



شروش نامه فقه و حقوق اسلامی

دو فصلنامه تخصصی / سال چهارم / شماره هفتم / بهار و تابستان ۱۳۹۰

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران

مدیر مسئول	سید محمدرضا آیتی
سر دبیر	علیرضا فیض
مدیر داخلی	طاهره سلیمی

اعضای هیأت تحریریه

* سید محمدرضا آیتی	استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران
* علیرضا امینی	استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران
* احمد باقری	دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران
* اصغر عربیان	استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران
* علیرضا فیض	استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران
* سید محمد موسوی بجنوردی	استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تربیت معلم
* محمد جعفری هرنودی	دانشیار فقه و مبانی حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شهرری

حروف چینی و صفحه آرایی: سیده آمینه حسینی

ویراستار: طاهره سلیمی

تلفن: ۴۴۸۶۵۱۵۴-۵۸

دورنگار: ۴۴۸۶۵۱۴۵

نشانی: تهران، پونک، حصارک، واحد علوم و تحقیقات، ساختمان علوم انسانی (۱)، دانشکده الهیات و فلسفه

آدرس پست الکترونیکی: jjzl@srbiau.ac.ir

ناشر: انتشارات واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی

شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه



تأییدیه درجه علمی

به استناد مصوبات کمیسیون بررسی و تأیید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی و براساس رأی پنجاه و سومین جلسه کمیسیون مذکور مورخ ۱۳۸۷/۹/۲۵، مجله پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات حایز شرایط دریافت درجه علمی پژوهشی شناخته شد.
این تأییدیه از تاریخ تصویب به مدت یک سال معتبر است.

دکتر فریدون رهنمای رودپشتی
معاون پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی

درج درجه علمی و شماره پروانه در داخل مجله الزامی است.

فهرست مقالات

- ۹ ★ قاعده‌ی لاضرر و جبران خسارت معنوی به خانواده
سید ابوالقاسم نقیعی
- ۲۵ ★ قرارداد اختیار معامله در فقه
علیرضا امینی و علی‌رضا سلیمی
- ۴۹ ★ خطاب‌های کلی و آثار آن
احمدرضا توکلی و محمدکاظم رحمان‌ستایش
- ۶۷ ★ متدولوژی انتقادی و هرمنوتیک حقوقی
رامین پورسعید و حسین یاسری
- ۸۵ ★ واکای مجازات‌های کودک از منظر فقه امامیه
احسان علی‌اکبری بابوکانی، رضا عباس‌پور و حسین ناصری
- ۱۱۳ ★ مجازات پدر در قتل فرزند
علی‌اکبر ایزدی‌فرد، محمد محسنی دهکلانی و امین یوسفی
- ۱۲۹ ★ اتانازی فعال غیرداوطلبانه از منظر فقه اسلامی و قوانین
موضوعه‌ی ایران
صالحه یزدانی‌فر و مهدی خدایی

یادآوری

پژوهش‌نامه‌ی فقه و حقوق اسلامی دوفصل‌نامه‌ی علمی - پژوهشی از گروه فقه و مبانی حقوق دانشکده‌ی الهیات و فلسفه‌ی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران است.

- هر مقاله بیان‌کننده‌ی دیدگاه نویسنده یا نویسندگان آن است.

- مقالاتی ارسالی مسترد نخواهد شد.

- مقالاتی که با رعایت اصل بسیار مهم و معتبر درست نویسی به زبان‌های انگلیسی، آلمانی، فرانسوی و عربی نوشته شده باشند، می‌توانند در این دوفصل‌نامه درج شوند.

- مقاله باید دارای ترجمه‌ی انگلیسی چکیده باشد. اگر اصل مقاله به زبانی غیر از فارسی نوشته شده است، چکیده‌ی فارسی آن به مقاله پیوست شود.

- چاپ مقاله منوط به تصویب هیأت تحریریه است.

- رعایت ویژگی‌های مورد تأیید هیأت تحریریه ضروری و الزامی است.

ویژگی‌های مذکور عبارتند از:

- وجود ادبیات متن متناسب با نشریه‌ی علمی - پژوهشی.

- تناسب و ارتباط موضوع بحث با عنوان تخصصی نشریه.

- تبعیت از آیین‌نامه‌ی نگارش در استناد به منابع و ذکر مأخذ.

- عدم چاپ مقاله در سایر نشریات.

- عدم ارسال مقاله به سایر نشریات.

آیین‌نامه‌ی نگارش

موارد زیر را در مقالات ارسالی رعایت بفرمایید:

- درج نام و نشانی کامل، پست الکترونیک، دانشگاه محل خدمت،

رتبه‌ی دانشگاهی نویسنده یا نویسندگان (اعضای هیأت علمی).

- درج چکیده (حداکثر ده سطر، حاوی خلاصه‌ای از رویکرد و یافته‌های مقاله) و کلیدواژه‌ها (۴ تا ۶ واژه از مفاهیم و اصطلاحات موجود در مقاله).
- نحوه‌ی ارجاع منابع در متن مقاله: نام‌خانوادگی نویسنده‌ی اثر، سال نشر اثر، جلد، صفحه.
- روش فهرست‌بندی منابع در پایان مقاله: نام‌خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، نام اثر، نوبت چاپ، مکان نشر، ناشر، تاریخ اثر، جلد.

قاعده‌ی لاضرر و جبران خسارت معنوی به خانواده^۱

سید ابوالقاسم نقیبی^۲

دانشیار دانشگاه شهید مطهری، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران.

چکیده

خانواده کهن‌ترین نهاد انسانی است که از همبستگی اجتماعی، عاطفی و حقوقی گروهی از انسان‌ها که دارای رابطه‌ی زوجیت یا قرابت هستند، پدید می‌آید. تلاش و جدیت اعضای آن موجب شکل‌گیری اعتبار و حیثیت اجتماعی برای نهاد خانواده می‌شود که سرمایه‌ی معنوی مشترک آن‌ها به‌شمار می‌آید. این سرمایه‌ی معنوی مشترک، در تعالیم اجتماعی و حقوق اسلامی مورد شناسایی قرار گرفته است و قواعد اخلاقی و حقوقی عام و اختصاصی برای حمایت از آن پیش‌بینی شده است؛ از جمله‌ی قواعد عام حقوقی، قاعده‌ی لاضرر است. قاعده‌ی لاضرر با عنایت به زمینه‌ی صدور روایت مربوط به سمره بن جندب و انطباق عنوان ضرر و ضرار بر ایراد خسارت معنوی بر خانواده و امکان اثبات حکم از ناحیه‌ی این قاعده بر جبران خسارت معنوی دلالت دارد. هم‌چنین با توجه به روح و ملاک مندرج در قاعده‌ی مزبور و فلسفه‌ی تأسیس آن، جبران خسارت معنوی به فرد و گروه انسانی قابل شناسایی است. از آنجایی که شناسایی شخصیت حقوقی برای خانواده دشوار به نظر می‌رسد، هر یک از اعضای آن به جهت لطمه به حیثیت و عواطف خانوادگی، می‌توانند جبران خسارت معنوی به خویش را مطالبه نمایند.

واژگان کلیدی: خانواده، قاعده‌ی لاضرر، خسارت معنوی، جبران خسارت.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۴/۸؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۰/۶/۹

۲. پست الکترونیک: da.Naghbi@yahoo.com

۱. خانواده و ایراد خسارت معنوی به آن

۱.۱. تعریف خانواده

از ویژگی‌های مهم آفرینشی انسان، اجتماعی بودن اوست، یعنی آفرینش و خلقت انسانی او (فطرت) ایجاب می‌نماید که اجتماعی زندگی کند. کهن‌ترین و مهم‌ترین گروه اجتماعی انسان خانواده است. برخی معتقدند تمایل جنسی زن و مرد و روابط عاطفی بین پدر و مادر به فرزندان زمینه‌ی شکل‌گیری خانواده را فراهم آورده است. بنابراین زوجیت و قرابت عناصر اصلی سازنده‌ی نهاد اجتماعی برجسته و ممتازی به نام خانواده است. به تعبیر دقیق‌تر خانواده از همبستگی اجتماعی، عاطفی و حقوقی گروهی از انسان‌های دارای رابطه‌ی زوجیت یا قرابت پدید می‌آید که از ناحیه‌ی مقامی، رهبری و هدایت می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵-ش، ج ۱، ص ۴). خانواده بستر آرامش زن و مرد و کانون امنیت، رشد جسمی، عاطفی و معنوی کودکان و مرکز تربیت اجتماعی آن‌هاست. همبستگی عاطفی و اجتماعی بین زوج و زوجه، مادر و پدر با فرزندان و علایق بین فرزندان، ظرفیت معنوی، اخلاقی و حقوقی مناسبی را برای سلامتی روحی، توانایی‌ها و اعتبار اجتماعی، سعادت و رستگاری اعضای آن را فراهم می‌آورد.

۱.۲. اصالت خانواده در تعالیم اجتماعی اسلام

در تعالیم اجتماعی اسلام بر نهاد خانواده تأکید فراوان شده است. بدون تردید نباید خانواده را با ازدواج و نکاح یعنی رابطه‌ی حقوقی و عاطفی زن و مرد که به وسیله‌ی عقد ایجاد می‌شود، اشتباه کرد. نکاح دائم مبنا و سرآغاز تشکیل خانواده است. نکاح در آموزه‌های اسلامی از سنت‌های مهم نبی اکرم (ص) تلقی گردیده است؛ «النکاح سنتی» و روی گرداندن از آن به منزله‌ی گسستن از آن حضرت دانسته شده است؛ «فمن رغب عنه فلیس منی» (نوری، ۱۴۰۸ هـ. ق، ج ۱۴، ص ۱۵۳). گزاره‌هایی چون «بهشت زیر پای مادران است» (کلینی، ۱۳۶۷ هـ. ش، ج ۵، ص ۸۸) و «تلاشگر برای تمهید نفقه‌ی عیال مانند مجاهد در راه خداست» (فضاعی، ۱۴۰۵ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۰۲). در منابع اسلامی از نگرشی معنوی، اخلاقی و عبادی به نهاد خانواده حکایت دارد که از نتایج آن، اصالت خانواده در تعالیم اجتماعی و حقوقی اسلام است بدین جهت مصالح خانوادگی بر خواسته‌های اعضای آن همواره مقدم است. بعد معنوی و عبادی نهاد خانواده، مبین این حقیقت است که خانواده یک نهاد خصوصی است که نقش حکومت و دولت تنها حمایت از تشکیل و پاسداری از

قداست آن و تضمین قواعد اخلاقی و مذهبی حاکم بر آن است، بدین جهت قانونگذار قانون اساسی با الهام از تعالیم اجتماعی اسلام در اصل دهم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه‌ی قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه‌ی حقوق و اخلاق اسلامی باشد.» این اصل به روشنی بر اصالت و نقش زیربنایی خانواده در استحکام جامعه‌ی اسلامی تأکید می‌ورزد و قوای مقتنه، مجریه و قضاییه را بر حمایت از تشکیل و پاسداری از قداست آن مکلف می‌نماید. از منظر قانونگذار خانواده دارای قداست است، لذا یک پدیده‌ی اجتماعی ارزشی تلقی می‌گردد که استحکام جامعه بدان مبتنی می‌باشد. حکومت موظف است از این سرمایه‌ی بزرگ معنوی جامعه پاسداری نماید. بدین جهت خانواده را نباید گروه انسانی ساده‌ای دانست که به راحتی قابل گسستن باشد، بلکه گروهی است که از روابط عمیق عاطفی، اخلاقی، حقوقی و معنوی برخوردار است. پیوستگی اخلاقی و حقوقی اعضای خانواده ایجاب می‌نماید که از آموزه‌های حقوقی و اخلاقی اسلامی برای استحکام آن بهره گرفته شود. آموزه‌های اخلاقی و حقوقی فراوانی در تعلیمات اجتماعی اسلام وجود دارد که بر بنیان‌گذاری و استواری خانواده تأکید دارد. قانونگذار قانون اساسی تبدیل این آموزه‌ها به قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی برای تقویت بنیان خانواده و پاسداری از سرمایه‌های معنوی را از تکالیف حکومت تلقی نموده است.

حکومت نه تنها باید از فرآیند شکل‌گیری خانواده‌ها حمایت قانونی و برنامه‌ای نماید بلکه حیثیت و سرمایه‌های معنوی خانواده‌ها که در طی سالیان متمادی با پارسایی و حسن سلوک اجتماعی اعضای آن به دست آمده است حمایت و پاسداری کند.

ماده‌ی ۱۱۰۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است.» قانونگذار در این ماده ضمن شناسایی نهاد خانواده، ریاست آن را به شوهر واگذار کرده است. خانواده یک نهاد ممتاز اجتماعی است که نقش مهمی در قوام جامعه ایفا می‌کند، لذا جنبه‌ی تکلیف اجتماعی شوهر در اعمال ریاست بر خانواده بر جنبه‌ی حق شخصی او غلبه دارد. وی نمی‌تواند از آن سوء استفاده نماید یا به اختیار خود و ضمن قرارداد خصوصی از موقعیت خویش صرف نظر کند. زیرا ریاست او بر خانواده از امور مربوط به نظم عمومی به - شمار می‌آید. او موظف است که تمامی توان خود را برای تعمیق روابط عاطفی و ارتقای سطح کیفی تعاون و همبستگی اعضا و اعتبار و حیثیت معنوی خانواده بکار گیرد.

اعضای شکل‌دهنده‌ی خانواده نیز موظف به تشیید میانی خانواده هستند. چنان که ماده‌ی ۱۱۰۴ ق.م. زن و شوهر را بدان مکلف دانسته است. تکلیف به تشیید میانی خانواده بیانگر اصالت خانواده در نزد قانون‌گذار است. اما سؤال اساسی اینست که آیا اصالت خانواده به معنای شناسایی شخصیت حقوقی برای آن از ناحیه‌ی قانون‌گذار است؟

۱.۳. خانواده و شخصیت حقوقی

در دانش حقوق هر موجودی که واجد حق و تکلیف باشد شخص خوانده می‌شود. فرد انسان به اعتبار طبیعت انسان بودن دارای حق و تکلیف است، از این رو به او شخص طبیعی اطلاق می‌شود. بشر با تجزیه و تحلیل شخص طبیعی، متناسب با ضرورت‌های زندگی اجتماعی خویش، شخص جدیدی را در حیات مدنی خود موجودیت بخشیده است که بتواند مانند شخص طبیعی دارای حق و تکلیف باشد. این شخص در دانش حقوق، شخص حقوقی خوانده می‌شود. شخص حقوقی زمانی پدید می‌آید که دسته‌ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک هستند با پاره‌ای از اموال که به اهداف خاصی اختصاص داده شده‌اند در کنار هم قرار بگیرند و قانون آن‌ها را طرف حق و تکلیف بشناسد و برای آن‌ها شخصیت مستقلی قائل شود؛ مانند دولت، شهرداری، شرکت‌های تجاری. ماده‌ی ۵۸۸ ق.ت. شخص حقوقی را دارای کلیه‌ی حقوق و تکالیفی دانسته است که قانون برای افراد قائل است، جز آن چه بر حسب طبیعت، اختصاص به شخص طبیعی دارد.

از جمله سؤالاتی که در زمینه‌ی خانواده مطرح می‌شود اینست که آیا خانواده را باید دارای شخصیت حقوقی محسوب نمود یا تنها یک نهاد اجتماعی است؟ در حقوق خارجی، پاسخ حقوقدانان فرانسوی به این پرسش یکسان نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵ هـ. ش، ج ۱۴، ص ۴) در تعالیم اجتماعی اسلام با امعان نظر در مفاهیمی چون عیال، اهل، ذریه، ذوی‌القربی و اولی‌الارحام می‌توان به شناسایی هویت خانواده به عنوان یک نهاد اجتماعی برجسته اذعان نمود، ولی شناسایی شخصیت حقوقی برای خانواده در حقوق اسلامی دشوار است. در حقوق ایران نیز شخصیت انفرادی اعضای خانواده مورد توجه قرار گرفته است و برای هر یک از آن‌ها حقوق و تکالیفی در قوانین پیش‌بینی شده است. عدم شناسایی حقوق و تکالیف مستقل از اعضا برای خانواده، مبین عدم شناسایی شخصیت حقوقی خانواده در حقوق کنونی ایران است.

۱.۴. تعریف خسارت معنوی

خسارت معنوی زبانی است که به آزادی و حیثیت افراد و اعتبار اشخاص یا احساسات و عواطف خانوادگی، مذهبی و ملی یا بعد غیر مالی آفریده‌ی فکری، هنری، علمی و صنعتی وارد می‌شود یا درد و رنجی است که در نتیجه‌ی از دست دادن سلامتی جسمی پدید می‌آید یا ناراحتی روانی‌ای است که در زیان دیده به جهت کربه شدن چهره‌ی او از حادثه‌ای یا از دست دادن عزیزی یا ملاحظه‌ی درد و رنجش به وجود می‌آید (نقیبی، ۱۳۸۸ هـ. ش، ص ۴۳).

۱.۵. سرمایه‌های معنوی خانواده

حیثیت و اعتبار اجتماعی و عواطف خانوادگی از مهم‌ترین سرمایه‌ی معنوی هر خانواده به‌شمار می‌آیند. زیان به حیثیت و اعتبار اجتماعی یا لطمه به عواطف خانوادگی اعضای یک خانواده را خسارت معنوی به خانواده تلقی می‌نماییم. ایراد زیان به این سرمایه‌ی معنوی چه بسا بسیار مهم‌تر از ایراد خسارت مادی است. تجاوز به حیثیت و اعتبار خانوادگی زیان‌های جبران‌ناپذیری را به همراه دارد. تاریخ گواهی می‌دهد که منشا برخی از جنگ‌های خانمان‌سوز، جریحه‌دار نمودن عواطف و حیثیت خانوادگی بوده است. به راستی چگونه می‌توان اعتبار و حیثیت از دست رفته را برگرداند و عواطف خدشه‌دار شده را التیام بخشید؟ آیا به بهانه‌ی عدم شخصیت حقوقی خانواده، زیان کار را می‌توان رها نمود؟ آیا عدالت و انصاف و حفظ نظم عمومی حاکم بر جامعه، رهاسازی متجاوزین به قداست یک خانواده را برمی‌تابد؟

۱.۶. برخی مصادیق خسارت معنوی به خانواده

چنان که در مباحث پیشین یادآور شده‌ایم، گستره‌ی خسارت معنوی، تنوع و گوناگونی مصادیق آن را اقتضا دارد. چنان که نسبت ناروای فحشا به اعضای یک خانواده یا نسبت فساد اقتصادی به اعضای خانواده‌ای که عمری را به فعالیت اقتصادی سالم مبادرت داشته و از حیثیت و اعتبار اقتصادی برخوردارند یا فحاشی و سبّ به افراد یک خانواده یا به قتل رساندن، عضوی از اعضای یک خانواده یا تجاوز به حریم خصوصی انتشار اطلاعات شخصی و عکس‌های خصوصی زن و شوهر از جمله مصادیق خسارت معنوی اعم از خسارت به حیثیت، اعتبار، احساسات و عواطف خانوادگی به‌شمار می‌آید.

۱.۷. مطالبه‌ی جبران خسارت معنوی به خانواده و مرجع صلاحیت‌دار بر آن

سؤال اساسی در زمینه‌ی ایراد خسارت معنوی به خانواده این است که آیا چنین زبانی قابل مطالبه است؟ در فرض پذیرش امکان مطالبه‌ی زیان ایراد شده، چه مقامی حق اقامه‌ی دعوی خواهد داشت؟ بدون تردید قواعد عمومی مسئولیت مدنی به ما می‌آموزد که نباید ضرری بدون جبران باقی بماند. به جمعی محصور که دارای هویت و منافع مشترک هستند خسارت معنوی وارد شده است، بنابراین این ضرر باید جبران شود. در فرض امکان جبران خسارت معنوی چه کسی می‌تواند مطالبه‌ی جبران خسارت کند؟ اگر جمعی محصور و دارای هویت و منافع مشترک به نام خانواده دارای شخصیت حقوقی تلقی شود، ریاست خانواده می‌تواند به نمایندگی از ناحیه‌ی آن شخصیت حقوقی خسارت وارد شده را مطالبه نماید. ولی اگر فاقد شخصیت حقوقی تلقی شود هیچ یک از اعضای خانواده نمی‌توانند به نیابت از جمع اقامه‌ی دعوی و مطالبه‌ی خسارت نمایند، زیرا نمایندگی از ناحیه‌ی خانواده برای اقامه‌ی دعوی را ندارد. لذا هر یک از اعضای به جهت خسارتی که بر عناصر مشترک خانوادگی چون اعتبار و حیثیت خانوادگی یا عواطف خانوادگی به او وارد شده است، می‌تواند اقامه‌ی دعوی کند و جبران خسارت وارده بر خویش را مطالبه کند.

۲. قاعده‌ی لاضرر و کاربرد آن در حقوق خانواده

۲.۱. مفاد قاعده‌ی لاضرر

از جمله قواعدی که در حقوق خانواده مؤثر می‌افتد، قاعده‌ی لاضرر است. آیات و روایات فراوانی بر نفی ضرر در اسلام دلالت دارد که بخش متناهی از این ادله ناظر به مناسبات خانوادگی است. چنان که در آیه‌ی ۲۳۴ سوره‌ی بقره آمده است: «لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده»؛ «مادر نباید به خاطر فرزندش ضرر ببیند (ضرر برساند) پدر نیز نباید به خاطر فرزندش ضرر ببیند (ضرر برساند)». خداوند متعال در آیه‌ی ۷ سوره‌ی طلاق می‌فرماید: «و لما تضاروهن علیهن»؛ «با تحت فشار قرار دادن زنان مطلقه به آنان ضرر نرسانید» و در آیه‌ی ۲۳۰ سوره‌ی بقره می‌فرماید: «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسکوهن ضرراً لتعتدوا...»؛ «وقتی زنان را طلاق دادید و وعده‌ی آنها رسید یا از راه نیکی و رغبت رجوع کنید یا ایشان را به نیکی رها سازید. به قصد اضرار و تعدی به ایشان رجوع ننمائید که ستمکار شوید».

علاوه بر آیات، روایات فراوانی بر قاعده‌ی لاضرر دلالت دارد که معروف‌ترین آن‌ها داستان سمرة بن جندب است که از تواتر معنوی برخوردار است؛ یعنی تعبیر «لاضرر و لا ضرار» (کلینی، ۱۳۶۷ هـ. ش، ج ۵، ص ۲۸۰، ح ۴)، «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (حر عاملی، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۲۶، ص ۱۴، ح ۱۰) و «لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن» (کلینی، ۱۳۶۷ هـ. ش، ج ۵، ص ۲۹۴، ح ۸) از مفاد واحدی حکایت دارند.

فقیهان امامیه در مفاد قاعده اتفاق نظر ندارند؛ شیخ فتح الله شریعت اصفهانی نفی را حمل بر نهی الهی کرده است که مدلول حدیث لاضرر حکم تکلیفی است نه وضعی، یعنی ضرر زدن افراد به یکدیگر حرام است (شریعت اصفهانی، ۱۴۰۶ هـ. ق، ص ۲۴). امام خمینی آنرا بر نهی حکومتی حمل نموده است؛ یعنی در حوزه‌ی حکومت و سلطنت حاکم اسلامی هیچ کس حق ندارد به دیگری ضرر بزند (امام خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۷). عبد الفتاح صاحب عناوین معتقد است نفی در حدیث به معنای نفی ضرر غیر متدارک است؛ یعنی ضرر و ضرار در اسلام علاوه بر این که حرام است، ضرر غیر متدارک در شرع اسلام تجویز نشده است (مراغی، ۱۴۲۹ هـ. ق، ج ۱، ص ۳۱۲). شیخ انصاری معتقدند که هیچ حکم ضرری در اسلام وضع نشده است اعم از این که ضرر ناشی از خود حکم؛ مانند لزوم عقد یا به اعتبار متعلق حکم؛ مانند وضو یا حج باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۹ هـ. ق، ج ۲، ص ۴۶۰). آخوند خراسانی نفی را به معنای نفی حکم به زبان نفی موضوع دانسته‌اند؛ یعنی موضوع ضرری در اسلام حکم ندارد؛ مانند بیع غبنی یک موضوع ضرری است که در اسلام هیچ حکمی بر آن مترتب نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ هـ. ق، ص ۳۷۱).

۲.۲. کاربرد قاعده‌ی لاضرر در حقوق خانواده

قاعده‌ی لاضرر مبنای برخی از مواد قانونی در حقوق خانواده است. چنان که ظاهر ماده‌ی ۱۱۱۵ ق.م. می‌گوید زوجه می‌تواند با احساس خوف ضرر شرافتی از منزل خارج شود او برای خروج از منزل نیاز به حکم دادگاه ندارد. زیرا چه بسا تا تحصیل مجوز خروج، ضرر شرافتی بر او وارد آید. هم چنین چه بسا بتوان مبنای فقهی حق فسخ را در موارد عیوب در مواد ۱۱۲۲ تا ۱۱۲۷ ق.م. قاعده‌ی ضرر دانست.

۳. زمینه‌ی صدور روایت مربوط به سمرة بن جندب و خسارت معنوی به خانواده

مقتضیات صدور بعضی از مستندات قاعده‌ی لاضرر سوء استفاده از حق و ایراد خسارت معنوی به خانواده است، مانند روایات مربوط به سمرة بن جندب که تردیدی در صدور آن به جهت تواتر لفظی یا معنوی یا اجمالی یا حداقل مستفیض بودن وجود ندارد. روایت ناظر به ورود غیرمأذون سمرة بن جندب به حریم خصوصی خانوادگی مرد انصاری است که موجب ایراد خسارت معنوی به خانواده او شده است. ما برای روشن شدن فضای صدور روایات متضمن جریان سمرة بن جندب را مورد توجه قرار می‌دهیم.

۳.۱. محمد بن یعقوب کلینی در کتاب فروع کافی از عبدالله بن بکیر و او از زراره و زراره از امام محمد بن علی الباقر (ع) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «سمرة بن جندب درخت خرمایی در باغ یکی از انصار داشت. خانه‌ی آن مرد انصاری در محل ورودی باغ بود. او همواره به سوی درخت خویش از خانه‌ی انصاری می‌گذشت و اجازه نمی‌گرفت. مرد انصاری با او صحبت کرد که وقتی برای سرکشی درخت می‌رود، اجازه بگیرد. ولی سمرة امتناع نمود. به جهت امتناع او مرد انصاری نزد پیامبر شکایت برد و آن حضرت را از جریان مطلع نمود. پیامبر (ص) سمرة را خواست و شکایت انصاری را به اطلاع او رسانید و از او خواست وقتی که قصد دارد وارد باغ او شود اجازه بگیرد، دوباره امتناع ورزید. چون پیامبر امتناع او را دید از او خواست تا درخت را بفروشد و قیمت آن را تا می‌توانست بالا برد. ولی سمرة نپذیرفت. پیامبر (ص) فرمود: در ازای آن درختی در بهشت بگیر. سمرة نپذیرفت. پیامبر به مرد انصاری فرمود: برو درخت او را بکن و نزد او بینداز چون که ضرر و ضرار در اسلام نیست (کلینی، ۱۳۶۷ هـ. ش، ج ۵، ص ۲۹۲، ح ۲).

صدور این روایت ناظر به ورود غیر مأذون سمرة بن جندب به حریم خصوصی خانوادگی مرد انصاری و اصرار او بر ایراد زیان بوده است که این ورود غیرمأذون موجب ضرر و زیان معنوی به مرد انصاری و نهاد خانوادگی او می‌گردید. لذا مقتضای صدور روایت متضمن سوء استفاده از حقی است که موجب ایراد خسارت معنوی است.

۳.۲. محمد بن یعقوب کلینی از ابن مسکان و او از زرارة بن اعین و او از امام باقر (ع) نقل می‌کند که «سمرة بن جندب درخت خرمایی داشت که راه این درخت از درون منزل یکی از انصار می‌گذشت. او همواره برای سرکشی درخت می‌رفت و از مرد انصاری اجازه نمی‌گرفت. مرد انصاری به سمرة گفت: تو همیشه به صورت ناگهانی وارد خانه‌ی ما می‌شوی که ما

دوست نداریم شما به آن صورت بر ما وارد شوی، وقتی می‌خواهی وارد شوی اجازه بگیر. سمره اظهار داشت: این درخت خودم است و من در راه درخت خودم اجازه نمی‌گیرم. امام (ع) فرمود: مرد انصاری به پیامبر (ص) شکایت نمود. پیامبر سمره را احضار کرد و فرمود: فلانی از شما شکایت نموده و می‌گوید که شما بدون اجازه‌ی او بر وی و خانواده‌اش وارد می‌شوی، وقتی می‌خواهی وارد گردی اجازه بگیر. سمره عرض کرد: ای رسول خدا برای راه خودم به سوی درخت متعلق به خود اجازه بگیرم؟ رسول خدا (ص) به او فرمود: این درخت را رها کن و در مقابل درخت خرمایی در فلان مکان بگیر. سمره عرض کرد: نه. رسول خدا (ص) فرمود: دو درخت. سمره گفت: نمی‌خواهم. رسول خدا (ص) تعداد درخت‌ها را افزایش داد تا به ده درخت رسید باز سمره قبول نکرد. آن‌گاه حضرت فرمود: در مقابل آن درخت، درختی در بهشت بگیر. سمره گفت: نمی‌خواهم. پیامبر (ص) فرمود: تو می‌خواهی ضرر بزنی در حالی که ضرر و ضرار بر مؤمن نیست. سپس پیامبر دستور دادند درخت را کنند و مقابل او انداختند. رسول اکرم (ص) فرمود: برو و هر مکانی که خواستی آن را بکار» (کلینی، ۱۳۶۷ هـ ش، ج ۵، ص ۲۹۴، ح ۸).

در متن این روایت مرد انصاری نسبت به ورود ناگهانی سمره به داخل منزل، اعتراض نموده است و تصریح می‌نماید که ما دوست نداریم که به صورت سرزده وارد خانه شوی. بنابراین زمینه‌ی صدور این روایت، تجاوز به حریم خصوصی خانوادگی است که از مصادیق خسارت معنوی به‌شمار می‌آید.

۳.۳. مرحوم شیخ صدوق در کتاب *من لایحضره الفقیه* از حسن صیقل و او از ابوعبیده حذا نقل کرده که امام باقر (ع) فرمود: «سمره بن جندب درخت خرمایی در باغ فردی داشت زمانی که برای سرکشی درخت خویش می‌رفت به اهل خانواده‌ی آن مرد نگاه می‌کرد و آن مرد از این کار ناراحت بود. بنابراین شکایت محضر رسول خدا (ص) برد و از آن حضرت خواست تا سمره را احضار نماید و از او بخواهد تا هر وقت به سوی درخت خویش می‌رود اجازه بگیرد تا خانواده‌ی او بتوانند لباس خویش را بر تن کنند. رسول خدا (ص) فردی را سراغ سمره فرستاد و به او فرمود: ای سمره مسأله چیست که فلانی از تو شکایت دارد و می‌گوید بدون اجازه به خانه‌اش وارد می‌شوی و همسر او را به شکلی که دوست ندارد می‌بینی؟ ای سمره وقتی وارد خانه او می‌شوی اجازه بگیر. آن‌گاه رسول خدا (ص) به او فرمود: دوست داری که در مقابل درخت خرمایت دارای درختی در بهشت باشی؟ سمره گفت: نه. رسول خدا فرمود: سه درخت چطور؟ سمره گفت: نه. رسول خدا (ص) فرمود: ای سمره می‌

بینم که تو قصد ضرر زدن داری. ای فلانی برو آن درخت را بکن و مقابل او بینداز» (صدوق، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۳، ص ۱۰۳، ح ۳۴۲). این روایت با وضوح بیشتری بر مورد خسارت معنوی دلالت دارد، چون سمره در وقت سرکشی از درخت خویش به زن مرد انصاری نگاه می‌کرد و مرد انصاری نیز برای جلوگیری از این زیان معنوی به امنیت خانواده بود که به محضر رسول خدا (ص) شکایت برد و رسول اکرم (ص) نیز در مرحله‌ی نخستین، اذن برای ورود را از سمره خواستار شدند. برخی از فقهای معاصر نیز مقتضیات صدور حدیث لاضرر را ایراد ضرر معنوی از ناحیه‌ی سمره بن جندب به مرد انصاری دانسته‌اند (مرعشی، ۱۳۷۹ هـ ش، ج ۲، ۱۶۸-۱۶۷).

از مجموع مباحث مربوط به مقتضیات صدور برخی از ادله‌ی مربوط به خسارت معنوی نتیجه می‌گیریم که قانونگذار اسلامی نسبت به ایراد زیان معنوی بی‌تفاوت نبوده است و ایراد زیان معنوی را از حوزه‌ی مقررات و احکام نفی نموده است و در قضیه‌ی سمره بن جندب که بین ضرر مادی او و ضرر معنوی انصاری تنافی پدید آمده بود، ضرر معنوی را ترجیح داده است و رفع آن را ضروری دانسته و بدان حکم نموده است. این موضع‌گیری شارع، معرف اهتمام و جدیت او در برخورد با متجاوزین به حقوق معنوی خانواده و پیشگیری از زیان و از بین بردن زمینه‌ی ایراد خسارت معنوی است.

۴. مفردات قاعده‌ی لاضرر و خسارت معنوی به خانواده

دو عنوان ضرر و ضرار از مفردات قاعده‌ی لاضرر هستند که در این مبحث به انطباق این دو بر زیان معنوی اشاره‌ای خواهیم نمود. بسیاری از فقیهان در شمول عنوان ضرر نسبت به زیان معنوی تردید به خویش راه نداده‌اند و استعمال آن را برای خسارت معنوی حقیقی دانسته‌اند (بجنوردی، ۱۳۸۹ هـ ق، ج ۱، ص ۱۷۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ هـ ق، ج ۱، ص ۴۹؛ حلی، ۱۴۱۵ هـ ق، ص ۲۰۱). مع‌الوصف برخی از عالمان ضمن طبیعی خواندن اختلاف نظر بین لغویین به علت استعمالات مختلف کلمه‌ی ضرر نوشته‌اند: «در مجموع می‌توان گفت در مورد نفس و مال کلمه‌ی ضرر استعمال می‌شود، ولی در مورد فقدان احترام و تجلیل و آبرو کلمه‌ی ضرر کمتر استعمال می‌شود، مثلاً گفته می‌شود فلانی در آن معامله ضرر کرد یا دارویی که مصرف کرد مضر بود یا به او ضرر زده است. باید دانست در بعضی از مقررات که اخیراً به تصویب رسیده مانند قانون مسؤولیت مدنی که ریشه‌ی فرنگی دارد این معنی رعایت نشده است و ضرر در مورد خسارت معنوی استعمال شده است که شاید معادل ضرار

باشد» (محقق داماد، ۱۳۶۱ هـ. ش، ص ۱۴۳). ولی باید عنایت نمود که ضرر از عناوین عرفیه می‌باشد و استعمالات مختلف نیز معرف تلقی عرف از معنای آن می‌باشد و اصولاً تطبیق آن بر زبان‌های معنوی نیز ریشه در عرف دارد و اذعان برخی از فقیهان نسبت به شمول عنوان ضرر بر خسارت معنوی مؤید این مدعی است (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱ هـ. ق؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ هـ. ش؛ حلی، ۱۴۱۵ هـ. ق؛ خراسانی، ۱۴۱۴ هـ. ق؛ مرعشی، ۱۳۷۹ هـ. ش؛ نراقی، ۱۲۹۴ هـ. ق).

تفاوت اصلی ضرار و ضرر در اعم بودن استعمال «ضرر» در مورد تعمد و غیرتعمد در زبان است. درحالی‌که وجود تعمد در استعمال ضرار، ضروری است. بنابراین زبان اعم از این که مادی باشد یا معنوی چون بدون تعمد صورت می‌گیرد، واژه‌ی ضرر برای آن استعمال می‌شود. ولی اگر با تعمد صورت بپذیرد صحیح است که واژه‌ی ضرر یا ضرار برای آن به کار گرفته شود (حلی، ۱۴۱۵ هـ. ق، ص ۱۸۶؛ نجفی خوانساری، ۱۴۲۱ هـ. ق، ج ۲، ص ۱۹۹). چنان که نبی اکرم (ص) در قضیه‌ی سمره بن جندب این دو کلمه را برای او که تعمد در ایراد خسارت معنوی داشته است به کار گرفته است، لذا ضرار را باید حمل بر تأکید در تعمد نمود. اضرار نیز از واژه‌هایی است که بر تعمد در ایراد زبان اعم از مادی و معنوی دلالت می‌نماید.

انطباق واژه‌های ضرر یا ضرار یا هر دو بر زبان معنوی، شمول لفظی قاعده را نسبت به امکان جبران خسارت معنوی فراهم می‌آورد. بنابراین از مبحث مفردات قاعده‌ی لاضرر نتیجه می‌گیریم که شمول قاعده بدون هیچ گونه تردیدی خسارت معنوی بر فرد یا گروه انسانی مانند خانواده را در برمی‌گیرد.

۵. قاعده‌ی لاضرر و اثبات حکم ضمان و جبران خسارت معنوی

فقیهان امامیه در زمینه‌ی اثبات حکم به وسیله‌ی قاعده‌ی لاضرر اختلاف دارند. برخی مانند صاحب *عناوین* قائل به اثبات حکم از ناحیه‌ی قاعده لاضرر هستند (حسینی مراغی، ۱۴۲۹ هـ. ق، ج ۱، ص ۳۲۳ - ۳۱۷). در مقابل فقیهان بسیاری قائل به عدم اثبات حکم از ناحیه‌ی قاعده‌ی لاضرر هستند. مرحوم نراقی معتقد است نمی‌توان به استناد قاعده‌ی لاضرر، حکم به جبران ضرر به وسیله‌ی ضرر زننده کرد (نراقی، ۱۲۴۵ هـ. ق، ص ۲۰). مرحوم شیخ انصاری (ره) بر این باورند که قاعده‌ی لاضرر نفی احکام وجودی تکلیفی و وضعی می‌نماید و اشکال و تردیدی نیست؛ مع‌الوصف ایشان از طریق حکم به عدم مسؤولیت که خود موجب ضرر باشد اثبات حکم ضمان را بعید ندانسته و به نحوی آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند. وی

در این زمینه می‌نویسد: «... بنابراین همان گونه که در حکم شارع، نفی احکام ضرری واجب است جعل احکامی که از عدم آن احکام، ضرری به وجود می‌آید نیز واجب است، چون حکم عدمی مستلزم احکام وجودی است» (انصاری، ۱۲۸۶ هـ. ق، ص ۳۷۳).

شیخ انصاری اگرچه مفاد قاعده‌ی لاضرر را نفی حکم ضرری می‌دانند ولی در نهایت نتیجه می‌گیرد که نفی حکم عدمی، مستلزم احکام وجودی است؛ یعنی حکم به عدم ضمان و مسؤولیت در مواردی مستلزم تحقق ضرر برای زیان‌دیده می‌گردد و با عنایت به عمومیت قاعده و حدیث لاضرر باید حکم به ضمان نمود.

مرحوم محقق خوئی از فقیهانی است که شمول قاعده‌ی لاضرر را نسبت به احکام عدمی پذیرفته است. وی معتقد است عدم جعل حکم در موضوعی قابل جعل، جعل عدم آن حکم است. بنابراین عدم، مجعول می‌باشد؛ به‌ویژه این که شارع امری را بدون حکم نگذاشته و برای هر چیزی حکمی جعل نموده است که برخی از احکام وجودی و برخی عدمی است همان گونه که برخی وضعی و برخی دیگر تکلیفی است. بنابراین از لحاظ کبروی مانعی از این نیست که لاضرر شامل احکامی عدمی شود، اما از جهت صغروی حتی یک مورد نمی‌یابیم که عدم حکم آن، ضرری باشد تا این که حکم به رفع و ثبوت حکم با قاعده‌ی لاضرر بنمائیم (خوئی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ج ۲، ص ۵۶۰). سخن محقق خوئی نسبت به مواردی که شارع در مقام بیان باشد و موضوع قابل جعل، وجود داشته باشد کاملاً منطقی و پذیرفته است. اگر ما شارع را قانونگذار تلقی نمائیم که متکفل بیان سیستم و نظام حقوقی جامعه و مقررات و قوانین شکل‌دهنده‌ی آن است بر او لازم است که در مواردی که عدم حکم موجب ضرر یا حرج مکلفان می‌شود آن را طرد و نفی نماید (محقق داماد، ۱۳۷۳ هـ. ش، ص ۲۶۶). ولی این ادعا که در عدم حکم ضرری حتی یک مورد یافت نمی‌شود محل تأمل است. حتی برخی از فقیهان مواردی را مطرح نموده و مورد بحث قرار داده‌اند. چنان که مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی یزدی در حکم طلاق زنی که از علقه‌ی زوجیت زیان می‌بیند به قاعده‌ی نفی ضرر و حرج استناد کرده است (یزدی طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۷).

البته فقیهان دیگری در جواب گفته‌اند در صورتی می‌توان به حدیث لاضرر استدلال نمود که ضرر مسبب، تولیدی حکم باشد ولی در فرض مذکور ضرر از عدم قیام زوج به حقوق زوجه ناشی می‌شود در نتیجه ضرر مسبب از زوج است نه از حکم شرعی؛ بنابراین نمی‌توان به آن استدلال نمود (حلی، ۱۴۱۵ هـ. ق، ص ۲۰۹). مؤلف بحوث فقهیه بعد از ارایه-ی این استدلال، استناد به قاعده را به نحو دیگری مورد پذیرش قرار می‌دهند. وی در این

زمینه می‌نویسد: «در هر حال تحقیق برای ما اقتضا می‌نماید که قائل به امکان استدلال به حدیث شریف «لاضرر و لاضرر فی الاسلام» در ما نحن فیہ باشیم؛ یعنی اجرای طلاق اجباری را نزد حاکم شرعی با تمسک به نفی ضرر مورد پذیرش قرار دهیم. زیرا زوج اگر به حقوق زوجه خویش قیام نکند با این که حاکم شرعی او را به رعایت حقوق او امر نموده، امتناع بورزد و حاکم شرعی نیز نتواند او را اجبار نماید، اصرار زوج بر عدم رعایت حقوق زوجه نظیر اصرار سمره بر ورود به خانه مرد انصاری است. بدین جهت زوج به زوجه خویش زبان می‌رساند و تحت کبرای کلی لاضرر قرار می‌گیرد. بدین وسیله باب طلاق اجباری گشوده می‌شود و امر دوران پیدا می‌کند بین دو حالت، یا حاکم شرعی او را بر طلاق اجبار نماید تا زوجه را رها سازد یا حاکم شخصاً طلاق را بدست گیرد و در صورت امتناع زوج از اجرای طلاق، آن را قهراً علیه زوج جاری نماید زیرا حاکم ولی ممتنع است» (حلی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۲۱۰ - ۲۰۹).

به گمان ما فلسفه‌ی جعل قاعده‌ی لاضرر، حراست از سرمایه‌ها، حقوق، اعیان و منافع اموال و اعراض انسان‌ها و گروه‌های انسانی و در نهایت حفظ نظام اجتماعی و اقتصادی بوده است. عدم مسؤولیت اشخاص در فرض ایراد ضرر مادی یا معنوی به خانواده با فلسفه‌ی تشریح و قانونگذاری این قاعده منافات دارد. بنابراین تفکیک بین ضرر ناشی از احکام وجودی و احکام عدمی از این منظر از منطق درستی برخوردار نمی‌باشد. چون بسیاری از احکام عدمی در واقع بازگشت به نوعی حکم وجودی می‌نماید. چنان که عدم مسؤولیت ناشی از ایراد خسارت معنوی به دیگری در حقیقت حکم به برائت ذمه‌ی فاعل فعل زبان‌بار است. حال اگر دلالت لفظی حدیث لاضرر را نسبت به امور عدمی نپذیریم، حداقل با تنقیح مناط و الغای خصوصیت می‌توان شمول آن را نسبت به امور عدمی اثبات نمود. چون ملاک و مصلحت مربوط به نفی ضرر در امور وجودی و عدمی به نحو یکسانی وجود دارد، بنابراین عدم مسؤولیت فاعل فعل زیانباری که موجب هتک حیثیت، شرف یا لطمه به عواطف و احساسات افراد و گروه‌های انسانی است، خود ضرر عظیمی است که مانند هر ضرر وجودی دیگر دارای ملاک و مصلحت است. لذا به همان ملاک، جبران آن لازم و ضروری است.

به هر حال برخی فقیهان به صراحت جنبه‌ی اثباتی قاعده‌ی لاضرر را پذیرفته‌اند. از آن جمله مؤلف *تحریرالمجله* در این زمینه می‌نویسد: «این قاعده یکی از قواعد اساسی و زیربنایی در شریعت اسلامی است... و خلاصه‌ی مفاد آن را این گونه می‌توان بیان نمود: این قاعده دلالت بر حرمت ضرر و حرمت مقابله ضرر با ضرر و هم چنین وجوب تدارک و جبران ضرر دارد (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۰ ه.ش، ج ۱، ص ۲۳). سید علی حسینی سیستانی در این

زمینه می‌گوید: «بلکه قاعده‌ی لاضرر با آن معنای وسیعی که ما برای آن ذکر کردیم به خوبی از عهده‌ی اثبات ضمان برمی‌آید. زیرا بنابر آن چه که ما گفتیم این قاعده در حقیقت امضای قاعده‌ی متداول و متعارف در بین عقلا است و خود مشتمل بر تشریح احکامی است که مانع از تحقق اضرار به غیر می‌گردد. لذا حکم به ضمان کسی که خسارتی را به بار آورده است از واضح‌ترین راه‌هایی است که می‌توان با آن از اضرار امثال شخصی که دیگری را از کار کردن بازداشته است، جلوگیری کرد» (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۲۹۲ - ۲۹۱).

۶. روش‌های جبران خسارت معنوی به خانواده

با عنایت به پیچیدگی خسارت‌های معنوی و دشواری ارزیابی آن به مال و عدم امکان به-دست دادن قواعد ثابت نسبت به همه‌ی موارد و مصادیق آن از ناحیه‌ی قانونگذار بایسته است که قضات با ملاحظه‌ی متغیرهای روانی، عاطفی و اجتماعی افراد زیان‌دیده روش متناسب را برگزینند. در تعالیم حقوقی و اخلاقی اسلام روش‌هایی چون عذرخواهی و طلب مغفرت، پرداخت کفاره، دادن مال برای خشنودسازی، دیه، تعزیر مالی از جمله رهیافت‌هایی است که می‌تواند در جبران خسارت مؤثر افتد (نقیبی، ۱۳۸۶ ه.ش، ص ۴۳۳).

نتیجه

۱. خانواده مهم‌ترین و کهن‌ترین نهاد انسانی است که از همبستگی اجتماعی، عاطفی و حقوقی گروهی از انسان‌ها که دارای رابطه‌ی زوجیت یا قرابت هستند پدید می‌آید.
۲. با امعان نظر در مفاهیمی چون عیال، اهل، ذریه، ذوی‌القرین، اولی‌الارحام می‌توان به شناسایی هویت خانواده و اصالت آن در تعالیم اجتماعی اسلام اذعان نمود.
۳. حیثیت و اعتبار اجتماعی و عواطف خانوادگی از مهم‌ترین سرمایه‌ی معنوی هر خانواده به‌شمار می‌آید.
۴. زیانی که به آزادی و حیثیت افراد و اعتبار اشخاص یا احساسات و عواطف خانوادگی مذهبی، ملی یا بُعد غیر مالی آفریده فکری، هنری، علمی و صنعتی وارد می‌شود یا درد و رنجی که در نتیجه‌ی از دست دادن سلامتی جسمی پدید می‌آید یا ناراحتی روانی زیان دیده به جهت کریه شدن چهره‌ی او از حادثه‌ای یا از دست دادن عزیزی یا ملاحظه‌ی درد و رنجش به وجود می‌آید، خسارت معنوی خوانده می‌شود.

۵. زیان به حیثیت و اعتبار اجتماعی یا لطمه به عواطف خانوادگی اعضای یک خانواده، خسارت معنوی به خانواده تلقی می‌شود.
۶. قاعده‌ی لاضرر براساس برخی مبانی بر اثبات حکم ضمان بر جبران خسارت مادی و معنوی دلالت می‌نماید.
۷. در تعالیم اسلامی جبران خسارت معنوی به روش‌های اخلاقی چون عذرخواهی، طلب عفو و مغفرت و جبران مالی چون دیه در موارد قتل خطایی یا دیه‌ی اعضا میسر است.
۸. از آن جایی که خانواده فاقد شخصیت حقوقی است، جبران خسارت به خانواده تنها از ناحیه‌ی اعضای آن قابل مطالبه می‌باشد.

منابع

۱. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، بی‌جا، نجف، مطبعة الحیدریه، ۱۳۶۰ هـ.ق.
۲. انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، بی‌جا، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۹ هـ.ق.
۳. _____، *مکاسب (ملحقات)*، رساله لاضرر، چاپ سنگی، طهران، بی‌نا، ۱۲۸۶ هـ.ق.
۴. بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، بی‌جا، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ هـ.ق/۱۹۶۹ م.
۵. حر عاملی، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، بی‌جا، قم، مؤسسه آل‌البیت(ع)، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۶. حسینی سیستانی، علی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، بی‌جا، قم، مکتبه آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۷. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین*، بی‌جا، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۸. حلی، حسین، *بحوث فقهیه*، بی‌جا، بی‌جا، مؤسسه المنارة، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۹. خراسانی، محمد کاظم، *کفایة الاصول*، بی‌جا، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة للجماعة المدرسین، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۰. خمینی [امام]، *روح الله، کتاب البیع*، بی‌جا، قم، انتشارات اسماعیلیان، بی‌تا.
۱۱. خوبی، سید ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، بی‌جا، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۲. شریعت اصفهانی، فتح الله، *قاعده لاضرر*، بی‌جا، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۱۳. صدوق، محمد بن علی بن الحسین ابن بابویه قمی، *من لا یحضره الفقیه*، ج ۲، قم، جامعه المدرسین فی الحوزة العلمیه، ۱۴۰۴ هـ.ق.

۱۴. قضاعی، ابن سلامه، مسند الشهاب، ج ۱، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، بی‌جا، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۸۵ هـ. ش.
۱۶. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، ج ۳، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ هـ. ش.
۱۷. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، بی‌جا، تهران، سمت، ۱۳۷۳ هـ. ش.
۱۸. _____، قواعد فقه (بخش اول مدنی)، بی‌جا، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۱ هـ. ش.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، بی‌جا، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۲۰. مرعشی، محمد حسن، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، بی‌جا، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۹ هـ. ش.
۲۱. موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، بی‌جا، تهران، موسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹ هـ. ش.
۲۲. النجفی الخوانساری، موسی بن محمد، منیة الطالب فی شرح المکاسب، بی‌جا، قم، جامعه المدرسین بقم المشرفه، موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۸ - ۱۴۲۱ هـ. ق.
۲۳. نراقی، احمد، عوائد الایام، چاپ سنگی، طهران، بی‌نا، ۱۲۴۵ هـ. ق.
۲۴. نراقی، محمد، مشارق الاحکام، بی‌جا، طهران، بی‌نا، چاپ سنگی، ۱۲۹۴ هـ. ق.
۲۵. نقیبی، سید ابوالقاسم، خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام‌های حقوقی دیگر، بی‌جا، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۶ هـ. ش.
۲۶. نوری، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل، بی‌جا، بیروت، مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۲۷. یزدی طباطبایی، محمدکاظم، ملحقات العروة الوثقی، بی‌جا، قم، مکتبه الداوری، بی‌نا.

قرارداد اختیار معامله در فقه^۱

علیرضا امینی^۲

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، گروه فقه و مبانی حقوق

اسلامی، تهران، ایران.

علی‌رضا سلیمی

دانش آموخته‌ی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، رشته‌ی فقه و

مبانی حقوق اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

«عقد اختیار» از جمله ابزارهای جدیدی است که امروزه در بازارهای بورس مورد استفاده قرار می‌گیرد. این عقد را می‌توان از طریق برخی عقود متعارف مانند: جعاله و صلح تصحیح نمود، کما این‌که تصحیح آن بر مبنای عقد مستقل نیز عاری از اشکال است. هرچند پیوند آن با برخی از عقود دیگر مانند: بیمه و وکالت با چالش مواجه است. لازم به ذکر است شرایط عمومی عقود در این معامله وجود داشته و از این جهت دچار خلل نمی‌باشد. پرداخت حق الشرط را می‌توان از باب ابرا تصحیح کرد. در بحث پیوند اوراق اختیار معامله، پیشنهاد مشارکت و وکالت را می‌توان مطرح نمود و اشکالات وارده قابل دفع است. احکام این اوراق چون مالیت، تنزیل و سایر موارد با مبانی شرع سازگاری دارد.

واژگان کلیدی: قرارداد اختیار، اوراق بهادار، ابزارهای مالی مشتقه، بازار بورس.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۷/۲۳؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۰/۱۰/۵

۲. پست الکترونیک: ali-r-amini@hotmail.com

مقدمه

ابزارهای جدیدی امروزه وارد بازار سرمایه شده و رشد چشم‌گیری پیدا کرده‌اند. این ابزارها از یک سو موجب فعال سازی نهادهای مالی گردیده و از سوی دیگر دارای تنوع به سزایی می‌باشند؛ از جمله‌ی این ابزارها می‌توان به قرارداد اختیار معامله به عنوان یکی از ابزارهای مالی مشتقه اشاره کرد. روشن است ارزش ابزارهای مشتقه از دیگر دارایی‌های اساسی نشأت می‌گیرد. سه جنبه‌ی مجهول در مورد این قراردادها از نظر فقهی وجود دارد که عبارتند از: مشکل انطباق این قراردادها با موازین شرعی، حکم فقهی اوراق اختیار و حکم فقهی اختیار متعلق به اوراق. هرچند در مورد جنبه‌ی اول مقالاتی نگاشته شده اما جنبه‌ی دوم و سوم بحث کمتر مورد توجه قرار گرفته‌اند. در این بررسی ضمن اشاره به برخی نکات در مورد ماهیت و حکم قرارداد اختیار، ماهیت و احکام اوراق اختیار نیز مورد کنکاش واقع شده است.

همه‌ی کسانی که در فعالیتهای اقتصادی وارد می‌شوند پیوسته با یک نوع مخاطره روبرو هستند؛ به عنوان نمونه عدم پایداری قیمت محصولات کشاورزی به دلیل تغییرات پیش‌بینی نشده‌ی آب و هوا و سایر متغیرها، آینده‌ی مبهمی در برابر تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان این کالاها قرار می‌دهد. هم‌چنین تغییرات قیمت مواد اولیه مانند نفت پیوسته کشورهای تولیدکننده را با ریسک مواجه کرده و نمی‌دانند بودجه خود را بر چه میزانی تنظیم کنند.

متخصصان مالی برای حل مشکل یاد شده و ایجاد اطمینان، ابزارهای جدیدی ابداع کرده‌اند. یکی از این اختراعات ابزارهای مالی مشتقه است. علت نام‌گذاری آن‌ها به «بزار مشتقه» این است که ارزش آن‌ها از ارزش دارایی‌های دیگر مانند: اوراق بهادار، نرخ بهره، شاخص اوراق بهادار و یا کالاهای فیزیکی مشتق شده است. به هر حال مشتقات معمولاً چنین تعریف می‌شوند: «ابزارهایی که بازده آن‌ها تابع تغییرات ارزشی دارایی‌های دیگر است» (فطانت و آقاپور، ۱۳۸۰ ه.ش، ص ۲۰۷-۱۹۸).

مشتقات انواعی دارد که از جمله‌ی آن‌ها می‌توان به «پیمان آتی» و «عقود اختیار» اشاره کرد. «پیمان آتی»، معامله‌ای است که در آن خریدار و فروشنده نسبت به تحویل کالا با کمیت و کیفیت معین در تاریخ و محل مشخص به توافق برسند. قیمت در ابتدا معین می‌شود و قبل از تاریخ تحویل هیچ مبلغی رد و بدل نمی‌شود. در این قراردادها مشکلاتی وجود داشت که موجب پدیدآمدن قرارداد اختیار شد، عمده‌ی این اشکالات عبارت بودند از:

- الف. هر یک از دو طرف قرارداد باید در جستجوی طرف مقابل باشند تا همدیگر را یافته، با همدیگر قرارداد امضا کنند.
- ب. اگر یک طرف قرارداد به دلیلی نمی‌توانست به تعهد خود عمل کند، فروش قرارداد در بازار ثانویه امکان پذیر نبود. در واقع این ابزار، فاقد بازار ثانویه بود.
- ج. خطر نکول و عدم اجرای قرارداد در آن وجود داشت و نیز وقت‌گیر و هزینه‌بر بود (صالح آبادی، ۱۳۸۵ هـ. ش، ص ۷۰).

تعریف قرارداد اختیار معامله

برابر این قرارداد، دارنده یا همان خریدار در قبال پرداخت قیمت اختیار معامله به صادرکننده یا فروشنده، این حق را به دست می‌آورد که دارایی پایه را با قیمت توافقی در تاریخ معین و یا قبل از آن، از صادرکننده این قرارداد بخرد یا بفروشد بدون آن که متعهد به این خرید یا فروش باشد (درخشان، ۱۳۸۳ هـ. ش، ص ۱۹۲؛ فطانت و آقاپور، ۱۳۸۰ هـ. ش، ص ۱۶۰؛ البرواری، ۲۰۰۲ م، ص ۲۲۲). مهم‌ترین نکته در اختیارات این است که دارنده-ی آن، حق دارد که قرارداد را به اجرا بگذارد یا نگذارد.

ارکان قرارداد اختیار معامله

این قرار داد دارای ارکانی است:

۱. «قیمت اختیار» به مبلغی گفته می‌شود که خریدار اختیار، به سبب قرارداد برای کسب حق خرید یا فروش به فروشنده‌ی اختیار، پرداخت می‌کند که گاه به آن «حق شرط» گفته می‌شود. میزان این عوض در بازار تحت تأثیر عوامل گوناگون مانند زمان سر رسید قرارداد قیمت توافقی خرید یا فروش در آینده و ... قرار دارد.
۲. «قیمت توافقی یا قیمت قابل اعمال» به مبلغی اطلاق می‌شود که با پرداخت آن خریدار اختیار می‌تواند موضوع اصلی قرارداد را در آینده خریداری کرده یا نسبت به فروش آن اقدام کند.
۳. «سر رسید» به زمانی اطلاق می‌شود که در آن زمان، قرارداد اختیار معامله منقضی شده و به پایان می‌رسد. برخلاف اسناد تجاری که پس از حصول سر رسید قابل مطالبه‌اند، قرارداد اختیار معامله تا سررسید قابل اعمال و معتبر بوده و با انقضای مدت از اعتبار ساقط می‌شود و دیگر فروشنده‌ی اختیار تعهد ندارد که نسبت به موضوع قرارداد اقدامی انجام دهد.

۴. «حجم قرارداد» به مقدارهایی اطلاق می‌شود که اختیار خرید یا فروش آن با قیمت توافقی تا سر رسید مقرر به خریدار اعطا شده است. در هنگام انعقاد قرارداد اختیار معامله باید به طور دقیق مشخص شود که در سر رسید چه نوع دارایی و با چه حجمی مورد معامله قرار می‌گیرد. قابل ذکر است که قیمت توافقی سررسید و حجم آن دسته از قراردادهای اختیار که در بورس معامله می‌شود، به صورت استاندارد و از راه بورس تعیین می‌شود، در صورتی که این قراردادها در بازارهای خارج بورس معامله شوند، با توافق طرفین و پس از مذاکره تعیین می‌شود (درخشان پور، ۱۳۸۳ هـ. ش، ص ۱۹۶).

بنابراین «آتی‌ها» در دو مورد زیر با اختیار تفاوت دارند:

اول - در آتی‌ها، فروشنده هیچ گزیری جز عمل به اجرای تعهد خود ندارد، لذا باید فارغ از سود و زیان به تعهد خود عمل کند. اما در قرارداد اختیار، خریدار تنها هنگامی قرارداد را به اجرا می‌گذارد که از این کار سودی عاید وی شود. به همین دلیل برای جبران ریسک، خریدار باید به فروشنده مبلغی پرداخت کند که همان حق امتیاز است (همان، ص ۲۰۰).

دوم - در بازار آتی، خریدار فقط می‌تواند دارایی پایه را بخرد و فروشنده نیز فقط می‌تواند آن را بفروشد. در حالی که در اختیار، خریدار می‌تواند بالقوه در موضع خرید یا فروش دارایی پایه قرارگیرد، بنابراین تابع آن است که اختیار از نوع خرید است یا فروش (همان، ص ۹۳).

ماهیت عقد اختیار معامله

در توجیه و بیان ماهیت «عقد اختیار معامله» قالب‌های متفاوتی پیشنهاد شده یا می‌توان پیشنهاد کرد که به طور خلاصه برخی از آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد:

قالب بیمه

برخی احتمال داده‌اند که حق اختیار معامله نوعی بیمه باشد. برابر این مینا همان‌گونه که در بیمه، بیمه‌گذار با پرداخت مبلغی به عنوان حق بیمه، ریسک ضرر احتمالی را که در آینده نامعلوم به دارایی‌اش خواهد رسید، به بیمه‌گر منتقل می‌کند. خریدار حق اختیار معامله نیز ضرر احتمالی ناشی از تغییر قیمت را که در آینده به او متوجه خواهد شد به فروشنده منتقل می‌سازد (فطانت و آقاپور ۱۳۸۰ هـ. ش، ص ۱۵۲).

به عبارت دیگر خریدار حق اختیار معامله در صورتی که اختیار خرید، خریداری کند و

در سررسید یا قبل از آن دارایی پایه افزایش یابد، ضرری را که از این ناحیه به وی وارد شده به فروشنده منتقل می‌کند و در صورتی که اختیار فروش، خریداری کند در صورت کاهش قیمت دارایی پایه، ضرر را به فروشنده انتقال می‌دهد. این تفسیر به روشنی قابل ایراد است؛ چرا که در بیمه، خرید و فروش مطرح نیست. بلکه بیمه‌گر در قبال دریافت حق بیمه، متعهد به جبران خسارت می‌شود. به عبارت دیگر در بیمه، حق بیمه در مقابل «تأمین» قرار دارد. اما در اختیار معامله، وجهی که به فروشنده‌ی اختیار داده می‌شود در مقابل حق بیع است و تأمین، نتیجه‌ی آن است (همان، ص ۲۴).

علاوه بر آن که یکی از انگیزه‌های قرارداد اختیار، امکان استفاده از تغییرات در قیمت بازار است به گونه‌ای که اگر کسانی که وارد بازار اختیار می‌شوند از اطلاعات کافی برخوردار باشند و در پیش‌بینی هم زیرک باشند، می‌توانند در مدت کوتاهی صاحب ثروت زیادی شوند در حالی که در بیمه چنین انگیزه‌ای یا اصلاً وجود ندارد یا بسیار کم است (عصمت پاشا، ۱۳۸۲ هـ. ش، ص ۱۳۲).

قالب قول‌نامه

عده‌ای اختیار معامله را به قول‌نامه ارجاع می‌دهند. در قول‌نامه به معنای دقیق آن^۱، از آن-جا که قصد طرفین انجام بیع در زمان حال نیست، بلکه قرار تنظیم معامله در زمان آینده را دارند، بنابراین عقد اختیار نیز از جمله مصادیق قول‌نامه خواهد بود.

این نظریه نیز قابل ایراد است. روشن است که قول‌نامه‌هایی که امروزه در بین مردم متعارف است، بیع به حساب می‌آید. البته بیعی که در آن حق خیار شرط شده است و گاهی وجهی هم برای تخلف از بیع و استفاده از حق خیار در نظر گرفته شده است. در حالی که در عقد اختیار، یک طرف با پرداخت مبلغی معین حق خرید یا فروش یک دارایی را در آینده‌ی معین به خود اختصاص می‌دهد. بنابراین ماهیت این دو متفاوت است (فقه اهل بیت «علیهم السلام»، شماره ۱، ص ۱۴۹)

۱. در مورد ماهیت قول‌نامه نظرات متفاوتی ابراز شده است. برخی آن را ودیعه‌ی بیع دانسته‌اند؛ عده‌ای هم آن را مصداق شرط ابتدایی به شمار آورده‌اند؛ گروه سوم آن را موجب پیدایش تعهد معرفی کرده‌اند و گروه چهارم می‌گویند: اگر قصد آنان در زمان تنظیم قول‌نامه انجام بیع در زمان حاضر است، مصداق بیع است و گر نه صرف قرار معامله در آینده است (فقه اهل بیت «علیهم السلام»، شماره ۱، ص ۱۷۹ به بعد).

قالب وکالت

بنابر این تفسیر در حق اختیار خرید، فروشنده‌ی این حق، خریدار را وکیل کرده است که در زمان معین یا هر زمان، کالای مورد توافق را برای خود خریداری کند. در این جا وکیل در قبیل توکیل طرف مقابل، کارمزدی به وی پرداخت کرده است. البته این امر خلاف وکالت متعارف است.

این نظریه قابل ایراد است. قوام وکالت به این است که حقی از موکل سلب نشود تا او بتواند آن چه را وکیل براساس وکالت انجام می‌دهد، انجام دهد (مشروط به باقی ماندن موضوع وکالت و عدم پیش گرفتن وکیل). درحالی که در عقود اختیار حق خرید و فروش از فروشنده‌ی حق اختیار سلب می‌شود و به خریدار انتقال پیدا می‌کند (مؤمن، ۱۴۱۷هـ.ق، ص ۲۳۴).

قالب بیع عربون

«عربون» مبلغی است که مشتری به بایع می‌دهد که اگر پس از مدتی بیع را امضا کرد، آن مبلغ جز بهای کالا قرار گیرد و بقیه را به وی بپردازد و اگر تصمیم به عدم خرید گرفت، مبلغ یاد شده به فروشنده تعلق داشته باشد. از فقهای معاصر آیات اعظام خویی، تبریزی و نیز خامنه‌ای پرداخت عربون را در صورتی که به صورت شرط در ضمن عقد صورت گرفته باشد یا عقد بیع مبنی بر آن انجام شده باشد، صحیح و لازم الوفا دانسته‌اند.^۱ بنا بر نظر ابوسلیمان حق اختیار معامله در صورتی که تحت عنوان بیع العربون قرار گیرد، صحیح است (عصمت پاشا، ۱۳۸۲هـ.ش، ص ۱۳۸). محمد القری نیز بر این عقیده است که لازم نیست به انجام معاملات به همان شکل مرسوم در بازارهای مالی تن دهیم، بلکه می‌توان

۱. از آیت الله خوئی سؤال شد: آن چه در بین مردم متداول شده که شخصی که تمایل دارد کالا یا ملکی را خریداری کند، ابتدا با فروشنده بر سر قیمت توافق می‌کند و سپس مبلغی که عربون نامیده می‌شود به وی می‌پردازد و در مقابل فروشنده ملزم به این است که کالا را برای بایع نگهداری کند و به شخص دیگری نفروشد. دو طرف توافق کرده‌اند که اگر مشتری از خرید سرباز زد، حق باز پس‌گیری عربون را نداشته باشد، حکم عربون چیست و آیا فروشنده می‌تواند آن را تملک کند؟ ایشان در جواب فرموده‌اند: «بله، جایز است، اگر این شرط در ضمن عقد درج شده باشد یا عقد مبتنی بر آن باشد» (ابتدا توافق کرده‌اند و سپس بر مبنای آن، عقد را انجام داده‌اند) (خویی، ۱۴۱۲هـ.ق، ج ۲، ص ۱۷۹). آیت الله تبریزی ذیل جواب ایشان نوشته‌اند: «اگر دادن این مال به صورت داشتن شرط خیار مشتری برای فسخ باشد، اشکالی ندارد».

مقصود و غرض اصلی که ارزش‌گذاری ریسک و امکان انتقال به غیر است را در پوشش عقود شناخته شده‌ی شرعی مطرح کرد؛ مثلاً قرارداد اختیار را می‌توان با بیع العربون شبیه‌سازی نمود (البراوی، ۲۰۰۲م، ص ۲۳۷-۲۴۰).

با دقت در تعریف بیع عربون، نقد این نظریه روشن می‌شود. در عقد اختیار بهایی که هنگام خرید حق اختیار معامله پرداخت می‌شود، هرگز به عنوان جزئی از بهای دارایی مورد نظر محسوب نمی‌گردد. در حالی که در عربون، بهای پرداختی به عنوان جزئی از بهای کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد.

همان طور که شیخ محمد مختار السلامی مفتی تونس بیان داشته، چند تفاوت میان بیع عربون و این قرارداد می‌توان برشمرد:

- ۱- عربون جزء بها محسوب می‌شود، در حالی که حق اختیار جزء ثمن نیست.
- ۲- بهای اختیار را گاهی خریدار و گاهی فروشنده می‌پردازد، در حالی که در بیع عربون بیعانه همواره از سوی خریدار پرداخت می‌شود.
- ۳- بهای اختیار از عقد تنفیذ جداست، زیرا خریدار اختیار خرید یا اختیار فروش ممکن است با بیع یا هبه در دارایی مورد قرارداد تصرف نماید. وی در انتها نتیجه می‌گیرد حتی اگر بیع عربون را جایز دانستیم، باز هم نمی‌توانیم حکم به جواز اختیارات کنیم و هیچ یک به دیگری قیاس نخواهد شد به دلیل تفاوت‌های جوهری که ذکر کردیم (مجمع الفقه الاسلامی، شماره ۷، جز ۱، ص ۲۳۳).

قالب صلح

از دیدگاه مشهور فقها، صلح فقط برای رفع نزاع سابق مشروع نشده است. لذا صاحب جواهر می‌فرماید: حکمت مشروعیت صلح برای رفع خصومت و نزاع است، اما لازم نیست این حکمت در تمامی موارد باشد، مثل آن که حکمت شکسته شدن نماز در سفر، رفع مشقت و حکمت عده، اطمینان از عدم آبستن بودن زن است، اما حکم منحصر به این موارد نیست (نجفی، بی تا، ج ۲۶، ص ۲۱۱). فقهای دیگری از جمله محقق اردبیلی و علامه نیز با این نظر موافق هستند (همان).

عمده‌ی فقها اعتقاد دارند، صلح عقدی مستقل است هر چند فایده‌ی سایر عقود را داشته باشد (همان). حتی بعضی مانند علامه و ابن ادریس و محقق اردبیلی ادعای اجماع بر این مسأله کرده‌اند (محقق حلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۷؛ اردبیلی، ۱۴۱۱هـ.ق، ص ۳۳۴). تنها فقیه‌ی که صلح را تابع عقود دیگر می‌داند، شیخ طوسی است (طوسی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۸).

البته به عقیده‌ی محقق اردبیلی ایشان در این‌جا نظر عامه را نقل نموده است (احمد اردبیلی، ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۳۳۷). همان‌طور که متعلق صلح می‌تواند عین باشد، می‌توان متعلق را در آن دین، منفعت یا حق قرارداد و هر یک از آن‌ها هم به صورت با عوض یا بلا عوض مورد تصور قرار می‌گیرند (خمینی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۲، ص ۵۱۶).

علاوه‌براین، همان‌طور که می‌دانیم بیع دین به دین به اجماع فقها جایز نیست (عاملی، ۱۳۷۲ هـ. ق، ج ۱، ص ۳۴). در مورد این‌که بیع نسبه به نسبه از مصادیق آن است، اختلاف وجود دارد. البته مشهور فقها بیع نسبه به نسبه را باطل می‌دانند. حال آیا می‌توان معاملات نسبه به نسبه را (که عقد اختیار نیز شبیه آن است) از راه عقد صلح تصحیح کرد؟ اگر صلح را تابع عقود دیگر فرض کنیم، صلح در تمامی احکام تابع عقد متبوع می‌باشد و چون با حدیث «لایبایع الدین بالدین» عدم جواز بیع نسبه به نسبه ثابت شده است، صلح که تابع آن است نیز چنین حکمی را دارد. اما در صورتی که صلح یک عقد مستقل باشد و دلیلی نیز در مورد ممنوعیت صلح نسبه به نسبه نداشته باشیم، در این‌صورت می‌توان صلح نسبه به نسبه را صحیح دانست.

قالب جعاله

جعاله عبارت است از متعهد شدن شخص حقیقی یا حقوقی به پرداخت اجرت معین در برابر انجام کار معین. شخص متعهد را جاعل و انجام دهنده کار را عامل می‌گویند (خمینی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۱، ص ۵۳۸). جعاله گاه «عام» است که در این‌قسم توجه اصلی به انجام کار است و انجام دهنده‌ی کار هر فردی باشد تفاوت نمی‌کند و گاه «خاص» که کارفرما با «عامل» معینی سروکار دارد (نجفی، بی‌تا، ج ۳۵، ص ۱۹۱). مشهور فقها جعاله را جایز می‌دانند (خمینی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۲، ص ۵۳۸). بنابراین پیش از شروع کار، جاعل و عامل می‌توانند آن را به هم بزنند و بعد از شروع کار، اگر جاعل بخواهد جعاله را به هم بزند اشکالی ندارد، ولی باید مزد مقدار عملی را که عامل انجام داده به او بپردازد. بین جعاله و اجاره تفاوت‌هایی وجود دارد از جمله این‌که کاری که در قرارداد اجاره فرد برای آن اجیر می‌شود، بایستی کاملاً معلوم باشد به خلاف جعاله که می‌تواند تا حدودی مجهول باشد. در اجاره با انعقاد قرارداد، مستأجر، مالک کار و اجیر مالک اجرت می‌شود؛ در حالی که در جعاله، عامل بعد از انجام کار مالک اجرت می‌شود (همان، ج ۱، ص ۵۷۲). بر این اساس مقداری جهل در جعاله پذیرفته شده است و بنابراین قرارداد اختیار و تعهد به خرید یا فروش در قالب جعاله قابل تفسیر است.

قالب بیع حق

شارع اصطلاح جدیدی در باب بیع ندارد و همان امور عرفی و عقلایی را در باب معاملات تنفیذ نموده است. از آنجا که عرف لازم نمی‌داند مضمن عین خارجی باشد، لذا در مواردی که حقوق متعلق نقل و انتقال قرار می‌گیرد نیز قایل به صدق عنوان بیع است. از همین جا است که حق اشتراک خط تلفن، حق سر قفلی، حق امتیاز آب، برق، گاز و... مورد معامله قرار می‌گیرد و پر واضح است که مبیع در این موارد عین خارجی نیست، بلکه حقی از حقوق است (مؤمن، ۱۴۱۷هـ.ق، ص ۲۳۵).

با توجه به مطلب فوق و با عنایت به عموماتی مثل «اوفوا بالعقود» و «احل الله البیع» بیع حق، صحیح و عاری از ایراد است و از آنجا که در قرارداد اختیار، برای خریدار حق، حق خرید در آینده ایجاد می‌شود، از مصادیق بیع حق است.

قالب اسقاط حق

صاحب مال حق دارد کالای خود را به هر کس که تمایل دارد بفروشد و چنانچه کسی بخواهد فروش کالا را تا مدت خاصی متوقف کند و از حق خود استفاده نکند، در واقع در مدت معین از حق خود چشم پوشی می‌کند و می‌تواند در ازای اسقاط حق در مدت خاصی مبلغی دریافت کند. همین طور خریدار حق دارد کالا را از هر کس بخرد و چنانچه بخواهد از حق خود بگذرد و در مدت معین از این حق استفاده نکند و خود را ملزم کند که فقط از فروشنده‌ی خاصی در صورت تمایل بخرد، می‌تواند در ازای این اسقاط حق، مبلغی دریافت کند. اسقاط حق نیز از نظر فقیهان قابل معامله است؛ می‌توان آن را عوض یا معوض قرار داد (خمینی، ۱۴۲۱هـ ق، ج ۱، ص ۵۹-۶۰). این امر را می‌توان به صورت دیگر تصور کرد. فروشنده کالا می‌تواند با هر کس معامله کند، او حق انتخاب خریدار را برای هر زمان دارد. او می‌تواند حق انتخاب خریدار را در ازای مبلغ خاصی با شرایط خاصی به خریدار منتقل کند تا او یا خود، از آن استفاده کند یا به دیگری منتقل کند. بنابراین حق اختیار خرید کالا از فروشنده قابل معاوضه و انتقال است و همانند آن، حق اختیار فروش است.

در قرارداد اختیار، فروشنده در مقابل دریافت وجهی از خریدار از حق خود مبنی بر فروش کالا به هر کسی که تمایل دارد می‌گذرد؛ یعنی حق او اسقاط می‌شود. از طرفی در ازای اسقاط حق فروش خود تا زمانی معین، آن مبلغ را دریافت کرده است.

البته شاید دقیق‌تر آن است که گفته شود: با عقد اختیار فقط یک التزام به وجود می‌آید (و آن فروش به زید در آینده است) نه آنکه اسقاط حق نسبت به دیگران شده باشد و البته

نتیجه‌ی این التزام - نه عین آن - سقوط اختیار است.

قالب شرط ضمن عقد

جوابی که شورای بورس و هیأت پذیرش در جواب رئیس پژوهشکده‌ی پول و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مطرح کرده است، یکی دیگر از راه‌هایی است که برای تصحیح عقد اختیار پیشنهاد شده است: «قرارداد اختیار خرید» قراردادی است که به عنوان شرط ضمن عقد لازم که به موجب آن عرضه‌کننده‌ی فلز، حق خرید مقدار معینی از فلز مورد نظر و منطبق با استاندارد بورس را در زمان معین و با قیمت مشخص به طرف قرارداد، مصالحه می‌نماید بدون آن که طرف دیگر ملزم به خرید آن باشد. «قرارداد اختیار فروش» قراردادی است که به عنوان شرط ضمن عقد لازم که به موجب آن یک طرف قرارداد (خرید) حق فروش مقدار معینی از فلز مورد نظر و منطبق با استاندارد بورس را در زمان معین و با قیمت مشخص با طرف دیگر مصالحه می‌نماید بدون آن که طرف دیگر (فروشنده) ملزم به فروش آن باشد» (سند شماره‌ی ۱۵۰۳، ۱۳۸۲/۸/۱۲ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران).

مطابق این نظریه اگر چه طرف مقابل، شرعاً وظیفه دارد به درخواست صاحب حق، پاسخ مثبت داده و تملیک مورد نظر را انجام دهد، اما این مشکل نیز وجود دارد که بنابر این دیدگاه که ضمانت اجرای تخلف شرط ضمن عقد، صرفاً خیار تخلف است. اگر به این تکلیف خود عمل نکند، صاحب حق صرفاً می‌تواند معامله‌ی اول که بر روی مقدار کمی از دارایی مورد نظر صورت گرفته است را فسخ کند. اما به این ترتیب هدف وی تأمین نمی‌شود؛ وی به دنبال آن است که هنگام انجام آن معامله نسبت به آینده‌ی خود اطمینان داشته باشد و براساس آن برای آینده‌ی خود برنامه‌ریزی نماید.

قالب عقد مستقل

این دیدگاه بر این نکته مبتنی است که قرارداد اختیار به عناوین قبلی ارجاع پیدا نمی‌کند و از آن جا که بنابر نظر مشهور، اصل بر توقیفی بودن عقود نیست، نفس این قرارداد مادامی که با ضوابط کلی حاکم بر ابواب معاملات منافاتی نداشته باشد، به عنوان عقد مستقل قابل قبول است. بنابراین ضعف گفتار صدیق محمد امین که می‌گوید: «عقد اختیار تحت هیچ یک از عقود معروف قرار ندارد و نوعی جدید است و حکمش این است که صحیح نیست» (

مجمع الفقه اسلامی، شماره ۷، جز ۱، ص ۲۶۲) آشکار می‌شود. چرا که همان‌گونه گذشت در شریعت اسلامی، قرارداد خاصی ابداع نشده است. بنابراین تمامی قراردادهای عرفی، مادام که از طرف شارع رد نشده باشد، تنفیذ شده‌اند.

با وجود این ممکن است ایراد شود که عقد اختیار یک عنوان حاکی از یک واقعیت عینی است نه مفهومی انشایی اعتباری؛ یعنی مانند بیع، اجاره، جعاله و... از این رو معنا ندارد یک عقد مستقل این‌جا انشا شده باشد و به ناچار این عقد باید به مفاهیم دیگر (چون اجاره، جعاله و...) برگردد.

در پاسخ می‌توان گفت: هر چند فعلاً دو طرف اتفاق، بر وجود حق اختیار دارند در صدق عنوان عقد بر قرارداد اختیار کفایت می‌کند و اثر آن همان وجود حق اختیار برای خریدار یا فروشنده است.

ممکن است به نظر رسد عقد، صرف التزام به انجام کاری نیست و الا هر تعهدی ولو تعهد اخلاقی را باید عقد حساب کرد، حال آن‌که از نظر فقهی این التزامها نوعی وعده‌ی غیر الزامی به حساب می‌آیند. به عبارت دیگر از التزام تکلیفی به انجام عملی هرگز یک رابطه‌ی وضعی پدید نمی‌آید، بلکه باید رابطه‌ی وضعی بین انشا و مسبب حاصل شود. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که هر یک از دو طرف، دیگری را ملزم به عمل مورد توافق می‌کنند و همین التزام، پدید آورنده‌ی رابطه‌ی وضعی نیز خواهد بود.

مشروعیت قرارداد اختیار

تأسیس قاعده

فقه‌های شیعه مقتضای اصل اولی در معاملات را با قطع نظر از ادله‌ی اجتهادی، فساد می‌دانند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۳، ص ۳۴۰؛ انصاری، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۱۷؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۶؛ خوبی، ج ۳، ص ۷؛ خمینی، ج ۲، ص ۱۵۷). به این معنی که اگر در صحت شرعی قراردادی شک و تردید باشد، از نظر شرع اثر مطلوب و مقصود بر آن قرارداد بار نمی‌شود (خواه منشأ شک، جهل به وجود آن قرارداد در زمان شارع یا شک در امضای شارع یا جهل به اشتراط یا مانعیت چیزی در آن باشد). مبنای این اصل آن است که صحت و ترتب اثر، به ثبوت شرعی نیاز دارد و مادام که ثبوت اثر اثبات نشده، اصل اولی عدم آن است.

در عین حال اکثر فقیهان معتقدند از نقطه نظر ادله‌ی ثانوی و به مقتضای عمومات و اطلاعات مؤکد در میان ادله، بعد از احراز صدق عرفی عناوینی از قبیل عقد و تجارت، اگر به

هر دلیلی درصحت شرعی آن شک داشته باشیم، معامله از نظر شرعی صحیح بوده و آثار معامله بر آن مترتب می‌شود، مگر آن‌که دلیلی خاص یا عام بر بطلان آن اقامه شده باشد و در این مطلب فرقی بین معاملات جدید و غیر آن نیست (خمینی، ج ۱، ص ۱۱۳). بنابراین اگر نیازهای مالی جدید، باعث ابداع معاملاتی گردند که از نظر عقلا صحیح و منطقی باشد، از نظر شرع نیز صحیح و مشروع خواهد بود جز در مواردی که معامله‌ی مذکور مصداق یکی از عناوین خاص یا عام باشد. با وجود این پاره‌ای ایرادات در خصوص عقد اختیار وارد شده که در ذیل به آن‌ها خواهیم پرداخت.

ایراد غرر

هر چند برخی فقهاء، قاعده‌ی نفی غرر را مخصوص بیع می‌دانند، اما در مقابل گروهی این قاعده را شامل سایر ابواب معاملات نیز می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ هـ. ق، ج ۲، ص ۳۱۳). اینان می‌گویند: این نهی به خاطر «غرر» است نه فقط بیع غرری و به عبارت دیگر غرر علت حکم است و هر معامله‌ای که مشتمل بر غرر باشد جایز نخواهد بود. لذا فقهاء نیز در سایر عقود گاه برای بطلان به این قاعده استدلال نموده‌اند (همان). بنابراین نهی از غرر به نحو عام است و سیره‌ی مسلمین در همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها خودداری از تمام معاملات غرری و خطری است که خود کاشف از این است که غرر با قطع نظر از بیع موجب فساد است.

حال آیا در قرارداد اختیارات که حوادث پیش‌بینی نشده نقش مهمی دارند و اگر حوادث منطبق با پیش‌بینی خریدار یا فروشنده نباشد، ممکن است خساراتی بر آن‌ها وارد شود غرر و خطر وجود دارد یا نه؟

بنابر نظر وهبه زحیلی از آن‌جا که در این قرارداد ثمن مشخص نیست و بر اساس عواملی چون قیمت کالا، زمان انجام عقد، انتظارات تغییر قیمت کالا و قیمت پیش‌بینی شده و ارزش بهره معین می‌شود، بنابراین عقد اختیار معامله شرایط بیع را نداشته و غرری محسوب می‌شود (زحیلی، ۱۴۲۳ هـ. ق، ص ۵۰۹ - ۵۰۲).

از دید این مقاله این ایراد وارد نیست. اساساً معیار در تشخیص غرر عرف است و عرف «غرر» را درجه‌ای از خطر و احتمال می‌داند که عرف عام و عقلا، اجتناب از آن را لازم بدانند. حال اگر خطر در این درجه نباشد اجتناب از آن لازم نیست، هرچند این معامله همراه با جهل و احتمال است، اما عقلا اقدام به چنین معامله‌ای را جایز می‌دانند و آن را از مصادیق غرر و خطر نمی‌دانند؛ به عبارتی این مقدار از خطر کردن را روا می‌دانند.

ایراد ربا

برخی این قرارداد را به دلیل شبهه‌ی ربا باطل می‌دانند. شرط اختیار متضمن یک امتیاز زایدی است و بنابراین قرارداد به عقدی ربوی منتهی می‌شود، لذا جایز نیست (عبدالحمید الرضوان، ۱۳۸۲ هـ. ش، ص ۳۷۲ - ۳۴۷).

شاید منظور ایشان از این امتیاز زائد، زایدی حکمی است. چرا که فروشنده‌ی اختیار در مقابل مبلغی که به عنوان قیمت اختیار اخذ می‌کند، حق اختیار به خریدار واگذار می‌نماید و این امتیاز که در متن قرارداد به وی اعطا شده، باعث انتقال ریسک به طرف مقابل شده و لذا منشا پیدایش سود برای خریدار شده و مستلزم ربا است.

اما حق آن است که ایراد ربا وارد نیست. در قرارداد اختیار هیچ‌گونه شرط زایدی در متن قرارداد صورت نگرفته است و فروشنده فقط در ازای مبلغی که دریافت می‌کند ریسک‌های احتمالی خریدار را به خود منتقل می‌سازد. بنابراین در آن هیچ زایدی حکمی وجود ندارد تا گفته شود این قرارداد مستلزم ربا است.

ایراد قمار

یکی از شبهات مطرح اشمال این قرارداد بر قمار است. علی معبد الجراحی این نوع قراردادها را قمار بر قیمت‌های آینده دانسته است. قابل ذکر است از نظر علمای اهل سنت قمار شامل معامله به قصد سود بر روی کالایی که هنوز در اختیار انسان نیست می‌شود (البرواری، ۱۴۲۲ هـ. ق، ص ۲۳۵)؛ به عنوان مثال ابن تیمیه می‌گوید: «اگر آن چه نزد او نیست را به قصد سود بفروشد و بخرد در حالی که گاه باید به قیمت بیش‌تر تهیه کند و پشیمان می‌شود، این امر نوعی قمار است» (ابن تیمیه، بی‌تا، ص ۱۱۶). بنابراین ایشان غرر و قمار را از یک ماهیت قلمداد کرده‌اند و بیع شی مجهول را از موارد میسر و قمار می‌دانند و وقتی اسب یا شتری که گریخته فروخته شود، مصداقی از قمار تحقق پیدا می‌کند (همان). ظاهراً علی معبد الجراحی با توجه به همین مبنای اهل سنت، حق اختیار معامله را مصداق قمار دانسته است. محمد مختار سلامی نیز عقد اختیار را باطل دانسته و آن را عقد جدید و غیر قابل تصحیح شرعی می‌داند و می‌گوید: نزدیک‌ترین معامله به آن قمار است، زیرا ضرر و سود آن با تغییر قیمت در بازار ارتباط دارد (البرواری، ۲۰۰۲ م - ۱۴۲۳ هـ. ق، ص ۲۳۵).

در فقه شیعه اما این نوع معامله تحت عنوان «بیع ما لیس عنده» قرار دارد و در بحث غرر معاملی و قدرت بر تسلیم پیرامون آن بحث می‌شود. حق این است که حق اختیار معامله به مقتضای تبادل و ارتکاز عرفی از مصادیق قمار نیست. بدیهی است که خریدار حق

اختیار معامله، هنگام قرارداد، هیچ معامله‌ای بر روی دارایی پایه انجام نمی‌دهد و در سررسید ممکن است حق را اعمال کند یا نکند. در صورت عدم اعمال، معامله‌ای صورت نپذیرفته است و در صورت اعمال به خرید دارایی‌ای اقدام می‌کند که آن را تحویل گرفته و این مصداق قمار نیست.

ایراد ضمان ما لم یجب

در قرارداد اختیار، خریدار حق اختیار برای کسب حق خرید یا فروش باید وجهی به طرف مقابل بپردازد (که به آن قیمت اختیار گویند). ممکن است گفته شود در نظر گرفتن این وجه دارای اشکال است، زیرا ماهیت تضمین دارد و «ضمان ما لم یجب» از نقطه نظر فقهی قابل ایراد است. از شرایط درستی قرارداد ضمان آن است که آن چه بر عهده‌ی مضمون عنه است به صورت ثابت و مستقر درآمده باشد؛ مثل بدهکاری که به جهت تلف کردن مال مردم ضمان به عهده‌ی او آمده و ضامن، پرداخت آن را تضمین کرده است. اما اگر ذمه‌ی مضمون عنه مشغول نباشد، ضمان در برابر آن صحیح نیست. اما در اختیار، چون هنوز خسارتی به بار نیامده و ذمه‌ی کسی مشغول نشده است، بنابراین موضوع ضمان محقق نگردیده و پرداخت وجه، بدون جهت خواهد بود.

پاسخ به این اشکال آن است که عقد اختیار، ضمان نیست و احکام و شرایط مربوط به آن در عقد اختیار جاری نمی‌باشد. بلکه براساس آنچه گذشت، این قرارداد یا عقد مستقل است و یا ضمن عقود دیگر چون جعاله، صلح و ... تعریف می‌شود. هم‌چنین در فقه مواردی وجود دارد که فرد با شرایطی ابتدائاً و بدون اشتغال ذمه‌ی قبلی، تعهدی را پذیرفته و خود را ضامن می‌کند؛ مثل جعاله که جاعل حق الجعاله را قبل از انجام عمل تضمین نموده است. بنابراین عقد اختیار ممکن است با مانند این گونه موارد توجیه شود.

حکم فقهی اختیار معامله بر روی اوراق بهادار

اگر دارایی پایه، کالاهای فیزیکی نباشند و کالاهای اعتباری باشند (اوراق قرضه، سهام و...) حکم فقهی اختیار معامله بر روی آن‌ها چگونه است؟

ملاک و معیار صحت در این گونه موارد، صحت و عدم صحت معامله، دارایی پایه است. بدین نحو که اگر معامله‌ی دارایی پایه صحیح باشد، قرارداد اختیار روی این اوراق نیز

صحیح است و اگر معامله‌ی دارای پایه صحیح نباشد، قرارداد اختیار روی این اوراق صحیح نیست. موارد قابل بحث به شرح ذیل قابل طرح است:

۱. اختیار معامله روی اوراق قرضه^۱

مورد تعهد خرید یا فروش، اوراق قرضه است. از آنجا که ربای محرم اختصاص به زیادی برای تمدید مدت بدهی ندارد و قرض با بهره، ربا است و نیز به دلیل عدم اختصاص ربا به زیادی فاحش و بهره‌های ناعادلانه و شمول آن به بهره‌ی با نرخ کم و همچنین به دلیل عدم اختصاص ربا به قرض‌های مصرفی و شمول آن نسبت به اوراق قرضه‌های دولتی و شهرداری، تمامی انواع اوراق قرضه دارای اشکال شرعی است و به دلیل اشکال در مشروع بودن دارایی پایه، اختیار معامله روی اوراق قرضه توأم با ربا بوده و در نتیجه باطل است و از مصادیق اکل مال به باطل به حساب می‌آید.

۲. اختیار معامله بر روی قراردادهای آتی

در این مورد، حق اختیار خرید یا فروش به قراردادهای آتی تعلق گرفته است. در ارزیابی اعتبار قراردادهای آتی بین صاحب نظران اختلاف نظر وجود دارد؛ مثلاً مفتی تقی عثمانی در این زمینه معتقد است این قراردادها به دو دلیل معتبر نیستند. نخست آن‌که یک قاعده‌ی اصلی در اسلام وجود دارد و آن این‌که ثمن و مثنی نمی‌توانند هر دو مؤجل باشند. بنابراین معاملات قرارداد آتی و پیمان آتی در شریعت اسلامی معتبر نیستند. دوم آن‌که در این قراردادها، تحویل کالای مورد معامله در قرارداد مورد نظر نیست و در اغلب موارد این قراردادها بدون انجام معامله‌ای پایان می‌پذیرد و فقط با عملیات بورس‌بازی از تفاوت قیمت‌ها سود می‌برند، که این نیز در شریعت اسلامی حرام است (صالح آبادی، ۱۳۸۵هـ. ش، ص ۸۳).

اگر این قراردادها صرفاً مواعده‌ی بیع باشند، براین اساس تنها طرفین برحسب این قراردادها، قرار معامله گذاشته‌اند که در تاریخ معینی در آینده معامله را انجام دهند. در این صورت بیع در آینده انجام شده و فعلاً اتفاق خاصی جز مواعده نیفتاده است. اما اگر در این قراردادها بیع در زمان حاضر انجام شده و فقط پرداخت ثمن و مثنی به آینده موکول شود،

۱. ورقه‌ی قرضه، سند بدهکاری صادرکننده‌ی آن به خریدار یا دارنده‌ی آن است. به طور معمول اوراق قرضه، دارای سررسید است و مبلغ اسمی آن در سررسید توسط صادر کننده پرداخت می‌شود (گلریز، ۱۳۷۴هـ. ق، ص ۳۷).

در این صورت یا از مصادیق بیع دین به دین است که قطعاً باطل است یا حداقل معامله صوری خواهد بود که باز وجهی برای صحت آن نیست.

در صورتی که خود دارایی پایه دارای ایراد باشد، قرارداد اختیار روی آن (به این معنا که دارنده‌ی چنین اختیاری در صورتی که حق خود را اعمال کند، از زمان اجرا در حکم دارنده‌ی قرارداد آتی باشد) نیز دارای اشکال است.

۴. اختیار معامله روی اوراق سهام ممتاز

اوراق سهام ممتاز در برخی صور دارای اشکال است (موسویان، ص ۳۴۱ به بعد). مانند سهام ممتاز با سود جمع شونده که مستلزم قرض ربوی بود و نیز سهام ممتاز شناور که مستلزم غرر جهل بود، برخلاف سهام ممتاز مشارکتی که ایرادی ندارد. لذا قرارداد اختیار روی این اوراق در موردی که اصل دارایی پایه اشکال دارد، صحیح نیست و در سایر موارد بدون اشکال است.

۵. اختیار معامله روی اوراق مرابحه

با توجه به آن که معامله‌ی اوراق مرابحه دارای اشکال است (جواهری، ۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۲۴۷ - ۲۴۱). بنابراین اختیار روی این اوراق نیز از مصادیق بیع «العینه» است که به اعتقاد مشهور فقها جایز نیست (علامه حلی، ج ۱۴، ص ۲۴۹).

۶. اختیار معامله روی اوراق قرض الحسنه، مشارکت و...

به نظر می‌رسد از آنجا که اصل این معاملات دارای اشکال فقهی نیست، اختیار روی اوراق آن‌ها نیز عاری از اشکال باشد. یعنی اگر دلیل جواز شرعی اختیار معامله را تمام دانستیم و این قرارداد را تصحیح کردیم، این جواز به مواردی اختصاص دارد که معامله روی دارایی پایه فی نفسه جایز باشد؛ مثلاً معامله‌ی سهام به صورت نقدی جایز است. بنابراین اختیار معامله روی این اوراق بدون اشکال است. هم‌چنین با توجه به جواز اوراق قرض الحسنه، منفعت، اجاره، مشارکت، مزارعه، مساقات و مضاربه و استصناع به نظر می‌رسد، قرارداد اختیار روی این اوراق نیز بدون اشکال می‌باشد.

ماهیت فقهی اوراق اختیار

اوراق اختیار معامله، اوراق بهاداری است که به دارنده‌ی آن حق خرید یا فروش یک دارایی خاص را در قیمت معین و در تاریخ مشخص یا قبل از آن اعطا می‌کند. این اوراق به عنوان یکی از اوراق بهادار اشتقاقی شناخته می‌شود که از اوراق بهادار مشتق شده است. به عبارت

دیگر اوراق اشتقاقی، اوراقی هستند که ارزش آن‌ها بستگی به ارزش یک دارایی دیگر دارد. اختیار معامله، قراردادی است بین دو گروه (خریدار و فروشنده) به نحوی که خریدار از فروشنده‌ی اختیار معامله، حق خرید یا فروش یک سهم را در یک قیمت معین خریداری می‌کند. در این‌جا نیز همانند تمام قراردادها هر طرف امتیازی را به طرف مقابل اعطا می‌کند و خریدار به فروشنده مبلغی تحت عنوان حق شرط پرداخت می‌کند که در واقع همان قیمت اختیار معامله است. فروشنده نیز حق خرید یا فروش دارایی مذکور را در یک قیمت معین به خریدار اعطا می‌کند. اختیاری که به خرید یک سهم داده می‌شود، اختیار خرید و اختیاری که برای فروش سهم داده می‌شود، اختیار فروش گویند.

در تحلیل ماهیت فقهی اوراق اختیار دو پیشنهاد قابل طرح است:

۱. واگذاری اوراق و گرفتن وجوه آن‌ها از متقاضیان در قالب قرارداد وکالت خواهد بود؛ به این معنا که متقاضیان اوراق با اعطای وجوه و اخذ اوراق اختیار به مؤسسه‌های مالی ناشر اوراق وکالت می‌دهند، وجوه آن‌ها را همراه سایر وجوه جمع‌آوری شده از این طریق، به صورت مشاع در خرید کالاهای سرمایه‌ای و با دوام به‌کار گیرند و در انجام عملیات قرارداد اختیار، وکیل صاحبان وجوه باشند.

۲. مؤسسه‌ی مالی ناشر اوراق می‌تواند در قالب شرکت‌های خاص یا عام و با مجوز سازمان بورس اوراق بهادار این اوراق را منتشر کند. این شرکت‌ها همانند شرکت‌های سهامی تابع عقد شرکت خواهد بود. کما این‌که این مؤسسه می‌تواند یک بانک دولتی یا خصوصی یا وزارت‌خانه یا مؤسسه یا نهادهای وابسته به دولت باشد. بنابراین دارنده‌ی اوراق شرکت، مؤسسه‌ای خواهد بود که ملزم به معامله برای عقد اختیار خواهد بود و در پایان مدت اوراق، کالاهای مورد نظر همراه با مطالبات وصول شده بین صاحبان اوراق تقسیم می‌شود. فروش این اوراق در بازارهای ثانوی از باب فروش سهم‌الشرکه خواهد بود که ایرادی ندارد.

نکته‌ای که این‌جا مطرح است در این صورت مصداق جدیدی از شرکت خواهیم داشت که تفاوت آن با مصداق دیگر در این است که قرارداد در زمان خاصی با حضور تمامی شرکا صورت نمی‌گیرد بلکه جریان مشارکت در یک دوره‌ی چند روزه با آمد و شد متناوب شرکا صورت می‌پذیرد که از نظر عرف این اندازه از تفاوت مانع تحقق شراکت نمی‌باشد. بنابراین اوراق فی‌نفسه ارزشی ندارند و ارزش آن به دارایی است که از آن حکایت می‌کند و آن همان شرکت دارنده‌ی اوراق در مؤسسه‌ی مربوطه خواهد بود، به همین جهت معتبر هستند.

بر مطالب فوق اشکالاتی وارد است:

اشکال اول - میان وکالت و قرار داد اختیار جمع شده است. از آن‌جا که این اوراق توسط بورس منتشر می‌شود، کارگزار در بورس به منزله‌ی وکیل افراد است که او را وکیل کرده‌اند تا عقد اختیار (اختیار خرید یا اختیار فروش) را از جانب او انجام دهند، پس در این‌جا دو عقد با هم جمع شده‌اند.

جواب - اولاً برخی از فقها مانند شهید اول، صاحب جواهر و صاحب عروه قائل به جواز جمع بین عقود مطلقاً هستند. شهید اول در این رابطه می‌فرماید: جایز است جمع بین دو عقد مختلف از نظر حکم ولو آن‌که بین آن‌ها اختلاف از نظر لزوم و جواز باشد؛ مثل بیع، جعاله و شرکت (شهید اول، ج ۲، ص ۱۲۰ - ۱۳۱). صاحب جواهر نیز اجتماع بین بیع و نکاح و مانند این‌ها از عقود را، به عقد واحد صحیح می‌داند (نجفی، بی تا، ص ۲۲ - ۳۱). ثانیاً هر چند برخی از فقها قائل به جواز اجتماع در صورتی که بین آن دو تنافی باشد، شده‌اند و لذا از اجتماع جعاله، صرف، نکاح، قرض منع کرده‌اند. ولی اگر بین آن‌ها تنافی نباشد؛ مثل بیع و اجاره قائل به جواز هستند (شهید اول، ج ۲، ص ۱۳۰). در محل بحث میان اختیار و وکالت تنافی وجود ندارد.

اشکال دوم - از آن‌جا که این اوراق بین افراد مختلف منتشر می‌شوند، بنابراین قرارداد اختیار متعلق به یک امر مشاع شده است. ممکن است گفته شود اشاعه، مانع عقلی استیفا حق اختیار خواهد بود. زیرا با وجود اشاعه، شخص نمی‌تواند حق خود را استیفا کند.

جواب - اولاً اشاعه مانع عقلی نیست. زیرا امکان اذن از شریک وجود دارد و بر فرض، شریک حاضر نباشد به حکم شارع مراجعه و مسأله حل می‌شود. ثانیاً فقها در مشابه این مسأله (اشتراک در منافع عین مشترکه باشد) استیفاء منافع عین مشترکه را ممکن دانسته‌اند و اشاعه و شرکت را مانع نمی‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۴ هـ. ق، ج ۱۰، ص ۶۸؛ خوانساری، بی تا، ج ۳، ص ۴۵۷).

اشکال سوم - هنگام صدور این اوراق، عین موجود نیست و روشن است از آن‌جا که هدف از صدور این اوراق تجمیع سرمایه‌ی خرد می‌باشد، بنابراین اوراق با اشکال مواجه‌اند. جواب - به اعتقاد فقهای شیعه لازم نیست خود عین در زمان عقد وجود داشته باشد و همان‌طور که در تسلیم عین قدرت شأنی بر تسلیم کافی است، در وجود هم وجود تقدیری و اعتباری کافی می‌باشد. لذا گفته‌اند: عینی که در خارج وجود ندارد ممکن است در عالم اعتبار و تقدیر وجود داشته باشد (خمینی، ج ۱، ص ۳۷۷). ملکیت اعتباری در عقد کافی است، لذا در مورد کلی فی الذمه قائل به جواز هستند (اصفهانی، ص ۵).

اشکال چهارم - احتمال عدم بقای عین در طول مدت اختیار جود دارد. ممکن است اشکال شود در عقد اختیار و هم‌چنین در خرید و فروش اوراق، شبهه‌ی احتمال عدم وجود عین در آینده وجود دارد؛ حکم به عدم صحت می‌شود.

جواب - صرف وجود احتمال عقلایی به بقای عین در این عقد کافی است. منظور از احتمال عقلایی هم آن است که ظاهراً این عین تا پایان مدت اختیار باقی می‌ماند. علامه‌ی حلی در مسأله‌ای مشابه این مسأله (اجاره‌ی عین در مدتی که عین در آن مدت باقی می‌ماند، هرچند آن مدت طولانی باشد) می‌فرماید: مدتی که عرفاً و نوعاً باقی می‌ماند (علامه حلی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ج ۲، ص ۳۱۶). بنابراین ایراد فوق نیز وارد نیست.

ایراد عدم مالیت اوراق

اوراق چیزی را نمایندگی می‌کنند که هنوز وجود ندارند. اگر کسی مقداری از این اوراق را به دیگری ببخشد، از آن‌جا که مالکیت حقیقی از آن موجودی است که موهبله هنوز آن را دریافت نکرده است و قبض، یکی از شرایط صحت هبه است، پس وی هنوز مالی را دریافت نکرده است. تنها تأثیر این هبه آن است که موهبله این حق را دارد که در قبال تقدیم این اوراق به بازار بورس یا صادرکننده یا غیر آن‌ها موجودی مابه‌ازای آن را دریافت کند و این حق مانند حقوقی مثل حق شفعه یا خیار است. از همین‌جا است که چون مالیت حقیقی تجسم پیدا نکرد، خمس هم به آن تعلق نمی‌گیرد.

جواب - اولاً این اوراق به اعتبار آن‌که پشتوانه‌ی قدرت خرید هستند و بیانگر قدرت خرید دارنده‌ی خود هستند، مالیت دارند. شاهد این مسأله هم آن است که صادرکننده‌ی این اوراق بهادار، خود را به اندازه‌ی موجودی این اوراق به دارنده‌ی بدهکار می‌دانند.

ثانیاً اگر پذیرفتیم این اوراق چیزی جز سند و چک نیستند، در این‌جا می‌گوییم قبض هر چیزی وضعیت خاص خودش را داراست. زیرا مقصود از قبض، فقط قبض با دست نیست. از این‌رو اگر کسی خانه‌ای را به دیگری ببخشد، قبض در این‌جا به این معنی نیست که موهبله خانه را در کف دست خود قرار دهد، بلکه کافی است که واهب کلید خانه را به او تحویل دهد. در این‌جا نیز (عین خارجی نباشد و مال فی‌الذمه است) قبض با تطبیق مقبوض بر اعیان از نظر عرف تحقق پیدا کرده است. بنابراین اشکال خمس نیز مرتفع می‌گردد. از آن‌جا که این اوراق اعتباری هستند (نه حواله)، بنابراین خسارت کاهش ارزش آن نیازمند جبران نیست، کما این‌که در صورتی که به دست طلبکار داده شود، حق او ساقط

می‌شود هر چند پس از گرفتن تلف شود (اما در صورتی که این اوراق حواله باشند، قبل از دریافت مابه‌ازای آن، حق طلبکار ساقط نمی‌شود).

تنزیل اوراق اختیار

گاهی فردی از کسی به جهت بیع نسیه، سلف یا سبب دیگری طلب مدت‌داری دارد و از طرفی به خاطر نیاز، دوست دارد از مقداری از طلبش صرف‌نظر کند تا در مقابل، زودتر از موعد مقرر آن را وصول کند. همین‌طور گاهی بدهکار دوست دارد در مقابل کاهش مبلغ بدهی، زودتر از موعد، دین خود را پرداخت کند. فقیهان شیعه بدون هیچ اختلافی این عمل را صحیح می‌دانند. به عنوان نمونه صاحب‌جوهر می‌گوید: اگر دین، مدت‌دار باشد صحیح است با تراضی طرفین مقداری از آن کم شود و زودتر از موعد پرداخت گردد. در این مطلب اختلاف نبوده و نصوص متعددی بر آن دلالت می‌کنند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۵، ص ۳۶).

از دیدگاه برخی فقها کم کردن از مبلغ دین مدت‌دار در قبال پرداخت زودتر، جایز است و این در عرف تجار به «تنزیل» معروف است. اما اعطای مدت جدید برای بدهی سررسید شده و زیاد کردن مهلت پرداخت مدت بدهی مدت‌دار، در قبال افزایش بدهی جایز نیست (خمینی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۱، ص ۵۱۷).

از آن‌جا که اوراق اختیار بعد از صدور، قابلیت نقد شدن قبل از سررسید را دارند، یکی از احکام مترتب بر آن‌ها حکم تنزیل است که آیا صحیح و جایز است و در صورت صحت، علت آن چیست، می‌باشد. به نظر می‌رسد تعجیل ثمن با کم کردن مقداری از آن اشکال نداشته باشد، مثل آن که این اوراق را به هزار تومان یک ماهه خریده ولی قبل از سررسید آن را به ۸۰۰ تومان به مشتری به صورت نقد واگذار نماید. این عمل نوعی ابرا یا صلح بوده و صحیح است. زیرا همان‌طور که ابرای تمام ثمن صحیح است، به طریق اولی ابرای بعضی از آن نیز بلا اشکال است، در صلح هم چنین است. البته از باب هدیه هم قابل تصحیح است. روایت «انقد لی کذا و کذا و اضع عنک بقیته» (حر عاملی، ۱۳۷۲ هـ. ش، ج ۱۸، ص ۴۴۸) با ماهیت ابرا تناسب بیشتری دارد. فقها در مشابه این مسأله که خرید و فروش چک به مبلغ کم‌تر و به نحو مصالحه است می‌فرمایند: در صورتی که شخص ثالث مطرح نباشد و فقط خریدار و فروشنده طرفین معامله باشند، به این معنا که کسی مالی را به دیگری بفروشد و خریدار، چکی مدت‌دار به او بدهد، آن‌گاه فروشنده (طلب‌کار) با خریدار (مدیون) مصالحه کرده و با ابرا بخشی از دین چک

مدت دار را به مبلغ کم تر و به صورت نقد به او بفروشد، این معامله صحیح است. اما اگر خریدار چک، شخص ثالثی باشد که هیچ نقشی در معامله ندارد، در این صورت خرید و فروش چک مدت دار به مبلغ کمتر را محسوب می گردد. حکم تأجیل (اضافه کردن قیمت به شرط افزودن قیمت) قطعاً از مصادیق ربا بوده و حرام است. فقها حکم را در شبیه این مسأله یعنی معاملات نسبه با افزایش مدت به شرط اضافه کردن ثمن، ربا و حرام می دانند (محقق حلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۳۷).

منابع

* القرآن الکریم.

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه کتاب المکاسب، تصحیح سید مهدی شمس الدین، بی جا، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۲. ابن تیمیه، القواعد النورانیة، بی جا، انتشارات السنة المحمدیة، بی تا.
۳. ابن حمزه طوسی، الوسیلة، بی جا، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۴. اردبیلی، احمد ابن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، بی جا، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۵. ایروانی، میرزا علی، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق باقر فخار اصفهانی، ج ۱، بی جا، دار ذی القربی، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۶. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، بی جا، بی نا، بی تا، ج ۲.
۷. البرواری، شعبان محمد سلام، بورصة الاوراق المالیه من منظور اسلامی، بی جا، دمشق، دارالفکر، ۲۰۰۲ م - ۱۴۲۳ هـ. ق.
۸. جواهری، حسن، الربا فقهياً و اقتصادياً، بی جا، بیروت، دار المرتضی، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۹. جهان خانی، علی؛ پارساییان، علی، بورس اوراق بهادار، بی جا، تهران، انتشارات دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ هـ. ش.
۱۰. الحر العاملی، محمد، وسایل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، بی جا، بی جا، آل البيت "علیهم السلام"، ۱۳۷۲ هـ. ش.
۱۱. الحسینی المرآغی، سید میر عبد الفتاح، العناوین، قم، ج ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ. ق، ج ۲.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، بی جا، قم، مؤسسه آل البيت "علیهم السلام"، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۳. قواعد الاحکام، بی جا، قم، آل البيت "علیهم السلام"، ۱۴۱۲ هـ. ق، ج ۲.

۱۴. خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، بی‌جا، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ هـ. ق. ۱۳۷۹ هـ. ش.
۱۵. _____، *تحریر الوسیلة*، بی‌جا، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۱۶. خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، بی‌جا، بی‌جا، انتشارات مکتبه الصدوق، بی‌تا.
۱۷. خوبی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، بی‌جا، قم، مؤسسه نشر فقاها، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۱۸. _____، *منهاج الصالحین*، بی‌جا، قم، چاپ‌خانه مهر، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۱۹. درخشان، مسعود، *مشتقات و مدیریت ریسک در بازارهای نفت*، چ ۱، تهران، مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، ۱۳۸۳ هـ. ش.
۲۰. رضایی، مجید، *بررسی فقهی ابزارهای مالی مشتقه*، فصل‌نامه تخصصی اقتصاد اسلامی، ش ۱۱، پاییز ۱۳۸۲ هـ. ش.
۲۱. زحیلی، مصطفی، *مجله فقه اسلامی*، مؤتمر، مجمع الفقه الإسلامي، جده، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۲۲. زحیلی، وهبة، *الفقه الاسلامی و ادلته*، چ ۲، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۲۳. صالح آبادی، علی، *بازارهای مالی اسلامی*، چ ۱، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق "علیه السلام"، ۱۳۸۵ هـ. ش.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، بی‌جا، تهران، مکتبه المرتضویة، بی‌تا.
۲۵. عبدالحمید الرضوان، سمیر، *اسواق الاوراق المالية*، چ ۱، القاهرة، المعهد العالمی للفکر الاسلامی، ۱۳۸۲ هـ. ش.
۲۶. عصمت پاشا، عبیدالله، *فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و دیدگاه‌های فقهی*، صالح آبادی، علی، فصل‌نامه تخصصی اقتصاد اسلامی، ش ۹، بهار ۱۳۸۲ هـ. ش.
۲۷. فطانت، محمد؛ آقا پور، ابراهیم، *اوراق اختیار معامله در بازار سرمایه‌ی ایران*، چ ۱، تهران، مؤسسه تحقیقات پولی و بانکی، ۱۳۸۰ هـ. ش.
۲۸. گلریز، حسن، *بورس اوراق بهادار*، بی‌جا، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۴ هـ. ش.
۲۹. مؤمن القمی، محمد، *کلمات سدیة فی مسائل جدیدة*، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۳۰. مجمع الفقه الاسلامی، شماره ۷، جز ۱.
۳۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر، *شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چ ۳، تهران، استقلال، بی‌تا، ج ۲.
۳۲. مصطفی، محمد، *دراسة الشرعیة لاهم العقود المالية المستحدثة*، بی‌جا، مصر، بی‌نا، بی‌تا.

۳۳. موسویان، سیدعباس، *احکام فقهی اوراق بهادار*، رساله‌ی سطح چهار حوزه‌ی قم.
۳۴. مروارید، علی اصغر، *سلسله‌ی منابع الفقهیة*، بی‌جا، بیروت، مؤسسه فقه‌الشیعة، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۵. معصومی نیا، غلامعلی، *انزاهای مشتقه*، ج ۱، بی‌جا، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷ هـ.ش.
۳۶. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، بی‌جا، تهران، دارالکتب الإسلامیة، بی‌تا، ج ۲۲، ۲۳ و ۲۵.

خطاب‌های کلی و آثار آن^۱

احمدرضا توکلی^۲

دانش آموخته‌ی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، رشته‌ی فقه

مبانی و حقوق، تهران، ایران.

محمدکاظم رحمان‌ستایش^۳

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، گروه فقه و مبانی حقوق،

تهران، ایران.

چکیده

نگاه علمای اصول به خطاب‌های کلی که حاوی احکام شرعی هستند، متفاوت است. برخی خطاب‌های کلی را از جنس قضایای خارجی می‌دانند و برخی خطابات کلی را از جنس قضایای حقیقیه دانسته‌اند. براساس این دو دیدگاه، موضوع در خطاب‌های کلی افراد هستند نه خود عناوینی که در خطاب ذکر شده است. زیرا خطاب کلی منحل به خطاب‌های جزئی به تعداد افراد موضوع می‌شود؛ بنابراین باید شرایط تکلیف در آن سوی خطاب وجود داشته باشد تا تکلیف نمودن به آن صحیح باشد. در مقابل این دو دیدگاه، حضرت امام خمینی معتقدند که موضوع این خطاب‌ها خود عناوین کلی و طبایع هستند، نه افراد. حکم در این قضایا متوجه‌ی تک‌تک افراد نیست و این خطاب‌های کلی منحل به خطاب‌های جزئی به تعداد مکلفین نمی‌شود. بنابراین خصوصیات و شرایط افراد در این خطابات معتبر نیست. نتیجه‌ی پذیرفتن این دیدگاه، حلّ معضلات اصولی در مباحثی مانند مبحث ضدا یا خروج برخی اطراف علم اجمالی از محلّ ابتلاست، زیرا منشأ ایجاد اشکال، شرط بودن حالات مکلفین (مانند قدرت) در تکلیف است که باعث می‌شود در مواردی مانند خطاب به مهم در مورد ضدین و هم‌چنین خطاب به تکلیفی که خارج از دسترس مکلف است، فعلیت نداشته و متوجه مکلف نباشد.

واژگان کلیدی: حکم، خطاب، متعلق، موضوع، مکلف.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۵/۵؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۰/۹/۲۷

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): A_tavakoli44@yahoo.com

۳. پست الکترونیک: Kr.setayesh@gmail.com

مقدمه

بحث از احکام و قضایای حاوی حکم شرعی از مبادی تصویری علم اصول محسوب می‌گردد. علمای اصول در کتاب‌های اصولی به صورت مستقل به این بحث نپرداخته‌اند؛ بنابراین برای به دست آوردن آرای ایشان باید به سایر مباحث به خصوص بحث اوامر و مباحث ذیل آن رجوع کرد.

نظر مشهور در اصول این است که قضایای کلی که در کتاب و سنت وارد شده و حاوی حکم شرعی هستند از جنس قضایای حقیقیه هستند. به این معنا که این خطاب‌ها متوجهی افراد محقق‌الوجود در زمان صدور حکم و افراد مقدر‌الوجود که در آینده ایجاد می‌شوند، می‌باشد. از نگاه ایشان یک قضیه کلی به تعداد افراد موضوع آن انحلال می‌یابد و به صورت خطاب‌های جزئی متوجهی تک‌تک افراد موضوع می‌شود. برای متوجه نمودن خطاب به شخص معین، باید شرایط طرف خطاب مورد لحاظ قرار گیرد؛ مثلاً اگر طرف خطاب توان انجام تکلیف را نداشته باشد، مورد خطاب قرار دادن او برای انجام تکلیف صحیح نیست. این دیدگاه که خطاب‌های کلی منحل می‌شوند و متوجهی تک‌تک افراد شده و باید خصوصیات آن‌ها مورد لحاظ شارع قرار گیرد از لابه‌لای مباحث مطرح شده در کتب اصولی ایشان قابل استنباط است که به عنوان نمونه به گوشه‌ای از این آرا اشاره می‌شود.

اولین کتاب اصولی موجود در اصول فقه شیعه، *التذکره باصول الفقه متعلق به شیخ مفید* است که در آن کتاب مباحث اصولی به صورت کلی بیان گردیده است. در این کتاب خود خطاب و حکم تعریف نشده است، اما در مورد شمول خطاب مطالبی را بیان نموده‌اند. ظاهر عبارت ایشان به این معناست که خصوصیات مکلفین از قبیل بلوغ، علم و قدرت از شرایط خطاب است. لازمه‌ی این کلام این است که خطاب‌های شارع متوجهی تک‌تک مکلفین باشد، نه عناوین کلیه. اعتبار خصوصیات مکلفین در خطاب‌ها در صورتی است که خطاب کلی منحل به خطاب‌های شخصی شده و متوجهی افراد باشد (مفید، ۱۴۱۴ هـ. ق، ص ۳۲).

سید مرتضی نیز در تعریف خطاب، قصد نمودن مخاطب را شرط خطاب دانسته و فرق «خطاب» با «تکلم با دیگران» را در همین ویژگی دانسته است. ایشان صحیح بودن تکلم با شخص خواب و عدم صحت مخاطب قراردادن و یا امر و نهی او را به عنوان مؤید کلام خود بیان نموده‌اند. آن چه از این کلام به دست می‌آید، این است که خطاب نمودن به افراد غیر حاضر و یا معدوم به طریق اولی صحیح نیست. این خصوصیات، ویژگی‌های خطاب‌های شخصی است. ایشان در جای دیگر، در مورد شمول تکالیف نسبت به کفار و اطفال، خطاب-

های کلی شارع را مورد توجه قرار داده‌اند و معتقدند که دو چیز در شمول تکلیف نسبت به مکلف معتبر است؛ یکی صفت خود خطاب شارع و دیگری صفت مکلف. منظور از صفت خطاب، مطلق و کلی بودن خطاب است و منظور از صفات مکلف، خصوصیات مانده قدرت و بلوغ و... است. به عنوان مثال در مورد کافر می‌گویند: از آن جایی که کافر نیز واجد شرایط تکلیف (مانند قدرت) مانند مؤمن است، پس واجد شرایط است و اگر خطاب نیز به صورت مطلق و کلی باشد مانند خطاب به «الناس»، شامل کافر نیز می‌شود، زیرا کافر نیز از مصادیق و افراد «الناس» است. اما در مورد عاجز چون خصوصیات و شرایط در طرف مکلف فراهم نیست، تکلیف شامل او نیست. در مورد عبد نیز معتقدند که خطاب‌های کلی شامل او نیز می‌شود، زیرا خطاب‌ها مقید به حریت نیستند. در مورد صبی نیز از آن جایی که خطاب‌هایی مانند «اقیموا الصلاة» تجدید نمی‌شوند، همین خطاب موجود، شامل او می‌شود. به شرط این‌که معلوم باشد که بالغ و واجد سایر شرایط خواهد شد. اما در حال طفولیت، خطاب به انجام تکالیف به او تعلق نمی‌گیرد. در هر حال معتقدند که خطابات متوجهی افراد است و خصوصیات مکلف را از شرایط توجهی تکلیف نسبت به او می‌دانند (سید مرتضی، بی تا، ج ۱، ص ۸ و ۷۵).

علمای اصول اهل سنت نیز صفات مکلف مانند علم و قدرت را در توجه خطاب نسبت به آن‌ها معتبر دانسته‌اند (آمدی، ۱۴۰۲ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۵۰). غزالی در *المستصفی* در مورد آیه‌ی: «یا ایها الذین امنوا لا تقربوا الصلاة و انتم سکاری...» که ظاهر خطاب متوجهی افراد در حال مستی است و خداوند در این آیه به افراد مست تکلیف می‌نماید که در حال مستی نزدیک نماز نشوند، آورده است که چون تکلیف متوجهی ساهی و غافل و نائم نمی‌شود و شخص مست از نائم نیز وضعیت بدتری دارد (زیرا نائم را می‌توان آگاه نمود، ولی مست متنبه نیز نمی‌شود). پس باید آیه را تأویل نمود و به دنبال آن تأویلاتی را بیان می‌نمایند. ایشان در مورد معدومین نیز گفته: معدومین با فرض وجودشان در خطاب‌های شارع مورد خطاب قرار گرفته‌اند. در بیان ایشان نیز خصوصیات مکلفین از شرایط تکلیف شمرده شده است و حتی توجه خطاب‌های کلی را نسبت به کسانی که فاقد شرایط باشند، محال می‌دانند (غزالی، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۶۸).

شیخ طوسی در *عنة الاصول* شرایط مختلفی را برای امر، مأمور و مأموره بیان نموده‌اند و وجود خصوصیات مأمور، برای انجام مأموره را از شرایط عدم قبح تکلیف نسبت به او دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۱۷ هـ. ق، ج ۱، ص ۲۴۴).

صاحب معالم در مبحث خطابات مشافهه، میرزای قمی در مبحث واجب مشروط، نظری مشابه با نظرات علمای قبل از خود ابراز داشته‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۸ هـ. ق، ص ۱۲۴؛ حسن بن زین‌الدین، بی‌تا، ص ۱۰۸).

شرط بودن صفات و خصوصیات مکلفین در فعلیت خطابه‌های کلی و به طریق اولی در خطابه‌های شخصی، از ابتدای تألیف کتب اصولی امری پذیرفته شده از سوی اصولیون بوده است. منشا این اعتقاد این بوده که انحلال خطابه‌های کلی شارع به تعداد مکلفین و توجه این گونه خطابه‌ها به تک‌تک آن‌ها مورد قبول ایشان بوده و طبیعتاً همان ویژگی‌هایی که مخاطبین در خطابه‌های شخصی باید داشته باشند در این گونه خطابه‌ها نیز معتبر دانسته می‌شد. کسانی که خطابه‌های شرعی را از جنس قضایای حقیقیه یا خارجی می‌دانند، معتقدند این قضایا انحلال می‌یابد و وجود موضوع با تمام شرایط، در فعلیت حکم مؤثر است (نایینی، ۱۳۶۸ هـ. ش، ج ۱، ص ۱۲۷).

اگر موضوع حکم را در خطابه‌های کلی شارع، خود عنوان و طبیعت کلی مذکور در خطاب بدانیم، خطاب کلی به خطابه‌های جزئی منحل نمی‌شود؛ بنابراین لازم نیست که در صدور خطاب حالات و خصوصیات مکلفین لحاظ گردد. امام خمینی (ره) خطابات کلی را از جنس قضایای طبیعی دانسته و معتقدند که حکم، در این گونه خطابه‌ها متوجهی خود طبیعت و عناوین کلی است که در خطاب ذکر شده است.

پذیرفتن هر یک از این دیدگاه‌ها در جهت‌گیری‌ها در مورد سایر مسایل اصول مؤثر است. به عنوان مثال در مبحث ضد، اگر قائل به توجه خطاب به افراد نباشیم و قدرت را شرط تکلیف ندانیم، برای حلّ مسأله نیازی به طرح مباحثی مانند ترتب نخواهیم داشت. یا در بحث علم اجمالی، خروج یکی از اطراف علم اجمالی از محل ابتلا، باعث اجرای اصل برائت در طرف دیگر نخواهد بود. زیرا خطابه‌های کلی متوجهی افراد نیست تا خطاب نمودن به اجتناب از چیزی که از دسترس مکلف بیرون است، قبیح باشد. بنابراین داشتن تصویری صحیح از خطابه‌های کلی و شناخت اجزا و جنس این گزاره‌های شرعی ضروری است.

مفهوم خطاب و اجزای آن

خطاب و مخاطبه مصدر از ریشه‌ی «خطب» و به معنای: «توجه الکلام نحو الغیر للإفهام» آمده است. یعنی «متوجه نمودن سخن به سوی دیگری برای فهماندن معنا به او» (طریحی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۲، ص ۵۰). وقتی کسی بر منبر کلام خود را متوجهی دیگران می‌کند، به این

سخن او «خُطبه» گفته می‌شود و به خود شخص «خطیب» گویند. مخاطب نیز کسی است که روی سخن با اوست (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۱، ص ۳۶۰).

معنای اصطلاحی خطاب با معنای لغوی آن اختلاف نداشته و در تعاریف علمای اصول به معنای اراده نمودن مخاطب و متوجه نمودن کلام به سوی او آمده است. یا به عبارت دیگر سخنی که با آن سخن، قصد مواجهه‌ی با دیگری شده است (مشکینی، ۱۴۱۳ هـ. ق، ج ۲، ص ۴۱۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۳ هـ. ق، ص ۴۹). خطاب به این معنا، علاوه بر خطاب‌های شارع نسبت به مکلفین شامل سایر خطاب‌های مورد استفاده در محاورات مردم نیز می‌گردد. سید مرتضی قصد نمودن مخاطب را شرط خطاب دانسته و فرق «خطاب» با «تکلم با دیگران» را در همین ویژگی دانسته است. ایشان صحیح بودن تکلم با شخص خواب و عدم صحت مخاطب قراردادن و یا امر و نهی کردن او را به عنوان مؤید کلام خود بیان نموده‌اند (سید مرتضی، بی تا، ج ۱، ص ۸).

منظور از خطاب‌های شرعی، گزاره‌هایی است که در کتاب و سنت جهت انتقال مفاهیم و احکام به مخاطبین آمده است. موضوع این خطاب‌ها که کلام متوجه‌ی آن‌ها است، ممکن است شخص یا گروه خاصّ یا یک عنوان کلی باشد که به صورت عام یا مطلق ذکر شده است. براین اساس خطاب‌های شرعی به دو دسته تقسیم می‌شوند: خطاب شخصی و خطاب کلی (صدر، ۱۴۱۷ هـ. ق، ج ۳، ص ۳۲۳). خطاب شخصی به خطابی گفته می‌شود که مخاطب آن، شخص یا اشخاص محدود و معینی هستند که برای متکلم شناخته شده هستند. در خطاب شخصی، حکم قضیه به مکلف خاصی تعلق می‌گیرد و تمام موضوع برای حکم، همین مکلف خاص است. در این‌گونه خطاب‌ها خصوصیات مکلف در نظر گرفته می‌شود؛ زیرا خطاب متوجه‌ی شخص یا اشخاص معین و به صورت قضیه‌ی خارجیّه است که موضوع آن در خارج موجود و مشخص است. مانند خطاب خداوند به حضرت موسی «علیه السلام» که می‌فرماید: «إذهب إلی فرعون...». در این خطاب‌ها آگاهی مخاطب و توانایی او برای انجام یا ترک آن چه از او خواسته شده از شرایط نخستین خطاب است. در مقابل خطاب کلی، خطابی است که به یک عنوان کلی تعلق می‌گیرد و ربطی به خصوص این فرد و آن فرد و این جمعیت و آن جمعیت ندارد مانند همه‌ی طبایع و کلیات که با تبادل افراد آن، خود کلی متبادل نمی‌شود بلکه به جای خود باقی است (خمینی، ۱۳۸۵ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۷۵). مانند آیه‌ی: «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود» که آن سوی خطاب، همه‌ی کسانی هستند که فرد کلی «مؤمن» محسوب می‌شوند. این خطاب‌ها محدود به زمان و مکان مخصوصی نیست. حکم در این خطاب‌ها کلی بوده و خصوصیات اشخاص مدخلیتی در آن ندارد.

موضوع بحث خطاب‌های شرعی کلی است. به عبارت دیگر آن دسته از خطاب‌هایی است که در کتاب و سنت به صورت قضایای کلی وارد شده‌اند و حاوی یک حکم شرعی تکلیفی یا وضعی هستند. هم‌چنین، خطاب‌های شخصی یا خطاب‌های کلی که حاوی حکم شرعی نیستند از موضوع بحث خارج هستند.

به طور معمول یک خطاب شامل: حکم (یا صیغه‌ای که دلالت بر حکم دارد)، متعلق حکم و موضوع است و گاهی علاوه بر این سه عنصر، عنصر چهارمی به نام «متعلق المتعلق» نیز دارد (نایینی، ۱۴۰۹ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۴۵). در برخی موارد نیز فقط شامل حکم و متعلق است. به عنوان مثال در خطاب «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»، صیغه‌ی امر «اوفوا» دلالت بر حکم شرعی تکلیفی «وجوب» دارد. متعلق این حکم، «وفا نمودن» است که فعل مکلف است و موضوع حکم «مؤمنین» هستند. به عقود نیز متعلق المتعلق گفته می‌شود، زیرا وفای به عقد که متعلق حکم است به عقود تعلق گرفته است.

در خطاب «وجوب حج بر مستطیع»، حکم «وجوب» و متعلق آن «حج» و موضوع آن «مستطیع» است. در خطاب «الخمر نجس»، حکم «نجاست» است که عیناً در خطاب بیان شده و این حکم به خمر تعلق گرفته که به آن در اصول، گاه موضوع و گاهی متعلق حکم گویند. پس یک خطاب ممکن است دو جز یا بیش‌تر باشد که در هر حال یک جز خطاب، حکم است. مطلب دیگر آن است که همیشه در خطاب‌ها، حکم شرعی مستقیماً به افعال مکلفین تعلق نمی‌گیرد. فقط احکام تکلیفی هستند که مستقیماً به افعال مکلفین مربوط می‌شوند. احکام وضعی گاهی به خود شخص تعلق می‌گیرد؛ مانند حکم «حجر» که به خود مجنون یا صغیر تعلق می‌گیرد و گاهی به اشیا؛ مانند: «الماء طاهر» که حکم «طهارت» به آب تعلق می‌گیرد. با این توضیح عناصر خطاب به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف. حکم در خطاب‌های کلی

حکم یکی از اجزای خطاب‌های کلی است. اما برخی از اصولی‌ها در بیان مفهوم حکم شرعی، حکم را به خطاب تعریف نموده‌اند و آن دو را یکی دانسته‌اند. در عبارات بیش‌تر قدمای علم اصول اعم از شیعه و سنی، حکم شرعی به خطاب تعریف شده است. در *المستصفی* حکم عبارت است از خطاب شارع و قبل از خطاب شارع حکمی وجود ندارد. پس مقدمات حکم از قبیل مصلحت و مفسده، حبّ و بغض، اراده و کراهت مولی و به‌طور کلی مراحل و مقدمات قبل از خطاب، از نظر ایشان حکم محسوب نمی‌شود (غزالی، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۷).

برخی نیز با کمی اختلاف در تعبیر، حکم را به خطاب یا مدلول آن یا خطاب شارع که مفید فایده شرعی باشد یا خطاب متعلق به افعال مکلفین که به صورت اقتضا یا تخییر است، تعریف نموده‌اند. اقتضا یا حکم اقتضایی شامل همه‌ی احکام تکلیفی به جز اباحه می‌شود زیرا در حکم اقتضایی طلب وجود دارد. ولی تخییر به معنای مخیر بودن مکلف بین انجام و ترک فعل است که فقط شامل اباحه می‌شود (شهیدثانی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۳۹؛ فخررازی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ج ۱، ص ۸۸).

برای بیان تفاوت بین حکم و خطاب، شناخت ماهیت حکم شرعی لازم است. واژه‌ی حکم، مصدر است و به معنای قضاوت و داوری بین مردم آمده است (جوهری، ۱۴۱۰ هـ. ق، ج ۵، ص ۱۹۰۱). در تعریف اصطلاحی حکم، علمای اصول تعاریف مختلفی بیان نموده‌اند. مبنای این تعاریف به مراحل مختلف و مقدمات حکم بر می‌گردد. برخی خود اراده و کراهت و یا اراده‌ی اظهار شده که ناشی از وجود مصلحت یا مفسده در متعلقات احکام است را حکم شرعی دانسته‌اند (عراقی، ۱۴۰۵ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۶۴). بعضی از اصولیین سراغ مرحله‌ی بعد از اراده و کراهت رفته و حکم را جعل و انشا دانسته‌اند. برخی نیز قدم بعدی را که عبارت از تبلیغ و خطاب است به عنوان تعریف حکم برگزیده‌اند و حکم شرعی را عبارت از خطاب شارع که متعلق به افعال مکلفین است دانسته و حکم را عبارت از خود خطاب دانسته‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۳۹).

صرف‌نظر از این که حکم چیزی در عالم تکوین است یا عالم اعتبار، در هر صورت با خطاب متفاوت است. خطاب یا وسیله‌ی ابراز حکم است (اگر حکم، امری تکوینی باشد) یا ابزار انشا و جعل حکم است (اگر ماهیت حکم، اعتباری باشد). در عبارات علمای اصول فراوان دیده می‌شود که دو واژه‌ی خطاب و حکم را به یک معنا و به جای یک‌دیگر به کار می‌برند. حتی برخی حقیقت حکم را خطاب شارع دانسته‌اند (غزالی، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۸). اما به نظر می‌رسد که این مسامحه در تعبیر است؛ زیرا به‌طور قطع، خطاب و حکم به یک معنا نیستند. شهید صدر در این زمینه می‌فرماید: «خطاب‌های شرعی در کتاب و سنت حکم را بیان می‌کنند و کاشف از حکم هستند نه این که خودشان حکم شرعی باشند. با این بیان تعریف حکم شرعی به صیغه‌ی مشهور که توسط قدمای اصول انجام شده خطا است؛ زیرا آن‌ها حکم را به خطاب شرعی که به افعال مکلفین تعلق گرفته تعریف نموده‌اند، در حالی که خطاب کاشف از حکم بوده و حکم مدلول خطاب است» (صدر، ۱۴۰۵ هـ. ق، ج ۱، ص ۵۲). البته آن‌گونه که شهید صدر فرموده‌اند همه‌ی قدمای اصول قائل به این مطلب نبوده‌اند. شیخ طوسی خطاب و نه خود حکم را طریق به سوی احکام معرفی نموده‌اند (طوسی،

۱۴۱۷ هـ. ق، ج ۱، ص ۷). به هر حال، براساس تعریف‌های مختلف حکم می‌توان گفت: خطاب وسیله‌ی ابراز حکم است و یا این که حکم از اجزای خطاب (یا مدلول خطاب) است.

ب. متعلق حکم

موضوع حکم در خطاب‌های کلی، عناوینی مانند «مؤمنین» یا «الناس» است که حکم متوجه‌ی آن‌هاست. مانند: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» که حکم وجوب وفای به عقد، متوجه‌ی «مؤمنین» است. اما متعلق حکم، همان فعلی است که انجام یا ترک آن خواسته شده است. مثلاً در خطاب: «یا ایها الذین امنوا اقيموا الصلاة»، متعلق حکم «نماز» است که انجام آن از مؤمنین (موضوع حکم) خواسته شده است.

یکی از مباحثی که در علم اصول به آن پرداخته شده، این است که آیا اوامر به طبایع یا به افراد تعلق گرفته است (حکیم، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۲، ص ۴۶۹). مثلاً در خطاب اخیر، آیا حکم به عنوان و طبیعت نماز تعلق گرفته یا این که حکم از عنوان صلات به معنونات سرایت نموده و در واقع به افراد و مصادیق نماز تعلق گرفته است؟ در ظاهر خطاب، حکم به عناوین و ماهیات بار شده است. طبیعت و ماهیت نیز از آن جهت که طبیعت و ماهیت است نمی‌تواند متعلق امر و نهی قرار گیرد؛ زیرا «الماهية من حيث هي ليست الا هي». ماهیت با حیثیت مزبور قابل ایجاد در خارج نیست و یک مفهوم ذهنی است (طباطبایی، ۱۳۸۷ هـ. ش، ج ۲، ص ۲۷). از طرف دیگر، اگر بگوییم که متعلق حکم در خطابات، طبیعت موجود در خارج یا همان مصادیق است نیز با اشکال مواجه است. زیرا امر، طلب ایجاد طبیعت در خارج است؛ پس اگر به طبیعت موجود در خارج تعلق بگیرد، طلب حاصل است. پس باید گفت: امر به طبایع تعلق می‌گیرد اما طبیعت نه بما آنه طبیعت، بل بوجودها السعی (فیروزآبادی، ۱۴۰۰ هـ. ق، ج ۱، ص ۴۵۶). در واقع متعلق حکم، کلی طبیعی است که همان عنوان به اعتبار انطباق آن بر افراد است. وقتی شارع می‌فرماید: «ان الانسان لفي خسر»، مسلماً طبیعت انسان من حیث هی که هیچ گونه تحقیقی ندارد منظور نیست. شارع در این‌جا طبیعت انسان به اعتبار انطباق آن بر افراد را بدون توجه به خصوصیات فردیه لحاظ نموده است. کلی طبیعی در مقابل کلی عقلی و کلی منطقی است. کلی منطقی همان وصف کلیت است؛ یعنی قابلیت صدق بر بیش از یک مصداق؛ مانند وصف کلیت که در ذهن بر ماهیت انسان عارض می‌شود. کلی عقلی نیز مجموع موصوف و صفت را گویند؛ مانند ماهیت انسان بما هو کلی. کلی طبیعی، نفس طبیعت و ماهیت است؛ مانند ماهیت انسان که اگر در ذهن

موجود شود متّصف به کلیت می‌شود و اگر در خارج تحقّق یابد جزئی و متشخّص خواهد بود. جایگاه کلی عقلی و منطقی فقط ذهن است، اما کلی طبیعی در خارج و در ضمن افرادش وجود دارد. پس حکم در خطابات شرعی به طبایع نه به افراد تعلق می‌گیرد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۱۳۸). در مورد متعلّق حکم، مشهور اصولیین معتقدند که اوامر به طبایع و نه به افراد متعلّق حکم تعلق می‌گیرد. به عنوان مثال در خطاب مزبور، حکم شارع به وجوب صلات به طبیعت کلی نماز نه به افراد خارجی نماز تعلق گرفته است. اختلاف دیدگاه‌ها در مورد متعلّق حکم، ثمره‌ی عملی مهمّی ندارد. فقط در مسأله‌ی ضد گفته شده که بنابر تعلق اوامر به طبایع، می‌توان فرد مزاحم را نیز به قصد امر به طبیعت به جا آورد و عمل صحیح خواهد بود، ولی بنابر تعلق اوامر به افراد، خصوص فرد مزاحم فاقد امر خواهد بود و نمی‌توان آن را به قصد امر امتثال نمود.

ج. موضوع حکم

موضوع حکم در خطاب‌های کلی، عناوینی چون «الناس»، «المؤمنین» و... هستند. در بین علمای اصول، در مورد موضوع این که حکم در خطاب‌ها به خود عناوین کلی تعلق می‌گیرد یا به معنونات و افراد یا به افراد محقّق‌الوجود در زمان خطاب تعلق می‌گیرد یا به اعمّ از آن و افراد مفروض‌الوجود، اختلاف نظر وجود دارد (نایینی، ۱۳۶۸ هـ.ش، ج ۱، ص ۱۲۵). برخی معتقدند خطاب‌های شارع از جنس قضایای خارجی هستند. بنابراین موضوع در این خطاب‌ها افراد موجود در خارج هستند. به عنوان مثال در خطاب «یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم الصّیام»، حکم وجوب روزه متوجّه‌ی مؤمنین موجود در خارج است. حکم در این قضایا شامل افرادی است که در زمان خطاب، تحقّق داشته باشند. برخی از علمای اصول در خصوص خطاب‌هایی که با ادوات ندا یا ضمائر خطاب همراه هستند (خطاب‌های شفاهی) خطاب را متوجّه‌ی حاضرین دانسته و در مورد شمول این دسته از خطاب‌ها نسبت به غیر حاضرین به دلایلی نظیر قاعده‌ی اشتراک تکلیف، تمسک نموده اند (حسن بن زین‌الدین، بی‌تا، ص ۱۰۸).

نظر دوّم که نظر مشهور در بین علمای اصول است، این است که خطاب‌های کلی به صورت قضایای حقیقیّه هستند. در قضایای حقیقیّه، موضوع قضیه، افراد محقّق‌الوجود و مقدّر‌الوجودند (مظفر، ۱۳۸۵ هـ.ش، ج ۱، ص ۱۰۶). مثلاً در خطاب «لله علی الناس حجّ البیت من استطاع الیه سبیلًا»، موضوع خطاب «انسان مستطیع» است. در این قضیه حکم وجوب حج، علاوه بر کسانی که موجود و مستطیع در حال خطاب هستند، شامل هر انسان

مستطیعی که در هر زمانی یافت شود و متّصف به صفت استطاعت شود نیز می‌شود. موضوع حکم، تمام عناصری است که در فعلیت تکلیف دخالت دارند و تا زمانی که این عناصر وجود نداشته باشند، حکم در مرحله‌ی انشا باقی می‌ماند (آقا ضیاء عراقی، ۱۴۰۵ هـ. ق، ج ۱، ص ۳۱۳).

وجه اشتراک دو نظر مذکور این است که خطاب‌های کلی انحلال یافته و متوجه‌ی افراد می‌گردد؛ یک خطاب کلی، به خطاب‌های جزئی به تعداد مکلفین منحل می‌شود و متوجه‌ی تک تک آن‌ها می‌شود.

محقق نائینی در این زمینه می‌فرماید: موضوع در قضایای خارجیه افراد خارجی است نه عنوان طبیعتی که بر افراد منطبق است. اما در قضایای حقیقیه، موضوع، عنوان طبیعتی است که اشاره به افراد دارد. یعنی فرق بین قضایای حقیقیه و خارجیه را در این می‌دانند که موضوع در قضایای خارجیه فرد و اشخاص معین هستند. اما در قضایای حقیقیه موضوع، افراد نیستند بلکه عنوان است. ایشان می‌فرمایند: افراد ابتدائاً موضوع حکم نیستند و اولاً و بالذات، طبیعت موضوع است و به عنوان مرآتی برای افراد ملاحظه می‌شود. ایشان حتی معتقدند اگر در قضایای خارجیه عنوان جامعی هم وجود داشته باشد این اتّفاقی است و الاّ بر خلاف قضایای حقیقیه، عنوان دخالتی در حکم ندارد. این فرمایش محقق نائینی مورد اشکال امام(ره) واقع شده است. ایشان می‌فرمایند: از این جهت فرقی بین قضایای حقیقیه و خارجیه نیست؛ یعنی هم در قضایای حقیقیه و هم در قضایای خارجیه حکم متعلق به یک عنوان کلی شده است، منتهی عنوان در قضایای خارجیه مقید است ولی در قضایای حقیقیه عنوان مقید نیست و الاّ از این جهت که موضوع در هر دو قضیه عنوان و طبیعت است هیچ فرقی نمی‌کند. در قضایای خارجیه موضوع عنوان است، ولی عنوانی که مقید به افراد موجود و محقق در زمان خطاب است، ولی در قضایای حقیقیه این قید نیست. مثلاً فرض کنید مولایی حکم کرد و به نحو کلی گفت: «اکرم العلماء»، اگر این قضیه خارجیه باشد، موضوع این وجوب اکرام، افراد نیستند بلکه همین عنوان العلماء است، لکن العلماء مقید به افراد موجود در زمان خطاب است. به عبارت دیگر این عنوانی که موضوع قضیه‌ی خارجیه قرار گرفته به واسطه‌ی این قید فقط منطبق بر افراد موجود و محقق می‌شود؛ یعنی قابلیت انطباق خودش را بر همه‌ی افراد اعم از محقق و مقدر از دست می‌دهد. این طبیعت و این عنوان فقط منطبق می‌شود بر افرادی که در زمان خطاب در خارج موجودند؛ اما در قضایای حقیقیه این قید وجود ندارد. عمده‌ی سخن ایشان این است که در هر دو عنوان موضوع

است نه این‌که بگوییم در قضایای خارجیّه فرد و افراد موضوعند، اما در قضایای حقیقیّه عنوان است.

اشکال حضرت امام، در جایی‌که موضوع در قضیه خارجیّه یک عنوان عام باشد، وارد است یا اگر خاص است، منظور یک فرد نباشد بلکه افراد متعدّد باشند. اما اگر خاص به معنای یک فرد و یک شخص تنها موضوع باشد، در این صورت ما نمی‌توانیم مدّعی شویم که عنوان مقید به قید، وجود بالفعل موضوع است، چون یک فرد بیش‌تر ندارد. بنابراین دیگر این تقید معنا ندارد و در این صورت اشکال وارد نیست. مگر این‌که گفته شود این قضیه یک قضیه‌ی خارجیّه نیست، بلکه یک قضیه‌ی شخصیّه است که در کلمات مرحوم نایینی به این مطلب اشاره نشده است و ایشان این گونه قضایا را به عنوان مثالی از قضایای خارجیّه بیان کرده‌اند (نایینی، ۱۳۶۸ هـ. ش، ج ۱، ص ۱۲۵). فرق دیگری که مرحوم نایینی ذکر کرده‌اند این است که قضایای حقیقیّه منحل به قضایای شرطیه می‌شود، اما قضایای خارجیّه منحل به قضایای شرطیه نمی‌شوند. این تفاوت در کلام سایر اصولیین نیز دیده می‌شود (صدر، ۱۴۱۷ هـ. ق، ج ۳، ص ۳۵۵؛ خویی، ۱۴۱۹ هـ. ق، ج ۴، ص ۷۸).

علت این‌که قضایای حقیقیّه منحل به قضایای شرطیه می‌شود، اما قضایای خارجیّه منحل به قضایای شرطیه نمی‌شوند این است که براساس دیدگاه مشهور، در قضایای حقیقیّه حکم روی طبیعت به عنوان آیینه و مرآت افراد بار شده و بنابراین، موضوع در این قضایا افراد محقّق و مقدرالوجودند. معنای این سخن این است که این قضایا، به قضایای شرطیه منحل می‌شوند. مثلاً وقتی گفته می‌شود «الخمر مسکر»، این قضیه اگر چه به ظاهر یک قضیه‌ی حملیه است و موضوعش هم خمر است، اما این موضوع اشاره می‌کند به هر چیزی که مصداق خمر است، یعنی هر چیزی که در خارج مصداق این خمر قرار می‌گیرد. اگر ما بخواهیم این قضیه را تحلیل کنیم در حقیقت این‌گونه است که اگر چیزی در خارج تحقّق پیدا کرد که صدق خمر بر او شد مسکر و حرام است.

نظر سوّم این است که موضوع این خطاب‌ها، خود عناوین کلیّه‌ای هستند که در خطاب ذکر شده‌اند. موضوع، خود کلیّی طبیعی و نه افراد است. این نظر برای اولین بار توسط حضرت امام خمینی مطرح شد. ایشان معتقدند که خطابات کلیّی از جنس قانون هستند و این‌گونه خطابات را خطابات قانونی نامیدند. حضرت امام بر خلاف نظر مشهور، معتقدند که عنوان و طبیعت نمی‌تواند مرآت و حاکی از افراد باشد. طبیعت، دلالت بر ماهیّت لایشرط دارد و برای همین معنا وضع شده است و برای دلالت بر عوارض و خصوصیات و افراد وضع نشده است. این موارد از دایره‌ی موضوع له طبیعت خارج هستند. البته طبیعت در خارج با

افرادش اتحاد دارد و قابل انطباق بر آنها است؛ اما صرف انطباق و اتحاد، حکایت و دلالت محسوب نمی‌شود. شارع حکم خود را متوجهی خود طبیعت می‌کند و از آن‌جایی که این طبیعت در خارج قابل انطباق بر افرادش است، هر مکلفی که آن عنوان و طبیعت را بر خود منطبق دید باید منبعث شود. بنابراین انحلالی در خود خطاب وجود ندارد (خمینی، ۱۳۸۲ هـ. ق، ج ۱، ص ۲۳۹؛ همان، ۱۴۱۵ هـ. ق، ج ۲، ص ۱۴۴).

نظریه‌ی خطاب قانونی یکی از آرای بدیع امام خمینی (ره) در مباحث اصولی است که ایشان این نظریه را در بیان کیفیت خطاب‌های صادره از شارع در کتاب و سنت، مطرح نموده‌اند. در خطاب‌های شخصی و جزئی شارع باید در مرحله‌ی جعل حکم، ویژگی‌ها و خصوصیات شخص مورد خطاب را لحاظ نماید؛ زیرا حقیقت حکم تکلیفی، تحریک و بعث ناشی از اراده‌ی مولاست (همان، ص ۱۷۶). حال اگر شارع حکم را متوجهی شخص عاجز نماید که توان انجام تکلیف را ندارد یا متوجهی کافر یا عاصی نماید که از بعث او منبعث نمی‌شود یا متوجهی تکلیفی نماید که در دسترس مکلف نیست و به عبارت دیگر از محل ابتلا خارج است، در تمامی این موارد تکلیف کردن قبیح است (حکیم، ۱۴۰۸ هـ. ق، ج ۲، ص ۳۰۲). گاهی نیز خطاب‌های شارع متوجهی شخص معینی نیست و روی خطاب به کلیه-ی مکلفین، مؤمنین یا مردم است. یعنی موضوع در خطاب یک عنوان کلی است. مانند خطاب «یا ایها الذین امنوا، اوفوا بالعقود» که حکم وجوب وفای به عقد متوجهی همه‌ی مؤمنین است، نه شخص خاص. در این گونه خطاب‌ها همان‌گونه که گفته شد، نظر مشهور علمای اصول بر این است که این خطاب‌های کلی به نحو قضایای حقیقیه بوده و به تعداد افراد موضوع خود (مؤمنین) منحل می‌شوند و مانند خطاب شخصی، هر یک از افراد، یک حکم جزئی مخصوص به خود دارند. به عنوان مثال اگر موضوع کلی، هزار فرد داشته باشد، خطاب کلی نیز منحل به هزار خطاب شخصی و جزئی می‌شود. لازمه‌ی پذیرش این مبنا این است که همان شرایطی که برای توجهی خطاب به شخص خاص در خطاب‌های شخصی لازم بود در این خطاب‌ها نیز لازم باشد. پس باید ملتزم به این شد که خطاب‌های کلی شارع اصلاً متوجهی کافر، عاصی، عاجز و ساهی نیست و این افراد مکلف نیستند. زیرا شرایط تکلیف را ندارد و بعث آنها لغو است.

علمای اصول برای رهایی از مشکلات این نظریه در هر مورد اقدام به ارایه‌ی راه‌حلهایی نموده‌اند. مثلاً تکلیف به عاصی را از نوع تکالیف امتحانی دانسته‌اند و بقیه‌ی موارد را نیز با شیوه‌های مختلف توجیه کرده‌اند. در مقابل امام خمینی (ره) معتقد بودند که موضوع در خطاب‌های شرعی خود عناوین کلیه‌ای هستند که در خطاب ذکر گردیده‌اند؛ بدون این‌که

خطاب کلی منحل به خطاب‌های جزئی شود. شارع در مقام جعل احکام کلی، روشی مغایر با قانون‌گذاران عرفی و شیوه‌ی عقلا ندارد. اگر حکمی در جامعه دارای ملاک باشد و در جامعه انگیزه‌ی عمومی عمل به مدلول خطاب وجود داشته باشد، هر چند در جامعه تعدادی عاجز، جاهل به حکم و عاصی نیز وجود داشته باشد، جعل حکم به صورت قانون قبیحی نخواهد داشت. لازم نیست شارع حالات یکایک مکلفین را لحاظ کند و بعد اقدام به جعل حکم نماید. زیرا حکم او متوجه‌ی افراد نیست؛ بلکه موضوع خطاب عناوین کلیه‌ای مانند «مؤمنین» یا «الناس» هستند. البته در مقام عمل و اجرای قانون هر مکلفی که عنوان موضوع قانون را بر خود منطبق دید باید منبعث شود، زیرا قانون پس از جعل و ابلاغ آن به فعلیت می‌رسد و در صورت وجود مانع برای برخی از مکلفین مانند عجز یا جهل، آنان معذور خواهند بود نه این که تکلیف در حقّ او فعلیت نداشته باشد. به بیان دیگر تکالیف قانونی عبارت است از این که مولا یک جمعی را در نظر می‌گیرد و برای همه‌ی آن‌ها وظیفه‌ای را تعیین می‌کند، این‌طور نیست که شخص خاصی را در نظر گرفته باشد بلکه جماعتی را در نظر گرفته است. در زمان ما و بر طبق قوانین جدید اگر بخواهیم مثال بزنیم مثل این است که مجلس قانونی را تصویب کند به این مضمون که: «کسبه باید هفت درصد از درآمد خود را در پایان هر ماه به عنوان مالیات بپردازند»، این تکلیفی است که متوجه‌ی عنوان کلی «کسبه» شده است، اما این‌طور نیست که تک‌تک افراد را بالخصوص مورد توجه قرار داده باشد و با در نظر گرفتن خصوصیات فردی به آن‌ها خطاب نموده باشد. در این خطاب، وجود ملاک برای جعل قانون و وجود عده‌ای که از این خطاب منبعث شوند، کافی است. اگر امکان عمومی برای عمل به قانون وجود نداشته باشد، این تکلیف قبیح خواهد بود.

در کلمات دیگر اصولیون که معتقدند این خطابات به نحو قضایای حقیقیه هستند، این تکالیف انحلال پیدا می‌کند؛ یعنی مثل این است که به تک‌تک کسبه به صورت خطاب شخصی بگویند که مالیات خود را در پایان هر ماه پرداخت کنند، بنابراین همان شروطی را که در تکالیف شخصی وجود دارد در تکالیفی که به عموم می‌شود، همین شرایط باید باشد. چون تکالیفی که به عموم گفته می‌شود به تکالیف شخصی انحلال پیدا می‌کند. در تکالیف شخصی مسلّم گرفته‌اند که یکی از شرایط این است که باید مکلف بر امتثال و ترک آن چه مولا خواسته، قدرت داشته باشد. در تکالیف عمومی به لحاظ این که به تکالیف شخصیه انحلال پیدا می‌کند، قدرت شرط است. پس اگر کسبه‌ای به هر علت توان پرداخت مالیات در پایان ماه را نداشته باشد، تکلیف در حقّ او فعلیت نداشته و متوجه‌ی او نیست و تکلیف کردن به او قبیح است. امام خمینی(ره) در جایی که خطاب کلی و تکلیف عمومی است

مطلب را این‌طور نمی‌دانند. تکلیف در این‌صورت یک قانون و وظیفه‌ای است که از طرف قانون‌گذار قرار داده می‌شود و این‌طور نیست که چون به صورت عموم قرار داده شده است، شرط تکالیف خصوصی را داشته باشد. حضرت امام این نوع گزاره‌های شرعی را خطاب‌های قانونیه نامیدند.

در تکالیف قانونی مسأله، جعل قانون و وظیفه است، این‌طور نیست که خداوند و یا قانون‌گذارهای دیگر تکلیف را به صورت عمومی جعل کنند و شخصی که عاجز باشد به خاطر عجزش وظیفه به او متوجه نشود و قانون شامل حال او نشود. بلکه او هم مکلف بوده که این کار را انجام دهد، اما به خاطر این ناتوانی به او اجازه داده می‌شود که با این تکلیفی که هست مخالفت کند و به اصطلاح معذور در مخالفت است.

در نگاه امام خطاب‌هایی که در کتاب و سنت آمده در مقام جعل قانون هستند نه این‌که اراده‌ی شارع به انجام فعل غیر تعلق گرفته باشد، تا این‌که لازم باشد شرایط و خصوصیات او در تکلیف لحاظ شود. هدف نهایی در امرهای کلی و قانونی این نیست که همه‌ی مکلفین منبعث شوند و به سوی انجام تکلیف حرکت نمایند، بلکه هدف جعل قانون است. اصولاً اراده‌ی شارع در تشریح و تکوین یکی است. در تشریحات اراده‌ی خداوند به انجام تکلیف توسط افراد تعلق نگرفته است؛ بلکه اراده‌ی خداوند به ایجاد قانون تعلق گرفته است. طبیعی است که دسته‌ای به این قانون عمل نمایند و گروهی نیز عصیان نموده و گردن به قانون نهند. به هر حال این‌طور خطاب نمودن، لغو و بی‌ثمر نخواهد بود. در این‌گونه اوامر کلی و قانونی به تعداد همه‌ی مکلفان تکلیف وجود ندارد، بلکه یک تکلیف کلی و یک قانون برای همه‌ی مکلفان جعل گردیده است.

حضرت امام با استناد به این نظریه به بسیاری از مشکلات علم اصول در مباحث مختلف مانند اجتماع امر و نهی و خروج برخی از اطراف علم اجمالی از محل ابتلا، تکلیف به عاصی و کافر و... پاسخ داده‌اند. به‌طور کلی در هر جایی که ویژگی و حالات مکلف مانند عجز ایجاد مشکل نموده است، با این نظریه می‌توان مشکل را مرتفع نمود.

نتیجه

نتایج عملی و دارای اهمیت این بحث، فقط بر اختلاف دیدگاه‌ها در مورد موضوع خطاب‌های کلی مترتب می‌شود. اگر خطابات شرعی از جنس قضایای خارجی یا حقیقیه باشند، بنابر نظر مشهور منحل گردیده و حکم این خطاب‌ها متوجه‌ی افراد خواهد بود. بنابراین شرایط

خطاب‌های شخصی باید در مورد این خطاب‌ها نیز رعایت گردد. در خطاب‌های شخصی، آن سوی خطاب باید قابلیت انبعاث را داشته باشد تا تکلیف نمودن به او صحیح باشد. کسانی که قائلند خطابات کلی به تعداد افراد موضوع انحلال می‌یابد و حکم را متوجه‌ی افراد می‌دانند، شرایط مکلفین را نیز باید در صحت توجه خطاب به او لحاظ نمایند. بنابراین مخاطب باید دارای شرایط تکلیف باشد تا این که امکان متوجه نمودن خطاب به او وجود داشته باشد. به عنوان مثال خطاب کردن و تکلیف نمودن به شخصی که قدرت انجام عملی را ندارد، قبیح است و مثل این است که انسان به جمادی خطاب کند و از او کاری را بخواهد. اگر قضایای شرعی را از نوع قضایای خارجی بدانیم که این مطلب واضح است، در مورد قضایای حقیقیه گفته شده که این قضایا، در مورد افراد موجودی که دارای شرایط تکلیف هستند، فعلیت داشته و در مورد کسانی که در آینده موجود می‌شوند، انشایی است. زمانی که فردی موجود شود و شرایط تکلیف را دارا شود، این حکم انشایی در حق او فعلی می‌شود. به همین دلیل است که برخی از علمای اصول، موضوع را در خطابات، کلیه‌ی عناصری می‌دانند که در فعلیت تکلیف دخیل هستند.

مرتبه‌ی انشاء، مرتبه‌ی جعل حکم است بدون بعث و زجر که بعد از مرتبه‌ی اقتضاست. در این مرحله حکم جعل گردیده، اما هنوز وقت اعلام و عمل به آن فرا نرسیده است. مرتبه‌ی فعلیت، مرحله‌ای است که حکم شرعی از انشاء به مرحله‌ی بعث و زجر می‌رسد و حکم علنی شده و نسبت به مکلفین فاعلیت و زاجریت پیدا می‌کند و عمل به حکم مطلوب شارع است. براساس دیدگاه مشهور در مورد خطاب‌های کلی، اگر شخصی دارای شرایط باشد، انبعاث او صحیح خواهد بود و حکم برای او فعلی است و اگر فاقد شرایط باشد، انشایی است؛ زیرا تحریک کسی که شرایط تکلیف را ندارد، به انجام تکلیف قبیح است. مانند این که به انسان فلج تکلیف کند که راه برود. این تکلیف قبیح است، زیرا در طرف خطاب، شرایط منبعث شدن از انبعاث مولی موجود نیست. بدیهی است که اگر شخصی در یک زمان قدرت انجام تکلیف را داشته باشد و در زمان دیگر ناتوان باشد، حکم نیز در زمانی برای او فعلی و زمان دیگر برای او انشایی خواهد بود.

آن‌گونه که حضرت امام معتقدند، حکم این خطاب‌ها متوجه‌ی خود عنوان کلی مذکور در خطاب خواهد بود که هیچ‌گونه مراتب و دلالتی بر افراد ندارد. بر این اساس، خطاب‌های کلی به خطاب‌های جزئی انحلال نیافته و حکم متوجه‌ی تک‌تک افراد نخواهد بود. اثبات حکم برای افراد از طریق انطباق طبیعت و عنوان موضوع خطاب بر افراد است. در خطاب‌های قانونی که خطاب متوجه‌ی عناوین کلی است و عموم مصادیق آن عنوان کلی مورد

خطاب هستند، توان انجام تکلیف هر چند از سوی بخشی از آنان در تکلیف نمودن و مورد خطاب قرار دادن آنان کافی است؛ هر چند برخی از آنان به دلیل وجود موانعی قادر به انجام تکلیف نباشند.

هدف شارع در این خطاب‌ها قانون‌گذاری و نه انبعاث و تحریک تک‌تک افراد به سوی انجام تکلیف است. طبیعی است که براساس این دیدگاه، شرایط مکلفین از قبیل قدرت و علم در جعل قانون و صدور خطاب کلی، معتبر نخواهد بود. تغییر حالات مکلفین نیز تأثیری در فعلیت تکلیف نخواهد داشت. براساس این دیدگاه، حکم دو مرحله بیش‌تر ندارد: مرحله‌ی انشای حکم و مرحله‌ی فعلیت آن. زمانی که حکم از مرحله‌ی انشا به مرحله‌ی فعلیت رسید و زمان اجرای قانون فرا رسید، حکم در همین مرحله نسبت به همه باقی می‌ماند. این‌گونه نیست که اگر کسانی فاقد شرایط باشند، حکم برای آن‌ها در مرحله‌ی انشا باقی بماند و هر زمان که شرایط فراهم شد حکم در حق آنان فعلیت یابد. زیرا اساساً حکم متوجه‌ی خود افراد نیست و برای انبعاث تک‌تک افراد جعل نگردیده است تا بگوییم انبعاث کسی که فاقد شرایط است، قبیح است. اگر کسی در حالی که قانون به مرحله‌ی فعلیت و اجرا رسیده، توان انجام تکلیف را نداشته باشد، این شخص فقط معذور خواهد بود نه این‌که حکم برای او فعلیت نیافته و انشایی باشد.

از نگاه حضرت امام، اراده‌ی شارع در تکوین و تشریح تفاوتی نداشته و تقسیم اراده به اراده‌ی تشریحی و تکوینی صحیح نیست. این‌که گفته شده اراده‌ی تکوینی به انجام فعل یا ایجاد چیزی توسط خود مرید تعلق گرفته و اراده‌ی تشریحی به انجام آن توسط کس دیگری غیر از خود مرید، صحیح نیست؛ زیرا اراده نمی‌تواند به فعل غیر تعلق یابد. در مورد تشریحات، اراده‌ی شارع به خلق و ایجاد قانون و حکم تعلق گرفته نه به انجام آن توسط بندگان؛ به همین دلیل در خطابات کلی شارع که در مقام جعل و ایجاد قانون صادر شده، ویژگی‌ها و خصوصیات مکلفین از قبیل علم و جهل، عجز و قدرت و... دخالتی ندارد. زیرا اراده‌ی خداوند مستقیماً به فعل مکلفین تعلق نیافته تا بگوییم تکلیف به عاجز یا جاهل قبیح است. اراده‌ی شارع، تشریح و خلق قانون بوده و با وجود مصلحت و اراده و قابلیت انبعاث (حتی در صورتی که برخی از مکلفین به واسطه‌ی شرایط خاص توان انجام تکلیف را نداشته باشند)، مانعی از جعل قانون وجود ندارد. البته در صورتی که اراده‌ی شارع به جعل قانونی تعلق یابد که انجام آن در توان هیچ یک از افراد موضوع آن تکلیف نباشد، این تکلیف چه به صورت شخصی و چه به صورت کلی و قانونی قبیح خواهد بود.

منابع

۱. آمدی، الاحکام فی اصول الاحکام، بی‌جا، دمشق، نشر مکتب اسلامی، ۱۴۰۲ هـ. ق.
۲. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، مؤسسة آل البيت "علیه السلام"، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۳. آقا ضیاء عراقی، نهایة الافکار، بی‌جا، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۴. _____ مقالات الاصول، بی‌جا، قم، نشر مجمع فکر اسلامی، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۵. ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، بی‌جا، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۱۵.
۶. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، نشر دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱ و ۲.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بی‌جا، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ هـ. ق، ج ۶.
۸. حکیم، سید عبدالصاحب، منتقى الاصول، بی‌جا، بی‌جا، چاپ الهادی، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۹. حکیم، سید محسن، حقائق الاصول، بی‌جا، بی‌جا، نشر بصیرتی، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۰. حسن بن زین الدین، معالم الاصول، بی‌جا، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی‌تا.
۱۱. خمینی، سید روح الله، رسائل، بی‌جا، تهران، نشر اسماعیلیان، ۱۳۸۵ هـ. ق.
۱۲. _____ تهذیب الاصول، نشر اسماعیلیان، تهران، ۱۳۸۲ هـ. ق.
۱۳. _____ انوار الهدایة، بی‌جا، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۱۴. خویی، سید ابوالقاسم، دراسات فی علم الاصول، بی‌جا، بی‌جا، نشر دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ هـ. ق، ج ۴.
۱۵. صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، بی‌جا، بی‌جا، نشر دارالمنتظر، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۱۶. _____ بحوث فی علم الاصول، بی‌جا، بی‌جا، نشر دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۷. سید مرتضی، الذریعة الی اصول الشریعة، بی‌جا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ هـ. ش.
۱۸. شهید ثانی، تمهید القواعد، بی‌جا، بی‌جا، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲۰. طباطبائی، محمدحسین، بدایة الحکمة، شرح شیروانی، بی‌جا، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷ هـ. ش.
۲۱. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ج ۳، تهران، کتاب‌فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ هـ. ق، ج ۶.
۲۲. طوسی، العتة، انصاری، محمدرضا، بی‌جا، قم، ستاره، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۲۳. غزالی، المستصفی فی علم الاصول، بی‌جا، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۲۴. فخر رازی، المحصول، بی‌جا، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۲۵. فیروزآبادی، سید مرتضی، عنایة الاصول، بی‌جا، قم، انتشارات فیروزآبادی، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۲۶. کاظمی، محمد علی، فوائد الاصول، بی‌جا، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ هـ. ق.

۲۷. محقق حلی، معارج الاصول، ج ۱، بی‌جا، مؤسسة آل‌البيت "علیه السلام"، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۲۸. مشکینی، ابوالحسن، حواشی مشکینی، بی‌جا، بی‌جا، نشر لقمان، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۹. مشکینی، میرزا علی، اصطلاحات الاصول، بی‌جا، بی‌جا، نشر الهادی، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳۰. مظفر، محمدرضا، دروس فی علم المنطق، بی‌جا، قم، نشر هاجر، ۱۳۸۵ هـ.ش.
۳۱. مفید، تذکرة، مهدی نجف، بیروت، دارالمفید، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۳۲. میرزا ابوالقاسم قمی، قوانین الاصول، بی‌جا، بی‌جا، نشر علمیه اسلامیة، ۱۳۷۸ هـ.ق.
۳۳. نایینی، محمدحسین، فوائد الاصول، اراکی، بی‌جا، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۳۴. _____، اجود التقريرات، بی‌جا، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸ هـ.ش.