





صاحب امتیاز: محمدباقر تحریری - حوزه علمیه مروی
مدیر مسئول: محمد باقر تحریری
سر دبیر: امیرحسین منصوری نوری
هیئت تحریریه:

محمدباقر تحریری
امیرحسین منصوری نوری
عبدالحسین توده فلاح
مصطفی حاجی ولیئی
سید محمدحسن طاهایی
داوود الموسوی
محمدصادق خرسندی
هادی شمس آبادی
ویراستار: محمدجواد راستگو
مدیر داخلی: هادی شمس آبادی
مدیر هنری: حامد عطائی فرزانه
شمارگان: ۱۰۰۰

چاپ: ایران کهن
نشانی: تهران- خیابان ناصرخسرو- کوچه مروی - حوزه علمیه مروی
تلفن: ۰۲۱-۳۳۹۱۹۱۱۵

fehhvhaekmat1404@gmail.com



Ontology of Deception-Based Games and the Application of Jurisprudential Perspectives

Amirhossein Mansouri Nouri (Corresponding Author), Sajjad Shahbazi

Abstract

This study, motivated by the need to address deception-based games as a prevalent form of modern recreation, seeks to answer the main question: “What is the Islamic legal (fiqhi) ruling on deception-based games?” The authors, through analyzing data from studies and interviews with participants of such games, became familiar with how they are played and, by examining their components, attempted to apply fiqhi perspectives to the elements of these games in order to derive their legal ruling. The findings indicate that as long as these games do not involve intentional lying (kizb mukhbiri) or real deceit, and provided the other participants and spectators are aware of the trickery and the nature of these games, such games, in themselves and without being subject to any other prohibited category, are not forbidden. However, if another forbidden (haram) aspect is involved, or if the games entail any other corrupting element aside from deception, the fiqhi ruling must be determined based on that aspect or element.

Keywords

1. Child Marriage
2. Islamic Jurisprudence
3. Legal Guardian
4. Puberty Criterion
5. Social Harms



ماهیت شناسی بازی‌های کذب محور و تطبیق دیدگاه فقهی بر آن

امیرحسین منصوری نوری (نویسنده مسئول)^۱ - سجاد شهبازی^۲

چکیده

پژوهش حاضر با دغدغه‌ی پرداختن به بازی‌های کذب محور، به عنوان یکی از تفریحات رایج امروزی، به دنبال پاسخ‌گویی به پرسش اصلی «حکم فقهی بازی‌های کذب محور چیست؟» شکل گرفته است. نگارندگان با روش تحلیل داده‌های حاصل از مطالعه و گفت‌وگو با شرکت‌کنندگان این‌گونه بازی‌ها، در روند چگونگی اجرای آن قرار گرفته و با تحلیل اجزای آن، به تطبیق دیدگاه‌های فقهی بر ارکان این بازی‌ها، سعی در به دست آوردن حکم فقهی اجرای این بازی‌ها داشته‌اند. حاصل بررسی‌های این بازی‌ها چنین نشان می‌دهد: در صورتی که در این بازی‌ها کذب مخبری و قصد فریب جدی در کار نباشد و دیگر شرکت‌کنندگان و تماشاگران بازی، آگاهی به فریب و ماهیت این‌گونه بازی‌ها داشته باشند، این بازی‌ها به خودی خود و بدون تَرْتُّب عنوانی دیگر، حرام نخواهد بود. البته اگر عنوان حرام دیگری بر اجرای این بازی‌ها مترتب شود و این بازی‌ها مستلزم مفسده‌ی دیگری غیر از کذب باشد، باید حکم فقهی از جهت آن عنوان یا مفسده بررسی گردد.

کلیدواژه:

کذب خبری و مخبری، فریب، آگاهی مخاطب از وجود، بازی کذب محور.

۱. مدرس کلام و فلسفه دانشگاه تربیت دبیر شهید رجایی - استاد حوزه علمیه مروی

۲. طلبه سطح ۳ حوزه علمیه مروی



۱. مقدمه

نیاز به نشاط و شادابی، از نیازهای ضروری زندگی بشر شمرده می‌شود، به گونه‌ای که کیفیت، سلامت و حس رضایت‌مندی به میزان حس نشاط و شادابی وابسته است. از این رو، بشر در پی برآورده کردن این نیاز خود از راه‌های گوناگون بوده است که یکی از این راه‌ها، سرگرمی، بازی و تفریحات متنوع است تا در سایه‌ی نشاط حاصل از بازی، این شادی را در سراسر زندگی خود تسری دهد. از سوی دیگر، تغییر سبک زندگی و شرایط ویژه‌ی اقتصادی، افراد جامعه را واداشته تا اوقات زیادی را صرف تأمین هزینه‌های سنگین زندگی نمایند. برای رفع کسالت‌های ناشی از پذیرش مشاغل دشوار، چاره‌ای جز روی آوردن به تفریح و بازی‌های متناسب با سبک زندگی امروزی نیست تا با بازیابی روحیه، توان ادامه‌ی کار در افراد باقی بماند. بنابراین، در سبک زندگی امروزی، انسان‌ها برای تأمین نیازهای خود باید پیوسته مشغول کار و فعالیت‌های درآمدزا باشند و سرگرمی و بازی به ابزاری برای تجدید قوا و برطرف کردن یکنواختی و کسالت از زندگی تبدیل شده است.

همچنین، یکی دیگر از مسائلی که اهمیت بازی و تفریح را دوچندان می‌کند، مسئله‌ی اوقات فراغت و مدیریت این بخش از زندگی افراد جامعه است. در زندگی هر یک از افراد جامعه، در هر رده‌ی سنی و

جایگاه اجتماعی، زمان‌هایی وجود دارد که در آن هیچ‌گونه وظیفه‌ی الزامی نیست. یکی از راهکارهای پُرکردن این زمان‌ها، توجه به فعالیت‌ها و اشتغالات سرگرم‌کننده، تفریحی و تفتنی است.

توجه به این سه جهت (تأمین نشاط و شادابی، رفع کسالت‌های ناشی از سختی کار و پُرکردن اوقات فراغت)، اهمیت تفریح و بازی و جایگاه ویژه‌ی آن را در زندگی بشر نمایان می‌سازد و در حقیقت، بازی هم در سلامت روان و هم در سلامت جسم نقش‌آفرینی می‌کند.

دین مبین اسلام، به عنوان آخرین و کامل‌ترین برنامه‌ی سعادت دنیوی و اخروی بشر، به تمامی نیازهای مادی و معنوی انسان توجه ویژه‌ای دارد و دستورات خود را بر اساس نیازهای فطری، جسمی و روحی بشر صادر نموده است. این نگاه جامع دین به انسان و در نظر گرفتن همه‌ی نیازها، سبب شده تا دین به مقوله‌ی تفریح و بازی نیز توجه ویژه‌ای داشته باشد (پاینده، ۱۳۸۲، ص ۲۵۹). امیرالمؤمنین علیه السلام به ضرورت تقسیم‌بندی سه‌گانه زمان مؤمن اشاره می‌فرماید: «مؤمن وقت خویش را به سه بخش تقسیم می‌کند: بخشی را به مناجات با پروردگار اختصاص می‌دهد، بخشی دیگر را به اصلاح معاش (کسب درآمد حلال) می‌پردازد و بخشی را برای لذت‌جویی در حلال و زیبایی صرف می‌کند. برای عاقل تنها حرکت در سه چیز شایسته است: کسب



بازی و سرگرمی‌های طبیعت محور کمتر شده و نیاز به طراحی بازی‌هایی برای تأمین نیاز سرگرمی انسان احساس می‌شود. این بازی‌ها بر عملکرد انسان تکیه دارند و از آن‌جا که اعمال انسان تأمین‌کننده سرنوشت اوست، بی‌توجهی به حرمت یا اباحه اعمال می‌تواند سعادت انسان را خدشه‌دار کند. گاه حکم این بازی‌ها - مثل بازی‌های همراه با قمار یا ابزار قمار - به خوبی بررسی و تبیین شده و گاه به دلیل نوپدید بودن برخی از این بازی‌ها و سرعت فراگیری آن‌ها، فرصت کنکاش و بررسی همه‌جانبه‌ی حکم شرعی بازی‌های جدید فراهم نشده است. از این رو، پژوهش فقهی مستقلی که ناظر به تبیین حلیت یا حرمت بازی‌های جدید عصر حاضر باشد، کمتر یافت می‌شود. یکی از این بازی‌های نوپدید، بازی‌های کذب محور است.

برای جلوگیری از تکرار پژوهش‌های مرتبط با این موضوع، تحقیقات مرتبط در قالب پیشینه پژوهش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

این پژوهش، به دلیل ابتلا و جدید بودن موضوع آن، همچنین نداشتن پیشینه‌ی مستقیم، از اهمیت زیادی برخوردار است. تا آنجا که نگارندگان بررسی کرده‌اند، پژوهشی مرتبط در مورد حکم بازی‌های کذب محور یافت نشده است؛ اما مقاله‌ی «چیستی دروغ»، که در مورد ماهیت دروغ به طور تفصیلی توضیح داده است، از جهت بررسی حقیقت دروغ به مقاله حاضر ارتباط پیدا

حلال برای تأمین زندگی، یا گام نهادن در راه آخرت، یا به دست آوردن لذت‌های حلال» (ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، ۱۳۶۲ ه. ق: ۳۰۲؛ شریف رضی، ۱۳۷۰: حکمت ۳۸۲؛ نک: کلینی، ۱۳۶۵، ج ۵: ۸۷).

همچنین، از امام رضا علیه‌السلام نقل شده است که ایشان به تقسیم کردن زمان زندگی به چهار بخش توصیه فرموده‌اند: «تلاش کنید تا زمانتان چهار بخش باشد: قسمتی برای مناجات، بخشی برای تأمین زندگی، زمانی برای دیدار با دوستان مورد اعتماد که عیوبتان را به شما یادآور شوند و در نهان، دوستی خالصانه خود را نمایان سازند، و بخشی را به لذت‌های خود بپردازید و با این زمان، خود را برای سه بخش پیشین توانمند سازید» (منسوب به امام رضا علیه‌السلام، ۱۴۰۶ ق: ۳۳). در این روایت شریف، میزان توجه به تفریح و سرگرمی به خوبی نشان داده شده است؛ چراکه بهره‌مندی از سایر اوقات زندگی، وابسته به بهره‌مندی از اوقات تفریح معرفی شده است.

با وجود جایگاه و اهمیت تفریح و نشاط در دین و ضرورت اجتناب‌ناپذیر سرگرمی و بازی در زندگی بشر، دین مبین اسلام به ضابطه‌مند سازی و بیان چارچوب‌های سرگرمی و تفریح پرداخته و دوری از لهو و محرمات الهی را به عنوان حدود و چارچوب این بازی‌ها معرفی نموده است (رضاپور اکرتی، ۱۴۰۱).

با توجه به زندگی محدود امروز، فرصت



بعد از بیان ماهیت بازی‌های کذب‌محور، شایسته است به تبیین نظریه‌ی بازی‌ها و نقش بازی‌های کذب‌محور در آن پرداخته شود.

۱. تبیین نظریه‌ی بازی‌ها و نقش بازی‌های

کذب‌محور در آن

برای تبیین بازی‌ها و نقش بازی‌های کذب‌محور، باید به ترکیب این عنوان - «بازی‌های کذب‌محور» - که از دو مفهوم «کذب» و «بازی» تشکیل شده است، توجه داشت و دانست که این ترکیب، معنای قابل تفکیک از اجزای خود ندارد. به همین جهت، در بیان مراد از این ترکیب باید گفت: عمل گروهی که به منظور تفریح و سرگرمی انجام می‌شود و محور اصلی آن، نقش‌آفرینی غیرواقعی و کذب توسط شرکت‌کنندگان بازی است.

پس از تبیین بازی‌های کذب‌محور و مشخص شدن حدود و ثغور آن، بررسی ارکان و مختصات بازی‌های کذب‌محور ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا برای بررسی حکم فقهی هر موضوعی، ابتدا آن موضوع باید به دقت مورد بررسی قرار گیرد و شاخصه‌های اصلی و فرعی آن شناخته شود. پس از تبیین ماهیت این‌گونه بازی‌ها، احکام فقهی هر یک به صورت مجزا بر این موضوع تطبیق داده می‌شود. از این رو، در این بخش به بررسی ارکان و شاخصه‌های اصلی این بازی‌ها پرداخته می‌شود.

می‌کند. با این حال، این پژوهش به بررسی صدق یا عدم صدق دروغ حرام در یکی از مصادیق (بازی کذب‌محور) می‌پردازد.

در این پژوهش، ابتدا به ماهیت، ارکان، اهداف و آثار و پیامدهای بازی‌های کذب‌محور پرداخته می‌شود؛ سپس تطبیق حکم فقهی با توجه به ارکان تشکیل‌دهنده‌ی این‌گونه بازی‌ها صورت می‌پذیرد.

بخش اول: ماهیت بازی‌های کذب‌محور

«مافیا و شهروند» از جمله بازی‌های کذب‌محور به شمار می‌آید که سعی می‌کند در ذهن مخاطب، القای امری غیرواقعی کند. آنچه اغلب در این بازی نمایان می‌شود، فریب مخاطب در گفتار و ذهن است. البته، هدف پژوهش رسیدن به حکم کلی بازی‌های کذب‌محور است و «مافیا و شهروند» تنها به عنوان مثال ذکر شده‌اند؛ همان‌طور که در آیات و روایات مشاهده می‌شود، کذب چه در مقام جدی و چه در مقام هزل، مورد نهی واقع شده است. بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش حاضر «حکم فقهی بازی‌های کذب‌محور چیست؟» خواهد بود. برای دستیابی به این پرسش، ناچار باید به پرسش‌های فرعی نظیر: «شاخصه‌ی اصلی بازی‌های کذب‌محور چیست؟»، «اغرا و بازیگری به قصد بازی و تفریح از لحاظ فقهی و ارتباط آن با کذب چگونه تحلیل می‌شود؟» و «حرمت و حلیت بازی‌های کذب‌محور با توجه به معایب و مزایای آن چگونه تحلیل می‌شود؟» پاسخ داده شود.



۲. ارکان بازی‌های کذب‌محور

بررسی موارد مختلف بازی‌های کذب‌محور، گفت‌وگو با افرادی که تجربه‌ی این بازی‌ها را دارند و همچنین بررسی تاریخچه‌ی بازی، نشان می‌دهد سه شاخصه‌ی اصلی برای این‌گونه بازی‌ها وجود دارد:

۱. فریب و به خطا انداختن طرف مقابل برای

مخفی کردن واقعیت:

به نظر می‌رسد آگاهی به وجود فریب و به خطا انداختن طرف مقابل در این‌گونه بازی‌ها امری مسلم است. به عنوان مثال و تطبیق با مصداق واقعی، بازی مافیا که در ایران و کشورهای دیگر در حال رواج و بومی‌سازی است از این منظر مورد بررسی قرار می‌گیرد. این بازی به این صورت است که عده‌ای نقش مافیا دارند و هویت آن‌ها پنهان و مخفی است و عده‌ای دیگر نقش شهروند را دارند که باید مافیا را شناسایی و از بازی حذف کنند. در این بازی، افرادی که نقش مافیا دارند سعی می‌کنند با فریب مخاطب، خود را از مافیا بودن تبرئه کرده و شهروند نشان دهند. بنابراین این سؤال مطرح می‌شود که آیا علم به فریب و به خطا انداختن طرف مقابل مجوزی برای دروغ است یا خیر؟ همانطور که در مطالب فوق اشاره شد، زمانی که گوینده قصد فریب و به خطا انداختن طرف مقابل را داشته باشد، این امر دروغ محسوب می‌شود؛ اما ممکن است شخصی خبری خلاف واقع

بدهد ولی قصد فریب نداشته باشد. کسی که خبر خلاف واقع را به قصد شوخی، خنده و مزاح به دیگری می‌گوید، مثالی برای این نوع از کذب خواهد بود و می‌توان گفت این مزاح از انواع کذب حرام شمرده نخواهد شد؛ چرا که کذب وصف خبر است و کذب مخبری نیست. لازم به ذکر است عنوان «بازی» در بازی‌های کذب‌محور خود مؤید این مطلب است که همه شرکت‌کنندگان می‌دانند کاری که انجام می‌دهند بازی بوده و هیچ‌گونه قصد فریب جدی در آن وجود ندارد.

۲. واقع دیده شدن خلاف واقع:

یکی از امور مسلم و قطعی در بازی‌های کذب‌محور، جلوه دادن خلاف واقع به عنوان واقعیت است. برای روشن شدن موضوع، بازی مافیا بررسی می‌گردد؛ در بازی مافیا - که عده‌ای نقش مافیا (باند تبه‌کار) و عده‌ای نقش شهروند (افراد سالم در شهر) را ایفا می‌نمایند - گروه مافیا (به دنبال خبر دادن از امری خلاف واقع است) سعی می‌کند خبری بدهد که مطابق واقع نباشد. با توجه به این ویژگی بازی مافیا، این پرسش مطرح می‌شود که منظور از مطابقت با واقعیت چیست؟

معنای مطابقت با واقع:

در مطابقت، دو طرف وجود دارد: ۱. مراد متکلم. ۲. ظاهر کلام متکلم. در بحث کذب، اگر مراد از مطابقت، تطابق ظاهر کلام با واقع باشد، این مطلب در بحث توریه کاربرد دارد. در خصوص تطابق ظاهر و مراد متکلم، چند



احتمال قابل فرض است:

۱. ظاهر کلام به صورت هم‌زمان با واقع و با اعتقاد متکلم مطابقت داشته باشد.
 ۲. ظاهر فقط با اعتقاد متکلم مطابقت داشته باشد.
 ۳. ظاهر کلام تنها با واقع مطابقت داشته باشد.
 ۴. نه با واقع مطابقت داشته باشد، نه با اعتقاد (علامه مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۶۹، ص ۲۳۳).
- در مورد «صدق و کذب» سه نظر قابل فرض است:

۱. برخی عدم تطابق خبر با اعتقاد متکلم را کذب می‌دانند.
۲. برخی عدم تطابق خبر با واقع را کذب می‌دانند.
۳. برخی، عدم تطابق با هر دو را کذب می‌دانند (تفتازانی، ۱۳۷۶ه.ش، ص ۳۸).

می‌توان سه احتمال پیش‌گفته را در آیه‌ی منافقون نشان داد:

إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ (منافقون، آیه ۱). در این آیه، خبری که منافقین می‌دهند این است: «ما شهادت می‌دهیم که تو یقیناً رسول خدایی.» اگر مراد از کذب، عدم مطابقت خبر با واقع باشد، تکذیب منافقین صحیح نخواهد بود؛ زیرا خبری که درباره‌ی رسول

خدا بودن پیامبر می‌دهند، مطابق واقع بوده و نباید کذب باشد. از اینکه این خبر کذب خوانده شده، این نتیجه حاصل می‌شود که عدم مطابقت کلام با اعتقاد مُخبر معیار کذب است؛ که خبر منافقین چنین بود و آن‌ها اعتقاد به رسالت پیامبر نداشتند.

با توجه به اختلاف معنایی که در مورد کذب گفته شد، علامه طباطبایی برای حل این اختلاف، با تفکیک بین کذب خبری و مخبری، راه جمعی را ذکر کردند که شامل هر دو تعریف از کذب می‌شود. شرح این بیان علامه چنین است:

۱. کذب خبری: به معنی عدم مطابقت خبر با واقع و نفس‌الامر بوده و در این معنا، کذب وصف خبر است. پس در این صورت، هنگامی گفته می‌شود فلانی کاذب است که خبر او با واقع مطابقت نکند.
 ۲. کذب مخبری: صدق، مطابقت خبر با اعتقاد متکلم (مخبر) و کذب، عدم آن است. پس در این صورت، هنگامی گفته می‌شود فلانی کاذب است که خبر بر خلاف اعتقاد او باشد. (طباطبایی، ۱۳۵۰-۱۳۵۳ه.ش؛ ۱۳۹۰-۱۳۹۴ه.ق، ج ۱۹، ص ۲۷۹).
- پس در آیه مورد نظر، مراد کذب مخبری است نه خبری، و بدین ترتیب نزاع در مورد معانی کذب حل خواهد شد.

۳. اطلاع شرکت‌کنندگان از وجود واقع و



کذب اعتباری:

بر اساس بررسی‌های مختلف در مورد بازی‌های کذب‌محور، علم به وجود کذب و انکار آن توسط شرکت‌کنندگان در این‌گونه بازی‌ها امری مسلم است. به عنوان مثال در بازی مافیا که شرکت‌کنندگان علم به وجود کذب در بازی دارند، با توجه به این شاخصه، سؤال مطرح می‌شود که آیا علم شرکت‌کنندگان به کذب، مجوزی برای کذب به حساب می‌آید یا خیر؟ علم شرکت‌کنندگان به وجود کذب، دلیل بر جواز کذب نخواهد بود؛ بلکه کذب در دو موضع جایز است:

۱. ضرورت و اضطراب مانند حفظ جان، مال و ناموس خود و برادران ایمانی.
 ۲. به هدف اصلاح و ایجاد صلح و دوستی بین دو نفر (انصاری، ۱۴۴۲ه.ق، ج ۲، ص ۲۱ و ۳۲؛ مشکینی، ۱۳۹۲ه.ش، ص ۴۶۴).
- بنابر انحصار جواز در مواضع بالا می‌توان گفت در بازی‌های کذب‌محور نه ضرورتی هست و نه هدفی برای اصلاح و ایجاد دوستی بین دو نفر که دلالت بر جواز کذب کند، بلکه در بازی‌های کذب‌محور گوینده سعی می‌کند مخاطب را به اشتباه بیاندازد و از خبری که در واقعیت است دور کند.
۳. آثار، پیامدها و لوازم بازی‌های کذب‌محور
- الف) آثار ایجابی:

۱. تشخیص دروغگو:

کسی که مافیا می‌شود، با زیرکی خاصی خود را در نقش شهروند معرفی می‌کند. بنابراین شناخت مافیا می‌تواند بینش اجتماعی و سیاسی افراد را افزایش دهد و باعث شود افراد جامعه به راحتی هر دروغی را باور نکنند و بتوانند شخص دروغگو یا صادق را تشخیص دهند.

۲. قدرت بیان و استدلال:

در این بازی، برای اثبات اینکه شهروند یا مافیاست، شخص باید استدلال کند و از موضع خود دفاع نماید یا اگر مافیایی را شناسایی کرد، بتواند آن را با استدلال ثابت کند. این امر باعث می‌شود فرد قدرت بیان و استدلال و از همه مهم‌تر، شناخت استدلال صحیح از ناصحیح را بیاموزد.

۳. بالارفتن اعتماد به نفس:

ضرورت اعتماد به نفس امری روشن و بی‌نیاز از اثبات است. در بازی‌های کذب‌محور مانند مافیا، کسی که بتواند در جمع اتهام مافیا بودن را از خود رفع کند یا به هنگام حمله‌ی مافیا از خود دفاع کند، بازیکن خوبی است و بالا بودن اعتماد به نفس را نشان می‌دهد؛ چراکه توانسته بدون اضطراب و بدون تحمل فشار، اتهام مافیا بودن را از خود دور کند و به طور کامل از خود دفاع نماید. مزایای دیگری مانند بالا بردن روحیه، اعتماد صحیح به افراد جامعه و افزایش هوش و ذکاوت نیز در این بازی‌ها وجود دارد که آشکار است. با وجود اینکه برای بازی‌های



این نیز دروغ نخواهد بود، زیرا یافتن او برای شهروندها مفید است و از این جهت حتی توریه هم به حساب نمی‌آید، چه برسد به اینکه کذب شمرده شود. بنابراین دروغ آشکار و جدی در این نوع بازی‌ها وجود ندارد و اگر هم در این شرایط بازیکنی دروغی بگوید، مشمول حکم حرمت نخواهد بود؛ زیرا هرچند خبر خلاف واقع است، اما قصد فریبی در کار نیست. مانند کسی که در نقش شمر یا حرمه (که پیش‌تر به آن پرداخته شد) به بازیگری می‌پردازد و حکم به حرمت این نوع بازیگری نشده و گفته نمی‌شود این شخص کار حرامی مرتکب شده است.

۲. ارتباط بین زن و مرد:

اختلاط بین زن و مرد عنوان اصلی بر حرمت نیست، بلکه عنوان ثانوی به شمار می‌رود؛ زیرا اگر اختلاط موجب فساد شود یا احتمال مفسده داشته باشد، از باب مقدمه حرام، حرام خواهد بود و نمی‌تواند به عنوان اصلی در فقه مطرح شود. البته در بازی‌های کذب‌محور، اختلاط بین زن و مرد از مقومات این بازی‌ها نیست و می‌توان این بازی را با هم‌جنس نیز انجام داد.

۳. اطلاق وقت:

بی‌شک وقت، بزرگ‌ترین سرمایه بشر و عمر انسان است؛ مشروط بر اینکه برای رشد ظاهری و باطنی انسان صرف شود. اگر چنین نباشد، نه تنها سرمایه گران‌بهای نیست، بلکه به سرمایه‌ای شرم‌آور تبدیل خواهد شد.

کذب‌محور مزایایی متصور است، اما این مزایا با فرض اینکه در این بازی‌ها کذب حرام رخ دهد. که پیش‌تر نظر نگارندگان مبنی بر عدم تحقق کذب محرم در این بازی‌ها اعلام شده است. سبب حلیت کذب نخواهد شد؛ زیرا موارد جواز کذب منصوص بوده و با وجود این مزایا تغییر نمی‌کند.

ب) آثار سلبی:

۱. رواج کذب:

همان‌طور که در مطالب فوق اشاره شد، منظور از کذب، کذب مخبری است. بنابراین اگر کسی به صورت جدی و با قصد فریب و نیرنگ به دیگری دروغ بگوید و هدفش رسیدن به مقاصد پلید خود باشد، این کار تحت عنوان ظلم قرار گرفته و حرام خواهد بود. بازی‌های کذب‌محور که مافیایکی از مصادیق آن است، تحت این عنوان قرار نمی‌گیرند و از این منظر حرمت ندارند. اما باید دید که آیا سبب رواج کذب می‌شوند یا نه؟

به نظر می‌رسد در بازی مافیا، کسی که نقش مافیا دارد، لزوماً دروغ نمی‌گوید تا افراد گمان کنند او شهروند است و حتی نیازی ندارد تصریح کند "من مافیا نیستم". در روند بازی، تکرار این جمله که "من مافیا نیستم" ممکن است حتی شک مخاطب را نسبت به او بیشتر کند؛ به همین خاطر بازیکنان حرفه‌ای از بیان این جملات خودداری می‌کنند. ممکن است مافیا بگوید: "من برای شهر مفید هستم" و نگوید "من شهروندم".



بر همین اساس، امام سجاد (علیه السلام) در فرازی از دعای خود به خداوند عرض می‌کند: «بارالها! عمر مرا تا زمانی که صرف طاعت تو می‌شود، طولانی کن و هرگاه عمرم چراگاه شیطان گردد، جانم را بگیر.» (علی بن حسین، ۱۳۸۸ ش، ص ۷۵) به نظر می‌رسد اگر بازی‌های کذب‌محور از حد متعارف خارج شوند، عنوان لهُو می‌گیرند و در این صورت حرام خواهند بود؛ اما اغراض و اهداف این بازی‌ها، تفریح و تفرج است که از ضروریات زندگی بشر به شمار می‌رود.

۴. لهُو و لغو بودن:

لغو، کاری است که فایده مهمی ندارد و عاقل بنا بر اقتضای عقلش می‌گوید این کار برای من منفعتی ندارد؛ بنابراین در اصل، بازی لغوی وجود ندارد و برای کار بی ارزش حکمی مترتب نمی‌شود و فی نفسه منعی ندارد. لهُو نیز همانند لغو است؛ یعنی کاری که از امور مهم بازمی‌دارد و از یاد خدا غافل می‌کند. بنابراین اگر شخصی، بازی‌های کذب‌محور را از امور اصلی زندگی خود تلقی کند و به واسطه بازی، از کارهای مهم خود غافل شود، بازی برای او تحت عنوان لهُو قرار گرفته و مشمول حکم حرمت لهُو خواهد شد. معایب دیگری مانند جدل، تهمت، تحقیر، خودخواهی، ناراحتی و الفاظ نادرست نیز در این بازی‌ها وجود دارد و ممکن است اگر از حد متعارف بگذرد، تحت عنوان‌های حرام قرار گیرد؛ اما چون

هیچ یک از این‌ها از مقومات بازی نیستند، حرمت آن‌ها تحت عنوان ثانویه قرار گرفته و پرداختن به آن‌ها از حوزه این جستار خارج است.

با توجه به تعاریف پیش‌گفته درباره دروغ و بازی‌های کذب‌محور، این پرسش مطرح می‌شود که: منظور از کذب در بازی‌های کذب‌محور، خبری است یا مخبری؟ به نظر می‌رسد توجه به شاخصه‌های اصلی بازی‌های کذب‌محور، در روشن شدن حدود و ثغور کذب به عنوان نقطه ابهام این نوع بازی‌ها مفید خواهد بود.

پس از بررسی شاخصه‌های بازی کذب‌محور، به پرسش «اغراء و بازیگری به قصد بازی و تفریح، به لحاظ فقهی و ارتباط آن با کذب چگونه تحلیل می‌شود؟» پرداخته خواهد شد.

بخش دوم: تطبیق فقهی

۱. گزارشی جامع درباره دیدگاه فقها درباره

کذب

قبل از تعریف کذب باید گفت: حرمت کذب از ضروریات دین اسلام به شمار می‌رود و حرمت آن با ادله اربعه ثابت می‌گردد و هیچ‌یک از علما در حرمت کذب اختلافی ندارند؛ بنابراین در پژوهش حاضر، به تعریف کذبی که در حرمت آن اختلافی نیست پرداخته می‌شود.

۲. ماهیت کذب

الف) تعریف لغوی:



خبری است که متکلم، علم به نادرست بودن آن دارد و با قصد اینکه مخاطب، خبر را باور کند بیان می‌کند» (Mahon.Ja). بنابراین اگر شخصی به اشتباه و بدون قصد فریب، خبری بدهد که در واقع خلاف واقع است، کاذب نخواهد بود؛ چراکه خود، باور به نادرستی آن نداشته است. صاحبان فتوا با جمع بین این تعاریف، بین کذب خبری و مخبری تفاوت قائل شده‌اند و کذب مخبری را مشمول حکم شرعی دانسته‌اند (میانجی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۶۵۲؛ خمینی، ج ۲، ص ۳۱).

۳. حکم کذب

اگر کذب، وصف خبر باشد، امری تکوینی بوده و متعلق حکم شرعی نیست؛ اما اگر کذب وصف مخبر (مکلف) باشد، چون فعل مکلف به حساب می‌آید، مشمول حکم شرعی خواهد بود. بنابراین کذب حرام، کذبی است که مخبر، خبری خلاف واقع با قصد فریب مخاطب بیان کند.

۴. تطبیق بازی‌های کذب‌محور با ادله

حرمت

در این بخش سعی شده است که «حرمت و حلیت بازی‌های کذب‌محور با توجه به ادله حرمت» مورد تحلیل قرار گیرد. باید به این نکته نیز توجه شود که حرمت و حلیت بازی و سرگرمی برای افراد مکلف، بستگی به این دارد که از بازی چه هدفی دارند و با چه ابزاری بازی می‌کنند و چه مدت زمانی را

کذب به معنی دروغ، از مصدر ثلاثی مجرد است و فعل آن «كَذَّبَ يَكْذِبُ» می‌باشد (نساء: ۵۰). بررسی کتب لغت نشان می‌دهد که برای این واژه چهار معنا ذکر کرده‌اند که شرح آن به این صورت است: الف. کذب، مخالف صداقت است (فراهیدی، ۱۴۱۰ه، ج ۵، ص ۳۴۷). ب. گاهی به معنی واجب و گاهی به معنی از بین رفته است (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۱۰ و ۲۱۱).

ج. ضد راست‌گویی (ابن منظور، ۱۴۱۴ه، ج ۱، ص ۷۰۴).

د. خلاف واقع است؛ چه به صورت عمد و چه سهو (طریحی، ۱۳۷۵ش، ج ۴، ص ۲۷؛ میراحمدی و زارع، ۱۳۹۵؛ مشکینی، ۱۳۹۲ش، ص ۴۶۴).

ب) تعریف اصطلاحی:

برای تعریف دروغ، به ویژگی‌های مختلفی اشاره شده است. فقها و اهل لغت با نگاه به خبر، بدون توجه به گوینده آن - چه از روی عمد و قصد حکایتگری و چه از روی خطا باشد - گفته‌اند: «خبر خلاف واقع» است (مازندرانی، بی‌تا، ج ۹، ص ۳۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷۷؛ شهرکانی، ۱۴۳۰ق، ص ۵۷). با این تعریف، خبر خلاف واقع حتی اگر به قصد شوخی گفته شود نیز مصداق دروغ خواهد بود (مرعی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷۰؛ غدیری، ۱۴۱۸ق، ص ۴۷۴).

عده‌ای از اندیشمندان با تمرکز بر گوینده خبر، تعریف را این‌گونه بیان کرده‌اند: «دروغ،



صرف آن می‌کنند. سرگرمی با برخی اهداف، حلال و با برخی اهداف، حرام است. بازی و سرگرمی با برخی ابزار، اگر در مدت زمان طولانی باشد و انسان را از امور مهم و وظایف لازم بازدارد، به یقین حرام است. بنابراین هرگاه بازی و سرگرمی عنوان لهو، قمار، غنا یا هر عنوان حرام دیگری پیدا کند، حرام است. این‌که این عناوین با ابزار مخصوص به خودش ایجاد شود یا با ابزار دیگری، در حرام بودن آن تفاوتی ایجاد نمی‌کند.

۵. ارتباط کذب با اغراء و بازیگری به قصد

بازی و تفریح به لحاظ فقهی

از آن‌جا که در بازی‌های کذب‌محور تنها ابزار بیانی نیست که روند بازی را پیش می‌برد، بلکه حالات چهره و زبان بدن نیز در روند بازی نقش بسزایی دارند، ابزارهای غیر بیانی را می‌توان نوعی از بازیگری به شمار آورد؛ از این رو برای روشن شدن ابعاد فقهی این نوع بازی‌ها، تبیین رابطه‌ی بازیگری و کذب ضروری به نظر می‌رسد.

دروغ، سخنی است که گوینده آن در صدد بیان خبری (در مقابل انشاء) باشد؛ انسان برای اخبار نیازمند ابزار است و ابزارهای مختلفی برای بیان یک خبر به کار می‌رود. حالات چهره، زبان بدن و اشاره، به‌ویژه در میان ناشنویان را می‌توان از جمله‌ی این ابزارها به حساب آورد. اگر گوینده، اراده فریب و به خطا انداختن طرف مقابل را - اعم از استفاده از زبان گفتاری، نوشتاری

یا زبان بدن - داشته باشد، دروغ محسوب می‌شود، اما ممکن است مقصود اصلی و اولیه گوینده، قصد فریب واقعی طرف مقابل نباشد و فقط خبر خلاف واقع باشد؛ مانند بازیگری که در نقش شمر یا حرمه بازی می‌کند یا مانند بازیگری که در بازی «مافیا» و «شهروند» در نقش‌های مختلف ایفای نقش می‌کند. در این موارد، خبر خلاف واقع است، اما قصد فریب واقعی مخاطب وجود ندارد، چراکه مخاطب خود می‌داند که بازیگری بر این اصل استوار است و در بازی‌های کذب‌محور نیز مخاطب آگاه است که قصد فریب جدی وجود ندارد؛ بنابراین، دروغ محسوب نمی‌شود.

پس از آن‌که «ارتباط کذب با اغراء و بازیگری به قصد بازی و تفریح به لحاظ فقهی» مطرح شد، شایسته است به «حرمت و حریت بازی‌های کذب‌محور با توجه به معایب و مزایای آن» پرداخته شود.

در این بخش سعی شده است که «حرمت و حریت بازی‌های کذب‌محور با توجه به معایب و مزایای آن» مورد تحلیل قرار گیرد. باید به این نکته توجه شود که حرمت و حریت بازی و سرگرمی برای افراد مکلف، بستگی به این دارد که از بازی چه هدفی دارند و با چه ابزاری بازی می‌کنند و چه مدت‌زمانی را صرف آن می‌نمایند. سرگرمی با برخی اهداف حلال و با برخی اهداف حرام است. بازی و سرگرمی با برخی ابزار، اگر مدت‌زمان طولانی داشته باشد و انسان را



را نیز به دنبال داشته باشند؛ به عنوان نمونه، جدل و اتهام و برخورد تند با دیگران که موجب دل شکستگی و ایدای مؤمن می شود و خود حرام به شمار می رود. از این رو، بررسی مصادیق مختلف و شرایط بازیکنان در تعیین حکم آن دخیل است و اگر از این عناوین خالی باشد، می توان حکم به جواز آن صادر کرد؛ بنابراین نتیجه به دست آمده بر اساس نفی مفسد است. بدیهی است که با وجود مفسد مذکور، بازی تحت شمول عناوین ثانویه حرام قرار گرفته و از این جهت حرام خواهد بود.

از امور مهم و وظایف لازم بازدارد، یقیناً حرام است. بنابراین هرگاه بازی و سرگرمی، عنوان لهُو، قمار، غناء یا هر عنوان حرام دیگری پیدا کند، حرام خواهد بود. این که این عناوین با ابزار مخصوص خودشان ایجاد شود یا با ابزار دیگری، در حرام بودن آن تفاوتی ایجاد نمی کند.

۶. نتیجه

همان طور که در مطالب فوق به طور تفصیلی اشاره شد، با بررسی های انجام شده در بازی های کذب محور و گفتگو با افرادی که تجربه این سنخ بازی ها را داشته اند، نتیجه به دست آمده به این صورت است که در بازی های کذب محور، کذب مخبری صورت نمی گیرد و گوینده قصد فریب جدی ندارد و مخاطب می داند که در راستای پیشرفت بازی، مورد فریب قرار می گیرد؛ بنابراین، عدم جدیت در قصد فریب محرز است. استفاده از ابزار بازیگری نیز به دلایل ذکر شده، دروغ حرام در این بازی ها به شمار نمی رود. نگارندگان مزایایی نیز برای این بازی ها شمرده اند که به دلیل منصوص بودن ادله حلیت، سبب حلیت نمی شوند؛ معایب ذکر شده در این بازی ها نیز آن قدر گسترده نیست که موجب حرمت آن گردد. البته شایسته است به این نکته توجه شود که بازی های کذب محور ممکن است به دلایلی همچون ارتباط خارج از چارچوب با نامحرم، مشکل زا شوند و آثار سوء اخلاقی



منابع

۱۰. جوهری، ابو نصر، ۱۴۰۷ق، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملایین، بیروت، نوبت چاپ چهارم.
۱۱. حسن زاده، حسین، ۱۴۰۰ پاییز و زمستان، مقدمه‌ای برای هستی شناسی مفهوم کذب در قرآن، نشریه مدیریت دانش اسلامی، از صفحات ۸ تا ۲۸.
۱۲. حسینی شیرازی، محمد، ۱۴۲۲ق، استفتاءات حول الحجاب و النظر، موسسه المجتبی، بیروت، چاپ اول.
۱۳. خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۷، مصباح الفقاهه، مکتبه الداوری، قم-ایران، چاپ اول.
۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد بن مفضل، ۱۴۰۴ق، المفردات فی غریب القرآن، دفتر نشر الكتاب، چاپ دوم.
۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۱۲ه، المفردات فی غریب القرآن، دار القلم، دار الشامیه، دمشق بیروت، چاپ اول.
۱۶. رضائیان حق، معصومه، سترگ، طاهر، ۱۳۹۵ زمستان، حکم فقهی مصادیق لهو و لعب از منظر قرآن و روایات، نشریه پژوهشنامه نوین فقهی حقوقی زنان و خانواده، صفحات از ۱۱۶ تا ۱۵۴.
۱۷. سبحانی تبریزی، جعفر، ۱۴۱۳ق، الإلهیات علی هدی الكتاب و السنة و العقل، مؤسسة الإمام الصادق علیه السلام، قم ایران.
۱۸. شهرکانی، ابراهیم اسماعیل، ۱۴۳۰ه، شهرکانی، ابراهیم اسماعیل، ۱۴۳۰ه، قم.
۱. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، ۱۳۶۲ه، ق، تحف العقول عن آل الرسول صلی الله علیه، مؤسسه نشر اسلامی (جامعه مدرسین)، ایران-قم، چاپ دوم.
۲. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ه، لسان العرب، دارصادر، بیروت، چاپ سوم.
۳. اترک، حسین، ۱۳۸۸ پاییز، چیستی دروغ، مجله آینه معرفت، شماره ۲۰، از صفحه ۱۴۳-۱۷۲.
۴. احمدوند، محمدعلی، ۱۳۷۱س، روان شناسی بازی ۴، نشریه رشد معلم، از صفحات ۳۲-۳۷.
۵. انصاری، مرتضی، ۱۴۴۲، کتاب المکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ سی‌ام.
۶. بهجت، محمد تقی، ۱۳۸۶، استفتاءات (بهجت)، دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت، ایران - قم.
۷. پاینده، ابوالقاسم، ۱۳۸۲، نهج الفصاحه، نشر دنیای دانش، ایران - تهران.
۸. تفتازانی، مسعود بن عمر، ۱۳۷۶ه، ش، مختصر المعانی، دارالفکر، قم- ایران.
۹. جعفریان، مجید؛ تیموری فریدنی، علی اکبر، ۱۳۹۸ تابستان، مفهوم شناسی دروغ از نگاه اندیشمندان مسلمان و غربی، نشریه حوزه اخلاق، از ۱۲۳-۱۰۷.



- لبنان.
۲۸. الفراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۰۹هـ، العین، مؤسسه دار الهجرة،
۲۹. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، ۱۴۰۷ ق، الکافی، دار الکتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم.
۳۰. مازندرانی، محمد صالح، ۱۴۲۹هـ. ق، شرح اصول الکافی، دار احیاء الكتاب العربی، بیروت - لبنان.
۳۱. مجلسی، محمد باقر، ۱۴۰۳ق، بحار الانوار، ط دارالاحیاء التراث.
۳۲. مرعی، حسین عبدالله، ۱۴۱۳ هـ. ق، القاموس الفقهي، دار المجتبى، بیروت - لبنان.
۳۳. مشکینی اردبیلی، علی. محقق حمید احمدی جلفایی، ۱۳۹۲ هـ. ش، مصطلحات الفقه، مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث، قم - ایران.
۳۴. منسوب به امام رضا علیه السلام، ۱۴۰۶ق، الفقه الرضا، محقق مؤسسة آل البيت عليهم السلام، چاپ اول مشهد کنگر جهاني امام رضا علیه السلام.
۳۵. میانجی، علی، ۱۴۱۹هـ. ق، مکاتیب الرسول صلی الله علیه و آله و سلم، مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث، قم - ایران.
۳۶. میراحمدی، عبدالله، زارع، محبوبه، ۱۳۹۵ پاییز و زمستان، مقایسه «دروغ» پیامدهای تربیتی آن در اسلام و مسیحیت یا تحلیل اختلاف نظر معجم المصطلحات الفقهية، ذوی القربى، قم - ایران.
۱۹. الشيخ حر العاملى، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، وسائل الشیعه، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، چاپ اول.
۲۰. طباطبائی، سید محمد حسین، ۳۵۰- ۱۳۵۳هـ. ش؛ ۱۳۹۴-۱۳۹۰هـ. ق، المیزان فی تفسیر القرآن، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، بیروت - لبنان.
۲۱. طباطبائی، سید محمد حسین، بی تا، المیزان فی تفسیر القرآن، مؤسسه الاعلمی، بیروت، لبنان.
۲۲. طریحی، فخرالدین بن محمد، ۱۳۷۵هـ. ش، مجمع البحرين، مكتبة المرتضوية، تهران - ایران.
۲۳. عاملی، یاسین عیسی. ، ۱۴۱۳ هـ. ق.، الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية، دار البلاغة، بیروت - لبنان.
۲۴. عسکری، ابوهلال، ۱۴۱۲هـ، معجم فروق اللغویه، مؤسسة النشر الإسلامی، قم - ایران، چاپ اول.
۲۵. علامه مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، ۱۴۰۳هـ. ق، مؤسسه الوفاء، چاپ دوم
۲۶. علی بن حسین، ۱۳۸۸هـ. ش، صحیفه سجادیه، دارالعرفان، قم، ایران.
۲۷. غدیری، عبدالله عیسی ابراهیم. ، ۱۴۱۸ هـ. ق.، القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية، دارالرسول الاکرم صلی الله علیه و آله و سلم، بیروت -



میان اندیشمندان دو دین، نشریه
آموزه های تربیتی در قرآن و حدیث، از
صفحات ۹۳ تا ۱۱۲.

۳۷. میرخندان، سید عبدالله، خیری، حسن،
۱۴۰۱ پاییز و زمستان، واکاوی مفهومی
فراغت و سرگرمی از دیدگاه اسلامی،
نشریه مطالعات فرهنگی و اجتماعی
حوزه، از صفحات ۴۷ تا ۶۷.

۳۸. نراقی، مهدی بن ابی ذر، ۱۱۲۸. ۱۲۰۹،
جامع السعادات، الاعلمی، بیروت،
چاپ چهارم.

39. Mahon, James Edwin,
The Definition of lying and
Deception, First Published
ThuFeb 21, 2008

40. <https://rayad.org/%D8%AA%D8%A7%D8%B1%DB%8C%D8%AE%DA%86%D9%87%D8%A8%D8%A7%D8%B2%DB%8C%D9%85%D8%A7%D9%81%DB%8C%D8%A7/>
مربوط به تاریخچه
بازی مافیا



The Waiting Period (‘Iddah) of Women Without a Uterus

Moṣṭafa Haji Vali’i

Abstract

Various reasons lead physicians to perform hysterectomy (removal of the uterus) in women. The necessity or non-necessity of observing the iddah (waiting period after divorce or death of husband) for such women is among the issues this has posed for Islamic jurisprudence. In this paper, after examining the meaning and types of iddah, the situation of these women regarding the observance of iddah is discussed. Review of the evidence for the iddah of widowhood indicates that there is no exception in this regard; hence, even women without a uterus are obliged to observe this type of iddah. Regarding the iddah of divorce, based on the two principles of *istishab* (presumption of continuity) and *bara’a* (presumption of innocence/exemption), the necessity of observing iddah does not apply. According to primary jurisprudential rules, based on verse 228 of Surah al-Baqarah, verse 1 of Surah al-Talaq, and three narrations, every divorced woman must observe iddah. Finally, after analyzing three narrations and assessing their applicability, it was found that applying this evidentiary basis to women without a uterus is subject to doubt. Ultimately, based on primary jurisprudential rules on iddah, the necessity for women without a uterus to observe the waiting period is established.

Keywords

1. Idda
2. Hysterectomy
3. Idda of divorce
4. Women without uterus
5. Uterine examination
6. Islamic law
7. Fiqh rulings



عده زنان فاقد رحم

مصطفی حاجی ولیئی^۱

چکیده

دلایل مختلفی موجب خارج کردن زنان رحم توسط پزشکان شده است. لزوم و عدم لزوم رعایت عده‌ی طلاق برای این‌گونه زنان، از جمله مسائلی است که این امر در برابر فقه قرار داده است. در این نوشتار، ضمن بررسی معنا و انواع عده، به وضعیت این زنان نسبت به رعایت عده پرداخته شده است. بررسی ادله‌ی عده‌ی وفات چنین نشان می‌دهد که رعایت این عده هیچ‌گونه استثنایی ندارد؛ از این رو، زنان فاقد رحم نیز ملزم به رعایت این نوع عده هستند. در عده‌ی طلاق، مقتضای دو اصل استصحاب و برائت، عدم وجوب رعایت عده است. مقتضای قاعده‌ی اولیه را بر اساس آیه‌ی ۲۲۸ سوره بقره و آیه‌ی ۱ سوره طلاق و سه روایت، لزوم رعایت عده بر هر مطلقه‌ای دانسته شد. در مرحله‌ی آخر، برای به دست آوردن مقتضای ادله، سه روایت بررسی شده و شمول این ادله برای زنان فاقد رحم، مورد خدشه واقع گردید. در نهایت، با توجه به مقتضای قاعده‌ی اولیه در عده، لزوم رعایت عده برای زنان فاقد رحم به اثبات رسید.

کلیدواژه:

عده، اخراج رحم، عده مطلقه، زنان فاقد رحم، استبراء رحم

۱. دانش آموخته سطح ۴ مدرسه فقهی امام محمدباقر (علیه السلام) - استاد سطوح عالی حوزه علمیه مروی

**۱. مقدمه**

عارضه‌ای است که زن عادت ماهیانه و قدرت باروری ندارد.

بحث جواز انجام این عمل جراحی که موجب عقیم شدن زن می‌شود، در حال ضرورت و غیر آن، باید در جای خود بررسی شود. اما آنچه این نگاشته به دنبال بررسی آن است، یکی از احکام مترتب بر خارج نمودن رحم یعنی عده‌ی زنان بدون رحم می‌باشد که اهمیت طرح و بررسی این مسأله پوشیده نیست؛ چرا که در صورت عدم لزوم رعایت عده، زن می‌تواند بدون گذشت مدت زمان عده ازدواج نماید و در صورت لزوم رعایت عده، باید همچون زنان دیگر به این امر الهی گردن نهد و برای انجام ازدواج بعدی خود، باید مدت معینی را به عده‌نشینی سپری کند و زمان مشخصی از ازدواج قبلی او بگذرد.

۲. معنای عده**۲-۱. معنای لغوی:**

عده در لغت، مطابق بیان خلیل درالعین به معنای جماعت و گروه است: و العِدَّةُ جماعة قلت أو کثرت. (کتاب العین، ج ۱، ص: ۷۹)
عده به معنای جماعت است، خواه این جماعت اندک باشد یا کثیر.

در فرهنگ ابجدی چنین آمده است:
العِدَّة - ج عِدَد [عَدَّ]: گروه؛ «عِنْدِي عِدَّةٌ كُتِبَ»: تعدادی کتاب دارم؛ «عِدَّةُ الْمَرْأَةِ»:

یکی از مسائلی پیش روی جامعه‌ی امروزی، مسأله‌ی خارج کردن رحم زنان می‌باشد. امروزه به دلیل پیشرفت علم پزشکی، زنان می‌توانند با خارج کردن رحم، به زندگی طبیعی خود ادامه دهند؛ این عمل جراحی که با نام علمی هیستکتومی^۱ شناخته می‌شود، گاهی بدون هیچ دلیل و ضرورتی و با تقاضای خود زن انجام می‌گیرد. این جراحی که در اغلب موارد برای درمان مشکلات متعددی همچون دردهای لگنی، مشکلات قاعدگی، تومورها و دیگر بیماری‌های مربوطه به کار می‌رود، در واقع تغییر وضعیت طبیعی زن و دگرگون کردن دستگاه باروری وی به حساب می‌آید و با توجه به نوع عمل، قسمتی از رحم زن که به طور طبیعی به آن برای باروری نیاز دارد خارج می‌گردد.^۲

از آنجا که رحم، در عادت ماهیانه و دیدن خون حیض و باردار شدن زن نقش مؤثری دارد، با برداشته شدن این عضو، این دو روند طبیعی زن مختل می‌گردد و از این رو زنی که فاقد رحم شده دیگر خون حیض نمی‌بیند و عادت ماهیانه خود را از دست می‌دهد و همچنین قدرت باروری خود را در شرایط عادی و طبیعی داخل رحم، از دست می‌دهد. این عوارض، امری طبیعی و عادی برای زن به حساب نمی‌آید و به جهت

1. Hysterectomy

۲. رک <http://sog.org> به نقل از <http://niloulab.com/patients/hysterectomy>



عده زن، مدتی که زن پس از طلاق یا فوت شوهر باید صبر کند. (فرهنگ ابجدی، ص: ۶۰۲)

راغب اصفهانی در رابطه با عده چنین می‌گوید:

«وَالْعِدَّةُ: هِيَ الشَّيْءُ الْمَعْدُودُ. قَالَ تَعَالَى: وَمَا جَعَلْنَا عِدَّتَهُمْ [المدثر/ ۳۱] یعنی: عددشان. و قوله: فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ [البقرة/ ۱۸۴] یعنی: بر اوست روزهایی به تعداد آنچه فوت شده از زمانی دیگر، غیر از ماه رمضان. إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ [التوبة/ ۳۶] و العِدَّةُ: عده‌ی زن، ایامی است که با پایان یافتن آن ازدواج برای او جایز می‌شود. قَالَ تَعَالَى: فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا [الأحزاب/ ۴۹] فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ [الطلاق/ ۱]» (مفردات ألفاظ القرآن، ص: ۵۵۰)

عده: چیزی است که شمارش شده و کم یا قابل شمارش است: آیه: وَمَا جَعَلْنَا عِدَّتَهُمْ [۳۱/ المدثر] یعنی: عددشان. آیه: فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ [۱۸۴/ البقرة] روزهایی دیگر به جای آنچه از ماه رمضان فوت شده است و روزه بر عهده‌ی اوست. آیه: إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ [۳۶/ التوبة] یعنی تعداد ماه‌ها در نظر خداوند، دوازده ماه است.

العِدَّة:

عده‌ی زن، ایامی است که با پایان یافتن آن همبستری و ازدواج با او جایز می‌شود.

در آیات:

فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا [۴۹/ الأحزاب]¹

فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ [۸/ الطلاق]

وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ [۸/ الطلاق]

در کتاب قاموس قرآن چنین می‌گوید:

عِدَّة: (بکسر اول) شیء معدود است: «الْعِدَّةُ هِيَ الشَّيْءُ الْمَعْدُودُ» «فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ» [بقره: ۱۸۴]. هرکس از شما بیمار یا در سفر باشد، برای او تعداد معدودی از روزهای دیگر است. گاهی به معنای عدد نیز به کار می‌رود؛ مثل آیه‌ی:

إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا [توبه: ۳۶]

عده‌ی زن مطلقه، مدت معدودی است که باید در آن از ازدواج خودداری کند:

إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ [طلاق: ۱] (قاموس قرآن، ج ۴، ص: ۳۰۰)

بنابراین، عده در دو معنای لغوی گروه و چیز شمارش شده به کار رفته است. عده‌ی زنان نیز با توجه به معنای دوم آن، یعنی چیز شمارش شده گرفته شده است؛ چراکه عده‌ی زنان در اغلب موارد مشتمل بر عدد معینی است. (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۲، ص: ۲۱۱)²

معنای اصطلاحی:

مرحوم شهید ثانی رحمه الله علیه معنای

۱. کسانی که ایمان آورده‌اید اگر زنان مؤمنی به همسری برگزینید و قبل از دست زدن و همبستری با آنها طلاقشان دادید، دیگر عده‌ای بر عهده آنها ندارید که عده نگهدارید.

۲. «العدد جمع عده من العدد لغة لاشتماله عليها غالبا»



که زن حره، بعد از جدایی از همسر و یا کسی که وطی او محترم است (مانند وطی به شبهه)، باید صبر کند. این جدایی به سبب فسخ، طلاق، مرگ و یا از بین رفتن شبهه صورت پذیرفته است.

برخی در تعریف شرعی عده این چنین گفته اند:

«و في اصطلاح الشرع و المشرعة زمان خاص عینہ الشرع للمرأة، و منعها فيه عن الزواج بغیر من له العدة، و عن التزین بزینة، و عن واقعة زوجها في الجملة، و بانقضائه یحل لها الزواج.» (مصطلحات الفقه، ص: ۳۷۱)

عده در اصطلاح شرع و متشرعه، زمان خاصی است که شارع این زمان را برای زن تعیین کرده است. زن را در این مدت، از ازدواج مجدد با غیر شخصی که برای او عده نگه داشته است، از آرایش نمودن و از همبستری با شوهر در بعضی موارد، منع کرده است. با گذشت این مدت، ازدواج بر زن حلال می‌گردد.

۲-۲. انواع عده:

با توجه به ادله و کلمات فقها، دو دسته عمده برای عده می‌توان یافت:

«و العدة ضربان: أحدهما: عدة طلاق، و الآخر: عدة وفاة.» (المهذب (لابن البراج)، ج ۲، ص: ۳۱۵)

«العدة ضربان: عدة طلاق أو ما هو في حكمه، و عدة وفاة.» (الوسيلة إلى نیل الفضيلة، ص: ۳۲۴)

اصطلاحی عده را این چنین بیان می‌کند: «و شرعا: اسمٌ لمدّة معدودة تترتب فیها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعتید، أو التفجّع علی الزوج. و شرعت صيانة للأنساب و تحصینا لها من الاختلاط.» (مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۹، ص: ۲۱۳)

عده از نظر شرعی به مدت زمانی گفته می‌شود که در آن مدت، زن باید به جهت اطمینان از حامله نبودن، یا به جهت تعبد شرعی، و یا به جهت مصیبت مرگ شوهر، انتظار بکشد. وجه تشریع این حکم الهی، حفظ نسل‌ها از آمیخته شدن با یکدیگر است.

در الروضة البهیه، خود شهید چنین می‌فرماید:

«هي مدة تترتب فیها المرأة لتعرف براءة رحمها من الحمل، أو تعبدًا.» (الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، ج ۶، ص: ۵۷)

عده، مدت انتظار کشیدن زن است تا به حامل نبودن خود اطمینان نماید یا آنکه این حکم تعبدی است.

مرحوم صاحب جواهر رحمه الله علیه، شبیه این معنا را، بدون بیان حکمت تشریع عده، بیان می‌کند:

«و معناها شرعا أيام تربص المرأة الحرة بمفارقة الزوج أو ذي الوطء المحترم بفسخ أو طلاق أو موت أو زوال اشتباه.» (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۲، ص: ۲۱۱)

عده در شرع، به مدت زمانی گفته می‌شود



«[الفصل التاسع] العدة ضربان: عدة من طلاق و ما يقوم مقامه، و عدة من موت و ما يجري مجراه.» (إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، ص: ۴۶۳)

این عبارات گویای این مطلب است که عده دو نوع دارد: یکی عده طلاق و دیگری عده وفات.

برای تبیین حکم مسئله عده زنان فاقد رحم، باید به بررسی جداگانه این دو قسم از عده پرداخت. با توجه به مختصر بودن بحث عده وفات، ابتدا این قسم مطرح می شود و سپس به بحث دامنه دار عده طلاق پرداخته می شود.

عده برای دو دسته از زنان بیان شده است:

۱. دسته اول زنانی که همسران خود را از دست می دهند و شوهران آنان فوت می کنند.
۲. دسته دوم، زنانی هستند که از همسر خود جدا شده و شوهر آنان را طلاق داده است.

عده وفات:

از آنجایی که از رعایت عده وفات، هیچ زوجه ای استثناء نشده، حتی صغیره و یائسه و غیر مدخول بها نیز موظف به رعایت این نوع عده هستند، زنان فاقد رحم نیز مشمول این حکم هستند و نیازی به بررسی بیشتر در مورد آنان نیست؛ زیرا صرف زوجیت و وفات موجب این حکم است و امر دیگری که شبهه ای مدخلیت آن در حکم عده باشد،

با توجه به اطلاق ادله، منتفی است. به عبارت دیگر، قاعده ای اولیه در عده وفات، لزوم رعایت برای تمام اصناف زنان است و هیچ دلیل دیگری برای خروج صنفی از اصناف زنان بیان نشده است. زن فاقد رحم نیز طبق این قاعده، ملزم به رعایت عده وفات است.

برای آشکار شدن بهتر این اصل کلی، به برخی عبارات پرداخته می شود:

مرحوم کلینی رحمه الله علیه در الکافی شریف خود، در کتاب الطلاق، در بابی تحت عنوان «بَابُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَ مَا لَهَا مِنَ الصَّدَاقِ وَ الْعِدَّةُ»، روایاتی می آورد که همگی دال بر لزوم عده وفات بر زوجه ای غیر مدخول بها هستند. به عنوان نمونه به روایت اول این باب اشاره می شود: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا قَالَ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ وَ لَهَا الْمِيرَاثُ كَامِلًا وَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ كَامِلَةٌ.» (الکافی، ج ۶، ص: ۱۱۸)

در این روایت صحیح السند، امام علیه السلام در مورد مردی که از دنیا رفته و زوجه ای که با او مباشرت نکرده است، فرمودند: برای این زوجه نصف مهر و میراث کامل است و باید عده ای کامل را رعایت کند.

مرحوم شیخ صدوق رحمه الله علیه در کتاب من لا یحضره الفقیه، در کتاب الطلاق، باب «طَلَاقِ الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَ حُكْمِ



ازواج می‌کند.

مرحوم ابوالصلاح حلبی در کتاب کافی خود نیز به یکسان بودن تمامی ازواج در رعایت عده‌ی وفات تصریح می‌فرماید:

«وَأَمَّا عِدَّةُ الْحَرَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ قَبْلَ الدَّخُولِ وَ بَعْدَهُ وَمَعَ الْحَيْضِ وَ ارْتِفَاعِهِ فَأَرْبَعَةٌ أَشْهُرٌ وَعَشْرًا.» (الکافی فی الفقه، ص: ۳۱۳)

اما عده‌ی وفات زن حره، چه قبل از دخول و چه بعد از آن، چه عادت ماهیانه شود و چه نشود، چهار ماه و ده روز است.

مرحوم شیخ طوسی نیز در کتاب النهایه چنین می‌فرماید:

«وَعِدَّةُ الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا أَرْبَعَةٌ أَشْهُرٌ وَعَشْرَةٌ أَيَّامٍ، إِذَا كَانَتْ حَرَّةً، سِوَاءَ كَانَتْ زَوْجَةً عَلَى طَرِيقِ الدَّوَامِ أَوْ مَتَمَتَّعًا بِهَا، وَسِوَاءَ دَخَلَ بِهَا الرَّجُلُ أَوْ لَمْ يَدْخُل.» (النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص: ۵۳۶)

عده‌ی زنی که شوهرش از دنیا رفته، چهار ماه و ده روز است، در صورتی که حره باشد. در این حکم، فرقی بین زوجه‌ی دائم و زوجه‌ی متمتع نیست، همچنین فرقی بین مباشرت و عدم آن وجود ندارد.

از این عبارت نیز به خوبی واضح می‌شود که تمامی زنان در اجرای حکم عده مساوی هستند و هیچ زنی از آن استثناء نشده است. مرحوم ابن ادریس حلی در کتاب سرائر بر این مطلب ادعای لا خلاف نیز نموده است:

«فَأَمَّا عِدَّةُ الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا، إِنْ كَانَتْ حَرَّةً حَائِلًا، فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةٌ أَشْهُرٌ وَعَشْرَةٌ أَيَّامٍ، سِوَاءَ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً، مَدْخُولًا بِهَا أَوْ

الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ وَ بَعْدَهُ» روایاتی آورده که رعایت عده را به طور مطلق بر زنی که شوهرش از دنیا رفته است، ثابت می‌کند. از جمله روایت ذیل:

«وَسَأَلَ عُبَيْدُ بْنُ زُرَّارَةَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامَ عَنْ امْرَأَةٍ هَلَكَ زَوْجُهَا وَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا قَالَتْ لَهَا الْمِيرَاثُ وَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ كَامِلَةً وَ إِنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا فَلَهَا نِصْفُهُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا فَلَا شَيْءَ لَهَا.» (من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۰۷)

عبید بن زراره از امام صادق علیه السلام درباره‌ی زنی که شوهرش از دنیا رفته و با او مباشرتی نداشته، سوال پرسید. حضرت در پاسخ فرمودند: آن زن ارث می‌برد و باید عده‌ی کامل را رعایت کند و اگر برای او مهریه‌ای تعیین شده است، نصف آن برای اوست و اگر مهریه‌ای برای او تعیین نشده، چیزی به او نمی‌رسد.

مرحوم شیخ مفید در این باره می‌فرماید: «وَإِذَا تَوَفَّى الرَّجُلُ عَنْ زَوْجَةٍ حَرَّةٍ فَعَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَ لَوَفَاتِهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ سِوَاءَ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَ إِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً أَوْ بِالْغَا.» (المقنعة، ص: ۵۳۴)

زمانی که شوهر زن حره از دنیا برود، باید به مدت چهار ماه و ده روز عده‌ی وفات نگه دارد و در این حکم، تفاوتی بین مدخول بها و غیر آن و همچنین بین صغیره و کبیره نیست.

مرحوم شیخ مفید رحمه الله علیه در این عبارت، تصریح به عدم تفاوت بین انواع

غیر مدخول بها، بلاخلاف.» (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص: ۷۳۴)

اما عده‌ی زنی که شوهرش از دنیا رفته، اگر حره است و باردار نیست، چهار ماه و ده روز است. در این حکم، بین زوجه‌ی صغیره و کبیره و همچنین مدخوله و غیر آن، تفاوتی نیست و در این مسئله، اختلافی وجود ندارد. رعایت عده‌ی وفات، حتی برای زوج صبی نیز لازم است که در این مورد، نه تنها مباشرتی در کار نیست، بلکه امکان آن نیز به طور عادی وجود ندارد.

مرحوم شیخ طوسی می‌فرماید: «إذا زوج صبی صغیر غیر بالغ امرأة، فمات عنها، لزمها عدة الوفاة أربعة أشهر و عשרا.» (الخلاف، ج ۵، ص: ۵۸)

زمانی که پسر بچه غیر بالغ با زنی ازدواج کند و بعد از مدتی از دنیا برود، آن زن باید به مدت چهار ماه و ده روز عده نگه دارد.

بنابراین، با توجه به عبارات فقها و همچنین اطلاق آیه‌ی شریفه: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» (بقره، ۲۳۴)

و روایات، می‌توان گفت هر زوجه‌ای که شوهرش از دنیا رفته باشد، باید عده نگه دارد و این امر، منوط به مسئله‌ی دیگری نیست. از این رو، در بحث مورد نظر که عده‌ی زنان فاقد رحم است، باید گفت این زنان نیز مانند سایر زنان، ملزم به رعایت عده‌ی وفات

هستند و نیازی به بررسی وضعیت ایشان از جهت استثناء از حکم رعایت عده‌ی وفات نیست.

۳. عده طلاق زنان فاقد رحم:

بررسی وضعیت عده‌ی زنان بدون رحم در سه مرحله باید انجام پذیرد: مرحله‌ی اول مقتضای اصل عملی، مرحله‌ی دوم مقتضای قاعده و مرحله‌ی سوم مقتضای دلیل خاص.

۳-۱. مقتضای اصل عملی:

چند اصل در مسئله قابلیت تمسک را دارند، هرچند رابطه‌ی برخی با برخی دیگر رابطه‌ی حکومت باشد و با وجود اصل حاکم نوبت به اصل محکوم نرسد؛ اما در مقام احصاء ادله به اصل محکوم نیز اشاره می‌شود.

استصحاب:

یکی از اصول جاری در این مورد، اصل استصحاب است. جریان این اصل بدین صورت است که قبل از مفارقت از زوج یقین به عدم وجوب رعایت عده وجود دارد. با مفارقت، شک در وجوب رعایت عده می‌شود که استصحاب حکم به بقای یقین سابق، یعنی عدم وجوب رعایت عده می‌کند.

اگر به این استصحاب اشکال تبدل موضوع شود، این اشکال به حکم عرف به بقای موضوع مندفع می‌شود، به این بیان که موضوع در دید عرف «زن» می‌باشد و یکی از

۱. «و کسانی از شما که می‌میرند و همسرانی بر جای می‌گذارند، [همسران] چهار ماه و ده روز انتظار می‌برند.»



مراد از مقتضای قاعده این است که با توجه به نصوص و ادله‌ی عده، آیا عده نگاه داشتن بر هر زن مطلقه‌ای لازم است و عده‌ای از زنان، مثل زنانی که با آنان نزدیکی نشده، از این قاعده استثناء شده‌اند، یا آنکه چنین اصل وجود ندارد و اصل، نداشتن عده بوده و برای اثبات لزوم رعایت عده در هر مورد باید دلیلی خاص اقامه گردد.

وجه بررسی قاعده‌ی اولیه آن است که با به دست آوردن این قاعده می‌توان در موارد مشکوک که به جهت نوظهور بودن آن دلیلی خاص بر آن یافت نمی‌شود، مانند زنان فاقد رحم، به این قاعده مراجعه نمود. اگر قاعده‌ی اولیه لزوم رعایت عده باشد، زن فاقد رحم نیز مشمول این قاعده بوده و ملزم به رعایت عده است. اما اگر قاعده‌ی اولیه چنین نباشد، دیگر او ملزم به رعایت عده و تربص نخواهد بود. از این رو به بررسی قاعده‌ی اولیه پرداخته می‌شود.

دو قول در قاعده‌ی اولیه و ادله‌ی هر یک:

در مورد قاعده‌ی اولیه دو نظر بیان شده است. در واقع نظر دوم که نفی اصل است ناشی از نفی ادله‌ی دلیل وجود اصل می‌باشد. به بیان دیگر، در نفی قاعده‌ی اولیه لزوم رعایت عده بر زن مطلقه، نبود دلیل بر بودن چنین اصل کافی است. از این رو، رد ادله‌ی مثبت چنین قاعده‌ای در نفی آن کفایت می‌کند.

ادله‌ی اثبات قاعده‌ی اولیه لزوم رعایت

حالات آن که زوجیت می‌باشد تغییر کرده و همین امر موجب شک در بقای حکم سابق شده است. اگر این تغییر نبود، اصلاً شکی ایجاد نمی‌شد.

اگر در استصحاب، قول به عدم جریان آن در احکام کلیه پذیرفته شده باشد، (مصباح الأصول، ج ۲، ص: ۴۲) در این صورت نوبت به اصل بعد یعنی برائت می‌رسد.

برائت:

مسئله مورد بحث می‌تواند مجرای برائت عقلی و نقلی باشد.

برائت عقلی:

بیان برائت این است که در فرض قصور ادله، بیانی برای تکلیف زن فاقد رحم به رعایت عده نرسیده است و قبح عقاب بلا بیان شامل این مسئله می‌شود. بنابراین عقل در این مورد حکم به رفع تکلیف می‌کند. البته اگر مبنا در این بحث، مبنای حق الطاعه‌ای شد، در این صورت دیگر برائت عقلی جاری نخواهد بود که این بحث دیگری می‌شود.

برائت نقلی:

حدیث رفع، که مهم‌ترین دلیل بر برائت است، رفع حکم لزوم رعایت عده توسط زن فاقد رحم را بیان می‌کند؛ چرا که این حکم از موارد لایعلمون است که با حدیث رفع، رفع شده است.

مقتضای قاعده:



عده بر هر مطلقه

برای اثبات چنین قاعده‌ای، به برخی آیات و روایات زیر تمسک بسته‌اند: (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۲، ص: ۱۰۸)

۳-۲. آیات:

الف) «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ» (طلاق، ۱) ای پیامبر، زمانی که خواستید زنان را طلاق دهید، آنان را در زمان عده [آن زمانی که از عادت پاک شده و با همسر آمیزش نکرده باشند] طلاق دهید و حساب عده را نگه دارید.

نحوه‌ی دلالت:

با توجه به «احصوا العده»، فهمیده می‌شود که هر طلاق‌ی همراه با عده است و لفظ «النساء» نیز عام است و شامل تمامی زنان مطلقه، حتی زن فاقد رحم، می‌شود. هیچ وجهی هم برای تقييد «نساء» به زنانی که عده‌ی آنان بیان شده است وجود ندارد. از اضافی ضمير «هنّ» به عده، معلوم می‌شود برای تمامی زنان عده‌ای معین شده که باید آن عده را رعایت نمایند. بنابراین از آن قاعده‌ی عامی استفاده می‌شود.

ب) «وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ» (بقره، ۲۲۸)

زنان طلاق داده شده باید تا سرآمدن سه پاکی [از حیض را] انتظار برند.

نحوه‌ی دلالت:

بررسی آیات:

در دلالت هر دو آیه، اشکال شده است که این دو آیه عموم ندارند. به این بیان که آیه‌ی اول مقرون به قرینه‌ای است که با توجه به آن قرینه، مراد از «النساء» صنف خاصی از زنان است نه همه‌ی زنان؛ چرا که در چند آیه بعد همین سوره، عده‌ی زنان یائسه را در صورت شک بیان می‌کند و چنین می‌فرماید:

«وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ» (طلاق، ۴) و از زنانان، آنان که از عادت ماهانه مأیوسند، اگر در وضع آنها شک کنید، عده‌ی آنان سه ماه است.

در این آیه‌ی شریفه، عده‌ی سه ماه را منوط به شک در وضعیت زنان مأیوس از عادت ماهیانه کرده است. یکی از احتمالات متعلق این شک، حمل است. یعنی اگر در وضعیت باردار بودن این زن شک کردید، عده‌ی سه ماه بر این زن واجب است. معنای پذیرش این احتمال در آیه، با توجه به مفهوم مخالف آیه، عده نداشتن زنی است که از عادت ماهیانه مأیوس بوده و همچنین شکی در باردار شدن او نیست.

بنابراین، آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق دیگر



به نظر می‌رسد وجود احتمال موجب اجمال شود، در صورتی است که احتمال مستقر باشد و با قرائن و شواهد مندفع نشود. در غیر این صورت، اگر احتمال‌های مختلف دفع شوند و تنها یک احتمال باقی بماند، اجمالی به سراغ کلام نمی‌آید.

حال با بررسی آیه ۴ سوره طلاق می‌توان دریافت که آیا احتمال در متعلق شک در آیه احتمالی قوی است یا آن که وجوهی برای دفع این احتمال وجود دارد و با رفع این احتمال، مجالی برای مجمل شدن آیه و استفاده‌ی یک قاعده‌ی عمومی وجود ندارد.

بررسی «إن ارتبتم» در آیه‌ی چهارم سوره طلاق:

آیه‌ی چهارم سوره طلاق چنین است:
 «وَالَّذِي يَتَسَنَّي مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ
 إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالْأَنَى لَمْ
 يَحْضَنْ وَأُولَئِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ
 حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا»
 (طلاق، ۴)

و از زنان شما آنانی که از عادت ماهیانه ناامیداند، اگر شک دارید، عده‌ی آنان [پس از طلاق] سه ماه است. و [هم‌چنین عده‌ی زنانی که عادت نشده‌اند [سه ماه است] و [پایان] عده‌ی زنان باردار روزی است که وضع حمل می‌کنند. و هر که از خدا پروا کند، برای او در کارش آسانی قرار می‌دهد. در مورد اینکه مراد از «إن ارتبتم» چیست،

عام نخواهد بود و قسمی از زنان را شامل خواهد بود که همان زنانی هستند که بارداری آنان مورد شک واقع می‌شود. این احتمال موجب اجمال آیه و عدم امکان تمسک به آن برای یک قاعده‌ی عمومی می‌شود.

به عبارت دیگر:

«عده‌نشینی سه ماهه در این آیه، در گرو شک است که ظاهر در شک نسبت به آبستنی و احتمال آن است. پس مفهوم آیه می‌رساند که بان بود احتمال آبستنی در چنین زنی، عده‌ای بر او نیست. چه بسا بتوان از آیه دریافت که هرگاه احتمال آبستنی نباشد، جایی برای عده نیست. پس این دنباله، خود، قرینه‌ی همراه و پیوسته‌ای است که گستردگی ابتدای آیه را محدود ساخته و از پا گرفتن اطلاق و عموم جلوگیری می‌کند.»
 (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۲، ص: ۱۱۰)

آیه‌ی دوم نیز با توجه به لفظ «قروء» که بیان‌کننده‌ی عده‌ی زنانی است که عادت ماهیانه دارند، معلوم می‌شود که مراد از «المطلقات» زنانی هستند که عادت ماهیانه دارند و شامل تمام زنان نمی‌شود.

نقد و بررسی:

در مورد آیه‌ی دوم، به نظر می‌رسد اشکال وارد است، اما در مورد آیه‌ی اول، اینکه آیا با احتمال در متعلق شک در آیه‌ی چهارم سوره طلاق، آیه‌ی اول این سوره مجمل می‌شود، جای بررسی بیشتری دارد.



میان مفسران اختلاف وجود دارد.

دیدگاه مرحوم شیخ طوسی رحمه الله علیه
شیخ طوسی در تفسیر «التبیان» چنین
توضیح می دهد:

«وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ
نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ» یعنی
آن یائسه من المحيض إذا كانت ترتاب
بنفسها و لا تدري أرتفع حيضها لكبر أو
عارض (فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) وهي التي قلنا
أولاً أن مثلها تحيض، لأنها لو كانت في سنٍّ
من لا تحيض لم يكن لريبتها معنى. و قال
الزهري و عكرمة و قتادة (إِنْ ارْتَبْتُمْ) فلم تدرؤا:
للكبر أو لدم الاستحاضة، فالعدة ثلاثة أشهر،
و قال قوم: إِنْ ارْتَبْتُمْ فلم تدرؤا الحكم في ذلك
فعدتهن ثلاثة أشهر. (التبیان في تفسیر
القرآن، ج ۱۰، ص: ۳۳)

مراد از این آیه آن است که زن یائسه اگر
شک کند که قطع حیض او به دلیل بزرگسالی
است یا به خاطر عارضی است، عده‌ی او سه
ماه است. این همان قول اول ماست که امثال
او عادت می شوند، چرا که اگر همسالان او
عادت نشوند، دیگر شک کردن معنا ندارد.

زهري و عكرمة و قتاده گفته اند مراد از
«إِنْ ارْتَبْتُمْ» آن است که اگر نمی دانید قطع
حیض به جهت بزرگسالی است یا به جهت
خون استحاضه، عده‌ی سه ماه می باشد.
برخی نیز گفته اند اگر شک کردید و حکم
مسئله را ندانستید، عده‌ی آنان سه ماه است.

دیدگاه مرحوم طبرسی

مرحوم طبرسی در تفسیر این آیه می گوید:

«إِنْ ارْتَبْتُمْ» فلا تدرؤن لكبر ارتفع حيضهن
أم لعارض ثلاثة أشهر، و هن اللواتي أمثالهن
يحضن لأنهن لو كن في سن من لا تحيض
لم يكن للارتباب معنى، و هذا هو المروي
عن أئمتنا (عليهم السلام) و قيل معناه
إن شككتم فلم تدرؤا أدمهن دم حيض أو
استحاضة «فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ» عن مجاهد
و الزهري و ابن زيد، و قيل معناه إن ارتبتم في
حكمهن فلم تدرؤا ما الحكم فيهن. (مجمع
البيان في تفسیر القرآن، ج ۱۰، ص: ۴۶۱)

«إِنْ ارْتَبْتُمْ»؛ اگر در شک و ریب شدید
و نتوانستید تشخیص دهید که به دلیل
سالخوردگی است که حیض از آن ها برداشته
شده یا برای عارضی است، عده‌ی آن ها سه
ماه است. این زنان همان هایی هستند که
امثال آن ها حیض می بینند، چرا که اگر در
سن کسی بودند که حیض نمی شد، معنایی
برای ارتباب وجود نداشت. این، آن چیزی
است که از امامان ما (علیهم السلام) روایت
شده است.

مجاهد، زهري و ابن زيد گوید: یعنی اگر
شما شک کردید و ندانستید که آیا خون آن ها
حیض است یا استحاضه. پس عده‌ی آن ها
سه ماه است.

و برخی گفته اند: یعنی اگر درباره‌ی حکم
آن ها شک کردید و ندانستید حکم آن ها
چیست.

دیدگاه علامه طباطبایی رحمه الله علیه
علامه طباطبایی در تفسیر «المیزان»
چنین می فرماید:



در تفسیر «الأمثل فی تفسیر کلمات الله المنزل» آمده است:

«يقول تعالى في بداية الأمر: «وَالْأَيُّ يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ فَمَدَّةُ الْعِدَّةِ حِينَئِذٍ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ» (الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، ج ۱۸، ص: ۴۱۶)

خداوند متعال در ابتدا می‌فرماید: «وَالْأَيُّ يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ؛ پس اگر در وجود حمل و باردار بودن زن شک کردید، مدت عده سه ماه است.

تحلیل احتمالات و نتیجه‌گیری

همان‌طور که مشاهده شد، درباره‌ی «إِنْ ارْتَبْتُمْ» احتمالات مختلفی مانند شک در اصل حکم عده، شک در حمل، شک در علت قطع حیض و... داده شده است. اگر صرفاً این احتمالات را بدون بررسی قرائن و روایات و بدون اختیار یکی و رد بقیه، در نظر بگیریم، این آیه موجب اجمال آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق می‌شود.

اما به نظر می‌رسد احتمال شک در حمل زن، که موجب اجمال آیه‌ی اول می‌شود، احتمالی است که وجهی برای آن بیان نشده است.

برای احتمال شک در حکم و جهل نسبت به آن، مرحوم سید مرتضی رحمه الله علیه شواهدی از جمله روایتی در شأن نزول این آیه نقل کرده است (الانتصار فی انفرادات الإمامية، ص: ۳۳۶) و مرحوم طبرسی نیز

«قوله تعالى: وَالْأَيُّ يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ المراد بالارتباب الشك في يأسهن من المحيض أ هو لكبر أم لعارض، فالمعنى: و اللائي ينسن من المحيض من نسائكم و شككتكم في أمر يأسهن أ هو لبلوغ سنهن سن اليأس أم لعارض فعدتهن ثلاثة أشهر. وقوله: وَالْأَيُّ لَمْ يَحْضَنْ عطف على قوله: وَالْأَيُّ يَنْسَنَ إلخ، والمعنى: و اللائي لم يحضن و هو في سن من تحيض فعدتهن ثلاثة أشهر.» (الميزان في تفسير القرآن، ج ۱۹، ص: ۳۱۶) واژه‌ی «ارتباب» که مصدر

فعل «ارتبتم» است، به معنای شک و تردید است. در خصوص آیه، منظور شک در یائسه شدن است؛ چون ممکن است زنی حیض نبیند، ولی شک داشته باشد که حیض ندیدن او به خاطر کبر سن است یا به خاطر عارضه‌ای مزاجی. پس معنای آیه چنین است: آن زنانی که از حیض یائسه می‌شوند، اگر در علت یائسه شدنشان شک داشته باشید که آیا به خاطر رسیدن به حد یائسگی است یا به خاطر عارضه مزاجی، در صورتی که طلاقشان دادید باید سه ماه عده نگه دارند.

«وَالْأَيُّ لَمْ يَحْضَنْ»؛ این جمله عطف است بر جمله‌ی «وَالْأَيُّ يَنْسَنَ...» و معنای آن چنین است که زنانی که در سن حیض هستند ولی حیض ندیده‌اند، نیز عده‌ی طلاقشان سه ماه است. دیدگاه تفسیر «الأمثل»



ادعا می‌کند که تفسیر «إن ارتبتم» به شک در سبب قطع دم حیض (که آیا سن یائسگی است یا عارضه‌ی دیگری) مطابق با روایات اهل بیت (علیهم السلام) است. (مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۱۰، ص: ۴۶۱) اما کسانی که شک در بارداری را مطرح کرده‌اند، قرینه‌ای نیاورده‌اند و تنها ظهور آیه را قرینه‌ی این مدّعا بیان کرده‌اند. (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۲، ص: ۱۱۰)

بدین ترتیب، می‌توان گفت تنها احتمالی که موجب مجمل شدن عموم آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق می‌شود، فاقد شاهد و قرینه است و ادعایی صرف می‌باشد. بنابراین، عموم آیه‌ی اول به قوت خود باقی می‌ماند و می‌توان ادعا کرد با توجه به این آیه، قاعده‌ای عمومی مبنی بر لزوم رعایت عده توسط تمامی اصناف زنان مطلقه استفاده کرد.

۳-۳. روایات:

برای قاعده‌ی لزوم عده بر هر مطلقه‌ای، به برخی از روایات نیز تمسک شده است.

۱. روایت داود بن سرحان

مرحوم کلینی در کافی دو طریق برای این روایت نقل می‌کند:

«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرِ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ عِدَّةُ الْمُطَلَّاقَةِ ثَلَاثَةٌ قُرُوءٌ أَوْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ إِنْ لَمْ تَكُنْ تَحِيضُ.»

(عده‌ی زنان طلاق داده‌شده، یا سه قُرُوء است و یا سه ماه در صورت نداشتن عادت

ماهیهانه).

«حَمَيْدٌ عَنْ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) مِثْلَهُ.» (الكافي، ج ۶، ص ۹۰) طریق اول به جهت سهل بن زیاد مورد بحث قرار گرفته است، اما برخی اعظام، وثاقت و امامی بودن ایشان را اثبات کرده‌اند. (درس خارج آیت الله شبیری زنجانی، کتاب الخمس، سال دوم، جزوه شماره ۱۰۱). بنابراین، طریق اول صحیح است و مشکلی ندارد.

طریق دوم به جهت حمید بن زیاد الکوفی، الحسن بن محمد بن سماعه و جعفر بن سماعه که هر سه نفر واقفی هستند اما توثیق شده‌اند، مؤثقه می‌شود و از این رو باز هم معتبر است.

از نظر دلالت، لفظ «المطلّقه» در روایت، مطلق است و قیدی به گروهی خاص از زنان نخورده است و شامل تمامی اصناف زنان خواهد بود. بنابراین، تمامی زنان موظف به رعایت عده هستند و این عده برای زنانی که عادت ماهیهانه دارند سه پاکی و برای زنانی که عادت ندارند سه ماه خواهد بود. بنابراین، با توجه به اطلاق، می‌توان قاعده‌ی اولیه لزوم رعایت عده را استفاده نمود.

اگر به اطلاق روایت این‌گونه اشکال شود که در مقام بیان مقدار عده است و نه در مقام بیان اصناف زنانی که باید عده نگه دارند، (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۲، ص: ۱۱۲) می‌توان گفت: به نظر



عَاصِمُ بْنُ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ الْمُطَلَّقةُ تَعْتَدُ فِي بَيْتِهَا وَلَا يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تَخْرُجَ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا وَ عِدَّتُهَا ثَلَاثَةٌ قُرْوَءٌ أَوْ ثَلَاثَةٌ أَشْهُرٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحِيضٌ. (الكافي، ج ۶، ص ۹۰)

محمد بن قیس از امام باقر (علیه السلام) نقل می‌کند: زن طلاق داده شده در منزل خودش عده را نگه می‌دارد و شایسته‌ی او نیست از منزل خارج شود تا اینکه عده‌ی او تمام شود که عده‌ی او سه قرء یا سه ماه است مگر آن‌که عادت شود.

این روایت نیز مانند روایت قبل است. بنابراین، از مجموع این روایات و آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق، قاعده‌ی اولیه در مورد لزوم عده‌ی تمامی زنان استفاده می‌شود. اگر موردی بخواهد از آن استثناء شود، باید دلیلی خاص اقامه شود. پس اگر دلیلی بر نفی یا اثبات عده‌ی زنان فاقد رحم یافت نشد، طبق این قاعده‌ی اولیه باید عده را رعایت کنند. مقتضای ادله:

بعد از بررسی مقتضای اصول و قاعده‌ی اولیه، باید ادله‌ی خاصه را مورد دقت قرار داد. برای بحث عده‌ی زنان فاقد رحم به سه دسته روایت تمسک شده است: (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۲، ص: ۱۱۳)

- دسته اول: روایات دال بر عدم لزوم عده بر زنی که او و امثال او باردار نمی‌شوند.

- دسته دوم: روایات دال بر عدم لزوم عده بر زنی که او و امثال او عادت

می‌رسد ظاهر روایت با توجه به لفظ (عده المطلقه) گویای عده داشتن هر زن مطلقه است و در فرض شک که آیا در مقام بیان این جهت است یا خیر، اصل در مقام بیان بودن است. از این رو، اشکال در مقام بیان بودن از این جهت از روایت مندرج می‌گردد.

۲. صحیح‌هی حلبی

مرحوم کلینی در کتاب شریف کافی چنین آورده است:

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ لَا يَنْبَغِي لِلْمُطَلَّقةِ أَنْ تَخْرُجَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا ثَلَاثَةَ قُرْوَءٍ أَوْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ إِنْ لَمْ تَحِضْ». (الكافي، ج ۶، ص ۹۰)

(شایسته‌ی زن مطلقه نیست که از منزل بدون اجازه‌ی شوهرش خارج شود تا زمانی که عده‌ی او - سه قرء یا سه ماه در صورت نداشتن عادت ماهیانه - تمام شود).

سند این روایت از اسانید مشهوره‌ی مرحوم کلینی در کافی است و بحثی در صحیح بودن این روایت وجود ندارد. دلالت این روایت مانند روایت گذشته است که «المطلقة» اطلاق دارد و شامل تمامی اصناف می‌شود و اشکال و پاسخ نیز در این روایت مطرح می‌شود.

۳. روایت محمد بن قیس

مرحوم کلینی در کتاب کافی نقل می‌کند: «عَلِيُّ بْنُ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ



ماهیهانه ندارند.

۳. دسته سوم: روایات بیان‌کننده علت و فلسفه عده.

از میان این سه دسته، به دو دسته‌ی اول بر اثبات عدم لزوم عده بر زن فاقد رحم استناد شده است و دسته‌ی سوم فاقد صلاحیت لازم از حیث سند یا دلالت بیان شده است. اما به نظر می‌رسد ادعایی که در مورد دو دسته‌ی نخست شده است قابل اشکال می‌باشد، که برای واضح شدن مطلب به بررسی تفصیلی این سه دسته روایت پرداخته می‌شود.

دسته‌ی نخست: روایات دال بر عدم لزوم عده بر زنی که او و امثال او باردار نمی‌شوند در این دسته دو روایت بیان شده است:

۱. روایت محمد بن مسلم.

۲. مرسله‌ی جمیل بن درّاج.

با توجه به ارسال در روایت دوم از بررسی آن چشم‌پوشی کرده و تنها به روایت اول پرداخته می‌شود.

این روایت که کافی آن را نقل نموده و با سند مرحوم کلینی در تهذیب و استبصار نیز آورده شده، چنین است:

«أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ وَ الزَّرَّازِ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ وَ حَمِيدُ بْنُ زِيَادٍ عَنِ ابْنِ سَمَاعَةَ جَمِيعاً عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: الَّتِي لَا تَحْبَلُ مِثْلَهَا لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا» (الكافي، ج ۶، ص ۸۵ - تهذیب الأحكام، ج ۸، ص ۶۷ -

الاستبصار، ج: ۳، ص: ۳۳۸)

محمد بن مسلم از امام باقر عليه السلام نقل می‌کند که حضرت فرمودند: زنی که امثال او باردار نمی‌شوند، عده ندارد.

این روایت مشتمل بر سه سند است که در سند سوم حمید بن زیاد کوفی واقعی قرار گرفته است و سند سوم به لحاظ او موثق می‌شود، اما تنها مشکل این سه سند در محمد بن حکیم است که برای او توثیق صریحی بیان نشده است، اما به قرآنی توثیق می‌شود:

۱. نقل مشایخ ثلاث (صفوان، بن‌زطی،

ابن ابی عمیر) از او.

۲. اکثار اجلاء از او (کثرت نقل صفوان).

۳. روایت کردن یونس بن عبدالرحمن از او.

۴. واسطه‌ی بحث امام کاظم عليه السلام با

دیگران و خرسندی امام عليه السلام از او. (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۲۳، ص:

(۷۱۷)

بنابراین دو سند اول روایت صحیح و سند سوم موثق می‌شود.

در مورد دلالت این حدیث بر محل بحث گفته شده: زنی که رحم او خارج شده است به هیچ‌وجه باردار نمی‌شود و امثال او نیز که رحم ندارند باردار نمی‌شوند، بنابراین روایت شامل محل بحث گشته و عده‌ای بر زن فاقد رحم لازم نیست.

دسته‌ی دوم: روایات دال بر عدم لزوم عده بر زنی که او و امثال او عادت ماهیهانه



ندارند

در این دسته به دو روایت اشاره شده است:

۱) صحیح‌هی حماد بن عثمان:

«رَوَى الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الْبَتِي قَدْ بَيَّسَتْ مِنَ الْمَحِيضِ وَالَّتِي لَا تَحِيضُ مِثْلَهَا قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ.» (تهذيب الأحكام، ج ۸، ص ۶۶)

حماد بن عثمان می‌گوید از امام صادق عليه السلام در مورد زنی که از عادت ماهیانه مایوس شده و زنی که امثال او عادت ماهیانه ندارند سوال پرسیدم. حضرت فرمودند: عده ندارد.

۲) روایت عبدالرحمن بن حجاج:

«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: ثَلَاثٌ يَتَزَوَّجْنَ عَلَى كُلِّ حَالٍ الْبَتِي لَمْ تَحِيضْ وَ مِثْلُهَا لَا تَحِيضُ. قَالَ: قُلْتُ وَ مَا حَدُّهَا؟ قَالَ: إِذَا أَتَى لَهَا أَقْلٌ مِنْ تِسْعِ سِنِينَ وَالَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَالَّتِي قَدْ بَيَّسَتْ مِنَ الْمَحِيضِ وَ مِثْلُهَا لَا تَحِيضُ. قُلْتُ: وَ مَا حَدُّهَا؟ قَالَ: إِذَا كَانَ لَهَا خَمْسُونَ سَنَةً.» (الكافي، ج ۶، ص: ۸۷)

امام صادق عليه السلام فرمودند: سه گروه از زنان هستند که در هر شرایطی (بدون رعایت عده) می‌توانند ازدواج کنند:

۱. زنی که عادت ماهیانه ندارد و امثال او عادت ماهیانه ندارند.

راوی می‌گوید از امام عليه السلام در مورد حد آن پرسیدم. حضرت فرمودند: دختری که در کمتر از نه سالگی با او مباشرت شده است. ۲. زنی که با او نزدیکی نشده است.

۳. زنی که از داشتن عادت ماهیانه مایوس شده و امثال او عادت ماهیانه ندارند.

راوی پرسید: حد این زن چیست؟ حضرت فرمودند: زنی که پنجاه سال سن داشته باشد.

تنها مشکل سندی این روایت، سهل بن زیاد است که در قبل به آن اشاره شد و بیان گردید که سهل توسط برخی از اعظام توثیق گردیده است، بنابراین روایت صحیح خواهد بود.

نحوه استدلال به این دو روایت در مورد محل بحث به این صورت است که زنی که رحم او خارج شده باشد عادت ماهیانه ندارد و امثال او از زنانی که رحم ندارند نیز عادت ماهیانه ندارند. بنابراین مشمول روایت می‌شود و در روایت دوم هرچند که حد سنی بیان شده است، اما به نظر می‌رسد سن موضوعیت نداشته و نداشتن عادت ماهیانه‌ی امثال او خصوصیت داشته باشد. از این رو به همان بیان قبل شامل زنان فاقد رحم می‌شود.

نقد و بررسی دو دسته‌ی نخست:

تمسک به این دو روایت منوط به صحت تمسک به عام یا مطلق در مسائل مستحدثه

مرحوم کلینی روایت را در کافی چنین آورده است:

است که این امر تمام نیست^۱ و بر فرض آنکه صحت این مطلب را بپذیریم که می‌توان در مسائل مستحدثه به عام یا مطلق تمسک نمود، اما این امر مسلم است که در صورت یقین به در مقام بیان نبودن مواردی خاص و یا نبود التفات از ناحیه‌ی شارع به آن مورد، نمی‌توان به عمومات و اطلاقات تمسک نمود و اخراج رحم زن، از این قبیل است که با توجه به انتقای حتمی مصداق آن و عدم امکان وقوعی چنین امری، در زمان صدور روایت، اطلاق شارع شامل آن نمی‌شود؛ چرا که در مقام بیان چنین مورد نبوده است.

بنابراین، ادله نمی‌توانند زنان فاقد رحم را شامل شوند و باید به قاعده‌ی اولیه مراجعه نمود.

همچنین استدلال به این دو دسته از روایات، منوط به این مسئله است که اخراج رحم را امری طبیعی قلمداد کرده و عدم امکان بارداری زن بدون رحم و نداشتن عادت ماهیانه او را بر منوال طبیعی قرار دهیم تا بتوانیم دو تعبیر «لا تحمل مثلها» و «لا تحيض مثلها» را شامل زن فاقد رحم بدانیم و این در حالی است که این دو تعبیر ناظر به افراد طبیعی است نه افرادی غیرطبیعی که به خاطر عارضه‌ای، نابارور شده و یا عادت ماهیانه ندارند.

در زمانه‌ی صدور روایت، اخراج رحم نه تنها شیوع نداشته بلکه اصلاً موردی نداشته است تا بخواهد «مثلاً» را شامل صنف زنان

۱. ر.ک فصلنامه ی تا اجتهاد، پیش شماره یازدهم، ص ۲۷، مقاله تمسک به عمومات و اطلاعات در مسائل مستحدثه



السن من تحيض اعتدت منه بثلاثة أشهر.»
(المقنعة (للشيخ المفيد)، ص: ۵۳۲)

اگر زن مطلقه به جهت عارضه‌ای عادت ماهیانه ندارد و هم‌سالان او عادت ماهیانه دارند، سه ماه عده نگه می‌دارد.

پس دو دسته‌ی اول، نمی‌تواند نافه عده‌ی زن فاقد رحم باشند.

دسته‌ی سوم: روایات بیان‌کننده علت و فلسفه عده

دسته‌ی سوم از روایات که برای نفی عده زنان فاقد رحم بدان تمسک شده، روایاتی هستند که در آن‌ها علت و فلسفه‌ی عده بیان شده است که با انتفاء علت بیان شده در مورد زن فاقد رحم، حکم نیز منتفی می‌شود.

عمده‌ترین علتی که روایات بدان اشاره کرده‌اند، اطمینان از باردار نبودن زن و نبود حمل در رحم اوست.

اما باید توجه داشت که روایاتی که این جنبه را برعهده دارند، دارای ضعف سندی بوده و قابل اعتماد نیستند. (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۲، ص: ۱۳۲) بر فرض صحت سند این روایات، نمی‌توان برداشت نمود که تمام علت در لزوم رعایت عده، اطمینان از باردار نبودن زن باشد.

همچنین نمی‌توان اطمینان حاصل نمود که استبراء رحم و اطمینان از باردار نبودن زن علت باشد و شاید حکمت تشریع حکم باشد نه علت آن و از این رو با انتفاء آن، حکم

(علیه‌السلام) در مورد زنی که در هر سه ماه یا هر شش ماه یا هر هفت ماه یک بار خون حیض می‌بیند و زن مستحاضه‌ای که خون استحاضه‌ی او منقطع نمی‌شود و خون حیض نمی‌بیند و زنی که گاهی خون می‌بیند و گاهی نمی‌بیند و زنی که امید بچه‌دار شدن را ندارد و زنی که دیگر خون نمی‌بیند و گمان می‌کند یائسه شده است و زنی که خونی زردرنگ از عادت ماهیانه نامنظم می‌بیند، امام (علیه‌السلام) در مورد همه این زنان فرمودند عده‌ی همه آنان سه ماه است.

در این روایت که از نظر سندی مشکلی ندارد، عبارت «الَّتِي لَا تَظْمَعُ فِي الْوَلَدِ» یعنی زنی که امید بچه‌دار شدن را ندارد، آمده است که شامل زنان فاقد رحم نیز می‌شود و اگر گفته شود که این عبارت ناظر به موارد غیرطبیعی و عارضه‌ای است، باید گفت همانطور که در ابتدای بحث مطرح شد، زنان فاقد رحم، زنانی طبیعی نیستند.

حال که مثلها نمی‌تواند ناظر به زنان غیرطبیعی هم‌صنف باشد، معنای آن را می‌توان مثلثیت در سن قرار داد و معنای روایات دو دسته‌ی اول این می‌شود: زنی که هم‌سالان او عادت ماهیانه ندارند و یا باردار نمی‌شوند، عده ندارند.

برخی از فقها نیز به همین مثلثیت در سن تصریح کرده‌اند. از آن جمله می‌توان به عبارت شیخ مفید رحمه‌الله علیه در المقنعه اشاره نمود که چنین می‌فرماید:

«وإن لم تكن تحيض لعارض ومثلها في



منتفی نخواهد بود.

ضابطه‌ی تشخیص علت از حکمت

در رابطه با ضابطه‌ی تشخیص علت و حکمت، کلمات مختلفی بیان شده است که از میان می‌توان به کلام محقق حلی صاحب شرایع اشاره کرد. ایشان در کتاب معارج الاصول در این رابطه چنین می‌گوید: «النص على علة الحكم و تعليقه عليها مطلقاً، يوجب ثبوت الحكم ان ثبتت العلة، كقوله: الزنا يوجب الحد، و السرقة توجب القطع. أما إذا حكم في شيء بحكم ثم نص على علته فيه: فان نص مع ذلك على تعديته و جب، و ان لم ينص، لم يجب تعدية الحكم الا مع القول بكون القياس حجة، مثاله: إذا قال: الخمر حرام لأنها مسكرة، فأنه يحتمل أن يكون [التحريم] معللاً بالإسكار مطلقاً، و يحتمل أن يكون معللاً بإسكار الخمر، و مع الاحتمال لا يعلم وجوب التعدية.» (معارج الأصول (طبع جدید)، ص: ۲۵۷)

حاصل کلام ایشان در رابطه با تشخیص علت حکم که حکم دائر مدار آن باشد چنین است:

تصریح به علت حکم سه صورت می‌تواند داشته باشد:

۱. با خود تشریع تصریح به علت حکم کرده‌اند و حکم را معلق بر آن نموده‌اند. مانند زنا موجب حد است که علت حد، زنا معرفی شده و حکم وجوب حد بر زنا معلق شده است.
۲. بعد از تشریع حکم به علت آن

تصریح می‌شود به این صورت که در کلامی حکم برای موضوعی قرار داده شده است و در کلام دیگری علت این تعلیق حکم بر این موضوع بیان شده و تصریح به وجوب تعدیه از این موضوع کرده است.

۳. مانند صورت دوم با این تفاوت که تصریح به وجوب تعدیه نکرده است. در دو صورت اول می‌توان از این موضوع تعدیه کرد و در واقع علت است و در صورت سوم نمی‌توان تعدیه نمود مگر در صورت پذیرش حجیت قیاس که آن هم مردود است. در بحث ما مواردی که برای علت حکم وجوب عده بیان شده از قبیل قسم سوم است و در واقع داعی برای تشریع و حکمت جعل عده می‌باشد که در این صورت با انتفاء آن حکم منتفی نمی‌گردد.

نتیجه:

با توجه به مقتضای قاعده‌ی اولیه در عده که تمامی زنان مطلقه موظف به نگه داشتن عده هستند مگر آن دسته که با دلیل از این قاعده خارج شده باشند و با توجه به قصور ادله از شمول زنان فاقد رحم، حکم زنان فاقد رحم طبق مقتضای قاعده‌ی اولیه خواهد بود و آنان ملزم به رعایت عده هستند و اگر بنا باشد ادله، شامل زن فاقد رحم باشند، آن دسته از ادله که بازگوکننده‌ی حکم زنی که به خاطر عارضه‌ای عادت ماهیانه ندارد و یا باردار نمی‌شود، مورد بحث را دربرگرفته و حکم آن را که رعایت عده‌ی سه ماه است، روشن می‌سازد.



منابع

۱. الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، محمد بن حسن، طوسی، ابو جعفر، ۴ جلد، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، اول، ۱۳۹۰ هـ ق
۲. الأمثل في تفسیر کتاب الله المنزل، ناصر، مکارم شیرازی، ۲۰ جلد، مدرسه الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) - ایران - قم، چاپ: ۱، ۱۴۲۱ هـ ق.
۳. الانتصار في انفرادات الإمامية، علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق
۴. التبیان في تفسیر القرآن، محمد بن حسن، طوسی، ۱۰ جلد، دار احیاء التراث العربی - لبنان - بیروت، چاپ: ۱.
۵. تهذیب الأحکام، محمد بن حسن، ابو جعفر، طوسی، ۱۰ جلد، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ ق
۶. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، محمد حسن، نجفی، صاحب الجواهر، ۴۳ جلد، دار احیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ هـ ق.
۷. الخلاف، محمد بن حسن، ابو جعفر، طوسی، ۶ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ هـ ق
۸. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - کلانتر)، زین الدین بن علی، عاملی، شهید ثانی، ۱۰ جلد، کتابفروشی داوری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ ق.
۹. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، محمد بن منصور بن احمد، ابن ادريس، حلّی، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ ق
۱۰. فرهنگ ابجدی، فواد افرام، بستانی - تهران، چاپ: دوم، ۱۳۷۵ هـ ش.
۱۱. قاموس قرآن، سید علی اکبر، قرشی، ۷ جلد، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، ششم، ۱۴۱۲ هـ ق
۱۲. الکافي (ط - الإسلامية)، محمد بن یعقوب، ابو جعفر، کلینی، ۸ جلد، دار الکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ ق
۱۳. الکافي في الفقه، تقی الدین بن نجم الدین، حلبی، ابو الصلاح، در یک جلد، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، اصفهان - ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ ق
۱۴. کتاب العین، خلیل بن احمد، فراهیدی، ۸ جلد، نشر هجرت، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ ق
۱۵. کتاب نکاح (زنجانى)، سید موسی شبیری، زنجانى، ۲۵ جلد، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ ق

للمطبوعات - لبنان - بيروت، چاپ: ۲،

۱۳۹۰ ه.ق.

۲۴. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى،

محمد بن حسن، ابوجعفر، طوسی،

یک جلد، دارالکتاب العربی، بیروت -

لبنان، دوم، ۱۴۰۰ ه.ق.

۱۴۱۹ ق.

۱۶. مجله فقه اهل بیت علیهم السلام

(فارسی)، مؤسسه دائرة المعارف فقه

اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم

السلام، قم - ایران، [بی تا]، چاپ اول

۱۷. مجمع البیان فی تفسیر القرآن، فضل بن

حسن، طبرسی، ۱۰ جلد، ناصر خسرو -

ایران - تهران، چاپ: ۳، ۱۳۷۲ ه.ش.

۱۸. مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام،

زین الدین بن علی، شهید ثانی، عاملی،

۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم

- ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق

۱۹. معارج الأصول (طبع جدید)، جعفر بن

حسن، محقق حلی - لندن، چاپ: اول،

۱۴۲۳ ق.

۲۰. مفردات ألفاظ القرآن، حسین بن محمد

راغب، اصفهانی، در یک جلد، دار العلم

- الدار الشامیة، لبنان - سوریه، اول، ۱۴۱۲

ه.ق

۲۱. المقنعة (للشيخ الصدوق)، محمد بن

علی بن بابویه، قمی، صدوق، در یک

جلد، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم

- ایران، اول، ۱۴۱۵ ه.ق

۲۲. المقنعة (للشيخ المفيد)، محمد بن

محمد بن نعمان عکبری، بغدادی،

مفید، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره

شیخ مفید - رحمة الله علیه، قم - ایران،

اول، ۱۴۱۳ ه.ق

۲۳. الميزان في تفسير القرآن، محمد حسین،

طباطبایی، ۲۰ جلد، مؤسسة الأعلمي



Critique and Analysis of Standardized Forms of Banking Contracts in Terms of Contractual Requirements from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Law

Mohammad Sadegh Khorsandi

Abstract

Conventional banking operations are not accepted in the Islamic economic legal system due to the prohibition of usury (riba). Therefore, Islamic jurists and legal scholars have proposed and expanded the use of specific contract structures (nominated contracts) to execute banking operations. Between 2013 and 2015, the Money and Credit Council of the Central Bank approved standardized forms of banking contracts, requiring all banks and financial institutions to adopt these forms in their financial and credit operations. This article aims to assess the compliance of these forms with the jurisprudential and legal requirements of the aforementioned nominated contracts and their obligations. The findings show that, while these standardized forms have contributed to organizing banking operations, the lack of conformity with the jurisprudential and legal requirements of these contracts has, in some cases, led to contractual flaws. The invalidity of the contract, usurious (riba-containing) transactions, and the emergence of judicial complexities and challenges in banking activities—which undermine speed and trust in economic relations—are some of the undesirable outcomes of using these forms in banking operations.

Keywords

1. Contract requirements
2. Banking contracts forms
3. Banking operations
4. Banking facilities



نقد و تحلیل فرم های متحد الشکل عقود بانکی از لحاظ الزامات عقد از منظر فقه و حقوق

محمدصادق خرسندی^۱

چکیده

عملیات بانکی متعارف در نظام حقوق اقتصادی اسلام به دلیل حرمت ربا مورد پذیرش نمی باشد؛ ازاین رو فقها و حقوقدانان اسلامی استفاده از قالب های عقود معین در تحقق عملیات بانکی را پیشنهاد و گسترش داده اند. شورای پول و اعتبار بانک مرکزی در سال های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۴ اقدام به تصویب فرم های متحد الشکل عقود بانکی نموده و تمام بانک ها و مؤسسات مالی و اعتباری را ملزم نمود تا در عملیات بانکی و اعتباری خود این فرم ها را ملاک عمل قرار دهند. در این مقاله سعی بر این بوده است تا میزان تطابق این فرم ها با ضوابط و قواعد فقهی و حقوقی عقود معین مزبور و الزامات آن مورد سنجش قرار بگیرد. بررسی ها نشان می دهد فرم های مزبور اگرچه در راستای نظم دهی به عملیات بانکی مؤثر بوده اند، اما عدم تطابق مفاد آن ها با الزامات فقهی و حقوقی عقود معین، در برخی موارد منجر به خلل در روند قرارداد می گردد. بطلان قرارداد، ربوی شدن معامله و ایجاد پیچیدگی ها و معضلات قضایی در روند فعالیت بانک ها که مخل عنصر سرعت و اعتماد در روابط اقتصادی است، از نتایج نامطلوب استفاده از این فرم ها در عملیات بانکی است.

کلیدواژه:

الزامات عقد، فرم های عقود بانکی، عملیات بانکی، تسهیلات بانکی

۱. دانشجوی دکتری مدیریت و برنامه ریزی - استاد حوزه علمیه مروی



۱. مقدمه

مدنی و میزان تطبیق آن با قواعد فقهی، بر آن اند که مخالفت با مقتضای ذات عقد، اکل مال به باطل و ربوی بودن شرط تضمین سود، عمده ترین اشکالات فقهی موجود در این گونه قراردادها می باشند؛ رفع این اشکالات در گرو حذف ماده مربوطه در قرارداد دانسته شده است.

در پژوهشی دیگر، قلیچ و ملاکریمی (قلیچ و ملاکریمی، ۱۳۹۴) جرمیه تأخیر تأدیه را به عنوان یکی دیگر از اشکالات فقهی قراردادهای بانکی معرفی کرده و استفاده از روش های تشویقی نظیر جایزه خوش حسابی و روش های تنبیهی نظیر تعزیرات قانونی را جایگزین مناسبی برای آن معرفی می کنند. همچنین محبی (محبی، ۱۳۹۸) در جهت حل مشکل وجه التزام یا عقد صلح مبتنی بر پرداخت مبلغی در فرض تأخیر تأدیه، استفاده از شرط وجه التزام ضمن عقود مبادله ای فیما بین بانک و گیرنده تسهیلات و همچنین داخل کردن وجه التزام در سود اصلی پیش بینی شده و تخفیف آن به عنوان جایزه خوش حسابی را به عنوان راهکار پیشنهاد کرده است.

۱-۱. الزامات مشترک عقود

برخی از الزامات عقود مختص عقد

هر یک از عقود بانکی از لحاظ فقهی و حقوقی الزاماتی دارند که عدم رعایت آن ها به صحت و سلامت عقد خلل وارد می سازد. از سوی دیگر، در اثر مشکلات ایجاد شده در زمینه عملیات بانکی با محوریت عقود بانکی مصرح در قانون عملیات بانکی بدون ربا، شورای پول و اعتبار بانک مرکزی در سال های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۴، در راستای اجرای تبصره ذیل ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰، اقدام به تصویب فرم های متحدالشکل عقود تسهیلات بانکی نموده و تمامی بانک ها و مؤسسات مالی را ملزم کرد تا در اجرای عملیات بانکی، از فرم های مزبور در چهارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا استفاده نمایند.

در این پژوهش که با روش توصیفی و تحلیلی صورت گرفته است، الزامات عقود بانکی از منظر فقه و حقوق مورد توجه قرار گرفته و میزان رعایت این لوازم در فرم های متحدالشکل قرارداد بانکی در بخش تسهیلات و سایر قوانین مربوطه در صحنه عمل به تفصیل مورد بررسی قرار می گیرد. نظریور و ملاکریمی (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴) در یک تحقیق حول قرارداد مشارکت

۱. ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶: «کلیه دستگاه های اجرایی مکلفند به منظور ایجاد تراضی و عادلانه نمودن قراردادهای و قراردادهای الحاقی در انعقاد قرارداد با شرکت های بخش خصوصی و تعاونی برای خرید کالا یا خدمت، از فرم های یکنواخت استفاده نمایند و یک نسخه از این فرم ها را برای هر کدام از اتاق ها ارسال دارند. تبصره - بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است ظرف شش ماه پس از لازم الاجرا شدن این قانون فرم های یکنواختی برای هر یک از عقود اسلامی که منجر به اعطاء تسهیلات می شود، همچنین نحوه اعطاء تسهیلات و شیوه های اخذ ضمانت نامه از بخش های خصوصی و تعاونی متناسب با اعتبارسنجی مشتریان را تهیه کند و به تصویب شورای پول و اعتبار برساند و بر حسن اجرای آن نظارت نماید.»



خاصی نبوده و عدم رعایت آن‌ها در هر یک از عقود مربوط به عملیات بانکی موجب ورود خلل به صحت عملیات مزبور می‌شود:

۱-۱. تقارن اطلاعات

از جمله لوازم مشترک در عقود مشارکتی، اطلاعات متقارن طرفین قرارداد است (باقری و بستانی، ۱۳۹۳: ۱۲۲). در روند اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا، شرایط تحقق اطلاعات نامتقارن فراهم می‌گردد؛ شرایطی که طی آن یک طرف قرارداد اطلاعات خاصی در مورد قرارداد دارد که طرف دیگر از آن محروم است (ابریشمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴۸) (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۶) و می‌تواند با سوءاستفاده از این اطلاعات، طرف دیگر را استثمار نماید (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۱۴). لزوم توجه به این مسئله از آن جهت است که در عقود مشارکتی، حسن اجرای عقد صرفاً منوط به شرایط اقتصادی مناسب مشتری نیست؛ بلکه امانت‌داری، صداقت و حسن نیت او نیز تعیین‌کننده است (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۶). چراکه گیرنده تسهیلات به عنوان عامل، اطلاعات بیشتری نسبت به پروژه و نحوه فعالیت و سودآوری آن دارد تا بانک به عنوان کارفرما (ابریشمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴۹). این در حالی است که در منابع دینی اسلام بر برابری و شفافیت اطلاعات و صداقت بین طرفین معامله تأکید شده است (صادقی سقدل و خانزاده، ۱۳۹۵:

۲۱۰). ضوابطی چون لزوم مشخص بودن قیمت (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۰۶) و کیفیت کالا، موضوع، نوع و شروط مبادله، زمان قبض و اقباض (صادقی سقدل و خانزاده، ۱۳۹۵: ۲۲۱) و تعالیمی نظیر ممنوعیت غش در معامله (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۴۱۴)، لزوم وفای به عهد، پرهیز از تبلیغات دروغین در معاملات، نفی غرر، منع آرایش و تزئین کالا (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۱۹)، نهی از تلقی رکنان (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۵)، نهی از احتکار (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۶)، منع از کم‌فروشی (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۳۸۱)، منع از تبانی بر گران‌فروشی (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۳۹۴)، منع از دلالی و واسطه‌گری (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۴)، منع از نجش (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ه.ق.: ۳۴۸) و ورود در معامله دیگری (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ه.ق.: ۴۵۳)، منع از سوگند خوردن در معاملات (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۰) و منع از شکایت از محدودیت درآمد و سود (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۴۱۲)، پیش‌بینی خیار غبن در معاملات و همچنین قواعد فقهی لا ضرر، احترام مال مسلمان، المؤمنون عند شروطهم، همگی به عنوان منبع فقهی لزوم تقارن اطلاعات در معاملات مورد استناد قرار گرفته‌اند (صادقی سقدل و خانزاده، ۱۳۹۵: ۲۱۲-۲۲۰).

عدم رعایت اصل تقارن اطلاعات



قراردادی قابل تأمل در نظام فقهی و حقوقی اسلام، شرط وجه التزام تأخیر تأدیه دین است (محبی، ۱۳۹۸: ۴۱۳). مواد ۷ قرارداد قرض الحسنه، ۸ قرارداد خرید دین، ۹ و ۱۰ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۱۰ قراردادهای اجاره به شرط تملیک، سلف، جعاله، استصناع، مرابحه و مضاربه، و بند چهار ماده ۱۳ قرارداد مشارکت مدنی، در مورد این شرط است و در خصوص صحت شرعی آن به دلیل شبهه ربوی بودن، بین فقها اختلاف نظر است (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۵). (آهنگران و ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۸۳). برخی فقها نظیر آیت الله صافی گلپایگانی (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۲)، آیت الله فاضل لنکرانی (فاضل لنکرانی، بی تا: ج ۱ ص ۳۰۷)، آیت الله گلپایگانی (گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۱۹۱) و آیت الله مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۹۶)، دریافت وجه التزام را به عنوان یک شرط کیفری مالی، ولو ضمن عقد خارج لازم و با هدف ملزم کردن بدهکار به پرداخت بدهی خود، پذیرفته اند (آهنگران و ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۸۲-۱۸۶). برخی دیگر نیز مشروعیت آن را تحت عنوان تعزیر مالی و با استناد به حدیث نبوی که بیان می دارد: «مسامحه و مباطله کسی که به پرداخت بدهی خود قادر است، آبرو و مجازات وی را حلال می کند.» (بروجردی، ۱۴۲۹: ۷۱۹) مورد تأکید قرار داده اند (آهنگران و ملاکریمی

می تواند حسب مورد منجر به «کژگزینی» یا «کژمنشی»^۲ گردد؛ در حالت اول، عدم دسترسی دقیق بانک به اطلاعات و توانمندی های مشتری و ویژگی های طرح ها و فعالیت های او سبب انتخاب اشتباه و قرار گرفتن منابع مالی در اختیار افراد نالایق می گردد (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۷). این مسئله در بلندمدت سبب حذف افراد با ریسک پایین از سهمیه منابع بانکی و تخصیص عمده آن به افراد با ریسک بالا خواهد شد (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۱۵). و در حالت دوم، گیرنده تسهیلات، وجوه دریافت شده را در فعالیت های نامطلوب با ریسک بالا و بدون نظارت بانک به کار می گیرد یا درآمدها و هزینه های واقعی فعالیت خود را از بانک مخفی نگاه می دارد (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۷). بدیهی است که در هر دو صورت، بانک و نظام اقتصادی دچار ضررهای غیرقابل پیش بینی اعم از عدم یا تأخیر بازپرداخت تسهیلات، کاهش رشد اقتصادی (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۷)، اتلاف منابع مالی و هدایت نقدینگی به بخش های مضر اقتصاد نظیر دلالی و... خواهند شد.

۲-۱. شرط وجه التزام

در زمینه شروط ضمن عقد نیز ضوابطی وجود دارد که عدم رعایت آن ها به صحت عقد خلل وارد می سازد. یکی از شروط

1. Adverse Selection

2. Moral Hazard



خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۸۶ و ۱۸۷).

در نقطه مقابل، برخی دیگر از فقها نظیر مرحوم صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۱۵ق: ۱۲۱)، شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵ق)، آیت الله تبریزی (تبریزی، ۱۴۱۶ق) و امام خمینی (ره) (موسوی خمینی، بی تا: ۴۵۷) هرگونه تأجیل دین در مقابل زیاده را مشمول عنوان و حکم ربای جاهلی دانسته اند. از آنجا که وجه التزام درج شده در قراردادهای بانکی نظیر فروش اقساطی یا عقود مشارکتی به عنوان راهی برای افزایش مدت پرداخت در نظر گرفته شده و بازدارندگی عرفی ندارد، می تواند مشمول این عنوان باشد (آهنگران و ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۹۹).

۳-۱. تنجیز عقد

همچنین با وجود اختلاف بین فقها در جزئیات، به نظر اکثریت ایشان یکی از شرایط اصلی صحت عقود، تنجیز عقد است؛ به طوری که بر آن ادعای اجماع شده است (الحسینی الحائری، ۱۴۳۸ ه. ق.: ۶۸) (الحسینی المراغی، ۱۴۱۷ ه. ق.: ۲۰۴). بر این اساس، عقدی که معلق به امر دیگری شده باشد، باطل تلقی می گردد (امامی، ۱۳۸۲: ۱۷۷). این شرط نه تنها در عقود لازم، بلکه در عقود جایز نیز جاری می باشد (برجی و حق خواه، ۱۳۹۶: ۷۱). در بند چهار مواد ۱۵ قرارداد قرض الحسنه، ۱۶ قرارداد خرید دین، ۱۸ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مرابحه، ۱۹ قراردادهای مزارعه و مساقات،

۲۱ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۲ قرارداد مضاربه و ۲۳ قرارداد مشارکت مدنی شرط شده است که بانک وکیل بلاعزل و وصی بعد از فوت مالک یا مالکین مورد وثیقه است؛ بدین ترتیب، عقد وکالت و وصایت معلق به فوت شده است، در حالی که منجز بودن از شرایط صحت عقد می باشد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۵۰). مضافاً بر این که عقد وصایت در مواد مزبور با دو ایراد دیگر نیز مواجه می باشد:

- اولاً، از جهت ایجاب و قبول، در عقد وصایت، موصی ایجاب کننده و وصی قبول کننده ایجاب می باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۲۴۰). این در حالی است که در متن قراردادهای مزبور، علی الظاهر این بانک است که وصی بودن خود را به موصی ارائه کرده و موصی قبول می کند.
- ثانیاً، عقد وصایت از جانب موصی تا زمانی که در قید حیات باشد، جایز است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۲۴۰). لذا مشتری بانک می تواند پس از انعقاد قرارداد بانکی، عقد وصایت را - که بر خلاف عقد وکالت دارای شرط عدم فسخ نمی باشد - به صورت یک طرفه فسخ کند. بدین ترتیب، بانک در استیفای حقوق خود از وثیقه پس از فوت مشتری دچار مشکل خواهد شد.



۴-۱. شروط تحمیلی

از دیگر مواردی که می‌توان به آن اشاره کرد، تحمیل شروط ضمن عقد بر مشتری توسط بانک است (شهبازی غیاثی، ۱۳۹۵: ۱۰). فرم‌های مصوب شورای پول و اعتبار دارای تعداد قابل توجهی از شروط تحمیلی هستند که متقاضیان تسهیلات ناچار به قبول و امضای شروط مزبور می‌باشند. این مسئله با فلسفه وجودی فرم‌های مزبور که به تصریح ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار عبارت است از ایجاد تراضی و عادلانه نمودن قراردادهای، در تضاد است؛ چراکه نه تنها تراضی نسبت به شروط مزبور در عمل حاصل نمی‌شود، بلکه محتوای این شروط مخالفت قطعی با اصل عدالت در قراردادها دارد. مهم‌ترین این شروط در فرم‌های مزبور عبارت‌اند از:

۱. شرط پذیرش اعتبار دفاتر و صورت حساب‌های بانک یا مؤسسه اعتباری و عدم حق اعتراض به آن‌ها در تمام موارد و نزد تمامی مراجع رسمی، موضوع مواد ۴ قرارداد خرید دین، ۵ قرارداد قرض‌الحسنه، ۶ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۷ مرابحه، ۸ قراردادهای سلف، جعاله و استصناع، ۱۴ قراردادهای مزارعه و

مساقات و ۱۷ قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه.^۱

۲. حق انحصاری تشخیص تخلف مورد قبول متقاضی برای بانک و صدور اجرائیه جهت وصول مطالبات، موضوع مواد ۵ و ۱۴ قرارداد قرض‌الحسنه، ۱۵ قرارداد خرید دین، ۱۷ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع، مرابحه، ۱۷ و ۲۱ قرارداد مضاربه، ۱۷ و ۲۲ قرارداد مشارکت مدنی، ۱۸ قراردادهای مزارعه و مساقات و ۲۰ قرارداد اجاره به شرط تملیک.^۲

۳. حق غیرقابل رجوع در مورد استیفای مستقیم دیون توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری از موجودی هر یک از حساب‌ها، اموال و اسناد مشتری یا ضامن نزد بانک، در صورت عدم پرداخت در سررسید، رأساً و بدون نیاز به حکم قضایی یا اجرایی و غیرقابل اعتراض و لازم‌الاجرا برای مشتری و ضامن، موضوع مواد ۹ قرارداد قرض‌الحسنه، ۱۰ قرارداد خرید دین، ۱۲ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع، مرابحه، مزارعه و مساقات، ۱۳ قرارداد اجاره به شرط تملیک،

۱. متن ماده: «دفاتر و صورت حساب‌های بانک/مؤسسه اعتباری در هر مورد معتبر است. دفاتر و صورت حساب‌های بانک/مؤسسه اعتباری از نظر اعلام به مراجع قضایی و یا دفاتر اسناد رسمی و ادارات و دوایر اجرای ثبت جهت محاسبات بعدی در جریان عملیات اجرایی در هر مورد ملاک عمل می‌باشد.»

۲. متن ماده: «در صورتی که به تشخیص بانک/مؤسسه اعتباری، مستاجر (مشتری) و یا وثیقه‌گذار/گذاران و یا ضامن/ضامنین از مفاد این قرارداد تخلف نمایند، بانک/مؤسسه اعتباری می‌تواند نسبت به صدور اجرائیه جهت وصول مطالبات خود به طرفیت هر یک از اشخاص یاد شده اقدام نماید.»



۱۵ قرارداد مضاربه و ۱۶ قرارداد مشارکت مدنی. این شرط علاوه بر تحمیلی بودن، خلاف مندرجات قانون تجارت در مورد نحوه تصفیه حساب تجار متوقف و ورشکسته نیز می باشد؛ چراکه مطابق قوانین مربوط به ورشکستگی، دین تاجر متوقف یا ورشکسته به بانک اگر دارای وثیقه نباشد باید در کنار سایر دیون وی قرار گرفته و بانک در زمره سایر طلبکاران و غرماً درآید؛ اگرچه در مقام عمل، عموماً دین افراد به بانک دارای وثیقه یا ضامن می باشد.^۱

۴. تعهد مشتری به بیمه اموال موضوع قرارداد و وثایق در برابر آتش سوزی، انفجار، زلزله، سیل، صاعقه و سایر خطرات مرتبط به تشخیص بانک یا مؤسسه اعتباری به هزینه خود و به نفع بانک، موضوع مواد ۱۳ قرارداد قرض الحسنه، ۱۴ قرارداد خرید

دین، ۱۶ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مباحه، ۱۷ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۱۹ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۰ قرارداد مضاربه و ۲۱ قرارداد مشارکت مدنی.^۲

۵. تعهد مشتری به پرداخت کلیه هزینه های ثبت قرارداد از جمله حق الثبت و حق التحریر بدون حق رجوع به بانک یا مؤسسه اعتباری، موضوع مواد ۱۸ قرارداد قرض الحسنه، ۱۹ قرارداد خرید دین، ۲۱ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مباحه، ۲۳ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۲۵ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۶ قرارداد مضاربه و ۲۷ قرارداد مشارکت مدنی.^۳

۶. سلب و اسقاط حق هرگونه ایراد و اعتراض نسبت به مفاد قرارداد و نیز نسبت به اقدامات اجرایی بانک یا مؤسسه اعتباری برای وصول

۱. متن ماده: «مستاجر (مشتری) و ضامن/ضامنین طی عقد لازم، به طور غیر قابل رجوع به بانک/مؤسسه اعتباری اجازه و اختیار دادند که هرگونه مطالبات خود ناشی از این قرارداد را اعم از مستقیم یا غیر مستقیم پس از سر رسید یا حال شدن دیون و در صورت عدم پرداخت، از موجودی هر یک از حساب ها (ریالی و ارزی)، اموال و اسناد آنان نزد بانک/مؤسسه اعتباری و یا سایر بانک ها و موسسات اعتباری، راساً و بدون نیاز به حکم قضائی یا اجرایی برداشت نموده و به حساب بدهی مستاجر (مشتری) منظور نماید.... اقدام بانک/مؤسسه اعتباری در این خصوص برای مستاجر (مشتری) و ضامن/ضامنین غیر قابل اعتراض و لازم الاجرا می باشد.»

۲. متن ماده: «مستاجر (مشتری) تعهد نمود اموال موضوع عملیات ناشی از این قرارداد و حسب مورد در صورت تقاضای بانک/مؤسسه اعتباری هر آن چه مورد وثیقه قرار می گیرد را پس از امضای قرارداد حاضر، در مدت انجام آن، همه ساله به مبلغی که مورد موافقت بانک/مؤسسه اعتباری باشد در برابر آتش سوزی، انفجار، زلزله، سیل، صاعقه و سایر خطرات مرتبطی که بانک/مؤسسه اعتباری تعیین می کند، نزد یکی از شرکت های بیمه مجاز، به هزینه خود و به نفع بانک/مؤسسه اعتباری بیمه نماید و بیمه نامه را بلادرنگ به بانک/مؤسسه اعتباری تسلیم کند... در صورتی که مستاجر (مشتری) تعهدات خود را به شرح فوق انجام ندهد، بانک/مؤسسه اعتباری می تواند وثائق را وکالتاً از طرف مستاجر (مشتری) به هزینه خود بیمه نموده و مبلغ هزینه شده را از مستاجر (مشتری) مطالبه یا به حساب وی منظور نماید...»

۳. متن ماده: «کلیه هزینه های مربوط به ثبت قرارداد حاضر از جمله حق الثبت و حق التحریر، بدون حق رجوع به بانک/مؤسسه اعتباری، کلاً به عهده مستاجر (مشتری) است.»



(بیگدلی و ارزنگی، ۱۳۹۳) که در عمل اتفاق نمی‌افتد؛ لذا صحت این شروط و آثار مترتب بر آن مورد خدشه است.

از جمله این موارد می‌توان به مواد ۴ قرارداد مضاربه در مورد سلب حق رجوع و فسخ، ۸ همان قرارداد در مورد تعهد عامل به بازپرداخت اصل سرمایه در فرض زیان، تبصره ماده ۱۰ قرارداد مزبور راجع به تعهد عامل به پرداخت اصل سرمایه پرداختی بانک به علاوه فواید مترتب بر آن در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، و تبصره ماده ۱۲ قرارداد مذکور در مورد تعهد عامل به پرداخت اصل سرمایه پرداختی بانک در فرض استفاده غیرمجاز از تسهیلات اعطایی و ۱۷ قرارداد خرید دین، ۱۹ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع، مرابحه، ۲۰ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۲۳ قرارداد مضاربه، ۲۴ قرارداد مشارکت مدنی در مورد سلب حق عزل و ضم امین و وکیل و غیره در کلیه وکالت‌های تفویضی به بانک و همچنین حق اجرای مورد وکالت توسط خود موکل اشاره کرد؛ نکته قابل توجه در این مورد، ذکر شرط اخیر در مواد ۱۶ قرارداد قرض الحسنه و ۲۲ قرارداد اجاره به شرط تملیک بدون ذکر عقد خارج لازم است؛ به عبارت دیگر، در قراردادهای مزبور، مشتری به عنوان شرط قراردادی، حق عزل و ضم وکیل و امین و غیره و حق اجرای مورد

مطالبات خود و ایفای تعهدات مشتری در هر مرحله از عملیات اجرایی توسط وی، موضوع مواد ۲۰ قرارداد قرض الحسنه، ۲۱ قرارداد خرید دین، ۲۳ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مرابحه، ۲۵ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۲۶ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۸ قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه^۱.
۷. اسقاط کلیه خیارات، علی‌الخصوص خیار عیب و غبن در عقود دارای خیار طبق مفاد مواد ۳ قرارداد خرید دین، ۵ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۶ قرارداد مرابحه و ۷ قراردادهای سلف، مزارعه و مساقات، و اسقاط حق رجوع و فسخ به صورت مستقیم یا ضمن قرارداد لازم خارج در عقود دیگر طبق مواد ۴ قرارداد مضاربه، ۶ قراردادهای استصناع و مشارکت مدنی و ۷ قرارداد جعاله.

۵-۱. عقد خارج لازم

در نهایت، آنچه در فرم‌های متحدالشکل مزبور تحت عنوان شرط ضمن عقد لازم خارج ذکر شده است، بنا بر رأی دادگاه تجدیدنظر در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۳۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۷، از لحاظ صحت و آثار، منوط به تحقق واقعی چنین عقدی در خارج است

۱. متن ماده: «... تمامی امضاکنندگان قبول نمودند که کلیه مندرجات قرارداد را پذیرفته و نسبت به آن هیچ گونه اختلافی ندارند و مستاجر (مشتری)، ضامن/ضامین و وثیقه گذار/گذاران حق هر گونه ایراد و اعتراضی را نسبت به مفاد قرارداد و نیز نسبت به اقدامات اجرایی بانک/موسسه اعتباری برای وصول مطالبات خود و ایفای تعهدات مستاجر (مشتری) در هر مرحله از عملیات اجرایی، از خود سلب و اسقاط نمود.»



بانکی با این ویژگی‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. الزامات عقود مبادله‌ای (تخصیص

منابع (۱)

در این مبحث به الزاماتی پرداخته خواهد شد که مختص عقود خاص می‌باشند. از این رو تنها عقودی مطرح خواهند شد که الزامات آن‌ها تناسب لازم با عملیات بانکی را نداشته باشد.

۱-۲-۱. الزامات عقد اجاره به شرط تملیک

صرف نظر از اختلافات موجود در تعیین ماهیت این قرارداد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۷۸)، فرم قرارداد اجاره به شرط تملیک مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی، غیر از آنچه تحت عنوان شروط تحمیلی از آن یاد شد، مغایرت دیگری با ضوابط و موازین عقد اجاره ندارد؛ برخی از شروط تحمیلی مزبور نیز مختص عقد اجاره به شرط تملیک بوده و در سایر قراردادها کاربردی ندارند، از جمله:

۱. تعهد مستأجر به پرداخت کلیه

هزینه‌های مربوط به مورد اجاره

شامل هزینه‌های تعمیرات، تکمیل

و نگهداری و ... حتی در مواردی که

اساسی و کلی باشد بر اساس بند ۳

ماده ۷. این در حالی است که ماده

۴۸۶ قانون مدنی به عنوان یک اصل،

این هزینه را بر عهده موجر قرار داده

است؛ اگرچه امکان شرط خلاف در

وکالت را در کلیه وکالت‌های تفویضی در همین قرارداد از خود سلب نموده است که با توجه به جایز بودن اصل وکالت مطابق ماده ۶۷۸ قانون مدنی، شروط مزبور نیز جایز بوده و در فرض عزل وکیل، از اعتبار ساقط خواهند بود. دیوان عالی کشور در رأی خود در دادنامه شماره ۳۷۲/۹۰۹۹۰۰۹۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ بر این نظر صرح می‌گذارد. (الهی و ربانی نژاد، ۱۳۹۳)

بنا بر آنچه تاکنون بیان شد، روشن گردید که در فرم‌های متحدالشکل قراردادهای بانکی برخی از الزامات مشترک عقود بانکی از جمله لزوم تقارن اطلاعات طرفین قرارداد، عدم افزایش بدهی در قبال افزایش مدت بازپرداخت، لزوم تنجیز عقد و عدم تعلیق آن، عدم وجود شروط تحمیلی به یک طرف قرارداد و لزوم وجود واقعی عقد خارج لازم در موارد مقتضی رعایت نشده‌اند. در بخش بعدی، الزامات اختصاصی عقود و میزان تطبیق فرم‌های متحدالشکل با این الزامات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲. الزامات اختصاصی عقود

عمده عملیات بانکی در دو حیطه تخصیص منابع و تجهیز منابع تحقق می‌یابد. در حیطه تخصیص منابع، بانک از دو دسته عقود مبادله‌ای و عقود مشارکتی بهره می‌برد که هر یک ویژگی‌های خاص خود را دارد. در ادامه، ویژگی‌های هر یک از عقود مبادله‌ای، عقود مشارکتی و عقود بخش تجهیز منابع و تطبیق فرم‌های متحدالشکل



این ماده پیش‌بینی شده است، ولی این شرط زمانی واجد اثر است که حاصل توافق طرفین و غیرتحمیلی باشد.

۲. همچنین تعهد مستأجر به پرداخت تمام هزینه‌های انتقال مالکیت، استفاده یا عمل و نصب اموال مورد اجاره شامل مالیات، عوارض، حق‌الثبت، حق‌الوکاله و ... موضوع ماده ۸.

اما آنچه در مورد این عقد حائز اهمیت است، ابهام در مورد برخی ضوابط و موازین قانونی عقد اجاره در قانون مدنی است که در فرم مزبور اشاره‌ای به آن‌ها نشده است؛ لازمه این امر، رجوع به ضوابط عقد اجاره در قانون مدنی است که پایبندی به برخی از آن‌ها با عملیات بانکی سازگاری ندارد؛ اهم این موارد به شرح زیر است:

۱. مطابق ماده ۴۷۰ قانون مدنی، قدرت بر تسلیم عین مستأجره در صحت اجاره شرط است؛ از سوی دیگر، مطابق ماده ۴۷۳ قانون مدنی، موجر باید لااقل مالک منفعت عین مستأجره باشد. در قرارداد اجاره به شرط تملیک، بانک در هنگام انعقاد قرارداد نه مالک عین مستأجره است و نه مالک منافع آن و بالتبع قدرت تسلیم در حین قرارداد را نیز ندارد؛ بلکه یا مبلغی را نقداً به مشتری پرداخته و وی را وکیل در

خرید موضوع اجاره می‌کند که در بسیاری موارد، در مقام عمل، کالایی خریداری نمی‌شود؛ و یا بانک مشتری را به فروشنده مد نظر خود ارجاع می‌دهد تا کالای مد نظر را دریافت کند و بانک مبلغ کالا را به فروشنده می‌پردازد؛ در هر دو حالت بانک در حین قرارداد، مالک منفعت عین مستأجره نیست و قدرتی بر تسلیم آن ندارد.

۲. مطابق ماده ۴۸۱ قانون مدنی: «هرگاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل می‌شود.» این ماده در اجاره اموال مثلی که می‌توان مورد اجاره را به صورت کلی معلوم کرد، مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ چراکه مطابق ماده ۴۸۲ در چنین موردی موجر ملزم به تبدیل می‌شود. اما در مورد اموال قیمی که عین مشخص موضوع اجاره است، ماده ۴۸۱ دلالت بر بطلان اجاره دارد؛ این بطلان بر خلاف فسخ، منوط به اراده طرفین نیست تا بتوان آن را مشمول اسقاط حق فسخ دانست. این مسئله حیطة فعالیت بانک در قالب عقد اجاره به شرط تملیک را محدود به اموال مثلی و اعیان کلی می‌کند.

۳. ید مستأجر نسبت به عین مستأجره، امانی است (الطباطبائی الیزدی،



۱۴۲۸ ه.ق. ۶۱؛ لذا در فرض تلف عین مستاجر، مستأجر ضامن نخواهد بود. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۹۶) با توجه به اینکه در عقد اجاره به شرط تملیک، تملیک عین مستاجر در پایان دوره اجاره صورت می‌گیرد، تلف عین مستاجر از مال بانک خواهد بود. ماده ۴۹۳ قانون مدنی بیان می‌دارد: «مستأجر نسبت به عین مستاجر ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستاجر بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود...» ماده ۴۸۳ قانون مدنی در چنین حالتی مقرر می‌دارد: «اگر در مدت اجاره عین مستاجر به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعضی آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید.» بنابراین، در فرض تلف کلی عین مستاجر، قرارداد اجاره منفسخ می‌شود و اراده طرفین دخالتی در وضعیت قرارداد ندارد؛ ماده ۴۹۶ قانون مدنی تأکید می‌کند که «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستاجر از تاریخ تلف باطل می‌شود...» همچنین در فرض تلف بعضی، چون مستأجر حق فسخ

قرارداد را از خود سلب نموده است، می‌تواند تقاضای کاهش اجاره بها را بدهد. در حالیکه بانک‌ها زیر بار انفساخ قرارداد یا کاهش اجاره بها و هزینه تلف مال نمی‌روند. از سوی دیگر، ماده ۱۶ قرارداد مقرر می‌دارد که در فرض فسخ قرارداد از جانب بانک، مستأجر مستحق دریافت اقساط پرداخت شده و مبلغ پیش‌پرداخت موضوع ماده ۴ قرارداد منهای سود و هزینه‌های بانک است؛ در حالیکه در عقد اجاره، فسخ قرارداد چنین حقی برای مستأجر ایجاد نمی‌کند و حتی اگر مبنای چنین حقی را فسخ قرارداد از جانب بانک بدانیم، این سوال همچنان باقی است که چرا سود اقساط از شمول چنین حکمی مستثنا شده‌اند؛ این در حالی است که اقساط مزبور در واقع ماهیتی جز اجاره بها ندارند و حکم اجاره بها در هر صورت باید یکسان باشد.

۴. نکته دیگر، حکم ماده ۱۱ قرارداد اجاره به شرط تملیک است که به شرط تملیک می‌پردازد. مطابق این ماده: «در صورتی که مستأجر نسبت به پرداخت کل مال الاجاره و سایر مطالبات ناشی از این قرارداد که بر ذمه وی تعلق گرفته است اقدام نماید، بانک/مؤسسه اعتباری ... عین مستاجر را در ملکیت مستأجر



عنوان کسی که شرط تملیک به نفع او شده است، حق فسخ قرارداد را از خود سلب نموده است؛ بنابراین، در فرض ممتنع بودن یا ممتنع شدن انجام شرط، مشتری متضرر می‌گردد.

۲-۱-۲. الزامات عقد بیع اقساطی و عقد

مرابحه

دو عقد بیع اقساطی و مرابحه از آنجا که بر پایه عقد بیع شکل می‌گیرند (العاملی (الشهید الثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.، ۲۹۰)، دارای الزامات مشترکی می‌باشند.

در این قراردادها بانک کالای مورد نیاز مشتری را خریداری کرده و به صورت اقساط یا به صورت مرابحه در اختیار او قرار می‌دهد. بدیهی است که تحقق این عقود، منوط به حقیقت داشتن و واقعی بودن مفاد آن است. از این رو، ابتدا بانک باید حقیقتاً مالک کالا شده و سپس مشتری، کالای مزبور را به یکی از طرق مذکور از بانک خریداری نماید. با توجه به نیاز این عملیات به نیرو و هزینه زیاد، بانک‌ها با پرداخت مبلغ کالا به خود مشتری به صورت نقد یا اعتبار، او را وکیل می‌کنند تا از طرف بانک کالا را خریده و به خود بفروشد.

یکی از مهم‌ترین الزامات عقد بیع، وجود موضوع و مورد معامله است؛ (العاملی (الشهید الثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.، ۱۹۹) به طوری که فقدان موضوع باعث بطلان عقد می‌گردد.

درمی‌آورد. «این ماده دلالت بر این دارد که شرط تملیک در قرارداد مزبور، از نوع شرط فعل می‌باشد و نه شرط نتیجه. بدیهی است در صورت امتناع بانک از این کار، فرآیند الزام طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی صورت می‌پذیرد. در این باره باید به دو نکته توجه نمود: اول اینکه مطابق آنچه پیش‌تر ذکر شد، تشخیص تخلف از قرارداد منحصرأ در اختیار بانک است و مشتری حق هرگونه ایراد و اعتراض را از خود سلب نموده است (مواد ۲۰ و ۲۶ قرارداد)؛ لذا بانک می‌تواند مطابق ماده ۱۶ قرارداد، با ادعای تخلف مشتری از انجام تعهدات خود، قرارداد را فسخ نموده و با برگرداندن اقساط دریافتی و پیش‌پرداخت مشتری، سود و هزینه‌های خود را دریافت دارد. در صورت ارجاع اختلاف به محاکم قضایی نیز حکم به نفع بانک خواهد بود، چراکه مطابق ماده ۶ قرارداد، دفاتر و صورت حساب‌های بانک معتبر و ملاک عمل در مراجع قضایی و رسمی می‌باشند. دوم اینکه مطابق ماده ۲۴۰ قانون مدنی، اگر انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که در زمان عقد ممتنع بوده است، مشروط‌له حق فسخ خواهد داشت. در فرض حاضر، مشتری به



(شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۸) در عقود بیع موضوع عملیات بانکی، در بسیاری موارد اساساً موضوعی برای معامله وجود ندارد و طرفین صرفاً با هدف اعطای وام و بازپس‌گیری اصل و سود آن در طی زمان مشخص اقدام به انعقاد چنین قراردادی می‌کنند. بدیهی است در چنین فرضی، قرارداد باطل خواهد بود.

مسئله دیگر، تفکیک بین عقد و تعهد به عقد است. فرم قرارداد بانکی بین بانک و مشتری منعقد می‌شود و فروشنده کالا نقشی در آن ندارد؛ لذا با توجه به اینکه در زمان انعقاد قرارداد، بانک کالا را خریداری نکرده است، مشتری طبق ماده ۲ قرارداد صرفاً متعهد می‌شود که در فرض خرید کالا توسط بانک، آن را از بانک خریداری نماید. بنابراین، موضوع قرارداد، انشای عقد بیع است نه انتقال مالکیت مبیع. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۷) در این حالت اگر بانک خود اقدام به خرید کالای مزبور نماید ولی مشتری از خرید کالا منصرف شود، مشکلات جدی برای بانک ایجاد خواهد شد که تنها از طریق مراجعه به مراجع قضایی قابل حل است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۶۹) این مسئله با توجه به ضرورت اصل سرعت و اطمینان در روابط تجاری پیچیده موجود، هزینه‌هایی را بر بانک تحمیل می‌کند که مخل کارویژه

اصلی آن است. همچنین در فرض ممنوع یا محدود شدن خرید و فروش موضوع معامله یا غیرمقدور شدن تسلیم آن در فاصله بین دو قرارداد، الزام مشتری به خرید کالا از بانک غیرمقدور می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۷؛

۳-۱-۲. الزامات عقد سلف

یکی از الزامات عقد سلف، عدم امکان فروش مبیع قبل از سررسید موضوع سلف است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۹۷) که عدم توجه به آن، مقبولیت فقهی اینگونه معاملات را دچار خدشه خواهد کرد. (نظرپور و لطفی‌نیا، ۱۳۹۴: ۱۴۹ و ۱۵۴) این مسئله معضلی است که در بحث از سلف موازی مطرح است. در سلف موازی، خریدار سلف اول، موضوع معامله را قبل از سررسید سلف اول، به صورت سلف به شخص ثالثی می‌فروشد. (صادقی‌مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۳) حقوقدانان برای رفع معضل سلف موازی، چنین مقرر کرده‌اند که در سلف دوم، کالایی که از نظر جنس و خصوصیات شباهت کاملی با مبیع سلف اول دارد، موضوع قرارداد قرار گیرد. (ره‌پیک و کریمیان، ۱۳۹۵: ۵۷) با این وجود، ظاهر مواد ۴ و ۵ قرارداد سلف بانکی، دلالت بر این دارد که مبیع سلف دوم، همان مبیع سلف اول می‌باشد که مجدداً به خود فروشنده سلف اول فروخته می‌شود.^۱ البته نکته قابل‌توجه در این مواد، عدم تحقق سلف موازی است؛

۱. متن ماده ۴: «بانک/موسسه اعتباری حق اختیار فروش کالای موضوع این قرارداد را به فروشنده در سررسید تحویل به مبلغ دارد.»

متن ماده ۵: «فروشنده حق اختیار خرید کالای موضوع این قرارداد از بانک/موسسه اعتباری به مبلغ مندرج در ماده ۴ در سررسید تحویل را دارد.»



قرارداد جعاله مصوب شورای پول و اعتبار، برای در امان ماندن از آثار جواز این عقد، در ماده ۷ مقرر می‌دارد: «جاعل ضمن عقد خارج لازم، تمامی تعهدات و مفاد این قرارداد را پذیرفته و حق فسخ این قرارداد را از خود سلب نمود.» اگرچه قرار دادن تعهدات ناشی از این قرارداد و همچنین سلب حق فسخ در ضمن عقد خارج لازم آثار سوء جواز عقد برای عملیات بانکی را از بین می‌برد، ولی عدم وجود واقعی چنین عقدی در عالم واقع، اعتبار شرط مزبور را مختل می‌سازد.

اما آنچه بیش از هر چیز در قرارداد جعاله بانکی حائز اهمیت است این است که عملی که برای آن جعل قرار داده می‌شود، عمدتاً در عالم واقع وجود خارجی ندارد. از آنجا که بند ۱ ماده ۵ قرارداد جعاله این امکان را به بانک می‌دهد که جاعل را نماینده خود در انجام موضوع جعل قرار دهد، در غالب موارد، متقاضی تسهیلات از این شیوه جهت دریافت تسهیلات نقدی بهره می‌برد، در حالی که در عالم واقع عملی صورت نمی‌پذیرد.

در مجموع آنچه بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که نویسندگان فرم‌های متحدالشکل قراردادهای بانکی، در راستای تأمین کارکردهای عملیات بانکی، برخی الزامات ویژه عقود مبادله‌ای اجاره به شرط تملیک، بیع اقساطی، مرابحه، سلف و جعاله را مورد توجه قرار نداده‌اند که این مهم صحت و مشروعیت این عقود را تحت الشعاع قرار

بلکه طرفین تنها حق خرید و فروش موضوع معامله را در سررسید برای مشتری و بانک پیش‌بینی می‌نمایند. در این حالت اگرچه سلف موازی شکل نمی‌گیرد، ولی این مشکل ایجاد می‌شود که اگر مشتری در سررسید قرارداد سلف، از خرید محصول خود از بانک امتناع ورزد، بانک مستمسک قانونی برای الزام او به خرید محصول را نخواهد داشت.

۲-۱-۴. الزامات عقد جعاله

عقد جعاله از لحاظ عدم لزوم تعیین کیفیت عمل و اجرت من جمیع الجهات (العاملی) (الشهید الثانی)، ۱۴۲۴ ه.ق.: ۷۹، قالب مناسبی برای عملیات بانکی به نظر می‌رسد. ماده ۵۶۳ قانون مدنی می‌گوید: «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست ...» و ماده ۵۶۴ همین قانون نیز بیان می‌دارد: «... ممکن است عمل هم مردد و کیفیت آن نامعلوم باشد.» با این وجود، در قرارداد جعاله مصوب شورای پول و اعتبار نیز ردپای شروط تحمیلی خاص این قرارداد مشاهده می‌شود؛ تبصره ماده ۵ در مورد ناتمام ماندن جعاله بیان می‌دارد: «جاعل حق هرگونه ایراد و اعتراض نسبت به ناتمام ماندن عملیات جعاله و جعل بانک/مؤسسه اعتباری را از خود سلب و اسقاط نمود.»

گذشته از این مورد، به تصریح فقها (العاملی) (الشهید الثانی)، ۱۴۲۴ ه.ق.: ۸۱ و ماده ۵۶۵ قانون مدنی، جعاله تعهدی جایز است و تابع احکام عقود جایز می‌باشد.



می‌دهد.

۲-۲. الزامات عقود مشارکتی (تخصیص منابع)

(۲)

برخی الزامات قراردادی در بین تمامی عقود مشارکتی یکسان است؛ از این رو قبل از پرداختن به الزامات خاص هر یک از عقود مشارکتی، می‌بایست نقاط اشتراک آن‌ها را به عنوان عقود مورد استفاده در عملیات بانکی مورد توجه قرار داد.

از جمله این الزامات مشترک، عدم قابلیت تعیین سود یا زیان و میزان آن قبل از اتمام قرارداد است. این مسئله به قدری اهمیت دارد که برخی اندیشمندان، عدم تضمین و اطمینان را ذاتی این عقود دانسته‌اند (قائم‌ی اصل و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۱۰). بنا بر این اصل، چنانچه سود واقعی قرارداد بیش از سود علی‌الحساب تعیین شده باشد، باید تفاوت سود مزبور پرداخت شود و اگر کمتر باشد، سود اضافه پرداخت شده باید مسترد گردد. این در حالی است که در مقام عمل، از یک طرف، بانک در فرض کمتر بودن نرخ سود واقعی از سود علی‌الحساب، توانایی استرداد وجوه اضافه پرداخت شده را نداشته و آن را هبه می‌نماید (قائم‌ی اصل و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۱۲) و از سوی دیگر، گیرندگان تسهیلات صرف نظر از تفاوت نرخ سود واقعی با نرخ سود تعیین شده، موظف به پرداخت نرخ سود معین شده توسط بانک می‌باشند. این مسئله در مورد زیان نیز مطرح است؛ مطابق عقود مشارکتی، بانک در زیان

مشتري شريك است؛ اما آنچه در عمل اتفاق می‌افتد، عدم پذیرش زیان از سوی بانک است. در حقیقت بانک با تحمیل شرایط قراردادی خاص بر مشتریان، حاضر به شراکت با مشتری در زیان حاصل از پروژه نیست (مستخدمین حسینی، ۲۰۱۶). گذشته از موارد مزبور، هریک از عقود مشارکتی دارای الزامات خاص خود است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲-۲-۱. الزامات عقد مشارکت مدنی

عقد مشارکت مدنی دارای الزامات و موازینی است که عدم رعایت آن‌ها در عملیات بانکی موجب ایجاد مشکل و مخدوش شدن مشروعیت آن شده است. اهم این اشکالات عبارتند از: شرط مخالف مقتضای عقد؛ اکل مال به باطل و ربوی بودن شرط تضمین سود (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۳۷).

۲-۲-۱-۱. الزامات شرط ضمن عقد

شرطی که در ضمن عقد مشارکت مدنی تحقق می‌یابد، الزاماتی دارد که عدم رعایت آن‌ها حسب مورد، شرط یا عقد را باطل می‌سازد. اولین لازمه شرط طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی این است که نباید مخالف با مقتضای عقد باشد. مخالفت با مقتضای عقد به سه صورت قابل فرض است: اول اینکه مفاد شرط، متلازم عقد صحیح دیگری باشد؛ دوم اینکه مخالفت شرط با مفاد عقد



مقتضای عقد که حاکی از تقسیم سود و زیان به نسبت سهم‌الشرکه است، می‌باشد (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۴).

همچنین در ماده ۲۱ قرارداد مشارکت مدنی شرط شده است که شریک بانک موظف به پرداخت هزینه بیمه مورد وثیقه و اموال موضوع مشارکت است؛ این شرط در زمینه بیمه مورد وثیقه بلاشکال است، اما هزینه بیمه موضوع مشارکت، یکی از اقلام مشارکت است که باید بر عهده هر دو شریک قرار گیرد (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۶). همچنین مطابق ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط نباید مخالف با شرع داشته باشد والا باطل خواهد بود. ماده یازده مذکور به سه دلیل خلاف شرع نیز می‌باشد: اول اینکه در فرض عدم سود و الزام شریک به پرداخت سود، مصداق اکل مال به باطل تحقق می‌یابد؛ دوم اینکه این ماده قرارداد شرکت را از ماهیت اصلی آن خارج و شریک را ملزم به پرداخت زیاده‌ای می‌کند که اضافه بر رأس المال و ربا است؛ دلیل سوم هم الزام شریک به قبول چنین شرطی است که مصداق بارز تحمیل شرط بر مشتری و غیرشرعی می‌باشد (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۴).

از جمله شروط تحمیلی دیگر که در قرارداد مزبور وجود دارد، شرط اداره تبرعی امور شرکت توسط گیرنده تسهیلات موضوع ماده ۷ قرارداد است. تبصره ماده مزبور حق تشخیص قصور گیرنده تسهیلات در اداره شرکت مدنی را نیز به بانک واگذار می‌کند.

به معنای عدم قصد طرفین نسبت به انجام عمل حقوقی باشد؛

و سوم اینکه مفاد شرط، آثار عرفی یا شرعی عقد را مختل سازد.

در هر دو فرض اخیر، شرط باطل و بی‌اثر خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۱۱). یکی از آثار شرعی عقد مشارکت مدنی، تقسیم سود و زیان به نسبت سهم طرفین است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۲). در قرارداد مشارکت مدنی، سود حاصل از مشارکت در پایان قرارداد به نسبت سهم مشاع شرکا بین آن‌ها تقسیم می‌شود؛ مگر اینکه شریکی کار بیشتری انجام داده و به تناسب آن، سهم بیشتری دریافت کند. در هر صورت، سهم بیشتر بدون کار اضافی از نظر فقها و ماده ۵۷۵ قانون مدنی مردود است (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۱) و موجب بطلان شرط و عقد (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۲): «هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آن‌ها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد.»

ماده یازده قرارداد مشارکت مدنی مصوب شورای پول و اعتبار در سال ۹۲ مقرر می‌دارد: «... شریک ملزم و متعهد شد که سهم‌الشرکه متعلقه بانک/مؤسسه اعتباری به همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک/مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند.» این شرط که در قالب عقد صلح بیان شده است، به نوعی تضمین سود محقق نشده و خلاف



همچنین ماده ۱۲ قرارداد، شریک را ملزم می‌سازد که در فرض فروش نرفتن موضوع مشارکت، شخصاً اقدام به خرید آن نموده و وجه آن را به حساب مشترک مشارکت مدنی واریز نماید.

شروط ضمن قرارداد همچنین نباید خلاف قاعده عدل و انصاف باشد. شروط تحمیلی مذکور در قرارداد مشارکت مدنی، علاوه بر ایجاد خدشه در اراده شریک بانک، خلاف قاعده عدل و انصاف نیز می‌باشد (قراملکی و دادخواه، ۱۳۹۲: ۱۱۴ و ۱۱۵).

۲-۲-۲. جایز بودن عقد

از جمله لوازم عقد مشارکت مدنی، جایز بودن آن است؛ لذا هر یک از طرفین هرگاه بخواهند می‌توانند آن را فسخ نمایند؛ همچنین عقد به فوت، سفاهت یا جنون هر یک از طرفین منحل خواهد شد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۰). ماده ۶ قرارداد مشارکت مدنی بیان می‌دارد که شریک بانک ضمن عقد لازم خارج، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب می‌نماید. اگرچه این ماده از لحاظ شرعی و حقوقی بلاشکال است، ولی عقد خارج لازم باید به طور واقعی تحقق پیدا کند تا شرط مزبور نافذ باشد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۴)؛ در حالی که در عمل چنین نیست.

۲-۲-۳. امانی بودن عقد

عقد مشارکت مدنی از عقود امانی است؛ بدین معنا که ید شرکا در مورد موضوع مشارکت، ید امانی بوده و تنها در صورت

تعدی و تفریط ضامن خواهند بود (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۳). در حالی که بند ۲ ماده ۱۳ تصریح می‌نماید: «شریک مسئول جبران ضرر و زیان بانک و عواقب ناشی از تأخیر در اجرای موضوع مشارکت خواهد بود». این بند با اصل امانی بودن ید شریک در تعارض است (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۵۶).

۲-۲-۴. عدم وجود رابطه دین

موضوع شرکت مطابق نظر جمیع فقها و همچنین قانون مدنی باید عین خارجی یا منفعت و یا حق باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۱) و نه دین، خدمات یا اعتبار؛ عین خارجی مزبور به طور مشاع به ملکیت همه شرکا درمی‌آید؛ لذا در مشارکت مدنی، هیچ یک از طرفین مدیون دیگری نمی‌شود؛ بنابراین گرفتن وثیقه در قالب عقد رهن در این نوع از عقود جایز نیست؛ چرا که رهن مختص رابطه دین بین طلبکار و بدهکار است و در قرارداد مشارکت مدنی بانک ممکن است تا پایان قرارداد اساساً دینی ایجاد نشود. در ماده بیست قرارداد مشارکت مدنی جهت حسن انجام تعهدات، شرط وثیقه گنجانده شده است که در قالب رهن از مشتری بانک دریافت می‌شود و این مسئله با ماهیت مشارکت مدنی در تناقض است (موسویان و فیروزآبادی، ۱۳۸۷: ۱۲۲). البته بانک می‌تواند جهت اطمینان از بازپرداخت تسهیلات، وثیقه کافی بگیرد؛ ولی این وثیقه نباید در قالب عقد رهن باشد (خاوری، ۱۳۸۲: ۲۴۶). وثیقه اعم از رهن است و در



مصالحه بر عامل تحمیل می‌نماید.

۲. ماده ۸ مبنی بر تعهد عامل نسبت به

اصل سرمایه بانک ضمن عقد خارج

لازم و ماده ۹ مبتنی بر همین تعهد

در فرض عدم قدرت عامل بر انجام

یا اتمام موضوع قرارداد که ناشی از

دلیلی خارج از اراده عامل باشد.

۳. تعهد عامل به خرید موضوع مضاربه

به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت

بانک در فرض فروش نرفتن آن بر

اساس تبصره ماده ۸.

علاوه بر این، قرارداد مزبور دارای نقاط

ابهامی نیز می‌باشد؛ برای نمونه، مطابق بند

۲ ماده ۶ این قرارداد، هزینه بیمه کالا جزو

هزینه‌هایی است که عامل می‌تواند از محل

سرمایه مضاربه پرداخت نماید؛ حال آنکه

ماده ۲۰ همین قرارداد، عامل را متعهد می‌سازد

تا اموال موضوع عملیات ناشی از قرارداد را به

هزینه خود و به نفع بانک بیمه نماید.

از منظر حقوقی و تطابق قرارداد با ضوابط

قانون مدنی، آنچه در مورد عقد شرکت بیان

شد، با اختلافات جزئی در مورد عقد مضاربه

نیز صادق است.

الف. الزامات شرط ضمن عقد

در قرارداد مضاربه نیز مانند قرارداد

مشارکت، برخی از شروط با مقتضای عقد

سازگار نیستند. یکی از اقتضائات عقد

مضاربه، شراکت طرفین در سود و حمل زیان

بر مالک است؛ شراکت طرفین در سود که

آن، برخلاف رهن، قبض و وثیقه توسط ذینفع،

شرط صحت عقد اصلی نیست؛ مال مورد

وثیقه نیز می‌تواند برخلاف رهن، اعم از عین و

دین باشد (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۶).

بر همین اساس، برخی اندیشمندان

گرفتن ضمان در عقود بانکی را مصداق قاعده

«ضمان ما لم یجب» و باطل دانسته‌اند. بر

اساس این قاعده، ضمان دینی که سبب آن

به وجود نیامده باشد، باطل است. در عقد

مشارکت که موضوع آن انجام تعهد است،

نه تنها در زمان انعقاد عقد دینی وجود ندارد،

بلکه ممکن است تا پایان مدت قرارداد

نیز دینی ایجاد نشود (نظریور و ملاکریمی،

۱۳۹۴: ۱۵۸). البته برخی اندیشمندان با

توسعه مصادیق عقد ضمان، ضمان تعهد

انجام کار را نیز پذیرفته‌اند؛ اما آنچه در عقد

ضمان بانکی مد نظر است، ضمانت حسن

انجام کار است که پذیرش آن تحت عنوان

ضمان، به معنای توسعه مفهومی آن بوده و

عقد جدیدی به حساب می‌آید؛ لذا مشمول

عنوان ضمان ما لم یجب خواهد بود (نظریور

و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۵۹).

۲-۲-۲. الزامات عقد مضاربه

در قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و

اعتبار نیز برخی شروط، تحمیلی و خاص

این عقد می‌باشند؛ از جمله:

۱. تبصره ماده ۶ که بعد از مشخص

شدن محل هزینه‌کرد سرمایه مضاربه

در متن ماده، باقی هزینه‌ها را با عنوان



مورد تصریح ماده ۵۴۶ قانون مدنی می باشد، بر اساس ماده ۵۴۸ همین قانون باید به صورت جزء مشاع از کل منفعت حاصله باشد. در مورد زیان نیز ماده ۵۵۸ مقرر می دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.» قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار، اگرچه در زمینه تقسیم سود و مطابق ماده ۵ خود اختلافی با ضوابط فقهی و حقوقی ندارد، ولی در مورد زیان در ماده ۸ مقرر می دارد: «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک/مؤسسه اعتباری منظور نماید.» این ماده خلاف مقتضای عقد مضاربه است؛ چرا که علاوه بر این که عقد خارج لازم در واقعیت وجود ندارد، تعهد عامل طبق مفاد این ماده بر برگرداندن اصل سرمایه، بیش از آنکه شباهت به شرط تملیک مجانی خسارت از طرف عامل به مالک داشته باشد، شبیه شرط ضمان اصل سرمایه بانک و مطابق ماده ۵۵۸ قانون مدنی باطل و مبطل عقد است. تبصره ماده ۸ مذکور و همچنین ماده ۹ قرارداد، دلالت شرط مقرر در متن ماده ۸ بر ضمانت اصل سرمایه را تأیید می کند. تبصره

ماده ۸ بیان می کند: «در صورتی که موضوع مضاربه به فروش نرفته باشد، به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت بانک/مؤسسه اعتباری از طرف عامل شخصاً خریداری و وجه آن به حساب مضاربه واریز و سود حاصل به تناسب مقرر فوق بین بانک/مؤسسه اعتباری و عامل تقسیم و سهم سود عامل به حساب وی منظور خواهد شد.» این تبصره به نوعی تضمین اصل سرمایه بانک توسط عامل است. همچنین ماده ۹ در مورد فسخ قرارداد توسط بانک به دلیل عدم قدرت عامل بر انجام یا اتمام آن بیان می دارد: «... در این صورت عامل مکلف به بازپرداخت سرمایه مضاربه و در صورت تحصیل سود، پرداخت سهم بانک/مؤسسه اعتباری از سود مکتسبه است.» حال آنکه اگر فسخ بانک به معنای بطلان معامله از ابتدا تفسیر شود، آنگونه که اقتضای بازپرداخت سرمایه مضاربه به بانک است، تقسیم سود مکتسبه بی مبناست؛ بلکه سود متعلق به بانک بوده و عامل اجرت المثل عمل خود را می گیرد؛ و اگر فسخ به معنای ابطال معامله از حین فسخ باشد، که به نظر می رسد چنین است، بازپرداخت سرمایه مضاربه به بانک معنایی جز تضمین اصل سرمایه بانک ندارد.

تبصره ماده ۱۰ قرارداد پا را فراتر گذاشته و علاوه بر تضمین اصل سرمایه بانک توسط عامل، تعهد وی به پرداخت سود را نیز از جانب او تضمین می کند: «مانده مطالبات ... شامل مانده از اصل سرمایه مضاربه پرداختی



و فاقد اعتبار می باشد.

یکی دیگر از عوامل انفساخ عقد مضاربه به حکم بند ۴ ماده ۵۵۱، عدم امکان انجام تجارتي است که منظور طرفین می باشد. این در حالی است که ماده ۹ قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار در چنین مواردی، اختیار فسخ را به بانک داده و بانک را مستحق دریافت اصل سرمایه مضاربه و سهم سود در صورت تحصیل آن می داند. ماده ۵۶۰ قانون مدنی با بیان اینکه «به غیر از آنچه فوقاً مذکور شد، مضاربه تابع شرایط و مقرراتی است که به موجب عقد بین طرفین مقرر است» این نکته را می رساند که مقررات قانون مدنی در زمینه عقد مضاربه صبغه آمرانه داشته و توافق طرفین در مورد موضوعات مورد تصریح قانون مدنی بی اثر می باشد. لذا چون مفاد ماده ۹ قرارداد مضاربه حکمی خلاف بند ۴ ماده ۵۵۱ دارد، در این زمینه نافذ نمی باشد.

ج. امانی بودن عقد

عقد مضاربه نیز مانند عقد مشارکت مدنی، از جمله عقود امانی است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۷). ماده ۵۵۶ قانون مدنی در این زمینه بیان می دارد: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی». بند ۳ ماده ۵۵۱ قانون مدنی نیز تصریح می کند که در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح، عقد مضاربه منفسخ می شود. مقتضای امانی

بانک/مؤسسه اعتباری به علاوه فواید مترتب بر آن می باشد که عامل ضمن عقد خارج لازم تقبل نموده و ملزم به پرداخت آن گردیده است.» صحبت از نرخ سود مورد انتظار در مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۲ قرارداد و همچنین تعیین آن در ماده ۱۳ مؤیدی بر تضمین سود معامله از جانب عامل می باشد.

آنچه در عقد مشارکت مدنی در مورد مخالفت شروط تضمین کننده اصل سرمایه و سود با شرع و همچنین مخالفت شروط تحمیلی با قاعده عدل و انصاف بیان شد، در مورد عقد مضاربه نیز صادق می باشد.

ب. جایز بودن عقد

نظر فقها (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۵) و تصریح ماده ۵۵۰ قانون مدنی بر این است که «مضاربه عقدی است جایز». بنابراین و همانطور که در بندهای ۱ و ۲ ماده ۵۵۱ قانون مدنی ذکر شده است، به موت یا جنون یا سفه احد طرفین یا مفلس شدن مالک به خودی خود منفسخ می گردد. جواز این عقد و آثار آن مانند سایر عقود بانکی با اهداف و عملکرد نظام بانکی سازگاری ندارد؛ لذا قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار در ماده ۴ مقرر می دارد: «... عامل ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط نمود.» شرط مزبور همانطور که در عقد مشارکت بیان شد، علیرغم عدم مخالفت با شرع و قانون، به دلیل عدم تحقق عقد خارج لازم، وجهه شرعی و قانونی نداشته



بودن عقد، عدم تعهد عامل نسبت به مالک در فرض انفساخ عقد است. همچنین از آنجا که بر اساس مفهوم مخالف ماده ۵۶۰ قانون مدنی، قواعد و ضوابط این قانون در حیطه عقد مضاربه جنبه آمرانه دارند، لذا توافق طرفین مبتنی بر ضمان عامل نسبت به اصل سرمایه مضاربه نافذ نخواهد بود. مواد ۸ و ۹ قرارداد مضاربه که مورد اشاره قرار گرفت، با تضمین اصل سرمایه مضاربه، عقد مضاربه را از ماهیت امانی آن خارج می‌کنند که با توجه به آمرانه بودن قواعد قانون مدنی در حیطه عقد مضاربه، شروط مذکور در مواد مزبور باطل خواهند بود.

۲-۳. الزامات عقود مزارعه و مساقات

قراردادهای مزارعه و مساقات مصوب شورای پول و اعتبار تعارض و تنافی خاصی با الزامات عقود مزارعه و مساقات در نظام فقهی و حقوقی ندارند. در زمینه عقود مزبور و با توجه به متن ماده ۲۴ قراردادها که مقرر می‌دارد: «سایر مواردی که در این قرارداد پیش‌بینی نشده است، حسب مورد، تابع مفاد مبحث اول (و دوم) فصل پنجم قانون مدنی می‌باشد.» باید در موارد سکوت به قانون مدنی مراجعه نمود. ماده ۵۲۷ قانون مدنی در مورد خروج زمین از حالت انتفاع مقرر می‌دارد: «هرگاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد، عقد مزارعه منفسخ می‌شود.» اگرچه شورای پول و اعتبار در ماده ۲ قراردادهای مزارعه و مساقات، اقرار به

رؤیت زمین و قابلیت زرع و سقی را به امضای مشتری بانک می‌رساند، اما اقرار مزبور ناظر به زمان انعقاد قرارداد است؛ حال آنکه ماده ۵۲۷ قانون مدنی از وضعیتی صحبت می‌کند که زمین در اثنای اجرای قرارداد از قابلیت انتفاع خارج می‌گردد. لذا حکم ماده مزبور به انفساخ قرارداد در چنین فرضی در قراردادهای بانک نیز جاری است و می‌تواند باعث متضرر شدن بانک گردد. چرا که ماده ۵۳۳ بیان می‌دارد: «اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود، حاصل مال صاحب بذراست و طرف دیگر ... مستحق اجرت‌المثل خواهد بود.» بنابراین، در فرض انفساخ قرارداد، بانک تنها می‌تواند اجرت‌المثل زمین را دریافت کند. مطابق ماده ۵۳۵ قانون مدنی، این نتیجه در فرض عدم زراعت عامل نیز جاری است: «اگر عامل زراعت نکند و مدت منقضی شود، مزارع مستحق اجرت‌المثل است.» البته این حکم در مورد بطلان عقد مساقات جاری نیست، چرا که مطابق ماده ۵۴۴ قانون مدنی «در هر مورد که مساقات باطل باشد یا فسخ شود، تمام ثمره مال مالک است و عامل مستحق اجرت‌المثل خواهد بود.»

نکته دیگر، امانی بودن ید عامل طبق مفاد قانون مدنی است. ماده ۵۳۶ در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد، عامل ضامن تفاوت خواهد بود.» حکم مزبور با توجه به اینکه قانون‌گذار در



در این زمینه تنها نکته‌ای که می‌توان به آن اشاره کرد، نحوه محاسبه کارمزد بانک است. مطابق ماده ۴ قرارداد قرض مصوب شورای پول و اعتبار: «... کارمزد متعلقه معادل ... درصد نسبت به مانده قرض الحسنه اعطایی موضوع این قرارداد در سال می‌باشد ...». تعیین کارمزد به صورت درصدی از مانده مطالبات، دلیل و وجه عقلی یا فقهی و حقوقی ندارد. اگر کارمزد بانک در ارائه خدمات بر اساس میزان تسهیلات اعطایی مشخص گردد، ماهیت خود را از دست داده و صبغه سود پیدا خواهد کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۲۶).

۲-۳-۲. الزامات عقد وکالت

بانک‌ها از مشتری وکالت می‌گیرند تا از جانب او به فعالیت اقتصادی بپردازند؛ این وکالت بر مشتری تحمیل شده و مشتری مجبور به قبول آن است. همچنین بانک‌ها باید جزئیات اقداماتی را که از سوی مشتری انجام می‌دهند گزارش داده و بر مبنای عقد وکالت، حساب معاملات خود را برای موکل خود تشریح نمایند (مستخدمین حسینی، ۲۰۱۶)؛ ماده ۶۶۸ قانون مدنی در مورد تعهدات وکیل مقرر می‌دارد: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد ...» اما در عمل چنین اتفاقی نمی‌افتد.

از سوی دیگر، بانک‌ها به اقتضای سمت وکالت و مطابق ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا موظفند سود حاصل از عملیات

مقام بیان و قانون‌گذاری است، دارای مفهوم مخالف می‌باشد که حکایت از امانی بودن ید عامل دارد.

هر آنچه در این قسمت در مورد عقد مزارعه بیان شد، به حکم ماده ۵۴۵ قانون مدنی در مورد مساقات نیز جاری است؛ مگر استثنایی که بیان آن گذشت.

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که برخی از الزامات اختصاصی عقود مشارکتی مشارکت مدنی، مضاربه، مزارعه و مساقات در فرم‌های متحدالشکل قراردادهای بانکی رعایت نشده‌اند.

۲-۳-۳. الزامات عقود بخش تجهیز منابع

در این بخش، الزامات دو عقد قرض و وکالت را به عنوان اصلی‌ترین عقود موجود در بخش تجهیز منابع مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲-۳-۱. الزامات عقد قرض

عقد قرض هم در بخش تجهیز و هم در بخش تخصیص منابع مورد استفاده قرار می‌گیرد. تفاوت استفاده از این قرارداد در این دو بخش، در مسئله کارمزد خلاصه می‌شود. بانک در بخش تجهیز منابع، سرمایه مدنظر را در قالب عقد قرض از مشتری دریافت کرده و در زمان سررسید یا عندالمطالبه همان مبلغ را باز می‌گرداند. اما در بخش تخصیص منابع، بانک علاوه بر بازپس‌گیری اصل سرمایه، مبلغی را که به صورت درصدی از اصل سرمایه تعیین می‌شود، به عنوان کارمزد خدمات ارائه‌شده دریافت می‌دارد.



بانکی را بر اساس قرارداد منعقد و متناسب با مدت و مبلغ سپرده‌گذاری، پس از جدا کردن سهم منابع بانک به نسبت مدت و مبلغ و همچنین حق الوکاله، به سپرده‌گذاران بپردازند. بر این اساس، زمان تعیین نرخ سود قطعی در پایان مدت قرارداد بانک با مشتری است. بانک‌ها برای اینکه بتوانند ماهانه به سپرده‌گذاران سود پرداخت نمایند، نرخ سود احتمالی تحت عنوان سود علی‌الحساب را متعهد می‌شوند تا در پایان قرارداد و بر اساس سود قطعی به دست آمده با سپرده‌گذار تسویه حساب نمایند. حال اگر نرخ سود علی‌الحساب به نرخ سود تضمینی و از پیش توافق شده تبدیل گردد که بانک حتی در شرایط زیان موظف به پرداخت آن باشد، خلاف مقتضیات عقد وکالت خواهد بود. در نهایت، وکالت عقدی جایز است و طبق ماده ۶۷۹ همین قانون: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» این در حالی است که نمی‌توان در عقود بانکی به سپرده‌گذار این اجازه را داد که هر زمانی که خواست، سپرده خود را مسترد دارد. در چنین مواردی شرط وکالت بلاعزل ضمن عقد خارج لازم اگرچه می‌تواند کارگشا باشد، اما همان‌طور که قبلاً ذکر شد، این امر منوط به تحقق واقعی عقد لازم در خارج است که در عمل اتفاق نمی‌افتد.

نتیجه‌گیری

فرم‌های متحدالشکل قراردادهای

بانکی مصوبه شورای پول و اعتبار بانک مرکزی در سال‌های ۹۲ تا ۹۴ که هم‌اکنون نیز مورد استفاده بانک‌ها در عملیات بانکی می‌باشند، اگرچه حرکتی مثبت در راستای نظم‌دهی به ضوابط و مقررات عملیات بانکی در نظام اقتصادی به شمار می‌آیند، اما عدم رعایت ضوابط و قواعد عمومی و اختصاصی عقود معین به کار گرفته شده در فرم‌ها در کنار تحمیل بسیاری از شروط ناخواسته به مشتریان، به صحت و اعتبار قراردادهای بانکی خلل وارد می‌سازد. این خلل در موارد مختلفی نظیر تعلیق عقد، عدم وجود موضوع معامله، شرط وجه التزام، شروط تحمیلی، عدم رعایت ویژگی‌های شرط ضمن عقد و عدم وجود عقد خارج لازم، منجر به بطلان عقد یا شرط شده و در مواردی نظیر لزوم تقارن اطلاعات طرفین معامله، امانی و جایز بودن برخی عقود، عدم اجرای تعهد به عقد و صلاحیت تشخیص متخلف، منجر به پیچیدگی‌های حقوقی و قانونی می‌گردد که تنها با ورود دادگاه به موضوع قابل حل می‌باشد. این مسئله با لزوم رعایت اصل سرعت و اعتماد در نظام اقتصادی در تعارض است.

از این رو پیشنهاد می‌گردد نواقص موجود در فرم‌ها با هم‌اندیشی فقها و حقوقدانان اصلاح شده، کارگزاران نظام بانکی و مشتریان تحت آموزش و آگاهی نسبت به حقوق و وظایف خود در هر یک از قراردادهای مربوطه قرار گیرند.



منابع

۹. انصاری، شیخ مرتضی. کتاب المکاسب. جلد ۶. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره)، ۱۴۱۵ق.
۱۰. آهنگران، محمد رسول، و فرشته ملاکریمی خوزانی. "بررسی فقهی و حقوقی وجه التزام بانکی." فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی ۴۰ (زمستان ۱۳۸۹): ۱۷۹ - ۲۰۸.
۱۱. باقری، محمود، و مصطفی بستانی. "تحلیل اقتصادی عقود مضاربه و مشارکت در چهارچوب بانکداری اسلامی نابرابری اطلاعاتی و کاهش کارایی." تحقیقات حقوقی ۶۷ (۱۳۹۳): ۱۰۵ - ۱۳۴.
۱۲. برجی، یعقوبعلی، و منیر حق خواه. "ملاک شناسی احکام معاملات و آثار آن در فقه امامیه." آموزه های فقه مدنی ۱۶ (پاییز و زمستان ۱۳۹۶): ۵۷ - ۸۰.
۱۳. بروجردی، سید حسین. جامع احادیث شیعه. جلد ۱۸. تهران: فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ق.
۱۴. بیگدلی، وارژنگی. "وکالت بلاعزل ضمن عقد خارج لازم." (شعبه ۳۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران) ۱۳۹۳.
۱۵. تبریزی، جواد. إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب. جلد ۴. قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۱۶. حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعه الى مسایل الشریعه. جلد ۶. ۱۰ جلد. قم: ذوی القربی، ۱۴۳۴ ه.ق.

۱. ابریشمی، حمید، و دیگران. "مخاطره اخلاقی در عملیات بانکی بدون ربا." دانش مخاطرات ۳، شماره ۱ (بهار ۱۳۹۵): ۴۷ - ۶۰.
۲. الحسینی الحائری، السید کاظم. فقه العقود. جلد ۲.۲. جلد. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه. ق.
۳. الحسینی المراغی، السید میر عبد الفتاح. العناوین الفقهیة. جلد ۲.۲. جلد. قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
۴. الطباطبائی الیزدی، السید محمد کاظم. العروة الوثقی مع تعلیقات عدة من الفقهاء العظام. جلد ۵. ۶ جلد. قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۸ ه.ق.
۵. العاملی (الشهید الثانی)، الشیخ زین الدین. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. جلد ۲. ۴ جلد. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۷ ه.ق.
۶. العاملی (الشهید الثانی)، الشیخ زین الدین. اروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. جلد ۳. ۴ جلد. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق.
۷. الهی، و ربانی نژاد. "تاثیر شرط عدم عزل وکیل بر عقد وکالت." (شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور) ۱۳۹۳.
۸. امامی، سید حسن. حقوق مدنی. جلد ۱. تهران: اسلامیه، ۱۳۸۲.



۱۷. حسینی عاملی، سید محمد جواد. مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. جلد ۱۲. ۱۲ جلد. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ه. ق.
۱۸. خاوری، محمود رضا. حقوق بانکی. جلد ۴. تهران: موسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۸۲.
۱۹. ره پیک، حسن، و محمد رضا کریمیان. "ماهیت و آثار قرارداد سلف موازی." دیدگاه های حقوق قضایی ۷۵ - ۷۶ (۱۳۹۵): ۵۵ - ۸۰.
۲۰. شهبازی غیائی، موسی. اظهارنظر کارشناسی درباره: «طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران» ۱. کلیات طرح. دفتر مطالعات اقتصادی (گروه بازارهای مالی)، تهران: مرکز پژوهش ها مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۵، ۱۶.
۲۱. شهید ثانی. مباحث حقوقی شرح لمعه. تدوین توسط اسد الله لطفی. تهران: مجد، ۱۳۸۰.
۲۲. شهیدی، مهدی. حقوق مدنی ۶ عقود معین ۱. تهران: مجد، ۱۳۸۳.
۲۳. صادقی سقدل، حسین، و یاور خانزاده. "اطلاعات نامتقارن و جایگاه آن در اقتصاد اسلامی." مطالعات اقتصاد اسلامی ۱۶ (بهار و تابستان ۱۳۹۵): ۱۹۹ - ۲۲۶.
۲۴. صادقی مقدم، محمد حسن، میثم موسی پور، و جلال سلطان احمدی. "تحلیل فقهی - حقوقی « قرارداد سلف موازی استاندارد » ابتکاری جدید برای بازار سرمایه." دانش حقوق مدنی ۱۰ (۱۳۹۵): ۲۷ - ۴۰.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف الله. "پاسخ به استفتای پژوهشکده حوزه و دانشگاه در مورد جریمه تأخیر." قم، ۱۳۸۲.
۲۶. طغیانی، مهدی، سعید صمدی، و زیبا صادقی. "تحلیل موضوع «اطلاعات نامتقارن» در قراردادهای مشارکتی بانکداری بدون ربا و راهکارهای آن." معرفت اقتصاد اسلامی ۱۳ (پاییز و زمستان ۱۳۹۴): ۵ - ۲۲.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد. جامع المسائل. جلد ۱. قم: انتشارات امیر قلم، بی تا.
۲۸. قائمی اصل، مهدی، و دیگران. "بررسی عوامل تعیین کننده سود خالص در بانکداری بدون ربا با تاکید بر تفاوت سود قطعی و علی الحساب (مطالعه موردی: نظام بانکداری بدون ربا ایران)." دو فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات اقتصاد اسلامی ۸، شماره ۱۶ (بهار و تابستان ۱۳۹۵): ۱۰۵ - ۱۳۶.
۲۹. قراملکی، علی مظهر، و علی دادخواه. "پژوهشی پیرامون قاعده عدل و انصاف." پژوهش های فقهی ۱۳ (۱۳۹۲): ۱۰۵ - ۱۱۸.
۳۰. قلیچ، وهاب، و فرشته ملاکریمی. "تحلیل چالش های جریمه تأخیر تادیه در بانکداری بدون ربا و ارائه راهکار جایگزین." فصلنامه علمی پژوهشی



- العربی، ۱۴۱۵ق.
۴۰. نظریور، محمد نقی، و فرشته ملاکریمی. "بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی." فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی ۱۵، شماره ۵۷ (بهار ۱۳۹۴): ۱۳۷ - ۱۶۶.
۴۱. نظریور، محمد نقی، و یحیی لطفی نیا. "اجرای صحیح تسهیلات سلف در بانکداری اسلامی به کمک بورس تخصصی کالا در مورد کالاهای استاندارد بورس." دو فصلنامه علمی پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی ۴، شماره ۸ (بهار و تابستان ۱۳۹۴): ۱۳۳ - ۱۵۸.
- اقتصاد اسلامی ۱۵، شماره ۵۹ (پاییز ۱۳۹۴): ۱۲۹ - ۱۵۵.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی معاملات معوض - عقود تملیکی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۳۲. دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی - قرارداد - ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۳۳. گلپایگانی، سید محمد رضا. مجمع الوسایل. جلد ۲. قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
۳۴. محبی، محمد تقی. "تحلیل مقایسه ای اخذ دیرکرد توسط بانک ها در قانون جاری و طرح جدید عملیات بانکی بدون ربا و ارائه راهکار عملی." مطالعات اقتصاد اسلامی ۲۲ (۱۳۹۸): ۴۰۷ - ۴۳۱.
۳۵. مستخدمین حسینی، حیدر. شبهات مردم درباره بانکداری بدون ربا / آیا عملیات بانکی ربوی است؟ خبرگزاری مهر، (۱۳ آوریل ۲۰۱۶).
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. استفتائات جدید. جلد ۱. قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۳۷. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسيله. قم: موسسه دارالعلم، بی تا.
۳۸. موسویان، سید عباس، و سید محمد فیروزآبادی. بانکداری در آئینه شریعت. قم: وثوق، ۱۳۸۷.
۳۹. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام. جلد ۲۳. بیروت: دار احیاء التراث



An Analysis of the Concept, Features, and Criteria of “Authoritative Reason” (‘Aql-e Hujjat)

Seyyed Mohammad Hassan Tahaei

Abstract

The authority (ḥujjiyyah) of judgments issued by reason has always been a widely debated topic among Usuli and Akhbari scholars. However, the concept, characteristics, and criteria of “authoritative reason” (‘aql ḥujjat) — in other words, answers to such questions as what constitutes “reason perceiving the ruling of the sharī‘a,” what definition it has, what features it should possess, and what criteria identify the rulings issued by authoritative reason — have received less attention from scholars. According to Imami jurists, authoritative reason is a faculty of the soul capable of understanding universals. In the Qur’anic and hadith tradition, this concept is referred to as “innate reason” (‘aql maṭbū‘), which is considered the basis of legal responsibility, though incapable of deriving sharī‘a rulings; according to textual sources, authority and even the ability to understand the criteria of rulings is the product of the “received reason” (‘aql masnū‘). This article aims, through examining the concept, features, and criteria of authoritative reason, to clarify that the meaning of “reason” in the context of the “received reason” is fixed, and that what the Lawgiver means by the authority of reason is the acceptance of rulings issued by the received reason.

Keywords

1. Reason (‘aql)
2. Concept of Reason
3. Authority of Reason (ḥujjiyyat al-‘aql)
4. Innate Reason (‘aql maṭbū‘)
5. Received Reason (‘aql masnū‘)



واکاوی در مفهوم، شاخصه‌ها و ملاکات «عقل حجت»

سید محمد حسن طاهایی^۱

چکیده

حجّیت احکام صادره از سوی عقل، موضوعی است که همواره علمای اصولی و اخباری پیرامون آن بسیار سخن رانده‌اند. با این حال، مفهوم، شاخصه‌ها و ملاکات «عقل حجت» و یا به عبارت دیگر، پاسخ به این سؤالات که «عقل مُدرک حکم شرع» دارای چه تعریفی بوده و می‌بایست چه ویژگی‌هایی داشته باشد و ملاک شناسایی احکام صادره از سوی عقل حجت چیست، کمتر مورد توجه علما قرار گرفته است. از نظر فقهای امامیه، عقل حجت، قوه‌ای از قوای نفس است که قادر به فهم کلیات است. در فرهنگ روایی و قرآنی از این مفهوم با عنوان «عقل مطبوع» یاد می‌شود که ملاک تکلیف بوده و توانایی استنباط احکام شرعی را ندارد؛ بر اساس نصوص، حجّیت و حتی قابلیت فهم ملاکات احکام، محصول «عقل مسموع» است. در مقاله حاضر تلاش شده است با بررسی مفهوم، شاخصه‌ها و ملاکات عقل حجت، ظهور واژه عقل در مفهوم عقل مسموع ثابت و مشخص گردد که مراد شارع از حجّیت عقل، اعتبار احکامی است که به وسیله عقل مسموع صادر می‌شود.

کلیدواژه:

عقل، مفهوم عقل، حجّیت عقل، عقل مطبوع، عقل مسموع

۱. دکتری الهیات- سطح ۴ حوزه علمیه



۱. مقدمه

یکی از مهم‌ترین ادله استنباط احکام شرعی که موجب پویایی و کارآمدی قواعد دینی در دنیای معاصر، به‌ویژه در مسائل مستحدثه، می‌شود، عقل است که نزد عموم فقهای امامیه، احکام صادره از سوی آن در صورت داشتن شرایط لازم، دارای اعتبار محسوب می‌گردد. جایگاه عقل در میان سایر منابع استنباط حکم شرعی به گونه‌ای است که حتی برخی از علما تمام ادله اثباتی دین را منحصر در دو عنوان کلی عقل و وحی دانسته‌اند؛ چراکه اجماع و سنت مستقل از وحی محسوب نشده و مبین آن هستند (ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۲: ۲). حجّت عقل نزد شارع مقدس نیز مورد تأیید قرار گرفته و بر اساس آن، عمل کردن طبق مدرکات عقلی به عنوان حکم شرعی صحیح بوده و در صورت مطابقت با واقع، منجز تکلیف واقعی و در صورت تخلف، سبب عذر مکلف در برابر احتجاج پروردگار خواهد شد (صدر، ۱۴۱۸: ۳۶۵/۱).

علی‌رغم اهمیت و جایگاه عقل در دین و مناقشاتی که پیرامون اعتبار یا عدم اعتبار آن در استنباط احکام شرعی صورت گرفته، «مفهوم عقل حجّت»، «ویژگی‌های آن» و «ملاک تشخیص آرای صادره از سوی عقل حجّت» کمتر مورد توجه علما قرار گرفته است. در توضیح پیرامون این مسائل باید گفت اصطلاح عقل، مشترک لفظی در معانی

متعددی است و روشن است که تمام احکام وضعی و تکلیفی متعلق به دلیل عقل، متوقف بر این امر است که عقل را با کدام یک از معانی آن تعریف نموده و کدام یک از اقسام عقل را مصداق مورد پذیرش عقل حجّت از سوی شارع مقدس بدانیم.

بعلاوه، یکی دیگر از مباحث بسیار مهمی که علی‌رغم دستورات موجود در نصوص دینی، در میان فقهای امامیه کمتر مورد توجه قرار گرفته، ویژگی‌ها و شاخصه‌هایی است که شارع مقدس در خصوص عقل حجّت و احکام صادره از سوی آن تعیین نموده است. هدف پژوهش حاضر، بررسی این مسئله اصولی است که اگر عقل منبع کشف اعتبارات شارع است، وی عقل حجّت را چگونه تعریف کرده و مدرکات عقل را با کدام تعریف، حجّت می‌داند. بر این اساس، لازم است در ابتدا مراد شارع از واژه «عقل» دقیقاً مشخص گردد و در مرحله بعد، شاخصه‌ای برای بازشناسی هر یک از معانی «عقل» از یکدیگر تعیین شود. در آخر نیز باید معیارهایی تعریف شود تا بتوان مشخص نمود گزاره‌ای که از دلیل عقل حاصل می‌گردد، بر مبنای کدام یک از اقسام و درجات عقل صادر شده است. مقاله حاضر بر این اساس تنظیم شده است.

لازم به ذکر است در مسئله مذکور، چندین مقاله نگاشته شده است؛ از جمله «واکاوی معناشناختی عقل در زبان عربی و قرآن کریم با تکیه بر آراء شیخ طوسی در



التبیان» نوشته باقر قربانی زرّین؛ «کارکرد عقل در فهم دین» نوشته حمیدرضا شاکرین؛ «درآمدی بر معناشناسی عقل در تعبیر دینی» نوشته حسین مهدی زاده. لکن بسیاری از این مقالات، «عقل» را خارج از ضوابط علم اصول مورد بررسی قرار داده اند و بسیاری دیگر نیز بدون توجه به اینکه کدام یک از معانی «عقل» از نظر شارع حجت است، تنها به بیان آثار و احکام عقل حجت پرداخته اند.

۱-۱. کلیات

عقل واژه‌ای است که دارای معانی متعدّد و مراتب مختلف بوده و در رشته‌های مختلف علوم انسانی، تعبیر گوناگونی پیرامون آن ارائه شده است. لذا به منظور فهم صحیح مفهوم عقل حجت، ضروری است ابتدا به تبیین مفهوم لغوی واژه عقل پرداخته شده و سپس مفهوم اصطلاحی آن در میان کلام علما و نصوص شرع انور مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱. مفهوم لغوی عقل

عقل، واژه‌ای عربی بر وزن «فَعَلَ» و از ریشه «عَقَلَ» است و لغت‌شناسان عرب‌زبان، معانی مختلفی را برای آن بیان نموده‌اند که با توجّه به توضیحات ایشان می‌توان دریافت، این واژه در اصل به معنای «منع و بازدارندگی» است (زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۰۴/۱۵؛ ازدی، ۱۳۸۷: ۹۱۶/۳؛ جوهری، ۱۳۷۶: ۱۷۷۲/۵). بر همین اساس، در زبان عربی، از هر چیزی که قرابتی با منع و بازدارندگی

داشته باشد، با عنوان عقل یاد می‌گردد؛ به عنوان نمونه می‌توان به به‌کارگیری واژه مذکور برای مواردی چون زانوبند شتر که مانع حرکت و فرار او می‌شود یا ابزاری که موی زن به وسیله آن بسته می‌شود، اشاره نمود (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۱۵۹/۱؛ ابن ادرید، ۱۹۹۹: ۹۳۹/۲؛ ازهری، ۱۴۲۱: ۱۶۰/۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۷۸). همچنین، دیه و خون‌بهای هر چیزی عقل و افرادی که ملزم به پرداخت آن هستند، عاقله نامیده می‌شوند؛ چراکه پرداخت دیه، مانع درگیری و جنگ و خونریزی بیشتر میان طرفین دعوا می‌گردد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۷۸).

با این حال، در کتب لغت‌شناسی برای واژه عقل، معانی نزدیک به معنای رایج در میان عموم مردم نیز بیان شده است؛ به عنوان نمونه، برخی عقل را به معنای نیرویی دانسته‌اند که برای پذیرش علم آماده بوده و به انسان قدرت فهم، تعلّم و اندیشه بخشیده و معیار تشخیص خیر و صلاح در زندگی مادی و معنوی را در اختیار افراد قرار می‌دهد (ابن سیّده، ۱۴۲۱: ۲۰۵/۱؛ ازدی، ۱۳۸۷: ۹۱۶/۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۷۸). ناگفته نماند که معنای مذکور نیز به نوعی دلالت بر مفهوم اصلی و نخستین عقل (یعنی منع و بازدارندگی) دارد؛ چراکه عقل، موجب خودداری نفس از ارتکاب رفتارهای ناشایست و مضر شده و بدین ترتیب، همچون مانعی در جهت جلوگیری از بروز ناهنجاری از سوی نفس عمل می‌کند.



در توصیف دلیل عقلی و حجّیت آن بیان شده است (مظفر، ۱۴۳۰: ۱۲۹/۳). با این حال، تقسیم عقل به نظری و عملی و همچنین توضیحات ارائه شده پیرامون دلیل عقلی، نشان از آن دارد که مقصود علمای اصولی از واژه عقل، تعریف دوم یا همان تعریف عقل به یکی از قوای نفس انسان است که از آن با عنوان «قوه فاهمه» نیز یاد می‌شود. به عنوان نمونه، از نظر نویسنده کتاب «معجم مصطلح الأصول» عقل عبارت است از انتقال واقع (به وسیله حواس پنجگانه) به ذهن، به همراه وجود معلومات قبلی که این واقع را تفسیر می‌کند (هلال، ۱۴۲۴: ۲۰۷). اگرچه تعریف فوق، تعریف تعقل محسوب می‌گردد، لکن کاملاً روشن است که در تعریف مذکور مراد نویسنده از عقل، قوه فاهمه است. علاوه بر این، عباراتی که پژوهشگران حوزه فقه و اصول پیرامون مفهوم عقل نظری و عملی بیان کرده‌اند نیز دلالت بر قوه فاهمه دارند. به عنوان نمونه، صنقور در تعریف عقل نظری آورده است: «آن عقلی که درک‌کننده واقعیّاتی است که هیچ تأثیری در مقام عمل ندارند، مگر به واسطه یک مقدمه دیگر» (صنقور، ۱۴۲۸: ۳۲۷/۲). همچنین، بر اساس عبارات برخی پژوهشگران معاصر «عقل عملی، عقلی است که به حُسن و قبح اشیاء حکم نموده و مُدرک ارتکاب یا عدم ارتکاب آن‌ها محسوب می‌شود» (حسینی، ۱۴۱۵: ۲۲۱).

با توجه به کثرت استعمال واژه عقل در معنای دوم (یا همان نیروی مورد نیاز برای پذیرش علم)، برخی از لغت‌شناسان مدّعی شده‌اند که عقل در اصل به همین معنا بوده و معنای منع و بازدارندگی بعدها در خصوص آن به‌کار رفته است (ر.ک: مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲۳۸/۸؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۴۶۷۳/۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۵۸/۱۱).

۳-۱. مفهوم اصطلاحی عقل

با بررسی تاریخ فلسفه شرق و غرب و فلسفه اسلامی می‌توان دریافت که پیرامون معنای اصطلاحی عقل در علم فلسفه، تعابیر و تفاسیر گوناگونی ارائه شده که این تعابیر در یک تقسیم‌بندی کلی ذیل دو عنوان قرار می‌گیرند؛ نخست، موجودی که از لحاظ ذات و فعل مجرّد بوده و به صورت مستقل و بدون تعلّق به نفس و بدن موجود است. دوم، یکی از قوای نفس انسان که بر اساس آن، عقل دارای وجود غیرمستقل بوده و یکی از قوا و مراتب نفس محسوب می‌گردد که قادر به ادراک کلیّات است و می‌تواند با استفاده از مقدمات بدیهی و معلوم به استنباط مسائل نظری بپردازد. این معنا از عقل به ملاحظه مُدرکات خود شامل دو قسم می‌شود؛ نظری و عملی (برنجکار، ۱۳۷۴: ۱۹۲).

عموم اصولیان و اخباریان تعریف روشنی از عقل و دلیل عقلی ارائه نکرده‌اند و اندک تعاریف ارائه شده پیرامون عقل، یا به تعریف عقل نظری و عملی اختصاص داشته و یا

۴-۱. مفهوم عقل در قرآن و روایات

عقل در استعمالات قرآن و سنت، دارای مفهوم خاصی است که ساخته و پرداخته شارع مقدس بوده و بر سازوکاری ویژه دلالت دارد؛ سازوکاری که به منظور دستیابی به ملاکات و گزاره‌های شریعت بدون نیاز به وحی تنظیم شده است. با بررسی نصوص می‌توان دریافت اگرچه در هیچ‌یک از آیات و روایات، به صراحت تعریفی برای عقل حجت ارائه نشده است، لکن در این نصوص از عقل مصطلح میان حُکما و اصولیان یا همان قوه فاعله با عنوان «عقل مطبوع»، و از عقل مصطلح در شریعت با عنوان «عقل مسموع» یا «عقل عن الله» یاد شده و تلاش گردیده تا از طریق بیان تفاوت‌های موجود میان این دو قسم عقل، مفهوم هر یک به روشنی مشخص شود. به عنوان نمونه، برخی از علمای اصولی و بزرگان لغت، در تبیین تفاوت دو تعبیر فوق به شعری منسوب به امام علی (ع) اشاره کرده‌اند و در این باره آورده‌اند:

«العقل عقلین، فمطبوع و مسموع/ و لا ینفع مسموع، إذا لم یک مطبوع/ کما لا ینفع الشمس، وضوء العین ممنوع» (وحید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۳۶۸؛ مشکینی، ۱۳۷۴: ۱۷۰؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۷۷؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۰۴/۱۵)

عقل بر دو قسم است: مطبوع و مسموع/ و عقل مسموع در صورتی که عقل مطبوع نباشد، فایده‌ای ندارد/ همان‌طور که نور خورشید تا زمانی که قوه بینایی نباشد، فایده‌ای ندارد.

بر اساس آیات فوق، عقل مطبوع و عقل مسموع دو نهاد کاملاً مستقل از یکدیگر بوده و اگرچه عقل مسموع از جایگاه والاتری نسبت به عقل مطبوع برخوردار است، لکن تا زمانی که عقل مطبوع وجود نداشته باشد، نمی‌توان از آثار و برکات عقل مسموع بهره جست. از منظر برخی پژوهشگران لغوی و کلامی، پیامبر (ص) به عقل مطبوع این‌گونه اشاره کرده است:

«مَا خَلَقَ اللَّهُ خَلْقًا أَكْرَمَ عَلَيْهِ مِنَ الْعَقْلِ؛ خداوند هیچ آفریده‌ای را گرامی‌تر از عقل نیافریده است»
و درباره عقل مسموع و اکتسابی فرموده است:

«مَا كَسَبَ أَحَدٌ شَيْئًا أَفْضَلَ مِنْ عَقْلٍ يَهْدِيهِ إِلَى هُدًى أَوْ يُرْدُهُ عَنْ رَدٍّ؛ هیچ‌کس چیزی برتر از عقلی که او را به سوی خوبی هدایت می‌کند و از بدی باز می‌دارد، به دست نیاورده است»
(راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۷۸؛ صدرالدین شیرازی، ۱۳۶۹: ۴۱۹/۲؛ قرشی بنایی، ۱۴۱۲: ۲۸/۵).

همچنین امام علی (ع) پیرامون عقل مطبوع فرموده است:
«كَمْ مِنْ عَقْلٍ أَسِيرٍ تَحْتَ هَوَى أَمِيرٍ» (حکمت ۲۱۱)؛

چه بسیار عقل‌هایی که اسیر فرمانروایی هوا و هوس هستند.
با توجه به توضیحات فوق می‌توان دریافت، در آیاتی که خداوند کفّار را به



نمی‌گردد.

بر اساس روایت مذکور، انسان نمی‌تواند بدون عقل عن الله به هیچ معرفت حقه‌ای که حقیقتاً مطابق واقع است، آگاهی یابد. بعلاوه، هدف از بعثت پیامبران، فعال کردن این رتبه در روح انسان‌ها بوده است تا بتوانند بر حقیقت شریعت باور و سپس تعبد یابند و هرچه رشد معرفت عقلی در ایشان بهتر و بیشتر باشد، استجاب آن‌ها نسبت به اوامر و نواهی پیامبران بهتر و بیشتر خواهد بود. بنابراین، زمانی که در روایات از قدرت عقل تکامل یافته به درک حسن و قبح یا تکامل عقل انبیاء قبل از بعثت سخن به میان می‌آید، مراد دریافت‌های آن قوه ادراکی است که در این رتبه و ملکه قرار گرفته باشد (کلینی، ۱۳۶۲: ۲۹/۱).

با توجه به توضیحات فوق، از منظر شارع، عقل حجت قوه‌ای پردازشگر مانند ماشین حساب نیست که اطلاعاتی دریافت کرده و نتیجه خاصی ارائه دهد، بلکه قوه فاهمه‌ای است که با نور فرقان الهی - که تنها از طریق تبعیت از شرع و کسب تقوا حاصل می‌گردد - همراه شده و از همین رو، دارای ویژگی‌هایی چون عصمت در اندیشه و صحت و صواب در ادراک است. در فرهنگ دین، عقل هدیه و نور الهی است که بر روح انسان می‌تابد و آدمی با استفاده از آن حق و باطل را تمیز می‌دهد. بنابراین، عقل، خود نفس یا بُعدی از آن نیست، بلکه مرتبه‌ای از کمال نفس است. با توجه به این توضیحات، قطعاً عقل

عدم عقل مذمت کرده است، مراد او نبود عقل مطبوع و قوه فاهمه برای ایشان نیست؛ چراکه چه بسیار کفاری که قوه فاهمه ایشان به مراتب بهتر از سایر انسان‌ها عمل می‌کند و در عین حال، مرتکب جرایم خطرناک یا گناهان کبیره می‌گردند. بلکه مراد خداوند در این قبیل موارد، بی‌بهره بودن کفار از عقل مسموع است (ر.ک: بقره/۱۷۱ و عنکبوت/۳). وجه تسمیه عقل مسموع به عقل عن الله آن است که عقل مسموع، در واقع یک ملکه و رتبه روحی بوده و تأثیر مستقیمی بر قوه ادراکی انسان دارد و به میزان رشد آن، فهم انسان نیز رشد می‌کند و تقویت و دستیابی بدان، ارتباط مستقیم با انجام دستورات الهی یا همان رعایت تقوا دارد. به بیان ساده‌تر، چون کسب عقل مسموع تنها از طریق ارتباط با خداوند و کسب فیض از او امکان‌پذیر است، بدان عقل عن الله گفته می‌شود؛ همان‌طور که عدم دستیابی و دوری از آن نیز ارتباط مستقیم با ارتکاب معاصی دارد. چنانچه امام کاظم (ع) در روایتی به هشام فرموده است:

«إِنَّهُ لَمْ يَخْفِ اللَّهُ مَنْ لَمْ يَعْقِلْ عَنِ اللَّهِ وَمَنْ لَمْ يَعْقِلْ عَنِ اللَّهِ لَمْ يَعْقِدْ قَلْبُهُ عَلَى مَعْرِفَةِ ثَابِتَةٍ يَبْصُرُهَا وَيَجِدُ حَقِيقَتَهَا فِي قَلْبِهِ» (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴: ۳۸۸)؛

از خدا نمی‌ترسد کسی که با عقل عن الله تعقل نکند و هرکه با عقل عن الله تعقل نکند، دلش بر هیچ معرفت ثابتی که او را بصیرت دهد و حقیقت آن را در قلبش بیابد، روشن



در فرآیند عملکرد خود از ابزارهای شناختی و پردازشگر انسان (یعنی ذهن و فکر و هوش که در بافت فیزیولوژیک مغز عمل می‌کنند) استفاده می‌کند، لکن این بدان معنا نیست که عقل مترادف و مساوی ابزارهای شناختی و پردازشگر انسان باشد. به بیان دیگر، عقل یک صفت مشکک است که به میزان بلوغش در هر فرد (فارغ از هر منبع اطلاعاتی دیگر)، او را بر گوه‌های حکمت، اصل علم، تصدیق باری و معارف دیگر قادر می‌سازد (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶: ۵۳؛ صدوق، ۱۳۹۸: ۴۰؛ کلینی، ۱۳۶۲: ۲۸/۱). احادیث باب عقل و غیر آن نیز ظاهر در معنای فوق‌الذکر بوده و از این جهت، مفهوم مقابل عقل جنون نیست بلکه جهل است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۰۸/۱۵؛ مجلسی، [بی‌تا]: ۹۹/۱-۱۰۱).

تعریف مذکور، به قدری در آیات و روایات شایع است که بسیاری از لغوین مسلمان ذیل ماده عقل چنین آورده‌اند:

«حق آن است که عقل، نوری روحانی است که در قلب یا ذهن جای می‌گیرد و نفس با استفاده از آن، علوم ضروری و نظری را درک می‌کند» (ازدی، ۱۳۸۷: ۹۱۴/۳؛ طریحی، ۱۳۷۵: ۴۲۵/۵؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۰۴/۱۵؛ موسی، ۱۴۱۰: ۱۳۹/۱).

البته تعبیر اصطلاحی شریعت از عقل، چندان از معنای لغوی این واژه فاصله ندارد؛ چنانکه ابن عربی در تعریف عقل مراد شریعت آورده است:

«عقل را [بدین جهت] عقل نامیده‌اند

[که] همانند زانویند حیوان است؛ همان‌طور که زانویند حیوان مانع خرابکاری می‌شود، عقل نیز حافظ حریم الهی و مانع خرابکاری و گناه نفس سرکش در مملکت انسان می‌گردد» (ابن عربی، ۱۹۹۳: ۱۴۱).

۲. ویژگی‌ها و شاخصه‌های عقل حجت

با بررسی کتب فقهای امامیه می‌توان دریافت اختلافات میان علمای اصولی و اخباری در حجیت عقل، منصرف به مبحث حجیت عقل مطبوع است؛ چراکه عموم علما در شناسایی مفهوم عقل دچار اشتباه شده و عقل مطبوع را به عنوان عقل حجّت معرفی نموده‌اند. از همین رو، اصولیان با استناد به آن دسته از روایاتی که در آن‌ها به مدح عقل و عقلاء پرداخته شده، مدّعی حجیت عقل مطبوع شده و در مقابل، اخباریان با استناد به خطاهای عقل مطبوع در کشف واقع و هم‌چنین روایاتی که دلالت بر عدم عمل به رأی دارد، مدّعی عدم حجیت عقل گشته‌اند (شبر، ۱۴۱۴: ۲۰۶؛ لاری شیرازی، ۱۴۱۸: ۶۱/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲۵۷/۲). لکن همان‌طور که در قسمت پیشین بیان شد، در برابر هر دو گروه، نصوص محدّثین بزرگ شیعه، مفسّرين، اهل لغت و نیز فهم عالمان عصر معصومین (ع) شاهد بر این است که غالب روایات باب عقل، ظهور در معنای عقل مسموع داشته و لذا مُدرکات عقل مسموع حجّت است.

بعلاوه، بنابر آنچه گذشت، عقل مطبوع و عقل مسموع دو مفهوم کاملاً مستقل و



(۱۱۶/۱)؛

شخصی به امام صادق (ع) عرض کرد: عقل چیست؟ حضرت فرمود: چیزی است که به وسیله آن خداوند پرستش می‌شود و بهشت‌ها به دست می‌آید. آن شخص گفت: پس آنچه در معاویه بود چیست؟ حضرت فرمود: آن نکراء و شیطنت، یعنی زیرکی و کار با اندیشه بد انجام دادن است و این شیطنت شبیه عقل است و خود عقل نیست.

در این روایت به صراحت بیان شده که تنها کارکرد عقل، هدایت به بهشت و بیان معارف و دعوت به مکارم است و هر اثری غیر از این، اگر از انسان بروز کند منشأ آن عقل نیست؛ بلکه تنها پردازش ذهنی قوی و هوش سرشار است که با عقل اشتباه گرفته می‌شود. در واقع، در اثر عدم تربیت عقل توسط شریعت و تضعیف آن، ابزارهای شناختی عقل در خدمت شهوت قرار گرفته و تبدیل به «نکراء» یا «شیطنت» می‌شود. سلب مفهوم عقل مُضِل از لفظ عقل، روشن می‌سازد که اصطلاح «عقل» در لسان ائمه اطهار (ع) صرفاً به معنای آن قوه فهمی است که هدایت به بهشت نماید.

از دیگر روایات مفید این معنا، روایت نبوی است که حضرت عقل را مهار چهل قرار داده و در توضیح، چهل را همان نفس سرکش انسان معرفی می‌کند که منشأ تمام رذایل است و باید توسط عقل مهار گردد (مجلسی، [بی‌تا]: ۱۱۷/۱).

همچنین در آیه ۲۲ سوره مبارکه انفال

متفاوت از یکدیگر بوده و از همین رو، میان این دو تفاوت‌هایی وجود دارد که آگاهی از این تفاوت‌ها منجر به شناخت بهتر ماهیت عقل مسموع و شاخصه‌ها و ویژگی‌های منحصر به فرد آن می‌گردد.

بر اساس نصوص وارده، اهمّ این تفاوت‌های عقل مطبوع و مسموع که به نوعی روشن‌کننده شاخصه‌های عقل مسموع است، عبارت است از:

۱-۲. کسب معارف و ارشاد به مکارم

بر کسی پوشیده نیست که عقل مطبوع و قوای ادراکی بشر، تمامی مطالب حق و ناحق را درک می‌کند و حتی در برخی موارد، مقدمات احکام ظالمانه و خلاف حق را موجه‌تر می‌یابد. شاهد این ادعا، خلافاکاری‌ها، بزه‌ها و جنایت‌های بسیار بشری است که توسط او توجیه نیز می‌شود و حتی در برخی موارد، افراد مرتکب این جنایات مدعی هستند که به صحت عمل خود قطع دارند. چنان‌که طبق آیات قرآن، کافران انبیاء را این‌گونه خطاب می‌کردند: «شما جز در گمراهی بزرگ نیستید» (ملک/۹).

بعلاوه، در روایتی پیرامون این ویژگی عقل آمده است:

«قُلْتُ [لِابْنِ عَبْدِ اللَّهِ (ع)] لَهُ مَا الْعَقْلُ؟ قَالَ (ع): مَا عُيِدَ بِهِ الرَّحْمَنُ وَ اكْتَسِبَ بِهِ الْجَنَانُ. قُلْتُ: فَالَّذِي كَانَ فِي مُعَاوِيَةَ؟ قَالَ: تِلْكَ النَّكَرَاءُ وَ تِلْكَ الشَّيْطَنَةُ وَ هِيَ سَبِيهَةٌ بِالْعَقْلِ وَ لَيْسَتْ بِعَقْلٍ» (مجلسی، [بی‌تا]:

آمده است:

«إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الضُّمُّ الْبُكْمُ
الَّذِينَ لَا يَعْقِلُونَ»؛

بدترین جنبندگان نزد خدا، کران و لال‌هایی هستند که تعقل نمی‌کنند. مقصود این آیه، جنبندگانی هستند که شنوا، گویا و حتی به ظاهر عاقل‌اند، ولی چون نتیجه عملکرد دستگاه ادراکی آن‌ها منتج به ایمان نشده، این مفاهیم از ایشان سلب گشته و بدین ترتیب، بدترین موجودات نزد خداوند شمرده شده‌اند (صادقی، ۱۳۶۵: ۶۴/۱۲؛ طبرسی، ۱۳۷۲: ۸۱۸/۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۲۲/۷).

بنابراین، عقل مطبوع، قوه‌ای از قوای نفس است که مقابل آن وصف جنون قرار دارد؛ در حالی که عقل مسموع، یک نور روحانی است که در اثر مداومت بر تقوا، نیروی ادراکی انسان را منور کرده و به او قابلیت‌های اندیشه‌ای و ادراکی فوق‌العاده‌ای می‌بخشد. لذا با توجه به آنکه در روایات از واژه عقل در مقابل جهل، شهوت و هوای نفس استفاده شده، می‌توان گفت مراد از عقل حجت در نصوص، عقل مسموع بوده و یکی از ویژگی‌های این مرتبه از عقل، کسب معارف و ارشاد به مکارم است. در یک جمع‌بندی کلی باید گفت عقل مطبوع این قابلیت را داراست که در راه خیر یا شر به کار گرفته شود؛ چراکه ابزار ادراکی نفس آدمی محسوب شده و در میان تمامی انسان‌ها (غیر از مجانین) مشترک است. ولی کارکرد عقل مسموع، تنها کسب معارف و

ارشاد به مکارم است.

علامه طباطبایی در این رابطه آورده است:

«خداوند عقل را به نیرویی تعریف کرده که انسان در دینش از آن بهره‌مند شود و به وسیله آن راه را به سوی حقایق معارف و اعمال صالحه پیدا نموده و پیش بگیرد. پس اگر عقل انسان در چنین مجربایی قرار نگیرد و قلمروی علمش به چهار دیوار خیر و شرهای دنیوی محدود گردد، دیگر عقل نامیده نمی‌شود؛ همچنان که قرآن کریم از چنین انسان‌هایی این گونه حکایت می‌کند که در قیامت می‌گویند: اگر ما می‌شنیدیم و تعقل می‌کردیم، دیگر از دوزخیان نبودیم (ملک/۹)» (طباطبائی، ۱۴۱۷: ۲۵۰/۲).

۲-۲. فرآیند تحقق عقل حجت

یکی دیگر از تفاوت‌های موجود میان عقل مطبوع و عقل مسموع، تفاوت در نحوه تحقق این دو قوه است که ارتباط غیرقابل انکاری با جایگاه هر یک از دو قسم مذکور دارد. در توضیح پیرامون جایگاه عقل مطبوع باید گفت: این مرحله از عقل، همچون نفس و شهوت انسانی، نماینده‌ای از قوای نفسانی است که به هر میزانی که نفس انسان بدان متمایل گردد، به همان میزان از شهوت - که نماینده قوای حیوانی محسوب می‌شود - فاصله می‌گیرد (خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۳۷/۲). بر این اساس، عقل برخلاف شهوت که به دنبال جلب ملائمت جسم است، در



«عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: دَعَامَةُ الْإِنْسَانِ الْعَقْلُ وَ مِنَ الْعَقْلِ الْفِطْنَةُ وَ الْفَهْمُ وَ الْحِفْظُ وَ الْعِلْمُ؛ فَإِذَا كَانَ تَأْيِيدُ عَقْلِهِ مِنَ الثَّوَرِ كَانَ عَالِمًا حَافِظًا ذَكِيًّا فَطِنًا فَهَمًّا، وَ بِالْعَقْلِ يَكْمُلُ وَ هُوَ دَلِيلُهُ وَ مُبْصِرُهُ وَ مِفْتَاحُ أَمْرِهِ» (صدوق، ۱۳۸۵: ۱۰۳/۱)؛

ستون انسان عقل اوست و زیرکی و فهم و حفظ و دانش از عقل ناشی می‌شوند؛ و هر گاه عقل انسان با نور تأیید گردد، البته وی عالم، حافظ، زیرک، تیز و باادراک می‌شود و با عقل، تمام نقائصش تکمیل شده و همین عقل راهنما و روشن‌کننده چشم و کلید همه امور است.

• هم‌چنین منقول است که امام کاظم

(ع) فرمود:

«إِنَّ صَوَاءَ الرُّوحِ الْعَقْلُ» (ابن شعبه، ۱۴۰۴:

۳۹۶)؛

همانا روشنائی روح، عقل است. با توجه به توضیحات فوق، روشن می‌گردد که عقل مطبوع در طبیعت هر انسان مستوی الخلقه‌ای وجود داشته و برای تحقق آن نیازی به چیزی نیست؛ لکن عقل عن‌الله بر بستر عقل مطبوع وارد می‌شود و بدون آن، هیچ جایی برای عقل مسموع نیست.

۲-۳. فرآیند تکامل عقل حجت

بر اساس مفهوم بسیاری از آیات و روایات، معصیت و هوای نفس تأثیر مستقیم بر قوه ادراکی انسان دارد؛ آن‌چنان که گناه بر نابودی عقل مؤثر است که گاهی فرد،

تلاش است تا معانی ارزشمند انسانی را درک کرده و بدین ترتیب، عرصه‌ای جدید را در مقابل نفس بگشاید. لکن عقل مسموع قوه نفسانی نیست؛ بلکه مؤید و تقویت‌کننده‌ای برای عقل مطبوع است که با فراهم شدن مقدماتش توسط انسان، از جانب پروردگار مورد افاضه واقع می‌شود. در واقع، عقل مسموع، مکمل و حافظ عقل مطبوع از خطا در اندیشه است. روایات بسیاری را می‌توان به عنوان مؤید عبارات فوق معرّفی نمود که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

• پیامبر (ص) فرمود:

«الْعَقْلُ نُورٌ فِي الْقَلْبِ يُفَرِّقُ بَيْنَ الْحَقِّ وَ الْبَاطِلِ» (دیلمی، ۱۴۱۲: ۱۹۸)؛

عقل، نوری در قلب است که به وسیله آن میان حق و باطل تمیز داده می‌شود.

• از امام علی (ع) منقول است که:

«هَبْطُ جَبْرِئِيلَ عَلَى آدَمَ (ع)، فَقَالَ: يَا آدَمُ إِنِّي أُمِرْتُ أَنْ أَخْبِرَكَ وَاحِدَةً مِنْ ثَلَاثٍ، فَأَخْتَرَهَا وَ دَعَا اثْنَتَيْنِ. فَقَالَ لَهُ آدَمُ: يَا جَبْرِئِيلُ وَ مَا الثَّلَاثُ؟ فَقَالَ: الْعَقْلُ وَ الْحَيَاءُ وَ الدِّينُ. فَقَالَ آدَمُ: إِنِّي قَدْ اخْتَرْتُ الْعَقْلَ» (کلینی، ۱۳۶۲: ۱۱/۱)؛

جبرئیل به آدم (ع) نازل شد و به او گفت: ای آدم، به من امر شده که تو را میان انتخاب یکی از سه چیز اختیار دهم. حضرت آدم (ع) گفت: ای جبرئیل، آن سه چیز چیست؟ جبرئیل فرمود: عقل و حیا و دین. آدم (ع) فرمود: من عقل را انتخاب می‌کنم.

• امام صادق (ع) فرموده است:



[خداوند] برای شما بینایی و بصیرتی ویژه برای تشخیص حق از باطل قرار می‌دهد، و گناهانتان را محو می‌کند و شما را می‌آمزد و خدا دارای فضل بزرگ است.

بنابراین عقل با عمل به دین منور شده و تکامل می‌یابد. در واقع، تمسک به شرع، عقل مطبوع را مجهز به عقل مسموع می‌کند و در پی آن، عقل قادر است فهم صحیحی از نصوص و ظواهر شریعت بیابد. این رابطه دوجانبه عقل و نقل را جوادی آملی چنین توضیح داده است:

«عقل که سهمی در منبع معرفت‌شناسی دین دارد، در همگان یکسان نیست؛ زیرا مردم از لحاظ خردورزی همتای هم نیستند. از رسول اکرم (ص) نقل است که "الناس معادنٌ کمعادن الذهب والفضة" [(کلینی، ۱۳۶۲: ۱۷۷/۸)؛ مردم همچون معادن طلا و نقره هستند]. بنابراین برخی صاحبان خرد، خود را در معرض ادله معتبر نقلی قرار داده و با تعلیم کتاب و حکمت و تزکیه نفس از نعمت اثاره دفائن عقول برخوردار می‌شوند (ر.ک: نهج البلاغه/ خطبه ۱) و با عقل برانگیخته شده از ادله نقلی بهره می‌گیرند و همچنین وظیفه اثاره دفائن نقول را به عهده می‌گیرند. آنچه محصول اجتهاد اصولیان و فقیهانی است که بسیاری از مطالب نغز و دلپذیر را از نصوص دینی استنباط می‌کنند، اثاره دفائن نقول محسوب می‌گردد (جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۵۳)».

بر اساس توضیحات فوق، عقل مطبوع با

مصادیق بارز حُسن عقلی را قبیح می‌داند و آنچه هیچ عاقلی در قبحش شک نمی‌کند را حُسن می‌شمارد. از این گفتار، دو نتیجه حاصل خواهد شد؛ نخست، تأیید این سخن که «معنای عقل در نگاه دین همان عقل مسموع هادی به حق است». زیرا معاصی بر این ملکه مؤثر بوده و در صورت عدم پذیرش این مسئله، بزرگ‌ترین جنایتکاران از لحاظ عقل مطبوع و ضریب هوشی، در مرتبه بالایی قرار دارند و لذا می‌بایست بیش از سایرین، احکام الهی را کشف و به آن‌ها عمل نمایند. دوم، عقل زمانی معصوم از خطا است و آرای آن مورد تأیید شارع است که تحت تربیت او واقع شود. بنابراین، در صورت عدم تبعیت از شرع، عقلی نخواهد ماند که پیرامون حجّیت و عدم حجّیت آن بحث شود. از جمله نصوص تصدیق‌کننده این مطلب، آیات ذیل است:

• «ثُمَّ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ أَصَاءُوا الشُّوْأَى أَنْ كَذَّبُوا بِآيَاتِ اللَّهِ وَكَانُوا بِهَا يَسْتَهْزِئُونَ» (روم/۱۰)؛

سپس سرانجام کسانی که اعمال بد انجام دادند، به جایی رسید که آیات خدا را تکذیب کردند، و حتی به استهزاء و مسخره کردن آن پرداختند.

• «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنِ تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَلْ لَكُمْ فُرْقَانًا وَيُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ» (انفال/۲۹)؛

ای اهل ایمان! اگر از خدا پروا کنید،



بهره اندک فرد از عقل مسموع، او را به میزان اندکی از حقیقت آشنا کند، ولی در همان بهره اندک، عقل مصیب و معصوم خواهد بود. چنانکه در روایتی، عمار یاسر بدون اکتساب از پیامبر (ص) توانست به اجمالی از حکم تیمم دست یابد.

در توضیح پیرامون این روایت باید گفت: «مردی نزد خلیفه دوم آمد و گفت: من جنب شدم و آبی برای غسل نیافتم، [چه کنم؟] خلیفه گفت: نماز نخوان. عمار یاسر به خلیفه گفت: آیا به یاد نداری هنگامی که من و تو در سفر بودیم [و آب برای تطهیر نیافتیم]، تو نماز نخواندی، ولی من در خاک غلطیدم و سپس نماز خواندم. پس هنگامی که این واقعه را برای رسول خدا (ص) عرض کردم، فرمودند: [تطهیر] این چنین تو را کفایت خواهد کرد ... سپس حضرت دست‌های خود را به زمین زدند و در آن دمیدند و سپس با آنها صورت و دست‌هایشان را مسح کردند» (ابن ماجه، ۱۴۱۸: ۲۰/۱؛ و ازدی سجستانی، [بی‌تا]: ۵۳/۱؛ و شیبانی، [بی‌تا]: ۲۵۶/۴ و ۳۱۹؛ و مجلسی، [بی‌تا]: ۶۶۸/۳۰؛ و نسائی، ۱۴۱۱: ۵۹/۱ و ۶۱).

وجه تقریب به این روایت آن است که پیامبر (ص) پس از سؤال عمار، چگونگی تیمم را به او آموزش دادند؛ پس عمار و خلیفه دوم پیش از آن، نسبت به حکم تیمم اطلاع نداشتند. بنابراین، خلیفه که می‌دانست نماز جز با طهارت صحیح نیست و به دلیل نبود آب، امکان حصول طهارت برای او ممکن

تمرین‌های ذهنی قابل تقویت است و می‌توان با روش‌هایی، ضریب پردازش اطلاعات یعنی هوش را افزایش داد؛ ولی عقل عن الله، چنان‌که از نامش پیداست، ریشه‌ای آسمانی دارد و نمی‌توان آن را به دست آورد یا تقویت کرد؛ بلکه این امر تنها در دست اراده پروردگار است، هرچند باید زمینه جلب عنایت خداوند را با رعایت تقوا فراهم نمود. از همین رو در روایتی، امام رضا (ع) به مخاطب خود که فردی دارای عقل مطبوع است، فرمودند: «برای کسب عقل تلاش نکن، چون عقل قابل اکتساب نیست؛ بلکه هدیه‌ای از جانب خداست» (کلینی، ۱۳۶۲: ۲۴/۱).

۲-۴. امکان بروز خطا و اشتباه

عقل حجت که از نظر شارع مقدس برابر با عقل مسموع است، فی نفسه نوری است که ظلمتی در او راه ندارد و از همین رو، ادله نقلی بسیاری دلالت بر عصمت آن دارد. چنانکه در روایتی، امام علی (ع) عقل را معصوم از خطا و عصیان دانسته و حتی ملاک صحت علم را عقل عنوان کرده‌اند؛ چرا که برای علم احتمال خطا وجود دارد، ولی عقل خطاناپذیر است (ابن ابی الحدید، ۱۴۰۴: ۳۲۳/۲۰). فلذا اگر نور عقل عن الله برای کسی تحقق یافت، وی به میزان بهره‌مندی خود از این الهام الهی می‌تواند بدون کمک از هر منبع دیگر، به حسن و قبح اشیا و اعمال در اعتبارات شارع مقدس دست یابد. این نکته را نیز باید توجه داشت که ممکن است



نمود، از خواندن نماز خودداری کرد. لکن عمار که تا حدودی از عقل عن الله برخوردار بود، توانست به طور مبهم، حکم طهارت با خاک را از طریق پردازش های عقلی به دست آورد، ولی باز هم چون عقل مسموع در او به تکامل تام نرسیده بود، جزئیات را نفهمید و فقط در خاک خود را غلطاند.

ممکن است به استدلال فوق این گونه اشکال شود که احتمالاً آیه تیمم با خاک به آن ها رسیده بوده، اما به کیفیت تیمم آگاه نبودند و به همین خاطر عمار در خاک غلطید. در پاسخ به این اشکال باید گفت: اگر ایشان از آیه مذکور آگاه بودند، عمار می بایست طبق نص صریح آیه، صورت و دست های خود را با خاک مسح می کرد؛ نه اینکه تمام بدن خود را در خاک بغلطاند (ر.ک: نساء/۴۳).

۳. ملاکات عقل حیث

همان طور که در گذشته بیان شد، عقل مسموع عنایت و نور الهی است که بر روح انسان افاضه می گردد و هیچ کارکردی جز کسب معارف و ارشاد به مکارم ندارد. بعلاوه، عقل عن الله به میزان قدرت و رشد خود، قادر به درک صحیح و صدور احکام صواب خواهد بود. فلذا به دلیل آنکه ارتقا و تقویت عقل مسموع به تلاش انسان در تبعیت از حق و اوامر انبیا بستگی دارد، می توان نتیجه گرفت که عقل عن الله یک مفهوم مشکک است و هر فرد درجه ای از آن را دارا بوده و به نسبت رتبه عقلی خود می تواند در اعتبارات

و حیانی به حسن و قبح اشیا دست یافته و متناسب با آن حکم نماید. بدیهی است پس از اثبات «مشکک بودن عقل مسموع» نمی توان به استدلال هایی که بر اساس عقل مطبوع بنا شده است، اعتماد نمود؛ زیرا طبق نصوص، افرادی که به واسطه معاصی از عقل مسموع بی بهره می گردند، پیام های روشن و حیات بخش انبیای الهی را ضلالت می پندارند (بقره/۱۱ و ملک/۹).

فلذا عقل به خودی خود، اگر با هوای نفس همراه نگردد و بر جسم و قلب انسان چیره شود، احکامش نافذ و مورد تأیید شارع مقدس است. لکن حقیقت آن است که جز چهارده معصوم (ع) نمی توان شخص دیگری را یافت که مرتکب گناه نگردیده و بدین ترتیب عقل وی به واسطه ارتکاب گناه معیوب نشده باشد. روایات وارده از سوی ائمه اطهار (ع) نیز این موضوع را تأیید می کند. به عنوان نمونه، می توان به حدیثی از پیامبر (ص) اشاره نمود که فرمودند: «مَنْ قَارَفَ ذَنْباً فَارَقَهُ عَقْلٌ لَا يَعُودُ إِلَيْهِ أَبَداً؛ هر کسی مرتکب گناهی شود، جزئی از عقل وی زایل خواهد شد که آن جزء هرگز باز نخواهد گشت». ممکن است به حدیث مذکور از جهت ضعف سند آن اشکال گردد، لکن تطبیق مفهوم حدیث فوق با مضمون صدها روایتی که دلالت بر تقابل درک و گناه دارند، مضعّف حدیث مذکور را برطرف می سازد. با توجه به توضیحات فوق باید گفت ائمه اطهار (ع) در عبارات خود تنها بر آن دسته



بَلْ هُوَ مُصَابٌ، إِنَّمَا الْمَجْنُونُ مَنْ آثَرَ الدُّنْيَا عَلَى الْآخِرَةِ (مجلسی، [بی تا]: ۱/۱۳۱)؛ روایت شده است که پیامبر (ص) بر دیوانه‌ای گذشت، فرمود: او را چه شده؟ گفتند: او دیوانه است. فرمود: [او دیوانه حقیقی نیست] بلکه او مبتلا گشته است. دیوانه [حقیقی] فقط کسی است که دنیا را بر آخرت ترجیح دهد».

- در دعای مأثور آمده: «فَالْحَقُّ مَا رَضِيتُمُوهُ وَ الْبَاطِلُ مَا سَخَطْتُمُوهُ وَ الْمَعْرُوفُ مَا أَمَرْتُمْ بِهِ وَ الْمُنْكَرُ مَا نَهَيْتُمْ عَنْهُ (مجلسی، [بی تا]: ۵۳/۱۷۲)؛ حق آن است که شما [اهل بیت (ع)] به آن راضی باشید و باطل آن است که شما را ناخوشایند افتد و معروف آن است که شما امر به آن فرمودید و منکر آن است که شما از آن نهی کردید».

بنابراین کشف بهره‌مندی فرد از عقل مسموع و فهم درستی استنتاجات عقل مطبوع در محدوده شریعت، متوقف بر عدم تضاد آن‌ها با گزاره‌های شرعی است. در این مسئله باید به چند نکته اساسی توجه داشت؛ نخست آنکه تمام مباحث بیان شده پیرامون حجیت عقل مسموع، اختصاص به حوزه شریعت و معتبرات شارع مقدس داشته و آنچه از مُدركات عقل که خارج از این محدوده است، به این مقام ارتباط ندارد و صحت و استنتاجات عقل در غیر مسائل دینی، به علم منطق و علوم معرفت‌شناسی

از احکام عقل مطبوع صحه می‌گذارند که با شریعت حقه سازگار باشد. به بیان دیگر، ملاک عقل سلیم در محدوده دین، مطابقت آرای آن با اوامر و نواهی شریعت است؛ و از این جا روشن می‌شود که فرد بهره‌ای از عقل مسموع دارد. از همین روست که اگر عقل و دین در موردی و در خصوص امری سازگار نگشتند، حضرات معصومین (ع) در کلام خود به صراحت از آن فرد نفی عقل کرده‌اند. به عنوان نمونه، می‌توان به روایات ذیل اشاره نمود:

- «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: ذَكَرْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) رَجُلًا مُبْتَلًى بِالْوُضُوءِ وَ الصَّلَاةِ وَ قُلْتُ: هُوَ رَجُلٌ عَاقِلٌ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع): وَ أَى عَقْلَ لَهُ وَ هُوَ يُطِيعُ الشَّيْطَانَ؟ فَقُلْتُ: لَهُ وَ كَيْفَ يُطِيعُ الشَّيْطَانَ؟ فَقَالَ (ع): سَلُهُ، هَذَا الَّذِي يَأْتِيهِ مِنْ أَى شَيْءٍ هُوَ؟ فَإِنَّهُ يَقُولُ لَكَ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ (کلینی، ۱۳۶۲: ۱۲/۱)؛ به امام صادق (ع) عرض شد: مردی است عاقل که گرفتار وسواس در وضو و نماز است. [آن حضرت] فرمود: چه عقلی که فرمان‌برداری شیطان می‌کند؟ گفتند: چگونه فرمان شیطان می‌برد؟ فرمود: از او بپرس و سوسه‌ای که به او دست می‌دهد از چیست؟ قطعاً به تو خواهد گفت از عمل شیطان است».

- «وَرَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) مَرَّ بِمَجْنُونٍ، فَقَالَ: مَا لَهُ؟ فَقِيلَ: إِنَّهُ مَجْنُونٌ. فَقَالَ:



مربوط می‌شود. دوم آنکه می‌توان برای عقل سه ساحت مفروض دانست:

۱-۳. نخست، ساحت فراشریعت

یا فعالیت عقل در حوزه اصول دین و مبادی اعتقادات مذهبی: مباحث گذشته مطلقاً به این محدوده ارتباط ندارد، چرا که سیره عملی قرآن و سنت بر احتجاج عقلی با افرادی است که خارج از دین هستند. بعلاوه، معیار قرار دادن شرع برای مدرکات عقلی در این حوزه، مستلزم دور خواهد بود. در توضیح پیرامون این مسئله باید گفت برخی مسائل را نمی‌توان از روی تعبد از دین اخذ کرد. به عنوان مثال، اموری از قبیل وجود خداوند و حجّیت وحی که اصل حجّیت و حقانیت دین بر آن‌ها متوقف است، در محدوده داوری عقل قرار داشته و پذیرش آن به وسیله عقل ثابت می‌گردد. فلذا اگر حجّیت آن را متوقف بر شریعت نمود، دور لازم می‌آید و ضرورت دارد که بررسی صحت احکام و ادله عقلی در این موارد را بر عهده علم منطق گذاشت.

۲-۳. دوم، ساحت هم‌عرض شریعت

در این مرحله عقل به عنوان منبع دریافت گزاره‌های شرعی در عرض وحی عمل می‌کند. حوزه دستورات عملی دین، چون امری اعتباری و موقوف به اراده معتبر است، تعقل و فهم عقل مطبوع در آن راه ندارد (طباطبائی، [بی‌تا]: ۱۷/۱). از همین رو شارع مقدّس یک سازوکار معرفتی برای خود تعریف نموده که حتی انبیاء و رهبران

عقیدتی خویش را با همین نظام بر جزئیات معارف و شرایع خود آگاه می‌سازد و آن، عقل عن‌الله است. شاهد صحت این عبارات، روایت پیامبر (ص) است:

«قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): وَلَا يَبْعَثُ اللَّهُ نَبِيًّا وَلَا رَسُولًا حَتَّى يَسْتَكْمِلَ الْعَقْلَ وَيَكُونَ عَقْلُهُ أَفْضَلَ مِنْ جَمِيعِ عُقُولِ أُمَّتِهِ، وَ مَا يَضْمُرُ النَّبِيُّ (ص) فِي نَفْسِهِ أَفْضَلُ مِنَ اجْتِهَادِ الْمُجْتَهِدِينَ» (کلینی، ۱۳۶۲: ۱۳/۱) رسول اکرم (ص) فرمودند: خدا هیچ پیامبر و رسولی را نفرستاد مگر آن که عقلش را کامل کرد و عقل او برتر از عقول تمام امتش باشد و آنچه پیغمبر در خاطر دارد، از اجتهاد مجتهدین بالاتر است.

بر این اساس، دو راه برای دستیابی به مرادات شارع مقدّس وجود دارد: شنیدن و تلقی حسی از ایشان و تقویت مرتبت روحی و کسب نور «عقل عن‌الله» به وسیله تبعیت از حق و التزام به تقوای الهی. مسیر دوم یک ساختار خاص طراحی شده الهی است که بر اساس آن و پس از فراهم آمدن مقدمات لازم (تقوا و عدم تبعیت از هوا)، روح انسانی تقویت شده و قوای ادراکی که شأنی از شئون نفس است، رشد می‌کند. این مرحله، جایگاه افاضه نور عقل عن‌الله است که قوه فهم را روشن کرده و توانایی کسب معارف نظری و عملی را در او ایجاد می‌کند.

۳-۳. سوم، ساحت مادون شریعت

در این مرحله، عقل قدرت درک مسائل را دارد، چرا که در این قبیل موارد مخاطب



می‌داند که خدا حق است و پروردگار اوست و می‌داند که خالقش را پسند و ناپسندی است و اطاعت و معصیتی دارد، اما عقلش به تنهایی راهنمای رسیدن به این‌ها نیست و می‌فهمد که رسیدن به این مطالب جز با طلب علم ممکن نیست و اگر به وسیله علمش به این‌ها نرسد، عقلش او را سودی ندهد. پس بر عاقل واجب است که طلب علم و ادب نماید که بدون آن استوار نخواهد ماند.»

در جمع‌بندی توضیحات فوق باید گفت، اگر مراد از روایاتی که انبیاء را به عنوان حجت ظاهری و عقل را در کنار ایشان به عنوان حجت باطنی معرفی می‌کنند (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۰۷/۱۵)، حجیت عقل مطبوع یا محاسبه‌گر باشد، حکم صادره در روایات مذکور منصرف به ساحت اول و سوم است و در صورتی که مراد عقل عن الله باشد، می‌توان به حجیت مدرکات عقلی در تمامی ساحت حکم نمود.

۴. نتایج و یافته‌ها

از مجموع توضیحاتی که پیرامون مفهوم، شاخصه‌ها و ملاکات عقل حجت در آیات، روایات و کلام فقهای امامیه بیان شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت:

عقل مسموع، ملکه و مرتبه‌ای روحی بوده و تأثیر مستقیمی بر قوه ادراکی انسان دارد و به میزان رشد آن، فهم انسان نیز رشد می‌کند و تقویت و درستی‌یابی آن، ارتباط مستقیم با انجام دستورات الهی یا همان رعایت تقوا

پیامبران قوه ادراکی مردم است و ایشان با عقل خود نصوص و گزاره‌های کلی دین را تلقی و تحلیل می‌کنند. بنابراین، عقل به تنهایی قدرت فهم مسائل مادون شریعت را دارد. عقل، نصوص دینی مربوط به این مرحله را درک کرده، فرع را بر اصل رد می‌کند و لوازم آن را اثبات می‌نماید. شاهد این سخن، روایت امام صادق (ع) است که فرمود:

«بِالْعَقْلِ عَرَفَ الْعِبَادُ خَالِقَهُمْ وَ أَنَّهُمْ مَخْلُوقُونَ وَ ... عَرَفُوا بِهِ الْحَسَنَ مِنَ الْقَبِيحِ وَ أَنَّ الظُّلْمَةَ فِي الْجَهْلِ وَ أَنَّ التَّوَرَّ فِي الْعِلْمِ فَهَذَا مَا دَلَّهُمْ عَلَيْهِ الْعَقْلُ. قِيلَ لَهُ: فَهَلْ يَكْتَفِي الْعِبَادُ بِالْعَقْلِ دُونَ غَيْرِهِ؟ قَالَ: إِنَّ الْعَاقِلَ لِدَلَالَةِ عَقْلِهِ الَّذِي جَعَلَهُ اللَّهُ قِيَامَهُ وَ زِينَتَهُ وَ هِدَايَتَهُ عَلِمَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَ أَنَّهُ هُوَ رَبُّهُ وَ عَلِمَ أَنَّ لِخَالِقِهِ مَحَبَّةً وَ أَنَّ لَهُ كَرَاهِيَةً وَ أَنَّ لَهُ طَاعَةً وَ أَنَّ لَهُ مَعْصِيَةً فَلَمْ يَجِدْ عَقْلَهُ يَدُلُّهُ عَلَى ذَلِكَ وَ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يُوصَلُّ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْعِلْمِ وَ ظَلَمَهُ وَ أَنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بِعَقْلِهِ إِنْ لَمْ يُصِبْ ذَلِكَ بِعِلْمِهِ فَوَجَبَ عَلَى الْعَاقِلِ طَلَبُ الْعِلْمِ وَ الْأَدَبِ الَّذِي لَا قِيَامَ لَهُ إِلَّا بِهِ» (کلینی، ۱۳۶۲: ۲۹/۱).

«... با عقل، بندگان خالق خود را می‌شناسند و درمی‌یابند که خود مخلوق اند ... و با عقل، حسن را از قبیح تشخیص داده و دانستند در نادانی، تاریکی و در علم، نور است. این است آنچه عقل به آن‌ها راهنما شده است. عرض شد: آیا بندگان می‌توانند به عقل تنها اکتفا کنند؟ فرمود: عاقل به راهنمایی همان عقلی که خداوند نگهدار او و زینت و سبب هدایتش قرار داده،

دارد. با بررسی آیات و روایات و ویژگی‌های بیان‌شده برای عقل حجت می‌توان دریافت که مراد از عقل حجت در نصوص، همین مرتبه از عقل است.

عقل مطبوع و عقل مسموع دو نهاد کاملاً مستقل از یکدیگر هستند و اگرچه عقل مسموع از جایگاه والاتری نسبت به عقل مطبوع برخوردار است، اما تا زمانی که عقل مطبوع موجود نباشد، نمی‌توان از آثار و برکات عقل مسموع بهره جست.

عقل مسموع تفاوت‌های قابل‌توجهی با عقل مطبوع دارد که از جمله می‌توان به تفاوت در کسب معارف و ارشاد به مکارم، تفاوت در نحوه تحقق و تقویت، و تفاوت در امکان بروز خطا اشاره کرد.

با در نظر گرفتن ساحات مختلف (فرا شریعت، شریعت و مادون شریعت)، می‌توان دریافت اگر مراد از روایاتی که انبیا را به عنوان حجت ظاهری و عقل را به عنوان حجت باطنی معرفی می‌کنند، حجیت عقل مطبوع یا محاسبه‌گر باشد، حکم صادره در روایات مذکور منصرف به ساحت اول و سوم است و در صورتی که مراد عقل عن الله باشد، می‌توان به حجیت مُدرکات عقلی در تمام ساحات حکم نمود.



منابع

- بیروت: المكتبة العصرية.
۱۰. ازدی، عبدالله بن محمد (۱۳۸۷). کتاب الماء، ج ۳، تهران: دانشگاه علوم پزشکی ایران.
 ۱۱. ازهری، محمد بن احمد (۱۴۲۱ق). تهذیب اللغة، ج ۱، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
 ۱۲. اکبرنژاد، محمدتقی (۱۳۸۹). مقاله «حجّیت و عصمت ذاتی عقل»، مجله کوثر معارف، شماره ۱۴، صص ۲۹-۷۶.
 ۱۳. برنجکار، رضا (۱۳۷۴). مقاله «ماهیت عقل و تعارض عقل و وحی»، مجله نقد و نظر، شماره ۳ و ۴، صص ۱۸۴-۲۰۴.
 ۱۴. تمیمی آمدی، عبدالواحد (۱۳۶۶). تصنیف غررالحکم و دررالكلم، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
 ۱۵. جرجانی، علی بن محمد (۱۴۰۳ق). التعریفات، بیروت: دارالکتب العلمیه.
 ۱۶. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۲). مقاله «کارآمدی عقل در استنباط احکام فقهی»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، صص ۲۱-۵۲.
 ۱۷. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۶). منزلت عقل در هندسه معرفت دینی، چ ۲، به تحقیق احمد واعظی، قم: اسراء.
 ۱۸. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶ق). الصحاح، ج ۵، بیروت: دارالعلم للملایین.
 ۱۹. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة، ج ۱۵، قم: آل البيت (ع).
 - قرآن کریم
 - نهج البلاغه
 ۱. ابن ابی الحدید، عبدالحمید بن هبة الله (۱۴۰۴ق). شرح نهج البلاغه، ج ۲۰، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
 ۲. ابن ادريد، محمد بن حسن (۱۹۹۹م). جمهرة اللغة، ج ۲، بیروت: دارالعلم للملایین.
 ۳. ابن سیده، علی بن اسماعیل (۱۴۲۱ق). المحکم و المحيط الأعظم، ج ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه.
 ۴. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی (۱۴۰۴ق). تحف العقول، قم: جامعه مدرسین، چاپ دوم.
 ۵. ابن عربی، محمد بن علی (۱۹۹۳م). التدریبات الالهیه فی اصلاح المملكة الانسانیة، بیروت: مؤسسه بحسون.
 ۶. ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة، به تحقیق هارون عبدالسلام محمد، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
 ۷. ابن ماجه، محمد بن یزید (۱۴۱۸ق). سنن ابن ماجه، ج ۱، بیروت: دارالجليل.
 ۸. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب، ج ۱۱، چ ۳، بیروت: دارصاد.
 ۹. ازدی سجستانی، ابو داود سلیمان بن اشعث (بی تا). سنن ابی داود، ج ۱،



۲۰. حسینی، محمد (۱۴۱۵ق). معجم المصطلحات الأصولية، بيروت: مؤسسة المعارف للمطبوعات.
۲۱. حلی، جمال الدین (۱۴۳۳ق). کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، به تصحیح حسن حسن زاده آملی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۲. حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ق). شمس العلوم، ج ۷، دمشق: دارالفکر.
۲۳. خوانساری، محمد بن حسین (۱۳۷۳). شرح غررالحکم و دررالکلم، ج ۲، تهران: دانشگاه تهران.
۲۴. دیلمی، حسن (۱۴۱۲ق). ارشاد القلوب الى الصواب، قم: شریف رضی.
۲۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). المفردات فی غریب القرآن، دمشق: دارالعلم الشامیه.
۲۶. زبیدی، محمد بن محمد بن مرتضی (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، به تصحیح علی شیری، ج ۱۵، بیروت: دارالفکر.
۲۷. سهروردی، یحیی بن حبش (۱۳۷۲). مصنفات شیخ اشراق، به تصحیح هانری کربن، تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
۲۸. شبر، عبدالله (۱۴۰۴ق). الأصول الأصلية و القواعد الشرعية، قم: کتابفروشی مفید.
۲۹. شیبانی، احمد بن حنبل (بی تا). مسند الامام احمد بن حنبل، ج ۴، بیروت: المكتب الاسلامی و دارصاد.
۳۰. صادقی تهرانی، محمد (۱۳۶۵). الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن، ج ۱۲، قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.
۳۱. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم (۱۹۸۱م). الحکمة المتعالیة فی الاسفار العقلية الاربعة، ج ۳، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۳۲. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم (۱۳۵۴). المبدأ و المعاد، تهران: انجمن حکمت و فلسفه ایران.
۳۳. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم (۱۳۶۹). شرح اصول کافی، ج ۲، به تصحیح محمد خواجهی، تهران: موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
۳۴. صدر، محمد باقر (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الاصول، قم: موسسه نشر اسلامی.
۳۵. صدوق، محمد بن علی (۱۳۹۸ق). التوحید للصدوق، قم: جامعه مدرسین.
۳۶. صدوق، محمد بن علی (۱۳۶۲). الخصال، قم: جامعه مدرسین.
۳۷. صدوق، محمد بن علی (۱۳۸۵). علل الشرايع، ج ۱، قم: مكتبة الداوری.
۳۸. سنقر، محمد (۱۴۲۸ق). المعجم الأصولی، ج ۲، چ ۴، قم: منشورات الطیار.
۳۹. طباطبائی، سید محمد حسین (بی تا). حاشیه کفایه، ج ۱، قم: بنیاد علمی و فکری استاد علامه طباطبائی (ره).
۴۰. طباطبائی، سید محمد حسین (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



۴۱. طباطبائی، سید محمدحسین (۱۴۲۸ق).
نهایة الحکمة، ج ۴، قم: موسسه نشر
اسلامی.
۴۲. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع
البيان فی تفسیر القرآن، ج ۴، تهران:
انتشارات ناصر خسرو.
۴۳. طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵).
مجمع البحرين، ج ۵، چ ۳، تهران:
مرتضوی.
۴۴. عروسی حریری، عبد علی بن جمعه
(۱۴۱۵ق). تفسیر نور الثقلین، قم:
اسماعیلیان.
۴۵. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق).
کتاب العین، ج ۱، چ ۲، قم: هجرت.
۴۶. فولکیه، پل (۱۳۹۳). فلسفه عمومی
یا مابعدالطبیعه، چ ۶، ترجمه یحیی
مهدوی، تهران: دانشگاه تهران.
۴۷. قرشی بنایی، علی اکبر (۱۴۱۲ق).
قاموس قرآن، ج ۵، چ ۶، تهران: دارالکتب
الاسلامیه.
۴۸. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۲).
الکافی، ج ۸ و ۸، تهران: انتشارات
اسلامیه.
۴۹. لاری شیرازی، عبدالحسین (۱۴۱۸ق).
التعلیقه علی فرائد الأصول، ج ۱، قم:
اللجنة العلمیه للمؤتمر.
۵۰. مجلسی، محمد باقر (بی تا). بحارالانوار
الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار (ع)،
ج ۳ و ۵۳، تهران: انتشارات اسلامیه.
۵۱. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق). مرآة
- العقول فی شرح اخبار آل الرسول، تهران:
دارالکتب الاسلامیه.
۵۲. محاسبی، حارث بن اسد (۱۴۰۲ق).
العقل و فهم القرآن، بیروت: دارالکندی،
چاپ سوم.
۵۳. محمدی ری شهری، محمد (۱۳۸۶).
میزان الحکمه، قم: دارالحديث.
۵۴. مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۷۴).
اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها،
چ ۶، قم: الهادی.
۵۵. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). التحقيق فی
کلمات القرآن الکریم، ج ۸، تهران: بنگاه
نشر و کتاب.
۵۶. مظفر، محمد رضا (۱۴۳۰ق). اصول
الفقه، ج ۳، چ ۵، قم: انتشارات اسلامی.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). تفسیر
نمونه، ج ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). انوار
الأصول، ج ۲، چ ۲، قم: مدرسه الامام علی
بن ابیطالب (ع).
۵۹. موسی، حسین یوسف (۱۴۱۰ق).
الإفصاح، ج ۱، چ ۴، قم: مکتب الاعلام
الاسلامی.
۶۰. مهدی زاده، حسین (۱۳۸۲). مقاله
«درآمدی بر معناشناسی عقل در تعبیر
دینی»، مجله معرفت، شماره ۷۴،
صص ۲۸-۳۸.
۶۱. نسائی، احمد بن شعيب (۱۴۱۱ق). السنن
الکبری، ج ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۶۲. وحید بهبهانی، محمد باقر (۱۴۱۵ق).

الفوائد الحائريه، قم: مجمع الفكر
الاسلامى.
۶۳. هلال، هيثم (۱۴۲۴ق). معجم مصطلح
الأصول، بيروت: دار الجليل.



Child Marriage in Islamic Jurisprudence

Seyyed Hassan Dawood Al-Mousavi

Abstract

According to the prevalent opinion among Muslim jurists, the marriage contract has no age restriction, and minor boys and girls can be given in marriage—whether to adults or other minors—by their legal guardian. The expansion of this jurisprudential view has resulted in numerous individual (physical and psychological) and social harms for children and their families. In the present study, which is based on a descriptive-analytical method and supported by library sources, we seek to answer the main question: Based on jurisprudential principles, what challenges confront the legitimacy of child marriage?

In Imamiyyah (Shi'a) jurisprudence, the marriage of children by a guardian (the father or paternal grandfather) is considered a valid ruling, and the consensus of jurists emphasizes this issue. This research, utilizing textual evidence and narrations, examines arguments both in favor of and against child marriage.

The findings of this study show that although most jurists specify a particular age as a criterion for puberty and the end of childhood, some jurists consider the standard of maturity to be variable depending on the context. They view the criterion for marriage as the individual's physical and psychological readiness to enter into matrimonial life.

Although those who defend the legitimacy of child marriage among the Sunni scholars refer to verse 32 of Surah Al-Nur, the Prophet's marriage to Aisha, and the actions of the Prophet's companions who married children; and the jurists of the Imamiyyah reference some specific narrations and consensus—nonetheless, all of these face historical, evidentiary, and content-related doubts. Furthermore, in contemporary Islamic jurisprudence, the practice of child marriage is subject to criticism due to factors such as lack of intellectual and physical maturity, absence of considerable benefits, and contradiction with human dignity, and is therefore not permissible.

Keywords

1. Child Marriage
2. Islamic Jurisprudence
3. Legal Guardian
4. Puberty Criterion
5. Social Harms



کودک همسری در فقه اسلامی

سید حسن داوود الموسوی^۱

چکیده

بر اساس نظریه مشهور فقهای مسلمان، عقد ازدواج محدودیت سنی ندارد و کودکان دختر و پسر نیز می‌توانند توسط ولی خود به تزویج دیگران (بزرگسالان و خردسالان) درآیند. توسعه این نگرش فقهی سبب به وجود آمدن آسیب‌های فردی (جسمی و روانی) و اجتماعی زیادی برای کودکان و خانواده آن‌ها شده است. در پژوهش حاضر که بر اساس روش توصیفی تحلیلی و مستند به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است در پی یافتن پاسخ برای این پرسش اصلی هستیم که بر اساس مبانی فقهی مشروعیت کودک همسری با چه چالش‌هایی روبرو است؟

در فقه امامیه، ازدواج کودکان به واسطه ولی (پدر یا جد پدری) به عنوان حکمی معتبر تلقی می‌شود و اجماع فقها بر این مسئله تأکید دارد. این پژوهش با بهره‌گیری از شواهد نصوص و روایات، به بررسی استدلال‌ات موافق و مخالف کودک همسری می‌پردازد. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که با اینکه مشهور فقها سن خاصی را به عنوان ملاک بلوغ و اتمام دوران کودکی تعیین کرده‌اند، اما گروهی از فقها نیز ملاک بلوغ را نسبت به هر موضوعی متغیر دانسته، معیار بلوغ در امر نکاح را آمادگی جسمی و روانی فرد برای ورود به حوزه زناشویی دانسته‌اند.

هرچند قائلان به مشروعیت کودک همسری در میان اهل سنت به آیه ۳۲ سوره نور، عمل پیامبر گرامی اسلام در ازدواج با عایشه و عمل اصحاب پیامبر در ازدواج با کودکان؛ همچنین فقهای امامیه به برخی از روایات خاص و اجماع استناد کرده‌اند؛ اما همه آن‌ها با تردیدهای تاریخی، سندی و محتوایی روبرو هستند و همچنین، با انتقادات موجود از جمله فقدان بلوغ فکری و جسمانی، عدم وجود مصالح قابل توجه، و تضاد با کرامت انسانی ازدواج کودکان در فقه اسلامی معاصر مجاز نمی‌باشد.

۱. دکتر فقه و مبانی حقوق



۱. مقدمه

هرچند قائلان به مشروعیت

کودک‌همسری در میان اهل سنت به آیه ۳۲ سوره نور، عمل پیامبر گرامی اسلام در ازدواج با عایشه و عمل اصحاب پیامبر در ازدواج با کودکان، همچنین فقهای امامیه به برخی از روایات خاص و اجماع استناد کرده‌اند؛ اما همه آن‌ها با تردیدهای تاریخی، سندی و محتوایی روبرو هستند و همچنین با انتقادات موجود از جمله فقدان بلوغ فکری و جسمانی، عدم وجود مصالح قابل توجه و تضاد با کرامت انسانی، ازدواج کودکان در فقه اسلامی معاصر مجاز نمی‌باشد.

بر اساس نظریه مشهور فقهای مسلمان، عقد ازدواج محدودیت سنی ندارد و کودکان دختر و پسر نیز می‌توانند توسط ولی خود به تزویج دیگران (بزرگسالان و خردسالان) درآیند. توسعه این نگرش فقهی سبب به وجود آمدن آسیب‌های فردی (جسمی و روانی) و اجتماعی زیادی برای کودکان و خانواده‌های آن‌ها شده است. در پژوهش حاضر که بر اساس روش توصیفی-تحلیلی و مستند به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است، در پی یافتن پاسخ برای این پرسش اصلی هستیم که بر اساس مبانی فقهی مذاهب اسلامی، مشروعیت کودک‌همسری با چه چالش‌هایی روبرو است؟

در فقه امامیه، ازدواج کودکان به واسطه ولی (پدر یا جد پدری) به عنوان حکمی معتبر تلقی می‌شود و اجماع فقها بر این مسئله تأکید دارد. این پژوهش با بهره‌گیری از شواهد، نصوص و روایات، به بررسی استدلال‌ات موافق و مخالف کودک‌همسری می‌پردازد.

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که با اینکه مشهور فقها سن خاصی را به عنوان ملاک بلوغ و اتمام دوران کودکی تعیین کرده‌اند، اما گروهی از فقها نیز ملاک بلوغ را نسبت به هر موضوعی متغیر دانسته و معیار بلوغ در امر نکاح را آمادگی جسمی و روانی فرد برای ورود به حوزه زناشویی می‌دانند.



مبانی فقهی و حقوقی کودک همسری و ارائه راهکارهای عملی، به دنبال حمایت از حقوق و منافع کودکان در برابر این پدیده است. موضوع ازدواج کودکان در فقه امامیه به طور گسترده مورد بحث قرار گرفته است. با این حال، این مباحث اغلب پراکنده و فاقد نظم و ساختار مشخصی هستند. در اکثر کتب فقهی، موضوع به طور اجمالی در باب نکاح مطرح شده و با بیان جواز ازدواج کودک توسط ولی با شرایط خاص، از آن گذر کرده‌اند. این پژوهش در نظر دارد با گردآوری مبانی و نظرات فقهای برجسته و ایجاد ساختاری منظم، پاسخی راهگشا به سؤالات مطرح شده ارائه دهد.

در رساله‌ها، پایان‌نامه‌ها و مقالات منتشرشده، پژوهشگران به جزئیاتی از این موضوع پرداخته‌اند، اما این مباحث به طور کامل در کتاب یا مقاله مستقلی بیان نشده‌اند.

ماهیت ضمانت اجرای اذن ولی در نکاح کودکان (عابدی، ۱۳۹۳): این مقاله به بررسی ماهیت اذن ولی در ازدواج کودکان و مفهوم ولایت می‌پردازد، اما تمرکز اصلی آن بر اذن ولی است.

جایگاه و تأثیر مصلحت در سرپرستی کودک (مقداری، ۱۳۹۱): این پژوهش به بررسی جایگاه مصلحت در سرپرستی کودک می‌پردازد و به طور اجمالی به ازدواج کودکان اشاره می‌کند، اما نیازمند بررسی و تحقیق بیشتری است.

کودک همسری، پدیده‌ای اجتماعی و حقوقی، در جوامع اسلامی، به‌ویژه ایران، به عنوان موضوعی پیچیده و چالش برانگیز مطرح است. نگرش مشهور فقها که عقد ازدواج را بدون محدودیت سنی می‌دانند و اجازه ازدواج کودکان توسط ولی را می‌دهند، به آسیب‌های جسمی، روانی و اجتماعی برای کودکان و خانواده‌ها منجر شده است. پژوهش حاضر، چالش‌های مشروعیت کودک همسری در فقه اسلامی و سازوکارهای حقوقی جلوگیری از آن را بررسی می‌کند.

در تحقق کودک همسری، جنسیت کودک، نوع ازدواج و سن طرف دیگر عقد تأثیرگذار نیست و در صورت عدم آمادگی کودک، آسیب‌های جدی متوجه او می‌شود. اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز در عمل با مشکلاتی مواجه است و استناد به وجود مصلحت برای اذن ولی، به دلیل پیامدهای منفی، موجه نیست. در نتیجه، این پژوهش به دنبال راهکارهایی برای حمایت از حقوق کودکان و جلوگیری از کودک همسری است. مسئله کودک همسری بر خود کودکان، خانواده و جامعه تأثیرات منفی دارد و می‌تواند منجر به آسیب‌های جسمی و روانی، محرومیت از تحصیل و مشکلات تربیت فرزند شود. کودکانی که زود هنگام ازدواج می‌کنند، پس از رسیدن به سن رشد، به دلیل عدم توانایی در تصمیم‌گیری صحیح، اقدام به طلاق می‌کنند که تبعات منفی برای خود و جامعه به دنبال دارد. این پژوهش با بررسی



می‌دانند. به نظر می‌رسد که مجوز ازدواج کودکان غیربالغ در شریعت اسلامی، باعث ایجاد این توهم شده است. اهمیت این موضوع، به‌ویژه به دلیل فشارهای بین‌المللی بر حقوق بشر در نظام جمهوری اسلامی ایران، بیشتر می‌شود. در حالی که به نظر می‌رسد این موضوع در شریعت اسلام تأیید نشده است، محدودیت‌هایی که اسلام برای جلوگیری از ازدواج کودکان بیان کرده است، حتی از محدودیت‌های بین‌المللی کارسازتر و مؤثرتر است.

مسئله ازدواج کودکان به عنوان یک مسئله حقوقی و اجتماعی نیازمند توجه و بررسی دقیق است. از آنجا که این پدیده آثار زیانباری بر سلامت جسمی، روانی و اجتماعی کودکان می‌گذارد؛ به‌ویژه در زمینه‌های ازدواج زودهنگام و تحمیل مسئولیت‌های بزرگ به افرادی که به طور طبیعی هنوز آمادگی روانی و جسمی برای آن ندارند، به چالش‌های جدی دامن می‌زند. به همین دلیل، تحلیل مبانی فقهی و حقوقی این مسئله برای یافتن راهکارهای مؤثر جهت جلوگیری از وقوع آن ضروری است. در این زمینه، شریعت اسلامی نه تنها موضعی روشن در خصوص محدودیت‌های سنی ازدواج دارد، بلکه تأکید زیادی بر تأمین حقوق و سلامت جسمانی و روانی کودکان دارد که در عمل می‌تواند راهگشای بسیاری از مشکلات باشد.

در نظام حقوقی ایران نیز در رابطه با

رویکرد قضائی به تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان (آذری و میراحمدی، ۱۳۹۸): این پژوهش با نگاه حقوقی به تبیین سازوکار تشخیص مصلحت در سیستم قضایی ایران می‌پردازد و توجه کافی به مبانی فقهی ندارد. کودک‌همسری در حقوق ایران و نظام‌های بین‌المللی حقوق بشر (عباسی، ۱۳۹۹): این پایان‌نامه سعی در ارائه تحلیل حقوقی از کودک‌همسری دارد و وارد مباحث فقهی شده است، اما مبانی فقهی را به طور جامع بررسی نکرده و تسلط فقهی کافی ندارد.

بررسی ضرورت بازنگری قوانین راجع به سن ازدواج (جعفری، ۱۳۹۸): این پژوهش بر اساس تحلیل طرح اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نگارش شده و در بررسی‌های حقوقی دارای نگاهی جدید است، اما در مباحث فقهی عمق و دقت کافی ندارد.

به طور خلاصه، این متون به جنبه‌های مختلف ازدواج کودکان پرداخته‌اند، اما هیچ‌کدام به طور جامع و عمیق مبانی فقهی موضوع را بررسی نکرده‌اند. برخی از آن‌ها بیشتر بر جنبه‌های حقوقی و قضایی تمرکز دارند و برخی دیگر به طور اجمالی به موضوع اشاره کرده‌اند.

یکی از مسائل مهم در جامعه جهانی و سازمان‌های بین‌المللی مانند سازمان ملل و یونیسف، موضوع ازدواج کودکان است. این پدیده در کشورهای اسلامی آمار بالایی دارد و این سازمان‌ها در ریشه‌یابی‌های خود، اصلی‌ترین دلیل آن را سنت‌های مذهبی



این چالش، تحرکاتی وجود داشته است. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران در طول زمان دستخوش تغییراتی شده است. ابتدا در سال ۱۳۱۳، ازدواج دختران زیر ۱۵ سال و پسران زیر ۱۸ سال ممنوع شد، اما استثنائاتی نیز وجود داشت. سپس در سال ۱۳۶۱، ازدواج قبل از بلوغ ممنوع اعلام شد، اما با اجازه ولی و رعایت مصلحت، مجاز گردید. در نهایت، در سال ۱۳۷۰، اصلاحیه‌ای تصویب شد که به موجب آن، ازدواج دختران زیر ۱۳ سال و پسران زیر ۱۵ سال با اذن ولی و تشخیص دادگاه امکان‌پذیر شد. مقام معظم رهبری نیز بر لزوم مقابله با کودک‌همسری تأکید کرده‌اند (خامنه‌ای، سید علی؛ ۱۳۷۶) و در سال ۱۳۹۷ طرحی برای اصلاح قانون به مجلس ارائه شد.

طرح اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در کمیسیون مربوطه، به دلیل عدم مطابقت با فتاوی مراجع عظام تقلید و عدم ضرورت در وضعیت کنونی جامعه، با اکثریت آراء رد شد. با این حال، این موضوع پرسش‌های مهمی را برمی‌انگیزد: آیا نگاه فقه امامیه به عنوان منبع قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، در خصوص سن ازدواج، تنها به شرایط جسمی توجه دارد یا به شرایط روانی، اجتماعی، اقتصادی و... نیز اهمیت می‌دهد؟ و برای رفع این معضلات چه راهکارهایی ارائه می‌کند؟

به نظر می‌رسد برای یافتن دیدگاه فقه امامیه در رابطه با سن ازدواج و کشف

راهکارهای نظام حقوقی اسلام برای جلوگیری از تبعات گسترده کودک‌همسری، تبیین چند محور اساسی راهگشا خواهد بود:

الف) تبیین میزان تأثیر ولایت در تشکیل خانواده

ب) تبیین مبانی فقهی و حقوقی ازدواج کودک

ج) تبیین مفهوم و سازوکار تشخیص غبطه در ازدواج کودکان

بر اساس نظریه مشهور فقه‌های مسلمان، عقد ازدواج محدودیت سنی ندارد و کودکان دختر و پسر نیز می‌توانند توسط ولی خود به تزویج دیگران (بزرگسالان و خردسالان) درآیند. توسعه این نگرش فقهی سبب به وجود آمدن آسیب‌های فردی (جسمی و روانی) و اجتماعی زیادی برای کودکان و خانواده‌های آنها شده است. در پژوهش حاضر که بر اساس روش توصیفی-تحلیلی و مستند به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است، در پی یافتن پاسخ برای دو پرسش اصلی هستیم: ۱) بر اساس مبانی فقهی مذاهب اسلامی، مشروعیت کودک‌همسری با چه چالش‌هایی روبرو است؟ ۲) در نظام حقوق اسلامی چه سازوکارهایی برای جلوگیری از ازدواج کودکان پیش‌بینی شده است؟

۲. مفهوم‌شناسی

مفهوم کودک یکی از واژه‌های اساسی و کلیدی این پژوهش است و نیازمند تحقیق و تبیین است. بررسی مفهوم کودک در فقه، حقوق کشورهای مختلف و نیز حقوق



شده است. برای بررسی معنای اصطلاحی «کودک» یا «صغیر» در هر مکتب فقهی یا حقوقی، نیاز به تبیین نقطه آغاز و پایان این دوران از زندگی انسان است.

۲-۲. تعریف اصطلاحی کودک

در فقه امامیه، آغاز صغرا از ابتدای حمل و انعقاد نطفه دانسته می‌شود. بر اساس روایات، جنین از همان ابتدا دارای حق حیات است. به عنوان مثال، امام کاظم (ع) سقط جنین را منع کرده و نطفه را اولین مرحله خلقت دانسته‌اند (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۱۷۱/۴؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۵/۲۹). امیرالمؤمنین (ع) نیز جنین را «نفس» نامیده و برای سقط آن، دیه کامل تعیین کرده‌اند (کلینی، الکافی، ۳۴۲/۷؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۳۱۲/۲۹). امام باقر (ع) نیز در مورد دیه جنین سقط شده، بر اساس مراحل رشد آن، دیه‌های متفاوتی را مشخص کرده و سقط جنین روحدار را «قتل» نامیده‌اند (حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۳۱/۲۶؛ کلینی، الکافی، ۱۴۱/۷).

این حق حیات جنین به حدی اهمیت دارد که اگر زن بارداری محکوم به قصاص یا حد شود، اجرای مجازات تا پس از وضع حمل به تعویق می‌افتد، حتی اگر جنین حاصل زنا باشد (حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۱۰۸/۲۸).

بین‌الملل در استنباط احکام مربوط به آن اهمیت دارد.

۱-۲. تعریف لغوی کودک

در متون لغوی، «کودک» به فرزند انسان از تولد تا رسیدن به بلوغ اطلاق می‌شود و در زبان عربی معادل آن «صغیر» یا «طفل» است. دهخدا کودک را معادل «صغیر» و به معنای کسی می‌داند که به سن بلوغ نرسیده باشد (دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، ۱/۱۶۴۸). در لغت برای کودک مراحل را بیان می‌کنند:

- به کودکی اطلاق می‌شود که در رحم مادر قرار دارد (فیومی، مصباح المنیر، ۱۱۱). فیومی جنین را وصفی برای کودک می‌داند تا زمانی که در شکم مادر است، اگرچه این اصطلاح در عرف رایج نیست.
 - به کودکی گفته می‌شود که در زمان شیرخوارگی است.
 - به کودکی اطلاق می‌شود که می‌تواند سود و زیان خود را تشخیص دهد. صاحب «مصباح المنیر» تمیز را قوه‌ای می‌داند که معانی و مفاهیم را از یکدیگر جدا می‌کند (فیومی، مصباح المنیر، ۵۸۷).
 - به کودکی گفته می‌شود که نزدیک به احتلام و بلوغ است. لسان العرب کودک ۱۱ یا ۱۲ ساله را مراهق می‌داند (ابن منظور، لسان العرب، ج ۳/۱۳۵).
- در متون فقهی توجه ویژه‌ای به اطفال



در اصطلاح فقهای اسلامی، پایان کودکی با مفاهیمی همچون بلوغ و رشد تعبیر شده است و شناخت این مفاهیم می‌تواند تعریف صحیحی از دوران کودکی در فقه اسلامی ارائه کند.

فقهای امامیه قائل‌اند که اصطلاح بلوغ حقیقت شرعیه نیست و با درک مفهوم عرفی آن نیز می‌توان به معنای آن دست یافت. برای مثال، در تفصیل الشریعه بیان شده است که: «به احتمال قوی بلوغ معنایی عرفی دارد و نشانه‌های سه‌گانه بیان شده از طرف شارع، نشانه‌ها و علائم شرعی برای همین امر عرفی است که بر اساس مناطق مختلف متغیر است. البته وضع نشانه برای یک امر عرفی از طرف شارع به دلیل مخفی ماندن مفهوم بلوغ برای عرف است؛ مانند قرار دادن اماره برای عدالت در امور شرعی، زیرا عدالت از امور مخفی و جزو امور باطنی و نفسانی است.» (فاضل موحدی لنگرانی، تفصیل الشریعة المضاربة و الشریعة و...)، (۲۸۸)

مفهوم «بلوغ» در فقه امامیه به عنوان یک امر عرفی و طبیعی مورد اتفاق است. صاحب جواهر بلوغ را از امور عرفی دانسته و معتقد است شناخت آن نیازی به بیان شرعی ندارد، بلکه در عرف رایج است (جواهر الکلام، ۳۰/۱۳). صاحب عناوین نیز بلوغ را عرفی می‌داند، اما بیان می‌کند که با تعیین حدود توسط شارع، به یک اصطلاح شرعی تبدیل شده است (العناوین الفقهیة، ۷۳۲/۲).

برخی معتقدند که بلوغ تغییر جسمی و روانی طبیعی است و شارع صرفاً حدود و نشانه‌هایی برای شناخت آن از نظر عرفی بیان کرده است. این دیدگاه، تعبدی بودن نشانه‌های بلوغ را مورد تردید قرار داده و آن‌ها را اماراتی برای کشف بلوغ می‌داند. زیرا با توجه به تفاوت‌های جغرافیایی، ژنتیکی و روانی، نشانه‌های فیزیولوژیکی بلوغ متغیرند و در عصر حاضر تشخیص دقیق این تغییرات آسان است (پیوندی، غلامرضا. حقوق کودک، ص ۷۰).

بلوغ در فقه امامیه در موضوعاتی مانند تکلیف، نماز، حجر، نکاح و تبعیت بررسی شده است (انوری، حسن. فرهنگ بزرگ سخن، ۱۰۲/۲؛ لسان العرب، ۲۴۷/۱).

فقها در تعریف بلوغ بیشتر به نشانه‌های آن پرداخته‌اند. سه علامت اصلی عبارتند از: رویش موی خشن زیر شکم، احتلام، و رسیدن دختران به ۹ سالگی و پسران به ۱۵ سالگی، که مورد اتفاق نظر فقها است (خمینی، روح الله. تحریر الوسیله، ۱۲/۲؛ جامع المقاصد، ۱۸۰/۵-۱۸۲). برخی نیز علائمی مانند حیض و حمل را مطرح کرده‌اند (المبسوط، ۲۴۹/۲؛ تذکرة الفقهاء، ۱۸۶/۱۴).

نظریه مشهور فقها درباره سن بلوغ پسران به دلایل متعددی استناد دارد. اولین دلیل، اجماع فقها بر سن ۱۵ سالگی است (طوسی، الخلاف، ج ۳، ۲۸۲-۲۸۳؛ فاضل مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن، ۱۳۸/۲). دوم، استصحاب عدم بلوغ تا سن ۱۵ سالگی



کرده، تا رسیدن به این سن جایز نیست (کلینی، الکافی، ۳۹۸/۵).

با وجود این، برخی فقها مانند فیض کاشانی، روایات مختلف درباره سن بلوغ دختران را مربوط به تکالیف متفاوت دانسته‌اند. به عنوان مثال، روزه برای دختر قبل از ۱۳ سالگی واجب نیست، مگر اینکه خون حیض دیده باشد؛ حدود در ۹ سالگی جاری می‌شود؛ و وصیت یا عتق در ۱۰ سالگی صحیح است (فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۱۴/۱). برخی دیگر معتقدند که این روایات مربوط به شرایط خاص زمانی بوده و ملاک بلوغ در دختران، دیدن خون حیض است (محمد ابراهیم جناتی به نقل از انصاری، احکام و حقوق کودکان در اسلام، ۸۶/۱).

در رابطه با نشانه‌های بلوغ، حیض و بارداری به عنوان علامت‌های بلوغ در نظر گرفته شده‌اند، اما اماره‌ای بر سبق بلوغ هستند (محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۱۰۰/۲؛ نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۴۲/۲۶-۴۴). تأثیر نژاد، شرایط اقلیمی و روانی در تغییرات فیزیولوژیک نیز قابل توجه است. مثلاً دختران حبشی در ۹ سالگی بالغ می‌شوند، اما دختران مناطق سردسیر مانند اسکاندیناوی ممکن است تا ۱۸ سالگی به بلوغ نرسند. همچنین، در جوامعی که بی‌بندوباری اخلاقی رایج است، سن بلوغ کاهش می‌یابد (احمد صبور اردوبادی، روانشناسی نوجوانان و جوانان،

است، زیرا قبل از این سن دلیلی قطعی بر بلوغ وجود ندارد (طباطبائی، المناهل، ۸۰؛ علامه حلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۸۷/۹). همچنین، اصل براءة از تکلیف پیش از ۱۵ سالگی ذکر شده است (نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۲۶/۱۷-۱۸؛ طباطبائی، المناهل، ۸۰). از سوی دیگر، روایات متعددی نیز به این موضوع پرداخته‌اند. برای مثال، در روایتی از امام صادق علیه السلام بازه ۱۴ تا ۱۵ سالگی به عنوان زمان تمرین برای نماز و روزه ذکر شده است که با سیاق روایت، ۱۵ سالگی را سن قطعی بلوغ معرفی می‌کند (طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ۴۰۹/۱). در رابطه با سن بلوغ دختران، اجماع فقها و روایات متعدد، سن بلوغ را ۹ سالگی می‌دانند (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، ۱۹۷؛ ابن ادریس، السرائر، ۳۶۷/۶). امام باقر (ع) در روایتی معتبر بیان می‌کند که با رسیدن دختر به ۹ سالگی، کودکی او خاتمه یافته و احکام شرعی مانند ازدواج و حدود بر او جاری می‌شود (حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۰/۲۸؛ کلینی، الکافی، ۱۹۸/۷). امام صادق (ع) نیز در روایت دیگری حد بلوغ دختران را ۹ سالگی معرفی می‌کند (حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۱۰۴/۲۰؛ الخصال، ج ۲، ص ۴۲۱). همچنین در روایت دیگری از همین امام آمده است که دخول به دختری که پیش از ۹ سالگی ازدواج



۱۴۹-۱۵۰، به نقل از انصاری، حقوق کودکان در اسلام، ۸۹/۱).

به نظر می‌رسد نظریه مشهور فقها و تعبیدی بودن علامت سن، دارای اسناد فقهی قوی‌تری نسبت به دیگر نظریات است. دو اشکال اساسی به نظریه مشهور فقها وارد می‌شود: اول، اکثر دختران امروزی در این سن به بلوغ طبیعی نرسیده‌اند. دوم، دختران در سن ۹ سالگی قادر به انجام وظایف دینی نیستند. در پاسخ بیان می‌شود که باید توجه شود در احکام متعلق به فرد بالغ، حکم در رابطه با فرد بالغ شرعی است یا فرد بالغ طبیعی. برای مثال، نکاح یک عمل طبیعی است و نیاز به بلوغ طبیعی دارد، ولی نماز به بلوغ شرعی ارتباط دارد و رسیدن به سن بلوغ شرعی، وجوب عمل را به ذمه او می‌آورد (انصاری، حقوق کودکان در اسلام، ۹۵/۱).

این برداشت را می‌توان از روایات هم استفاده کرد. برای مثال در اموری مانند آمیزش جنسی یا تمکین برای دختران، سن ده سالگی یا بالاتر ذکر شده است (کلینی، الکافی، ۳۹۸/۵، باب حد الذی یدخل بالمرأة فیه، ح-۱-۲-۳).

در حقوق ایران، دو دیدگاه درباره آغاز کودکی وجود دارد:

الف) دوران کودکی از تولد آغاز می‌شود: طبق نظریه دکتر امامی، دوران صغر از لحظه تولد شروع می‌شود. او با استناد به ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی و ماده ۹۵۷ آن، تأکید دارد که حمل (جنین) تنها با شرط زنده

متولد شدن از حقوق مدنی بهره‌مند می‌شود. همچنین در مواد ۸۵۱ و ۸۷۵ قانون مدنی، تملک وصیت و ارث برای جنین منوط به زنده متولد شدن است. ب) دوران کودکی از انعقاد نطفه آغاز می‌شود:

این دیدگاه معتقد است که مرحله جنینی نیز بخشی از دوران کودکی است و حقوقی نظیر حق حیات از همان زمان تعلق می‌گیرد. مواد ۴۸۸ و ۴۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۷۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دیه سقط جنین را در مراحل مختلف از نطفه تا جنین دارای روح مشخص کرده‌اند. مثلاً برای جنینی که روح در آن دمیده شده باشد، دیه کامل تعیین شده است. همچنین برخی حقوق دانان این حقوق را از آغاز حمل می‌پذیرند و زنده متولد شدن را صرفاً کاشف بر وجود شخصیت جنین می‌دانند، نه شرط ایجاد آن.

در قوانین موضوعه، پایان کودکی با توجه به موضوع متفاوت است:

بلوغ شرعی: سن پایان کودکی مطابق دیدگاه مشهور فقها و تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، ۱۵ سال قمری برای پسران و ۹ سال قمری برای دختران است. این سن معیار ورود به حقوق کیفری و خروج از حجر بوده، اما رشد عقلی به‌ویژه در امور مالی نیاز به اثبات دارد (تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰).

سایر موارد قانونی: در برخی قوانین، پایان کودکی متفاوت تعیین شده است. برای



مثال:

- مواد ۳۴ تا ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۰۴، پایان کودکی را ۱۸ سال دانسته است.
- ماده واحد اصلاحی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی (۱۳۸۱) ازدواج دختر زیر ۱۳ سال را تنها با اجازه ولی و نظر دادگاه معتبر می‌داند.
- بند الف ماده ۴ قانون استخدام کشوری، سن ۱۸ سال را حداقل سن مجاز برای استخدام معرفی کرده است.

در نتیجه، آغاز کودکی در حقوق ایران در برخی قوانین از تولد محاسبه می‌شود (مانند قانون مدنی) و در برخی موارد (مانند دیه جنین)، از زمان انعقاد نطفه حقوقی برای جنین قائل شده‌اند. پایان کودکی عمدتاً با بلوغ شرعی تعیین می‌شود، اما در موضوعات مختلف، سن‌های متفاوتی برای پایان کودکی در نظر گرفته شده است.

۱-۳- فقه امامیه

جواز نکاح کودکان توسط پدر و جد پدری از احکام قطعی تلقی شده است و مرحوم حکیم، خویی و صاحب جواهر نسبت به آن ادعای اجماع داشته‌اند (مستمسک، ۴۳۵/۱۴؛ المبانی فی شرح العروة، ۱۹۸/۳۳؛ جواهر، ۱۷۰/۲۹) و به دلیل قطعی بودن آن به شرح تفصیلی ادله آن پرداخته نشده است. قطعاً نکاح کودکان خلاف اصل است، زیرا

اصل در نکاح این است که متعاقدين بالغ و عاقل باشند (کتاب النکاح، انصاری، ۸۸) و نکاح یک حکم شرعی است و نیاز به دلیل شرعی دارد و برای جواز نکاح صغار باید دلیل شرعی اقامه شود.

۱-۱-۳- ادله شرعی جواز نکاح صغار

۱-۱-۳-۱- سنت:

روایات متعدد در این باب نقل شده است که می‌توان چندی از اهم آن‌ها را مورد تحلیل قرار داد:

- «محمد بن اسماعیل بن بزيع گوید: به امام کاظم علیه السلام گفتم: دختر نابالغی به وسیله پدرش شوهر داده می‌شود، و بعد، پدر می‌میرد در حالی که دختر هنوز بالغ نشده است. موقعی که این دختر بالغ می‌شود و هنوز به خانه زفاف نرفته باشد، آیا تزویج پدر قاطعیت دارد، یا این که اختیار رد و قبول ازدواج، با خود دختر است؟ فرمود: تزویج پدر قاطعیت دارد و باید تسلیم شود.» (کلینی، کافی، ۳۹۴/۵)

از این روایت که از نظر سندی صحیح است و هم صدوق و هم در عین از محمد ابن اسماعیل نقل شده است، امام نکاح صبیّه را پذیرفته است و صبیّه حق سربلندی از این نکاح را ندارد حتی اگر بالغ شود.

- «راوی از امام می‌پرسد که اگر او با دختر سه ساله‌ای ازدواج کند و یا به



پسر سه ساله‌ای زن بدهد؟ چه سنی لازم است برای صحت ازدواج آن‌ها؟ امام علیه السلام در پاسخ می‌فرماید اگر ولی او رضایت داشته باشد کافی است. (طوسی، محمد بن حسن، استبصار، ۲۳۶/۳)

این روایت نیز به صراحت، صحت نکاح صبی و صبیّه را می‌پذیرد و در این روایت تفاوتی بین پسر و دختر بیان نمی‌شود.

■ «از ابو الحسن الرضا (ع) پرسیدم: اگر دختر نابالغ به وسیله پدر تزویج شود، بعد از بلوغ شرعی حق دارد ازدواج را لغو کند؟ ابو الحسن گفت: نه. پرسیدم: اگر دختر باکره به حد بلوغ برسد، در برابر تصمیمات پدر حق امر و نهی دارد؟ ابو الحسن گفت: دختر باکره در مقابل پدر اختیاری ندارد، مگر آنکه شوهر کند و بعد از طلاق، که بیوه شد، هیچ‌کس در برابر تصمیمات او ولایت ندارد.» (طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ۳۸۱/۷)

■ «عبید بن زراره گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: اگر پسر نابالغ را با دختری نابالغ تزویج کنند، از يك ديگر ارث می‌برند؟ فرمود: اگر به وسیله پدرانشان تزویج شده باشند، بلی ارث می‌برند. عرض کردم: آیا طلاق پدر لازم الاجراست؟ فرمود: نه.» (کلینی، کافی، ۱۳۲/۷)

این صحیحه هم به صراحت نکاح صغیر و صغیره را می‌پذیرد، زیرا توارث که اثر نکاح است را در بین آن دو جاری می‌داند. ■ «فضل بن عبد الملك گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی پسرش را در حالی که بچه صغیر است عقد می‌کند. فرمود: مانعی نیست. گفتم: آیا جایز است پدر به جای فرزند طلاق بدهد؟ فرمود: نه.» (کلینی، کافی، ج ۵/۴۰۰)

■ «و حسن بن محبوب، از علی بن حسن بن رباط، از ابن مسکان، از حلبی روایت کرده است که گفت: به امام صادق علیه السلام معروض داشتم: پسر ده سال از عمر او می‌گذرد، و پدرش او را در کودکی به ازدواج وامي دارد، آیا آن پسر در ده سالگی میتواند همسر برگزیده پدرش را طلاق گوید؟ امام علیه السلام فرمود: اما تزویج پس امری صحیح است، و اما در خصوص طلاق پس زنش را برای او نگاه دارند، تا زمانی که بالغ شود، و معلومش دارند او را طلاق گفته است، پس در آن وقت اگر به این امر اقرار نمود، و آن را امضاء کرد طلاق بائن است، و آن پسر اگر وی را بخواهد باید دوباره خواستگاری و عقد کند، و اگر منکر شد و از امضاء آن امتناع کرد آن زن همسر او است. گفتم: پس اگر یکی از آن دو بمیرد؟



نسبت به آن ادعای اجماع داشته‌اند (حکیم، مستمسک، ۴۳۵/۱۴؛ المبانی فی شرح العروة، ۱۹۸/۳۳؛ نجفی، جواهر، ۱۷۰/۲۹).

البته واضح است که این اجماع حجیت شرعی به عنوان دلیل را ندارد، زیرا روایات در این رابطه موجود است و این اجماع مدرکی است. البته به عنوان مؤید می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که البته سیره فقها نیز در برخورد با اجماع همین‌طور بوده است.

۴. نقد به ادله جواز و ادله مانع از نکاح صغار نظریه عدم جواز نکاح صغار نیز ادله‌ای را مورد استناد قرار می‌دهد که تحلیل و بررسی آن در یافتن پاسخ پرسش‌های اصلی این پژوهش بسیار راهگشا است.

۴-۱-۴. عدم قابلیت کودک برای استمتاع

یکی از اصلی‌ترین ادله‌ای که برای عدم جواز نکاح کودکان بیان شده است، عدم قابلیت استمتاع است. فقهای متعددی معتقدند که عقد نکاح، و به‌ویژه نکاح دائم، نیازمند قابلیت استمتاع است و اگر این قابلیت وجود نداشته باشد، عقد باطل است. برای بررسی این شرط در صحت نکاح، که آیا این قابلیت فعلی است یا بالقوه نیز کافی است و... جزئیات دیگر، باید به کتب فقهی فقها در موضوعات مختلف رجوع کرد. جامع‌ترین این مباحث را می‌توان در شرط عدم تمکین در نکاح و ازدواج صغیر به غرض محرمیت بررسی کرد.

در میان فقهای امامیه اختلاف است که تمکین، مقتضی ذات عقد نکاح است یا

فرمود: میراث او توقیف می‌شود، تا زمانی که فرد باقیمانده بالغ گردد، پس او را بخدا قسم می‌دهند که جز رضایتش به این نکاح چیزی او را به‌گرفتن میراث واداشته است. و آنگاه میراث به او تحویل می‌گردد.» (ابن بابویه، محمد بن علی، من لایحضر، ج ۴/۳۱۰)

این روایت نیز دو دلالت بر صحت دارد: اول نص کلام امام که به صحیح بودن تصریح می‌کند، دوم پذیرفتن توارث بین آن دو است که دال بر صحت عقد و حتی نفوذ عقد است.

و روایات متعدد دیگری که در فصل قبل در بخش ولایت بیان شد و مورد بررسی قرار گرفت.

۳-۱-۲- سیره متشرعه:

دلیل دیگری که قائلین بر صحت عقد نکاح کودکان به آن اشاره می‌کنند، سیره متشرعه‌ای است که در بین مسلمانان در زمان‌های مختلف بوده است و در زمان شارع نیز این سیره محقق بوده است و بر اساس روایات متعدد که بیان شد، نه تنها ردعی در مورد آن صورت نگرفته است، بلکه مورد تأیید شارع نیز بوده است.

۳-۱-۳- اجماع:

در رابطه با ولایت پدر نسبت به تزویج مولی‌علیه صغیر بین فقها اجماع وجود دارد و مرحوم حکیم، خویی و صاحب جواهر



مقتضای اطلاق عقد.

فقه‌های اسلامی در مورد تمکین و مقتضای عقد نکاح به دو دسته تقسیم می‌شوند. گروه اول معتقدند که هدف اصلی نکاح، توالد و تناسل است و رابطه جنسی را مقتضای منحصر آن می‌دانند. از این رو، اعمالی چون عزل را نیز حرام تلقی می‌کنند، زیرا آن را مخالف حکمت نکاح می‌دانند. آنان شرطی که خلاف این غرض اصلی باشد را شرطی خلاف مقتضای عقد محسوب کرده و آن را مفسد عقد می‌دانند. گروه دوم بر این باورند که رابطه جنسی یکی از غایات نکاح است، نه غایت منحصر به فرد آن. برخی فقه‌های برجسته مانند محقق حلی، شهید ثانی، صاحب جواهر و امام خمینی، برای ازدواج غایات دیگری از جمله محرمیت و وصلت با خانواده شریف را نیز به عنوان غرض‌های عقلایی مطرح کرده‌اند. اما با این وجود، به نظر می‌رسد در بین عرف، غرض اصلی از نکاح، رابطه جنسی و به تبع آن توالد و تناسل است و محرمیت و سایر آثار، اموری تبعی و استثنایی به حساب می‌آیند. لذا شرطی که خلاف این غرض اصلی باشد، خلاف مقتضای عقد و مفسد آن محسوب می‌شود. فقهایی که قائل به جواز شرط عدم تمکین هستند، به چندین دلیل استناد کرده‌اند:

عموم ادله‌ای مانند «اوفوا بالعقود» و روایت مشهور از امام علی (ع) مبنی بر لزوم وفای به شروط قراردادی (وسائل الشیعه، ۳۰/۲۱؛ ۶۸/۲۱)، شامل این شرط نیز می‌شود؛

مگر اینکه شرطی مباح را حرام کند یا شرطی باشد که باطل و غیرمشروع باشد (نائینی، منیه الطالب، ۱۰۵/۲). شرط عدم تمکین از نظر برخی فقه‌های شرطی است که از نظر شرعی صحیح نمی‌باشد و عموم ادله وفای به شرط را شامل آن نمی‌دانند.

روایت امام صادق (ع) درباره عقد موقتی که در آن آمیختگی جنسی شرط نشده است، نشان می‌دهد که شوهر فقط به حدود شرط شده حق دارد (کلینی، کافی، ۴۶۷/۵؛ ابن بابویه، وسائل الشیعه، ۷۲/۲۱). این روایت نشان‌دهنده امکان شروط محدودکننده در عقد موقت است، اما نمی‌توان آن را دلیلی جامع برای جواز این شرط در عقد دائم تلقی کرد.

برخی فقه‌های معتقدند که بر اساس عرف، غرض‌های متفاوتی برای ازدواج وجود دارند که می‌توانند اولویت یابند. از این رو، ممکن است ازدواج صرفاً برای تحقق این غرض‌ها، بدون توجه به برخی آثار بنیادین نظیر رابطه جنسی، منعقد شود.

برخی فقه‌ها استدلال می‌کنند که اگر رابطه و آمیختگی جنسی مقتضای ذات عقد نکاح باشد، ازدواج فرد معذور از وطی (که امکان نزدیکی ندارد) جایز نیست؛ در حالی که هیچ‌یک از فقیهان چنین نظری نداده‌اند. لذا وطی یکی از غایات نکاح است و نه مقتضای ذات آن (مغنیه، فقه امام جعفر الصادق، ج ۵/۱۸۸).



برخی فقها رابطه زناشویی را از حقوق زوجین می‌دانند، نه تکلیفی شرعی، و در نتیجه معتقدند این حق قابلیت اسقاط دارد (یزدی، حاشیه مکاسب، ۵۶/۱). با این حال، بسیاری از فقها تمکین را حق نمی‌دانند و صرفاً از باب تسامح به آن چنین اطلاقی کرده‌اند.

با بررسی ادله، مشخص می‌شود که شرط عدم تمکین در عقد نکاح دائم قابل پذیرش نیست. علت اصلی آن است که رابطه زناشویی و به تبع آن، توالد و تناسل از اهداف بنیادین و عرفی نکاح دائم محسوب می‌شود، و چنین شرطی خلاف مقتضای اصلی عقد بوده و مفسد آن است. اگرچه روایات یا استدلال‌هایی در پذیرش این شرط وجود دارد، اما این موارد بیشتر به عنوان استثنائات تلقی می‌شوند و در نکاح دائم، عرف غرض اصلی دیگری جز رابطه زناشویی نمی‌پذیرد. فقها درباره جواز نکاح دختر صغیر به غرض محرمیت هم اختلاف نظر دارند و برای نظرات خود ادله مختلفی ارائه کرده‌اند. امام خمینی (ره) نکاح دائم و موقت با دختر صغیر را جایز دانسته‌اند، اما در عقد موقت، احتیاط را در این می‌دانند که دختر به سنی رسیده باشد که قابلیت استمتاع (نه صرفاً وطی، بلکه سایر انواع التذاذ) را داشته باشد. همچنین نکاح شیرخوار به غرض محرمیت مادرش نیز به نظر امام خمینی صحیح است، اگرچه درباره آثار شرعی آن احتیاط دارند (خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲،

ص ۲۹۷).

برای بررسی مشروعیت این نکاح، چند مسئله مهم باید مورد توجه قرار گیرد:

۱. آیا نکاح بدون قابلیت استمتاع تحقق‌پذیر است؟

۲. آیا محرمیت یا سایر آثار شرعی می‌توانند غرض اصلی عقد تلقی شوند؟

بررسی نصوص و سیره نشان می‌دهد که نکاح دائم دختر صغیر (و نه موقت) مورد پذیرش بوده و گفته شده که امکان تحقق آثار شرعی آن مثل استمتاع در آینده کفایت می‌کند. اما درباره عقد موقت، نظرات دقیق‌تری ارائه شده است، مانند:

■ صحیحه جمیل بن دراج: تمتع از دختران بسیار کم‌سن ممنوع است؛ زیرا منجر به ضرر جسمی یا روحی می‌شود (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۳۶).

■ روایت محمد بن هشام: سن کم، وقتی دختر هنوز رشد کافی برای تصمیم‌گیری ندارد، عاملی برای ممنوعیت تمتع است (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۲۷۴).

■ روایت محمد بن مسلم: حداقل سن برای عدم فریب و رشد جسمی و عقلی، ده سال عنوان شده است، اما این ملاک در مناطق مختلف به دلیل تفاوت رشد جسمی و عقلی



قابل تغییر است (ترجمه من لا یحضره الفقیه، ج ۵، ص ۱۱۹). برخی فقها معتقدند غرض شارع از تشریع نکاح موقت، امکان استمتاع و التذاذ است و صغیره فاقد چنین قابلیت است. از آیه: «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (نساء/۲۴) و روایات متعددی (مانند روایت عبدالله بن مسعود و صحیح زاره) روشن می شود که عقد متعه برای غرض لذت مشروع بوده و نمی توان صرفاً به انگیزه محرمیت آن را جاری ساخت.

بر طبق این روایات (برای مثال روایت زاره و محمد بن مسلم)، زن در عقد متعه در موقعیت اجیر یا مستأجر است و در برابر عمل استمتاع مهریه دریافت می کند. اگر استمتاع امکان پذیر نباشد، عقد باطل است، زیرا منافع لازم برای تحقق عقد وجود ندارد.

صاحب جواهر الکلام تأکید می کند که نکاح موقتی که امکان استمتاع در آن نباشد، صحیح نیست. همچنین عقد موقت و دائم تفاوت دارند؛ زیرا در عقد دائم استمتاع در آینده ممکن است تحقق یابد؛ در نتیجه، عقد دائم مشروع تلقی می شود ولی عقد موقت بدون تحقق استمتاع جاری نیست (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۱۴).

برخی فقها مانند محقق قمی و سید اصفهانی نکاح موقت را بر مبنای اصل عدم صحت رد می کنند؛ زیرا تحقق نکاح، به ویژه در متعه، نیازمند وجود منفعت است که در

دختر صغیر امکان پذیر نیست. آیه «اوفوا بالعقود» نیز فقط عقود متعارف و معهود زمان شارع را شامل می شود و عدم وجود اطلاقی خاص برای نکاح صغیره، دلیل بر عدم صحت این عقد است.

فقها مانند صاحب جواهر، متعه را شبیه به اجاره می دانند که در آن مهر مانند اجرت، در مقابل منفعت پرداخت می شود. بدون وجود منفعت، عقد نمی تواند معتبر باشد. روایات بر حرمت مطلق وطی صغیره با اجماع دلالت دارند و استمتاع نیز به دلیل احتیاط در آسیب جسمی و روحی رد شده است.

دیدگاه فقهای امامیه عموماً بر جواز نکاح دائم دختر صغیر به شرط قابلیت استمتاع در آینده استوار است. اما نکاح موقت دختر صغیر برای محرمیت، محل اختلاف جدی است؛ غالب فقها، به دلیل عدم تحقق امکان استمتاع حقیقی در زمان عقد و حرمت آسیب جسمی و روحی، چنین عقدی را غیرمعتبر می دانند. محرمیت نمی تواند غرض اصلی نکاح باشد و صرفاً به عنوان اثری مترتب بر عقد صحیح شناخته می شود. همچنین اصل احتیاط و فقدان روایات قطعی در جواز چنین عقدی، سبب شده بسیاری از فقها قائل به عدم صحت عقد متعه برای صغیره باشند.

فقها غرض اصلی از نکاح را رابطه زوجیت دانسته اند و معتقدند استمتاع مقوم این رابطه است. بر این اساس، اگر قابلیت



مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْجَارِيَةِ يَتَمَتَّعُ مِنْهَا الرَّجُلُ؟ قَالَ: نَعَمْ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَبِيَّةً تُخَدَعُ. قُلْتُ: أَصْلَحَكَ اللَّهُ، وَكَمْ الْحُدُ الَّذِي إِذَا بَلَغَتْهُ لَمْ تُخَدَعْ؟ قَالَ: ابْنَةُ عَشْرِ سِنِينَ. (ابن بابویه، من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۴۶۱)

■ روایت محمد بن هشام:

«عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ (ع) قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَتِ الْبِكْرُ بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ فَلَيْسَتْ مَخْدُوعَةً.» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۷۴)

البته بیان شد که این سنی که در روایت ذکر شده، موضوعیت ندارد و مهم مخدوعه نبودن کودک است و شاید این سن در زمان فعلی افزایش یافته باشد.

از این روایات و برخی دیگر می‌توان دریافت که شارع مقدس نکاح در این سن را موافق مصلحت نمی‌داند، به‌ویژه مصلحت بزرگی مانند تألیف قلوب که در آیات قرآن به‌عنوان فلسفه وجودی جنس‌های مخالف و نکاح بیان شده است:

■ «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَفِرُونَ» (روم: ۲۱)

■ «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا» (اعراف: ۱۸۹)

قطعاً ازدواجی که به‌صورت غالب از این دستاوردهای اصلی نکاح جلوگیری کند،

استمتاع به‌طور کلی وجود نداشته باشد، نکاح باطل است. البته این حکم دارای استثنائاتی است که به موارد خاص محدود می‌شوند.

از این جهت، اگر غرض‌هایی مانند محرمیت در نکاح پذیرفته شود، این موارد عمده‌تاً برای نکاح موقت مطرح هستند و در عرف، نکاح دائم به دلیل غرض اصلی خود، یعنی رابطه زوجیت و استمتاع، قابل توجیه نیست.

یکی از مهم‌ترین دلایلی که برای عدم جواز نکاح کودکان در شرایط عادی مطرح می‌شود، عدم وجود مقتضی واقعی و مصلحت قابل قبول برای این نکاح است. این امر از روایات متعدد و اصول کلی فقه اسلامی قابل برداشت است.

این امر را می‌توان از صحیح‌ه هشام بن حکم دریافت:

«هشام بن حکم گوید: مردی به امام صادق (ع) یا امام کاظم (ع) گفت: ما پسران و دختران خود را در دوران کودکی با هم تزویج می‌کنیم. فرمود: هرگاه ازدواج آنان در سن کودکی صورت بگیرد، (بعد از سن بلوغ و دوره زندگی) کمتر انس و محبت پیدا می‌کنند.» (کلینی، کافی، ج ۵، ص ۳۱۸)

همچنین روایاتی که از ازدواج کودکان تا زمانی که مخدوعه هستند منع کرده‌اند، مانند:

■ روایت محمد بن مسلم: «رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى الْحُتَمِيُّ عَنْ



تا این کرامت را از دست ندهد. امام صادق نیز در این رابطه می‌فرماید:

«عَبْدُ اللَّهِ بْنِ سَيَّانٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَحْمَسِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا وَلَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ أَنْ يَكُونَ ذَلِيلًا أَمَا تَسْمَعُ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ» فَالْمُؤْمِنُ يَكُونُ عَزِيزًا وَلَا يَكُونُ ذَلِيلًا. قَالَ: إِنَّ الْمُؤْمِنَ أَعَزُّ مِنَ الْجَبَلِ لِأَنَّ الْجَبَلَ يُسْتَقَلُّ مِنْهُ بِالْمَعَاوِلِ وَالْمُؤْمِنُ لَا يُسْتَقَلُّ مِنْ دِينِهِ بِشَيْءٍ.» (تهذيب الأحكام، ج ۶، ص ۱۷۹)

«ابوالحسن احمسی گوید: امام صادق علیه‌السلام فرمود: به راستی که خداوند عز و جل تمام کارهای مؤمن را به خودش واگذار کرده است، ولی این اختیار را به او نداده است که خود را ذلیل و خوار نماید. مگر نشنیده‌ای که خداوند عز و جل می‌فرماید: «عزت، تنها برای خدا و رسولش و مؤمنان است»؟ بنابراین، مؤمن عزیز است و ذلیل نمی‌شود. آن‌گاه فرمود: در واقع مؤمن از کوه هم محکم‌تر است، چرا که از کوه با بیل و کلنگ کم می‌شود، ولی از دین مؤمن چیزی کاسته نمی‌گردد.» (ترجمه فروع کافی، ج ۵، ص ۱۵۲)

خداوند می‌فرماید: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» (اسراء، ۷۰) و تفاوت انسان با حیوانات را در این کرامت می‌دانند. این کرامت به دلیل مختار بودن انسان است و اینکه دین برای کامل کردن کرامت در انسان‌ها ایجاد شده است:

«إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ» (طبرسی،

مورد تأیید شارع نیست، مگر آنکه مصلحت اولی و اهمی در عقد نکاح وجود داشته باشد یا مفسده‌ای مانند فریب‌خوردگی زوجه که به نظر می‌رسد این امر خصوصیتی نسبت به زوجه ندارد و به دلیل غلبه این حالت در زوجه بیان شده است. قطعاً به صلاح کودک نیست که با این شرایط وارد زندگی جدیدی شود.

در رابطه با روایات متعددی که درباره نکاح صغیر وارد شده، این نکته قابل توجه است که همه این روایات در پاسخ به سؤالاتی از امام معصوم (ع) است و ایشان بر اساس شرایط موجود حکم داده‌اند و ازدواج صغیر را پذیرفته‌اند که به نظر می‌رسد این حکم در آن زمان مصلحت اهمی داشته است که در باب ولایت در نکاح باید مورد بررسی قرار گیرد. (ر.ک: داود الموسوی، تحلیل فقهی و حقوقی کودک‌همسری، ص ۶۵)

در نتیجه ازدواج کودکان بر اساس روایات و آیات متعدد، فاقد مقتضی است و در شرایط عادی، ولی اجازه ندارد کودک را به عقد فرد دیگری درآورد، اعم از کودک یا بزرگسال، مگر آنکه شرایط و مصلحت اهمی وجود داشته باشد که باعث جواز این عقد شود. طبیعتاً در عصر کنونی، چنین امری نادر است و محقق نمی‌شود.

۲-۴. مخالفت با کرامت کودک و ظلم به وی

خداوند متعال انسان را موجودی کریم خلق کرده و دارای عزت نفس قرار داده است، و انسان موظف است نفس خود را حفظ کند



﴿وَلَا تُكُنْ عَبْدَ غَيْرِكَ وَ قَدْ جَعَلَكَ اللَّهُ حُرّاً﴾ (تحف العقول، ج ۱، ص ۶۹).

بنابراین، تعیین سرنوشت و تصمیم‌گیری دیگری برای فرد خلاف این اصل اساسی است و قطعاً تصمیم بزرگی مانند ازدواج، مخصوصاً در نکاح دائم که زندگی چندین ساله فرد را رقم می‌زند، نمی‌تواند به اختیار فرد دیگری تحقق یابد و اختیار خود فرد در آن نقشی نداشته باشد. گرفتن این اصل از کودک مصداق ظلم است و ظلم عقلاً قبیح است و ضرر را برای کودک به همراه دارد و خلاف اصل است، مگر اینکه مصلحتی اهم از این از دست دادن کرامت وجود داشته باشد. این حکم، ضرری و ظلم به کودک است.

در رابطه با روایات متعدد نسبت به جواز نکاح صغیر می‌توان بیان کرد که این اجبار در زمان شارع مصداق از بین بردن کرامت نفس و ظلم نبوده است و مصالح اهمی نسبت به آن وجود داشته است. در صورتی که همه‌ی عقلا این مصالح را در زمان کنونی موجود نمی‌دانند و بلکه این اجبار را خلاف کرامت کودک می‌دانند.

اشکال می‌شود که کودک در زمان کودکی مسلوب العبارة است و قصد ندارد و رضایت در مورد او تحقق نمی‌یابد. به همین دلیل ولی جایگزین او شده و تصمیم‌گیری می‌کند. در پاسخ به این اشکال باید توجه داشت که در روایاتی که ولایت در غیر پدر را رد می‌کنند، این رضایت را به رسمیت می‌شناسند. بلکه در بعضی روایات می‌فرمایند اگر او خواست و

مکارم‌الاخلاق، ج ۱، ص ۸).

به این ترتیب، همه احکام شرعی و شریعت برای این هدف وضع شده‌اند (جوادی آملی، کرامت در قرآن، ص ۲۱) و هیچ حکمی از شارع که این هدف را نقض کند، صادر نمی‌شود.

این امر یکی از مهم‌ترین و مؤثرترین عوامل در تربیت اسلامی است و پر واضح است که تمام شریعت برای ایجاد این اخلاق اسلامی در بندگان وضع شده است (شهریاری، الگوی تربیت اخلاق اسلامی با محوریت کرامت نفس، محمد شهریاری، محمدرضا شرفی، ص ۲۸). شهید مطهری در این رابطه بیان کرده است که موضوع و محور همه تعلیمات اسلامی کرامت نفس است (شهید مطهری، ۱۳۸۸، ج ۲۲، ص ۴۰۹).

آزادی در انتخاب یکی از مظاهر اصلی کرامت انسان است. هنگامی که فرد بتواند به اراده خود در تصمیمات سرنوشت‌ساز زندگی‌اش دخالت کند، کرامت او محقق می‌شود. این امر، علاوه بر آیات قرآن، در روایات و احادیث اهل بیت (علیهم‌السلام) نیز به وفور دیده می‌شود. خداوند می‌فرماید: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» (اسراء، ۷۰) و این کرامت به دلیل مختار بودن انسان و اصل آزادی در انتخاب است، و انسان به دلیل همین اختیار است که کرامت یافته است. این امر را می‌توان از حدیث پیش‌گفته‌ی امام صادق علیه‌السلام دریافت. همچنین در کلام امیرالمؤمنین آمده است که می‌فرمایند:



درخواست کرد که او را به ازدواج فرد خاصی دریاورد، باید این کار را انجام داد. اگر رضایت کودک اهمیتی نداشت و قابلیت تشخیص مصالح نداشت، این اولویت بی معنا بود:

«عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي رَجُلٍ يُرِيدُ أَنْ يُزَوِّجَ أُخْتَهُ، قَالَ: يُؤَامِرُهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهِيَ إِفْرَازُهَا، وَإِنْ أَبَتْ لَمْ يُزَوِّجْهَا، وَإِنْ قَالَتْ زَوِّجْنِي فَلَا نَأْتِي فَلْيُزَوِّجْهَا مِمَّنْ تَرْضَى، وَالْيَتِيمَةُ فِي حَبْرِ الرَّجُلِ لَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا بِرِضَا مِنْهَا.» (کافی، ج ۵، ص ۳۹۳)

این نکته لازم به ذکر است که صرف اختیار برای طلاق، امری جبرانی برای این سلب اختیار نیست و همه افرادی که با اختیار و رضایت با افراد مورد نظر خود ازدواج می‌کنند نیز دارای این امتیاز هستند. البته برای دختران، این امتیاز هم وجود ندارد و طلاق گرفتن برای آنان دارای هزینه‌های فراوان است. اساساً، نکاح کودک دارای مفسده است و حتماً باید مصلحت اهمی وجود داشته باشد تا بتوان این نکاح را صحیح دانست.

۳-۴. وجود مفسده‌های شخصی و اجتماعی در ازدواج کودکان

جامعه اگر بخواهد به خوبی شکل بگیرد و استوار و مستحکم گردد، باید خانواده‌های مستحکم و تربیت یافته داشته باشد. به همین دلیل ساختار جامعه از خانواده تشکیل می‌شود (جوادی آملی، جامعه در

قرآن، ص ۷۳) و هرگز افراد و خانواده‌های تربیت نیافته و دارای مشکلات عاطفی و روانی نمی‌توانند یک جامعه مستحکم را پرورش دهند. به همین دلیل، کارکرد خانواده در جامعه فقط به فراهم ساختن نیازهای اقتصادی و جنسی محدود نمی‌شود؛ بلکه مورد خطاب خداوند قرار می‌گیرد مانند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا» (تحریم، ۶)، «وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا» (طه، ۱۳۲) و موظف است به وسیله تربیت اهل خانواده، جامعه را متعالی گرداند. از این رو، دانشمندان اسلامی قائل اند که

«در اسلام کارکرد خانواده در فراهم ساختن نیازهای اقتصادی خلاصه نمی‌شود؛ بلکه وظیفه اساسی اش مراقبت از فرزندان و نظام بخشی به رفتارهای غریزی نوجوانان و تأمین نیازهای فرهنگی و اجتماعی آنان است.» (جوادی، خانواده متعادل و حقوق آن، ص ۸۲)

زن در شکل گیری یک خانواده، از جهت مهربانی و گرایش و جذبه، نقشی اساسی دارد و استحکام خانواده وابسته به مدیریت و تأمین هزینه و تعهد کارهای اجرایی و دفاع از خانواده توسط مرد است. «پس اساس خانواده براساس دوستی انسانی تأمین می‌گردد و دو رکن اصلی، مودت و رحمت تشکیل دهنده آن است و نه رکن دیگری.» (جوادی، جامعه در قرآن، ص ۶۸)

بر این اساس، اگر ازدواج کودکان باعث ایجاد خانواده‌هایی سست و غیرمتعالی شود



دهید. اگر فقیر باشند، خداوند آنان را از فضل خود بی‌نیاز می‌کند و خداوند گشایش دهنده و داناست.»

برخی معتقدند «انثی» در آیه شامل هر زن بی‌شوهری می‌شود، اعم از صغیره و بالغ (جصاص، احمد بن علی؛ احکام القرآن، ج ۷/۵). در تفسیر جامع الاحکام آمده است: «و اتفق أهل اللغة على أن الأيم في الأصل هي المرأة التي لا زوج لها، بكرة كانت أو ثيباً» (اهل لغت اتفاق دارند که «ایم» در اصل به زن بی‌شوهر اطلاق می‌شود، چه بکره باشد و چه غیربکره) (قرطبی، محمد بن احمد. الجامع لأحكام القرآن؛ ج ۱۲/۲۳۹). نقد و بررسی: اطلاق این آیه شامل کودکان نمی‌شود، زیرا شارع در مقام بیان ازدواج افرادی است که توانایی ازدواج دارند. همچنین امر به انکاح به معنای اجبار نیست، بلکه به معنای فراهم آوردن شرایط ازدواج است (مکارم شیرازی، ناصر؛ تفسیر نمونه، ج ۱۴/۴۵۶). اگر منظور اجبار بود، شامل زنان ثبیه یا مردان بالغ (بکره و غیربکره) نمی‌شد که این با نظر مشهور فقهای اسلامی ناسازگار است.

۲. بیان عده صغیر در آیه: «وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ» (طلاق: ۴)؛ «و زنانی که از حیض ناامید شده‌اند، اگر شک دارید، عده آنان سه ماه است و [همچنین] آنانی که حیض نمی‌شوند.»

که در فصل آینده براساس آمار، این امر اثبات می‌شود. و همین‌طور تاثیر آن در مباحث روانی، عاطفی و اجتماعی نشان می‌دهد که مفسده این نوع ازدواج بسیار زیاد است و مصلحتی اهم بر این مفاسد به صورت معمول وجود ندارد. از این رو، این ازدواج شرعاً نمی‌تواند توسط ولی صورت گیرد.

۵. فقه مذاهب اسلامی

فقهای اهل سنت نکاح صغیر را اجماعاً با ولایت پذیرفته‌اند. البته ابن شبرمه، عثمان البتی و ابوبکر الاصم ازدواج صغیر را تا زمان بلوغ جایز نمی‌دانند، زیرا برای این تزویج فایده‌ای قائل نیستند. ابن حزم نیز تزویج صغیر را جایز نمی‌داند و معتقد است اگر چنین عقدی واقع شود، مفسوخ است (زحیلی، وهبه. الفقه الإسلامي وأدلته، ج ۹/۶۸۲).

۱-۵. جواز نکاح صغار

اکثر فقهای اهل سنت که معتقد به جواز ازدواج صغار هستند، در کتب فقهی خود به صورت استطرادی به بیان ادله‌ای پرداخته‌اند که این ادله را می‌توان به شرح زیر بیان کرد:

۱-۱-۵

۱. امر به نکاح دختران در آیه شریفه: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ» (نور: ۳۲)؛ «و زنان بی‌شوهر خود و غلامان و کنیزان صالح خود را همسر



کودک بوده‌اند، خوانده است (زحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ، ج ۹/۶۶۸۳).

برخی استدلال کرده‌اند که این آیه به جواز نکاح صغیره اشاره دارد، زیرا عده معمولاً پس از ازدواج مطرح می‌شود.

۵-۲. نقد و بررسی:

برخی فقهای اهل سنت معتقدند منظور از «زنانی که حیض نمی‌شوند»، کودکان نیستند، بلکه زنان بالغی هستند که به دلایلی حیض نمی‌شوند (عوایشه، حسین بن عوده. الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة. ج ۵/۲۴). مفسران شیعه نیز تأیید می‌کنند که این حکم مربوط به زنانی است که در سن حیض هستند ولی حائض نمی‌شوند (طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۹/۳۱۶). همچنین بیان حکم عده به معنای جواز نکاح نیست، زیرا حتی زانیه نیز باید عده نگه دارد (زرقانی، شرح الزرقانی علی الموطأ، ۳۵۹/۴؛ بهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع، ۶۶۱/۲؛ ر.ک: افسری، سالم، کلیة العلوم الانسانية والاجتماعية، ۶۶۳-۶۸۰).

۵-۲. ازدواج عایشه و نبی اکرم صلی الله علیه و آله «تزوجنی رسول الله وأنا ابنة ست، وبنی بی وأنا ابنة تسع» (زرقانی، شرح الزرقانی علی الموطأ، ۳۵۹/۴؛ بهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع، ۶۶۱/۲؛ ر.ک: افسری، سالم، کلیة العلوم الانسانية والاجتماعية، ۶۶۳-۶۸۰). عایشه را پدرش ابوبکر به ازدواج نبی اکرم درآورده است و همین‌طور نبی اکرم که عقد دختر حمزه را با پسرابی سلمه که هر دو



۵-۱-۲. نقد و بررسی:

یکی از اصلی‌ترین ادله جواز ازدواج کودکان در فقه اهل سنت، فعل نبی اکرم صلی الله علیه و آله نسبت به ازدواج با عایشه است. این امر در میان فقهای اهل سنت، مشهور است و به قدری روایات در این رابطه را مستند می‌دانند که ازدواج در شوال را مستحب می‌دانند، زیرا نقل شده حضرت در ماه شوال با عایشه ازدواج کرده است.

در رابطه با سن عایشه در زمان ازدواج با نبی اکرم، اقوال مختلفی وجود دارد:

الف) مشهورترین نقل، شش سالگی است. صاحب طبقات الکبری نقل می‌کند که عمره از عایشه شنیده است که رسول اکرم در سال دهم بعثت، در حالی که او شش سال داشته است در ماه شوال به عقد خود درآورده و در سال اول هجرت با او زفاف کرده است، در حالی که او نه سال داشته است (ابن سعد، محمد بن سعد، طبقات الکبری، ج ۴۶/۸).

دو کتاب صحیحین بخاری و مسلم نیز این نقل را تأیید کرده و سن هنگام عقد را شش سال و سن هنگام زفاف را نه سال نقل کرده‌اند (مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، ۱۰۳۹/۲).

تاریخ‌دانان مشهوری مانند ابن قتیبه، طبری، بیهقی، ابن جوزی، همه معتقدند که عایشه در مکه در حالی که ۶ سال سن داشته است به عقد رسول خدا صلی الله علیه و آله درآمده است (ابن قتیبه، عبدالله بن مسلم، و

عکاشه، ثروت، المعارف (ابن قتیبه)، ۱۳۴؛ ۲۳۰؛ بیهقی، احمد بن حسین، دلائل النبوة و معرفة أحوال صاحب الشريعة، ج ۴۱۰/۲؛ طبری، محمد بن جریر، تاریخ الطبری، ج ۱۶۳/۳؛ ۲۳۲؛ ابن جوزی، عبدالرحمن بن علی، المنتظم فی تاریخ الأمم و الملوك، ۱۷/۳).

افرادى مانند ابن اثیر (ابن اثیر، علی بن محمد، الکامل فی التاریخ، ۱۱۰/۲)، ابن حجر (ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، الإصابة فی تمییز الصحابة، ۲۳۲/۸)، بلاذری (بلاذری، حمید الله، محمد، أنساب الأشراف، ج ۴۰۹/۱)، ابن کثیر (ابن کثیر، اسماعیل بن عمر، شحاده، خلیل، البداية و النهایة، ۱۳۱/۳) و... نیز همین نظر را نقل کرده‌اند.

ب) دومین قول در رابطه با سن ازدواج عایشه، هفت سالگی است. ابن اسحاق در کتابش بیان می‌کند که در هفت سالگی رسول اکرم با او عقد کرده و در ۹ سالگی به خانه حضرت رفته است (ابن اسحاق همدانی، محمد بن اسحاق (۱۳۷۳)، سیرت رسول الله، ۵۸۳). ابن ماجه نیز در سنن خود از عایشه نقل می‌کند که رسول خدا با او در هفت سالگی ازدواج کرد (ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ۷۶/۳). ابن ابی‌الحدید معتزلی نیز سن عایشه هنگام ازدواج با حضرت رسول صلی الله علیه و آله را هفت سال بیان می‌کند (شریف الرضی، محمد بن حسین، و ابن ابی‌الحدید، عبد الحمید بن هبه‌الله، شرح نهج البلاغة، قم: مکتبة آية الله العظمی



المرعشی النجفی (ره)، ۱۹۰/۹.

از دیدگاه بعضی تاریخ‌دانان و علمای شیعه مانند طبرسی نیز پذیرفته شده است که عایشه در ۷ سالگی در مکه به عقد نبی اکرم صلی الله علیه و آله درآمده است و در ۹ سالگی به خانه ایشان رفته است (طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۷ق)، اعلام الوری بأعلام الهدی، قم: مؤسسة آل البيت (علیهم السلام)، ج ۱/۲۷۶). ابن شهر آشوب در مناقب (ابن شهر آشوب، محمد بن علی، و آشتیانی، محمد حسین، المناقب، ۱/۱۵۹) و علامه مجلسی در بحار الانوار نیز این قول را نقل کرده‌اند (مجلسی، بحار الانوار، ۲۲/۲۰۲).

اما بعضی تاریخ‌دانان با بررسی تاریخ معتقدند این سن ازدواج برای عایشه با شواهد دیگر تاریخی در تعارض است و عایشه در زمان ازدواج با رسول اکرم، زن بالغه بوده و حتی قبل از نبی اکرم با فرد دیگری ازدواج کرده است. این شواهد عبارت‌اند از:

۱. بیشتر روایات نقل شده در رابطه با سن عایشه، نقل خود اوست، و در هیچ کتابی از منابع شیعه و اهل سنت، روایتی از نبی اکرم نقل نشده است که در آن خود ایشان به این موضوع اشاره کرده باشند (جلالی ليقوان، رضا؛ میرسپاه، اکبر، بازپژوهشی در سن عایشه هنگام ازدواج با پیامبر (ص)، ش ۴۵، ص ۳۳).

۲. بیشتر احادیث نقل شده از عایشه، به وسیله هشام بن عروه نقل شده

است که رجالیون در احادیثی که از او در اواخر عمر و با سلسله سند عراقی نقل شده، خدشه کرده‌اند. ابن حجر نقل می‌کند که مالک بن انس در رابطه با این احادیث از هشام بن عروه ملاحظه داشته است (ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، تهذیب التهذیب، ج ۱/۴۸ و ۵۱).

۳. ابن اسحاق، عایشه را به عنوان کسی که در اوایل بعثت اسلام آورده است می‌شمارد و بیان می‌کند که هجدهمین نفری بوده که اسلام آورده است در حالی که صغیره بوده است (ابن اسحاق، محمد، السیر و المغازی، ۱۴۳). باید توجه داشت که در همین کتاب درباره امیرالمؤمنین علیه السلام که اسلام آورده است نیز لفظ "صغیر" به کار برده است و عایشه، رضیع نمی‌توانسته باشد، زیرا اسلام آوردن او بی معنا می‌شده است؛ پس ناگزیر باید سن او را در حد دختری دانست که ممیز باشد. اگر سن او را بین هفت تا ده سال بدانیم، در نتیجه در زمان ازدواج با رسول اکرم او ۱۷ تا ۲۰ سال سن داشته است (عاملی، جعفر مرتضی، الصحيح من سیره النبی الأعظم (ط. جدید)، ج ۴/۹۶). این تناقض در نقل ابن اسحاق و هشام دیده می‌شود که از یک طرف عایشه را جزو ۲۰ نفر اول



تولد اسماء را ۲۱ سال بیان کرده‌اند (ابن عساکر، علی بن حسن، ۱۴۱۵ق)، تاریخ مدینه دمشق، ج ۹/۶۹-۱۰ و براساس گفته تاریخ‌نویسان، وی در سال ۱۳ هجری، در حالی که ۶۳ سال سن داشته، از دنیا رفته است. با توجه به این شواهد نیز عایشه در زمان بعثت هفت ساله بوده و در زمان اول هجرت ۲۱ سال داشته است.

بعضی علمای اهل سنت در مقام رفع تعارض، روایتی از نبی اکرم نقل می‌کنند که ایشان فرموده است: «كُمْلَ من الرجال كثير، ولم يكْمُل من النساء: إلا آسية امرأة فرعون، ومريم بنت عمران، وإن فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام» (ابن کثیر، اسماعیل بن عمر، السیره النبویه، ج ۲/۱۳۷) و روایت صحیح ایشان نسبت به فاطمه زهرا سلام‌الله‌علیها که می‌فرمایند: «يَا فَاطِمَةُ أَلَا تَرْضَيْنَ أَنْ تَكُونِي سَيِّدَةَ نِسَاءِ الْعَالَمِينَ، وَسَيِّدَةَ نِسَاءِ هَذِهِ الْأُمَّةِ، وَسَيِّدَةَ نِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ» (حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله، المستدرک علی الصحیحین، ج ۳/۱۵۶) بیان می‌کنند که احتمال دارد این حدیث نبوی درباره عایشه قبل از بلوغ فاطمه زهرا سلام‌الله‌علیها بوده باشد و هنوز شایستگی لقب «سیده النساء» را نداشته است؛ زیرا که هر فضیلتی که غیر فاطمه دارد را باید فاطمه زهرا داشته باشد (طحاولی، احمد بن محمد، مشکل الآثار، ج ۱/۵۲). با این وجود که فاطمه زهرا در زمان

مسلمان می‌دانند و در جای دیگر او را در شش و هفت سالگی همسر پیامبر می‌خوانند (ابن اسحاق، السیر و المغازی، ۱۴۳).

در نقل دیگری، اسماء دختر ابوبکر می‌گوید: وقتی پدرم ایمان آورد، به خانه آمد و از جایش بلند نشد مگر این که من و عایشه ایمان آوردیم و عایشه در آن زمان صغیره بود. در کتب مختلف تاریخی بیان شده است (ابن کثیر، البدایة و النهایة، ج ۸/۳۴۵-۳۴۶؛ ذهبی، محمد بن احمد، سیر اعلام النبلاء، ج ۲/۲۸۸) که اسماء ۲۷ سال پیش از هجرت به دنیا آمده است و ده سال از عایشه بزرگ‌تر بوده است (ابن کثیر، البدایة و النهایة، ج ۸/۳۴۵-۳۴۶؛ ذهبی، محمد بن احمد، سیر اعلام النبلاء، ج ۲/۲۸۸). با محاسبه این اعداد، واضح است که عایشه در سال اول هجری ۱۸ سال داشته است و با نبی اکرم ازدواج کرده است. البته می‌توان ادعا کرد سن عایشه بیشتر از این بوده است؛ زیرا عایشه و اسماء همزمان با پدر اسلام آورده‌اند و اهل سنت معتقدند ابوبکر از اولین مسلمانان بوده است؛ پس زمانی که عایشه اسلام آورده، روزهای نخستین بعثت بوده است و عایشه به آن اندازه سن داشته که ممیز و عاقل بوده است. از این رو در سال اول هجرت قطعاً سن او نزدیک ۲۰ سال بوده است (عاملی، الصحیح من سیره النبی الأعظم (ط-جدید)، ج ۴/۱۰۰).

۱. اکثر تاریخ‌نویسان سن ابوبکر در زمان



شهادت‌شان ۲۵ ساله بوده‌اند، این بدین معناست که ایشان دو سال قبل از بعثت به دنیا آمده‌اند، پس باید در زمانی که فاطمه زهرا سلام‌الله‌علیها بر فرض صغیره است، عایشه بالغه باشد تا مورد وصف رسول اکرم قرار گیرد (عاملی، الصحيح من سیره النبی الأعظم (ط. جدید)، ج ۴/۱۰۱).

ابن قتیبه نوشته که عایشه در سال ۵۸ هجری قمری، در ۷۰ سالگی فوت کرده است (ابن سعد، طبقات الکبری، ۴۷/۸). با این که سخن ابن قتیبه با دیگر گفته‌هایش در تضاد است و به دلیل اشتباه‌یابی‌هایی که در «تسعین» و «سبعین» می‌شده است، احتمال دارد که سن عایشه ۹۰ سال بوده باشد. اما حتی با پذیرش سخن او نیز عایشه در سال اول هجرت بیشتر از ۹ سال داشته است (عاملی، الصحيح من سیره النبی الأعظم (ط. جدید)، ج ۴/۱۰۱-۱۰۲).

۲. در نقلی نیز بیان شده است که عایشه قبل از رسول اکرم در عقد فرد دیگری بوده و با او زندگی می‌کرده و بعد از آن به عقد حضرت درآمده است. اگر این قول صحیح باشد، قطعاً باید عایشه سنی بیشتر داشته باشد که بتواند طلاق گرفته و به عقد نبی اکرم صلی‌الله‌علیه و آله دربیاید. در طبقات الکبری بیان شده است: «پیامبر عایشه را از ابوبکر خواستگاری کرد و ابوبکر او را به عقد جُبیر بن مطعم درآورده بود،

پس ابوبکر طلاق عایشه را گرفت و او با پیامبر ازدواج کرد» (ابن سعد، طبقات الکبری، ۴۷/۸). طبرانی در المعجم الکبیر (طبرانی، سلیمان بن احمد، المعجم الکبیر، ۲۶/۲۳) و ابن حجر در الإصابة ابن نقل را تأیید می‌کنند (ابن حجر عسقلانی، الإصابة فی تمییز الصحابة، ۲۳۳/۸). در این نقل چند شبهه وجود دارد: مانند خواستگاری حضرت رسول اکرم صلی‌الله‌علیه و آله از ابوبکر نسبت به زن شوهردار که اگر نبی اکرم می‌دانسته است، چگونه رضایت به طلاق یک رابطه و ازدواج با خود می‌داده؟ بیشتر این کار به سلاطین جور می‌آید تا نبی اکرم که نشان «إنک لعلی خلق عظیم» دارد. و اگر نمی‌دانسته که این نیز نقصی به ساحت نبی اکرم است.

صاحب الصحيح من سیره النبی الأعظم در مقام استدلال، اثبات می‌کند که رسول اکرم از ابوبکر خواستگاری نکرده است، بلکه شخص او به رأی خود دخترش را طلاق داده و نزد رسول آورده تا با اغراض خاص به عقد نبی اکرم درآورد. حتی عایشه از جبیر یک فرزند داشته است که نامش عبدالله بوده و تاریخ‌نویسان او را فرزند اسماء می‌شمارند، در صورتی که وقتی عایشه از حضرت درخواست کنیه می‌کند، ایشان می‌فرماید: «فاکتنی باینک عبدالله» کنیه‌ات را به اسم فرزندان عبدالله قرار می‌دهم (ر.ک: عاملی، الصحيح من سیره النبی الأعظم (ط. جدید)، ج ۳/۱۱۰-).



(۱۲۳).

نسبت به تجویز این امر نیز نیاز به بررسی دارد که در بخش قبل به آن پرداخته شد.

اما ازدواج عمر بن خطاب با جناب ام‌کلثوم که در اصل و جزئیات آن اختلافات فراوان وجود دارد. در رابطه با وقوع و تحقق این ازدواج و عدم آن، بین علمای شیعه و اهل سنت اختلاف است. البته علمای قرون اخیر شیعه با استنادات مختلف این ازدواج را غیرواقعی می‌دانند ولی مشهور و شاید همه علمای اهل سنت و تعداد زیادی از علمای شیعه این ازدواج را حقیقت می‌دانند، اما در جزئیاتش با اهل سنت اختلافات اساسی و فراوان دارند. البته روایات نقل شده از ائمه معصومین در این موضوع متعدد و صحیح است و نمی‌توان به سند و دلالت آن خدشه‌ای وارد کرد، تا حدی که تستری ادعای تواتر کرده است که البته اثبات این ادعا دشوار به نظر می‌رسد (ر.ک: عاملی، جعفر مرتضی. ظلامه‌ام کلثوم).

سخن در رابطه با جزئیات این ازدواج از مجال این پژوهش خارج است و در مسیر اهداف پژوهش نیست. اما نکات و اشکالاتی که این ازدواج را فاقد حجیت در رابطه با کودک‌همسری می‌کند عبارتند از:

۱. اولین اشکال، سن جناب ام‌کلثوم در هنگام ازدواج است. در تاریخ بیان شده است که این ازدواج در سال ۱۷ هجری قمری رخ داده است (طبری، محمد بن جریر، تاریخ الرسل و الملوک، ج ۳، ص ۱۶۸) و اگر ایشان در سال ششم هجری به دنیا آمده باشند،

و به این نکته نیز باید توجه داشت که در هیچ یک از منابع تاریخی، نقلی دیده نشده است که کودکی قبل از بلوغ به خانه همسر رفته باشد و این نشان می‌دهد که اگر کودک‌همسری در عصر نبی صلی‌الله علیه و آله یا اهل بیت عصمت و طهارت بوده، صرفاً عقد نکاح بوده و رفتن به خانه شوهر بعد از سن بلوغ صورت گرفته است.

روایات از اصحاب: ازدواج دختر صغیره علی علیه‌السلام با عمر و همچنین فردی که دخترش را به ازدواج عبدالله، پسر حسن بن علی، درآورده است و اجازه علی علیه‌السلام به این ازدواج‌ها، و ازدواج پسر مُسِیب بن نَخْبَه با دختری صغیره که عبدالله بن مسعود آن را تأیید کرده و آنها را به عقد یکدیگر درآورده است (زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹، ص ۶۶۸۳).

از نظر فقه امامیه، استناد به افعال و سنت اصحاب حجیت ندارد، مگر آنکه اصحاب رسول خداوند معصوم باشند تا بتوان به فعل آنها استناد کرد. در حالی که در تاریخ، خطاهای متعددی برای اصحاب نبی اکرم ثبت شده است، تا جایی که مشمول اجرای حدود شده‌اند. با این تفصیل، تنها می‌توان به نقل‌هایی از ازدواج کودکان اشاره کرد که در زندگی معصومین صورت گرفته و فعل ایشان بوده است. حتی تقریر و قول آنها



اصل این واقعه رخ داده و ساخته و پرداخته دوست‌داران خلیفه دوم برای برابری او با امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام نباشد.

۳. نکته اساسی و مهم دیگر در این ازدواج، اجبار ام‌کلثوم و اکراه امیرالمؤمنین علیه‌السلام به این ازدواج است که در نقل فریقین بدون شک قابل اثبات است. این ازدواج در حالت عادی واقع نشده است که بتوان حکم آن را به عنوان حجت بر عموم مردم تسری داد. شواهد برای این امر عبارت‌اند از:

الف) روایات متعدد و نقل‌های گوناگون از شیعه و سنی دلالت دارد بر اینکه امیرالمؤمنین علیه‌السلام چندین بار درخواست عمر را به دلایل مختلف رد می‌کند؛ مانند سن کم ام‌کلثوم و صغیره بودن وی (ابن حجر الهیتمی المکی، الصواعق المحرقة، ص ۲۳۹)، یا حفظ کردن دخترانش برای فرزندان برادرش جعفر (ابن حجر الهیتمی المکی، الصواعق المحرقة، ص ۲۳۹)، و وجود برادرانی برای ام‌کلثوم و لزوم مشورت با آن‌ها (ابن اسحاق همدانی، سیرت رسول الله، ص ۲۴۸).

به نظر می‌رسد بیان امیرالمؤمنین علیه‌السلام درباره صغر ام‌کلثوم از باب ندیدن خون حیض است؛ به این معنا که بالغ شرعی بوده ولی هنوز حیض ندیده است، و یا اینکه سال نقل شده برای تولد ام‌کلثوم غلط باشد و قطعاً سخن امام معصوم بر نقل‌های تاریخ اولویت دارد.

در زمان ازدواج ۱۱ یا ۱۲ ساله بوده‌اند و اگر در سال هشتم یا نهم هجری متولد شده باشند، نیز در سن نه‌سالگی بوده‌اند. با این شرایط اصلاً ازدواج در سن کودکی رخ نداده است و ام‌کلثوم در زمان ازدواج بالغ بوده‌اند. مؤید این اشکال، سخن طبری و ابن اثیر است که می‌گویند عمر در ذی‌القعدة با ام‌کلثوم زفاف کرده است.

البته این نقل اشکالاتی دارد که به نظر قوی می‌آید؛ اول، روایات نقل شده از امیرالمؤمنین است که ام‌کلثوم را صغیره می‌دانند؛ دوم، نقل‌های تاریخی است که بیان می‌کنند عمر قبل از بلوغ ام‌کلثوم فوت کرده و با او زفاف نکرده است (زرقانی، محمد بن عبدالباقی، شرح العلامة الزرقانی علی المواهب اللدنیة بالمنح المحمدیه، ج ۹، ص ۲۵۴).

۲. اختلافات و تناقض‌ها در نقل‌های صورت‌گرفته از این واقعه آنقدر زیاد است که هر خواننده و پژوهشگری را به شک نسبت به صحت این نقل‌ها وامی‌دارد (ر.ک: حسینی میلانی، علی. ازدواج ام‌کلثوم با عمر (بررسی و نقد)). حتی پژوهشگران و تاریخ‌دانانی مانند صاحب «الصحيح من سيرة امام علي عليه السلام» می‌گویند تشخیص نقل صحیح از نقل جعلی و غلط در میان این نقل‌ها بسیار دشوار است (عاملی، ظلامة أم کلثوم، ص ۲۷) و وجود این تناقضات دلالت بر تعمد به کذب در این نقل‌های اهل سنت دارد؛ برای اغراضی مانند رفع شبهه و... (عاملی، ظلامة أم کلثوم، ص ۳۵). اگر حتی مصمم باشیم که



زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي تَرْوِيجِ أَمْ كُلُّثُومٍ فَقَالَ إِنَّ ذَلِكَ فَرْجٌ غُصْبَنَاهُ.»؛ زراره گوید: از امام صادق علیه السلام درباره ازدواج ام کلثوم پرسیدم، فرمود: آن، ناموسی بود که از ما غصب شد.

این روایت به صراحت بیان می‌کند که این ازدواج در شرایط عادی محقق نشده و در اوج مظلومیت امیرالمؤمنین علیه السلام با کراهت کامل اتفاق افتاده است؛ بلکه غصب بوده و رضایتی وجود نداشته است. روایات متعدد دیگری نیز وجود دارد که به صراحت این تهدید و اکراه را بیان می‌کنند.

در میان مکتوبات اندک فقهای اهل سنت که نکاح صغار را جایز ندانسته‌اند، دلایلی را می‌توان یافت که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

الف: استناد به قرآن، آیه شریفه ۶ سوره نساء:

«وَأَنْتِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء، ۶)

«و یتیمان را چون به حد بلوغ برسند، بیازمایید! اگر در آن‌ها رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آن‌ها بدهید!»

وجه استدلال به این شرح است که اگر ازدواج غیر بالغین جایز باشد، صدور این آیه لغو است و آیه بی‌ثمر خواهد ماند؛ زیرا شارع امر کرده است که بلوغ نکاح آنان مورد آزمون قرار گیرد. در صورتی که اگر ازدواج قبل از بلوغ

ب) تهدیدهای عمر نسبت به امیرالمؤمنین علیه السلام که در کتب شیعه و سنی نقل شده است. در کتب اهل سنت آمده است که عمر صبح روزی در مدینه به منبر می‌رود و از مردم می‌پرسد که اگر امام و خلیفه شما مردی را در حال فحشا ببیند و حد بر آن‌ها جاری کند، شما چه می‌کنید؟ مردم می‌گویند: این فعل امام است و تو امامی. در این زمان، علی علیه السلام می‌فرماید: من حد بر تو جاری می‌کنم زیرا خداوند از این حد، کسی را در امان نمی‌گذارد مگر با چهار شاهد (بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری).

و در مسانید امامیه، روایتی نقل شده از ابن ابی عمیر که عمر در جواب رد حضرت به او خطاب به عباس می‌گوید: «قَالَ خَطْبْتُ إِلَى ابْنِ أَخِيكَ فَرَدَّنِي أَمَا وَاللَّهِ لَأُعَوِّرَنَّ زَمْزَمَ، وَلَا أَدْعُ لَكُمْ مَكْرَمَةً إِلَّا هَدَمْتُهَا، وَلَا قِيمَنَ عَلَيْهِ شَاهِدِينَ بَأَنَّهُ سَرَقَ وَلَا قَطْعَنَ يَمِينَهُ»؛

«عمر گفت: از پسر برادرت (ام‌کلثوم را) خواستگاری کردم، ولی او مرا نپذیرفت. به خدا سوگند! مطمئن باش که چاه زمزم را پر می‌کنم، هیچ کرامتی را برای شما باقی نمی‌گذارم و همه را از بین می‌برم و شاهدانی می‌آورم که (به دروغ) بگویند او (علی علیه السلام) دزدی کرده است و دست راستش را قطع می‌کنم.» (کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۳۴۶)

و همچنین روایت صحیح دیگری از امام صادق علیه السلام که می‌فرماید: «عَنْ



می‌شود که در کودک همسری محقق نمی‌شود. خانواده محیطی برای تربیت و حمایت از اعضای خود است و پیمان نکاح باید بتواند این اهداف را برآورده کند (مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن، ج ۵، ص ۶۲۱). ازدواج علاوه بر کنترل رفتارهای جنسی و جلوگیری از انحرافات (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۱۰۷)، تولید نسل سالم (کلینی، کافی، ج ۵، ص ۳۳۳) و ایجاد ارتباط اجتماعی سازنده میان اعضای خانواده را نیز تقویت می‌کند. در کودک همسری، این کارکردها اغلب به درستی برقرار نمی‌شوند و ساختار خانواده متزلزل می‌گردد.

۶-۲. پیامدهای جسمی کودک همسری

ازدواج در سنین پایین پیامدهای جسمی شدیدی برای دختران به همراه دارد: در بررسی مطالعاتی که بر کودک همسران شده است، ازدواج زودرس منجر به تولد بیشتر کودکان ناخواسته می‌شود و حاملگی و زایمان زودرس و مرگ و میر مادران باردار در کودک همسران نسبت بیشتری از عموم زنان دارد (افتخارزاده، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام»، ص ۱۱۰؛ صفوی، مینایی، «تجربه زیسته دختران نوجوان در نقش همسر (مطالعه ازدواج زودهنگام دختران آران و بیدگل)»، ص ۸۸؛ لطفی، «پیامدهای سلامتی ازدواج زودرس در زنان. زن و بهداشت»، ص ۶۲-۷۹).

این بیماری‌ها از قبیل موارد زیر هستند:

- کودکان همسر به دلیل عدم تکامل

ممکن باشد، این آزمون بی‌ثمر می‌شود.

ب: ثبوت ولایت بر صغیره به علت نیاز مولی علیه است؛

لذا زمانی که نیاز وجود نداشته باشد، ولایت نیز ساقط می‌شود. در موضوع ازدواج صغیره، صغیره نیازی به ازدواج ندارد؛ زیرا مقصود از نکاح قضاء شهوت و ازدیاد نسل است که این دو در رابطه با صغیره منتفی است.

ج: عقد نکاح برای مدت طولانی صورت می‌پذیرد و احکامی را به صغیره برای بعد از بلوغ اجبار می‌کند که این الزام خلاف اصل است؛

زیرا بعد از بلوغ، ولایتی وجود ندارد. (سرخسی، المبسوط، ج ۴، ص ۲۱۲)
د: عدم وجود منفعت در این نوع ازدواج؛ (زحیلی، الفقه الإسلامی و أدلته، ج ۹، ص ۶۶۸۲)

به نظر می‌رسد اصلی‌ترین دلیل فقهای اهل سنت، فعل رسول خدا صلی الله علیه و آله در ازدواج با عایشه در حالی که وی شش یا هشت ساله بوده است می‌باشد که به تفصیل، عدم صحت آن بیان شد. حتی می‌توان شواهدی یافت که این مسئله از فقه اهل سنت به فقه امامیه ورود پیدا کرده و موضوع پرسش از ائمه علیهم السلام قرار گرفته است.

۶. چالش‌های کودک همسری

نکاح در اسلام وظایفی چون ایجاد مودت، رحمت و آرامش در خانواده را شامل



درصد بیشتر از مادران بالای ۲۰ سال است (World Health Organization (2003). Early marriage and childbearing: risks and consequences).

ازدواج زود هنگام وضعیت روحی و روانی کودک همسران را به شدت متأثر می‌سازد:

■ حسرت دوران کودکی و احساس ناکامی (بر اساس نظریه مارکس «بیگانگی») از پیامدهای رایج است (همتی، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زود هنگام در سیستان و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی»، ص ۱۱۹-۱۲۱).

■ فشار مسئولیت‌های زود هنگام و حمایت محدود، افسردگی و اضطراب را افزایش می‌دهد. تحقیقات نشان داده که این افراد غالباً نیازمند استفاده از داروهای اعصاب شده‌اند (ولدخانی، مریم؛ محمودپور، عبدالباسط؛ فرح‌بخش، کیومرث؛ سلیمی بجستانی، حسین؛ «تأثیر سن ازدواج، الگوهای همسرگزینی و تفاوت سنی زوجین بر کیفیت زندگی زناشویی زنان شهر تهران»، فصلنامه مطالعات روانشناسی بالینی، ۷(۲۵)، ص ۱۷۴-۱۷۵).

■ عدم بلوغ روانی و ضعف ارتباط

جسمی، بیشتر در معرض ابتلا هستند (Kelly RJ, Gray RH, Sewankambo, Age differences in sexual partners and risk of HIV-1 infection in rural Uganda, p466).

■ ازدواج و بارداری زود هنگام خطر این بیماری را افزایش می‌دهد (Chaouki N, Boschi FX, The viral origin of cervical cancer in Rabat, p75).

■ بارداری چالش‌های زیادی را برای دختران نوجوان و جوان ایجاد می‌کند زیرا قوای ایمنی بدن آن‌ها را ضعیف می‌کند و احتمال ابتلا به بیماری‌های مختلف را بالا می‌برد و حتی می‌تواند به افزایش آمار مرگ و میر در کودک همسران باردار بینجامد (United Nations. We the children: end-decade review of the follow-up to the World Summit for Children).

■ مادران نوجوان ۳۵ درصد تا ۵۵ درصد بیشتر از زنان مسن در معرض خطر زایمان نوزادان نارس و کم‌وزن هستند و نرخ مرگ و میر نوزادان متولد از مادران کمتر از ۲۰ سال، ۷۳



زناشویی موجب تنش و مشکلات روانی می‌شود.

- کودک‌همسرها بیشتر در معرض سوءرفتار و خشونت خانگی قرار دارند.

کودک‌همسری نه تنها برای فرد، بلکه برای جامعه نیز مضر است:

- یکی از بزرگ‌ترین و رایج‌ترین پیامدهای ازدواج کودکان، محرومیت از تحصیل آن‌هاست؛ زیرا به واسطه تحمل مسئولیت‌های جدید از جمله همسری یا پدر و مادری، فرصت یا توانی برای تحصیل ندارند و مشغول کار یا فعالیت‌های مادرانه و همسرانه می‌شوند (همتی، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران»، ص ۱۲۸).
- پیامد محرومیت از تحصیل و فرصت‌های شغلی، فقر اقتصادی و فشار بر خانواده و جامعه است.
- کودک‌همسران به دلیل نقش‌های اجباری و غیراختیاری، اغلب جدا از جامعه می‌مانند.

از بررسی منابع فقهی اهل سنت و امامیه و پژوهش‌های اجتماعی ناظر به موضوع کودک‌همسری، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. بلوغ ناظر به سن خاصی نبوده و نسبت به هر موضوع، متفاوت است.

در نتیجه، معیار بلوغ در نکاح، آمادگی جسمی و روانی فرد برای ورود به حوزه زناشویی است.

۲. تعیین حداقل سن برای ازدواج در کشورهای مختلف که به توصیه سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی انجام شده است، به دلیل تفاوت شرایط جغرافیایی، اجتماعی، اقتصادی و حتی فردی در جوامع مختلف، کارساز نیست.

۳. کودک‌همسری از موضوعات مورد اختلاف در فقه اهل سنت و امامیه است. هرچند قائلان به مشروعیت کودک‌همسری در میان اهل سنت به آیه ۳۲ سوره نور، عمل پیامبر گرامی اسلام در ازدواج با عایشه و عمل اصحاب پیامبر در ازدواج با کودکان؛ همچنین فقهای امامیه به برخی از روایات خاص و اجماع استناد کرده‌اند، اما همه آن‌ها با تردیدهای تاریخی، سندی و محتوایی روبرو هستند.

۴. ممنوعیت کودک‌همسری در فقه اهل سنت و امامیه، مبتنی بر استدلال به آیه ۶ سوره نساء، عدم نیاز کودک به ازدواج، عدم وجود مصلحت برای کودک، ظلم به کودک، عدم قابلیت کودک برای بهره‌وری جنسی (استمتاع)، ناسازگاری با کرامت کودک و وجود آسیب‌های فراوان



فردی و اجتماعی است.
۵. ازدواج کودکان (نکاح صغار) در
شرایط عادی، دارای مصلحت نوعی
نبوده و خلاف احتیاط است.



منابع

۱۰. ابن عساکر، علی بن حسن (۱۴۱۵ق). .
بیروت: دار الفکر.

۱۱. ابن عساکر، علی بن حسن. (۱۴۱۵ق).
تاریخ مدینه دمشق. ۸۰ ج. بیروت: دار
الفکر.

۱۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (بیتا)،
بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و
التوزيع.

۱۳. ابن اسحاق، محمد. (۱۴۱۰ق). السير و
المغازي. ۱ ج. قم: دفتر مطالعات تاریخ
و معارف اسلامی.

۱۴. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۳۶۳). .
تحقیق: علی اکبر غفاری. قم: جماعة
المدرسين في الحوزة العلمية مؤسسة
النشر الإسلامي.

۱۵. ابن جوزی، عبدالرحمن بن علی،
(۱۴۱۳ق). . بیروت: دار الکتب العلمیه.

۱۶. ابن قتیبه، عبدالله بن مسلم، و عکاشه،
ثروت (۱۹۹۲م). . قاهره: الهيئه المصرية
العامة للكتاب.

۱۷. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر (۲۰۰۶م). .
بیروت: دار نوبلیس.

۱۸. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر، شحاده،
خلیل، و شحاده، خلیل. ۱۳۹۸-۱۹۷۸
(۱۳۹۸). . بیروت: دار الفکر.

۱۹. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر، شحاده،
خلیل، و شحاده، خلیل. ۱۳۹۸-۱۹۷۸.
البداية والنهاية. ۱۵ ج. بیروت - لبنان:
دار الفکر.

۲۰. ابوالمعالي، عبدالملك بن عبدالله.

۱. ابن اثیر، علی بن محمد (۱۳۸۵ق). .
بیروت: دار صادر.

۲. ابن اسحاق همدانی، محمد بن اسحاق
(۱۳۷۳)، تهران: نشر مرکز.

۳. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۷۷). .
تهران: کتابچی.

۴. ابن حجر الهيتمي المكي، (۱۴۰۳ق)،
قاهره: دارالکتب الکتب العلمیه و دار
الکتب المحمديه.

۵. ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی
(۱۳۲۵ق). . حیدرآباد: مطبعة مجلس.
دائرة المعارف النظامية.

۶. ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی،
معوض، علی محمد، عبدالموجود،
عادل احمد، ابوسنه، عبدالفتاح، و بری،
محمد عبد المنعم. ۱۴۱۵-۱۹۹۵. ۸ ج.
بیروت: دار الکتب العلمیه.

۷. ابن حجر عسقلانی، شهاب الدین أحمد
بن علي، ۱۳۳۴ ق: محمد فؤاد عبد
الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف
على طبعه: محب الدين الخطيب،
بيروت دار المعرفة .

۸. ابن سعد، محمد بن سعد. (بی تا). .
بیروت: دار صادر.

۹. ابن سعد، محمد بن سعد. بدون تاریخ.
الطبقات الكبرى. ۹ ج. بیروت: دار
صادر.



۳۰. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۶).، چ ۵، تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۳۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۸).، چ ۲، قم: مرکز نشر اسراء
۳۲. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۸).، چ ۲، قم: مرکز نشر اسراء
۳۳. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۳).، تحقیق: ابراهیم جوانمردفرخانی، قم: مرکز نشر اسراء.
۳۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۳).، تحقیق: ابراهیم جوانمردفرخانی، قم: مرکز نشر اسراء.
۳۵. حسن زاده، صادق (۱۳۸۲). تحف العقول. قم: آل علی (علیه السلام).
۳۶. حسینی میلانی، علی. (۱۳۸۶). ازدواج ام کلثوم با عمر (بررسی و نقد). ۱ ج. قم: مرکز حقایق اسلامی.
۳۷. حکیم، محسن (۱۳۷۴).، قم: دار التفسیر.
۳۸. حمید الله، محمد، بلاذری، احمد بن یحیی، عباس، احسان، دوری، عبد العزیز، و محمودی، محمد باقر. (۱۳۹۷ق). أنساب الأشراف. بیروت: دار المعارف.
۳۹. خمینی، سید روح الله (۱۳۹۲).، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره).
۴۰. داودالموسوی، سید حسن (۱۴۰۲)، تحلیل فقهی و حقوقی کودک همسری، رساله مقطع دکتری، تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۴۲۸ق، نهاية المطلب فی درایة المذهب، بیجا: دارالمنهاج.
۲۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری. الأمانة العامة.
۲۲. انصاری، قدرت الله (۱۳۹۲)، احکام و حقوق کودکان در اسلام، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۲۳. انوری، حسن (بی تا)،، چ ۸، تهران: سخن.
۲۴. بهوتی، منصور بن یونس الحنبلی (بی تا)، بیروت: عالم الکتب.
۲۵. بیهقی، احمد بن حسین (۱۳۴۴ق). . حیدرآباد: مطبعة مجلس. دائرة المعارف النظامية.
۲۶. بیهقی، احمد بن حسین، و قلعجی، عبدالمعطی امین. (۱۴۰۵ق). . بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲۷. پیوندی، غلامرضا. (۱۳۹۰)، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۲۸.، تحقیق: محمدرضا حسینی جلالی، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۲۹. جلالی لیقوان، رضا؛ میرسپاه، اکبر، ۱۳۹۷، بازپژوهشی در سن عایشه هنگام ازدواج با پیامبر (ص)، تاریخ اسلام در آینه پژوهش، پاییز و زمستان، ش ۴۵، ۳۸-۲۵



۴۱. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۲). تهران: روزنه.
۴۲. ذهبی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق). . بیروت: مؤسسة الرسالة.
۴۳. ذهبی، محمد بن احمد، حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله، و مرعشلی، یوسف عبدالرحمن. (بی تا). المستدرک علی الصحیحین. ۵ ج. بیروت: دار المعرفة.
۴۴. ذهبی، محمد بن احمد، حمدان، نذیر، معروف، بشار عواد، صاغرچی، مامون محمد، ازناووط، شعیب، زبیق، ابراهیم، بوشی، اکرم، و دیگران. (۱۴۱۴ق). سیر اعلام النبلاء. ۲۵ ج. بیروت: مؤسسة الرسالة.
۴۵. زحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق). ، ۴، دمشق: دار الفكر.
۴۶. زحیلی، وهبه. ۱۴۱۸. ۳۲ ج. بیروت لبنان: دار الفكر المعاصر.
۴۷. زرقانی، محمد بن عبد الباقي (۱۴۱۷ق). دية، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۸. سرخسی، محمد بن أحمد ، ۱۴۰۴ق ، لبنان : دار المعرفة.
۴۹. السيد مير عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، ۲، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۵۰. صفوی، حنايه سادات؛ مینایی، ماه گل، (۱۳۹۴). تجربه زیسته دختران نوجوان در نقش همسر (مطالعه ازدواج زودهنگام دختران آران بیدگل)، فصلنامه پژوهش نامه زنان، ۶(۲)، ۸۷-۱۰۶.
۵۱. طباطبایی، محمد بن علی (بی تا). ، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) التراث،
۵۲. طباطبایی، محمد حسین. (۱۳۵۱). ، بیروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات.
۵۳. طبرانی، سلیمان بن احمد، (۱۴۰۶ق). قاهره: مكتبة ابن تيمية.
۵۴. طبرسی، ابو علی الفضل بن الحسن (۱۳۷۰). قم: الشريف الرضي.
۵۵. طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۷ق). ۲۰ ج. قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
۵۶. طبری، محمد بن جریر (۱۴۱۳ق). ، بیروت: مؤسسة عزالدین.
۵۷. طبری، محمد بن جریر. (بی تا). ۱۶ ج. تهران: جهان.
۵۸. طحاوی، احمد بن محمد. (۱۳۳۳ق). . ۴ ج. بیروت: دار صادر.
۵۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۳۰ق)، ، ۲، تهران: انتشارات رنگین.
۶۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۳). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۶۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، ، تهران: مكتبة المرتضوية.
۶۲. عاملی، جعفر مرتضی (۱۳۸۵). ، قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث. سازمان چاپ و نشر.
۶۳. عاملی، جعفر مرتضی (۱۴۲۳ق). بیروت: المركز الإسلامي للدراسات.
۶۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام)



- لإحياء التراث.
۶۵. علی. (۱۳۲۵ق). تهذیب التهذیب. ۱۲ ج. حیدرآباد هند: مطبعة مجلس. دائرة المعارف النظامية.
۶۶. عوايشه، حسين بن عوده (۱۴۲۳ق).، جبيل: دار الصديق.
۶۷. فاضل لنكراني، محمد (۱۴۲۱ق)، (النكاح)، قم: مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام).
۶۸. فاضل لنكراني، محمد (۱۴۲۵ق). (المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدين، الرهن، الحجر، الضمان، الحوالة، الكفالة، الوكالة، الإقرار، الهبة). قم: مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام).
۶۹. فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله (۱۴۳۱ق). كنز العرفان في فقه القرآن، تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية. المعاونة الثقافية.
۷۰. فيض كاشاني، محمد بن شاه مرتضى (۱۴۰۱ق). قم: مجمع الذخائر الاسلامية.
۷۱. فيومى، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق).، قم: مؤسسة دار الهجرة.
۷۲. قرطبي، محمد بن احمد (۱۳۶۴). . تهران: ناصر خسرو.
۷۳. كركي، على بن حسين (۱۴۱۴ق)، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
۷۴. كليني، محمد بن يعقوب (۱۳۶۳-۱۳۶۵). . تهران: دار الكتب الإسلامية.
۷۵. مجلسي، محمد باقر، ۱۴۰۳ق، بحار
- الانوار الجامعة لدرر اخبار الأئمة، چ ۲، بيروت: الوفاء.
۷۶. محقق كركي، على بن حسين (۱۴۱۴ق)، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
۷۷. محمد بن سعد. (بی تا). . بيروت: دار صادر.
۷۸. محمد شهریارى، محمدرضا شرفی (۱۳۹۳). فصلنامه پژوهش در مسائل تعلیم و تربیت اسلامی، ۲۲ (۲۳)، ۲۷.
۷۹. مسلم بن حجاج (۱۴۳۵ق).، قاهره: دارالتأصيل.
۸۰. مصطفوی، حسن، ۱۳۸۵. التحقيق في كلمات القرآن، تهران: مركز نشر آثار علامه مصطفوی.
۸۱. مغنيه، محمدجواد (۱۳۷۹).، قم: انصاریان.
۸۲. نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳).، تهران: المكتبة المحمدية.
۸۳. نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۲۱ق). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (عليهم السلام).
۸۴. همتی، رزا، (۱۳۹۸) تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستم و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا (س)، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته پژوهش علوم اجتماعی.
۸۵. ولد خانی، مریم؛ محمود پور، عبدالباسط؛ فرح بخش، کیومرث؛



Working Paper Series.

سلیمی بجستانی، حسین؛ (۱۳۹۶).
تاثیر سن ازدواج، الگوهای همسرگزینی
و تفاوت سنی زوجین بر کیفیت زندگی
زناشویی زنان شهر تهران، فصلنامه
مطالعات روانشناسی بالینی، ۷(۲۵)،
۱۷۳-۱۹۰.

۸۶. یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم
(۱۳۷۰)، چ ۴، قم: اسماعیلیان.

87. Erica, f&ambrus,a.(2015).

Early marriage, age of
menarche, and female
schooling attainment in
banglades.journal of po-
litical economy.5.881-930

88. Diaconescu, s., ciuhoda-
ru, t., cazacu, c., sztank-
ovszky, l. Z., kantor, c., &
iorga, m. (2015). Teenage
mothers, an increasing so-
cial phenomenon in roma-
nia. Causes, consequences
and solutions. Revista de
cercetare si interventie so-
ciala, 51, 162.

89. doi:10.1016/S0140-
6736(09)60246-4

90. Rabi, Amjad (2014). "Cost
of Inaction: Child and
Adolescent Marriage in
Nepal". UNICEF Nepal



The Position of Possession (Qabz) in Mortgage (Rahn) Based on the View of Sahib Jawahir and Its Comparison with the Civil Code

Hadi Shams Abadi

Abstract

The present article is the result of a research process in which the author, considering the significant position of Islamic law within Iran's legal system, conducts a detailed examination of the views and theories of the eminent jurist, Shaykh Mohammad Hasan Najafi, as presented in his renowned work *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*, and seeks to compare these theories with the regulations of the Civil Code. In this process, notable contradictions and differences between Sahib Jawahir's opinions and the legislator's approach are observed, which are especially evident in at least three key areas.

One of the most important differences concerns the issue of possession (qabd) and its effect on the validity of a mortgage contract. Relying on jurisprudential foundations and careful reasoning, Sahib Jawahir is of the view that qabd is neither a condition for the validity nor for the bindingness of the mortgage contract, and that the contract can be concluded even without actual possession. Accordingly, he believes that not only is mortgaging debts and usufruct permissible, but the absence of qabd does not affect the essence of the contract. This perspective is contrary to the position of the Civil Code, as the legislator, by explicit reference in Articles 772 and 774 of the Civil Code, stipulates possession as a condition for the validity of a mortgage contract.

Given the serious incongruence between the Civil Code's perspective and the social realities and contemporary needs—especially regarding modern transactions and new financial systems—it appears that reconsideration and revision of these two articles, moving towards the acceptance of Sahib Jawahir's view, is an undeniable necessity. Recognizing qabd as a condition for the validity of mortgage contracts not only faces practical challenges but also restricts the effectiveness of this institution in many of today's economic and legal interactions.

Keywords

Mortgage (Rahn), Mortgagee (Murtaheen), Possession (Qabd), Condition of Bindingness, Condition of



جایگاه قبض در رهن با اتکاء به نظر صاحب جواهر و تطبیق آن با قانون مدنی

هادی شمس آبادی

چکیده

مقاله حاضر حاصل یک فرایند پژوهشی است که در آن نگارنده با توجه به جایگاه مهم حقوق اسلامی در نظم حقوقی ایران، به واکاوی دقیق دیدگاه‌ها و نظریه‌های فقیه برجسته، شیخ محمدحسن نجفی، در اثر ممتاز «جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام» پرداخته و سعی نموده است این نظریات را با مقررات قانون مدنی تطبیق دهد. در این مسیر، تضادها و اختلاف نظرهای قابل توجهی میان آرای صاحب جواهر و رویکرد قانون‌گذار به چشم می‌خورد که دست‌کم در سه حوزه اساسی به وضوح قابل مشاهده است. یکی از مهم‌ترین اختلافات، مسئله قبض و تأثیر آن در صحت عقد رهن است که آیا قبض در رهن شرط صحت است یا شرط لزوم؟ صاحب جواهر با استناد به مبانی فقهی و دقت اجتهادی، بر این باور است که قبض، نه شرط صحت و نه شرط لزوم رهن می‌باشد و تحقق عقد بدون تحقق قبض نیز ممکن است. بر این اساس، به نظر ایشان، نه تنها رهن دین و منفعت صحیح است، بلکه فقدان قبض نیز به اصل عقد خللی وارد نمی‌کند. این دیدگاه برخلاف موضع قانون مدنی است؛ زیرا قانون‌گذار، با تصریح در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی، قبض را شرط صحت عقد رهن معرفی کرده است که البته این نظر با این پرسش روبرو می‌شود که آیا این قانون متناسب با جامعه‌ی امروزی می‌باشد؟ با توجه به مغایرت جدی دیدگاه قانون مدنی با واقعیت‌های اجتماعی و نیازهای روز جامعه، به ویژه در حوزه معاملات نوین و نظام‌های مالی جدید، به نظر می‌رسد که لزوم بازنگری و اصلاح دو ماده فوق و حرکت به سوی پذیرش نظر صاحب جواهر، ضرورتی انکارناپذیر است؛ چراکه پذیرش قبض به عنوان شرط صحت رهن، نه تنها با چالش‌های عملی روبه‌روست، بلکه کارآمدی نهاد رهن را در بسیاری از تعاملات اقتصادی و حقوقی عصر حاضر محدود می‌سازد.

کلیدواژه:

رهن، مرتهن، قبض، شرط لزوم، شرط صحت

**۱. مقدمه**

تکیه بر روش استنباطی فقه امامیه ارائه کرده است.

از جمله مباحث شاخص مورد توجه صاحب جواهر، مسئله قبض و نقش آن در صحت عقد رهن است. وی در کتاب خود، پس از تحلیل دلایل نقلی و اجتهادی، معتقد است شرط قبض نه معیار صحت و نه شرط لزوم عقد رهن محسوب نمی شود و بدون تحقق قبض، اصل عقد صحیح خواهد بود. مطابق با نظر ایشان، نه تنها رهن دین و منفعت صحیح است، بلکه عدم وقوع قبض نیز ناقض عقد رهن نیست. این رویکرد، اختلاف بنیادی با موضع قانون‌گذار ایران دارد؛ زیرا به موجب مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی، قبض را شرط صحت عقد رهن معرفی کرده است.

تردیدی نیست که پذیرش قبض به منزله شرط سلامت عقد رهن، با مقتضیات کنونی معاملات و روابط اقتصادی مدرن - خصوصاً در نظام‌های بانکداری و تجارت پیچیده امروزی - در تعارض است و می‌تواند به بروز مشکلات عملی و محدودیت اجرای نهاد رهن بینجامد. از این رو، نگارنده در پژوهش حاضر، ضمن واکاوی عمیق مبانی فقهی این موضوع با محوریت آرای صاحب جواهر، به مقایسه و تطبیق آن‌ها با رویکرد قانون مدنی پرداخته است.

۱-۱: واژگان شناسی

عقد رهن یکی از عقود معین با ویژگی‌های خاص است که در معنای کلی،

عقود و معاملات نقش بنیادینی در تنظیم مناسبات و تعیین حدود روابط حقوقی افراد در جامعه ایفا می‌کنند. استحکام و صحت این قراردادها، ضامن امنیت و نظم حقوقی تلقی می‌شود؛ چراکه در صورت تزلزل در عقد، هیچ پشتیبان معتبری برای اجرای تعهدات و حمایت از طرفین باقی نمی‌ماند. از این رو، حقوق و فقه اسلامی برای صیانت از حقوق و منافع طرفین، عقود همچون عقد رهن (وثیقه) را پیش‌بینی و تدوین کرده‌اند تا ضمن پیشگیری از تضییع حقوق و بطلان بی‌دلیل قراردادها، از تعهدات مالی و اجرایی افراد حمایت شود. عقد رهن به عنوان وثیقه‌ای معتبر برای تضمین پرداخت دیون، پشتوانه پایبندی به قراردادها و اطمینان بخش ایفای تعهدات مالی محسوب می‌گردد.

فقه اسلامی، به عنوان یکی از بنیادی‌ترین منابع قانون‌گذاری در ایران، همواره نقشی اساسی در شکل‌دهی و تبیین قواعد حقوقی داشته است. فقیهان برجسته‌ای همچون شیخ محمد حسن نجفی، معروف به صاحب جواهر، سهم بسزایی در تفسیر، تحلیل و توسعه احکام مرتبط با معاملات دارند. صاحب جواهر در اثر گرانقدر خود «جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام» با اتکا به منابع غنی فقهی و روایی، به بررسی دقیق موضوعات مهمی چون عقد رهن پرداخته و در عین نقل آراء مختلف فقها، با استدلال‌های اجتهادی، رأی مختار خود را با



نوعی ضمانت ایجاد می‌کند که به معنای دقیقش، ایجاد وثیقه می‌باشد. فقها عقد رهن را با عنوان «باب الرهن» معرفی می‌کنند که رهن، مصدر است (به معنای گرو) و یا اسم مفعول است به معنای مالی که به وثیقه گذاشته می‌شود (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۹۴). در کتاب العین، محیط و صحاح، برای جمع رهن واژگان رِهان، رُهون، رُهن، رَهِین، رُهن (فراهیدی، کتاب العین، ج ۴، ص ۴۴؛ صاحب، المحيط فی اللغة، ج ۳، ص ۴۷۶؛ جوهری، صحاح، ج ۵، ص ...) ذکر شده است. البته لسان العرب «رهین» را به این جنی نسبت داده است (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۹۱). همچنین در صحاح و شمس العلوم «رُهنٌ» با ضم هاء به ابوعمر ابن علاء نسبت داده شده است (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۹۱) که به پیروی از قرائت ابن عباس در آیه شریفه «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرُهنٌ مَّقْبُوضَةٌ...» بوده است (راغب اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۳۶۸). اما اخفش با این جمع مخالفت نموده و آن را قبیح دانسته است و در ادامه، کلمه «رُهنٌ» را جمع الجمع دانسته است (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۹۱).

۲-۱: تعریف رهن در لغت:

رهن در لغت به معنای ثبات و دوام آمده است (جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۹۴؛ قرشی، قاموس قرآن، ج ۳، ص ۱۳۱؛ طریحی، مجمع البحرین، ج ۶، ص ۲۵۹؛ ابن منظور،

لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۹۱؛ زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۸، ص ۲۵۰؛ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۲۴۲؛ مهیار، فرهنگ ابجدی، ص ۴۴۴). طبق همین معنا «نعمه راهنه» یعنی نعمتی که دائم و ثابت است؛ همچنین گاهی رهن به معنای حبس می‌آید (ابن منظور، مجمع البحرین، ج ۶، ص ۲۵۹؛ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۲۴۲).

به طوری که شهید ثانی در کتاب «مسالك الافهام» از قول مصباح المنیر آورده است: حبس کردن چیزی به هر علت را رهن گویند که خداوند تبارک و تعالی در قرآن فرموده است: «هر کسی در گرو دستاورد خویش است.» (مدثر آیه ۳۸) یعنی، شخص در گرو کارهای خوب و بدش است و به خاطر آنچه از معاصی انجام داده است محبوس می‌شود (شهید ثانی، مسالك الافهام، ج ۴، ص ۷؛ جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۹۴).

قاموس در مورد رهین می‌نویسد: رهین به معنای مرهون است و راغب ذیل همین لفظ می‌گوید: چون از رهن گذاشتن چیزی، حبس کردن آن در نزد مرتتهن فهمیده می‌شود، لذا به طور استعاره به حبس هر چیز رهن گفته شده است، و در المیزان آمده است: هر شخصی در نزد خدا رهن و مقبوض و محفوظ است در مقابل آنچه از خیر و شر بجا آورده تا به جزای عملش از حیث ثواب و عقاب برسد (قرشی، قاموس قرآن، ج ۳، ص ۱۳۱).



در گرو دستاورد خویش است»، و رسول گرامی اسلام می‌فرمایند: «نفس‌های شما دائماً در گرو اعمال‌تان است» (فیض، الوافی، ج ۳، ص ۵۳، باب ۵۸ از ابواب شهر رمضان). همچنین در روایات، از رهن تعبیر به استیثاق شده است (سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۱، ص ۷۶) به‌طوری‌که طبق روایت صحیح‌ه‌ای، ابن سنان از امام پرسیده است: آیا شخص باید در مقابل مالش رهن بگیرد؟ امام در جواب می‌فرماید: بله، در مقابل مالتان طلب وثیقه کنید (عاملی، وسائل الشیعه، باب من ابواب رهن، ح ۱).

۳-۱: تعریف رهن در اصطلاح:

فقها برای رهن تعاریف گوناگونی بیان نموده‌اند که برخی معنای مصدری آن را اراده نموده و برخی هم معنای اسم مفعولی آن را در نظر گرفته‌اند. شیخ طوسی در تعریف رهن چنین می‌نویسد: همانا رهن اسمی است برای گرو گذاشتن مال به عنوان وثیقه در نزد طلبکار، تا چنانچه وی نتواند در زمان مقرر دین خود را از بدهکار بگیرد، طلبش را از بهاء و قیمت گرو گذاشته استیفاء کند (طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص ۱۹۶). ابن زهره، در کتاب «غنیة النزوع» همین تعریف را آورده است؛ با این تفاوت که به جای لفظ مال، لفظ عین را جایگزین نموده است (ابن زهره، غنیة النزوع إلی علمی الأصول والفروع، ص ۲۴۲).

سبزواری در کتاب «مهذب الأحکام» در تعریف رهن چنین می‌آورد: دادن عین

اما حکایت شده است که زمخشری تفسیر دیگری برای این آیه دارد؛ به‌طوری‌که او اینگونه از آیه تفسیر می‌کند: «نفس انسان در نزد خداوند در مقابل عمل صالح انسان به رهن گذاشته شده است، اگر عبد عمل صالح انجام دهد، خداوند او را به همان اندازه آزاد می‌کند و خلاصش می‌گرداند» (رازی، تفسیر رازی، ج ۳۰، ص ۲۱۰؛ زمخشری، کشاف، ج ۴، ص ۶۵۴ و ۶۵۵). البته با توجه به استثناء آیه «إلا أصحاب الیمین»، تعبیر اولی موافق با ظاهر آیه است (همدانی، مصباح الفقیه، ج ۱۴، ص ۵۴۰).

در ادامه، شهید ثانی در کتاب «مسالک الافهام» از این آیه، رهن شرعی را برداشت می‌کند؛ به‌طوری‌که می‌گوید: اگر رهن نیاز به مناسبت داشته باشد، برداشت معنای رهن شرعی از این آیه مناسب‌ترین معنا می‌باشد (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۷؛ جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۹۴).

همچنین در کتاب مصباح الفقیه، به تبع بعضی از لغت‌دانان (زبیدی، تاج العروس، ج ۱۸، ص ۲۵۲)، رهن به معنای مخاطره آورده شده است: «أرهن فلاناً ابنه» یعنی فلانی پسرش را به خطر انداخت (همدانی، مصباح الفقیه، ج ۱۴، ص ۵۴۱).

صاحب کتاب «مهذب الاحکام» در این مورد می‌نگارد: ماده رهن در هر جایی که استفاده شود، دلالت بر ثبات، دوام، حبس، توثیق و تأکید دارد؛ به‌طوری‌که پروردگار تعالی در سوره طور آیه ۲۱ می‌گوید: «هر کسی



به عنوان وثیقه در مقابل دین را رهن گویند (سبزواری، مذهب البارع الأحکام، ج ۲۱، ص ۷۵). در کتاب «إصباح الشیعه» نزدیک به همین تعریف بیان شده است (کیدری، إصباح الشیعه بمصباح الشریعة، ص ۲۸۷). و علامه حلی در «تذکره» رهن را این گونه تعریف کرده است: «عقدی که جهت وثیقه نهادن بر دین تشریع شده است» (حلی، تذکره الفقها (ط-الحديثه)، ج ۱۳، ص ۸). چنان که از این تعاریف مشخص شد، این بزرگواران در تعریف رهن، معنای اسم مصدری را اراده کرده اند. اما علامه حلی در بعضی از کتاب هایش رهن را به معنای مرهون؛ یعنی اسم مفعولی در نظر می گیرد؛ چنان که در «تحریر الأحکام» گفته است: «رهن عبارت است از مالی که به عنوان وثیقه در مقابل دین گرو گذاشته می شود، تا در صورت عدم امکان استیفای طلب دین از مدیون، از قیمت مال مرهون استیفاء شود» (حلی، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، ج ۲، ص ۴۶۳).

همچنین فقهای مشهور و صاحب جواهر معنای اسم مفعولی آن را در نظر گرفته اند و رهن را «وثیقه لدین المرتهن» (وثیقه برای طلب مرتهن) تعریف کرده اند (فاضل، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۱، ص ۵۴۰؛ حلی، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۴۹۱؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۶۶).

قانون گذار هم در تعریف رهن از مشهور و صاحب جواهر تبعیت کرده و معنای اسم مفعولی آن را در نظر گرفته است، چنان که در ماده ۷۷۱ قانون مدنی می گوید: رهن، عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.

۴-۱: تعریف قبض در لغت

قبض در لغت به معنای «گرفتن» آمده است که خلاف بسط است (جوهری، الصحاح، ج ۳، ص ۱۱۰۰؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۲۱۴؛ فیومی، مصباح المنیر، ج ۲، ص ۴۸۷). راغب می نویسد: قبض، گرفتن شیء با تمام دست است. «قَبْضُ الْيَدِ عَلَى الشَّيْءِ» یعنی جمع کردن و گره کردن دست بعد از اخذ شیء، و «قَبْضُ الْيَدِ عَنِ الشَّيْءِ» یعنی جمع کردن دست پیش از اخذ، که به معنی امساک از اخذ شیء است (قرشی، مفردات الفاظ قرآن، ص ۶۵۲).

در آیه ۱۹ سوره ملک این واژه استفاده شده است: «أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الطَّيْرِ فَوْقَهُمْ صَفَائٍ وَ يَقْبِضْنَ...» که مراد از قبض جناح، چنانکه گفته اند: جمع کردن بال است که صف و قبض آن، عبارت آخری پرواز است؛ زیرا پرواز آن است که پرنده بال خود را مرتباً بگشاید و جمع کند. بنابراین معنی آیه چنین می شود: آیا به پرندگانی که بالای سرشان پرواز می کنند نگاه نکردند؟

همچنین در آیه ۶۷ زمر، قبض به معنای



متعارفی را در آن انجام دهد. در عین حال، باید توجه داشت که مفهوم «اقباض» (در اختیار قرار دادن مال از سوی فروشنده) از حیث حقیقت، غیرقابل انفکاک با قبض است، اما از منظر احکام و آثار حقوقی می‌توان میان آن دو تفکیک قائل شد. به این معنا که در برخی موارد، اثر و حکم شرعی بر اقباض مترتب می‌شود، بدون آنکه قبض واقعی شرط باشد؛ و به عکس، در برخی موارد تحقق قبض برای ترتب اثر کافی است، ولو اقباض تحقق نیافته باشد.

این تفاوت میان قبض و اقباض در احکام فقه معاملات، مانند بیع، اجاره و خصیصه عقد رهن، آثار مهمی بر تعیین صحت، لزوم یا فسخ قراردادها و همچنین بر نحوه اجرای تعهدات و انتقال مالکیت دارد.

۲: روش‌شناسی صاحب جواهر در تحلیل

فقهی و اجتهادی

صاحب جواهر یکی از جامع‌ترین و دقیق‌ترین متون فقه استدلالی شیعه، روش‌شناسی فقهی و اجتهادی خاصی را به کار گرفته است. در اینجا به مهم‌ترین ویژگی‌های روش‌شناختی او در تحلیل فقهی اشاره می‌شود:

۲-۱: تکیه بر ادله‌ی چهارگانه‌ی فقه شیعه

صاحب جواهر به صورت نظام‌مند از کتاب (قرآن)، سنت (روایات)، عقل و اجماع استفاده می‌کند و در تحلیل هر مسئله،

تسلط تام آمده است: «و الْأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ السَّمَاوَاتُ مَطْوِيَّاتٌ بِيَمِينِهِ...» «قَبْضَةُ» مصدر است که به معنی اسم مفعول آمده است، یعنی مقبوض، و مقبوض هر چیزی است که در دست گرفته شود که کنایه از تسلط تام بر شیء است (قرشی، قاموس قرآن، ج ۵، ص ۲۲).

مصطفوی در کتاب «التحقیق»، ماده قبض را یک اصل واحد برای همه‌ی معانیش در نظر گرفته و می‌نویسد: جمع کردن چیزی را به نحوی که آن شیء تحت تسلط و قدرت شخص قرار گیرد، قبض نام دارد (مصطفوی، التحقیق، ج ۹، ص ۱۸۳).

۱-۵: تعریف اصطلاحی قبض و اقباض

فقه‌های امامیه در تبیین ماهیت «قبض» وحدت نظر ندارند و ماهیت دقیق و حدود آن همواره محل اختلاف بوده است. به همین جهت، شیخ انصاری ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف فقهی، هشت نظریه در خصوص ماهیت قبض را از سوی فقها نقل و مورد نقد قرار می‌دهد. پس از تجزیه و تحلیل اقوال مذکور، وی چنین نتیجه می‌گیرد:

قبض در اصطلاح عقود معاوضی عبارت است از سلطه و استیلا و واقعی مشتری بر مبیع، به نحوی که پس از این تسلط، عرفاً مفهوم «ید» و استیلا نسبت به آن تحقق یابد (انصاری، المکاسب، ج ۶، ص ۲۴۵). این نوع تصرف باید به گونه‌ای باشد که مال عملاً و به طور متعارف، تحت سیطره و سلطنت شخص قرار گیرد و بتواند هرگونه تصرف



مشهور وجود داشته باشد، از آن پیروی نمی‌کند و در برخی موارد، نظرات غیرمشهور را تقویت می‌کند

۲-۶: نگاه جامع به مبانی فقهی

صاحب جواهر تنها به فقه فردی بسنده نمی‌کند، بلکه به ابعاد اجتماعی، سیاسی و اقتصادی احکام نیز توجه دارد در مباحثی مانند خمس، زکات، جهاد و امر به معروف، نگاه وی ترکیبی از فقه فردی و حکومتی است.

۲-۷: سبک استدلالی و نقدپذیر

سبک او در «جواهر الکلام»، استدلالی و نقادانه است در عین حال، ادب علمی را در نقد دیگران رعایت می‌کند.

۲-۸: تلفیق فقه و اصول

- او در بسیاری از موارد، قواعد اصولی را در استنباط فقهی دخالت می‌دهد و از این نظر، «جواهر الکلام» تنها یک کتاب فقهی نیست، بلکه مشتمل بر مبانی اصولی نیز هست.

۲-۹: نتیجه‌گیری:

روش صاحب جواهر در «جواهر الکلام»، ترکیبی از نقلی، عقلی، تحلیلی و مقارن است و به عنوان یکی از دقیق‌ترین روش‌های استنباط فقه شیعه محسوب می‌شود. این کتاب به عنوان دایره‌المعارف فقه استدلالی شیعه شناخته می‌شود و هنوز هم از مهم‌ترین منابع تحقیق در این عرصه است. لذا تطبیق قانون مدنی با نظرات ایشان بسیار ارزشمند خواهد شد.

ابتدا به سراغ آیات قرآن می‌رود (اگر وجود داشته باشد)، سپس روایات معصومین (ع) را با دقت بررسی می‌کند و در نهایت به سراغ ادله‌ی عقلی و اجماع می‌رود.

۲-۲: تحلیل عمیق روایی

به صورت گسترده از روایات کتب اربعه‌ی شیعه (کافی، من لا یحضره الفقیه، تهذیب و استبصار) استفاده می‌کند و به سندشناسی روایات توجه ویژه‌ای دارد و در موارد لازم، روایات را از نظر سند و دلالت نقد می‌کند و در تعارض روایات، به اصول حل تعارض مانند تقدیم روایات صحیح‌السند یا موافق با قرآن عمل می‌کند.

۲-۳: توجه به فقه مقارن و نظرات فقه‌های دیگر

او به صورت گسترده به نظرات فقه‌های پیشین (مانند محقق حلی، علامه حلی، شهیدین و دیگران) اشاره می‌کند و آنها را نقد و بررسی می‌کند و در برخی موارد، به دیدگاه‌های فقه‌های اهل سنت نیز اشاره می‌کند

۲-۴: استدلال عقلی و اصولی

صاحب جواهر در کنار نقل روایات، از دلایل عقلی و قواعد اصول فقه (مانند استصحاب، برائت، احتیاط و...) استفاده می‌کند در مواردی که روایت صریحی وجود ندارد، با تکیه بر قواعد فقهی و اصولی به استنباط حکم می‌پردازد.

۲-۵: توجه به فتاوی‌ی مشهور و شهرت فقهی

به شهرت فتوایی بین فقها توجه دارد، اما در عین حال، اگر دلیل محکمی بر خلاف



۳: بررسی جایگاه قبض در رهن

قبض و اقباض از مسائل مهم و اختلافی مطرح شده در بین فقها می باشد که قبول یا عدم قبول آن نتایج خاصی را به دنبال دارد؛ بنابراین نیاز به بررسی دقیق در این مورد می باشد.

در مسئله اعتبار قبض در عقد رهن، میان فقهای امامیه اتفاق نظر وجود ندارد و این موضوع همواره محل بحث و گفت و گو در متون فقهی بوده است. اختلاف نظر عمدتاً حول دو محور اساسی شکل گرفته است: نخست، اینکه آیا قبض، شرط صحت عقد رهن است یا خیر؛ و دوم، اگر قبض شرط صحت نباشد، آیا دست کم شرط لزوم رهن تلقی می شود؟

بررسی و تحلیل آرای فقهی نشان می دهد که سه نظریه عمده در باب نقش قبض در عقد رهن مطرح گردیده است، که صاحب جواهر در کتاب خود به تفصیل به بیان، نقد و ارزیابی این دیدگاه ها پرداخته است: عده ای از فقها، همچون شیخ در کتاب «خلاف» (طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۲۲۳)، ابن ادریس (ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۴۱۷)، فاضل (علامه، تذکرة الفقهاء، ج ۱۳، ص ۹۱) و فرزندش (فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۲۶)، محقق (محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۹۴) و شهید ثانی (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۱۲) قبض را شرط صحت رهن نمی دانند؛ همچنین از

کتاب «جواهرالفقه» نوشته ی قاضی ابن براج، کتاب «مقتصر» نوشته ی جمال الدین حلی، کتاب «غایة المرام» نوشته ی صیمری و کتاب «ایضاح النافع» حکایت شده که قبض را شرط صحت رهن نمی دانند؛ که این قول در کتاب «کنزالعرفان» به اکثر محققین نسبت داده شده است (فاضل مقداد، کنزالعرفان، ج ۲، ص ۶۰). طبق این نظر، ایجاب و قبول برای صحت رهن کافی است و بعد از ایجاب و قبول، بلافاصله رهن لازم می شود. همچنین در کتاب «غنیة النزوع» (مفید، غنیة النزوع، ص ۲۴۳) و «سرائر» آمده است که در صحت رهن بدون قبض هیچ اختلافی نیست و اختلاف فقط در لازم بودن عقد رهن بدون قبض است (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۹۹). بنابراین، طرفداران این قول به دو دسته تقسیم می شوند: عده ای قبض را شرط لزوم می دانند اما عده ای از فقها، قبض را نه شرط لزوم می دانند و نه شرط صحت. عده ای از فقها همچون شیخ مفید و شیخ طوسی در کتاب «مبسوط»، ابن جنید در مجموعه فتاویش، ابن حمزه در کتاب «وسیله»، ابن براج در کتاب «مذهب البارع» و طبرسی در تفسیر «مجمع البیان» قبض را شرط صحت رهن دانسته اند؛ بلکه طبرسی ادعای اجماع بر این قول نموده است و آنچه را که بعضی از فقها از قول اهل لغت حکایت کرده اند، حاکی از این است که بدون قبض حقیقت رهن تحقق پیدا نمی کند (همان، ص ۹۹). صاحب جواهر این نظر را صحیح



ندانسته؛ زیرا صدق رهن متوقف بر قبض نیست همچنان که الفاظ سایر عقود، برای صدق شان متوقف بر قبض نیستند. بنابراین می نویسد: صدق لفظ رهن همانند سایر الفاظ عقود، متوقف بر قبض نیست، اگرچه در ترتیب اثر دادن عقد رهن، همانند قبض و اقباض در معامله صرف و سلم و قبض در هبه، معتبر است. البته صاحب جواهر نه شرط صحت را قبول می کند و نه شرط لزوم و می فرماید: قبض هیچ گونه تأثیری در عقد رهن ندارد؛ بنابراین نظریه لزوم و صحت درست نمی باشد. به همین دلیل ابتداء به بررسی و نقد این دو قول می پردازد و برای این کار ابتدا نظریات شیخ مفید، شیخ طوسی و چند تن از فقهای دیگر را تقریر می کند تا بتواند با توجه به نظر آن ها نتیجه صحیحی بگیرد. لذا می نویسد: از آنجا که شیخ مفید در کتاب «مقنعه» آورده است: رهن بدون قبض صحیح نیست و شیخ طوسی در کتاب «نهایه» آورده است که چیزی داخل رهن نمی شود مگر اینکه مرتبه آن را قبض کند و در کتاب «سرائر» آمده است: رهن با سه شرط صحیح می شود؛ ایجاب و قبول و قبض به رضایت رهن. اما به نظر می رسد فقهای مذکور، لزوم را از لفظ صحت قصد کرده باشند؛ زیرا محل نزاع در «غنیة النزوع» لزوم می باشد نه صحت به معنی اخص، بنابراین امکان دارد که صحت را بر لزوم حمل کنیم، چنان که ابن زهره در «غنیة النزوع» می نویسد: شرط صحت رهن شش

امر می باشد و در صورت کامل شدن این شروط، رهن بدون هیچ اختلافی صحیح می شود و در ادامه می آورد: همانا قبض از طرف رهن شرط لزوم می باشد و عده ای از اصحاب امامیه گفته اند که به دلیل عموم آیه «أوفوا بالعقود» عقد رهن با ایجاب و قبول لازم می شود (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۰). ابن ادریس در کتاب «سرائر» بیانی صریح تر از ابن زهره دارد، چنان که آورده است: برای صحت رهن شش شرط می باشد که بعد از کامل شدن شرایطش، بدون هیچ اختلافی رهن صحیح می شود و اما در مورد قبض، فقهای شیعه اختلاف کرده اند که آیا قبض شرط لزوم هست یا خیر؟ بعضی از فقها فرموده اند که قبض شرط لزوم از جهت رهن است اما بیشتر فقها گفته اند: رهن با ایجاب و قبول لازم می شود که این نظر صحیح است و در ادامه می نویسد: نظر اولی مذهب شیخ طوسی در کتاب «نهایه» و شیخ مفید در کتاب «غنیة النزوع» است و قول دومی نظر شیخ طوسی در کتاب «خلاف» است؛ بنابراین شیخ طوسی از نظری که در کتاب «نهایه» گفته است برگشته است. لذا منظور شیخ از صحت، همان لزوم بوده است. بنابراین می توان گفت سه قول وجود دارد: شرط صحت، شرط لزوم و عدم شرط بودن قبض که نظر صاحب جواهر می باشد.

۳-۱: نقد و بررسی ادله موافقین قبض

۳-۱-۱: دلیل قرآنی



دلالت آیه مذکور با مفهوم وصف است که مفهوم وصف حجیت ندارد،

مخصوصاً اینکه مشخص شد امر در این آیه ارشادی است یا اینکه آیه دلالت بر مشروعیت رهن مقبوض دارد. به طور خلاصه، بعد از اینکه مشخص شد آیه در مقام ارشاد است و با توجه به اینکه شرط سفر و بودن کاتب در آیه امر ارشادی است، معلوم می‌شود که امر به قبض نیز امر ارشادی است. همچنین، بعد از اینکه مشخص شد هیچ فقیهی قائل به وجوب اخذ رهن نیست، ادعای عدم صحت رهن بدون قبض در غایت ضعف است

(نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۳). بنابراین، اگر «مقبوضه» در (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) لقب یا شرط باشد؛ یعنی قبض وصف مرهون باشد یا شرط صحت رهن، آیه مفهوم ندارد؛ چون نشان حصر نیست و فایده منحصر ندارد، بلکه فواید دیگری دارد که ذکر وصف یا شرط برای رعایت آن است (جوادی، تنسیم، ج ۱۲، ص ۶۴۹).

۲-۳: بررسی استدلال به روایات

دومین دلیلی که طرفداران این نظریه بیان نموده‌اند، استدلال به روایت می‌باشد که در این زمینه به چند حدیث استناد شده است که مشهورترین آن، حدیثی است که از امام صادق (ع) به این گونه نقل شده است:

”مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِنَاهُ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ

یکی از مهم‌ترین دلایلی که طرفداران شرطیت قبض در عقد رهن ارائه کرده‌اند، استناد به آیه ۲۸۳ سوره بقره است:

(وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ)

«و اگر در سفر بودید و نویسنده‌ای نیافتید، پس {باید} وثیقه‌ی دریافت‌شده (رهن مقبوض) بگذارید ...» (بقره: ۲۸۳)

۳-۱-۲: تقریر استدلال

برخی فقها و مفسران (مانند صاحب ریاض، طباطبایی در «ریاض المسائل» ج ۹، ص ۱۹۰) بر این باورند که تعبیر «رهن مقبوضه» دلیل بر آن است که قبض، شرط تحقق یا صحت/لزوم عقد رهن است؛ چنان که در مجمع‌البیان نیز ادعای اجماع بر این مطلب منعکس شده است. به استناد آنها، همان‌گونه که تراضی طرفین شرط صحت بیع است، قبض هم در رهن شرط شمرده شده است.

البته به نظر می‌رسد تمسک به این آیه برای اثبات شرط قبض صحیح نباشد؛ زیرا به قرینه‌ی آیات بالا، این آیه در مقام تمهید ارشاد بوده و منظورش فرد اکمل از رهن می‌باشد. صاحب جواهر در این مورد می‌نویسد: آیه‌ای که طرفداران نظریه عدم صحت ادعا کرده‌اند صحیح نیست؛ زیرا



ع قَالَ: لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضاً” (وسائل الشیعه، عاملی، جلد ۱۸، ص ۳۸۳).

و همچنین حدیثی را عیاشی در همین راستا نقل نموده است که سندش از این قرار می باشد:

”الْعِيَّاشِيُّ فِي تَقْسِيرِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضًا.“

که البته صاحب جواهر روایت اولی را در کتابش ذکر کرده است.

۳-۲-۱: نحوه دلالت روایت بر لزوم قبض

خلاصه استدلال کسانی که به این حدیث استناد ورزیده اند این است که ظاهر این حدیث و موارد مشابه، مخصص اطلاعات اخبارند و دلالت بر لزوم قبض در مورد عقد رهن دارند.

۳-۲-۲: بررسی سند حدیث

الف: مخالفان این قول، سند روایت را مورد خدشه دانسته اند؛ لذا استدلال به آیه مذکور را رد نموده اند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۱۲). بنابراین، لازم است سند این حدیث را مورد بررسی قرار دهیم.

عده ای از فقها همانند شهید ثانی، به دلیل مشترک بودن نام های راوی در این روایت، سند این روایت را ضعیف و مشکل دار می دانند؛ زیرا در علم حدیث شناسی و رجال، روایتی که یکی از رجال آن میان ثقه و غیر ثقه مشترک باشد؛ به عبارت دیگر، از راویان آن یک نفر یا بیشتر، همانام با دیگری

باشد به طوری که این شرکت در اسم، موجب تردید در وثاقت حدیث گردد، موجب ضعف سند می شود، مانند روایت مذکور که محمد بن قیس در سلسله سند آن هست.

محمد بن قیس یک راوی مشهور و مشترک میان چهار راوی است. در کتب رجالی نام این چهار نفر به این گونه آمده است:

۱. محمد بن قیس، أبو نصر الأسدی الکوفی، ثقه؛

۲. محمد بن قیس، أبو قدامه الأسدی، کوفی؛

۳. محمد بن قیس الأسدی، أبو عبدالله؛

۴. محمد بن قیس البجلی، کوفی، ثقه.

نجاشی نیز به مشترک بودن محمد بن قیس التفات و توجه داشته است. از این رو ذیل نام محمد بن قیس ابونصر اسدی می نویسد:

محمد بن قیس، ابونصر اسدی، فردی مشهور و سرشناس در کوفه بوده است و از امام باقر و امام صادق (علیهما السلام) روایت کرده و صاحب کتاب قضایای امیرالمؤمنین بوده است. فرد دیگری به همین نام یعنی محمد بن قیس داریم که او محمد بن قیس بجلی است که کتابی همانند محمد بن قیس ابونصر اسدی، در قضایای امیرالمؤمنین دارد. همچنین فرد دیگری به همین نام، محمد بن قیس الاسدی ابوعبدالله داریم که مدح شده است. همچنین ما فرد دیگری به همین نام، محمد بن قیس الاسدی



نسخ شیخ، "ثقة ثقة" در موردش تعبیر شده است، و در وثاقت محمد بن قیس بجلی بحثی نیست، "ثقة عین" در موردش تعبیر شده است. و در ادامه می نویسد: به دلیل اینکه مشهور از محمد بن قیس ها، این دو هستند و عنوان مطلق، منطبق به یکی از این دو تاست (خویی، معجم الرجال الحدیث، ج ۱۸، ص ۱۸۴). بنابراین، نظر شهید ثانی نسبت به ضعف این حدیث، نظر صحیحی نیست؛ زیرا روایت مذکور مشترک بین دو ثقة می باشد، نه یک ثقة و یک ضعیف. و این اطلاق شامل محمد بن قیس الاسدی ابو احمد، که از اصحاب امام باقر (علیه السلام) و ضعیف است، نمی باشد. همچنین بنا بر فرض که مشترک بین ضعیف و ثقة باشد. که شهید ثانی او را مشترک بین ثقة و ضعیف دانسته است. باز هم این اشکال به این روایت وارد نمی شود؛ چون از کتاب های رجالی استفاده می شود که محمد بن قیس در سلسله سندهای این گونه روایات، همان محمد بن قیس بجلی ثقة است و قرینه بر اینکه او همان ثقة باشد، روایت عاصم بن حمید از اوست.

صاحب جواهر همین نظر را می پسندد و طعن این حدیث را قبول نکرده و این حدیث را ثقة می داند؛ چنانکه می نویسد: همانا این حدیث جزء احادیث موثق می باشد؛ گرچه شهید ثانی و دیگران این حدیث را به خاطر اشتراک بین ضعیف و ثقة مردود می دانند، اما قرائن گویای این است که مراد از محمد

ابو احمد داریم که از اصحاب امام باقر (علیه السلام) و ضعیف است (نجاشی، فهرست رجال مصنفی الشیعه، ص ۳۲۲).

پس نجاشی بیان می کند که چهار نفر با نام محمد بن قیس داریم:

۱. محمد بن قیس ابونصر اسدی، از اصحاب صادقین (علیهما السلام) و فردی وجیه، سرشناس و صاحب کتاب قضایای امیرالمؤمنین؛
۲. محمد بن قیس بجلی، از اصحاب صادقین (علیهما السلام) و صاحب کتاب قضایای امیرالمؤمنین؛
۳. محمد بن قیس الاسدی ابو عبدالله، ممدوح؛

۴. محمد بن قیس الاسدی ابو احمد، از اصحاب امام باقر (علیه السلام) و ضعیف؛

همان طور که مشخص شد، محمد بن قیس، مردد بین سه ثقة و یک ضعیف می باشد. بنابراین کسانی همچون شهید ثانی در «مسالک الافهام» به دلیل چنین اشتراکی، احادیث محمد بن قیس را ضعیف می شمارند، اما به نظر می رسد چنین نظری صحیح نباشد.

خویی در این مورد می نویسد: محمد بن قیس مطلق، مردد است بین محمد بن قیس ابونصر اسدی و محمد بن قیس ابوعبدالله بجلی که هر دوی این ها توثیق شده اند. زیرا محمد بن قیس ابونصر اسدی در رجال شیخ توثیق شده است، بلکه بنابر برخی



بن قیس، همان محمد بن قیس بجلی ثقه است، به این نحو که منظور از عاصم، ابن حمید و منظور از ابن سماعه، همان حسن بن محمد بن سماعه باشد (خویی، معجم الرجال الحدیث، ج ۱۸، ص ۱۸۴. عاملی، مدارک الاحکام، ج ۶، ص ۱۷۴).

۳-۲-۳: موافق بودن روایت با عامه

ب: دومین دلیلی که موجب ضعف استناد به این روایت می شود، موافق بودن این روایت با نظر جمهور عامه است. توضیح اینکه فقها موافق بودن روایت با نظر عامه را موجب ضعف حدیث می شمارند؛ زیرا در روایاتی که به صورت مرسله و مقبوله نقل شده است، ائمه علیهم السلام دستور داده اند که به روایت مخالف با اهل سنت عمل شود و روایت موافق با اهل سنت ترک شود. به حدی که بزرگانی همچون آخوند، روایت موافق با عامه را به کلی از حجیت ساقط می دانند. چنان که می گویند: روایاتی که بر وجوب اخذ به مخالفت عامه دلالت می کند، ناظر به این است که روایت موافق با عامه به کلی از حجیت ساقط می شود. اما مظفر برخلاف آخوند می گوید: روایت بر ترجیح یکی از دو حجت بر حجت دیگری دلالت می کند، نه آن گونه که برخی گفته اند بر تمیز حجت از لاحجت دلالت کند (مظفر، اصول الفقه، مبحث تعادل و ترجیح).

به هر حال، روایت مذکور در باب رهن موافق با عامه می باشد؛ بنابراین طبق نظریات

اصولی، استناد به این روایت ضعیف می باشد؛ زیرا این روایت موافق با جمهور عامه است که از جمله اهل سنت، ابوحنیفه، شافعی و احمد (طبق یکی از نظرهایش)، چنین نظری دارند. مخصوصاً اینکه تقیه در زمان امام صادق علیه السلام به اوج رسیده بود. اما صاحب جواهر از این اشکال چشم پوشی می کند (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۴).

۴-۲-۳: وجود اجمال در روایت

: دلیل سومی که شرط صحت قبض را ضعیف می کند، وجود احتمال و برداشت دیگری غیر از قبض است؛ زیرا احتمال دارد منظور روایت شرط قبض نباشد، بلکه احتمال دارد منظور از روایت این باشد که رهن برای معتبر شدن، باید از چیزهایی باشد که قابلیت قبض داشته باشد. در این صورت، به دلیل وجود احتمال، به صورت قطعی نمی توان حکم داد. "اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال". البته صاحب جواهر از این دلیل هم چشم پوشی می کند.

۵-۲-۳: غیر قابل اطمینان بودن رهن غیر

مقبوض

صاحب جواهر بعد از چشم پوشی از سند حدیث و موافق عامه بودن و دلیل سوم، دلیل چهارمی را بیان می کند و استدلال به این روایت را مخدوش می داند. ایشان بیان می دارند که احتمال دارد منظور از حدیث،



اختلاف را توجیه می‌کند و می‌گوید: هنگامی که مخالفین اجماع به اسم و نسب شناخته شده باشند، مخالفت‌شان مخل به اجماع نیست (ابن زهره، غنیه النزوع، ص ۲۴۳). اما صاحب جواهر توجیه ایشان را قبول نمی‌کند و می‌نویسد: بنا بر طریقه‌ای که در اصول بیان کردیم، هیچ شکی نیست که چنین مخالفتی مخل به اجماع است. بنابراین، صاحب جواهر دلیل اجماع را برای شرط بودن قبض نمی‌پذیرد و می‌نویسد: از آنچه گفته شد، ادعای شرط بودن قبض در هر دو صورت (شرط صحت و شرط لزوم قبض) باطل است، اگرچه بطلان نظریه شرط لزوم واضح‌تر است. بنابراین، صاحب جواهر نظریه نهایی خود را مبنی بر عدم شرط بودن قبض به صورت مطلق بیان می‌کند؛ لذا بحث کردن نسبت به همه‌ی فروعائی که مبتنی بر «شرط قبض» هستند، از نظر ایشان اشتباه و اطاله‌ی کلام است.

۴: دلایل عدم شرط بودن قبض از دیدگاه صاحب جواهر

صاحب جواهر برای اثبات نظریه خود چند دلیل را بیان می‌کند:

۴-۱: دلیل اول عدم وجود اجماع

از آنجا که درباره ماهیت و اعتبار قبض در عقد رهن، احتمالات و آراء متعددی میان فقها وجود دارد- عده‌ای به اجماع بر شرطیت

غیر قابل اطمینان بودن رهن غیر مقبوض باشد؛ نه این‌که برای انعقاد عقد رهن، باید آن را به قبض مرتهن برسانند. لذا آنچه از این روایت ظاهر می‌شود این است که در صورت عدم قبض، اطمینانی برای مرتهن ایجاد نمی‌شود؛ بدین جهت که آنچه مورد نفی قرار گرفته، عین مرهون است و نه عقد رهن که قابل توصیف به صحت و بطلان می‌باشد. لذا صاحب جواهر با این توجیه، تمسک به روایت را صحیح نمی‌داند.

۳-۳: دلیل سوم وجود اجماع

سومین دلیلی که طرفداران شرط قبض به آن تمسک جسته‌اند، وجود اجماع در این مسئله است که طبرسی در «مجمع البیان» چنین اجماعی را حکایت کرده است و شیخ مفید در «مقنعه»، دیلمی در کتاب «مراسم» و حلبی در کتاب «کافی» به صراحت ادعای اجماع کرده‌اند. اما صاحب جواهر این اجماع را قابل قبول نمی‌داند؛ زیرا اجماع حکایت‌شده از طبرسی، معارض با اجماع ابن زهره و ابن ادریس است؛ چراکه اجماع این دو فقیه در مقابل اجماع آنان قرار دارد. صاحب جواهر در این مورد می‌نویسد: اجماع حکایت‌شده از مجمع البیان معارض با ادعای نفی خلاقی است که ابن زهره و ابن ادریس در طرف صحت رهن بدون قبض نقل کرده‌اند؛ همچنان که اجماع ابن زهره در لازم بودن عقد، معارض با ادعای ابن ادریس و مقداد است، بلکه خود ابن زهره نیز چنین اختلافی را قبول داشته اما این



که تمام عقود و پیمان‌ها واجب‌الوفا بوده و لازمه‌ی شرعی آن‌ها رعایت حقوق و تعهدات طرفین است.

فقه‌ها در تفسیر این آیه، عقد را به معنای مطلق تعهد (اعم از عقود معین و غیرمعین) دانسته‌اند و بر این باورند که هر نوع پیمانی که بر اساس عرف و لغت مصداق عقد باشد، مشمول امر الهی بر وفای به آن قرار می‌گیرد (انصاری، المکاسب، ج ۲، ص ۳۰۲). بدین ترتیب، اگر بعد از تحقق شرایط اساسی عقد (ایجاب و قبول و سایر شرایط صحت)، در لازم بودن یا صحت عقدی تردید ایجاد شود، اصل اقتضا دارد که آن را صحیح و لازم بدانیم، مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد.

صاحب جواهر نیز با تکیه بر همین اصل استدلال می‌کند: در جایی که در اعتبار قبض به عنوان شرط صحت یا لزوم عقد رهن اختلاف و تردید وجود دارد و ادله‌ی مثبت، قدرت اثباتی لازم را ندارند، باید به اصالة اللزوم و اطلاقات قرآن و روایات رجوع کرد. به تعبیر ایشان:

«میان سه قول معروف درباره قبض-شرط صحت، شرط لزوم، یا عدم مدخلیت مطلق- آنکه قبض هیچ مدخلیتی در صحت یا لزوم عقد رهن ندارد، قوی‌تر است؛ زیرا اطلاقات آیات و روایات و سیره‌ی فقه‌ها دلالت بر لزوم و نفوذ تراضی طرفین، بدون شرط قبض، دارند.» (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۲) بنابراین، اصل بر این است که عقد رهن با صرف توافق و ایجاب و قبول، صحیح و لازم

قبض تمسک بسته‌اند، برخی اجماع بر عدم شرطیت را ادعا کرده‌اند و همچنین این احتمال مطرح است که قبض شرط صحت یا شرط لزوم عقد رهن باشد- جمع‌بندی این احتمالات به گونه‌ای است که هریک، دیگری را به طور ضمنی نفی کرده و اجماع معتبری در هیچ‌یک از این اقوال شکل نمی‌گیرد. صاحب جواهر با دقت در ادله هریک از این دیدگاه‌ها، چنین نتیجه می‌گیرد که:

«نظر به تعدد احتمالات و اختلاف اقوال، هیچ‌یک از این ادعاهای اجماعی قدرت اثباتی لازم را نداشته و بنابراین، نه می‌توان قبض را شرط صحت، نه شرط لزوم و نه حتی به نحو مطلق، شرط اساسی در عقد رهن دانست. آنچه معتبر است، تراضی و توافق طرفین در انعقاد عقد رهن و تحقق اراده مشترک ایشان است.» (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۲)

۴-۲ دلیل دوم: اصالة اللزوم در عقود

یکی از مهم‌ترین اصول فقهی که در تحلیل شرطیت قبض در عقد رهن مورد استناد قرار می‌گیرد، قاعده‌ی «اصالة اللزوم» است. مطابق این اصل، حکم اولیه و قهری در خصوص عقود، لزوم آن‌هاست؛ یعنی صرف تحقق ایجاب و قبول کافی است تا عقد لازم‌الوفا و لازم‌الاتباع باشد، مگر آنکه دلیل خاصی بر جواز فسخ یا عدم لزوم اقامه شود. این قاعده به استناد آیات قرآن- و به طور مشخص آیه‌ی شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱)- مبین آن است



دخیل در صحت یا لزوم رهن نیست. صاحب جواهر با صراحت به این قاعده استناد می‌کند و می‌نویسد:

«اصل در عقود و ایقاعات آن است که محتاج به چیزی بیش از ایجاب و قبول نباشند، مگر آنکه دلیلی قطعی بر لزوم شرط دیگری حاصل شود؛ و این قاعده در بحث قبض رهن نیز جاری است. در نتیجه، عدم اشتراط قبض در صحت و لزوم رهن مطابق با اصول است.»

(نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۲)

این اصل ارتباط نزدیکی با اصل لزوم دارد؛ چراکه اگر دخالت شرط اضافی در عقد یقینی نباشد، نه تنها از حیث صحت عقد، بلکه از حیث لزوم نیز اصل بر عدم نیاز به شرط است و باید عقد را لازم و نافذ دانست. این مبنا، افزون بر استحکام استدلال، واجد آثار حقوقی قابل توجهی در تحقق، استقرار و اجرای قراردادهای مدنی است.

۴-۴: دلیل چهارم: فقدان دلالت صریح روایی و استلزامات کلامی

از دیگر دلایل محکم در رد شرطیت قبض در صحت یا لزوم عقد رهن، فقدان تصریح شرعی و روایی بر این شرط است. صاحب جواهر در استدلال چهارم خود به مقوله‌ای کلامی و روش‌شناسانه استناد می‌کند و می‌نویسد: روایاتی که درباره‌ی عقد رهن وارد شده‌اند، ظهور در این دارند که صرف ایجاب و قبول، یگانه مقتضی تحقق عقد رهن است و هیچ‌گونه تعلیقی نسبت به قبض در آن‌ها

تلقی می‌شود و تحقق قبض، شرط صحت یا لزوم نیست؛ مگر آنکه دلیل معتبر و خاصی خلاف آن را اثبات کند. این رویکرد، علاوه بر حفظ اصالت قراردادهای احترام به اراده‌ی مشترک طرفین، با منطق و کارکردهای حقوقی عقود در دوران معاصر نیز سازگار است و می‌تواند زمینه‌ساز اصلاح مقررات کنونی قانون مدنی باشد.

۴-۳: دلیل سوم: اصل عدم اشتراط -الزام به اکتفا بر ایجاب و قبول در تحقق عقد

از منظر اصول فقه، یکی از قواعد بنیادین در باب عقود، اصل اکتفا به ایجاب و قبول برای تحقق عقد و بی‌نیازی از هرگونه شرط زائد بر آن است. یعنی هرگاه عقدی با اراده‌ی مشترک (ایجاب و قبول) واقع شود و نسبت به اعتبار شرطی دیگر در ماهیت آن تردید باشد، بنابر قاعده‌ی «اصل عدم اشتراط» و اصل برائت، فرض می‌شود چنین شرطی وجود ندارد و ضرورتی برای التزام به آن نیست. فقها این اصل را در تعاملات قراردادی و تحلیل صحت معاملات جاری می‌دانند. اساس این قاعده آن است که هر شرط اضافی در عقود نیازمند دلیل شرعی معتبر و خاص است؛ و در صورت فقدان یا تردید، اصل اقتضا به عدم آن شرط خواهد داشت. کاربرد این اصل در عقد رهن آن است که: اگر در اعتبار قبض به عنوان شرط صحت یا لزوم عقد رهن تردید باشد و دلیل محکمی برای اثبات شرطیت قبض وجود نداشته باشد، اصل آن است که قبض جزء شروط ماهوی و



وجود ندارد؛ تا جایی که اگر قبض، شرط صحت یا لزوم عقد تلقی می‌شد، بر شارع لازم بود که چنین امری را به طور واضح و تفصیلی بیان کند. زیرا بیان نکردن چنین شرطی با توجه به اهمیت آن، نوعی اغراء به جهل محسوب می‌شود و صدور اغراء به جهل از طرف شارع، نه تنها قبیح، بلکه منطفاً و شرعاً ممتنع است.

به تعبیر صاحب جواهر:

«ظهور روایات در این است که عقد رهن با ایجاب و قبول محقق می‌شود و اگر قرار بود قبض شرط صحت یا لزوم باشد، لازم بود شارع مقدس با تصریح و تفصیل، این امر را بیان فرماید؛ چراکه عدم بیان آن منجر به اغراء به جهل و تدلیس در شریعت می‌گردد و چنین چیزی از حکیم بودن شارع دور است.» (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۲) در نتیجه، ایشان بر اساس این قاعده‌ی کلامی و با رجوع به ظاهر روایات، می‌گوید ترک تفصیل و تصریح شارع نسبت به قبض، نشان‌دهنده‌ی بی‌اعتباری آن به عنوان شرط صحت یا لزوم عقد رهن است و عدم وجود چنین شرطی نزد شارع، عقلاً و شرعاً راجح‌تر است.

۵: نظر قانون مدنی

دقت در مفاد ماده‌ی ۷۷۲ همچنین ماده‌ی ۷۷۴ قانون مدنی، به‌ویژه در پرتو سوابق فقهی بحث، مؤید آن است که در حقوق ایران، نظریه شرط صحت مورد پذیرش

قرار گرفته است چنان‌که در ماده‌ی ۷۷۲ می‌گوید: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست».

طبق این ماده، صرف ایجاب و قبول برای تحقق عقد رهن کافی نیست، بلکه محتاج به قبض نیز هست و طبق ذیل ماده، استمرار قبض شرط صحت رهن نیست، بلکه برای صحت آن کافی است لحظه‌ای عین مرهون به قبض مرتهن داده شود و سپس با اجازه و یا حتی بدون اجازه‌ی او از دستش گرفته شود. بنابراین، خروج مال مرهون از ید مرتهن، خللی بر صحت رهن وارد نمی‌کند و همچنین موجب زوال حق رهن نمی‌گردد.

دکتر کاتوزیان در این مورد می‌گوید: قبض از شرایط صحت رهن است و در صورتی اثر دارد که به اذن راهن باشد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۴۸۵). همچنین امامی می‌گوید: قبض در عقد رهن مانند قبض در عقد حق انتفاع، وقف و هبه جزء سبب است و شرط صحت و تحقق عقد است (امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۳۲).

۵-۱: نقد نظریه شرط صحت قبض در عقد

رهن

در نظام حقوقی ایران، به‌ویژه با توجه به مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی و ابعاد فقهی این مواد، می‌تواند از زوایای مختلفی مورد بررسی قرار گیرد. در زیر به تحلیل و ابهامات



۶: نتیجه پیشنهاد اصلاح قانون مدنی

با توجه به استدلال‌های صاحب جواهر و نقدهای وارد بر نظریه مشهور، پیشنهاد می‌شود که مواد قانونی مربوط به قبض در عقد رهن در قانون مدنی اصلاح شود. این اصلاح می‌تواند به دو صورت انجام شود:

۱-۶: حذف شرطیت قبض:

با حذف شرطیت قبض از قانون مدنی، عقد رهن با صرف توافق طرفین منعقد می‌شود و نیازی به قبض نیست. این امر باعث تسهیل در انجام معاملات و تعهدات می‌شود و با مقتضیات زمان و نیازهای جامعه امروزی سازگار است.

۲-۶: تبدیل شرطیت قبض به شرطیت اثباتی

در این حالت، قبض به عنوان یک اماره یا دلیل بر وجود عقد رهن در نظر گرفته می‌شود و عدم وجود آن، مانع از انعقاد عقد نیست. در صورت عدم وجود قبض، طرفین می‌توانند با ارائه ادله دیگر، وجود عقد رهن را اثبات کنند.

۷: نتیجه‌گیری

دیدگاه صاحب جواهر در مورد عدم شرطیت قبض در عقد رهن، دیدگاهی دقیق، مستدل و منطبق با مقتضیات زمان است. این دیدگاه می‌تواند باعث اصلاح قوانین موجود و تسهیل در انجام معاملات و تعهدات شود. با توجه به اهمیت این موضوع، پیشنهاد می‌شود که این دیدگاه در محافل علمی و حقوقی مورد بررسی و نقد قرار گیرد و در صورت امکان، در قوانین مدنی اعمال شود.

موجود در این نظریه می‌پردازیم:

این حکمی نه تنها به دلیل عدم تناسب با حقایق توثیق در روابط حقوقی جاری، قابل نقد است؛ بلکه بدون استناد هم نماده است چنانکه در ادامه قانون ۷۷۲ آمده است "استمرار قبض شرط صحت معامله نیست" اگرچه دیدگاه قانون در سابق و با توجه به قاعده احتیاط و حفاظت از حقوق مرتهن قابل توجیه است، اما در دنیای امروز و با توجه به تنوع قراردادهای پیچیدگی‌های روابط اقتصادی، این رویکرد از کارایی لازم برخوردار نیست. در واقع، مشکلاتی که می‌تواند در پی عدم وجود قبض ایجاد شود، نیازمند بازنگری اساسی در این نظریه است.

به عنوان مثال، در دنیای مدرن، بسیاری از اموال به صورت دیجیتالی و از راه دور مبادله می‌شوند و داشتن قبض فیزیکی برای رهن، بازدارنده و غیرعملی می‌باشد و موجب محدودیت‌های اقتصادی می‌شود. همچنین، افزودن شرط قبض به عنوان شرط صحت، می‌تواند منجر به نقض حقوق بزهکار و قربانیان در قضایای حقوقی باشد؛ زیرا این شرط ممکن است موجب جلوگیری از انتقال حقوق لازم و ضروری شود. به بیانی دیگر، در مواردی که مسائلی چون انتقال حقوق به وراثت یا تزییع حقوق مصرف‌کنندگان پیش می‌آید، شرط قبض می‌تواند مانع از تحقق عدالت اجتماعی گردد.



منابع

- اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ هـ ق
۸.المقتصر من شرح المختصر، در یک جلد، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ ق
۹. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، ۱۴ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ هـ ق
۱۰. حلّی، مقداد سیوری، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ۴ جلد، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشي نجفی - قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۴ هـ ق
۱۱. حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، ۱۲ جلد، دار الفكر المعاصر، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۲۰ هـ ق
۱۲. راغب اصفهانی؛ حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، در یک جلد، دار العلم - الدار الشامیة، لبنان - سوریه، اول، ۱۴۱۲ هـ ق
۱۳. راوندی، قطب الدین، فقه القرآن (لراوندی)، ۲ جلد، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشي نجفی - رحمه الله، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۵ هـ ق
۱۴. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحكام، ۳۰ جلد، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۳ هـ ق
- قران کریم
۱. ابن منظور، ابو الفضل، لسان العرب، ۱۵ جلد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، بیروت - لبنان، سوم، ۱۴۱۴ هـ ق
۲. احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقائیس اللغة، ۶ جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۴ هـ ق اصفهانی،
۳. اسکافی، ابن جنید، مجموعة فتاوی ابن جنید، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ هـ ق
۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، ۶ جلد، دار العلم للملایین، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰ هـ ق
۵. حلبی، ابن زهره، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، در یک جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق
۶. حلّی، ابن ادریس، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ ق
۷. حلّی، ابن فهد، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، ۵ جلد، دفتر انتشارات



الفضيلة، در يك جلد، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشی نجفی - قم، ایران، اول، ۱۴۰۸ هـ ق

۲۴. شيخ طوسی، ابو جعفر المبسوط في فقه الإمامية، ۸ جلد، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران - ایران، سوم، ۱۳۸۷ هـ ق

۲۵. علامه حلی، حسن بن يوسف، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثه)، ۶ جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۰ هـ ق

۲۶. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، كشف الرموز في شرح مختصر النافع، ۲ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۷ هـ ق

۲۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العين، ۸ جلد، نشر هجرت، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ ق

۲۸. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعي، در يك جلد، منشورات دار الرضي، قم - ایران، اول، هـ ق

۲۹. قاضی، ابن براج، ابو جعفر، محمد بن حسن، جواهر الفقه - العقائد الجعفرية، در يك جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۱ هـ ق

۳۰. قرشی، سید علی اکبر، قاموس

۱۵. شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۷ هـ ق

۱۶.اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، در يك جلد، دار التراث - الدار الإسلامية، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰ هـ ق

۱۷. شهید ثانی، زين الدين، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق

۱۸. شيخ انصاری، مرتضى بن محمد، كتاب المكاسب، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شيخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق

۱۹. صاحب بن عباد، کافی الكفاة، اسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، ۱۰ جلد، عالم الكتاب، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۱۴ هـ ق

۲۰. صيمري، مفلح بن حسن، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ۴ جلد، دار الهادي، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۲۰ هـ ق

۲۱. طباطبائي، سيد علي، رياض المسائل، ۱۶ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق

۲۲. طريحي، فخر الدين، مجمع البحرين، ۶ جلد، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران، سوم، ۱۴۱۶ هـ ق

۲۳. طوسی، ابن حمزه، الوسيلة إلى نيل



التوزيع، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۱۴ هـ ق
 ۳۹. همدانی، آقا رضا، مصباح الفقيه، ۱۴
 جلد، مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث و
 مؤسسة النشر الإسلامي، قم - ايران، اول،
 ۱۴۱۶ هـ

قرآن، ۷ جلد، دارالكتب الإسلامية، تهران
 - ايران، ششم، ۱۴۱۲ هـ ق
 ۳۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدی در
 نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات گنج
 دانش، ۱۳۷۹

۳۲. حقوق مدنی، عقود
 معین ۲، تهران، انتشارات مدرس، ۱۳۷۴
 ۳۳. کرکی، محقق ثانی، جامع المقاصد في
 شرح القواعد، ۱۳ جلد، مؤسسه آل البيت
 عليهم السلام، قم - ايران، دوم، ۱۴۴۴
 ۳۴. کیدری، قطب الدين، إصباح الشيعة
 بمصباح الشريعة، در يك جلد، مؤسسه
 امام صادق عليه السلام، قم - ايران،
 اول، ۱۴۱۶ هـ

۳۵. محقق حلی، نجم الدين، المختصر
 النافع في فقه الإمامية، ۲ جلد، مؤسسه
 المطبوعات الدينية، قم - ايران، ششم،
 ۱۴۱۸ هـ ق

۳۶. شرائع الإسلام
 في مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد،
 مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، دوم،
 ۱۴۰۸ هـ ق

۳۷. نجاشی، ابو الحسن، رجال النجاشي -
 فهرست أسماء مصنفی الشيعة، در يك
 جلد، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به
 جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم -
 ايران، ۱۴۰۷ هـ ق

۳۸. واسطی زیددی، سيد محمد مرتضی
 ، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰
 جلد، دار الفكر للطباعة و النشر و

