعلق می گیرند، غیر ممکن است. پس به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 49

واسطه صورت ذهنی به آن تعلق می گیرند. مقصود از اینکه صورت ذهنی بالذات است به این معنی است که بدون واسطه در عرض است و مقصود از بالعرض این است که اراده به آن تعلق می گیرد، زیرا چیزی که از آن صورت می خواهیم مطلوبشان است.

اما اشکال به اینکه خارج ظرف مکانی برای سقوط این امر و نهی است نه ثبوت آن، چنین مطرح می شود:

اگر بگوییم که امر و نهی به خود فرد خارجی بدون واسطه صورت ذهنی تعلق می گیرد اشکال موجه است، زیرا وجود متعلق لازم می آید و در اوامر، از قبیل

طلب، تحصیل حاصل می باشد و در نواهی لازمه کلام اجتماع نقیضین است و هر دو محال است.

اگر بگوییم امر و نهی متعلق به صورت ذهنی است یعنی به ماهیت تعلق می گیرد، از این جهت که صورت ذهنی آئینه وجود خارجی است، بنا بر این صورت ذهنی قبل از آنکه صاحب صورت یعنی وجود خارجی شود به وجود می آید و مورد طلب قرار می گیرد و مطلوب می شود و به اعتبار اینکه از صاحب صورت حکایت دارد و آئینه آن است و از این جهت مطلوب می شود. بنا بر این صاحب صورت قبل از آنکه در خارج وجود پیدا کند، مطلوب مولی به واسطه صورت ذهنی می شود. پس آن اشکال یاد شده که تحصیل حاصل باشد لازم نمی آید.

موقعیت در مسأله مورد بحث چنین است: مالک (موجر) منافعی را که این منافع در آینده پیدا می شود تملیک می کند و منافع آینده به واسطه صورت این منافع ارائه می شود نه اینکه موجر خود منافعی که در خارج پیدا می شود تملیک می کند تا اینکه اشکال یاد شده لازم آید. عدم امکان تعلق وجود خارجی بدون واسطه به صورت

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 50

ذهنی است. این بدان معنا نیست که تعلق اراده مطلقاً غیر ممکن باشد. پس صورت اول یعنی تعلق اراده به وجود خارجی بدون واسطه صورت ذهنی، غیر ممکن است.

اما دومی یعنی با واسطه، مانعی ندارد. پس قول به اینکه مستأجر بتدریج مالک منافع عین می شود بی اساس است.

اگر اینگونه نباشد رفع آن اشکال خیالی اصلاً ممکن نیست. زیرا موجود که بتدریج به وجود می آید، مانند حرکت، از امور غیر ثابت است که قابلیت تقسیم به

اجزای غیر متناهی را دارد. پس هر جزئی از آن قبل از آنکه به وجود آید بنا بر ضعیف بودن اشکال قابل تملیک نیست، زیرا که معدوم است و بعد از اینکه به وجود آید قابلیت و صلاحیت آن را ندارد که مستأجر از آن استفاده کند. بنا بر این نسبت به این جزء اجاره نمی تواند تعلق یابد. زیرا که مقصود از اجاره این است که مستأجر عین منافع مستأجره را انتفاع و استفاده کند و آن اجزای تدریجی غیر ثابت هر چیزی از آنکه به وجود می آید، بلافاصله از بین می رود بلکه تا این جزء به وجود آمده از بین نرود، جزء دیگر موجود نمی شود و در غیر این صورت تخلف لازم می آید و آن اشکال این است که آنچه را ما تدریجی فرض کردیم تدریجی نباشد. زیرا معنای تدریجی بودن يك چیزی این است که اجتماع اجزای آن در يك زمان ممکن نباشد.

فرع: اطلاق عقد الاجاره يقتضی التعجيل.

اطلاق عقد اجاره اقتضای تعجيل دارد.

اطلاق عقد اجاره و عدم تقیید که اجرت مؤجل به وقت معین باشد یا ماه معین، تعجيل را اقتضا می کند و شرط تعجيل تأکید است، زیرا اطلاق تعجيل را اقتضا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 51

می کند. بله، اگر شرط مؤجل کند با تعیین وقت عرفی، از آنجایی که غرری در بین نیست، نافذ است. برای عموم قاعدة «المؤمنون عند شروطهم» و آنچه بیان کردیم که اطلاق عقد اجاره تعجيل را اقتضا می کند به نسبت برای دادن اجرت است و در بیع اطلاق جاری می شود و تعجيل دادن ثمن را اقتضا می کند.

سرّ این دو این است که ملکیت اجرت

برای اجیر به کار است و ثمن برای مالک عین به عقد است. بعد از اینکه ملکیت حاصل شد بر مستأجر و مشتری رد کردن مال دیگری- اجرت و ثمن- به صاحبش فوراً و بدون تراخی و ماطله واجب است.

زیرا رد کردن امانات به اهلش واجب است و شکی نیست که ثمن و اجرت نزد مشتری و مستأجر امانات مالکیه هستند.

اما شرط تعجیل تأکید است، زیرا عقد اجاره آن را اقتضا می کند. برای اینکه عقد در بیع و اجاره و غیر این دو از عقود تملیکیه است. زیرا سبب مالکیت هستند و با وجودش مالکیت پدید می آید و به سبب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1) ترتیب اثر بر آن عقدی که تمام است واجب می شود و مشتری ثمن را به بایع تسلیم می کند و مستأجر اجرت را به مالک عین مستأجره می دهد و اگر شرط تعجیل در ادا نماید، وفای به آن واجب است و تعجیل در ادا به خاطر عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» (2) می باشد و با آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تأکید می شود و اما با شرط تعجیل، اطلاق عقد مقید می شود به خاطر اینکه نه حرامی حلال، و نه حلالی حرام می شود. پس جایز و نافذ است به

---

(1). مانده: 1.

(2). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 1872، الزیادة فی فقه النکاح، ج 80، ص 467؛ حر عاملی، همان، ج 15 ابواب المهور، باب 40، ج 4، ص 50.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 52

سبب آن قول که می فرماید: «کل شرط جائز بین المسلمین إلا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

## [فروع شرایط]

### حکم ظهور عیب در اجرت

فرع: لو وقف الموجه علی عیب فی الاجرة- سابق علی القبض-



فهل يوجب الخيار أو الارش أو الانفساخ أولا؟

اگر موجر بر عیبی که قبل از قبض در اجرت بوده آگاه شود آیا این موجب خیار است یا ارش یا موجب انفساخ می شود یا نه؟

اگر موجر بر عیبی که پیش از قبض در اجرت بوده آگاه شود- فرقی نمی کند که عیب بعد عقد حادث شده باشد یا قبل از عقد، یا بعد از عقد و قبل از قبض- ملاک این است که اجرتی که به موجر رسیده است معیوب است. این معیوب بودن یا به خاطر نبودن جزء یا وصفی از آن است. حال آیا موجب خیار است یا ارش، یا خیار به تنهایی یا ارش به تنهایی، یا موجب انفساخ است یا اینکه موجب چیزی از اینها نیست و فقط حق مطالبه بدل را دارد با فرد صحیح عوض کنند که به طور طبیعی اجرت به آن تعلق می گیرد؟

بنظر می رسد: اجرت گاه طبیعت کلی است که قابل انطباق بر افراد متعددش است و یا اینکه شخص خارجی ممتنع الصدق علی کثیرین است. پس اگر از قسم اول باشد برای مستأجر تطبیقش بر افراد معیوب نیست؛ برای اینکه کلی هرگاه عوضی در عقود معاوضی قرار گیرد به طبیعت سالمه از عیب و نقص منصرف می شود. پس در مقام ادا واجب است که فرد سالم ادا شود. اگر مخالف آن بود و فرد معیوب ادا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 53

گردید مطالبه بدل به فرد صحیح برای موجر پدید می آید. زیرا همین مطلب مصداق است برای آنچه حق است.

اما هرگاه اجرت شخص خارجی باشد و در آن عیبی قبل از قبض حادث شود گفتیم قاعده

«کل میبع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» به بیع اختصاص ندارد، بلکه در تمام معاوضات جاری می شود. پس عیب که ایجاد می شود یا به تلف جزء است یا به از بین رفتن وصف صحیح است. اگر جزء تلف شده باشد از آنچه که تقسیط شود بر آن بها و مقابل آن مقداری از طرف دیگر قرار بگیرد پس به نسبت آن جزء و مقابلش معامله فسخ می شود. مثلاً اگر خانه ای را يك سال کامل به مقداری از گندم اجاره دهد، وقف بر جزئی از گندم که اجرت خانه است واقع شود، به مقدار آن جزء اجاره فسخ می گردد فرض می کنیم که مقابل تالف يك ماه از مدت اجاره است پس به مقدار يك ماه اجاره فسخ می شود، برای اینکه تالف از مال مستأجر می باشد. بنا بر فرض به حکم قاعده و به انفساخ تمام عقد می باشد نه کمتر به مقدار آنچه تالف بعد از تقسیط مقابل آن قرار می گیرد.

گفتیم تمام عقد منفسخ می شود. پس تمام اجرت به مستأجر و عین مستأجره به موجر برمی گردد و در این مسأله اشکالی نیست و گفتیم عقد به مقداری که مقابل جزء تالف از اجرت قرار می گیرد منفسخ می شود. پس آن مقدار به موجر برمی گردد و باقی به مستأجر برمی گردد و اما خیار تبعض صفقه برای هر يك از آن دو- موجر و مستأجر- به وجود می آید.

بنا بر این، اگر موجر به اتلاف بعضی از اجرت تعمد کند. اتلافش به منزله قبض او می باشد. اگر قبض عرفی نباشد این به نسبت جزء است. اگر تالف وصف باشد و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 54

برای حدوث عیب در اجرت شد. گفتیم به اینکه حدوث عیب قبل از قبض مانند حدوثش قبل از عقد است. پس بین فسخ عقد و بین گرفتن ارش مخیر است با خودداری کردن بر اشکال و آن اینکه گرفتن ارش و نگه داشتن آن بر خلاف قاعده است و آنچه در بیع ثابت شد به دلیل تعدی است و مسأله را در خیار عیب بررسی کردیم. و ادعای اجماع بر جواز گرفتن ارش و نگه داشتن و رد نکردن آن کرده است، این مطلب با اجماع تمام شد وگرنه خالی از اشکال نیست.

کلام باقی می ماند در اینکه قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» آیا اختصاص به بیع دارد یا در تمام معاوضات جاری می شود؟ ما این مسأله را در کتاب قواعد فقهیه مفصلاً بررسی کردیم و در اینجا به آن اشاره کردیم.

مرحوم والد قدس سرّه می فرماید: اگر مدرک این قاعده دو روایت شریف باشد یعنی حدیث شریف نبوی روایت شده در غوالی اللئالی که می فرماید: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» «1» و روایت عقبه بن خالد از ابی عبد الله (ع) که از ایشان سؤال شد در مورد مردی کالایی از دیگری خرید و شرط کرد که کالا نزدش باشد و آن را قبض نکرد و گفت فردا کالا را می برم و دزد کالا را دزدید و اینکه دزدی از مال چه کسی صورت گرفته است؟ امام (ع) فرمودند: از مال صاحب کالا است که

---

(1). احسابی، همان، ج 3، باب التجارة، ح 59، ص 212؛ میرزا حسین نوری، همان، ج 13، ابواب الخیار، باب 9، ح 1،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 55

در خانه اش است تا زمانی که کالا را قبض کند و از خانه اش خارج کند. پس هرگاه از خانه اش خارج کرد، پس بایع ضامن است تا اینکه مالش را به او رد کند. (1)

ظاهر این است که به بیع اختصاص دارد و شامل سایر معاوضات نمی شود. پس تسری به سایر معاملات معاوضی - مثل اجاره و صلح به عوض - به دلیل یا تنقیح مناط قطعی احتیاج دارد، و چیزی در بین نیست، پس تسری از بیع به غیر آن ممکن نیست.

اگر مدرک آن اجماع باشد مانند آنچه گفته شد - شیخ انصاری از تذکره «2» علامه حکایت می کند که عموم حکم برای تمام معاوضات است بر وجهی که به نظر می رسد نزدشان از مسلمات است - پس تعدی خالی از اشکال نیست: اولاً به خاطر عدم تحققش به ادعای بعضی، خصوصاً هرگاه از کلام آن بعض، ظاهر شود که تصریح به این قضیه نشده است.

دوم عدم حجیتش مثل این اجماع بر فرض تحققش، مانند آنچه در اصول آن را بررسی کردیم. اما اگر مدرک آن - آنچه ما در شرح این قاعده در جزء دوم این کتاب ذکر کردیم - باشد. بنای عقلا و عرف و عادت بر این است که انشای عقود معاوضی بر گرفتن و دادن در خارج مبتنی است، به این معنی که مبادله در عالم انشاء

(1). کلینی، همان، ج 5، باب الشرط و الخيار فی البیع، ح 12، ص 171؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 89، فی عقود البیع، ح 6، ص 21؛ همچنین: ج 7، ح 1003، باب فی الزیارات، ح 23، ص

230؛ حر عاملی، همان، ج 12، ابواب الخیار، باب 10، ح 10، ص 358.

(2). شیخ مرتضیٰ انصاری، مکاسب، ص 314.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 56

و تشریح مقدمه ای برای گرفتن و دادن در خارج است. و اگر عوضین قابلیت گرفتن و دادن در خارج را نداشته باشند حدوث و بقاء عقد از آن گرفته شده است ناچاریم از بقای قابلیت به آنچه بعد از قبض است. قبل از قبض با زوال آن عقد منفسخ می شود.

و تو می دانی که این معنی به بیع اختصاص ندارد، بلکه در تمام معاوضات جاری می شود. به خاطر اینکه ملاک آنها به نظر عرف عقلا یکی است. و آنچه در مدرک قاعده اختیار کردیم این است و روایات تأیید کننده این معنی در ذهن عرف و عقلا زود به ذهن می رسد.

### مفلس شدن مستأجر

فرع: لو فلس المستأجر كان للموَجِر فسخ الاجاره.

اگر مستأجر مفلس شد موجر می تواند اجاره را فسخ کند.

فقهها در کتاب مفلس ذکر کرده اند که اختصاص طلبکار به عین مالش است و با طلبکاران شریک نمی شود. به خاطر اجماع و اخباری که در این زمینه وارد شده است. در کتابهای فقهی که برای اصحاب است در مورد مرد مفلس روایتی وارد شده است. «1»

---

(1). میرزا حسین نوری طبرسی، همان، ج 13، ابواب کتاب الحجر، باب 4، ح 1، ص 430؛ تمیمی، ابی حنیفه نعمان بن محمد، دعائم الاسلام، ج 2، ح 187، فصل 17، ذکر الحجر و التفلیس، ص 67؛ بیهقی، سنن کبری، ج 6، باب المشتري یفلس بالثمن، ص 45؛ سنن ابی داوود، ج 3، باب فی الرجل فیجد الرجل متاعه بعینه عنده، ح 3519، ص 286.

قواعد فقهیه (بجنوردی)،

صحیحہ عمر بن یزید، از ابی الحسن (ع) در مورد مردی که مدیون بود سؤال کردند پس اگر عین کالای مرد دیگری را نزدش بیابند. گفت: طلبکاران با او شریک نمی شوند (1) و اخبار دیگری غیر از آن نیز هست.

به هر ترتیب، مشهور فقها اختصاص طلبکار را به عین مالش می دانند و اگر مفلس مالی غیر آن نداشته باشد و این خیار تقلیس نامیده می شود. هرگاه این مورد ظاهر شد در تفسیر آنچه در شرایع آمده (2) است می گوئیم: اگر کسی خانه اش را به شخصی اجاره داد و مستأجر قبل از دادن اجرت مفلس شد چیزی از منافع خانه را استیفا نمی کند یا اگر چیزی از آن باقی ماند آن را استیفا نمی کند و موجر اجاره را فسخ می کند و منافعی را که مستأجر استیفا نکرده به او برمی گرداند.

حکم مذکور، یعنی ملحق کردن منافع به اعیان به این معنی که اگر عین مالش باشد و کالایش موجود باشد او به سایر طلبکاران شایسته تر است. همانطوری که به منافع موجود که مستأجر آن را استیفا نکرده شایسته تر است بر آن ادعای اجماع کرده اند.

از آنجایی که اخبار در خصوص اعیان است شامل مورد اجاره و منافع نمی شود و بعد از باطل بودن قیاس ناچاریم بگوئیم اختصاص حکم به موجر غیر از سایر طلبکاران است به خاطر منافع مالش از باب تنقیح مناط و به اینکه عین مالش موجود

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 6، ح 420، فی الدیون و احکامها، ح 45، ص 193؛ همچنین: شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ح 19، کتاب الدیون باب من یرکبه الدین ...، ح 1،

ص 8؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الحجر، باب 5، ح 1، ص 145.

(2). محقق حلی، شرایع الاسلام، ج 2، ص 92.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 58

باشد اختصاص ندارد. بلکه مقصود این است که مدیون بعد از اینکه مفلس و محجور شد از طلبکاران کسی که مالش نزد او موجود است - فرق نمی کند که آن مال عین باشد یا منفعت - به دیگران مقدم است. برگشت آن به از بین بردن خصوصیت عینیت مال بعدی در آن نیست.

فرع: لا يجوز أن يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره.

جایز نیست که مسکن و دکان و اجیر را به بیشتر از آنچه آن را اجاره کرده است، اجاره دهد.

این کار جایز نیست مگر اینکه به غیر جنس اجرت اجاره کند یا آنچه در مقابل تفاوت اینها ایجاد می شود. «1»

در بعضی روایات ذکر شده «أن فضل الحانوت حرام» «2» و ظاهر این است که آن «الخان» که در شرایع ذکر کرده است با «الحانوت» یکی باشد وگرنه لفظ «الخان» در اخبار منع فضل نیست، یعنی اجاره به بیشتر از آنچه اجاره کرده است. بلکه در آن «الرحی» و «الحانوت» و «الدار» و «الاجیر» و «السفینه» و «الارض» موجود است. به هر ترتیب، قواعد اولیه هر آنچه را که مالک آن می شود و دارای منفعت محله است، اقتضا می کند. انتقالش به غیر آن جایز است و عاریه دادن و اجاره دادن آن صحیح است برای اینکه «الناس مسلطون علی اموالهم»، و برای گرفتن عوض برای انتقال

---

(1). همان، ص 181.

(2). کلینی، همان، ج 5، باب الرجل يستأجر الارض أو الدار فيؤجرها بأكثر

مما استأجرها، ح 3، ص 272؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجارة، باب 20، ح 4، ص 260.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 59

منافع مالش حدی نیست؛ بلکه گرفتن هر مقدار برای اوست با علم به اینکه آن طرف مشکل بتواند آن منافع را به انتقال در آورد تا جایی که اجرت به حدی نرسد که معامله را در عرف، معامله سفهی بگویند.

اگر عینی یا اجیری را اجاره کرد و با اجاره، منافع آن عین و کار آن اجیر را تملك کرد، پس آن منافع و کار برای دیگری را به هر اجرتی که بخواهد مالك می شود، تا زمانی که معامله به سفاهت نرسد و منع آن احتیاج به دلیل دارد.

اجاره دادن به بیشتر از مورد اجاره را در این مورد منع کرده اند. این سه مورد در شرایع ذکر شده است: «المسکن» و آن را در بعضی از اخبار به خانه «1» تعبیر کرده اند.

«الخان» در بعضی اخبار به الحانوت تعبیر کرده اند و «الاجیر» «2» که در بعضی اخبار به «الاخیر» ملحق کرده اند. در شرایع ذکری از «الرحی» «3» به میان نیامده است. برای اینکه در روایاتی که وارد شده از آن به کراهت تعبیر کرده اند نه حرمت. بر خلاف سه موردی که ذکر شد و آن روایت سلیمان بن خالد از ابی عبد الله (ع) است که گفت:

من از این کراهت دارم که سنگ آسیاب را به تنهایی اجاره کنم. سپس آن را به

---

(1). کلینی، همان، ج 5، باب الرجل يستأجر الارض أو الدار...، ح 1، ص 271؛ شیخ طوسی، همان، ج 7، ح 894، باب المزارعه، ح 40، ص



203؛ شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ح 463، باب من استأجر ارضا بشیء معلوم... وح 2، ص 129؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجارة، باب 20، ح 2 و 3، ص 259.

(2). کلینی، همان، باب الرجل يستأجر الارض أو الدار فيؤجرها بأكثر مما استأجرها، ح 3، ص 272؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجارة، باب 20، ح 4، ص 260.

(3). شیخ صدوق، من لا يحضره الفقيه، ج 3، ح 3864، بيع الكلاء والزرع والأشجار، ح 4، ص 235؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجارة، باب 20، ح 1، ص 259.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 60

بیشتر از آنچه اجاره کردم اجاره دهم. مگر اینکه در آن حدیثی ایجاد کنم یا ضرری در آن به وجود آید.

مفهوم روایت اسحاق بن عمار از جعفر از پدرش که پدرش می گوید: اشکالی ندارد مردی خانه یا کشتی یا زمینی اجاره کند و سپس آن را به بیشتر از آنچه اجاره کرده اجاره دهد. «1»

اگر در اجاره این امور شکی باشد بر حرمت دلالت نمی کند، بلکه اعم از آن و کراهت است و مانع اینکه در خانه حرامی باشد، نیست. مانند آنچه در شرایع به آن به عنوان مسکن تصریح شده و در مورد زمین و کشتی مکروه می باشد.

خلاصه کلام اینکه اشکالی در عدم جواز اجاره مسکن یعنی خانه یا دکان نیست و نه اجاره اجیر به بیش از آنچه آن را اجاره کرده است مگر اینکه آنچه را در مقابل تفاوت است در آن مصرف کرده باشد و یا اینکه آن را به غیر جنس اجرت آنچه آن را اجاره

کرده است بدهد که در شرایع به آن تصریح شده است. و دلیل آن این است که به نسبت خانه و اجیر در آنچه از ابو الریبع الشامی، از ابی عبد الله (ع) روایت شده که گفت: از مردی پرسید که زمین را از دهقانان قبول می کند و سپس آن را به بیشتر از آنچه آن را قبول کرده اند اجاره می دهد حضرت فرمودند: اجاره زمین مثل اجیر و خانه نیست و بیشتر اجاره دادن اجیر و خانه حرام است.

این روایت به دو مطلب دلالت می کند:

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 979، فی الاجارات؛ ح 61، ص 223؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجارة، باب 22، ج 2، ص 263.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 61

(1) عدم بطلان اجاره زمین به بیشتر از آنچه اجاره کرده است. پس جمع عرفی بین آن و مفهوم روایت اسحاق بن عمار به اینکه مفهوم را در دومی بر کراهت حمل کنیم، تعارض برطرف می گردد.

(2) به حرمت فضل در اجیر و خانه که مترادف دار و مسکن است تصریح کرده است. اما نسبت به الحانوت که مترادف الخان و الدکان است آنچه از ابن ابی عمیر از ابی المغراء، از ابی عبد الله (ع) روایت می کند در مورد مردی که زمینی را اجاره می کند و سپس آن را به بیشتر از آنچه اجاره کرده، اجاره می دهد که فرمودند: «شکی نیست که این مانند حانوت و اجیر نیست، فضل الحانوت و الاجیر حرام است».

روایت در حرمت فضل در الحانوت و همچنین جایز بودن فضل در اجاره زمین صریح است و چاره ای نیست که مفهوم را در

روایت اسحاق بن عمار بر کراهت نسبت به زمین حمل کنیم. پس به حکم وحدت سیاق ناچاریم که کشتی را نیز مانند آن حمل کنیم و این منافاتی با ثبوت حرمت فضل در خانه به دلیل دیگر ندارد.

اگر دلیل دیگری بر حرمت در مورد خانه نباشد ما به حکم وحدت در مورد آن سیاق به کراهت نمی‌گوییم و وجودش گذشت. اما نسبت به الرحی، لسانش لسان کراهت است مانند آنچه دانستیم.

به طور خلاصه باید گفت که حق آن است که در شرایع از حرمت فضل در خصوص سه مورد که آن را ذکر کرد: المسکن، الخان، الاجیر سخن به میان آمده و در غیر آن یعنی الارض و السفینه و الرحی سخنی ذکر نشده است. «1»

---

(1). محقق حلی، همان، ج 2، ص 181.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 62

اما جواز در تمام آنها اگر حدثی در آن حادث شود یا اجرتی که از مستأجر می‌گیرد از غیر جنس اجرت باشد که آن را عطا کرده است پس با وجود استثنائات در روایات مانعه متقدمه به نسبت به آنچه حدثی در آن حادث شده، می‌باشد.

و اما استثنا، هرگاه فضل در غیر هم جنس باشد مثل اینکه خانه را به صد کیلو از گندم اجاره کند. سپس به دویست کیلو جو یا برنج یا غیر آن از اجناس دیگر اجاره دهد، در اخبار این باب اثر و عینی نیست و به درستی آن را فقها گفته‌اند و جمعی از اصحاب به آن اعتراف کرده‌اند. پس مدرک این استثنا دعوی اجماع است و نه صغری برای آن است. برای مخالفت جمع و نه کبری برای آن

است، به خاطر عدم دلیل بر حجیت مثل این اجماع و آنچه آن را ذکر کرده و به آن تمسک کرده اند از وجوه باطل است مثل حرمت فضل از جهت اینکه در همجنس، ربا لازم می شود و هرگاه در دو جنس مخالف باشد ربا لازم نمی شود. و تو می دانی که این توجیه ضعیف است که صدورش از فقیه شایسته نیست، بلکه سست است. پس حق در مقام عدم اعتنا به این استثنا و قول به حرمت فضل در سه موردی که در شرایع ذکر شد این است که فرقی نمی کند فضل در همجنس باشد یا غیر همجنس.

## اجاره دو مورد به طور تردید

### اشاره

فرع: لو استأجر أحدا ليحمل متاعا الى موضع معين بأجرة معينة في وقت معين، فهل له أن يشترط تقيص الأجرة فيما لو خالف أو سقوطه أو لا؟

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 63

اگر برای حمل کالایی در مکان معین با اجرت معین در وقت معین کسی را اجاره کند و با او شرط کند که اگر در آن وقت معین نرسد از اجرت آن کم می شود که آن مقدار را تعیین می کنند. به گونه ای که اجاره هنگام عدم وفای به شرط، بدون اجرت باقی نمی ماند، یا با او شرط می کند هنگام عدم وفا به شرط، اجرت ساقط می گردد و اجاره بدون اجرت باقی می ماند.

اما اولی جایز است و اشکالی در آن نیست به خاطر شمول اطلاقات ادله وجوب وفای به شرط، هرگاه شرط مخالف مقتضای عقد و کتاب و سنت نباشد.

دلیل روایتی است که حلبی می گوید: نزد يك حاکم و امام باقر (ع) نشسته بودم.

دو نفر به نزد قاضی آمدند. یکی از آنها گفت: من شتر

این مرد را کرایه کردم تا اینکه کالایی را برای من به بعضی از معدنها ببرد و شرط کردم برای او که مرا با شتر خودش فلان روز داخل معدن ببرد زیرا که آنجا يك بازاری وجود دارد که من می ترسیدم آن بازار را از دست بدهم و با او شرط کردم که اگر به این موقعیت نائل نشدم از کرایه هر روزی که مرا از موقعیت محروم ساخته چیزی کم کنم. این شخص چند روز مرا از این کار بازداشت و به آنجا نرساند. پس قاضی در مقابل این سؤال گفت: شرط باطل است. کرایه او را بده هر چند که آن روزها تو را نبرده و نرسانده است. مرد رفت و امام باقر (ع) رو به من کرد و فرمود: این شرط مادامی که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 64

همه کرایه او را کم نکنند جایز است. «1» (یعنی آنچه را که شرط کرده کم کند و بقیه را به او بدهد.)

این روایت در صحت شرط و جوازش در قسم اول صراحت دارد و مفهوم آن بر عدم صحت و عدم جواز در قسم دوم دلالت می کند. برای اینکه بنا به مفهوم قول معصوم «تمام کرایه را کم نکنند» پس اگر تمام کرایه را کم کرد شرط باطل است.

علاوه بر این، هرگاه شرط سقوط اجرت کند با ماهیت اجاره تنافی و تناقض دارد، زیرا ماهیت اجاره تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم است. پس هرگاه عوضی در بین نباشد، اجاره نیست. این حکم در مورد تمام معاوضات جاری می شود. هرگاه معنی معاوضه را این قرار دهیم که یکی از آن دو

در عالم انشاء عوضی از دیگری است پس حقیقت معاوضه ای که باعث پابرجایی می شود به این است که هر يك از آنها عوضی و بدلی از دیگری است. پس شرط سقوط عوض معاوضه می باشد و فسادهش معلوم است.

شرط عدم اجرت در اجاره فاسد و مفسد عقد است و فرقی نمی کند که بگوییم شرط فاسد، مفسد است یا نگوئیم. به خاطر اینکه این شرط با عقد تناقض دارد، در نتیجه اجاره فاسد می باشد و اجرت مثل را استحقاق پیدا می کند. به خاطر احترام کارش و عدم اقدام بر هتک و این بین اصحاب مشهور است مانند آنچه در متون فقهیه است.

---

(1). کلینی، همان، ج 5، باب الرجل یکتري الدابة فیجاوز بها الحد...، ح 5؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجارة، ص 253.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 65

### اشکال بر قول مشهور

ولکن استشكل علیه فی جامع المقاصد و المسالك بأنّ هذا يرجع الی الترديد فی الأجرة علی تقدیرین.

و اما در جامع المقاصد «1» و مسالك الافهام اشکال گرفته اند که این مورد به تردید در اجرت بر دو تقدیر بر می گردد.

مانند آنکه اگر به اجیر بگوئید: اگر به سبک رومی بدوزی يك درهم و اگر به سبک فارسی بدوزی دو درهم می دهم. در اینجا، تردید در عمل و اجرت می باشد، با اینکه در اجاره اجیر تعیین عمل و تعیین مقدار اجرت لازم می باشد، اما در اینجا هر دو مورد مفقود است.

اشکال: در اینجا مورد اجاره معین است و آن رسیدن در وقت است و اجرت نیز معین است مانند آنجا که می گوئید: چهارپایم را به تو اجاره دادم که تو را به مکان معین در زمان

معین با اجرت معین برسانند. نهایت امر مستأجر با او شرط کرد که اگر به آنچه ملتزم شده وفا نکند از اجرتش مقداری این چنین کم می گردد. این مورد ارتباطی با تردید در مورد اجاره ندارد.

شرط تنقیص به خاطر عدم وفا به آنچه اجیر در متن عقد به آن ملتزم شده جایز است. برای اینکه شرط از مورد اجاره خارج است و مخالف مقتضای عقد و کتاب و سنت نیست. بله، شرط سقوط اجرت به گونه ای که اجاره بدون اجرت باقی بماند به خاطر حقیقت عقد اجاره باطل می باشد که بیان آن گذشت.

---

(1). محقق ثانی، همان، ج 7، ص 107.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 66

مطابق این توضیح آنچه شهید دوم و محقق ثانی در مسالك و جامع المقاصد اشکال می کنند، وارد نیست و آنچه ذکر شد قیاس مع الفارق است. زیرا تردید در محل کلام در مورد شرطی است که خارج از مورد اجاره است و در آنچه ذکر شد تنظیر در تردید مورد اجاره و متعلق آن است، چون متعلق اجاره در مورد تنظیر خود خیاطی مردد بین رومی و فارسی است و عوض کار نیز غیر معلوم است. در يك فرض يك درهم و در فرض دیگر دو درهم است و این با ماهیت اجاره منافات دارد.

برای اینکه اجاره عبارت است از تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم و تردید با معلومیت منافات دارد و این واضح است.

### تنبیه

می دانیم احکام شرعیه از امور اعتباریه است که وجود خارجی ندارد و بر موضوعش محمول بالضمیمه می باشد، مثل اعراض خارجی که برای موضوعاتشان محمولهای بالضمیمه هستند، با این وجود همه آنها بر

آن بار می شود. احکام اعراض خارجی از تضاد و مثلین و اشدیت و اضعفیت به اعتبار منشأ اعتبارش بر آن بار می شود و به این اعتبار می گویند فلان چیز حرمت یا کراهت یا نجاستش شدیدتر است و بدین صورت تشکیک با این اعتبار در اینها تحقق می یابد (یعنی کلی مشکک است نه کلی متواطی). جمع بین روایات وارده در بعضی از این عناوین که ظاهرش تعارض بر اختلاف مراتب است ممکن می باشد، مثلاً روایات وارده در اجاره اراضی به بیشتر آنچه آن را اجاره می کند. ظاهر روایات با هم تعارض دارد، به لحاظ اینکه در پاره ای از روایات مطلقاً حکم به جواز شده است، در بعضی دیگر حکم به منع شده است به طور مطلق، و در قسم سوم روایات تفصیل داده شده اند بین آنجایی که به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 67

صورت مزارعه در مقابل کسب مقداری از محصول زراعت باشد یا به صورت اجاره. پس ممکن است بر مراتب کراهت، حمل شود که منافاتی با جواز ندارد. در نتیجه، می گوید اگر به صورت اجاره به درهم یا دینار باشد جایز نیست. یعنی در آن کراهت شدید است، اگر به صورت مزارعه باشد جایز است یعنی کراهتش کمتر است مگر اینکه در آن عملی و کراهتی که مورد فضیلتش نیست انجام دهد، مانند مفاد روایت اسماعیل بن فضل الهاشمی. (1)

فرع: بطلان الاجارة فیما لو قال الموجر «آجرتك كل شهر بكذا».

اگر موجر بگوید هر ماه فلان مبلغ را به تو اجاره می دهم، اجاره باطل است.

اگر موجر بگوید: «هر ماه به این مبلغ به تو اجاره می دهم» یا مستأجر بگوید: «اگر يك درز



بدوزی يك درهم و اگر دو درز بدوزی دو درهم اجرت آن است» یا بگوید: «اگر فلان عمل را امروز انجام دهی اجرت آن دو درهم و اگر فردا انجام دهی يك درهم است» وضع چگونه خواهد بود؟

اشکال: در این سه مسأله منفعتی که مستأجر مالك آن می گردد معلوم نیست، چون در عقد اجاره عدم تعیین دارد و در دو فرض عوض معلوم نیست، بلکه مردد است بین يك درهم و دو درهم. پس کلام بر می گردد به اینکه آیا تعیین منفعتی که

---

(1). کلینی، همان، ج 5، باب الرجل يستأجر الارض أو الدار ...، ح 2، ص 272؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الاجارة، باب 21، ح 3، ص 261.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 68

مستأجر مالك آن می گردد لازم است، آیا تردید مضر است یا نه و در مورد عوض هم این مسأله مطرح می باشد؟

چه بسا گفته شده که تمليك مبهم - یعنی آنچه کلی است و در آن خصوصیتی از خصوصیات نمی باشد - مانعی از آن نیست، بلکه معاملات زیادی بر اساس کلیات عوضی و معوضی واقع می شود. فرقی هم نمی کند که کلی بر کالا باشد یا کلی مورد معین (از قبیل گندم از کیسه موجود در خارج) باشد. پس مانعی از تمليك منفعت این عین نیست و کلی ماه بر هر ماهی از ماههای آن سال منطبق می شود.

نهایت امر در مقام تطبیق تعیین آن کلی به دست مالك موجر است مانند آنچه در باب بیع تعیین مبيع کلی به دست بايع است برای اینکه باقی خصوصیات بر ملکش است.

اشکال: به درستی این کلام صحیح است. اگر اجاره بر ماه کلی واقع

شود، مثل اینکه مالک بگوید: این خانه را يك ماه از ماههای امسال به تو اجاره دادم، به گونه ای که تملیک واقعی، بر منفعت کلی ماه تعیین و تطبیقش به دست مالک می باشد. اما بحث از این قبیل نیست، بلکه فرض شده که او می گوید: «هر ماه» و اگر مقصودش هر آن چیزی باشد که مطلق ماه بر آن صدق می کند، یعنی يك سال در طول روزگار. پس آنچه اجاره بر آن واقع می شود تمام ماهها در تمام روزگار است تا روز قیامت، اما این قطعاً مراد ما نیست. آنچه اراده می شود این است که هر ماهی از ماههای امسال و مستأجر قبول می کند. پس تمام ماههای امسال واقعا تحت اجاره است و این ممکن است، ولی اما خلاف فرض می باشد. فرض بر این است که مقداری که مستأجر آن را اراده می کند تحت اجاره واقع می شود. به خاطر اینکه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 69

اجاره عقد لازم است. پس اگر فرض کنیم بر تمام ماهها به طور مطلق واقع می شود یا ماههای امسال تحت اجاره قرار می گیرد، از مستأجر رفع ید نمی شود مگر با تقایل و این چنین يك ماه تحت اجاره واقع می شود.

اشکال: اولاً، شمول انشاء برای تمام ماهها یکی است و وجهی برای حکم به اینکه انشاء فقط برای يك ماه است، نیست. ثانیاً، آن ماه غیر معین و مجهول است، اگر از قبیل نکره، یعنی فرد غیر معین باشد، به این معنی که اجاره واقعی بر طبیعت مقتدره به یکی از خصوصیات است، و اگر واقعا بر طبیعت مبهمه مجرده از خصوصیات لا بشرط باشد این امر معقولی

است و لکن تعیین آن به دست مالک می باشد. برای اینکه خصوصیات برای آن است و از ملکش خارج نمی شود. مثل اینکه ظاهراً قصدی برای متعاقدين نیست با اینکه عقود تابع قصد هستند. در ظاهر لفظ «کل شهر کذا» اختلاف کرده اند و معلوم است که ظاهر الفاظ حجت کاشفه از مراد متکلم در مقام اثبات است.

اما آنچه گفته شد: اینکه به ماه اول متصل به زمان عقد منصرف می شود و برای آن وجهی است. اگر می گفت: «ماهی به تو اجاره دادم» در آن فرض نشده که «هر ماه اینطور است». احتمال دارد این عبارت و دوام اجاره و عقود متعددش باشد، مخصوصاً اگر در سال معین باشد. پس قولش منحل می شود به: به تو ماه اول امسال به ده دینار اجاره دادم. مثلاً ماه دوم، سوم و چهارم تا آخر سال به همین صورت. پس اگر مستأجر ماه معینی از سال قبول کرد اجاره به همان نسبت برای او تمام است و اگر قبول نکرد برای او تمام نیست. و آن مانند این است که بگوید: «به تو هر گوسفندی که در این خانه است فروختم» و گفتیم این عبارت به بیعهای متعدد منحل می شود. در نتیجه، مشتری بیع گوسفند معین را قبول می کند و بیع در خصوص آنچه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 70

قبول کرد صحیح است و عدم قبول در بقیه موارد است. ولیکن تمام آن خلاف فرض و خلاف ظاهر لفظ (روایات و آیات) است مانند آنچه گذشت.

اما نسبت به فروع دیگر یعنی آن قول که: «اگر به سبک فارسی بدوزی یعنی یک درز یک درهم و

اگر به سبک رومی بدوزی دو درز دو درهم» به ظاهر اجاره باطل است و قولش مانند این است که: «اگر فلان عمل را امروز انجام دهی دو درهم و اگر فردا انجام دهی یک درهم». در این مورد هم اجاره باطل است برای اینکه کار مستأجر برای او در دو فرض مردد و غیر معلوم است و از شرایط صحت اجاره در باب اعمالی است که عمل مستأجر برایش معلوم باشد.

چه بسا که برای صحت آن به آیه شریفه در قصه ازدواج دختر شعیب با موسی استدلال کنند و آیه این است: شعیب گفت: من اراده کرده ام یکی از این دو دختر را به نکاح تو درآورم، بر این مهر که هشت سال برای من کار کنی، و اگر ده سال تمام کنی اختیار با توست، و نمی خواهم بر تو سخت گیرم، و تو مرا شایسته این خدمت خواهی یافت. «1»

به صحیحہ ابی حمزه از امام باقر (ع) گفت: پرسیدم از مردی که چهارپایش را کرایه داد و گفت: کرایه آن برای تو در این مقدار و اگر از آن مقدار تجاوز کنی این مقدار است و گفت: «لا بأس به کله». «2» صحیحہ حلبی که گفته شد در فرع، بنا بر فرض عدم رساندن، کرایه حملش یا خودش در وقت معین، اجرت کم می شود.

---

(1). قصص: 27.

(2). کلینی، همان، ج 5، باب الرجل یکتري الدابة...، ح 2، 289؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 938، فی الاجارات، ح 20، 214؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجارة، باب 8، ح 1، 249.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 71

اما این

سه ادله- يك آيه و دو صحيحه- مقصود ما را وفا نمى كند.

اما در مورد آيه: در آيه مهر برای هشت سال قرار گرفت و ده سال که تمام کرد جزء مهر نیست بلکه خوبی از موسی (ع) است و شاهد آن قوله تعالی و حکایتی از قول شعیب است و اگر ده سال را تمام کنی به میل و اختیار خود، من در این کار رنج بر تو نخواهم نهاد و مرا شخصی شایسته خدمت خواهی یافت. یعنی خوبی از توس و در نتیجه مهر بین هشت سال و ده سال مردد نیست چنانچه توهم شده است.

اما در مورد دو صحيحه: این دو هم ربطی به بحث ندارد، زیرا در مفاد آن، بعد تعیین متعلق اجاره خودش شرط کرد که اگر از مقدار متعلق اجاره تجاوز کرد به او کذا و کذا می دهد، و اگر به عقد اجاره وفا نکرد و در وقتی که تعیین کرده بود نرسید، از اجرت کذا و کذا کم می شود. چه ربطی بین این دو، و آنکه در متعلق اجاره و جهل به آن مردد شود وجود دارد.

مانعی ندارد دو فرع از قبیل جعاله باشد (یعنی در جعاله اشکالی ندارد) زیرا مبنا بر جایز بودن این مقدار از جهل و ابهام و تردید در جعاله است و اگر گفتیم ابهام در جعل نیز جایز نمی باشد. اما جهالتی که از رد و تسلیم مانع نمی شود صحیح است. در صحت جعاله چیزی نیافتیم، بلکه معنای جعاله به این مقدار از جهل است.

سخن خداوند در قصه گم شدن کاسه یوسف بر آن دلالت می کند: «غلامان گفتند: جام شاه ناپیداست و من يك بار

شتر طعام ضمانت کنم بر آن کس که جام

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 72

را پیدا کرده بیاورد.» (1) و حق در این مقام این است که جعاله قصد شده برای اینکه عقد تابع قصد است.

## احکام اجیر

### احکام اجیر خاص

فرع: هل يستحق الاجير بنفس العمل أم بتسليمه الى المستأجر؟

آیا اجیر به خاطر خود کار، مستحق اجرت می شود، یا با تسلیم کردن آن به مستأجر؟

اگر بین کار انجام شده توسط اجیر در ملکش - مثل خیاطی که لباس را در دکان یا خانه اش می دوزد- باشد، چطور؟ پس اجیر مستحق اجرت نمی شود، مگر با تسلیم کردن کار به مستأجر، و بین اینکه در ملک مستأجر است. پس اجیر به انجام خود کار مستحق اجرت می شود. در جواهر (2) این تفصیل به شیخ نسبت داده شده است.

در اینجا تفصیل دیگری است و آن این است که کاری که از اجیر صادر می شود (1) گاهی در ملک مستأجر اثر می گذارد، به گونه ای که ملک مستأجر بعد از صدور عمل از اجیر متصف به صفتی می شود که قبلاً آن صفت را نداشته است و یا اینکه

---

(1). یوسف: 72: «قَالُوا تَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ».

(2). محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 237.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 73

کار اجیر از این قبیل نیست، بلکه کاری که از او صادر می شود (2) یا به صورت غیر ثابت به وجود می آید، یعنی هر جزئی بعد از اینکه به وجود آمد معدوم می گردد، مانند شخصی که برای قرائت قرآن جهت میت، یا قضای نمازهای او، یا حج او اجیر شده است، یا اینکه

برای ذکر مصائب اهل بیت (ع) اجیر شده (3) و یا اینکه عملی که از اجیر صادر می شود موجود می شود و خود به خود ثابت است و قائم به نفس است و پس از به وجود آمدن نابود نمی شود.

در صورت اول، بعد از اینکه اثر در ملك مستأجر ظاهر شد و اثر کار اجیر در ملك مستأجر موجود شد در این صورت تصرف اجیر، ید او در ملك مستأجر، فقط در آن صفت و ویژگی که پیدا می شود ید او تا این مقدار که آن صفت را در آن ملك ایجاد کند ثابت است. یعنی سلطه او بر ملك مستأجر فقط همان مقداری است که صفتی در آن ایجاد کند. پس وقتی که آن صفت ایجاد شد، قهرا مال تحت ید مالك عین قرار می گیرد. در نتیجه، وجود این صفت مساوی با تسلیم مال است، مگر اینکه در اینجا بگوییم که عین مال در حال ایجاد عمل و در حال عمل اجیر تحت ید مالك نیست؛ بلکه تحت ید اجیر است. در این صورت موقعیت کار موقعیت خود عین است که باید به مالك تسلیم شود.

در صورت دوم، یعنی آنچه موجود غیر قار می باشد، وجهی نیست برای اینکه می گوید: استحقاق اجرت به تسلیم عمل به مستأجر مشروط است و این غیر ممکن است. هرگاه که عمل موجود غیر قار فرض شده، جزء لا حق پیدا نمی شود، مگر بعد از، از بین رفتن و انعدام جزء سابق، پس به محض اینکه کار را تمام کرد مستحق اجرت می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 74

در صورت سوم، یعنی آنچه موجود و ثابت باشد قائم به

خودش است. پس بعد از اینکه عمل انجام شد و از اجیر صادر شد، شکی نیست که مستحق اجرت می شود.

غایت امر اینکه اگر در یدش باشد رساندن به مستأجر بر او واجب است، حال یا با مطالبه یا به صورت مطلق، برای اینکه ردّ امانات به صاحبش واجب است. اما اگر تحت یدش نباشد، بلکه تحت ید مستأجر باشد، پس تسلیم به مانند تحصیل حاصل است.

اما اگر تحت ید یکی از آنها نباشد (نه اجیر و نه مستأجر) مانند اینکه بتّایی را برای بنای مناره در مسجد اجاره کند، هرگاه بتّا، بتّایی اش را تمام کرد، به عقد وفا کرده است و مستحق اجرت می شود. این بدان معنی نیست که استحقاق اجرت وابسته به تسلیم کارش به مستأجر باشد. تسلیم کار مقتضی عقد اجاره است - مانند سایر عقود معاوضی - به سبب عقد برای حصول معاوضه و مبادله در عالم تشریح و مبادله خارجی و غایی به آن مبادله است که در عالم تشریح واقع می شود. پس اینکه استحقاق اجرت مشروط به تسلیم باشد، ممکن نیست، مگر اینکه از قوام عقد باشد.

مانند قبض در مجلس در بیع صرف و سلم. و اما این احتیاج به دلیل از جانب شارع دارد، و عقد اجاره از این قبیل نیست. پس تسلیم عمل به مستأجر واجب است و از باب اینکه آن تمام کننده برای استحقاق اجیر باشد، نیست؛ بلکه از این جهت است که عمل با عقد اجاره ملك مستأجر شده است. پس ردّش واجب می شود.

در این دو تفصیل وجهی از جهت استحقاق اجیر به اجرت نیست. فرضش این است که عمل اگر در ملك مستأجر و نزد او باشد،



تسلیم آن واجب است. موضوعی برای آن نیست، زیرا عامل به محض وجودش ملك مستأجر می باشد و از آنجایی که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 75

ملکی مجانی و بدون عوض نیست، پس آن عوض - یعنی اجرت - ملکی برای اجیر می باشد وگرنه معوض، ملکی مجانی برای مستأجر می باشد و این خلاف است.

شکی نیست در اینکه مستأجر استحقاق مطالبه آن را قبل از اتمام کار ندارد، مگر اینکه شرط کند یا در بعضی اعمال گرفتن اجرت قبل از عمل متعارف باشد، مانند اجیر برای حج، برای اینکه اغلب اجیر قبل از گرفتن اجرت برای انجام حج متمکن نیست. پس در این موارد به آنچه نتیجه شرط است، منصرف می شود. عرف و عادت در این قبیل امور در مقام اشتراط می باشند.

خلاصه مطلب در این بحث: حقیقت معاوضه و مبادله این است که هر يك از معامله کنندگان، مالش را از ملكش خارج و در ملك دیگری به عنوان عوض آنچه از دیگری به او منتقل می شود داخل کند. پس هرگاه عقد سببی برای مثل این معنی باشد، مشروط به شرط نمی باشد؛ مانند قبض در مجلس که شرط حصول ملکیت در بیع سلف و سلم است. در نتیجه، تحصیل ملکیت هر يك از عوضین برای کسی که به او انتقال پیدا کرده به محض تمام شدن عقد، که واجد تمام اجزاء و شرایط و فاقد تمام موانع باشد، محال نیست وگرنه خلاف لازم می شود؛ یعنی آنچه سبب فرض شده، سبب نمی باشد.

در نتیجه برای هر يك از طرفین ملکیت آنچه از دیگری به او انتقال پیدا کرده با خود عقد حاصل می شود. اگر آنچه به او انتقال

پیدا کرده موجودی خارجی باشد بر او سلطنت می یابد و برایش جایز است که در آن تصرف کند (تصرفاتی که شارع از آن منع نکرده است). هنگامی که اجیر کاری را بر عهده گرفت مالك می تواند پس از انجام کار آن را مطالبه کند؛ به گونه ای که بر استیفای منافع مملوکش قادر شود و از قبیل اعمال می باشد. به عبارت دیگر، اینکه برای مالك بر عهده شخص، مالی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 76

باشد؛ حق خارج کردن آن برایش به انتفاع از مال است. این حق گاهی از جانب حکم شارع ثابت می شود به اینکه «الناس مسلطون علی اموالهم»، و موردی برایش نیست مگر در اینکه متعلق، مال باشد و گاهی از ناحیه وجوب وفاء به عقد است و اثر آن وجوب دادن آنچه ملکش است به صاحبش می باشد. پس اگر آنچه ملکش است، عینی از اعیان باشد مانند آنچه در بیع است تسلیم آن به صاحبش واجب است.

برای او حق امتناع است، حال اگر طرف از دادن عوض خودداری کند و آن دو به سختی بیفتند حاکم آنها را مجبور می کند.

اما اگر عملی از اعمال مانند عبادات باشد که کسی را برای انجام آن اجیر می کنند (مانند نماز، روزه، حج و امثال آن) حق مطالبه به انجام آن است. برای اینکه مالك آن عمل در ذمه اش است و صرف نظر از این نیز به جا آوردن آن عمل بر او از باب وجوب وفاء به عقدش واجب می شود و عمل بر طبق التزامش است. بر موجد نیز دادن اجرت به محض انجام تمام کار، به خاطر وجوب وفاء به عقد، واجب

می شود. بله، هر يك از آن دو هنگام امتناع دیگری، امتناع می کنند، مگر اینکه یکی از آنها شرط تعجیل یا تأخیر کند که اطلاق به یکی از آنها به واسطه عرف و عادت منصرف می شود. مانند آنچه قبلاً ذکر کردیم و گفتیم که عرف و عادت در مقام شرط می باشند.

آنچه گفتیم اینکه برای هر يك از موجر و مستأجر امتناع از دادن، هنگام امتناع دیگری است و مبنای معاوضات نزد عرف و عقلاً بر گرفتن و دادن است، یعنی هر يك از آنها مالش را به عنوان عوض و بدل به دیگری می دهد. پس هرگاه طرف مقابل از دادن عوض امتناع کند، این خلاف آنچه به آن ملتزم شده می باشد و امضای عقود معاوضی از طرف شارع به آنچه به آن ملتزم شده تعلق می گیرد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 77

در این مورد در بعضی اجزای مقدمه این کتاب در شرح قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»<sup>1</sup> گفتیم اگر نبوی مشهور نباشد و قول «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» نیز مقتضی قاعده می باشد. برای اینکه معاوضات نزد عرف و عقلاً، گرفتن و دادن در خارج می باشد. پس هرگاه معاوضه به واسطه تلف نباشد معامله قهراً منفسخ می شود و این قاعده اختصاص به باب بیع ندارد، بلکه در تمام معاوضات جاری می شود. در این فرض اگر عدم معاوضه به دلیل تلف نباشد، وجهی برای انفساخ نمی باشد. اگر یکی از آن دو به تعهد خویش عمل نکند حاکم او را اجبار می کند و اگر امتناع کننده هر دو باشند هر دو را اجبار می کند.

از آنچه ذکر کردیم،

نتیجه می‌گیریم که ملکیت هر يك از عوضین به وجود خود عقد تام که جامع شرایط و اجزاء و فاقد مانع است، حاصل می‌شود. و اما وجوب دادن- برای هر يك از آنها به آنچه به آن ملتزم شده‌اند- به یکی از دو امر است: (1) به خاطر وجوب وفای به عقد، (2) و برای اینکه برای مالک. سلطنت بر مال با عقد حاصل می‌شود و هنگام امتناع یکی از آن دو حاکم، امتناع کننده را اجبار می‌کند و اگر طرفین امتناع کنند هر دو را اجبار می‌کند. اگر این چنین امتناعی از آنها اقاله نباشد.

## اجاره فاسد و لزوم پرداخت اجرت توسط مستأجر [و مبانی آن]

### اشاره

فرع: فی کل مورد کانت الاجارة فاسدة و استوفی المستأجر المنفعة کان علیه اجرة المثل.

(1). سید میرزا موسوی بجنوردی، همان، ج 2، ص 77.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 78

در هر مورد که اجاره فاسد باشد و مستأجر استیفای منفعت کند اجرت المثل بر او می‌باشد.

مبنای این استدلال، موارد ذیل است:

### الف) قاعدة كل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده

قاعدة معروف «كل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یا «كل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» شامل عقود و ایقاعات می‌شود.

معنای ضمان به وجود اعتباری چیزی بر ذمه می‌باشد که سبب آن وجود واقعی تکوینی موجود در خارج (مثل سایر جواهر و اعراض خارجی) است و از موجودات در عالم اعتبار تشریحی نمی‌باشد.

در این معنی بین اینکه ضمان، ضمان مسمی باشد یا ضمان واقعی فرقی نیست.

نهایت امر در ضمان مسمی، مالیت شیء در مقدار معین تعیین می‌شود، و در ضمان واقعی که در عهده است مال اگر قیمی باشد قیمتش، و اگر مثلی باشد مثلش، بر ذمه قرار می‌گیرد.

پس ضمان در صحیح و فاسد به يك معنی می‌باشد. نهایت امر در معاملات صحیح از آنجایی که مالیت عوض نقدی یا جنسی تعیین می‌شود، به ضمان مسمی نامیده می‌شود و اما در فاسد از آنجایی که چیزی در بین تعیین نمی‌شود، از آن به ضمان بدون قید تعبیر می‌کنند. مبنای صحت این قاعده را قبلاً شرح دادیم. پس، از آنجایی که در اجاره صحیح ضمان است، در فاسد نیز ضمان می‌باشد. نهایت امر در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 79

صحيح ضمان مسمى و در فاسد ضمان واقعى است. مثل در مثليات و قيمت در قيميات است.

عمده دليل در مدرک اين قاعده

«و علی الید ما اخذت حتی تودیہ» است و از آنجایی که ید قابض به عقد فاسد ید امانی نیست و نه مانند وقتی که مالک قبول می کند، امانت مالکیه می باشد و نه مانند وقتی که خدا قبول می کند، امانت شرعیه می باشد لذا غیر مأذونه بوده و موضوعاً یا حکماً غصب است.

بیان ابن ادریس - قدس سره - مبنی بر اینکه مقبوض به عقد فاسد نزد محصلین «1» غصب جاری می شود، خالی از وجه نیست و ما به طور مفصل در شرح دو قاعده «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» «2» و قاعده «و علی الید ما اخذت حتی تودیہ» «3» از آن سخن گفتیم.

خلاصه اینکه، شکی نیست که مستأجر بعد از قبض عین مستأجره و استیفای منفعتش - مانند آنگاه که به اجاره فاسد در خانه ساکن شود - یدش بر خانه ید امانت مالکی و شرعی نیست، بلکه ید ضمان است.

نمی گوید: هرگاه موجر از فساد اجاره بی خبر باشد، به اعتبار اینکه برای او حق استیفای منفعت عین مستأجره است مالش را به مستأجر می دهد. پس آن را به اینکه امانت نزدش است می دهد که با اجاره آن عین تمام منفعی که ملکش است استیفا

---

(1). ابن ادریس حلّی، همان، ج 2، ص 285.

(2). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 2.

(3). همان، ج 4.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 80

نماید. بنا بر این، ید مستأجر نه ید عادی است که در آن ضمان باشد، و نه غیر مأذونه است. برای اینکه مالک آن را می دهد و اذن می دهد که در دستش باشد. نهایت امر اینکه عقد فاسد به جهتی از جهات فاقد شرط یا جزء

است که آن یا وجود مانع در عقد است یا در متعاقدين یا در عوضين. این نسبت به خود عین است.

ممکن است گفته شود موجد آن را به این اعتقاد می دهد و اذن در انتفاع به آن می دهد و اما اذنش برای مستحق به گرفتن و انتفاع است آن کسی که اذن داشته باشد و مالک هم باشد چیزی نمی دهد و کسی که عطا می کند مأذون نیست.

یدش ید ضمان می باشد و به عبارت دیگر آنچه به آن اذن تعلق می گیرد عین است که منافعش ملکش است نه این عین خارجی و فرقی نمی کند که منافعش ملکی برای او باشد یا نباشد، کسی که دستش است چنین نیست. پس اذن به او تعلق نمی گیرد.

ممکن است اینگونه نیز بگویند که اذن متعلق به مقید، به دو اذن منحل می شود:

اذن به خود ذات و اذن به قیدش. و قید، اگر غیر موجود باشد لکن فقدانش، سببی برای عدم تعلق اذن به نفس ذات مجرد از قید نیست. پس نسبت به خود عین مستأجره با اینکه منافعش ملکی برای مستأجر نباشد، مأذون است. پس هرگاه گفت:

این بنده مؤمن نزد تو امانت می باشد و فرض بر این است که مؤمن نباشد، پس شکی نیست در اینکه خود بنده و ذاتش مجرد است از ایمان و مأذون است در اینکه در نزدش باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 81

سخن نسبت به منفعت چنین است، پس هرگاه اذن به منفعت که دست مستأجر است باشد، فرض این است که اجاره فاسد و منافع ملکی برای او نیست و اما با بیان متقدم اذنش نیز به خود ذات منافع تعلق می گیرد.

پس ید بر منافع ید مأذونه است نه ید ضمان.

پاسخ اشکال: خاص، یعنی وجود مقید به قید مباین برای آنچه فاقد قید است، پس هرگاه فاقد قید بود پس این وجود دیگر با آن مباین است. پس هرگاه اذن در آزاد کردن بنده مؤمن باشد، پس غیر مؤمن مأذونه نیست. زیرا برای ذات مقید، وجودی نیست و برای قیدش وجودی دیگر. چطور ترکیب بین آن دو انضمامی می باشد؟ بلکه قید و ذات مقید دو موجود به وجود واحد هستند و ترکیب بین عرض و معروض به نظر عرفی اتحادی است. بلکه بعضی گفتند که اعراض از شئون معروضات است و برای آنها وجود دیگری نیست. و آنها به ضمیمه هایشان حمل شده اند، هر چند با دقت عقلی صحیح باشد ولی در نظر عرف وجودشان وجود واحد است و موجود واحد است.

و برای آن قائل به عدم جواز بیع آوازه خوان کرده اند و آن از باب تبعض صنفه نیست زیرا وصف آوازه خوان با شخصش و ذاتش دو موجود به وجود واحد است.

و شکی نیست در تشخیص موضوعات احکام شرعی، نظر عرفی لحاظ می شود نه نظر دقیق عقلی. از نظر عرفی، عرض و معروضش وجود واحد دارند و اعراض با موضوعاتشان مثل اجناس و فصول موجودات به وجود واحد می باشند.

پس هرگاه اذن به وجود خاص تعلق گرفت اما وجود خاص، موجود نبود، مثل اینکه با اعتقاد به اینکه شخصی وجود دارد به او می گوید: «ای زید داخل خانه ام شو». و در واقع زیدی آنجا نمی باشد، پس برای او دخول جایز نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 82

صحیح نیست گفته شود خصوصیت زید، مأذونه نیست و



اما جهت مشترك بين او و بين ديگري از افراد نوع مأذونه به دخول است. پس در موردی که اذن به ذات مقید به قید تعلق می گیرد به اینکه گفته شود با فقد قیدش مأذون است صحیح نیست.

مگر اینکه متعلق اذن به نظرشان ذات باشد و قید را وصفی زاید یا مطلوبی دیگر می بیند.

و این قولش به تعدد مطلوب در مستحبات در بعضی خصوصیات برمی گردد. و نیز قولش به خیار تخلف وصف با قولش به صحت معامله برمی گردد. با تحلیل بیع این عبد کاتب - مثلاً - به دو التزام: التزام به مبادله بین این ذات و این ثمن، و التزام دیگر به کاتب بودنش. پس تخلف از یکی از دو التزام به وقوع بیع صحیح، ضرر نمی رساند. نهایت امر خیار تخلف وصف واجب می شود.

نتیجه: او ضامن منافی است که آن را استیفا کرده یا استیفا نکرده است. برای اینکه مالک، در این ضمان، یدش غیر مأذونه می باشد و آن به ضمان ید نامیده می شود و اما تحت ید به اعتبار تبعیثش برای عین می باشد. برای اینکه ید بر عین ید بر منافعش است و برای همین می گوئیم که فرقی بین مستوفاه و غیر مستوفاه نیست.

## **(ب) قاعدة احترام**

قاعدة احترام عبارت است از احترام مال مسلمان و اینکه آن از بین نمی رود، گفته شده که: «احترام مال مسلمان مانند احترام خوشش است» (1). پس هرگاه منافع مالش را استیفا کرد ضامن می باشد و از بین نمی رود.

---

(1). احسابی، همان، ج 3، باب الغصب، ح 4، ص 473؛ قطنی، سنن الدار، ج 3، ح 94، کتاب البيوع، وفيه المؤمن بدل المسلم، ص 26.

فرق بین این دلیل و دلیل اول این است که دلیل اول شامل منافع مستوفاه و غیر مستوفاه می شود و این دلیل شامل غیر مستوفاه نمی شود. چه جای این حرف است مگر اینکه سببی برای اتلافش باشد و در آن صورت نوبت به قاعده احترام نمی رسد، بلکه شامل قاعده اتلاف می باشد. با ادله و اجماع ثابت شد که «من اتلف مال الغير فهو له ضامن...».

آیا معنای اتلاف بر منافع که حبس مالک از استیفایش به واسطه گرفتن عین مستأجره از مالکش به خاطر اینکه مستحق گرفتن آنچه متعلق اجاره است، می باشد صدق می کند، پس آن امور را به تفصیل در مقام شرح این قاعده در جزء دوم این کتاب بیان کردیم.

### ج) قاعده اقدام

قاعده اقدام عبارت است از اقدام انسان بر تصرف در مال غیر یا گرفتن آن، به ضمان، و فرقی نمی کند که در تصرفات متلفه باشد یا غیر متلفه یا به اتلاف منافعش با استیفا باشد یا به منع مالک از استیفا و حبس آن باشد که موجب ضمان است.

مانند این اقدام به رضایت مالک به مقدار معین از ضمان یا ضمان واقعی است.

ضمان مقدم ضمان واقعی واجب می شود، نه مقداری که آن را تعیین کرده و بعد شرع به فساد حکم کرده است. برای اینکه تعیین مقدار معین، تعیین کردن آن مقدار واجب نمی شود و با وقوعش تحت عنوان یکی از عقود ملکی که شارع آن را امضا کرده است قرار می گیرد وگرنه به صرف تعیین طرفین دلیلی بر تعینش نیست، بلکه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 84

هرگاه شارع به فساد آن معامله حکم کرد و آن را امضا نکرد پس

قهرآ آن مقدار معین به ضمان مسمی نامیده می شود و از اعتبار ساقط می شود.

جایی که مالک به تصرفات و انتفاعاتش از آن فقط با عوض راضی می شود و مستأجر به دادن عوض معین اقدام می کند و فرض می شود که شارع مثل این معاوضه را امضا نمی کند، پس صحیح واقع نمی شود و باطل نامیده می شود و اما اصل ضمان به محض اقدام هر دو ثابت است و به ضمان واقعی منصرف می شود.

اشکال: همانا دلیلی برای ثبوت اصل ضمان - بعد از نفی شارع که آنها نام برده شده است - نیست چطور می گویی ضمان به ضمان واقعی منصرف می شود.

به ضمان واقعی و صرف دخول آن دو در معامله به اینکه مستأجر به ضمان تصرف کرد دلیلی برای اثبات اصل ضمان بعد بطلان مسمی نمی باشد، بلکه همانند اثبات ضمان مسمی به دلیل احتیاج دارد. همچنین اثبات اصل ضمان نیز به دلیلی که بر آن دلالت کند احتیاج دارد.

ممکن است گفته شود: «مالک بر عدم ضمان و اینکه منافعش را مجانی و بدون عوض تلف کرد موجب عدم است و همچنین اگر بر عمل مجانی و بدون عوض اقدام کرد موجب عدم ضمان است، زیرا آن بنفسه هتک احترام مالش است. پس، هرگاه اقدام بر عمل و اذن در استیفای منافع مجانی و بدون عوض باشد قاعده اقدام بر قاعده احترام حاکم است.

اما به صرف دخول ضمان در معامله بر عملش یا تصرف در منافع ملکش موجب ضمان است، به دلیل احتیاج دارد، مثل «احترام مال المسلم» و قاعده «و علی الید ما أخذت حتی تؤدیة» و قاعده اتلاف «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» و امثال آن از

ادله ضمان، یا عملش یا اذنش در استیفای منافع مالش تحت یکی از عناوین معاملات

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 85

که در آن ضمان مسمی به امضای شارع است، می باشد. وگرنه به صرف دخول در عمل با رضایت هر دو به ضمان با عدم مذکورات که موجبی برای ضمان واقعی از مثل یا قیمت باشد جدا مشکل است.

ضمان در معاملات فاسد، از قبیل شروط ضمنی که مبنای متعاملین بر گرفتن عوض آنچه کار می کند یا به طرف می دهد می باشد. پس نه صغری برای آن است و نه کبری. صغری برای آن نیست برای اینکه مبنای متعاملین بر گرفتن عوض باشد و اما مبنای ایشان بر گرفتن عوض خاص که مسمی است می باشد نه عوض واقعی از مثل یا قیمت.

کبری برای آن نیست، از جهت اینکه بر فرض وجود مثل ای شرط ضمنی دلیلی بر وجوب وفا به آن نیست، زیرا قدر متیقن آنچه واجب الوفاست شروطی است که در ضمن عقود صحیح لازم باشد و اما شروط ابتدایی یا واقعی در ضمن عقود جایز یا فاسد دلیلی بر وجوب وفا به آن نیست و این مسأله را در قاعده «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(1)</sup> بررسی کردیم.

## د) اجماع

اجماع بر ضمان واقعی در اجاره فاسد است.

اشکال: اشکال آن عدم حجیت امثال این اجماعات است و آنچه برای آن مدرک شمرده شده باشد که چندین مرتبه تکرار شده است.

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 86

## تعیین اجرت اجیر قبل از عمل

فرع: بطلان الاجاره فیما لو قال: «اجرتك بلا اجرة».

اگر گفت: «بدون اجرت به تو اجاره دادم اجاره باطل است»

چون مانند این قول است که بگوید: «بدون ثمن فروختم» یا مانند این است که بگوید «به تو اجاره دادم بدون اینکه اجاره باشد» و «به تو فروختم بدون اینکه بیعی باشد». بخشی از این کلام با بخش دیگر آن متناقض دارد و لغو است و اثری بر آن مترتب نمی شود.

پس این از اجاره فاسد نیست، چگونه می گویی ضمان واقعی بدل اجرت مسمی در اجاره صحیح است. بنا بر این در مورد قاعده «ما یضمن بصحیحه» و قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» جاری نمی شود، بلکه کلام لغو است و خارج از طریق محاوره و فایده و استفاده بردن می باشد.

به کار گرفتن اجیر قبل از طی کردن اجرت با او مکروه است. به دلیل قول حضرت صادق (ع) در روایتی که شخصی به نام سعده از آن بزرگوار نقل کرده است که: «کسی که ایمان به خدا و روز جزا دارد، نباید اجیری را به کار گیرد مگر اینکه اجرت و مزد او را به او اعلام کند». «1»

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 931، فی الاجارات، ح 13، ص 211؛ کلینی، همان، ج 5، ح 4، ص 289؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام

روایت دیگر از سلیمان بن جعفر جعفری است که از امام رضا (ع) روایت می کند که آن بزرگوار وقتی شنید غلامان منزلش از شخصی در کاری کمک گرفته و او را اجیر کرده اند، اما اجرتش را تعیین نکرده اند، شدیداً بر آنان خشم گرفت و آنها را تنبیه کرد. راوی می گوید: من به امام (ع) عرض کردم فدایت شوم چرا اینگونه خود را ناراحت می کنی. امام (ع) فرمود: من آنها را از این کار چند بار نهی کردم و بدان که هر کسی برای تو کاری بدون توافق و تعیین اجرت انجام دهد و تو مبلغ بیشتر به او بدهی این شخص گمان می برد که تو اجرتش را کم دادی، اما اگر با تعیین اجرت او را اجیر کنی، سپس اجرت او را بدهی تو را برای وفای به عهد ستایش می کند و اگر بیشتر به او بدهی قدر آن را می شناسد و می داند که تو به او بیشتر داده ای. «1»

### عدم ضمان اجیر مگر در صورت اتهام

فرع: یکره تضمن الاجیر الا مع التهمة.

ضامن قرار دادن اجیر مکروه است، مگر جایی که اجیر مورد تهمت باشد.

این عبارت در متون فقهی ذکر شده، اما در مقصود آن اختلاف است. در جواهر «2» در بیان مقصود آن هفت وجه ذکر شده است و الا ظاهر عبارت و وجهی بر خلاف ظاهرش به قرینه وارده در این مسأله نیست حمل می شود.

---

(1). کلینی، همان، ج 5، باب کراهة استعمال الاجیر...، ح 1، ص 288؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ح 7، ص 932، فی الاجارات، ح 14، ص 212؛ حر عاملی، همان

ج 13، ابواب احکام الاجاره، باب 3، ح 1، ص 245.

(2). محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 255.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 88

ظاهر عبارت این است که بعد از اینکه موجبات تضمینی تحقق پیدا کرد شخص می تواند از اجیر غرامت بگیرد و او را ضامن کند به هر سببی که وجود دارد. اما در صورتی که مالک در تعدی و تقریط اجیر شك و تردید داشته باشد مکروه است او را ضامن قرار دهد و از او غرامت بگیرد، در صورتی که خودش به امانت او اعتراف کرده باشد.

آری، اگر او را به این صورت متهم کند که مالک گمان برد که او در کار تقریط کرده یا خیانت کرده است و مورد اعتماد مالک نبوده در این صورت ضامن قرار دادن او و مطالبه خسارت از او کراهت ندارد.

اما اینکه ضامن قرار ندادن او مستحب باشد، هیچ دلیلی ندارد که مالک صرفنظر کند و اجیر را رها کند و او را ضامن قرار ندهد، مگر آنچه که توهم شده که ترك مکروه مستحب است بدیهی بطلان آن است چنانکه در جای تحقیق و بررسی آن، گذشت.

اخبار وارده در این فرع زیاد است. خالد بن حجاج گفت: از ابا عبد الله (ع) پرسیدم:

درباره دریانوردی که غذایی را در کشتی حمل می کرد و کشتی بعد از قبض شکست. امام (ع) فرمود: اگر مأذون بوده ضامن نیست. (1)

---

(1). کلینی، همان، ج 5، باب ضمان الجمال و المکاری و اصحاب السفن، ح 2، ص 243؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 947، فی الاجارات، ح 29، ص 217؛ حر عاملی، همان، ج 13،

ابواب احکام الاجارة، باب 3، ح 3، ص 277.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 89

جعفر بن عثمان گفت: پدرم کالایی را با چهارپایی به شام حمل می کرد و کالا گم شد و آن را برای حضرت ذکر کردم فرمودند: آیا مورد اتهام است؟ گفتم: نه.

فرمودند: ضامن آن نیست. «1»

خبر ابی بصیر از ابی عبد الله (ع) روایت می کند در مورد چهارپایی که کالایی را حمل می کرد و دزد کالا را برد که امام (ع) فرمود: اگر مأذون بوده چیزی بر او نیست و اگر غیر مأذون بوده، ضامن است. «2»

حذیفه بن منصور گفت: از ابا عبد الله (ع) درباره مردی پرسیدند که کالایی را با اجرتی حمل می کرد. سپس کالا از بین رفت. آیا او باید غرامت بدهد؟ فرمودند: آیا او امین است. گفتم: بله. فرمودند: چیزی بر او نیست. «3»

غیاث بن ابراهیم از امام جعفر (ع) روایت می کند که: امیر المؤمنین (ع) لباسش را نزد حمامی گذاشت و لباس (به دلیلی) از بین رفت. پرسیدند صاحب حمام ضامن نیست؟ امام (ع) فرمود: او امین است. «4»

---

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 2، ص: 89

---

(1). کلینی، همان، ج 5، ح 5، ص 244؛ شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، ح 3924، باب ضمان من حمل شیئا فنادعی ذهابه، ج 5، ص 256؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 946، فی الاجارات، ح 28، ص 217؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجارة، باب 30، ح 6، ص 278.

(2).



کلینی، همان، ج 5، ح 6، ص 244؛ حر عاملی، همان، ج 13، ح 7، ص 278.

(3). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 975، فی الاجارات، ح 57، ص 222؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجاره، باب 30، ح 12، ص 279.

(4). کلینی، همان، ج 5، باب ضمان الصناع، ح 8، ص 242؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 36، ص 218؛ حر عاملی، همان، ج 13، ح 1، ص 270.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 90

حلبی از امام جعفر صادق (ع) روایت می کند که حضرت فرمود: امیر المؤمنین (ع) ضمانت لباس شوی و زرگر را می کرد. مردم در سپردن کارها به آنها احتیاط می کردند و پدرم به آنها اعتماد می کرد و کارها را به آنها می سپرد و به آنها قرض می داد، زیرا آنها را امین می دانست. (1)

اخبار دیگری نیز به این مضمون وجود دارد که به جهت اختصار و کفایت آنچه بیان کردیم از ذکر آنها خودداری می کنیم.

## شرایط صحت و احکام اجاره

### خصوصیت موجر

فرع: يعتبر فی صحة الاجارة أن تكون المنفعة مملوكة للموجر.

یکی از شرایط صحت اجاره این است که موجر مالک منافع عین مستأجره باشد.

در صحت اجاره منفعت باید ملک موجر یا نایب موجر باشد که با وکالت یا ولایت تعیین شده است، یا کسی که موجر فضولی ملک باشد. وجه این شرط واضح است، زیرا موجر کسی است که منفعت را برای مستأجر تملیک می کند و باید از جانب مالک مأذون باشد و اگر موجر فضولی باشد، زیرا برای کسی که فاقد چنین چیزی است امکان ندارد که به او چیزی بدهد و فرقی نیست بین اینکه به تبع ملکیت

کلینی، همان، ج 5، ح 3، ص 242؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 44، ص 220؛ همچنین: شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ح 9، ص 133؛ حر عاملی، همان، ج 13، ح 4، ص 272.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 91

عین، مالک منفعت شده باشد یا به طور مستقل منفعت عینی را مالک شده باشد.

مانند اینکه عینی را ذات منفعتش را اجاره دهد و آن را اجاره کند. در نتیجه، مستأجر آنچه را که اجاره کرده، اجاره می دهد و مالک منفعت می شود و غیر از مالک عین است که برایش این منفعت می باشد.

این چنین است اگر موصی له منفعت عین موصی به را برای چند سال اجاره دهد.

پس آن مالک منفعت غیر از مالک عین است که این منفعت برای او می باشد و در اجاره واجب است زیرا اجاره، تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم است و آن منفعت ملکی برای او می باشد، چون بنا بر آنچه ذکر کردیم کسی که چیزی ندارد، امکان ندارد چیزی بدهد.

اما ملکیت عین که این منفعت برای آن است در اینجا اثری ندارد. پس اجاره منافع از مباحث اصلی است، برای اینکه بیشتر منافع موجود در کوه و اطراف صحرا (مثل گل گاوزبان، آویشن و میوه های درختها و...) از منافی است که ملک کسی نیست و تمام مردم از نظر شرعی در استفاده از آن مجازند و فرقی در جایز بودن انتفاع آن بین موجر و مستأجر نیست. وجهی برای انشای تملیک یکی از آن دو بر دیگری نیست. زیرا نسبت آن دو به آن منافع به یک اندازه است و یکی از آنها بر

دیگری ترجیح ندارد و ترجیح یکی بر دیگری غیر معقول است.

پس از آنکه دانستیم که ملکیت منفعت بوسیله عقد اجاره می باشد و اجاره بر ملکیت عین متوقف نیست. جایز است مستأجر، مورد اجاره را زیادتر از آنچه موجر آن را اجاره داده است به دیگری اجاره دهد. زیرا فرض شده که منفعت این عین ملکی برای مستأجر شده است و انتقالش به شخص دیگر جایز است، اگر چه آن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 92

شخص خود موجر باشد. مانند زمانی که کسی عینی را از بایع خریده و ملکش شود و بعد از قبض عین جایز است آن را به هر کس حتی خود بایع بفروشد.

اگر موجر استیفای منفعت را برای شخص مستأجر هر مباشرتا شرط کند، اجاره آن به دیگری جایز نیست: به دلیل عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم». پس بنا بر قاعده اولیه جایز است مستأجر آنچه اجاره کرده به دیگری، حتی به خود موجر، اجاره دهد و روایاتی نیز در مورد آن وارد شده است.

محمد بن مسلم از یکی از دو امام بزرگوار (ع) روایت می کند که: در مورد مردی سؤال کردم که زمینی را به هزار درهم اجاره کرده بود و سپس بخشی از آن زمین را به دوستان درهم اجاره داد و صاحب زمینی که آن را به وی اجاره داده بود به او گفت: که من هم شریک می شوم مقابل آنچه اجاره کردی با هم همکاری می کنیم و آنچه از سود به دست آید بین من و تو باشد. امام (ع) فرمود: باکی نیست. «1»

مصنف می فرماید: روایات وارد شده دلالت دارد بر اینکه زمینی را که

اجاره داده شده است به بیشتر از آنچه اجاره کرده، اجاره دهد، البته هرگاه به غیر جنس اجرت باشد. یعنی شخص مستأجر اول يك تغييری در آن ایجاد کرده «2» باشد که در مقابل آن تفاوت دو اجرت قرار گیرد هر چند که این تغییر اندک باشد.

---

(1). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، ح 3893، باب المزارعة و الاجارة، ح 4، ص 245؛ حر عاملی، همان، ج 13، ح 1، ص 259.

(2). حر عاملی، همان، ج 13، ابواب 20 و 21، ص 259-262.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 93

ابی ربیع الشامی از ابی عبد الله (ص) روایت کرده که: در مورد مردی پرسید که زمین از دهقانها و کشاورزان را مورد معامله قرار داد. سپس آن را به مبلغ بیشتر از آنچه قبلاً مورد معامله قرار داده بود، اجاره می دهد و این کار را با اجازه حکومت انجام می دهد. امام (ع) فرمود: اشکالی ندارد زیرا زمین مانند اجیر و خانه نیست، چرا که بیشتر از اجرت تعیین شده گرفتن برای اجیر و خانه حرام است.

ابی المغراء از ابی عبد الله (ص) روایت می کند در مورد مردی که زمینی را اجاره می دهد، سپس آن زمین را شخص مستأجر به بیشتر از مبلغی که اجاره کرده، اجاره می دهد. امام (ع) فرمود: اشکالی ندارد زیرا زمین مانند دکان و مانند اجیر نیست زیرا اجاره دادن دکان یا اجیر به مبلغ بیشتر از اجرت تعیین شده حرام است.

غیر از این دو روایت، روایات دیگری در وسائل در باب 10 و 11 از کتاب اجاره آمده است. «1» نهایت امر بعضی از آنها بر عدم

جواز اجاره به بیشتر از آنچه اجاره کرده است در خصوص البیت و الحانوت و اجیر دلالت می کند وگرنه اصل جواز اجاره مسلم است و عدم جواز در سه مورد ذکر شده نیز در صورتی است که تغییری در آن ایجاد نکرده باشد و به بیشتر از آنچه اجاره کرده، اجاره دهد.

فرع: لو شرط مباشرة المستأجر فی الانتفاع بالعين المستأجره فأجرها لغيره و سلمها اليه ضمنها.

اگر مباشرت مستأجر را در انتفاع عین مستأجره شرط کند و مستأجر عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد و به او تسلیم کند، ضامن است.

---

(1). همان، ص 259-262.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 94

زیرا عین مستأجره نزد مستأجر امانت مالکی است و تسلیم آن به دیگری بدون اذن مالک تعدی است و از امانت خارج می شود و به منزله غصب می شود، بلکه بر حسب قواعد باب ضمان نسبت به عین ضامن است و در آن احکام تلف عین غصب شده جاری می شود.

### شرط دیگر از شرایط صحت اجاره

فرع: من شرایط صحة الاجاره أن تكون المنفعة معلومة.

از شرایط صحت اجاره این است که منفعت معلوم باشد.

این امر از اموری است که باعث قوام ماهیت عقد اجاره می شود و عبارت است از تمليك منفعت معلوم به عوض معلوم. ماهیت عقد اجاره نزد عرف و عقلا تمليك منفعت معلوم به عوض معلوم است. منفعتی که موجد به مستأجر تمليك می کند باید معلوم باشد و بدون معلوم بودن آن ماهیت اجاره نزد آنها تحقق نمی یابد و اطلاقات ادله صحت اجاره، شامل آن نمی شود. علاوه بر این، به دلیل ثبوت اجماع بر این شرط در صحت اجاره منفعت باید معلوم باشد.

همچنین پیامبر (ص) در حدیث شریفی

غرر را نهی کرده است «1» مبنای ثبوت این شرط و عدم اختصاص آن به نهی از بیع غرری است. به هر حال شك و شبهه ای در

---

(1). شیخ صدوق، عیون اخبار الرضا (ع)، ج 2، باب فیما جاء عن الرضا (ع) من الاخبار المجموعه، ح 168، ص 45؛ احسائی، همان، ج 2، باب المستأجر، ح 17، ص 248؛ حر عاملی، همان، ج 12، ابواب آداب التجارة، باب

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 95

اشترای این شرط نیست. بعضی از این کلام قبلاً آمده است؛ اما مراد کلام در اینجا، معلوم و معین بودن منفعت در دو قسم است: یکی در اجاره اعیان و دیگری در مورد اعمال. اما در اجاره اعیان تعیین به اعتبار اعیان و منافعش مختلف است. به عنوان مثال در مورد خانه و دکان و امثال آن منفعت را با فرض مدت سکونت به حسب زمان - مانند آنچه الان متعارف است - تعیین می کنند. پس موجر می گوید: این خانه یا این دکان یا این مغازه یا غیر آن را به مدت یک سال یا یک ماه به تو اجاره دادم. با این فرض مستأجر کسی است که در مدتی که ذکر شده به عوض معلوم در برابر آن، در ملک سکنی دارد.

در مورد ماشین و چهارپا نیز تعیین منفعت یا از طریق زمان به دست می آید (مانند اینکه کسی بگوید: این چهارپا یا ماشین را یک روز یا یک ساعت به تو اجاره دادم) یا از طریق مسافت (مانند اینکه بگوید: این چهارپا یا ماشین را از نجف به کربلا یا به بغداد به تو اجاره دادم).

اجاره اعمال نیز نسبت به

اجیرها و اعمال آنها مختلف است. پس از تعیین نوع کار که اجیر را برای آن اجاره می کند یا اجرت به نسبت زمان تعیین می شود. (مانند آنچه بین بنّاه و کارگران نسبت به درجاتشان، متعارف می باشد. پس اجرتش در تمام روز این مقدار است و در نصف روز نصفش یا کمتر یا بیشتر است) یا در بعضی کارها اجرت کار را نسبت به خود کار محاسبه می کنند. هر کاری اجرت خاص خود

---

40، ح 3، ص 330؛ صحیح مسلم، ج 3، کتاب البیوع، ح 4، باب 2، ص 1153؛ سنن ابی داوود، ج 3، باب فی بیع الغرر، ص 254؛ سنن ترمذی، ج 3، ح 1230، باب ما جاء فی کراهیة بیع الغرر، ص 532.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 96

را دارد؛ مثلاً- خیاط در دوخت هر لباسی، به اعتبار خود کار و آنچه متعارف است، اجرت را تعیین می کند. مثلاً برای دوخت قبا، این مقدار و برای دوخت عبا این مقدار دریافت می کند. انواع دوخت اجرت خاص خود را دارد. (مانند اینکه لباس غربی را با قیمت خاصی می دوزند و لباس شرقی را با قیمت دیگر). همچنین است در مورد نوع کفش. چه بسا بعضی از انواع کفشها اجرتی بالاتر از آنچه در تصور مستأجر داشته باشد. پس هم تعیین نوع عمل لازم است و هم تعیین اجرت آن نوع عمل لازم است.

خلاصه مطلب اینکه اجاره مطلق است. یعنی اجاره اعیان و اجاره اعمال از لحاظ لزوم تعیین منفعت فرقی نمی کنند منافع در اعیان و اعمال در اجیرها مختلف است و اجرتش نیز به اعتبار اختلاف منافع و اعمال مختلف است. پس

از تعیین اجرت غرر لازم نمی شود. هنگامی که می گوید: لازمه اعتبار معلومیت منفعت این است که معامله غرری نباشد. در اجرت نیز اینچنین است. پس ملاک در تمام آنها رفع غرر است و اینکه معامله بین عرف و عقلا به نحو متعارف باشد.

هنگامی که می گوید: اعتبار علم به این است که معلوم بودن منفعت و اجرت به عنوان شرط صحت اجاره مبنای عرف و عقلاست و هرگاه معلوم نباشد (علم نداشتیم) اجاره شامل ادله عامه و اطلاعات وارده در باب لزوم وفای به عقد اجاره نمی شود. و این معنی شرطیت معلوم بودن منفعت در صحت اجاره است. بلکه اجرت نیز باید معلوم باشد و در مقام تعریف علم هر دوی آنها را معتبر می دانند و اجاره را به تملیک منفعت معلوم شناختیم. اعتبار این شرط به دلیل اجماع است و علم به اجاره باید به گونه ای باشد که مخالف اجماع نباشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 97

### حکم تلف شدن مورد اجاره

فرع: بطلان الاجارة فیما لو استأجر شیئا معینا فتلف قبل قبضه.

اگر چیز معینی را اجاره کند و قبل از قبض آن چیز تلف شود اجاره باطل می شود.

صاحب جواهر می گوید: در آن اختلافی نیست «1» و در تذکره نیز بر این حکم ادعای اجماع کرده اند. «2»

اضافه بر آنچه گذشت، اجاره در تلف قبل از قبض مانند بیع است و حکم آن انفساخ می باشد. چون لازمه تلف عین قبل از قبض، تلف منفعت قبل از قبض است زیرا منفعت تابع عین است. تبعیت عرض برای معروض است. مثلا سکونت در خانه و سوار شدن چهارپا، بر بقای خانه و چهارپا متوقف است و به تلف آن دو قهرا



تلف می شود. پس منفعت در اجاره به منزله مبیع در بیع است. پس هرگاه تلف قبل از قبض باشد شامل قوله «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» می شود. همچنین روایت عقبه بن خالد را قبلاً ذکر کردیم.

این دو در ظاهر لفظ اختصاص به بیع دارند ولی ملاک در بیع و اجاره یکی است و آن مبادله بین عوضین در عالم انشاء و تشریح مقدمه برای گرفتن و دادن در خارج می باشد وگرنه انشاء غالباً لغو می باشد و هرگاه دادن و گرفتن در خارج ممتنع شود، عقد و عهد باقی مانده، لغو می شود و عقد منفسخ می گردد.

---

(1). محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 277.

(2). علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج 2، ص 322.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 98

بی شك در هر يك از عقود بیع و اجاره با تلف عین، دادن و گرفتن در خارج ممکن نیست. لذا عقد به صورت قهری منفسخ می شود. مقصود از اینکه عقد اجاره مانند بیع تحت شمول حدیث نبوی و روایت عقبه بن خالد قرار می گیرد، این است.

گفتیم که اگر تلف عین مستأجره قبل از قبض و قبل از اینکه مستأجر چیزی از منفعت را استیفا کند، باشد راهش چیست. اما اگر تلف بعد از قبض و بعد از استیفاء چیزی از منفعت، یا بعد از امکان استیفاء برای او باشد چگونه می شود. در اینجا، اجرت را بر حسب مدت تعیین می کنند. زیرا آن به اعتبار زمان استیفاء تقسیط می گردد و وجهی برای قول به انفساخ از زمان وقوع عقد یا بطلان آن از اول تلف در این صورت نیست. اگر کسی این اشکال را

گفته باشد، بر او اجرة المثل برای آنچه استیفا کرده می باشد یا برای مدتی که امکان استیفا برایش وجود داشت و استیفا نکرد.

اما اگر بعد از قبض باشد و قبل از استیفا چیزی از آن و عدم امکان استیفا چیزی از آن باشد، این صورت نیز در حکم تلف قبل از قبض است، زیرا ملاك در آنها یکی است.

نتیجه: ملاك در بطلان اجاره و انفساخ عقد، عدم امکان استیفاى منفعت عین مستأجره است، خواه کوتاهی از جانب مستأجر باشد یا از جانب عین یا برای تلف یا جهت دیگری در میان باشد.

آنچه گفتیم درباره تلف عین بود، اما هرگاه اتلاف کننده خود مستأجر باشد چه بسا می گوید منفعت را برای خودش تلف کرده است. پس اتلاف به منزله استیفا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 99

می باشد. در نتیجه، به جهت اتلاف ضامن عین است و اجرت بر اوست به دلیل اینکه اتلافش به منزله استیفاى منفعت می باشد.

اشکال: همانا اجاره با تلف عین منفسخ می شود و فرقی نمی کند که تلف به آفات آسمانی یا با اتلاف مستأجر یا با اتلاف دیگری باشد. پس هرگاه مستأجر عین مستأجره را تلف کرد، ضامن عین است و به دلیل قاعده اتلاف «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» بحثی در آن نیست.

اما نسبت به اجرت به نسبت مقداری که استیفاى منفعت کرده است، اجرت بر اوست، اما نسبت به باقی چیزی بر او نیست، به دلیل انفساخ اجاره.

فرع: لو تجدد فسخ الاجاره بعد تمامية عقد الاجاره صح فیما مضى و بطل فیما بقى.

اگر عقد اجاره که واجد تمام اجزاء و شرایط است، بعد از گذشت مقداری از مدت

اجاره به سببی از اسباب فسخ شود اجاره در آنچه گذشته صحیح و در باقی مانده باطل است.

مبنای آنچه اختیار شده اینکه منحل شدن عقد از هنگام فسخ است نه از اول انعقاد آن. پس اجرت از زمان فسخ ساقط می شود.

پس اگر تمام اجرت را از اول انعقاد داده است- مانند آنچه اغلب متعارف است- نسبت به باقی مانده رد می شود، زیرا نسبت به آن مدت، عقد اجاره باقی نیست تا موجر به سبب آن اجرت مالش را مستحق شود. و اگر اجرت را اصلاً نداده است، تنها اجرت مدت زمانی که از اجاره گذشته است بر او می باشد. پس اگر اجزاء مدت اجاره از نظر قیمت منفعت مساوی باشد، پس می دهد یا رد می کند آنچه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 100

نسبت به تمام مدت اول گذشته، و به مقدار آنچه نسبت به تمام مدت دوم باقی مانده است. اما اگر اجزاء از نظر قیمت مساوی نباشد، اجرة المثل تمام مدت اجاره قوام پیدا می کند. مثلاً اگر اجرة المثل صد و پنجاه دینار است اجرة المثل مدتی که از اجاره گذشته مثلاً صد دینار است، نسبت این دو به اجرة المثل تمام اجاره، دو سوم است. پس مستأجر، اگر چیزی از آن را زمان عقد نداده باشد، دو ثلث نامیده شده را می دهد؛ و اگر تمام آن را زمان عقد داده باشد، موجر يك سوم آنچه را در آن فرض نامیده شده، می دهد. هرگاه مسمی در فرض مانده تا باشد و مستأجر چیزی از آن را نداده باشد بر او واجب می شود که به موجر شش تا را بدهد. و اگر

تمام آن را زمان انعقاد اجاره داده باشد، يك سوم آن را بازپس می گیرد.

این ضابطه کلی در موارد اختلاف اجزای مدت اجاره از نظر قیمت بود و شك نیست که در بعضی ایام زیادتیر می شود مانند آنچه در مکه مکرمه دایر است این است که ایام موسم حج اجرتش بیشتر از ایام غیر موسم حج است.

فرع: لو استأجر دابة للحمل يلزم تعیین ما يحمل علیها.

اگر چهارپایی را برای حمل اجاره دهند لازم است آنچه را بر آن حمل می کند تعیین نمایند.

این تعیین با مشاهده، کیل یا وزن صورت می گیرد و هدف از آن، رفع غرر می باشد. پس اگر آنچه بر آن حمل می کند راکب باشد، مشاهده لازم است. زیرا راکبان در بلندی و کوتاهی و چاقی و لاغری مختلف هستند. چه بسا چهارپا از حمل راکب عاجز باشد که پس از مشاهده یا وصفش، غرر رفع می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 101

### طرق علم به منفعت

چنانچه بیان شد ماهیت اجاره تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم است و منفعت در آن معلوم نمی شود، مگر با مشاهده یا توصیف کامل به گونه ای که شأنی از شئون اجاره است و عقلاً در ذکر آن تسامح نمی کنند و از آن نمی گذرند.

پس اگر اجاره کردن برای حمل کردن آلات و ادوات صنعت یا زراعت یا شغل دیگر باشد لازم است که جنس آلت از نظر آهن، چوب و غیره معین شود، چون این اجناس اختلاف در وزن دارند و چه بسا سختی در حمل به جهت دیگری باشد غیر از جهت سنگینی و سبکی آن. تمام این جهات باید در مقام واقع شدن عقد اجاره لحاظ گردد و تعیین

آن باعث رفع غرر و جهالت می گردد. همانند آنچه بنای عقلا در ملاکشان می باشد.

همچنین باید چهارپایی را که اجاره می دهند معین کنند. مقصود از تعیین آن، تعیین شخصش نیست، زیرا مانعی ندارد که تمام چهارپاها را اجاره دهند. مانند آنچه بیعش جایز است. نهایت امر توصیف صفاتش که داخل در اصل انتفاع از چهارپاست یا داخل در تکمیل انتفاع از آن می باشد، واجب است و فرقی نمی کند مرکب چهارپا یا سایر مراکب از سنخ حیوان باشد یا غیر حیوان مانند ماشین یا هواپیما. اما تعیین نوع آن مرکب و صنفش واجب است، زیرا منافعش از نظر سرعت سیر و طی کردن مسیر و استراحت راکب مختلف است.

ملاك کلی در تمام موارد، رفع غرر و معلوم بودن آن چیزی است که به ملکیت موجر و مستأجر در می آید و می توان گفت که بنای عقلا در معاملات معاوضی بر این است که هر يك از معامله کنندگان بدانند آنچه به ملکش داخل می شود، عوض

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 102

آن چیزی است که از ملك او خارج می شود و از این جهت بر این فرع علم به عوضین را لازم می دانند و شارع این طریقه را امضا کرده، و از غرر نهی کرده است.

خلاصه مطلب اینکه لازم است عین مستأجره معلوم باشد و فرقی نمی کند که آن انسان باشد یا حیوان یا غیر این دو. همچنین لازم است منفعتی که ملك مستأجر می گردد به حسب آنچه در معاملات عرفی متعارف است معلوم باشد. در تمام مواردی که در این زمینه مطرح می شود این ضابطه کلی وجود دارد و اختلافی در بین نیست: در مورد

اجاره زمین برای زراعت، خانه برای سکونت، بازارچه و دکان برای کسب، چهارپا و ماشین برای سواری و ... این موارد را نمی توان محصور کرد چون بر حسب زمان و عادت و عرف صورتهای گوناگون به خود می گیرد و باید کلیه این موارد را لحاظ کرد.

اما در مورد فروع آن، اگر کسی را برای حفر چاه به ده درهم اجاره کند که به عمق ده قامت انسان چاه بکند، مثلاً اگر يك قامت حفر کرد و به جهتی از جهات نتوانست کار را تمام کند، در این صورت اجرت حفر تمام را محاسبه می کنند و اجرت بخش حفر شده را هم محاسبه می کنند. سپس اجیر به مستأجر به نسبت اجرة المسمی که در عقد ذکر شده اجرت را می پردازد. اگر قیمت کل در مثال مذکور سی درهم باشد و قیمت آنچه حفر کرده يك درهم باشد، اجرت به نسبت سه درهم پرداخت می شود، اجیر مستحق سه دهم از مسمی می شود. اگر مسمی در مثال فرض شده ده درهم برای تمام کار باشد اجیر مستحق سه درهم می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 103

سپس محقق در شرایع «1» قولی دیگر را ذکر می کند که سندش روایت مهجور غیر معمول بین اصحاب است و آن روایت ابو شعیب محاملی از رفاعی است که از امام صادق (ع) روایت می کند که در مورد شخصی سؤال کردم که قبول کرده برای کسی چاهی را به اندازه ده قامت انسان در ازای ده درهم حفر کند. پس اندازه يك قامت کننده و عاجز گشته است. امام (ع) فرمود: اجرت او يك پنجاه و پنجم از 10 درهم می باشد.

این روایت از جناب صدوق «2» به صورت مرسل ذکر شده و در وسائل الشیعة به طریق دیگر روایت کرده که دارای يك تتمه می باشد و آن این است که اجرت یعنی ده درهم به پنجاه و پنج جزء تقسیم می شود و ده پنجاه و پنجم سپس آن مقداری که به اندازه يك واحد شد (از آن اجزا) آن مقدار برای قامت اول می باشد و دومی برای قامت دوم و سومی برای قامت سوم و بر این حساب تا 10 تا.

قول او صحیح است، زیرا مقتضی قواعد است و اصحاب به روایت مهجور عمل نمی کنند. پس به فرض اینکه سندش درست باشد از حجیت ساقط می شود.

در توجیه روایت گفته شده که شاید برای موارد خاصی وارد شده باشد، که از حیث مکان یا زمان با آنچه ذکر شده مناسبت دارند، نه اینکه حکم کلی برای تمام موارد باشد و خلاف مقتضی قواعد اولیه است و این توجیه خوبی است.

---

(1). محقق حلّی، همان، ج 2، ص 185.

(2). شیخ صدوق، المقنع، ص 134.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 104

## اجاره زن برای شیر دادن

### اشاره

فرع: جواز استتجار المرأة للارضاع مدة معينة بعوض معلوم.

جایز است زنی را برای ارضاع در مدت معین به عوض معلوم اجاره کنند.

شرایط این نوع اجاره هم مانند شرایطی است که در باب اجاره معتبر است.

هدف از بیان کردن این فرع از بین بردن اشکال مشهوری است که بر اجاره بعضی اعیان به اعتبار تملیک منفعتش وارد شده است، به این جهت که منفعت آن نیز از اعیان است. مانند اجاره بستان که تملیک منفعتش به اعتبار میوه های موجود در آن است و شکی در تملیک منافع

آن نیست. اما بر انتقال منافع آن به دیگری به ازای عوض معین، تعریف بیع منطبق می شود. یعنی تملیک عین متمول (مالیت دار) به ازای عوض مالی و این با ماهیت اجاره یعنی تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم منافات دارد.

می توان به این اشکال اینگونه پاسخ داده که برای امثال این منافع که جزئی از اعیان است دو اعتبار به دو لحاظ ملاحظه شده است: یکی به اعتبار وجود در خودش و اینکه از مستقلات در وجود و از مقوله جواهر است. پس هرگاه نقل و انتقال آن به این لحاظ و اعتبار واقع شود، نقلش به ازای عوض مالی بیع می باشد. دیگری به این اعتبار که گفته می شود تمر این نخل، یا شیر این گاو یا شیر این زن، یا انگور این درخت یا این بستان و امثال آن. پس به این اعتبار نزد عرف به اعراض قائم به غیر تشبیه می شود مانند سواری این چهارپا یا سکونت این خانه پس هرگاه نقل و انتقال آن به این اعتبار واقع شود عرفاً انتقال منفعت است نه عین. و به این دلیل اجاره به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 105

خود عین اضافه می شود. لذا گفته می شود: اجاره دادم این خانه یا این بستان یا غیر آن را به تو اجاره دارم و اجاره به منافع آن عین اضافه نمی شود پس اگر گفته شود:

سکونت این خانه را یا شیر این گاو را به تو اجاره دادم اجاره باطل می باشد برای اینکه ماهیت اجاره تملیک منفعت عین مستأجره با بقاء خود عین و عدم اتلافش تحقق می یابد.

در تمام موارد اتلاف خود عین فرقی نمی کند



چه وقتی که برای عین وجود مستقل باشد و منفعت تبعی برای دیگری نداشته باشد مانند نان نسبت به خوردنش و آتش برای شعله اش و استعمالش در طبخ و غیر آن، یا از نوع دیگر منافع باشد مانند ثمره برای درختان یا آب چاهها، یا شیر در حیوانات شیرده، شیر خوردن اطفال از زنان شیرده یا اجاره عیون و قنات برای انتفاع آبش برای کشت در زراعت و در جهات دیگر ... صحیح نیست که خود این اعیان که مقصود انتفاع می باشند با اتلافش متعلق اجاره قرار گیرد و آن عین مستأجره می باشد و اگر فعل باشد اجاره باطل است.

اما اگر متعلق اجاره اعیان قرار گیرد که این اعیان نزد عرف بلکه حقیقت تعدی از منافعش می باشد زیرا در شیء منفعت برای شیء شرط نمی شود که از اعراض آن شیء می باشد پس اجاره صحیح می باشد، چون ارکان آن محقق شده و او بر تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم صدق کرد.

بر قول بالا- اشکالی وارد می شود و احتیاج به تکلف انداختن نیست که بگوییم اجاره قرار دادن عین مورد اجاره است در کرایه و اختیار انسان، ملکیت منفعت از لوازم غالبی عین می باشد مضافاً به اینکه قرار گرفتن شیء در کرایه به عبارت دیگر تملیک منفعت آن شیء است در مقابل عوض مشخص و واقعیت اشیاء به واسطه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 106

اختلاف در تعبیر که يك معنی واحد را می رساند متفاوت نمی شود. در اینجا مواردی است که شایسته است آنها را ذکر کنیم.

### **مسأله اول: آیا جایز است زن شیرده که دارای همسر است خودش را برای ارضاع یا رضاع بدون اذن زوجش اجاره دهد یا نه؟**

اقوال متعددی در این باب وجود دارد. سه قول آن عدم جواز است. از جمله هرگاه

مزاحم حق زوجش باشد و حق در آن این تفصیل است، زیرا اگر کسی با حق انشاء معامله و ارتکاب امر موجب تضییع حق دیگری می شود. شارع مانند آن سلطنت را در اموالش و افعالش از او سلب کرده است. در مورد سایر حقوق نیز این چنین است.

اما قول به عدم جواز مطلق است. یعنی حتی اگر مزاحم حق زوج نباشد؛ زیرا زوج مالک شیر است یا مالک تمام منافع زن است.

این کلام عجیبی است چون واضح است که زوجه مملوک زوجش نیست به گونه ای که زوج مالک تمام منافعش باشد یا شیرش به او اختصاص داشته باشد پس منع زوج تأثیری ندارد.

از آنچه ذکر کردیم عدم بطلان اجاره ظاهر شد اگر نکاح بر اجاره وارد شود. به این معنی که در آن هنگام مجرد باشد و خودش را برای ارضاع یا رضاع اجاره دهد سپس ازدواج کند، پس منعی برای زوج از اجاره به طریق اولی نیست مگر اینکه مانع از بهره ای که خداوند تعالی برایش قرار داده شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 107

اگر زوج از خانواده شریفی باشد به گونه ای که مانند این عمل اهانت به او نزد عرف باشد بعید نیست که برای او منع اجاره باشد مانند آنچه که برای او نسبت به سایر کسبها مباح است هرگاه مانند آن باشد مانند خیاطی و نساجی و دلالی و غیر آن از اعمالی که اهل عزت و شرف مرتکب آن نمی شود.

اضافه بر این در مورد اخیر - هرگاه نکاح بعد از اجاره باشد - ممکن است گفته شود حق مستأجر بر حق زوج به دلیل تقدمش بر آن مقدم است. پس

زوج حق بهره بردن از زن را ندارد، در زمانی که بر زن شیر دادن به واسطه اجاره مقدم بر نکاح واجب می شود به خصوص با علم زوج به آن.

استاد ما محقق عراقی در این مقام می فرماید: «همانا صحت این اجاره بدون اذن زوج مبنی بر اینکه سلطنت زوج بر استمتاع، مطلق نیست به گونه ای که سلطه بر استمتاع زوجه را داشته باشد (که در این صورت مثلاً نمی تواند اجیر شود) بلکه مقید به قابلیت محل و عدم وجود آنچه از استمتاع منع می شود می باشد، پس در این هنگام به محض صدور اجاره و تحققش، سلطنت بر استمتاع باقی نمی ماند. برای وجود مانع و آن حق مستأجر است، پس چیزی باقی نمی ماند که مانع از صحت اجاره بدون اذن زوج شود.» (1)

اشکال: شکی در سلطنت زوج بر استمتاع نیست، پس برایش حق منع از به وجود آمدن آنچه دایره سلطنتش را تنگ می کند و حش را تضییع می کند، است که آن

---

(1). آقا ضیاء الدین عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ج 5، احکام الاجاره، ص 455.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 108

اجاره است. پس سلطنت هرگاه در عقود لازمه مانند سلطنت بر استمتاع در نکاح باشد پس محال نیست که حق منع از آنچه متعلقش را تقویت می کند و دایره اش را تنگ می کند برای او باشد.

اگر در عقود جایزه باشد- مثل سلطنت عاریه کننده بر عین عاریه شده- پس برای مالک تنگ کردن دایره اش یا تقویت متعلقش به اتلاف یا انتقال غیر از آن است. پس چاره ای جز قبول قول به صحت اجاره بدون اذن زوج، به شرط عدم مزاحمت با حق زوج نیست. مانند

اینکه هرگاه زوج در سفر طولانی باشد و علم به عدم رجوعش قبل از انقضای مدت اجاره باشد، یا مریض باشد و قادر بر استمتاع نباشد و علم به عدم قبل از انقضای مدت اجاره باشد و امثال آن از آنچه اجاره منافات با حق استمتاع زوج نباشد، نیست.

اما قائل شدن به اینکه حق کسی که شیر را اجاره کرده با حق زوج هر دو از قبیل کلی در معین است. مانند خریدن يك صاع (3 کیلو) از این توبره (گونی) معین که زید می خرد و يك صاع دیگر هم عمرو می خرد. پس بین این دو نفر خریدار اختلافی و منافاتی به وجود نمی آید زیرا دقیقاً مشخص نکرده اند که از کجای آن گونی متاع خود را بردارند. پس برای هر يك از زوج و مستأجر حقشان ثابت است و بین هیچ کدام منعی از جهت استفاده وجود ندارد.

اشکال: شکی نیست که زوج حقش به نحو استغراق برای تمام زمانها نمی باشد.

اما برای او حق تطبیق بر یکی از زمانها که استمتاع در آن می باشد، هست و مانع عقلی یا شرعی در بین نیست. به عبارت دیگر، او بین آن زمانها که از جمله زمان ارضاع است که حق مستأجر است منخیر است. پس تراحم بین دو حق واقع می شود و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 109

برطرف نمی شود مگر با تقیید دو حق به زمان، وگرنه با تقیید یکی از آن دو با اطلاق دیگری رفع نمی شود و آن واضح است.

در مقام تطبیق حق زوج نسبت به خصوصیات زمانها، مطلق است. پس تراحم بین دو حق واقع می شود و می توان حکم کرد به عدم اطلاق

حق مستأجر و اینکه تعیینش مقید به خواست زوجه یا معین کردن وقت در عقد اجاره است تا مزاحمت بین حق زوج و حق مستأجر برطرف شود به اینکه اجاره با حق زوج تراحم ندارد یا اینکه اجاره را به اذن و اجازه شوهر مقید کرد.

### **مسأله دوم: أنه لو مات المرضعه أو الطفل فهل تنفسخ الاجاره ام لا؟**

اگر زن شیرده یا طفل از دنیا برود آیا اجاره منفسخ می شود؟

خلاصه کلام این است که اگر زن شیرده بمیرد مرگش قبل از شیر دادن طفل، به هر اندازه ای، این تلف قبل از قبض است که در خصوص آن سخن گفتیم و اجاره از اول کار منفسخ می شود و مانند تلف مبیع قبل از قبض مشتری می باشد و اما اگر زن شیرده بعد از اینکه طفل چیزی از منفعت را استیفا کرد بمیرد- یعنی مقداری شیر داد- مستحق اجرت است نسبت به آنچه گذشته است و نسبت به آنچه از مدت باقی مانده اجاره منفسخ می شود که بحث آن گذشت.

اگر طفل بمیرد، پس اگر مفاد عقد اجاره شیر دادن به این طفل خاص یا شیر دادن او به شیر زن باشد بعد از مرگ طفل استیفای آن منفعت متعذر می شود و فرقی نمی کند که تعذر استیفای منفعت مملو که به عقد اجاره از جهت فوت زن شیرده یا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 110

از جهت فوت کودک شیرخوار باشد. زیرا رضاع قائم به دو طرف است: شیر دهنده و شیرخوار. با از بین رفتن هر یک از آنها رضاع از بین می رود و تحققش ممکن نیست و از این قبیل است اجاره چهارپای خاص برای سواری شخص خاص. شکی نیست که با هلاک هر یک از

چهارپا و یا آن شخص استیفای آن منفعت خاص ممتنع می شود. پس هرگاه فوت طفل قبل از استیفای چیزی از منفعت باشد اجاره قهرا از ابتدا منفسخ می شود اجرت ساقط می شود و بر فرض استیفای مدتی اجرت نسبت به زمان باقی مانده ساقط می شود و آن وجه در بعضی از فروع پیش گذشت.

اگر مفاد عقد اجاره مخصوص شیر دادن به این طفل از دنیا رفته نباشد بلکه زن را برای شیر دادن طفل به صورت کلی مقید به قید واحد، اجاره کنند، مرگ طفل سبب بطلان اجاره نمی شود، بلکه مستأجر حق دارد از اجیر شیر دادن طفلی دیگر را بخواهد و مستأجر طفل دیگری می دهد که زن او را شیر دهد و نمی تواند قبول نکند زیرا حق لازمی بر مرضعه هست که باید آن را وفا کند به مقتضای عقد اجاره.

### **مسأله سوم: اگر خودش را به گمان عدم مزاحمت با حق زوج اجاره دهد**

، مانند اینکه زوج غایب باشد، سپس حاضر شود، یا مریض باشد و زوجه به عدم برائت در مدت اجاره قطع داشته باشد، سپس به طور اتفاق بری شود. آیا برای زوج حق فسخ اجاره با طلب حق استمتاعش وجود دارد یا بعد از آنکه اجاره صحیح واقع شد و مستأجر ذیحق بر این زن شد حق مستأجر مانع از جواز تطبیق حق استمتاع از زن در زمانی که طفل را شیر می دهد توسط زوج است. زیرا اجاره آن وقت را که تحت قدرت زوج بود از تمکن زوج بر استمتاع از زن خارج کرد؛ زیرا وی ملزم است به وفای عقد اجاره و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 111

ارضاع در آن وقت. پس برایش صرف وقت در امر دیگری نیست.

بنا بر این جایز نیست که وقت خود را صرف امر دیگری کند مگر اینکه گفته شود به بطلان اجاره و انفساخ آن از جهت اینکه بعد از اینکه تمکین برای زوج می باشد هرگاه استمتاع به او را اراده کرد، بر زوجه واجب است و این معنا نفی قدرت زن است بر تسلیم کار، یعنی شیر دادن برای مستأجر، پس اجاره باطل می شود؛ زیرا از شرایط صحت اجاره در باب اعمال قدرت اجیر بر تسلیم عمل در وقتش به مستأجر است. پس هرگاه قادر نباشد- همانند آنچه در این بحث فرض شده- اجاره باطل می باشد.

نمی گوید: این از باب تراحم دو حق است پس ممکن است حق مستأجر بر حق زوج مقدم باشد و زوج نمی تواند در زمان وفا به اجاره هنگام شیر دادن استمتاع کند، زیرا تقدیم حق زوج مورد اتفاق است.

در فرض ما اجاره متأخر از زوجیت است. پس هنگام وقوع اجاره زمان استمتاع خارج از تحت قدرت زن باشد و بر او در آن وقت امر دیگر غیر از استمتاع لازم نمی باشد. پس متعلق اجاره به غیر آن وقت (حق استمتاع) مقید می شود، در این صورت از باب تراحم خارج می شود و آن وقت برای استمتاع متعین می شود و چنانچه اجاره مطلق باشد به گونه ای که شامل وقت استمتاع نیز شود چنین اجاره ای باطل است، از باب عدم قدرت زن بر وفای به این عقد اجاره، علی هذا تراحم رفع می شود. به عبارت دیگر، مورد ما از باب تراحم دو حق محسوب نمی شود، مگر اینکه زوجیت متأخر از عقد اجاره باشد در این صورت ممکن است گفته شود که حق مستأجر ثابت شده است

هنگامی که مانعی در بین نباشد. بنا بر این، حقی از برای استمتاع زوج نیست و لهذا وجوب وفای به اجاره نسبت به زوجه، از ادله وجوب تمکین خارج می شود. این معنا در همه واجبات تسری دارد مثل نماز و روزه و ...

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 112

مگر اینکه گفته شود که برای زن شوهردار جایز نیست خود را به نحو مطلق اجاره دهد. به آن فرض که شوهر طلب استمتاع بکند. بنا بر این لازم است چنین اجاره ای مقید شود به غیر صورت طلب استمتاع از جانب زوج، و لو اینکه در فعل طلبی نباشد.

ولی همین حق طلب در همه حال محتمل است، حتی امکان اجاره دادن زن شوهردار در مواردی که موانع مذکور یا غیر مذکور باشد وجود ندارد.

### اجاره زمین برای ساختن مسجد

فرع: جواز استئجار الارض لتعمل مسجدا.

اجاره دادن زمین برای ساختن مسجد جایز است. «1»

در جواهر آمده است: خلاف این مطلب بهتر است «2» و در کشف الحق آن را به امامیه نسبت داده اند. «3»

به هر حال مقصود قول ایشان این است که: «اجاره دادن زمین برای ساختن مسجد جایز است». مسجد به معنی خاص که احکام خاصی دارد (از جمله وجوب پاک کردن نجاست از آن، عدم جواز ماندن جنب در آن و غیره) دارد، نیست. زیرا مسجد به معنی خاص، وقف است و ملک کسی نیست، اما آنچه ما برای زمین مالک که برای مسجد اجاره می شود گفتیم این است که منفعت ملک برای مدت معین در

---

(1). محقق حلی، همان، ج 2، ص 185.

(2). محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 301.

(3). علامه حلی، نهج الصدق و کشف الحق،



قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 113

اختیار مستأجر قرار گیرد. مقصود از اجاره این است که محلی به عنوان مسجد برای نماز تمام مردم قرار گیرد، یا مدتی برای طایفه خاصی اجاره شود. مثلاً، زمینی برای کارگرانی که برای مدت يك سال در جایی مشغول به کارند و اجاره شود تا نمازشان را در آن سال در آنجا بخوانند. همانگونه که جایز است برای رفع سایر نیازهای کارگران زمینی را اجاره کنند در این مورد نیز اشکالی ندارد. به خصوص اگر از اعمال راجحه باشد مثل اینکه محلی در آن مدت برای اجتماع آنها و یادگرفتن احکام شرعی یا غیر آن از عبادات باشد.

وجهی برای عدم جواز این فرع ذکر شده که استحقاق فعل صلوات به عقد اجاره به حال جایز نیست پس اجاره برای آن جایز نیست و بطلان این کلام و فسادش نیازی به بیان ندارد.

### اجاره درهم و دینار

فرع: جواز استتجار الدرهم و الدنانیر إن تحققت لها منفعة حکیمه مع بقاء عینها.

اجاره کردن درهم و دینار جایز است در صورتی که برای آن دو منفعت حکیمه با بقای عینش محقق شود. «1»

مصنف می گوید: این شرط برای تحقق ماهیت اجاره است. زیرا ماهیت اجاره عبارت است از تملیک منفعت عین با بقای خود آن عین و باید که این منفعت حلال

---

(1). محقق حلّی، همان، ج 2، ص 185.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 114

باشد و عقلای عالم هم مورد توجه قرار دادند تا اینکه آن معامله سفهی نباشد. پس هرگاه این امور در شیئی از اشیاء جمع شود اجاره اش جایز است همانطوری که عاریه اش

جایز است.

و انکار اینکه درهم و دینار منفعت محلله مقصوده عند العقلاء باشد مکابره است.

اما اشکال به اینکه اگر برای آن دو منفعت محلله مقصوده عند العقلاء باشد غاصب، ضامن است. بنا به قاعده «و علی الید ما أخذت حتی تؤدیة». و نیز اگر اجاره آن دو جایز باشد وقف آن دو به خاطر وحدت مناط آن دو جایز است. اما وقف آن دو جایز نیست، پس اجاره آن دو نیز جایز نیست وگرنه تفکیک بین دو متلازم لازم می آید.

اما بر دو مورد فوق اشکال وارد است. اول: پس برای صحت قول به ضمان بر فرض قول به ضمان منافع غیر مستوفاه از باب شمول قاعده «و علی الید ما أخذت حتی تؤدیة» است. دوم: پس برای عدم ملازمه بین جایز بودن اجاره و وقف ممکن است دلیلی از اجماع یا غیر آن بر عدم جواز وقف یا جواز اجاره اش بیاید.

### اجاره برای حیازت مباحات

فرع: جواز الاستئجار لحیازة المباحات.

اجاره کردن برای حیازت مباحات (مانند هیزم و آبیاری از مباحی مانند آب رودخانه) جایز است.

اگر هیزم یا حشیش را جمع کرد یا آب را گرفت به این قصد که آنها برای مستأجر باشد در ملکیت وی درمی آید. بنا بر این اگر تلفش کرد متلف قبل از اینکه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 115

موجر قبضش کند ضامن می باشد نه اجیر، زیرا اجاره اجیر برای حیازت برای آن است که در ملکیت وی درآید. در نتیجه، اتلاف بر مال موجر واقع می شود نه اجیر و کسی که مال غیر را تلف کند بنا بر قاعده «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» ضامن است.

اگر حیازتش برای اشیای مذکور

باشد یا برای غیر آنها به قصد اینکه ملکی برای خودش شود نه مستأجر، پس ظاهر عدم این مطلب است که ملکی برای مستأجر شود. بنا بر این اگر آن را تلف کرد متلف، در برابر مستأجر ضامن نیست. بلکه اگر گفتیم ملکی برای خود اجیر می شود، پس او ضامن است و اگر گفتیم ملکی برای کسی نمی شود، به خاطر اینکه عدم قصد ملکیت در بین است، پس ضمانتی در بین نیست. اما قول اینکه ملکی برای کسی نمی شود بی اساس است، بلکه ظاهر این است که ملکی برای خود اجیر است. هرگاه مستأجر ملکیت را قصد نکند، برای خودش می باشد و اگر ملکیت را برای خودش قصد نکرد، به طور قهری برای او می باشد. به خاطر قول «کسی که حیازت کرد مالك است»<sup>1</sup> و این کلام عام شامل هر دو صورت است. قصدش برای تملك و عدم قصدش برای تملك نه برای خودش است و نه برای دیگری.

چه بسا می گوید: در اینکه برای موجد است قصد خود موجد این باشد که آنچه اجیر برایش حیازت کرده کافی است و فرقی نمی کند که اجیر را قصد کند یا نه.

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 26، ص 291.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 116

زیرا کار اجیر بعد از وقوع اجاره صحیح به منزله کار خود موجد است، زیرا اجاره در مانند این موارد يك نوع نیابت است، پس اگر فرض شود که مالکیت آن احتیاج به قصد ملکیت دارد، کافی است خود موجد قصد کند و به قصد اجیر احتیاج ندارد.

بنا بر این اگر هیچ يك از موجد و اجیر تملك به آن حیازت

را قصد نکنند، اینکه تملك برای موجر فرض شود، جای تأمل است و خالی از اشکال نیست.

فرع: عدم جواز اجارة نفسه لاتیان ما وجب علیه.

نفس اجاره جایز نیست به خاطر اتیان آنچه بر او واجب است.

فرقی نمی کند واجب تعبدی باشد یا توصلی، عینی باشد یا کفایی. چه وجوبش به عنوان خاص باشد مانند غسل دادن مرده و کفن و دفن او و یا از واجبات نظامی باشد که برای حفظ نظام واجب شمرده شده مانند صناعاتی که بازار مسلمین جز به آن برپا نمی شود یا حرفه ها و کسبهایی که به آن نیاز دارند. اما گرفتن عوض بر آنها مانعی ندارد، بلکه وجوبش امر مطلق نیست، بلکه مقید به گرفتن عوض است. و برای آن قاعدة «عدم جواز اخذ الاجره علی الواجبات عدا الواجبات النظامیه» را ذکر کردیم که شرح و تفصیل آن در جزء دوم این کتاب گذشت که احتیاجی به ذکر مجدد آن نیست.

فرع: فیما لو استأجر دابة لحمل مقدار معين من صبرة فحملها أزيد من ذلك المقدار.

در اینکه اگر چهارپایی را برای حمل مقدار معینی از گونی اجاره کند ولی بیشتر از آن مقدار را با آن حمل کند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 117

اگر مقدار زیادی قابل اغماض نباشد، سه صورت دارد: (1) شرطکننده و بارکننده مستأجر است؛ (2) شرطکننده و بارکننده، موجر است؛ (3) شرطکننده و بارکننده شخص دیگری است غیر از موجر و مستأجر.

در صورت اول- اگر شرطکننده و بارکننده هر دو شخص مستأجر باشند- اجرة المثل زیادی لازم است، زیرا در حکم غاصب و تصرف در مال غیر بدون اذن صاحبش است، پس ضامن است. به خاطر

آنچه از آن انتفاع برده است، بلکه ضامن خود چهارپاست، زیرا غاصب است یا در حکم غاصب به دلیل تصرف عدوانی در چهارپای دیگری بدون اذن صاحبش در آن زیادی. پس یدش ید ضمان می باشد.

سؤالی که مطرح می شود این است که اگر چهارپا تلف شود اگر مستندی به مجموع حمل باشد- در بعضی مآذون است- پس آیا نسبت به آن ساقط می شود و ضامن نسبت به مقدار غیر مآذون می باشد یا ضامن تمامش می باشد.

صاحب جواهر از علامه در ارشاد حکایت می کند که به نصف ضمان و اینکه نصفش برای مستأجر است و نصف چهارپا را ضامن می شود برای استناد تلف به دو فعل که یکی از آن دو مآذون است و ضامن نیست و دیگری ضامن تمام تلف نیست زیرا سبب واحد می باشد. (1)

اشکال: همانا این کلام به فرض صحتش و صرف نظر از بعضی اشکالات وارده بر آن، مربوط به زمانی است که سبب ضمان اتلاف باشد و مسأله در اینجا چنین نیست، زیرا ما ذکر کردیم که در اینجا ضمان به سبب قاعده ید است و به سبب

---

(1). محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 303؛ علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج 1، ص 423.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 118

تعدی و تقریط ید ضمانی است. پس اگر حیوان تلف شود حتی بدون اینکه بارکننده مدخلیت در تلف حیوان داشته باشد، باز هم بر اساس قاعده «و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» ضامن تمام چهارپا می باشد.

روایات زیادی بر قاعده «و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» وارد شده است:

یکی از این روایات صحیحه ابی ولاء الحنط است که روایت مشهوری است

و در مورد کرایه قاطر آمده است که مقصد کرایه فقط تا محلی به نام قصر ابن هبیر بوده ولی شخص بیشتر از آن مکان رفته است و امام (ع) حکم دادند که اگر چهارپا به سبب تعدی و تجاوز از مقدار شرط شده در اجاره هلاک شود یا صدمه ببیند، ضامن قیمت آن است. «1» استدلال به این روایت و امثال آن مبنای عدم تفاوت بین اسباب تعدی است.

حسن صیقل می گوید به امام صادق (ع) گفتم: چه می فرمایید در مورد شخصی که حیوانی را کرایه کرده تا یک مکان مشخص، ولی از آن مقدار بیشتر عبور کرده است. امام (ع) فرمودند: به اندازه آن مقدار که بیشتر از حد عبور کرده اجرت آن را محاسبه کرده و گرفته شود و اگر آن حیوان در این هنگام از بین برود این شخص ضامن می باشد. «2»

---

(1). کلینی، همان، ج 5، باب الرجل یکتري الدابة فیجاور بها الحد...، ح 6، ص 290؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجارة، باب 17، ح 1، ص 255.

(2). کلینی، همان، ج 5، ح 1، ص 289؛ حر عاملی، همان، ج 13، ح 1، ص 257.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 119

زید بن علی از پدرانش علیهم السلام نقل کرده که شخصی خدمت امام (ع) آمد که چهارپایی را کرایه کرده بود و اقرار هم می کرد که از وقت کرایه گذشته است، امام (ع) حکم به ضمان دادند به اینکه ثمن و بهای آن حیوان را باید بپردازد ولی مبلغ کرایه را به عهده او قرار ندادند.

غیر از آنچه ذکر شد در وسائل و کتابهای اخبار و حدیث

نیز مواردی را ذکر کرده اند. «1» خلاصه مطلب اینکه بنا به فرض، ضمان از باب قاعده اتلاف نیست. تا اینکه آنچه را که گفته اند تقسیط شود بر مجموع آن بار و مستأجر به زیاده ضامن شود. این در صورتی است که مستأجر هم معتبر باشد و برابر. اما اگر هر دو خود موجر باشد پس ضامن نیست نه نسبت به آن زیادی و نه نسبت به تلف چهارپا. چون از مستأجر چیزی که موجب ضمان شود صادر نشده است و اما موجر ضامن نیست چون انسان برای تلف مال خودش ضامن نمی شود. زیرا ضمان عبارت است از اشتغال ذمه در برابر برای مضمون له، پس تصور نمی شود که مشغول ذمه خودش باشد.

اما صورت سوم که شرطکننده و بارکننده، هر دو شخصی غیر از موجر و مستأجر است و بدون اذن و اطلاع موجر و مستأجر هم این کار را کرده اند و کالای

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 17، ح 977، فی الاجارات، ح 59، ص 223؛ همچنین: شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ح 484، باب من اکثری دابه الی موضع فجاز ذلك ... ح 3، ص 135؛ حر عاملی، ج 13، ابواب احکام الاجارة، باب 17، ح 5، ص 257.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 120

بار شده و حیوان هر دو تلف شده اند. در این صورت هر دوی آنها ضامن کالا در مقابل مستأجر و ضامن چهارپا در مقابل موجر می باشند و علت ضمان آن دو به خاطر تعدی و عدوان بر علیه موجر و مستأجر در کالا و چهارپا بوده و به دلیل تصرف آنها در مال دیگری بدون اذن و

اطلاع آنها و آنچه ما گفتیم بر طبق قواعد باب ضمان بوده است.

## شرط دیگر از شرایط صحت اجاره

فرع: من شرائط صحة الاجاره أن تكون المنفعة مباحة.

از شرایط صحت اجاره این است که منفعت مباح باشد. «1»

پس اگر خانه ای را برای نگهداری شراب، یا دکانی را برای خرید و فروش آلت حرام، یا اجیری را برای حمل مسکرات، یا زن آوازه خوانی را برای غنا، یا نویسنده ای را برای نوشتن کفریات اجاره داد، اجاره منعقد نمی شود. چه بسا گفته شده اجاره حرام است و انعقاد اجاره برای امکان انتفاع در غیر حرام است و چه بسا اولی بهتر است. «2»

آنچه مکرراً ذکر کردیم این است که ماهیت اجاره تمليك منفعت معلوم به عوض معلوم است. پس هرگاه منفعت حرام باشد قابل تمليك نیست، زیرا مالك آن

---

(1). محقق حلی، همان، ج 2، ص 186.

(2). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 121

نمی شود. پس چگونه مالك آن می شود و هیچ امکان ندارد که آنکه چیزی را ندارد بتواند آن چیز را بدهد.

تعلیل برای صحت اجاره و وقوع آن به امکان انتفاع در غیر محرم بعد از عدم تمامیت ارکان اجاره وجهی ندارد و آن برای آنچه ذکر کردیم که فعل موجر عبارت است از تمليك منفعت به مستأجر پس موجر باید مالك منفعت باشد یا از طرف مالك برای تمليك حق نیابت یا ولایت یا ... داشته باشد. لذا در اجاره اعیان باید مالك منفعت عین باشد و در اجاره افعال موجر باید مالك فعل باشد یا برای تمليكش به نیابت یا ولایت یا غیر آن اختیار داشته باشد.

اگر شارع سلطنتش را در هر دو مقام سلب کند، مانع شرعی هم مانند مانع



عقلی است. پس آن منفعت حرام یا آن فعل حرام تملیک نمی شود چون اجاره بر این دو واقع نمی شود. بنا بر این منفعت در غیر حرام تملیک می شود و تملیک منفعت در حرام ممکن نیست چون همانطور که گرفتن اجرت واجبات برای اجیر صحیح نیست در کارهای حرام نیز چنین است.

فرع: من شرائط صحة الاجارة ان تكون المنفعة مقدورا علی تسلیمها.

از شرایط صحت اجاره این است که منفعت مقدور التسلیم باشد.

پس اگر قصد اجاره دادن بنده فراری یا چهارپای سرکش را داشته باشد از آنجایی که نه موجر قادر بر تسلیمش می باشد و نه مستأجر قادر بر گرفتن و قبض آن، اجاره باطل می باشد؛ زیرا معامله غرری است و سفاهت می باشد. گرفتن عوض بر تملیک مانند این منفعت که راهی برای استیفای آن برای مستأجر نمی باشد اکل مال به باطل است و بحثی در آن نیست.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 122

سؤالی مطرح است در مورد اینکه اگر موجر به عین مستأجره ای که قادر به تسلیمش نیست عین مقدور التسلیم دیگری را ضمیمه کند که دارای سود حلال و مورد توجه عقلا باشد (یعنی مقداری با ارزش و با منفعت باشد که نظر عقلا را جلب کند نه آن قدر کم که معمولا عقلا به خاطر آن معامله ای را انجام نداده و به آن توجه نمی کنند) آیا اجاره در این هنگام مانند بیع با ضمیمه صحیح است یا نه؟

در شرایع آمده است که صحت آن مورد تردید است. «1»

محقق در صورت تردید می فرماید: صحت ضمیمه در بیع بنده فراری واجب می شود و معامله را از غرری بودن خارج می کند. پس از این نظر

اجاره بر بیع اولویت دارد، زیرا تحمل غرر در اجاره از بیع زیادتر است. پس چون ضمیمه موجب رفع غرر در بیع می شود و مقدار باقی مانده از غرر در جزء دیگری از بیع عفو می شود پس عفو در اجاره به طریق اولی است.

این یکی از دو وجه از تردید است و وجه دیگر آن که دلیل نفی غرر و عدم صحت معامله غرری است و فقها بر آن اتفاق دارند شامل این مقام می شود و صحت بیع اینجا تعبدی است و اینجا قیاس بیع و اجاره به عنوان دلیل بر صحت اجاره باطل نیست هر چند آنچه به عنوان ملاك حکم فرض می شود در اینجا به طریق اولویت نسبت به مورد مخصوص آنجا باشد، زیرا این اولویت گمانی موجب نمی شود که قیاس را از ظنون غیر معتبر خارج کند و دلیل برای حکم شود بعلاوه ما در صغری دلیل را که ملاك حکم و اولویت داشتن آن باشد قبول نداریم، زیرا معلوم بودن

---

(1). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 123

مبیع در بیع و منفعت در اجاره به يك حد است و از يك روش و دلیل متابعت می کند.

در اینجا دو فرض قابل بررسی است: اینکه مستأجر احتمال می دهد قدرت به دست آوردن منفعت را دارد یا موجد بعد از فوت زمان استیفای منافع قادر بر تسلیم عین مستأجره است و فرض دیگر این است که مستأجر از دست یافتن بر منفعت مأیوس است و احتمال آن را نمی دهد. در صورت دوم حتی با ضمیمه برای غرر، معامله قطعاً باطل، بلکه سفاهت می باشد، چون منافع ضمیمه زیاد نیست به گونه ای که آنچه

از منافع عین مستأجره را که موجر قادر به تسلیمش نیست با آن تدارك کند. اما اگر موجر یا مستأجر احتمال عقلانی بدهد که قادر بر به دست آوردن آن است در این صورت اجاره نه سفاهت است و نه اکل مال به باطل است. به دلیل اینکه اقدام عقلا بر امثال این خسارت به خاطر احتمال به دست آوردن آن چیزی است که نفعش در نظرش زیادتر است. کشاورز هزینه زیادی صرف می کند برای به دست آوردن آنچه نفعش زیادتر است و قطعا آنچه به دست می آورد برتر از این نفع است. یا تاجر در تجارتش و سایر ارباب حرفه ها و صناعات در شغل هایشان اموالشان را به این احتمال می بخشند که آنچه به نظرشان مهمتر است به دست بیاورند.

مسأله غرر باقی می ماند و عدم آن از قیدهای شرعی معتبر در صحت معامله است به سبب آنچه در مستدرک از بزرگان اسلام از امیر المؤمنین (ع) نقل شده که سؤال کردند از ایشان از خرید و فروش ماهی در تور. حضرت فرمود: جایز نیست، زیرا که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 124

کم و زیادش مجهول است و آن بیع غرری است. «1» پس این تعلیل عام شامل اجاره و بیع و غیر این دو می شود. از جهت شمول قول پیامبر (ص) «نهی النبی عن بیع الغرر» برای اجاره که از باب وحدت مناط است معنی غرر جهل به عوضین یا یکی از آن دو می باشد و در اینجا فرض شده یکی از عوضین، که منفعت است، به دست آوردنش معلوم نیست. لذا بی تردید این چنین معامله ای غرری می باشد که مورد نهی واقع شده و

لذا باطل می باشد. بی تردید اجاره عبد فراری و چهارپایی که فرار کرده و مکانش غیر معلوم است از این قبیل می باشد. هرگاه امکان منتفع شدن از منفعت و استیفای آنچه با اجاره مالك می شود برای مستأجر معلوم نباشد، اجاره معامله ای غرری است و صحیح نمی باشد. اگر راهی برای تمکن از آن باشد و مطمئن باشد به اینکه مثلاً بنده به سوی مولایش برمی گردد و یا چهارپا پیدا می شود به گونه ای که غرری در عرف شمرده نشود اجاره آنها مانعی ندارد و جایز است. اما به صرف ضمیمه جهاتی که در خود عین مستأجره پدید آمده نه اصلاح می شود و نه رفع می شود. بله، ضمیمه سفاهت را در مثل این معامله در بعضی موارد رفع می کند نه جهالت را و این واضح است.

### ممنوعیت مستأجر از استفاده عین

فرع: للمستأجر التغريم فيما لو منع الموجه من تسليم المستأجر العين المستأجره.

(1). ابی حنیفه نعمان بن محمد تمیمی، دعائم الاسلام، ج 2، ح 42، ذکر ما نهی عنه من بیع الغرر، ص 23؛ نوری طبرسی، همان، ج 13، ابواب عقد البیع و شروطه، باب 10، ح 1، 237.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 125

اگر موجه از تسلیم عین مستأجره به مستأجر امتناع کند برای مستأجر غرامت است.

اگر موجه از تسلیم عین مستأجره به مستأجر امتناع کند به گونه ای که مستأجر قادر نباشد منفعتی را که با اجاره مالك شده، بدست آورد و منفعت از او فوت شود آیا اجاره منفسخ می شود و اجرت المسمی به مستأجر بر می گردد؟ مانند آنچه در باب تلف عین مستأجره به دلیل وحدت مناط گفتیم و آن عدم امکان انتفاع از منفعتی بود که با اجاره

مالك آن شده است یا مستأجر به بدل منفعت تلف شده غرامت می گیرد به دلیل اینکه منفعت در ملك او تلف شده (مانند آنچه حکم در باب اتلاف مال غیر است) یا مخیر است بین گرفتن غرامت و رجوع به مسمی؟ پاسخ وجوه مختلفی دارد.

ظاهر این وجوه این است که برای مستأجر غرامت است؛ زیرا حال موجر در فرض، حال غاصب اجنبی می باشد. شاید بتوان گفت که قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» در اجاره جاری می شود و بر مبنای آن با تلف عین مستأجره اجاره منفسخ می شود و اجرت المسمی به مستأجر بر می گردد و نوبت به اتلاف و تغريم نمی رسد. برای اینکه آن دو به باقی ماندن عقد اجاره موقوف هستند.

اشکال اول این است که ظاهر قاعده تلف قبل از قبض و اینکه تلف از مال بايع است، این است که تلف، مستند به فعل تلف کننده و عمدی نباشد بلکه بدون عمد و اختیار باشد. به عبارت دیگر، قاعده تلف قبل از قبض شامل موارد اتلاف نمی شود و فرض ما اتلاف است نه تلف.

و اشکال دوم این است که کلام ما در آن مورد تلف نیست، زیرا تلف عبارت است از، از بین بردن شیء حقیقتاً یا حکماً به معنای عدم صلاحیتش برای استفاده و عدم ترتب فایده یعنی در قبال استفاده هم حاصل نمی شود و ممانعت مالك از تسلیم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 126

کردن عین مستأجره به مستأجر بر هیچ يك از آن دو منطبق نمی شود به دلیل عدم انعدام فرضی آن صلاحیت یقینی آن برای استفاده، نهایت امر مالك موجر، مستأجر را از استفاده

از آن منع کرد پس حق این است که مالک موجر مانند غاصب اجنبی ضامن آنچه آن را برای مستأجر فوت کرده می باشد.

اما وجهی برای قول به تخیر نیست زیرا با جریان قاعده تلف از قبل قبض، مجالی برای باقی ماندن عقد باقی نمی ماند و عقد منفسخ می شود و اجرت المسمی به مستأجر برمی گردد و وجهی برای طلب اجرة المثل باقی نمی ماند. با عدم جریان قاعده و باقی ماندن عقد، معامله محل جریان قاعده اتلاف می باشد و اگر تلف کننده موجر باشد غرامت می دهد و مجالی برای رجوع به اجرت مسمی نیست پس تخیر بین دو امر متفاوت است و وجهی برای آن نیست.

فرع: فیما لو منع المستأجر عن الانتفاع بالعين المستأجرة ظالم قبل أن یقبضها.

اگر کسی مستأجر را از انتفاع به عین مستأجره منع کند قبل از اینکه آن را به قبض خودش درآورده باشد ظلم کرده است.

برای مثال اگر بگوید: «نمی خواهم از عین مستأجره بهره برداری کنی». اگر منع به غصب عین مستأجره و قرار دادن ید بر آن باشد حکمش مانند آنچه در مسأله قبل گفتیم می باشد و غاصب ضامن آنچه آن را برای مستأجر فوت کرده می باشد. پس برای اجرة المثل به ظالم رجوع می کند.

در این فرض قاعده «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» جاری نمی شود و مستأجر برای اجرت المسمی به موجر رجوع می کند. برای آنچه در فرع سابق ذکر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 127

کردیم که مانند این مقام بود و گفتیم که غصب غاصب و منع مستأجر از استیفای منفعت توسط موجر شامل تلف نمی شود. این مورد اخیر مانند منع مستأجر توسط ظالم است

قبل از اینکه مستأجر عین مستأجره را قبض کند اما اگر این ممانعت بعد از قبض باشد- فرقی نمی کند که در ابتدای مدت اجاره باشد یا در اثنای آن- پس عدم جریان قاعده «کل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» واضح است و حکم غرامت ظالم و رجوع به او به اجرت المثل مدت دار است.

اما اگر ممانعت از انتفاع به عین مستأجره غیر از قرار دادن ید بر عین مستأجره و عدم تصرف در آن باشد- مانند اینکه اگر خانه ای را برای سکونت در آن اجاره داد پس ظالم از داخل شدن یا سکونت در آن منع کرد یا ماشینی را برای سفر به مکانی اجاره داد و ظالم مطلقاً از مسافرت یا از مسافرت به آن مکان منع کرد- پس قطعاً در اینجا ضمان ید نیست به دلیل عدم ید بر عین مستأجره از طرف ظالم.

اگر ظالم سببی برای فوت منفعت شد و به این دلیل اتلاف منفعت بر منع ظالم صدق کرد بنا بر قاعده اتلاف یا تسبیب ضامن می باشد وگرنه موجبی از برای ضمانت وی نمی باشد و اتلاف بر آن به سختی صدق می کند، مگر اینکه گفته شود هر چند اتلاف بر آن صدق نمی کند ولی تفویت منفعت بر مستأجر بر آن صادق است و این معنا در ضمان کافی است.

### حدوث مانع از انتفاع از عین مورد اجاره

فرع: فیما لو حدث بعد وقوع الاجاره ما يمنع من استيفاء المنفعه فهل تنفسخ الاجاره؟ أو یكون للمستأجر الخيار؟

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 128

اگر بعد از وقوع اجاره مانعی از استیفای منفعت حادث شد آیا اجاره منفسخ می شود یا مستأجر اختیار فسخ دارد؟

اگر بعد از

وقوع اجاره با تمامیت اجزاء و شرایط مانعی از استیفای منفعت شرعی یا عقلی حادث شد، آیا اجاره منفسخ می شود یا مستأجر خیار فسخ دارد یا هیچ یک از این دو فرض محقق نمی شود.

اینجا مثالهایی از موانع استیفای منفعت را ذکر می کنیم: از آن جمله است اگر شخصی را برای کندن دندان کرسی اجاره کند ولی قبل از اینکه دندان را بکند درد زایل شود، کندن دندان سالم جایز نیست. پس این مانع از استیفای به کندن است، آیا این موجب انفساخ اجاره است یا نه؟ ظاهر این است که انفساخ واجب می شود، بلکه این اجاره از ابتدا صحیح نیست زیرا از شرایط صحت اجاره این است که اجیر قادر بر عملی باشد که برای آن اجیر شده است و عمل مقدر در ظرف وقوع عقد باشد و مانع شرعی مانند مانع عقلی است به گونه ای که عمل، یعنی بریدن در ظرف عمل، حرام است. پس برای اجیر از نظر شرعی مقدر نیست و بطلان اجاره از اول منکشف می شود و دیگر نوبت به فسخ یا انفساخ نمی رسد.

مورد دیگر این است که اگر زنی را برای جارو کردن مسجد در روزهای معین اجاره کنند و زن حیض شود و معلوم است که حیض از ماندن و عبور کردن در مساجد ممنوع است و جارو کردن بدون مکث هم ممکن نیست. در این مورد نیز مستأجر از نظر شرعی قادر نیست که عمل را مباشرتاً در مدتی که برای انجام کار معین شده انجام دهد، پس کشف می شود که حادث شدن حیض در آن زمان از موارد بطلان اجاره از اول امر است، مانند مورد قبل.

قواعد فقهیه



این زمانی است که عمل زن مباشرتا متعلق اجاره باشد وگرنه مانعی در بین نیست و خلاصه مطلب در این مقام اینکه از شرایط صحت اجاره در باب اعمال این است که اجیر قادر بر انجام آن عمل باشد، در غیر این صورت عمل در بین نیست تا اینکه مستأجر مالک عمل شود و به ازای آن عوض بگیرد. در نتیجه، اکل مال به باطل می شود و تجارت عن تراض نیز محسوب نمی شود و فرقی ندارد که عدم قدرت تکوینی یا تشریحی باشد. به این معنی که فرقی در عدم حصول شرط قدرت بر عمل بین اینکه عجز اجیر به دلیل عدم قدرت تکوینی باشد یا به دلیل نهی قانونگذار از آن باشد وجود ندارد: الممتنع شرعا کالممتنع عقلا. بدین معنا عدم توان در افق تشریح همانند افق تکوین است.

می توان گفت فرقی بین اینکه عجز، عجزی تکوینی یا تعجیزی مولوی باشد نیست به سبب وحدت مناط عدم قدرت بر انجام عمل. در نتیجه، فرقی نیست بین اینکه خود عمل برای مستأجر حرام باشد یا بعضی مقدماتش، و در هر دو حالت قدرت از او در عالم اعتبار تشریحی سلب می شود، زیرا مانع شرعی مانند مانع عقلی است.

آنچه ذکر کردیم از مسأله اجاره زن برای ارضاع با طلب زوج برای استمتاع در وقت معین برای رضاع، و نیز عارض شدن مرض که مانع از انجام عمل توسط اجیر در وقت معین در عقد اجاره می شود و نیز عدم امکان رسیدن به حج به دلیل مانع شرعی یا عقلی در اجاره چهارپا یا ماشین یا هواپیما یا غیر آن و نیز

عارض شدن مانع دیگر از انجام عمل تماما از جایگاه واحد برخوردارند و مرجع شان به امر واحد برمی گردد که عدم قدرت بر انجام عمل - تکوینا و تشریعا- است و در نتیجه اجاره باطل می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 130

اما مسأله عدم امکان انتفاع از عین مستأجره به دلیل مانع از این قبیل نیست و صحت یا عدم صحت اجاره در آن ملاک دیگری دارد. بله، آن در عنوانی که در اول این فرع ذکر کردیم داخل است و آن این است که بعد از وقوع عقد اجاره صحیح با تمامیت اجزا و شرایط، آنچه مانع از استیفا می شود، حادث شود.

دو عنوان در مورد مسأله اول قابل ذکر است:

اول) عدم قدرت اجیر بر انجام عمل تکوینی یا تشریحی است. به عنوان مثال مسأله اجاره زن برای جارو کردن مسجد و حیض شدن زن اجیر در وقت معین برای جاروی مسجد، و نیز مسأله ارضاع زن اجیر شده در وقت معین و طلب زوج برای استمتاع در همان وقت و مانند اینها، در این عنوان داخل می شود و اجاره به خاطر عدم قدرت اجیر بر انجام عمل باطل می شود.

دوم) وجود مانع از استیفای منفعت عین مستأجره است. به عنوان مثال مسأله وجود مانع از انتفاع به خانه مستأجره و آنچه مانند این مسأله است تحت این عنوان داخل می گردد و ملاک بطلان در آن لغو بودن تملیکی است که امکان بهره بردن از آن نیست.

ملاک بطلان اجاره در هر دو مسأله یکی نیست و این واضح است، پس بهتر است که این دو مقام به سبب عدم وحدت ملاک در آن دو خلط نگردد،

و به هر يك از آنها ملاکی جداگانه اختصاص یابد.

فرع: ضمان الصانع لما یفسده اذا ما اعطی لیصنعه شیئا معینا.

هرگاه به صنعتگر چیزی دهند تا از آن چیز معینی را بسازد و او از عهده این کار بر نیاید، ضامن است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 131

مثلاً- وقتی به صنعتگر طلائی دهند تا زینت معینی برای زنان بسازد، اما قادر به ساختن آن نباشد یا چیز دیگری از آن بسازد یا آنچه از او خواسته شده را، خوب نسازد به گونه ای که در عرف بگویند مال را فاسد و تلف کرده است یا چیزی از آن را تلف کرده است، یا آنچه از سنگهای قیمتی برای ساختن انگشتر یا چیز دیگری به او داده اند شکسته یا ساعتی را که برای درست کردن به او داده اند شکسته، یا چیزی از آن را تلف کرده است، یا غیر آن از آلات و ادوات که از حیث صورت یا ماده بر آن تلف واقع شده، یا لباسی را برای بریدن به او داده اند و آن را پاره کرده، یا پارچه آتش گرفته یا به خیاط می دهد سپس آن را تلف می کند یا مانند آنچه خواسته نمی سازد و اجاره بر آن واقع می شود، در تمام این موارد بنا به قاعده اتلاف صنعتگر ضامن می باشد، زیرا بدون اینکه مالک اذن به تلف داده باشد، مال او را تلف کرده است.

در جریان قاعده اتلاف شرط نیست که تالف در تلف عامد باشد، بلکه اگر تلف از او بدون توجه و التفات صادر شود، ضامن است. همچنین، اگر پزشك اشتباها به مریض دارویی مضر بدهد ضامن است. در حجامت کردن

و ختنه کردن نیز اگر اشتباه کند و از حد حجامت و ختنه تجاوز کند و سبب تلف خود شخص یا عضو او شود ضامن می باشد برای اینکه اتلاف در تمام آنها صادق است.

در باب ضمان اتلاف ملاك این است که اگر اتلاف صدق کند موجب ضمان می شود، مگر هنگامی که اذنی در اتلاف باشد و مالک بر آن اقدام کند در این صورت مالک کسی است که حرمت مالش را از بین برده است.

فرقی نیست بین اینکه تلف کننده یدش ید امانی باشد یا نباشد، زیرا سبب ضمان، قاعده ید نیست و بین اینکه امین باشد یا نباشد نیز فرق نیست، بلکه ملاك در تمام

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 132

موارد این است که اتلاف صدق کند و ما در محلش بررسی کردیم که قصد و عمد لازم نیست نه در ماده افعال و نه در هیئتش. علاوه بر این اخبار زیادی در ضمان وارد شده که جملائی چند را ذکر کردیم و از آن جمله است:

صحیح حلبی از ابی عبد الله (ص) در مورد مردی که لباس برای رنگ کردن می دهد و خیاط آن را خراب می کند می فرمایند به هر عاملی اجرت داده می شود به شرطی که درست کار کند و اگر خراب کند، ضامن است. «1»

از حلبی روایت شده که از ابی عبد الله (ص) در مورد برشکاری که لباس را خراب کرده سؤال کردند. حضرت فرمودند: به هر اجیر اجرتش داده می شود به شرط اینکه درست کار کند. اگر خراب کرد پس ضامن است. «2»

حلبی از ابی عبد الله (ص) روایت می کند: در مورد غسل (شوینده) و صباغ (رنگ

کار) گفته شده که اگر ادعا کند چیزی از آنها دزدیده شده ولی نتواند دلیلی بر ادعای خود بیاورد و گمان رود که خود این اموال را برده است و نتواند ثابت کند کار دیگری بوده در صورتی که شهادتی بر ادعای خود نیاورد، خود ضامن است. «3»

---

(1). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، ص 253 ح 3917، باب ضمان الصناع، ح 1، ص 253؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجاره، باب 29، ح 19، ص 275.

(2). کلینی، همان، ج 5، باب ضمان الصناع، ح 1، ص 241؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 955، فی الاجارات، ح 37، ص 219؛ همچنین: شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ح 470، باب الصناع یعطی شیء لیصلحه فیفسده...، ح 1، ص 131؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجاره، باب 29، ح 1، ص 271.

(3). کلینی، همان، ج 5، باب ضمان الصناع، ح 2، ص 242؛ شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، ح 3921، باب ضمان من حمل شیئا فادعی ذهابه، ح 2، ص 254؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجاره، باب 29، ح 2، ص 271.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 133

روایات زیادی به این مضمون یا نزدیک به آن آمده است و بابتی در وسائل «1» برای آن منعقد شده است و علاوه بر آن اجماعاتی نقل شده که گفته شده به حد تواتر رسیده است. روایات دیگری هم هست که چه بسا ظاهرشان با این روایات معارض باشد. مانند روایت معاویه بن عمار از ابی عبد الله (ع) گفت: سؤال کردم در

مورد رنگ کار و برشکار فرمودند: آن دو ضامن نیستند. «2»

اما اعتماد و اعتنا به آن روایات صحیح نیست، زیرا مشهور از آن اعراض کرده و به آن عمل نکرده اند، هر چند به حسب سند از صحاح باشد اما اعراض اصحاب از روایت صحیحه موجب کسر و بی اعتباری آن می شود که قهرا ادله حجیت خبر واحد از وی ساقط می گردد و تعارض در صورتی است که روایات متعارضین هر دو متکافئین و حجت باشند.

صحیحۀ ابی بصیر از ابی عبد الله (ع) در مورد شترداری که باری را که می برد شکست یا آن را هدر داد چنین روایت می کند که: اگر مورد اطمینان بوده بر او چیزی نیست و اگر مأذون نبوده، ضامن است. «3»

---

(1). حر عاملی، همان.

(2). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 964، فی الاجارات، ح 46، ص 220؛ همچنین: شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ح 477، باب الصانع یعطی شیئا لیصلحه فیفسده...، ح 8، ص 132؛ حر عاملی، همان، ص 274.

(3). کلینی، همان، ج 5، باب ضمان الجمال و المکاری و اصحاب السفن، ح 6، ص 244؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجاره، باب 30، ح 7، ص 278.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 134

ظاهر این است که موارد اتلاف حمال از آن جمله نیست. زیرا در مورد اتلاف فرقی نیست بین اینکه تلف کننده امین باشد یا نباشد، زیرا تلف کننده مطلقا ضامن است.

پس بهتر است که بین روایات جمع کند با حمل کردن آنچه در آن ضمان مطلقا نفی شده مانند روایت معاویه بن عمار یا در آن ضمان را نفی می کند هرگاه شخص مورد اطمینان باشد و

تلف در مالی که تحت یدش است غیر از اتلاف باشد.

معلوم است که تلف، تحت ید امین موجب ضمان نمی شود مگر با تعدی یا تقریط. پس به این وسیله امین را خارج می کند. حمل کردن روایاتی که بر ثبوت ضمان در موارد اتلاف دلالت می کند مانند ظاهر این قول که هر اجیری اجرتش داده می شود، اگر کارش را به درستی انجام دهد و اگر کار را به درستی انجام ندهد، ضامن است. چون در صورت اخیر آنچه تحت یدش است اتلاف شده است نه فقط تلف شده و فرق بین دو مسأله واضح است. پس در مورد جمع دلالت (عقل - اجماع) تطابقی با جمع ادله یا جمع دلالت (تضمین التزامی) مانند آنچه در روایت حلبی با روایت ابی بصیر است، نوبت به اسقاط حجیت با اعراض مشهور نمی رسد زیرا با جمع دلالت، تعارضی در بین باقی نمی ماند و با امثال این مرجحات معالجه می کند.

## مخارج عبد و حیوان

فرع: ضمان المستأجر لو أهمل سقى الدابة و علفها.

اگر مستأجر در آب و علف دادن به چهارپا اهمال کند، ضامن است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 135

اگر کسی چهارپایی را برای سواری یا حمل اجاره کرد و آن را از مالکش گرفت و تحت یدش برای استفاده سواری یا حمل قرار گرفت، آب و علف دادن به چهارپا بر او واجب می شود و اگر کوتاهی کند ضامن است.

محقق در شرایع «1» چنین فتوا داده است و توضیح مطلب این است که يك بار در وجوب آب و علف دادن به چهارپا صحبت می کنیم از باب حفظ مال دیگری که نزدش امانت است و بار دیگر از باب ضمان صحبت

می کنیم، زیرا مالک حیوان برای هزینه ای که مستأجر برای چهارپا صرف می کند ضامن است.

اول می گوئیم: وجوب آب و علف دادن به خاطر حفظ مال دیگری از تلف است. به اعتبار اینکه بنای عقلا بر این است که مستأجر که چهارپای مستأجره را قبض می کند و تحت یدش داخل می کند اگر به آن آب و علف ندهد و حیوان از گرسنگی یا تشنگی تلف شود نزد عرف مستأجر سبب تلف چهارپا است و تعدی و تفریط از جانب مستأجر است. پس در صورت آب و علف ندادن به حیوان اگر حیوان تلف شود ضامن می باشد و آن مانند آنچه در باب لقطه حیوان صراحت دارد می باشد که با پیدا کردن حیوان نفقه بر یابنده لازم می شود و رجوع وی به مالکش برای عوض هرگاه انفاقش به قصد گرفتن عوض باشد جایز است.

هرگاه چهارپا تحت ید مالک نباشد در واقع از ید مالک خارج می شود بلکه استفاده مستأجر برای سواری یا حمل، تحت ید مالکش می باشد همانطور که حالت و متعارف بین کارواندارها در بعضی کشورهاست، پس بر مستأجر قطعاً واجب

---

(1). محقق حلی، همان، ج 2، ص 187.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 136

نمی باشد. زیرا آن دو عین عوض است با عدم ذکر انفاق و اگر به قصد عوض با غیاب مالک موجر انفاق کرد یا با حضورش به خاطر عدم قدرتش یا علت دیگری انفاق نکرد رجوع به مالک برایش جایز می باشد.

از آنچه ذکر کردیم مشخص شد که منافاتی بین وجوب انفاق و جواز مطالبه عوض نیست.

و اگر بخواهی بگویی: شکی در عدم وجوب انفاق بر مال غیر نیست اگر حیوان باشد و



فرقی نمی‌کند برایش منفعت باشد یا نباشد. مگر زمانی که آن تحت یدش به صورت امانت مالکی شرعی باشد و مالک، غایب یا معذور باشد و قادر بر انفاق نباشد. در این صورت انفاق واجب است و لکن رجوع به مالک هرگاه انفاق به قصد عوض باشد جایز است. تمام آن موارد به خاطر قاعده احترام مال مسلمان از یک جهت است و عدم جواز تعدی و تفریط در مال غیر از جهت دیگر و همانا اگر او این کار را بکند ضامن است و حفظ مال دیگری در ابتدا واجب نیست اگر دلیلی برای آن نباشد.

فرع: انّ نفقه الاجیر علی المستأجر الا ان یشرط علی الاجیر.

نفقه اجیر بر مستأجر است مگر اینکه شرط شود نفقه بر اجیر باشد. (1)

این کلام مخالف ظاهر قواعد تعیین شده در باب اجاره است. زیرا ماهیت اجاره در باب اجیر این است که مستأجر مالک عمل اجیر می‌شود- عوضین در اجاره عمل

---

(1). همان، ص 188.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 137

اجیر در مقابل عوضی است که مستأجر می‌پردازد و این دو باید معلوم باشد- نفقه اجیر خارج از عوضین در باب اجاره است و آنچه دو طرف مستحق هستند- یعنی اجیر و مستأجر- چیزی جز این دو عوضی که مبادله بین آنها واقع شده، مانند آنچه در سایر عقود معاوضی است.

پس هر يك از متعاقدين در عقد معاوضی آن چیزی را مالک می‌شود که ملك دیگری است به ازای آنچه ملكش است و به دیگری تمليك می‌کند و نفقه اجیر در عقد اجاره ذکر نشده است وگرنه اگر ذکر شده باشد- یعنی از طرف اجیر شرط

شده باشد و یا شرطی ضمنی باشد- حرفی نیست که به خاطر وجوب وفای به شرط نفقه بر مستأجر واجب است.

با وجود این، جماعتی از بزرگان به خلاف این فتوا داده اند. همانطور که از کتاب نهاییه شیخ طوسی و قواعد و ارشاد و کتاب روضة الجنان (1) حکایت شده و در این فتوا تحقیق شده و از لمعه که قول آن مشهور است حکایت شده است. (2)

ظاهر اینکه قائلین به این فتوا تمسک کرده اند به ظاهر آنچه در خارج متعارف است. اینکه مخدوم نفقه خادمش را می دهد بخصوص هنگامی که به سرزمین دیگری برای برطرف کردن نیازهایش فرستاده شود. پس آنچه متعارف است به منزله

---

(1). شیخ طوسی، نهاییه، ص 447؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج 1، ص 225؛ همچنین: علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج 1، ص 425. محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 328.

(2). شهید اول، لمعة الدمشقیة، کتاب الاجاره، مسأله 4، ص 165.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 138

شرط ضمنی می باشد و بعد از اینکه شرط ضمنی شد واجب الوفاست. و تو می دانی که اثبات مانند این تعارف و این نظر که به منزله شرط ضمنی می باشد خالی از اشکال نیست. اما آنها به روایات وارده در این باب تمسک کرده اند.

سلیمان بن سالم گفت: سؤال کردم از امام موسی بن جعفر (ع) در مورد شخصی که با مخارج و حقوق دیگری را با مخارج و حقوق اجیر می کند تا به مکانی برود و زمانی که وارد آن مکان و شهر می شود يك نفر از دوستان او با او مواجه شده و او را به منزل خود دعوت می کند و یکی

دو ماه در آنجا می ماند و به واسطه او دیگر محتاج استفاده از نفقه ای که از مستأجر گرفته، نمی شود. بعد از اتمام کار شخص اجیر مقدار خرجی را که صاحبخانه کرده برآورد می کند که مثلا اگر او را میهمان نمی کرد چه مبلغی می شد و آن مقدار را به عنوان هدیه و جواب احسان به صاحبخانه می دهد. حال این هدیه از چه کسی است؟ آیا از جیب اجیر است یا مستأجر باید پرداخت نماید؟ امام (ع) فرمودند: اگر جزء مصالح اجیر می باشد یعنی مربوط به امور شخصی اجیر است، این هدیه از جیب اجیر است و الا مستأجر باید بپردازد. (1)

اما این روایت با تمام سؤالهایش از محل بحث ما خارج است زیرا بحث ما هنگامی است که نفقه در متن عقد ذکر نشود نه به نحو شرط و نه به این عنوان که عوض کار اجیر یا جزئی از عوضش باشد، و در این روایت در سؤال اول نفقه جزء عوض است، به خاطر آن قول که: «مردی را به نفقه و درهم های نامگذاری شده اجاره

---

(1). کلینی، همان، ج 5، ص 287؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 933، فی الاجارات، ح 15، ص 212؛ حر عاملی، همان، ج 13، ص 250.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 139

کرد» پس مورد سؤال تمام نفقه و درهمی است که جزء عوض کار قرار داده شده و در سؤال دوم نفقه تمام عوض قرار گرفته است، پس آنچه در بحث ما فرض شده که نفقه در متن عقد ذکر نشده و برای تمام عوض یا جزئی از آن قرار نمی گیرد، کجاست؟

پس روایت علاوه بر

ضعف سند و اینکه مشهور به آن عمل نمی کنند از محل بحث و فرض ما دور است. اشکال آن این است که نفقه از نظر مقدار متفاوت است و نفقه را عوض قرار داده اند در حالی که مقدارش را تعیین نکرده اند و در اجاره عوضین باید تعیین شود. پاسخ به اشکال: حمل نفقه بر متعارف در مثل آن اجیر مانند تعیین است و به صحت اجاره ضرر نمی رساند.

فرع: عدم ضمان صاحب الحمام الا اذا أودع المال عنده و قبل هو.

صاحب حمام ضامن نیست مگر زمانی که مال (یا لباس) نزدش به امانت گذاشته شود و او قبول کند.

اگر صاحب حمام قبول کند و در این هنگام تعدی یا تفریط از او سرزند ضامن است، زیرا حکمش مانند تمام ودیعه هاست و اختصاص به این مقام ندارد. به عبارت دیگر، ضمان اسبابی دارد و چیزی از آن اینجا نیست مگر ید؛ و ید بر مالش یا لباسش نیست و نه اتلاف است زیرا چیزی از آن را تلف نمی کند و اگر ادعا کند که کسی وارد حمام شده در حق آن دو (یعنی صاحب حمام و صاحب مال و لباس) قاعدة «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر» جاری می شود. علاوه بر آن امین می باشد و ید امین ضمانتی نیست، علاوه بر این روایات در اینجا وارد شده است. از

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 140

جمله روایت غیاث بن ابراهیم از ابی عبد الله (ع) «نزد صاحب حمام لباسهایش را قرار داد. لباس را خراب کرد. پس ضامن نیست و گفت «او امین است».

روایت عبد الله بن جعفر در نزدیک اسناد از سندی بن محمد

از ابی البختری از جعفر از پدرش از علی (ع) صاحب حمام ضامن نیست و گفت: «او مزد برای وارد شدن حمام می گیرد». (1)

دلالت این روایات بر عدم ضمان صاحب حمام هنگامی که تلف کرد و چیزی از لباسها را کسی که وارد حمام شد برد یا از مالش برد واضح است مگر آنجا که صاحب حمام در حفظش تعدی یا تقریط کند.

فرع: لو آجر الولی صبیاً مدة يعلم بلوغه فیها، تبطل بالنسبة الی المدة التي بعد البلوغ.

اگر ولی کودکی را اجاره داد تا مدتی که می داند بلوغش آن زمان است نسبت به زمان بعد از بلوغ اجاره باطل می شود.

زیرا ولی، مالک تصرف در آن نسبت به زمان قبل از بلوغ است و نسبت به زمان بلوغ و بعدش ولایتی ندارد و تصرفاتش نسبت به آن زمان نافذ نمی باشد، پس اجاره نسبت به آن زمان باطل است. ظاهر این چنین است.

و احتمال می دهد که اجاره فضولی موقوف به اجازه کودک بعد از بلوغش و خروجش از کودکی نسبت به زمان بعد از بلوغ باشد، و مانند اجیری می باشد که

---

(1). عبد الله بن جعفر حمیری، قرب الاسناد، ح 553، احادیث متفرقه، ص 152؛ حر عاملی، همان، ج 13، ص 271.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 141

عینی را يك ساله اجاره کرد و مدت دو سال آن را اجاره داد. پس نسبت به سال دوم که مالک منفعت عین نیست، اجاره فضولی واقع شده که موقوف به اجازه مالک است.

اگر گفته شود ممکن است که اجاره کودک زیادتر از مدت کودکی به مصلحت کودک باشد، و به این دلیل واجب است که ولی اینگونه

در حقیقت تصرف کند و این تصرف نافذ است به خصوص هنگامی که عدم این تصرف مفسده در حق کودک باشد مثل اینکه شخصی می خواهد نویسنده ای را برای مدت ده سال اجاره کند و اجرتی که می دهد بیشتر از اجرتی است که در اجارات متعارف است و کودک، چهارده ساله است و به بلوغ نرسیده، و اما بر امرار معاش تواناست و می تواند شغل خوبی داشته باشد. لذا اگر ولی ترك کند و کودک را اجاره ندهد درحالی که می داند کودک مثل این شغل را در آینده پیدا نمی کند، پس در این صورت برای ولی ترك آنچه مصلحت زیادی برای کودک دارد جایز است.

اشکال: به درستی که صحت چنین اجاره ای و جوازش بلکه وجوبش بر ولی منافاتی با سلطنت کودک بعد از بلوغش برای امضا و رد کردن اجاره ندارد. در نتیجه، مانند سایر معاملات فضولی که به مصلحت مالک است حق اجازه و رد معامله را داراست. و به صرف اینکه چیزی دارای مصلحت باشد سلب سلطنت مالک از ملکش، واجب نمی شود. بنا بر این حق این است که در امثال این معاملات هرگاه معامله واقع شد نسبت به آنچه بعدا به تصرف خود کودک برمی گردد- یعنی به گونه ای است که مقداری از زمان بلوغش را شامل می شود- نسبت به آن زمان فضولی است و برای کودک بعد از بلوغش امضا یا رد اجاره می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 142

در مقایسه آن با مسأله ازدواج دختر بچه یا پسر بچه به صورت انقطاعی و نفوذش بعد از بلوغ باطل است زیرا ازدواج دختر بچه با عقد انقطاعی در مدت زیادتر از زمان کودکی اش و

نفوذش حتی در زمان بعد از بلوغ- هرگاه عقد در زمان کودکی به دلیل مصلحتش واقع شده باشد- مانند اجاره نیست. زیرا اجاره عبارت است از تملیک منفعت کودک در تمام آن مدت برای مستأجر و هرگاه فرض کنیم که به مدت ده سال است، در نتیجه اجاره به ده سال منحل می شود یعنی در هر سال مالك منافع آن سال است و فرض این است که در بعضی از این سالها برایش سلطنت در تملیک آن منفعت نیست. پس اجاره نسبت به آن سالها فضولی می باشد.

اما در ازدواج دختر بچه، اگر چه انقطاعی باشد در مدت زیادتر از زمان کودکی اش در بین منحل می شود. بلکه به وجود آمدن علاقه زوجیت بین آنها زمانی است که برایش حق ایجاد چنین علاقه ای وجود دارد و نهایت امر اینکه علاقه زوجیت که بین آنها آتی به دست می آید بر دو قسم است: (1) مطلق که عقد دائم نامیده می شود؛ (2) موقت که عقد منقطع نامیده می شود و آن تملیک بضع در تمام سالها نیست، زیرا در بعضی از این سالها- یعنی سالهایی که بعد از بلوغ است- ولی این حق را ندارد.

اولا قیاس باطل است. ثانيا ما دلیل داریم بر صحت عقد صغیره از طرف ولی اش، چه به صورت دائم و چه موقت. در حالی که دلیلی بر جواز اجاره صغیر و صبی بیشتر از مدت صغرش نداریم. و عموماً شامل آن نمی شود زیرا عموماً تصرف ولی را در زمان کودکی جایز می داند و شامل زمان بعد از بلوغ نمی شود. پس تصرف ولی در کودک نسبت به زمان بلوغ غیر نافذ است و فضولی می باشد مانند آنچه

تمام این مطالب نسبت به تصرف ولی در خود کودک بود و اما نسبت به تصرفات ولی در اموال کودک. آیا جایز است که تصرف در زمان کودکی در زمان بزرگی کودک نیز ادامه پیدا کند، به گونه ای که زمانش زیادتر از آن زمانی بشود که از زمان صغر کودک باقی مانده است. مثلاً از زمان کودکی دو سال باقی مانده و ولی املاکش را به مصلحتی که برای کودک است به مدت چهار سال اجاره می دهد به گونه ای که اگر اجاره دادن بیشتر از زمان صغارت صبی را اشکال کنیم و قبول نداشته باشیم به صبی ضرر می رساند و مصلحت فوت می شود.

اشکال وارد شده بر این تصرف این است که تصرف ولی بر اموال کودک که بر آن ولایتی ندارد جایز می شود، زیرا فرض شده که ولایت بر اموال کودک در زمان صغر اوست و اما نسبت به اموال او در زمان بعد از بلوغ ولایتی ندارد. مثلاً اگر از اینکه کودک بعد از دو سال مالی را از نزدیکانش به ارث می برد آگاه باشد، برای تصرف در آن به اعتبار زمان کودکی اش جایز نیست. یعنی به اعتبار زمان بعد از دو سال که کودک در آن کبیر می شود، زیرا الان آن مال ملک کودک نیست. و چون که کودک الان مالک منافع آن مال نمی شود و بعد از دو سال مالک آن می گردد الان ولی نمی تواند در آن تصرف کند به این دلیل که الان آن مال ملک برای کودک نیست و بعد از بلوغش ملک او می شود.

در مورد اموال چیزی جز



این نمی توان گفت که همانا الان كودك- یعنی در زمان كودکی اش- مالك منافع مالش است که در زمان بزرگی به او برمی گردد، در حالی که بعید هم نیست.

تفاوت بین اموال و اعمال است به اینکه می گوید: او الان مالك اعمالش که از او در زمان بزرگی اش صادر می گردد، نمی شود و الان مالك منافع اموالش است که در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 144

زمان بزرگی اش به او برمی گردد. بر این مبنا الان ولی بر منافع اموالش که در زمان بزرگی اش به او برمی گردد ولایت دارد. زیرا الان ملك كودك است و وصی ولایت بر املاك كودك دارد و ولایت بر اعمالش در زمان بزرگی اش ندارد زیرا كودك الان مالك آن اعمال نیست.

این است سرّ فرق میان اعمال كودك و اموالش. فرق در جواز و عدم جواز مبتنی بر این سرّ می باشد. اجاره اموالش زیادتر از مدت كودکی اش، هرگاه به خاطر مصلحت ملزمه باشد، جایز است و اجاره خودش به اعتبار اعمال متأخر از زمان كودکی اش جایز نیست و آن در زمان بزرگی و بلوغش می باشد.

اما آنچه می گوید: ملاك و معیار در اینکه چرا برای صبی ولی قرار می دهند این است که آنچه از مصالح در زمان صغرش، متعلق به خودش و مالش می باشد از صبی فوت نمی شود و اما آنچه به مالش در زمان بزرگی اش تعلق می گیرد، به دست آوردن آن برای او امکان دارد و اما اگر ولی نداشته باشد چیزی از او فوت نمی شود. پس دایره ولایت برای ولی تنگ می شود و به دلیل عدم ملاك، شامل اموالی که در زمان بزرگی اش به او تعلق می گیرد، نمی شود. در نتیجه، برای او

ولایت نسبت به منافع زمان بزرگی اش نافذ نیست اگر چه زمانی که تصرف در آن صورت می گیرد، زمان صغر کودک می باشد.

در پاسخ به اشکال می گوئیم: این استحضانات و ظنون و استناد حکم شرعی به آن صحیح نیست و جایز نیست که مدرکی برای آن باشد، بلکه به ناچار به ادله شرعیه و مفاد آن رجوع می کنیم.

دلیل شرعی در این مقام این است که برای ولی حق تصرف در اموال کودک در زمان کودکی اش وجود دارد و دانستیم که بر منفعی که به اموال کودک در زمان

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 145

بزرگی اش بر می گردد صدق می کند که آن اموال کودک در زمان کودکی اش است. در نتیجه، برای ولی تصرف در آن اگر مصلحتی برای کودک باشد جایز است.

پس انصاف این است که بین تصرف در خود کودک بیشتر از زمان کودکی اش و بین مالش فرق وجود دارد. اولی جایز نیست، اما دومی اشکال و مانعی ندارد.

فرع: عدم ضمان المستأجر فیما اذا هلك الاجیر من دون تفریطه و تعدیه.

اگر اجیر بدون تفریط و تعدی مستأجر هلاک شود، مستأجر ضامن نمی باشد.

هرگاه اجیری که برای شخصی کار می کند هلاک شد یا تلف عضو واقع شد یا عضو شکست و امثال آن از انواع و اقسام تلف بر او واقع شد و مستأجر یا تعدی و تفریط او سبب آن نباشد- مانند اینکه هرگاه بتابی در مکان بلند واقع شد و از آن مکان افتاد، یا چاه کن چاهی را حفر کرد، پس در آن واقع شد و هلاک شد یا عضوی از اعضایش تلف شد- مانند آنچه که زیاد برای کارگران در مکانهای جدید از شکستن

یا قطع عضو اتفاق می افتد- مستأجر ضامن نیست.

در این مورد اگر اجیر آزاد باشد که واضح است. زیرا کار با اختیار خود او و از باب وفای به اجاره است و از طرف مستأجر چیزی که موجب ضمان یا دادن دیه شود صادر نشده است. اما اگر بنده باشد نیز چیزی بر او نیست و اگر مستأجر بر او ید داشته باشد از آنجایی که یدش ید امانی است موجب ضمان نمی شود مگر با تعدی و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 146

تقریظ در آن. و بعضی از کلام در مسأله از بین رفتن چهارپا به علت حمل بار بر آن بیش از متعارف گذشت.

فرع: اذا دفع سلعته لیعمل له فیها عملاً فتكون اجاره معاطاتیه.

چنانچه کالایی را به شخصی واگذار کند که او در آن عملی انجام دهد، این اجاره معاطاتی محسوب می شود.

اگر شخصی کالای خود را بدهد که کاری روی آن انجام شود، مانند اینکه لباسش را که به شستشو یا لکه گیری یا وصله زدن نیاز دارد به کسی بدهد که شغلش لکه گیری لباس و شستشوی آن است، که آن را بشوید و سفید کند یا وصله بزند، اگر این امور شغل و حرفه او باشد و اجیر شود، برای او اجرة المثل است. زیرا این کار یعنی دادن کالا و جنس برای کار روی آن اجاره از نوع معاطات است.

همانطور که الان در بازار این امر متعارف است و در بیشتر کشورها صاحب کفش و نعل اگر در نعل و کفش اشکالی باشد آن را برای وصله و اصلاح در برابر اجرتی که متعارف آن کار است می دهند تا آن را

تعمیر کنند، حکم در مورد دوختن کفش و لباس همین طور است. و به صورت امر می باشد مانند اینکه به سلمانی بگویند سر مرا اصلاح کن. و اینچنین است امر در سایر ارباب حرف و صنایع که کالای خود را برای اصلاح به آنها می دهند. مثل رجوع به کسی که ساعت تعمیر می کند یا مکانهایی که برای طبخ وجود دارد. بسیاری از مراجعات به ارباب حرف و صنایع از این قبیل است و شکی در این نیست که کارگر مستحق اجرة المثل عملش است.

اما اگر شخص صاحب چنین شغلی نباشد و عادت به گرفتن اجرت برای انجام این عمل نداشته باشد، و لکن مثل این عمل نزد عرف دارای اجرت باشد و سایر مردم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 147

برای آن اجرت می گیرند، اگر ادعا کند که عمل را مجانی انجام نداده بلکه قصد گرفتن اجرت را داشته است، حق مطالبه دارد. عمل مسلمان محترم است و این ادعا- یعنی قصد گرفتن اجرت- دانسته نمی شود مگر از طریق خود مسلمان. و آن با نیتش و آنچه قصد کرده شناخته می شود. پس بر کسی که به کاری امر کرده واجب است که اجرت را بپردازد.

اما اگر نزد عرف برای مثل آن عمل اجرتی نباشد، مثل اینکه به شخصی امر کند که اذان بگوید یا مسجد را فقط امروز جارو بکشد یا چیزی را برای مدت کوتاهی به امانت قبول کند، در این موارد غالباً در عرف اجرتی طلب نمی کنند. و این موارد منافاتی ندارد با اینکه ذات آن عمل مالیت داشته باشد. گاهی بنای عرف بر نگرش اجرت در چنین اموری است و

معمولا این کارها مجانی انجام می شود. حال یا از باب مثلا رفاقت با کسی که آن را نزدش به ودیعه گذاشته است یا برای رضای خدا.

بنا بر این بنای عرف بر عدم مالیتش است هر چند در واقع برای آن مالیت باشد.

در این قسم ظاهر بر انجام عمل به صورت مجانی و عدم قصد اجرت است. پس آیا ظاهر حال در نظر گرفته می شود و به عدم استحقاق اجرت، اگر طلب کند حکم می شود یا قاعده احترام مال مسلمان و عملش در نظر گرفته می شود و به استحقاق اجرت، اگر طلب کند حکم می شود؟ پاسخ این است که اگر مطالبه کند دادن اجرت به او واجب است.

بعید نیست که قاعده احترام اگر ادعا کند که عمل را به قصد اجرت انجام داده جاری شود. زیرا نیتش را دانستیم. این ادعا متعارف نیست مگر از جانب انجام دهنده کار و در نتیجه از دعاوی مسموعه می باشد مانند آنچه آن را در باب دعاوی از کتاب قضا بررسی کردیم.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 148

فرع: کل ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة للمستأجر فهو على الموجه.

هر چه استیفای منفعت برای مستأجر متوقف بر آن باشد آن بر موجه است و فرقی نمی کند که در اجاره اموال باشد یا اجیر.

پس هرگاه خانه ای را مثلا برای سکونت یا مغازه ای را برای کسب و تجارت اجاره کند، پس لایه رویی و پاك کردن دو چاه آن، یعنی چاه مستراح و چاهی که از آن آب مورد نیاز خانه تأمین می شود و قفل و در دکان بر موجه است یا مانند وسایلی که در بنا به کار برده می شود و بر

موجر است. و آن از این جهت است که موجر منفعت مال خود را به مستأجر تملیک کرده و باید آن منفعت برای مستأجر قابل استفاده باشد و بر موجر واجب است که عین مستأجره را تحویل بدهد و تسلیم آن متوقف است بر تهیه وسایل و ابزار و با خریدن یا عاریه یا غیر از اینها از راه حلال از این باب که، مقدمه اداء واجب، واجب است؛ بلکه حتی اگر وسایل مذکور غصبی هم باشد منتهی در این صورت ضمان آن ابزار غصبی و اجرت آن به عهده موجر است که به مالک اصلی پرداخت کند.

سایر اجیرها هم این چنین هستند. خیاط هم مثل بنّاست از نظر اینکه خیاط برای کار کردن به سوزن و نخ نیاز دارد. یا کسی که آب را از چاه برای پر کردن حوض یا جهت دیگری جاری می کند برای او به تهیه سطل، طناب، چرخ، قرقره و جرثقیل که جاری کردن آب از چاه بر آن متوقف است واجب است و این چنین است امر در تمام آلاتی که اجیر در کاری که خودش برای انجام آن اجاره شده به آن احتیاج دارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 149

تمام صورتهایی که گفتیم برای وجوب تسلیم عمل به مستأجر بود و فرض شده که تسلیم متوقف بر این امور است. پس مقدمه برای آنچه بر او واجب است، واجب می شود.

اگر موجر شرط کرد- فرقی نمی کند که در اجاره اعیان باشد یا در اجاره اجیر- که آنچه استیفای منفعت توسط مستأجر بر آن متوقف است به عهده خود مستأجر است نه موجر پس نفوذ شرط واجب می شود

و حکم آن مانند شروط ضمنی ای است که در آن بنا بر عرف و عادت بر عهده مستأجر می باشد.

به تفصیل گفته شده اگر آنچه استیفای منفعت بر آن متوقف است از اموالی است که در ملك مستأجر داخل می شود مانند نخ و قیطان در خیاطی بعضی لباسها مانند عبا و قبا یا چیزهای دیگر در لباسهای دیگر بر عهده مستأجر می باشد و آنچه مانند آن نمی باشد بلکه صرف آلت برای عمل است به گونه ای که انجام عمل از جانب اجیر بر آن متوقف می باشد مانند سوزن و مکان خیاطی و امثال آن، پس بر خود اجیر است مگر هنگامی که اجیر شرط کند که بر مستأجر باشد یا از شروط ضمنی باشد که بنای عرف و عادت بر آن است. و این امری عرفی است که تعیین ابزار خیاطی بر عهده خیاط می باشد.

جای شك نیست که تدارك ضرر که بر عین مستأجره از ناحیه استیفای منفعت وارد می شود، اگر خارج از متعارف نباشد، بر مستأجر واجب می شود. پس پاکسازی دو چاه بعد از تمام شدن مدت اجاره بر مستأجر نیست، اگر استفاده اش از آن دو بر خلاف متعارف نباشد. همینطور، اگر رنگ منزل به سبب استفاده اتاقها از بین برود در صورتی که استفاده خارج از حد متعارف و معمول نباشد، در این صورت بر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 150

عهده مستأجر نیست که رنگ جدید بزند و به صورت روز تحویل، آن را درآورد و مثالهای این مسأله زیاد است و امکان جمع آوری همه آنها نیست.

ضابطه کلی این است که هر نقصی که در عین مستأجره از ناحیه استعمالات متعارف حاصل

می شود، تدارکش بر مستأجر نیست زیرا وارد شدن چنین نقصهایی از لوازم استیفایی است که مستأجر با عقد اجاره از جانب موجر مالك آن می شود.

### حکم تلف شدن اجیر

فرع: عدم ضمان المستأجر فيما لو تلف الاجیر أو أحد اعضائه بسبب العمل أو غیره.

اگر اجیر زمان کار برای مستأجر تلف شد یا تلف بر عضوی از اعضایش هنگام اشتغال به کار به سبب کار یا به غیر آن واقع شد، مستأجر ضامن نمی باشد.

آیا عدم ضمان در مورد اجیر بنده است یا آزاد؟ ظاهر عدم ضمان به طور مطلق است و فرقی نمی کند آزاد باشد یا بنده.

اما در مورد اولی یعنی آزاد موجب ضمان نمی شود، چون نه مشمول قاعده ید است، زیرا آزاد بالغ عاقل تحت ید او واقع نمی شود و نه مشمول قاعده اتلاف است، زیرا اتلاف در بین نیست، بلکه تلف بر آن واقع می شود. اولاً که فعلش اختیاری باشد و ثانیاً تلف آزاد موجب ضمان نمی شود نه مثلی و نه قیمی و آنچه شارع برای تلفش قصاص معین کرده است هنگامی است که به مثل فعل فاعل مختار باشد یا دیه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 151

به همان صورت و اما هرگاه تلف او به فعل خودش و بدون مباشرت یا سببیت غیر باشد اصلاً ضمانی در بین نیست.

در مورد دوم، یعنی زمانی که اجیر بنده باشد، در این حالت مانند سایر اعیان مستأجره می باشد و مستأجر با تعدی و تقریط ضامن می شود وگرنه یدش ید امانت مالکی است و ضامن نیست. این مطلب در بعضی از فروع پیش گذشت در مورد آن مطالب را ادا کردیم پس به آن رجوع کن.

فرع: کل ما



كان بعد وقوع العقد الاجاره في ذمة الاجير من عمل كلي او كان في ذمة الموجه من العوض نقدا او عروضاً و متاعاً كلياً فكل واحد منهما المالك لذلك الكلي في ذمة الآخر ابراء ذمة فيسقط عن ذمته و تصير ذمته غير مشغولة، كان لم يكن.

اگر بگوئیم هر آنچه بعد از وقوع عقد اجاره در ذمه اجیر از عمل کلی و در ذمه موجه از عوض نقدی یا عروض و کالایی کلی باشد و با عقد اجاره هر يك از آن دو مالك آن کلی در ذمه دیگری می شود و در نتیجه، ذمه اش بری می شود و این معنا ابراء ذمه او محسوب می شود و قهراً ذمه اش ساقط می شود و ذمه اش غیر مشغول می شود و کان لم یکن محسوب می گردد.

و سرّ مطلب اینکه کلی در ذمه یا امر اعتباری عقلایی است که قانونگذار آن را امضاء کرده یا اینکه از اول اعتبار شرعی است. به هر حال این امر اعتباری اعتبار شده است از برای رعایت طرف دیگر و زمامش به دست او می باشد. پس هرگاه ساقطش کند ساقط می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 152

نمی گوید که ملکیت آنچه در ذمه یکی از آن دو برای دیگری است حکم شرعی است و قابل اسقاط نیست زیرا اسقاط به آنچه موضوع حکم شرعی است تعلق می گیرد نه به خود حکم. به عبارت دیگر، موجود در ذمه هر يك از آن دو برای دیگری امری اعتباری است مثل حق و آن امر اعتباری موضوع برای ملکیت است و قابل اسقاط است. پس قهراً با رفتنش حکم می رود. به خاطر انتفاء موضوع و آن مثل اینکه اگر

برایش مملوك در خارج باشد هرگاه آن مملوك منعدم شود پس با انعدامش ملكيت متعلق به آن منعدم می شود مگر اینکه قائل باشیم کلی بدون دیگری باقی باشد و این محال است.

فرع: يجوز الاجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان أو غير ذلك.

اجاره برای حفظ کالا یا خانه یا باغ یا غیر آن جایز است.

در عرف این زمان، اجیر نگهبان نامیده می شود. اشکالی در این امر نیست، زیرا عمل مباح است و برای مستأجر منفعت مباح دارد و آن حفظ مالش از سرقت یا تلف است پس برای اجیر تمليك آن عمل به مستأجر در مقابل عوض معلوم جایز است.

صفار از امام حسن عسکری (ع) روایت می کند: قال انه كتب الى ابي محمد الحسن بن علي (ع): رجل يذرق القوافل من غير امر السلطان في موضع مخيف، يشارطونه على شيء مسمي أله أن يأخذ منهم أم لا فوقع عليه السلام: «إذا واجر نفسه بشيء معروف اخذ حقه ان شاء الله». به آقا ابی محمد الحسن بن عسکری نوشته شد در مورد شخصی که قافله ها را بدون دستور حاکم در جاهای خطرناک محافظت می کند و اهل قافله ها هم بر مبلغ معینی با او شرط می کنند که معلوم است. حال آیا این شخص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 153

می تواند این مبلغ را از آنها بگیرد؟ پس نامه ای از طرف امام (ع) آمد که فرمودند: اگر خودش را به مبلغ مورد عرف اجیر نموده می تواند حتش را بگیرد. «1»

واجب است عمل نگهبان برای رفع غرر از نظر مدت و کیفیت معین باشد. آیا جایز است مستأجر بر اجیر شرط ضمان کند در صورت تلف

در حالی که او را برای حفظ مال از تلف و سرقت اجاره کرده است؟

در آن نظری است و آن اینکه اقتضا می کند یدش ید امانی باشد و ضامن نیست مگر با تعدی و تقریط و ید او با تعدی و تقریط از امانی بودن خارج می شود پس شرط ضمان مخالف کتاب است و بدون تعدی و تقریط نافذ نیست و بعضی از روایات مانند روایت اسحاق بن عمار «2» نفوذ شرط را اقتضا می کند.

و لکن ممکن است که مراد از نفوذ این شرط این باشد که از قبیل شرط فعل است نه شرط نتیجه، به این معنی که بر او تدارك خسارت مستأجر از مال خودش می باشد و مخالف کتاب نیست زیرا مخالفت با کتاب در صورت ضامن بودن و اشتغال ذمه اش است و اما تدارك خسارت مستأجر از مالش حلال و جایز است: بلکه چه بسا از امور راجح عقلی و شرعی باشد زیرا آن نیکی به برادر مؤمن است، نهایت امر، فعلش جایز و ترکش لازم است و بنا بر قاعده: «المؤمنون عند شروطهم» شرط بر او واجب می شود.

---

(1). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، المکاسب و الفوائد و الصناعات، ح 88، ص 173؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 6، ح 141، فی المکاسب، ح 262، ص 385؛ حر عاملی، همان، ج 13، ص 254.

(2). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 1872، فی الزیادات فی فقه النکاح، ح 80، ص 467؛ حر عاملی، همان، ج 12، کتاب التجارة، ابواب الخیار، باب 6، ح 5، ص 353.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 154

## مسائل نزاعی

### نزاع در اصل اجاره

الفرع الاول: لو تنازعا فی

اصل وقع الاجارة فالقول قول منكرها.

اگر در اصل وقوع اجاره اختلاف کنند قول، قول منکر است فرقی نمی کند که آن مالک باشد یا طرفش. زیرا قولش مطابق است برای حجیت فعلش، و اصل عدم وقوع آن است.

تحقیق در مقام این است که مناط در تشخیص مدعی و منکر این است که منکر قولش مطابق باشد با حجت فعلی، کما اینکه مناط در تشخیص مدعی این است که قولش مخالف با حجت فعلیه باشد و بعد از آنی که ملاک هر دو مشخص شد، در قاعده معروف و مسلم «البینه علی المدعی، و الیمین علی من انکر» داخل می شود.

این مورد هرگاه قبل از استیفای منفعت باشد، اگر مدعی اجاره، بینه نداشت و منکر قسم خورد، عینی که اجاره اش با منافعش ادعا می شود برای مالکش است و نزاع ختم می شود. اما اگر بعد از استیفای منفعت باشد به گونه ای که با بطلان اجاره مالک مستحق اجره المثل می شود، پس مسأله از یکی از سه حالت خالی نیست:

(1) مسمی مدعی با اجرة المثل مساوی است یا (2) کمتر یا (3) بیشتر. اگر مساوی باشد نزاعی در بین باقی نمی ماند. اگر کمتر باشد غالباً در این هنگام مالک کسی است که ادعای بطلان می کند و اجرة المثلی را که کمتر است، می گیرد و نزاع به این صورت توجیه می شود که مالک زیادتراً از مسمی را طلب می کند و اصل عدم آن است. پس طرف مالک منکر می باشد زیرا اصل عدم زیادی است. اگر بیشتر باشد غالباً مدعی بطلان طرف مالک می باشد، زیرا مسمایی را که بیشتر از اجرة المثل

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 155

است نمی دهد.

در نتیجه او منکر است، زیرا اصل عدم استحقاق مالك زيادتر از اجرة المثل است، پس بر عدم وقوع اجاره قسم می خورد و اجرة المثلي را که کمتر است می دهد. آنچه ذکر کردیم به سبب تقدیم قول منکر اجاره بود علاوه بر آن مقتضی قواعد باب اجاره است که بر آن ادعای اجماع کرده اند.

اگر نزاع آن دو در مقدار منفعت عین مستأجره باشد و یکی از آنها ادعا کند که منفعت تمام خانه مال اوست و دیگری ادعای منفعت نصف خانه را بکند، ظاهر مسأله این است که قول، قول منکر زیاد است. زیرا همانطوری که قبلا بیان شد، در صورت تنازع در اصل اجاره مجرای اصالت عدم وقوع عقد بر زیاده است. فرقی نمی کند که زیادی در منفعتی که موجر برای مستأجر آن را تملیک می کند باشد (مانند اینکه مستأجر ادعای سکونت در تمام خانه را داشته باشد و مالك ادعای سکونت در نصف آن را) یا ادعای مدت زیادتر را کند (مانند اینکه مستأجر ادعای يك سال سکونت کند و مالك ادعای شش ماه) یا برای اجرت باشد (مانند اینکه مالك ادعا کند که اجرت در سال صد و پنجاه دینار است و مستأجر ادعا کند که صد دینار است) برای اینکه در تمام آنها ملاك یکی است، اصل بر عدم زیادی آن چیزی است که در تمام صورتهای مسأله اعتراف می کند.

قول دیگری وجود دارد مبنی بر اینکه در بعضی صورتهای مسأله از باب تحالف هنگام دعوا، هر يك از آن دو نفر، دیگری را انکار می کند. مثلا، یکی از آن دو ادعا می کند که اجاره صد و پنجاه دینار است و دیگری

انکار می کند. دومی ادعا می کند که اجاره صد دینار است و دیگری انکار می کند. در نتیجه، دو مدعی داریم و دو

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 156

منکر. پس قهرا این مورد از موارد تحالف است. یکی از آنها که زیادی را نفی کرده سوگند می خورد و دیگری بر اثبات زیادی.

اشکال: مدعی زیادی مانند منکر نیست که وظیفه اش سوگند باشد، بلکه او مدعی است و وظیفه اش بینه است و هرگاه بینه نداشته باشد و طرفش بر نفی زیادی سوگند بخورد، در این صورت يك منکر در بین است و او منکر زیادی است و مسأله از باب تحالف نیست. زیرا آنها بر مقدار کمتر اتفاق کرده اند و اختلاف و نزاع فقط در زیادی است و معلوم است که منکر زیادی، قولش مطابق با اصل است. پس او منکر است و بر او قسم است نه بر طرفش، بلکه وظیفه طرفش بینه است.

در موردی که نزاع بین مالک و مستأجر در اندازه و مقدار آن عین مستأجره باشد مثلاً خانه ای که یکی می گوید تمام خانه مورد اجاره است و دیگری می گوید نصف آن، در این مورد کسی بگوید محل نزاع مقدار اقل (کمتر) می باشد (به قید نه بیشتر) به دلیل اینکه آن کس که مدعی این است که مقدار بیشتر، مورد اجاره بود مثلاً (تمام خانه) او در واقع منکر است، واقع شدن اجاره بر مقدار اقل (نصف خانه) با این قید که زیاده بر این مقدار اقل واقع نشده است و این تباین دارد با مقدار بیشتر یعنی با هم جمع نمی شود پس بگوییم آن مقداری که مورد اتفاق طرفین است و محل

نزاع می باشد مقدار اقل، بشرط لای از اضافه بر اقل می باشد.

اشکال این قول آن است که بیشتر به شعر شباهت دارد تا يك حکم فقهی، زیرا در کلام پیامبر (ص) در حکم مسأله بین دو نفر متنازع آمده است که بینه بر عهده

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 157

مدعی است و یمین (قسم) بر عهده مدعی علیه (منکر) «1». کسی که ادعای زیادتر را دارد، مدعی است و باید بینه بیاورد و کسی که منکر زیادی است منکر می باشد و باید قسم بخورد.

### نزاع در بازگرداندن عین به مالك

الفرع الثانی: لو تنازعا فی رد العین المستأجرة فالقول قول المالك.

اگر در رد کردن عین مستأجره اختلافی ایجاد شود قول، قول مالك است.

اصل بر عدم رد قول مالك است. عین مستأجره در دست مستأجر امانت مالکی می باشد، بیشتر از این را ثابت نمی کند که تلفش در دست وی موجب ضمان نمی شود. منظور هر نوع ضمان ید است؛ زیرا ضمان ید، مشمول قاعده «و علی الید ما اخذت» می شود و مخصوص ید غیر مأذونه است و ید مأذونه و امانت از این قاعده خارج می باشد، خواه تخصیصا یا تخصصا. پس قبول قولش در رد کردن محتاج دلیل است، که در این مقام مفقود می باشد، بنا بر این، چاره ای جز اجرای قواعد باب قضا و تشخیص مدعی یا منکر نیست. به گونه ای که در این مقام قول مالك و دعوایش به

---

(1). کلینی، همان، ج 7، باب ان البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه، ح 1، ص 415؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 6، ح 553، باب کیفیت الحکم و القضاء؛ ح 4، ص 229؛ حر عاملی، همان، ج

18، ابواب كيفية الحكم، باب 3، ح 1 و 2.

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 2، ص: 158

خاطر عدم رد، مطابق با حجت فعلش است، یعنی اصل عدم رد آن است. پس او منکر است و قسم بر اوست و بينه بر مستأجر.

اما در مورد آن قول که فرمود: «کسی را که امین است متهم نسا» (1) یعنی با تعدی و تقریط. این بدان معنی نیست که قبول قول او در ادعای برگرداندن عین مستأجره قبول نیست.

اما قبول دعوی رد در امانت، به دلیل خاصی است و آن این است که بر نیکوکاران از هیچ راه حرج و زحمتی نیست. (2) به عبارت دیگر، امانت گیرنده مال را برای مصلحت امانت دهنده حفظ می کند و عملش به خاطر نیکی است و اما مستأجر اگر از جانب مالک اذن داشته باشد که مال در دستش برای مصلحت خودش نه مصلحت مالک باشد، نیکی و احسانی در بین نیست بلکه معامله و معاوضه ای است که هر يك از طرفین برای مصلحت خودشان اقدام کرده اند.

### نزاع در تلف شدن عین

الفرع الثالث: لو تنازعا في هلاك المتاع الذي في يد الاجير فهل يقدم قول المالك أو الاجير؟

(1). عبد الله بن جعفر حمیری، همان، ح 231، احادیث متفرقه، ص 72؛ حر عاملی، همان، ج 13، کتاب الودیعه فی احکام الودیعه، باب 4، ح 9، ص 229.

(2). توبه: 91.

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 2، ص: 159

اگر موجر و مستأجر در هلاك كالایی که در دست اجیر است اختلاف کردند آیا قول مالك مقدم است یا قول اجیر؟

اگر موجر و مستأجر در هلاك كالایی که در دست اجیر (کسی که خودش را برای حمل کالا اجاره



می دهد) است اختلاف کردند (مانند وقتی که اجیر دریا نورد باشد یا کارواندار در صحرا باشد یا ساریان شترها باشد) و مالک منکر اصل هلاک شد و به باقی ماندن آن گمان داشت. اجیر متهم می شود. فقها اختلاف کردند که آیا قول مالک، برای مطابقت قولش با اصاله عدم تلف و عدم هلاک، مقدم می شود یا قول اجیر، زیرا اجیر امین هستند و بر ایمن جز سوگند نیست؟

پس جماعتی مانند مفید «1» و سید «2» و شهید ثانی در مسالک «3» گفتند به اینکه اجیر مکلف است بینه بیاورد و با فقدان آن او ضامن می شوند. دیگران گفتند قول او با سوگند پذیرفته می شود، زیرا او امین است و چیزی بر امین جز سوگند نیست. اقوال و روایات در مسأله مختلف است و آن سبب اختلاف اقوال است. اما اخباری که بر ضامن بودن آنها دلالت می کند:

از جمله: (1) خبر ابی بصیر از ابی عبد الله (ع) در مورد شتریان است که محموله ای را که بار کرده بود، می شکند یا می ریزد. امام (ع) می فرماید: اگر آن شخص شتریان امین است چیزی بر عهده او نیست و اگر امین نیست ضامن است.

---

(1). شیخ مفید، مقنعه، ص 643.

(2). همان.

(3). شهید ثانی، همان، ج 1، ص 263.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 160

(2) خبر عثمان بن زیاد از ابی جعفر (ع) گفت: به امام (ع) گفتم که همانا شتربانی است که کالا حمل می کند و ما او را برای حمل بار کرایه می کنیم و او بار ما را بر روی بار دیگری حمل می کند و خراب می شود. امام (ع) فرمودند: او را ضامن کن و از او

ضمان را بگیر. «1»

(3) خبر سکونی از جعفر از پدرش از علی (ع) گفت: زمانی که شتر از حمل بار ایستاد و بار را نمی برد صاحب همان شتر ضامن بار می شود. «2»

(4) خبر حسن بن صالح از ابی عبد الله (ع) گفت: زمانی که شتر یا حیوان بارکش دیگری، بار را نمی برد صاحب حیوان ضامن بار است. «3»

حق این است که این روایات از محل کلام ما دور هستند، زیرا کلام ما در این است که اجیر تلف مال را با انکار مالک ادعا کرد و دعوایش باقی است و عدم تلف است.

این روایات بر عدم قبول قول اجیر در صورت عدم تعدی و تقریط دلالت می کند، بلکه به تقریط او حکم می کند مگر اینکه بینه بر تلف بیاورد و اینکه این تلف به پدیده تقریط نبوده است.

---

(1). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، ح 3926، باب ضمان من حمل شیئا فادعی ذهابه، ح 7، ص 256؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 969، باب فی الاجارات، ح 51، ص 221؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجاره، باب 30، ح 8، ص 278.

(2). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 7، ح 971، فی الاجارات، ح 53، ص 222؛ حر عاملی، همان، ج 13، ص 278.

(3). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 7، ح 972، فی الاجارات، ح 54، ص 222؛ حر عاملی، همان، ج 13، ابواب احکام الاجارة، باب 30، ص 279.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 161

اینجا روایات دیگری است که چه بسا بر عدم قبول قول اجیر در دعوی تلف و هلاک، مگر با آوردن بینه

دلالت می کند. از جمله روایت حلبی از ابی عبد الله (ع) است که در مورد غسل و رنگرز سؤال شد که ما سرق منها من شیء قلم یخرج منه علی امر بئین. أنه قد یسرق و کل قلیل له او کثیر فهو ضامن.

آیا اگر بینه بیاورند ضمان از آنها رفع می شود یا نه؟ مبنی بر اینکه میزان برای منکر سوگند است به گونه ای که اگر بینه بر نفی آنچه مدعی آن را ادعا کرده است بیاورند اثری ندارد یا تعیین سوگند برای اینکه آن میزانی برایش از باب تخفیف دو میزان باشد به خاطر راحتی و از باب مراعات می باشد زیرا قولش مطابق با حجت فعلش است و فعل اول برای بینه اش اثری ندارد و دومی قولش با بینه به طریق اولی ثابت می شود.

ظاهر این است که حق دومی است و اینکه سوگند میزانی برای منکر به خاطر تأکید از برائت قرار گرفت و عدم اشتغال ذمه اش به آنچه مدعی علیه آن را ادعا می کند وگرنه حجت فعلی که قولش مطابق با آن است در برائت ذمه اش کافی می باشد و حصول تأکید با بینه قویتر است زیرا بسیاری از مردم در مقام جلب نفع یا دفع خسارت از سوگند دروغ، دوری نمی کنند.

### نزاع در نحوه اذن در عمل

الفرع الرابع: القول قول المالك مع یمینه، فیما لو قطع الخياط قباء فقال المالك: أمرتک بقطعه قمیصا.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 162

اگر خیاط پارچه ای را به صورت قبا در آورد و مالک پارچه گفت که من گفته بودم یک پیراهن بدوز.

بنا بر قولی در اینجا قول مالک با قسم او مورد قبول است، اما بنا بر قول دیگر کلام خیاط مقدم

است. نظر اول به قواعد و احکام دین شبیه تر است. «1»

مصنف می گوید: علت اینکه قول، قول مالک است در انکار امر مالک یا اینکه اذن مالک به قبا دوختن بوده است، این است که اصل، عدم امر مالک یا اذن او به دوختن قباست. پس مالک منکر می شود و در ادعای خیاط به اینکه بریدن و درست کردن به امر مالک یا اذن او بوده منکر است و باید قسم بخورد و خیاط در صورت قسم مالک مستحق اجرت نیست، بلکه ما به التفاوت پارچه را باید به مالک بدهد.

در این صورت خیاط اگر نخهایی که برای دوختن قبا استفاده کرده متعلق به مالک پارچه باشد حق شکافتن آن را ندارد مگر اینکه خود مالک اجازه بدهد. ولی اگر نخهای آن برای خیاط است، به حسب ظاهر، حق دارد قبا را بشکافد. البته در این صورت ضامن نقصانی است که به جهت شکافتن نخها در پارچه به وجود می آید.

پس خیاط در مورد هر دو نقص پارچه یعنی برش آن برای قبا و شکافتن نخها، ضامن است و باید ما به التفاوت قیمت را به مالک بدهد.

این نسبت به ادعای خیاط مبنی بر صدور اذن یا امر از طرف مالک به بریدن پارچه است. اما نسبت به ادعای مالک امرش یا اذنش به بریدن پارچه اثری ندارد،

---

(1). محقق حلّی، همان، ج 2، ص 189.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 163

زیرا خیاط چیزی انجام نداده و عملی انجام نداده، مستحق اجرت می باشد و امر به عمل یا عدم مأمور آن عمل حقی را برای مأمور واجب نمی کند.

بله، اگر اختلاف در این است که عقد اجاره

واقع شده است بعد از اینکه هر دو (مالك و مستأجر) اتفاق کردند که مثلاً از این پارچه قبا دوخته شود. برای هر دو دعوا اثری می باشد و مسأله از باب تداعی است. مانند آنچه از اردبیلی «1» حکایت کرد و آن اینکه کسی که وقوع عقد اجاره را بر قطع پارچه ادعا می کند- مستأجر مالك لباس- ادعا می کند که آن ملکی در ذمه اجیر- یعنی خیاط- است. لباس را به ازای عوض معین می دوزد و خیاط آن را انکار می کند و قولش مطابق با اصالت عدم آنچه مالك مستأجر آن را ادعا می کند، است پس منکر می باشد و بر او سوگند است و مالك، مکلف به آوردن بینه بر آنچه آن را ادعا می کند است. کسی که وقوع عقد اجاره بر قطع قبا را ادعا می کند اجرت خیاط قبا را بر مالك ادعا می کند و او آن را انکار می کند و قولش با اصل مطابق است. یعنی اصالت عدم اشتغال ذمه برای خیاط به آنچه آن را از استحقاق اجرت ادعا می کند.

و اما اصالت عدم وقوع عقد بر آنچه هر يك از آن دو آن را ادعا می کنند، هر دو با معارضه بعد از فراغ از علم اجمالی به وقوع یکی از آن دو ساقط می گردد وگرنه مانعی از جاری شدن هر دوی آنها نیست.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ\*

---

(1). مقدس اردبیلی، همان، ج 10، ص 84 و 85.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 165

## (2) قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات

### اشاره

یکی از قواعد فقهیه ای که بین فقها مشهور است، قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات است. یعنی هر آن چیزی که فعلش بر مکلف واجب است، اکتساب به

آن نیز حرام است؛ چه واجب عینی باشد یا کفائی، یا تعبدی یا توصلی. پس کسب و درآمد به وسیله اعمال واجب، بنا بر نظر مشهور فقها، محکوم به حرمت است. «1»

یعنی آیا چیزی که اسلام آن را بر ما واجب کرده و باید انجام دهیم، حق داریم در قبال آن عوض هم دریافت کنیم؟

البته این تعبیر از اجرت، همان تعبیر مصطلح در باب اجاره نیست که حتما باذل (کسی که عوض را بذل می کند) و عامل (کسی که عمل واجب را انجام می دهد)، عقد اجاره ای منعقد کنند تا عنوان مستأجر و اجیر بر آنها صدق کند. بلکه مراد از اخذ اجرت یعنی در ازاء کار واجبی که کرده، مالی را دریافت کند؛ یعنی شخص به عنوان اجاره اقدام به انجام عمل واجب و اخذ درآمد در قبال آن بنماید.

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقہیہ، ج 2، ص 132.

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 166

در ضمن ممکن است این تعبیر، توهمی ایجاد کند که خصوص اینگونه کسب اجرت، محکوم به حرمت می باشد؛ اما اگر انسان در مقابل عمل واجب، درآمدی نه به نحو اجرت، بلکه به سایر عناوین همچون جعاله و غیره دریافت کند، مرتکب عمل حرامی نگردیده است؟ لذا یادآور می شویم که هر درآمدی و به هر عنوانی که در مقابل انجام عمل واجب اخذ گردد، محکوم به حرمت می باشد؛ چه در ضمن عقد لازم باشد (که احکام و شرایط خودش را دارد)، چه در ضمن عقد صلح باشد (یعنی عامل و باذل در انجام فلان عمل واجب در مقابل فلان مبلغ از مال مصالحه کنند)، و چه در ضمن

عقد جعاله باشد (مثلا باذل بگوید، هر کس این واجب را انجام دهد، فلان مبلغ به او می‌دهم).

حال باید بدانیم که اخذ اجرت در مقابل چه نوع واجبی، محکوم به حرمت است.

مقدمتا ذکر می‌گردد که واجب در يك تقسیم منقسم می‌شود به واجب عینی و واجب کفائی.

واجب عینی آن است که بر خصوص شخص انسان واجب گردیده و با انجام آن از سوی دیگران، از عهده مکلف ساقط نمی‌شود. به تعبیر دیگر: واجب عینی واجبی است که از همه مکلفین الزاما خواسته شده است؛ چه دیگران اقدام به عمل بنمایند و چه ترك کنند، بر عهده مکلف ثابت است، مثل نماز و روزه.

اما واجب کفائی، واجبی است که اگر بعضی آن را انجام دهند، وجوب از دیگران ساقط می‌گردد؛ در صورتی که به حد کفایت اتیان گردد. همانند نماز میت که اگر به اندازه کفایت اقدام به خواندن نماز بر جنازه میت گردد، از بقیه مؤمنین ساقط می‌گردد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 167

در ضمن واجب در تقسیم دیگر، منقسم می‌گردد به واجب تعبدی و واجب توصلی.

واجب تعبدی، آن است که صحت عبادت در آن منوط بر وجوب قصد قربت است، و وجود قصد قربت و قصد امر، شرطی است در تحقق این واجب، و بدون آن از عهده مکلف خارج نمی‌شود و مکلف بریء الذمه نمی‌گردد، مثل نماز و روزه ماه مبارک رمضان.

و اما واجب توصلی، واجبی است که فقط غرض شارع تحقق عمل است، اعم از اینکه قصد قربت باشد یا نباشد. پس قصد قربت شرط نیست و هرگونه انجام شود امر ساقط می‌گردد. از این رو اگر عمل مزبور به

قصد ریا و تظاهر صورت بگیرد، نیز کافی است. اگر چه وجود قصد قربت در این نحوه از واجبات، موجب کمال و ترتب ثواب است و به هر جهت در صحت عمل دخلی ندارد.

به تعبیر دیگر در واجب توصلی، وجود قصد قربت شرط استحقاق ثواب است نه شرط صحت عمل، و لذا اگر شخص مکلف عمل را در ضمن فردی حرام محقق سازد، نیز واجب اتیان گردیده، مانند اینکه شخص لباس نجس خود را در آب غصبی بشوید. چنانکه مشهود است در این صورت سراپای عمل تصرف حرام و عدوانی محسوب می گردد، لکن از آنجا که قصد قربت دخالت در صحت عمل ندارد، پس از خاتمه شست و شو، لباس مزبور را پاک محسوب می کنیم.

با توجه به مقدمه ای که ذکر شد و بنا بر نظر مشهور، اخذ اجرت در مقابل واجبات، مطلقاً حرام است؛ یعنی چه واجب عینی باشد یا کفائی و چه تعبدی باشد یا توصلی. البته فقها در این مسأله اختلاف کرده اند و اقوال مختلفی ذکر شده، که به ذکر آن می پردازیم:

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 168

1- مشهور فقها عقیده دارند که اخذ اجرت بر واجبات مطلقاً جایز نیست. «1»

2- صاحب ریاض و جامع المقاصد بر عدم جواز آن، ادعای اجماع کرده اند. «2»

3- گروهی عقیده دارند که اخذ اجرت مطلقاً جایز است.

4- گروهی بین واجب تعبدی و توصلی تفصیل قائل شده اند و می گویند: در واجب توصلی جایز است ولی در واجب تعبدی جایز نیست.

5- گروهی بین واجب کفائی تعبدی و توصلی تفصیل قائل شده اند به این صورت که در واجب کفائی توصلی جایز است و در غیر آن جایز نیست.



در کتاب متاجر الریاض تفصیل داده اند بین واجباتی که بر خود اجیر واجب است عینا یا کفایتا، که اگر واجب ذاتی باشد جایز نیست و اگر واجب کفائی توصلی باشد جایز است، مثل صناعاتی که برای نظم معاش جامعه ایجاد می گردد.

7- صاحب مفتاح الکرامه تفصیل داده اند بین واجباتی که غرض اهم از آن اگر آخرت باشد، اخذ اجرت بر آن جایز نیست و اگر غرض اهم از آن دنیا باشد، اخذ اجرت جایز است. (3)

8- در کتاب المصاییح تفصیل داده شده است بین واجب تعبدی و توصلی؛ در واجب تعبدی مطلقا جایز نیست و از آنجا که واجب توصلی خود منقسم می شود به کفائی و عینی، در واجب توصلی کفائی مطلقا جایز است، ولی در واجب توصلی

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج 1، ص 89.

(2). محقق کرکی، جامع المقاصد، ج 4، ص 35.

(3). محمد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج 4، ص 93.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 169

عینی - اگر وجوبش برای ضرورتی یا برای حفظ نظام باشد - جایز است و در غیر این صورت مطلقا جایز نیست، خواه وجوب، ذاتی باشد یا غیری.

البته اقسام دیگر، لازم به ذکر نمی باشد. مهم بیان آن چیزی است که در این مسأله حق است، و عبارت است از اینکه: مطلق عوض به هر نوعی که باشد خواه در عقد جعاله، یا در عقد اجاره و یا در سایر عقود معاوضی، جایز نیست. (1)

## در بیان موضوع اخذ اجرت بر واجبات

### اشاره

در نهایت باید دانست که موضوع مسأله مورد بحث چیست؛ زیرا قاعده کلی در هر معاوضه و معامله ای آن است که عوض به ملك کسی درآید که معوض از ملك او درآمده باشد

و هر کدام از عوضین جای خالی دیگری را در ملك غير پر کند. در مورد واجبات هم همین گونه است. يك دسته از واجبات، آنهایی هستند که دارای هیچ منفعتی، که به غیر عامل عود کند و به باذل برسد، نیستند. و تنها نفع آنها به عامل می رسد نه غیر؛ مثل فرائض یومیه، روزه ماه رمضان، یا حج واجب بر مستطیع و... که انجام اینها بر مکلف واجب است، و ثواب آن هم برای عامل است و هیچ نفعی به باذل نمی رسد، که چنین اجاره ای باطل است. پس در این صورت حرمت اخذ اجرت بر آن نه از جهت وجوب عمل، بلکه از جهت بطلان اجاره خواهد بود، زیرا در این مورد اکل مال به باطل تحقق می یابد.

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 2، ص 133.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 170

پر واضح است که مقصود ما، آن دسته از واجباتی است که دارای منفعتی هستند که به باذل برمی گردد و در مقابل بذل مال قرار می گیرد. یعنی در صورتی که عامل آن را به انجام رساند، منفعتی از آن عائد شخص پرداخت کننده پول می شود.

فی المثل تجهیز میت، واجب کفائی است، یعنی بر هر ده نفری که مثلاً آنجا هستند واجب است؛ و لیکن یکی از آنها به جهتی از جهات و غرضی از اغراض عقلائی به دیگری یا دیگران پول می دهد و آنها را اجیر می کند که میت را تجهیز کنند. در اینجا اگر اجاره صحیح باشد فائده اش این است که آن واجب از عهده این باذل ساقط می شود، و نفس همین سقوط منفعتی از منافع است

و اجاره را از لغویت و سفهی بودن خارج می کند.

به تعبیر رساتر: مورد بحث ما در آن واجباتی است که تنها و تنها مانع از اخذ اجرت در آنها، مسأله وجوب آنهاست، به گونه ای که اگر واجب نبودند و فرضاً مستحب بودند، هیچ مانعی از جواز اخذ اجرت نداشتند، و استیجار بر آنها جایز بود.

در حالی که ما موردی را محل بحث می شماریم که صرفاً وجوب عمل، مانع از اخذ اجرت باشد ولی اصل استیجار صحیح باشد.

متفرع بر سخنان مذکور این است که کسی که نماز واجب خود را می خواند، یا روزه واجب خود را می گیرد، حق ندارد بر آنها اخذ اجرت کند و این حق نداشتن نه به خاطر وجوب این اعمال بر عامل است، چرا که اگر مستحب هم بود (مثل نماز نافله یومیه، نماز شب و...) باز هم اخذ اجرت صحیح نبود؛ بلکه حرمت اخذ اجرت به خاطر این است که در عوض مالی که باذل بذل کرده چیزی به او نمی رسد و اجاره سفهی می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 171

### استدلال صاحب ریاض

البته برخی از علمای بزرگوار برای اثبات این مطلب، از راه دیگری رفته و استدلال ویژه ای را برگزیده اند. ایشان می گویند: اجرت گرفتن بر انجام واجباتی همچون نماز ظهر و عصر حرام است، به جهت اینکه منافات با قصد قربت و اخلاص دارد، زیرا نیت او صد در صد رسیدن به مال الاجاره است نه تقرب به خداوند، یا اگر صد در صد هم نباشد قصد اجرت دخیل است و موجب بطلان عمل می شود.

به تعبیر دیگر: کسی که از دیگری پولی دریافت می دارد تا نماز ظهر خویش را بخواند،

در واقع نماز را برای خداوند نخوانده است، بنا بر این او نمی تواند دارای قصد قربت و اخلاص که لازمه عمل است، باشد. پس عملی که برای خداوند باشد و برای اجرت هم انجام شود، با هم منافات دارد. لَّهٗ بُوْدُنٌ بِاِجْرَتِ سَازِگَارِی نَدَارِد.

مرحوم شیخ انصاری (ره) این استدلال را نپذیرفته و آن را مردود اعلام می نماید، و علت رد آن را دو چیز بیان می دارد «1»:

اول: همانطور که قبلاً گفتیم اخذ اجرت بر انجام واجباتی همچون نماز ظهر، نه از جهت منافات با قصد قربت و اخلاص است، بلکه از جهت اینکه متضمن منفعتی نسبت به پرداخت کننده نیست، حرام می باشد. به عبارت روشنتر، علت ذکر شده، منافات قصد قربت و اخلاص است، در حالی که در مرتبه سابق بر آن و قبل از اینکه نوبت به قصد قربت و اخلاص برسد مانعی قوی و سدی محکم بر سر راه صحت این

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 186.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 172

معامله قرار دارد، و آن انتفاء فائده و نبودن منفعت نسبت به شخص پرداخت کننده است.

دوم: اینکه این استدلال شما طردا و عکسا ماده نقض دارد، یعنی نه مانع اغیار است و نه جامع افراد.

به بیان روشنتر: اگر دلیل ما منحصر به این شد که منافات با قصد قربت و اخلاص پیدا می شود، و از این رو نباید اقدام به اخذ اجرت نمود، دو اشکال متوجه گفتارمان خواهد گردید: اشکال نخست، عدم مانعیت از اغیار است، و دوم، عدم جامعیت نسبت به افراد.

اما بیان مانعیت نداشتن به این شرح است که استدلال ذکر شده، شامل مستحبات تعبدی

نیز می‌گردد؛ چرا که در مستحبات نیز قصد قربت و اخلاص اعتبار دارد. و بر این اساس نباید قائل به جواز اخذ اجرت بر مستحبات شد.

به عبارت بهتر: مقتضای استدلال این است که حتی در رابطه با مستحبات نیز باید حکم به عدم جواز اخذ اجرت بنماییم؛ پس چرا بحث را اختصاص به واجبات داده، می‌گویند: اخذ اجرت بر واجبات جایز نیست. پس ما باید دلیلی بیاوریم که غیر واجبات را از محدوده خود خارج سازد، در حالی که دلیل مذکور چنین نیست و فاقد مانعیت می‌باشد.

و اما جامع افراد نیست، برای اینکه این دلیل واجبات توصلی را شامل نمی‌شود، زیرا در آنها قصد قربت و اخلاص اصلاً معتبر نیست تا اخذ اجرت با اخلاص منافی باشد، لذا باید اخذ اجرت بر توصلیات جایز باشد در حالی که شما مدعی هستید اخذ اجرت بر واجبات چه تعبدی و چه توصلی، حرام است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 173

خلاصه اینکه: دلیل شما از جهتی اعم از مدعاست، چون مستحب عبادی را هم شامل است و از جهتی اخص از مدعاست، چون واجب توصلی را شامل نیست. پس بین دلیل و مدعا عموم و خصوص من وجه است، و چنین دلیلی متناسب با چنان مدعایی نیست.

### **کلام مرحوم سید محمد کاظم یزدی در حاشیه و پاسخ آن**

مرحوم سید محمد کاظم یزدی، که از محشین بنام مکاسب و معروف به تتبع و دقت نظر می‌باشد، اشکالی متوجه کلام شیخ نموده و فرموده است: «اینکه در رد استدلال مورد بحث، آن را به عدم مانعیت متهم کردید، موجب ایراد خدشه بر استدلال مزبور نمی‌گردد».

به تعبیر دیگر: مانع اغیار نبودن تولید اشکال نمی‌نماید؛ چرا که معنای عدم مانعیت

این است که استدلال نسبت به مدعی اعم است، چون مدعی این است که اخذ اجرت بر واجبات حرام است، در حالی که دلیل، شامل مستحبات هم هست، و ذکر دلیل اعم و استناد به آن برای مدعائی که اخص از آن می باشد جای اشکال ندارد، لذا نقض به عدم مانعیت مضر به استدلال مستدل فوق نیست.

به نظر می رسد که کلام مرحوم سید، علی رغم جلالت قدر و رفعت مرتبت و علو مقام این اسطوانة فقاہت و اسوۂ کمال، ناتمام می باشد؛ زیرا مدعا این است که اخذ اجرت در واجبات، حرام و در غیر واجبات بدون اشکال است، حال اگر ما دلیل بیاوریم که شامل غیر واجبات هم باشد و به استناد آن بخواهیم حرمت اخذ اجرت بر واجب را اثبات کنیم، کاری ناروا صورت داده ایم.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 174

به عبارت گویاتر: اگر دلیل قابل اتکا باشد باید در همه مواردی که مشمول عمومیت آن دلیل می باشند جریان یافته، و بر طبق مقتضای آن حکم صادر گردد؛ در حالی که در محل بحث ما چنین نمی باشد، یعنی دلیل اقتضا می نماید که در مستحبات هم حکم به حرمت اخذ اجرت بنماییم و اگر در يك مورد از مواردی که داخل در محدوده عمومیت دلیل است به طبق آن رفتار نشد، روشن خواهد گردید که دلیل، بر پایه استواری قرار ندارد و به تعبیر بهتر: ناقص و نارساست. تبیین هر چه بیشتر این مطلب در ضمن مثالی واضح خواهد گردید.

فرض کنید می گوئیم: اکرام زید عالم واجب است، و دلیل آن «اکرم العلماء» می باشد، در این مثال، دلیل از مدعی اعم است؛ چرا که

شامل غیر زید نیز می باشد، و لذا اگر در غیر مورد استدلال (یعنی در غیر زید) به عموم دلیل رفتار کردیم، می توان استدلال به دلیل مذکور را محکم دانست، اما اگر در غیر مورد استدلال به مقتضای دلیل رفتار نشد، کشف از عدم استحکام آن می گردد.

به قولی می توان گفت: در صورت اول که به مقتضای دلیل در همه مواردش عمل می شود، اهمیت دلیل نسبت به مدعا مانعی ایجاد نمی کند ولی در صورت دوم اعمیت، مضر به استدلال خواهد بود.

به هر صورت نتیجه ای که گرفته می شود این است که استدلال مورد بحث هم از حیث جامعیت و هم از حیث مانعیت مخدوش است، و با انضمام این دو (عدم جامعیت و عدم مانعیت) به یکدیگر، استفاده می گردد که نسبت بین دلیل و مدعا، عموم و خصوص من وجه خواهد بود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 175

### نظر صاحب جواهر

مرحوم صاحب جواهر برای رد استدلال مذکور راه دیگری را به تبعیت از مفتاح الکرامه برگزیده، که از نظر مرحوم شیخ - ره - مورد پذیرش نمی باشد.

کلام صاحب جواهر آن است که: اخذ اجرت بر واجبات و اجاره بستن به آنها و اجیر شدن بر آنها، نه تنها منافاتی با قصد قربت و اخلاص ندارد، بلکه مؤکد و افزاینده آن بشمار می رود. توضیح اینکه، مثلاً نماز ظهر اولاً و به خودی خود محکوم به يك وجوب ذاتی الهی است، که خداوند متعال آن را جعل کرده، و به همگان ابلاغ فرموده است؛ حال اگر شخص پولی دریافت کند تا آن را به جای آورد، وجوب دیگری نیز به نماز ظهر متوجه خواهد شد که همان وجوب عرضی است که از

و جوب وفای به عقد مستفاد از آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1) ناشی می شود، چرا که آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلالت بر وجوب وفای به کلیه عقودها اعم از بیع، نکاح، اجاره و ...

دارد و بدین جهت وفای به عقد اجاره ای که به انجام نماز ظهر متعلق شده، نیز واجب خواهد بود، و از این رو در نماز ظهر کذایی دو وجوب موجود خواهد بود.

(1) وجوب ذاتی الهی، که خداوند آن را قرار داده.

(2) وجوب عرضی ناشی از وجوب وفای به عقد.

از این رهگذر، عملی که دو وجوب داشته باشد اخلاص در آن تأکید می گردد و باید گفت: اخذ اجرت مؤکد اخلاص است نه منافی با آن.

---

(1). مائده: 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 176

### نظر شیخ درباره کلام صاحب جواهر

#### اشاره

مرحوم شیخ، گفتار صاحب جواهر را نمی پذیرد و به این ردیه یا جوابیه، اشکالاتی وارد می سازد. (1)

#### الف) اشکال تقضی

لازمه گفتار ایشان این است که ما فرق بگذاریم بین باب اجاره و جعاله و بگوییم که اجاره بر واجبات صحیح است، ولی جعاله بر واجبات صحیح نیست. به عبارت بهتر، گفتار ایشان فقط در باب اجاره که از عقود واجبه لازمه بوده، و وفای بدان واجب می باشد، استوار می آید. باید از ایشان سؤال کرد در باب جعاله چه می کنید؟ اجاره عقد لازم است و لزوم وفا می آورد و وجوب به اجاره مؤکد وجوب اصل عمل می شود، ولی جعاله عقد جائز است و از این ناحیه وجوبی نیامده، تا مؤکد وجوب قبلی باشد. مگر نه این است که در جعاله، عمل بر جعاله بر عامل واجب نیست، و از این رو، اگر زید می گوید: به هر کس که اسب مرا بیابد صد تومان خواهم داد، بر عمرو که کلام را او می شنود، انجام خواسته او و یافتن اسبش واجب نخواهد بود؛ چه به نحو عموم گفته شده باشد، چه به نحو خصوص. (2)

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 187.

(2). یعنی گاهی زید می گوید: هر کس اسب مرا بیابد به او صد تومان خواهم پرداخت، و گاهی به شخص عمرو می گوید: اگر اسب مرا



بیایی به تو صد تومان خواهم داد، در هر صورت بر عامل عمل به جعاله وجوبی ندارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 177

لذا اگر پرداخت اجرت بر انجام نماز ظهر به نحو جعاله باشد، وجوبی عرضی متوجه نماز ظهر نخواهد گشت تا تأکید کننده وجوب، و اخلاص عمل باشد. و این

در حالی است که احدی در ما نحن فیه بین باب جعاله و اجاره فرقی نگذاشته است و یا هر دورا واجب و جایز و یا هر دورا غیر جایز دانسته اند.

## (ب) جواب حلی و اصلی

اشکال دوم که از عمده اشکالات است این است که: مقصود مستدل از تأکید اخلاص چیست؟ ما دو احتمال در پیش روی شما قرار داده و شما را مخیر می سازیم که در تفسیر کلام خود هر یک را که خواستید برگزینید.

احتمال اول اینکه: مؤکد، اشتراط اخلاص باشد به این بیان که در هر عبادتی که قصد قرب و اخلاص شرط گردیده، اخذ اجرت شرط بودن اخلاص را تأکید می نماید. به تعبیر دیگر، اگر بر انجام فریضه نماز ظهر که در آن اخلاص شرط است اجیر گردد، به طریق اولی اخلاص مشروط است.

احتمال دوم اینکه: اخلاص خارجی را تأکید می نماید؛ یعنی شخصی که در خارج عبادتی به جای می آورد، اخلاص را محقق می سازد که او باید خارجا عمل را همراه با اخلاص اقامه نماید. حال اخذ اجرت بر انجام عبادت واجب، تأکید کننده تحقق اخلاص در خارج می باشد.

اگر مقصود اولی بوده و احتمال نخست را اختیار کرده و بگویید اخذ اجرت مؤکد اشتراط اخلاص است، چرا که در صورت عدم اجاره، از یک جهت اخلاص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 178

معتبر است و شرط، ولی در صورت اخذ اجرت بر انجام آن اخلاص به طریق مؤکد شرط می شود، خواهیم گفت که این مطلب به طور مسلم باطل است.

توضیح بطلان را با ذکر مقدمه ای ارائه می نمایم. و آن اینکه: وجوب وفا به اجاره وجوب توصلی است نه تعبدی. مثلا اگر شخصی

خانه اش را به دیگری اجاره می دهد، بر وی واجب است که به مقتضای اجاره عمل کند و خانه را تحویل مستأجر دهد، حال با هر نیتی که اقدام بر این عمل کند کافی است، و لازم نیست که حتما قصد قربت کند. و یا مثلا اگر زید اجیر شده که برای عمر و بنایی کند و ساختمانی را بسازد، بر وی واجب است که به عقد اجاره رفتار نماید و از دایرة وفا پای بیرون ننهد، لیکن لازم نیست که هر آجری را که بر آجر دیگر می گذارد با خود حدیث نفس کند که من این آجر را بر آجر دیگر می گذارم به دلیل وجوب وفای به عقد اجاره، قرۃ الی اللّٰه...! به هر تقدیر، وجوب وفا به اجاره توصلی است.

با توجه به این مقدمه می گوئیم: اگر وجوب وفا به عقد اجاره مؤکد اشتراط اخلاص باشد، باید وجوب وفا به عقد متوقف به قصد قربت باشد تا گفته شود قبل از اخذ اجرت از يك جهت قصد قربت لازم بوده، حال از دو جهت و شرطیت قصد قربت تأکید شده است. در حالی که وجوب وفای به اجاره توصلی بوده، و متوقف بر قصد قربت نیست، و واجب توصلی مؤکد قصد قربت که در واجب تعبدی شرط است، نیست. که این دو، هر يك دو سنخ متفاوت از وجوبند و توصلی نمی تواند مؤکد شرط قصد اخلاص باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 179

حضرت امام در این زمینه می فرمایند: ممکن است مراد آقایان (قائلین به این قول، یعنی مرحوم صاحب جواهر و مفتاح الکرامه) از تضاعف وجوب و تأکد اخلاص یکی از این سه

امر باشد:

1- امر عبادی متعلق به ذات عبادت است و امر اجاری متعلق به ذات اجاره است، زیرا قول خداوند در «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به منزله امر به «صلّ و صم» است. پس امر اجاری مؤکد امر عبادی است. بلکه امر اگر به موضوع عبادی تعلق داشته باشد، باعث می شود عبادی گردد و وقتی موضوع یکی باشد یکی از دو امر، دیگری را تأکید می کند و زمانی که هر دو عبادی باشند موجب تأکد اخلاص می شود.

2- یا اینکه مراد از تضاعف وجوب و تأکد اخلاص این است که متعلق امر اجاری موجب امکان قصد اخلاص به آن می شود. پس امر اگر چه توصیلی باشد، با قصد قربت، عبادی می گردد، منتهی به معنای اعم آن. بنا بر این مکلف قبل از آنکه امر به وفای اجاره به او تعلق بگیرد، راهی از برای اخلاص و عبادی شدن ندارد مگر با قصد امر عبادی، و همچنین مقرون شدن به قصد اخلاص.

3- و یا اینکه اگر متعلق امر عبادی و اجاری در خارج متحد باشد، مثل صلاة، پس عامل می تواند هر دو امر را برای خدا قصد کند، زیرا اخلاص مؤکد می شود و موجب زیادتی آن می گردد، به علت اینکه سبب آن متعدد است. «1»

سپس ایشان می فرمایند: «اگر مراد این باشد که امر عبادی و اجاری از نظر مصداق در خارج یکی باشند، پس می تواند در وفای به عقد اجاری و عقد صلاة، قصد قربت

---

(1). امام خمینی، مکاسب المحرمه، ج 2، ص 259.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 180

بکند. پس نتیجتاً این معنا مؤکد برای اخلاص است و موجب زیادتی اخلاص می گردد، زیرا از دو سبب

قصد قربت می کنیم، و تعدد سبب موجب تعدد مسبب است»، و بعد ایشان اضافه می کنند که شاید این قول، نسبت به دوتای اولی، اقرب به واقع باشد، ولی باز هم بر این وجه ایرادی وارد است (علاوه بر ایرادهایی که بر دو وجه قبلی وارد بود)، «1» و آن اینکه، اگر امر روی يك غرض واحد یا غایت واحدی، به فعلی امر کرد، بر محور همان غرض می تواند تأکید کند، اما اگر امری روی صلاة آمد، این يك غرض است و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» غرض دیگری است، پس چطور می تواند این امر مؤکد آن شود؟ متعلق امر، یکی نیست، بلکه اگر متعلق واحد بود و اوامر متعدد بود، جا دارد بگوییم تأکید می کند، و الا- اگر متعلق متعدد بود، معنا ندارد این را بگوییم. و آنچه ایشان فرموده اند که مصداقها یکی است، این موجب خلط بیان است، زیرا مصداق خارجی صلاة است ولی این هم مصداق صلاة است، و هم مصداق وفا، اما مصداق یکی بالذات است و دیگری بالعرض. و حتی اگر امر دوم نیز به ذات عبادت باشد، باز تأکید نمی شود، زیرا جهت امر دوم غیر از امر اول است. خلاصه اینکه، این سخن نیز ناتمام است؛ بخصوص با ورود اشکال اساسی بر جمیع وجوه. «2»

---

(1). همان، ص 259-260.

---

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 2، ص: 180  
(2). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 181

### علت عدم جواز اخذ اجرت از نظر شیخ

#### اشاره

چنانکه دیدیم، مرحوم شیخ بر این نکته پافشاری می کند که اخذ اجرت منافی با قصد اخلاص می باشد،

و به هیچ عنوان حاضر نیست که از این مدعا دست بردارد.

اینکه با اصرار بر مطلب مزبور، به نتیجه ای در خور اهمیت واقف گردیده و آن را مطرح می نماید. ولی قبل از طرح آن، ذکر دو مقدمه ضروری و لازم است:

1- شخصی که با پرداخت پول، دیگری را بر انجام عملی اجیر می کند، انجام عمل صحیح را مد نظر قرار داده، از اجیر می خواهد که عمل را درست و صحیح به پای دارد؛ و لذا اگر موجد از او انجام صلاة میت را می خواهد، وی باید نماز صحیح اقامه کند، نه نماز باطل و ناصحیح.

2- در تمام موارد اجاره، باید شخص اجیر، قدرت بر اتیان فعل داشته باشد، اما اگر وی فاقد قدرت و عاجز از اتیان مورد اجاره باشد، اجاره محکوم به بطلان است.

و این مطلب اختصاص به اجاره بر واجبات ندارد، بلکه در غیر این موارد نیز مطلب مذکور ثابت است.

مثلا اگر زید، عمر و را اجیر کند تا در عرض 24 ساعت، ده مرتبه ختم قرآن نماید، اجاره ای ناصحیح منعقد ساخته است؛ زیرا عمل غیر ممکن است و اجیر قادر بر آن نیست.

با توجه به دو مقدمه یاد شده می گوئیم، در مسأله مورد بحث (اخذ اجرت بر واجبات) شخص اجیر، قادر بر اتیان فعل صحیح نیست و نمی تواند مورد اجاره را به طور صحیح به جای آورد؛ چرا که در صحت عمل مورد اجاره، قصد قربت و اخلاص معتبر است، و گرفتن پول برای انجام آن منافی با قصد اخلاص و قربت

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 182

می باشد. بنا بر این اگر وی پول بگیرد تا عمل را به جای

آورد، عملی بدون قصد قربت صورت داده است، و لذا اگر بخواهد پول بگیرد، مال را به باطل دریافت نموده؛ زیرا مورد اجاره را محقق نساخته، و بدون اینکه در مقابل عوض، عمل درخواستی را ایتیان کرده باشد، پول گرفته است.

به عبارت دیگر: در مورد محل بحث، شخص نمی تواند عمل صحیح را که مورد درخواست موجب است، ایتیان نماید. بنا بر این مانع حقیقی که جلوی جواز اخذ اجرت را می گیرد و حکم به عدم جواز اخذ اجرت می نماید، عدم قدرت است، و چون اجیر نمی تواند مورد اجاره را انجام دهد، اجاره باطل است.

بنا بر این تا به حال، سخن از مرحله وقوع و لا وقوع تأکید بود. و اینکه آیا وجوب ناشی از اجاره، مؤکد اخلاص در عبادت هست یا نه؟ ثابت کردیم که نیست، حال قدمی جلوتر برداشته و سخن از امکان و امتناع به بیان آورده و می گوئیم: اصولاً امکان ندارد وجوب ناشی از اجاره، مؤکد اخلاص در عبادت باشد. ثابت کردیم که نیست، حال قدمی جلوتر برداشته و سخن از امکان و امتناع به بیان آورده و می گوئیم: اصولاً امکان ندارد وجوب ناشی از اجاره، مؤکد اخلاص باشد و جمع میان اخذ اجرت و قصد قربت ممکن نیست؛ زیرا وقتی تحلیل می کنیم، می بینیم که وجوب ناشی از اجاره توسط «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ثابت می شود و بدان معنی است که باید عمل را به عنوان وفای به عقد اجاره انجام دهی، یعنی با بستن قرارداد اخذ اجرت، خودت را ملزم به انجام فلان کار کنی، و اخلاص در اینجا بدان معنی است که شما این عمل را که ملک غیر شده و غیر

استحقاق آن را یافته، به عنوان اینکه او استحقاق این عمل را دارد، صد در صد به این منظور انجام دهی. از طرفی هم معنای «اقم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 183

الصلاة»، مثلاً این است که این عمل را چون خدا بر من واجب کرده، و او استحقاق این را دارد، صد در صد به این منظور انجام دهم، و شکی نیست در اینکه، اتیان عمل خالصاً لوجه الله و به عنوان اینکه، خداوند متعال مستحق این عمل است و خالصاً لوجه العوض به عنوان اینکه باذل مستحق این عمل است؛ این دو با هم متنافی هستند و چنین چیزی از محالات است، چون منجر به اجتماع تقيضين می شود. پس قبل از مرحله وقوع، اصلاً امکان ندارد که وجوب ناشی از اجاره مؤکد اخلاص باشد، بلکه صد در صد منافی با اخلاص است. پس اگر قصد عوض آمد، اصلاً اخلاص نیست تا بگوییم با آمدن اجاره وجوب می آید و با آمدن وجوب، اخلاص دو چندان می گردد، حال که نمی شود از خیر قصد قربت گذشت چون رکن عبادت است، پس ناچار باید از خیر اجرت و اجاره بگذریم، پس اخذ اجرت بر واجب عبادی جایز نیست.

مرحوم والد، قدس سرّه، می فرمایند: اموری که در صحت عقد اجاره (و سایر عقود معاوضی که بر اعمال واقع می شود) شرط است، سه امر است:

1- عمل، عمل سفیهانه نباشد، یعنی در عمل منفعت محلله مقصوده للعقلاء باشد که این منفعت به مستأجر، عود کند و الا اگر اجرت بر این عمل بدهند، اکل مال به باطل است و این واضح است که حرام می باشد.

2- عمل ممکن الحصول برای



مستأجر باشد؛ زیرا حقیقت اجاره عبارت است از:

تمليك عمل برای مستأجر به عوض مالی معلوم در اجاره عمل، زیرا حقیقت معاوضه بین دو چیز تحقق پیدا نمی کند، مگر بعد از اینکه هر کدام از عوضین داخل در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 184

ملك دیگری شود و این امر زائد بر شرط اول است، زیرا باید منفعت عمل به شخص برگردد، بدون اینکه عمل در ملکش داخل شود.

3- عمل برای عامل مقدور باشد، چه فعلش و چه ترکش و یا چه تکوینی و چه تشریحی. «1» پس ظاهر می گردد که صحت معامله در باب اجاره اعمال، متوقف است بر اینکه اجیر تکوینا و تشریعا، قادر بر انجام عمل باشد.

حال اگر سؤال شد که فهمیدیم که برای انجام عمل قدرت لازم است، ولی برای ترك فعل چرا قدرت لازم است؟ باید گفت، وقتی می گوئیم قدرت بر انجام کار داشته باشد، یعنی هم بر انجامش و هم بر ترکش قدرت داشته باشد، یعنی فعل تحت اختیار او باشد. و الا اگر فعل ضروری باشد مثل ارتعاش دست، نمی گویند که او بر این فعل قادر است.

خلاصه کلام اینکه اخذ اجرت بر تمام اقسام واجبات به غیر از واجب تخییری شرعی (که بعدا خواهد آمد)، ممکن نیست؛ زیرا فعل و عمل به واسطه ایجاب از تحت قدرت و اختیار او، تشریعا خارج است. و طبق مقدمه ای که ذکر شد، صحت اجاره بر این است که مورد اجاره برای اجیر مقدور باشد. «2»

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 2، ص 133. مراد از قدرت تکوینی این است که شخص عامل قادر بر انجام عمل باشد مباشرتا،

پس اگر قادر به انجام کار نباشد، این معامله از نظر عقلا لغو است و از قبیل وهب الامر ما لا یملکه است. اما مراد از قدرت تشریحی این است که شارع در عالم تشریح قدرت را از مثل این عمل سلب کند، و عامل در عالم تشریح عاجز است و معامله باطل است.

(2). امام خمینی، همان، ص 134.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 185

به عبارت بهتر: صحت اجاره متوقف بر قدرت اجیر بر اتیان و ایجاد عمل مورد اجاره است. «1»

پس همچنان ایرادی که شیخ اعظم به صاحب جواهر کرده اند، باقی است. و آن اینکه، عملی که در آن اجر دنیوی نیست، و داعی برای انجام آن فقط امتثال امر خداوند است، قطعا خالص تر از عملی است که در آن اجر دنیوی است، که تمامی داعی یا بعضی از آن، به خاطر اخذ اجرت است. پس اگر تمام داعی برای انجام کار، اخذ اجرت باشد که اصلا اخلاص در آن نیست، و انصاف این است که اخذ اجرت در عبادیات، منافات با اخلاص و قصد قربت دارد. «2»

### الف) اشکال اول

اشکالاتی به جواب شیخ (ره) وارد کرده اند که یکی از آنها راجع به عبادات استیجاری است. «3» ایشان می فرمایند: «بین عبادات استیجاری با ما نحن فیه فرق است. و آن اینکه:

حقیقت استیجار و اجیر شدن برای عبادات دیگران، آن است که اجیر و نایب، خودش را نایب از فلان مؤمن که مثلا از دنیا رفته و عباداتی بر عهده اوست، قرار می دهد، آن هم نیابت عملی که قصد قربت می طلبد، و وقتی که نایب، تنزیلا و جعلاً نایب و نازل منزل منوب عنه شد،

و به جای او نشست، به واسطه عمل او، منوب عنه به خدا تقرب می جوید. که این همان ماهیت نیابت است.

---

(1). همان، ص 261.

(2). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 2، ص 135.

(3). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 185.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 186

آنگاه حکم اصلی و اولی این نیابت و تنزیل، آن است که چون این کار، احسان به منوب عنه و رساندن نفع اخروی به حال اوست، امری مستحب و ممدوح است و خدا اجر محسنین و کسانی را که به فکر دیگران هستند، ترضیع نمی کند، که «إِنَّ اللَّهَ لَا يُضَيِّعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ»<sup>\*</sup>. «1» پس اصل این کار، یعنی نایب شدن و خود را به جای دیگری گذاشتن، فی نفسه و قطع نظر از اجاره و جعاله و ... کاری مستحب است، و این اجاره در مقابل خود عمل نیست، بلکه در مقابل نیابت است. یعنی برای اصل نایب شدن اجرت می گیرد، و پس از اینکه نایب شد، فعل را قریبه الی الله انجام می دهد. که در این حال منافاتی بین اجرت و عبادیت عمل وجود ندارد؛ زیرا اجرت در مقابل نیابت است که عبادت نیست، و واجب هم نیست تا اجرت داشته باشد، اما خود عمل صد در صد به قصد قربت است نه اجرت. پس محذوری نیست و محالی پیش نمی آید. (البته توضیحات بیشتر در فصل نیابت ذکر شده است). ولی در ما نحن فیه، که اخذ اجرت بر واجبات باشد، مسأله نیابت مطرح نیست، بلکه عبادت بر شخص عامل شرعا واجب شده و باید به قصد قربت به جای آورد، و لذا اجیر شدن

بر انجام فرائض عبادی، بدان معناست که اخذ اجرت بر خود عمل است نه بر چیزی به نام نیابت. و اخذ اجرت بر خود عمل صحیح نیست، زیرا نفعی به حال باذل ندارد، به خاطر اینکه او با این عمل به خدا نزدیک نمی شود، خود عامل به خدا تقرب می جوید، و عامل هم اگر بر عملش پول بگیرد و اجیر شود، نمی تواند قصد قربت بکند؛ لذا اخذ اجرت بر چنین واجباتی حرام است.

---

(1). توبه: 122.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 187

### **(ب) اشکال دوم**

ممکن است گفته شود که، اجیر شاید عبادتی را که برای انجام آن پول دریافت نموده، خالصانه و صرفاً به انگیزه الهی به پای دارد، به طوری که اگر این پول پرداخت نمی شد هم، وی نماز ظهر خویش را انجام می داد، بنا بر این اجاره منافاتی با قصد اخلاص ندارد؛ زیرا اگر پول هم در بین نبود، وی نماز را برای انجام دستور الهی اقامه می نمود. پس این عمل صحیح خواهد بود، و وقتی صحیح شد، مستحق اجرت نیز می گردد؛ یا اینکه اول با شخص قرارداد اجاره نبندد که مستحق اجرت بشود به خاطر خود عقد اجاره، سپس عمل را که انجام می دهد، صد در صد برای خدا باشد، و اجاره در اتیان آن هیچ نقشی نداشته باشد، و به طور کلی از آن قطع نظر شود، به طوری که گویی اجاره ای در کار نبوده، که در این صورت هم اجاره صحیح می شود و هم عمل عبادی.

شیخ اعظم (قدس سره) می فرمایند: «چنین فرضی ممکن است ولی مفید نیست، زیرا در باب اجاره، این نکته مسلم است و اجاره وقتی صحیح است که

عمل قابلیت داشته باشد که به عنوان وفای به عقد اجاره، اتیان شود و به عنوان اینکه مستأجر استحقاق آن را دارد، آورده شود؛ به طوری که این عمل ملك غير شده و در مقابل پولی که داده، مالك عمل شده و باید عملی را که ملك او شده به صاحبش تسلیم کند، ولی عمل عبادی چنین قابلیت را ندارد و نمی توان آن را به قصد استحقاق باذل انجام داد؛ زیرا با استحقاق خداوند، این عمل جمع نشود. پس بازهم وجهی برای صحت اجاره پیدا نمی شود». (1)

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 26.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 188

### ج) مسأله داعی بر داعی

اشکال بعد این است که، گفته شده، می توان اخذ اجرت را به عنوان داعی بر داعی تصور نمود. بدین بیان که بگوییم: داعی و انگیزه اصل عمل، قصد قربت و اخلاص است. به تعبیر دیگر، علت غائی و غرض فاعل در اتیان عمل، نزدیکی به خدای متعال جل و علا است. و از این رو عمل مقید به قیدی گردیده است، که آن را چنین می نماییم. «الفعل المتقرب به الی الله»، یعنی عملی که به وسیله آن به خدای متعال تقرب جسته می شود، به تعبیری، اجرت داعی بر داعی است.

مانند اینکه شخص با حالت اخلاص و قصد قربت، عبادتی به جای می آورد به این انگیزه که خداوند به او وسعت روزی بدهد؛ یا دین و بدهی او را ادا نماید؛ یا مثلاً عملی را به قصد شفای مریض اتیان می کند، که در این صورت عمل به داعی تقرب و نزدیکی به خدا صورت گرفته، لیکن انگیزه انجام این عمل خالصانه و الهی،

شفای مریض، ادای دین، وسعت رزق و روزی و سایر درخواستهای دنیوی و مادی می باشد.

چه فرقی است بین اینکه انسان عمل عبادی را به قصد وصول به يك حالت دنیوی اتیان کند، یا عملی عبادی را به قصد دست یافتن به مقداری پول و رسیدن به مال انجام دهد؟

به عبارت رساتر: داعی بر داعی یعنی دو انگیزه متفاوت، در طول هم مطرح باشند، به این صورت که داعی اصل و اولی، از انجام این عبادت همان اخلاص و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 189

تقرب به خدا باشد، و داعی دوم و مع الواسطه عامل این باشد که مستحق اجرت شود، و به قول سید طباطبایی یزدی (قدس سره) در حاشیه مکاسب: «در عبادات چیزی بیش از توسط امثال و اینکه داعی اول عبادیت باشد، مطرح نیست، و لازم نیست که قصد قربت غایه الغایات هم باشد، پس هم قربت است و هم اجرت». «1»

نظیر اینکه انسان عبادتی را قربة الی الله انجام می دهد، مثلا نماز می خواند، روزه می گیرد، خالصا لوجه الله، یعنی هدف مباشر و غایت بلاواسطه و داعی اولی، همین تقرب است.

ولی مقصد اصلی و غایه الغایات این عمل عبارت است از يك سلسله مطالب و خواسته های دنیوی از قبیل اینکه نماز جعفر طیار می خواند برای اداء دین، و گشایش کار در زندگی و ... پس هکذا در ما نحن فیه نیز می تواند برای عبادات واجب اجیر شود و اجرت هم بگیرد. «2»

مرحوم شیخ در پاسخ می فرماید: «فرق است بین اینکه حاجتی دنیایی را از خالق جهان و آفریننده کون و مکان بخواهیم، یا حاجتی را از غیر او و انسانهایی

(1). سید کاظم یزدی، حاشیه المکاسب، ص 24.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 186.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 190

به تعبیر دیگر، بسیار تفاوت است بین اینکه انسان حاجات مادی خود را به پیشگاه حق، جلّ و علا، عرضه دارد، و وسعت رزق، ادای دین، یا شفای مریض را از او خواستار باشد و اینکه انسان چشم طمع به دست چون خودی بینوا بدوزد.

و فرق این دو در این است که خواستن حاجت از خدای عالمیان خود عبادتی است از عبادات، و خداوند دوست می دارد که انسان حتی نمک غذای خود را از او بخواهد، و انجام عبادت برای رفع حاجت گاهی مؤکد اخلاص است، کجا رسد به اینکه منافی باشد؟

مگر نه این است که انسان نیازمندی که خود را محتاج می یابد، خالصانه تر و خاکسارتر از بنده ای است که در خود نیازی نمی بیند؟ و از این روست که خدای عالم به حقایق امور می فرماید: «إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ» (1) و اما درخواست حاجات از انسانهای مانند خود چنین نیست.

لذا قیاس ما نحن فیه به آن موارد، مع الفارق است؛ زیرا در آن موارد درست است که دنبال مطالب دنیوی است، ولی همین را هم از خدا می طلبد و طلب حاجت از خداوند، مطلوب و محبوب وی است و نه تنها به حال عبادت قած نیست، بلکه مؤکد هم هست که این شخص این قدر توکل و ایمان و اعتقادش به خدا زیاد است که به همه کارها رنگ الهی داده، و با اینکه خود می کوشد، ولی آنها را از خدا می طلبد.

---

(1). علق: 6-7.

قواعد فقهیه (بجنوردی)،

اما در ما نحن فيه آن غرض دنیوی یعنی اجرت را از غیر خدا می طلبد، که چنین امری مبعوض و مطرود خداوند است.

نتیجه نهایی اینکه: مسأله اخذ اجرت با قصد قربت منافی است و حق با صاحب ریاض است و اعتراض صاحب جواهر یا مفتاح الکرامه وارد نیست.

مرحوم والد (ره) می فرماید: «حدیث داعی بر داعی صرف عبارت است. ما نمی گوئیم که داعی بر داعی ممکن نیست؛ زیرا که داعی بر داعی در دواعی طولیه، امری ضروری است. مثلاً شخصی حفر چاه می کند تا آب از آن بیرون بیاید، آب را برای زراعت می خواهد، زرع را برای به دست آوردن گندم، گندم را برای قوت خود و عیالش می خواهد. پس در حقیقت علت برای حفر چاه، فقط و فقط، قوت خود و عیال است، به طوری که اگر قوتشان فراهم بود، علتی برای حفر چاه وجود نداشت.

به عبارت دیگر: در مورد دواعی طولی هم، داعی حقیقی و علت اصلی برای عمل، همان داعی اول است. که محرك فاعل بر فعل است، به طوری که اگر این انگیزه نبود، فاعل به سمت این کار نمی رفت. پس باید اعتراف کنیم به اینکه، اگر اجرتی در بین نبود، فاعل بر این عمل اقدام نمی کرد.

و اما اتیان عبادت به داعی اثر دنیوی که مترتب بر آن است، قیاسش فاسد است، زیرا آثار دنیوی مترتب بر امثال امر است، و قصد آن منافاتی با قصد امر و قصد قربت ندارد.

به بیان دیگر: معنای حقیقت قصد قربت و اتیان عمل به قصد اخلاص، این است که اتیان عمل در نزد خدا محبوب است، و آن حاصل نمی شود



1- محرکیت فاعل بر این فعل، نفس امر خداوند است، و شکی نیست در اینکه، آن به معنای محبوبیت در نزد خدا است.

2- اینکه داعی بر اتیان عمل، همان چیزی است که در سلسله امر واقع است، مثل مصلحت موجب بر امر. پس اگر عمل را به داعی مصلحتی که موجب امر است بیاورد، بازهم متقرب است؛ زیرا این هم، همان معنای محبوبیت در نزد خدا را دارد و به خاطر همین، امر به آن کرده است.

3- یا اینکه داعی آن چیزی است که در سلسله معلولهای امر است، خواه از امور اخروی باشد، مثل تحصیل مراتب عالیه هنگام انجام عبادت یا فرار از درکات مترتبه بر عدم انجام آن، و خواه از امور دنیوی باشد، مثل وسعت روزی، شفای مریض ....

و اما اگر محک به یکی از این امور سه گانه برنگردد، بلکه به امر دنیوی و اجنبی از عبادت برگردد، اخلاص و عبادت به مثل این داعی تحقق پیدا نمی کند و اگر صحت آن را از قبیل داعی بر داعی بدانیم، از آن چیزهایی است که مساعدت بر آن ممکن نیست.» (1)

سیدنا الاستاذ حضرت امام (ره) می فرمایند: «در مورد مسأله داعی بر داعی، مطالبی وجود دارد، آنچه داعی بر فعل است، امثال امر الهی است و داعی بر امثال امر الهی، اجاره است. حال باید دید، آیا اینجا 1- از موارد داعی بر داعی است؟ 2- به فرض اینکه از موارد داعی بر داعی باشد، آیا فایده ای برای دفع این اشکال دارد؟ 3- آیا اصلاً داعی بر داعی درست است یا نه؟». (2)

سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 2، ص 136.

(2). امام خمینی، همان، ج 2، ص 266.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 193

مرحوم میرزای شیرازی (ره) «1» می فرماید: اینجا از مصادیق داعی بر داعی نیست، ایشان قائل به طولیت نیستند، که مثلاً اگر بررسی، چرا نماز می خوانی، می گوید برای امتثال امر الهی، بعد بپرسد چرا امتثال امر الهی می کنی، چرا نماز می خوانی، می گوید برای امتثال امر الهی، بعد بپرسد چرا امتثال امر الهی می کنی، بگوید چون اجاره است. این طولیت نیست، بلکه عرضیت است. یعنی ذات فعل در عرض امتثال الهی است و مورد اجاره ذات عمل عبادی است که منحل می شود به ذات و حیثیت امتثال و عبادیت، یعنی مثلاً وقتی نماز می خواند، هم مستأجر را می آورد و هم امتثال امر الهی می کند که این نوعی تشریک در قصد هم می باشد.

حضرت امام (س) جواب می دهند: «که مورد اجاره همان عمل و انگیزه امتثال است. یعنی آنچه که مصب اجاره است عبارت است از عمل به داعی اجاره، یعنی قرار دادن اجرت در مقابل عمل مآتی به، به انگیزه امتثال بوده، یعنی امتثال تمام انگیزه و محرك برای اجیر است.

پس اگر آن را به دو انگیزه بیاورد، انگیزه امتثال و انگیزه تحقق عنوان مستأجر علیه، باز هم عمل مورد اجاره و موضوعی را که بر آن اجیر شده نیاورده و فعلش وفای به عقد اجاره محسوب نمی شود. درست است که متعلق اجاره عمل است، اما عملی که برای امتثال امر الهی باشد. یعنی تمام محرك او، امر الهی باشد، اما اگر داعی دیگری در کنارش باشد این وفای به عقد اجاره نیست، و طولیت

در ذات فعل می باشد. پس اشکالی که به طولیت دواعی کرده اند صحیح نمی باشد». (2)

(1). همان.

(2). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 194

مرحوم میرزای نائینی (قدس سره) می فرمایند: «هر چند بپذیریم که داعی امثال، امر الهی است و داعی بر امثال، اخذ اجرت است و طولیت هم دارند، ولی فایده ای ندارد؛ زیرا بازهم اشکال اساسی، منافات عبادت با اجرت همچنان باقی است، و می گویند که در مسأله عبادات این طور است که امثال و تقرب متوقفند بر اینکه تمام دواعی طولیه و عرضیه در انجام فعل الهیه باشد. در صورتی که بعضی از دواعی در سلسله مثلاً عبادات، غیر عبادی باشند، دیگر آن فعل عبادت محسوب نمی شود، و فرق گذاشتند بین آن غایاتی که مترتّبند بر افعال به امر الهی، و غیر آن به اینکه مترتّبند بر فعل به جعل غیر الهی، که در اولی مضر به قریبت نیست، ولی در دومی مضر است و منافات دارد». (1)

حضرت امام خمینی در جواب می فرمایند: «قبل از ورود به بحث ناگزیر از تنبه در امری می باشیم و آن اینکه، داعی بر امثال امر الهی چند صورت دارد:

1- تمامی داعی او امثال امر الهی باشد و فعل را انجام دهد، چه اجری باشد و چه نباشد.

2- عکس مورد اول، یعنی امر الهی داعییتی برای او ندارد، و اگر قرارداد اجاره نبود، امثالی هم نبود.

3- دواعی به نحو ضمیمه باشند، یعنی داعی بر امثال امر الهی ناقص باشد و مستقلاً کاربردی نداشته باشد و بعد اجرتی را که قرار می دهند، باعث تکمیل آن شود.

(1). همان، ص 271.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 195

حال ما اگر

آن صورتی را که أسوأ حالا- است در بین این صور، جواب دهیم، تکلیف بقیه هم مشخص می شود و آن صورت دوم است. یعنی آن صورتی که انگیزه ای برای فاعل نیست برای اتیان فعل، و فقط با انگیزه اجرت، متحقق می شود.

یعنی امر الهی، داعویت ندارد، اگر اجرتی هم نباشد. حال باید دید که آیا عنوان امتثال و اطاعت، بر این فعلی که به این نحو آورده شده، صدق می کند یا نه؟ مبحثی در اصول وجود دارد که آیا خود اوامر، باعثیت و محرکیت دارند؟ باید گفت اوامر باعثیت و محرکیت تکوینی ندارند؛ زیرا اگر اینگونه بود، هرگز فرد عاصی در روی زمین وجود نداشت، و به محض بودن امر، دیگر بنده نمی توانست آن را انجام ندهد.

حتی تصور امر الهی هم محرکیت ندارد. یعنی وقتی خود امر محرکیت نداشته باشد تصورش به طریق اولی محرکیت ندارد. «1»

حال باید دید آنچه باعث حرکت به سوی عمل می شود چیست؟ یا آنچه معتبر است در نفس انگیزه برای ایجاد متعلق امر، مواردی است مثل خوف الهی و رجاء و طمع به اجر الهی، که باعثی است برای اطاعت او، یا اینکه حتی این امور هم باعث محرکیت نیست و عمل خالصانه و بدون هیچ شریکی، فقط برای خدا امتثال می شود.

و در این مورد باید دانست که اطاعت و امتثال از دیدگاه عقل چیست؟ بدرستی که امتثال و اطاعت عقلی، چیزی نیست جزء اتیان مأمور به، به داعی انگیزه الهی، و اتیان عمل به داعی جلب رضای الهی که در منطقه عقل ممثّل و مطیع همین است. و در اعمال عبادی، خلوص لازم است یعنی رضای الهی را در نظر

(1). میرزای نائینی، مکاسب، کتاب البیع، ج 1، ص 53.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 196

در حالی که ممکن است اشکال کنند که ممکن است داعی بر امثال يك چیز دیگری باشد، مثل طمع به بهشت، خوف از آتش، که می گوئیم اینها مضر به اخلاص نیستند، زمانی که منتسب به خدای متعال باشد، یعنی طمعشان نسبت به خدا و خوفش از عذاب الهی باشد».

بعد حضرت امام در مورد اینکه چه چیزی محرکیت به سوی امر الهی را دارد سه تصور کرده اند: 1- نفس متعلق، داعویت و محرکیت برای انجام فعل دارد، نفس انتساب به خدا، مدخلیت در محرکیت ندارد. 2- نفس انتساب به خدای متعال محرکیت دارد اما متعلق خیر. 3- هم متعلق و هم انتساب اثر در محرکیت دارد.

متوسطین از مؤمنین هیچ گاه نظرشان به انتساب و اضافه نیست، دنبال متعلق هستند، فقط حور العین می خواهند یا برای وسعت رزق و روزی و رفع مشکلات.

گروه دوم مخلصین و عده ای کمی از محبین و مجذوبین خداوند متعال هستند که از بهشت و جهنم گذشته و همه چیز را برای او می خواهند و می فرماید اگر به آتش هم ببری چیزی نمی گوئیم. این عبادت، عبادت احرار می باشد.

و اما اگر کسی عبادتی را به طمع چیزی یا خوف الهی، انجام دهد، احدی قائل به این نیست که آن عبادت باطل است. و آنچه از همه اینها حاصل می شود، این است که هم عبادت خائف صحیح است و هم عبادت طامع. و این دلیل است که عبادت زمانی که فقط اطاعت خدا باشد بدون قرار دادن شریکی برای او، صحیح است.

لذا این مسأله در باب ثواب

و وعده های الهی مانعی ندارد، اما اگر این عبادت مصب اجاره قرار گرفت و یعنی اگر شخص ذات عبادت را بیاورد، مستحق اجر از ناحیه خدا نیست؛ لذا است که می گوئیم باید جمیع سلسله دواعی طولیه و عرضیه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 197

بازگشت به مطاع کنند و آن را با ذکر دو مطلب روشن کردند که برای پرهیز از اطاله کلام از ذکر آن می پرهیزم. «1»

و بالاخره نظر مرحوم محقق ایروانی، رحمة الله علیه، این است که می فرماید: «حق این است که داعی بر داعی باطل است و آن را با ذکر دو مقدمه بیان می دارد:

1- داعی یعنی محرکی که باعث عمل می شود، فقط در افعال اختیاری است و در غیر افعال اختیاری، معقول نیست.

2- چگونه عاقلانه است که دعوت کند به امری که امر دیگر انگیزه آن است، و به همین ترتیب او هم لازمه انگیزه دیگری است و این تسلسل است.

به عبارت بهتر: دعوت به امر از افعال مکلف نیست، پس معقول نیست که امری به امر دیگر داعویت بدهد؛ زیرا داعی یعنی محرك و ما دو امر داریم یکی امر به صلاة و دیگری امر به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، پس امر اول باعثیت برای امر صلاتی درست می کند. حال محرك به امر اول چیست؟ لا بد محرك دیگری، پس تسلسل ایجاد می شود و این اشکال عقلی است که باعث شده ایشان اصلاً منکر داعی بر داعی شوند». (2)

حضرت امام خمینی (س) می فرمایند: «ایشان بین داعویت ایقاعیه و تکوینییه خلط کرده اند. هر کدام از اینها منشأ خاص خود را دارند. ما در باب اوامر گفتیم که اوامر ایقاعی اند و داعویتشان

---

(1). امام خمینی، همان، ج 2، ص 280.

(2). همان، ص 281-282.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 198

عمل می کشاند، عبارت است از دعاوی نفسانی که اگر نباشد میلیونها امر هم باشد، باز هم هیچ محرکیت ندارد.

پس آنچه که محرکیت دارد امر نیست بلکه دعاوی نفسانیه است، و آنچه باعث می شود که عبد دعوت ایقاعی را آن طور که هست امثال کند، همان وعده هایی است که در عقد سابق به او داده می شود، مثلاً دادن پول باعث می شود اجیر تحریک به کار شود. لذا نباید بین دواعی نفسانیه و ایقاعیه انشائیه خلط کرد». «1»

در نهایت مرحوم شیخ در پایان جمع بندی کرده و می فرمایند: «به عقیده ما فی الجملة حق با صاحب ریاض است و اخذ اجرت با قصد قربت منافات دارد، و این استدلال فقط در مورد واجبات تعبدی آن هم به طور فی الجملة «2» استوار است. البته ایرادی که خود ما داشتیم همچنان باقی است، که این استدلال نه مانع اغیار است و نه جامع افراد است.»

### صفت عبادیت منافاتی با اجاره ندارد

#### اشاره

همانطور که قبلاً بیان کردیم، دو امر اساسی که مانع از صحت اجاره و جواز اخذ اجرت بر واجبات می شوند عبارتند از:

1- مسأله عبادیت

2- مسأله وجوب

---

(1). همان، ص 282.

(2). مراد از فی الجملة، در خصوص آن دسته از واجبات تعبدی است که انجامشان متضمن نفعی نسبت به باذل باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 199

مرحوم خوبی معتقدند، که اخذ اجرت بر واجبات، مطلقاً جایز نیست (ولی در میان فقهای عامه در این مسأله اختلاف واقع شده است). «1» و می فرمایند: «مقتضای قاعده جواز اخذ اجرت بر مطلق عبادات است، خواه این اخذ اجرت در عقد اجاره باشد یا جعاله، و شبهه ای نیست در اینکه صفت عبادیت منافاتی با اجاره و جعاله ندارد. پس عمومات صحت معاملات محکم است». «2» حال بر این رأی اشکالاتی وارد است.

اول: همان اشکال صاحب ریاض است (قبلاً مفصلاً ذکر شده) که عبادت باید با قصد قربت همراه باشد و اخذ اجرت با قصد قربت منافات دارد. لذا برای صحت عمل و مقریبت باید عوض و اجرتی در کار نباشد. بعد ایشان می فرمایند: در این مورد سه ادعا وجود دارد.

ادعای اول: اینکه عمل خارجی فقط به انگیزه تملك اجرت آورده می شود، که این با قصد اخلاص منافات دارد.

---

(1). فقه المذاهب، ج 3، ص 169: «حنفیه: صحیح نیست اجیر شدن بر هر طاعتی که اختصاص به همان مسلمان دارد، لکن متأخرین از وی می گویند: جایز است اخذ اجرت بر اذان و تعلیم قرآن و امامت و وعظ.» ص 176، مالکیه: «صحیح نیست اجیر شدن بر طاعت که واجب است بر اجیر زمانی که قبول نیابت نکند، مثل



صلاة و الا صحیح است. اما اعمالی که واجب کفائی اند اجاره بر آن بدون اختلاف صحیح است». ص 181: «التزام دارند به اینکه بر امامت و اذان، اجرت صحیح است.» ص 188: «شافعیه: بر طاعات، اجیر شدن صحیح نیست، و فقط بعضی از امور مستحبه استثناء شده اند، مثل امامت، تدریس اذان، تعلیم قرآن و فقه و حدیث». ص 195، «حنابله: صحیح نیست اجاره بر فعل نیت دار مثل نماز، اذان، پس صحیح است اخذ جعل بر اینها به عنوان جعله.»

(2). أبو القاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج 1، ص 460.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 200

ادعای دوم: اینکه عمل خارجی به انگیزه تحویل دادن اجرت خارجی آورده می شود.

ادعای سوم: عمل خارجی به انگیزه استحقاق مطالبت آن آورده می شود.

اما ادعای اول که ضرورتاً بطلانش واضح است؛ زیرا تملك اجرت به نفس ایجار است نه عمل خارجی. پس عمل اجیر از آن اوست.

اما ادعای دوم، ایضا مثل ادعای اول است، زیرا اجیر مکلف است که غیر عمل را بیاورد، و آن عمل خالی از قصد قربت باشد، پس داعی بر عمل عبادی غیر قصد قربت است. و لو از جهت خوف عذاب باشد، به خاطر عدم تسلیم عمل به مالکش.

و اما ادعای سوم نیز اگر در بعضی موارد صحیح باشد، و اگر عمل را بیاورد، به خاطر اینکه استحقاق مطالبه را شرعاً دارد و آن منفک از قصد قربت در عمل نیست؛ زیرا آوردن عمل به خاطر این است که وی شرعاً مستحق اجرت است، بنا بر این بعد از اینکه اجیر متمکن شد از مطالبه و تسلیم اجرت به غیر عمل صحیح، این انگیزه ای برای

آوردن آن عمل صحیح بدون قصد قربت نمی باشد و شاید این جواب کسانی باشد که جواب داده اند به این اشکال که انگیزه اخذ اجرت در طول انگیزه امر، لغو است (از باب داعی بر داعی).

دوم: همانطور که گفتیم آنچه در دواعی امثال عبادت معتبر است، این است که همه سلسله علل و دواعی به حلقه الهی متصل باشند. پس چگونه ممکن است که انگیزه بدون قصد قربت باعث شود عمل از عبادیت خارج گردد. «1»

---

(1). همان، ص 465.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 201

ایشان می فرمایند: «غیر از عابدان، که همه انگیزه های عبادت را، خالصا لوجه الله انجام می دهند، عده زیادی از مردم عبادات را به جهت رسیدن به منافع دنیوی یا اخروی، قصد می کنند و این منافاتی با عبادیت عبادت ندارد.

پس نهایت چیزی که در عبادات معتبر است، این است که آن عمل فقط و فقط برای خداوند متعال باشد. یعنی غایت عبادت خداوند است؛ و لکن گاهی به انگیزه حفظ جهات دنیوی، ترس از بلا و هلاکت یا رسیدن به قدر و منزلت است. چنانکه خداوند متعال در کتابش اشاره کرده به اینکه: «لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ» (1).

و گاهی عبادت با انگیزه خشیت از غضب خداوند و ترس از آتش جهنم است، یا به انگیزه رسیدن به رحمت و اسعه الهی، که این مرتبه بالاتر از مرتبه دوم است. و گاهی غایت عبادت، خداوند است برای تحصیل رضای او، بدون اغراض دنیوی و اخروی که این مرتبه از دو مرتبه قبلی بالاتر است و مختص به عارفین و سالکین می باشد. مرحوم کلینی به این مسأله اشاره کرده است،

(2) و از حضرت ابی عبد الله (ع) نقل شده که فرمودند: عبادت کنندگان سه دسته اند:

1- عده ای که از خوف خدا عبادت می کنند، که این عبادت بردگان است.

2- عده ای که برای طلب ثواب، خدا را عبادت می کنند، که این عبادت تجار است.

---

(1). ابراهیم: 7.

(2). حسنة ابراهیم بن هاشم، مرآة العقول، ج 2، ص 100؛ وافی، ج 3، ص 71؛ حر عاملی، وسائل الشیعة، ج 1، باب 9؛ ما یجوز قصده من غایات النیة من مقدمات العبادة، ص 10.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 202

3- عده ای برای اینکه خداوند را دوست دارند، عبادت می کنند، که این عبادت احرار است و افضل عبادات.

به همین سبب بطلان قول بعضی از فقهاء روشن می شود، «1» که می گویند: عبادت اگر که برای کسب ثواب و دفع عقاب باشد، باطل است.

سوم: دلیل صحت اجاره را، عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دانسته اند، و محال است که شامل این مقام شود؛ زیرا وفای به شیء عبارت است از تمام کردن کار و انجام آن، و واضح است که با اتیان عمل برای ادای حق الله و امثال او امرش جمع نمی شود.

بنا بر این باید یکی از دو امر را قصد کند، یا وفای به عقد یا امثال امر مولی. پس اجتماع آن دو در يك محل واحد عاقلانه نیست، و ناگزیر باید از امر به وفای رفع ید کنیم.

ایشان می فرمایند: «که اولاً، اگر چه وفای به عقد عبارت است از اتمام و انهای آن، ولی متوقف بر يك عنوان خاص نیست، بلکه در ایجاد متعلق عقد در خارج کفایت می کند. بنا بر این مانعی نیست در اینکه عمل واحدی که اجاره بر آن

تعلق دارد، مصداق برای دو عنوان عبادت و عمل مستأجر علیه، با هم باشد. و محال نیست اجتماع قصد وفای به عقد با قصد تقرب الی الله، و اگر غیر از این باشد، ادعای گزاف است.

(1). علامه مجلسی، بحار، کتاب الخلق، ج 15، ص 82: عن الفخر الرازی فی تفسیر الکبیر، انه نقل اتفاق المتکلمین علی ان من عبد الله لاجل الخوف من العقاب او الطمع فی الثواب، لم تصح عبادته، و آورده عند تفسیر قوله تعالی «ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَ خُفْيَةً» و عن المحقق البهائی: انه ذهب کثیر من العلماء الخاصة و العامه الی بطلان العبادۃ اذا قصد بفعلها تحصيل الثواب او الخلاص من العقاب و قالوا ان هذا مناف الاخلاص.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 203

ثانیا دلیل صحت اجاره، منحصر به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نیست. «1»

اشکال دیگر:

اگر گفته شود که امر جاری که متعلق به فعل مستأجر علیه است، توصیلی است و امر عبادی متعلق به آن عبادی است، بنا بر این لازم می آید که فعل واحدی که مأمور شده بر آن به دو امر متخالف باشد، که این محال است.

می گوئیم: امر جاری متعلق به عبادت، امر عبادی است، و امر جاری منحل می شود به يك حکم کلی انحلالی، بدون اینکه شأن تعبدیت و توصیلیت داشته باشد و این تعبدی و توصیلی بودن به لحاظ متعلقشان است. بنا بر این اگر متعلق امر جاری توصیلی باشد آن امر توصیلی است. و اگر متعلق امر جاری تعبدی باشد آن امر تعبدی است. (ایرادی که حضرت امام خمینی به این مسأله دارند در فصل قبل ذکر شد). «2»

بنا بر این اگر اجاره متعلق

به امر عبادی شود، امر ناشی از آن نیز عبادی است، پس مؤکدی است بر امر عبادی با قطع نظر از اجاره. همچنان که کاشف الغطاء و صاحب جواهر بدان معتقدند. پس اگر متعلق دو امر شیء واحدی باشد محال است که یکی مندک در دیگری شود و وجوب مؤکدی است بر آن.

و در نهایت می فرمایند: «بدرستی که امر صلاتی متعلق به ذات عمل است و امر اجاری یا نذری یا نحوهما، متعلق به عمل واجب مقید به قصد قربت است. پس واضح است که تأکد در آن عقلانی نیست، و بدیهی است که عقلانی نباشد که امر

---

(1). ابو القاسم خویی، همان، ج 1، ص 465.

(2). امام خمینی، همان، ج 2، ص 261.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 204

اجاری به منزله صل و صوم باشد بلکه به منزله صل با قصد قربت است و دائماً توصلی است. «1»

## صحت عبادات

در اخبار مستفیض و حتی متواتر آمده که ترغیب در عبادات همراه ثوابها و فواید آن آمده و خوف و ترس از ترك عبادات همراه با عقوبات و هلكات وارد شده است.

از این اخبار روشن می گردد که هیچ اشکالی نیست، در اینکه عبادات برای جلب منافع مترتب بر آن فعل وارد شود، و یا دفع مضراتی که مترتب بر ترك آن است. از این قبیل عبادات در شریعت مقدس، و ادعیه و نوافل آمده که به خاطر اغراض دنیوی مثل وسعت روزی، برآورده شدن حوائج، ادای دین و ... عبادات انجام شود.

و احدی توهم نکرده که، عبادات با اخلاص معتبر در آن با این منافع دنیوی منافات دارد. بلکه طلب حاجت از خداوند سبحان و

لو دنیوی هم باشد، در نزد خدای متعال محبوب است و ضروری به عبادت نمی زند، بلکه باعث تأکید در عبادات است.

ولی اگر غرض مکلف از اتیان نماز، مثلاً فقط وسعت روزی باشد، به طوری که تقریبی در میان نباشد، شکی نیست که این نوع از عبادات باطل است.

خلاصه اینکه ما وجهی صحیح را بر بطلان عبادات که اخروی است و هم مستحق اجرت است نیافتیم و وجهی را هم که مخالف اخلاص و تقرب باشد نیافتیم.

لذا دریافتیم که صفت عبادیت منافاتی با اجاره ندارد. «2»

---

(1). ابو القاسم خویی، همان، ج 1، ص 465.

(2). همان، ص 467.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 205

## صفت وجوب منافاتی با اجاره ندارد

### اشاره

برای اثبات حرمت اخذ اجرت بر واجبات، استدلال دیگری نیز ذکر شده که باید آن را همانند استدلالات قبلی مورد بررسی و تأمل قرار دهیم. در این دلیل روی وصف وجوب تکیه شده است و این دلیل را مرحوم کاشف الغطاء «1» آورده اند، که ما به ذکر آن می پردازیم.

میان وصف وجوب و وصف تملیک و تملك یا اجاره دادن عمل، يك تنافی و تعاند ذاتی است و با یکدیگر هرگز جمع نمی شود؛ زیرا وجوب معنایش آن است که، مکلف چه بخواهد و چه نخواهد، باید آن را به جای آورد و از طرف مولی هم الزامی در کار هست.

و در يك كلام، این عمل مملوك خداوند است و خداوند متعال استحقاق این عمل را دارد، که برای او انجام شود و عملی که ملك اوست در برابر عوض و پاداشی که به ما می دهد، باید به مالك اصلی اش تحویل و تسلیم کنیم، و سلطنت مطلقه بر این عمل، از آن خداوند

است و معنای عقد اجاره بر این عمل، آن است که این عمل صد در صد ملك مستأجر باشد و او به خاطر پولی که داده، استحقاق این عمل را پیدا کرده که صد البته این دو با هم قابل جمع نیستند؛ زیرا عملی که به واسطه ایجاب شرعی، ملك طلق خدا گردیده، معنا ندارد که در همان آن، به دیگری (باذل و مستأجر) تمليك شود و ملك طلق او باشد. «و المملوك لا يملك ثانيا مادام مملوكا»، «2» و عملی که خدای استحقاق آن را یافته، دیگر معقول نیست در

---

(1). شرح بر قواعد خطی کاشف الغطاء، ص 59.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 186.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 206

همان آن، دیگری هم مستحق آن باشد که «المستحق لا يستحق ثانيا» «1»؛ زیرا که جمع بین آن دو، مستلزم اجتماع دو مالك مستقل، بر مملوك واحد شخصی در آن واحد است.

و اجتماع مالکین مستقلین بر مملوك واحد، اجتماع مثلین در شیء واحد است که آن هم منجر به اجتماع نقیضین در شیء واحد است، (یعنی مثلا خدا هم مالك این عمل است و هم نیست، یا آن مستأجر هم استحقاق این عمل را دارد و هم ندارد) و اجتماع نقیضین هم، از محالات ذاتیه است، و ابده البدیهیات و مبدأ المبادئ است.

مثلا اگر زید خود را اجیر عمرو نمود تا میتی را دفن کند، در واقع، انجام عمل توسط خود را به عمرو، تمليك نموده، و لذا محال است که با حفظ مالکیت عمرو بر این عمل، زید خود را اجیر کس دیگری بنماید که برای وی نیز عمل

مذکور را به جای آورد؛ چرا که مستلزم اجتماع دو مالک بر يك مملوك خواهد گردید.

و به تعبیر مذکور در مکاسب «الاتری انه اذا اجر نفسه لدفن الميت لشخص آخر... علی ملک الاول» (2) و خداوند متعال که اموری را واجب نموده با امر خویش آن امور را از انسان مطالبه کرده، و به وسیله امر و طلب، مالک و مستحق اعمال مزبور گردیده و انجام دهنده، مالکیت بر آن امور ندارد تا بخواهد آنها را به دیگری اجاره دهد و پول بگیرد، از اینرو اگر شخص بخواهد اعمال یاد شده را اجاره دهد، مستلزم اجتماع دو مالک بر يك مملوك خواهد بود، یعنی لازم می آید که هم

---

(1). همان.

(2). همان، ص 187.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 207

خداوند متعال استحقاق آن اعمال را داشته باشد و هم کسی که آن اعمال را اجاره نموده است.

و این معنا در همه واجبات الهیه به چشم می خورد، مخصوصاً در واجباتی که برگشت به حق نموده، و خداوند متعال به جهت مراعات حق کسی بر دیگران واجب نموده، همانند احکام تجهیز میت؛ چرا که خداوند برای میت حقی ثابت نموده و بر زنده ها واجب ساخته که وی را تجهیز کرده و در قبر بنهند، و از این رهگذر میت استحقاق عمل تجهیز را پیدا نموده، حقی در آن عمل دارد. حال اگر شخص بخواهد خود را اجیر کند و پولی دریافت دارد، تا مرده ای را تجهیز ساخته و در خاک بنهد، در واقع اجیرکننده را مستحق انجام این عمل ساخته، و لازمه این حرف اجتماع دو مستحق بر حق واحد است، یعنی باید هم



مرده را مستحق این عمل دانست و هم شخص اجیرکننده را.

### نظر مرحوم شیخ در رابطه با این استدلال

مرحوم شیخ می فرماید: «اساس و پایه این استدلال بر این استوار است که اجتماع دو مالک بر يك مملوك محال بوده، و لازمه اخذ اجرت بر واجباتی چنین محال است، و ما دقیقا به همین پایه و اساس تعرض کرده، و آن را مورد خدشه قرار می دهیم، و قبل از هر چیز نکاتی را مورد اشاره قرار می دهیم.

نکته اول: وجوب که از طرف خدای متعال جعل می شود، به معنای طلب فعل توسط اوست، بنا بر این معنی اینکه می گوئیم خدا چیزی را واجب کرده، جز این نیست که آن را طلب نموده.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 208

نکته دوم: از طلب خداوند و درخواست عمل توسط او، استحقاق او و مالکیت وی بر این عمل را انتزاع می نماییم.

نکته سوم: در موردی که فردی از آدمیان و طائفه بشر استحقاق چیزی را پیدا کرده، مالک آن شود، شخص دیگر نمی تواند مالکیت و استحقاق نسبت به همان چیز را پیدا نماید؛ چرا که اگر چنین امری اتفاق بیافتد، اجتماع مثلین که همانند اجتماع ضدین محال است، پیش می آید. «1»

مرحوم شیخ (ره) می فرماید: «این دلیل نیز همانند دلیلی قبلی، قابل مناقشه است و به عقیده ما، بین مالکیت و استحقاق خدا بر يك عمل و مالکیت و استحقاق بشر تفاوت وجود دارد؛ زیرا بین استحقاق و مالکیت خدا بر عمل، با مالکیت شخص دیگر (اجاره کننده) بر همان عمل منافاتی وجود ندارد، و قیاس مالکیت خدا، نسبت به چیزی با مالکیت آدمیان، مع الفارق است. می توان به راحتی تصور نمود که خداوند مالک و مستحق چیزی

است که در عین حال دیگری مستحق آن است، اما در مورد مالکیت و استحقاق فردی از بشر بر عمل چنین تصویری بی پایه و ناممکن است. از این رو استدلال مزبور که مبتنی استحقاق خدا و استحقاق افراد بشر است، ناصحیح خواهد بود.» (2)

زیرا که ماهیت خدا نسبت به چیزی با بنده نسبت به چیزی در عرض هم نیستند، تا تنافی داشته باشد و جمع بین آن دو نشاید، بلکه همواره مالکیت انسان در طول مالکیت خداست، و مثل مالکیت بنده با دیگری نیست که در عرض و هم مرتبه

---

(1). همان، ص 188.

(2). همان، ص 187.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 209

باشند. و نظیر آن را در شرعیات و عرفیات هم داریم. فی المثل اگر ما قائل شویم که عبد هم قابلیت مالک شدن را دارد، می گوییم: این شیء هم ملک عبد است و هم ملک مولی و منافاتی هم ندارد، زیرا مالکیت عبد در طول مالکیت مولی است، و در مرتبه بالاتر خود عبد و مالش ملک مولی است و «العبد و ما فی یده کان لمولاه»، یا مثلاً شما وکیل تام الاختیاری دارید که مستقلاً حق تصرف در اموالتان را دارد و همزمان خود شما هم به عنوان موکل حق دارید، ولی منافاتی نیست؛ زیرا استحقاق وکیل در طول استحقاق شماست، و بدین معنا همه عالم وجود با همه مالکها و مملوکهایی که دارد، ملک خداست و چون طولیت آمد تنافی را می شود به زباله دان تاریخ افکند و از این ناحیه خیالمان راحت شد.

### توضیح مرحوم شیخ بر اجاره

اگر اجاره بر واجبات صحیح باشد، معنای اجاره آن است که مستأجر و باذل مال

و پولی را به موجر تملیک می کند و متقابلاً موجر هم در عوض، عمل خود را به مستأجر تملیک می کند.

و قانون اجاره این است، همانطوری که گفتیم، مستأجر باید خودش ابتدا مالک عوض و مال باشد، تا بتواند آن را به موجر (یعنی همان عامل که عملش را اجاره می دهد) تملیک کند. وگرنه تملیک بدون تملک قبلی، از قبیل اعطای بدون وجدان و دارایی است و فاقد الشیء، معطی الشیء نمی شود، و هکذا موجر هم چیزی را که متقابلاً به مستأجر تملیک می کند (که همان عملش باشد) باید خودش مالک آن باشد و بر آن سلطنت داشته باشد تا بتواند در مرتبه بعدی به مستأجر تملیک کند، و الا تملیک بلا تملک است که همان اعطاء، مع الفقدان است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 210

حال که قانون این است، می گوییم: اگر عملی فی نفسه و قبل از اجاره مباح یا مستحب باشد و در تحت اختیار و سلطه عامل باشد، اجاره بر آن صحیح است و به توسط اجاره به ملک مستأجر در می آید و مانعی هم ندارد، ولی اگر عملی فی نفسه واجب بود (کما هو المفروض) و مکلف حق نداشت آن را ترک کند، بلکه ملزم به فعل آن بود، چنین عملی ملک خدا شده است و دیگر عامل نسبت به آن مالکیت و سلطنتی ندارد تا بتواند به مستأجر تملیک کند و وقتی نتوانست، اجاره منعقد نمی شود.

مثلاً اگر انسانی خود را اجیر کند تا فلان میت را دفن کند، دیگر امکان ندارد که برای همان کار شخصی و جزئی، خود را به فرد دیگری هم اجاره دهد؛ زیرا عمل اول،

ملك او شده و او حق استيفای این عمل را دارد، دیگر چیزی برای عامل نمی ماند و ملكی ندارد که بتواند همان را مجدداً به دومی هم تمليك کند و اجاره بلاعوض و يك طرفه هم نداریم، پس اجاره دوم سفهی و اكل مال به باطل است.

نکته دیگری که در این استدلال به چشم می خورد و شخص مستدل (کاشف الغطاء) خود به آن اعتراف نموده، این است که این استدلال مذکور فقط شامل واجبات عینی می شود و شامل واجبات کفائیه نمی شود؛ زیرا که در واجبات کفائیه، آنچه واجب است عنوان کلی احد المكلفین است نه خصوص این فرد یا آن فرد، و لذا مانعی ندارد که بر یکی از مکلفین واجب شود.

و البته این نقطه ضعیفی است که در گفتار وی می باشد، و لذا برای اثبات عدم جواز اخذ اجرت بر واجبات کفائیه استدلال دیگری ذکر نموده است که آن را نیز رد خواهیم کرد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 211

### استدلال وی در مورد واجبات کفائیه

استدلال وی بدین شرح است: وقتی فرد معینی از مکلفین کار را شروع می کند، این عمل واجب بر همان فرد متعین می شود (بدین معنا که منافع و آثار دنیوی و اخروی عمل، مسئله مدح و ثواب، همه و همه به عامل تعلق می گیرد) و دیگر معنا ندارد که به ملك دیگری (مستأجر) درآید؛ زیرا مستأجر از این عمل سود نمی برد، تا اجاره اش صحیح باشد، بلکه اكل مال به باطل است.

به عبارت بهتر: در واجبات کفائیه، هنگامی که شخص اقدام به انجام عمل و اتیان واجب می کند، عمل به نام او ثبت شده، برای وی تعیین پیدا می کند، و به تعبیری در صندوق

ذخیره اعمالش، پس انداز می گردد، برای روزی که «يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ» (1) و لذا پس از اینکه برای انجام دهنده ثبت گردید، ممکن نیست بر اثر اجاره داخل در ملك دیگری شود، و اگر تملك چنین عملی برای اجیرکننده ممکن باشد، نظیر این است که کسی شخصی را که مالك منفعت است اجیر کند تا منفعتی را که ملك اوست، تملك نماید. همانند اینکه زید خانه ای را اجاره کرده، مالك منفعت آن شود و عمرو، زید را اجاره کند تا منفعت خانه را که ملك زید است داخل در ملك خود کند، که نامعقول بودن آن اظهر من الشمس است.

---

(1). شعرا: 88.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 212

### رد مرحوم شیخ بر این استدلال

قبل از اینکه عامل عمل خود را به دیگری اجاره دهد، اگر اقدام می کرد و فعل واجب را انجام می داد، منافع و آثارش هم به خود او تعلق می گرفت، و ربطی به دیگری نداشت؛ ولی پس از اجاره صحیح، دیگر معنی ندارد که عمل، مال خود عامل باشد، بلکه عمل ملك مستأجر شده و او مستحق این عمل گردیده و در نتیجه، آثار و منافع آن هم به مستأجر تعلق می گیرد. (عامل مالك پول و اجرت می شود و مستأجر مالك عمل و تبعات آن) بنا بر این، اجاره مذکور سفیهانه و اکل مال به باطل نخواهد بود.

پس هنگامی که شخص بر انجام عمل واجب کفائی اجیر می گردد، از اول عمل به نام اجیرکننده، ثبت می گردد و ثواب و پاداش آنچه رخ داده، به پای وی منظور می گردد، نه برای اجیر.

به عبارت دیگر: در واقع انجام دهنده

واقعی، شخص اجیرکننده است، و نسبت به اجیر فقط این اثر عائد می‌گردد، که وجوب از او ساقط شود؛ زیرا در واجبات کفایی بر اثر انجام عمل توسط يك نفر، تکلیف از بقیه ساقط خواهد گردید.

فرض کنید، انقاد غریق به صورت يك واجب کفایی مطرح است و بر زید هم به عنوان یکی از مکلفین، واجب است. حال شخص دیگری مانند بکر، زید را بر این عمل اجیر می‌کند. در اینجا ثواب انقاد غریق از آن مستأجر خواهد بود، که فاعل بالتسبیب است نه از آن اجیر، و عامل که فاعل مباشر است، فقط مستحق اجرت است.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: «استیجار برای جهاد از همین قبیل است که ذکر گردید، یعنی اگر کسی دیگری را اجیر کند تا به جهاد رفته و با دشمنان دین خدا بجنگد،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 213

تمام آنچه که گفته شد، تطبیق می‌گردد، و البته لازم به ذکر نیست که این معنا در صورتی است که جهاد بر اجیر و اجیرکننده (مستأجر) وجوب کفایی داشته باشد.

پس با اقدام یکی، من به الکفایه، دیگر نیازی به دیگری نیست، و اگر کسی به دیگری پول داد و او را اجیر کرد، باز ثواب جهاد از آن مستأجر خواهد بود و اجاره سفهی و عبث نیست».

### خلاصه و نتیجه نظر شیخ

در پایان مرحوم شیخ در مقام خلاصه گیری برآمده و می‌فرماید: «حاصل مطلب این است که من دلیلی بر حرمت اخذ اجرت بر واجبات نیافتم که شامل جمیع موارد آن (عینی، کفائی، تعبدی، توصلی) باشد؛ زیرا که همه استدلالات مطرح شده، تنها شامل برخی از موارد است و موارد دیگری را شامل نیست. چنانچه استدلال صاحب

ریاض (ره) شامل جمیع واجبات توصلی نبود، همانند استدلال بعض الاساطین که فقط وجوب عینی مشمول آن می گردید. بنا بر این دلیل وافی و کافی به جمیع افراد در دست نداریم، غیر از دلیل اجماع که محقق کرکی بدان تصریح نموده است، که باید آن را نیز با دیده تأمل و دقت بنگریم.» (1)

### نظر سایر علما بر این استدلال

آنچه استاد اعظم کاشف الغطاء در کتاب قواعد خود ذکر کرده اند، عبارت است از تنافی ذاتی بین صفت وجوب و تملك، یعنی ذاتا صفت وجوب و اخذ عوض بر

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 187.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 214

واجب منافات دارند، زیرا عملی را که شخص واجب است انجام دهد، مملوك خداوند است، مثل عملی که مملوك غیر است. پس صحیح نیست که مورد اجاره قرار گیرد، زیرا تملیک مملوك، غیر معقول است. (1)

مرحوم آیت الله خوبی می فرمایند «سلمنا که محال باشد تبادل دو مالکیت با مالك واحد، ولی این در صورتی است که دو مالکیت در عرض هم باشند، به اینکه يك چیز واحد، مملوك دو نفر باشد. البته در زمان واحد و به نحو استقلال.

ولی این استحاله در دو مملوك طولی واقع نمی شود، به اینکه سلطنت یکی در طول سلطنت دیگری باشد، بلکه در شریعت مقدس هم بسیار واقع شده، مثل سلطنت اولیا و اوصیا و وکلا در تصرف اموال مولی علیهم. بدرستی که مالکیت ایشان در طول مالکیت مولی آنهاست».

سپس ایشان می فرمایند: «در ما نحن فیه هم چنین است، و مالکیت مستأجر برای عملی که اجیر کرده بر آن، در طول مالکیت خداوند متعال است، بلکه بالاتر می فرماید: مالکیت مالك بر

اموالش در طول مالکیت خداست، زیرا خداوند مالک تمام موجودات است، به نحو مالکیت تکوینی ذاتی ایجادیه که به تعبیر فلاسفه اضافه اشراقیه می شود.

پس به تحقیق خداوند انسان را مالک بر موجودات قرار داده و انسان را بر موجودات مسلط کرده است، یا به نحو مالکیت ذاتی «2» یا به نحو مالکیت اعتباری «3»؛

---

(1). امام خمینی، همان، ص 291-290.

(2). مالکیت ذاتی، مثل مالکیت شخص بر اعمال و ذمه اش.

(3). مالکیت اعتباری، مثل مالکیت شخص بر اموالش.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 215

پس مالکیت انسان بر اموالش و اعمالش، در طول مالکیت خداوند متعال است. «1»

حضرت امام خمینی (س) می فرمایند: «باید دید بین مدعا و دلیل مرحوم کاشف الغطاء هماهنگی وجود دارد یا خیر؟

اینکه ایشان می فرمایند، صفت وجوب تنافی ذاتی دارد، با اخذ اجرت، یعنی این دو با هم نمی سازند، یعنی ذاتا مخالفند همانطور که آب و آتش تنافی ذاتی دارند.

خیر، تنافی در اینجا، تنافی بین مملوک و مستحق بالذات است؛ نه بین صفت وجوب و تملك. لذا مدعای شما با دلیلتان ناسازگار است.

سپس مرحوم کاشف الغطاء اینگونه فرمودند که، وقتی خداوند عملی را ایجاب می کند، این ایجاب نسبت به يك عمل، موجب مملوکیت آن عمل برای خداوند می شود و این مملوک ثانی، نمی تواند مملوک دیگری قرار گیرد و غیر معقول است. پس بنا بر این ایجاد خداوند از اسباب مملکه است مثل عقد اجاره، و ممکن نیست که دوباره مورد اجاره قرار گیرد، چون مملوک برای بار دوم مملوک نمی شود. «2»

سیدنا الاستاذ حضرت امام (س) می فرمایند: «ایجاب از اسباب مملکه نیست، بعد مثال می زنند به اینکه اگر پدری به پسرش فعلی را ایجاب



(1). ابو القاسم خوینی، همان، ج 1، ص 418.

(2). امام خمینی، همان، ص 290-291.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 216

عبدش، اینطور نیست که بگوییم پدر مالك عمل می شود و اگر ادعا کنند که بین اوامر الهی و غیر الهی فرق است، می گوییم ایجاب در همه موارد، به معنای واحد است و لو کسی که انشاء کرده مختلف باشد، موجد ممکن است مختلف باشد ولی ایجابها یکی است.

اگر قصدشان از این حرف این باشد که ایجاب خداوند موجب قطع سلطه مکلف می شود و باعث می شود برای مولا سلطنتی نسبت به فعل حادث گردد که آن را بر عهده قرار داده، حال وقتی سلطنت، نسبت به آن فعل زایل شد، دیگر مالکیت عبد نسبت به فعل معنایی ندارد. لذا به سراغ آثار مالکیت رفته؛ زیرا اعتبار مالکیت در نزد عقلا به لحاظ آثارش می باشد، وقتی آثار از بین رفت دیگر مالکیت معنا ندارد». (1)

حضرت امام می فرمایند: «این مصادره به مطلوب است، اگر قائل باشیم به اینکه ایجاب الهی موجب انحاء سلطنت از جمله سلطه بر معامله و اجاره می شود. این مصادره است، و این دلیل نیست، خود مدعاست». و در نهایت ایشان می فرمایند: اگر بگوییم ایجاب الهی موجب قطع تمام سلطنت نمی باشد، بلکه موجب قطع بعضی از سلطنت است، صحیح است و عبارت است از اینکه، تشریحا از مکلف سلب اختیار می شود از انجام یا ترك فعل. یعنی قبلا می توانست انجام دهد یا ندهد، اما وقتی ایجاب دیگر از او سلب اختیار می شود؛ لکن اینگونه نیست که مالکیت متقوم بر آن باشد، چون بسیاری از املاکی که سلطنت

از آن سلب شده در حالی که مالکیت در نزد عقلا باقی است.

---

(1). همان، ص 291.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 217

در ضمن آن مالکیت طولی که آقای خوبی و سایر آقایان مطرح کرده اند و مانند اصل مسلمی گشته است نیز، قابل خدشه می باشد. ایشان فرمودند: علی الفرض که مملوک واحد نمی تواند دو مالک مستقل داشته باشد، ولی این فرض محال در مالکیت عرضیه است ولی از نظر طولی مشکل ندارد. بعد مثالهایی آورده و بالاخره فرمودند که مالکیت تمام ملاک نسبت به اموالشان در طول مالکیت خداوند است. «1»

لکن می گوئیم، این طولیتی را که شما مدعی هستید و عکس طولیت بالاست، مالکیت خداوند نسبت به عبد یا اموال، از سنخ مالکیت اشخاص نسبت به اموال نیست. امر خداوند متعال موجب مالکیت او نسبت به عمل می شود و مستأجر مالک مملوک الهی می شود، پس خداوند متعال مالک ذات عمل است و مستأجر مالک مملوک خدا.

پس سنخ مالکیت خدا غیر از سنخ مالکیت بشر است. پس مالکیتی که نسبت به خداوند و پیامبران و ائمه (ع) گفته شده عبارت است، از مالکیت در تصرف نه مالکیت در عین. مثلاً پدری که ولی است نسبت به اموال صغیر، مالک تصرف است، یعنی می تواند بفروشد، اما مالک عین نیست. یا مثلاً پیامبر (ص)، اولویت در تصرف دارند، نه در مالکیت. و کسی قائل نشده به اینکه وقتی پیامبر (ص) مالکیت دارند دیگر کسی مالک مالش نیست. آقایان بین این دو خلط کرده اند؛ زیرا مالکیت در تصرف ربطی به مالکیت در عین ندارد. «2»

---

(1). همان، ص 291-292.

(2). همان، ص 292-293.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2،

### نظر شیخ اعظم بر اخذ اجرت بر واجبات

مرحوم شیخ انصاری مختار خویش را در این مسأله اینگونه ابراز می‌دارد: «هر عملی که دارای منفعت حلالی باشد که آن منفعت مقصود عقلاست (نه اینکه نادره بوده و مورد اعتنای ایشان نباشد) به مقتضای قاعده، اخذ پول و اجرت (معاوضه) بر آن جایز نیست. چه به عنوان اجاره بوده (که از عقود لازمه است و بر منافع و اعمال تعلق می‌گیرد)، که اجرت نامیده شود و چه به عنوان جعاله باشد (که از عقود جایز است) که به جعل موسوم است. و از این رو کسب درآمد در چنین اعمالی روا می‌باشد اگر چه عمل، داخل در عنوان یکی از واجبات بوده مثل دفن میت یا ازاله نجاست از مسجد عنوان آن باشد.» «1» حاصل اینکه: هر عملی که دارای منفعت حلال قابل توجهی باشد، معامله بر آن و سلیم آن به دیگری و تملیک آن در مقابل عوض مشروعیت دارد. منتهی گاهی عمل يك عمل مباح و مستحبی است؛ مانند خیاطی، بنائی، کتابت، و ... که در مواقع عادی شرعا اینها واجب نیستند، اما عملی ارزشمند هستند، منفعت دارند و عقلا قصد آن می‌کنند، لذا معاوضه اش صحیح است. و گاهی هم آن عمل شرعا معنون به عنوان واجب است و از اموری است که شارع مقدس آن را در حق مکلف واجب کرده است. بازهم نفس وجوب مانع از اخذ اجرت نیست و اجاره بر آن صحیح است.

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 1، ص 188.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 219

### آیا در صورت اجیر گشتن بر عمل واجب وجوب ساقط می‌شود؟

چنانکه دیدیم، مقتضی قاعده، جواز اخذ اجرت بر انجام عملی است که دارای منفعت محلله مقصوده است، لیکن جای

این سؤال هست که حکم و جوب، در صورتی که عمل مورد اجاره، واجب باشد، چیست؟ آیا همچنان و جوب باقی خواهد ماند یا ساقط می‌گردد؟ در پاسخ، مرحوم شیخ عبارتی دارند که به لحاظ پیچیدگی موجود در آن احتیاج به بررسی و توضیح دارد، و همین امر ما را وارد بحثی دقیق می‌نماید، که همتی عالی و حوصله ای سرشار، لازمه درک کامل آن می‌باشد.

عبارت مرحوم شیخ این است، «ثم ان صلح ذلك الفعل المقابل بالاجرة لامثال الايجاب المذكور، او إسقاطه به، او عنده، سقط الوجوب مع استحقاق الأجرة، و ان لم يصلح استحق الاجرة و بقى الواجب فى ذمته لو بقى وقته، و الا عوقب على تركه.» (1) برای شرح عبارت، لازم است مقدماتی را به طور فشرده بیان کنیم.

مقدمه اول: امثال یعنی اجرای عمل به انگیزه انجام دستور خدا و لذا اگر به انگیزه دیگری عمل صورت پذیرد، امثال تحقق نیافته است.

مقدمه دوم: گاهی عمل واجب از ذمه مکلف ساقط می‌شود، منتهی نه از راه امثال بلکه از انجام عمل به انگیزه های دیگر، موجب سقوط واجب می‌شود.

مقدمه سوم: هنگامی که شخص به نیابت از کسی عملی را اتیان می‌کند، در واقع انجام دهنده عمل، منوب عنه است، و اگر واجب کفایی باشد، تأثیر آن این است که

---

(1). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 220

از شخص اجیر نیز و جوب ساقط است، چرا که منوب عنه و لو از طریق نائب خویش آن را به جا می‌آورد.

مقدمه چهارم: اعمال واجب که در مقابل اجرت واقع می‌شوند به دو صورت قابل تصورند:

1- گاهی همان عملی که به دیگری اجاره داده شده و در مقابل اجرت انجام

می‌گیرد، عملی است که صلاحیت دارد واجب را از دوش خود عامل (چون بر او هم واجب است) اسقاط کند، یعنی عامل هم استحقاق اجرت را یافته و هم واجب از عهده اش برداشته شده، مثل اجیر شدن بر دفن میت که خود این صورت سه فرض دارد:

الف. گاهی این عمل موجب امثال هم هست، مثل اینکه اجیر شده برای ازاله نجاست از مسجد و سپس عملیات تطهیر مسجد را به قصد امثال امر ازل النجاسة انجام دهد، که این معنا موجب تحقق امثال است و هم امثال امر صادق است و هم استحقاق اجرت ثابت است و هم سقوط وجوب از مستأجر و هم سقوط وجوب از اجیر عامل.

ب. گاهی عملی موجب امثال نیست، ولی مسقط ایجاب مولی است و آن در فرضی است که همین تطهیر مسجد را به قصد امثال امر ازاله نجاست نیاورد، بلکه به قصد عوض و اجرت به جا آورد، در اینجا هم استحقاق اجرت می‌آید و هم سقوط وجوب از مستأجر و اجیر می‌آید، ولی امثال صدق نمی‌کند.

ج. گاهی عملی موجب امثال نیست ولی عند هذا العمل یسقط ایجاب المولی. (یعنی وقتی عمل انجام شد وجوب می‌رود، چون موضوع ندارد و سالبه به انتفاء موضوع

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 221

است. مثلاً اجیر شد برای دفن میت و به قصد اجاره آن را انجام داد، در اینجا امثال صدق نمی‌کند چون به قصد امر «ادفنوا امواتکم» این کار را نکرده، ولی استحقاق اجرت دارد. ضمناً عند هذا الفعل واجب از دوش خود مستأجر و عامل برداشته می‌شود، چون دیگر میتی نیست که دفن موضوع داشته باشد

و چنانکه در اصول خوانده ایم (سقوط الوجوب قد يكون بالامتنال وقد يكون بالعصيان وقد يكون بانتفاء الموضوع).

البته در اینجا محشین بزرگوار اظهار عجز کرده اند و مرحوم سید یزدی در حاشیه فرموده: «أما الامتنال فكما اذا استأجره لدفن الميت عن نفسه فدفنه كذلك و أما الاسقاط به أى بالفعل فكما استأجره للدفن نيابة عن ... و أما السقوط عنده فلم افهم المراد منه». «1»

و مرحوم شهیدی هم تفسیری ارائه کرده اند به اینکه: «و اما الاسقاط عنده فبان يكون اجيرا على الدفن نيابة عن المستأجر و قصد عند الاتيان بالفعل النيابة و كونه عنه فإنه حينئذ يكون بواسطة التنزيل و النيابة فعلا للمستأجر لا لاجير و لكن سقط عنه عند اتيان الآخر اياه مباشرة لا نيابة.» «2»

سپس فرمود: «بالجملة الفرق بين هذا و بين سابقه و عن الاسقاط فى الاول بفعله الثانى بفعل الغير و هو المنوب عنه، غاية الامر تنزيلا و ...» سپس فرمودند: «هذا غاية ما

---

(1). کاظم یزدی، همان، ص 27.

(2). میر فتاح شهیدی، هدایة الطالب، ص 123.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 222

خطر بیالی عاجلا فی شرح مراد المصنف ...» و آنچه ما ارائه کردیم تفسیری بود از یکی از استادان بزرگوارمان. «1»

2- گاهی عمل، عملی است که اگر عامل انجام دهد، هر چند مستحق اجرت می شود، ولی این عمل مسقط واجب از عهده او نیست و صلاحیت برای این منظور ندارد. فی المثل کسی اجیر می شود که نماز مغرب را مثلا از اول تا آخر بلند بخواند تا شخصی که جاهل است، کلمات را از او گرفته و نمازش را فرا بگیرد که هدف، تعلیم غیر است. و

آقای اجیر هم عمل را به قصد اجاره انجام می دهد. در اینجا اجاره صحیح است و وی مستحق اجرت است، ولی این نماز به درد خودش نمی خورد و واجب را از عهده اش بر نمی دارد؛ چون قصد قربت ندارد و لذا اگر وقتی باقی است باید نماز واجب خود را به جای آورد و اگر وقت تمام شد، او را بخاطر ترك واجب در وقتش عقاب می کنند.

---

(1). مرحوم آیت الله خویی (ره) می فرماید: اینکه فرموده اند، عملی که اجیر شده بر آن، اگر انجام شد، امثال امر مولی را کرده حال گاهی واجب از او ساقط می شود و گاهی نمی شود، این عبارت مغلق و مضطرب است و حاصلش این است که اتیان واجبی که اجیر شده بر آن، مترتب می شود بر امثال امر مولی و استحقاق اجرت، هر دو، همانطور که اگر کسی اجیر شود برای تطهیر مسجد، پس مسجد را تطهیر می کند به قصد امثال امر مولی و اجیر هم مستحق اجرت می شود. همچنین است حال در واجبات تعبدیه؛ زیرا دانستی که اخذ اجرت منافاتی با جهت عبادی بودن ندارد. ولی در واجبات کفائیه اتیان واجب که انجام شد، موجبی برای استحقاق اجرت و سقوط واجب از غیر است. مثل انقاذ غریق، پس عملش در اینجا امثال این واجب علی الفرض نیست و آوردن اتیان عمل موجبی برای استحقاق اجرت است و سقوط واجب نه از جهت اتیان واجب است، بلکه بخاطر رفع موضوع واجب است که در همه موارد سقوط واجب و استحقاق اجرت متحقق می شود. مصباح الفقاهة، ج 1، ص 472.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 223

بنا بر این در همه صور،

آنچه مشترك است، استحقاق اجرت است و آنچه مورد اختلاف است، سقوط وجوب از مکلف است، و نتیجه اینکه: نمی شود به طور مطلق، وجوب را مانع از صحت معاوضه بر عمل واجب دانسته و گفت: مجرد وجوب مانع از این است که انسان بتواند در مقابل آن پول اخذ کند.

پس آنچه قول مشهور گفته اند که مجرد وجوب مانع از اخذ اجرت است مطلقاً و تفصیلی نداده اند، صحیح نیست، به نظر ما باید قائل به تفصیل شد.

مرحوم والد، قدس سره، در این مورد می فرماید: تصویر استحقاق اجیر بر اجرت، با عدم سقوط واجب از ذمه اش در نهایت اشکال است. زیرا اجاره علی الفرض، بر اتیان ما هو الواجب، واقع شده و اگر آنچه را که واجب فی نفسه است، بیاورد، واجب ساقط می شود. بنا بر این بر جواز اخذ اجرت، مستحق اجرت می شود، و الا مستحق اجرت نیست. پس تفکیک بین آن دو عقلانی نیست. بلکه اگر واجب توصلی باشد و ما قائل به بطلان اجاره باشیم، واجب ساقط می گردد ولی اجرت ساقط نمی شود و امری محال است. (1)

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ\*

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج 2، ص 145.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 225

### (3) قاعده حرمت اعانه بر اثم و عدوان

#### اشاره

یکی از قواعد مهم فقهیه، قاعده «حرمت اعانه بر اثم و عدوان» است؛ پیرامون این قاعده ابتدا مدارك و مستندات قاعده و سپس مقدار دلالت آن و بالاخره تطبیق آن با موارد مختلف در فقه و حقوق بیان می شود.

مدارك و مستندات قاعده عبارت است از آیه، روایات، عقل و اجماع که به ترتیب به هر يك از آنها می پردازیم.

#### بیان مدارك و مستندات

1- آیه «تَع

لَا

الْعُدُو

ان»

تَع

اَوْدُوا عَلَى الْاِثْمِ وَالْعُدُو

وَ

تَمِ

اَوْدُوا عَلَى الْاِثْمِ

#### اشاره

(1) در نیکی و پارسایی همدستی کنید نه در گناه و ستمکاری؛ و از خدا پروا کنید که خداوند سخت کیفر است.



(1). مائده: 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 226

### معنای لغوی و فقهی معاونت

در لغت «معاونت» یا «اعانت» از ریشه «عون» است که اسم و مصدر می باشد به معنای «پشتیبانی کردن»، «یاری کردن»، «مساعدت کردن»؛ همچنان که می گویند: أعان، یعنی یاری و کمک بر امری کرد. «1» أعان اعانة علی الشیء: او را بر آن چیز کمک کرد و یاری داد (اجوف و اوئی).

عانة: بخشش کردن از روی میل. کمک مالی که دولت به برخی از مؤسسات می کند تا رواج و رونق آنها را در برابر رواج بازارهای خارجی حفظ کند. «2» جمع مفرد و مثنی کلمه «عون» یکی است و جمع مکسر آن «أعوان» می باشد و اسم های هم خانواده آن عبارتند از معانه، معونه، معون و اسم جمع آن «عون» است. «3»

کلمه معاونت از باب مفاعله بوده و «معین» و «معان» اسم فاعل آن است که به معنای «یار»، «یاور» و «کمک کننده» هستند. «4» اعانت در لغت به معنای مساعدت است، مثلاً می گویند او را یاری داد. در اینجا یاری کردن بر گناهی است که از مباشر سر می زند. «لا» لای ناهیه است که دلالت بر حرمت دارد نه کراهت. «5»

اما درباره معنای فقهی، شیخ انصاری (قدس سرّه) فرموده اند: «ان الاعانة هو فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله تحقق منه لا مطلقاً.»

(1). ابن منظور، لسان العرب، ج 9، ص 232.

(2). خلیل جر، فرهنگ لاروس، ج 1، ص 231.

(3). شرتونی لبنانی، اقرب الموارد، ج 2، ص 85.

(4). صفی پور، منتهی الارب فی لغة العرب، ج

(5). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقہیہ، ج 1، ص 304.

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 227

اعانت عبارت است از انجام بعضی از مقدمات کاری که دیگری انجام می دهد، با قصد انجام تحقق فعل از آن شخص مورد نظر، نه بدون قصد مطلقاً. «1»

مرحوم والد (قدس سرّه) فرموده اند: «و اما الاعانة فهي لغة بمعنى المساعدة و اعانه على ذلك أى: ساعده عليه و المعين و المعان الانسان هو المساعد له في فعله و أشغاله... فالمراد من الاعانة على الاثم، مساعدة الاثم الذي يصدر منه و ذلك بايجاد جميع مقدمات الحرام الذي يرتكبه او بعضها».

اعانت در لغت به معنی مساعدت است؛ مثلاً می گویند: اعانه على ذلك، یعنی او را یاری داد و معین، یعنی کسی که فردی را در انجام کارش یاری دهد. بنا بر این مراد از اعانت بر اثم، یاری کردن است بر گناه، یعنی گناهی که از مباشر صادر می شود و حال این معاونت با ایجاد همه مقدمات یا بعضی از مقدمات فعل حرامی است که شخص گناهکار انجام می دهد. «2»

اعانت یعنی یاری دادن، بنا بر این معین همان مساعد او در يك جهت یا سایر جهات است. و لکن ظاهر عدم اختصاص مساعدت به مساعدت عملی است، بلکه شامل کمک فکری و ارشادی نیز می شود. خلاصه اعانت یعنی یاری رساندن جهت صدور فعل حرام که فکری و عملی را شامل می شود. «3»

(1). شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج 1، ص 68.

(2). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 1، ص 309.

(3). فاضل لنکرانی، قواعد الفقہیہ، ج 1، ص 449.

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 228

یعنی فعلی از فاعل یا مباشر صادر شود و فردی مقدمات آن فعل را فراهم کرده باشد. «1»

معاونت بر اثم یعنی ایجاد مقدمه ای از مقدمات فعل غیر، اگر چه تهیه مقدمات از روی قصد نباشد و فاعل نیز در انجام فعل مستقل باشد. «2»

از دیدگاه حضرت امام خمینی (س) تهیه مقدمات و اسباب معصیت برای کسی است که قصد ارتکاب آن را دارد؛ حال این تهیه اسباب برای رسیدن به هدف باشد یا نه و یا اثم در خارج تحقق یابد یا نه، اعانت بر اثم بوده و حرام است. «3»

### تعریف معاونت

در تعریف معاونت برخی ایراد گرفته اند که این آیه بر حرمت اعانت در راه اثم و عدوان دلالت دارد و غیر از تعاون است. اعانت این است که کسی دیگری را یاری دهد. ولی تعاون عبارت است از همکاری دو یا چند نفر یا یک گروه با یکدیگر. به تعبیر دیگر، تعاون از باب تفاعل است و نیاز به دو فاعل دارد.

در پاسخ باید اظهار داشت که خداوند سبحان امر به تعاون بر برّ و تقوی کرده است و همچنین از تعاون بر اثم و عدوان نهی فرموده است. این همه به اعتبار فعل واحد یا قضیه واحده و یا واقعه واحده نیست، بلکه خطاب به عموم مسلمانان و

---

(1). نراقی، عوائد الایام، ص 26.

(2). ابو القاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج 1، ص 176.

(3). امام خمینی، مکاسب المحرمه، ج 1، ص 211.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 229

مؤمنان است که هر کدام دیگری را در برّ و تقوی یاری دهد و در اثم و گناه، مساعدت و کمک ننماید.

بنا بر این اطلاق

لفظ تعاون به اعتبار مجموع قضایاست نه به اعتبار يك قضیة واحده یا فعل واحد. به عنوان مثال، اگر زید، عمرو را در انجام کاری کمک کند و عمرو هم زید را در کار دیگر کمک نماید، تعاون انجام شده؛ یعنی با اینکه زید عمرو را اعانت کرده همچنین عمرو، زید را یاری داده است، ولی می بینیم که تعاون هم بر آن دو صادق است. در حالی که نفس فعل انجام شده یکی نیست بلکه دو فعل است و برای تعاون احتیاج به يك فعل داریم، نه دو فعل. بنا بر این تعاون شامل معنای اعانت هم می شود و انصافاً آیه در دلالتش قصوری ندارد؛ اگر چه لفظ تعاون که از باب تفاعل است، نیاز به دو فاعل دارد. اعانت بر اثم یعنی جایی شخصی با انجام کار خود وسیله حرام را فراهم کند، مقدمه ای از مقدمات صدور حرام از غیر را ایجاد کرده، دست گناهکار را باز کند و او را در ارتکاب حرام متمکن سازد. «1»

### معنای لغوی و اصطلاحی اثم

در لغت «اثم» به معنای «گناه»، «قمار»، «کار حرام» و کارهایی که برای انسان انجام دادن آن حلال نیست، یا کارهایی که انسان را از ثواب باز می دارد آمده و گاه اثم به معنای کیفر می آید، ولی به نظر می رسد به معنای ضرر باشد.

---

(1). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 230

در آیه شریفه آمده: «يَسَّ مُلُونَاكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا». از تو درباره خمر و قمار می پرسند بگو در آن دو، ضرری بزرگ و نیز منافی برای مردم است، ولی ضرر آن از نفعش بیشتر

است. (1)

از مقابله «اثم» با «منافع» نتیجه می‌گیریم که معنای اصلی آن ضرر است، کما اینکه گفته می‌شود: اثم هر چیزی است که در آن ضرر و زیان باشد. اسم فاعل آن «اثم» به معنی «گناهکار»، و «اْثِمُّ» صیغهٔ مبالغه و جمع آن «اْثَامُ» است. (2)

در معنای اصطلاحی اثم باید گفت اثم آن چیزی است که خداوند سبحانه از آن نهی کرده، خواه گناه صغیره، خواه گناه کبیره باشد. و اثم ترك هر آنچه که واجب است، و انجام هر آنچه که حرام است و گناه و سرکشی را گویند. اثم: شامل همهٔ گناهان و تمام مقدمات گناه می‌شود. (3)

### معنای لغوی و اصطلاحی عدوان

عدوان در لغت به معنای تعدی، تجاوز، ظلم و دشمنی است. عدوان بر وزن فعلان از ریشهٔ عدا- یعدو- عدوانا است. در اصطلاح، عدوان، دشمنی و ستم آشکار است؛ «پس اگر بازایستادند، دیگر جای زور و دشمنی نیست مگر بر ستمکاران». عدوان

---

(1). بقره: 219.

(2). راغب اصفهانی، مفردات الفاظ قرآن، ص 5.

(3). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ص 309.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 231

همان تجاوز از حدود الهی است که خداوند آن را برای بندگان خود در شرع مورد نکوهش قرار داده است. (1)

در آیهٔ «وَلَا تَعَاوَنُوا...» عدوان عطف به اثم شده است که عطف خاص بر عام است. عدوان، دشمنی و ظلم را گویند که عطف به گناه شده و اثم هم گناه کبیره و هم گناه صغیره را شامل می‌شود. عدوان یعنی ظلم و تعدی که از مصادیق گناه است. (2) «خلق را هر چه بتوانند از خیر و سعادت باز می‌دارند و به ظلم و بدکاری می‌کوشند»

(3)؛ «هر کس کتمان شهادت کند البته به دل گنهکار است» (4)؛ «بسیاری از آنها را بنگری که به گناه و ستمکاری و خوردن حرام می شتابند، بسیار بدکاری را پیشه خود نمودند» (5). پس اثم از عدوان است و زیر مجموعه آن است. (6)

### معنای لغوی جرم

جرم از ماده «جرم» بر وزن «ضرب» است؛ به معنای «تعدی کردن و گناه و معصیت» است. معنای دیگر آن «قطع کردن» بوده و دلیل این معنا این است که جرم سبب قطع عمل واجب الوصول می شود. بنا بر این گناهکاران را مجرم گویند؛ زیرا عمل صالح را قطع می کنند. (7)

(1). طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج 4 و 3، ص 155.

(2). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، 306.

(3). قلم: 12.

(4). بقره: 283.

(5). مائده: 62.

(6). راغب اصفهانی، همان، ص 64.

(7). قریشی، قاموس القرآن، ج 1، ص 27.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 232

جرم- جرماً لأهله: برای اهل خود کسب کرد. الشیء: آن چیز را برید و الشیء آن چیز را تمام کرد. الرجل: آن مرد گناه کرد. ه: او را گناهکار گردانید یا بر او گناه نهاد. «وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ\*» و دشمنی قومی شما را به گناه نیفکند «(1)» ...

جریمه: گناه یا جنایت کرد. جرم- جرامة: گناه او بزرگ شد. جرم- جرماً ... به الدم أم الذنب: خون یا گناه بر گردن او افتاد ... الجرم: گناه و خطا ... الجرم: خطا و گناه. «(2)»

### قاعدة «حرمت الاعانه على الاثم و العدوان» در فقه

صيغة نهی «و لا

تَع

اَوْذُوا» حکم حرمت دارد یا کراهت؟

اما در رابطه با «اثم و عدوان» که- همکاری نکنید- به واسطه عمل و مشهور بودن می توان به ظاهر آن عمل کرد و اشکالی در آن نیست؛

لیکن بحث درباره وحدت سیاق آیه است، اینکه می توان نهی در آیه را بر کراهت حمل کنیم یا نه؟ در پاسخ باید گفت:

اولاً- در آیه دو جمله مستقل است که یکی حکم بر امر و دیگری حکم بر نهی است. وحدت سیاق زمانی حاصل می شود که ما دو

جمله با يك حكم داشته باشیم که یا امر و یا نهی باشند.

(1). مائده: 2 و 8.

(2). خلیل جر، همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 233

اما در این آیه اینگونه نیست؛ زیرا حکم آنها جداگانه هستند که یکی ایجاد شیء است و دیگری ممانعت از حصول شیء را بیان می کند.

ثانیا- تتابع دو جمله در آیه مذکور دلیلی بر وحدت سیاق نیست، بر خلاف حدیث رفع که آن حضرت (ص) در صدد بیان رفع اشیاء برآمده که باعث امتنان امت می شود و اگر چه مرفوع متعدد است ولی به وسیله يك رفع امتنانی برداشته می شوند. «1»

از ظاهر ماده «عون» به دست می آید مراد همان مساعدت بر امری باشد و معین همان ظهیر و مساعد است و معنای معاونت زمانی صدق می کند که یکی معان و مباشر فعل و دیگری او را در صدور فعل یاری رساند. لذا مراد از «تعاون» در آیه شریفه آن است که برای غیر «معین» در معصیت نباشد و در نیکی ها معین برای غیر باشد، نه اینکه برای انجام دادن فعلی جمع شوند. کما اینکه در فرهنگ لغت می گویند: تعاونوا، اعتونوا؛ یعنی یکدیگر را یاری رساندن است. اما اگر مراد از تعاون همان شرکت و شریک بودن در ایجاد مقدمه باشد، مقتضی جمود ظاهر قول آیه خواهد بود.

اشکال دیگری که بر صدق «اعانت» می شود آن است که مورد حکم در معاونت، تنزیهی است و دلیل آن تقابل امر و نهی است.

سیدنا الاستاذ، امام خمینی (ره) برای رد اشکال فرموده اند: حکم ما در آیه مبارکه اگر چه تنزیهی نیست؛ دلیل ما اولاً تناسب حکم و موضوع و نیز حکم عقل است



(1). فاضل لنکرانی، همان، ص 444؛ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ص 304.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 234

هر دوی آنها شاهد بر این است که این نهی بر تحریم شامل نهی تنزیهی نمی شود؛ ثانیاً ضرورت حرمت معاونت بر اثم و عدوان وارده در اخبار دلالت بر عدم تنزیهی بودن حکم نهی است. «1»

به اتفاق فقها، جمله دوم دلالت بر حرمت معاونت در اثم دارد، در حالی که جمله اول دلالت بر وجوب همکاری در نیکی و احسان دارد.

آنچه که در آیه مزبور در زمینه تعاون آمده يك اصل کلی اسلامی است که سراسر مسائل اجتماعی و حقوقی و اخلاقی و سیاسی را در بر می گیرد. طبق این اصل مسلمانان موظفند در کارهای نیک، تعاون کنند اما در اهداف باطل و اعمال نادرست و ظلم و ستم مطلقاً همکاری ممنوع است، هر چند مرتکب آن دوست نزدیک یا برادر شخص مسلمان باشد.

تعاون و همکاری باید هم در دعوت به نیکی ها باشد و هم در مبارزه با بدیها انجام گیرد. «2»

### **اَوْدُوا» دلالت بر وجوب دارد یا استحباب؟**

### **صیغه امر «تَع**

نظر به استحباب است به تَعَاوَنُوا عَلَی الْبِرِّ... زیرا در خارج عدم وجوب مطلق تعاون در «بِرّ» و «تقوا» وجود دارد، لذا لازم می آید که از ظهور دست برداریم و آیه را بر استحباب حمل کنیم، کما اینکه ظاهر است. اما می توان آیه را بر وجوب تعاون حمل کرد، مانند حفظ جان محترم یا نجات غریق یا فرد سوخته. و علت آن است که

(1). امام خمینی، همان، صص 196-197.

(2). مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج 4، ص 253.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 235

در احادیثی دفع منکر

و ضرر در این امور واجب شده و حکم عقل نیز ما را تأکید می کند که در این موارد حمل بر وجوب تعاون کنیم. اما در مواردی که شارع مقدس دفع منکر را لازم ندانسته، دلیلی بر وجوب آن نخواهد بود؛ لذا حکم را بر استحباب حمل می کنیم. «1»

## 2- روایات

پیامبر اکرم (ص) فرمودند: هر کس در کشتن فرد مسلمانی حتی در نوشتن کلمه و عبارتی مساعدت کند، در روز قیامت به گونه ای برمی خیزد که گویی بر پیشانی او نوشته شده از رحمت پروردگار مهربان مأیوس است. «2» امام رضا (ع) فرمودند: هر آنچه از جانب خداوند متعال و شریعت مقدس مجاز شمرده شده و قوام و ایستایی امور مردمان بدان باشد، از قبیل آنچه که می خورند و می آشامند و می پوشند و نکاح می کنند و تملک می نمایند، خرید و فروش و هبه و عاریه اش حلال باشد و هر آنچه فسادی در آن به چشم می خورد، به همین دلیل مورد نهی قرار گرفته و به عبارت بهتر، خوردن و ... ممنوع شده مثل شراب، ربا و غیره، پس حرام است و ضررزننده بر جسم و فاسدکننده نفس است. «3» پیامبر اکرم (ص) فرمودند: مبادا بر ضرر مسلمان مظلومی کمک کنید، تا او به درگاه خداوند بر شما نفرین کند و نفرین او درباره شما به اجابت رسد؛ زیرا نفرین مسلمان مظلوم به اجابت می رسد. «4»

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ص 303.

(2). همان، ص 306.

(3). شیخ مرتضی انصاری، همان، ص 10.

(4). شیخ طوسی، مبسوط، ج 6، 285.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 236

## 3- حکم عقل

عقل به قبح اعانت بر اثم، که سبب خشم مولی می شود، حکم کرده است، همان طوری که ارتکاب آن نیز عقلاً قبیح است. لذا ما را امر کرده تا آن را ترک کنیم؛ همچنین عقل تهیه مقدمات و اسباب فعل حرام و اعانت بر فعل را قبیح می داند و بدینسان معین را مستحق عقاب دانسته است.

از آنجا که قوانین جزایی نیز او

را مستحق کیفر می دانند، بدین جهت قوانین عرفی مکلف به ایجاد قوانین جزایی شده اند- اگر چه معین نقش اصلی در جرم نداشته باشد- وی را مجازات می کنند؛ مثلاً اگر کسی در سرقتی سارقی را یاری دهد و اسباب سرقت را فراهم و سارق را در این جرم یاری کند، معین و معاون جرم بوده و از دیدگاه عقل مستحق جزا و مجازات می باشد، همان طوری که قوانین جزایی عمل کرده اند.

حکم عقل مستقل است از قبیح بودن کمک و مساعدت بر انجام فعلی که مبعوض شارع مقدس است و یا چیزی که در آن مفسده ای باشد. زمانی که عقل آدمی به طور مستقل چنین فعلی را قبیح پندارد، به دلیل قاعده ملازمه «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» در شریعت مقدس نیز چنین فعلی قبیح خواهد بود و شخص اعانت کننده هم مبعوض شارع مقدس خواهد بود. «1»

---

(1). سید محمد موسوی بجنوردی، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی، اجتماعی، ج 1، ص 300.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 237

#### 4- اجماع

اگر چه فقهای عظام اجماع بر حرمت اعانت اثم دارند، ولی با وجود آیه و سایر دلایل «روایات و عقل» اجماع فاقد اعتبار است. قهرا این اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی دلیل مستقلی نمی باشد. «1»

بر حرمت اعانت، روایات مستفیضه و اجماع علماست و فقها در موارد گوناگون و در احکام عدیده بدان استدلال کرده اند. «2»

#### بررسی قاعده «حرمت الاعانه علی الائم و العدوان» در حقوق

#### تعریف معاونت در جرم در حقوق اسلامی

معاون کسی است که در نفس فعل مجرمانه نقشی ندارد، لیکن امکانات را برای تحقق فعل اصلی توسط مجرم فراهم می آورد و راه را هموار کرده تسهیلات لازم را برای مباشر یا سبب جرم تدارک می بیند.

آنچه مسلم است، اینکه در حقوق اسلامی معاونت در جرم با اصطلاحاتی نظیر اعانت بر اثم، اعانت ظالمان، اعانت أعوان ظلمه مطرح است و برای کیفر آن نصّ خاصی وجود ندارد و فقط معاون یا معاونین در جرم تعزیر می شوند. «3»

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ص 308.

(2). نراقی، عوائد الایام، ص 26.

(3). سید محمد موسوی بجنوردی، همان، صص 296-297.

## معنا و مفهوم معاونت از دیدگاه حقوق جزا

معاونت از دیدگاه حقوق جزا از دو نظر مورد توجه قرار می‌گیرد: یکی مفهوم و معنای «موسع» و دیگر مفهوم و معنای «مضيق».

معاونت در مفهوم موسع: شامل هر گونه مداخله و مشارکت در ارتکاب جرم و از آن جمله شامل اصطلاح خاص و حقوقی معاونت در جرم می‌باشد.

معاونت در این مفهوم اطلاق داشته و شامل تمام افرادی می‌گردد که به نحوی از انحاء اعم از مباشرت، شرکت و معاونت سهمی در تحقق جرم دارند؛ در حالی که در معنای مضيق معاونت، نوع خاص و معینی از همکاری در ارتکاب جرم است، به طوری که مجرم اساساً و رأساً هیچ گونه مداخله‌ای در عملیات اجرایی سازنده جرم نداشته و نقش او، فرعی و تبعی بوده و تنها در پیرامون جرم محدود و مشخص به اموری چون تهیه مقدمات جرم و تشویق و ترغیب ... می‌پردازد و مراد ما از معاونت در جرم مفهوم مضيق آن است. (1) معاونت در جرم یعنی تحريك

عامل اصلی جرم و یا کمک در تهیه مقدمات یا در لواحق جرم یا علم و تسهیل در اجرای آن و به طور کلی کمک عالمانه به مباشر جرم از طرف غیر مباشر. (2)

معاونت یعنی فاعل مجرم را به راههای مختلف جرم یاری رساند و معاون با تهیه مقدمات باعث حصول و نیز تسهیل جرم می شود. معاونت ممکن است قبل از حصول نتیجه باشد؛ مانند اینکه معاون با ارشاد، مجرم را در حصول نتیجه مجرمانه یاری رساند و گاهی نیز معاونت همزمان با وقوع جرم است که در این حالت معاون، مجرم

---

(1). مرادی، شرکت و معاونت در جرم، ص 119.

(2). جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 669.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 239

را در حین ارتکاب جرم یاری می رساند، به نحوی که در رکن مادی جرم دخالت نکند؛ مثلاً در جرم سرقت، کسی که با گرفتن طناب برای سارق، سرقت را تسهیل می کند، این فرد معاون در جرم و عمل وی کمک به جرم محسوب می گردد.

در تعریف معاون جرم آمده: معاون کسی است که هر چند مانند شریک در انجام جرم مداخله نموده است، لکن بر خلاف مجرم یا مجرمین اصلی وقوع جرم به وی استناد داده نمی شود؛ بنا بر این ممیزه اصلی معاون از شریک در جرم فقدان رابطه استناد بین جرم و فعل معاون است.

### تاریخچه معاونت در جرم در حقوق جزای ایران

فصل ششم از قانون مجازات های عمومی مصوب 23 دی ماه 1304، بر شرکا و معاونین مجرم اختصاص یافته و ماده 28 از قانون مذکور مقرر داشته اشخاص ذیل معاون مجرم محسوب می شوند:

1- کسانی که باعث و محرك ارتکاب فعلی شوند که منشأ جرم است و به

واسطه تحريك و ترغيب آنها، آن فعل واقع می شود.

2- کسانی که تبانی بر ارتکاب جرم کرده و به واسطه تبانی آنها جرم حادث می گردد.

3- کسانی که با علم و اطلاع از حیث تهیه و تدارك آلات و اسباب جرم یا تسهیل اجرای آن یا به هر نحو به مباشر جرم کمک کرده اند.

مطابق ماده 29 در مورد معاونین، محکمه می تواند نظر به اوضاع و احوال قضیه و یا نظر به کیفیت، معاونین مجرم را به همان مجازاتی که برای شریک مجرم مقدر است، محکوم نمایند و یا مجازات را از يك الی دو درجه تخفیف دهد؛ و سپس

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 240

ماده 30 از این قانون به کیفیات اختصاصی که موجب تشدید یا تخفیف مجازات در خصوص فاعل می گردد، اشاره نموده و عدم تسری آن را به معاون یا معاونین مجرم بیان داشته است. برابر ماده مرقوم، اوضاع و احوال مختصه به مرتکب اصلی که موجب تغییر وصف یا موجب تخفیف و تشدید مجازات است، نسبت به معاون جرم مؤثر نخواهد بود و همچنین هرگاه فاعل جرم به جهتی از جهات قانونی معاف از مجازات باشد معافیت او تأثیری در حق معاون جرم نخواهد داشت.

مقولات مذکور به موجب قانون مجازات عمومی سال 1352 منسوخ و همچنین مواد 28 الی 30 از این قانون به بیان احکام و شرایط معاونت در جرم اختصاص یافت. برابر ماده 29 اشخاص زیر معاون مجرم دانسته می شوند:

1) هر کس که بر اثر تحريك یا ترغيب یا تهدید یا تطمیع کسی را مصمم به ارتکاب جرم نماید و یا به وسیله دسیسه و فریب و نیرنگ موجب

وقوع جرم شود.

(2) هر کس با علم و اطلاع وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا از طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه دهد.

(3) هر کس عالماً، عامداً وقوع جرم را تسهیل کند.

مجازات معاونت در جنحه یا جنایات مجازات مباشرت در ارتکاب آن است، ولی دادگاه می تواند نظر به اوضاع و احوال و میزان تأثیر عمل معاون، مجازات وی را تخفیف دهد.

تبصره: برای تحقق معاونت در جرم وجود وحدت قصد و تقدم و یا اقتران زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم شرط است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 241

ماده 29- در صورتی که فاعل جرم به جهتی از جهات قانونی قابل تعقیب و مجازات نبوده و یا تعقیب و یا اجرای حکم مجازات او به جهتی از جهات قانونی موقوف گردد، تأثیری در حق معاون مجرم نخواهد داشت.

ماده 30- مجازات شخص یا اشخاص که اداره یا سردستگی دو یا چند نفر را در ارتکاب جرم به عهده داشته باشند اعم از اینکه عمل آنان شرکت در جرم یا معاونت باشد، حد اکثر مجازات آن جرم خواهد بود؛ مگر اینکه در قانون مجازات خاص تعیین شده باشد.

چنانچه ملاحظه می شود این قانون تغییرات چندی را در قانون سال 1304 ایجاد نموده است. مقررات مزبور تا پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی مورد عمل محاکم قرار می گرفت. در تاریخ 21 مهر 1361 قانون راجع به مجازات اسلامی در 41 ماده به صورت آزمایشی به تصویب کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی رسید. ماده 21 تا 23 از قانون مرقوم به این نماد حقوق اختصاص یافت و

تقریبا به تکرار مقررات قانون مجازات عمومی سال 1352 پرداخت.

برابر ماده 21 قانون مجازات اسلامی مصوب 1361، در جرایم تعزیر اشخاص زیر معاون جرم محسوب و تعزیر می شوند:

(1) هر کس با علم و اطلاع وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه دهد.

(2) هر کس بر اثر تحریک یا ترغیب یا تهدید یا تطمیع کسی را مصمم به ارتکاب جرم نماید و یا به وسیله دسیسه و فریب و نیرنگ موجب وقوع جرم شود.

(3) هر کس عالما عامدا جرم را تسهیل کند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 242

تبصره: برای تحقق معاونت در جرم وجود وحدت قصد و تقدم و یا اقتران زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم شرط است.

ماده 29 و 30 نیز تقریبا مواد 22 و 23 از قانون 1352 را تکرار کرده است. لیکن قانونگذار اسلامی به صدر ماده 28 قانون 1352، عبارت «در جرایم قابل تعزیر» و سپس عبارت «و تعزیر می شوند» اضافه کرده و بدین ترتیب مقررات قانونی معاونت در جرم را به جرایم مستوجب تعزیر محدود نمود و تکلیف جرایم دیگر چون جرایم مستوجب حدود قصاص و دیات را از محدوده عمومات معاونت در جرم خارج کرده و به حق نوع مجازات معاون را به مجازات تعزیری محدود و منحصر نموده است.

از آنجا که قانون راجع به مجازات اسلامی در مقام تبیین کننده اصول کلی حاکم بر اقسام جرایم بود؛ لذا اختصاص دادن اصول و مقررات معاونت تنها به جرایم قابل تعزیر چندان موجه و منطقی نیست. علی هذا قانون مذکور با تصویب قانون مجازات اسلامی ماده



1370 نسخ گردید. مواد 43 تا 45 قانون اخیر به شرح زیر به احکام و شرایط معاونت در جرایم می پردازد.

مطابق قانون 43 قانون مجازات اسلامی مصوب 1370، اشخاص زیر معاون جرم محسوب و با توجه به شرایط و امکانات خاکی و دفعات و مراتب جرم و تأدیب از وعظ و تهدید و درجات تعزیر، تعزیر می شوند.

(1) هر کس که دیگری را تحریک یا ترغیب یا تهدید یا تطمیع به ارتکاب جرم نماید و یا به وسیلهٔ دسیسه و فریب و نیرنگ موجب وقوع جرم شود.

(2) هر کس با علم و عمد وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا از طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه دهد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 243

(3) هر کس عالماً، عامداً وقوع جرم را تسهیل کند.

تبصره 1: برای تحقق معاونت در جرم و مورد وحدت قصد و تقدم و یا تفاوت زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم شرط است

تبصره 2: در صورتی که برای معاونت در جرمی، مجازات خاص در قانون یا شرع وجود داشته باشد، همان مجازات اجرا خواهد شد.

### تاریخچه قوانین کشورهای دیگر

مقنن ایتالیا در ماده 112 برای محرکین يك کیفیت مشدد اجباری قایل شده است.

بعضی از قوانین خارجی محرکین را در مقوله مجرمین اصلی قرار داده است، از قبیل:

قانون جزای اتریش، بند 5 و قانون جزای 1864 سوئد و قانون جزای عهد بلژیک، ماده 64 و قانون جزای 1896 بلغارستان.

بعضی دیگر از قوانین خارجی محرکین را طبقه خاص محسوب داشته اند و مجازات آنها را به همان اندازه شرکای در جرم تعیین کرده اند؛ از قبیل:

قانون جزای 1871 اسپانیا، ماده 1؛ قانون جزای

1875 شیلی، ماده 14؛ قانون جزای 1926 ونزوئلا، ماده 135.

قوانین جزای آلمان از بین معاونین جرم مستفید از تخفیف، محرکین را مجزا کرده است و برای آنها مجازات شدیدی قایل شده است.

قانون 1930 ایتالیا (بخش جزایی) در ماده 12 عمل تبهکارانه عده ای را که با هم همکاری کرده و جمعا مرتکب جرم می شوند، یک کیفیت مشدده تلقی کرده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 244

### شرایط تحقق معاونت در جرم

به مبنای تبصره ماده 21 قانون جزای اسلامی: «برای تحقق معاونت در جرم، وجود وحدت قصد و یا تفاوت زمانی میان عمل معاون و مباشر جرم شرط است.» و افزون بر این دو شرط، شرایط دیگری نیز وجود دارد:

«1- وحدت قصد

2- تقدم و یا اقتران زمانی قصد بین عمل معاون و مباشر؛ پس وحدت قصد قبل از ارتکاب عمل مجرمانه و یا همزمان با آن عمل است. بنا بر این اگر تهدید، تطمیع، تحریک، ترغیب، دسیسه، فریب، نیرنگ، تهیه وسایل ارتکاب جرم، ارائه طریق ارتکاب جرم و تهیه راه ها و یا تسهیل وقوع جرم بعد از عمل مجرم اصلی صورت گیرد، معاونت جرم تحقق پیدا نمی کند.

3- وقوع جرم اصلی؛ شرط سوم این است که عمل مجرمانه در خارج تحقق پیدا کند. پس اگر مباشر فقط در مرحله قصد و یا در مرحله تهیه مقدماتی باشد که از نظر قانون جرم نباشد، معاونت در این امور جرم نیست، مگر اینکه قانون آن عمل را جرم جداگانه ای بداند که در این فرض از دایره مربوط به مقررات معاونت خارج است.

4- جرم بودن اصل عمل: اینکه اصل عمل ارتكابی واقعا جرم باشد. حال اگر اصل عمل جرم نباشد معاونت در

آن هم جرم نخواهد بود؛ مثلاً اگر کسی شخص مهدور الدمی را به هلاکت برساند و یا افرادی او را در این امر کمک کنند، از آنجا که اصل عمل جرم نیست، معاونت در آن هم جرم تلقی نمی شود. اما اگر به نحوی آن را (جرم اصلی) تبرئه کنند، نظیر گذشت شاکی یا مدعی خصوصی و یا هر

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 245

عاملی که موجب عدم مسئولیت کیفری او شود؛ مانند جنون، صغر سن، فوت و غیره، موجب عدم مسئولیت معاون یا معاونین نخواهد شد.» (1)

در همین رابطه ماده 22 قانون درباره مجازات اسلامی مقرر می دارد: «در صورتی که فاعل جرم به جهتی از جهات قانونی قابل تعقیب و مجازات نباشد، یا تعقیب و یا اجرای حکم مجازات او به جهتی از جهات قانونی موقوف گردد، تأثیری در حق معاونین جرم نخواهد داشت.»

«5- عدم دخالت در عملیات اجرایی: کسانی که در ارتکاب عمل مجرمانه تبانی کنند، اگر قانونگذار نفس عمل معاونین را جرم مستقلی نداند، در صورتی به جرم معاونت تعقیب می شوند که در عملیات اجرایی دخالت نداشته باشند.»

6- پیش بینی جهات معاونت در قانون: آخرین شرط این است که عمل معاونت در زمره مواردی باشد که در قانون پیش بینی شده است؛ نظیر تحریک، ترغیب، تطمیع و در صورتی که در قانون نباشد و خواسته باشند معاون را به جرم معاونت مؤاخذه و مجازات نمایند، با اصل مسلم و بدیهی قانونی بودن جرم منافات دارد که بحث تفصیلی آن در جای خود مذکور است.» (2)

### **آیا معاونت در جرم مستقل است یا غیر مستقل؟**

به رغم عده ای معاونت، جرم مستقل است و در باور برخی غیر مستقل. اگر دیدگاه قانونگذار ایرانی

(1). سید محمد موسوی بجنوردی، همان، ص 293.

(2). همان، ص 294.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 246

قرار دهیم در می یابیم که قانونگذار معاونت را به عنوان جرم مستقلی پذیرفته است.

اما با توجه به تبصره ماده قانون یاد شده که وحدت هدف، قصد مباشر و معاون، همچنین تقدم و اقتران زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم را شرط صحت معاونت قرار داده است و در قانون یاد شده مقرر داشته: در صورتی که مباشر جرم، به جهاتی قابل تعقیب یا مجازات نباشد و یا اینکه اجرای حکم به جهتی از جهات قانونی درباره او موقوف گردد، تأثیری در تعقیب و مجازات نخواهد داشت؛ در اینجا معاونت به عنوان جرم مستقل پذیرفته شده است.

در بخش «جرایم علیه اشخاص و اطفال» قانون تعزیزات تهیه و وسایل ارتکاب جرم یا ارائه طریق آن را به عنوان جرم مستقل پذیرفته است و معاون آن به جرم معاونت قابل مجازات است؛ مثلاً در ماده 90 آمده است: «هر کس زن حامله را دلالت به استعمال ادویه یا وسایل دیگری که موجب سقط حمل گردد، بنماید به 3 تا 6 ماه حبس محکوم خواهد شد».

یا در ماده 91 آمده است: «اگر زن حامله برای سقط جنین به طبیب و یا قابله مراجعه کند و طبیب هم عملاً و عامداً مباشرت به اسقاط جنین نماید، دیه جنین به عهده اوست و اگر او را به وسایل اسقاط جنین راهنمایی کند، به 6 ماه تا 3 سال حبس محکوم خواهد شد».

در برخی موارد نیز اخفای اشیای مسروقه به عنوان جرم

مستقل پذیرفته شده؛ چنان که در ماده 110 قانون مورد اشاره آمده است: «هر کس با علم و اطلاع یا با وجود قراین اطمینان آورد به اینکه شیئی در نتیجه ارتکاب سرقت به دست آمده، آن را به نحوی تحصیل یا مخفی یا قبول نموده یا مورد قبول قرار دهد، به شلاق تا 74 ضربه محکوم خواهد شد. در صورتی که متهم، معامله اموال مسروقه را حرفه خود

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 247

قرار داده یا با داشتن شغل دیگری به این کار نیز اشتغال داشته باشد، دادگاه او را به دو سال حبس محکوم می نماید».

بنا بر این قانونگذار ایرانی نه به نحو اطلاق، مستقل بودن آن را نفی کرده و نه مطلقاً آن را پذیرفته است، بلکه این معاونت بستگی به نوع جرم و شرایط تحقق آن دارد. (1)

## بررسی مصادیق معاونت در جرم از نظر حقوق جزا

### تحریک

تحریک در لغت به معنی «برانگیختن»، «به حرکت درآوردن» و «واداشتن» آمده است و در اصطلاح حقوقی یعنی «توصیه و تشویق مجذانه و تزریق افکار مجرمانه برای مصمم کردن دیگری برای ارتکاب جرم معینی».

در قانون جزای فرانسه که قوانین برخی کشورها مانند مصر از آن اقتباس شده است، طی ماده 60 مقرر می دارد: «افرادی که از طریق هدیه، وعده، تهدید، سوء استفاده از مقام یا قدرت، حيله و نیرنگهای مجرمانه، دیگری را به ارتکاب تحریک می کنند معاون جرم محسوب می شوند». قانونگذار در برخی موارد بی آنکه جرم واقع شود تحریک را قابل مجازات دانسته و مجازات معاونت را به خاطر اهمیت و خطر تحریک چه بسا بیشتر از مجازات مباشرین تعیین نموده است، که ذیلاً بعضی از معاونتهایی که حکم جرم دارند

---

(1). همان، صص 485-287.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 248

اول- در ماده 512 قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات آمده: «هر کس مردم را به قصد برهم زدن امنیت کشور به جنگ و کشتار با یکدیگر تحریک کند، صرف نظر از اینکه موجب قتل و غارت بشود یا نه، به یک تا 5 سال حبس محکوم خواهد شد».

دوم- در ماده 639 قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات آمده: «افراد زیر به حبس از یک تا ده سال محکوم می شوند. در مورد بند الف علاوه بر مجازات قصد، محل مربوط به نظر دادگاه بسته خواهد شد».

الف) هر کس که مرکز فساد یا فحشا دایر یا اداره کند.

ب) هر کس که مردم را به فساد یا فحشا تشویق نموده یا موجبات آن را فراهم کند.

### ترغیب

ترغیب در لغت به معنای «مایل ساختن» و «به رغبت درآوردن» است و در اصطلاح کیفری به معنای ایجاد علاقه و سبب تمایل دیگری برای ارتکاب جرم است. پس می توان گفت: ترغیب «1» تشدید میل به ارتکاب جرم در دیگری است که نوعی معاونت می باشد. «2»

---

(1). شرف الدین، غیث اللغات، ص 410.

(2). ولیدی، حقوق جزای عمومی، ج 3، ص 373.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 249

### تهدید

به معنای «ترساندن» است. از نظر حقوقی عبارت است از مجموعه اقدامات کتبی یا شفاهی که شخص به عمل می آورد تا دیگری را به خلاف میل خود وادار به ارتکاب جرم کند، به نحوی که اگر از آن امتناع ورزد، احتمال خطر جانی یا مالی یا افشای اسرار یا نسبت دادن امری، که موجب هتک شرف می شود، برای شخص تهدید شده وجود دارد. «1» اگر در قالب تهدید از موارد رفع مسئولیت کیفری و معافیت از مجازات است. طبق ماده 29 قانون مجازات اسلامی «در جرایم تعزیری هرگاه کسی بر اثر اجبار یا اکراه عادات غیر قابل تحمل مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد. در این مورد اکراه کننده به مجازات آن جرم محکوم خواهد شد».

ماده 54 قانون مجازات اسلامی مصوب سال 1370، ضمن نسخ ماده 29 سال 1361 مقرر می دارد «در جرایم موضوع مجازات های تعزیری یا بازدارنده هرگاه کسی بر اثر اجبار و اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد، مرتکب جرمی گردد، مجازات نخواهد داشت. در این موارد اجبارکننده به مجازات فاعل جرم، با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم، تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر محکوم می گردد».

در این حالت سبب عفو مباشر می شود و تهدیدکننده مسئولیت دارد.

اکراه در قتل وضع استثنایی دارد. می توان گفت در اکراه موضوع مواد 29 و 45 قوانین سابق و لا حق، مرتکب شونده فاقد رضا ولی قصد بوده است. در حالی که در

---

(1). شامبیاتی، حقوق جزای اختصاصی، ج 1، ص 104.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 250

تهدید موضوع مواد 21 و 43 همان قوانین، مرتکب در لحظه ارتکاب دارای قصد و رضا هر دو بوده است. «1»

### نظریه ها پیرامون مجازات معاونت در جرم

این نظریه ها به دو طریق پیشنهاد شده است:

«1- راه «وابستگی» نسبی است؛ یعنی مجازات معاون به نسبت مجازات جرم اصلی باشد.

«2- مجازات او را مستقل می داند؛ یعنی حسب نوع و کیفیت معاونت برای هر معاونی مجازات مستقل تعیین شود.» «2»

مجازات معاونت در قانون جزای فرانسه و ایران:

ماده 59 قانون جزای فرانسه مقرر می دارد: «معاونین جرم و یا جنحه به همان مجازاتی که برای مجرمین اصلی معین شده محکوم می گردند، مگر در مواردی که قانون طور دیگری مقرر داشته است».

در ماده 401 قانون مجازات فرانسه آمده: «برای سرقت ساده حد اقل يك سال و حد اکثر پنج سال مجازات معین کرده که قاضی باید میزانی را که مطابق عدالت تشخیص می دهد برای مجرمین تعیین کند».

---

(1). گلدوزیان، حقوق جزای عمومی، ج 2، ص 148.

(2). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 251

در ماده 29 قانون مجازات ایران آمده: «در مورد معاونین مجرم، محکمه می تواند نظر به احوال قضیه و یا نظر به کیفیات، معاونین مجرم را به همان مجازاتی که برای شریک مجرم مقرر است محکوم نماید و یا مجازات را از يك تا دو درجه تخفیف



در ماده 43 ق. م. ا آمده: «اشخاص زیر معاون مجرم محسوب و با توجه به شرایط و امکانات خاص و دفعات و مراتب جرم، تأدیب از وعظ، تهدید، درجات تعزیر، تعزیر می شوند».

این ماده قاضی را در تعیین مجازات مختار می داند. (بر اساس دیدگاه مشهوری) در تبصره 2 ماده 269 ق. م. ا آمده: «مجازات معاون جرم موضوع این ماده سه ماه حبس تا یک سال است». «2»

ماده 210 ق. م. ا معاونت در جرم، مجازات فاعل را مستقل می داند: «اشخاصی که در قمارخانه ها یا اماکن معد برای صرف مشروبات الکلی، موضوع ماده های 701 و 705، قبول خدمت کنند، یا به نحوی از انحا به دایر کننده این قبیل اماکن کمک نمایند، معاون محسوب می شوند و مجازات مباشر در جرم را دارند؛ ولی دادگاه می تواند نظر به اوضاع و احوال و میزان تأثیر عمل معاون مجازات را تخفیف دهد».

ماده 726 ق. م. ا حد اقل مجازات را تعیین کرده: «هر کس در جرایم تعزیری معاونت نماید، به حد اقل مجازات مقرر در قانون برای همان جرم محکوم می شود».

البته این مورد زمانی اعمال می شود که مجازات خاص و معینی برای معاون در قانون

---

(1). زراعت، شرح قانون مجازات اسلامی، بخش کلیات، ص 349.

(2). همان، ص 341.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 252

تعیین نشده باشد، و الا مثل تبصره 2 ماده 43 عمل می شود که مجازات معاون را به عهده دادگاه گذاشته است». «1»

در ماده 28 ق. م. سال 1352 آمده: «مجازات معاونت در جنحه یا جنایت مجازات در ارتکاب آن است، ولی دادگاه می تواند با توجه به اوضاع و احوال و میزان تأثیر

عمل معاون، مجازات را تخفیف دهد».

ماده 22 فصل ششم قانون مذکور، به این نکته توجه می دهد که هیچ ملازمه ای بین مجازات مباشر با مجازات معاون نیست، به این صورت که عقوبت و مؤاخذة معاون متوقف بر مجازات مباشر باشد. ممکن است به جهتی از جهات، قانون قرار موقوفی تعقیب مباشر صادر گردد، و لیکن تأثیری در حق معاون نداشته باشد و یا به دلیل قانونی سلب مسئولیت کیفری بشود، اما معاون همچنان تحت پیگرد قانونی باشد. «2»

تعریف تعزیر در قانون: تعزیر را ماده 11 قانون اینگونه تعریف کرده است:

«تعزیرات، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است، از قبیل حبس، جزای نقدی و شلاق که بایستی از مقدار حد، کمتر باشد». «3»

---

(1). همان، ص 349.

(2). سید محمد موسوی بجنوردی، همان، ج 3، صص 296-295.

(3). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 253

## بررسی عناصر ضروری معاونت در جرم و شرایط تحقق آن

### سه عنصر ضروری معاونت در جرم

در معاونت در جرم وجود سه عنصر ضروری است که به طور خلاصه بررسی می شود.

عنصر قانونی: زمانی عنوان معاونت صدق می کند که موارد آن در قانون آمده باشد.

همان طور که در جرم این عنصر نقش بسزایی در متهم کردن مرتکب و تعقیبات قانونی او دارد. در ماده 21 قانون مجازات اسلامی در بند یک و دو و سه به آن اشاره شده است.

عنصر مادی: صرف قصد گناه و معصیت و جرم برای اثبات جرم کافی نیست، بلکه مجرم علاوه بر قصد، باید آن را به عرصه ظهور برساند.

عنصر روانی: هنگامی که شخص اراده ارتکاب آن عمل را داشته باشد؛ مثلاً در قتل عمد، قاتل باید عامد و قاصد

باشد و همین امر (عنصر روانی) در عبادات، عقود، ایقاعات و در همه اعمال حقوقی نقش اصلی را ایفا می کند.

لازم به تذکر است که در بحث فقهی نیز همین مطالب به چشم می خورد. در بحث عنصر روانی، تفکیک جرایم عمدی از جرایم غیر عمدی ضروری است، چون در جرایم عمدی توافق و وحدت قصد قبلی بین مباشر و معاون او، امر طبیعی به نظر می رسد و بین حقوقدانان اختلافی نیست، اما در جرایم غیر عمدی به نظر برخی از حقوقدانان به دلیل فقد قصد و توافق قبلی، معاونت در جرم مورد پیدا نمی کند.

قانونگذار ایرانی درباره عنصر روانی در جرایم عمدی، اظهار می دارد:

هر کس با علم و اطلاع وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند و یا از طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه دهد؛ یعنی وجود قصد مجرمانه یا سوء نیت معاون

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 254

جرم را از شرایط معاونت قابل مجازات در جرایم می داند. به عبارت دیگر، معاون باید با علم و اطلاع و عالماً و عامداً (در بند سوم ماده 21) یکی از موارد پیش بینی شده در قانون را انجام دهد تا قابل مجازات باشد. بنا بر این اگر کسی اسلحه شکاری را به قصد سیر و سیاحت و شکار مجاز در اختیار دیگری قرار دهد، و او با این وسیله فردی را به قتل برساند، از آنجایی که قصد مجرمانه ای در کار نبوده، صاحب اسلحه قابل مجازات نیست. پس باید میان مباشر و معاون، وحدت در انجام جرم باشد و این وحدت یا باید مقارن با انجام عمل ارتكابی، و یا مقدم بر آن

باشد. بنا بر این اگر بعد از ارتکاب جرم این وحدت حاصل آید، معاونت صدق نمی کند.

در جرایم غیر عمدی ممکن است گفته شود شخص مباشر اصلی فاقد قصد مجرمانه است، پس به طریق اولی معاون جرم نمی تواند در رفتار و کردار خود به عنوان معاون در جرم قاصد باشد. (1)

### تهیه وسایل ارتکاب جرم

بند 2 ماده 21 قانون راجع به مجازات اسلامی، کسی را که با علم و اطلاع وسایل ارتکاب جرم را تهیه می کرد، معاون می شناخت و علم و اطلاع، شرط لازم برای تحقق معاونت در جرم از طریق تهیه وسایل ارتکاب جرم بود. بند 2 ماده 43 قانون مجازات اسلامی، مصوب سال 1370، به جای علم و اطلاع به علم و عمد توجه کرده و مقرر می دارد: «هر کس با علم و عمد وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند معاون جرم محسوب می شود».

---

(1). همان، صص 285-284.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 255

منظور از علم و عمد که تهیه وسایل به قصد و به منظور کاربرد آن در فعلی مجرمانه صورت پذیرفته باشد؛ یعنی رسیدن به نتیجه مجرمانه که در زمان تهیه وسایل، خواست معاون جرم می باشد. وسایل ارتکاب جرم می تواند از اموال منقول مثل اسلحه یا غیر منقول مثل مکانی برای بازداشت غیر قانونی تهیه شده باشد.

### تهیه مکان برای ارتکاب جرم

ماده 71 قانون مجازات اسلامی تعزیرات بعد از بیان کیفر مأمورینی که مبادرت به توقیف و حبس غیر قانونی یا مخفی کردن به عنف اشخاص می نماید، مقرر می دارد:

«هر کس که با علم و اطلاع برای ارتکاب جرم مزبور مکانی تهیه کرده و بدین طریق معاونت با مرتکب نموده باشد، به مجازات تا 74 ضربه یا حبس از سه ماه تا یک سال و در هر صورت به محرومیت از خدمات دولتی به مدت 5 سال محکوم خواهد شد».

همینطور است در مورد کسی که اتافی را برای انجام عمل سقط جنین غیر مجاز در اختیار ساقط کننده جنین بگذارد. (1)

### معاونت در جرم از طریق ساختن وسایل

طبق ماده 232 قانون مجازات عمومی 1352، «هر کس عالماً یا عامداً علت وقوع جرم شود، نظیر اینکه کلید دیگری بسازد یا کلید را تغییر و تبدیل دهد که به قفل دیگری بخورد یا هر نوع آلتی برای ارتکاب جرم بسازد یا تهیه کند، به حبس تأدیبی از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد». (2)

(1). زراعت، همان، بخش حقوق جزای عمومی، صص 337-338.

(2). گلدوزیان، همان، ج 2، صص 151-150.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 256

در معاونت از طریق تهیه وسایل لازم نیست که روابط مستقیم و فوری بین مجرم اصلی و معاون وجود داشته باشد. کسی که اطلاعات لازمه یا وسایل ارتکاب جنایت را به مجرم اصلی می دهد؛ ممکن است از شخص ثالثی کسب کند، شخص ثالث هم اگر به جریان کار واقف باشد، معاون تلقی می شود و نتیجه آن این است که معاون را هم می توان مجرم دانست. (1)

### معاونت در ارائه طریق ارتکاب جرم

مقصود از ارائه طریق عبارت است از ارشاد، راهنمایی و ارائه راه و روش ارتکاب جرم. در اینجا راهنمایی و ارائه طریق، نوعی مساعدت معنوی است و شامل هر نوع اطلاعاتی است که به نحوی از انحا مباشر را بر نحوه ارتکاب جرم یا بر وسایل و ادوات آن یا بر نحوه استفاده از وسایل مزبور آگاه می سازد.

برای مثال، در جرم سرقت آگاه نمودن سارق از محل وجود اموال مورد نظر یا نحوه ورود به منزل، کیفیت باز کردن قفلها و ... یا در جرم قتل، آگاه نمودن مجرم از محل استراحت مجنی علیه یا مساعدت در مسیر حرکت او و غیره می تواند ارائه طریق محسوب شود. این عمل

اصولاً-قبل از وقوع جرم انجام می شود و همچنان می تواند شفاهی یا کتبی یا عملی و یا از طریق ایما و اشاره صورت گیرد. البته باید روشن و معلوم برای ارتکاب جرم باشد. لذا تعلیمات مبهم، معاونت محسوب نمی شود.

و دیگر اینکه علم و آگاهی از عمل ارتکاب به جرم داشته باشد و ارشادات او مؤثر بوده مجرم را بتواند یاری کند.

---

(1). علی آبادی، حقوق جنایی، ج 1، ص 271.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 257

### **بررسی رابطه معاونت با شرکت و تسبیب در جرم**

#### **تفاوت معاونت و شرکت در جرم**

معاونت در جرم زمانی قابل مجازات است که جرم اصلی از جانب مباشر در قانون 29 به عنوان جرم شناخته شده باشد. معاونت در جرم از مرحله فکر و تصمیم آغاز می شود و تا مرحله تهیه مقدمات پیش رفته و هیچ گاه از این مرحله فراتر نمی رود، در حالی که شرکت، در جرم آغاز و تا پایان جرم ادامه می یابد. «1»

و مجازات معاونت صرفاً تعزیری است مگر در يك مورد که قیادت است که حدود است، ولی در شریك جرم مجازات به صورت حدود و دیات است که در نص شارع مقدس ذکر شده و غیر قابل تغییر است. «2»

---

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 2، ص: 257

معاونت در جرم جنبه فرعی و تبعی دارد، در حالی که شرکت در جرم جنبه اصلی و استقلالی دارد؛ مثل اینکه در بعضی از کشورها خودکشی جرم نیست و کسی که معاونت در خودکشی کسی کند، مجرم شناخته نمی شود. «3»

اما در شرکت، مسئولیت هر شریك جرم، مستقلاً تحقق پیدا می کند. عمل معاونت

صرفاً ایجابی است و اصولاً ترك فعل «فعل سببی» موجب تحقق عنوان معاونت نمی گردد ولی شرکت در جرم با ارتکاب عمل سلبی یا منفی نیز ممکن الصدور است؛ مثلاً دو نفر مشترکاً متصدی اجرای امری باشند به نحوی که می بایست آن را توأماً انجام دهند. اگر هر دو از اجرای وظیفه امتناع نموده یا با ترك فعل موجب وقوع جرم شوند، شریک در جرم خواهند بود.

---

(1). ولیدی، حقوق جزای مسئولیت کیفری، ص 69.

(2). عوده، تشریح الجنایی الاسلامی، ج 2، ص 258.

(3). صانعی، حقوق جزای عمومی، ج 2، ص 84.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 258

میان معاون و مباشر وحدت قصد لازم است؛ مثلاً اگر معاون تفنگ شکاری را به شخصی دهد برای شکار و او با آن، شخصی را بکشد، در اینجا معاون مقصر نیست و مجرم شناخته نمی شود. در صورتی که برای تحقق شرکت در جرم، همچنان که قبلاً بیان شد، صرف قصد مجرمانه کافی است و لزومی ندارد اراده و قصد شرکا با یکدیگر تلاقی نموده و با همدیگر وحدت داشته باشد.

مجازات معاون به مراتب خفیف تر از مجازات مباشر و شرکای جرم تعیین گردیده و قاضی اختیارات تامی در تعیین این مجازات دارد؛ که از نصیحت و وعظ شروع و به انواع مجازات های تعزیری ختم می شود. در تبصره 2 ماده 208 قانون مجازات اسلامی آمده: «معاون در سرقت، موضوع ماده 198 این قانون به يك سال حبس تا سه سال حبس محکوم می گردد».

ماده 220 قانون مجازات اسلامی: «پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد یا شریک قتل او شود، قصاص نمی شود و به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول

محکوم و تعزیر می شود، ولی چنانچه معاونت در قتل نموده باشد، به موجب ماده 207 همان قانون به 3 تا 15 سال حبس محکوم می گردد».

همچنین اگر سارق، پدر صاحب مال باشد، به حد محکوم نمی شود (بند 11 از ماده 1985 قانون مجازات اسلامی). ولی اگر در سرقت، پدر معاونت کند، به حبس از یک تا سه سال محکوم می شود (تبصره 2 ماده 201 قانون).

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 259

## وجوه افتراق و اشتراك معاونت و تسبیب در جرم

### الف) معنای لغوی و اصطلاحی تسبیب

معنای لغوی تسبیب از ماده «سبب» به معنای «رسن» و هر چه بدان به دیگری پیوسته شود و «پیوند» است و در اصطلاح حکما چیزی را گویند که موجود باشد فی نفسه و حاصل شود از آن وجود دیگری؛ یعنی چیزی که وسیله حصول چیزی باشد. و در اصطلاح فقهی سبب عبارت از چیزی است که اگر آن نبود شیء حاصل و تلف نمی شد. علامه حلی می گوید: تسبیب عبارت است از هر چیزی که تلف به وسیله آن حاصل شود، به نحوی که اگر سبب نبود علت تأثیری نداشت.

تسبیب در جنایت مراتبی دارد؛ مثل اینکه خود جانی در سبب تنها باشد، مانند اینکه مجنی علیه را در داخل آتش بیندازد؛ و یا همراه جانی سبب دیگری نیز که حیوان باشد اضافه گردد و یا به همراه جانی انسان دیگر به عنوان سبب دیگر اضافه گردد.

### ب) تعریف سبب در فقه

تسبیب عبارت است از انجام دادن یا ترك فعلی که در ایجاد صدمه یا وارد کردن زیان به طور مستقیم نقش مؤثری داشته باشد، به نحوی که اگر آن سبب نباشد، آن جرم نیز واقع نشود.

### ج) وجوه اشتراك تسبیب و معاونت

در ارتکاب جرایمی که يك یا چند نفر مباشر اصلی جرم را کمک و مساعدت می کنند، امکان اجتماع و انطباق مفهوم معاونت و تسبیب در جرم در پاره ای از اوقات

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 260

قابل تصور و تحقق است و آن ناظر به اعمالی است که قانونا از مصادیق معاونت و از نظر فقهی با مفهوم «سبب فاعلی» قابل انطباق باشد؛ زیرا مفهوم سبب فاعلی در فقه زمانی تحقق پیدا می کند که شخص، دیگری را که قصد ارتکاب جرمی دارد، با انجام کاری مساعدت کند و با تهیه مقدمات زمینه حصول وقوع جرم را فراهم آورد.

### د) وجوه افتراق معاونت و تسبیب در جرم



1- در قلمرو مفهوم و مصداق: در قلمرو مفهوم و مصداق با هم فرق دارند؛ زیرا مفهوم تسبیب در جرم در فقه به معانی مختلفی استعمال می شود و گاهی به معنی مصدری و ناظر به انجام دادن کاری است که در حصول نتیجه مجرمانه تأثیر دارد و در این مورد مفهوم سبب به اعتبار حصول مستقیم نتیجه جرم از نتیجه مسبب، تسبیب در جرم به معنی سبب مصدری محسوب می شود؛ مانند اینکه کسی در معبری چاهی حفر کند و دیگری ثالثی را در آن چاه هل دهد و منتهی به مرگ مجنی علیه گردد.

ولی گاهی سبب در نقش واسطه و با اطلاع از مقصد مجرمانه دیگری با انجام کاری به طور غیر مستقیم زمینه ارتکاب جرمی را فراهم می کند. بدین لحاظ مسبب فعلی را که دیگری مباشر آن است، «سبب فاعلی» می نامند که همان مفهوم معاونت در جرم منطبق می شود.

2- از نظر عنصر روانی: از لحاظ عنصر روانی نیز بین ماهیت حقوقی معاونت با تسبیب

در جرم تفاوت‌هایی موجود است؛ زیرا برای تحقق معاونت، وجود توافق و همدلی بین مجرم اصلی و معاون در خصوص جرمی که از ناحیه مجرم اصلی صورت می‌گیرد، ضرورت دارد؛ یعنی معاون باید عالماً و عامداً مجرم اصلی را در ارتکاب جرم

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 261

کمک و یاری کند؛ یعنی باید بین آنها همدلی و وحدت قصد وجود داشته باشد و باید قبل از ارتکاب جرم و یا در حین آن موجود باشد.

ولی در مورد تسبیب در جرم ممکن است شخص، مسبب وقوع جرمی شناخته شود. هر چند برای ارتکاب جرم با دیگری همدلی و توافق نکرده باشد، بلکه همین اندازه که با اقدام خود زمینه وقوع جرم را به طور غیر مستقیم فراهم می‌کند، جرم به او نسبت داده می‌شود هر چند قصد حصول آن نتیجه مجرمانه را هم نداشته باشد؛ مانند اینکه کسی بی آنکه قصد ایراد صدمه نسبت به جسم و جان دیگری را داشته باشد، در معبر عمومی، چاهی حفر کند و از گذاردن علائم بازدارنده در کنار چاه خودداری کند و مسبب وقوع جرمی شود؛ به علت بی‌مبالاتی یا از باب عدوان، جرم به او نسبت داده می‌شود و قابل تعقیب کیفری است. اما اگر پس از حفر چاه به فرض شخص دیگری کودکی را در چاه بیندازد و منتهی به مرگ وی شود، در این حالت حفر کننده چاه چون با مباشر همدلی نداشته و وحدت قصد برای کشتن دیگری نکرده است، اقدام او در حفر چاه به دلیل عدم توافق قبلی و فقدان وحدت قصد با مباشر قتل، معاونت محسوب نمی‌شود.

## وجوه افتراق و اشتراك از نظر مجازات

مجازات معاون جرم

با توجه به حکم ماده 43 قانون مجازات اسلامی مصوب سال 1370، جز در مواردی که در قانون و برای معاونت در ارتکاب جرم به عنوان جرم مستقل مجازات مقرر شده است، در سایر موارد بستگی به نظر دادگاه دارد که با توجه به شرایط و امکانات خاکی و دفعات و مراتب جرم، مجازات تعزیری از شلاق، مادون حد، جزای نقدی، حبس در نظر گرفته است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 262

در حالی که در تسبیب در جنایت بجز در مواردی که مرتکب تسبیب عمدتاً موجبات قتل یا جراحات اعضای دیگر را فراهم کند در سایر موارد- یعنی در جرایم شبه عمد و خطای محض- پرداخت دیه است که بر حسب مورد ممکن است دیه معین و یا دیه به صورت ارش جزای مورد حکم قرار خواهد گرفت. «1»

### تحقق معاونت در جرم

تحقق معاونت در جرم اصولاً وابسته به وجود مباشر و تابع جرمی است که عملیات مادی آن به وسیله دیگری به انجام رسیده است. به علاوه چنانچه در يك حادثه، مباشر اصلی جرم به دلایل قانونی غیر قابل مجازات باشد، معاون او نیز قابل کیفر نیست. ولی در تسبیب، کسی که به واسطه استفاده از شخص نابالغ یا دیوانه یا حیوان سبب مرگ دیگری شود، از نظر حقوق کیفری اسلام، بدون توجه به عدم قابلیت انتساب جرم به مباشر اصلی آن، جزاء مسئول و قابل مجازات خواهد بود و به هیچ وجه نیازی به طرح عنوان معاونت در بین نیست؛ بلکه تنها به عنوان تسبیب در جرم مسبب آن قابل مجازات خواهد بود. به همین مناسبت در حقوق کیفری اسلام، هرگاه کسی به طور

غیر مستقیم سبب جرمی شود، عدم قابلیت انتساب جرم به مباشر اصلی آن رافع مسئولیت کیفری او نخواهد شد.

---

(1). ولیدی، حقوق جزای عمومی، ج 3، صص 366-365.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 263

### جمع مباشر و سبب

در جمع شدن اسباب ضمان، هرگاه اتفاق بیفتد مباشر و سبب، مباشر ضامن است، مثل اندازنده در چاه با کننده آن، و نگاهدارنده کسی با ذبح کننده آن کس، و گذارنده سنگ در کفه منجنیق با کشنده منجنیق، یعنی کشنده آن ضامن است.

اگر مباشر جاهل باشد سبب ضامن است؛ مثلاً شخصی چاهی در زمینی که ملک غیر است کنده و سر آن را پوشانده است و کس دیگر، سومی را در چاه بیندازد و نداند که در آنجا چاه است. پس کننده چاه ضامن است. (1)

اگر یکی کسی را نگه دارد و شخص دیگری او را بکشد، قصاص بر کشنده است؛ و لیکن نگاهدارنده محکوم به حبس ابد می شود و اگر سومی نگهبانی کند، ضامن نیست، لیکن دو چشمش به وسیله میله آهن گرم کور می شود. (2)

### معاونت در معاملات نامشروع در فقه و حقوق

#### دلایل معاونت در معاملات حرام در فقه

در فقه امامیه، بیع انگور جهت تهیه شراب، به این دلیل که کمک به گناه است به استناد ادله حرام است.

کتاب: آیه «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ». در گناه و ظلم و دشمنی همدیگر را یاری نکنید. پس نتیجه می گیریم اگر معامله ای حرام باشد، کمک کردن در آن معامله هم حرام است.

---

(1). محقق حلی، شرایع الاسلام، ج 4، صص 1989-1988.

(2). همان، ص 1913.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 264

روایات: روایت اول: در کتاب فقه الرضا، از امام رضا (ع) نقل شده: بدان که هر آنچه از جانب خداوند متعال و شریعت مقدس در آن رخصت داده شده، وقوام و ایستایی امور مردمان بدان باشد از آنچه که می خورند و می آشامند و می پوشند و نکاح می کنند و تملک می نمایند و مورد استعمال قرار

می دهند، خریدوفروش و هبه و عاریه اش حلال می باشد و هر آنچه که در آن فسادی به چشم می خورد و از این رو مورد نهی قرار گرفته و به عبارت بهتر خوردن و آشامیدن یا پوشیدن آن ممنوع شمرده است و یا اینکه نگاهش یا نگهداری و امساکش ناروا دانسته شده است مثل سینه و دم و گوشت خوک و ربا، و جمیع فواحش و گوشت درندگان و شراب و آنچه که شبیه اینهاست، پس حرام است و ضررزننده بر جسم و فاسدکننده نفس می باشد.

روایت دوم: در دعائم الاسلام از امام صادق (ع) نقل شده که بیهای حلال هر آن چیزی است که حلال شمرده شده و قوام مردمان بدان بوده بهره وری از آن مباح می باشد، و هر آن چه که اصلش حرام، و مورد نهی قرار گرفته باشد، خریدوفروشش جایز نیست.

روایت سوم: روایت نبوی مشهوری است که خدا هرگاه چیزی را حرام کرد، بهای آن را نیز حرام خواهد نمود. «1»

اجماع: فقها بر حرمت خریدوفروش و شرب خمر و تهیه مقدمات اسباب آن، اجماع کرده اند. شیخ انصاری می فرماید: کسی که انگور را بفروشد تا از آن شراب

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ص 10.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 265

درست کنند، یا آن را در اختیار دیگران بگذارد، و یا منزل خود را اجاره دهد تا در آن شراب بسازند و یا انبار خود را اجاره دهد تا شراب را نگهداری کنند و یا کشتی اجاره دهد تا آن را حمل کنند، نه تنها معامله آن فاسد است، بلکه حرمت آن نیز به اجماع فقها باطل و حرام می باشد. «1»

**معاونت در معاملات نامشروع در فقه**

**اشاره**

در فقه امامیه،



جهت یا انگیزه تشکیل عقد گاهی با نظم عمومی تعارض پیدا می کند. در این صورت اعتبار بخشیدن به عمل حقوقی مزبور از سوی قانون- که خود پاسدار نظم جامعه است- در راستای فراهم کردن زمینه پیدایش اختلال در نظم است. مثلاً معتبر و لازم الاجرا شناختن عقد بیع یک ساختمان، که انگیزه خریدار آن تأسیس قمار

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 267

خانه یا مکان فساد در آن باشد، گونه ای کمک به خریدار برای دستیابی به این انگیزه غیر قانونی و در نتیجه اقدام بر ضد هدفی است که قانون برای تأمین آن وضع گردیده است؛ اگر چه اجرای انگیزه مزبور خود عملی مجرمانه و قابل مجازات است. به همین دلیل قانون مدنی در ماده 217، وجود انگیزه نامشروع را در

طرف معامله، در صورتی که بدان تصریح شود، سبب بطلان معامله اعلام کرده است.

#### (د) ارتباط جهت با معامله

جهت خارج از ارکان معامله است. جهت صرفاً انگیزه با واسطه تشکیل عقد است و بر خلاف عقیده برخی از نویسندگان معاصر «1»، جهت متعلق به قصد طرفین یا تراضی ایشان مقید به تراضی ایشان نیست، هر چند ممکن است سبب رضایت طرفی باشد که انگیزه مزبور در او وجود دارد. زیرا، آنچه يك طرف را بر تشکیل عقد بر می انگیزد، تأثیری در طرف دیگر عقد ندارد و منشأ حصول رضایت او نیست و دسترسی به جهت، و عدم آن برای طرف دیگر عقد، یکسان است. بنا بر این، هرگز صحیح نیست که گفته شود، رضایت طرف دیگر عقد با تراضی طرفین مقید به جهتی است که در طرف نخست عقد وجود دارد. گاهی ممکن است، جهت معامله طرف دارای جهت نامشروع، حتی برای طرف دیگر نامطلوب باشد، منتهی دسترسی به مورد عقد او را وادار به قبول معامله با وجود انگیزه مزبور در طرف نخست عقد

---

(1). ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج 2، ش 438.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 268

می کند. باید دانست منظور از تقید رضایت یا تراضی نسبت به جهت، این است که در صورت فقدان جهت، رضایت طرف دیگر عقد، یا رضایت طرفین منتفی باشد.

در نتیجه آنچه عقد را باطل می کند، صرفاً وجود جهت نامشروع در یکی از دو طرف عقد است، هر چند که این جهت نسبت به طرف دیگر عقد امری نامطلوب باشد.

همچنین جهت معامله را نمی توان جزء یا قید موضوع عقد دانست. زیرا موضوع عقد، مورد تحقق اثر حقوقی عقد است



و جهت عقد، امری خارج از آن است.

بنا بر این موضوع نامشروع را نباید با جهت نامشروع اشتباه کرد.

### جهت نامشروع در قانون فرانسه و تطبیق آن با قانون ایران

نویسندگان قانون مدنی ایران، شرط کردن مشروعیت جهت معامله را در ماده 190 از ماده 1108 ق. م. ف. و مقررات ماده 217 را از محتویات مواد 1131 ق. م. ف. با رعایت مبانی فقهی مربوط و نیز با انجام تغییراتی اقتباس کرده اند.

ماده 1131 ق. م. ف. اعلام می دارد: «تعهد بدون سبب یا مبتنی بر يك سبب نامشروع نمی تواند هیچ گونه اثری داشته باشد». (تعهد- قرارداد).

در قانون فرانسه واژه «سبب» آمده که منظور همان «جهت» در قانون ایران است. در ق. م. ف. عقود را که انگیزه تشکیل آن نامشروع یا غیر اخلاقی باشد، باطل اعلام می کند.

اما برای حکم به بطلان قراردادی که یکی از دو طرف آن دارای جهت نامشروع است، اطلاع طرف دیگر قرارداد را از انگیزه نامشروع موجود در طرف نخست، در

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 269

عقود غیر رایگان لازم می داند: اطلاع طرف قرارداد از انگیزه نامشروع طرف دیگر از آن جهت لازم دانسته شده است که در صورت بطلان قرارداد، خطر عدم امکان استرداد مالی را که طرف بی اطلاع از این انگیزه، به طرف دارای انگیزه نامشروع داده است، منتفی سازد. اما عدم اطلاع انگیزه نامشروع مانع بطلان عقد رایگان نیست.

بنا بر این، در حقوق فرانسه بر خلاف حقوق ایران، تصریح به انگیزه نامشروع برای بطلان معامله لازم نیست و وجود واقعی انگیزه نامشروع، حتی اگر چه طرف قرارداد از آن باخبر نباشد، جز در مواردی که طرف بی اطلاع خواننده مورد دعوی بطلان قرار گیرد، برای بطلان عقد کافی

است.

## شرایط تأثیر جهت نامشروع

### الف) وجود واقعی انگیزه نامشروع در یکی از دو طرف

منظور از نامشروع بودن جهت، تضاد آن با مقررات بازدارنده قانونی است؛ خواه مقررات مزبور مجازاتی برای مرتکب عمل موضوع جهت تعیین کرده باشد، یا این که ارتکاب آن عمل، صرفاً با مقررات و روح قانون، نامساعد باشد. پس باید جهت مخالف با اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد.

طبق ماده 957 ق. م. «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف حسبه بوده و یا به واسطه جریحه کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالفت با نظم عمومی محسوب می شود، به موقع اجرا گذارد، اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 270

در حقوق فرانسه، ماده 1133 ق. م. مقرر می دارد: «علت در صورتی نامشروع است که به وسیله قانون منع شده، در صورتی که مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد».

### ب) بی واسطه بودن انگیزه نامشروع

ممکن است اشخاص در انجام عملی سلسله ای از انگیزه ها در طول هم داشته باشند، که هر يك از آنها واسطه ای برای دستیابی به انگیزه بعدی باشد؛ که اگر این گونه باشد معامله را باطل نمی کند.

### ج) باز بودن جهت نامشروع

ممکن است شخص در تشکیل قراردادی انگیزه های متعددی در عرض یکدیگر داشته باشد؛ مثلاً خانه ای را برای سکونت اجاره کند و در آن هم تدریس و هم جلسات قمار دایر کند، که انگیزه ثانوی و فرعی او باشد؛ در این صورت عقد اجاره را به جهت ثانوی نامشروع نمی توان باطل کرد. زیرا دلیلی قانونی بر تأثیر انگیزه فرعی نامشروع وجود ندارد.

### د) تصریح به جهت نامشروع

به هنگام عقد معامله این انگیزه نامشروع باید مورد تصریح قرار بگیرد و الا معامله صحیح است، هر چند نیت معامله کننده واقعا رسیدن به انگیزه مزبور باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 271

### ه) هم زمان بودن تصریح به جهت نامشروع با انشای عقد

در برخورد نخست با ماده 217 ق.م. «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شده باشد، باید مشروع باشد و الا باطل است»، ابهام از عبارت «در معامله» افاده نمی کند که منظور از ذکر جهت در معامله چیست؛ ذکر جهت در ضمن ایجاب و قبول معامله است، یا در هنگام مذاکرات مقدماتی که معمولاً پیش از ایجاب و قبول انجام می شود و یا بعد از انجام عقد است. پاسخ این است که جهت نامشروع در صورتی عقد را باطل می کند که یا ضمن ایجاب و قبول درج شود، و یا اینکه مدت زمان کوتاهی پیش از انشای عقد تصریح شود؛ به نحوی که ارتباط جهت مزبور با عقد مورد توجه طرفین به هنگام تشکیل عقد باشد. (1)

## مصادیق معاونت در گناه در معاملات و وجوهات شرعی

### معاونت بر گناه از طریق صناعات

خداوند صناعاتی را که تماماً استفاده حرام از آن برده می شود و جز فساد محض چیزی از آن عاید نمی شود، تحریم نموده است و همچنین آنچه که مقدمه فساد بوده و در خود آن نیز فساد باشد، حرام است. پس اخذ عمل به آن و اخذ اجرت بر آن، و جمیع تصرفات در آن، از هر گونه که باشد حرام است.

اگر صنعتی باشد که گاهی در جهت منافع و گاهی در جهت حرام استفاده شود، فقط بر کسی حرام است که در غیر راه حق عمل کند. (2)

---

(1). مهدی شهیدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج 1، صص 345-333.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ص 9.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 272

اگر صنعتی ساخته شود که بدین ابزار برای وجوه فساد و وجوه معاصی استعانت بشود و کمک به حق و باطل هر

دو باشد، عیبی و گناهی در ساختن و آموختن نیست؛ نظیر نویسندگی که به وجهی از وجوه فساد مانند تقویت و کمک کارگزاران حکومت‌های ناحق به کار می‌رود، و همچنین ساختن کارد و شمشیر و نیزه و کمان و جز آنها که بسا در جهات صلاح و بسا در جهات فساد بکار روند، و کمک برای هر دو باشند که باکی نیست در آموختن و آموزش و مزد گرفتن بر آن و کردار بدان و در آن برای کسی که در جهات صلاح باشد از همه خلاق و بر همه حرام است که آن را در جهت فساد و زیان به کار برند و بر استاد و شاگرد این صنایع گناه و مسئولیتی نیست؛ زیرا، در آن رجحان نسبت به منافع جهات صلاح وجود دارد. و همانا گناه بر کسی است که آن را در وجوه فساد و حرام مصرف می‌کند.

همانا خداوند حرام کرده صنعتی را که همه اش حرام کاری است، و محض فساد از آن پدید می‌آید، نظیر تارسازی و نی، حرام و آنچه که فساد محض از آن است و در آن است و هیچ صلاحی در آن نیست و از آن بدست نیاید، که حرام است آموختن و یاد گرفتن و عمل بدان، و مزد ستاندن بر آن و هرگونه زیور و کردنش از جمیع وجوه حرکات در آن حرام است. «1»

---

(1). حرانی، تحف العقول، ص 325.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 273

### **معاونت در معاملات حرام از طریق اجاره و اجیر شدن**

اگر مسکنی را اجاره دهد تا در آن خمر درست کنند یا دکانی را اجاره دهد تا آلات محرّمه در آن بسازند، یا اجیر شود تا برای مستأجر

خمر حمل کند، اجاره منعقد نمی شود و چه بسا گفته شده که اجاره منعقد می شود ولی حرام است. «1»

اگر کنیزی را اجاره دهد تا برای مستأجر ترانه بخواند، یا کاتبی را اجاره دهد تا کتب ضاله و کفرآمیز و منحرف کننده بنویسد، اجاره منعقد نمی شود. «2»

اگر کسی برای حمل چیزهای حرام، یا ساخت وسایل حرام یا حفظ و نگهداری آن، یا ویرانی مسجد به منظور ضرر بر اسلام و مسلمین، اجیر شود، این اجاره حرام است. اگر برای چیزی از عمل حرام، یا بعضی از مقدمات حرام اجیر شود، حرام است. «3»

اجاره دادن دکان برای نگهداری یا فروش مسکرات صحیح نیست و اجاره چهارپا یا کشتی برای حمل مسکرات صحیح نیست و اجاره کنیز نوازنده برای غنا خواندن صحیح نیست. «4»

استخدام مسلمانها در مؤسسات کلیمها جایز نیست و حقوق یا اجرت آنها حرام است و در مورد شك هم در این مؤسسات وارد نشوند.

---

(1). محقق حلی، شرایع الاسلام، ج 1.

(2). شیخ محمد حسن نجفی، همان، ج 27، ص 307.

(3). حرانی، همان، ص 9.

(4). امام خمینی، ترجمه تحریر الوسیله، ج 2، ص 487.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 274

از حضرت امام خمینی (س) سؤال شد: «شخصی در یکی از شرکتها رانندگی می کند و گاهی از اوقات بعضی از رؤسا و افراد خارجی را که مشروب می خورند یا گناه دیگری مرتکب می شوند، مجبور است با ماشین حمل کند؛ تکلیف چیست؟»

حضرت امام خمینی (س) جواب فرمودند: ادامه کار اشکال ندارد، ولی از حمل افراد برای بردن به مراکز فساد و ارتکاب گناه خودداری کند و اگر خودداری میسر نیست، از ادامه کار خودداری کند. «1»

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ

(1). پرسش و پاسخ نگارنده با حضرت امام.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 275

#### (4) قاعده الخراج بالضمنان با رویکردی بر نظرات حضرت امام خمینی (س)

##### اشاره

یکی از قواعد معروف در فقه اسلامی قاعده «الخراج بالضمنان» است؛ این قاعده از حیث سند و دلالت و تطبیق آن با موارد مختلف در فقه مورد بحث و مذاقه قرار می گیرد.

##### مدارك و مستندات قاعده

##### روایات

1- قال رسول الله (ص): «الخراج بالضمنان» (1)، که قول فخر الاسلام این روایت از جوامع الکلم آن حضرت محسوب می شود. و همچنین در شرح قاموس آمده است که روایت فوق همانند روایت «الغرم بالغنم» از أقسام جوامع الکلم پیامبر اکرم (ص) است.

2- سنن أبي داود 1 و سنن ترمذی 2 و سنن نسائی 3: قضی عمر بن عبد العزيز فی عبد اشتری و استعمله، ثم انكشف كونه معيبا، فقضى ان عمله للبائع؛ فروى عليه عروة عن

(1). سنن ابن ماجه، ج 3، ص 754، ح 2243.

(2) 1. 2: 3508/306-3510.

(3) 2. 2: 376-377/1303 و 1304.

(4) 3. 7: 254-255.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 276

عائشه: أنه وقع مثله في حياة رسول الله (ص)، فقال رسول الله (ص): إن عمله للمشتري، لأن الخراج بالضمنان. (4)

3- در کتاب سنن نسائی آمده است: عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشه، قالت: قضی رسول الله (ص) أن الخراج بالضمنان. (5)

4- در کتاب سنن ابن ماجه آمده است: عن عائشه: إن رسول الله (ص) قضى أن خراج العبد بضمانه. «6» شيخ الطائفة، قدس سره، در بيع مصرأة می فرماید: و لا یرد اللبن الحادث، لان النبی (ص) قضى أن الخراج بالضمان «7»، و در کتاب خلاف نیز همین روایت را نقل می کند. «8»

5- ابن حمزه در مسأله ثبوت ضمان در منافع مستوفاة قائل به عدم ضمان است و می فرماید: لقاعدة «الخراج بالضمان».

(4). بیهقی، سنن کبری، ج 5، ص 321-322.

(5). ابو عبد الرحمن احمد بن علی بن شعیب نسائی، سنن نسائی، ج 7، ص 255.

(6). ابن ماجه قزوینی، سنن ابن ماجه، ج 2، ص 754.

(7). شیخ طوسی، مبسوط، ج 2، ص 125.

(8). شیخ طوسی، خلاف، ج 3، ص 108.

(9). عماد الدین ابو جعفر محمد بن علی بن حمزه، وسیله: ص 255.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 277

### اعتبار سند حدیث:

### الف) از نظر فقهای شیعه

در جوامع روایی شیعه هیچ کس این روایت را نقل نکرده است مگر ابن ابی جمهور احسائی که در کتاب غوالی اللئالی از کتاب شیخ الطائفه نقل کرده و لهذا فقهای عظام از این حدیث با عنوان مرسله یاد کرده اند. از روی موازین فن حدیث، روایت مذکور چون از طرق خاصه نقل نشده و در جوامع روایی مذکور نیست و همچنین شهرت عملی و یا فتوائی آن ثابت نیست، جز شیخ الطائفه در کتابهای مبسوط و خلاف و ابن حمزه در کتاب وسیله و علامه حلی در کتاب تذکرة الفقهاء و کتاب مختلف و شهید اول در کتاب دروس و شهید ثانی در کتاب تمهید القواعد و محقق اردبیلی در کتاب مجمع الفائده و شیخ محمد حسن نجفی در کتاب جواهر که ثبوت شهرت عملی با این عده از فقهای عظام، که گروهی از آنان از متأخرین محسوب می شوند، محل تأمل است و قهرا مشمول أدله حجیت خبر واحد نمی شود. گرچه تحقیق آن است که موضوع حجیت در خبر واحد آن است که خبر باید موثوق الصدور باشد و وثوق به صدور گاه از وثاقت رواة پدید می آید، که در ما نحن فیه مفقود است؛ و یا اینکه



از عمل اصحاب بویژه قدما پدید می آید، که این معنی نیز محل تأمل است. بنا بر این ادله حجیت خبر واحد در حدیث «الخراج بالضمنان» ثابت نیست و قهرا روایت اعتباری ندارد.

## (ب) از نظر فقهای عامه

حدیث «الخراج بالضمنان» در جوامع روایی عامه نقل شده است، لکن تحقیق نشان می دهد که کثرت مصادر روایی در نقل این حدیث موجب تواتر لفظی و یا معنوی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 278

نمی گردد تا از مصادیق روایات قطعی الصدور گردد، به جهت اینکه يك روایت بیش نیست که عروة بن زبیر از عائشه نقل می کند، مضافاً اینکه ذهبی در تلخیص «1» از ابن خزیمه نقل می کند که او این حدیث را صحیح نمی داند. همچنین ابن حزم در محلی «2» این حدیث را صحیح نمی داند. بنا بر این، این روایت از حیث صدور مردود است و رکن اول روایت در عالم حجیت، که همان أصالة الصدور هست، غیر ثابت است.

## دلالت حدیث

احتمال اول: در مقبوض به عقد فاسد با توجه به قاعده «و علی الید ما أخذت حتی تؤدیة» که به محض قبض موجب ضمان است، زیرا ید او غیر مأذونه است و به محض قبض وجود اعتباری عین در ذمه اش می آید و منافع مستوفات را نیز ضامن است؛ لیکن اشکال شده است بر اساس قاعده «الخراج بالضمنان»؛ منافع در مقابل ضمان است، بدین معنی در مورد مقبوض به عقد فاسد و یا غصب چون قابض ضامن شده است، در مقابل، منافع از آن او است و اکثر علمای عامه و گروهی از فقهای شیعه همین معنی را اختیار کردند. لکن این معنی خلاف ظهور عرفی و غیر عقلانی است، به جهت اینکه مسأله ضمان بر اساس قاعده «و علی الید ما أخذت حتی تؤدیة»

---

(1). دارقطنی، علی بن عمر، سنن دارقطنی، ج 3، ص 53.

(2). بیهقی، همان، ج 8، ص 136.

است و هیچ گونه ارتباطی با ضمان منافع مستوفات ندارد و عمده دلیل ضمان در ما نحن فیه بنای عقلا است.

مضافاً اینکه مرحوم میرزای نائینی، قدس سرّه، نسبت به مفاد حدیث «الخراج بالضمنان» می فرماید: به مناسبت حکم و موضوع ضمان جعلی اصلی است که از طرف قانونگذار اسلام امضا شده است و قهراً شامل ضمان مقبوض به عقد فاسد و غصب و ضمان قهری نمی شود، زیرا منشأ ضمان عین و انگیزه او از این معنی تملك منافع عین است، علی هذا منحصرأ شامل بیع می شود لا غیر. به جهت اینکه «باء» در «بالضمنان» ظهور در سببیت و یا اینکه در مقابله دارد و مقتضای این ظهور، سببیت و مقابله از طرفین است، بدین معنی تملك منافع عین انگیزه ضمان عین است، و ضمان عین سببیت تملك منافع عین است، و این معنی در هر علت غائی است «1»، و لهذا منحصرأ مشتری ضامن میباید می شود در مقابل آن مالك منافع است.

احتمال دوم: الخراج بالضمنان یعنی منافع عین تابع ملکیت عین است، هر کس مالك عین است مالك منافع آن هم می باشد؛ که جمع کثیری از فقهای شیعه این معنی را اختیار کرده اند. لکن این معنی تماماً خلاف ظهور عرفی است، به جهت اینکه این معنی از بدیهیات است که ملکیت منافع تابع عین است.

احتمال سوم: سیدنا الاستاذ، حضرت امام (س) می فرماید: مقصود از خراج یعنی مالیاتی که حکومت اسلامی از شهروندان می گیرد، در مقابل تعهدی است که نسبت به ملت دارد در اداره مملکت و ایجاد امنیت در جامعه و تشکیل ارتش و تهیه مراکز

---

(1). علة بما هیته و معلول

آموزش و پژوهش و ساختن بیمارستانها و مراکز بهداشتی و تنظیم شهرداریها و غیر ذلك. به تعبیر دیگر دولتها در جوامع مترقی عقلانی در مقابل دریافت مالیات متعهد هستند همه خدمات شهری، فرهنگی و رفاهی را تأمین کنند؛ اما منابع ملی مثل: نفت، گاز، معادن و غیر ذلك صرف کارهای اساسی و زیربنائی می شود. (1)

مؤید احتمال سیدنا الاستاذ (س) این است که برداشت ما از فرمایشات پیامبر اکرم (ص) در راستای فقه حکومتی است. با توجه به اینکه دین اسلام نظام حکومتی دارد و حکومت جزء احکام اولیه است، قهرا احکام و قوانین با توجه به نظام حکومتی تشریح می شود و معنی ندارد دینی که خود نظام حکومتی دارد، احکام و قوانین آن غیر مرتبط با حکومت باشد و به شکل فردی تشریح شده باشد. بویژه در چند مورد این حدیث با واژه و «قضی» رسول الله (ص): الخراج بالضممان (2) آمده است و به عقیده سیدنا الاستاذ (س) با توجه به روایات وارده از پیامبر اسلام (ص) و امیر المؤمنین (ع)، که با لفظ «قضی» 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 لفظ از سایر ائمه اطهار علیهم السلام است که زعامت و حکومتی نداشتند.

احتمال چهارم: صاحب هدایة الطالب، قدس سرّه، می فرماید: خراج به معنای خسارت است و در ما نحن فیه مراد خسارت منفعت عبد است. اساسا خسارت سبب ضمان است و چون در منافع مستوفات ضمان ثابت نیست، به جهت اینکه در مورد

خمینی، کتاب البیع، ج 1، ص 468 و 469.

(2). بیهقی، سنن کبری، ج 5، ص 321 و 322.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 281

روایت عروة بن زبیر «عبد» ملك مشتری است، بنا بر این غرامت ثابت نیست و لهذا پیامبر اکرم (ص) می فرماید: إن عمله للمشتري: لأن الخراج بالضمان.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ\*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 283

## (5) قاعده فراغ و تجاوز

### اشاره

از جمله قواعد فقهی که مشهور است قاعده فراغ و تجاوز می باشد. قاعده فراغ و قاعده تجاوز در مقام بیان این مطالب است که آیا از امارات و طرق محسوب می شوند یا اصول عملیه تنزیلیه خواهند بود؟ ضابطه شناخت اینکه اماره یا اصل باشند این است که: اماره به هر آنچه که افاده ظن نوعی کند، قانونگذار برای آن کاشفیت تامه جعل می کند. یعنی کاشفیت ناقصه آن را به عنوان کشف تام در عام اعتبار تشریحی در نظر می گیرد و در حکم کشف تام لحاظ می کند. اما بر خلاف اصول عملیه که صرفاً وظایف عملی به شمار می آیند و عبارت از اصل عملی در زمانی است که مجتهد شاک، بعد از جستجو و فحص از دلیل اجتهادی هنگامی که به آن دسترسی نمی یابد، برای آن در نظر می گیرد.

سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا قاعده فراغ و تجاوز وظایف عملی هستند، یا افاده ظن نوعی می کنند و آیا ادله ای که دلالت بر حجیت قاعده فراغ و تجاوز دارند، جنبه متمیم کشف دارند و کاشفیت ناقصه آنها را متمیم می کنند یا خیر؟

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 284

باید بگوییم که قاعده فراغ در حقیقت صحت موجود را درست

می‌کند. یعنی هر مرگبی که دارای اجزاء و شرایط و فاقد الموانع باشد، لسان قاعده این است که می‌گوید آن مرکب تام الاجزاء و الشرائط و فاقد الموانع را آورده است و در واقع صحت آن را درست می‌کند و در قاعده تجاوز عبارت از وجود شیء است که در هنگام گذشتن از محل آن جزء داخل در محل دیگری می‌شود، و بعد شك کنیم آیا جزء قبلی در محل خودش آورده شده یا خیر؛ می‌گوید، آورده است. انسان مکلف وقتی در مقام امتثال امر قانونگذار و تحصیل غرض باشد و از طرفی به آن مرکب شناخت و نسبت به اجزاء و شرایط آن آگاهی داشته باشد، آن عمل را به طور صحیح به جا می‌آورد و اگر در پایان عمل شك کند که آیا همه آن مرکب را آورده یا خیر، بنای عقلا در این زمینه بدین گونه است که همه را آورده است. زیرا طبیعت انسان در هنگام بجا آوردن عملی به صورتی است که آن را با تمام اجزاء و شرایط می‌آورد و لذا عقلا در هنگام نسیان و شك، اصول عدمیه را جاری می‌کنند و می‌گویند طبیعت اولیة انسان توجه و التفات داشتن به آن عمل و عدم خطا و نسیان خواهد بود و این از اصول مسلم عقلائی بوده که در هنگام شك، اصالت عدم خطا و نسیان جاری می‌شود؛ چون عقلا این حالت را بر خلاف حالت اولیة انسان می‌دانند و اشتباه و نسیان عارض بر انسان می‌گردد و جزء طبیعت اولیة او نیست. پس وقتی شارع مقدس ما را مکلف کند و ما نیز در مقام امتثال باشیم،

طبیعت اولیه این خواهد بود که مرکب را تام الاجزاء و الشرائط و فاقد الموانع بجا می آوریم و در هنگام اتیان مرکب، هر جزئی را در محل خود می آوریم؛ لذا در هنگام شك بنای عقلا این است که درست آورده ایم و در پایان مرکب گفته می شود که صحیح آورده ایم و بنای عقلا بر صحت عمل می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 285

بنا بر این قاعده فراغ و تجاوز جنبه کاشفیت دارند، البته کاشفیت آن به صورت ناقصه خواهد بود و با این ادله و روایاتی که می فرماید:

[«شكك ليس بشيء» یا «يمضى في صلاته»] «1» و یا «إنما الشك في شيء لم تجزه» «2» اینها سمت تتمیم را دارند و این کاشفیت ناقصه در حکم کاشفیت تامه لحاظ می شود و بر اساس همان کشف تام عمل می شود. بنا بر این به صورت وظیفه عملی نخواهد بود، بلکه اماره ای است که هم عقلا قبول دارند و هم شارع مقدس و قانونگذار آن را امضا و تنفیذ کرده است و جنبه کاشفیت و طریقت داشته که قانونگذار آن را جعل فرموده است. پس به جرات می توان گفت که قاعده فراغ و تجاوز جزء امارات و طرق محسوب می شوند و جزء اصول عملیه از قبیل اصل تنزیلی که مشکوک را در حکم متیقن فرض کند، نیستند و صرف وظیفه عملی نخواهند بود، بلکه جنبه طریقت و کاشفیت داشته لکن به وسیله جعل شارع خواهد بود و قانونگذار با این جعل تتمیم کشف می نماید و آن را در حکم کشف تام به حساب می آورد.

### بررسی ادله اثبات قاعده فراغ و تجاوز

روایات زیادی در این زمینه هستند که می توان بدان استناد کرد؛ از جمله

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 286

می فرمایند: «یا زراره إذا خرجت من شیء دخلت فی غیره فشکک لیس بشیء» «1». که کلام «إذا خرجت من شیء ثم...» هم شامل قاعده فراغ و هم تجاوز می گردد.

دومین روایت صحیحہ محمد بن مسلم از حضرت باقر (ع) است که فرمود: «کلّ ما شککت فیہ ممّا قد مضی فامضه كما هو» «2»، و شاهد کلام در هر دو روایت می مضی و فامضه می باشد.

و یا در روایت ابن ابی یعفور از امام صادق (ع) که فرمود: «إذا شککت فی شیء من الوضوء و دخلت فی غیره فلیس شکک بشیء، انما الشک اذا کنت فی شیء لم تجزه» «3»، و عبارت «لم تجزه» خواه مرکب یا جزء باشد، هم می توان به اجزاء وضو مربوط دانست و هم به کل وضو.

در همین باب باز هم محمد بن مسلم از امام صادق (ع) روایت می کند که فرمود:

«کَلِّمًا مَضَى مِنْ صَلَاتِكَ وَ طَهْرِكَ فَذَكَّرْتَهُ تَذَكُّرًا فَمَضَى وَ لَا إِعَادَةَ عَلَيْكَ فِيهِ» «4»؛ و بیان کلی «مَضَى مِنْ صَلَاتِكَ وَ طَهْرِكَ» به جمیع و یا بعضی از اجزاء مرکب و ذکرته یا قبل از فراغ

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

(2). شیخ طوسی، همان، ص 344، ح 1426، باب احکام السهو، ح 14؛ حر عاملی، همان، ح 3.

(3). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 33، ابواب الوضوء، باب 42، ح 6.

(4). شیخ طوسی، همان، ص 103؛ حر عاملی، همان، ص 331، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 287

یادآوری بعد از فراغ از نماز باشد، در این صورت شامل قاعدة فراغ و اگر در حین نماز باشد، قاعدة تجاوز را در بر می گیرد.

روایت بعدی از بکیر بن اعین از امام صادق (ع) است که فرمود: «هو حین يتوضأ اذکر منه حین یشک» (1) در اینجا امام (ع) علت آن را بیان می کند که از این عبارت می توان استفاده اماریت نمود (شرح و توضیح بیشتر این روایات در بخش اثبات ادله و روایات خواهد آمد). بنا بر این روایات در این مقام هستند که مکلف عملش را درست بجا آورده و نباید به شك خود اعتنا کند و عبارت «یمنضی» در بیان این مطلب است که باید بگذرد و به شك خود اعتنا نکند و صلاة را ادامه دهد و اگر پایان نماز باشد و در صحت نماز شك بوجود آید، بیانگر قاعدة فراغ بوده و اما اگر شك در اثنای نماز باشد، مقام



قاعده تجاوز خواهد بود و عبارت «اذا خرجت من شىء ثم دخلت فى غيره فشكك لیس بشىء» «2» بیان لسان قاعده تجاوز بوده و «لیس بشىء» می گوید اعتنا نکن و به عبارت دیگر در بیان وجود الشىء می باشد که می گوید: بگو آورده ای؛ بنا بر این از ادله و روایات در این زمینه استظهار کردیم که روایات وارده دلالت دارند که این دو قاعده اماره هستند و جزء اصول عملیه نیستند.

در نتیجه ملزومات و لوازمات عقلیه و عادیه آنها نیز حجت می باشد.

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 265؛ باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 114؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 331، باب 42، ح 7.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل للواقع فى الصلاة، باب 23، ح 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 288

بنای عقلا: یکی دیگر از ادله برای اثبات قاعده فراغ و تجاوز، بنای عقلا می باشد.

بنای عقلا در جایی که قانونگذار مرکبی را بر مکلفین واجب کند و مکلف هم بخواهد در مقام اطاعت و امتثال برآید، به گونه ای که از امر قانونگذار منبث شده و با التفات به اینکه این مرکب دارای اجزاء و شرایط بوده، در نتیجه آن مرکب را با التفات و توجه بجا می آورد و لذا اگر شك کند در این صورت نسبت به اجزاء و شرایط قبلی بنای آوردن آن خواهد بود و اگر بعد از فراغ از عمل باشد، لسان بنای عقلا مبنی بر آوردن آن عمل به صورت تام الاجزاء و

الشرائط و فاقد للموانع خواهد بود. زیرا طبیعت اولیه مکلف در این حالات که موجب شوق مؤکد و حمله نفس شده، مرکب را با همه اجزاء و شرایط بجای می آورد؛ در هنگام شك که طبیعت ثانویه او خواهد بود، اصالت عدم نسیان جاری می گردد و اصالت عدم نسیان و عدم اشتباه و عدم خطا جزء اصول عقلایی می باشد و عقلا این اصول را در محیط خود جاری می کنند. اما مدرک این اصول عقلیه مبنای شرعی ندارد بلکه مدرک آن عقلائی می باشد؛ و عمده مدرک این قاعده نیز بنای عقلا می باشد. بنا بر این سیره عقلا در اتیان مرکب این است که مکلف آن را کامل می آورد و نسیان و خطا يك حالت ثانوی خواهد بود که در موارد استثنائی عارض می شود و اما در حالات عادی و طبیعی انسان، توجه و التفاوت وی نسبت به انجام تکلیف می باشد و بنای آن، اتیان و امثال عمل می باشد که در مقام انجام امر تکلیفی خود می باشد و با این هدف وارد عمل می شود و در عین حال به آن توجه کامل دارد.

نتیجه ای که از بنای عقلا گرفته می شود، در جایی که مرکبات تشریح شده از طرف قانونگذار وضع شده باشد و مکلف در هنگام عمل نسبت به اجزاء گذشته

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 289

شك کند، بنای آوردن آن عمل می باشد مگر اینکه یقین حاصل شود به عدم اتیان آن و در غیر این صورت طبیعت اولیه، اتیان و انجام عمل خواهد بود.

و اما اگر مکلف بعد از فراغ از عمل شك کند به اینکه آیا عمل انجام شده صحیح و تام الاجزاء و

الشرائط و فاقد للموانع بوده یا اینکه فاقد بعضی از آنها بوده، بنای عقلا این است که صحیح اتیان شده و تام الاجزاء و الشرائط و فاقد للموانع موجود شده است.

در نتیجه به ضمیمه بنای عقلا- و رویه آنها و همچنین استظهار از روایات، که موجب ارشاد به حکم عقلا می گردد، دیگر امر تعبیدی نخواهد بود. لذا قاعده فراغ و تجاوز جزء امارات محسوب می گردند و با پذیرش این مطلب که این قواعد جزء اصول نبوده، موجب خواهد شد که آثار و ثمرات مهمی برای فقه بوجود آورد.

- آیا قاعده فراغ و تجاوز از نظر مفهوم و مصداق با یکدیگر تفاوت دارند یا در حکم قاعده واحدی هستند؟

در اینجا این مسأله مطرح می شود که اگر بگوییم واحد هستند، آیا قانونگذار می تواند با يك کبری کلی هم قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز را جعل کند و یا امکان عقلی دارد یا مبتنی بر استفاده لفظ در اکثر از معنای واحد خواهد بود؟ در اینجا گفته شده غیر معقول است که با جعل واحد هر دو قاعده فراغ و تجاوز را بوجود آورد. زیرا هم از نظر مفهوم و هم از نظر مصداق در خارج دو چیز هستند. اما اگر بتوان بین هر دو جامعی درست کرد که هم شامل قاعده فراغ و هم شامل قاعده تجاوز گردد، اشکالی نخواهد داشت؛ زیرا جامع بر افراد خودش سرایت می کند و شامل هر دو می گردد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 290

اما اشکالی که وارد شده این است که نمی تواند با جعل واحد هم متضمن قاعده فراغ و هم متضمن قاعده تجاوز گردد.

بیان ذلك: قاعده فراغ ناظر

به صحت موجود می باشد. یعنی این مرکب و عمل که فرد در خارج موجود کرده و در صحت و فساد آن شك نموده، در اینجا قاعده فراغ صحت این عمل موجود را درست می کند و اما قاعده تجاوز به اعتبار جزء مشکوک بوده و از محل آن نیز تجاوز شده و مکلف هم نمی داند که آیا آن را آورده است یا خیر، قاعده تجاوز می گوید آن شیء مشکوک، موجود است. پس لسان یکی وجود الشیء است و لسان دیگری صحت الموجود است.

قدر مسلم وجود الشیء مفاد کان تامه است و صحت موجود مفاد کان ناقصه خواهد بود و از طرفی می دانیم که مفاد کان ناقصه با مفاد کان تامه دو چیز مابین بوده و غیر معقول است که با جعل واحد هم مفاد کان ناقصه و هم مفاد کان تامه جعل شود.

توضیح مطلب: ابتدا باید يك ضابطه کلی را مطرح نماییم. در مفاد کان تامه، محمول همیشه به صورت وجود مطلق خواهد بود و لو اینکه در موضوع آن چندین قید آورده شود.

مثلا وقتی گفته می شود: «العالم الفقیه الهاشمی العادل موجود»، این قیود هاشمی و فقیه و عادل، قیود موضوع می باشند و اما محمول آن موجود می باشد که بطور مطلق گرفته شده است.

اما اگر قیود در محمول آورده شود، یعنی وجود مقید گرفته شود و بگوییم: «هذا الموجود صحیح» و صحت موجود را در نظر بگیریم به اینکه وجود مقید به صحت،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 291

گفته شده است. بنا بر این مفاد قاعده فراغ، مفاد کان ناقصه بوده و مفاد قاعده تجاوز، مفاد کان تامه می باشد.

به عبارت دیگر مفاد قاعده تجاوز

وجود مطلق بوده و مفاد قاعده فراغ وجود مقید می باشد و معقول است که قانونگذار با جعل واحد و يك كبرى کلی واحد، جامعی را جعل کند که آن جامع هم در مفاد کان ناقصه و هم در مفاد کان تامه ساری باشد.

بله اگر قیودات همگی برای موضوع باشد و محمول نیز یکی باشد، در این صورت جعل واحد اشکالی نخواهد داشت و با تشکیل يك جامع هم در قاعده فراغ و هم در قاعده تجاوز سرایت داده می شود. اما اشکال در اینجاست که قاعده فراغ در محمول دارای قید بوده و دارای وجودی مقید می باشد و اما قاعده تجاوز دارای وجود مطلق بوده و قابل تصور نیست که جامعی را بوجود آوریم.

اگر در اینجا قائل شویم به استعمال لفظ در اکثر از معنا، درست نخواهد بود و در هر صورت ارتباطی با مسئله استعمال ندارد. بلکه بحث اساسا در این است که آیا قانونگذار چنین توانی دارد که با جعل واحد، جامعی را فرض کند که آن جامع هم بنحو کان تامه و هم بنحو مفاد کان ناقصه جاری شود؟ این معنی غیر معقول است که جامعی را تصور کنیم که هم داخل در محمول وجود مقید، و هم داخل در محمول وجود مطلق شود.

در باب مفاد کان تامه بحث از قضیه ثنائیه است؛ زیرا محمولش عین موضوع و دارای وجود مطلق بوده و اما در باب مفاد کان ناقصه، بحث قضیه ثلاثیه می باشد.

زیرا محمول آن دارای وجود مقید می باشد و لذا قابل تصور نیست جامعی فرض شود که هم در قضیه ثنائیه و هم در قضیه ثلاثیه ساری باشد. زیرا این دو قضیه

با یکدیگر متباین هستند و با یکدیگر قابل جمع نیستند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 292

- فرمایش شیخ انصاری در این زمینه: شیخ انصاری (ره) می فرماید با جعل واحد می توان هم قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز را جعل کنیم. چرا؟ ایشان عقیده دارند که می توان قاعده فراغ را ارجاع دهیم به قاعده تجاوز، به عبارت دیگر بازگشت قاعده فراغ به قاعده تجاوز می باشد.

توضیح مطلب: گفتیم مفاد قاعده فراغ در صحت موجود است و مفاد قاعده تجاوز در صحت وجود مشکوک است. حالا اگر شك بعد از نماز باشد، نتیجه اش این است که نمی دانیم صلاة با اجزاء و شرایط بجا آورده شده یا خیر؟ در صورتی که صحت را قید موضوع بگیریم و گفته شود «الصلاة الصحيحة وجدت» که این وجدت به صورت مطلق خواهد بود نه مقید، اما در موضوع آن باید تقیید بزنیم تا به صورت مفاد کان تامه درآید.

بنا بر این طبق نظر شیخ انصاری جامع «وجود الشیء مشکوک» می باشد تا هم با قاعده تجاوز که «الجزء المشكوك الموجود» و هم با قاعده فراغ که «الصلاة الصحيح المشكوكه وجدت» سازگار خواهد بود؛ پس وجد (وجود الشیء) هم محمول قرار گرفته می شود برای قاعده فراغ و هم محمول برای قاعده تجاوز و با تشکیل جامع واحد، هم در قاعده فراغ و هم در قاعده تجاوز ساری می شود.

تحقیق مطلب: آیا می توان با جعل واحد و با ایجاد جامع واحد آن را در هر دو قاعده جاری ساخت؟ این بحث در دو مقام ثبوت و اثبات مطرح می شود.

در مقام ثبوت: بحث این خواهد بود که آیا محققا امکان دارد قانونگذار جامع واحدی را

جعل کند به طوری که آن جامع واحد، مجعول را در هر دو قاعده فراغ و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 293

قاعده تجاوز ساری کند؟ شیخ انصاری می فرماید در مقام ثبوت برای قانونگذار امکان دارد شیء واحدی را بعنوان جامع بین قاعده فراغ و تجاوز جعل کند.

در مقام اثبات: عمده بحث در مقام اثبات در روایات و ادله مطرح می شود که آیا ما روایاتی داریم که هم ناظر به قاعده فراغ و هم ناظر به قاعده تجاوز باشد؟ قبل از پرداختن به این بخش ابتدا اشکال دیگری را مطرح می کنیم.

اشکال مرحوم میرزای نائینی (ره): ایشان معتقد است که غیر معقول است با جعل واحد، جامع واحدی فرض شود که در هر دو قاعده فراغ و تجاوز جاری باشد. زیرا در قاعده فراغ، نتیجه باید این باشد که گفته شود این موجود صحیح است و شما باید صحت موجود را درست کنید. زیرا وقتی مصلی بعد از فراغ از نماز شك می کند که این صلاة موجود شده صحیح است یا خیر، در حقیقت شما با این بیان می خواهید صحت را قید موضوع بگیرید و محمول را وجود مطلق بگیرید، در نتیجه لازمه عقلی وجود الصحیح این است که «هذا صحة الموجود» است و این مؤدای قاعده فراغ نیست، بلکه اثر برای صحة الموجود است و شما صحیح را قید موضوع گرفته اید، به اینکه «الصلاة الصحیحة موجودة» و از آن طرف می خواهید صحة الموجود را ثابت کنید و این مثبت خواهد بود و می دانیم که مثبتات اصول حجت نیستند.

جواب: جواب اول طبق مبنای خود که معتقدیم قاعده فراغ و تجاوز اماره هستند و لازمه

عقلی «الصلاة الصحيحة موجودة...» این است که صحة الموجود است و در امارات، مثبتات آن حجت خواهد بود و مستلزم اشکالی هم نخواهد بود. اما اگر قاعده فراغ و تجاوز را اصل عملی بگیریم، در آن صورت شبهه عدم حجیت مثبتات

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 294

اصول مطرح می گردد. اما برای ما که اعتقاد به اماره بودن این دو قاعده داریم، جای اشکالی باقی نخواهد ماند.

جواب دوم: شما وقتی می فرمایید اثر برای صحت موجود است نه برای «الصلاة الصحيحة موجودة»، در حالی که مصلی شك می کند آیا امر به صلاة دیگری دارد یا خیر؟ و نمی داند آیا امر صلاتی ساقط شده یا خیر، و اگر ما بخواهیم اصل مطلب را دریابیم، خواهیم دید که مصلی می خواهد بفهمد امر صلاتی ظهر ساقط شده یا خیر و باید بار دیگر آن را بخواند. در اینجا قاعده فراغ طبق این نظر می گوید: «الصلاة الصحيحة الظهر موجودة» خوب اگر صلاة صحیحهُ ظهر موجود باشد، مگر در باب اجزاء مسأله غیر از این خواهد بود؟ زیرا در مبحث اجزاء امر به امثال آنچه که قانونگذار گفته، ساقط می شود و عمل در خارج مطابق مأمور به باشد. هرگاه مأتی به در خارج مطابق مأمور به باشد، موجب امثال به اجزاء و سقوط امر خواهد شد.

بنا بر این وقتی این معنا با قاعده فراغ اثبات شود که «الصلاة الظهر الصحيحة موجودة»، در این صورت دیگر لازم نیست گفته شود اثر برای صحت موجود است تا موجب مثبت بودن شود. زیرا با معنای «الصلاة الظهر الصحيحة موجودة»، ثابت می کنیم امر صلاتی ساقط می گردد و نیازی به بیشتر از این



معنا نخواهد بود.

نتیجه اینکه: اولاً قاعده فراع را اماره می دانیم، نه اصل و ثانیاً اصل این استدلال درست نیست. یعنی حتی اگر ما جدلاً قاعده فراع و تجاوز را اصل عملی بدانیم، باز هم عرض می کنیم که اینجا اصل مثبت نخواهد بود؛ چرا؟ زیرا اثر برای «الصلاة الظهر الصحيحة موجودة» و این معنا را می توان با قاعده فراع ثابت کرد و در این صورت هم امر صلاتی ساقط می شود و هم موجب تحصیل غرض می گردد و این

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 295

همان موضوع امتثال و اجزاء می باشد. اشکال دوم مرحوم میرزای نائینی (ره) به شیخ انصاری (ره): لسان قاعده تجاوز، تجاوز از محمل می باشد. در قاعده فراع، تجاوز از نفس ذات می باشد و یکی از اطلاقات آن، «انما الشك في شيء لم تجزه» «1» یا «اذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء» «2». این روایات درباره تجاوز از قاعده تجاوز در محمل می باشد. یعنی هرگاه از محل شك تجاوز کردید، مثلاً مصلی در سجده است و نمی داند آیا رکوع را آورده یا خیر، و محل شك در رکوع می باشد و حالاً از محل شك تجاوز شده است. در روایات وقتی می فرماید «یمنضی»، یعنی بگذرد و اعتنا نکند، برای تجاوز از محمل می باشد. در قاعده فراع، تجاوز از نفس ذات صلاة است و ایشان می فرماید که نمی توان با يك کبری کلی جامعی درست کرد که هم شامل محمل و هم شامل نفس و ذات در قاعده فراع گردد.

جواب: ما وجود الشيء را جامع قرار دادیم و شیء از اوسع مفاهیم می باشد که حتی شامل واجب الوجود می شود. «النفس شيء»

و «المحل شیء»، التجاوز عن المحل عن الشيء است و تجاوز از ذات نیز، تجاوز از شیء خواهد بود. پس در اینجا التجاوز عن الشيء و وجود الشيء معنای جامع ما می باشد و این معنا هم شامل قاعده فراغ و هم تجاوز می گردد. زیرا التجاوز عن الشيء شامل التجاوز عن المحل

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 296

المشكوك می شود. التجاوز عن الشيء شامل التجاوز عن نفس الشيء که مورد قاعده فراغ است و بازگشت آن به يك ملاك و دليل واحد می باشد.

اشكال سوم مرحوم میرزای نائینی به شیخنا الاعظم: اشکالی دیگری که مانع از تشکیل جامع می شود. بیان مطلب: در قاعده تجاوز متعلق شك، جزء مرکب است و اما در قاعده فراغ، متعلق شك کل مرکب می باشد و غیر معقول است که در آن واحد بتوان هم لحاظ جزء و هم لحاظ کل صورت گیرد، چرا؟ زیرا در مرتبه لحاظ «الجزء جزء» نمی توان کل را لحاظ کرد و خود کل مجموعه آن اجزاء بوده و با جمع شدن اجزاء، موجب تشکیل کل را فراهم می آورد. پس کل اجزاء معلول به صورت مجتمعا بوده و جزء، مرحله علیت را تشکیل می دهد. بنا بر این شما در همان آنی که لحاظ «الجزء جزء» می کنید در همان آن نمی توانید لحاظ

کل را هم انجام دهید و همزمان با لحاظ کل نمی توان لحاظ جزء بما انه جزء باشد، داشته باشید، چرا؟ زیرا جزء در آن هنگام در کل مندک شده و حالت اندکاکمی یافته و اجزاء داخل در عنوان کل شده اند. لذا هرگز نمی توان هر دو لحاظ را در يك زمان و با هم داشته باشید و لحاظ جامع در عرض یکدیگر بوده که هم شامل کل و هم شامل جزء می شود و این غیر معقول می باشد. برای اینکه در هنگام لحاظ کردن جزء، کل وجود ندارد و در مرحله کل بودن نیز وجود اجزاء در کل مندک بود، و هیچ گاه نمی توان هر دو لحاظ را به صورت استقلالی و جداگانه داشته باشید. بنا بر این تصویر جامع در کار نخواهد بود.

جواب: مطلبی که ایشان می فرمایند، یعنی اگر جزء به عنوان آنه جزء و کل به عنوان آنه کل باشد، در این صورت فرمایش ایشان درست خواهد بود. اما ما نیازمند عنوان نیستیم. بلکه لحاظ جزء و کل بما انه شیء مطرح بوده و اینها در عرض

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 297

یکدیگر قرار می گیرند و در همان وقتی که کل شیء است، جزء نیز شیء خواهد بود و دیگر بین آنها تقدم و تأخر زمانی واقع نمی شود. زیرا هیچ کدام از آنها در عالم شیئیت با یکدیگر تفاوتی ندارند و هر دو در مرتبه واحده و زمان واحده قرار گرفته اند و علاوه بر آن تقدم و تأخر رتبی نیز برقرار نخواهد شد.

بنا بر این وقتی بخواهیم جامع را وجود الشیء بگیریم، در این صورت احتیاجی نیست که وجود الشیء، جزء بما انه جزء

فرض شود و یا کل بما آنه کل در نظر گرفته شود، تا جای این صحبتها به میان آید و گفته شود اینها هم از حیث زمانی و هم از حیث رتبه با یکدیگر رابطه طولی داشته و قابلیت جمع نخواهند داشت و منجر به غیر ممکن بودن تصویر جامع گردد. ما هرگز نمی خواهیم «الجزء بما آنه جزء» و «الکل بما آنه کل» را در نظر بگیریم، بلکه می خواهیم آن را به عنوان شیء لحاظ کنیم و در نتیجه تصویر جامع عبارت از «وجود الشیء» می باشد که هم شامل قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز گردد. به عبارت دیگر، در مقابل هذا الجزء المشكوك الوجود الذي تجاوز عن المحل، هو وجد ام لا، جواب داده می شود: وجد و بعد از اتمام مرکب که آیا صحیح به جا آورده شده یا خیر؟ گفته می شود: المركب الصحيح وجد و این مطلب، موضوع برای سقوط امر و حصول غرض می گردد و اجزا در اینجا نیز اجزای عقلی خواهد بود. زیرا عقل حکم به اجزاء می نماید که همان مأتی به مطابق مأمور به خواهد شد.

بحث در مقام اثبات: در مقام اثبات صحبت از ادله و روایات خواهد بود که آیا می توان از طریق روایات آن جامع کلی را بدست آورد که شامل قاعده فراغ و تجاوز گردد؛ و این بر خلاف کلام محقق نائینی خواهد بود که ایشان قائل به عدم جعل واحد بودند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 298

روایات در این زمینه در کتاب وسائل الشیعة، جلد 5، ص 336، باب 33، ابواب الخلل الواقعة فی الصلاة، می باشد که روایت اول را جناب شیخ طوسی در

1- روایت اول از محمد بن الحسن باسناده عن احمد بن محمد، عن احمد بن محمد ابی نصر بزنی، عن حماد بن عیسی، عن حریر عن عبد الله عن زراره (روایت صحیحہ است)؛ قلت لأبي عبد الله (ع) رجل شك في الأذان وقد دخل في الإقامة، قال (ع): «يمضي»، قلت: رجل شك في الإقامة وقد كبر، قال (ع): «يمضي» قلت رجل شك في التكبير وقد قراء، قال (ع): «يمضي» وقلت: شك في القراءة وقد ركع، قال (ع): «يمضي». قلت: شك في الركوع وقد سجد، قال (ع): يمضي في صلاته» ثم قال (ع): «يا زرارة إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء» «1». محل شاهد کلام عبارت «يمضي» می باشد و کلام «اذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء» که هم شامل قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز می گردد.

روایت دیگر در همین باب که شیخ طوسی در تهذیب نقل می کند. شیخ از صفوان عن بکیر، عن محمد بن مسلم (روایت صحیحہ است) عن ابی جعفر (حضرت باقر (ع) قال: «كل ما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو» «2» یعنی کل ما شککت فیہ ممّا قد مضی سواء کان شیء الذي شككت فيه من الجزء، که در این صورت

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

(2). شیخ طوسی، همان، ص 344، ح 1426، باب احکام السهو، ح 14؛ حر عاملی، همان،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 299

شامل قاعده تجاوز می شود و یا در عبارت «هذا الذي شككت فيه هو الكل و المركب» که بیان قاعده فراغ می گردد. پس طبق صحیحه محمد بن مسلم، این کبری کلی که به صورت «کَلَّمَا شَكَّكَتْ فِيهِ مِمَّا قَدْ مَضَى فَاَمْضَهُ كَمَا هُوَ» (1)، شامل هر دو قاعده بوده و به يك لسان واحد صادر شده است.

سومین روایت در جلد اول وسائل، ص 330، روایت دوم که شیخ طوسی در کتاب تهذیب نقل می کند، از مفید عن احمد بن محمد عن أبيه، عن سعد بن عبد الله، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن احمد بن محمد بن ابی نصر، عن عبد الكريم عن عمرو، عن عبد الله بن ابی يعفور، عن ابی عبد الله (ع) (روایت نسبتاً خوب است) قال: اذا شككت في شىء من الوضوء وقد دخلت في غيره فليس شكك بشىء، إنما الشك إذا كنت في شىء لم تجزه» (2)، حالا آن شىء که لم تجزه خواه مرکب یا جزء باشد، یعنی اگر در شىء از وضو شك کردی و دخلت في غيره، هم می توان به اجزاء وضو مربوط دانست و هم به کل وضو بدانیم.

البته اکثر علمای شیعه قاعده تجاوز را در وضو جاری نمی کنند و فقط قاعده فراغ را مطرح می کنند. اما به نظر می رسد که هر دو قاعده در وضو جاری می شود. گرچه در اینجا ادعای اجماع شده اما از روایات و از جمله همین روایت می توان چنین استفاده کرد که هم قاعده تجاوز و هم قاعده فراغ جاری می شود.

(1). همان.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262،

باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 300

چهارمین روایت در همین باب که جناب شیخ طوسی در کتاب تهذیب نقل می کند و آن روایت ششم در همین باب ذکر شده و عبارت است از: اسناد شیخ از سعد بن عبد الله، عن موسی بن جعفر، عن ابی جعفر، عن الحسن بن الحسن اللؤلؤیی، عن الحسن بن الحسن بن فضال، عن عبد الله بن بکیر، عن محمد بن مسلم قال:

سمعت ابا عبد الله (ع) يقول كلما مضى من صلاتك و طهورك فذكرته تذکرا فامضه و لا اعادة عليك فيه «1»، بیان کلی مضی من صلاتك و طهورك فذكرته تذکرا، عبارت کَلَّمَا مَضَى یعنی جمیع اجزاء مرکب و یا بعضی از اجزاء مرکب صلاة و ذکرته یا قبل از فراغ مطرح می شود و یا در اثنای آن می تواند باشد. اگر یادآوری بعد از فراغ از نماز باشد در این صورت شامل قاعده فراغ می شود و اگر یادآوری در حین نماز باشد موجبات قاعده تجاوز را بوجود می آورد. پس ذکرته فی الاثناء و ذکرته بعد الفراغ و هم عبارت «کَلَّمَا مَضَى» شامل کل مرکب و یا شامل جزء آن می گردد.

آخرین روایت در این زمینه که هفتمین روایت در همین باب خلل در صلاة می باشد و جناب شیخ طوسی آن را در کتاب تهذیب آورده است: سند روایت از حسین بن سعید، عن فضاله، عن ابان بن عثمان، عن بکیر بن اعین (بکیر بن اعین از اصحاب امام صادق و امام باقر علیهما السلام می باشد و

بعضی به خاطر کلمه «قلت له» اعتبار روایت را زیر سؤال برده اند، در حالی که وقتی بکیر سؤال می کند، یا

---

(1). شیخ طوسی، همان، ص 103؛ حر عاملی، همان، ص 331، باب 42، من ابواب الوضوء، ح 6.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 301

از حضرت باقر و یا حضرت صادق علیهما السلام می باشد) قال قلت له: الرجل یشک بعد ما یتوضأ، قال (ع) «هو حین یتوضأ اذکر منه حین یشک» «1»، در اینجا امام (ع) علت آن را بیان می کند و از این عبارت می توان استفاده اماریت کرد و قاعده فراغ و تجاوز را اماره دانست و بعد می فرماید «هو حین یتوضأ اذکر منه حین یشک» «2»، یعنی وضوگیرنده در هنگام وضو گرفتن توجه بیشتری دارد نسبت به وقتی که دچار شک می گردد و در هر صورت در هنگام وضو (حین یتوضأ) گاه منشأ آن جزء است و گاه منشأ آن صحت این مرکب موجود می باشد، بنا بر این شکوک بوجود آمده خواه نسبت به اجزاء و خواه نسبت به صحت آن مرکب باشد، در تمام این موارد علت مطرح شده از جانب امام هم شامل قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز خواهد شد.

بنا بر این از این روایات و سایر روایت وارده در این زمینه می توان استفاده کرد و با پدید آوردن جعل واحد، هم مورد قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز را درست کرد.

در تجاوز از شیء هم گاه تجاوز از جزء و محل شرعی یک شیء می باشد، که شامل قاعده تجاوز می گردد و گاه تجاوز از نفس و از خود مرکب و کل می باشد که در این صورت شامل قاعده



فراغ می شود. زیرا تجاوز از شیء در کل و هم در جزء می تواند در عرض یکدیگر در نظر گرفته شود و «التجاوز عن الشيء» را می توان به عنوان جامع در نظر گرفت و عبارات «اذا جاوزت عن هذا الشيء» و یا «اذا

---

(1). شیخ طوسی، همان، ص 101، ح 265، باب صفة الوضوء، و الفرض منه و السنة، ح 114؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 331، ابواب الوضوء، باب 42، ح 7.

(2). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 302

خرجت من هذا الشيء» و یا «اذا شككت في شيء مما قد مضى» بیانگر آن است که هیچ مزیتی بین قاعده فراغ و تجاوز وجود نداشته و در عرض یکدیگر و به لسان واحد شامل هر دو می گردد، لذا می توان گفت قانونگذار با لسان و جعل واحد هم قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز را بیان فرموده است و تعبیر گوناگون در روایات در مقام این است که مکلف عملش را درست بجا آورده است و نباید به شك خود اعتنا کند و در هر دو قاعده می توان این مطلب را بیان کرد.

فرمایش امام راحل (س) در این زمینه: ایشان معتقدند که غیر معقول است قاعده فراغ از قاعده تجاوز جدا باشد، بلکه بازگشت آن به قاعده تجاوز خواهد بود.

توضیح مطلب: می فرمایند قاعده فراغ همان قاعده اصالة الصحة در فعل نفس می باشد. (اصالة الصحة به دو گونه است گاه در فعل نفس و گاه در فعل غیر می باشد. اصالة الصحة در فعل غیر همان قاعده معروف است که در معاملات جاری می شود و در هر جایی که شك بر صحت یا فساد عقد و

یا عملی باشد، قاعدة اصالة الصحة قائل به صحت آن می گردد). و جعل صحت در فعل نفس غیر معقول است.

زیرا صحت و فساد از احکام وضعیه نیستند که شارع مقدس آنها را در عالم اعتبار تشریحی جعل کند، بلکه عقل آن مفاهیم را انتزاع می کند. یعنی زمانی عقل به این کار مبادرت می کند که در خارج عمل انجام شده و یا به اصطلاح مآتی به مطابق مأمور به باشد و عقل در این هنگام قائل به صحت این عمل می شود؛ زیرا عمل انجام شده مطابق با گفته و خواسته قانونگذار است و اتیان عمل با تمام اجزاء و شرایط بجا آورده شده است و علاوه بر آن موانع را موجود نکرده است و در این اثنا عقل صحت عمل را انتزاع می کند. اما در صورت عکس مطلب، یعنی اگر صورت عمل

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 303

مطابق با درخواست قانونگذار نباشد و مآتی به مطابق با مأمور به نباشد، در این هنگام عقل فساد را انتزاع خواهد نمود.

به عبارت دیگر وقتی يك مرکبی با تمام اجزاء و شرایط و فاقد الموانع بجا آورده شود، موجب ترتب اثر و صحت عمل خواهد بود و از آن طرف اگر از يك مرکب يك جزء یا شرطی از آن آورده نشود، در حکم لیس خواهد بود و موجب فساد و عدم ترتب اثر خواهد شد. پس جعل قاعدة اصالة الصحة بر اساس جعل شارع غیر معقول بوده و صحت و فساد نیز از احکام وضعیه نیستند که قانونگذار آنها را در عالم اعتبار تشریح کند، بلکه از امور انتزاعیه ای هستند که عقل حکم به صحت

و فساد آنها می کند. بنا بر این جعل قاعدة اصالة الصحة برای قاعدة فراغ که صحت موجود را درست می کند، غیر معقول خواهد بود، به خلاف قاعدة تجاوز که وجود الشیء بوده و مفاد آن کان تامه است.

اشکال دوم: مصلی در هر جایی از صلاة باشد، عبارت «بمضی» می گوید: آورده شده و قابل اعتنا نخواهد بود و باید صلاة را ادامه دهد و اگر در پایان نماز باشد و در صحت نماز شك بوجود آید به اینکه جزئی یا شرطی آورده نشده، در اینجا اطلاقات «إِنَّمَا الشُّكُّ إِذَا كُنْتَ فِي شَيْءٍ لَمْ تَجْزِهِ» «1»، «و یا اذا خرجت من شیء ثم

---

(1). شیخ طوسی، همان، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 304

دخلت فی غیره فشكك لیس بشیء» «1» آن را در بر می گیرد و شامل داخل مرکب می شود. یعنی هنگام شك، اگر داخل در محل باشد و یا از محل آن گذشته باشد که در اینجا صدق می کند که از محل شرعی رکوع تجاوز شده و بر اساس آن اطلاقات به او گفته می شود: «شكك لیس بشیء» چرا؟ لانه خرج من شیء و دخل فی غیره، از محل شرعی رکوع خارج شده و در محل شرعی بعدی داخل شده که همان سجده باشد و این شامل مجموعه قاعدة تجاوز می گردد که اگر بعد از اتمام مرکب مورد شك قرار گیرد، مشمول اطلاقات می شود و اگر هم در اثنای عمل شك پدید آید، باز هم اطلاقات را در بر خواهد گرفت. بنا

بر این صحت موجود، مسبب از آوردن آن شیء مشکوک است و با آمدن قاعده تجاوز که قائل به صحت موجود می شود و می گوید اعتنا نکن و می گوید آن جزء آورده شده پس با آمدن سبب، دیگر جانی برای مسبب نخواهد ماند. زیرا با آمدن دلیل جایی برای شك باقی نمی ماند و این بدان معناست که در رتبه قبل، قاعده تجاوز جاری می گردد و دیگر نوبت به قاعده فراغ نمی رسد و اگر رتبه قاعده تجاوز بر فراغ مقدم شد، در این صورت غیر معقول خواهد بود و چیزی که از نظر رتبه مقدم باشد، موضوع رتبه بعدی را از بین خواهد برد و دیگر نوبت به رتبه شك در صحت موجود باقی نمی ماند و فعلی نمی شود. زیرا همواره قبل از اینکه رتبه صحت موجود، فعلی شود

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 305

موجب از بین رفتن شك در سبب می گردد و می گوید: بگو آورده شده و صحیح است و دیگر نباید اعتنا کرد. بنا بر این قبل از جریان قاعده فراغ، قاعده تجاوز جاری می شود و مانع از اجرای قاعده فراغ می گردد.

جواب: خدمت استاد بزرگوار عرض می کنیم که ما خواستار جعل صحت نیستیم.

بله اگر قرار بود ما خواهان جعل صحت باشیم این اشکال وارد بود و البته همین اشکال ایشان در قاعده اصالة الصحة مطرح می شد. زیرا در اصالة الصحة در فعل غیر نیز همین گونه است و گفته می شود جعل صحت غیر

معقول است. چون صحت از امور انتزاعیه بوده و از احکام وضعیه نمی باشد و این مورد اتفاق همه می باشد.

اما نکته قابل توجه این است که ما نمی خواهیم جعل صحت کنیم و اساسا با این کلمه کاری نداریم. بلکه شك ما در عمل انجام شده است که آیا به صورت تام الاجزاء و الشرائط اتیان شده یا خیر؟ و آیا مسقط امر آورده شده یا خیر؟ لسان قانونگذار در اینجا این است که بگو تعبدا آورده است و لازمه آوردن آن عمل صحیح بودن آن است، نه اینکه بخواهیم صحت را جعل کنیم تا فرمایش سیدنا الاستاذ شامل آن گشته و بگویند صحت امر انتزاعی بوده و غیر معقول است قانونگذار آن را جعل کند.

در واقع همان کلامی که در اصالة الصحة در فعل غیر گفته می شود عینا در قاعده فراغ نیز گفته می شود و در آنجا هم هیچ کس قائل به جعل صحت نشده است. در اینجا سؤال این است که در قاعده اصالة الصحة بنای عقلا چیست؟ جواب داده می شود: آن عمل انجام شده بر اساس تام الاجزاء و الشرائط بودن است که موجب افاده ظن نوعی می کند به اینکه اگر کسی بخواهد عملی را انجام دهد، آن را درست

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 306

و تام الاجزاء و الشرائط اتیان می کند. و لذا گفته می شود اماره است. در اینجا نیز در فعل نفس همین گونه خواهد بود و هیچ تفاوتی با آنها ندارد. بلکه تفاوت در متعلق آن خواهد بود. یعنی اگر متعلق صحت فعل غیر بود، قاعده اصالة الصحة اصطلاحی خواهد بود و اگر متعلق مربوط به فعل نفس باشد

موجب قاعده فراغ می گردد.

ثانیا ایشان می فرمایند برگشت قاعده فراغ به قاعده تجاوز است. اگر ما تعیین حدود کردیم و گفتیم قاعده فراغ شامل شك بعد از فراغ از مرکب است و در این صورت عملی که قانونگذار خواسته، آورده شده و عبارت «اعتنا نکن»، بیان همین معناست و در مورد قاعده تجاوز که بگوییم در اثنای عمل بوده و جعل از تجاوز از محل شرعی شك پدید آید که آیا آورده شده یا خیر، قانونگذار می گوید: آنچه که آورده شده صحیح است. لذا باید بگوییم جایگاه اینها دو موطن است. موطن یکی اتیان مرکب و موطن دومی بعد از اتیان مرکب (تجاوز و فراغ) است. مخصوصا هنگامی که بخواهیم در قاعده تجاوز، در خروج از محل شرعی و دخول در جزء دیگر صحبت کنیم. یعنی فقط خروج از شیء مورد نظر نبوده بلکه دخول در غیر نیز خواسته شود. اما در قاعده فراغ دخول در غیر خواسته نمی شود و تنها بعد از فراغ از عمل مطرح می شود که اگر بعد از فراغ شك بوجود آید، به قاعده فراغ می گوید:

بگو درست آورده شده است. اما در قاعده تجاوز باید از محل شرعی تجاوز کند و این بدون دخول در محل شرعی جزء دیگری ممکن نخواهد بود.

نظر مرحوم والد (ره) در قاعده فراغ و تجاوز: ایشان معتقدند قاعده فراغ و تجاوز به اعتبار روایات از اصول عملیه محسوب می شوند و به اعتبار بنای عقلا، اماره و طریق خواهند بود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 307

بیان مطلب: اگر به روایات نگاه کنیم عبارات «یمنی فی صلاة» یا «انما الشك إذا كنت فی شیء لم تجزه» (1)

و یا «اذا خرجت من شىء ثم دخلت فى غيره فشكك لیس بشىء» (2) اینها در مقام وظیفه عملی که در مقام شك بیان می شود و از حیث بنای عملی بوده که جزو اصول تنزیلی می باشد (در اصل تنزیلی مشکوک به منزله متیقن از حیث بنای عملی در نظر گرفته می شود). اما اگر مدرک را بنای عقلا بگیریم، در این صورت اماره عقلی محسوب می گردد و به عنوان اماره و طریق به شمار آورده می شود. زیرا بنای عقلا بر این است که در هنگام شك در اجزاء و شرایط، قائل به صحیح بودن عمل انجام شده هستند و شاهد این مطلب در وضو است که حضرت می فرماید: «هو حین يتوضأ اذکر منه حین یشک» (3) یعنی در هنگام انجام مرکب اذکر است و حضرت می خواهد بفرماید مکلف در هنگام امتثال امر شارع وقتی آشنایی به اجزاء و شرایط و موانع باشد، آن را صحیح به جا می آورد و در آن حالت اذکر و با توجه بجا می آورد و نسیان امر عارضی و ثانوی خواهد بود و این مضمون عین بیان اماریت بوده و بنای عقلا هم در این دو قاعده اماریت دارد.

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فى الصلاة، باب 23، ح 1.

(3). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 265، باب صفة

الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 114؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 331، ابواب الوضوء، باب 42، ح 7.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 308

جواب: عرض می کنیم روایات هم در این زمینه ناظر به بنای عقلا است زیرا روایات در مقام تتمیم کشف بوده که کاشفیت ناقصه را در حکم کاشفیت تامه به حساب آورد و اساساً قاعده فراغ همان اصالة الصحة در فعل نفس است و اصالة الصحة در فعل غیر است و بعضی از فقها تعبیر می کنند به اینکه قاعده فراغ، اصل صحت در فعل نفس می باشد و قاعده تجاوز نیز همین گونه است و لذا هر دو به ملاک واحد خواهند بود و بنای عقلا- این است که درست انجام شده است. بنا بر این به نظر می رسد بین روایات و بنای عقلا تفاوتی وجود نداشته بلکه به هر دو اعتبار، اماره و طریق خواهند بود.

در مرکبات شرعیه آیا محل عادی به محل شرعی ملحق می گردد یا خیر؟ در مرکباتی که شارع مقدس برای اجزاء آن محل تعیین کرده باشد و در يك واجب ارتباطی که همه اجزاء آن با یکدیگر مرتبط می باشند، محل شرعی هر کدام از اجزاء تعیین شده است و به حیثی که اجزاء باید در محل خودشان آورده شود و امر قانونگذار با پدید آمدن چنین غرضی، حاصل می شود. پس آن محل تعیین شده وقتی از محل شرعی مورد تعیین قانونگذار خارج شود، گفته می شود که از محل تجاوز شده و داخل در محل دیگری می شود. مثلاً زمانی گفته می شود از رکوع تجاوز شده که محل شرعی رکوع پشت سر گذاشته شود و داخل در



محل سجده تین گردد. پس اگر شارع مقدس محلی برای مرکبات اعتباری در واجبات ارتباطی تعیین کند، در آن صورت تجاوز از محل وقتی خواهد بود که انسان از محلی که مورد نظر شارع مقدس باشد، تجاوز کند. فقها در اینجا مسئله ای را مطرح می کنند که آیا محل عادی به محل شرعی ملحق می شود یا نه؟ جواب داده می شود که محل عادی مورد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 309

نظر شارع مقدس نیست. مثلاً کسی بعد از حدث اصغر می داند وضو گرفته و شرط صلاة را موجود کرده ولی بعد از نماز شك می کند آیا نماز را با وضو خوانده یا بدون آن، آیا در اینجا قاعده فراع جاری می شود یا خیر؟

به عبارت دیگر مکلف شك در صحت موجود می کند. لازمه قاعده فراع این است که گفته شود موجود صحیح است و در نتیجه نماز خوانده شده صحیح خواهد بود. اما برای نماز بعدی باید وضو گرفته شود. پس قاعده فراع صحت نماز خوانده شده را درست می کند، اما نسبت به تحصیل شرط برای نمازهای دیگر باید وضو بگیرد. در اینجا آیا می توان قاعده تجاوز را جاری کرد و گفته شود از محل عادی تجاوز شده است؟ مثلاً کسی که بعد از حدث اصغر عادتاً وضو می گیرد و مفروض این است که بعد از آن نماز خوانده، حالا اگر بخواهیم در محل عادی قاعده تجاوز را جاری کنیم، معنایش این است که حکم به گرفتن وضو شده است، به همان نحوی که در محل شرعی گفته می شد تجاوز عن المحل الشرعی، از محل عادی نیز تجاوز شده و حکم به وضو می شود و قهراً

نماز با وضو محسوب می گردد.

باید بگوییم محل عادی به محل شرعی ملحق نمی شود. زیرا محل عادی، محلی نیست که مورد تعیین قانونگذار باشد و لذا اطلاق قانونگذار شامل آن نمی شود. در اینجا عده ای گمان کرده اند که باید دنبال محل باشیم و به همین خاطر می گویند محل اطلاق دارد و هم شامل محل شرعی و هم محل عادی می باشد. در حالی که ما اصلاً کلمه محل نداریم تا اینکه به اطلاق آن تمسک شود. آنچه که در روایات به چشم می خورد کلمه تجاوز و عبارت تجاوز از شیء داریم و آن هم تجاوز از محل به اعتبار تجاوز از محل شرعی خواهد بود که قانونگذار تعیین فرموده است. لذا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 310

محل عادی را در بر نمی گیرد و مسلماً مورد تعیین قانونگذار نبوده بلکه عادت افراد چنین است و به همین جهت نمی توان به آن اطلاق تمسک نمود.

بنا بر این: حق در مقام این است که قاعده تجاوز، چه تجاوز عن الشیء باشد تا قاعده فراغ را در بر گیرد و چه اینکه تجاوز عن الجزء باشد تا قاعده تجاوز را بیان کند، عبارت از محل شرعی کل و جزء می باشد.

آیا در قاعده فراغ و تجاوز، دخول در جزء بعدی موضوعیت دارد یا از باب طریق خواهد بود؟

ممکن است کسی ادعای موضوعیت کند به اینکه باید از شیء (جزء یا کل) خارج شود و داخل در شیء دیگری شود و این عبارت تحقق پیدا کند که «اذا خرجت من شیء ثم دخلت فی غیره فشکک لیس بشیء» «1»، و اما اگر از شیء خارج شود ولی در جزء یا کل

دیگری داخل نشود آیا مشمول این اطلاق خواهد شد یا خیر؟ و آیا «اذا خرجت من شیء دخلت فی غیره»، عبارت اخیری تجاوز از محل می باشد؟

همانطوری که قبلاً گفتیم تجاوز از محل همان محل مورد نظر شارع است و خروج از شیء و دخول در شیء آخر ارشاد و طریق به این معناست که صدق تجاوزت عن المحل و تجاوزت عن هذا الشیء می کند. زیرا تجاوز «عن هذا الشیء لا یصدق الا من الخروج منه و دخول فی غیره» و اگر نه دخول در غیره هیچ موضوعیتی ندارد و ظاهراً همینطور به نظر می رسد که خصوصیتی برای غیر وجود

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 311

ندارد و به ضمیمه اطلاقات عبارت از این است که از محل شرعی تجاوز شود.

مخصوصاً وقتی که محل، به محل عادی تعمیم داده نشود و فقط محل شرعی مورد نظر باشد و در این صورت می توان گفت تقریباً ملازمه عادی دارد و بین تجاوز از محل شرعی و بین خرج من شیء و دخل فی غیره، پس دخول در آن محل خصوصیت دارد و بعد از خروج متوقف بر دخول در محل دیگری باشد و این همان معنای قاعده تجاوز خواهد بود، یعنی خرجت من هذا الشیء و یا تجاوزت عن هذا الجزء صدق پیدا نمی کند مگر با تجاوز از محل شرعی و تجاوز از محل شرعی هم صدق نمی کند مگر از حدود این محل خارج شود و

معنای آن دخول در محل دیگر خواهد بود؛ نه اینکه موضوعیت و خصوصیت و ملاک دخول در غیر داشته باشد بلکه صرف تحقق این معناست.

بنا بر این بین تجاوز از محل و خرج من شیء و دخل فی غیره، ملازمه عادی برقرار است و آنچه که ماهیت و رکن قاعده تجاوز را تشکیل می دهد همین معنای خرج من شیء و دخل فی غیره می باشد و همچنین در قاعده فراغ، تجاوز عن الشیء مورد نظر می باشد، حالا می خواهد از محل شرعی خود شیء و یا تجاوز از محل شرعی جزء یا شرط باشد.

آیا در قاعده فراغ و تجاوز، خروج از شیء و دخول در شیء آخر شرط است یا اینکه خروج شرط است اما دخول در جزء بعدی شرط نیست؟ در اینجا بزرگان عمدتاً سه قول را اختیار کرده اند.

قول اول: بعضی از آنان معتقدند خروج از جزء و دخول در بعدی شرط است البته در مواردی که در روایات ذکر شده است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 312

قول دوم: این قول فراتر از قول اول بوده بدین معنی که به طور مطلق هر جا قاعده فراغ و تجاوز جاری شود، اختصاص به موارد ذکر شده در روایات ندارد و در مواردی است که به صورت تبویب شده در اجزاء صلاة مطرح شده است.

قول سوم: این است که نه تابع اجزائی که در روایات آمده و نه تابع اجزائی که در کتب فقهی و روایات تبویب و بیان شده می باشند، بلکه تابع این معنا هستند که مطلقاً «اذا خرجت من شیء ثم دخلت فی غیره فشکک لیس بشیء» «1» می باشد و گفته اند در هر جایی

که این معنا صدق کند، در نتیجه قاعده تجاوز جاری می‌گردد و پایبند اجزائی که در فقه و یا در روایات بیان شده نیستند، بلکه صدق دخلت فی غیره به صورت مطلق بیان می‌شود.

مختار قول: حق در مقام این است که قول سوم را اختیار کنیم. زیرا اگر بخواهیم به اطلاق روایت زراره، که جامعترین روایت بیان شده در این زمینه است، عمل می‌کنیم. زیرا معنی شیء از اوسع مفاهیم بوده و عبارت «اذا خرجت من شیء ثم دخلت فی غیره» (2) در هر صورت شامل جزء رکنی یا غیر رکنی و یا شرط و شامل تمام این موارد خواهد شد. و لذا مختار ما انتخاب قول سوم خواهد بود.

گفتار بعدی در این است که آیا «اذا خرجت من شیء ثم دخلت فی غیره» (3)، به صورت قید و مقید خواهد بود و اصل در قیود چیست؟ و آیا دخول در غیر محقق

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

(2). شیخ طوسی، همان.

(3). شیخ طوسی، همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 313

قاعده تجاوز خواهد بود؟ بحث در این است که آیا به این معنا تعبد کنیم و صرف خرجت من شیء نیست بلکه دخلت فی غیره را هم خواستار می‌باشد، زیرا وقتی دخلت فی غیره صدق نکند و از این عبارت قیدیت فهمیده شود، دیگر نمی‌توان قاعده تجاوز را جاری کرد.

اصل در قیود احترازی است؛ به این معنا که وقتی در وجود قیدی به توضیحی یا احترازی بودن آن

شك كنيم، گفته می شود اصل در قيود احترازی می باشد. زیرا آوردن قيد در كلام مبین این معناست که قانونگذار به این قيد نظر خاصی داشته و آن را ذکر کرده و مورد عنایت خاص بوده که در كلام ذکر کرده است. پس اصل در قيود احترازی خواهد بود. اما در باب اطلاق و تقييد که مطلق بر مقيد حمل می شود، در بعضی از قيود، قيود غالبی می باشد و بودن قرينه در كلام، برای عدم احترازی بودن قيد می گردد. مثلا در قرآن کریم وقتی صحبت از محارم می شود، می فرماید: «وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ» «1» ربيبه دختر زن انسان است و قيد «في حُجُورِكُمْ» کنایه از دامن مادر و منظور دختری که در کنار مادر باشد و اینچنین ربيبه- که مرد با مادرش ازدواج می کند- جزو محارم می شود و یا اینکه ربيبه ای که فی حجر است و فی حجرکم قيد غالبی مطرح شده و جزو موضوع نیست و می تواند بدون آن ربيبه هم ازدواج صورت گیرد.

---

(1). نساء: 23.

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 2، ص: 314

اما در فرمایش امام (ع) که فرمود: «إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره» «1»، این «دخلت في غيره» ظاهرا قيد است و اگر قيد احترازی بگیریم، پس خروج از يك جزء و دخول در جزء دیگری معتبر خواهد بود. اما واقع مسأله در این است که غالبا و اکثرا دخول در جزء بعدی محقق عنوان تجاوز می باشد. پس دخول در غير، چون غالبا محقق عنوان تجاوز و فراغ است، لذا امام (ع) آن را آورده اند، نه اینکه قيد احترازی و اصطلاحی باشد تا در جریان قاعده گفته شود خروج

از شیء و دخول در شیء آخر معتبر است. پس وقتی که قید غالبی شد حالا می‌خواهد دخول در غیر یا عدم دخول در غیر باشد، به هر حال از آن جزء تجاوز شده است و یا صدق تجاوز از آن جزء یا شیء کند، در این صورت قاعده تجاوز صدق می‌کند و حق در مقام هم همین است که دخول در جزء بعدی خواسته نمی‌شود، بلکه صدق تجاوز از محل کفایت می‌کند و عبارت «إِذَا الشَّكُّ فِي شَيْءٍ لَمْ تَجْزِهِ» (2) یعنی وقتی به شك ترتیب اثر داده می‌شود که از محل تجاوز شده باشد. اما اگر در آن شیء ایجاد شك شد پس نباید به آن اعتنا کرد و عبارات «یمضی» و «لا شیء علیه» دلالت بر این معنا دارد که اعتبار دخول در جزء بعدی فقط شامل موارد خاصی در روایات و یا موارد تبویب شده نخواهد بود، بلکه تابع مفهوم عرفی تجاوز و جاوزت خواهیم بود.

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 315

در هنگام سلام دادن که به عنوان منخرج بودن از نماز محسوب می‌شود، آیا شك در جزء آخر صدق می‌کند یا خیر؟ جزء اخیر صلاة که شك در سلام باشد، مورد سؤال و اختلاف بسیاری از

فقها می باشد و این مسأله دارای اقسام مختلفی می باشد.

مثلاً گاه مصلی فعل منافی صلاة را آورده و از قبله منحرف شده و گاه قاطع صلاة آورده شده و تکلم در اثنای آن صورت گرفته و گاه سکوت ماحی صورت صلاة آورده شده و یا گاهی عملی آورده می شود که منافات با مرکب نداشته باشد، در این موارد باید ببینیم طبق روایات و صناعت چگونه باید عمل کرد؟

بیان مطلب: لسان قاعده فراغ و تجاوز، تجاوز از شیء است. بر طبق جامع بین قاعده فراغ و تجاوز که با جعل واحد انجام گرفته می شود، تجاوز عن الشیء شامل هر دو قاعده می گردد. در قاعده فراغ و قاعده تجاوز وقتی مجعول، شیء واحد و آن به صورت جامع باشد، در این صورت اگر شك در جزء آخر باشد و مصلی مشغول عمل دیگری (مثل تعقیبات و...) شود، قاعده تجاوز صدق پیدا می کند. لذا در جزء آخر صلاة هم می توان قاعده فراغ و قاعده تجاوز را جاری کرد. اما فقط اشکال امام راحل (ره) می ماند که فرموده بودند با اجرای قاعده تجاوز، دیگر جایی برای قاعده فراغ نمی ماند و در اینجا قاعده تجاوز بر قاعده فراغ حکومت پیدا می کند و نوبت به قاعده فراغ نمی رسد. البته طبق فرمایش ایشان در جزء آخر مرکب منحصر قاعده تجاوز جاری می شود مگر اینکه گفته شود به صحت موجود که مؤدای قاعده فراغ است کاری نداریم و فقط می خواهیم بدانیم مرکب موجود آورده شده یا خیر؟

در باب مرکب باید گفت همانگونه که با انتفاء جمیع اجزاء آن مرکب منتفی می شود، با انتفاء يك جزء هم مرکب منتفی می شود و با شك در



اتصالی يك مركب اطلاقات «إنما الشك في شيء لم تجزئه» (1) و یا «إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره» (2) می گوید بگو آورده شد و همین معنای قاعده فراغ می باشد. اما اگر منظور جزء باشد که آیا این جزء موجود شده یا خیر، قاعده تجاوز می گوید: بگو وجد.

بنا بر این امکان دارد با يك بیان و لسان واحدی هم قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز را جاری کنیم. البته اگر قاعده فراغ را نه به صحت موجود بلکه به وجود مرکب برگردانیم و در جامع به صورت «وجود الشیء» ظاهر شود، می توان هر دو قاعده را به مفاد کان تامه برگشت داد. منتها مفاد کان تامه در قاعده فراغ را وجود نفس و شیء بگیریم و در قاعده تجاوز وجود الجزء، اما در هر دو محمولشان مطلق خواهد بود. زیرا ضابطه در مفاد کان ناقصه، محمول دارای وجود مقید و در مفاد کان تامه، محمول دارای وجود مطلق می باشد و ما در هر دو قاعده محمول را وجود مطلق قرار داده و در قاعده فراغ می گوئیم: المركب وجد و در قاعده تجاوز الجزء وجد می گیریم.

بنا بر این وقتی جامع وجود الشیء قرار گرفته شود، دیگر اشکالی وجود نخواهد داشت و هر دو قاعده جاری می گردد. البته این در جایی است که در صلاة، داخل در عمل دیگری شده باشیم و عمل بعدی می خواهد هر چه باشد؛ در هر حال «تجاوز عن المركب» و «تجاوز عن الشیء» و «عن الجزء المشكوك» صدق می کند.

---

(1). همان.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459،

باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 317

اما در مرکباتی که موالات شرط نباشد و مصلی داخل جزء دیگری نشده باشد، دیگر قاعده تجاوز مطرح نمی شود، بلکه جایگاه قاعده محل بوده و طبق قاعده باید آن عمل آورده شود. زیرا شك در وجود آن عمل می باشد و مقام قاعده محل بوده و باید آورده شود و لذا صدق «تجاوز عن الشیء» نشده است. یعنی طبق صناعت، امر اولی باقی است و فقط محل اجرای قاعده محل بوده و جایی برای قاعده فراغ و تجاوز نخواهد بود.

آیا قاعده فراغ و قاعده تجاوز در شروط هم جاری می شوند و یا فقط شامل اجزاء می شوند؟

برای جواب دادن به این سؤال ابتدا شروط را به سه قسم تقسیم می کنیم 1- گاه شروط عقلی است، مثل قصد عنوان ظهریت یا عصریت و سایر عناوین و یا در قصد نیابت در عبادات 2- گاه شرط شرعی برای خود مأمور به و برای کل مرکب می باشد 3- گاه شرایط شرعی برای اجزاء مرکب خواهد بود، از جمله جهر در قرائت صلاة جهریه و یا اخفات در صلاة اخفائیه.

توضیح مطلب: در شرط عقلی اگر شك کنیم که قصد عنوان ظهریت و یا ...

شده یا نه، آیا می توان قاعده تجاوز را در اثنای صلاة جاری کرد یا خیر؟ اگر بعد از اتمام صلاة شك کنیم، آیا قصد عنوان شده یا خیر و آیا می توانیم قاعده فراغ را جاری کنیم؟

همانطوری که قبلاً یادآوری شد، قاعده تجاوز در شرایطی جاری می شود که محل شرعی برای

اجزاء وجود داشته باشد تا تجاوز صدق کند و در قاعده فراغ نیز که شیء را اعم از جزء و کل در نظر گرفتیم، در حقیقت مفاد کان ناقصه را به مفاد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 318

کان تامه برگشت دادیم و در آنجا هم اگر محل شرعی وجود نداشته باشد، گفته می شود قاعده فراغ جاری نخواهد شد.

در نتیجه معتقد می شویم که در شرط عقلی، نه قاعده فراغ و نه قاعده تجاوز جاری می شوند و الآن بر این اعتقادیم که بین آنها هیچ فرقی نمی کند، و در هر صورت در شرط عقلی و یا شرط شرعی، به صلاة بدون قصد عنوان محصل ملاک و غرض نبوده و موجب تحصیل غرض نمی گردد.

وقتی امر صلاتی صادق می شود که قصد عنوان شده باشد، مخصوصاً در قاعده فراغ و تجاوز، این مبنای غیر تعبدی را اختیار کردیم و آن را به بنای عقلا برگشت دادیم و گفتیم بنای عقلا بر این است که اگر يك مرکبی دارای اجزاء و شرایطی بود و بین اجزاء از حیث وجود، حالت ترتبی داشت، طبیعت اولیه مکلف اقتضاء می کند در هنگام امتثال امر و با آمدن شوق مؤکد و حمله نفس، در اثنای مرکب شك بوجود آید که ممکن است جزئی یا شرطی آورده نشود. در این موارد بنای عقلا، بر آوردن آن جزء است و لذا موجب حصول ظن نوعی و امارت می گردد و در شرط عقلی و شرعی فرقی وجود ندارد و به ملاک واحد در اثنا و یا بعد از فراغ از نماز، قاعده فراغ و تجاوز جاری می گردد. در عناوین قصدیه اولین کار، قصد عنوان آن

مرکب است. در نتیجه با آوردن بعضی اجزای دیگر، از حیث ترتب وارد در اجزاء بعدی شده و از جزء قبلی گذشته است. بنا بر این هیچ اشکالی ندارد که قاعده فراع و تجاوز را در شرط عقلی جاری کنیم، مخصوصاً در قصد عنوان که محقق آن می باشد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 319

مسئله ای که فقها در این زمینه مطرح می کنند، قصد امر و قصد قربت است. در کفایه دو معنا مطرح است؛ یکی اینکه قصد قربت در افعال عبادی به حکم عقل واجب است. جناب آخوند می فرماید: درست است که قصد امر و قصد عنوان جزء انقسامات ثانویه طبیعت است و غیر معقول است که به يك عنوان هم گفته شود نماز بیاور و هم قصد امر باید آورده شود؛ زیرا قصد امر پدیده خود امر است و لذا نمی توان به امر واحد هم نماز و هم قصد امر آورده شود. ایشان منکر امر دوم هستند و آن را حکم عقل می دانند و غرض قانونگذار با حکم عقل تحصیل می شود و قصد قربت و امر را به حکم عقل برمی گردانند. و ما قائل به حکم شرعی آن می شویم نه حکم عقل، اما به صورت متمم الجعل که به صورت دو جعل بوده به صورتی که یکی روی ذات عبادت می رود و یکی روی جزء خواسته شده با قصد امر آن. اما فقهای عظام در اینجا قائل به تفصیل شده اند و گفته اند اگر مبنای ما این باشد که نیت و قصد قربت به نحو متمم الجعل باشد، در این صورت قاعده تجاوز و فراع جاری می شود. اما اگر بگوییم قصد قربت و قصد

امر به حکم عقل باشد، اینجا نه جای قاعده تجاوز و نه جای قاعده فراغ خواهد بود.

ولی از آنجایی که ما اعتقاد به حکم شرعی آن داشتیم، لذا قاعده فراغ و تجاوز هر دو جاری خواهند شد و اگر هم جدلاً کلام جناب آخوند را قبول کنیم و قصد امر و قصد قربت را به حکم عقل بدانیم نه به حکم شرع، در این صورت هم قاعده فراغ و هم قاعده تجاوز جاری می گردد. زیرا با پذیرش امر امثال و با ایجاد شوق مؤکد و حمله نفس، وقتی مکلف در مقام اطاعت برآید، خواه ناخواه می داند که غرض مولا صرفاً با آوردن ذات عبادت حاصل نمی شود. بلکه آن ذات عبادت باید با قصد قربت آورده شود و این معنا در ایجاد شوق مؤکد و با حمله نفس پدید

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 320

می آید و با توجه به این معنا، حصول غرض و سقوط امر بدون قصد قربت و قصد امر تحقق پیدا نمی کند و عقل حکم به این معنا می کند و در این صورت قاعده تجاوز و فراغ جاری می گردد.

بنا بر این هم قصد عنوان که به حکم عقل بوده و هم قصد قربت علی بعض المبانی به حکم عقل است، و می توانیم قاعده فراغ و تجاوز را جاری کنیم.

قسم دوم: عبارت از شرط شرعی در مأمور به و کل مرکب بود که در اینجا باید گفته شود، گاه این شرط دارای محل شرعی بوده و گاه بدون محل شرعی و برای کل مرکب مطرح می باشد. و گاه این شرط در حالت اجزاء شرط است اما در آنات سکونات و آنات

متخلله، شرط نیست و فقط در وقت اجزاء شرط می باشد و گاه این است که در آنات سکون و آنات متخلل بین اجزاء در صلاة (مثل طهارت و استقبال قبله و تستر) مطرح است.

این شروط از ابتدای صلاة تا آخر آن باید آورده شوند و عبارت «لا صلاة الا بطهور» مبین همین معنا است. همچنین طبق عبارتی مانند «لا صلاة الا متسترا» و یا «لا صلاة الا مستقبلا» در تمام آنات صلاة، خواه آنات متخلله و خواه در حال اشتغال، افعال صلاة باید مستقبلا رو به قبله و متطهر بوده تستر داشته باشد. در هر کدام از شروط که در بین آنها خللی پدید آید، در آنجا طبق قاعده، مرکب فاقد شرط خواهد بود. آیا می توان در آن موارد قاعده تجاوز را جاری کرد یا خیر؟

در مواردی که شك در استقبال قبله باشد و مصلی در حین نماز باشد، در این زمینه روایاتی داریم که اگر بین مشرق و مغرب باشد، مصلی می تواند به جانب قبله

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 321

عرفی رو کند و ما قبل آن درست خواهد بود و فقط در استدبار قبله نماز اشکال پیدا می کند. پس در استقبال قبله بنا به توسعه می باشد.

و اما در پوشش و تستر نسبت به ما سبق قاعده فراغ و تجاوز جاری می شود. یعنی وقتی بعد از نماز شك کند که آیا نماز خوانده شده متسترا بوده یا خیر؟ ادله قاعده فراغ و تجاوز می تواند این موارد را در برگیرد.

و در طهارت نیز به همین گونه است، که اگر بعد از نماز شك کند آیا متطهرا نماز خوانده یا خیر؟ قاعده فراغ جاری

می‌گردد. اما جریان قاعده تجاوز در اینجا موضوعیت ندارد. زیرا در اثنای صلاة طهارت محل شرعی ندارد و آیه «إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ» (1) که بعضی گمان کرده اند محل شرعی دارد و شارع مقدس آن را بیان کرده، این آیه ارشاد به این معناست که نماز باید با طهارت خوانده شود و این محل شرعی نیست بلکه ارشاد به این معناست که صلاة بدون وضو صحیح نیست و طهارت در صلاة با لسان شرطیت آمده که باید با وضو آورده شود.

اما نسبت به نمازهای بعدی چگونه خواهد بود و آیا باید دوباره وضو گرفت یا خیر؟ جواب این سؤال بر اساس مبانی مختلف، دارای جوابهای گوناگونی خواهد بود. یعنی اگر مبنا این باشد که آیا قاعده فراغ و تجاوز جزو اصول عملیه هستند یا جزو امارات؟ کسانی که معتقدند قاعده فراغ و تجاوز جزو اصول عملیه هستند، فقط برای شرطیت این صلاة خوانده شده قاعده فراغ و تجاوز جاری می‌شود. اما نسبت به

---

(1). مائده: 6.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 322

نمازهای آینده، باید احراز شرط کنند که آن هم با آوردن دوباره وضو یا غسل تحقق پیدا می‌کند. زیرا اصل عملی صرف وظیفه عمل در مقام شك می‌باشد.

اما آنهایی که قاعده فراغ و تجاوز را جزو امارات بدانند کما هو الحق، در اینجا شارع مقدس تتمیم کشف نموده به اینکه انجام وضو کاشف از این خواهد بود که تمام آثار علم بر آن جاری خواهد شد و برای نماز بعدی دیگر نیاز به وضوی دوباره ندارد، بلکه تمام آثار علم بر اماره بار می‌گردد و معنای

تتمیم کشف در عالم اعتبار همین است و لذا این گروه باید فتوا دهند، وقتی نسبت به نماز ظهر قاعده فراغ و یا تجاوز را جاری می کنند، دیگر برای نماز عصر نیازی به وضو و تحصیل شرط دوباره وجود ندارد. به خلاف آنهایی که معتقدند امارات جزو اصول عملیه هستند، زیرا آنان برای نمازهای بعدی قائل به تحصیل دوباره شرط طهارت می شوند و ما معتقدیم قاعده فراغ و تجاوز جزو امارات و طرق هستند. در نتیجه اگر برای نمازی قاعده فراغ و تجاوز جاری کردیم، نسبت به صلوات آینده دیگر نیازی به تحصیل دوباره طهارت نیست؛ مگر اینکه علم به خلاف حاصل شود و یقین حاصل شود که با طهارت نبوده است.

قسم سوم: درباره شرط جزء است، از جمله در مسئله جهر و اخفات. در صلوات جهریه، فاتحة الكتاب باید با جهر خوانده شود و در صلوات اخفائیه، اخفات برای فاتحة الكتاب شرط می باشد. حالا اگر کسی حمد را بخواند و وارد در سوره شده و بعد شك کند آیا فاتحة الكتاب خوانده شده را به صورت اخفات آورده یا جهر خوانده است، در اینجا می توان قاعده تجاوز را جاری کرد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 323

ان قلت: جهر و اخفات به مانند اعراض هستند که از خود وجود استقلالی ندارند، بلکه وجودشان به صورت اندکاکمی بوده و لذا تجاوز از عرض قابل تصور نخواهد بود.

جواب: درست است که عرض از حالات و اطوار موضوع بوده و وجودش منک در جوهر می باشد. اما عارض و معروض با یکدیگر خواسته شده و به صورت ترکیب اتحادی می باشد و اعراض عین معروض خود می باشند. لذا



با معروض خود مغایرتی ندارند. بنا بر این جهر و یا اخفات از فاتحة الكتاب جدا نبوده بلکه عین فاتحة الكتاب می باشد و در هنگام شك در صلاة جهریه که آیا جهر آورده شده یا خیر و همچنین در صلاة اخفائیه که آیا اخفات آورده شده یا خیر، قاعده تجاوز جاری می شود و این ادله را در بر می گیرد.

مسئله بعد: آیا می توان قاعده تجاوز را در طهارت ثلاث (وضو، غسل، تیمم) جاری ساخت؟ اکثر فقها فتوا داده اند که قاعده تجاوز در وضو جاری نمی شود و بعضی گفته اند: در تیمم و غسل نیز جاری نمی شود و بعضی از آنان فقط تیمم را به آن ملحق کرده اند.

شرایط قاعده تجاوز عبارت است از: «اذا خرجت من شیء ثم دخلت فی غیره فشکک لیس بشیء» «1» و یا «إنما الشک فی شیء لم تجزه» «2» آیا می توان قاعده تجاوز

---

(1). شیخ طوسی، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111، حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 324

را در وضو و غسل و تیمم جاری ساخت و آیا بعد از فراغ، اگر در هر کدام شك به وقوع پیوست، می توان قاعده فراغ را در آنها جاری ساخت یا خیر؟

اقوال فقها در این مسأله به صورت مختلف بیان شده است، مشهور بلکه قریب به اتفاق فقها فتوا به عدم

جریان قاعده تجاوز داده اند و بعضی تیمم را به آن ملحق کرده اند، به این اعتبار که بدل حکم مبدل را دارد. جمع کثیری نیز غسل را به این دو طهارت ملحق کرده و گفته اند در طهارات ثلاث قاعده تجاوز جاری نمی شود؛ بر خلاف قاعده فراغ که همه اتفاق دارند این قاعده در طهارات ثلاث جاری می شود.

همانطوری که قبلاً عرض کردیم قاعده تجاوز در تمام عبادات جاری می شود و اختصاص به صلاة ندارد، بر خلاف کسانی که قاعده تجاوز را مختص به صلاة می دانند. اما کسی که عقیده دارد قاعده تجاوز فقط اختصاص به صلاة دارد، در این صورت نمی تواند بحث کند که آیا تجاوز در طهارات ثلاث جاری می شود یا خیر و یا اینکه قاعده به طهارات ثلاث تخصیص بخورد یا خیر، بلکه معتقد است خروج تخصیصی دارد و قاعده تجاوز اختصاص به صلاة داشته و شامل غیر آن نخواهد شد.

اما برای ما که معتقدیم قاعده تجاوز اختصاص به صلاة ندارد، حال باید ببینیم آیا در این زمینه مخصصی داریم که قاعده تجاوز را تخصیص بزنند به اینکه قاعده تجاوز در همه جا حجت است، به جز در موارد وضو و تیمم بدل از وضو و غسل و یا تیمم بدل از غسل؟ بزرگان در این زمینه عمدتاً سه دلیل ذکر می کنند که قاعده تجاوز در وضو جاری نمی شود و همه متفق هستند در این مطلب و اما در تیمم بدل از وضو مورد اختلاف است و در غسل هم اکثراً قائلند به عدم جریان آن.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 325

دلیل اول: شیخ انصاری (ره) در اولین دلیل می فرماید: وضو امر بسیطی

است و امر بسیط قابل تجزیه نیست و قاعده تجاوز در جایی است که دارای اجزاء و شرایطی باشد و از محل شرعی تجاوز کند و در محل شرعی دیگری داخل شوند تا عبارت «إذا خرجت من شیء ثم دخلت فی غیره» «1»، صدق کند و یا اینکه «انما الشك فی شیء لم تجزه» «2» تحقق یابد نیز عمل مرکب باید دارای اجزاء و شرایطی باشد که تجاوز از آن صدق کند و تا به جزء دیگری وارد نشود، عرفاً گفته نمی شود از آن تجاوز کرده است. پس تجاوز وقتی صادق است که مصلی از آن جزء خارج گشته و داخل در محل دیگری شود. اما در امر بسیط معنا ندارد که از آن جزء تجاوز شده باشد و یا «خرجت من شیء ثم دخلت فی غیره» «3» در وضو معنا ندارد. لذا قائل به عدم جریان قاعده تجاوز در وضو می شویم.

دلیل دوم: ادعای اجماع شده مبنی بر اینکه قاعده تجاوز در وضو جاری نمی شود و در هنگام شك، باید وضو بجا آورده شود و لذا «انما الشك فی شیء لم تجزه» «4» در وضو جاری نمی شود.

---

(1). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی، همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع فی الصلاة، باب 23، ح 1.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

(3). شیخ طوسی، همان، ج 2، ص 352، ح 1459، باب احکام السهو، ح 47؛ حر عاملی،

همان، ج 5، ص 336، ابواب الخلل الواقع في الصلاة، باب 23، ح 1.

(4). شيخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 326

دلیل سوم: سومین دلیل روایت صحیحۀ زرارہ در این زمینہ است و جناب شیخ طوسی آن را در کتاب تہذیب نقل می کند. از عبد اللہ، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن حماد، عن حرير، عن زرارہ، عن ابی جعفر (حضرت باقر (ع)) قال: «اذا كنت قاعدا وضوءك فلم تدر أغسلت ذراعيك أم لا، فأعد عليهما»، یعنی اگر شما در حال وضو گرفتن باشید و شك کنید آیا هر دو دست را شسته اید یا خیر، باید دوبارہ آنها را بشوید (وضو باید اعادہ شود) «و علی جمیع ما شككت فيه أنك لم تغسله او تمسحه مما سمى الله ما دمت في حال الوضوء فإذا قمت من الوضوء و فرغت منه و قد صرت في حال اخرى في الصلاة او في غيرها فشككت في بعض ما سمى الله مما أوجب الله عليك فيه وضوءه لا شيء عليك، منه شككت في مسح رأسك و فأصبت في لحيتك بللا فامسح بها عليه و علی ظهر قدميك فان لم تصب بللا فلا تنقض الوضوء بالشك و امض في صلاتك» «1»، و در ادامہ حدیث می فرمایند در تمام موارد اگر شك کردید کہ آیا آنها را شسته اید یا نه، باید آنها را بیاورید و در موارد مسح (مسح رأس یا دو پا) اگر در

حال وضو باشید باید مسح را بیاورید. اما اگر بعد فراغ از وضو کردید و داخل کار دیگری شدید (اجرای قاعده فراغ) بر تو چیزی نیست.

و اگر در مسح سر و روی پاشک کردید، از آن رطوبتی که در صورت وجود دارد بر سر و روی پاها مسح کنید، وضو را با شك نقض نکنید و با آن نماز را

---

(1). کلینی، کافی، ج 3، ص 33، باب الجبائر و القروح و الجراحات، ح 2؛ شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 100، ح 261، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 110؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 2، ح 1.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 327

بخوانید. پس طبق صحیحۀ زراره و اجماع فقها و دلیل شیخنا الاعظم الانصاری، ادعا شده که قاعده تجاوز در اینجا جاری نخواهد شد.

البته ما نیز قبلاً بر همین اعتقاد بودیم. اما حالا می خواهیم عرض کنیم قاعده تجاوز در وضو جاری می شود. اما در اجماع، که مدرک فقها همین روایت است، اگر توانستیم از طریق روایت به این معنا برسیم که در این صورت مدعا اثبات می شود ولی اگر نتوانستیم، آنچه باقی می ماند حاصل اجماع نیست بلکه عمده مدرک همین روایت می باشد.

در ابتدا به بررسی ادله وارد شده می پردازیم. شیخنا الاعظم می فرماید وضو امر بسیط است و ما در جواب عرض می کنیم این مطلب بر خلاف ادله وضو می باشد.

زیرا در روایت آمده: «الوضوء غسلتان و مسحان»، یعنی وضو دارای اجزایی بوده و شامل غسل صورت و غسل دست راست و چپ و مسح سر و دو پا می باشد. جناب شیخ وضو

را از باب اسم مصدری و معنای مسببی که حاصل این غسلات است، گرفته اند. عرض می کنیم در تمام عبادات و صلاة عبارت از مجموع اینها بوده و نباید منکر این واقعیت شویم که این اجزاء، اجزاء صلاتی و اجزاء وضو می باشند و البته منافات ندارد که بگوییم اثر بر مجموع اینها مترتب می شود و اثر بر معنای اسم مصدری مرتب می شود و نتیجه حاصله از این افعال، روی آن معنای مسببی رفته است و این اجزاء ماهیت وضو و یا نماز و یا حج و یا ... سبب نمی شود که بگوییم اثر بر نتیجه مترتب را اثر برای امر بسیط گرفته و منکر ترکب و اجزاء و شرایط شویم. ما نباید منکر این واقعیت شویم که وضو دارای اجزاء و شرایطی می باشد و روایات در این زمینه صراحت دارد. از جمله آنها روایت موثقه ابن ابی یعفور از امام

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 328

صادق (ع) است که فرمودند: «اذا شككت في شيء من الوضوء وقد دخلت في غيره فشكك ليس بشيء» «1» آیا معنای این روایت داشتن اجزاء وضوئیه نخواهد بود؟ ما از این روایت می فهمیم که وضو دارای اجزاء و ابعاض می باشد.

با دقت در ادله وضو در می یابیم که وضو دارای اجزایی می باشد و آن عبارت از غسل وجه، غسل دست راست و چپ و مسح سر و دو پا است و نتیجه و مجموع این اعمال نورانیتی است که برای نفس حاصل می شود و این منافات ندارد با آن روایتی که می فرماید: «الوضوء نور، و الوضوء علی الوضوء نور علی نور» «2». لذا نمی توان قبول کرد که وضو امر

بسیط باشد، همانطوری که نماز و یا حج امور بسیطی نخواهند بود. اما قبول داریم آثار و نتایج بر مجموع آنها مترتب می شود. لکن در عین حال موجب منافات با داشتن ترکب و اجزاء و شرایط نخواهد بود. بنا بر این عرض می کنیم وضو دارای اجزاء و شرایط می باشد؛ فلذا دلیل شیخنا الاعظم لیس بدلیل.

اما دلیل سوم که اجماع مبنی بر عدم جریان قاعده تجاوز در وضو بود و نکته مهمی که باید متذکر شویم؛ از نظر فقهای شیعه اجماع جزء ادله اربعه به حساب آورده نمی شود و لذا ارزشی برای اجماع قائل نیستیم، بلکه صرفاً اجماع را با مجموعه شرایطی که حاکی از سنت است و ما را به سنت برساند، معتبر می دانیم پس آن چیزی که حجت خواهد بود در همان سنت می باشد.

---

(1). همان، ص 327، رقم (2).

(2). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 1، ص 41، باب صفة وضوء و رسول الله (ص)، ح 82، حر عاملی، همان، ج 1، ص 265، ابواب الوضوء، باب 8، ح 8.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 329

در اینجا باید ببینیم کدام اجماع ما را به سنت می رساند و کدام اجماع حاکی از آن بوده تا محکمی آن حجت باشد؟ در جایی که اولاً اجماع مدرکی نباشد. یعنی بر وفق مجمعی روایتی دیده نشود و همچنین آیات الاحکام و یا یک دلیل عقلی در کار نباشد. زیرا همین که دانسته شد که دلیلی در میان بوده، در آن صورت فوراً آن اجماع، رنگ اجماع مدرکی به خود می گیرد و در این میان وظیفه ما رجوع به آن مدرک خواهد بود که باید فهم

هر مجتهد از آن مدرک ملا-حظه شود و از طرفی فهم هیچ کس برای دیگری حجت نیست و ما احتمال قوی می دهیم که مجمعین بر اساس این روایت و آیات الاحکام ادعای اجماع نموده اند و لذا فاقد اعتبار خواهد شد و هر کس خود باید به دنبال آن روایت یا آیه برود و اگر همان معنا را فهمید پس بازگشت مطلب به سنت خواهد بود نه اجماع و نکته قابل تأمل بودن، مدرکی بودن این اجماع است. زیرا عمده دلیل مجمعین همین روایت بوده است. البته ما منکر صغری قضیه نیستیم، اما آنچه اهمیت مطلب را روشن می کند، مدرکی بودن این اجماع بوده و لذا ارزش فقهی به همراه ندارد.

اما در دلیل سوم که صحیحۀ زراره در وضو بود و امام (ع) می فرماید: «فاعد علیهما»، دلالت بر شستن دوباره دارد و بیانگر قاعده محل است نه تجاوز، زیرا همانطوری که قبلا اشاره کردیم قاعده تجاوز در جایی مطرح است که از جزء مشکوک خارج شود و در جزء بعدی داخل گردد. اما این روایت می فرماید «فلم تدر» یعنی در حال وضو گرفتن بوده و نمی داند آیا دستهایش را شسته است یا خیر و امام (ع) در جواب می فرماید: «فاعد علیهما» آنها را بشوی؛ زیرا در محل هستید و جای قاعده تجاوز نیست و این روایت ظهور روشنی بر قاعده محل دارد ولی در عین حال قاعده تجاوز را نفی نمی کند. در دنباله روایت می فرماید: «و علی جمیع ما شککت

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 330

فیه انک لم تغسله»، یعنی در هر جایی که از وضو هستید و نمی دانید آن را آورده اید یا خیر،



آن را به جا بیاورید و این معنا بیانگر قاعده محل است بعد از فراغت از وضو. در هنگام نماز اگر شك پدید آمد که آیا وضو درست بوده یا نه، می فرماید:

«لیس بشیء»، در اینجا کاملاً قاعده فراغ را جاری می کند و در اثنای عمل هم قاعده محل جاری می گردد.

روایت دیگری در این زمینه وجود دارد که وضوح روشنی در وضو دارد که فقها متعرض آن نشده اند و آن روایت موثقه دومین روایتی است که شیخ طوسی در تهذیب و ابن ادریس در کتاب سرائر نقل کرده است و جناب مفید نیز نقل کرده از احمد بن محمد بن ابیه عن سعد بن عبد الله، عن احمد بن محمد بن عیسی، عن احمد بن محمد بن ابی نصر بنظی، عن عبد الکریم بن عمرو، عن عبد الله ابی یعفر، عن ابی عبد الله (ع) قال: اذا شککت فی شیء من الوضوء وقد دخلت فی غیره فشکک لیس بشیء» (1). اگر به شیء از وضو شك کردی و داخل در غیر آن شدی، به آن شك نباید اعتنا کنی. در اینجا باید پرسیم آیا صریحتر از این لسان که مبنی بر دلالت قاعده تجاوز در وضو هست، وجود دارد یا خیر؟

امام راحل (ره) در اینجا «فی غیره» را در غیر وضو گرفته اند و آن را به طور مسلم گرفته اند که قاعده تجاوز در وضو جاری نمی شود. در حالی که روایت می گوید اگر در یک چیزی از وضو شك کردید و قد دخلت فی غیره، یعنی قد دخلت فی غیر ذلك المشکوک می باشد و ظهور عرفی آن همین است. این روایت صریح بوده

---

(1). همان، ص

و دلالت روشنی دارد به اینکه قاعده تجاوز در وضو جاری می شود. پس این اجماع و مشهور قوی که همه قائل به عدم اجرای قاعده تجاوز در وضو شده اند زیرا سؤال می رود. زیرا موثقه ابن ابی یعفر مؤید این معناست که قاعده تجاوز در وضو جاری می شود. نکته قابل ذکر در دلیل بر جریان قاعده تجاوز این است که ما دلیل بر جریان قاعده تجاوز در وضو نمی خواهیم و برای اثبات مطلب کافی است به بنای عقلا و عمومات و اطلاقات که در این زمینه موجود بوده، رجوع شود. اما آنکه قائل به عدم جریان این قاعده در وضو می باشد، باید دلیل بر عدم جریان قاعده بیاورد و علاوه بر آن، بنای عقلا و عمومات و مطلقات را تخصیص بزند. باید گفت از آنچه که در اینجا به عنوان ادله سه گانه مطرح شده، تنها روایت زراره قابل اعتنا خواهد بود. زیرا درباره اجماع گفتیم که اجماع مدرکی اعتبار ندارد.

اما دلیل شیخ انصاری (ره)، اکثر علما این نظر را قبول ندارند، علاوه بر اینکه در رد آن، روایت ابن ابی یعفر موجود است و این روایت به عنوان شاهدی خاص در خصوص وضو، قاعده تجاوز را جاری می کند، زیرا تعبیرات این روایت عین همان تعابیر در قاعده تجاوز است، از جمله «اذا شككت في شيء من الوضوء وقد دخلت في غيره فشكك ليس بشيء»<sup>1</sup> و یا در تعبیر پایانی «انما الشك اذا كنت في شيء لم تجزه»<sup>2</sup> که مورد دیگری است بر تطبیق کبری کلی که همان وضو می باشد.

بنا بر این روایت

(1). همان.

(2). شیخ طوسی، همان، ج 1، ص 101، ح 262، باب صفة الوضوء و الفرض منه و السنة، ح 111؛ حر عاملی، همان، ج 1، ص 330، ابواب الوضوء، باب 42، ح 2.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 332

يك نکته می ماند و آن اعراض اصحاب از این روایت است که اصحاب به علت استظهار از معنای روایت بدان عمل نکرده اند و «فی غیره» را به عنوان «فی غیر وضوء» گرفته اند. پس جای وحشتی نخواهد بود که بگوییم اصحاب به این روایت عمل نکرده اند.

بنا بر این حق در مقام این است که قاعده تجاوز در وضو جاری می شود و در متمم نیز اصلاً دلیلی نداریم تا اینکه گفته شود بدل حکم مبدل را دارد. زیرا خیلی از اوقات بدل احکامی دارد که ربطی به مبدل ندارد و یا برعکس و همچنین در مسئله غسل، اکثر فقها قبول دارند غسل امر جداگانه و دلیل جداگانه می طلبد و در غسل هم قاعده تجاوز و هم قاعده فراغ جاری می شود.

آیا جاری کردن قاعده فراغ و تجاوز به نحو عزیمت است یا رخصت؟

مثلاً نمازگزار در حال نماز و مشغول خواندن سوره است و شك می کند آیا فاتحة الكتاب را خوانده است یا خیر؟ قاعده تجاوز می گوید: «یمضی» و نباید اعتنا کند. در اینجا باید دید آیا رخصت است که بتوان قاعده تجاوز جاری شود یا به نحو عزیمت خواهد بود؟

هنگامی که قاعده تجاوز می گوید «یمضی» و از نظر شارع مقدس نماز درست است، پس اگر مصلی آن را دوباره بیاورد، در واقع زیاده آورده است و

زیاده در صلاة، اگر عمدی باشد موجب بطلان صلاة می گردد.

اگر قاعده تجاوز را صرفاً اصل عملی بدانیم، در این صورت گفته می شود بنای عملی است و اثبات نخواهد کرد به اینکه این جزء آورده شده و بر همین اساس راهی پیدا می کردیم که بگوییم قاعده تجاوز به نحو رخصت است. اما وقتی که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 333

قاعده تجاوز را اماره دانستیم و قبول کردیم از باب تتمیم کشف و بنای عقلا می باشد، یعنی قانونگذار تتمیم کشف کرده که مصلی آن را آورده و در حکم علم به آوردن آن تلقی نموده است و لذا می فرماید: آثار علم را بر آن جاری کنید و نسبت به آوردن جزء مشکوک، علم تعبدی داریم. در چنین شرایطی شبهه قوی مبنی بر عزیمت بودن آن به میان می آید و اگر قائل به عزیمت شویم در این صورت در خصوص صلاة، جزء آورده شده موجب جزء زیاده در صلاة خواهد بود و فقط اشکال در جایی است که زیاده مضر نباشد و تکرار عمل از باب استحباب و غیره باشد. اما در باب صلاة نمی توان چنین عمل کرد. زیرا دلیل «من زاد فی صلاته فعلیه الاعادة»، موجب اعاده و در نتیجه بطلان صلاة می گردد.

بنا بر این بحث اینکه آیا قاعده تجاوز به نحو رخصت خواهد بود یا عزیمت، با توجه به این معنا که ما قاعده تجاوز و فراغ را جزو امارات می دانیم. لذا در خصوص صلاة قطعاً نمی توان قائل به جواز برگشتن شویم تا مخدور بطلان و اعاده را با خود داشته باشد. اما در غیر صلاة امکان چنین کاری هست. زیرا در مسئله

زیاده اگر مضر نباشد، در چنین جایی قائل به عزیمت نمی شوند بلکه قائل به رخصت خواهند بود.

اما در مواردی که آوردن زیاده موجب ضرر و اخلال گردد، شبهه عزیمت بودن قاعده فراغ و تجاوز مبنی بر اماره بودن، خیلی قوی خواهد بود.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ\*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 335

## (6) قاعده لا تعاد

### اشاره

لا تعاد الصلاة الا من خمس الطهور و القبلة و الوقت و الركوع و السجود

بحث در خلل صلات نسبت به مقتضای قاعده لا تعاد می باشد یعنی اخلال به وقت، طهور، قبله، رکوع و سجود که اجزای رکنی می باشند، موجب بطلان صلات و موجب اعاده صلات می شود و اعاده صلات حکایت از بطلان صلات می کند و خود قاعده لا تعاد موضوع حکم نیست بلکه اعاده و ارشاد به بکن یا نکن حکم عقل است و ذکر لازم و اراده ملزوم و کنایه و ارشاد به بطلان صلات یا عدم آن است.

اما خود قاعده لا تعاد يك حکم شرعی و قابل تخصیص است. چهار رکن دیگر نیز داریم که عبارتند از: 1- نیت؛ 2- تکبیرة الاحرام؛ 3- قیام در حال تکبیرة الاحرام؛ 4- قیام متصل به رکوع. بنا بر این نه جزء ارکان محسوب می شوند. قاعده لا تعاد نیز به دو بخش تقسیم می شود:

الف. وقت، طهور، قبله، رکوع و سجود؛

ب. نیت، تکبیرة الاحرام، قیام در حال تکبیرة الاحرام و قیام متصل به رکوع.

قاعده لا تعاد به طور تصدیقی دارای دو عقد است:

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 336

الف. عقد مستثنی قاعده لا تعاد (9 فقره دارد)؛

ب. عقد مستثنی منه لا تعاد (سایر اجزای واجبات از قبیل تشهد، قنوت، يك سجده،

جهر، اخفات، سلام، قرائت و ...).

اما قبل از ورود به بحث اجزای قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی و عقد مستثنی منه، لازم است که خلل در نماز را بیان کنیم.

1- گاه عمدی است که منجر به زیاده یا نقیصه جزئی یا شرطی می گردد.

2- گاه جهلا واقع می شود که شامل جهل قصوری یا تقصیری می باشد.

3- گاه عن سهو و نسیان واقع می شود.

و در همه این موارد گاه با صناعت علمی و گاه با روایت بحث می کنیم. آیا باید در همه این موارد قائل به بطلان صلات شویم یا قائل به تفصیل؟

1- اما خلل عمدی در نماز طبق صناعت علمی و قواعد و روایات، نماز را باطل می کند. چه این خلل به اجزای رکنی باشد یا به اجزای غیر رکنی.

معنای جزئیت: وقتی اراده تشریحی به يك مركب تعلق می گیرد، این مركب شامل يك سری اموری است که اگر آن شیء قیداً و تقيیداً تحت امر قرار بگیرد، اعتبار جزئیت می شود و گاه تقيید به وجود می کند یعنی اراده تشریحی امر را تقيید به وجود می کند مثلاً لا صلات الا بطهور و این طبیعت صلات را وابسته به چیزی می کند و طبیعت صلات به این شیء تقيید پیدا می کند و این به معنای اعتبار شرطیت است.

و گاه طبیعت به عدم آن شیء تقيید پیدا می کند مثلاً لا تصل فی النجس، لا تصل فی ما لا یوکل لحمه و ... که این از ایقاع صلات در این شیء نهی می کند پس طبیعت صلات به عدم این شیء تقيید دارد و لذا اعتبار مانعیت می شود. یعنی لباس

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 337

غیر مأکول اللحم

برای صحت صلات مانع است و نجاست لباس و بدن مانع از صحت صلات می باشد.

حالا اگر مصلی بیاید اخلال عمدی به جزء یا به شرط کند یا مانع را ایجاد نماید، چه جزء رکنی باشد چه غیر رکنی، اگر حکم به صحت صلات کنیم، تضاد بین ادله جزئیت لازم می آید، چون در جزئیت گفتیم قیدا و تقییدا طبیعت امر روی آن آمده یعنی طبیعت مأمور بها بدون این، طبیعت نیست.

و المركب كما أنه ينتفی به جميع اجزائه ينتفی به جزء واحد و نتیجه تابع احسّ مقدمات است و مرکب هم وقتی اثر و خاصیت دارد که همه اجزاء و شرایط را داشته باشد و اگر يك جزء را نداشت، مرکب درست نیست.

پس ادله جزئیت می گوید فاتحة الكتاب جزء است و اگر مکلف عمدا فاتحة الكتاب را نیاورد مستلزم خلف می شود و چرا که این جزء است. پس اخلال عمدی نسبت به اجزاء و شرایط و موانع موجب بطلان صلات می شود و اما از نظر روایات نیز عمد را نمی گیرد «1».

روایت دوم: در کافی به اسناد از علی بن مهزیار ... از امام صادق (ع) آمده: «من زاد فی صلاته فعلیه الاعاده»، کسی که در صلات زیاد انجام دهد، پس باید اعاده کند که هم حالت عمد و جهل و نسیان را می گیرد و قاعده لا تعاد جهل و نسیان را در بر می گیرد و اما عمد را نمی گیرد و مسلما این روایت شامل زیادی عمدی در نماز

---

(1). حر عاملی، وسائل الشیعة، ج 5، ص 332.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 338

یعنی اخلال عمدی در نماز می شود که باعث اعاده می گردد و اعاده

ذکر لازم و اراده ملزوم است یعنی نمازش باطل می باشد.

روایت سوم: از امام صادق (ع): «سألته عن الرجل يصلّي العصر ستّ ركعات أو خمس ركعات قال (ع): ان استيقن أنّه صلّي خمسا أو ستّا فليعد». «فلیعد».

اگر یقین پیدا کرد که پنج یا شش رکعت خوانده پس باید اعاده کند و در این صورت عمد می شود. پس مسأله در صورت عمد خیلی روشن است چه در اجزای رکنی یا غیر رکنی، طبق صناعت علمی و قواعد و روایات نماز باطل است.

2- اگر کسی جاهل باشد چه قصوری چه تقصیری چگونه است؟

این از قواعد مسلّم است که احکام مشترک برای عالم و جاهل است. چون علم و جهل جزء انقسامات ثانویه طبیعت است. یعنی قانونگذار نمی تواند از ابتدا حکم را به عالمین مقید کند چرا که علم و جهل پدیده حکم هستند و متأخر از خود حکم می باشند. یعنی از اول باید حکمی از قانونگذار بیاید؛ بعد من یا عالم هستم یا جاهل، پس انقسامات ثانویه طبیعت نمی تواند مورد امر شارع مقدس قرار گیرد مگر امر دوم بیاید که این انقسامات ثانویه را با خود به همراه بیاورد و اصطلاحاً متمم الجعل و نتیجه التقیید گفته می شود.

حال اگر امر آمد، نتیجه تقیید است و اگر امر دوم نیامد و ما بعد از جستجوی فراوان به اینجا رسیدیم که امکان داشت به امر دوم منجر شود اما نشد، پس نتیجه الاطلاق می شود و دلیل برای مشترک بودن حکم برای عالم و جاهل همین نتیجه الاطلاق می باشد، متمم الجعل است یعنی شارع این توان را داشت که مشخص کند (حالا یا به اجماع یا با ...) صلوات مورد نظرش باید



مقید به علم باشد. اما نمی یابیم که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 339

شارع مقدس حکمش را مقید به علم کرده باشد. یعنی نتیجه التعمیر را نیاورده پس می توان به نتیجه الاطلاق تمسک کنیم.

نکته قابل تذکر اینکه مسأله جزا غیر از مسأله عقاب است. بعضیها خلط می کنند و می گویند جاهل قاصر است «لا یعاقب» و این لا یعاقب در اینجا به اعتبار عقاب است؛ اما جاهل قاصر چرا لا یعاقب؟ چون قاعده «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار عقاباً» در مورد او جاری نمی شود بلکه در جاهل مقصر جاری می شود.

ما استحقاق عقوبت جاهل را بر اساس قاعده الامتناع بالاختیار بیان می کنیم. اما در مورد جاهل قاصر جاری نمی شود و قهراً لا یعاقب است پس جزا يك مسأله دیگری می باشد.

در مقام اثبات مشهور فقها فتوا داده اند که قاعده لا تعاد اختصاص به نسیان و اضطرار دارد اما در صورت جهل به حکم، به کلاسمیه (چه جهل قصوری چه تقصیری) قاعده لا تعاد جاری نمی شود و در صورت عمد نیز جاری نمی شود یعنی اخلال به اجزاء و شرایط غیر رکنی موجب بطلان صلات است و باید اعاده کرد چه در اجزای رکنی و چه غیر رکنی و مشهور فقها گفته اند: قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی منه فقط شامل نسیان و اضطرار می شود و صورت عمد و جهل به کلاسمیه را در بر نمی گیرد و ممکن است به روایات استدلال کنند.

در روایات به بعضی از عمومات استدلال می شود. صحیحه محمد بن مسلم عن احدهما (امام باقر (ع) یا امام صادق (ع)) «فان الله عز و جل فرض الركوع و السجود و القراءة سنة فمن ترك

«1» «عليه» اینجا عمد را در مقابل نسیان گذاشته و جهل را ملحق به عمد کرده یعنی «من ترك القراءة عمدا و جهلا فعليه الاعاده و من نسي القراءة فقد تمت صلاته و لا شيء عليه». پس نتیجه صحیحه محمد بن مسلم می گوید که قرائت جزء عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد است و اگر کسی به قرائت متعمدا یا جهلا (قصوری یا تقصیری) اخلال کند موجب بطلان صلات می شود و اعاده دارد. اما اگر نسیانا اخلال کرد، موجب بطلان و اعاده نیست.

مرحوم میرزای نائینی (قدس سره) می فرماید: قاعده لا تعاد دو بخش دارد: 1- عقد مستثنی؛ 2- عقد مستثنی منه. اخلال در مستثنی منه قاعده لا تعاد یعنی اخلال در مستثنی منه موجب اعاده نمی شود. اما اخلال در عقد مستثنی يجب علیه الاعاده، چه وقت می شود گفت که عرفا اعاده نکن؟ در حالت نسیان چرا که امر اول ساقط می شود و اگر نسیان کردید، معقول نیست که امر اول باشد و حدیث رفع؟ چند فقره دارد که يك فقره لا تعلمون است و مادامی که جهل هست عقاب نیست و مؤاخذه نمی شود (رفع) و در صورت نسیان امر صلاتی باقی نیست و اگر رفع نسیان شد باید يك امر دوم بیاید و بگوید اعد و یا قضا کن و اگر امر دوم نیاید، امر اول ساقط شده لا تعاد می گوید اعاده نکن و این در جایی است که امر اول نقض شود که در حالت اضطرار یا نسیان است اما در حالت جهل (قصوری یا

تقصیری) امر ساقط نمی شود و همان داعویت امر اول می گوید آن را بیاور یعنی دیگر امر به اعد ندارد و لا تعداد دیگر معنا ندارد. بنا بر این مرحوم میرزای نائینی می گوید شامل جهل به کلاسمیه

---

(1). همان، ج 4، باب 27 از ابواب قرائت در صلاة.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 341

(قصوری یا تقصیری) نمی شود بلکه قاعده لا تعداد اختصاص به نسیان و اضطرار دارد و می فرماید من با این بیان حرف مشهور فقها را درست می کنم که گفته اند قاعده لا تعداد اختصاص به حالت نسیان و اضطرار دارد و شامل جهل به کلاسمیه نمی شود.

جواب: مفهوم اعاده عبارت است از ثانی وجود هر شیء و ثانی وجود هر شیء اگر از حیث اجزاء و شرایط ناقص باشد، فرد دوم اکمل است. به طور کل در مورد جهل صدق می کند که در جاهل فرد اول که آورده بود، دو جزء در آن نبود و حالا که رفع جهل شده پس باید فرد کامل را بیاورد و فرد کامل اعاده فرد ناقص است و اعاده از همان طبیعت است و شاهد بر آن روایات موجود در این زمینه است، پس فرمایش مرحوم میرزای نائینی مورد قبول نیست. مضافاً مسأله لا تعداد و یعید، اینها خودشان موضوع حکم نیست چرا که شرع کارش این نیست که بگوید اعاده بکن یا نکن بلکه این حکم عقل است؛ یعنی اگر امثال کردی اعاده ندارد و اگر امثال نکردی، اعاده کن و اینجا ارشاد به بطلان است که شارع مقدس در بیان این است که اگر به عقد مستثنی اخلال کردی، نمازت باطل است و اگر اخلال به

عقد مستثنی منه بود، نمازت باطل نیست و یعید و لا تعید حکم شرعی نیست بلکه ذکر لازم و اراده ملزوم و از باب ارشاد به بطلان است.

شبهه ای در مورد جاهل قاصر: چرا در مورد جاهل قاصر که قبح عقلی دارد بگوییم مکلف است؟ چون او هیچ تقصیری نکرده و جهلش پدیده تقصیر او نیست.

بلکه او مقهور الجهل است و چون جاهل قاصر نه علم اجمالی برایش آمده و نه علم برایش منجز شده و نه خطاب به تعلم داشته یعنی حکم عقل و حکم شرع به او نگفته اند که برو و یاد بگیر و «لَمَّا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولًا» که قاعده قبح عقاب را بیان است (گرچه شیخ انصاری به تفصیل قائل هستند بین جاهل قاصر و مقصر که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 342

قاعده لا تعاد را در مورد جاهل قاصر دون جاهل مقصر جاری می کند، در مورد جاهل مقصر قاعده الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار عقاباً درست است که عقاب برای امر اختیاری است. اما این عقاب بر امر غیر اختیاری نیست لذا قاعده می گوید که جاهل مقصر یعاقب اما برای جاهل قاصر هیچ گاه بیان نیامده است.

پس در جمع بین ادله و اینکه در روایات تصرف کنیم، این است که ادله اجزاء و شرایط و موانع اطلاق دارد (نه به طور اطلاق خطابی بلکه به طور اطلاق مقامی) و نتیجه اطلاق هم صورت جهل و هم صورت علم را در بر می گیرد.

3- اما نسبت به حالت نسیان، اضطراب و خطا آنجا چون امر اول ساقط می شود و باید يك امر دیگری بیاید و بگوید کامل آن را در

وقت خود بیاور (ادا یا قضا)، قاعده لا تعاد آن را تخصیص و مطلقات را تقييد می زند و لذا قاعده لا تعاد فقط شامل ناسی، مضطر و خطا می شود اما شامل جاهل نمی شود مگر در جاهل قاصر که جای شبهه ای است که قاعده لا تعاد نسبت به جاهل قاصر شامل می شود از باب قبح تکلیف به جاهل قاصر لعجزه عن التكلیف و خودش مقهور جهل است.

اما بحث در قاعده لا تعاد و خلل به آن: لا تعاد به طور تصدیقی شامل دو عقد است: 1- عقد مستثنی؛ 2- عقد مستثنی منه. لا تعاد الصلاة غیر از پنج مورد، اگر اخلاصی به جزء یا شرطی یا به مانعی وارد کند، لو لا تعاد نماز باطل است. چون اخلاص به جزئی از باب تقيصه و یا زیادی موجب بطلان صلات خواهد شد. اما قاعده لا تعاد نفی جزئیت و شرطیت و نفی مانعیت از عقد مستثنی منه می کند و در نسیان، مضطر و خطا جاری می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 343

قبلا بیان کرده بودیم که قاعده لا تعاد شامل نه فقره می باشد که شامل طهور، وقت، قبله، رکوع، سجود، نیت، تکبیرة الاحرام، قیام در حال تکبیرة الاحرام، قیام متصل به رکوع که به ترتیب آنها را بیان می کنیم.

طهور: فاقد الطهورین لا صلات له و علی الظاهر طهور به معنای طهارت (از طهر) می باشد. یعنی اخلاص به طهارت و این طهارت گاه از آب و گاه از خاک می باشد؛ یعنی طهارت مائیه و ترابیه. طهارت يك شرط رکنی است و دو گونه می باشد حدثی و خبثی که طهارت حدثی اعم از حدث اکبر و اصغر

است و طهارت خبثی شامل نجاست در بدن و لباس مصلی و غیره. آیا اخلال به طهارت نسبت به هر دو رکن است و جزء عقد مستثنی لا تعداد است یا نه؟ فاقد الطهورین لا صلوات له یعنی طهارت از حدث مطرح است نه خبثی (البته نمی شود قبول کرد که فاقد الطهورین لا صلوات له چون الصلاة لا تترك بحال هم داریم)؛ اما عده ای کثیر از فقها فتوا می دهند که اگر طهارت حدثی اعم از مائی و ترابی نباشد، نماز ساقط می شود و روایات دیگر از جمله لا صلوات الا بطهور که طهور مسلماً طهور حدیث است. از مجموع روایات و از مذاق شرع و ضرورت فقه استفاده می کنیم که طهور در عقد مستثنی قاعده لا تعداد، شامل طهارت خبثی نمی شود چون اختصاص به طهارت حدثی دارد.

از مجموع فتوهای فقها، روایات و مخصوصاً متقدمین استفاده می کنیم که طهور در عقد مستثنی قاعده لا تعداد شامل طهارت خبثی نمی شود بلکه اختصاص به طهارت حدثی دارد. نتیجتاً اخلال به طهارت به هر نحوی که باشد موجب اخلال به صلوات می شود و این اخلال در عقد مستثنی لا تعداد است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 344

وقت: وقت از ارکانی است که اخلال به آن موجب اخلال و بطلان صلوات می شود و اگر کسی اجتهاد و جستجو نمود و با اطمینان به اینکه ظهر شده، وارد نماز شد و نماز خواند و بعداً در نماز متوجه شد که الان ظهر شده بر طبق قاعده لا تعداد نمازش باطل است. چون تمام اجزای صلوات باید در وقت صلوات باشد. اما دلیل خاصی آمده که اگر کسی با اطمینان

داخل نماز شود و سپس در اثنای صلات، وقت داخل شود نمازش درست و اعاده ندارد.

روایت: ابن ابی عمیر از اسماعیل بن ریح از امام صادق (ع) یا امام باقر (ع): «إذا صليت وانت تری فی وقت، فدخل الوقت و أنت فی الصلاة فقد اجزئت عنك». اگر اطمینان داری که وقت داخل شده و نماز خواندی، اما در حین نماز وقت داخل شد، پس آن مقداری که نماز در وقت بود کأنه در تمام وقت ادا شده است.

اما طبق قاعدة لا تعاد نماز باطل است چون مقداری از آن در خارج وقت ادا شده است، این روایت تصریح دارد به صحت صلات و روایت اسماعیل بن ریح از نظر سند ضعیف است که اسماعیل توثیق نشده در کتب رجالی اما ابن عمیر که خود معتبر است، از او نقل روایت می کند و دوم اینکه تمام فقها به این روایت عمل کرده اند. لذا فتوای مشهور فقهاست که اگر کسی تحرّی کرد به اینکه وقت داخل شده، نماز درست است. پس اگر سند ضعیف باشد، اما شهرت عملی داریم که جابر ضعف سند روایت است و دلالت روایت که اجزأت عنك فی الحقیقه این است که توسعه در وقت می دهد و این روایت حکومت دارد بر عقد مستثنی لا تعاد و این توسعه تعبدی است که شارع مقدس در وقت تصرف می کند؛ یعنی در وقت صلات دو فرد دارد: 1- فرد اختیاری یعنی از اول تا آخر صلات در وقت باشد. 2- يك فرد

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 345

اضطراری که اگر تحرّی کنید و داخل نماز شوید و در اثنای صلات وقت

داخل شود، شما مثل کسی هستید که در تمام وقت نماز خوانده اید و شارع مقدس در وقت توسعه می دهد بنا بر این روایت نسبت به عقد مستثنی لا تعاد در وقت حکومت دارد و این فتوا مشهور و واقعیت مسأله نیز همین است.

استثنای دیگری به وقت اختصاصی مربوط می شود مثلاً چهار رکعت آخر وقت اختصاص به عصر دارد؛ یعنی وقتی به اندازه پنج رکعت برای قرائت نماز وقت داریم باید چهار رکعت نماز ظهر را بخوانیم و به اندازه يك رکعت برای نماز عصر و باقی رکعات در خارج وقت خوانده می شود که بنا بر روایات و اجماع و فتوای فقهای عظام نماز درست است. اینگونه که: «من ادرك ركعة من الوقت فقد ادرك الوقت، من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة و...» و روایات مختلف به لسان مختلف داریم. در اینجا نیز توسعه در مقام امثال است که شارع مقدس در دو فرد اختیاری و اضطراری آن توسعه داده و باید گفت روایات من ادرك بر عقد مستثنی لا تعاد حکومت دارد، چون به مقتضای قاعده لا تعاد باید گفت نماز باطل است. اما روایات من ادرك حکومت دارد بر عقد مستثنی لا تعاد که توسعه می دهند.

آیا با تحرّی می توان صحت نماز را درست کنیم و روایت اسماعیل بن دراج را در نظر بگیریم؟ بعضی از بزرگان دنبال این مطلب هستند که اگر سند ضعیف بود، فتوا نمی دهند و کاری به مشهور هم ندارند. مثلاً در حجیت خبر واحد می گویند، موضوع حجیت در خبر واحد خبر ثقة است و اگر خبر ثقة نبود، ما عمل نمی کنیم و کاری به اصحاب هم



نداریم. اما به نظر ما هیچ اشکالی ندارد که نسبت به اول وقت باشد یا به آخر وقت و لذا گفته اند که روایات کثیره نسبت به درستی نماز در اول

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 346

وقت وارد شده است و روایات من ادرك هر دو بخش را در بر می گیرد. چه در اول چه در آخر وقت و از هر دو طرف صدق درك می کند چرا که نماز در حال رفتن است و نماز در سلسله زمان است.

پس به روایات من ادرك می توان عمل کرد و در هر دو مورد، اول و آخر وقت، عقد مستثنای قاعده لا تعاد تخصیص می خورد و می توان گفت للوقت فردان: 1- فرد اختیاری که تمام اجزای صلات در وقت واقع می شود. 2- فرد اضطراری که بعضی از اجزاء (لا اقل يك ركعت در وقت) در وقت باشد و باقی در خارج و فرقی نمی کند چه نسبت به اول وقت یا آخر وقت و در هر دو قائل به صحت صلات می شود و با قاعده لا تعاد منافاتی ندارد چرا که این روایات حکومت دارند نسبت به عقد مستثنای قاعده لا تعاد.

قبله: قبله هم جزء عقد مستثنای قاعده لا تعاد و عین کعبه می باشد. پس لازمه عقد مستثنای لا تعاد است یعنی اخلال به تمام یا بعضی از اجزای صلات بر غیر قبله (کعبه) اگر واقع شد، موجب بطلان صلات می گردد. چون وقتی عقد مستثنای قاعده لا تعاد، قبله باشد پس صلات همه اجزاء و آناش به طرف عین قبله است و اخلال در تمام یا بعضی از اجزای نماز چه یسیرا چه کثیرا و چه استبدار

الی القبلة و چه به طرف مشرق و یا به سمت مغرب باشد، موجب بطلان و اعاده صلات می گردد. اما از يك طرف روایاتی داریم که اگر کسی انحراف پیدا کرد از قبله، نمازش درست است. مانند «بین المشرق و المغرب قبله کله» و خود این لفظ آیا مانند روایت «من ادرك ركعة من الوقت فقد ادرك الوقت» توسعه در مقام امثال است؟ ظاهر قاعده لا تعاد این

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 347

است که شما اگر منحرف از عین کعبه شدید بگویید نماز باطل است چرا که قبله یکی از آن پنج رکن می باشد.

بدن انسان شبیه زاویه نیم صفحه است؛ یعنی اگر فرض کنیم پیشانی مصلی يك جسم نوری و کعبه در هر يك از نقاط مغرب و مشرق باشد، تابش بعضی از سهام که از ما به آن جهت می تابد و به عین خود کعبه برخورد می کند.

در اینجا جای بحث از حکومت یا تخصیص نیست چرا که قبله مسلماً در جنوب و به طرف بین مشرق و مغرب قرار گرفته است. یعنی اگر به طرف جنوب بایستیم، حال این انحراف به طرف مشرق باشد یا به سمت مغرب و آن درجه ای که تعیین شده به طرف جنوب شرقی یا غربی باشد، باز به طرف کعبه ایستاده ایم. چون وضعیت ساختمان، مقادیم بدن انسان و حالت پیشانی به طور محدب است و يك زاویه نیم صفحه را (180 درجه) تشکیل می دهد. پس به عین خود کعبه هم برخورد می کند و به نظر می رسد نیازی به مسأله ای (حکومت یا تخصیص) که آقایان بیان می کنند، نیست و در اینجا نه تخصیص است و نه

حکومت بلکه بیان خود قبله است.

بنا بر این وقتی قاعده لا تعاد را در وقت جاری کنیم که مصلی به طرف خود مشرق یا مغرب بخواند یا استدبارا الی القبله، هر چند خود آن استدبار هم جای بحث دارد. مثلا کسی به طرف شمال نماز می خواند، اگر به طرف شمال خطی بکشیم به خود کعبه هم می خورد فقط چیزی که هست مسافت طولانی تر می شود و الا استدبار قبله عین خود استقبال قبله می باشد چرا که زمین کروی است و فرقی نمی کند و این احتمال که در روایات نیز آمده در هنگام تخلی استدبار الی القبله نباشد زیرا به استقبال قبله منتهی می شود. در روایات هست که اگر استدبار الی القبله نماز خوانده شود، اعاده دارد و عقد مستثنای قاعده لا تعاد شامل آن می شود و اگر به طرف خود

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 348

مشرق یا مغرب بخواند، باید یا اعاده کند یا قضا، اما اگر بین المشرق و المغرب یعنی به طرف جنوب بایستید، بین مشرق و مغرب حقیقتا قبله وجود دارد.

از مجموع روایات استفاده می کنیم که اگر مصلی به طرف خود مشرق یا به طرف خود مغرب نماز بخواند در روایت است که باید اعاده یا قضا کند؛ اگر استدبار الی القبله باشد، روایات است که باید اعاده کند و یک روایت هم تفصیل می دهد که اگر استدبار به قبله کند، در وقت اعاده و در خارج وقت قضا نماید؛ اما اگر به طرف خود مشرق یا مغرب بخواند، در وقت باید اعاده کند در خارج وقت قضا ندارد و دیگر اینکه بین المشرق و المغرب قبله کله اعاده دارد

نه قضا، پس بین مشرق و مغرب عقد مستثنی قاعده لا تعاد جاری نمی شود.

رکوع و سجود: هیأت خاصی که حالت انحنا در انسان پدید می آورد از اولین مرتبه تا تقوس تام که مرحله تام از رکوع می باشد.

ماهیت سجود: «وضع الجبهه علی الارض» حالتی که رخ می دهد از مجموع بدن نسبت به زمین رخ می دهد.

واجبات سجود و رکوع: به واجبات سجود، واجبات سبعة گفته می شود و در رکوع وضع الیدین علی الرکبتین است.

بحث این است که آیا این واجبات جزء ماهیت و حقیقت رکوع و سجودند که قهرا در عقد مستثنای قاعده لا تعاد وارد می شوند یا جزء ماهیت نیستند و در نتیجه جزء عقد مستثنی منه لا تعاد محسوب می شوند.

مسئله رکوع و سجود مانند قیام و قعود هستند که مفاهیم عرفی اند و نفس رکوع و سجود جزء مخترعات شرع نیست بلکه قانونگذار می تواند رکوع و سجود را

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 349

تحدید و قیود و شرایطی را برایش تعیین کند؛ اما اصل رکوع و سجود خودشان مفاهیم عرفی هستند.

سؤال: آیا شارع مقدس تحدیدهایی برای رکوع و سجود قرار داده است یا خیر؟

و یا اینکه کلاً صدق علیه الركوع و السجود عرفاً صدق علیه شرعاً؟

در این زمینه روایات زیادی را می بینیم که وارد شده و در راستای این روایات، فقها نیز مبانی و اقوال زیادی دارند.

مثلاً در رکوع گروهی معتقدند که تقوس در رکوع یعنی وقتی دستها بر زانوان قرار می گیرد به گونه ای باشد که اگر بخواهد روی زانوها چیزی بگذارد، توان نگه داشتن آن چیز را داشته باشد. عده ای نیز گفته اند که اصل کف دست لازم نیست بلکه رءوس اصابع بر

زانوان کفایت می کند. خلاصه در این باره اقوال فراوان است زیرا لسان روایات مختلف است.

اما آنچه که قابل استفاده است اینکه هر دو کف بر زانوان قرار گیرد و تقوس همراه طمأنینه، استقرار و ذکر واجب ملاک رکوع شرعی می باشد و جزء واجبات رکوع است؛ اما جزء ماهیت رکوع نیستند.

و اما هیأت خاص و نسبت مجموع بدن به خارج را سجده تشکیل می دهد. آیا مواضع سبعة جزء ماهیت سجده اند یا جزء واجبات؟ بعضی از بزرگان آن را جزء واجبات گرفته اند. سید بحر العلوم (قدس سره) در منظومه ای که در فقه دارد می گوید: «واجب السجود، وضع الجبهة، و أنه الركن بغير شبهة، و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 350

وضعه للستة الاطراف فانه فرض بلا خلاف» «1» یعنی مواضع دیگر جزء واجبات سجده است و ماهیت سجده فقط وضع الجبهة علی الارض می باشد.

اما خلل به رکوع و سجود: گاه منسی خود هیأت سجده و هیأت رکوع می باشد البته نسبت به عقد مستثنای قاعده لا تعاد که حکم به بطلان صلات می دهیم.

اما جبران آن اینگونه است که اگر رکوع یا سجدتین را فراموش کردیم و داخل در رکن بعدی نشدیم گرچه از محل خارج شده باشیم و داخل جزء بعدی شویم قابل تدارک است و قاعده محل جاری می گردد که می گوید رکوع و یا اینکه سجدتین منسی را بیاور پس نماز درست و قابل تدارک است.

و در صورتی قابل تدارک نیست که وارد رکن بعدی شده باشیم؛ یعنی اگر جزء منسی رکن (رکوع یا سجود) بود و داخل در رکن دیگر شدیم، در اینجا دیگر جبران این رکن منسی ممکن نیست چرا؟ زیرا هم رکن فوت

شده و هم داخل در رکن بعدی شده آید و این از دو حال خارج نیست: 1- اگر اعتنا کنید و برگردید به طرف اینکه سجدتین را بیاورید  
زیادی رکن لازم می آید و نماز باطل است. 2- اگر اعتنا نکنید پس تقیصه رکن لازم می آید که شما رکوع را نیاورده آید.

پس علی کلا التقديرين اگر آن منسی رکن بود و مصلی داخل در رکن بعدی شده باشد، نماز بلا کلام باطل است و در هر دو صورت قاعده  
لا تعاد در عقد مستثنی جاری می شود.

---

(1). سید مهدی بحر العلوم، الدرّة النجفیة، 126.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 351

اما اگر منسی رکن نباشد، مثلا فاتحة الكتاب را نخوانده و از محل تجاوز کرده باشد و داخل سوره شده باشد این دو حالت دارد: 1- گاه به  
طرف رکن بعدی مثلا رکوع رفته است. 2- و یا اینکه وارد رکن بعدی نشده باشد.

در صورت اول قابل جبران است و قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی جاری نمی شود و باید برگردد و فاتحة الكتاب را بخواند و همین  
طور سوره و رکوع را. بر اساس قاعده محل که می گوید بیاور و تجاوز از محل جایگاهش دخول در رکن بعدی خواهد بود.

در صورت دوم توان اتیان را از دست داده ایم. اگر فاتحة الكتاب را بیاوریم، لازم می آید که دوباره رکوع را نیز بیاوریم. پس تدارك این جزء  
منسی غیر ممکن است و تصحیح نماز از باب عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد می شود چرا که فاتحة الكتاب جزء عقد مستثنی منه می باشد  
و اخلال به مستثنی منه سبب بطلان صلات نمی شود و نماز صحیح است.

بنا بر این در مسألة

رکوع، رکوع تحدید شده از طرف شارع مقدس را بخواهیم و اگر مادون ذلك باشد، قهرا داخل در عقد مستثنی قاعده لا تعداد می شود و مثل کسی می ماند که اصلا رکوع نیاورده و اما مسأله واجبات دیگر رکوع که استقرار و طمأنینه و ذکر واجب، اینها داخل در ماهیت رکوع نیستند بلکه واجبات رکوع هستند که ظرفشان رکوع می باشد. اما خود رکوع که عبارت است از عقد مستثنای لا تعداد آن است که دخالت در ماهیت رکوع دارد و مسلماً ذکر واجب دخالت در ماهیت رکوع ندارد و لذا اگر انسان در رکوع، آن رکوع شرعی محدّد را بیاورد اما ذکر واجب را نیاورد، در اینجا نمازش صحیح است از باب جریان قاعده لا تعداد نسبت به

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 352

عقد مستثنی منه، چون ذکر واجب و طمأنینه داخل در عقد مستثنی منه می باشد و در سجود نیز «هما معا رکن» که هر دو سجده با هم رکن می باشند. پس اخلال به هر کدام موجب بطلان رکن نمی باشد و اگر یکی را نیاورد داخل در محل است که برگردد و منسی را بیاورد و بعد سجدتین را بیاورد منتها يك سجده زیادی آورده و زیادی سجده داخل در عقد مستثنی منه قاعده لا تعداد می باشد.

پس واقع امر این است که ماهیت سجده، این مساجد سبعة نیست بلکه ماهیت سجده همان وضع الجبهه علی الارض است و واجبات را باید به اینها تعبیر کنیم (نه جزء ماهیت سجده) که ظرف آنها سجده می باشد. پس در هر موردی که به سجده اخلال شود (که همان وضع الجبهه علی الارض باشد) و آن

هم اخلال به هر دو سجده باشد، اینجا قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی جاری می گردد. اما اگر اخلال به سایر مساجد باشد، اینجا قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی منه جاری می گردد.

پس حد رکوع و سجود مشخص شد که کدام يك از آنها داخل در عقد مستثنی و کدام يك داخل در عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد می باشد. علاوه بر موارد بالا سایر ارکان لا تعاد شامل نیت، تکبیرة الاحرام، قیام متصل به رکوع، قیام در حال تکبیرة الاحرام است که در ادامه به توضیح آن می پردازیم.

در ظاهر حدیث لا تعاد (لا تعاد الصلاة الا من خمس الطهور و الوقت و القبلة و الركوع و السجود) استثنای متصل نسبت به پنج چیز گفته می شود که در عقد مستثنی می باشد و مابقی اجزاء در عقد مستثنی منه به نظر می رسد. اما ادله دیگری داریم که چهار چیز به آن اضافه می کند که جزء ارکان صلات می باشد و اگر نسیانا اخلال به آنها شد، موجب بطلان صلات می شود. مقتضای قاعده لا تعاد پنج چیز می باشد که

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 353

جزء عقد مستثنی است. اما این حدیث شریف حکم عقلی نیست بلکه حکم شرعی است که قابل تخصیص می باشد. پس در واقع یعنی نه چیز داریم که قاعده لا تعاد را تخصیص می زند.

ان قلت: مسأله قیام متصل به رکوع يك رکن علی حده نیست. بلکه قیام متصل به رکوع، داخل در ماهیت خود رکوع می باشد. چون رکوع عبارت از «انحناء عن قیام» و این انحناء از مقدمات وجودیه خود رکوع می باشد. پس قیام متصل را داخل در ماهیت خود رکوع



و نه جدای از آن بدانیم. لکن به نظر می رسد این حرف نادرستی است، چرا که رکوع و سجود عبارت از هیأت خاص بین اعضای بدن نسبت به یکدیگر و مجموع نسبت به خارج را پدید می آورد و رکوع مثل جلوس می باشد که دارای يك مفاهیم عرفی اند و اگر به عقلا بگویند رکوع چیست؟ می گویند آن انحناى خاص است؛ اما اینکه این انحنا عن قیام باشد، این دیگر داخل در حقیقت رکوع نمی باشد. پس به نظر می رسد صحیح نباشد. که اگر قیام را داخل در رکوع کنیم. پس ارکان صلات نه چیز است که اگر به اینها به هر نحوی اخلال شود، عمدا یا سهوا یا جهلا، موجب بطلان صلات می باشد. چون آن پنج رکن که جزء عقد مستثنای قاعده لا تعاد است و این چهار رکن که در حقیقت تخصیص به عقد مستثنی منه می زند و مخصص هستند که وقتی بر عام وارد می شوند، عام را به تقیض خاص معنون می کنند.

بنا بر این می شود لا تعاد الصلاة الا من تسع که پنج موردش در خود حدیث وجود دارد به اضافه یت، قیام در حال تکبیرة الاحرام، قیام متصل به رکوع و تکبیرة الاحرام است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 354

### عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد

#### اشاره

اما در مورد خلل در سایر اجزاء و واجبات صلات که مجرای عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد می گردد از جمله: اخلال به سجده واحده، سجده بر زمین نجس، اخلال به قرائت، اخلال به جهر، اخفات، نسیان تشهد، نسیان سلام و ...

اخلال به سجده واحده یا به عبارتی دخول در رکن بعدی چگونه است؟ دخول در سجده ثانیه است چون طبق ادله

وارد، «سجدتان معا رکن» اما سجده واحده رکن نیست و ثمره این بحث این است که اگر در سجده اول سر بردارد و هنوز به سجده دوم نرفته باشد یقین پیدا کند که رکوع را نیاورده، آیا در اینجا جای قاعده محل است یا جای قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی منه که نمازش باطل است؟ در اینجا باید برگردد و رکوع را بیاورد و مجدداً سجدتان را بیاورد و در این صورت يك سجده زیادى آورده که این زیادى سجده موجب اخلال و زیادى رکن محسوب نمی شود و اگر يك سجده کم بیاورد نیز باعث نقیصه بر رکن نیست به جهت اینکه از ادله استفاده می کنیم که «سجدتان هما معا رکن»، و در اینجا روایت منصور بن حازم را داریم که به آن لا تعاد صغیر گفته می شود. عن الصادق (ع): «فی رجل استیقن انه زاد سجده قال (ع): لا یعيد الصلاة من سجده و یعیدها من رکعة». یقین پیدا کرد که سجده زیادى آورده و امام (ع) می فرماید لا یعيد که کنایه از این است که نمازش باطل نیست و صحیح است و بلکه اعاده در رکعت است. یعنی اگر دو تا سجده نقیصه یا زیادى بجا بیاورد در آنجا یعيد و نمازش باطل است اما اگر زیادى يك سجده باشد لا یعيد و به این روایت لا تعاد صغیر گفته می شود که همین روایت منصور بن حازم می باشد و لا تعاد صغیر حکومت دارد بر عقد مستثنی قاعده لا تعاد و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 355

اگر ما بودیم و این روایت و این ادله نبود، می گفتیم «لا

تعداد الصلاة الا من خمس الطهور و الوقت و القبلة و الركوع و السجود» و يك سجدة واحدة که جزء عقد مستثنی لا تعداد می باشد. اما روایت منصور بن حازم در سجده تصرف می کند که اخلال به سجده واحده لا یعید یعنی اخلال به سجده واحده موجب بطلان صلات نمی شود و اخلال به دو سجده موجب بطلان صلات می شود. با ادله دیگر که اگر نقیصه داشت قضای سجده کند اما نماز درست است و اگر زیادی در يك سجده بیاورد و سجده سهو لازم است، نمازش صحیح است. پس اخلال در سجده واحده موجب اعاده صلات نمی شود و در صورت اخلال به دو سجده موجب بطلان می شود و بر همین اساس فقهای عظام روایت منصور بن حازم را لا تعداد صغیر نامیده اند چون مخصوص است در خلل به سجده واحده که موجب بطلان صلات نمی گردد.

### سجده بر زمین نجس نسیانا و سهوا

نکته قابل ذکر اینکه در خلل به عقد مستثنی و عقد مستثنی منتهی به اش جریان قاعده لا تعداد نسبت به عقد مستثنی منتهی صحیح بودن نماز است؛ اما اگر لا تعداد را نسبت به عقد مستثنی جاری کنیم نتیجه اش باطل بودن نماز است.

یکی از خللی که وارد می شود این است که اگر کسی سهوا یا نسیانا بر زمین نجس سجده کند (محل سجده در زمین نجس قرار گیرد) آیا قاعده لا تعداد جاری می شود یا نه؟ در عقد مستثنی یا در عقد مستثنی منتهی بنا به آنچه درباره خلل در عقد مستثنی و عقد مستثنی منتهی ذکر شد، ممکن است کسی بگوید که در اینجا قاعده

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 356

لا تعداد در عقد مستثنی را

جاری کنیم، چرا که سجود یکی از ارکان و از عقد مستثنی لا تعاد می باشد. در سجده منظور از «وضع الجبهه علی الارض»، آیا هر زمینی است یا منظور زمینی که طاهر باشد؟ در سجده صحیح باید طهارت شرط صحت باشد وگرنه در هر زمینی، سجده غیر صحیح خواهد بود و قبلاً- گفتیم واجبات و اجزای سجده داخل در واجبات (طهارت محل سجده، ذکر واجب، طمأنینه، استقرار، وضع رءوس اصابع و...) سجده می باشند نه اینکه داخل در ماهیت سجده، پس عموم این واجبات داخل در عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد می باشد و هیچ کدام از این اجزاء و شرایط داخل در عقد مستثنای لا تعاد نمی باشد. پس اخلال به هر کدام از آنها، در واقع اخلال به ماهیت سجده نشده بلکه اخلال به واجبات سجده شده است. نتیجتاً عموم لا تعاد الصلاة شامل آن می شود پس اینها داخل در عقد مستثنی منه می شوند و حکم به صحت صلوات می کنیم.

و بعضی گفته اند که این مسأله داخل در طهور است و طهور را اعم از طهارت حدثی و خبثی می دانند. جواب: ضرورت فقه و تسالم اصحاب همگی مسأله طهور را طهارت حدثی می دانند نه خبثی و ما روایات زیادی داریم که «اذا صلی فی النجس» و بعد نجاست آن معلوم شود، پس نماز درست است و اشکالی ندارد و اصلاً طهوری که در آنجا مطرح می شود، طهارت حدثی است نه خبثی. بنا بر این نتیجه طرح مسأله این می شود که «اذا صلی المصلی فی النجس نسیاناً أو سهواً» و وقتی متوجه شد که محل سجده نجس بوده، به مقتضای عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد

نمازش صحیح است بلا کلام.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 357

## خلل در نیت

نیت یعنی خطور در ذهن و وجود ذهنی دادن برای عملی که برای خداوند متعال می خواهد انجام دهد.

اگر کسی نیت را فراموش کرد و وارد تکبیره الاحرام شد، در واقع وارد نماز نشده و افعال بعدی صرف لقلقه لسان می شود. اخلال در تکبیره الاحرام نیز چنین است، اگر کسی اخلال به آن کند، وارد نماز نشده است.

اگر نیت نماید ولی تکبیره الاحرام را فراموش کند و وارد جزء دیگر شود، آیا باید برگردد یا نه؟ در این صورت باید برگردد و تکبیره الاحرام را بیاورد و موجب زیادی رکن نمی شود. چرا که تکبیره الاحرام در واقع کلید نماز می باشد، برخی معتقدند با فراموش کردن تکبیره الاحرام سجده سهو بجا بیاورد. اینجا سجده سهو هم لازم نیست پس اگر تکبیره الاحرام فراموش شود و قبل از رکوع باشد، باید برگردد.

اما اگر تکبیره الاحرام را فراموش کند و بعد از رکوع بود، این دیگر نماز نیست و حکم به بطلان می شود. پس اخلال در نیت و تکبیره الاحرام موجب بطلان صلات می شود و باید گفت که وارد صلات نشده است.

## خلل در قیام در حال تکبیره الاحرام

اخلال به قیام در حال تکبیره الاحرام سهوا یا جهلا موجب بطلان صلات می باشد زیرا جزء ارکان صلات محسوب می شود. حالا اگر قیام از او فوت شود، جبران آن چگونه است؟ اگر تکبیره الاحرام در حال قیام بیاورد، موجب زیادی رکن می شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 358

شبهه ای که مطرح است اینکه قیام در حال تکبیره الاحرام جدای از خود تکبیره الاحرام نیست. چون زمان آن به مقدار تکبیره الاحرام می باشد. یعنی تکبیره الاحرام با قیام حالت نماز شکل می گیرد. نه اینکه يك ذات قیام

باشد و يك ذات تكبيره الاحرام، بلکه هر دو یکی هستند در واقع هر دو قید و مقید می باشند و قابل انحلال نیستند. چون در انحلال باید دو موجود با دو موجود باشند که قابلیت انحلال را داشته باشند. اما اینها دو موجودند که به وجود واحد موجود می شوند.

پس شرط است که مصلی قیام داشته باشد و تکبیره الاحرام به تنهایی ذاتش مطلوب شارع نیست بلکه با قیام مورد نظر شارع است.

### خلل در قیام متصل به رکوع

اگر به قیام متصل به رکوع اخلاص شود، آیا قابل تدارك است؟ هویت و پدیده قیام متصل به قیامی است که در پی اش رکوع باشد و بدون این، هویت قیام متصل معلوم نیست و اگر در حال تقوس قیام کند، گفته می شود که رکوع نیآورده است؛ اما اگر گفتیم رکوع يك هیأت خاص عرفی است یا هیأت خاص تقوس باشد، از ادله دیگر شارع مقدس استفاده می کنیم که اجزای دیگر دارد.

نظر ما این است که رکوع را يك هیأت خاصی می دانیم که قیام متصل به آن جزء آن رکوع می باشد و شارع مقدس میزان تقوس را بیان کرده است. جمع کثیری از فقها جبران قیام متصل به رکوع را غیر ممکن می دانند.

بنا بر این کسانی که قیام متصل به رکوع را جزء ماهیت رکوع می دانند، جبران آن موجب زیادی رکن نمی شود. یعنی اگر قیام را جزء ماهیت رکوع بدانند خلل به آن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 359

موجب بطلان نماز نمی گردد. چون إعادة آن موجب زیادی رکن نمی شود. زیرا رکوع عن غیر قیام رکوع نیست و جزء عقد مستثنی منه لا تعاد است.

اما نظر دوم: اگر رکوع عبارت از هیأت

خاصی که همان هیأت خاص و تقوس رکوع است و اینکه رکوع از قیام باشد یا از جلوس، شارع باید بگوید، عرف نیز حالت انحنا را رکوع می داند و در اینجا جبران آن موجب زیادی رکوع می شود و نظر ما همین است. چون ما رکوع را مستقل از قیام متصل می دانیم لذا ماهیت رکوع با صرف تقوس حاصل می شود.

پس اگر به رکوع اخلال شود و داخل در محل باشد و تجاوز نکرده باشد (تجاوز یعنی دخول در رکن بعدی)، باید برگردد و آن را بیاورد. ولی اگر داخل سجده دوم شود، رجوع و جبران آن موجب زیادتی رکن و موجب بطلان صلات می شود. مگر در حالت اول یعنی قبل از دخول در سجده دوم، برای جبران سجده زیادی، باید سجده سهو بیاورد (لکلّ زیاده او نقیصة سجدة تسهواً).

اما اگر رکوع را فراموش کند و داخل در سجده اول شود طبق لا تعداد صغیر که می گوید لا تعید، چون روایت منصور بن حازم اخلال به يك سجده را موجب اخلال به صلات نمی داند و اینجا جبران با سجده سهو می شود. اما اگر داخل سجده ثانیه شده باشد، قابل جبران نیست و عقد مستثنای قاعده لا تعداد می گوید نماز درست نمی باشد.

اما اگر اخلال به دو سجده شود و هر دو سجده را فراموش کند یعنی داخل در رکوع بعدی شود، قاعده محل اقتضا می کند که برود و دو سجده فائده را بجا بیاورد و بعد رکعت بعدی و اگر دو سجده رکعت آخر بود چند صورت دارد: 1- اگر قبل

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 360

از سلام باشد. قاعده محل می گوید برود آن را

بجا بیاورد و بعد تشهد و سلام و جبران آن با دو سجده سهو قابل تدارك است. 2- اگر بعد از سلام و قبل از فعل منافی صلات یادش بیاید دو صورت و دو مبنا وجود دارد: الف. سلام مخرج است چه در محل و چه در غیر محل و اطلاق دارد پس خارج از نماز شده و نماز را باید اعاده کرد. ب. اما اگر روایات در مقام بیان پایان نماز باشد، در اینجا باید برگردد و سجدتین را انجام دهد، قطعاً قاعده لا تعاد جاری می شود. مخرج صلات در روایات این است که پایان صلات را بیان می کند نه اینکه در هر حالی باشد و تمامیت مقدمات حکمت مشکل است و اطلاق ممکن نیست چون سلام در غیر محل مخرج نیست؛ پس قبل از فعل منافی، محلّ دو سجده است پس می توان برگشت و اتیان دو مسجد را کرد و بعد تشهد و سلام بجا بیاورد و دو سجده سهو.

اما اگر بعد از فعل منافی (منافی: مثل انحراف از قبله و حدوث حدث) متوجه شد که دو سجده بجا نیاورده، اینجا عقد مستثنای قاعده لا تعاد جاری می شود و موجب بطلان صلات است و راهی برای تصحیح صلات نداریم، لذا نماز باطل است. پس در دو صورت قاعده محل جاری می شود و جای قاعده لا تعاد نیست و صورت سوم عقد مستثنی قاعده لا تعاد جاری است و نماز باطل می باشد.

1- در ما نحن فیه روایات خاصه ای وارد شده است از جمله صحیحۃ عیص قال (ع):

يقوم و يسجد سجدتین. یعنی آن سلام که داده مخرج نبوده و ادامه دهد و رکعت منسی را



بیاورد و نمازش درست است.

2- روایت محمد بن مسلم از امام محمد باقر (ع): کسی که نماز سه رکعتی یا چهار رکعتی را دو رکعت بخواند و بعد از سلام صحبت کند و گمان کند که نمازش

---

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 2، ص: 361

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 361

درست است، در این صورت حضرت می فرماید اگر به یادش بیاید که دو رکعت خوانده یتّم باید بلند شود و نماز را تمام کند و لا شیء علیه (یعنی نمازش درست است). پس در اینجا روایات خاصه تصریح به این مطلب می کند که يك رکعت یا دو رکعت منسی را جبران کند.

3- زراره از امام باقر (ع) سؤال می کند: کسی که دو رکعت بیشتر نخواند و سلام دهد حضرت می فرماید «یتّم ما بقیت من صلاته» و این روایات صحیحه را اصحاب عمل کرده اند. بر مبنای خودمان سلام در غیر محل را مخرج نمی دانیم و باید منسی را بجا بیاورد و احتیاط را انجام دهد. اما اگر سلام را مخرج صلات بدانیم طبق صناعت علمی و قواعد، نماز باطل است؛ اما طبق روایات خاصه نماز را درست می داند.

در اینجا مواردی که زیاده می آورد، طبق قاعده باید سجده سهو بیاورد و لا شیء علیه منافات با سجده سهو ندارد و اینکه گفته اند لا شیء علیه اطلاق دارد و منافات با سجده سهو داشته باشد، اینطور نیست و با سجده سهو منافات ندارد. چون لا شیء علیه از نظر صحت صلات می تواند لذا منافات

با ادله سجده سهو ندارد. چون ادله سجده سهو نمی گوید که نماز باطل است لذا منافاتی بین اینها نیست. پس این عقیده برخی فقها که لا شیء علیه اطلاق دارد و معارضه با ادله سجده سهو می کند، درست نیست.

## خلل در جهر و اخفات

اگر منسی جهر باشد در صلوات جهریه و اخفات در صلوات اخفاتیه باشد مثلاً «أجهر فی موضع الاخفات یا أخفت فی موضع الاجهار نسیانا» یعنی بعد از آنکه فاتحه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 362

الکتاب را تمام کرد و وارد جزء بعدی شده، متذکر شده که نسیانا وظیفه اش اجهار بود که اخفات کرده یا برعکس.

در اینجا باید چه کار کرد؟ ما طبق دو مبنا صحبت می کنیم: 1- جهر در صلوات جهریه از شرایط صحت قرائت است نه از شرایط صلوات بلکه از شرایط خود فاتحه الکتاب است و اخفات در صلوات اخفاتیه از شرایط خود قرائت است نه از شرایط صلوات، نتیجتاً قرائتی که در صلوات جهریه امثال شود، ذات قرائت جزء نیست بلکه ذات قرائت مقید به جهریه و یا اخفاتیه است؛ یعنی قرائت را بیاورید و بدون آن شرط در واقع جزء را نیاورده است. چرا که جزء عبارت است از مجموع قید و مقید و از ذات قرائت «مع کونها اخفاتیه او اجهاریه» و این جزء است.

اگر نسیانا اخفات در موضع اجهار و یا برعکس کنیم، عین همان مطالبی که در نسیان قرائت گفتیم در اینجا درباره خود قرائت می آید. چرا که ذات خود قرائت مأمور به و جزء نیست بلکه قرائت مقید به «کونها جهریه او اخفاتیه»، است پس من آن جزء را نیاورده ام، اینجا همان مطالبی را که

درباره نسیان فاتحة الكتاب گفتیم دوباره می گوئیم که قاعده محل جاری می شود تا سر حدّ جایی که داخل در رکن بعدی شویم و هنگام دخول در رکوع دیگر قابل جبران نیست بلکه قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی منه جاری می شود، اما اگر هنوز به رکن بعدی وارد نشده باشیم، آن قرائت مشروط به شرط را مجدداً باید امتثال کنیم و جای قاعده محل است نه قاعده لا تعاد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 363

بنا بر این اگر اخفات و اجهار را از شرایط خود قرائت بگیریم نه از شرایط صلوات، پس قاعده محل جاری می شود و در بعضی از موارد قاعده لا تعاد در عقد مستثنی منه.

اما نظر دیگر اینکه اگر گفتیم اجهار و یا اینکه اخفات از شرایط صلوات می باشد نه از شرایط قرائت، یعنی مأمور به ذات قرائت است و يك واجب دیگری مقارن او می باشد. حالا اگر کسی «فی موضع الاجهار اخفت نسیانا یا ساهیا» و داخل در جزء بعدی شد و هنوز داخل در رکن نشده آیا قاعده محل جاری می شود یا جای قاعده لا تعاد است؟

اینجا نمی توان قاعده محل را جاری کنیم چرا؟ چون فرض این است که جهر از من فوت شده است، جهری که باید مقارن با قرائت باشد و قرائت يك جزء مستقل و جهر هم يك جزء مستقل است و مصلّی اخلال در قرائت نکرده و صحیح اتیان کرده اما جهر را نیاورده و از محل نیز تجاوز شده است چرا چون محل جهر باید مقرون فاتحة الكتاب باشد و جبران آن غیر ممکن است پس جای قاعده لا تعاد است یعنی

لا تعداد را نسبت به عقد مستثنی منه جاری می کنیم و نمازش صحیح است و موجب اعاده یا قضا نیست. پس ثمره مهم است که باید دید مبنای چیست؟

روایت: صحیح زرارہ عن ابی جعفر (حضرت امام باقر (ع)) «فی رجل جهر فی ما لا ینبغی الاجهار و اخفی فی ما لا ینبغی الإخفاء فیہ فقال (ع): أئی ذلك فعل متعمدا فقد نقض صلاته و علیه الاعادة» یعنی اگر «عمداً أجهراً فی موضع الإخفات» یا برعکس نماز او باطل است چرا که عمداً يك جزئی را نقض کرده و «إن فعل ذلك نسیانا او ساهیا او لا یدری (جاهلاً) فلا شیء علیه و قد تمت صلاته اما اگر نسیانا یا ساهیا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 364

اخفت فی موضع الاجهار» یا برعکس در موقع قرائت پس لا شیء علیه است و نمازش درست می باشد.

منظور از این روایت چیست؟ یعنی آیا اخفات و اجهار از شرایط قرائت است یا از شرایط صلات؟ اینجا اگر فعل ذلك نسیانا او ساهیا باشد، باید حضرت می فرمود که برگردد. یعنی اگر در محل است باید برگردد و بیاورد و اگر داخل در رکن بعدی شده، «تمت صلاته». اما اینجا اطلاقش اقتضا می کند که «فلا شیء علیه و قد تمت صلاته» و ما مجبوریم که اخفات و اجهار را از شرایط صلات بگیریم و چون از محل تجاوز کرده (فرض این است که قرائت را خوانده) «فلا شیء علیه و قد تمت صلاته»، این مؤید قاعده لا تعداد می باشد و قاعده محل جاری نمی شود. چون اگر در جایی که باید قاعده محل جاری شود، نباید بگوییم تمت صلاته

و باید گفت یعید و باید برگردد و آن جزء را بیاورد. پس می فهمیم که اجهار و یا اینکه اخفات از شرایط صلوات است نه از شرایط قرائت پس با قرائت بدون اجهار و اخفات، محلّ اخفات و اجهار تجاوز کرده و قابل جبران نیست و قاعده لا تعاد می گوید لا تعاد الصلاة الا من خمس الطهور و القبلة و الوقت و الركوع و السجود و این جزء عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد می باشد نه جزء عقد مستثنی.

بنا بر این صحیحه زراره عن ابی جعفر (ع) مؤید قاعده لا تعاد است نسبت به عقد مستثنی منه در اجهار و اخفات و می توان برداشت کرد که اخفات یا اینکه اجهار از شرایط صلوات است نه از شرایط خود قرائت.

بنا بر این ضابطه کلی در نسیان واجبات به طور کلی از دو حال خارج نیست: 1- شرطی یا جزئی را فراموش می کنیم که از شرایط همان جزء است نه از شرایط

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 365

صلوات و فرض می کنیم که آن شرط را نیاورده ایم؛ یعنی ذات جزء را آورده ایم اما مقارن با آن شرط نبوده، اینجا مثل اینکه خود جزء را نیاورده ایم. چون المشروط «عدم عند عدم شرطه» و تا مادامی که داخل در رکن بعدی نشده، قاعده محل می گوید برو بیاور و اگر داخل در رکن بعدی شده قاعده محل جاری نمی شود، بلکه قاعده لا تعاد جاری می شود.

### **خلل در تشهد و سجده واحده**

دو جزء در صلوات هست که اگر انسان آنها را فراموش کند، اصل نماز درست است و قاعده لا تعاد نیز می گوید درست است اما اینها را باید قضائاً بیاورد و این دو جزء

یکی نسیان تشهد و دومی نسیان سجده واحده؛ یعنی اگر يك سجده فراموش شد، قاعده لا تعاد نسبت به صحت صلات جاری می شود پس نماز صحیح است. اما باید قضای آن بجا آورده شود.

1- در تشهد: صحیحہ ابن سنان عن احدهما علیهما السلام (امام باقر (ع) یا امام صادق (ع)) «فی الرجل یخرج من صلاته و قد نسی التشهد حتی ینصرف فقال (ع): ان کان قریبا فرجع علی مکانہ فتشہد و الا طلب مکانا نظیفا فتشهد فیہ».

تشهد را فراموش می کند و بعد از اتمام نماز یادش می آید که تشهد را نخوانده و حضرت می فرماید که اگر نزدیک است که تشهد را بخواند يك جای پاکی را پیدا کند و خود تشهد را بیاورد پس اصل نماز درست است و قاعده لا تعاد جاری می شود اما تشهد باید قضا شود.

2- روایت علی بن حمزه قال أبو عبد الله (ع): «إذا قمت فی الركعتین الاولتین و لم تتشهد و ذكرت قبل ان ترکع، تعدد و تشهد و ان لم تذكر حتی ترکع تمض فی

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 366

صلاتک کما انت؟ فاذا انصرفت سجدت سجدتین لا رکوع فیهما ثم تشهد التشهد الذي فاتک».

در رکعت دوم اگر تشهد را فراموش کردی و در رکعت سوم یادت آمد پس بنشین و تشهد را بگو و اما اگر یادت نیامد نمازت درست است و بعد تشهد فوت شده را بجا بیاور که این نسبت به قضای تشهد وارد شده است. پس در نسیان تشهد هم قاعده لا تعاد جاری می شود، به اعتبار اینکه نماز صحیح است روایات خاصی نیز موجود است که قضای تشهد منسی را

باید آورد.

اما در نسیان سجده واحده: سجده واحده اگر نسیان بجا آورده نشود، اینجا هم قاعده لا تعاد نسبت به صحت صلوات جاری می شود و هم روایات خاصه هست که باید قضا بشود.

صحیحۃ ابن جابر عن ابی عبد الله (ع): «فی رجل نسی ان یسجد السجده الثانیة حتی قام فذکر و هو قائم انه لم یسجد، قال (ع): فلیسجد ما لم یرکع» اگر برخاست و یادش رفت که سجده را بیاورد پس بنشیند و سجده دوم را بیاورد مادامی که رکوع را نیاورده پس قابل جبران است. چرا که وارد رکن بعدی نشده. اما اگر بعد از رکوع یادش آمد که سجده دوم را نیاورده «فلیمض علی صلاته» و نمازش درست است و ادامه دهد «حتی یسلّم ثم یسجدها فانها قضا» و بعد از آنکه از نماز فارغ شد، آن سجده را بیاورد و این سجده قضای آن سجده فائته می باشد. پس هم قاعده لا تعاد نسبت به صحت صلوات جاری می شود و هم نسبت به سجده فائته روایت خاص وارد شده است.

پس اضافه بر جریان قاعده لا تعاد نسبت به عقد مستثنی منه این دو مورد را که استثنا کردیم ادله خاص داریم نسبت به قضای آن جزء منسی.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 367

## خلل در سلام

یکی از موارد خلل صلوات در تطبیق قاعده لا تعاد، اگر مصلی سلام را فراموش کند و بعد متوجه شود، اینگونه موارد چند صورت دارد: 1- گاه قبل از فعل منافی صلوات است. 2- گاه بعد از فعل منافی صلوات است و در فعل منافی گاه فعل منافی نیاورده است بلکه سکوت ماحی صلوات را آورده است. (سکوت

طولانی ماحی هیأت صلات و جزء قواطع محسوب می شود.) یعنی چند دقیقه گذشته لکن فعل منافی را نیاورده است و بعد یادش می آید که سلام را نیاورده است.

لا ریب و لا شک یعتریه بعد از فعل منافی صلات، جای جریان قاعده لا تعاد نیست و اگر یادش آمد که سلام را بجا نیاورده است چون این شخص با فعل منافی از صلات خارج شده است، پس با آوردن فعل منافی داخل صلات نیست.

اما اگر تذکر قبل از فعل منافی باشد پس صدق دخول در صلات می کند و قاعده محل می گوید که تو باید جزء منسی را بیاوری و امر به سلام باقی است و با آوردن سلام از نماز خارج می شود و اما اگر بعد از فعل منافی باشد و متذکر شود، سلام را بجا نیاورده است چون لا صلات الا بطهور و طهور جزء عقد مستثنای قاعده لا تعاد است و خللی وارد شده و نماز او باطل است.

اما بعد از فعل منافی به غیر حدث مثلا اگر استدبار قبله باشد، آیا قبله جزء عقد مستثنی است و موجب بطلان صلات می باشد؟ استنادا به قاعده لا تعاد و نسیان سلام قبل از فعل منافی و قبل از سکوت ماحی صلات موجب قاعده محل است و باید بیاورد. اما غیر این حالت نسیان سلام بعد از فعل منافی و بعد از سکوت ماحی صلات، چون فعل منافی در صلات واقع شده است، نماز باطل است و باید دوباره بیاورد. لکن بطلان صلات به واسطه ترك تسلیم نیست بلکه به واسطه وقوع فعل

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 368

منافی در صلات است. اما



روایاتی در این باب هست که به نظر می‌رسد نسیان سلام می‌تواند موجب صحت صلات باشد از جمله:

صحیحۀ زراره عن ابی جعفر (ع): «سأله عن الرجل یصلی ثم یجلس فیحدث قبل أن یسلم قال (ع): تمت صلاته» قبل از سلام وقوع حدث مبطل صلات نیست و این آیا به واسطه قاعده لا تعاد است یا تعبد خاصی است که چند احتمال دارد:

1- حدث قبل از سلام مبطل صلات نیست که این بر خلاف ضرورت فقه است.

برای اینکه طهارت شرط صلات است. 2- سلام مخرج نیست؛ یعنی بعد از اینکه «السلام علينا و علی عباد الله الصالحین»، حدث حاصل شده است و قبل از «السلام علیکم ورحمة الله وبرکاته» باشد، اشکالی پیش نمی‌آید. 3- قبل از اینکه از نماز خارج شود، محدث است و تمت صلاته یعنی آیا شارع مقدس از طهارت دست برداشته که این مشکل است. لذا روایت را باید حمل بر معنای دوم کنیم.

روایت حسن بن جهم (از نظر سند تعریفی ندارد) از موسی بن جعفر (ع): کسی نماز ظهر را می‌خواند و بعد از رکعت چهارم می‌نشیند و حدث صادر می‌شود، حضرت می‌فرماید: اگر «اشهد أن لا اله الا الله و أشهد ان محمدا عبده و رسوله» گفته باشد، نمازش را اعاده نکند و قبل از تشهد اعاده کند، ملاکش مسأله تشهد است.

یعنی روایاتی که سلام را مخرج می‌دانند معارض این مطلب است و عمل اصحاب طبق روایات مخرجیت سلام است و عامه به این روایت عمل کرده اند پس باید اعراض شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 369

صحیحۀ حلبی: عن ابی عبد الله (ع): اگر از قبله منحرف

شود به طور التفات فاحش و در نماز است، نماز را باید اعاده کند ولی اگر تشهد را گفته است لا تعید و این هم شبیه همان مطالب بالاست.

روایت غالب بن عثمان از حضرت صادق (ع): کسی که نماز می خواند و تشهد می گوید و سلام نمی دهد و خوابش می برد، تشهد اگر تشهد اول باشد یعد ینام و بعد یادش می آید در اینجا حضرت می فرماید، نمازش درست است و می فرماید اگر خون دماغ شوی، بینی ات را بشوی و بعد سلام را بده؛ اما از این روایت اصحاب اعراض کرده اند و بعضی حمل بر تقیه نموده اند و روایات معارض دارند که سلام منخرج است که مورد عمل اصحاب است و باید به اینها عمل شود. لکن در مجموع این روایات بر اصل لا تعاد چیز تازه ای نیاورده است.

پس اگر مصلّی سلام را فراموش کرد و متذکر شد که اگر قبل از فعل منافی باشد و قبل از سکوت ماحی صلات، قاعده محل جاری می شود یعنی سلام را بیاورد و خارج شود.

و اگر تذکر بعد از فعل منافی باشد، چه منافی سکوت ماحی صلات باشد یا منافی نقض طهارت، بطلان صلات مستند به فعل منافی است نه به ترك تسلیم تا توسط قاعده لا تعاد بتوانیم نمازش را درست کنیم. پس چون احدث بالصلاة و چون سکوت ماحی صلات آورده است نمازش باطل است. لذا قاعده لا تعاد در عقد مستثنی منه جاری نمی شود. حالا اگر اجزائی را اضافه کنیم، روایات داریم که «من زاد فی صلاته فعلیه الاعاده»، قاعده لا تعاد تخصیص می خورد که اگر زیاده جزء عقد مستثنی باشد، قاعده لا تعاد جاری و نمازش باطل

است ولی اگر زیاده جزء مستثنی منه

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 370

باشد، قاعده لا تعاد جاری و نمازش صحیح است. پس در هر دو صورت قاعده لا تعاد جاری است، منتها بعضی اوقات نسبت به عقد مستثنی و بعضی اوقات نسبت به عقد مستثنی منه قاعده لا تعاد.

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ\*

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 371

## (7) قاعده المؤمنون عند شروطهم

معنای شرط

معنای لغوی

اشاره

شرط در لغت به معنای علامت، «1» عهد، پیمان و تعلیق چیزی به چیز دیگر «2» را گویند و همچنین در معنای شرط آمده است «إلزام الشیء و التزامه فی البیع» «3» الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن را در بیع گویند.

---

(1). راغب اصفهانی، مفردات الفاظ قرآن، ص 258.

(2). تهانوی، موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامیة، جزء سوم، ص 753؛ محمد روای قلعه چی، موسوعة فقه عبد الله بن عمر، ص 454.

(3). شرتونی لبنانی، اقرب الموارد، ج 1، ص 583؛ حسین یوسف موسی و عبد الفتاح صعیدی، الافصاح فی فقه اللغة، ج 2، ص 1199؛ بطرس بستانی، محیط المحيط، ج 1، ص 1073؛ فیروزآبادی، قاموس المحيط، 952، ج 2، ص 381؛ احمد رضا، متن اللغة، ج 3، ص 3304؛ ابراهیم انیس و عبد الحلیم منتصر و دیگران، معجم الوسیط، ج 1، ص 479؛ عبد الرحیم بن عبد لکریم صفی پور، منتهی الارب فی لغة العرب، باب الشین، فصل الراء، ص 623.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 372

## الف) در اصطلاح نحوین

عبارت است از آنچه که ادوات شرط بر آن داخل می شود. مثل «إن دخلت الدار فأنت طالق». «1»

«ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده الوجود». (2) شرط عبارت است از آنچه که از نبود آن، نبود مشروط لازم می آید ولی از وجود آن وجود مشروط لازم نمی آید. این معنی در مقابل معنی سبب است چرا که در تعریف سبب آمده «ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم لذاته» یعنی آنچه که از وجودش وجود مشروط لازم می آید و از عدم آن عدم مشروط. پس از ناحیه وجود بین شرط و سبب فرق هست زیرا که در سبب از وجودش وجود مشروط لازم و ضروری است در حالی که در شرط اینگونه نیست. (3)

به بیانی دیگر، سبب مستلزم وجوب مسبب می شود ولی شرط مستلزم وجوب مشروط نیست اما در شرط از عدم آن عدم مشروط لازم می آید و از وجود آن نه

---

(1). عبد الفتاح بن علی مراغی حسینی، عناوین الاصول وقوانين الفصول، چاپ سنگی، (بدون شماره)؛ محمد سنگلجی، دلائل السداد در قواعد فقه و اجتهاد، ص 35.

(2). شهید اول، قواعد و الفوائد، ج 1، ص 255؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج 2، ص 390؛ ملا احمد نراقی، عوائد الایام فی بیان الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ سنگی، ج 2، ص 42؛ مقداد بن عبد الله سیوری حلّی، نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الامامیة، ص 50.

(3). شهید اول، همان، ج 1، ص 255.

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 373

وجود مشروط لازم می آید و نه عدم مشروط، و ممکن است گفته شود که مسبب

در وجود خود مربوط است و مشروط در عدم خود به شرط وابسته است.

شیخ انصاری (ره) در مورد معنای شرط می فرماید که شرط بر دو معنی اطلاق می شود یکی از معانی آن عبارت است از همان معنای حدثی، که شرط به این معنی مصدر شرط است یعنی الزام و التزام به چیزی، که اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط می باشد. در لغت، شرط به معنای مصدری آن تفسیر کرده اند چرا که گفته اند «الزام الشیء و التزامه فی البیع و غیره» لذا با این تعبیر، استعمال شرط در الزام ابتدایی مجاز یا غیر صحیح خواهد بود لکن شرط بر الزام ابتدایی هم آمده است مثل گفتار پیامبر اکرم (ص) در جریان بریره، آن جایی که فرمود: «ان قضاء الله احق و شرطه اوثق» و یا اینکه «الولاء لمن اعتق» که منظور از شرط در اینجا حکم خداست.

و یا قول و گفتار امیر المؤمنین (ع) در مورد کسی که شرط کرد زن دیگری را به ازدواج خویش در نیاورد، فرمود: «ان شرط الله قبل شرطکم» و یا گفتار سائل از امام (ع) که سؤال کرد: «ما الشرط فی الحيوان؟» امام (ع) فرمودند: «ثلاثة ايام للمشتري» و ما الشرط فی غیره؟ و قال: «هی بالخيار حتى يفترقا» پس شرط به معنای خیار و همچنین نذر عهد و عهد نیز اطلاق شده است. (1) در خبر ابن سنان از امام صادق (ع) آمده است:

عن ابن سنان عن أبي عبد الله (ع) في رجل قال لا مرأته، إن نکحت عليك او تسريت فهي طالق قال (ع) ليس ذلك بشيء إن رسول

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 2، ص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 374

اللّٰه (ص) قال: إنّ من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه. «1»

ابن سنان از امام صادق (ع) در مورد مردی روایت می کند که آن مرد به زن خویش گفت اگر من بر تو زن دیگری و یا کنیز دیگری گرفتم پس آن زن مطلقه باشد.

امام (ع) فرمود: این چیزی نیست. رسول اکرم (ص) فرمود: کسی که شرطی بر خلاف کتاب و سنت نماید این شرط نه بر او و نه بر کسی که شرط بر علیه اوست، نافذ است.

البته گاه شرط به معنای مصدری را به صورت مجاز در نفس مشروط به کار می برند مثل لفظ خلق که گاه به معنای مخلوق به کار برده می شود که این نوع استعمال، استعمال مجازی است. «2»

اما اینکه لغوین لفظ شرط را در شرط ضمن عقد یا التزام در بیع معنی کرده اند و اطلاق آن را در دیگر معانی مجاز دانسته اند، حرف صحیحی نیست چرا که:

اولاً اگر امر دائر بر حقیقت و مجاز یا مشترك معنوی باشد مشترك معنوی اولویت دارد چرا که اولی نیازمند به قرینه است در حالی که اصل، عدم قرینه است. «3»

ثانیاً، به دلیل تبادر، چرا که وقتی که کسی می گوید: «شرط علی نفسه کذا» از این جمله مجرد التزام را می فهمیم نه إلزام در التزام را.

ثالثاً، استدلال امام معصوم (ع) در روایت ابن سنان که بر وعد اطلاق شده است. 1

(1). همان، ج 14، ص 128.

(2). همان، ج 2، ص 390.

(3). همان.

(4) 1. همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 375

پس شرط در غیر معنای ضمن عقد مجاز

نیست و اما اینکه در کتابهای لغت شرط را صرفاً به معنای الزام و التزام در بیع قرار داده اند، این تساهلی بوده که صورت گرفته وگرنه چنانچه دقت می کردند حد اقل قائل به مجاز بودن آن در غیر بیع می شدند که آن را هم نگفته اند.

## معنای مجازی

معنای دوم شرط این است که شرط چیزی است که از عدم آن عدم، لازم می آید بدون اینکه ملاحظه شود که آیا از وجود آن هم وجود لازم می آید یا خیر؟ مثل وضو برای نماز که از نبود آن نماز حاصل نمی شود ولی اینگونه نیست که از وجود وضو وجود نماز هم حتماً حاصل گردد چرا که بسا انسان وضو می گیرد ولی نماز نمی خواند. شرط به این معنا اسم جامد است و مصدر نداشته و معنای حدثی ندارد و اشتقاق مشروط از شرط بر حسب قاعده نیست.

## فرق معنای جامدی شرط با معنای مجازی آن

شرط به معنای دوم یعنی «ما یلزم من عدمه العدم» با شرط به معنای مجازی که همان شرط به معنای مشروط باشد. این است که شرط دوم یعنی شرط جامدی قید است ولی معنای مجازی شرط، مقید است. لذا خلق به معنای مخلوق قید چیزی نیست، همان گونه که شرط به معنای مشروط قید چیزی نیست اما شرط به معنای دوم قید است یعنی وضو قید نماز است. (2)

(2). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 376

آنگاه شیخ انصاری (ره) دو معنای دیگری را هم برای شرط بیان می کنند یکی شرط در اصطلاح اصولیون که عبارت است از ما یلزم من عدمه العدم و لا یلزم من وجوده الوجود و دیگری شرط در اصطلاح نحوین است که عبارت است از جملاتی که بعد از ادوات شرط می آیند. دو معنای اولی که مرحوم شیخ انصاری (ره) بیان کرده معنای عرفی شرط بوده و دو معنای بعد، معنای اصطلاحی شرط است. لذا اگر لفظ در عرف استعمال شد همان دو معنای اول مورد نظر خواهد بود که باید بر

## انواع شرط از نظر ارتباط با عقد

### اشاره

پس از مشخص شدن معنای کلمه شرط، به بررسی انواع شرط از نظر ارتباط آن با عقد پرداخته، سپس به بیان منظور از شرط در قاعده المؤمنون عند شروطهم می پردازیم. 1. شروط ابتدایی؛ 2. شروط تبانی؛ 3. شروط ضمن عقد.

### شروط ابتدایی

شروط ابتدایی، شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می کند، که حکم آن، عدم التزام به اینگونه شرطهاست. «1»

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج 3، ص 252؛ موسی نجفی خوانساری، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج 2، ص 123؛ ابو القاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج 7، ص 352.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 377

در تعریف دیگر از شرط ابتدایی آمده است: شرط عبارت از تعهد يك طرفی است و آن تعهدی است که شخص به قصد يك طرفی، خود علیه خود ایجاد می کند. «2»

### شروط تبانی

شروط تبانی شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی و توطئه صورت گرفته لکن به هنگام عقد ذکری از این شروط نشده است «3» احکام مربوط به شروط ابتدایی و شروط تبانی را در مباحث شروط صحت شرط به طور مفصل خواهیم آورد.

پس رسول گرامی (ص) بر تمامی مسلمانان حکم به لزوم ثبوت و عمل به تمامی شروطشان می نماید لکن چون به دنبالش استثناء آورده در نتیجه شروط مخالف کتاب از تحت این عام خارج می شود.

### منظور از شرط در قاعده المؤمنون عند شروطهم

همان گونه که در معنای شرط گفته شد، شرط به معنای مصدری عبارت است از مرتبط نمودن چیزی به چیز دیگر و به این معنی این شرط مبدأ برای چیزهایی است که از آن مشتق شده مثل کلمه شارط و مشروط و شرط به معنای اسم مصدری

---

سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج 3، ص 252؛ موسی نجفی خوانساری، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج 2، ص



123؛ أبو القاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج 7، ص 352.

(2). محمد جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 380.

(3). موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 123؛ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 252؛ أبو القاسم خویی، همان، ج 7، ص 352.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 378

عبارت است از چیزی که مرتبط با غیر خودش باشد که این همان معنای عرفی است که از شرط فهمیده می شود. حال آیا منظور از شرط در قاعده فوق، مطلق الزام و التزام است یا الزام و التزامی که در ضمن عقد باشد؟ اگر مطلق الزام و التزام و بدون ربط به چیز دیگر باشد لازمه اش آن است که

در فرمایش رسول اکرم (ص) تخصیص اکثر لازم آید که این تخصیص اکثر مستهجن و قبیح است. «1»

پس به ناچار باید شروط در حدیث را بر شروطی که در ضمن عقد واقع شد و حمل نمود تا تخصیص اکثری که مستهجن و قبیح است، پیش نیاید. لذا منظور از شرط در قاعده فوق، شرط ضمن عقد است. چرا که اگر چه این جمله، جمله خبریه است لکن رسول گرامی اکرم (ص) در مقام انشاء حکم بوده است. «2»

### دلیل بر انشایی بودن قول پیامبر (ص)

1- لازمه اخباری بودن قول رسول گرامی اکرم (ص) آن است که در سخن پیامبر (ص) کذب پیش آید چرا که عده زیادی از مسلمانان به عهد و پیمانهای خویش عمل نمی نمایند و لذا از آن رو که این معنی (کذب) در ساحت مقدس رسول گرامی اکرم (ص) راه ندارد پس پیامبر (ص) در مقام انشاء حکم بوده اند. و فرمایش آن حضرت، در واقع تحریک و تحریص مسلمانان به انجام تعهداتشان می باشد.

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 221.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 2، ص 374؛ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ص 323؛ سید محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ص 96.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 379

2- اکثر اصحاب امامیه چه در گذشته زمان تاکنون، از این فرمایش پیامبر (ص) معنای وجوب را می فهمیدند لذا اگر پیامبر در مقام اخبار بود استنباط معنای وجوب اصحاب از آن، معنایی نداشت پس پیامبر اکرم (ص) باید در مقام انشای حکم بوده باشد.

3- دلیل دیگر بر قصد انشایی بودن قول پیامبر (ص) آن استثنایی است که در کلام شریف آمده است: «المسلمون عند

شروطهم الا شرطاً فيه معصية» (1) و یا در روایتی دیگر می فرماید: «الا من عصی الله» خود این استثناء دلیل بر این است که کسی که متعهد و ملتزم به عهد خویش نیست عصیان و گناه کرده پس وجوب در عدم گناه است که همان ملتزم شدن به عهد می باشد.

4- در روایتی دیگر از امیر المؤمنین علی (ع) آمده است:

من شرط لا مرأته شرطاً فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً. (2)

در این روایت حضرت علی (ع) قول پیامبر اکرم (ص) یعنی المسلمون عند شروطهم را دلیل وجوب وفاء به شرط نسبت به زن دانسته که از این مطلب فهمیده می شود که پیامبر اکرم (ص) در مقام انشاء بوده وگرنه استدلال بر وجوب وفاء نسبت به زن در بیان حضرت علی (ع) صحیح نمی بود. (3)

---

(1). میرزا حسین نوری طبرسی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج 13، کتاب التجاره، ابواب الخیار، ص 300؛ تمیمی مغربی، دعائم الاسلام، ج 2، ص 54، حدیث 142.

(2). حر عاملی، وسائل الشیعة، کتاب التجاره، ابواب الخیار، ص 354.

(3). ملا محمد نراقی، مشارق الاحکام، ص 63؛ عبد الفتاح بن علی مراغی حسینی، همان، (بدون شماره).

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 380

نکته اول: اینکه می گوئیم خبر در مقام انشاء دلالت بر وجوب می کند بدان معنی نیست که این دلالت به صورت دلالت مطابقی است بلکه به ملازمه ظاهری از آن استفاده می شود. به بیان دقیقتر، اینکه گفته می شود «تعید صلاتک» در واقع دلالت مطابقی به معنای «اعد صلاتک» نیست بلکه معنای «اعد صلاتک» از ظاهر آن استفاده می شود.

نکته دوم: لزوم در قاعده مذکور، صرفاً مختص

به یکی از شروط مثلا شرط فعل نیست بلکه چه در شرط فعل و چه در شرط نتیجه و شرط صفت، این لزوم وجود دارد. بدین صورت که هیچ گونه انفکاک‌ی مثلا در شرط فعل بین شرط و فعل نیست لذا اگر کسی شرط کرد و عمل نمود در واقع ملتزم به شرط نبوده، یا در شرط نتیجه، چنانچه بی‌اعتنایی به ترتب آثار شرط نمود در واقع ملتزم به شرط نشده، و یا در شرط صفت چنانچه متصف به وصف نباشد ملتزم به شرط نبوده است. (1)

قبل از پرداختن به دلایل وجوب وفاء به شروط ضمن عقد، بهتر آن است که از عقد و معانی مختلف آن و تقسیماتی که از عقد به اعتبارهای مختلف صورت گرفته سطوری چند و لو به اختصار و گذرا نگاشته تا پیگیری مباحث شرط و خصوصا شرط ضمن عقد بهتر و سهولتر گردد.

---

(1). امام خمینی، بیع، ج 5، ص 210.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 381

### معنای عقد

### معنای لغوی

عقد در لغت به معنای بستن، بافتن، گره زدن و محکم کردن است. «1» لذا عقد البیع و الیمین ای احکمه، شده، اکده «2» یعنی معامله و قسم را محکم کرد، مؤکد نمود.

### معنای اصطلاحی

حضرت امام رضا (ع) در تعریف عقد دو معنی را بیان فرموده آنگاه یکی از آن دو معنی را بهتر و مناسبتر دانستند. ایشان در معنای عقد فرمودند:

و العقود (أما) جمع العقد و هو الرابطة الخاص فی الحبل استعیر، للعقود الاعتباریة بدعوی انه فی تبادل الاضافتین اللتین یتخیل انها کالحبل، یحصل عقده کالعقدة فی الحبل فحینئذ تختص العقود بما فیها التبادل بنحو کالبیع و الصلح ...

او بدعوی کون نفس الایجاب و القبول و ربطهما فی الاعتبار بمنزلة ربط الحبل و العقدة الحاصلة فیہ فیدخل فیہ جمیع أنواع العقود ...

و (أما) جمع العقد بکسر العین، و هو القلادة، استعیر لمطلق ما لزم إتیانه (بدعوی) انه کقلادة فی عنقه تلزمه حینما کان فیدخل فیہ

---

(1). لویس معلوف یسوعی، المنجد، ص 542.

(2). جبران مسعود، الرائد، چاپ اول، بیروت: دار العلم ملائین، 1964، ص 324.

جميع العقود والایقاعات و التعهدات و الاظهر مع الغض عن القرائن الخارجية هو الاول.

پس عقد عبارت است از ربط خاص در ریسمان، که به واسطه اینکه در عقود ارتباط خاص بین ایجاب و قبول است که در نتیجه آن لزوم و ارتباط ویژه ای ایجاد می شود لذا کلمه عقد را که برای ارتباط خاص در ریسمان بوده برای عقود اعتباری به کار گرفته اند. «1»

### تعریف دیگر

«عقد عبارت است از اینکه يك یا چند نفر در مقابل يك یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» «2»

### اشکال بر تعریف ماده قانونی

بر تعریف قانون از عقد، اشکال وارد شده و آن اینکه این تعریف تنها شامل عقود عهدی است و عقود تملیکی را شامل نمی شود. مضافاً اینکه تعریف فوق شامل عقودی که نتیجه آن انتفاء امر موجودی است، نمی شود و حال اینکه فقهاء در باب صلح از يك نوع صلحی بحث کرده اند که نتیجه آن، انتفاء امر موجودی است.

علاوه بر این شامل عقودی که طرفین دارای تعهد می شوند، نیست. «3»

---

(1). امام خمینی، همان، ج 4، ص 14.

(2). قانون مدنی، 183.

(3). محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان، ص 454؛ سید حسن امامی؛ حقوق مدنی، ج 1، ص 160.

اشکال فوق خصوصاً قسمت اول آن بر تعریف ماده قانونی وارد است ولی مستشکلین پس از ایراد اشکال تعریف جامعتری از عقد را بیان فرموده اند.

مشهور فقها ایجاب و قبول لفظی را مصداق عقد می دانند. «1» و اگر بین نباشد می گویند تراضی حاصل است نه عقد، و آن آثاری را که بر عقد مترتب می کنند بر تراضی مترتب نمی کنند. این نظر با اینکه مشهور است دلیل قاطع ندارد و طرفداران قول غیر مشهور هم کم نیستند و از نظر آنها لفظ اساساً ضرورت ندارد. «2» قرارداد اصطلاح تازه ای است که مترادف با عقد به کار رفته است.

ملاك تشخیص عقد این است که بدون توافق دو طرف نتوان اثری به وجود آورد که مورد قبول قانون یا عرف و عادت و یا عقل و اخلاق حسنه بوده باشد روی

این اصل وصیت تملیکی ایقاع است زیرا به رضای يك طرف (موصی) دیگری را مالک چیزی کردن بر خلاف عقل و اخلاق حسنه نیست و قانون هم منع نکرده است و روی همین اصل اسقاط حق از خود، ایقاع است نه عقد. بر این اساس بین عقد و ایقاع، ماهیت جدیدی که شبه عقد یا ماهیت مخصوص باشد، وجود ندارد. «3»

### الفاظ مترادف عقد در فقه و حقوق

در اصطلاحات فقهی و حقوقی الفاظی مترادف با عقد وجود دارد که در کل با عقد هم معنی می باشد.

(1). شهید اول، لمعة الدمشقية، ص 109؛ محقق حلّی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج 2، ص 13.

(2). شیخ مفید. مقنعه، ص 591؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان، 454.

(3). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 384

اگر چه از جهاتی نیز با آن متفاوت است. مثل کلمه «معامله» که این اصطلاح حقوقی، فرقی با عقد ندارد و همچنین کلمه «الزامات»، «تعهدات» که مترادف با عقد می باشد لکن تنها فرقی که تعهدات با دیگر الفاظ مشابه دارد این است که در معنای خویش بار منفی مدیونیت و تعهد داشتن را به همراه دارد و آخرین لفظ، کلمه «قرارداد» است که همان معنای عقد را می دهد تنها با این اختلاف که کلمه عقد را در عقود معینه قرار می دهند ولی قرارداد، بر همه عقود اعم از عقود معینه و عقود غیر معینه نسبت داده می شود. «1»

پس از بیان معنای عقد و الفاظ مترادف آن به بیان انواع تقسیماتی که به اعتبارهای مختلف از عقد شده پرداخته و با گذری اجمالی متعرض انواع عقود می شویم چرا که قاعده «المؤمنون عند شروطهم» بیانگر شروط در عقود و

احکام آن بوده و لازمه ورود به بحث شروط، تبیین عقود و شقوق مختلف آن است.

## اقسام عقود

### اقسام عقود به اعتبار داشتن عنوان

1- عقود معینه: عقودی هستند که در قانون دارای عنوان معین باشند و نصوص قانون، متعرض خصوصیات و مقررات اختصاصی آن شده باشد عقود معینه مانند بیع، بیمه، صلح، نکاح.

2- عقود غیر معینه: عقودی هستند که در قالب هیچ یک از عقود معینه در نمی آیند و همچنین دارای نام مخصوص نیستند لذا طرفین عقد باید مورد مقتضی و همچنین شروطی را که در نظر دارند را در ضمن عقد قرار دهند.

---

(1). سید حسن امامی، همان، ج 1، ص 159.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 385

### اقسام عقد به اعتبار استقلال و عدم آن

1- عقد اصلی: عقدی است که دارای وجودی مستقل است و بطلان یا انتفاء عقد اصلی، مستلزم بطلان یا انتفاء عقد تبعی خواهد بود.

2- عقد تبعی: عقدی است که مستقل نبوده، بلکه تابع عقد دیگر که آن عقد اصلی است، می باشد.

### اقسام عقد به اعتبار تملیک یا تعهد

1- عقد تملیکی: عبارت از عقدی است که به وسیله آن انتقال ملکیت حاصل می شود یعنی مورد معامله از ملکیت یک طرف خارج شده و در ملکیت طرف دیگر داخل می شود.

2- عقد عهدی: عبارت از عقدی است که نتیجه مستقیم آن تکلیف قانونی طرفین یا یک طرف عقد است مثلاً عقد بیع به این معنی یک عقد عهدی است زیرا بایع را قانوناً مکلف به تسلیم مبیع و مشتری را مکلف به تسلیم ثمن می سازد. «1»

### اقسام عقد به اعتبار لزوم و جواز

1- عقد لازم: «عقد لازم عقدی است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند، مگر در موارد معینه». 1 از جمله موارد معینه آن جایی است که به

---

(1). همان.

(2) 1. قانون مدنی، 185.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 386

وسیله یکی از خیارات، حق فسخ داده شود و یا به واسطه اقاله، طرفین حق فسخ معامله را داشته باشند. عقد لازم مانند بیع، اجاره، مزارعه و ....

در اثر عقد لازم رابطه ای ایجاد می شود که طرفین بدون رضایت همدیگر نمی توانند آن را بر هم زنند در نتیجه طرفین ملزم به انجام محتوی عقد می باشند.

قانون مدنی کلیه عقود را لازم می داند مگر آنکه قانون خلاف آن را تصریح نماید.

لذا در قانون آورده است:

عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها، لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود. «2»

2- عقد جایز: آن عقودی است که هر یک از طرفین بتوانند هر وقتی که بخواهند آن را فسخ کنند، با عقد جایز هر یک از طرفین مجازند که هر زمانی که



بخواهند و بدون هیچ گونه علت قانونی، عقد خویش را به هم زنند و برای فسخ عقد جایز صرفاً اراده انحلال کافی است و حتی احتیاجی به موافقت طرف دیگر ندارد. ضمناً با مرگ و جنون و سفه یکی از طرفین، این عقد منفسخ می شود. (3)

3- عقد خیاری: عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای فرد ثالثی اختیار فسخ باشد.

---

(2). همان، 219.

(3). محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان، 457.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 387

عقد خیاری نوعی از عقد لازم است که به وسیله برقراری شرط فسخ، اثر عقد جایز به آن داده می شود. مثل اینکه برای یکی از طرفین شرط می شود که تا سر سال، حق فسخ داشته باشد.

### اقسام عقد به اعتبار قطعی بودن و عدم قطعی بودن عقد و آثار آن

1- عقد منجز: «عبارت از عقدی که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد». (1)

به بیان دیگر عقدی که منشأ (به ضمّ میم) در حین عقد به وجود نهایی و بدون تزلزل موجود گردد. (2)

2- عقد معلق: نقطه مقابل عقد منجز است یعنی عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بر امر دیگری است.

در عقد معلق اثر مخصوص عقد که بلافاصله پس از انعقاد عقد به وجود می آید با تعلیق، پیدایش این اثر منوط به وجود شیء دیگری می شود مثل اینکه پدری می خواهد خانه خود را به پسرش ببخشد ولی نمی خواهد که این بخشش بدون هیچ قیدی باشد و بلافاصله پسر مالک آن شود بلکه می خواهد برای تشویق به تحصیل درس، خانه خود را به او بدهد لذا خانه خود را به طور تعلیق به او هبه می نماید به این نحو که می گوید:

«خانه ام به تو تعلق دارد هر وقتی که دانشکده را تمام کردی و

(1). قانون مدنی، 188.

(2). محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان، ص 463.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 388

لیسانس را گرفتی» و پسر هم قبول می کند. در اینجا خانه به پسر انتقال داده شده لکن نه به طور مطلق، بلکه به صورت معلق انتقال یافته است.

### صور احتمالی عقد معلق

برای عقد معلق می توان سه صورت فرض کرد:

1- به صورت شرط متأخر بر وجه کشف. در این صورت تأثیر عقد بستگی به پیدایش شرط دارد لکن بدین نحو که اگر چه شرط زمانا مؤخر از عقد حاصل می شود لکن بر عقد مقدم تأثیر می گذارد و از وجود شرط کشف می شود که مقتضای عقد از زمان پیدایش عقد موجود بوده است و درست به مثابه عقد فضولی، تصرف احتمالی پس از عقد چنانچه بعداً به دنبال خود، انجام شرط را به همراه داشته باشد، اشکالی ندارد.

2- به صورت واجب مشروط در این صورت اگر چه عقد بالفعل تلفظ می شود لکن انشاء انتقال در آن زمان ایجاد نمی گردد بلکه انشاء مانند منشاء (ملکیت منزل) در زمان گرفتن لیسانس حاصل می شود لذا در این فرض فرزند حق تصرف در خانه تا قبل از گرفتن لیسانس را ندارد.

3- به صورت واجب معلق در این فرض انشاء تملیک در زمان عقد است ولی عاقد، تملیک فعلی را انشاء نمی کند بلکه پس از گرفتن لیسانس انشاء می نماید. لذا فرزند در این صورت نیز نمی تواند در خانه تصرف نماید. «1»

(1). سید حسن امامی، همان، ج 1، ص 166.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 389

### حکم عقد معلق از نظر قانون مدنی

از نظر منطبق قضایی عقد معلق جزء یکی از عقود بوده و هیچ ماده قانونی صریحی دال بر بطلان آن در دست نیست لذا آن عقود معلق که به صورت شرط متأخر و یا واجب مشروط باشد را قبول دانسته و آن را داخل در ماده 10 قانون مدنی و جزء عقود صحیح می داند.

از دیدگاه بسیاری از فقهای عظام تنجیز از جمله شروط بیع است لذا عقد معلق از دیدگاه آنان باطل می باشد و بر این نظر خویش ادعای اجماع می کنند. اگر چه حصول اجماع در این موارد معنی ندارد، به جهت اینکه این معنی صرفاً يك امر عقلائی است لکن تحقیق آن است که تنجیز در ماهیت و هویت عقد دخالت دارد.

اما عده ای دیگر از فقها تعلیق در منشأ (آنچه که مورد انشاء قرار گرفته) را قبول دارند مثل اینکه کسی به طور منجز ملکیت معلقه بر امری را انشاء نماید. چنان که این مسأله در شرع هم وارد شده است مثل وصیت، که موصی فعلاً ملکیت بعد از حیات خود را برای موصی له انشاء می کند. هر چند عده ای دیگر از فقها علاوه بر تعلیق در انشاء حتی تعلیق در منشأ را هم باطل می دانند و حق در مقام هم همین است.

### دلایل مخالفین صحت عقد معلق

1- اولین دلیل آنان همان مسأله جزمیت در عقد است که از شروط صحت عقد، آن است که عقد باید به صورت منجز و قطعی باشد و این معنی با تعلیق منافات دارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 390

شهید در این مورد می فرماید: «الاتتقال بحکم الرضا ولا رضاء إلا مع الجزم و الجزم ینافی التعلیق».

2- تعلیق در عقد مانع از تأثیر سبب است زیرا تا معلق پیدایش نکند اثر مترتب نخواهد شد.

3- ادعای اجماعی است که در این مورد شده که ان شاء الله بحث تفصیلی آن در مبحث شروط صحت شرط یعنی شرط تنجیز خواهد آمد.

### اقسام عقد به اعتبار تعهد و عدم تعهد طرف مقابل

1- عقد معوض: عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد می نماید و یا مالی را می دهد که از طرف دیگر می گیرد و یا تعهدی طرف دیگر به نفع او می کند.

2- غیر معوض: عبارت است از عقدی که یکی از طرفین مالی را به دیگری می دهد و یا تعهدی در مقابل او می کند.

### فرق عقد معوض و غیر معوض

1- در عقد معوض هرگاه یکی از دو مورد معامله دارای شرایط اساسی صحت عقد نباشد چنان که منفعت عقلائی نداشته یا غیر مقدور باشد، معامله باطل است. ولی در عقد غیر معوض که شرط عوض در آن شده هرگاه مورد شرط، منفعت عقلائی نداشته یا غیر مقدور و یا نامشروع باشد عقد مذکور صحیح است ولی شرط باطل است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 391

2- در عقد معوض هر يك از طرفين معامله، حق حبس مورد معامله را دارد تا طرف، مورد ديگر معامله را به او بدهد ولی در عقد غير معوض که شرط عوض ضمن آن شده است این حق موجود نیست.

3- در عقد معوض هرگاه معلوم شود که یکی از دو مورد در حین عقد وجود نداشته، عقد مذکور باطل است و در عقد غير معوض هرگاه معلوم شود مورد شرط در حین عقد موجود نبوده عقد صحیح می باشد و مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت.

## اقسام عقد به اعتبار قابلیت فسخ

### الف. عقد قابل فسخ

عقد قابل فسخ دو نوع می باشد: عقد جایز و عقد لازم قابل فسخ. تعریف عقد جایز قبلاً گذشت لذا عقد لازم قابل فسخ آن عقدی است که طبیعتاً قابل انحلال نیست ولی به جهتی از جهات حق فسخ در آن موجود است مثل عقد خیار که به واسطه توافق طرفین، شرط فسخ در آن گنجانده شده بود ولی خود شرط طبیعتاً لازم است.

### ب. عقد غير قابل فسخ

1- عقد لازم که تعریفش در صفحات پیشین گذشت.

## اقسام عقد به اعتبار قبول قید یا شرط

### 1- عقد مطلق

عقدی است که هیچ شرط و تعلیقی در آن نشده باشد و آن را می توان عقد ساده نامید.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 392

### 2- عقد مشروط

عقدی است که یکی از شروط (شرط نتیجه، شرط فعل، شرط صفت) در آن قید شده باشد.

پس از بیان اجمالی تقسیمات عقود و مروری مختصر و گذرا از انواع و اقسام آن، متعرض بحث شرط شده و به بیان انواع شرط از جهت ارتباط و عدم ارتباط آن با عقد می پردازیم.

## [اقسام شرط]

### اقسام شرط به اعتبار ارتباط و عدم ارتباط با عقد

### اشاره

1- شروط ابتدایی؛ 2- شروط تبانی؛ 3- شروط ضمن عقد.

## شروط ابتدایی

شروط ابتدایی شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می کند و حکم آن عدم التزام به اینگونه شرطهاست.

شروط تبانی

شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی و توطئه صورت گرفته و لکن به هنگام عقد ذکری از این شروط نشده است. «1»

---

(1). موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 123؛ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 2، ص 252.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 393

## شروط ضمن عقد

شروطی هستند که در ضمن عقد لازم است ذکر شوند.

## دلایل وجوب و فاء به شروط ضمن عقد

## اطلاقات و عمومات وارده

## اشاره

همان دلیلی که برای اثبات صحت عقد ذکر شده، همان دلیل نیز برای اثبات صحت شروط ضمن عقد نیز جاری است چرا که این شروط همچون جزء برای یکی از طرفین عقد است و همان طوری که سایر اجزای عقد لازم الوفا هستند این جزء نیز لازم الوفا می باشد. لذا فرقی نمی کند در اینکه مثلاً شخصی اسبش را به يك گوسفند و الاغی بفروشد یا اینکه اسبش را در مقابل گوسفند فروخته و شرط کند که يك الاغی هم به او بدهد. لذا این شرط به منزله جزء در مقابل معوضش قرار می گیرد. «1»

## اشکال بر دلیل فوق

اشکالی که بر این دلیل واقع شده، این است که عقود عبارت است از معاهده و پیمان واقع شده بین دو نفر که با ایجاب و قبول ایجاد گشته است و شرط اگر چه در ضمن این عقود و معاهدات است لکن این شروط، التزامات دیگر غیر از معاهدات مؤکده، که آن را عقود می نامند، می باشند و لذا بدین دلیل در مورد شرط فاسد

---

(1). ملا احمد نراقی، همان، ص 43؛ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 221.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 394

گفته اند که فساد شرط به عقد سرایت نمی کند پس وجوب وفاء، نیز به عقد سرایت نمی کند. بلکه وجوب وفاء به شرط، نیازمند به دلیل دیگری غیر از دلیل وجوب وفاء به عقد که همان *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* باشد است. «1»

### 1- روایات

روایات در این باب بر دو گونه است: قسم اول روایات، روایاتی هستند که خود قاعده در روایت وجود دارد. نوع دوم، روایاتی هستند که لفظ قاعده در روایت نیست لکن روایات مذکور مؤید قاعده فوق الذکر می باشند. حال به بررسی روایات قسم اول می پردازیم.

1- عبد لله بن سنان عن ابی عبد الله (ع) قال:

المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز. «2»

«مسلمانان ملتزم و متعهد به شروطشان می باشند مگر آن شروطی که با کتاب خدا مخالفت داشته باشد که در این صورت التزام به آن جایز نیست.»

در این روایت دو نکته بیان شده است:

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان.

(2). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، کتاب المعیشتة، ص 202، ح 3765؛ حر عاملی، همان، ج 12، کتاب التجاره،

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 395

نکته اول- اینکه مسلمانان به شروطی که منعقد می سازند ملتزم و متعهد هستند و باید بدان عمل نمایند و با توجه به معنای لغوی که از شرط کردیم شرط به الزام و التزام در بیع را گویند؛ پس هر نوع شرطی که در طی عقدی واقع شود بر مسلمانان لازم الوفاء خواهد بود.

نکته دوم- اینکه این اصل یعنی لزوم وفاء به شروط در مورد شروط مخالف با کتاب خدا تخصیص می خورد یعنی هر نوع شرطی که با مفاد کتاب خدا مخالفت داشته باشد، لازم الوفاء نیست.

2- عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال:

سمعتہ يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز وجل. «1»

عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) نقل می کند که امام فرمودند: «کسی که شرطی مخالف با کتاب خدا کند نه بر او و نه بر کسی که شرط بر علیه او شده وفاء به شرط جایز نیست و مسلمانان در آن شروطی که موافق با کتاب خداست ملتزم و متعهد می باشند».

---

(1). حر عاملی، همان، ج 12، کتاب التجاره، ابواب الخیار، ص 353؛ کلینی، فروع کافی، ج 5، کتاب المعیشتة، ص 169.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 396

در این روایت نیز ما می بینیم که شروطی که مخالف با کتاب خداست را جایز ندانسته و از طرفی نفوذ قاعده فوق را تنها در شروطی که موافق با کتاب خداست اعلام می دارد.

3- عن اسحاق بن عمار، عن جعفر عن

أبيه (ع): «إنَّ عليَّ بنَ أبي طالبٍ (ع) كان يقول من شرط لا مرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلاً حراماً». (1) اسحاق بن عمار از امام جعفر صادق (ع) و ایشان از پدر بزرگوارشان امام محمد باقر (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: حضرت علی (ع) می‌فرمود کسی که شرطی به نفع زنش نمود باید به آن شرط نسبت به زنش وفا نماید، چرا که مسلمانان ملتزم به شروطی هستند که می‌نمایند مگر اینکه آن شرط، شرطی باشد که حلالی را حرام یا حرامی را حلال نماید که در این صورت وفا به آن واجب نیست.

4- عن علي بن رثاب، عن أبي الحسن موسى (ع) قال:

سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة علي مائة دينار علي أن تخرج معه إلى بلاده، فإن لم تخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً، إن ابت أن تخرج معه إلى بلاده قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك و لها مائة دينار التي أصدقها إياها و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الاسلام فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم و

---

(1). حر عاملی، همان، ج 12، ص 353.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 397

لیس له ان يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي اليها صداقها أو ترضى منه من ذلك بما رضيت و ما هو جائز له. «1»

علی بن رثاب از امام موسی کاظم (ع) نقل می‌کند که از امام موسی بن جعفر (ع) در حالی که من در آنجا بودم، سؤال شد در مورد



مردی که زنی را به صد دینار به ازدواج خویش درآورده بود مشروط بر اینکه زن با او به شهر شوهرش بیاید، چنانچه زن از رفتن به سرزمین شوهر استتکاف و رزید مهریه زن پنجاه دینار باشد. راوی می گوید امام فرمود: «اگر قصد شوهر از خارج شدن و رفتن با زن به سرزمین کفر و شرك باشد در این صورت هیچ شرطی از طرف مرد بر عهده زن نیست و زن در این صورت همان صد دیناری که قبلاً به عنوان مهریه تعیین شده بود را مالک می شود و اما اگر قصدش، رفتن به همراه زوجه اش به سرزمین و بلاد مسلمانان باشد پس مرد آنچه که بر زن شرط شده (پنجاه دینار) را مالک می شود و مسلمانان ملتزم به شروطی هستند که متعهد می شوند و مرد در اینجا نمی تواند زن را به سرزمین خویش ببرد مگر اینکه مهریه اش را بپردازد یا اینکه زن از مرد به هر مقداری که رضایت داده، راضی شده باشد.

5- روینا عن جعفر بن محمد (ع) عن آبائه ان علیاً (ع) قال: «المسلمون عند شروطهم، الا شرطاً فیہ معصیة.» «2» از امام جعفر صادق (ع) برای ما روایت شده که ایشان از

---

(1). کلینی، همان، ج 5، ص 404.

(2). تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 52، روایت 142؛ میرزا حسین نوری طبرسی، همان، ج 3، ص 300.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 398

پدرانش همین طور نقل کرد که حضرت علی (ع) فرمود: مسلمانان متعهد و ملتزم به شرطهایی هستند که قرار می نهند، مگر شرطی که در آن معصیت و گناه باشد.

نوع دوم روایت، روایاتی هستند که لفظ قاعده در روایت

موجود نیست لکن روایت بر مفهوم قاعده دلالت می کند که از جمله آنان روایتی هستند که در زیر می آید.

6- «محمد بن مسلم عن احدهما (ع) فی الرجل یقول لعبدہ اعتقک علی ان ازوجک ابنتی فان تزوجت او تسریت علیها فعلیک مائة دینار فاعتقه علی ذلك و تسر و تزوج قال: علیه شرطه». (1)

محمد بن مسلم از یکی از امامهای باقر و صادق (ع) روایت می کند در مورد مردی که به بنده اش می گوید: تو را آزاد می کنم در مقابل اینکه دخترم را به ازدواج تو در بیاورم. لذا اگر با داشتن او با زن دیگری ازدواج کردی یا کنیزی گرفتی بر عهده تو صد دینار لازم می گردد پس با این شرط، او را آزاد کرد. آن مرد هم کنیز گرفت و ازدواج نمود. امام فرمود: شرط او بر عهده اش لازم می آید.

7- عن ابی عمیر، عن هشام بن سالم عن ابی العباس، عن ابی عبد الله (ع) فی الرجل تزوج المرأة و یشرط لها ان لها یخرجها من بلدها قال «یفی لها بذلك» أو قال «یلزمه ذلك». (2)

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 2، ص 219، کلینی، همان، ج 2، ص 402.

(2). شیخ طوسی؛ همان، کلینی، همان، ج 2، ص 219.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 399

ابی العباس از امام صادق (ع) روایت می کند در مورد مردی که زنی را به ازدواج خویش در می آورد و شرط می کند که زن را از شهرش خارج نسازد امام می فرماید:

مرد باید به این شرطی که به نفع زن کرده وفا نماید یا اینکه فرمود: بر مرد این شرط لازم می شود.

8- عن ابن سنان عن ابی عبد الله (ع)

فی رجل قال لامرأته إن نکحت علیک أو تسریت فہی طالق قال: لیس ذلک شیء إن رسول اللہ (ص) قال: «من اشترط شرطاً سوی کتاب اللہ عز و جل فلا یجوز ذلک له ولا علیہ». «1»

عبد اللہ بن سنان از امام صادق (ع) در مورد مردی روایت می کند که به زنش گفت اگر بر تو زنی گرفتم (با داشتن تو با زن دیگری ازدواج کردم) یا کنیزی گرفتم پس آن زن مطلقه باشد. امام فرمود: این چیزی نیست (این شرط لازم الوفاء نیست) چرا که پیامبر اکرم (ص) فرمود: کسی که شرطی خارج از کتاب خدای سبحان نمود، این شرط چه به نفع او یا بر علیه او باشد، جایز نیست.

9- عن علی (ع) انه قال:

ارادت عائشة ان تشتري بريرة فاشترط موالیها علیها ولاها فاشترتها منهم علی ذلك الشرط فبلغ ذلك رسول اللہ (ص) فصعد المنبر فحمد اللہ و أثنى علیہ، ثم قال ما بال قوم یشرطون شروطاً لیست فی کتاب اللہ، یبیع الرقبه و یشرط الولاء، و الولاء لمن أعتق، و شرط اللہ آكد، و کل شرط خالف کتاب اللہ فهو رد. «2»

---

(1). همان.

(2). میرزا حسین نوری طبرسی، همان، ج 13، ص 300؛ تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 247، حدیث 935.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 400

علی (ع) فرمود: عایشه خواست بریره را خریداری نماید، صاحبان بریره شرط و لاء بر بریره را بر عایشه نمودند. عایشه با پذیرش این شرط بریره را از آنها خریداری کرد. این مطلب به رسول گرامی اکرم (ص) رسید. ایشان بالای منبر رفتند و حمد و ثنای خدا را نموده و فرمودند چه شده است

که قومی شروطی را شرط می کنند که در کتاب خدا نیست، بنده را می فروشند و شرط ولاء می کنند در حالی که، ولاء از آن کسی است که آن را آزاد کند و شرط و حکم خداوند مؤکدتر از شرط بندگان خداست و هر شرطی که با کتاب خدا مخالفت کند، آن شرط مردود است.

10- عن ابن سنان قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الشرط في الاماء لا تباع ولا توهب قال: «يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث لان كل شرط خالف كتاب الله باطل». «1»

عبد الله بن سنان گفت از امام صادق (ع) سؤال کردم از شرط در مورد کنیزها، که فروخته نشود و هبه نیز داده نشود. امام صادق (ع) فرمودند: «بجز میراث این شرط جایز است و کنیزها به ارث برده می شوند برای اینکه هر شرطی که مخالفت با کتاب خدای عز و جل نماید، آن شرط باطل است».

11- عن جعفر بن محمد:

من باع جارية فشرط أن لا تباع ولا توهب ولا تورث فأنه يجوز كله إلا الميراث و كل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ الا كتاب

---

(1). حر عاملی، همان، ج 12، ص 353؛ تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 144.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 401

الله و من اشترى جارية على أن تعتق أو تتخذ أم ولد فذلك جائز و الشرط فيه لازم. «1»

امام صادق (ع) فرمود: کسی که کنیزی را فروخت و شرط کرد که کنیز نه فروخته شود و نه به دیگری بخشیده گردد، و نه اینکه میراث واقع شود همه این شروط بجز میراث، قبول است و هر شرطی که مخالف

کتاب خدا باشد، پس آن شرط به کتاب برگردانده می شود و کسی که کنیزی را خرید، مشروط بر اینکه آزاد شود یا اینکه به عنوان ام ولد انتخاب گردد این عمل جایز است و شرط لازم الوفاء می باشد.

12- عن الصادق (ع): أنه سئل عن رجل باع عبدا فوجد المشتري مع العبد مالا قال:

«المال ردّ على البائع إلا أن يكون قد اشترط المشتري». (2)

از امام صادق (ع) نقل شده که آن حضرت درباره مردی سؤال کرد که بنده ای را فروخت آنگاه مشتری به همراه بنده، مالی را با او همراه یافت. امام (ع) فرمودند: مال به فروشنده برگردانده می شود مگر اینکه مشتری مال را شرط کرده باشد.

13- حسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن الكاهلي قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة و شرط لها أن لا يتزوج عليها و رضيت إن ذلك مهرها، قال فقال أبو عبد الله (ع): «هذا شرط فاسد لا يكون النكاح إلا على درهم أو درهمين». (3)

---

(1). تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 54، ح 144.

(2). میرزا حسین نوری طبرسی، همان، ج 13، ابواب الخيار، ص 350؛ تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 347، ح 935.

(3). شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ص 231، روایت 834.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 402

کاهلی روایت کرد که از امام صادق (ع) درباره مردی سؤال کردم که زنی را به ازدواج خویش درآورده بود و بر زن شرط کرده بود که زنی دیگر را بر او نگیرد و زن هم راضی شد که همین شرط مهریه او باشد. آنگاه کاهلی گفت امام (ع) فرمودند:

این شرط فاسدی است و ازدواج

جز به يك درهم يا دو درهم نيست.

14- عن جعفر بن محمد (ع) انه قال: «من شرط ما يكره فالبيع جائز و الشرط باطل، و كل شرط لا يحرم حلالا و لا يحلل حراما فهو جائز». (1)

از امام صادق (ع) روايت شده كه ايشان فرمودند: كسي كه شرطي كند كه با اجبار و اكراه باشد اين چنين معامله اي جايز است ولي شرط باطل است و هر شرطي كه حلالی را حرام نکند و يا حرامی را حلال نسازد، پس آن شرط جايز است.

15- محمد بن محبوب عن محمد بن الحسين عن حسن بن علي بن يوسف الازدي عن عاصم بن حميد عن قيس عن أبي جعفر (ع) في رجل تزوج امرأة و شرطها لها ان هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم، فان شاء وفي لها الشرط و ان شاء أمسك و اتخذ عليها و نکاح عليها». (2)

از امام باقر (ع) در مورد مردی روايت شد كه كه زنی را به ازدواج خویش درآورد و شرط کرد كه اگر مرد با بودن آن زن، زن دیگری را اختيار نمود يا او را ترك کرد و يا اينكه با بودن آن زن، كنیزی برای خویش انتخاب نمود پس آن زن مطلقه

---

(1). ميرزا حسين نوری طبرسی، همان، ج 13، ص 301؛ تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 54، ح 143.

(2). طوسی، تهذيب الاحكام، ج 2، كتاب النكاح، باب المهور، ص 301.

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 2، ص: 403

باشد. در اين مورد امام حکم کرد كه شرط و حکم خدا قبل از

شرط شماسست پس در چنین صورتی اگر مرد خواست می تواند به شرطی که به نفع زن نموده وفا کند و اگر خواست می تواند از وفا به شرط امتناع ورزیده و زن دیگری انتخاب نماید.

16- روی محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع): «إنه قضی فی رجل تزوّج امرأة وأصدقته هی واشترطت علیه ان بیدها الجماع و الطلاق، قال خالفت السنّة و ولیت حقاً لیست بأهله، فقضی انّ علیه الصداق و بیده الجماع و الطلاق و ذلك السنّة». (1)

محمد بن قیس از امام باقر (ع) روایت کرد در مورد مردی که زنی را به ازدواج خویش در آورده و زن مهریه را به مرد داده بود و بر مرد شرط کرده بود که حق جماع (نزدیکی) و طلاق به دست زن باشد. امام فرمودند: مخالفت با سنت کرده و متکفل حقی شده که اهلش نبوده، پس حضرت حکم کرد که مهریه بر عهده مرد است و جماع و طلاق در اختیار مرد است و این سنت می باشد.

17- محمد بن یحیی، عن محمد بن الحسین، عن محمد بن اسماعیل بن بزیع، عن منصور بن بزرج قال، قلت لأبی الحسن موسی و أنا قائم:

جعلنی الله فداک إن شریکا لی کانت امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها و قالت المرأة: لا والله لا اتزوجک أبدا حتی تجعل الله لی علیک أن لا تطلقنی و لا تزوّج علیّ قال و فعل؟

قلت نعم قد فعل جعلنی الله فداک، قال: بس ما صنع و ما کان

---

(1). شیخ صدوق، همان، ج 3، کتاب النکاح، ص 425، ح 4475؛ شیخ طوسی، همان، ج 2، کتاب النکاح، ص 219.

یدریه ما وقع فی قلبه فی جوف اللیل و النهار، ثم قال له: أما الان فقل له فلیتم للمرأة شرطها، فان رسول الله (ص) قال: المسلمون عند شروطهم قلت جعلت فداك إني أشك في حرف فقال: هو عمران يمر بك أليس هو معك بالمدينة؟ فقلت بلى قال: فقل له فلیکتبها و لیبعث بها إلیّ فجاءنا عمران بعد ذلك فکتبناها له و لم یکن فیها زیادة و لا نقصان فرجع بعد ذلك فلقینی فی سوق الحناتین فحک منکبه بمنکبى فقال: یقرئک السلام و یقول لك:

قل للرجل یفی بشرط. «1»

منصور بن بزرج روایت کرد که به امام، ابی الحسن موسی بن جعفر (ع) در حالی که ایستاده بود گفتم، خداوند مرا فدای شما کند شریکی دارم که زنی در اختیارش بود و آن را طلاق داد، زن نیز از او جدا شد. آنگاه مرد قصد رجوع دوباره به زن را نمود. زن گفت نه به خدا قسم هرگز با تو ازدواج نمی کنم تا اینکه خدا را به نفع من گواه بگیری که مرا طلاق ندهی و بر من هم زن دیگری نگیری، امام (ع) فرمودند: و او این کار را کرد؟ عرض کردم بله، او این کار را کرد خداوند مرا فدای شما نماید.

امام (ع) فرمودند: بد کاری کرد. چه می داند که در دل شب یا روز چه بر او می گذرد.

سپس امام (ع) به او فرمودند: اما الان به آن مرد بگو باید شرطش را برای زن تمام کند.

پیامبر گرامی اکرم (ص) فرموده اند: مسلمانان متعهد و ملتزم به شروطشان می باشند. من عرض کردم: فدایت شوم من در یک مطلب شکى دارم.



(1). کلینی، همان، ج 5، کتاب النکاح، ص 404؛ شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ص 232، روایت 835؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 2، کتاب النکاح، باب المهور، ص 219.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 405

عمران است که از کنارت می گذرد آیا او با تو در شهر نیست؟ گفتم: بله هست. امام فرمودند: به آن مرد بگو آن را بنویسد و برای من بفرستد. بعد از این عمران پیش ما آمد و من مطلب را بدون کم و زیادی برای ایشان نوشتم.

بعد از این جریان برگشت در بازار گندم فروشان با من برخورد کرد و شانه اش به شانه ام خورد و گفت برای تو سلام می رساند و به تو می گوید: به مرد بگو به شرطش وفا کند.

18- عن یعقوب بن یزید عن ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن ابی عبد الله (ع) فی رجل یتزوج المرأة فیشرط علیها أن یأتیها إذا شاء و ینفق علیها شیئا مسمى قال:

لا بأس. «1» ابن ابی عمیر از امام صادق (ع) روایت کرده که مردی زنی را به ازدواج خویش در آورده و بر آن زن شرط کرد که هر وقت خواست پیش زن بیاید و چیزی را به عنوان نفقه به او بدهد. امام (ع) فرمودند: شرط اشکالی ندارد.

19- عن جعفر بن محمد انه قال: «من تزوج امرأة و شرط المقام بها فی أهلها أو بلد معلوم، فذلك جائز لهما و الشرط بین المسلمین ما لم یحل حراما او یحرم حلالا». «2»

امام جعفر صادق (ع) فرمودند: کسی که زنی را به ازدواج خویش درآورد و شرط اقامت زن را در بین بستگانش

(1). شیخ طوسی، همان.

(2). تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 229، ح 854.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 406

است و شرط در بین مسلمانان تا زمانی که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام ننماید، جایز است.

20- عن أبي جعفر محمد بن علي (ع) انه قال:

من شرط لامرأة إنه إن تزوج عليها، أو أضرت بها، أو أخرجها أو اتخذ عليها سربة فهي طالق قال: شرط الله قبل شرطهم، ولا ينبغي أن يضرت بها، أو يتعدى عليها، و ينكح ان شاء ما يحل له و يتسرى. «1»

از امام محمد باقر (ع) روایت شده که فرمود: کسی که به زنش شرط کند که اگر با بودن او زن دیگری بگیرد و یا به او ضرر و آسیب رسانده و او را بیرون کند یا اینکه کنیزی بگیرد پس آن زن مطلقه باشد، امام فرمودند: حکم خدا قبل از شروط شماسست و جایز نیست که به زن ضرری رسانده شود و یا در حق او تعدی و تجاوز شود. مرد می تواند در صورت تمایل، هر کسی را که برایش حلال است به ازدواج خویش درآورده و کنیز بگیرد.

21- عن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارة قال سئل أبو جعفر (ع):

عن المهارية يشترط عليها عند عقدة النكاح ان يأتيها متى شاء كل شهر و كل جمعة يوما و من النفقة كذا و كذا، فليس المهارية ذلك الشرط بشيء و من تزوج امرأة فلها ما للمرأة من النفقة و القسمة و لكنه إن تزوج امرأة ثم خافت منه نشوزا و خافت

---

(1). همان، ص 225، ح 852.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 407

عليها او يطلِّقها فصالحات حقها على شيء من قسمتها او نفقتها فان ذلك جائز لا بأس به. «1»

زراره از امام محمد باقر (ع) روایت می کند که از امام در مورد مهریه سؤال شد که مرد به هنگام عقد نکاح بر زن شرط می کند هر وقت که خواست هر ماه یا هر جمعه يك روز را پیش زن برود و از نفقه هم، فلان و بهمان را به او بدهد. امام (ع) می فرمایند: این شرط، چیزی نیست (لازم الوفاء نیست) و کسی که زنی را به ازدواج خویش درآورد حق زن از نفقه و قسمت همان مقداری است که يك زن از نفقه و قسمت (شبهها) می برد. اما اگر مرد، زنی را به نکاح خویش درآورد سپس زن از ناسازگاری مرد ترسید، و ترسید که مبادا زن دیگری بگیرد، یا اینکه او را طلاق دهد، لذا از حق خویش در قبال بخشی از قسمت (شبهها) یا نفقه اش مصالحه نمود، این نوع شرط جایز است و اشکالی ندارد.

22- روينا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي (ع):

انه قضی فی رجل تزوج علیها امرأة أو اتخذ علیها سرية ان المرأة التي يتزوجها طالق و السرية التي يتخذها حرة قال فشرط الله قبل شروطهم، فان شاء وفي بوعده، و ان شاء تزوج علیها، و اتخذ سرية، و لا تطلق علیه امرأة ان تزوجها و لا تعتق علیه سرية ان اتخذها. «2»

---

(1). شیخ طوسی، همان.

(2). تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 225، ح 852.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 408

از امام علی (ع) روایت شده که آن حضرت حکم کرد در مورد مردی که زنی را به ازدواج خویش درآورده بود و به خانواده و خویشان زن شرط کرده بود که اگر بر آن زن، زن دیگری گرفت و یا اینکه کنیزی اختیار نمود آن زنی را که به ازدواج خویش درآورده مطلقه باشد و آن کنیزی که گرفته آزاد باشد. امام فرمود: شرط خداوند قبل از شرط آنهاست. اگر خواست به وعده و شرط خویش عمل کند و اگر هم خواست زن دیگری، علاوه بر آن زن می گیرد و کنیزی را انتخاب می نماید و اگر با زن دیگری ازدواج نمود زن اول مطلقه نمی شود و (همچنین) اگر کنیزی گرفت کنیز اول آزاده نمی شود.

23- روی موسی بن بکر عن زراره قال:

إنّ ضيريسا كانت تحته ابنة حمران فجعل لها أن لا يتجوز عليها ولا يتسرى عليها أبدا في حياتها و لا بعد موتها على ان جعلت هي أن لا تتزوج بعده، و جعلها عليهما من الحج و الهدى و النذور و كل مال لهما يملكانه في المساكين و كل مملوك لهما حرا إن لم يف كل واحد منهما لصاحبه ثم إنه أتى أبا عبد الله (ع) فذكر له ذلك فقال: ان لابنه حمران حقا و لن يحملنا ذلك على أن لا نقول الحق، اذهب فتزوج و تسر، فان ذلك ليس بشي ء فجاء بعد ذلك فتسرى فولد له ذلك أولاد. (1)

---

(1). شيخ طوسی، استبصار، ج 3، ص 232، روایت 835؛ کلینی، همان، ج 5، کتاب النکاح، ص 404، شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 2، کتاب النکاح، باب المهور، ص 219.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2،

زراره روایت کرد که دختر حمران تحت اختیار مرد گرفتار بوده، مرد متعهد می شود که چه در زمان حیات و چه بعد از مرگ زن، هیچ زن یا کنیزی را نگیرد در مقابل، زن هم بعد از مرگ او با مرد دیگری ازدواج نکند و آن دو قرار گذاشتند بر اینکه چنان که هر يك از آن دو نسبت به دیگری به وعده خویش عمل ننمود تمام اموالی که از نذر و قربانی و هر مالی که آن دو مالک می شدند در صورت خلف وعده متعلق به فقرا و مساکین باشد و تمام بندگان هم آزاد شوند.

سپس پیش امام (ع) آمد و مطلب را به ایشان عرض کرد امام (ع) فرمود: دختر حمران دارای حقی است ولی این مطلب ما را وادار نمی کند که حق را نگوئیم. برو ازدواج کن و کنیز بگیر. این شرط چیزی نیست (لازم الوفاء نیست) بعد از این جریان آن مرد آمد و کنیز گرفت و بعد از آن فرزندان زیادی را برای او به دنیا آورد.

24- عمار بن مروان عن ابي عبد الله (ع) قال: قلت جاء رجل إلى امرأة فسألها أن يزوجهها نفسه فقالت اتزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر او التماس و تنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجی و يتلذذ بما شئت، فاني أخاف الفضيحة، قال لا بأس ليس له إلا ما شرط». «1»

عمار بن مروان از امام صادق (ع) نقل می کند که به امام عرض کردم مردی پیش زنی رفته و از او خواست که خود را به ازدواج مرد درآورد.  
زن

گفت من خودم را به حباله نکاح تو در می آورم بر اینکه هر چه خواستی از من اعم از نگاه کردن، لمس کردن و هر کاری که يك مرد با زنش انجام می دهد تو انجام بدهی به جز اینکه

---

(1). ملا احمد نراقی، عوائد الایام، عائدة 15، ص 42.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 410

آلت را در فرج من داخلی نکنی، و غیر از آن هر چه خواستی لذت ببر، چرا که من از رسوایی می ترسم. امام (ع) فرمود: اشکالی ندارد مرد به جز آنچه که شرط کرده حق دارد.

## 2- بنای عقلا:

معاملات بر مبنای تعبد و اختراع وضع نشده و از امور تأسیسی نیستند بلکه از امور امضائی اند؛ یعنی در بین مردم رایج بوده و شارع مقدس آنها را امضا نموده است و چنانچه نوع خاصی از آن معاملات مورد رضای شارع مقدس نبود قانونگذار از امضای آن معاملات استتکاف ورزیده و آن معامله را منع می نمود.

لذا همان گونه که شیوع انواع معاملات در بین مردم خود دلیل بر صحت آن معاملات می باشد مگر آنکه شارع مقدس صریحا آن را منع نموده باشد در مورد شروط ضمن عقد نیز همین گونه است چرا که ما می بینیم مردم این شروط را در معاملات خویش می آورند و بدان عمل می نمایند لذا از همین شیوع در بین مردم حکم به صحت آن می نماییم چرا که اگر شارع مقدس مخالف این نوع معاملات می بود حتما از آن ممانعت به عمل می آورد زیرا که این نوع معاملات زیاد مورد ابتلای مردم بوده اگر پیامبر اکرم اسلام (ص) مردم را از اقدام به اینگونه شروط (به جز موارد استثنا شده)

در معاملات نفی می نمود حتما این مطلب در بین مردم مشهور می شد و به حدّ تواتر می رسید در حالی که نه تنها چنین نشد و ردع و منعی از جانب پیامبر گرامی اکرم (ص) صورت نگرفت بر عکس، در تأیید این شروط روایات زیاد نیز

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 411

به ما رسیده است پس معلوم می شود که شروط ضمن عقد البته بجز مواردی که در روایات استثنا شده واجب الوفاء می باشند. «1»

### 3- اجماع:

از مرحوم علامه در کتاب تذکره درباره وجوب وفاء به شرط ضمن عقد ادعای اجماع شده است. لکن منظور از اجماع، اجماع محصل نیست چرا که اقوال مخالف نیز در این مورد وجود دارد. «2»

### تقسیم شرط به اعتبار صحت و بطلان

#### اشاره

شرط به اعتبار صحت و بطلان به دو گروه تقسیم می شود: الف) شرط باطل؛ ب) شرط صحیح.

#### الف) شرط باطل

شرط باطل شرطی است که یکی از شروط نه گانه صحت را فاقد باشد. لذا شروط صحت به قرار زیر است.

- 1- جایز باشد. 2- مقدور باشد. 3- غرض عقلایی داشته باشد. 4- مخالف کتاب و سنت نباشد. 5- منافی مقتضای عقد نباشد. 6- مجهول نباشد. 7- مستلزم امر محال نباشد. 8- در متن عقد ملتزم به آن شده باشد. 9- منجز باشد.

#### ب) شرط صحیح

شرط صحیح شرطی است که دارای شروط فوق الذکر باشد که عبارت است از:

---

(1). امام خمینی، همان، ص 209؛ عبد الفتاح بن علی مراغی حسینی، همان، مبحث شرط، (بدون شماره).

(2). یوسف بحرانی، حدائق الناضرة، ج 19، 31.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 412

1- شرط صفت؛ 2- شرط نتیجه؛ 3- شرط فعل. «1»

#### اشاره

از شروط صحت شرط آن است که خود شرط جایز باشد. در اینکه منظور از جایز بودن در اینجا به چه معنی است بین فقها اختلاف نظر است. عده ای معتقدند که منظور از جایز بودن شرط، آن است که مشروط یا ملتزم به جایز باشد. چنانچه در این باره آمده است:

الثانی من شروطه صحة الشرط أن یکون سائغا بمعنی کون الملتزم به امرا جائزا شرعا. «2»

عده ای دیگر نیز معتقدند که منظور از جایز بودن، آن است که خود شرط کردن صحیح و جایز باشد ایشان بیان می دارند شرط بر دو نوع اطلاق می شود گاه به صورت مطلق، که منظور آن نفس التزام در ضمن عقد است که جامع بین انواع شروط، اعم از شرط فعل و شرط نتیجه و شرط وصف حالی یا استقلالی است اطلاق لفظ شرط در هر يك از این معانی به نحو حقیقت است چرا که لفظ شرط برای این معنای مشترك وضع شده، و شرط به معنای مصدری یا اسم مصدری آن مجرد از

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 2.

(2). سید محمد بن علی موسوی عاملی، مدارک الاحکام فی شرح شرائع الاسلام، مؤسسه آل البيت (ع)، لاهیا التراث، قم: چاپ مهر، سال 1410، ج 3، ص 203.

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



هر گونه متعلقات است. یعنی متعلقات و ملتزمات شرط (به معنای مصدری) جزئی برای شرط نمی باشد بلکه يك ماهیتی است که بر مصادیقی منطبق است. و گاه شرط به طور مطلق آورده و منظور آن متعلق شرط یا بیان ملتزم به است که استعمال لفظ در این معنی مجاز است لکن بین این معنی و معنای نوعی، علاقه و مناسبت وجود دارد و جمع بین معنای حقیقی یعنی الزام در بیع و معنای مجازی یعنی ملتزم به از دیدگاه اکثر فقها جایز نیست.

حال اگر منظور از شرط، معنای اول، یعنی نفس التزام باشد این شرط در مقابل شرط چهارم یعنی مخالفت کتاب و سنت است. در نتیجه، شرط مستقلی است. که برگشت به شرط چهارم نمی کند. زیرا، ظاهراً از اخباری که در باب شرط چهارم (مخالف کتاب و سنت) آمده شرط در آنجا به معنای شرط مجازی یعنی ملتزمات می باشد نه نفس التزام. چرا که در شرط چهارم متعلق شرط آن است که مخالف کتاب و سنت نباشد لکن در اینجا متعلق شرط این است که فی نفسه جایز باشد، لذا با همدیگر فرق دارد.

اما مطلب در اینجا (جایز بودن شرط) این است که خود شرط کردن حرام نباشد اگر چه متعلق شرط جایز باشد. لذا اگر منظور از جایز بودن شرط کردن این باشد که شرط متعلق به امر حرام نباشد در این صورت خود شرط هم حرام می شود زیرا که الزام، به انجام خود حرام است. درست مثل اینکه به دیگری شرط شود که انگور را شراب سازد. در اینجا، این شرط، شرط مستقلی است و برگشت به شرط چهارم

نمی کند ولی اعتبار جداگانه ای برای این شرط قائل شدن، دارای فایده و ثمره ای نیست. «1»

### آیا جایز بودن شرط مستقلی است؟

در اینکه آیا این شرط، مستقلی است بین فقها اختلاف است عموماً آن را شرط مستقلی نمی دانند بلکه آن را مرتبط با یکی از شروط صحت اعلام می دارند.

چنانچه عده زیادی از فقها آن را مرتبط به شرط قدرت دانسته اند و ابراز می دارند:

فرقی نیست که چیزی مقدور نباشد یا اینکه به واسطه ممنوعیت شرعی یا جهات تکوینی دیگر قدرت بر انجام آن نداشته باشد. «2»

و همچنین در کتاب مختصر آمده است: «و یصح ما کان سائغاً داخلاً تحت القدرة كقصاره الثوب». «3»

صاحب شرایع در این مورد می فرماید: «و يجوز أن يشترط ما هو سائغ، داخل تحت قدرته كقصاره الثوب و خياطته». «4»

مرحوم سبزواری در کتاب کفایة الاحکام نیز شرط جایز بودن را با مقدوریت به همراه آورده است. چنان که می گوید:

و يجوز اشتراط ما هو سائغ، مقدور معلوم، و لا يجوز بيع الزرع على أن يجعله سنبلاً. 1

---

(1). امام خمینی، همان، ج 5، ص 14-15.

(2). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 227.

(3). محقق حلّی، مختصر النافع، چاپ دوم، مکتبه الاسلامیه کبری، تهران: چاپ مهر، 1402 ق.، ص 124.

(4). محقق حلّی، شرائع الاسلام، چاپ سوم، قم: انتشارات دار المهدی، 1403 ق.، ج 2، ص 288.

(5) 1. محمد بن محمد مؤمن سبزواری، کفایة الاحکام، ص 69.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 415

و باز آمده است:

إنّ ذكر هذا الشرط مستدرک لارجاعه إلى اشتراط القدرة فان الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً و كذلك على ما ذكرنا من اعتبار كونه مملوكاً إذ بالنهي الشرعی يخرج عن

تحت سلطنته و مملوکیته مضافا إلى أن مرجع اشتراط المحرم الى الاشتراط المخالف للكتاب. (2)

اما گروهی دیگر از علما آن را مرتبط با شرط چهارم یعنی مخالف کتاب و سنت دانستند؛ چنان که در اواخر بیان مرحوم خوانساری این مطلب استفاده می شد.

صاحب مدارك الاحكام این شرط را داخل در شرط مخالف کتاب و سنت می داند. لذا می فرماید:

فيكون الشرط الغير السائغ داخلا في ما خالف الكتاب أو السنة و الاخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنی. (3)

به نظر می آید چنانچه نتوانیم جایز بودن را يك شرط مستقل بدانیم كما اینکه واقعیت هم همین است؛ زیرا صحت و جواز مبنا می خواهد، حال یا به دلیل خلاف شرع بودن و یا مقدور نبودن آن، اما ممنوعیت شرعی عامل عمده عدم جواز است.

---

(2). شیخ موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 103.

(3). سید محمد بن علی موسوی عاملی، مدارك الاحكام فی شرح شرائع الاسلام، ج 3، ص 203.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 416

در نتیجه جایز بودن در رابطه با مخالف کتاب و سنت نبودن، یعنی شرط چهارم است.

## 2- قدرت بر انجام شرط داشته باشد.

### اشاره

از جمله شروط صحت شرط آن است که مشروط علیه باید قدرت بر انجام شرط را دارا باشد. بدین معنی که چیزی را که مشروط علیه ملتزم به انجام آن برای مشروط له شده باید در تحت قدرتش باشد. (1)

### در شرط فعل

مثلا اگر شرط از شروط فعل باشد باید مشروط علیه قدرت بر انجام آن داشته باشد.

لذا مثال معروفی که در بیشتر کتب فقهی آورده شده، مبنی بر اینکه اگر شرط کرد که خارك را به خرما یا زراعت را به دانه تبدیل کند، این شرط باطل است چرا که انجام این شرط در حد قدرت مشروط علیه نیست زیرا که تبدیل زراعت به دانه در توان و قدرت الهی است و آنچه که انسانها نسبت به این امور انجام می دهند از مقدمات اعدادی (معدات) محسوب می شود؛ زیرا ممکن است که آن کار واقع شود

(1). شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 23، ص 203؛ محقق حلّی، مختصر النافع، ص 124؛ محمد باقر بن محمد مؤمن سبزواری، کفایة الاحکام، ص 96؛ سید علی طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ج 1، ص 536؛ شیخ مفید، مقنعه، ص 94؛ شهید اول، دروس الشرعیة، ص 343؛ محمد تقی بن محمد باقر آقا نجفی، دلائل الاحکام فی معرفة مسائل الحلال و الحرام، ج 3، ص 202.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 417

و یا اینکه اصلاً واقع نگردد. در این مورد خداوند سبحان در قرآن می فرماید: «أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ... أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ». (1)

### در شرط نتیجه

شرط قدرت در شرط نتیجه آن است که شرطکننده شرط غایتی را نماید که حصول آن مباشرتاً، نیازمند به سبب خاصی است به گونه ای که حصول این نتیجه به صرف شرط عاید نمی گردد، بلکه نیازمند به سبب خاصی است مثل اینکه در ضمن عقد به نحو شرط نتیجه

شرط کند که زن شوهرداری مطلقه باشد و یا اینکه زنی به زوجیت مردی درآید بدون اینکه در خارج سبب این طلاق و ازدواج ایجاد گردد. اینگونه شروط از جمله شروط باطل محسوب می شوند چرا که مشروط علیه قدرت بر انجام چنین شرطی را ندارد.

اما چنانچه شرط از شروطی است که با خود شرط نتیجه کردن، شرط حاصل می شود و احتیاج به سبب خاصی دیگری ندارد اشکال در حصول آن به واسطه شرط نمودن نیست. مثل اینکه شخص در طی عقدی شرط نماید که وکیل طرف مقابل در يك قضیه خاصی شود که با قبول طرف مقابل، شرطکننده بدون اینکه نیاز به انشای عقد دیگری باشد وکیل طرف، در آن قضیه مورد نظر می باشد.

---

(1). واقعه: 58، 59، 63، 64.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 418

### در شرط صفت

آن است که شرطکننده وجود صفتی در مبیع را شرط می نماید که ایجاد این صفت بر مشروط علیه مقدور باشد، لذا اگر شرط کند که حیوان در آینده حامله باشد چون صفت حامله بودن حیوان، در دست انسان نیست لذا این شرط باطل است «1» در مورد هر يك از این شروط بعدا به تفصیل بحث خواهد شد.

### نتیج محل بحث

ممکن است از شرط مزبور چنین توهم شود که منظور از شرط قدرت، این است که مشروط له شرطی را بر مشروط علیه الزام کند که انجام آن بر مشروط علیه محال و ناممکن است، مثل شرط پریدن به هوا و یا شرط جمع ضدین که عقلا و عاداتا انجام آن محال است. در حالی که باید گفت، منظور از این شرط آن است که شرط نباید از شروطی باشد که مشروط علیه خود به تنهایی قدرت بر انجام آن را نداشته باشد، و آن کار، از کارهایی است که انجام آن به دست دیگری است وگرنه هیچ عاقلی شرط محال و ناممکن پریدن هوا را در عقد نمی آورد. «2»

### صحت شرط باقی گذاردن زراعت

از مثالهای معروفی که اکثر فقها آن را به عنوان شرط غیر مقدور بیان می کنند، شرط تبدیل زراعت به دانه و سنبل است. چرا که این امر تحت قدرت خداوند تبارک و

---

(1). ابو عبد الله محمد بن مکی عاملی، دروس الشرعية، ص 343؛ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 226.

(2). سید محمد حسینی شیرازی، ایصال الطالب الی المكاسب، ج 14، ص 144.

تعالی است لکن بحثی که در اینجا مطرح می شود این است، که آیا مشروط له می تواند شرط تبقیه و باقی گذاردن زراعت را نماید؟ یعنی مشروط علیه ملتزم به نگهداری و باقی گذاشتن زراعت تا زمان دانه بستن شود، در این مورد اکثر فقها اصل صحت تبقیه را پذیرفته اند چنانچه صاحب قواعد می فرماید:

و يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا و لو شرط

و همچنین در شرایع آمده است:

ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في القدرة كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا أو الرطب على أن يجعله تمرًا ولا بأس باشتراط التبقيّة. (2)

و شهید اول در کتاب شریف دروس می فرماید: «و یصحّ اشتراط تبقيّة الزرع إلى سنبله و الثمرة إلى ایناعها». (3)

تعیین زمان در شرط تبقیه: پس از قبول صحت شرط تبقیه در زراعت و مانند آن فقهای عظام متعرض این نکته شده اند که آیا در تبقیه، تعیین زمان دقیقی شرط هست یا خیر؟

---

(1). علامه حلّی، قواعد الاحکام، ص 152.

(2). محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج 2، ص 288.

(3). سید علی طباطبایی، همان، ج 1، ص 536.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 420

در این مورد مرحوم ابن ادریس و شهید اول و عده ای دیگر از فقها تعیین مدت و زمان برای باقی گذاردن زراعت در زمین را شرط نمی دانند، و می فرمایند: تعیین مدت در تبقیه شرط نیست بلکه در اینگونه موارد، زمان رسیدن دانه ها ملاک عمل است.

صاحب ریاض فرموده است:

ولا بأس باشتراط تبقيّة الزرع في الارض إذا بيع أحدهما دون الآخر الى أوان السنبل لأنّ ذلك مقدور له و لا يعتبر تعیین مدة البقاء بل یحتمل على المتعارف من البلوغ لانه منضبط. (1)

شرط باقی گذاشتن زراعت در زمین تا زمان دانه بستن، آنگاه که یکی از آن دو یعنی زراعت و زمین فروخته شده باشد، صحیح است. چرا که این عمل، برای او مقدور است و تعیین مدت و زمان باقی ماندن زراعت در زمین شرط نیست، بلکه حدّ متعارف از زمان رسیدن خوشه ها و دانه ها زمان نهایی تبقیه است و آن

زمان از نظر عرف نیز مشخص و معین است و همچنین در این مورد آمده است:

ولا يجوز بيع الزرع على أن يجعله سنبلًا ويجوز اشتراط تبقيه، و هل يشترط تعيين المدة أم يكفي أن يحال على المتعارف من البلوغ و لانه مضبوط عرفا، ألا قرب الثاني.

### تعبیر صحیح مقذور بودن در شروط سه گانه

اعمال شرط قدرت در آنجایی است که شروط، از شروط أفعال باشد در این صورت قابل توصیف به قدرت و عدم قدرت است، مگر در شرط صفت و نتیجه که

(1). محمد باقر مؤمن سبزواری، کفایة الاحکام، چاپ سنگی، ص 96.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 421

اینگونه نیست، زیرا مثلا صفت، شرط وصف حالی با قدرت و یا عدم قدرت توصیف نمی شود بلکه باید مرجع شرط، تسلیم مبیع به وصف فلان و بهمان باشد یا در شرط نتیجه ای که متوقف به سبب خاصی نیست علی رغم اینکه اینگونه شروط نتیجه صحیح هستند، لکن متّصف به قدرت و عدم قدرت نمی باشند؛ اما اگر مرجع شرط ایجاد سبب باشد مثل شرط فعل، قابل توصیف به قدرت و عدم قدرت خواهد بود.

مرحوم میرزای نائینی در این مورد می فرماید:

لا- یخفی إن اشتراط هذا العنوان یوجب اختصاصه بما اذا كان الشرط من مقولة الافعال و أما اشتراط الوصف الحالی فی المبیع مثلا فلا یتّصف بالقدرة و عدمها الاّ بارجاعه الی التسليم بشرط كذا و كذا، و كذلك اشتراط بعض النتائج الغير المتوقفة علی سبب خاص المتحقق بنفس الشرط فانه لا- إشکال فی صحته كما اعترف به مع انه لا یتّصف بالمقدورية، نعم لو كان مرجع الشرط الی ایجاد الاسباب فهو کاشتراط الفعل فالاولی التعبیر بكون ما يشترط تحت سلطانه و



استیلاؤه فیعم الافعال التولیدیة و المباشریة و غیرها من الشروط الجائزة، ککون العبد کاتباً فانه یسلط علی الوصف سلطنته علی العین، و كذلك فی الغایات المتوقفة علی الاسباب و غیرها غایتہ مرجعه فی الاول إلى

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 422

اشترای ایجاد السبب و فی الثانی بنفس الاشتراط، و بالجمله فالمعتبر أن یكون الشرط مملوكاً للمشروط علیه. «1»

### علل بطلان شرط غیر مقدور

#### اشاره

برای بطلان شرط غیر مقدور سه دلیل اقامه شده است:

#### دلیل اول اجماع:

فقها در بطلان شرط غیر مقدور ادعای عدم خلاف و اجماع کرده اند. «2» چنان که در مدارک الاحکام آمده است: «ثم إنه استدل علی اشتراط القدرة فی صحة الشرط مع عدم الخلاف فيه». «3» همچنین در مصباح الفقاهه اولین دلیل قائلین به لزوم شرط قدرت را اجماع نقل کرده است.

#### دلیل دوم غرر:

علت دیگر بطلان شرط غیر مقدور این است که اینگونه معامله باعث غرر و جهالت و طبیعتاً زیان در معامله می شود و همان گونه که رسول گرامی اکرم (ص) مردم را از بیع غرری نهی فرمود، لذا معامله فاقد قدرت بر ایجاد انجام آن، غرری شده و باطل می باشد. «4»

---

(1). موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 102.

(2). ملا محمد نراقی، مشارق الاحکام، چاپ سنگی، ص 79؛ سید محمد بن علی موسوی عاملی، همان، ج 3، ص 203؛ ابو القاسم خویی، همان، ج 7، ص 301.

(3). سید محمد بن علی موسوی عاملی، همان، ج 3، ص 203.

(4). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 226؛ ابو القاسم خویی، همان، ج 7، ص 301.

صاحب مصباح الفقاهاة در این مورد می فرماید:

و الثاني ان هذا النحو من الشرط غرر فيوجب البطلان البيع للنهي عن بيع الغرر اذ كما لا بدّ ان يكون المتبايعين عالما بالعوضين لئلا يكون البيع غرريا من ناحيتهما و كذلك لا بدّ و أن يكونا عالمين بالشرط المعتبرة فيه. «1»

### **دليل سوم عدم تسليم:**

یکی از شرایط صحت معامله این است که باید عوضین قابل تسلیم به طرف مقابل باشد. لذا فقها در فروش پرندگان آسمان، اشکال کرده و آن را باطل دانسته اند و علت مطلب را عدم توانایی بر تسلیم مبیع به مشتری ذکر کرده اند. در شرط غیر مقدور نیز همین مسأله وجود دارد چیزی را که انسان قادر به انجام آن نیست، طبیعتا تسلیم آن به مشتری هم برای فرد مقدور نخواهد بود و وقتی در معامله مبیع قابل تسلیم به مشتری نبود، آن بیع باطل است،

لذا صاحب مدارك الاحكام می فرماید:

ثم إنه استدلل على اشتراط القدرة في صحة الشرط عدم الخلاف فيه مضافا إلى عدم القدرة على تسليم الشرط و تسليم المبيع و أخذه متصفا به لان تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق و لا يناط بارادة المشروط عليه بلزوم الغرر في العقد لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه. «2»

---

(1). همان.

(2). سید محمد بن علی موسوی عاملی، همان، ج 3، ص 203.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 424

صاحب مصباح الفقاهة می فرماید:

الثالث ان هذا الشرط ليس مقدور التسليم للمشروط عليه فإنه كما يعتبر ان يكون المبيع و الثمن مقدور التسليم و كذلك ان يكون الشرط ايضا كذلك. «1»

لكن به نظر می رسد استدلالات فوق مخدوش است و در مورد دلیل اول، یعنی اجماع در مورد صغرای آن ما گمانی به وجود اجماع نداریم بلکه مطمئن هستیم که اجماعی وجود ندارد و اما از حیث کبری گمان هم نمی کنیم که مستند و دلیل آنان رأی امام معصوم (ع) باشد. بلکه احتمال دارد که مستند و دلیل آنها همین دلایلی که به عنوان أدله لزوم قدرت در اینجا ذکر کردیم، باشد و در مورد دلیل دوم، به اینکه عدم قدرت موجب ایجاد غرر در معامله می شود ردّ این دلیل نیز واضح و روشن است، برای اینکه در بحث غرر آمده که جمعی معنای غرر را خطر و هلاکت می دانند لذا زمانی که مرجع شرط امر غیر اختیاری، حصول خیار برای مشروط له باشد، لذا در صورت عدم حصول، چه خطری او را تهدید می کند چرا که وقتی که شرط آمد بیع لازم می شود و زمانی که شرط حاصل نشد مشروط له خیار دارد

پس چه غرر و هلاکتی در اینجا پیش می آید، تازه اگر نبود قدرت، موجب غرر گردد پس فرق میان شرط قدرت و شرط وصف چیست؟ شرط وصف هم به واسطه جهالت متبایعین یا خود شرطکننده، در شرط غرر پیش می آید، ولی کسی، در

---

(1). أبو القاسم خویی، همان، ج 7، ص 302.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 425

شرط صفت نگفته که شرط صفت به دلیل غرری بودن باطل است در حالی که در شرط قدرت به واسطه غرری بودن باطل می باشد. لذا این دلیل هم صحیح نیست.

در مورد دلیل سوم، یعنی عدم توانایی بر تسلیم، این مطلب برگشت به همان غرر می کند و هر دو، یعنی عدم قدرت و عدم تسلیم برگشت به غرر نماید.

ولی نظر این جمع از فقها مبنی بر عدم فرق بین شرط وصف با شرط قدرت از جهت غرری بودن را صاحب مدارك الاحکام رد می کند، زیرا که در شرط صفت اجماع هست و علاوه بر اجماع، شرط صفت در واقع توصیف مبیع است و با این توصیف غرر از بین می رود، چنان که می فرماید:

ولا- ينتقض بما لو اشترط وصفا حاليا لا يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتبا بالفعل أو حاملا للفرق بينهما بعد الاجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي و لو لم يعلما به فاشتراطه بمنزلة توصيفه بها و بهذا المقدار يرتفع الغرر. «1»

آنگاه بر همین بیان خویش ایراد وارد نموده و ما به جهت اختصار فقط نظر نهایی ایشان را که به نظر می آید سخن محکم و متقنی هم هست در اینجا می آوریم و آن اینکه عمده دلیل در

شرط قدرت همان اجماع است، چنان که می فرماید: «و بالجمله إن تمّ الاجماع، و الا- فالوجوه المذكورة لا تثبت المدعی بنحو الاطلاق». (2)

(1). سید محمد بن علی موسوی عاملی، همان، ج 3، ص 203.

(2). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 426

### شرط حالی و استقبالی در شرط صفت

مرحوم شیخ انصاری (ره) بین شرط حالی و استقبالی فرق گذاشته است، بدین صورت که در شرط حالی، ما شرط وجود صفتی را الان در مبیع می نماییم در حالی که علم به وجود آن نداریم. در اینجا ما علم به تحقق شرط نداریم، بنا را بر تحقق شرط گذاشته ایم و فرض کرده ایم مثلاً در شرط حامله بودن حیوان، این حیوانی که الان خریداری می شود حامله باشد، هر چند الان نمی دانم که آیا این حیوان حامله هست یا خیر؟ ولی بنا را، بر وصف حمل گذاشته ایم. در واقع، وصف برای حیوان شده، که با این تعیین وصف غرر از بین می رود. لذا چنانچه معلوم شد حیوان دارای وصف خاص نبوده برای مشروط له خیار ایجاد می شود ولی در شرط استقبالی ما بنا را بر تحقق شرط گذاشته ایم بلکه شرط چیزی را در آینده کرده ایم که معلوم نیست محقق گردد یا خیر و طرفین در معامله نیز بنا را بر تحقق وصف خاصی نگذاشته اند.

لذا معامله غرری می شود که در نتیجه شرط باطل می گردد. (1)

### اجماع در شرط استقبالی و اشکال بر آن

در مورد شرط صفت باید این شروط، از شروط حالی باشند نه استقبالی یعنی باید مبیع به گونه ای باشد که الان دارای آن وصف باشد. شیخ انصاری (ره) در این مورد ادعای اجماع کرده است، لکن از مرحوم شیخ طوسی (ره) نقل خلاف شده، و آن اینکه ایشان می فرمایند اگر شرط، از شروط استقبالی باشد چنانچه شرط در آینده محقق شد، در نتیجه عقد لازم می باشد و اما چنانچه شرط محقق نباشد، عقد جایز

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 6.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 427

است. در واقع

در صورت اشتراط امر مجهول التحقق، عقد را متزلزل می داند، در حالی که اجماع بر خلاف آن واقع شده است. «1»

### توجیه نظر شیخ طوسی (ره)

ممکن است بتوان نظر شیخ طوسی در مسأله حامله بودن چهارپا را اینگونه توجیه کرد که منظور از شرط حامله بودن چهارپا در آینده آن است که چهارپا الان دارای يك خصوصیتی است که در آینده حامله می شود. در این صورت چنانچه در آینده حامله نشد از باب تخلف شرط، خیار فسخ برای او ایجاد می شود لذا تصور خلاف اجماع بدین گونه از بین می رود. «2»

### شقوق قدرت

قدرت نداشتن بر انجام شرط بر دو گونه است، گاهی به هیچ وجه برای انجام شرط قدرت ندارد، مثل اینکه شارط، شرط می کند که در فلان شهر حیوان وضع حمل نماید و گاه شخص بر انجام شرط مستقل نیست یعنی بر انجام بعضی از امور شرط تواناست لکن نسبت به بعض دیگر ناتوان بوده و انجام عمل فوق خارج از توان وی بوده است، مثل آنجایی که فروشنده شرط می کند که من فلان شیء را در صورتی به تو می فروشم که تو آن را به زید بفروشی، در اینجا، انجام يك قسمت از شرط، یعنی ایجاب، به دست ماست لکن قبول به دست ما نیست زیرا قبول آن در صورتی

---

(1). همان.

(2). سید محمد جواد حسینی عاملی، همان، ج 4، ص 734.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 428

است که زید خواهان خرید آن شیء باشد، در نتیجه چنانچه خریدار متمایل به خرید آن شیء نباشد در واقع انجام بخشی از عقد که همان قبول باشد، غیر مقدور خواهد بود. لذا در چنین مواردی چنانچه فقط شرط ایجاب نماید این چنین عقدی صحیح است. چرا که قسم اول یعنی ایجاب در تحت قدرت ما بوده لکن اگر قصد

اشتراک مرکب از ایجاب و قبول نماید و هر دو را قصد نموده باشد این چنین عقدی صحیح نخواهد بود زیرا که، شرط بر چیزی واقع شده که قدرت بر انجام آن نیست. «1»

### کفایت ظن در قدرت

ظاهراً ظن به داشتن قدرت در صحت شرط کافی است زیرا که با بودن ظن به قدرت، دلیلی برای غرر باقی نمی ماند. حال اگر پس از ظن به وجود قدرت، قراردادی بین طرفین معامله واقع شد، بدین مبنی که فروشنده در ضمن فروش خانه ملتزم به دادن چیزی به همراه خانه به مشتری شد یعنی مشتری خرید خانه را مشروط به دادن آن شیء به صورت مجانی نموده، آنگاه پس از معامله خانه معلوم شد که آن شیء قبل از معامله از بین رفته بود، شرط مزبور در اثر عدم قدرت بر تسلیم، باطل است ولی معامله نسبت به خانه صحیح است و مشروط له می تواند آن را فسخ نماید زیرا او با انعقاد معامله، با پیوست شرطی که ضمن آن شده موافقت نموده و در ثمنی که پرداخته، شرط را نیز ملحوظ داشته است و چون کشف شد که انجام شرط غیر مقدور بوده به ناچار برای جبران

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ص 6-7.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 429

خسارت به مشروط له حق داده شده که معامله اصلی را همان قسم قبول یا فسخ نماید، و نمی تواند نسبت به بطلان شرط از ثمن تقسیط کند زیرا شرط اگر چه معنا مورد معامله است ولی در معامله سهمی از ثمن در مقابل آن قرار داده نشده است.

### حکم معامله در صورت عروض عدم قدرت پس از عقد

اگر شرط در حین عقد مقدور بوده لکن بعداً در اثر امر خارجی غیر مقدور شد چنانچه در مثال فروش خانه، آن شیء شرط شده مثلاً طوطی باشد و آن طوطی هم در هنگام عقد موجود بوده ولی پس از يك روز از

انعقاد قرارداد از قفس پریده، در اینجا به مانند صورت گذشته، حق فسخ برای مشروط له باقی است، منتهی در صورتی که عدم قدرت بر انجام شرط مستند به فعل خود مشروط له نباشد. لذا اگر در فرض مذکور طوطی را خود مشروط له رها کرده باشد، از آن رو که خود وی باعث اضرار گشته حق فسخ نخواهد داشت. «1» در قانون مدنی آمده است:

اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم گردد که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد. «2»

---

(1). سید حسن امامی، همان، ج 1، ص 276.

(2). قانون مدنی، 240.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 430

### 3- غرض عقلایی داشته باشد.

#### اشاره

سومین شرط از شروط صحت، داشتن غرض عقلایی است. بدین معنی که شرط باید از شروطی باشد که در نزد عقلا ارزشمند و مفید بوده است، اگر چه این شرط باعث افزایش مالی نگردد یا اینکه در مقابل این شرط مالی قرار نگیرد. برای نمونه می توان شرط روشن کردن چراغ در روز روشن جهت مطالعه و یا وزن کردن با ترازوی خاصی، در حالی که هیچ فرقی بین ترازوها به جهت وزن کردن این کالا نیست را مثال زد. اینگونه شروط، شروط باطلی هستند که هیچ غرض عقلایی بر آن مترتب نیست. لذا با کشف بطلان شرط مشروط له می تواند برای جبران خسارت وارده معامله را فسخ نماید. «1»

داشتن غرض عقلایی بدان معنی نیست که حتما این شرط باعث افزایش مالی مبیع شود و یا اینکه در مقابل این شرط،



مالی قرار گیرد. چرا که ثمن در مقابل شرط قرار نگرفته، و مقصود بالذات هم شرط نیست اگر چه این شرط عموماً در قیمت و افزایش ارزش مالی مثنی بی تأثیر نیست ولی شرط فوق حتی باعث افزایش مالی مثنی هم نمی‌شد، باز منافات با غرض عقلایی داشتن نمی‌شد. در این مورد آورده است: «الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء و لو لم يوجب زيادة في المالية و لم يجعل بازائه المال أيضا فانّ الشرط على أي حال لا يقع بأزائه الثمن و لا يقصد في العقد أصالة فلا يلزم أن يكون له المالية و هذا بخلاف باب الاجارة فان

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 227؛ میرزا فتاح شهید تبریزی، هدایة الطالب الی اسرار المكاسب، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم: چاپخانه بهمن، 1407، ص 566.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 431

تمام الغرض هناك انتقال المنفعة فلا بدّ أن تكون لها مالية و تكون عائدة الی المستأجر بازاء ثمنه و لذا لا يصح اجارة العبادات الغير القابلة للنيابة».

### اشکال بر غرض عقلایی

ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا داشتن غرض عقلایی در شروط، شرط حتمی و ضروری است؛ به طوری که اگر کسی شرطی نمود که به نظر آمد که دارای هیچ گونه غرض و هدف عقلایی نیست آیا اینگونه شرطی باطل است و برای مشروط علیه هیچ گونه التزامی نمی‌آورد؟

در این مورد سیدنا الاستاذ حضرت امام و بعضی دیگر از بزرگان اشکال گرفته و نظر دیگری داده اند. چنان که آن حضرت می‌فرماید:

و أمّا ما أفادوا في المراد بهذا الشرط من كونه ذا فائدة معتد بها

عند العقلاء بمعنى ان الملتزم لا بدو أن يكون ذا فائدة عقلانية وإلا يقع باطلا ففيه تأمل و اشكال. «1»

اینکه گفته اند که باید دارای فایده قابل توجه در نزد عقلا باشد، بدین معنی است که اگر ملتزم دارای فایده عقلایی نبود اینگونه شرطی باطل است. این حرف جای تأمل بوده و بر آن اشکال وارد است.

برای اینکه چه بسا شرط به معنای مصدری (الزام کردن) به واسطهٔ خیاری که در صورت تخلف شرط ایجاد می شود دارای فایدهٔ عقلایی باشد، بدون اینکه برای

---

(1). امام خمینی، همان، ج 5، ص 151.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 432

شرطکننده فایده دیگری داشته باشد یا در شرط فروش کالا به همان قیمتی که خریداری کرده، یا شرط اوصاف حالیه ای که هیچ فایده ای جز ایجاد خیار، به واسطهٔ تخلف وصف ندارد، اینگونه شروط از شروطی است که دارای فایده است و بی ارزش و لغو نیست؛ لکن فایده آنها همان خیار تخلف وصف و شرط است. چنان که می فرماید:

فانه ربما يكون الشرط بالمعنى المصدرى عقلانيا، لاجل ترتب الخيار على تخلفه من غير أن يكون فى البين فائدة اخرى للشارط، كاشتراط بيعه بالقيمة التى اشتراه، بل اشتراط الاوصاف الحالية مما لا فائدة له إلا الخيار عند التخلف، فان أمرها دائر بين الوجود والعدم، و لا يترتب على الشرط شىء سوى الخيار، ففى مثلها لا يعد الاشتراط لغوا و ملغا عرفا، بل يصح و يترتب عليه الخيار عند التخلف و هو أمر عقلایی و لا يقاس المقام بالبيع حيث لا يكون ماهيته إلا التبادل و لا يترتب عليه أثر عقلایی آخر. «1»

و در پایان سیدنا الاستاذ (قدس سره) می فرمایند

که چیزی که دارای فایده نیست یا به نحوی است که اصلاً شرط کردن آن لغو و بیهوده و عبث است در این صورت، شکی نیست که اینگونه شروط، صحیح نیستند و نباید در عقود آورده شوند یا اینکه دارای فایده هستند ولی عموم عقلا در معاملاتشان به اینگونه فواید توجهی نمی کنند و آن را ارزشمند نمی دانند، در مورد اینگونه موارد اگر قائل به بطلان آنها باشیم، صحیح نیست. برای اینکه ثبوت خیار در صورت تخلف شرط از فوائد عقلایی است

(1). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 433

و صحیح نیست که خیار تخلف را مختص شروطی بدانیم که دارای فایده هست لذا حتی آن شروطی که از دیدگاه عقلا دارای منفعت و فایده آن چنانی نیست باز دارای فایده هست مثل همین خیار تخلف، لذا تعبیر غرض عقلایی بدان گونه که در اول بحث آمده، صحیح نیست.

(و بالجمله) ما لا فائدة له إما أن يكون بنحو يكون الاشتراط به عبثاً و لغواً، فلا اشكال فيه، و إما أن يكون له فائدة لا يعتنى بها العقلاء في معاملاتهم، فبطالانه هاهنا ممنوع، لان ثبوت الخیار عند التخلف من الفوائد العقلائية و اختصاص خیار التخلف بالشرط الذي له فائدة معتد بها ممنوع. (1)

### اشکالی دیگر

بعضی از اساتید ما در واقع همین فرمایش حضرت امام (س) را با بیانی دیگر فرموده اند و ایشان اصولاً منکر لزوم عقلایی بودن أغراض در شروط شدند و بیان داشتند صرف داشتن غرض شخصی برای شارط (شرطکننده) کافی است. لذا چنانچه تخلف از شرط نمود برای او خیار تخلف از شرط پیش می آید و مؤید نظر خویش را هم، نذر و قسم

به انجام کاری که برای شرطکننده غرض و هدفی را در بر داشته بیان می دارند و معتقدند کسی که نذر می کند که کاری را انجام دهد. برای شخص شرطکننده هدف و فایده ای در نظر هست لکن ممکن است از دیدگاه دیگران این

---

(1). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 434

غرض، غرض معقولی نباشد و یا اساساً غرض نباشد پس ملاک در غرض داشتن، غرض شخصی است نه غرض نوع عقلای ایشان می فرمایند:

ولکن لا دلیل علی اعتبار وجود الاغراض العقلائية فی الشروط أصلاً. بل یصحّ اشتراط ما تعلق به الغرض الشخصي للشارط، فاذا تخلف ثبت له الخيار و مؤید ذلك، بل یدلّ علیه انه قد یعلق الحلف و النذر بالفعل الذي یتعلق به غرض شخصی لا نوعی، فهل یتوهم أحد بطلان ذلك فنفرض المقام أيضاً كذلك فیمكن أن یكون غرض الشارط ایقاع المشروط علیه فی العقوبة و نحو ذلك من الاغراض الشخصية. (1)

### اغراض دنیوی یا اخروی

---

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 2، ص: 434

بحثی مطرح است که آیا اغراض دنیوی مقدم بر اغراض اخروی است یا اینکه قضیه بر عکس است و در این مورد مثالی در کتب فقهی مطرح شده مبنی بر اینکه اگر در خرید عبد، مشتری شرط کفر کند؛ یعنی بدین صورت که مشتری در صورتی عبد را از بایع می خرد که عبد کافر باشد حال این شرط، شرط صحیحی است یا اینکه لغو و بیهوده است؟ در این مورد دو قول مطرح است مرحوم علامه در تذکره می فرماید که این

شرط، شرط صحیحی است چرا که دارای غرض و فایده است و فایده آن در این است که عبد کافر را هم می توان به مسلمان و هم به کافر دیگری فروخت در

---

(1). أبو القاسم خوئی، همان، ج 7، ص 311.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 435

حالی که عبد مسلمان را فقط به مسلمان می توان فروخت لذا فایده کافر بیشتر است و همچنین کافر به علت عدم اعتقادش زمانی را بابت عبادات و طاعات مصروف نمی دارد. در حالی که مسلمان اینگونه نیست. در نتیجه کافر بیشتر در خدمت بوده و ساعات و اوقات بیشتری نسبت به مسلمان در انجام کارها و تکالیف دارد.

شهید اول (قدس سره) می فرماید:

و لو اشترط الكفر فظهر مسلما قال الشيخ لا خيار له لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وقال ابن ادریس و الفاضل له الخيار للمخالفة و لانه يصح بيعه على الكافر و لا يستغرق وقته فى الخدمة و الصحيح الاول كما قاله الشيخ و الاغراض الدنيوية لا تعارض الاخرية. «1»

و به همین دلیل صاحب هدایة الطالب نظر شیخ را می پسندد و می فرماید:

«و الصحيح الاول كما قاله الشيخ و الاغراض الدنيوية لا تعارض الاخرية». «2»

در بیانات بعضی از اساتید ما آمده است که ایشان قائل به صحت شرط کفر در جریان خرید عبد هستند. دلیل ایشان این است که در جریان خرید عبد کافر، غرض دنیوی هست در حالی که ما در جاهایی که صرفا خيار فسخ هم بود شرط را صحیح می دانستیم در حالی که در اینجا اغراض مادی هست و علاوه بر آن غرض بزرگ دیگری نیز در این خرید وجود دارد و آن

(1). ابو عبد الله محمد بن مکی عاملی، دروس الشرعية، ص 343.

(2). میرزا فتاح شهیدی تبریزی، هدایة الطالب الی اسرار المكاسب، ص 564.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 436

به اسلام هدایت یابد و می دانیم که هدایت افراد مهمترین و برترین اغراض و مقاصد است چنان که در روایت آمده که هدایت يك نفر برتر است از اینکه زمین مملو از طلا و جواهرات باشد. آنگاه به جوابگویی از اشکال وارده پرداخته و گفتند اینکه به دلیل آیه مبارکه «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه» خرید کافر را صحیح نمی دانند این استدلال صحیح نیست چرا که جای بحث آن در اینجا نیست زیرا اگر این استدلال در اینجا درست بود پس باید معتقد می بودند که خرید هیچ کفیری توسط هیچ مسلمانی تا زمانی که بنده مسلمانی وجود دارد، صحیح نیست در حالی که اینگونه بیان نداشته اند.

و اما دلیل دوم آنها که گفته اند اغراض دنیوی نمی تواند با اهداف و اغراض اخروی تعارض کند این حرف هم صحیح نیست برای اینکه اینجا اصلا هدف اخروی نیست بلکه بحث سر معامله است که از اهداف دنیوی است البته اگر چه در طی اغراض دنیوی اغراض اخروی هست ولی اغلب معاملات برای اغراض دنیوی است، ایشان می فرمایند:

ولکن الظاهر هو الوجه الاول فانه مع قطع النظر عن الاغراض المذكورة التي أغراض عقلانية حکمنا بصحة الشروط لا يتعلق بها غرض عقلایی و کیف مع الاغراض المذكورة علی ان اشتری العبد لاجل هدایته من أهم الاغراض العقلانية فانه ورد ان هدایة شخص خیر من ملا الارض ذهبا أما ذکره من أن

الاسلام يعلو ولا يعلى عليه. فانه أجنبي عن المقام و الآ فلا بد في الحكم بانه لا يصحّ شراء المسلم الكافر مع وجود العبد المؤمن لان  
الاسلام يعلو ولا يعلى عليه و أما ما ذكر من عدم تعارض الغرض الدنيوي

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 2، ص: 437

مع الغرض الاخرى فانه ليس هنا غرض اخری حتى يقع التعارض بينهما ويرجح الثاني: فان المعاملات أغلبها للاغراض الدنيوية و ان  
كان في طيها أغراض اخروية أيضا. «1»

### حکم شرطی که غرض در آن مشکوک است.

در مواردی که نمی دانیم آیا این شرط دارای اغراض هست یا نه؟ و یا اینکه این اغراض، اغراض صحیحی هستند یا خیر؟ آن شرط را حمل  
بر غرض صحیح می کنیم. شیخ انصاری (ره) در این باره می فرماید: «لو شك في متعلق غرض صحیح به حمل علیه». «2»

اگر شك در تعرض غرض صحیح به شرط شود، حمل بر غرض صحیح می گردد. از جمله این اغراض مشکوک شرطی است که شیخ  
انصاری در کتاب شریف مکاسب آن را نقل می کنند و شرط می کند که مرد به جز هریسه (حلیم) چیز دیگری نخورد و لباسی به جز خز  
نپوشد در اینگونه موارد که غرض مشکوک است و نمی دانیم که آیا این شرط دارای غرض و هدف صحیحی است یا خیر؟ اصل اصالة  
الصحة جاری نموده و می گوئیم شرط دارای غرض صحیح بوده است.

و کیف کان حیث ان المدار علی کون الغرض معتدا به عند العقلاء فرما یشکّ فی بعض مصادیقه مثل اشتراط کون العبد

---

(1). ابو القاسم خویی، همان، ج 7، ص 311.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 8.

قواعد فقهيه (بجنوردی، سيد محمد)، ج 2، ص: 438

و جاهلا بالعبادات أو ألا كلّ لاشياء مخصوصة و الضّابط عدم اللغوية على وجه يوجب ثبوت حق للمشروط له على الشرط. (1)»

#### 4- مخالف کتاب و سنت نباشد

##### اشاره

از شروط صحت شرط آن است که شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد. بدین صورت که شخص ملتزم به امری نشود که آن امر مخالف با آنچه که در کتاب و سنت ثابت است، باشد. حاصل آنکه حکمی در کتاب و سنت ثابت و یقینی است لکن شخص بر خلاف آن حکم، شرط می نماید خواه این حکم تکلیفی باشد یا وضعی. مثلا مرد شرط می کند که بیگانه و اجنبی از او ارث ببرد یا عکس آن کسانی که شرعا از او ارث می برند، محروم از ارث باشند و همچنین در کتاب و سنت است که: «الطلاق بید من اخذ بالساق» طلاق در دست مرد است لکن علی رغم این حکم الهی شرط می کند که امر طلاق به دست زن باشد و همچنین از جمله موارد شرط مخالف با کتاب و سنت این است که مردم بر اموالشان مسلط و صاحب اختیارند.

«الناس مسلطون علی اموالهم» ولی با این حال در عقد شرط می کند که فرد بر بعضی از اموال خویش صاحب اختیار نباشد و یا شرطی مخالف با آیه صریح قرآن می کند و آن اینکه شراب حرام نباشد در حالی که حرمت آن در شرع مقدس، مسلم و محقق است و یا نگاه به زوجه و همسر خویش را که شرع حلال کرده بر خود حرام

---

(1). موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 103.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 439

می کند. اینگونه شروط از جمله شروط مخالف با کتاب خدا و



سنت هستند که الزام و التزام به چنین شروطی صحیح نبوده و باطل است. «1»

## دلیل بطلان شروط مخالف کتاب و سنت

### الف) روایات

1- عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز وجل. «2» عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) نقل می کند که امام فرمودند: شنیدم که می فرمود: کسی که شرطی مخالف با کتاب خدا کند، بر او و بر کسی که شرط بر علیه او شده وفا به شرط جایز نیست. مسلمانان در آن شروطی که موافق با کتاب خداست ملتزم و متعهد می باشند.

2- عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه:

إنّ علي بن أبي طالب كان يقول: من شرط لامرأة شرطا فليف لها به فان المسلمین عند شروطهم إلا شرطا حراما أو أحلا حراما. «3»

---

(1). ملا- احمد نراقی، عوائد الايام فی بیان الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، ص 47؛ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 227؛ شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 8.

(2). حر عاملی، همان، ج 12، ص 353؛ کلینی، فروع کافی، ج 5، کتاب المعیشه، ص 169.

(3). حر عاملی، همان، ج 12، کتاب التجاره، ابواب الخیار، ص 353.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 440

اسحاق بن عمار از امام جعفر صادق (ع) و ایشان از پدر بزرگوارشان امام محمد باقر (ع) نقل می کند که فرمودند: حضرت علی (ع) می فرمود: کسی که به نفع زنش شرطی نمود پس باید به آن شرط نسبت به زنش وفا نماید چرا که مسلمانان ملتزم

به شرطی هستند که می نمایند، مگر اینکه آن شرط، شرطی باشد که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کند که در این صورت وفا به آن واجب نیست.

3- عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال: «المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز». عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) روایت می کند که امام فرمود: مسلمانان ملتزم به شرطشان می باشند مگر آن شرطی که با کتاب خدا مخالفت داشته باشد که در این صورت التزام به آن جایز نیست.

4- عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) في رجل قال لامرأته إن نکحت عليك او تسریت فیهی طالق قال:

ليس ذلك شیء إن رسول الله (ص) قال: من اشترط شرطاً سوی کتاب الله عز و جل فلا يجوز ذلك له ولا علیه. «1»

عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) در مورد مردی روایت می کند که به زنش گفت: اگر بر تو زنی یا کنیزی گرفتم، آن زن مطلقه باشد. امام فرمود: این چیزی نیست (این شرط لازم الوفاء نیست) چرا که پیامبر گرامی اکرم (ص) فرمود: کسی که شرطی خارج از کتاب خدا کند این شرط چه به نفع او یا علیه او باشد، جایز نیست.

5- عن علی (ع): انه قال:

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، کتاب النکاح، ج 2، باب المهور، ص 219.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 441

أرادت عائشة أن تشتري بريرة فاشترط مواليتها عليها ولاها، فاشترتها منهم على ذلك الشرط فبلغ ذلك رسول الله (ص)، فصعد المنبر فحمد الله و أثنى عليه، ثم قال ما بال قوم

یشرطون شروطا لیست فی کتاب اللّٰه، بیع الرقبة و یشرط الولاء، و الولاء لمن أعتق، و شرط اللّٰه آكد، و كل شرط خالف کتاب اللّٰه فهو ردّ. «1»

علی (ع) فرمود: عایشه خواست بریره را خریداری نماید صاحبان بریره شرط ولاء بریره را بر عایشه نمودند. عایشه با پذیرش این شرط بریره را از آنها خریداری نمود.

این مطلب به رسول گرامی اکرم (ص) رسید. ایشان بالای منبر رفتند و حمد و ثنای خدا را نموده و فرمودند: چه شده است که قومی شروطی می کنند که در کتاب خدا نیست و بنده را می فروشند و شرط ولاء می کنند در حالی که ولاء از آن کسی است که آن را آزاد کند و شرط و حکم خداوند مؤکدتر از شرط بندگان خداست و هر شرطی که با کتاب خدا مخالفت کند، آن شرط مردود است.

6- عبد اللّٰه بن سنان قال:

سألت أبا عبد اللّٰه (ع) عن الشرط فی الإمام لا تباع و لا توهب قال يجوز ذلك غیر المیراث فانّها تورث لان کلّ شرط خالف کتاب اللّٰه باطل. «2»

---

(1). میرزا حسین نوری طبرسی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج 13، کتاب التجاره، ابواب الخیار، ص 30؛ تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 247، ح 935.

(2). حر عاملی، همان، ج 12، ص 353.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 442

عبد اللّٰه بن سنان گفت از امام صادق (ع) سؤال کردم راجع به شرط در مورد کنیزها که فروخته نشود و هبه نیز داده نشود، امام صادق (ع) فرمودند: بجز میراث، این شرط جایز است و کنیزها به ارث برده می شوند. برای اینکه هر شرطی که مخالفت با کتاب خدای

عزو و جل کند، آن شرط باطل است.

7- عن جعفر بن محمد (ع):

من باع جاریة فشرط أن لا تباع و لا توهب و لا تورث فانه يجوز كله إلا الميراث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله و من اشترى جاریة على أن تعتق أو تتخذ أم ولد فذلك جائز و الشرط فيه لازم. «1»

امام صادق (ع) فرمود: کسی که کنیزی را فروخت و شرط کرد که کنیز نه فروخته شود و نه به دیگری بخشیده شود و نه اینکه میراث واقع گردد، همه این شروط بجز میراث قبول است و هر شرطی که مخالف کتاب خدا باشد آن شرط به کتاب برگردانده می شود. کسی که کنیزی را خریده مشروط بر اینکه آزاد شود و یا اینکه به عنوان ام ولد انتخاب گردد. این عمل جایز است و شرط لازم الوفاء می باشد.

8- عن جعفر بن محمد إنه قال:

من شرط ما يكره فالبیع جائز و الشرط باطل، و كل شرط لا يحرم حلالا و لا يحلل حراما فهو جائز. «2»

(1). میرزا حسین نوری طبرسی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج 13، ص 300؛ تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 54، ح 144.

(2). همان، ص 301؛ همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 443

از امام صادق (ع) روایت شده که ایشان فرمودند: کسی که شرطی کند که اجبار و اکراه باشد؛ اینگونه معامله ای جایز است ولی شرط باطل است و هر شرطی که حلالی را حرام نکند و یا حرامی را حلال نسازد، پس آن شرط جایز است.

9- عن جعفر بن محمد إنه قال:

من تزوج امرأة و شرط المقام بها فی أهلها

أو بلد معلوم، فذلك جائز لها و الشرط جائز بين المسلمين ما لم يحل حراما أو يحرم حلالا. «1»

امام صادق (ع) فرمودند: کسی که زنی را به ازدواج خویش درآورد و شرط اقامت زن را در بین بستگان و یا شهر معلوم کند؛ این شرط برای هر دو نفر جایز است و شرط در بین مسلمانان تا زمانی که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام ننماید، جایز است.

روایت در این باب فراوان است به طوری که شیخ انصاری (ره) و مرحوم والد (ره) در این مورد ادعای تواتر معنوی کرده اند. شیخ (ره) می فرماید: «فتقول إن الأخبار فی هذا المعنی مستفیضة بل متواترة معنی». «2» و باز آمده است:

و الدلیل علیه الأخبار المتضافرة بین ما هو مضمونه بطلان الشرط المخالف للكتاب أو بطلان ما لیس فی کتاب الله أو ما کان سوی کتاب أو ما کان ممّا حرّم حلالا أو أحلّ حراما. 1

---

(1). همان، ص 229؛ حدیث 854.

(2). شیخ مرتضیٰ انصاری، همان، ج 3، ص 8.

(3) 1. موسیٰ نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 103.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 444

## ب) اجماع

بر بطلان شرط مخالف کتاب و سنت نقل اجماع شده است. «2»

## منظور از کتاب چیست؟

در این مورد دو قول وارد شده است: قول اول: منظور از کتاب قرآن مجید است. «3»

قول دوم: منظور از کتاب مجموع احکامی است که خداوند تبارک و تعالیٰ بر بندگانش واجب کرده است؛ هر چند این احکام به زبان رسول گرامی (ص) اعلام شده باشد. «4» مرحوم شیخ انصاری (ره) می فرماید:

ثم إن الظاهر إن المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين و أن بيّنه على لسان فاشترط ولاء المملوك لبائعه إنما جعل في النبوي مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى، لكن ظاهر النبوي و إحدى صحيحی ابن سنان اشتراط موافقة كتاب الله في صحة الشرط و أن ما لیس فيه أو لا یوافقفه فهو باطل ... «5»

در کتاب مدارك الاحکام آمده است:

---

(2). ملا احمد نراقی، همان، ص 46.

(3). زین العابدین، ذوالمجدین، فقه و تجارت، ص 180.

(4). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 228؛ شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 9؛ ملا احمد نراقی، همان، ص 47؛ أبو القاسم خویی، همان، ج 7، ص 312.

(5). مرتضی انصاری، همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 445

و لعل المراد من كتاب الله ما كتب الله على عباده من أحكام الدين وأن بيته على لسان نبیه. «1»

### **دلیل قائلین به قول اول**

این گروه دلیل که برای نظر خویش اقامه می کنند، همان لزوم اتباع از ظهور لفظ است و می گویند لفظ کتاب ظهور در همان قرآن مجید دارد.

### **دلیل قائلین به قول دوم**

روایت بریره است که در آنجا نقل شده که پیامبر اکرم (ص) ولایت تابع بر مملوك را باطل دانست و فرمود:

«الولاء لمن أعتق» بعد فرموده اند که چه شده گروهی از افراد شروطی را در عقد می کنند که در کتاب نیست. حال، اگر منظور از کتاب قرآن بود؛ باید فرمایش پیامبر (ص) در قرآن می بود در حالی که در قرآن لفظ الولاء لمن أعتق نیست. «2»

### **اشکال بر دلیل اول**

1- این اشکال که از طرف قائلین به نظریه اول مطرح شده عبارت از خدشه بر روایت بریره است. آنها گفته اند استدلال بر روایت وارده در مورد بریره برای توضیح نظر دوم صحیح نیست به جهت اینکه مضمون روایت این است که شرط ولاء برای بایع در قرآن نیست و این درست و صحیح است و اگر گفته شود مراد و مستفاد از

---

(1). سید محمد بن علی موسوی عاملی، همان، ج 3، ص 204.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان.

روایت، این است که این شرط مخالف با قرآن است، جواب آن است که به مقتضای «لَا رَطْبٌ وَلَا يَابِسٌ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ» (1)، قرآن متضمن حکم ولاء عتق می باشد. اگر چه فهم ما از ادراک آن قاصر است و نبی اکرم (ص) عالم بر آن بوده است و به مقتضای علم خود در این قضیه حکم کرده است.

در جواب باید گفت ما منکر وجود حقایق بی شمار در قرآن نیستیم لکن فهم آن برای همه، مقدور نیست چرا که در بیان خود ائمه اطهار آمده «و خالف السنة» و یا «ذلك السنة» پس معلوم می شود که بسیاری از احکام را از سنت

باید گرفت چرا که ائمه اطهار (ع) مفسر و مبین بسیاری از احکامی هستند که به طور اجمال در قرآن ذکر شده و اساسا اینکه همه مسائل در قرآن بدین شکل نیست که با جزئیات ذکر شود و اگر چنین بود گفته خلیفه دوم مبنی بر حسبنا کتاب الله باید درست می بود. لذا باید گفت که منظور از کتاب اعم از قرآن و غیر قرآن است.

2- دلیل دوم این است که در بعضی از روایات لفظ سنت هم آمده است پس در نتیجه این مطلب دلیل بر این است که منظور از کتاب آنچه که در نزد الهی مکتوب است، می باشد.

3- مناسبت بین حکم و موضوع اقتضای تعلیم را دارد. چنان که بعضی از اساتید ما فرموده است:

إنَّ مناسبة الحكم و الموضوع تقتضی التعمیم، حیث أنَّه لا خصوصية فی عدم نفوذ الشرط المخالف بین ان یکون مخالفا للقرآن أو الحكم الشارع

---

(1). انعام: 59.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 447

وإن لم یکن مذکوراً فی القرآن. إذ لا فرق بین احکام الشرع و افراد احکامه، فلا خصوصية للمخالفة مع القرآن حتی لا یکون نافذا و أما مخالف السنة فیکون نافذا، بل جمیع احکام الشارع علی نسق واحد سواء کان مذکوراً فی القرآن او غیره... «1»

4- مخالف قرآن اعم است از اینکه مخالف حکمی که در قرآن آمده است یا عموم قرآن و احکام آن، و بدیهی است که به واسطه آیه مبارکه «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (2) امر به اطاعت از همه احکام شرعیه شده و بدیهی است که شرط موافق با کتاب عبارت است از



هر شرطی که با حکم شارع موافق بوده است، چنانکه می فرماید:

إن مخالفة القرآن أعم من أن يكون مخالفاً لحكم مذكور في القرآن أو لعموم القرآن وأحكامه، و من الواضح ان جميع الاحكام الشرعية قد أمر في القرآن بالاطاعة بها، والاتیان بها مقتضی قوله «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفاً للشرع من أيّ حکم مخالفاً للقرآن كما هو واضح، فالمراد من الموافق مما يكون موافقاً لحکم الشرع و لو كان مستقداً من القواعد أو كان ثابتاً بالاصل الذي دلّ عليه عموم حديث الرفع او غير ذلك. (3)

---

(1). ابو القاسم خویی، همان، ج 7، ص 314.

(2). حشر: 7.

(3). همان.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 448

### آیا موافقت شرط است یا عدم مخالفت؟

مقتضای بعضی از روایات اعتبار شرط موافقت با کتاب است مانند صحیحہ عبد اللہ بن سنان که از امام صادق (ع) نقل کرد که امام فرمود:

من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز و جل. «1»

در بعضی از روایات هم لفظ سوی کتاب اللّٰه آمده است. مثل صحیحہ حلبی از امام صادق (ع) که از امام در مورد مردی که به زنش گفته بود: «إن نکحت عليك أو تسرّيت فهي طالق» سؤال شد امام فرمودند: إن رسول الله (ص) قال: من شرط لامرأته شرطاً سوی کتاب اللّٰه تعالی لم یجز ذلك علیه و لا له. «2» مقتضای بعضی دیگر از روایات آن است که شرط بطلان شروط را مخالفت دانسته است مانند صحیحہ عبد اللّٰه بن سنان از امام

صادق (ع) که فرمود: «المسلمون عند شروطهم ألا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز». (3)

قبل از ورود به بحث و بیان ملاك اصلی در مسأله فوق باید گفت مقتضای اخباری که دلالت بر بطلان شروط مخالف کتاب می کند این است که مخالفت با کتاب مانع از صحت شرط است و همچنین اینکه بطلان شرط فوق به واسطه

---

(1). کلینی، فروع کافی، ج 5، ص 169؛ حر عاملی، همان، ج 12، ص 353.

(2). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 2، ص 220؛ شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ص 232، ح 835.

(3). شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج 3، ص 202، ح 3765؛ حر عاملی، همان، ج 12، کتاب التجاره، ابواب الخیار، ص 353.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 449

مزاحمت کتاب است نه اعتبار اینکه مخالف کتاب نباشد. این دو، با هم فرق دارند مؤید این مطلب قول امام معصوم (ع) در صحیحۀ محمد بن قیس است که فرمود: «إنَّ شرط الله قبل شرطكم» (1) و در روایت دعائم الاسلام آمده که «شرط الله آكد» (2) و در روایت دیگر آمده: «فضاء الله أحق و شرطه اوثق» لذا در اینجا امر دائر است بین شرطیت موافقت با کتاب، و یا مانعیت مخالفت با کتاب، و از طرفی، جمع بین این دو نیز امکان ندارد چرا که با شرط موافقت، بطلان، مستند به فقدان شرط می شود نه وجود مانع؛ علاوه بر اینکه جعل مانعیت بعد از جعل شرط مذکور لغو و بیهوده است.

تحقیق مطلب آن است که أدله ظهور در مانعیت مخالفت، قویتر از أدله (روایات) بر شرطیت موافقت است و چه

بسا می توان بر روایاتی که دلالت بر شرطیت موافقت می کند، اشکال وارد کرد.

## اشکال روایات موافق با کتاب

اشکال بر صحیحۀ ابن سنان بدان دلیل است که علاوه بر اینکه در صدر روایت مخالفت با کتاب ذکر شده، در ذیل روایت ظهور در کبرای کلی که منطبق با صدر است را داراست. لذا جایی برای ظهور روایت در شرط موافقت باقی نمی ماند علاوه بر این، قول معصوم که فرمود: «المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب اللّٰه» دلالت بر حصر ندارد بلکه دلالت بر این دارد که شرط موافقت کتاب نافذ است که البته

(1). شیخ طوسی، استبصار، ج 3، ص 231؛ روایت 832؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، کتاب النکاح، ج 2، باب المهور، 136.

(2). تمیمی مغربی، همان، ج 2، ص 247، ح 935.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 450

این مطلب جای هیچ شک و شبهه ای نیست اما اینکه نفوذ شرط موافق، به دلیل وجود شرط است و یا فقدان مانع، این کلام دلالتی بر هیچ یک از آن دو ندارد خصوصا با توجه به آن نکته ای که در صدر سخن گفته شد.

اما در مورد صحیحۀ حلبی ممکن است منظور از فرمایش معصوم که فرمود:

«سوی کتاب اللّٰه» اشاره به آنچه که مغایر و مقابل کتاب خداست باشد. خصوصا با آن روایاتی که در مورد شروط مخالف کتاب خدا در سؤال بوده، کما اینکه در تفسیر عیاشی از ابن مسلم به این مطلب اشاره شده، بنا بر این در شرط نبودن موافقت با کتاب هیچ اشکالی وارد نیست. (1)

## فرق لزوم موافقت با لزوم عدم مخالف با کتاب

فرق بین لزوم موافقت کتاب با لزوم عدم مخالفت با کتاب در آن جایی مشخص می شود که حکمی در قرآن نباشد. در این صورت چنانچه لزوم موافقت شرط باشد، شرط باطل می شود. چرا که

آن حکم در کتاب نیامده است در نتیجه این شرط در زمره شروط «فیما وافق کتاب الله» نخواهد بود. اما اگر لزوم عدم مخالفت شرط، ملائک و معیار باشد، شرط باطل نیست. چرا که از باب سالبه به انتفاع موضوع مخالف نیست لذا بین این دو لزوم، تفاوت ظریفی وجود دارد. «2»

(1). امام خمینی، همان، ج 5، ص 158-159؛ شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 9.

(2). سید محمد حسینی شیرازی، ایصال الطالب الی المکاسب، ج 14، کتاب الخیارات، ص 171.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 451

### توجیه شیخ انصاری از موافقت با کتاب

شیخ انصاری (ره) می فرماید: بعید نیست منظور از موافقت، عدم مخالفت باشد، بدین معنی هر آنچه که مخالف کتاب نیست، موافق کتاب می باشد و بین آن دو رابطه عموم و خصوص مطلق نیست و دلیل بعید نبودن این مطلب آن است که در روایات به هر دو نکته اشاره و بلکه در یکی از روایات به هر دو امر توجه شده است. چنان که در صحیحہ اول ابن سنان آمده: «من شرط شرطاً مخالفاً لله عز و جل فلا يجوز ولا يجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله». جمع عرفی بین این دو امر اقتضای آن می کند که رابطه بین آن دو تساوی باشد. نه عموم و خصوص مطلق.

### ضابطه و معیار شرط مخالف کتاب

مرحوم والد (قدس سره) می فرماید: معیار و ضابطه در این مطلب آن است که شرط نفی کننده آنچه که شارع مقدس آن را اثبات نموده باشد و یا آنچه را که شاعر مقدس آن را نفی کرده اثبات نماید. لذا اگر مبادرت به انجام فعل حرام یا ترک واجبی شرط شده باشد، این شرط قطعاً شرط مخالف کتاب و سنت است، برای اینکه مبادرت به انجام فعل حرام و ترک واجب از آن چیزهایی است که قانونگذار اسلام آن را نفی کرده و از آن منع نموده است و اما اگر انجام کاری برای او شرط شود که نه واجب است و نه حرام، یا شرط ترک فعلی بر او شده خواه آن فعل مباح باشد یا مستحب و یا مکروه، در اینجا این شرط مخالف کتاب خدا نیست. برای اینکه شارع مقدس هیچ گونه مخالفتی از متعلقات غیر

الزامی احکام و نه ترك اینگونه افعال نموده است. پس شرط نفی کننده آنچه که شرع مقدس آن را اثبات نموده و

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 452

یا مثبت و مؤید آنچه که شرع مقدس آن را نفی نموده نیست. «1» و باز در همین مورد مرحوم میرزای نائینی (قدس سره) می فرماید:

فالضابط أن لا يكون مخالفا للمشروع و على هذا فلا فرق بين اعتبار الموافقة أو عدم المخالفة إذ لو لم يكن مخالفا للمشروع فلا محالة يكون موافقا لاحد العمومات و الاطلاقات الواردة في الكتاب و السنة، فمرجع جميع هذه العناوين الى ما ذكرنا من عدم المخالفة للمشروع. «2»

### آیا منظور از مخالفت کتاب نفس ملتزم است یا الزام؟

اتّصاف به مخالفت با کتاب، یا نفس مشروط و ملتزم است یعنی مشروط و ملتزم باید چیزی باشد که مخالف کتاب نباشد. مثل اینکه شرط کند که بیگانه از او ارث ببرد یا بر عکس، بستگان میراث بر او، از او ارث نبرند. و گاه صرف التزام او مخالفت با کتاب است مثل اینکه «به طوری که بعضی گفته اند» شرط کند که بر زن خود، زن دیگری نگیرد. در اینجا زن گرفتن، که همان ملتزم به باشد مخالف با کتاب نیست بلکه آنچه که مخالف کتاب است، التزام به این شرط می باشد. لذا، در اینجا ملتزم شدن و یا ملزم کردن دیگری خلاف کتاب خداست. چنان که در هر دو مورد روایت وارد شده است. مثلا در مورد شکل اول روایات زیادی آمده است از جمله

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 229.

(2). موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 103.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 453

روایات، روایت صحیحۀ عبد اللہ بن سنان از امام صادق (ع) است و گروه دیگری از روایات، روایاتی هستند که ظهور و صراحت در معنای دوم یعنی مخالفت نفس التزام را دارد مثل روایت عیاشی. شیخ انصاری (قدس سره) در این مورد می فرماید:

ثم إن المتصف بمخالفة الكتاب إما نفس المشروط والملتزم، ككون الأجنبي وارثا وعكسه، وكون الحر أو ولده رقا، و ثبوت الولاء لغير المعتكق ونحو ذلك، وإما أن يكون التزامه مثلا مجرد عدم التسري والتزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب، وإنما المخالف للالتزام به، فإنه مخالف لباحة التسري والتزوج الثابتة بالكتاب. «1»

شیخ انصاری (ره) انصاف به وصف مخالف بودن را تنها مختص ملتزم به نمی داند و آن را رد می کند مسأله تزوج و تسری را دلیل بر این مطلب می دانند که ملتزم به که ازدواج کردن باشد حرام و مخالف کتاب نیست آنچه که حرام است، التزام به عدم ازدواج و تسری است. سیدنا الاستاذ امام راحل (س) پس از بحث تفصیلی در این مورد در نهایت می فرماید:

والانصاف إن جميع الروایات إنما هي بصدد أمر واحد وهو عدم مخالفة ما التزام به للحكم الشرعي وهذا أمر عام يشمل التحليل و التحريم و شرط فعل الحرام و ترك الواجب و الاحكام الوضعية كجعل الطلاق بيد الزوجة الى غير ذلك. «2»

---

(1). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 9.

(2). امام خمینی، همان، ج 5، ص 166.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 454

انصاف آن است که همه این روایات در صدد يك امر هستند و آن عدم مخالفت آنچه که برای حکم شرعی بدان

ملتزم شده، که این امر عام و عمومی است که هم شامل احکام تکلیفی و هم احکام وضعی می شود.

## آیا عدم مخالفت هم شرط است؟

در اینکه شرط خلاف کتاب باطل است، حرفی نیست. چرا که در این مورد روایات صحیحه و موثقه فراوانی آمده است. لکن سخن در بطلان شرط مخالف با سنت است؛ آیا شرط مخالف با سنت نیز چون شرط مخالف با کتاب باطل است؟ در بطلان شروط مخالف با سنت می توان أدله زیر را اعلام نمود.

1- دلیل اول: زمانی شرط نافذ و عقلائی است که مشروط علیه قدرت و سلطنت بر انجام آن را دارا باشد و موجب نشود که مشروط علیه در سلطنت دیگری تصرف کند، لذا شرط غصب مال دیگری و یا مجروح کردن دیگری ... از شروط نافذ نیست و یا نقض قوانین خصوصا قوانین الهی مثل شروط غیر نافذند. یعنی شرط مخالف آن قوانین، نوعی تجاوز در سلطنت و قدرت دیگری است. مثلا شرط سرقت، قمار، شرب خمر و ترك حج و ... نقض قوانین شرعی و تجاوزی در سلطنت و قدرت دیگری است؛ لذا بنای علی عقلا بر شرطی که موجب مخالف حکم عرفی یا شرعی شود، ثابت نشده بنا بر این از نظر این نظیر شرط کردن مخالف سنت، و حکم شرعی مانند مخالفت خداست. (1)

---

(1). امام خمینی، همان، ج 5، ص 152.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 455

2- دلیل دوم: دلیل دیگر الغا و برداشتن خصوصیت از روایات وارده در مورد مخالفت کتاب است؛ بدین گونه که کتاب دارای جهاتی است لکن اینکه کلام، کلام خداست و همچنین اینکه همان چیزی است که به وسیله فرشته وحی «جبرئیل»

نازل شده- و اینکه اعجازی است- و اینکه کتاب مسلمانان است که بر مسلمانان، ایمان آوردن به آن واجب است- و اینکه شامل احکام خداوند تبارک و تعالی است؛ تمامی این خصوصیتها، بجز آخرین آن، یعنی اینکه شامل احکام الهی است از نظر عرف، دخالتی در بطلان شرط ندارند، پس تمام موضوع آن عبارت است از اینکه شرط، مخالف احکام الهی باشد. لذا میزان، مخالفت با حکم خداست و خصوصیت کتاب دخالتی در بطلان شرط ندارد و از طرفی هم این مسأله حکم الهی در مخالفت سنت هم ثابت است. در نتیجه همان گونه که شرط نباید مخالف کتاب باشد باید مخالف سنت هم نباشد. چرا که هر دو در عدم مخالفت با حکم الهی مشترکند.

3- دلیل سوم: بعضی از روایات است که صریحاً لفظ عدم مخالفت با سنت در آن آمده است. مثل صحیحۀ محمد بن قیس از ابی جعفر امام باقر (ع) که گفت:

قضى على عليه السلام فى رجل تزوج امرأة وأصدقها واشترطت ان بيدها الجماع والطلاق قال: خالفت السنة وليت الحق من ليس بأهله قال: فقضى على عليه السلام ان الى الرجل النفقة وبيدها الجماع والطلاق. (1)

---

(1). همان، ص 154-155.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 456

و همچنین مرسله ابن فضال از امام صادق (ع):

فى امرأة نكحها رجل فأصدقته المرأة و شرطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق فقال: خالف السنة وولى الحق من ليس أهله وقضى أن على الرجل الصداق وان بيدها الجماع والطلاق و تلك السنة. (1)

و همچنین مرسله مروان بن مسلم از امام جعفر صادق (ع) که گفت



ما تقول في رجل جعل أمر امرأته بيدها؟ قال: فقال ولي الامر من ليس أهله و خالف السنة و لم يجز النكاح. (2)

### اشكال بر روایات

استدلال توسط روایات، مبنی بر لزوم عدم مخالفت شرط با سنت، درست نیست زیرا سنتی که در مقابل کتاب مصطلح شده، اگر چه در عصر و زمان ائمه معصومین (ع) معروف بوده لکن منظور از سنت عبارت است از آن احکامی که فقط به وسیله رسول گرامی (ص) ذکر شده ولی اطلاق سنت بر احکامی که در کتاب ذکر شده، به اعتبار اینکه آن احکام سنت خدا هستند نه سنت پیامبر اکرم (ص) و از آن رو که احکامی که در روایات فوق الذکر آمده، همه این احکام، در کتاب خدا آمده، لذا حکم بر شرط مخالف، در این روایات مثل این است که بر خلاف سنت از آن جهت که آن سنت، سنت خداست، می باشد نه از آن جهت که آن سنت، سنت مصطلحی

(1). کلینی، فروع کافی، کتاب النکاح، ج 5، ص 403.

(2). امام خمینی، همان، ج 5، ص 155.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 457

رسول اکرم (ص) است. لذا مفاد این نوع روایات مثل مفاد روایاتی است که دلالت بر بطلان مخالفت با کتاب خدا می کند.

### استدلال صحیح بر روایات فوق

می توان روایات را به گونه دیگری استدلال نمود و آن اینکه گفته شود منظور از سنت، سنت به معنای اصطلاحی آن نیست بلکه منظور از سنت، سنت به معنای لغوی آن است؛ یعنی حکم خدا و شریعت الهی به طور مطلق و هر چه که در کتاب بوده یا نبوده و از زبان رسول گرامی اکرم (ص) نقل شده معنی کنیم. در این صورت این اشکال پیش نمی آید. (1)

### مشکل اساسی در شرط مخالف با کتاب و سنت

صحت شرط عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت، مورد اتفاق همه فقهاست لکن در تحقیق مصادیق و تطبیق آن بر موارد، گاهی میان فقها اختلاف نظر پدید می آید چرا که مواردی در فقه هست که تشخیص مخالفت و عدم مخالفت آنها با کتاب و سنت مشکل بوده و از این رو، نسبت به صحت و فساد آنها در نظریات فقها اختلاف پدیدار شده است. لذا برای پی بردن به مخالفت و عدم مخالفت شرط با کتاب باید به دنبال ضابطه ای مشخص بود. در این مورد محقق نائینی (ره) ضابطه را بدین گونه بیان نموده اند: آنچه که شرط به آن تعلق می یابد یا از احکام وضعی است و یا از احکام

(1). امام خمینی، همان، ص 155-156.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 458

تکلیفی پنج گانه، مثل شرط ترك واجب، یا ترك مباح، یا انجام فعل حرام یا مکروه، اگر از احکام وضعی باشد دو حالت به نظر می رسد.

الف. یا این احکام از اموری است که اختیار و تسلط بر آنها از طرف شارع به دست شرطکننده واگذار شده است مانند حقوق و اموال.

ب. یا اینگونه نیست مثل اینکه طلاق به دست شوهر است (الطلاق)

بید من اخذ بالساق).

و مانند این اموری که به هیچ وجه تحت اختیار مکلف نیست. اما آنچه که از قبیل نوع دوم است بی شک، شرط خلاف آن، مخالف با مشروع است مگر اینکه دلیل خاصی در موردی وارد شده باشد که تغییر آن حکم به وسیله شرط یا نذر و مانند آن قبلا اجازه داده شده باشد.

مانند شرط ارث بردن در نکاح متعه، چرا که اشکال در این مسأله از باب تعارض نصوص است و ادعای جواز این شرط، به استناد نصّ خاص است وگرنه بی شک، حکم آن به وسیله شرط قابل تغییر و تبدیل نیست.

اما آنچه که از نوع اول (که شارع اختیار و تسلط بر آن را به دست شرطکننده واگذار کرده) است باز شکی در آن نیست که به وسیله تبدل در موضوع حکم، پدید می آید؛ زیرا که فرض این است که سلطنت و اختیار بر حقوق و اموال از طرف شارع به خود شرطکننده تفویض شده و او هر گونه تصرفی را که بخواهد می تواند انجام دهد، لذا شرط او در اینگونه موارد خلاف مشروع نیست در نتیجه می تواند به وسیله شرط، حق خیار مجلس یا خیار حیوان را ساقط نموده یا خیاری را برای خویش ثابت نماید.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 459

اما اگر متعلق شرط از احکام پنج گانه تکلیفی باشد به حسب ظاهر التزام به ترك چیزی که نوعا واجب است و همچنین التزام به فعل چیزی که نوعا حرام است بر خلاف مشروع می باشد چرا که دلیل این دو حکم نسبت به صورت التزام به خلاف و عدم آن اطلاق دارد. پس شرط مخالف، با مشروع

مخالفت خواهد داشت مگر اینکه دلیل خاصی وارد شده باشد که تغییر حکم به واسطه شرط را جایز دانسته باشد چنان که گاهی به واسطه عوارض دیگری، ترك واجب یا فعل حرام جایز می شود.

اما اگر التزام به ترك یا به فعل نسبت به امر مباح تعلق گیرد، این شرط و التزام بر خلاف شرع نیست چه وجوب عرضی با اباحه ذاتی و اصلی منافات ندارد مثل شرط زوجه به عدم ازدواج مجدد زوج، به جهت اینکه ازدواج مجدد زوج با شرایطش امری مباح است و شرط زوجه حلالی را حرام نمی کند.

ممکن است گفته شود، درست است که عدم منافات بین اباحه چیزی بالذات با حرمت یا وجوب همان چیز بالعرض در واقع مخالف مشروع نیست لکن نفس شرط و التزام، باعث تحریم حلال شده و همین اشکال در نذر و عهد نیز جاری است چه التزام به ترك مباح، باعث تحریم آن می شود. پس أدله این باب شامل آنها هم می شود با اینکه همه التزامات صحیح و مشروع یا التزام به ترك مباح یا مکروه است.

در این صورت این دو مطلب چگونه با هم موافق و قابل جمع است؟

برای حل این مشکل باید از بعضی روایات که در باب بطلان سوگند بر دوام ترك آشامیدن عصیر مباح وارد شده استفاده کرد؛ چه در آن، بطلان سوگند بدین جمله تعلیل شده «لیس لك أن تحرم ما أحلَّ الله». پس می توان گفت که التزام به ترك مباح دو صورت دارد.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 460

صورت اول: گاه به صورت التزام به مصداق مخصوصی از آن یا ترك مطلق آن در برهه ای از زمان است

که این نوع الزام اشکالی ندارد. چرا که مخالفتی با کتاب، چه از نظر التزام و چه از نظر ملتزم به ندارد. به عبارت دیگر، نه التزام و نه ملتزم به با شرع مخالفت ندارد.

صورت دوم: گاه التزام بدین صورت است که نوع مباح را ملتزم به ترکش می شود که هیچ وقت حتی يك مورد و مصداق آن را هم انجام ندهد. مثل اینکه قسم می خورد که نوشیدن عصیر را برای همیشه ترك کند. این نوع التزام در واقع تحریم آن چیزی است که خداوند سبحان آن را حلال کرده است و بالجمله در التزام به ترك مباح فرق است میان اینکه متعلق التزام همه افراد نوع آن باشد یا بعضی از آنها و همچنین فرق است میان اینکه این التزام به طور دائم باشد یا به طور موقت و محدود. پس استناد این فرق و تفصیل که از خبر راجع به مسأله عصیر استفاده شد میان أدله، جمع و توفیق نیز به عمل می آید.

انصاف آن است که اگر این روایت نمی بود، مسأله محل شبهه بود. پس بنا بر این تفصیل قدر مسلم آن است که هرگاه التزام نسبت به بعضی از افراد مباح در زمان محدود به عمل آمده باشد، صحیح بوده و هرگاه نسبت به نوع و تمام افراد مباح و برای تمام زمانها بوده باشد، باطل است و نیز هرگاه نسبت به بعضی از افراد به طور مداوم و یا نسبت به نوعی دیگر در زمانی محدود باشد، مسأله مورد شك است. در هر صورت اشکال در بعضی از موارد باقی می ماند که آیا در این موارد شرط از

قواعد فقهیه (بجنوردی)،

شروط مخالف است یا خیر؟ لذا باید اصلی تأسیس شود تا به استناد آن حکم عملی اینگونه موارد به دست آید و فرد از بلا تکلیفی خارج شود. «1»

### قاعده و اصل در موارد مشکوک

زمانی که در شرط شك کردیم به اینکه آیا شرط از شروط مخالف کتاب است یا خیر؟ در اینجا استصحاب عدم مخالفت را اجرا می کنیم. بنا بر این که در نعوت عدمی، استصحاب عدم ازلی جریان دارد. مانند اجرای استصحاب عدم قریشی بودن زن در آن جایی که شك در قریشی بودن زن می نمایم. البته این در آن جایی است که شرط صحت، شرط عدم مخالفت شرط با کتاب باشد اما اگر شرط موافقت با کتاب باشد پس در آن جایی که شك پیش می آید با استصحاب عدم حالت سابقه، شرط موافقت با کتاب احراز نمی شود. «2»

### تشخیص مخالفت کتاب و سنت با کیست؟

جای شکی باقی نمانده که تشخیص مخالفت و یا عدم مخالفت با کتاب و سنت، مانند موضوعاتی که احکام شرعی بر آن مترتب است با عرف است و اصولاً -مسأله مخالفت و عدم مخالفت در نزد عقلا امر مجهولی نیست، وضوح آن بدان دلیل است که در احکام تکلیفی الزامی شرط فعل حرام یا ترك واجب عرفاً مخالف با شرع مقدس است. همان طوری که انجام حرام و ترك واجب هم مخالف با حکم

---

(1). شیخ موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 105.

(2). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 228-229.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 462

خداست. لذا اگر گفته شود: «به هر عالمی بجز آن کسی که مخالفت حکم خدا را می کند، اکرام کن» از آن طرف عالمی فعل حرامی را انجام داد یا واجبی را ترك نمود، عرف عقلا بدون شك این عالم را داخل در عقد مستثنی می دانند. چرا که مخالفت با حکم خدا نموده است در مورد شرط

نیز همین گونه است. اگر شرط ترك واجب، یا انجام فعل حرامی را نماید هیچ عاقلی شك نمی کند که این فرد، شرط مخالف با حکم خداوند کرده است. و اصولاً معنای حرام از دیدگاه عرف عبارت است از آنچه که فعل و انجام آن منع شده است و واجب نیز از دیدگاه آنان آن چیزی است که به جای آوردن آن لازم و ضروری است.

## نوهم

ابهامی که در اینجا مطرح می شود این است که امثال اینگونه مثالها (اینکه زوجه بر همسر حرام باشد) در احکام تکلیفی یا وضعی معقول نیست نه اینکه مشروع نیست.

## رفع ابهام

رفع ابهام بدین گونه است که آنچه که غیر معقول است، تغییر حکم است؛ یعنی شرط اینکه حکم خداوند از حرام بودن به حلال تغییر کند این شرط را هیچ عاقلی نمی کند. اما اینکه به واسطه شرط حکم تغییر نکند، این مطلب هم معقول است و هم واقع نیز شده است. چنانچه در روایتی آمده است که شرط شده حق جماع و طلاق به دست زن باشد و یا در روایتی دیگر مرد به زن می گوید: «أنت علیّ حرام» توبه من حرام هستی پس تشخیص بطلان شرط چه وضعی و چه تکلیفی به عهده عرف است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 463

در احکام غیر الزامی مثل مباحات و مستحبات و مکروهات شکی نیست که شرط ترك و یا انجام این امور مخالف با شرع نیست. پس بدیهی است که هم بر ترك و هم بر انجام این امور اجازه داده شده است لذا در اینجا نه تحلیل حرام و نه تحریم حلالی پیش نمی آید و همچنین نه شرط مخالفی. پس هم بر ترك و هم بر انجام این امور اجازه داده شده است اما اگر شرط حرام بودن امر حلالی یا حلیت امر حرامی را بنماید، این امر مخالف با شرع است و باطل می باشد.

اما در احکام وضعی، در اینکه امر طلاق به دست زن باشد این شرط، مخالف با شرع مقدس است. لذا این نکته فرق می کند با اینکه شرط کند که

### فرق شرط عدم مخالفت با کتاب و سنت با شرط جایز بودن

اولین شرطی که از شروط صحت شرط در ابتدای این مقوله مورد بحث و بررسی قرار گرفت جایز بودن، بود. در اینجا به فرق بین آن شرط و شرطی که الان در مقام بحث و بررسی از آن هستیم یعنی عدم مخالفت با کتاب و سنت می پردازیم و بیان می داریم که منظور از جایز بودن شرط آن است که آنچه که بدان ملتزم شده، شرعا باید جایز باشد یعنی فعل حرام و ترك واجب نباشد و در اینجا (عدم مخالفت با کتاب) مقصود این است که آن چیزی که بدان ملتزم می شود و برای خودش جعل می کند یا اینکه دیگری را به آن ملتزم می سازد، جعل او و الزام او مخالف با فعل

---

(1). امام خمینی، همان، ج 5، ص 167.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 464

الهی نباشد. مثلا در قرآن و سنت، ولاء عتق را برای کسی که بنده را آزاد می کند، قرار داده است. حال اگر مشتری را الزام نماید به اینکه ولاء از آن فروشنده آن باشد یا خود مشتری ملتزم به این شرط شود این شرط، خلاف جعل کتاب است. چرا که شارع مقدس این ولاء را برای معتق یعنی آزاد کننده بنده قرار داده است ولی با این حال انصاف آن است که شرط اول (جایز بودن) را مندرج و تحت مقوله این شرط قرار دهیم برای اینکه شرط انجام کار حرامی یا ترك واجبی یقینا مخالف با کتاب و سنت می باشد. «1»

### 5- مجهول نباشد

#### اشاره

یکی از شروط صحت معامله، مبهم نبودن مورد معامله است. لذا اگر طرفین، شرط مجهولی را در معامله قرار دهند مثل اینکه طرفین زمان مجهول



و نامعلومی را در معامله شرط کنند، این شرط چنانچه باعث مجهول شدن ثمن یا مضمن گردد، این چنین معامله ای باطل است. نکته ای که در اینجا قابل توجه و دقت نظر است این است که شرط باید موجب جهالت در عوض از آن جهت که عوض هستند، باشد. لذا چنانچه شرط باعث جهالت در عوضین نشد اگر چه از جهت دیگری مجهول باشد؛ چون باعث جهالت در عوضین نمی شود لذا باعث مجهول شدن معامله نمی گردد. لذا این چنین معامله ای باطل نیست. (2)

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ص 227-228.

(2). محقق حلّی، همان، ج 2، ص 228؛ ملا احمد نراقی، همان، ص 50؛ سید محمد جواد حسینی عاملی، همان، ج 4، ص 735؛ موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 120؛ ابی جعفر محمد بن علی طوسی [ابن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 465

اگر فروشنده بگوید: «این کالا را به تو تا يك سال به صد هزار تومان فروختم به شرط اینکه اگر فلان حادثه در طی این مدت رخ داد قیمت آن پنجاه هزار تومان باشد» چون در اینجا در عوض جهل ایجاد شده و معلوم نیست که قیمت واقعی این کالا چقدر است در نتیجه این شرط باطل است.

اگر بگوید: «این کالا را به صد هزار تومان تا يك سال به تو فروختم به شرط اینکه اگر در طی این مدت يك سال فلان حادثه رخ داد تو پنجاه هزار تومان از آن صد هزار تومان را به من ببخش یا اصلاً صد هزار تومان را به من ببخش» این شرط باعث جهل در عوض نمی شود چرا که عوض همان

صد هزار تومان است و شرط هبةً بعضی از آن یا همه آن باعث جهل در عوض نمی شود، در نتیجه این چنین شرطی باطل نیست.

اما اگر بگوید: «کالا را به صد هزار تومان مدت دار، به مدت يك سال به توفروختم به شرط اینکه اگر در طی این يك سال فلان حادثه رخ داد ثمن معجل و نقد در نزد تو باشد این شرط باعث ایجاد جهالت در عوض می شود، چرا که زمان در مقدار ثمن تأثیر می گذارد. اما اگر بگوید: «کالا را مدت دار به مدت يك سال به توفروختم به شرط اینکه اگر فلان حادثه رخ داد ثمن که در نزد هست را به تو می بخشم» در اینجا ایجاد جهالت در عوض نمی شود.

---

حمزه]، الوسيلة الى نيل الفضيلة، ص 740؛ شيخ طوسي. شيخ مرعشي نجفي، قم: چاپخانه قیام، 1408 ق.، ص 740؛ شيخ طوسي، مبسوط، ج 2، ص 156؛ ابن زهره، غنیه، ص 528؛ عبد العزيز بن براج طرابلسی، المذهب، ج 1، ص 359؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ص 153.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 466

از جمله مثالهای دیگر در این مورد آن است که بگوید: «فلان چیز را به صد هزار تومان مدت دار تا يك سال به توفروختم و شرط کردم که این صد هزار تومان به پول رایج هنگام ادا باشد». این شرط نیز باطل است چرا که باعث ایجاد جهالت در ثمن می شود و باز از جمله موارد شرط مجهول آن است که تعیین زمان را منوط به چیزی کنند که زمان آن مشخص نباشد. مثل اینکه بگوید: «این متاع و کالا را به تو

فروختم به شرط اینکه ثمن آن را تا زمان آمدن حاجیان، به من برگردانی»؛ در اینجا اگر چه زمان تعیین شده، لکن باز این زمان مجهول است. در نتیجه در ثمن جهالت ایجاد می شود و همچنین اگر زمانی را که مشتری نه مشتری از مبیع، و لذا این عدم انتفاء، منافی با مقتضای عقد است.

### دلایل بطلان شرط مجهول

دلیل اول: روایت است لذا به نقل و بررسی روایات می پردازیم.

الف. از امیر المؤمنین (ع) نقل شده که از آن حضرت در مورد معامله ماهی در نزارها سؤال شد. آن حضرت فرمود: این معامله جایز نیست برای اینکه ماهی در نزارها معلوم نیست. لذا علت بطلان این معامله را امام (ع) غرری بودن و مجهول بودن آن می داند.

ب. روایتی از رسول اکرم (ص) است که مردم را از معامله غرری منع فرموده است.

اگر چه در بسیاری از روایات فقط آمده «نهی النبی عن الغرر» پیامبر مردم را از غرر منع فرموده است و این مطلب، کلی است و اختصاصی به معاملات ندارد؛ از اهل سنت اساساً با همین لفظ بیع آمده است. لذا این دو روایت بیانگر آن است که معاملات غرری به واسطه مجهول بودن آن و به جهالت انداختن طرفین باطل است.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 467

حدثنا أبو بكر و عثمان ابنا أبي شيبة، قالا حدثنا ابن ادریس، عن عبید الله (ابن ابی زیاد) عن أبي الزناد، عن الاعرج، عن أبي هريره، ان النبی (ص) نهی عن بیع الغرر، زاد عثمان: والحصاة. «1» در این روایت لفظ بیع آمده است. پیامبر از معامله غرری مردم را نهی فرمود. هر چند این روایت از دیدگاه

شیعه قابل استناد نیست چرا که در سلسلهٔ روایان آن کسانی هستند که از عدالت خارج هستند.

حدثنا ابو كريب، حدثنا ابو اسامة، عن عبيد الله بن عمر، عن ابي الزناد، عن الـعرج، عن ابي هريرة. قال: نهى رسول الله (ص) عن بيع الغرر وبيع الحصاة وفي الباب عن ابن عمر و ابن عباس و ابي سعيد و انس حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح و العمل على هذا الحديث عند اهل العلم كرهوا بيع الغرر قال الشافعي: و من بيع الغرر بيع السمك في الماء و بيع العبد الآبق و بيع الطير في السماء و نحو ذلك من البيوع و معنى بيع الحصاة أن يقول البائع للمشتري: اذا نبذت اليك بالحصاة، فقد وجب البيع فيما بيني و بينك و هو يشبه بيع المنابذة، و كان هذا من بيوع أهل الجاهلية. (2)

البته بر سند این روایت «نهی النبی عن الغرر» اشکال وارد شده مبنی بر اینکه روایت فوق مرسله است. لکن باید گفت که ضعف سند با علم اصحاب جبران می شود و همچنین با توجه به اینکه در وسائل الشیعة و مستدرک الوسائل در صحیفهٔ امام رضا (ع) به طور مسند نقل شده لذا آنطوری که نقل شده مرسله هم نیست. البته احتمال خدشه در این دو روایت است و آن اینکه گفته شود منظور از غرری خدعه و نیرنگ است

---

(1). ابي داوود سليمان بن الاشعث سجستاني ازدي، سنن ابي داوود، ج 3، كتاب البيوع، ص 346، ح 3376.

(2). محمد بن عيسى بن سوره ترمذی، سنن ترمذی، ج 4، ص 349.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 468

لکن در جواب باید

گفت که علمای عامه و خاصه از حدیث فوق همان معنای معروف یعنی غرر (جهالت) را فهمیده اند. «1»

2- اجماع: شکی نیست که شروطی که برگشت به اوصاف عوضین می کند ظاهراً تمام فقها اتفاق بر بطلان این نوع شروط دارند یعنی جهالت در آن باعث بطلان این عقود می شود. چنان که در مسأله تعیین زمان برای ثمن یا مثنی و بحث نسیه در معامله مسلم اینگونه است: بدین صورت که اگر شرط زمان مضبوط و معین نباشد به دلیل غرر و جهالتی که پیش می آید، باعث بطلان معامله می شود چه رسد به اوصافی که برگشت به خود ثمن و مثنی کند مطمئناً این نوع شروط حتماً باعث بطلان معامله خواهد شد. «2»

### آیا بطلان شرط مجهول باعث بطلان عقد می شود؟

در اینکه آیا بطلان شرط مجهول باعث بطلان عقد می شود یا خیر دو قول است.

قول اول: قائل به بطلان بیع است، چرا که جهالت شرط به جهالت بیع سرایت می کند. لذا بیع را باطل می کند.

قول دوم: قائل به عدم بطلان بیع است برای اینکه شرط تابع است و بطلان تابع ملازمی با بطلان مطبوع ندارد. شهید اول در دروس می فرماید:

---

(1). امام خمینی، همان، ج 5، ص 198-199.

(2). ملا- محمد نراقی، مشارق الاحکام، ص 78؛ شیخ موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 120؛ محمد باقر بن محمد مؤمن سبزواری، کفایة الاحکام، ص 96، میرزا حسن حائری، احکام الشیعة، ص 413؛ علامه حلّی، تحریر الاحکام، ص 180.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 469

و يجوز اشتراط حمل الجارية أو الدابة فيفسخ لو ظهرت حائلاً ولو جعل الحمل جزء من البيع فالاقوى الصحة لأنه بمعنى الاشتراط ولا تضرّ الجهالة لأنه تابع. «1»

شهید

اول (قدس سره) معتقد است چنانچه حمل جزئی از بیع قرار داده شود اقوی صحت آن است چرا که این، نوعی شرط کردن است و جهالت در اینجا ضرری نمی رساند؛ زیرا که حمل تابع بیع است. شیخ انصاری معتقد است که بین بطلان شرط و عقد تلازم است. لذا می فرماید:

لكن الانصاف إن جهالة الشرط يستلزم في العقد دائما مقدارا من الغرر الذي يلزم من جهالته، جهالة أحد العوضين. (2)

مرحوم علامه در رابطه با شرط مجهول می فرمایند چنانچه شرط مجهول تابع باشد، در این صورت بیع صحیح است لکن اگر شرط مجهول به عنوان جزء باشد.

بیع باطل است. در واقع از دیدگاه ایشان حکم با تغییر لفظ فرق می کند. ایشان می فرمایند:

لو شرط أن الامة حامل أو الدابة ذلك صحّ، أما لو باع الدابة و حملها أو الجارية و حبلها بطل لانه كما لا يصح بيعه منفردا لا يصحّ جزا من المقصود و يصحّ تابعا. (3)

---

(1). شهید اول، دروس الشرعیة، ص 343.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 2.

(3). محقق ثانی، جامع المقاصد، ج 4، ص 427.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 470

آنگاه مرحوم محقق (ره) در مورد نظر شهید اول در دروس می فرماید که کلام شهید در دروس اقتضای آن دارد که تابعیت با اختلاف صیغه تغییر نمی کند، سپس می فرماید: این نظر صحیح تر است. «1» در قانون مدنی شرط را باطل دانسته و عقود که شامل شروط مجهولی باشند را نیز باطل می داند. چنانچه آورده است شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است.

1- شرط خلاف مقتضای عقد؛

2- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. «2»

**معاملاتی که جهل و غرر ضرری به صحت آن نمی رساند**

معاملاتی که

مبنا و اساس آن بر جهالت بنا شده مثل عقد صلح از جمله معاملات است که جهالت و عدم علم ضرری به درستی آن نمی رساند و همچنین معامله محاباتی که بناء در آن بر سهل انگاری و محابات قرار گرفته، در این نوع معاملات نیز جهالت و عدم علم موجب بطلان معامله نمی شود برای آنکه فرض آن است که بنا در صلح مصالحه و تسلیم بر رضایت بر يك امر مجهول و غیر معلوم است و در محابات هم بنا را بر آسان نگری گذاشته اند. لذا جهالت به اصل معامله ضرری نمی رساند چه برسد به اینکه شرط معامله باعث آسیب گردد. «3»

---

(1). همان.

(2). قانون مدنی، ماده 233.

(3). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 245.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 471

## 6- خلاف مقتضای عقد نباشد

### اشاره

از جمله شروط صحت شرط آن است که شرط نباید با مقتضای عقد مخالف باشد.

یعنی شرط نباید با چیزی که عقد به دلیل آن واقع شده و ماهیت عقد را تشکیل می دهد، منافات داشته باشد. «1»

### تعریف مقتضی

مقتضی عبارت است از آن موضوع اساسی، که عقد به دلیل آن واقع شده و بدون آن، ماهیت خود را از دست می دهد. و در تعریف دیگر آمده است: مقتضی عبارت است از امری که عقد برای پیدایش آن منعقد می گردد و می توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست. «2» به طوری که سلب آن مقتضی از عقد، مساوی با نفی و ابطال عقد است. «3»

### انواع مقتضی

مقتضی بر دو قسم است: 1- مقتضای ذات عقد؛ 2- مقتضای اطلاق عقد.

---

(1). شهید ثانی، مسالك الافهام، ج 1، ص 191؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج 2، ص 489؛ سید علی طباطبایی، همان، ج 1، ص 536؛ محمد باقر بن محمد مؤمن سبزواری، کفایة الاحکام، ص 96.

(2). محقق ثانی، همان، ج 4، ص 414؛ حسینی عاملی، همان، ج 4، ص 735.

(3). سید حسن امامی، همان، ج 1، ص 280.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 472

### تعریف مقتضای ذات عقد:

هو كل أمر لا يتحقق العقد بدونه بحيث لو انتفى ذلك المقتضى لانتفى العقد لغة أو عرفاً أو شرعاً، و ذلك كما إن البيع عرفاً نقل الملك الى الغير بعوض فلو لم ينقل المبيع الى المشتري و لا الثمن الى البائع لا يكون بيعاً عرفاً. «1»

مقتضای ذات عقد عبارت است از هر امری که عقد بدون آن محقق نمی گردد.

به طوری که اگر این مقتضای منتفی شود، عقد لغتاً یا عرفاً یا شرعاً منتفی می شود. مثل اینکه بیع عرفاً نقل ملکیت به نفر دیگر در مقابل عوض می باشد. لذا اگر بیع از بایع به مشتری منتقل نشود و یا ثمن از مشتری به بایع منتقل نگردد، عرفاً بیعی واقع نشده است.

### تعریف مقتضای اطلاق عقد

«هو كل امر رتبته الشارع على ذلك العقد من حيث هو و جعله مقتضياً (بالكسر له) و ان امکن تحققه بدونه كترتب الشارع خيار المجلس و الحيوان على البيع و وجوب النفقة على النكاح الدائم و عدم اللزوم قبل التصرف على الهبة و الوقف». «2»

(1). ملا احمد نراقی، عوائد الايام فی بیان الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، ص 49؛ محقق ثانی، همان، ج 4، ص 414؛ سید محمد جواد حسینی عاملی، همان، ج 4، ص 735.

(2). ملا احمد نراقی، همان، ص 50.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 473

عبارت است از هر امری که شارع آن را بر عقد از جهت اینکه عقد است، مترتب نموده و آن را اقتضاء کننده عقد قرار داده، هر چند بدون جعل شارع، امکان تحقق آن اقتضاء هم بوده است. مانند اینکه شارع مقدس خيار مجلس و خيار حيوان را برای بیع قرار داده و اینکه



بر نکاح و ازدواج دائم شرط نفقه جعل نموده و یا در بحث هبه قبل از تصرف در مورد هبه، حکم بر عدم لزوم را قرار داده است و باز در تعریف مقتضای اطلاق عقد آورده است:

عبارت از امری است فرعی، که هرگاه عقد به طور مطلق یعنی بدون قید و شرط واقع شود عقد اقتضای آن امر را می نماید.

مقتضای اطلاق عقد منظور مستقیم و اصلی متعاقدین نیست و بدین جهت آنان می توانند با درج شرط و قید در عقد اقتضای مزبور را تغییر دهند. (1)

قانون مدنی موارد عدیده ای را نام می برد که طرفین می توانند بر خلاف مقتضای اطلاق عقد شرط نمایند. چنان که در قانون مدنی آورده است:

انجام تعهد باید در محلی که عقد شده به عمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرار داد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید. (2)

---

(1). سید حسن امامی، همان، ج 1، ص 280.

(2). قانون مدنی، 280.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 474

### **ذکر چند نمونه از شروط منافی مقتضای عقد**

از موارد شروط منافی مقتضای عقد آن است که مبیع پس از فروش از طرف بایع باز در ملکیت او باقی بماند. یا اینکه مشتری مالک مبیع نشود و یا اینکه فروشنده شرط کند که مشتری حق فروش متاع خریداری را نداشته باشد و همچنین اگر شرط شود که کالای فروخته شده، چنانچه پس از فروش توسط شخصی غصب شد، باز بایع و فروشنده ضامن متاع باشد و یا برعکس اگر ثمن کالا پس از تحویل دادن به مشتری از دست مشتری دزدیده شود، در این صورت شرط ضامن بودن فروشنده ثمن کالای مشتری از دیگر موارد شرط منافی مقتضای

## علت بطلان شروط منافی مقتضای عقد

شیخ انصاری (ره) علت مخالفت با مقتضای عقد را مخالفت آن با کتاب و سنت می داند. چنان که در این مورد می فرماید: «ان الشرط المنافی مخالف للكتاب و السنة الدالین علی عدم تخلف العقد عن مقتضاه فاشترط تخلفه عنه مخالف للكتاب». (2)

### اشکال امام راحل (س) بر تعلیل شیخ انصاری (ره)

امام راحل (س) می فرمایند: اگر دلیل بطلان شرط مخالف مقتضای عقد را مخالفت با کتاب بدانیم در واقع این مطلب برگشت به شرط مخالفت کتاب و سنت کرده و از جمله مثالهای آن شرط می شود و دیگر نمی توان آن را به صورت يك شرط

---

(1). علامه حلی، قواعد الاحکام، ص 152.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 20؛ سید علی طباطبایی، همان، ج 1، ص 36.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 475

جداگانه و مستقل محسوب نمود، در حالی که شرط مخالف مقتضای عقد شرط مستقلی است. (1)

دلیل اول: علت بطلان شروط منافی با مقتضای عقد، بدین خاطر است که توجه به این شرط مستلزم تخلف با مقتضای عقد است که این معنی عبارت است از عدم ترتب آن اثر بر عقد است که معنای فساد نیز چیزی جز این نیست که لازمه آن عدم توجه به وفا به چنین عقدی است چرا که ثبوت وجوب وفا به شروط و ادله صحت این عقد پیش می آید. در نتیجه این شرط برگشت به اصل فساد عقد و عدم لزوم وفا به شرط می کند.

دلیل دوم: دلیل دوم بطلان شرط منافی مقتضای عقد آن است که اینگونه شرطی مخالف با کتاب و سنت می باشد. چرا که کتاب و سنت دلالت بر این می کند که مقتضای عقد فلان چیز است. آنگاه با این شرط، عدم

اقتضاء را شرط می‌نماییم که این به منزله مخالفت کردن با کتاب و سنت است.

دلیل سوم: دلیل سوم بر بطلان اینگونه عقدی اجماع است. (2)

### اشکال بر بطلان شرط مخالف مقتضای عقد

در شرط مخالف مقتضای عقد اشکالی وارد شده و آن اینکه حکم شروط مخالف مقتضای عقد بطلان است چرا که با ماهیت و ارکان عقد منافی است در حالی که

---

(1). امام خمینی، همان، ج 5، ص 158.

(2). شیخ مرتضی انصاری، همان، ج 3، ص 20؛ ملا احمد نراقی، همان، ص 50؛ ملا محمد نراقی، همان، ص 67.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 476

مواردی پیش می‌آید که شرطی مخالف با ارکان و ماهیت عقد است لکن حکم به صحت شرط کرده اند. مثل اینکه خانه ای را به مشتری می‌فروشند و شرط می‌کنند که مشتری تا مدتی از منفعت سکونت در خانه بهره مند نباشد. این شرط با ماهیت و ارکان فروش منزل که همان حق تملک تصرف آن به انحاء طرق توسط مشتری است، منافات دارد و یا در ازدواج به شوهر شرطی می‌کند در حالی که حکم به صحت این شروط کرده اند. (1)

### جواب اشکال

در جواب از اشکال فوق باید گفت مقتضای عقد دو گونه است. گاه مقتضای عقد داخل در حقیقت و ماهیت عقد است به طوری که بدون مقتضی، عقد شرعا و عقلا محقق نمی‌شود. مانند عوضین برای بیع و نقل برای معاوضه و گاه مقتضی داخل در حقیقت و ماهیت عقد نیست و لکن شارع مقدس این مقتضی را به واسطه دلیلی غیر از دلیل شرعی، مقتضای عقد قرار داده است. مثل سلطه بر بیع که شارع این سلطه را اثر ملکیتی که آن ملکیت مقتضای بیع است قرار داده، حال اگر مقتضای عقد از نوع اول یعنی مقتضی داخل در ماهیت و ذات عقد باشد به دلیلی که قبلا اشاره شد،

این شرط باطل است. اما اگر از نوع دوم باشد، باید ملاحظهٔ دلیل مقتضی را نمود چنانچه اگر به طریق اجماع یا مشابه آن علم به عدم انفکاک عقد با مقتضایش به طور مطلق پیدا کردیم پس شرط منافی با مقتضای عقد بوده و باطل می باشد. دقیقاً به همان

---

(1). محقق ثانی، جامع المقاصد، ج 4، ص 4.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 477

دلیلی که در شکل اول گفته شد مثل حرمت مادر زوجه که لازمهٔ زوجیت است و اما اگر تخلف عقد از مقتضایش سبب شرط باشد مانند خیار مجلس و خیار حیوان که اجماع قائم شده که به واسطهٔ شرط، عقد از مقتضایش تخلف می کند. همان گونه که به واسطهٔ غیر شرط هم عقد از مقتضایش تخلف می کند. در اینگونه موارد نظر، نظر فقیه است: اگر دلیلی عام مبنی بر سببیت عقد بر این مقتضی نبود حکم به صحت شرط می کند تا به عموم ادلهٔ وفا به شرط عمل کرده باشد اما اگر دلیلی عام بر سببیت عقد باشد، در این صورت حکم به بطلان شرط می کند. با توجه به اینکه اصل فساد او را در این نظر دهی یاری می کند. «1»

### **ضابطهٔ کلی جهت شناخت شروط منافی مقتضای عقد**

1- گاه منشئات عقد را اولاً و بالذات عاقد ایجاد می کند و عقد به دلالت مطابقی بر آن دلالت می کند. مثل تملیک اعیان در بیع و یا تملیک منافع در بحث اجاره، که اقتضای عقد است.

2- گاه منشئات به تبع و در ضمن ایجاد می شود. به گونه ای که از مدلولهای التزامی عقد است نه مدلول مطابقی آن. مثل اینکه در معامله باید عوض نقد بلد باشد نه مال شهر

حال پس از بیان این دو می‌گوییم اگر شرط منافی با نوع اول بود. مثلاً شخصی شرطی کرده که آن شرط منافی با مقتضای عقد، به دلالت مطابقی باشد؛ یعنی

---

(1). ملا محمد نراقی، همان، ص 69.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 478

منافات با اقتضا که همان تملیک و تملک باشد در این صورت این چنین شرطی، شرط مخالف با مقتضای عقد است و لذا شروطی چون شرط معامله بدون عوض و یا اجاره بدون اجرت باطل است. چرا که عوض و اجرت در بحث بیع و اجاره از مقولات بیع و اجاره است؛ زیرا که اصولاً حقیقت بیع چیزی جز مبادله اعیان با اموال نیست و همچنین اجاره نیز، چیزی جز مبادله منافع با اموال نیست. لذا شرط عدم اجرت و منفعت، منافات با آنچه که عاقد ابتدائاً قصد ایجاد و انشاء آن را داشته است، دارد. لذا این نوع شرط با شرط اینکه عدم بیع یا وقف یا هبه مبیع به طور مطلق یا به شخص خاص باشد. فرق دارد. چرا که در شرط نوع دوم، شرط منافات با تملیک و تملک که به واسطه عقد ایجاد شده را ندارد. بلکه این منافع از منافع و آثار و از لوازمی که به حسب عرف و عادت بر عقد مترتب می‌شود است. حال اگر در همین شرط نوع دوم مرجع شرط برگشت به منع همه آثار از زوجیت در نکاح و یا در ملکیت در بیع داشته باشد، بعید نیست که شرط نوع دوم را ملحق به اول نموده و این نوع شرط را هم منافی با مقتضای عقد بدانیم.

چرا که وقتی که به واسطه شرط، تمام آثاری که به واسطه عقد ایجاد شده را از بین می‌بریم انگار این شرط مسامحه ناقص و منافی با مقتضای آثار عقد بوده است.

و همچنین اگر اثر ظاهری آن عقد به گونه ای است که تمام غرض و هدف را شامل می‌شود که در اینگونه موارد هم شروط با نوعی مسامحه داخل در شرط منافی با مقتضای عقد می‌شوند و شاید به همین خاطر است قول مشهور در مسأله شرط عدم بیع و هبه قائل به منع صحت این چنین معامله ای هستند و آن را منافی با مقتضای عقد می‌دانند و لکن این نظر صحیح نیست. چرا که بیع و معامله نسبت به ملکیت مثل بیع نسبت به عدم بیع و هبه آن نیست و در دومی ملکیت برای شخص می‌آید لکن

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 479

ممنوعیت نسبت به بعضی از تصرفات برای او پیش می‌آید. لذا این دو در یک مرحله از ارزش نیستند و شرط عدم وطی در عقد ازدواج نیز از همین قبیل است. بله ممکن است از یک نظر شرط عدم وطی را داخل در شروط نوع اول قرار دهیم و آن هم در جایی است که منظور از منع، منع از مطلق استمتاع باشد که ما آن را از جمله مواردی که به واسطه نفی التزامات ضمنی تبعی داخل در نوع اول می‌دانیم. اما اگر شرط از جمله مواردی مثل اینکه ثمن مؤجل باشد و یا امثال اینگونه شروط چون اطلاق ندارد، تا شرط خلاف آن، منافی مقتضای عقد باشد. در این صورت اینگونه شروط باطل نیستند. و به

طور کلی فرق است بین التزامی که به طور صریح و به دلالت مطابقی از متن عقد نشأت یافته و التزامی که تبعی بوده و فرع بر عقد و لا حق بر آن باشد. لذا شرط خلاف در قسم اول منافی با مقتضای عقد است نه در دوم، که التزامی و تبعی است و همچنین شروطی را که جمیع آثار یا اثر مطلوب عقد را نفی می کند این شروط نیز داخل در شروط نوع اول، یعنی شروطی که منافی مقتضای عقد است، محسوب می شود. (1)

## شرط مشارکت

از جمله شروطی که مورد بحث و اختلاف آرای فقها قرار گرفته، شروطی است که شهید اول در کتاب دروس آن را مطرح نموده است. ایشان در این مورد می فرماید، اگر یکی از دو شریک در معامله حیوان به شریک دیگر بگوید: «در معامله حیوان هر چه که سود کردیم آن سود متعلق به هر دو ما باشد و اگر ضرر کردیم همه

---

(1). شیخ موسی نجفی خوانساری، همان، ج 2، ص 112-113.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 480

ضررها به گردن من باشد» شهید اول در این مورد به روایت صحیحۀ رفاعه در باب شرکت کنیز متمسک می شود. اصل روایت بدین گونه است:

قال: سألت أبا الحسن (ع) عن رجل شارك آخر في جارية له وقال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت خسارة فليس عليك شيء فقال (ع) لا أرى بذلك بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية. (1)

از امام موسی (ع) سؤال کردم در مورد مردی که با مرد دیگر در مورد کنیزی که مال او بود، شریک شد و مرد گفت اگر در

کنیز سود بردی پس سهم تو نصف سود باشد. اگر ضرری کرد و تقضی پیش آمد چیزی بر گردن تو نباشد. امام فرمودند:

«اشکالی بر آن نمی بینم زمانی که خود صاحب کنیز راضی باشد».

## نظر ابن ادریس

اما ابن ادریس جواز اینگونه شرکت را ممنوع دانسته است و دلیلی که آورده این است که این شرط با مقتضای شرکت منافات دارد. چرا که مقتضای شرکت، مشترك بودن و سهم بودن در سود و زیان است. (2)

## جواب شهید اول به نظر ابن ادریس

شهید اول در لمعه در جواب می فرمایند: ما قبول نمی کنیم که تابعیت مال، لازمه مطلق شرکت باشد، بلکه تابعیت مال لازمه شرکت مطلقه است. در نتیجه این چنین

---

(1). شهید اول، دروس الشرعیة، ص 344.

(2). ابن ادریس حلی، السرائر، ج 2، ص 349.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 481

شرطی صحیح است و وجوب وفا به شروط ضمن عقد در «المؤمنون عند شروطهم» اختصاصی فقط به باب کنیز ندارد. بلکه شامل عقد شرکت نیز می شود و در اینگونه موارد هم وفا به شرط واجب است.

## نظر تحقیقی

تحقیق مسأله آن است که اگر متعلق شرط آن باشد که سود حاصل از فروش مال مشترك، ملك مشروط له باشد، بدان گونه که سود و زیان تابع مالی که در فروش آن سود و ضرر کرده نباشد. این شرط یقیناً خلاف مقتضای شرکت و خلاف مقتضای عقد است. خلاف اقتضا، بدان دلیل که بالا رفتن مال یا پایین آمدن آن شرعاً و عرفاً بلکه عقلاً تابع این مال است برای اینکه این تابعیت از صفات قائم به مال است. پس نما و افزونی مال چه متصل یا منفصل ملك صاحب مال است پس شرط اینکه نمای مال غیر مالك باشد، این شرط خلاف کتاب و سنت و خلاف مقتضای شرکت است.

اما اگر منظور از شرط این باشد که مقدار سودی که یکی از دو شریک به شریک دیگر انتقال یابد به اینکه مجموع سود یعنی سهم خود و سهم شریکش مال او باشد، اینگونه شرطی اشکال ندارد. در صورت ضرر هم همین گونه است. اگر ضرر مال یکی از دو به نحو عدم پیروی و تبعیت در



ضرر باشد، اینگونه شرطی خلاف کتاب و سنت و خلاف مقتضای شرکت است و اصلا غیر معقول است. اما

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 482

اگر این شرط مرجعش به جبران خسارت شخص از مال شریک دیگرش باشد، این شرط اشکالی ندارد و مانعی در آن نیست. «1»

### استثناء در شرط مخالف با مقتضای عقد

در صحت شروط ضمن عقد گفته شده که حتما باید شرط مخالف با مقتضای عقد نباشد لکن در این مورد به نظر می آید که موردی استثناء شده باشد. و آن مورد هم عبارت از فروش بنده به شرط آزادی عبد است، بدین صورت که فروشنده عبد را به خریدار می فروشد و می گوید: «به شرطی این عبد را به تو می فروشم که تو عبد را آزاد کنی». با توجه به اینکه اجرای این شرط باعث آن می شود که عبد در واقع در ملکیت مشتری در نیاید و به بیانی صحیح تر به ملکیت در آمدن عبد مساوی با از دست دادن عبد خواهد بود، لذا اگر عبد به ملکیت مشتری در نیامده است در نتیجه اینگونه شرطی مخالف و منافی مقتضای عقد است. لذا علامه در این مورد می فرماید:

«لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا او عن المشتري صح». «2»

اگر بایع (فروشنده) عبد را به شرط عتق او، آزاد کند خواه مشتری عبد را از جانب فروشنده یا از جانب خود آزاد کند در هر حال این چنین شرطی صحیح است.

علامه در تذکره می فرماید: «يجوز اشتراط العتق مطلقا و بشرط ان يعتقه عن المشتري». «3»

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 243.

(2). علامه حلّی، قواعد الاحکام، ص 153.

(3). علامه حلّی، تذکره الفقهاء، ج 2، ص

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 483

مرحوم علامه در تذکره شرط آزادی عبد را چه از طرف فروشنده، و چه از طرف مشتری می داند.

در مسالك، مبسوط، غایة المرام، مهذب البارع و ایضاح النافع ادعای اجماع بر صحت آزادی عبد از طرف مشتری شده است. «1»

در شرایع آمده است: «يجوز ابتیاع المملوك بشرط ان یعتقه او یدبره او یکاتبه». «2»

پس همان طوری که از اقوال فقها معلوم می شود. عموم آنها قائل به صحت چنین شرطی هستند و دلیل صحت این شرط را عمل به عموم ادله و جوب وفا به شرطی که کتاب و سنت ممانعتی از آن به عمل نیاورده می دانند. نکته ای که در اینجا مطرح است این است که مبناء در مسأله عتق (آزادی) بر تغلیب است. به جهت اینکه شارع مقدس نسبت به فك رقبه با کوچکترین بهانه ای عنایت دارد و دلیل بر تغلیب عتق و آزادی عبد مسأله سرایت آزادی عبد از بخشی به مجموع آن می باشد. «3»

### حکم شرط منافی مقتضای عقد از نظر بطلان و عدم بطلان عقد و شرط

در اینکه آیا شرط منافی با مقتضای عقد باعث بطلان عقد هم می شود یا خیر دو قول است عده ای بطلان عقد به واسطه شرط را قبول ندارند و معتقدند که در اینگونه موارد فقط شرط باطل است نه عقد. اما گروهی دیگر که اکثر فقها باشند قائل به

(1). سید محمد جواد حسینی عاملی، همان، ج 4، ص 73.

(2). محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج 2، ص 288.

(3). سید محمد جواد حسینی عاملی، همان، ج 4، ص 731.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 484

بطلان عقد به همراه بطلان شرط هستند. اما آنچه که مسلم است این است که هر دو گروه قائل

به بطلان شرط خلاف مقتضای عقد هستند، لکن در مورد خود عقد همان گونه که قول مشهور بیان کننده آن است قول به بطلان عقد صحیحتر است.

### دلیل بطلان عقد در شرط منافی با مقتضای عقد

دلیل بطلان عقد اینگونه شروط آن است که تراضی بر روی مجموع عقد و شرط از آن نظر که يك مجموع هستند صورت گرفته، لذا وقتی، بعضی از آن مجموع منتفی می شود در واقع متعلق تراضی منتفی می شود. پس اینگونه تجارت، تجارت لا عن تراض است که صحیح نیست. البته احتمال ضعیفی هم داده شده که عقد صحیح باشد. بدین خاطر که تراضی بر مجموع عقد و شرط شده لذا وقتی که وقوع یکی از آن دو ممتنع شد دیگری باقی می ماند، اما همان طوری که گفته شد اکثر اقوال فقها مبتنی بر بطلان شرط با عقد است.

مرحوم محقق در این مورد می فرماید:

إذا شرط شيئاً منافياً يبطل البيع المتضمن للشرط كما يبطل الشرط: ووجه القوة ان التراضى لم يقع الا على المجموع من حيث هو مجموع، فاذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضى، فيكون الباقي تجارة لا عن تراض، وهو الاصح. ويحتمل ضعيفا الصحة: لان التراضى قد تعلق بكليهما، فاذا امتنع احدهما بقى الآخر. وليس بشىء، لان التراضى بالمجموع لا بكل منهما. «1»

---

(1). محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج 4، ص 415؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ص 152.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 485

در مسالك نیز آمده است که بهترین اقوال همان قول به بطلان عقد است. چنان که می فرماید: «و هل يبطل البيع ايضا ام يختص البطلان بالشرط قولان، اجودهما الاول». آنگاه متعرض علت مطلب می شود و می فرماید:

لان التراضى يقع على

المجموع من حيث هو مجموع فاذا بطل بعضه و امتنع نفوذه شرعا انتفى متعلق التراضی فيكون الباقي تجارة لاعن تراض و وجه صحة البيع ان التراضی قد تعلق بكليهما، فاذا امتنع احدهما بقي الآخر و هو مذهب الشيخ (ره). «1»

قانون مدنی نیز شرط خلاف مقتضای ذات را باطل دانسته و عقد مشتمل بر آن را نیز باطل می داند. «2»

## حکم شرط ضمان

### اشاره

مشهور بین فقها آن است که شرط ضمان در اجاره صحیح نیست ولی در عاریه این شرط صحیح است بر خلاف مرحوم مقدس اردبیلی و جمال المحققین که این دو بزرگوار شرط ضمان در اجاره را هم صحیح دانسته اند.

### نظر مرحوم والد (قدس سره)

مرحوم والد (قدس سره) در بحث اجاره قائل به تفصیل بودند. بدین صورت که در اجاره بر اعیان و اموال قائل به شرط ضمان نبوده لکن در اجاره بر اعمال و کار، شرط ضمان

---

(1). شهید ثانی، مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام، ج 1، ص 191.

(2). قانون مدنی، ماده 232 شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است.

1- شرط خلاف مقتضای عقد.

2- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 486

را صحیح می دانند و مبنای استدلال ایشان هم این بود که در اجاره اعیان و اموال حق مستأجر بر موجر این است که عین مستأجره، تحت قدرت و تصرف مستأجر باشد و این حق نیز از جانب عقد اجاره ایجاد می شود. چرا که اجاره عبارت است از تملیک منفعت عین مستأجره، مانند سکونت در خانه ای که این منفعت صفت، در عین است.

لذا مستأجر استحقاق دریافت عین را دارد. چرا که مستحق دریافت منفعتی که آن منفعت ملك اوست می باشد و از طرفی هم وجود این منفعت هم در وجود عین نهفته شده و در واقع مستأجر چیزی دریافت نکرده، و این استحقاق هم مجانی نبوده بلکه در مقابل عوض مشخص و معلومی بوده که عبارت است از همان چیزی که عقد به عنوان عوض برای تملیک منفعت معلوم قرار داده شده بود. پس دیگر

دلیلی برای ضمان باقی نمی ماند؛ لکن این صورت در مورد اجیر (اجاره بر اعمال) واقع نمی باشد. چرا که مثلاً خیاطی که مالک، او را برای دوختن پارچه اش اجاره کرده به واسطه عقد اجاره و به واسطه عوض آنچه که از اجرت عمل خویش می گیرد استحقاق دریافت عین را ندارد. هر چند آن عین (پارچه) در دستش باشد.

### **نظر تحقیقی مرحوم والد (قدس سره)**

تحقیق مسأله آن است که اجاره مطلقاً، چه در اجاره بر اعمال و چه اجاره بر اموال موجب ضمان نمی شود مگر اینکه تعدی و تفریطی صورت گرفته باشد. چرا که در هر دو امانت است و اگر چه گفته شده که امانت اقتضای ضمان را ندارد، لکن این بدان معنی نیست که امانت اقتضای عدم ضمان را دارد و اجاره و عاریه در اینکه هر دو امانت مالکیت هستند، مشترکند.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 487

و اما در مورد وکیل و ودعی تحقیق مطلب آن است که بین وکیل و ودعی با هم فرق است و این فرق بدان دلیل است که ودعی (ودیعه گیرنده) محسن و نیکوکار است (و ما علی المحسنین من سییل) و شکی هم نیست که ضمان سییل است و اما وکیلی که در مقابل اجرتی کار می کند محسن نیست تا اینکه سییلی بر او نباشد. بله اگر وکیل مجانی کار کند و قصدش هم نیکی کردن به موکل باشد. پس وضعیت او مثل وضعیت ودعی است و شرط ضمان بر او صحیح نیست. در نهایت از آنچه که گفته شد، وضع شرط ضمان در عاریه هم روشن گشت و اینکه مانعی از شرط ضمان آن نیست. و در آنجا چیزی که موجب

بطلان این شرط، مثل نفی سبیل بر محسنین باشد، وجود ندارد. چرا که مستعیر از جمله محسنین نیست و اینکه مال امانت است، اقتضای عدم ضمان نمی کند. بله ید امانی موجب ضمان مقتضا نمی شود نه اینکه موجب عدم ضمان شود تا اینکه شرط مخالف با مقتضای عقد شود یا اینکه مخالف با کتاب گردد. (1)

### شرط عدم استمتاع جنسی

بعضی از شروط چون شرط عدم استمتاع جنسی ظاهراً صحیح بوده و باعث تنافی شرط با مقتضای عقد نمی گردد؛ چرا که بعضی از احکام شرعی و یا اغراض عقلایی بر امر ازدواج مترتب می باشد. مانند نسبت شرعی و عرفی پیدا کردن با خانواده همسر یا محرم شدن با آنها و همچنین اغراض و مقاصد دیگری که در امر ازدواج

---

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 240-241.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 488

وجود دارد. لذا اگر شخصی شرط عدم استمتاع جنسی کند این چنین شرطی خلاف مقتضای عقد نیست چرا که غرض در ازدواج صرف استمتاع نیست. (1)

### شرط ارث در عقد منقطع

#### اشاره

از فروع بحث عدم تنافی شرط با مقتضای عقد مسأله ارث بردن و یا ارث نبردن زن و شوهر از همدیگر در عقد منقطع است. پس متعلق شرط یا ارث بردن هر دو از همدیگر است و یا ارث بردن یکی از دیگری بدون اینکه طرف دیگر از او ارث ببرد و زمانی هم متعلق شرط عدم ارث بردن هر دو نفر از همدیگر است. در این مورد روایاتی آمده و اقوال فقها در این مورد هم متفاوت است. ابتدا به بیان روایات فوق که مستند اقوال متفاوت فقهاست، می پردازیم.

#### روایات

1- محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن محمد بن عیسی بن سلیمان بن سالم عن بکیر بن اعنی قال: قال ابو عبد الله (ع):

إذا اشترطت علی المرأة شروط المتعة فرضیت بها و اوجبت علیها التزویج، فاراد علیها شرطك الاول بعد النکاح فان اجازته جاز و ان لم تجزه فلا يجوز علیها ما كان من الشروط قبل النکاح و اما المیراث فانّه ان شرط انها ترث و رثت و ان لم یشرط فلیس لها و

(1). امام خمینی، همان، ج 5، 186-187.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 489

لا له میراث و لیس یحتاج ان یشرط انها لا ترث، لان من شروط المتعة اللازم ان لا یكون بینهما توارث. «1»

در این روایت امام صادق (ع) در مورد ارث در عقد منقطع می فرماید: اگر مرد شرط کند که زن ارث ببرد، در این صورت زن ارث می برد. و اما اگر مرد شرط ارث را ننماید، در این صورت نه زن ارث می برد و نه مرد، و برای ارث نبردن زن در عقد

منقطع لزومی ندارد که مرد شرط کند که زن ارث نبرد. برای اینکه از شروط لازم متعه این است که هیچ توارثی بین زن و مرد نباشد. این روایت اصل را بر عدم توارث بین زوجین در عقد منقطع می داند، مگر اینکه شرط ارث کنند. نکته دومی که از این روایت استفاده می شود این است که برای ارث نبردن، نیازی به شرط عدم ارث نیست.

2- محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه عن احمد بن محمد بن ابی نصر، عن ابی الحسن الرضا (ع) قال:

تزويع المتعة نکاح بميراث و نکاح بغير الميراث، ان اشترطت کان و ان لم تشرط لم یکن. «2»

امام رضا (ع) می فرماید که ازدواج متعه ازدواجی با میراث و بدون میراث است.

اگر شرط میراث کنند، ازدواج به میراث است و اگر شرط میراث نکنند میراث واقع نمی شود.

---

(1). شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج 2، کتاب النکاح، ص 190.

(2). حر عاملی، وسائل الشیعة، ج 7، ص 485، ح 11؛ کلینی، فروع کافی، ج 2، ص 47.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 490

در واقع در این روایت شرط را عامل ثبوت میراث در عقد موقت دانسته که چنانچه شرط میراث در عقد موقت نباشد. هیچ گونه ارثی بین طرفین در عقد موقت واقع نمی شود.

3- قال الكلینی: و روی انه «لیس بینهما میراث اشترط ام لم یشرط». «1»

کلینی از امام (ع) روایت می کند که در عقد و نکاح منقطع میراثی بین زوجین نیست چه شرط بکنند و یا اصلاً شرط نکنند. در این روایت بر خلاف روایات سابق که با شرط میراث، ارث بین زوجین یا برای یکی از آن دو واقع



می شد در این روایت می فرماید: حتی با شرط میراث هم، ارثی بین طرفین واقع نمی شود.

4- محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن النضر، عن عاصم بن محمد، عن محمد بن مسلم قال: سألت ابا عبد الله (ع) كم المهر؟ یعنی فی المتعة فقال: ما تراضيا عليه «الی أن قال»: «و ان اشترط الميراث فهما علی شرطهما». (2)

در این روایت که محمد بن مسلم از امام صادق در مورد مهریه در عقد منقطع می پرسد، امام می فرماید: هر مقداری که طرفین بر آن تراضی کردند، همان قدر است تا اینکه امام فرمود: اگر آن دو (زوجین) شرط میراث کردند، پس باید بر شرط خویش متعهد و ملتزم باشند. منظور آن است که با شرط میراث، ارث بین طرفین واقع می شود.

---

(1). حر عاملی، همان، ج 7، ص 486؛ روایت 4؛ کلینی، فروع کافی، ج 2، ص 47.

(2). حر عاملی، همان، ج 7، ص 486، روایت 5.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 491

5- عن کلینی عن ابی مسکان، عن عمر بن حنظله، عن ابی عبد الله (ع) فی حدیث فی المتعة قال: «و لیس بینهما میراث». (1)

در این روایت از امام صادق نقل شده که ایشان فرموده اند در نکاح متعه میراثی بین زوجین نیست.

6- محمد بن علی بن الحسین باسناده عن موسی بن بکر، عن زراره، عن ابی جعفر (ع) فی حدیث قال: «و لا میراث بینهما فی المتعة اذا مات واحد منهما فی ذلك الاجل». (2)

زراره از امام محمد باقر (ع) روایت می کند که امام در طی يك حدیثی درباره میراث عقد منقطع فرمود: بین زوجین در عقد متعه چنان که یکی از طرفین

در طی زمان عقد و در طول آن بمیرد، دیگری از او ارث نمی برد. این روایت هم اصل را بر عدم ارث بردن در عقد موقت بنا گذاشته است.

7- عن کلینی عن محمد بن احمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، عن البرقی، عن الحسن الجهم، عن الحسن بن موسی، عن سعید بن یسار، عن ابی عبد الله (ع) قال:

«سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة و لم يشترط الميراث قال: ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط». کلینی (ره) در این روایت از امام صادق (ع) روایت می کند که از امام در مورد مردی که زنی را به عقد موقت خویش درآورده بود و شرط میراث را

---

(1). همان، روایت 6.

(2). شیخ صدوق، من لا يحضره الفقيه، ج 2، ص 150.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 492

هم نکرده بود، سؤال کردم: امام فرمود: «بین آن دو میراثی نیست چه شرط میراث بکنند یا اینکه شرط نکنند». در این روایت به طور کلی میراث در عقد منقطع مردود دانسته شده خواه شرط ارث بکنند یا شرط ارث نکنند.

### **اقوال در مورد میراث در عقد منقطع**

همان گونه که قبلا اشاره شد اقوال فقها در مورد میراث در عقد موقت متفاوت بوده و هر يك از فقها بر اساس یکی از روایات به یکی از این اقوال چهارگانه معتقد شده و بدان نظر داده اند.

1- توارث مطلقا: قائلین به این قول معتقدند که در عقد موقت چه شرط بکنند چه نکنند طرفین از همدیگر ارث می برند. اما این حقیر تا آنجایی که مطالعه کردم کسی را موافق با این نظر نیافتم.

2- عدم توارث مطلقا: عده ای از فقها معتقدند که چه شرط توارث بکنند

و چه شرطی صورت نگیرد در هر دو صورت طرفین از همدیگر ارث نمی برند. دلیلشان روایتی است که در این زمینه وارد شده، که از جمله آنان روایت کلینی از امام صادق (ع) که فرمود: لیس بینهما میراث اشترط ام لم یشرط. و یا روایت دیگری است از کلینی که در آنجا امام فرمودند: لیس بینهما میراث.

3- ثبوت توارث در صورتی که در متن عقد شرط شده باشد.

4- ثبوت ارث در صورتی که طرفین شرط عدم ارث نکنند.

در واقع این اقوال را می توان از لابه لای روایات متفاوتی که درباره میراث عقد منقطع وارد شده به دست آورد. لکن قول بیشتر فقها مبتنی بر نظر سوم است؛ یعنی تا

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 493

آنجایی که اقوال فقها عظام مورد بررسی و مذاقه قرار گرفت چنانچه شرط توارث حال، یا برای هر دو نفر یا برای یک نفر از زوجین شده باشد، آن شرط نافذ و لازم الاجراست. حال به بیان بعضی از اقوال فقها می پردازیم. در شرایع آمده است:

السابع: لا یثبت بهذا العقد میراث بین الزوجین، شرطاً سقوطه او اطلاقاً، و لو شرطاً التوارث او شرطاً احدهما، قیل یلزم عملاً بالشرط و قیل: لا یلزم، لانه لا یثبت الاً شرعاً فیکون اشتراطاً لغير وارث، کما لو شرط للاحنبی، و الاول اشهر. (1)

مرحوم محقق حلی در این موضوع می فرماید: اصل اولیه در مسأله میراث ازدواج موقت، عدم ثبوت هر گونه میراثی است؛ یعنی چه عقد را به طور مطلقاً گذاشته و چه در بعد نفی و یا ثبوت شرطی نکرده باشند و یا اینکه چه شرط عدم میراث کرده باشند، در این دو

صورت هیچ گونه میراثی بین طرفین عقد موقت ایجاد نمی شود.

اما چنان که شرط توارث شود، می فرمایند: که در اینجا دو قول است. قول اول قائل به لزوم وفای به شرط است چرا که المؤمنون عند شروطهم. البته این گروه روایاتی را هم به عنوان سند از بیانات ائمه معصومین در اثبات لزوم عمل به شرط توارث در عقد منقطع ذکر می کنند و قول دوم قائل به عدم لزوم وفای به شرط در این مسأله هستند و دلیلشان هم این است که این شرط شرعی نیست؛ درست مثل این است که شما شرط کنید که یک فرد غیر وارث، وارث شده و ارث ببرد. در حالی

---

(1). محقق حلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج 2، ص 532.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 494

که قبلاً گفتیم اینگونه شرطی، خلاف کتاب خدا و سنت است، در نتیجه شرط باطلی است. محقق حلی نظر اول از این دو قول را مشهورتر و بهتر می دانند. در واقع نظر ایشان هم همان قول مشهور است. نظر شهید اول در کتاب شریف لمعه نیز همین است. ایشان اصل عقد نکاح منقطع را مقتضی توارث نمی داند. لکن چنانچه شرط میراث شود، قائل به ثبوت میراث می باشد. چنان که می فرماید: «ولا توارث الا مع شرطه.» (1) شهید ثانی می فرمایند:

والاظهر مختار المصنّف ثم ان شرطاه لهما فعلى ما شرطاه اولاً حدهما خاصة احتمال كونه كذلك عملاً بالشرط و بطلانه لمخالفة مقتضاه لانّ الزوجية ان اقتضت الارث و انتفت موانعه ثبت من الجانبين و الا انتفى منها. (2)

در هر حال شهید ثانی هم مثل شهید اول نظر مثبت دارند.

یعنی با شرط ارث، میراث بین زوجین واقع می شود. و اما حضرت امام (س) در این مورد می فرمایند:

لا یشبث بهذا العقد توارث بین الزوجین، فلو شرطا التوارث او توریث احدهما ففی التوریث اشکال فلا یتربک الاحتیاط بترك هذا الشرط و معه لا یتربک بالتصالح. «3»

---

(1). شهید اول، لمعة الدمشقية، ص 193.

(2). شهید ثانی، روضة البهية في شرح لمعة الدمشقية، ج 5، ص 296-299.

(3). امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، کتاب النکاح، باب العدة لنکاح المنقطع، ص 277، مسألة 15.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 495

### **7- در متن عقد به شرط ملتزم شده باشد**

قبل از هر چیز ابتدا به بیان انواع شروط پرداخته سپس به بحث از علت عدم صحت شروط تبانی می پردازیم. شرط بر سه قسم است:

1- شروطی که در ضمن عقد لازم ذکر شده باشند. این قسم شروط معروف به شروط ضمن عقد می باشند و مطمئناً قول رسول گرامی اکرم (ص) مبنی بر المؤمنون عند شروطهم شامل این شروط می باشد.

2- همان التزامات ابتدایی و تعهدات مستقل غیر مرتبط با عقد که با لفظ انشاء شده؛ لکن با انشاء مستقل در آن جایی که اصلاً عقدی در میان نبوده است. این قسم تعهدات را تعهدات و شروط ابتدایی گویند.

3- شروطی که تبانی و توافق بر آنها در خارج از عقد صورت گرفته و عقد بر آن بنا شده بدون آنکه این شرط را در ضمن عقد بیان کنند. به این شروط، شروط تبانی گویند.

4- آن قسمی که تبانی و توافق بر آن قبلاً صورت گرفته و عقد بر آنها نهاده نشده بلکه در هنگام عقد از آن غافل بوده اند. در واقع این قسم از جهت عدم ارتباطش به عقد،

برگشت به قسم دوم می‌کند. چرا که انشاء با لفظ را شامل نمی‌شود بلکه تنها يك تبانی و توافقی در خارج صورت گرفته است. «1»

وَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ\*

(1). سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج 3، ص 251-252؛ شهید اول، قواعد و الفوائد، ص 303.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 497

## [فهرست ها]

## فهرست اعلام

۱

آقا نجفی، محمد باقر، 416

ابان بن عثمان، 300

ابن ادريس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد، 23، 34، 38، 79، 480

ابن منظور، سعید خوری شرتونی لبنانی، 371

ابی الصلاح، 22

ابی داوود سلیمان بن الأشعث سجستانی ازدی، 467

احسانی، ابن ابی جمهور، 278، 31، 54، 82، 94، 416، 464.

احمد بن محمد بن عیسی، 299، 330

امام باقر (ع)، 63، 70، 286، 298، 300، 326، 339، 344، 361، 363، 365، 402، 403، 455

امام خمینی (س)، 179، 192، 194، 197، 203، 214، 215، 228، 233، 234، 273، 274، 276، 380، 382، 411، 414.

431، 450، 453، 454، 456، 457، 463، 468، 475، 488، 494

امام رضا (ع)، 87، 235، 264، 381، 468، 489

امام صادق (ع)، 6، 103، 118، 264، 285، 286، 287، 300، 328، 374، 399، 439، 440، 442، 443، 448

امام موسی کاظم (ع)، 138، 300، 368، 397، 404

امامی، سید حسن، 382، 384، 388، 429، 471، 473

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 498

انصاری، سید مرتضیٰ، 55، 168، 171، 176، 185، 188، 189، 205، 213، 217، 218، 226، 235، 264، 265، 271، 292،

293، 295، 325، 331، 372، 376، 373، 378، 412، 426، 428، 437، 439، 443، 444، 445، 450، 453، 469

ب

بحرانی، یوسف، 411

بزنطی، احمد بن محمد بن ابی نصر، 298، 330

بطرس بستانی، 371

بکیر بن اعین، 287، 300

بیہقی، 56، 277، 281

پ

پیامبر اکرم (ص)، 235، 276، 281، 282، 373، 379، 399

ت

ترمذی، محمد بن عیسی بن سوره، 467

تمیمی مغربی، ابی حنیفہ نعمان بن محمد بن منصور بن احمد بن حیون، 397، 400، 401، 402، 405، 407، 441، 442، 449،  
124، 56

تھانوی، مولوی محمد علی بن علی، 371

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 499

ج

جبران مسعود، 381

جزایری، شیخ احمد، 265

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، 377، 382، 383، 387، 388

ح

حائری، میرزا حسن، 468



حسن بن علی، 6

حسین بن سعید، 300، 401

حسین یوسف موسی، 371

حسینی عاملی، سید محمد جواد، 265، 427، 464، 472، 483

حسینی شیرازی، سید محمد، 418، 450

حرائی، 6

حر عاملی، 5، 6، 15، 25، 31، 34، 38، 39، 40، 51، 55، 57، 58، 59، 60، 64، 67، 70، 86، 87، 88، 89، 90، 92، 94،

118، 119، 132، 133، 138، 140، 153، 157، 160، 337، 379، 394، 395، 396، 400، 439، 441، 448، 489، 490

حرز، 298، 326

حلبی، 22، 31، 63، 70، 90، 132، 134، 161

حماد بن عیسی، 298

حمیری، 140، 158

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 500

## خ

خلیل جر، 232

خویی، ابوالقاسم، 199، 203، 204، 215، 377، 422، 424، 434، 437، 444، 447

## ر

راغب اصفهانی، 230، 231، 371

## ز

زراره، 31، 285، 298، 312، 326، 327، 329، 331

زراعت، 67، 101، 102، 105، 191، 251، 255

## س

سعد بن عبد اللہ، 299، 300، 330

سنگلجی، محمد، 372

## ش

شامبیاتی، 249

شہید اول، ابو عبد اللہ محمد بن مکی عاملی، 418، 435، 214، 216، 221، 228، 137، 278، 372، 383، 416، 435، 469،  
480، 494، 495

شہید ثانی، زین الدین علی عاملی جبعی، 471، 485، 44، 159، 278، 471، 485، 494

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 501

شہیدی، مہدی، 271

شیخ صدوق، ابی جعفر محمد بن علی بن حسین بن بابویہ قمی، 34، 59، 89، 92، 94، 103، 132، 153، 160، 496، 394، 403،  
448، 455

شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، 25، 31، 34، 40، 51، 55، 57، 59، 60، 70، 86، 87، 88، 89، 90، 115، 119، 132،  
133، 137، 138، 153، 157، 160، 235، 298، 299، 300، 326، 330، 404، 408، 448، 449

شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، 159، 383، 416، 516

## ص

صانعی، 257

صعیدی، عبد الفتاح، 371

صفوان، 298

صفی پور، 299، 330، 371

## ط

طباطبائی، سید علی، 416، 419، 471، 474

طرابلسی، عبد العزیز بن براج، 465

## ع

عبد اللہ بن ابی یعفور، 299، 330

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 502

عبد اللہ بن بکیر، 300

عبد اللہ بن جعفر، 140، 158

عراقی، 107

علامہ حلّی، حسن بن یوسف مطہر، 9، 16، 17، 18، 22، 23، 44، 97، 112، 117، 137، 419، 474، 484، 482

علم الہدی، 5، 22، 37

علی آبادی، 256

عودہ، 257

## ف

فاضل لنکرانی، 227، 233

فضالہ، 300

فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، 371

## ق

قریشی، 231

## ک

کاتوزیان، ناصر، 267

قواعد فقہیہ (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 503

کلینی، 25، 31، 39، 55، 58، 59، 64، 67، 70، 86، 87، 88، 89، 90، 118، 132، 133، 138، 157، 201، 395، 397، 398

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 2، ص: 503

گلدوزیان، 250، 255

لؤلؤیی، حسن بن الحسین، 300

لویس معلوف یسوعی، 381

محقق ثانی، علی بن حسین کرکی، 9، 18، 65، 66، 470، 471، 472، 476

محقق حلی، ابو القاسم جعفر بن حسن، 23، 44، 57، 61، 103، 112، 113، 120، 135، 162، 263، 273، 383، 414، 419،  
483، 493

محمد بن مسلم، 92، 286، 298، 300

مرادی، 238

مراغی حسینی، عبد الفتاح بن علی، 372، 379، 411

مرعشی نجفی، 371، 372، 430، 465

مقداد بن عبد الله سیوری حلی، 372

مقدس اردبیلی، 16، 27، 163

مکارم شیرازی، 234

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 504

موسوی بجنوردی، سید محمد، 236، 237، 245، 252، 378

موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، 165، 169، 184، 185، 192، 223، 226، 227، 230، 231، 233، 235، 237، 377، 378، 393، 394، 414، 418، 422، 430، 439، 444، 452، 461، 464، 470، 482، 487، 495

موسوی عاملی، سید محمد بن علی، 412، 415، 422، 423، 425، 445

مؤمن سبزواری، محمد باقر بن محمد، 471

میرزا فتاح شهید تبریزی، 430، 435

میرزای نائینی، 194، 195، 280، 293، 295، 296، 452

## ن

نراقی، ملا احمد، 372، 409، 439، 444، 472، 393، 444، 464، 472، 475

نراقی، ملا محمد، 379، 422

نجفی، شیخ محمد حسن، 23، 27، 42، 72، 87، 97، 112، 117، 137، 265، 273، 278، 416

نجفی خوانساری، موسی، 377، 393، 415، 422، 438، 444، 452، 461، 464، 468، 479

نوری طبرسی، میرزا حسین، 31، 56، 124، 231، 379، 397، 399، 401، 402، 441، 442

## و

ولیدی، 248، 257، 262

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 505

## فهرست کتب

## ا

ارشاد الاذهان، 16، 18، 117، 137

استبصار، 57، 59، 90، 119، 132، 133، 401، 404، 408، 448، 449

اقرب الموارد، 371

افصاح فی فقه، 371

انتصار، 37

البيع، 39، 55، 124، 195، 380

الرائد، 381

المذهب، 465

المعجم الوسيط، 371

المنجد، 381

ايضاح الفوائد، 17

ت

تحرير الوسيله، 494

تحف العقول، 6، 272، 273

تذكرة الفقهاء، 9، 44، 278، 97، 471، 482

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 506

ترمينولوژى حقوق، 238، 377

تشريع الجنائى الاسلامى، 257

تفسير نمونه، 234

تمهيد القواعد، 278

تهذيب الاحكام، 25، 34، 40، 51، 55، 57، 60، 70، 86، 87، 88، 89، 90، 115، 119، 132، 133، 138، 153، 157، 160،

285، 286، 323، 326، 398، 402، 404، 408، 440، 448، 449، 455، 489

ج

جامع المقاصد فى شرح القواعد، 9، 18، 65، 66، 470، 476، 484

جواهر الكلام، 22، 23، 42، 72، 78، 87، 97، 104، 112، 117، 175، 176، 179، 185، 191، 203، 265، 273، 278، 416

حقوق جزای اختصاصی، 249

ح

حدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، 411

حقوق جزای عمومی، 248، 250، 255، 257، 262

حقوق جزای مسئولیت کیفری، 257

حقوق جنایی، 256

حقوق مدنی، 271، 382

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 507

د

دروس، 278، 416، 418، 435، 469، 480

دروس الشرعیة، 416، 469، 480، 418، 435

دعائم الاسلام فی ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام، 56، 124، 379، 397

دلایل الاحکام فی معرفة مسائل الحلال و الحرام، 416

دلایل السداد در قواعد فقه و اجتهاد، 372

ر

ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، 416

س

سرائر، 22، 330، 23، 480

سنن ابن ماجه، 31، 276، 277

سنن ابی داود، 31، 56، 95، 467

سنن ترمذی، 95، 276، 467

سنن دارقطنى، 279

سنن كبرى، 56، 277، 281

سنن نسائى، 276، 277

## ش

شرايع الاسلام، 23، 57، 263، 273، 419، 483، 383، 493، 414، 419، 483

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 508

شرح تبصرة المتعلمين، 107

شرح قانون مجازات اسلامى، 251، 255

شركت و معاونت در جرم، 238

شكرا خياط للكتب و النشر، 371

## ص

صحيح مسلم، 95

## ع

عناوين الاصول وقوانين الفصول، 372

عوائد الايام فى بيان الاحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، 372، 409، 439، 472، 228، 237، 372، 409، 439، 472

## غ

غنيه، 23، 465

غوالى اللئالى، 31، 54، 278

غياث اللغات، 248

## ف

فروع كافى، 395، 439، 448، 456، 489، 490



فرهنگ لاروس، 226، 232

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 509

فقه و تجارت، 444

## ق

قاموس القرآن، 231

قاموس المحيط، 371

قانون مدنی، 267، 268، 382، 387، 429، 470، 473، 485

قرب الاسناد، 140

قلائد الدرر فی بیان الاحکام بالاثر، 265

قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، 9، 17، 18، 137، 419، 465، 474، 484

قواعد عمومی قراردادها، 267

قواعد فقهیه، 1، 3، 54، 378

قواعد الفقهیه، 31، 165، 192، 223، 226، 227، 230، 231، 233، 235، 237، 372، 377

قواعد و الفوائد، 372، 495

## ك

کافی، 22، 25، 31

کشاف اصطلاحات الفنون، 371

کفایة الاحکام، 415، 416، 420، 468، 471

## م

مبسوط فی فقه الامامیه، 235، 277، 278، 483، 465

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 510

متن اللغة، 371

مجمع البيان فى تفسير القرآن، 231

مجمع الفائدة و البرهان، 16، 278

مجموعه مقالات فقهي، حقوقى، اجتماعى، 245، 252

مجموعه مقالات فقهي، حقوقى، فلسفى، اجتماعى، 236

محكم و متشابه، 5، 519

محلى، 279

محيط المحيط، 371

مختصر النافع فى فقه الاماميه، 414، 416

مختلف الشيعة، 22، 23، 38، 48، 95، 96، 100، 101، 159، 216، 225، 238، 276، 278، 321، 324

مدارك الاحكام فى شرح شرائع الاسلام، 412، 415

مسالك الافهام فى شرح شرائع الاسلام، 44، 65، 471، 485

مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، 31، 379، 397، 441، 442

مشارك الاحكام، 379، 422، 468، 475

مصباح الفقاهه، 199، 203، 204، 215، 222، 228، 377، 422

مفتاح الكرامه، 168، 179، 191، 265

مفردات الفاظ قرآن، 230، 231، 371

مقنع، 103

مقنعه، 159، 383، 416، 448، 449، 455، 489

مكاسب، 55، 153، 168، 171، 176، 179، 185، 188، 189، 195، 205، 213، 218، 221، 227، 228، 234، 264، 265،

271، 372، 377، 418، 430، 450، 473، 489، 206، 235، 437

من لا يحضره الفقيه، 34، 59، 89، 92، 132، 153، 160، 394، 448، 491

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 511

منتهى الارب فى لغة العرب، 371

منية الطالب فى حاشية المكاسب، 377

موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلاميه، 371

موسوعة فقه عبد الله بن عمر، 371

## ل

لمعة الدمشقيه، 137،

## ن

نضد القواعد الفقيهيه على مذهب الاماميه، 372

نهايه، 137

نهج الصدق و كشف الحق، 112

## و

وسائل الشيعة الى نيل الفضيله، 15، 103، 201، 285، 286، 298، 314، 323، 326، 328، 379، 489

وسيله الى نيل الفضيله، 465

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 512

## هـ

هداية الطالب الى اسرار المكاسب، 435

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 513

**فهرست آيه**

«أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ»، 417 (واقعه: آية 58)

«أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ»، 417 (واقعه: آية 59)

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، 13، 39، 51 (مائده: آية 1)

ت

«تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»، 234، 225، (مائده: آية 2)

ق

«قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا»، 4 (كهف: آية 77)

«قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبْتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ»، 3 (قصص: آية 26 و 27)

«قَالُوا نَفَقِدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»، 72 (يوسف: آية 72)

قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 515

## کتابنامه

- شهيد اول، محمد بن جمال الدين مكى عاملى. لمعة الدمشقية. نشر دار الناصر، 1406 ق.

- القواعد و الفوائد.

- دروس الشرعية.

- شهيد ثانى، زين الدين جبعى عاملى. الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقيه. مؤسسة المعارف الاسلامية. 1413 ق.

ق.

- مسالك الافهام فى شرح شرايع الاسلام. بيروت: دار العالم الاسلامى.

- ابن ادريس حلى، ابى جعفر محمد بن منصور بن احمد. سرائر. قم: نشر جماعة المدرسين. 1410 ق.

- ابن براج طرابلسى، عبد العزيز. المذهب.

- ابن زهره حلبى. الغنيه.

- ابن ماجه قزوینى، ابو عبد الله محمد بن يزيد. سنن ابن ماجه. نشر دار الفكر.

- ابن منظور. لسان العرب.
- ابي داوود سجستاني ازدي، سليمان بن الاشعث، سنن ابي داوود. نشر دار الفكر.
- احسايب، غوالي اللثالي. قم: مطبعة سيد الشهداء، 1403 ق.
- احمد رضا. متن اللغة.
- آقا نجفي، محمد تقى بن محمد باقر. دلائل الاحكام فى معرفة مسائل الحلال والحرام.
- امام خمينى، روح الله موسى، تحرير الوسيله.
- . ترجمه تحرير الوسيله. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- قواعد فقهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 516
- . البيع. مؤسسة النشر الاسلامى.
- . المكاسب المحرمه. مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى.
- امامى، سيد حسن. حقوق مدنى.
- انصارى، شيخ مرتضى. مكاسب. 3 جلد. چاپ اول، انتشارات دهقانى (اسماعيليان)، چاپ اسماعيليان، 1372.
- انيس، ابراهيم و منتصر، عبد الحليم و ديگران. المعجم الوسيط.
- بجنوردى، سيد محمد موسى، مجموعه

مقالات فقهية، حقوقية، اجتماعية.

- بحراني، يوسف. حدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة.

- بستاني، بطرس. محيط المحيط. بيروت: مكتب الاعلام الاسلامي.

- بيهقي، احمد بن حسين بن علي. سنن كبرى. بيروت: نشر دار الفكر.

- ترمذي، ابو عيسى محمد بن عيسى بن سوره. سنن ترمذي. نشر دار احياء التراث العربي.

- تميمي مغربي. ابي حنيفة نعمان بن محمد بن منصور بن احمد بن حيون، دعائم الاسلام في ذكر الحلال والحرام والقضايا والاحكام. چاپ دوم، دار المعارف مصر.

- تهانوي، مولوي محمد علي بن علي. موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامية و (كشاف اصطلاحات الفنون). شركة خياط للكتب و النشر. بيروت: لبنان.

- جر، خليل. فرهنگ لاروس.

- جزايري، شيخ احمد. قلائد الدرر في بيان الاحكام بالاثر.

- جعفري لنگرودي، محمد جعفر. ترمينولوژی حقوق. چاپ چهارم. انتشارات كتابخانه نشر دانش. تهران:

1368.

- حائري، ميرزا حسن. احكام الشيعة.

- حر عاملي، محمد بن حسن. وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة. مؤسسه آل البيت (ع)، لاهياء التراث. قم:

چاپخانه مهر. چاپ اول. 1409 ق.

- حراني، حسن بن علي. تحف العقول. نجف: نشر المكتبة الحيدرية. 1380 ق.

- حسنة ابراهيم بن هشام. مرآة العقول.

- حسيني شيرازي، سيد محمد. ايصال الطالب الى المكاسب.

قواعد فقهيه (بجنوردي، سيد محمد)، ج 2، ص: 517

- حسيني عاملي، سيد محمد جواد. مفتاح الكرامه. بيروت: لبنان مؤسسه مفيد.

- حلبى، ابى الصلاآ. كافى فى الفقه. اصفهان: منشورات مكتبة الامام امير المؤمنين (ع).
- حميرى، عبد الله بن جعفر. قرب الاسناد. قم: مؤسسه آل البيت (ع) لآحياء التراث. 1413 ق.
- خوانسارى، موسى نجفى. منية الطالب فى حاشية المكاسب.
- خويى، أبو القاسم. مصباح الفقاهه. چاپ نجف. 1377 ق.
- دارقطنى، على بن عمر. سنن دارقطنى.
- ذو المجدين، زين العابدين. فقه و تجارت.

-

راغب اصفهانی. مفردات الفاظ قرآن.

- زراعت. شرح قانون مجازات اسلامی.

- سنگلجی، محمد. دلائل السداد در قواعد فقه و اجتهاد.

- سیوری حلی، مقداد بن عبد الله. نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه. مكتبة آیت الله مرعشی نجفی. قم:

چاپ خیام، 1403 قم.

- شامبیاتی. حقوق جزای اختصاصی.

- شرتونی لبنانی، سعید خوری. اقرب الموارد. 3 ج. مكتبة آیت الله المرعشی النجفی. قم: ایران. سال 1403.

- شرف الدین. غیث اللغات.

- شهیدی تبریزی. میرزا فتاح. هدایة الطالب الی اسرار المكاسب. انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

قم: چاپخانه بهممن. 1407.

- شهیدی، مهدی. حقوق مدنی. تشکیل قراردادها و تعهدات.

- شهیدی، میر فتاح. هدایة الطالب.

- شیخ صدوق، ابی جعفر محمد بن علی حسین بن بابویه قمی. من لا یحضره الفقیه. چاپ دوم. انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- المقنن. نشر مؤسسه الامام الهادی. 1415 ق.

- عیون اخبار الرضا. تهران: انتشارات جهان.

- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن. نهاییه. قم: انتشارات قدس محمدی.

- استبصار فیما اختلف من الاخبار. تهران: نشر دار الکتب الاسلامیه. 1309 ق.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 518

- تهذیب الاحکام فی شرح المقننه. بیروت: دار صعب. دار التعارف. 1401 ق.

- خلاف. قم: نشر جماعة المدرسین. 1409 ق.



- مبسوط فى فقه الاماميه. تهران: نشر المكتبة المرتضويه. 1387 ق.

- شيخ مفيد، ابى عبد الله محمد بن محمد بن نعمان عكبرى بغدادى، مقنعه. مؤسسه نشر اسلامى.

- صانعى. حقوق جزاى عمومى.

- صفى پور. منتهى الارب فى لغة العرب.

- صفى پور، عبد الرحيم بن عبد الكريم. منتهى الارب فى لغة العرب. انتشارات كتابخانه سنائى.

- طبرسى. مجمع البيان فى تفسير القرآن.

- عراقى، آقا ضياء الدين. شرح تبصرة المتعلمين.

- علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر. نهج الصدق

و كشف الحق. نشر مؤسسة دار الهجرة. 1414 ق.

- ارشاد الاذهان. قم: نشر جماعة المدرسين.

- تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه. قم: نشر. مؤسسه آل البيت.

- تذكرة الفقهاء. منشورات المكتبة المرتضوية. طبعة حجرية.

- قواعد الاحكام فى معرفة الحلال و الحرام. قم: منشورات الرضى. طبعة حجرية.

- مختلف الشيعة. نشر مركز الابحاث و الدراسات الاسلاميه. 1412 ق.

- علامه مجلسى. بحار.

- علم الهدى، سيد مرتضى. انتصار. نجف: منشورات المطبعة الحيدرية. 1391 ق. افست. قم: منشورات شريف رضى.

- محكم و متشابه. طبعة حجرية.

- مسائل الناصريه. ضمن الجوامع الفقيهيه.

- على آبادى. حقوق جنايى.

- عماد الدين ابو جعفر محمد بن على بن حمزه. وسيله.

- عوده. تشريع الجنايى الاسلامى.

- فاضل لنكرانى. قواعد الفقيهيه.

قواعد فقيهيه (بجنوردى، سيد محمد)، ج 2، ص: 519

- فخر المحققين. ايضاح الفوائد. قم: نشر المطبعة العلمية.

- فخر رازى. تفسير كبير.

- فقه المذاهب.

- فيروزآبادى، محمد بن يعقوب. قاموس المحيط. بيروت: دار الويل، 1952.

- قريشى. قاموس القرآن.

- قلعه چى، محمد راوى. موسوعة فقه عبد الله بن عمر. بيروت: دار النفاس. چاپ اول. 1406 ق.

- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها.

- کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق. فروع کافی. چاپ سوم. دار الکتب الاسلامیه. چاپخانه حیدری تهران.

- گلدوزیان. حقوق جزای عمومی.

- مؤمن سبزواری، محمد باقر بن محمد. کفایة الاحکام. چاپ سنگی.

- محقق ثانی، علی بن حسین کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد.

- محقق حلی، ابو القاسم نجم الدین جعفر بن حسن. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ سوم. قم:

انتشارات دار المهدی. 1402 ق.

- مختصر النافع فی فقه الامامیه. چاپ دوم. مکتبه الاسلامیه کبری. تهران: چاپ مهر.

1402 ق.

- مرادی. شرکت و معاونت در جرم.

- مراغی حسینی، عبد الفتاح بن علی. عناوین الاصول

وقوانين الفصول. چاپ سنگی.

- مسعود، جبران. الرائد. چاپ اول. بیروت: دار العلم ملائین. 1964.

- معلوف یسوعی، لویس. المنجد. چاپ نهم. بیروت: المطبعة الكاتوليكية للاباء اليسوعيين. 1937.

- مقدس اردبیلی. مجمع الفائدة و البرهان. قم: منشورات جماعة المدرسين.

- مکارم شیرازی. تفسیر نمونه.

- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. قواعد الفقهیه. چاپ دوم، نجف، چاپخانه ادب، 1319 ق.

- موسوی عاملی، سید محمد بن علی. مدارك الاحكام فی شرح شرايع الاسلام. مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث. قم: چاپ مهر. 1410.

قواعد فقهیه (بجنوردی، سید محمد)، ج 2، ص: 520

- میرزای نائینی. المكاسب.

- نجفی، شیخ محمد حسن. جواهر الكلام. بیروت: نشر دار احیاء التراث العربی. 1981 م.

- نراقی، ملا احمد. عوائد الايام فی بیان الاحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام. چاپ سنگی عراقی. آفا ضیاء الدین. شرح تبصرة المتعلمین. قم: نشر جماعة المدرسين 1414 ق.

- نراقی، ملا محمد. مشارق الاحكام. چاپ سنگی.

- نسایی، ابو عبد الرحمن احمد بن علی بن شعیب. سنن نسائی.

- نوری طبرسی، میرزا حسین. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. چاپ سوم. مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

- ولیدی. حقوق جزای عمومی.

- حقوق جزای مسئولیت کیفری.

- یزدی، سید کاظم. حاشیة المكاسب.

- یوسف، موسی و صعیدی، عبد الفتاح. الافصاح فی فقه اللغة. چاپ سوم. بیروت: مکتب الاعلام الاسلامی.

1400 ق.

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 مبارك 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](http://www.ghbook.ir)

ایمیل: [Info@ghbook.ir](mailto: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](http://www.Ghaemiyeh.com)**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

