



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

بررسی قاعده المشقة تجلب التيسير وتطبيقات آن دراحكام معاملات

(رساله ماستری)

محصله: عاطفه "انصاری"

استاد رهنما: دوکتور محمد یونس "ابراهیمی"

سال: 1402 هـ. ش – 1445 هـ. ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

بررسی قاعده المشقة تجلب التیسیر و تطبیقات آن در احکام معاملات

(رساله ماستری)

محصله: عاطفه "انصاری"

استاد رهنما: دوکتور محمد یونس "ابراهیمی"

سال: 1402 هـ. ش – 1445 هـ. ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

دپارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترمه عاطفه بنت شمس الدین ID: SH-MSF-99-770 محصله دور هشتم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: بررسی قاعده المشقة تجلب التيسير و تطبيقات أن لرحاحام معاملات به روز پنجشنبه تاریخ ۱۴۰۲/۱۲/۲۴ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۲ (نمره به عدد) نود و دو (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور نجیب الله صالح	عضو هیات	
۲	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیات	
۳	دکتور محمد یونس ابراهیمی	استاد رهنا و رئیس جلسه	

معاون علمی

امر بورد ماستری

إهداء

پدرم؛

چراغ روشنایی بخش زندگی ام حاجی پدرجان پارسا و وظیفه شناسم، عمری شبیه شمع سوخت تا فرزندش در روشنایی آن راه گم نشود - وبا وجدان پاک عاشقانه تا ختم بخیر این سفر علمی چون کوه محکم و استوار تکیه گاه ام بود.

مادرم؛

اوکه خود مایه آرامش و خوشی است. پیوسته در مقابل طوفان های زندگی علمی ام سپری پولادین بوده است و زندگی اش را هزینه به ثمر رساندم نمود و هنوز چون دژ شکست ناپذیر حامی و پشتیبان من است. از خداوند برایشان طول عمر با برکت و توأم با صحتمندی را متمنی ام.

برادرانم؛

آنان که با صبر و شکیبایی در نایل آمدن این قافله من را یار بودند.

خواهرانم؛

همواره با قلب های پاک و بی آلایش شان در پیمودن این سفر علمی خواهرانه همراه ام بودند.

دوستانم؛

با دست گیری اخلاقی و انسانی شان من را کاخ نشین این کامیابی نمودند. سپاسگذارم.

سپاس نامه

نخست سپاس پروردگار عالم را که نیرو، عقل و وجدان را آفرید و با ارسال حضرت محمد مصطفی «□» عنصر خوب را از بد تفکیک کرد و ثانیاً در مسیر علم و معرفت رهنمون نمود و توفیق نعمت همنشینی اهل فضل و خرد را نصیب ما گردانید. بر حسب وظیفه و از باب «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» از استاد شایسته ام جناب دکتور محمد یونس «ابراهیمی» که در نهایت حوصله مندی و خوش رفتاری یاری ام نمود و زحمت راهنمایی این پایان نامه را بر عهده گرفت سپاسگذارم.

هم چنین از همه اساتید به خصوص جناب دکتور مصباح الله «عبدالباقی»، مدیران و مسوولان این کانون علمی که در جمع آوری منابع و تدوین این تحقیق دریغ نورزیده اند، قلباً ممنون و قدردانی دارم.

چکیده

فقه اسلامی با توجه به نیازهای معاملاتی انسان ها جهت ادامه زندگی، قاعده المشقت تجلب التیسیر را پدیده آورده است. چنین عمل بخاطر دفع مشقت و جلب منفعت وضع شده است، تا مشکلات فرا راه معاملاتی انسان ها را دفع نماید.

درخصوص موضوع این تحقیق آثار زیادی در قالب کتب، پایان نامه، و مقاله نگاشته شده است، اما تحقیقی که به زبان فارسی - دری باشد به ندرت مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. گردآوری مطالب این تحقیق از طریق مراجعه به منابع مکتوب، از شیوه ای کتاب خانه ای گردآوری گردیده و محتوای آن با روش توصیفی - تحلیلی و تطبیقی تدوین گردیده است. این تحقیق به هدف دستیابی به آسانی و زدودن مشکلات انسان ها در معاملات قاعده المشقت تجلب التیسیر را مورد بحث و تحقیق قرار داد.

برآیند مطالعات این تحقیق حاکی از آن دارد که دین در همه امور مادی و معنوی راه کارهای را جهت سهولت برای رفع حرج و جلب منفعت پیروانش در نظر گرفته است که قاعده مذکور بازتاب خوبی برای مسایل مستحدثه جهت دور کردن مشقت و جلب منفعت است.

این تحقیق درسه فصل سازماندهی یافته است. فصل اول (کلیات) درسه مبحث ترتیب شده است. مبحث اول تعاریف مصطلحات، مبحث دوم ادله و فروع قاعده المشقه تجلب التیسیر و مبحث سوم انواع، اسباب و ضوابط تیسیر. فصل دوم، تطبیقات قاعده المشقه تجلب التیسیر در ارکان و شروط عقد که در مبحث تنظیم شده است. مبحث اول تطبیقات قاعده المشقه تجلب التیسیر در ارکان عقد و مبحث دوم تطبیقات قاعده المشقه تجلب در شروط عقد. فصل سوم، تطبیقات قاعده المشقه تجلب التیسیر در بعضی از عقود که بنا بر رفع حرج مشروع گردیده اند در مبحث اختصاص یافته است. مبحث اول در بیان رهن، مبحث دوم در بیع سلم، مبحث سوم در بیان کفالت، مبحث چهارم در بیان وکالت، مبحث پنجم در بیان اقاله، مبحث ششم در بیان اجاره، مبحث هفتم در بیان مضارب، مبحث هشتم در بیان عاریت، مبحث نهم در بیان قرض و مبحث دهم در بیان شفعه.

کلید واژه ها:

مشقت، تیسیر، معامله، حکم، فقه.

فهرست عناوین

أ	إهداء
ب	سیاس نامه
ج	چکیده
1	مقدمه
1	تبیین مسئله:
2	اهمیت موضوع:
2	اهداف تحقیق:
3	سوالات اصلی و فرعی تحقیق
3	پیشینه تحقیق:
4	روش تحقیق:
4	سازمان دهی تحقیق:

فصل اول

کلیات تحقیق

5	مبحث اول: تعاریف مصطلحات
5	مطلب اول: تعریف قاعده
9	مطلب دوم: تعریف مشقت
10	مطلب سوم: تعریف تیسیر
10	مطلب چهارم: اهمیت قاعده فقهی
11	مبحث دوم: ادله و فروع قاعده المشقه تجلب التیسیر
11	مطلب اول: دلیل نقلی و عقلی
15	مطلب دوم: فروع قاعده المشقه تجلب التیسیر
17	مبحث سوم: اقسام و شروط مشقت
17	مطلب اول: مشقت معتاد یا مالوف
17	مطلب دوم: مشقت غیر معتاد یا غیر مالوف

18	مطلب سوم: شروط مشقت
19	مبحث چهارم: انواع، اسباب وضوابط تيسير
19	مطلب اول: انواع تيسير
20	مطلب دوم: اسباب تيسير
21	مطلب سوم: ضوابط تيسير

فصل دوم

تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در اركان وشروط عقد

23	مبحث اول: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در اركان عقد
23	مطلب اول: تعاريف اصطلاحات
26	مطلب دوم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در اركان عقد
32	مطلب سوم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در اركان عقد
33	مبحث دوم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در شروط عقد
33	مطلب اول: اعتبار واتحاد مجلس
34	مطلب دوم: زمان اعتبار ايجاب وقبول
38	مطلب سوم: ثبوت خيارات جهت دفع ضرر
40	ب: خيار شرط
48	مطلب چهارم: نقصان وخلل در اهليت وتاثير آن بر عقد
56	مطلب پنجم: اجبار بر عقد واثر فقهى آن
65	مطلب ششم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در شروط عقد

فصل سوم

تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بعضى از عقوديكه بنا بر رفع حرج مشروع

گردیده اند

66	مبحث اول: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بيان رهن
66	مطلب اول: تعريف رهن
69	مطلب دوم: حكم ودليل مشروعيت عقد رهن
71	مطلب سوم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در عقد رهن
72	مبحث دوم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بيان بيع سلم

72	مطلب اول: تعاريف اصطلاحات
73	مطلب دوم: بيع سلم نزد فقهاء
77	مطلب سوم: مشروعيت بيع سلم
83	مطلب چهارم: اركان بيع سلم
85	مطلب پنجم: تطبيق قاعده المشقة تجلب التيسير در بيع سلم
85	مبحث سوم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بيان كفالت
85	مطلب اول: تعريف كفالت
87	مطلب دوم: دليل مشروعيت كفالت
89	مطلب سوم: تطبيق قاعده المشقة تجلب التيسير در باب كفالت
90	مبحث چهارم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بيان وكالت
90	مطلب اول: تعريف وكالت
90	مطلب دوم: تعريف وكالت نزد فقهاء
91	مطلب سوم: دليل مشروعيت وكالت
92	مطلب چهارم: تطبيق قاعده المشقة تجلب التيسير در باب وكالت
93	مبحث پنجم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بيان اقاله
93	مطلب اول: تعريف اقاله
95	مطلب دوم: مشروعيت اقاله
99	مطلب سوم: اركان اقاله نزد فقهاء
100	مطلب چهارم: حكمت مشروعيت اقاله
101	مطلب پنجم: تطبيق قاعده اقاله
101	مبحث ششم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بيان اجاره
101	مطلب اول: تعريف اجاره
103	مطلب دوم- حكم اجاره
103	مطلب سوم: أدله مشروعيت عقد اجاره
106	مطلب چهارم: تطبيق قاعده در اجاره
107	مبحث هفتم: تطبيقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بيان مضاربت
107	مطلب اول: تعريف مضاربت
108	مطلب دوم: دليل مشروعيت مضاربت
110	مطلب سوم: تطبيق قاعده المشقة التجلب التيسير در بيان مضاربت

111	مبحث هشتم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان عاریت
111	مطلب اول: تعریف عاریت
112	مطلب دوم: حکم و أدله مشروعیت عاریت
114	مطلب سوم: تطبیق قاعده در عاریت
115	مبحث نهم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان قرض
115	مطلب اول: تعریف قرض
117	مطلب سوم: حکم و دلیل مشروعیت قرض
121	مطلب سوم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در باب قرض
122	مبحث دهم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان شفع
122	مطلب اول: تعریف شفع
123	مطلب دوم: تعزیر شفعه نزد فقهاء
124	مطلب سوم: دلیل مشروعیت شفع
125	مطلب چهارم: تطبیق قاعده در شفعه
126	نتیجه گیری
129	پیشنهادات:
130	1- فهرست آیات
132	2- فهرست احادیث نبوی
134	3- فهرست اعلام
135	منابع و مأخذ

مقدمه

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضَلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ. اما بعد!

قاعده المشقة تجلب التيسير سختی جلب کننده آسانی است یکی از قواعد کبرای فقه اسلامی بوده که احکام زیادی در فقه اسلامی بر مبنای آن بنا گردیده است این قاعده بیان میدارد که چگونه در صورت حرج و سختی فرا راه مکلف، سهولت و آسانی برای وی پیشنهاد گردد، تا از یکطرف حرج و مشقت از مکلف دور گردد و از طرف دیگر بتواند به بسیار راحتی عمل عبادی خویش را انجام دهد، این قاعده در ابواب معاملات و مسایل مربوط به آن تطبیق میگردد تا روشن گردد که شریعت اسلامی سهل آسان و در هر زمان و هر مکان قابل تطبیق بوده و ظروف و حالات مکلفین را همیش مد نظر گرفته است.

تبیین مسئله:

دین مقدس اسلام به عنوان آخرین دین آسمانی بوده که پیام آور رحمت و عدالت، عطف و مهربانی و سهولت و آسان گیری است و از اصول و ضوابط و احکامی برخوردار است که قابلیت تطبیق در هر زمان و مکان را داشته و همگام با تمام پیشرفت ها در جوانب مختلف زندگی بشری باشد. احکام و قوانین اسلام از انعطاف پذیری خاص برخوردار است صلاحیت همخوانی و تعامل به آن را در هر شرایط و حالات؛ چون صحت و مرض، حضر و سفر، قوت و ضعف، توانایی و تنگدستی دارا می باشد در عین زمان از ویژگی های تساهل، تسامح و آسان گیری در احکام تعبدی و معاملات و ... برخوردار می باشد که هیچگاه مکلفین را به تنگنا و مضایقه قرار نداده و هیچ حکمی را بالاتر از توان جسمی و روحی آن ها تشریح ننموده است و همیشه مصالح همه جانبه فردی و اجتماعی افراد را مورد حمایت قرار داده است

اگر گاهی در اجرای احکام شرعی از طرف مکلفین مشقتی ملاحظه گردد و یا به انجام محظورات ضرورت و حاجتی محسوس و رونما گردد شریعت اسلامی با روحیه انعطاف پذیری اش تخفیف و تنقیص در حکم را مجاز دانسته و گاهی ممنوعیت و محدودیت د محظورات را با توجه به نیاز مرفوع می سازد که این اصل را در فقه و اصول فقه اسلامی تحت عنوان رفع حرج و جلب منفعت مورد بحث و بررسی قرار می گیرد مشقت را که عبارت از سختی و حرجی است که در وقت انجام فعلی متوجه جان و یا مال مکلف می شود که مکلف با تحمل آن دچار حرج گردد اصل مزبور حرج و مشقت را از فرا راه انسان دور نموده راه های سهولت و آسانتری انجام فعل را برای مکلف رهنمایی می نماید که همین

اصل در فقه و اصول فقه اسلامی تحت قاعده کلی فقهی «المشقة تجلب التيسير» و قواعد متفرع از آن مورد بررسی قرار می گیرد.

اهمیت موضوع:

جایگاه علمی این تحقیق در این است که اصل دفع مشقت و جلب سهولت یکی از مباحث مهم و عمده علم اصول می باشد که نقش مهمی را در بسیاری از فروع فقهی دارد در کتاب های قدیم به شکل تطبیقی کار نشده است، اما اگر کار هم شده باشد به زبان عربی بوده و به زبان دری جز در عمومیات چیزی نوشته نشده است که پاسخگوی تمام نیاز های اهل علم در این بخش باشد بنابراین، این نوشته به زبان فارسی دری بوده که به طور دقیق قاعده ای «المشقة تجلب التيسير» را با دلایل مشروعیت، قواعد و ضوابط و مثال های تطبیقی معاصر آن در بخش معاملات به شرح و تفصیل خواهد پرداخت.

و همچنان اهمیت و ضرورت دیگری این تحقیق را در موارد ذیل می توان برشمرد:

- 1- زندگی روزمره انسان ها در تمام عرصه ها مملو از رخ داد های جدید بوده که نادیده گرفتن و حذف آن از زندگی غیر ممکن می باشد که ضرورت مبرم به تبیین حکم فقهی آنان برده می شود.
- 2- کثرت استدلال به قاعده ای (المشقة تجلب التيسير) در این عصر از طرف هر شخص به صورت درست و نادرست مطرح است و در هر مورد بدون در نظر داشت ضوابط آن به آن استناد می نمایند، فلذا لازم دانستم که در این باره تحقیقی را انجام دهم تا ضوابط و اصول استدلال به قاعده ای مذکور را آشکار و نمایان گردانم.
- 3- این تحقیق معنا و مفهوم حقیقی قاعده ای «المشقة تجلب التيسير» را برملا ساخته و ضوابط کاربردی آن را در عرصه ای معاملات واضح می سازد.
- 4- نگارش چنین تحقیقات علمی نیاز مبرم برای پوهنچی های شرعیات، حقوق و برخی از پوهنچی های دیگر کشور است.

اهداف تحقیق:

تحقیق حاضر اهداف ذیل را دنبال می کند:

- ۱- بیان معنای مشقت و تیسیر و توضیح مسائل مربوط به قاعده ای «المشقة تجلب التيسير».
- ۲- اثبات اینکه مشروعیت احکام دین بر اساس فطرت و توانایی جسمی، روحی و مالی انسان ها است.
- ۳- تسهیل در تطبیق احکام شرعی با تحولات امروزی
- ۴- اثبات مشروعیت احکام دین بخاطر تحقق مصالح و دفع مفاسد است.
- ۵- بیان اثر قاعده ای «المشقة تجلب التيسير» در احکام معاملات.

سوالات اصلی و فرعی تحقیق

الف: سوال اصلی

منظور از قاعده المشقة تجلب التيسير در احکام معاملات چیست؟

ب: سوالات فرعی

- ۱- آیا شریعت اسلام در تشریح احکام حالات و ظرفیت مکلفین را در نظر گرفته است؟
- ۲- موقف اسلام در صورت عجز و ضعف مکلفین از انجام تکلیف چیست؟
- ۳- آیا در اسلام به خاطر رفع حرج از مکلف اصل و قاعده ای وجود دارد؟
- ۴- مشخصاً قاعده ای «المشقة تجلب التيسير» از چه اهمیتی در فقه اسلامی برخوردار است؟
- ۵- قاعده ای «المشقة تجلب التيسير» در بخش معاملات چه مشکلات فرا راه انسانی را دور نموده و چه سهولت های را فراهم می آورد؟

پیشینه تحقیق:

شریعت مقدس اسلام در پرتو مصالح فردی و اجتماعی نیازهای مردم را حل نموده که یکی از آن مصالح و مقاصد کلی احکام دینی رفع حرج و مشقت از مکلف است، که قاعده ای «المشقة تجلب التيسير» و قواعد متفرع از آن با پشتوانه ای بسیاری از آیات و احادیث مشقت و حرج را از فراراه انسان دور نموده راه آسان و سهولت انجام اعمال را برای مکلف نشان داده است که این قاعده «المشقة تجلب التيسير» بعضی از قواعد متفرع مربوط به آن قسم موجز و کلی و مختصر در عده ای از کتب قواعد فقهی و یا کتب اصول فقه مورد بحث و اشاره قرار گرفته اما بسیار محدود در حدود کمتر از پنج صفحه که صرف به معنای اجمالی قاعده و بعضی از فروعات فقهی آن به عنوان نمونه ای از موارد تطبیقی قاعده اشاره ای صورت گرفت است مثل کتاب مجلة الاحکام، شرح مجلة الاحکام از خالد اتاسی، شرح مجلة الاحکام از علی حیدر، القواعد الفقیة و تطبیقاتها علی المذاهب الاربعة از مصطفی زحیلی، القواعد الفقهية الكبرى و اثرها فی المعاملات المالية از عمر عبد الله کامل و قواعد فقهی معاصر از دکتور مصطفی زلمی و غیره کتب مربوط به قواعد فقهی.

و تعدادی محدودی از رسائل و کتب در مورد قاعده ای «المشقة تجلب التيسير» توسط برخی از علماء و فارغین دوره های دکتورا از بعضی دانشگاه های کشورهای عربی به زبان عربی به رشته تحریر درآمده است که ما آنها را ذیلاً با نواقص و تغایر آن ها در ذیل اشاره می گردد.

- 1- کتابی تحت عنوان «قاعدة المشقة تجلب التيسير» دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية. تألیف یعقوب بن عبد الوهاب الباحتین. که بیشتر از 600 صفحه تحریر یافته است که بیشتر بر جنبه های اصولی و اجتهادی مربوط به آن در بعد عبادات و معاملات پرداخته است.

2- کتاب «المشقة تجلب التيسير» دراسة نظرية تطبيقية. تأليف دكتور صالح بن سليمان اليوسف. که بیشتر از 600 صفحه است و در ابعاد مختلف اصولی و فقهی این قاعده از دیدگاه مذاهب اسلامی بحث نموده و کمتر به بخش معاملات مورد نظر تحقیق هذا پرداخته است.

در کل با ملاحظه و بررسی کتب و رساله های مذکور دیده می شود که همه ای آن ها به زبان عربی بوده است امتیازتیزس حاضر در این است که این تمامی مسائل مربوط به مشقت و تیسیر، عزیمت و رخصت و ضوابط کاربردی قاعده «المشقة تجلب التيسير» را به خصوص در بخش معاملات و آن هم مباحث شایع و معاصر آن در کشور عزیز ما افغانستان به زبان فارسی مورد بحث و بررسی قرار می دهد.

روش تحقیق:

این تحقیق با استفاده از روش توصیفی، تحلیلی و تطبیقی به مطالعه پرداخته است و جمع آوری اطلاعات از طریق بررسی کتب، مقالات، سایت ها، مراجعه به کتاب خانه ها، مراکز پژوهشی و تحقیقی و سپس پردازش داده ها و اطلاعات گردآوری شده صورت گرفته و به لحاظ قلمرو موضوعی «قاعده المشقة تجلب التيسير و تطبیقات آن در احکام معاملات» در حیطه معاملات فقهی و به لحاظ قلمرو زمانی و مکانی قواعد فقهی اسلام را مورد مطالعه و واکاوی قرار می دهد

سازمان دهی تحقیق:

این تحقیق در سه فصل سازماندهی شده است. فصل اول (کلیات) در سه مبحث ترتیب شده است. مبحث اول تعاریف مصطلحات، مبحث دوم ادله و فروع قاعده المشقة تجلب التيسير و مبحث سوم انواع، اسباب و ضوابط تیسیر. فصل دوم تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در ارکان و شروط عقد در دو مبحث تنظیم شده است. مبحث اول تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در ارکان عقد و مبحث دوم تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در شروط عقد. فصل سوم، تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بعضی از عقودیکه بنا بر رفع حرج مشروع گردیده اند در ده مبحث اختصاص یافته است. مبحث اول در بیان رهن و ارکان آن، مبحث دوم در بیع سلم، مبحث سوم در بیان کفالت، مبحث چهارم در بیان وکالت، مبحث پنجم در بیان اقاله، مبحث ششم در بیان اجاره، مبحث هفتم در بیان مضاربت، مبحث هشتم در بیان عاریت، مبحث نهم در بیان قرض و مبحث دهم در بیان شفعه.

فصل اول

کلیات تحقیق

قبل از پرداختن به مباحث اصلی تحقیق لازم است کلیاتی در رابطه با موضوع مورد بحث، تبیین گردد. تا درپرتو آن ورود روشن به مباحث اصلی فراهم شده و با توجه به چارچوب نظری تحقیق بحث اصلی ادامه یابد. این فصل شامل چهارمبحث بوده که مبحث اول تعاریف و مصطلحات، مبحث دوم ادله و فروع قاعده المشقة تجلب التيسير، مبحث سوم اقسام و شروط مشقت و مبحث چهارم انواع، اسباب و ضوابط تیسری باشد که مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته است.

مبحث اول: تعاریف مصطلحات

قواعد فقهی دارای تعریف، تاریخچه، اهمیت و فوایدی می باشد که در این مبحث ضمن بیان این مطالب راجع به ارتباط قواعد فقهی با مقاصد شریعت نیز بیان می شود.

مطلب اول: تعریف قاعده

الف: در لغت

قاعده در لغت اصل و اساس چیزی را گفته اند که مانند قواعد البیت، حسی باشد، و مانند قواعد دین، معنوی باشد¹. و قول الله تعالی نیز بر این معنا آمده است که میفرماید: (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)².

ترجمه: «و یاد کن آنگاه که بلند میکرد ابراهیم بنیاد های خانه کعبه را و اسماعیل، (دعا میکردند) ای پروردگار ما! بپذیر از ما، هر آینه تو تویی نیک شنوا دانا. و نیز در آیه³ دیگر میفرماید: (فَأَتَى اللَّهَ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ)³.

ترجمه: پس بیامد فرمان خداوند [جل جلاله] بسوی عمارت ایشان از جانب بنیاد ها، پس افتاد برایشان سقف از بالای ایشان».

1. زبیدی، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، ناشر: دار الفکر - بیروت - لبنان، سال ۱۴۱۴ قمری - ۱۹۹۴ میلادی، چاپ اول، ماده ضرب، ج 5، ص 201.

2. بقرة / ۱۲۷.

3. نحل / ۲۶.

در لسان العرب آمده است که قاعده اصل و اساس شی است و قواعد جمع آن، مانند قواعد البیت...⁴ و ابن فارس⁵ می گوید: از ماده ُ قَعَدَ (قاف، عین و دال) معنای استقرار و ثبات افاده می شود.⁶ در مجمع البحرین آمده است: (القواعد جمع القاعدة وهي اساس لما فوقه)⁷ ترجمه: «قواعد جمع قاعده به معنای بنیان و پایه برای چیزی است که در بالای آن قرار دارد». و نزدیک ترین معنایی که از کلمه ُ قاعده گرفته می شود همین اساس است.

ب: در اصطلاح

معنای اصطلاحی قاعده رابطه ُ تتگاتنگ با معنای لغوی قاعده دارد بناءً به قول جرجانی قاعده در اصطلاح عبارت است از (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها)⁸ ترجمه: قضیه کلی است که شامل می شود تمام جزئیاتش را. و به قول ابن نجی: «محکم کلی یطبق علی جمیع جزئیاتہ او اکثرها لتعریف احکامها منه»⁹ ترجمه: «حکم کلی است که شامل میشود تمام جزئیات اش یا بیشتر از آنرا و احکام از آن شناخته می شود».

-
4. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار صادر- بیروت، چاپ سوم، سال ۱۴۱۴ قمری، ج ۳، ص ۳۶۰.
5. ابن فارس، ابو الحسین احمد بن فارس بن زکریا بن حبیب، نحوی، لغوی، ادیب، شاعر و یکی از درخشان ترین چهره های ادب عربی در سده ُ چهارم قمری می باشد، سال و محل تولد وی به درستی روشن نیست ولی ظاهراً در یکی از روستا های قزوین به دنیا آمده است. از جمله آثار وی معجم مقاییس اللغة، ابیات استشهاد، الاتباع و المزاجه، اوجز السیر لخير البشر، فسیح الکلام، الحور العین، الخضارة، دم الخطاء فی الشعر و غیره اند. تاریخ دقیق وفاتش مشخص نیست لیکن زمانی که به شهر ری آمد در آنجا تا آخر عمرش اقامت کرد و در همانجا وفات نمود (مراجعه شود به: ابن خلکان، ابو العباس شمس الدین احمد بن محمد بن ابی بکر، وفيات الاعیان و انباء و ابناء الزمان، تحقیق دکتور احسان عباس، ناشر: دار صادر، سال ۱۳۹۸ هجری- ۱۹۷۸ میلادی، ج ۱، ص ۱۱۸).
6. ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا القزوینی الرازی، معجم مقاییس اللغة، ناشر: دارالفکر، سال: ۱۳۹۹ قمری- ۱۹۷۹ میلادی، ج ۵، ص ۱۰۸.
7. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ناشر: تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، سال ۱۳۷۵ قمری، ج ۳، ص ۱۲۹.
8. جرجانی، علی بن محمد، التعریفات، ناشر: ناصر خسرو، سال ۱۳۶۸ قمری، ص ۱۴۹.
9. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، الاشباه و النظائر علی مذهب أبی حنیفة النعمان و شرحها للحموی، ناشر: دارالکتب العلمیه - بیروت - لبنان، ج ۱، ص ۲۲.

ج: تعریف قاعده فقهی

۱- قواعد فقهی را چنین تعریف نموده است:

القواعد الفقهیه هی: (اصول فقهیه کلیه فی نصوص موجزه دستوریه تتضمن احکاما تشریحیه عامه فی الحوادث الّتی تدخل تحت موضوعها).¹⁰

۲- قواعد فقهی عبارت از: «اصول فقهی است که فروع و جزئیات زیادی دارد و فقیه و مفتی برای شناخت احکام شرعی به آن اعتماد و استناد می کند»¹¹

۳- «قاعده فقهی عبارت است از اصول فقهی کلی متشکل از عبارات مختصر و قانونی که نسبت به حوادث و جزئیات در آن ها متضمن احکام تشریحی کلی است.» با توجه به تعاریف یاد شده می توان گفت که قاعده؛ کاشف حکم جزئیات است که معنا و علت قاعده در آن ها تحقق پیدا کرده است و دارای عموم و شمول است و محدود به برخی از جزئیات نیست و هر قاعده دارای ویژگی است که یک فقه در هنگام تطبیق حکم قاعده بر مسئله ای فقهی باید از وجود آن در امر جزئی آگاهی حاصل کند.¹²

د: فرق قاعده و ضابطه

قاعده فقهی و ضابطه فقهی از اصطلاحات مشابه می باشند و گاهی یکی در جای دیگر استعمال می شود به همین خاطر بعضی فقها در میان قاعده و ضابطه فرق و تفاوتی قایل نشده اند و یکی را بردیگری اطلاق می کنند به این دلیل که نسبت عمومیت و شمولیت یک قضیه مشهور است و اکثرا در بعض اصطلاحات حکم اغلیت جاری است.

اما بعضی فقها در میان قاعده و ضابطه تفاوت بسیطی را ذکر کرده اند چنانچه در کتاب القواعد الفقهیه به نقل از ابن سبکی رحمه الله در این مورد بس از ذکر تعریف قاعده می نویسد (ومنها مالا یختص کقولنا الیقین لایزال بالشک ومنها ما یختص کقولنا کل کفارہ سببها معصیة فیه علی الفور. والغالب فیما اخص بباب وقصد به نظم صور متشابهة ان یسمى ضابطا)¹³

ترجمه: بعضی از قواعد مختص نیستند مانند قاعده (الیقین لایزال بالشک) و برخی دیگر مختص می باشند مانند: «هر کفارہ ای که سببش معصیت باشد ادای آن فوری است» و غالبا قواعدی که مختص بر یک باب یعنی موضوع باشد و هدف آن تنظیم صورت های مشابه باشد ان ضابطه نامیده می شود.

¹⁰ زرقاء، الشیخ مصطفی احمد، قواعد فقهی، ص 34

¹¹ زحیلی، الفقه الاسلامی و أدلته، ناشر: دار الفکر - دمشق - سوریه، سال ۱۴۰۹ هجری قمری - ۱۹۸۹ میلادی، ج 1 ص 25.

¹² زلمی، مصطفی ابراهیم، قواعد فقهی معاصر، ص 30، مترجم دکنور احمد نعمتی، نشر احسان، چاپ اول، ۱۳۹۸، تهران.

¹³ باحسین، یعقوب بن عبدالوهاب الباحسین، القواعد الفقهیه، الریاض، ص 58، مکتبة الرشید 1998.

با توجه با آنچه که گفته شد می توان گفت: فرقی که میان قاعده وضابطه وجود دارد موضوع عام بودن و خاص بودن است. قاعده عام وضابطه خاص می باشد.

ه: فرق قاعده فقهی و اصولی

علماء قواعد اصولی را بخاطر استنباط واجتهاد وضع نموده اند و فرقی بین قواعد فقهی وقواعد اصولی را چنین بیان نموده اند:

- 1- قواعد اصولی اغلبا از الفاظ، قواعد ونصوص عربی نشأت گرفته است اما قواعد فقهی از احکام شرعی وفقهی سر چشمه می گیرد.¹⁴
- 2- قواعد اصولی واستفاده از آن ها جهت استنباط احکام فقهی وشناخت حکم وقایع ومسائل جدید در شریعت اسلامی مختص به مجتهد است. اما قواعد فقهی مختص به فقیه، مفتی و کسی است که می خواهد در مورد حکم موجود در فروع آگاهی حاصل کند.¹⁵
- 3- قواعد اصولی به صفت عمومیت وشمولیت تمام فروع عاتش متصف است. اما قواعد فقهی اگرچه دارای صفت عمومیت وشمولیت است، لیکن بعضی استثنائات نیز دارد واین استثنائات گاه گاهی قواعد مستقل یا قواعد فرعی دیگر را تشکیل می دهند. به همین خاطر است که اکثر علماء قواعد فقهی را قواعد اغلب دانسته وبه مقتضای آن فتوا دادن را جایز نمی دانند.¹⁶
- 4 - قواعد اصولی ثابت وتغییرناپذیر است. اما قواعد فقهی ثابت نبوده وبعضا با تغییر احکام مبنی بر عرف، سد ذرایع ومصلحت ها قواعد فقهی نیز تغییر می کند.¹⁷
- 5- قواعد اصولی از قواعد فقهی سبقت می گیرد. اما قواعد فقهی به موجودیت فقه واحکام وفروع آن تابع است.¹⁸

¹⁴ زحیلی، داکتر مصطفی وهبه، القواعد الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب الابعه، ناشر: دار الفکر - دمشق طبع اول سال 1427-هجری قمری - 2006 میلادی، ج1، ص 23.

¹⁵ قرافی، ابو العباس شهاب الدین احمد بن ادريس، انوار ابروق فی أنواع الفروق، ناشر: عالم الکتب، بدون طبع وبدون تاریخ، ج1، ص2

¹⁶ أرشیف ملتقى اهل الحديث ، ما الفرق بين الفقه واصول الفقه وما الفرق بين القواعد الاصولية والقواعد الفقهية ، المكتبة الشاملة الحديثة ، ج1 ص 205

¹⁷ زحیلی، داکتر مصطفی وهبه، القواعد الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب الاربعة، ناشر: دار لفکر - دمشق، طبع اول سال ۱۴۲۷ هجری قمری - ۲۰۰۶ میلادی، ج 1 ص 25 وقرافی، الفروق ج1 ص2

¹⁸ ازهری، سراج الدین ابو حفص عمر بن علی انصارى معروف به ابن الملتقن، الاشباه و النظائر فی قواعد الفقه، ناشر: دار ابن قیم للنشر و التوزیع- ریاض، المملكة العربية السعودية، طبع اول- ج 1، ص38

مطلب دوم: تعریف مشقت

الف: در لغت

مصدر فعل شق، يشق، شقا و مشقه بوده به معنای سختی، رنج، خستگی، شدت تنگی و حرج است؛¹⁹ چنانچه الله متعال میفرماید: (وَتَحْمِلُ أُنْفَالَكُمْ إِلَىٰ بَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالْغِيهِ إِنَّا إِشْقَاءَ النَّفْسِ)²⁰ ترجمه: آنها بارهای سنگین شما را به شهری که جز با سختی زیاد به آن نمی رسید حمل میکنند؛ بناء مشقت به معنای خستگی، درماندگی، نهایت سعی، تنگی، شدت و سختی ها میباشد

ب: در اصطلاح

معنای اصطلاحی و مفهوم کلی مشقت عبارت از عسر سختی یا رنجی که از حالات عادی بیرون باشد. از الفاظ مترادف با مشقت، لفظ حرج است به معنای مشقت و سختی زاید از حد معمول بر بدن یا نفس بنده یا بر هر دوی آن در دنیا و آخرت.²¹

و یا به عباره دیگر سختی و تنگی که بر بدن یا نفس بنده در نتیجه انجام تکلیفی ملحق میشود.²² تعریف مشقت نزد اصولیین و فقهاء مراد از عسر و مشقت در اینجا همان عسر و مشقتی نیست که در قوامیس یاد شده است بلکه مراد از مشقت؛ حرج مقید به شروط است که عبارت از تجاوز از حدود معمولی که با وجود آن مکلف فعل خود را بشکل عادی دوام و انجام داده نتواند ولی در صورتیکه مشقت معمولی باشد، سببی برای تخفیف بوده نمیتواند؛ چنانچه که گفته شده: مشقت بر دو قسم است کی آنکه غالباً از عبادات جدا شدنی نیست، مانند مشقتی که در وضو گرفتن یا غسل کردن با آب سرد برای انسان پیش میآید و دیگر مشقتی که بیشتر از حد توان مکلف میباشد همانند مشقتی که باعث ضیاع، نفس ضیاع یک از اعضای بدن و یا منافع آن میگردد؛ انواع مشاق موجب تخفیف اند.²³

¹⁹ الزبیدی، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسینی، أبو الفیض، الملقب بمرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۶ ص ۳۹۹، الناشر: دار الهدایة

²⁰ نحل / 7.

²¹ الباحسین، الدكتور یعقوب عبدالوهاب، رفع الحرج فی الشریعه الاسلامیه، ص: ۳۸، مکتبه الرشد، ۱۴۲۰هـ

²² محمد رواس قلجی - حامد صادق قنبری، معجم لغة الفقهاء، ج ۱ ص ۹۶، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزیع، الطبعة: الثانية، ۱۴۰۸ هـ - ۱۹۸۸م

²³ ابن نجیم المصری زین الدین بن ابراهیم بن محمد، الأشباه والنظائر، ص: ۸۲، دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ۱۴۱۹ هـ - ۱۹۹۹م

همچنان گفته شده که مراد از مشقت در اینجا؛ همانا مشقت غیر معتاد و زایدی است که انسان بطور عادی از انجام آن عاجز است و باعث ایجاد خلل در حیات شخص و معطل شدن اعمال نافعه برای او میگردد.²⁴

مطلب سوم: تعریف تیسیر

الف: در لغت

مصدر یسر و سهوله بوده چنانچه گفته شده: تیسیر التی إذا تسهل، و تیسیر ضد عسر بوده به معنای نرمی آسانی و سادگی است.²⁵ گفته شده تیسیر به معنای کاریکه باعث بوجود آمدن سختی و خستگی برای جسم نگردد: چنانچه الله متعال میفرماید: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ).²⁶ ترجمه: خداوند برای شما آسانی می خواهد نه سختی را، هم چنان ماده اصلی این کلمه (ی- س- ر) بوده به معنای انقیادی که ضد عسروسختی است و به معنای تیسیر، لیونت یا نرمی.²⁷

ب: در اصطلاح

مفهوم اصطلاحی تیسیر موافق به معنای لغوی آن بوده و مقصد آن ایجاد سهولت برای مکلف و دفع حرج و سختی از وی است.²⁸

مطلب چهارم: اهمیت قاعده فقهی

قرافی²⁹ از علمای بزرگ اهل سنت در مورد اهمیت قواعد فقهی چنین میگوید: «وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع و بقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقهية و يشرف و يظهر رونق الفقه و يعرف

²⁴ ۱. لزحیلی، وهبه، نظرية الضرورة الشرعية، ص ۱۹۹، بیروت، موسسه الرساله الطبعة الرابعة ۱۴۰۵ هـ ۱۹۸۵ م
²⁵ فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، ناشر: دار الکتب العلمیه- بیروت- لبنان، سال ۱۴۱۵ قمری-

۱۹۹۵ میلادی، چاپ اول، ج: ۲، ص ۲۳۰،

²⁶ بقره / 18.

²⁷ بن فارس بن زکریا، أبو الحسن أحمد معجم مقاییس اللغة المحقق: عبدالسلام محمد هارون دار الفکر، الطبعة: ۱۳۹۹ م - 1979 م. جلد: 6 صص 155-156،

²⁸ محمد رواس قلجی- حامد صادق قنیبی، معجم لغة الفقهاء، ج 1، ص 96، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م

²⁹ بدر الدین قرافی بن محمد بن یحیی بن عمر، عالم، مؤلف و قاضی مالکی در مصر بود. او در سال ۹۳۹ قمری در قراه ناحیه یی در قاهره به دنیا آمد و به گفته خودش چون روز تولدش با ۲۷ رمضان از شب های قدر مصادف بود به بدر الدین ملقب شد. بدر الدین در خانواده اهل علم پرورش یافت و پدرش شمس الدین یحیی بن عمر قرافی اولین استاد او بود. او در سال ۱۰۰۸ میلادی یا به گفته تنبکتی در سال ۱۰۰۹ قمری در قاهره درگذشت (مراجعه شود به:

و تتضح مناهج الفتاوى و تكشف... و من ضبط الفقه بقواعد استغنى عن حفظ اكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات و اتحد عنده ما تناقص عند غيره»³⁰. ترجمه: این قواعد در فقه اسلامی بسیار حایز اهمیت اند و فایده بزرگی که دارند و به میزان احاطه و تسلط فقیه به آنها قدر و منزلتش بزرگ شمرده میشود و به سبب رونق فقه و شناخت بهتر آن میگردد و مسیر فتاوا روشن و کشف میشود... و کسی که فقه را به وسیله قواعدش حفظ و نگهداری کرده باشد از حفظ و نگهداری بسیاری از جزئیات بی نیاز میگردد. زیرا آن جزئیات تحت کلیات قرار دارند و آنچه که نزد دیگران متناقض مینماید در نزد او مسلط به قواعد متحد میباشد.

مبحث دوم: ادله و فروع قاعده المشقه تجلب التیسیر

مطلب اول: دلیل نقلی و عقلی

الف: نقلی

۱- قران کریم

۱- (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...)³¹.

ترجمه: «خداوند متعال برای شما اراده آسانی را دارد نه اراده سختی» محمد علی صابونی در خصوص این آیه چنین فرموده است: «خداوند (جلّ جلاله) با اعطای این رخصت، آسانی امر را برای شما خواسته است؛ نه سختی و مشقت را.»³²

۲- (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...)³³.

ترجمه: «الله تعالی درباره دین بر شما هیچ گونه تنگی را روا نداشته است. مراد از عدم تنگی در دین را، حضرت ابن عباس «رضی الله عنه» چنین بیان داشته است که: (مراد از تنگی، آن احکام سخت و شدید است که بر بنی اسرائیل عاید شده بود، و قرآن آن ها را به آسرا و اغلال تعبیر کرده است، که

قرافی، محمد بن یحیی مصری معروف به بدر الدین قرافی، توشیح الدبیان و حلیة الابتهاج، تحقیق احمد شتیوی، ناشر: مکتبة الثقافة الدینیة- قاهره- مصر، چاپ اول، سال: ۱۴۲۵ هجری قمری- ۲۰۰۴ میلادی، ج ۱، ص ۲۱۱).

30- قرافی، ابو العباس شهاب الدین احمد بن ادریس، انوار ابروق فی أنواع الفروق، ناشر: عالم الکتب، بدون طبع و بدون تاریخ، ج ۱، ص ۱-۳.

31. سبقه / ۱۸۵.

2. صابونی، محمد علی، صفوة التفاسیر، مترجم: سید محمد طاهر حسینی، ص ۲۲۲، چاپ اول، مکتبة الحقانیة، پشاور.

33. حج، آیه ۷۸.

براین امت اینچنین حکم فرض نشده است. و بعضی فرموده اند که مراد از تنگی، آن است که انسان نتواند آن را تحمل کند، و در دین چنین حکمی وجود ندارد که فی نفسه قابل تحمل نباشد.³⁴

۳- (يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا).³⁵

ترجمه: «خداوند متعال می خواهد با وضع احکام سهل و ساده، کار را برای شما آسان کند.»³⁶

2- احادیث شریف

در سنت مطهره پیامبر ص نیز نصوص زیادی به از بین بردن مشقت و آوردن سهولت ها در زنده گی آنها وارد شده است که در ذیل به آن می پردازیم: این حدیث شریف که پیامبر صلی الله علیه وسلم فرموده اند: (إِنِّي أُرْسِلْتُ بِحَنِيفِيَّةٍ سَمْحَةٍ)³⁷

ترجمه: همانا من مبعوث شده ام برای نشر دین توحید و گذشت.

وجه استدلال: در ادیان گذشته مردم احکام شریعت را بر خود سخت گرفته و خود را در مشقت و تنگنا قرار دادند و به سوی افراط و تقریط رفتند و هلاک شدند ولی دین مقدس اسلام بنا بر سهولت و آسانی بنا شده است و پیامبر اکرم «□» نیز برای فهماندن همین سهولت ها مبعوث شد. همچنان ابوهریره³⁸ رضی الله عنه روایت می کند که: (قَامَ أَعْرَابِيٌّ فَبَالَ فِي الْمَسْجِدِ، فَتَنَاولَهُ النَّاسُ، فَقَالَ لَهُمُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «دَعُوهُ وَهَرِيفُوا عَلَى بَوِّهِ سَجًّا مِنْ مَاءٍ، أَوْ دُنُوبًا مِنْ مَاءٍ، فَإِنَّمَا بُعِثْتُ مُيسِّرِينَ، وَلَمْ تُبْعَثُوا معسرِينَ»³⁹)

34. عثمانی، محمد شفیع، مترجم: محمد یوسف، حسین پور، تفسیر معارف القرآن، ص ۵۲۶، چاپ پنجم، مکتبه الحقایقه پشاور.

35. نسا، ۲۸.

36. خرم دل، مصطفی، تفسیر نور، ص ۱۵۱، چاپ دهم، 1393، نشر احسان، تهران.

37. ابن رجب، زین الدین ابی الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدین، البغدادی فتح الباری، ج ۱ ص: ۱۳۶، حدیث شماره: ۴۲۷ تحقیق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، تحقیق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الطبعة: الثانية، دار ابن الجوزی - السعودية / الدمام - ۱۴۲۲هـ.

38. عبد الله بن عبد الرحمن بن عامر بن صخر دوسی مشهور به ابو هریره از روایان حدیث و از اصحاب پیامبر اکرم (□) است، روایات وی از پیامبر (□) در صحیح بخاری و صحیح مسلم نقل شده است. در مورد کنیه اش از خود او نقل شده که کنیه من را ابو هریره (پدر گربه) گذاشتند. او در سال ۲۰ قبل از هجرت تولد و در سال ۵۹ قمری مطابق به ۶۸۱ میلادی به عمر ۷۸ سالگی وفات نموده است. ابن الاثیر، أبو الحسن علی بن ابی الکریم محمد بن محمد بن عبد الکریم بن عبد الکریم بن عبد الواحد شیبانی الجزری، أسد الغابة، ج 5 ص 318. دار الفکر بیروت، 1409هـ - 1989 م

39. البخاری، محمد بن إسماعیل أبو عبدالله، [صحیح البخاری] ج ۱، ص 54، حدیث شماره ۲۲۰، د. مصطفی دیب البغا أستاذ الحدیث و علومه فی کلیة الشریعة - جامعة دمشق دار ابن کثیر، الیمامة - بیروت، الطبعة الثالثة، ۱۴۰۷ - ۱۹۸۷م.

ترجمه: «بادیه نشینی در مسجد بول کرد مردم در مقابل او ایستادند تا او را سرزنش کنند، پیامبر صلی الله علیه وسلم فرمودند: او را رها کنید و سطل آب را برادرار او بریزید، شما آسانگیر مبعوث شده اید نه سخت گیر».

وجه استدلال سخن پیامبرص نشان دهنده اخلاق نیک و حمیده ای بود که برای آن مبعوث شده بود باوجود اینکه مسجد جای پاک و مقدسی است ولی چون شخص بادیه نشین از آن آگاهی نداشت بناء پیامبرص مشقت و آزار مردم را ازوی دور نموده وآن را به شیوه نیکواز عظمت و بزرگی مسجد آگاه ساخت.

ازانس رضی الله عنه روایت است که: (عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: يَسِّرُوا وَلَا تَعَسِّرُوا، وَبَشِّرُوا، وَلَا تُنْقِرُوا)⁴⁰

ترجمه: «آسانگیری کنید و سختگیر نباشید مردم را بشارت دهید ومنتفر نسازید».

وجه استدلال ازاین حدیث آگاه ساختن مردم از اینکه تمام احکام شریعت بخاطرسهولت و آسانی و مردم وضع گردیده مردم را به دین و انجام احکام شریعت جلب می کند و افراط و سخت گیری عکس آن مردم را از دین و انجام احکام شرعی منتفروآنها را از دین دور می سازد.

همچنین درحدیث دیگری از ابوهریره رضی الله عنه روایت است: عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ، فَسَدِّدُوا وَقَارِبُوا، وَأَبْشِرُوا، وَاسْتَعِينُوا بِالْغَدْوَةِ وَالرَّوْحَةِ وَشَىْءٍ مِنَ الدَّلْجَةِ)⁴¹

ترجمه: «پیامبر صلی الله علیه وسلم فرمودند: همانا دین آسان است و هر کسی آنرا بر خود سخت بگیرد، سر انجام خسته و در مانده میشود؛ پس راه راست درست و میانه را در پیش گیرید خوشحال باشید و از عبادت صبح و شام و پاره یی از شب که ، بگیرید».

وجه استدلال گفتار پیامبر بیان کننده این است که تمام احکام دین سهل و آسان است مگر اینکه شخص در اجرای آن احکام سختی و مشقت را بر خود قرار دهد.

⁴⁰ متفق علیه، البخاری، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله، [صحيح البخاری] ، ج ١ ، ص 25، حدیث شماره ٢٢٠، د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق دار ابن كثير، اليمامة - بيروت، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ - ١٩٨٧ م. و النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري، صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٣٥٩، شماره حدیث ١٧٣٤، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب.ت

⁴¹ البخاری، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله، [صحيح البخاری] ، ج ١ ، ص ١٦، حدیث شماره: ٣٩ د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ - ١٩٨٧ م

و همچنان از ام المومنین حضرت عایشه رضی الله عنه روایت است که: (مَا خَيْرَ رَسُولٍ لَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا، فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ) 42
ترجمه: «هرگاه رسول الله صلی الله علیه وسلم در میان دو گزینه قرار می‌گرفتند آسانترین آنها را انتخاب می‌کردند مادامی که گناه نمی‌بود؛ و اگر گناه می‌بود بیش از همه ی مردم از آن دوری می‌کرد». وجه استدلال: یکی از ویژگی‌های رسول خدا این بود که هرگاه مردم را به سوی امری دعوت می‌کرد اول خود وارد عمل می‌شد پس یک دعوتگر وقتی مردم را به انجام عمل نیک دعوت می‌کند باید آن‌ها را از سهولت و مفاد آن عمل آگاه نموده و به مردم آسان‌گیر باشد ولی این سهولت به اندازه ای نباشد که مردم دچار هوا و هوس شوند.

3- اثر صحابه

حضرت عمر روزی از کوچه‌یی عبور می‌کرد که از ناودانی آب بالایش ریخت کسیکه با خلیفه مسلمین بود صدا زد که ای صاحب خانه آبی که از ناودان آمد پاک بود. یانه وقتی از صاحب خانه جوابی نیامد بدون پرسش و استغفار رفت. 43

همچنان ابن مسعود 44 رضی الله عنه می‌فرماید: (إِيَّاكُمْ وَالتَّعَمُّقَ فِي الدِّينِ) 45

ترجمه: «بر شماست که در امور دین سختگیری نکنید».

4- اجماع

امت اسلامی اجماع کرده‌اند بر عدم وقوع تکلیف شرعی که با مشقت همراه باشد و البته آن مشقتی که سبب تیسیر باشد، مانند رخصت قصر نماز جمع بین، نمازها رخصت افطار رمضان برای مسافر و یا مریض و خوردن محرّمات در حالات اضطرار، تمام اینها از مثالهای اند که بر مطلق رفع حرج

42. متفق علیه، البخاری، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله، [صحيح البخاری]، ج 4 ص 189، حديث شماره 356

43. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين إغاثة اللفهان من مصايد الشيطان، ج 1، ص 154، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ب.ت

44. عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي معروف به بن مسعود، از صحابی و یاران پیامبر صلی الله علیه وسلم بود او بزرگترین مفسر قرآن در زمان خود و دومین مفسر در آن زمان بود او در سال 594 میلادی در مکه - عربستان سعودی تولد گردیده و در سال 650 میلادی در مدینه عربستان سعودی از دنیا رفت و در قبرستان بقیع در مدینه دفن گردید بن حجر العسقلانی أبو الفضل أحمد بن علی بن محمد بن أحمد، الإصابة فی تمییز الصحابة، (4/200) تحقیق عادل أحمد عبد الموجود وعلی محمد معوض، دار الکتب العلمیة - بیروت، الطبعة: الأولى - 1415 هـ

45. زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علی بن زين العابدين الحدادی ثم المناوی القاهری (المتوفی: 1031 هـ)، فیض القدير شرح الجامع الصغير، ج 3، ص 133، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة: الأولى، 1356 هـ

و سختی دلالت میکنند.⁴⁶ همچنان علمای امت اسلامی بدین امر اجماع نموده اند که در احکام الهی مشقتی وجود ندارد و هدف شارع هم هیچگاهی تکلف نبوده است از همینرو هر گاهی سختی و دشواری فرا روی مکلف قرار گیرد، شارع رخصت عنایت فرموده و تخفیف قایل شده شده است، شریعت بخاطر انعطاف و سهولت آمده و هر گاهی حکمی پیدا شود که در آن سختی و دشواری دیده شود متناقض اختلافی است که شرعا مورد نفی میباشد.⁴⁷

ب: دلیل عقلی

۱- سختی در دین اسلام منتفی است. اگر منتفی نباشد وجود آن ثابت می شود، درحالی که با استقرار تام و تتبع (تحقیق) علماء ثابت شده است که در احکام شرعی حرج وجود ندارد. بنابراین؛ وجود حرج و سهولت و آسانی در احکام دین ثابت است.

۲- مشقت و حرج برای امت قبیح است و در دین مبین اسلام چیزی قبیح وجود ندارد.

۳- اگر دفع مشقت؛ مقصود شارع نمی بود در وقت اثبات رخصت و آسان گیری در احکام شرع تناقض وارد می شد، اما اینکه در احکام شرع در بسیاری موارد رخصت و آسانی آمده است. به این معنا است که مشقت نفی شده و آسانی به عنوان مقصود شارع در جای آن نشسته است.⁴⁸ بنابراین باتوجه به دلایل شرعی رفته در فوق عقل نیز آن را پذیرفته است. زیرا آنچه را شریعت اسلام به خاطر رفاه و سهولت برای پیروانش در نظر گرفته با عقل سازگار است.

مطلب دوم: فروعاً قاعده المشقة تجلب التيسير

الف: قاعده إذا ضاق الأمر اتسع

شرح و مفهوم قاعده این است که هر گاه ضرورت با مشقت مستلزم گشایش و فراخی در یک امری باشد، آن امر توسعه و گشایش داده میشود، به عبارت دیگر به کار گیری رخصت و تیسیر در اینگونه امور جایز است تا بدان جا که ضرورت و مشقت زایل شود و هر گاه مشقت و ضرورت که موجب توسعه و گشایش و عمل کردن به رخصت در آن امر شده زایل گردد امر یاد شده به همان حالت پیشین خود بر میگردد، این مقتضای قاعده ی دیگری است که در حقیقت تکمیل کننده قاعده ی یاد شده است؛

⁴⁶ ابن قیم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين إغائة اللهفان من مصايد الشيطان، ج ۱، ص ۱۵۴،

مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ب.ت

⁴⁷ آل بورنو، الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة،

بيروت - لبنان الطبعة الرابعة، ۱۴۱۶ هـ - ۱۹۹۶ م، ج ۱، ص ۱۱۳۴

⁴⁸ المشقة تجلب التيسير، باحث حسين، صص 221-223.

قاعده تکمیل کننده عبارت است از اذا اتسع گاه یک امر به دلیل دشواری و مشقت فراخ و موسع گردد به حالت پیشین خود بر میگردد. مادام ضاق یعنی هر که موجب فراخی و توسعه ذایل شده است.⁴⁹

ب: الضرورات تبيح المحظورات

شرح قاعده این است ضرورات جمع ضرورت و در لغت به معنای حال شدید و اسم از مصدر اضطرار است، در زبان عربی هر گاه گفته شود حملتني الضرورة علی کذا و کذا و اضطر فلان إلى کذا و کذا یعنی: ضرورت مرا به چنین واداشت و فلانی به انجام این کار ناچار بود اضطرار به معنای احتیاج و نیاز به یک شی است.⁵⁰ ضرورت در اصطلاح شرعی به معنای حالتی است که انسان را به استفاده کردن از یک شیء حرام و امیدارد.⁵¹ برخی از فقها از تعریف کاری ضرورت را چنین گفتند: قرار گرفتن انسان در وضعیتی که اگر امر حرام و ممنوع را استفاده نکند هلاک میگردد یا مشرف به هلاکت میشود.⁵²

ج: قاعده الضرورات تقدر بقدرها

شرح قاعده در واقع به توضیح قاعده الضرورات تبيح المحظورات میپردازد و مقصود از آن و مقدار حرامی را که توسط ضرورت مباح میگردد بطور دقیق و روشن مشخص میکند؛ زیرا مباح کردن محظورات شرعی برای چاره اندیشی یک وضعیت سخت و دشواری است که برای مکلف رخ داده است و نمیتواند آنرا تحمل کند، بگونه ای که نفس ناموس یا مال وی را در معرض هلاکت و غصب قرار میدهد؛ بنابراین تنها مقداری از حرام مباح میگردد که حالت ضرورت به واسطه آن دفع شود و نباید در استفاده از محظور شرعی زیاده روی کرد.⁵³

49. الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، ص ۱۱۱ دار القلم، مکان النشر دمشق / سوريا، سنة النشر ۱۴۰۹هـ-۱۹۸۹م

50. ابن منظور، محمد بن مکرم بن منظور الأفریقی المصری، لسان العرب، ج ۴، ص ۴۸۲ دار صادر- بیروت، الطبعة الأولى

51. أفندی، علی حیدر خواجه، أمين درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ج ۱، ص ۳۴۴ دار الجیل، الطبعة: الأولى، ۱۴۱۱ هـ - ۱۹۹۱ م

52. السیوطی، عبد الرحمن بن أبی بکر، جلال الدین الأشباه والنظائر، ص ۱۱۴، دار الکتب العلمیة، الطبعة: الأولى، ۱۴۱۱ هـ - ۱۹۹۰ م

53. زیدان دکتور عبدالکریم الوجیز فی قواعد الفقه، ترجمه: دکتور سالم افسری، ص ۱۳۶ ایران: انتشارات آراس، چاپ اول، سال ۱۳۹۵هـ ش

د: قاعده ماجاز لعذر بطل بزواله

شرح قاعده این است که چیزیکه از نظر شرعی حرام و ممنوع است اگر بخاطر عذر شرعی مباح شود، مانند اکراه به ناحق یا حالت ضروری الجاء کننده به ارتکاب عمل حرام در این حالت مباح شدن امر حرام به وجود عذر شرعی ومدت زمان بقای آن، مقید میباشد به این معنا که اگر عذر شرعی زایل شود، سبب شرعی که موجب بقای حکم اباحت امر حرام بوده است، زایل میشود و در نتیجه، اباحه ی امر حرام از بین میرود و امر حرام و ممنوع به حکم اصلی خود یعنی تحریم بر میگردد که اقدام به انجام آن جایز نمی باشد.⁵⁴

مبحث سوم: اقسام و شروط مشقت

مطلب اول: مشقت معتاد یا مالوف

مشقت معتاد و یا مالوف به مشقتی طبیعی طبیعی گفته می شود که بدون آسیب و ضرر جسمی و درونی انسان، توان تحمل آن را دارد و غالباً احکامی بر آن مترتب است، که این نوع تکلیف در احکام و مطالب شرعی، مطلوب و پسندیده است. زیرا که هیچ عملی در زنده گی خالی از این نوع مشقت نیست و مطلوب شرع هم کشیدن چنین تکلیفی است، مثل وسایل کسب معیشت و امثال آن که از اعمال عادی و عبادات مفروضه در اسلام از قبیل وضوء، نماز، روزه، حج، و جهاد مطلوب برای دفاع از نفس و جان و دفع دشمن، تطبیق عقوبات و جرایم چون قصاص، و حدود و قتل و بغاوت و... همه ای این ها اموری است که گرچند ظاهراً مشقت آور هستند اما شریعت بخاطر اهداف و مصالح بزرگ پیوسته، این ها را قابل تحمل دانسته است که در اسقاط حکم هیچ تاثیری ندارند، مگر اینکه در انجام و اجرای این احکام کدام مشکل و عارضه ای پیدا شود که انسان را دچار مشقت و سختی نماید.⁵⁵

مطلب دوم: مشقت غیر معتاد یا غیر مالوف

مشقت غیر معتاد و غیر مالوف مشقتی است که انسان عادتاً آن را تحمل کرده نمی تواند و تمسک به آن برای نفس انسان سختی می آورد و نظم زندگی را مختل می سازد. اگر از این نوع مشقت دوری نشود، انجام اعمالی که غالباً بر نفع انسان است معطل قرار می گیرد و نفس ها از انجام اعمال سرباز می زند و مقصود خداوند «□» نیز از تشریح احکام، این است که تکلیف و حرج را مقصود قرار نداده است. مثلاً، وصال در روزه که شب و روز، روزه گرفته شود، مشقت و حرج است. شریعت چنین روزه را اجازه نداده است. این نوع مشقت، بنابر ادله قرآن کریم و احادیث شریف یاد شده در ادله قاعده، مرفوع می

⁵⁴ زیدان دکتور عبدالکریم الوجیز فی قواعد الفقه، ترجمه: دکتور سالم افسری، ص، ۱۳ ایران: انتشارات آراس، چاپ

اول، سال ۱۳۹۵ ه.ش

⁵⁵ زحیلی، فقه الاسلامی وادلته ج ۹، ص ۵۳۲.

باشد. اگر از این نوع مشقت در انجام احکام شرعی رونما گردد، خداوند «□» آن را با احکام معروف رخصت ها مرفوع نموده و عمل بر آن را به رخصت تشویق نموده است.⁵⁶

چنانچه که قول پیامبر «□» بر این امر دلالت دارد: (ان الله يُحب ان تُوتی رُخصه كما يُحب ان توتی

عزائمه).⁵⁷

ترجمه: «خداوند دوست دارد که بر رخصت هایش عمل کرده شود. طوری که عمل کردن به عزیمت هایش را دوست دارد».

مطلب سوم: شروط مشقت

مشقتی که تیسیر را جلب می کند مقید به شروطی است که بدون تحقق آن ها قاعده قابل تطبیق نیست، مهمترین شروط آن قرار ذیل اند:

الف: مشقت غیر معتاد و غیر مؤلوف باشد

مشقت باید از نوع غیر معتاد و غیر مؤلوف باشد که هدف مشروعیت حکم نباشد. اگر آن مشقت از اهداف حکم و مصالح انسان باشد در تخفیف حکم اثری ندارد. مثل: مشقت روزه گرفتن در هوای گرم و روزهای دراز، و یا وضو و غسل در هوای نسبتاً سرد و مشقت جهاد در راه خدا، زحمت در طلب علم و سفر به خاطر آن و...⁵⁸

ب: مشقت غیر معتاد و کثیر الوقوع باشد

مشقت غیر معتاد طوری باشد که در افعال و اعمال عام و متکرر و کثیر الوقوع باشد که از انجام دادن آن اعمال با آن مشقت تشویش و نگرانی در نفس ها ایجاد نماید و نفس ها از انجام دادن آن احساس خستگی و ناراحتی نماید.

مثل: روزه گرفتن در هوای گرم و...

ج: مشقت حقیقی باشد

وجود مشقت حقیقی باشد نه توهمی، مشقت باید حقیقتاً مطابق اسباب و معیارهای که باعث تخفیف احکام در شریعت می گردد باشد. مثل سفر، مرض، جنون، حضر، اکراه، نسیان، آنچه که جار و مجرای آن ها است و وجود مشقت به حد یقینی باشد که مکلف در فعل مطلوب داخل شود و بعد از احساس عجز به تخفیف عمل نماید.

⁵⁶ . الفقه الاسلامی وادلتہ، ج 9، ص 534.

⁵⁷ . صحیح ابن حبان ج 2. ص 69 .

⁵⁸ . الباحسین، یعقوب بن عبدالوهاب ، المشقة تجلب التيسير، دراسة نظرية – تاصيلية – تطبيقية، مكنبة الرشيد، 1424 هـ الرياض، ص 36.

د: مشقت جدایی ناپذیر باشد

مشقتی که در انجام عمل مطلوب محسوس می شود که از لازمه جدایی نا پذیر آن نباشد و شارع در عقب آن عمل و مشقت مقاصد بزرگ دیگری را مد نظر نداشته باشد. اگر مشقت از لازمه لاینفک عمل مطلوب باشد، در تخفیف و اسقاط آن حکم هیچ اثری ندارد. مثل جهاد که ظاهراً مشقت های زیادی دارد اما مقصود شارع مصالح بزرگتری است. مثل حمایه دین، امنیت مسلمان ها، حریت و آزادی، حفظ آبرو و شرف ناموس مسلمان ها و مثل مشروعیت حدود و قصاص که ظاهراً درد و مشقت و تعذیب است. اما بخاطر مقاصد و اهداف بزرگ و دلایل مشروع گردیده است.⁵⁹

مبحث چهارم: انواع، اسباب و ضوابط تیسیر

شریعت اسلامی در تمام بخش ها و امورات زنده گی احکام و قوانینی را همراه با اسباب و تخفیفات وضع نموده است، که مسلمانان با کمال احترام تحت آن احکام و قوانین زنده گی می کنند، و هرگاه دچار تنگنا و مضایقه ای شوند، از آن اسباب و تخفیفات استفاده می نمایند که ما به طور مختصر به ذکر آن ها می پردازیم.

مطلب اول: انواع تیسیر

تخفیف إسقاط، یعنی إسقاط عبادات در حالت وجود عذر مانند اسقاط نماز جمعه حج یا عمره و اسقاط جهاد توسط اعدا.

تخفیف تنقیص: مانند قصر نماز

۱- تخفیف ابدال: یا جایگزین مانند جایگزین کردن وضو و غسل به تیمم تبدیل قیام در نماز به نشستن و یا دراز کشیدن و یا رکوع و سجود به اشاره. تخفیف تقدیم مانند جمع نمازها در عرفات ادای نماز ظهر و عصر در وقت نماز ظهر، پرداخت و تقدیم زکات قبل از گذشت یکسال و یا پرداخت زکات فطر در رمضان.

۲- تخفیف تاخیر: مانند جمع میان نمازها در مزدلفه نماز شام و عشاء در وقت نماز عشاء و یا تأخیر نماز از وقت، نسبت به کسیکه مشغول نجات شخص باشد که در حالت غرق شدن است همچنان تاخیر رمضان برای مریض و مسافر.

⁵⁹ الباحسین، یعقوب بن عبدالوهاب، المشقة تجلب التیسیر، دراسة نظریة - تاصلیة - تطبیقیة، مکتبة الرشید، 1424

ه. الرياض، صص ۳۶-۳۹.

۳- تخفیف ترخیص مانند: نوشیدن خمر در حالت گیر کردن لقمه در دهان خوردن مردار در حالت اضطرار و یا خوردن نجاست بخاطر تداوی تخفیف تغییر مانند تغییر دادن کیفیت نماز در حالت جنگ و جهاد.⁶⁰

مطلب دوم: اسباب تیسیر

اسباب تخفیفات در شرع اسباب تخفیفات شرعی؛ اسبابی اند که باعث رفع حرج و مشقت شده و هرگاه این اسباب پیدا شوند سبب تخفیف در برخی تکالیف میگردند و علماء این اسباب را در امور ذیل محصور نموده اند که عبارت اند از سفر، مرض، اکراه، نسیان، جهل، نقص، عسر و عموم بلوی.

حال میپردازیم به تفصیل این اسباب:

سفر: سببی است برای قصر نماز و جمع میان دو نماز و عدم ادای نماز جمعه همچنان سفر سببی است برای مسح بر بالای موزه ها در بیشتر از یک شبانه روز.

مرض: سببی است برای تیمم کردن در صورت وجود مشقت در استعمال آب و یا اینکه سببی است که میتوان از آن بخاطر درمان جسم از نجاست ها استفاده کرد.

نسیان یا فراموشی: مانند خوردن و نوش در ماه رمضان در حالت فراموشی.

جهل یا عدم علم نسبت به چیزی: مانند جهل وکیل و قاضی نسبت به عدلشان از منصب و یا جهل محجور نسبت ز به عنوان عذربه شمار می رود؛ بناء تصرفات و اعمال آنان قلمداد میشود تا وقتی که از آن صحیح موضوع آگاهی حاصل کنند.

اکراه: و داشتن دیگری به انجام کاری که بدان رضایت ندارد مانند تلفظ کلمه کفر به جبر بالای کسی و یا اکراه به نوشاندن شراب به دیگری.

نقص: حالت وصفی که هر گاه در انسان وجود داشته باشد مستلزم عدم توانایی انجام برخی تکالیف شرعی است (طفل) و مجنون و یا عدم تکلیف زنان به انجام عباداتی که مردان به مکلف اند مانند:

مانند عدم تکلیف صبی جماعت، نماز جمعه، جهاد، پرداخت جزیه، پرداخت دیت و غیره.

⁶⁰. زیدان، دکتور عبدالکریم الوجیز فی قواعد الفقه، ترجمه: دکتور سالم افسری، ص ۱۱۵ ایران انتشارات آراس، چاپ

اول، سال ۱۳۹۵ ه.ش

عسرو عموم بلوی: سختی و دشواری در پرهیز از یک شیء، است مانند نماز در صورت وجود اثر نجاستی اندک که زایل کردنش دشوار است اثر خون مگس یا پشه در لباس حتی اگر زیاد باشد اثر گل راه ها و سرکها، فضلات پرندگان حتی اگر زیاد هم باشد.⁶¹

مطلب سوم: ضوابط تیسیر

ضابطه عبارت از قاعده کلی؛ و در اینجا منظور از آن قید و بندهایی است که حدود موضوع را مشخص میسازد. مبنای شریعت در اصول و اهداف آن بر آسانگیری میباشد که از ضوابط آن عبارت از:⁶²

1- آسان گیری از کتاب و سنت ثابت شده باشد؛ تا آنکه عمل به آن و اعتمد بر آن برای مسلمنان سهل و آسان باشد نه اینکه آسانگیریبیبر حسب هوا و هوس باشد یا اینکه ناشی از فشار های وارد در جوامع معاصر باشد.

2- عدم تجاوز از حد و حدود آسان گیری که نص مشخص نموده است؛ چنانکه جایز نیست بیش از آنکه نص در جهت آسانگیری بیان نموده است به تخفیف و تسهیل روی آورد نه از نظر کمی و نه از جهت کیفی به عنوان مثال برای کسسه که، میتواند نشسته نماز بخواند جایز نیست دراز کشیده نماز بخواند.

3- آسان گیری با نصی از کتاب الله یا سنت در تعارض نباشد. خداوند متعال میفرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)⁶³
ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید بر الله و رسولش و پیشدستی نکنید و از الله بترسد، بگمان الله شنوای داناست.

بناء به هنگام اختلاف و تنازع به مراجعه به الله و رسولش ار کرده است.

4- آسانگری مقید به مقاصد شریعت باشد یا به عبارت دیگر آسانگیری باید در چهارچوب مقاصد شریعت برای حفظ، دین، نسل، عقل مال و نفس آمده است باشد که شریعت برای تحقیق آنها آمده است.

⁶¹. السیوطی، عبد الرحمن بن أبی بکر، جلال الدین الأشباه والنظائر، ص ۷۷، دار الکتب العلمیة، الطبعة الأولى، ۱۴۱۱ هـ - ۱۹۹۰ م

⁶². آل بورنو، الشیخ الدكتور محمد صدقی بن أحمد بن محمد، الوجیز فی ایضاح قواعد الفقه الكلية، ج ۱، ص ۲۵۵، مؤسسة الرسالة، بیروت - لبنان، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۶ هـ - ۱۹۹۶ م

⁶³. الحجرات / ۱ .

مثال های قاعده المشقة التجلب التيسير

برخی از مثال های تطبیقی این قاعده عبارت اند از: 64

۱- مباح بودن فعل حرام هنگام ضرورت، مانند مباح بودن تلفظ به کلمه کفر هنگام اکراه به قتل یا قطع یکی از اعضاء به شرط آنکه شخص مکره تحت اکراه و جبر (قلبا ایمان داشته باشد؛ زیرا الله متعال میفرماید: (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِنَّا مِنْ أَكْرَهٍ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ عَذَابٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ)⁶⁵

ترجمه: هر که بخدا بعد از ایمانش کافر شود مگر آنکه بر وی جبر کرده شود و دلش بر ایمان مطمئن باشد و لیکن کسیکه به کفر سینه گشاده کند بر ایشان خشم از خداست و ایشان را عذاب بزرگ است. اما باید گفت که عمل به عزیمت در این حالت نسبت به اخذ رخصت بهتر است زیرا روایت شده است زمانی که مسیلمه کذاب دو تن از اصحاب رسول الله صلی الله علیه وسلم را دستگیر نمود از یکی پرسید: نظرت در مورد محمد چیست. گفت او رسول الله است: گفت نظر در مورد من چیست گفت تو نیز رسول الله هستی او را رها کرد و از دیگری پرسید: رأیت در مورد محمد چیست. گفت: او رسول الله است گفت رأیت در مورد من چیست گفت: من گنگ هستم سه باره از او پرسید و او در هر بار میگفت که من گنگ هستم، پس او را بقتل رسانید، هنگامیکه این خبر به رسول الله رسید، فرمود: (أما أحدهما فقد أخذ برخصة الله، وأما الثاني فقد صدع بالحق فهنيئاً له)⁶⁶

ترجمه یکی از آنها به رخصت الله متعال عمل نمود و دیگری حق را آشکار ساخت. گوارایش باد. ۲- مباح بودن ترک واجب هنگامی که انجام دادن آن شخص مکلف را با مشقت روبرو سازد، مانند مباح بودن افطار روزه رمضان برای مسافر و مریض؛ زیرا الله متعال میفرماید: (فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ).⁶⁷

ترجمه: «پس هر که از شما بیمار یا مسافر باشد پس شمار آن از روزهای دیگر لازم است». عقود و تصرفات مورد نیاز مردم هر چند مخالف با قواعد عمومی شریعت اسلامی باشد، مانند عقد سلم که بیع معدوم است و بیع معدوم باطل است ولی شریعت اسلامی بخاطر رفع نیازمندی مردم آنرا جایز دانسته است.

64. الانصاری، أبو الحسنات محمد عبد الحی الکنوی الہندی فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج ۱، ص ۱۱۶ -

۱۱۷، دار الکتب العلمیہ، بیروت - لبنان، ب.ت

65. النحل آیه ۱۰۶

66. البکری، محمد علی بن محمد بن علان بن ابراهیم دلیل الفالحین لطرق ریاض الصالحین، ج ۱، ص ۱۹۸، دار

المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بیروت - لبنان، الطبعة: الرابعة، ۱۴۲۵ هـ - ۲۰۰۴ م-

67. بقره / 184.

فصل دوم

تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در ارکان و شروط عقد

هر تصرف و عقد در فقه اسلامی دارای ارکان و شروط است و در صورت نبود آنها تصرف صحیح نیست بناء تمام معاملاتی که در فصل سوم به شکل تفصیلی مورد بررسی و واکاوی قرار می گیرد، برای انعقاد هر کدام آنها ارکان و شروطی می باشد که این فصل دارای دو مبحث است. مبحث اول، ارکان عقد و مبحث دوم شروط عقد را به شکل تطبیقی مورد بحث و بررسی قرار داده است.

مبحث اول: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در ارکان عقد

این مبحث اختصاص یافته است به تعاریف رکن، عقد، ایجاب و قبول که این مبحث مورد واکاوی لغوی و اصطلاحی قرار می دهیم.

مطلب اول: تعاریف اصطلاحات

الف: تعریف رکن

1- در لغت

ارکان جمع رکن بوده و عبارت از اساسی ترین عناصری است که باعث پدید آمدن و شکل گیری یک چیزی می شود.⁶⁸

رکن در لغت به فتح (کاف) به معنای اعتماد کردن بر آن، مانند ستون در منزل که همیشه منزل بر آن ایستاده است، و هیچ وقت از آن جدا نمی گردد، و رکن به یک طرف چیزی که بر آن استناد کرده باشد، نیز اطلاق می شود، نزد علمای لغت، رکن طرف چیزی را گفته می شود که از جمله ای جز همان شی باشد، که جمع آن ارکان است، مانند ارکان نماز و غیره.⁶⁹

2- رکن در اصطلاح

رکن در نزد علمای اصول مذهب حنفی عبارت از هر آن چیزی که وجود یک چیز بر آن متوقف باشد و جزئی از حقیقت داخل آن شی باشد مثل رکوع و سجود و قرائت قرآن که رکن نماز هستند و در معاملات ایجاب و قبول و یا آنچه که قایم مقام ایجاب و قبول است. بناءً رکن عقد عبارت است از هر آن

68. سابق، محمد سید، فقه السنه، ص ۲۲، ج دوم، طبع ۲۱، انتشارات دارالفتح للاعلام العربی، جمهوریة مصر العربیة، ۱۴۳۰ هـ - ۲۰۰۹ م، القاہرہ.

69. الجرجانی، علی محمد بن علی، التعریفات ناشر، دار الکتب العربی، بیروت، چاپ اول سال ۱۴۰۵ هـ، ج اول، ص ۱۴۹، بحر الرئق، ج اول، ص 290،

چیزی که توسط آن از اتفاق دو اراده تعبیر کرده می‌شود برابر است که لفظ باشد و یا قایم مقام لفظ مثل اشاره و کتابت.⁷⁰

ب: تعریف عقد

1- در لغت

عقد در لغت عربی، مصدر فعل، آن (عَقَدَ الْحَبْلَ وَالْبَيْعَ وَالْعَهْدَ يَعْقِدُهُ، عَقْدًا فَاَنْعَقَدَ: شَدَّهُ) یعنی آن را بسته کرد، از باب ضرب است⁷¹. در زبان فارسی به مفهوم گره بستن، ربط دادن، پیوند دادن، ابرام و احکام استوار داشتن عهد و پیمان بستن است⁷². از همین رو، عرب‌ها از گره زدن دوسرطناب، به عقد الحبل و از بستن سوگند به عقد الیمین تعبیر کرده‌اند و به مفهوم تصمیم و باور جازم نیز کاربرد دارد و جمع آن عقود است⁷³. معلوم می‌شود که عقد مفهوم حسی و معنوی دارد و قراردادها در مفهوم معنوی آن می‌گنجد. عقد به مفهوم پیمان و معنوی در قرآن کریم نیز استعمال شده است، الله متعال می‌فرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)⁷⁴.

ترجمه: «ای مؤمنان به پیمان‌ها و قراردادها وفا کنید». به نظر مفسران کرام، عقود در این آیه به مفهوم عهود است⁷⁵ و شامل تمام عهدها پیمان‌ها و موثقیق می‌شود خواه مبنا آن یک اراده باشد یا بیشتر از آن. پس پیمان‌های مشروع انسان با الله متعال باخودش و همنوعش در آن آیت شامل است⁷⁶. اهل لغت فرموده‌اند که مفهوم اصلی عقد در زبان عربی همان معنای حسی آن است، سپس به مفاهیم معنوی، مانند پیمان، ها خرید و فروش‌ها به کار گرفته شده است⁷⁷. بنابراین آن اصل عقد به مفهوم بستن و گره زدن میان دوشی حسی است و نقیض آن حل، گشودن و باز کردن گره است.⁷⁸

⁷⁰ زحیلی، وهبة، الفقه اسلامی و ادلته ج ۹ ص ۹۴ و ۹۵

⁷¹ زبیدی محمد مرتضی تاج العروس من جواهر القاموس تحقیق مجموعه از محققان بیروت: دارالهدایه، بت ج ۸ ص

395-394

⁷² دهخدا، علی اکبر. لغت نامه دهخدا. تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران چاپ دوم سال ۱۳۷۷ه.ش، ج

۱۰، ص ۱۵۹۸۶

⁷³ راغب اصفهانی حسین بن محمد مفردات الفاظ القرآن دمشق: دار القلم، بت، ج ۲، ص ۱۰۲

⁷⁴ سورة المائدة، آیه ۱.

⁷⁵ ابن کثیر، إسماعیل بن عمر. تفسیر القرآن العظیم، تحقیق: سامی بن محمد سلامة ناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع،

الطبعة: الثانية ۱۴۲۰ه.ق، ج ۲، ص 7

⁷⁶ أبوحیان الأندلسی، محمد بن یوسف. تفسیر البحر المحیط، تحقیق: الشیخ عادل أحمد عبد الموجود والشیخ علی محمد

معوض. بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۲۲ه.ق، ج ۳، ص ۴۲۸

⁷⁷ راغب اصفهانی، حسین بن محمد مفردات الفاظ القرآن، ج ۲، ص ۱۰۲.

⁷⁸ زبیدی، محمد مرتضی. تاج العروس من جواهر القاموس. ج ۸، ص ۳۹۴.

2- در اصطلاح

عقد در اصطلاح فقه اسلامی به مفهوم ارتباط معتبر ایجاب و قبول در شرع جهت ثبوت اثر در محل آن است.⁷⁹ به این مفهوم که ایجاب و قبول وفق شرایط مقرر در شریعت اسلامی صادر شود و منظور از آن ایجاد اثر در معقود علیه مانند انتقال ملکیت تام یا ناقص موتریا خانه یا مواشی و یا محصول زراعتی و یا توثیق دین، باشد به این عقداطلاق میشود. به تعبیر دیگر، عقد عبارت است از توافق اراده دو یا چند شخص به منظور آفرینش اثر حقوقی.⁸⁰

تعریف دومی مختصر و واضح و جامع است آفرینش اثر حقوقی ممکن است ایجاد حق باشد، مانند: عقد خرید و فروش اجاره و امثال آن ممکن است تعدیل حق باشد، مانند: دوفری درمقابل هم تعهد دارند و زمان اجرای تعهد فوری را به تأخیر اندازند. ممکن است انتقال حق باشد مانند: حواله، ممکن است از اله حق باشد مانند: اقاله عقد خرید و فروش و ابراء از دین.⁸¹

ج: تعریف ایجاب

1- در لغت

ایجاب در لغت عبارت از پیشنهاد یک شخص است به شخص دیگر جهت انعقاد قرارداد.⁸²

2- در اصطلاح

ایجاب اولین لفظی است که توسط یکی از عاقدین به منظور انشاء تصرف صادر می شود و به وسیله ای آن تصرف دیگری واجب می گردد و به اثبات می رسد.⁸³

د: تعریف قبول

در لغت

قبول در لغت به معنای پذیرفتن و گرفتن چیزی را گویند.⁸⁴

⁷⁹ قونوی، قاسم بن عبد الله أنیس الفقهاء فی تعریفات الألفاظ المتداولة بین الفقهاء، محقق: یحیی مراد. بیروت: دار الکتب العلمیة،

1424 هـ.ق، ص 73

⁸⁰ سنهوری عبد الرزاق احمد نظریة العقد تهران خرسندی چاپ اول، ۱۳۹۱ ه.ش، ج ۱، ص ۸۱

⁸¹ زحیلی، وهبه. الفقه الاسلامی وادلته . ج 4 ص 2919

⁸² دانش، فیظ الله، حقوق وجایب، ص 30، انتشارات مستقبل، چاپ ششم، 1397 ه، کابل

⁸³ مجله الاحکام ماده ۱۰۳

⁸⁴ محمد معین، فرهنگ فارسی، ج اول، ص 503، نشر امیر کبیر، چاپ یازدهم، 1376، تهران.

در اصطلاح

قبول دومین لفظی است که توسط یکی از عاقدین به عرض انشاء تصرف صادر می گردد و عقد به آن اتمام مییابد⁸⁵

مطلب دوم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در ارکان عقد

از دید فقهای، حنفی رکن آن است که وجود چیزی وابسته به آن است⁸⁶. از این نظر رکن عقد، تنها ایجاب و قبول است چون که ماهیت، عقد همان توافق و تراضی است⁸⁷.
فقهای مالکی⁸⁸، شافعی⁸⁹ و حنبلی⁹⁰ عاقد و معقود علیه وصیغه را رکن عقد دانسته.
از نظر فقهای مالکی⁹¹، شافعی⁹²، و حنبلی⁹³، اول صیغه: که منظور از آن ایجاب و قبول است. دوم عاقدین که منظور از آن خریدار و صاحب مال بوده و سوم محل که منظور از آن در فقه اسلامی به رأس المال نام گذاری شده است⁹⁴.

الف: ایجاب و قبول با کتابت

در بقیع همان طوریکه ایجاب و قبول شفاهی صورت می گیرد به نوشتن نیز انجام می یابد⁹⁵ و در ماده (69) آمده است که نوشتن مانند گفتن است. از اینکه اصل در عقد بیع، نطق و اظهار اراده زبانی است. ولی در بسا اوقات انسان بنا بر ضرورت هایکه احساس می کند و به آن مواجه می شود؛ نیازمند این می شود که با نوشتن، خرید و فروش خویش را انجام بدهد. اگرچندی که مذهب احناف جواز عقد بیع با کتابت را موقوف به کدام عذر خاصی نکرده اند، اما مذهب شافعی جواز تعاقد با نوشتن را به

⁸⁵ مجله الاحکام ماده ۱۰۲

⁸⁶ تفتازانی، سعدالدین مسعود شرح التلویح علی التوضیح لمتن التتقیح فی أصول الفقه، تحقیق زکریا عمیرات بیروت: دار الکتب العلمیة، الطبعة: الأولى ۱۴۱۶ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۷۳.

⁸⁷ موصلی، عبدالله بن محمد الاختیار لتعلیل المختار. بیروت: دارالمعرفة، الطبعة الرابعة، 1428هـ.ق، ص ۲، ص ۴

⁸⁸ ابن جزی، محمد بن أحمد القوانین الفقهیة محل کتاب: مکتبه شامله، ص ۱۶۳

⁸⁹ شریبینی، محمد خطیب مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج. ج ۲، ص ۳.

⁹⁰ بهوتی، منصور بن یونس کشف القناع عن متن الإقناع. ج ۳، ص ۱۴۶

⁹¹ علیش محمد منح الجلیل شرح علی مختصر سید خلیل، ج ۵، ص ۳۳۱

⁹² شریبینی، محمد خطیب مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج. ج ۲، ص ۳

⁹³ بهوتی، منصور بن یونس کشف القناع عن متن الإقناع. ج ۳، ص 289

⁹⁴ ابن نجیم زین الدین البحر الرائق شرح کنز الدقائق. ج 6، ص ۱۶۸

⁹⁵ مجلة الاحکام، ماده 173

داشتن عذرها معقولی مقید نموده است. وهبة الزحیلی می فرماید: شافعیه وحنابله صحت تعاقد با نوشتن را مقید به این نموده اند که عاقدین غایب باشند ویا به سخن گفتن قادر نباشند.⁹⁶

ب: ایجاب و قبول با ارسال سفیر

انعقاد معامله با نوشتن و ارسال نماینده جایز است و صورت انعقاد معامله با ارسال نماینده اینگونه است که فروشنده نماینده اش را فرستاده می گوید: (این شی را به این قیمت به احمد که فرد غایب است فروختم) برو به او بگو! نماینده هم رفت و سخن فروشنده رساند و خریدار هم در همان مجلس پذیرفت.⁹⁷

در کتاب الفقه الاسلامی وادلته چنین آمده است: فرستادن نماینده مثل فرستادن نامه و کتابت است. انسان بنا بر مشاغل و گرفتاری ها و اسباب و عذرهای معقول و بی شماری نمی تواند به تنهایی به تمام حاجات و ضروریات خود رسیدگی نماید. بنابراین؛ شریعت اسلامی حالات انسان را مد نظر گرفته و نیابت و رسول و نماینده آن را پذیرفته و در موارد و مواقع متعددی با رعایت شرایط خاصی (فرستادن نماینده را جایز و مشروع می دانند).⁹⁸

ج: ایجاب و قبول با اشاره

اشاره یعنی حرکتی که از دست سر یا لب انسان صادر میگردد خداوند جل جلاله اشاره به لب را در قرآن کریم رمز نامیده است (قَالَ عَائِشَةُ لَنَا تَكَلَّمَ النَّاسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِنَّا رَمَزْنَا)⁹⁹
ترجمه: «نشانه ات این است که سه روز با مردم جز با اشاره سخن نگویی» اشاره در عقد به معنی جابجا ساختن حرکت بجای نطق در تعبیر نمودن از اراده متعاقدین میباشد. اشاره از کسی صادر میشود که توان سخن گفتن را دارد و یا از کسی صادر میشود که سخن گفته نمیتواند و عاجز از سخن گفتن است و کسی که عاجز از سخن گفتن است، وی یا نوشتن را یاد دارد و یا نمیتواند بنویسد، بنابراین در عقد نمودن به اشاره سه حالت وجود دارد.¹⁰⁰

حالت اول: اشاره از شخصی که توانایی سخن گفتن را دارد صادر شده باشد مثل اینکه شخصی برای دیگری بگوید موترم را پنجاه هزار به تو فروختم و دیگری به سر یا به دست خود اشاره کند که قبول دارم نزد جمهور فقهای، احناف، شافعی ها و حنبلی ها عقد به این اشاره منعقد نمی گردد؛ زیرا

⁹⁶ زحیلی، وهبة، الفقه اسلامی و ادلته، ج 9 ص 105.

⁹⁷ احکام معاملات، ج 1، صص 50-51

⁹⁸ زحیلی، وهبة، الفقه اسلامی و ادلته ج 9، ص 105

⁹⁹ سوره آل عمران: آیه 41

¹⁰⁰ شبیر، محمد عثمان، (1430 هـ). المدخل إلى فقه المعاملات المالية: 215-216. چاپ دوم. الاردن: دارالنفائس للنشر والتوزيع.

اصل در تعبیر نمودن از اراده و رضا به عقد کلام است و بدون ضرورت به وسیله دیگر غیر از سخن روی آورده نمیشود و در مورد کسی که قدرت سخن گفتن را دارد به اشاره ضرورت نیست¹⁰¹ مذهب مالکی ها این است که اشاره مفهوم شخصی که قدرت تکلم را داشته باشد اعتبار داشته و عقد به آن منعقد میگردد؛ زیرا هدف تعبیر نمودن از اراده است به هر چیزی که به آن دلالت و همچنان خداوند جل جلاله اشاره را در قرآن در قصه زکریا علیه السلام در آیه ای که قبلا ذکر گردید کلام نامیده است ولی مالکی ها عقد ازدواج را استثنا نموده و گفته اند اگر عاقد قدرت سخن گفتن را داشته باشد نکاح وی به اشاره منعقد نمیگردد؛ چون عقد ازدواج اهمیت زیاد داشته و اثرهای مهم بر آن مرتب میگردد¹⁰².

راجح البتة در اینجا مذهب مالکی ها راجح به نظر میرسد که عقد به اشاره ای که در انعقاد عقد از نظر عرف متداول است منعقد میگردد و این رأی را قانون مدنی افغانستان نیز برگزیده است؛ چون اساس عقد را رضایت دو طرف تشکیل داده و بر این اساس، هر چیزی که به رضایت طرفین دلالت کند عقد به آن منعقد میگردد¹⁰³.

حالت دوم: اشاره از شخصی صادر شود که قدرت سخن گفتن را ندارد مانند گنگ مادرزاد یا شخصی که بعد از تولد گنگ شده است و خواندن و نوشتن را نیاموخته باشد. پس عقد چنین اشخاص به اشاره منعقد میگردد؛ چون در مورد این اشخاص، اشاره یگانه وسیله تعبیر از اراده به شمار میرود و به وسیله آن مصالح خود را به دست آورده و ضرر را از خود دفع میکنند. البته شرط در اشاره این است که هدف شخص را افهام، نماید و اگر چنین نباشد اشاره لغو است¹⁰⁴.

حالت سوم: اشاره از شخصی صادر شود که قدرت سخن گفتن را ندارد ولی میتواند بنویسد بخواند در مورد چنین شخص فقها به دو قول اختلاف دارند.

قول اول: جمهور فقهای، مالکی، شافعی و حنبلی و اکثریت فقهای احناف به این نظر اند که عقد گنگی که نوشتن را یاد داشته باشد به اشاره مفهوم او منعقد میگردد؛ چون در وقت عاجز بودن از سخن به آنچه جانشین سخن است که عبارت از اشاره و کتابت مفهوم میباشد، انتقال صورت میگردد و هیچ فرقی در میان نوشته و اشاره در جانشین شدن کلام وجود ندارد¹⁰⁵.

101. بدائع الصنائع، ج 5، ص 13

102. مواهب الجلیل، ج 4، ص 229

103. المدخل الی فقه المعاملات المالیه: 216

104. المغنی لابن قدمه، ج 7، ص 430

105. نهایة المحتاج: ج 3، ص 11

قول دوم: روایت دیگر از احناف وجود دارد که عقد شخص گنگی که نوشتن را یاد دارد به اشاره منعقد نمیگردد؛ زیرا در وقت عاجز بودن از سخن گفتن به نوشته رجوع صورت میگیرد؛ چون نوشته را هر کسی که خواندن را یاد دارد میفهمد در حالیکه اشاره را همه مردم نمیفهمند؛ زیرا در دلالت آن اشتباه و جود دارد؛ بناء دلالت نوشته نسبت به اشاره قوی بوده و نوشته را بر آن تقدیم کرده میشود¹⁰⁶. قول راجح، مذهب جمهور فقها است که عقد به اشاره گنگ منعقد میگردد، اگر چه نوشتن را هم یاد داشته باشد؛ زیرا اشاره به طور واضح به هدف عاقد گنگ دلالت مینماید¹⁰⁷. در مجلت الاحکام چنین تصریح شده است: (بیع به اشاره معروفه اُخرس (گنگ) نیز منعقد می گردد¹⁰⁸.

د: ایجاب قبول بالتعاطی (دست به دست)

تعاطی در لغت مصدر فعل تعاطی به معنی گرفتن انسان چیزی را به دستش، از ماده عطو، بوده و به معنی تناول و دادن و گرفتن میباشد¹⁰⁹. تعاطی در اصطلاح به تناول و مناولة خاص اطلاق میگردد مثلاً در عقد بیع، بائع سلعه را ب مشتری میدهد و مشتری ثمن را به بائع میدهد بدون اینکه ایجاب و قبول را تلفظ کنند. همچنان تعاطی ممکن است از یک جانب صورت بگیرد مانند این که بائع بگوید: "این کتاب را به صد افغانی به تو" فروختم و مشتری ثمن را بدون تلفظ نمودن قبول به بائع بدهد و کتاب را بگیرد عقد به آن منعقد میگردد¹¹⁰.

اگر تلفظ به انشاء بیع از هر دو طرف از جانب مشتری و بائع صورت نگیرد، در اصطلاح همه فقها آنرا بیع تعاطی نامیده میشود اما اگر یکی از طرفین ایجاب را تلفظ نمود و جانب دیگر از رضای خود به فعل دادن و گرفتن تعبیر نمود برخی فقها آنرا "تعاطی" میگویند¹¹¹؛ وبعض دیگر میگویند که آن تعاطی نبوده بلکه ایجاب به لفظ و قبول به فعل می باشد¹¹² و به هر حال، بیع نزد جمهور فقها به هر دو طریق صحیح میباشد.

¹⁰⁶. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم. (1419 هـ، ق). الاشباء والنظائر علی مذهب ابي حنيفة النعمان : 188. حاشیه

نویسی و تخریج احادیث: زکریا عمیرات، بیروت: دارالکتب العلمیة.

¹⁰⁷. المدخل إلى فقه المعاملات المالية: 217

¹⁰⁸. مجلت الاحکام، ماده 174

¹⁰⁹. لسان العرب: ماده، عطی: ۱۵/۶۸

¹¹⁰. المدخل إلى فقه المعاملات المالية: ۲۱۸

¹¹¹. المغنی لابن قدامه ۴/۴

¹¹². رد المحتار: ۴۸/۱۴

ولی مشهور در مذهب امام شافعی این است که ایجاب و قبول لفظی شرط صحت بیع است، بناء بیع نزد امام شافعی به تعاطی صحیح نیست جلال الدین محلی¹¹³: میگوید "فلا بیع بالمعاطاة، ویرد کل ما أخذ بهها أو بدله إن تلف"¹¹⁴ ترجمه: بیع به معاطات صحیح نیست و همه آن چه را که به آن گرفته است یا بدل آنرا در صورتی که تلف شود بر می گرداند. بعضی علمای شافعی بیع به تعاطی را در اشیاء ناچیز مانند یک قرص نان و یک دسته ترکاری اجازه داده اند و در اشیاء گران بها منع کرده اند¹¹⁵. جمهور فقهای حنفی، مالکی و حنبلی اتفاق دارند که بیع به تعاطی در همه اشیای گران بها و ناچیز جواز دارد¹¹⁶. نووی¹¹⁷ از علمای شافعی همین رأی را ترجیح داده است¹¹⁸ کاسانی رحمه الله گفته است قدوری¹¹⁹ یاد آور شده است که تعاطی در اشیای ناچیز جایز بوده و در اشیای گران بها جایز نیست و روایت جواز در اصل مطلق از این تفصیل بوده و همان صحیح است؛ زیرا بیع در لغت و شریعت اسم برای مبادله بوده و آن عبارت از مبادله نمودن شیء مرغوب به چیز مرغوب است و

113. محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهیم محلی (۷۹۱-۸۶۴ هـ. ق.)، اصولی مفسر و از فقهای شافعی میباشد. در قاهره به

دنیا آمده و در همانجا وفات نموده است و شخص با هیبت و حق گو بود و حاکمان ظالم به نزد او میآمدند و به آنها اجازه ورود میداد و قضاء اکبر برای او پیشنهاد شد ولی نپذیرفت کتابی در تفسیر نوشت که جلال الدین سیوطی آنرا تکمیل نمود و جلالین نامیده شد. از جمله تألیفات او "کنز" "الراغبین" و "البدر الطالع فی حل جمع الجوامع" و غیره میباشد. (الأعلام (۵/۳۳۳).

114. المحلی، جلال الدین محمد بن أحمد بن محمد، ب - ت، شرح المحلی علی منهاج الطالبین مع حاشیتی قلیوبی و عمیره:

(۲/۱۵۳) ب. ط

115. همان مرجع

116. الدسوقی علی الشرح الکبیر : ۳/۳

117. ابو زکریا محی الدین یحیی بن شرف نووی (۶۳۱ - ۶۷۶ هـ. ق.) از علمای شافعی بوده و در بخش فقه و حدیث علامه به شمار میرود وی در قریه نوا از قریه های حوران کشور سوریه متولد گردیده و در همانجا وفات نموده است. برخی تألیفات وی موارد ذیل میباشد تهذیب الأسماء واللغات"، "منهاج الطالبین"، "المنهاج فی شرح صحیح مسلم" و غیره (الأعلام (۸/۱۴۹)

118. النووی، أبو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف ۱۴۱۲ (هـ. ق.). (روضة الطالبین وعمدة المفتین: ۳/۳۷). تحقیق: زهیر الشاویش بیروت/ دمشق عمان المکتب الإسلامی

119. أبو الحسن، احمد بن محمد بن احمد بن جعفر بن حمدان قدوری (362-428 هـ. ق.) فقیه حنفی می باشد در بغداد متولد گردیده و در همان جا وفات نموده است. ریاست علمای احناف در عراق به او رسیده است و در فقه حنفی مختصری نوشته است که به نام خود او قدوری معروف است. از جمله کتاب های او التجوید و کتاب النکاح می باشد. (الإعلام ج 1

ص 212

حقیقت مبادله همان گرفتن و دادن بوده و گرفتن بیع و شراء دلیل بر آن دو میباشد. و دلیل بر تعاطی این قول خداوند عزوجل میباشد (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)¹²⁰.

ترجمه: «مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گرفته باشد». و تجارت عبارت از گردانیدن چیزی برای غیر به بدل است و آن تفسیر تعاطی می باشد. وقتی ثابت شد که حقیقت بیع، مبادله نمودن به تعاطی است که عبارت از دادن و گرفتن می باشد پس این امر در اشیای ناچیز و گرانها همگی وجود دارد پس تعاطی در همه آنها بیع بوده و جائز میباشد¹²¹. این قدامه رحمه الله در زمینه میگوید دلیل "ما این است که خداوند جل جلاله بیع را حلال گردانیده و کیفیت آن را بیان ننموده است پس در این مورد به عرف رجوع صورت میگیرد مثل این که در تعیین مفاهیم قبض و احراز و تصرف به عرف رجوع صورت گرفته است و مسلمانها در بازارها و بیع های شان تعاطی را انجام می دهند و نه از نبی صلی الله علیه و سلم و نه از صحابه ایشان با وجودی که بیع در میان شان به کثرت واقع می گردید، استعمال ایجاب و قبول نقل نگردیده است و اگر آن را استعمال میکردند به طور عام از ایشان نقل صورت می گرفت و اگر استعمال ایجاب و قبول شرط میبود نقل نمودن آن واجب میگردید¹²².

ه: ایجاب و قبول باوسایل الکترونیکی

۱- تعریف: عقود الکترونیکی

اصطلاح عقود الکترونیکی برای اولین بار در پارلمان اروپا در سال 1997م مورد بحث قرار گرفت و در ابتدا آن را به نام (عقد از راه دور) نام گذاری نموده و چنین تعریف نمودند: «عقد از راه دور عبارت از عقدی است که در داخل چوکات قانون بیع میان فروشنده و استهلاک کننده با استفاده از خدمات مخابراتی و اینترنتی اجرا می گردد»¹²³.

۲- تعریف: عقود الکترونیکی در فقه

فقهای معاصر تعریفات زیادی از عقود الکترونیکی ارایه کرده اند و مشهورترین تعریف آن عبارت

است:

¹²⁰. سوره النساء : آیه 29

¹²¹. بدائع الصنائع، جلد 5 ص 134

¹²². المغنی الابن قدامه ج3. ص 481

¹²³. نجار، دکتور زیاد ابراهیم محمد، مدى كفاية قواعد التغيرير والغبن لحماية المستهلك في العقود الالكترونية، جامعة عمان، اردن 2014 ص 14.

1- عقود یا تجارت الکترونیکی عبارت از اجرای تلاش های متعلق به سرمایه و خدماتی هست که به وسیله شبکه انترنیتی صورت می گیرد.¹²⁴

اگر معامله ای میان دو نفر صورت گرفت که از هم دور هستند و هیچ یک دیگری را نمی بیند و سخن شان راهم نمی شنود و تنها پل ارتباطی آنان نامه نگاری، ارسال پیام و نماینده است معامله مذکور با رسیدن ایجاب به دست فرد مورد نظر و قبول او منعقد می گردد. امروزه این حکم بر دستگاه های جدیدی مثل: تلگرام، فکس، اینترنت و کامپیوتر قابل تطبیق است.¹²⁵

«اگر در یک زمان میان دو نفری که در دو مکان دور هستند معامله و قراردادی صورت گیرد معامله شان همچو معامله دو نفر حاضر محسوب می گردد و این حکم بر معامله ای انجام شده از طریق تیلیفون و سیستم بی سیم هم صدق می کند و تمام احکام اصلی ارایه شده از جانب فقها برای چنین معامله ای هم قابل انطباق است»¹²⁶

مطلب سوم: تطبیقات قاعده المشقة التجلب التیسیر در ارکان عقد

۱- بسا اوقات انسان بنا بر مشکلات و ضرورت های که سر راهش قرار می گیرد نمی تواند ایجاب و قبول را توسط زبان نماید بناء برای دفع مشقت و جلب منفعت شریعت اسلامی ایجاب و قبول را جواز داده است.

۲- گر چند ایجاب و قبول باید توسط خود شخص معامله کننده صورت گیرد اما گاهی شخص نمی تواند بنا بر ضروریات خود حاضر شده نمی تواند بنا بر همین مصلحت شریعت برای دفع مشقت شریعت ایجاب و قبول را با ارسال سفیر جواز داده است.

۳- ایجاب و قبول شخص سالم درست بوده اما بسا اوقات معامله بین دو شخصی صورت می گیرد که یکی از آن ها و یا هر دوی آن ها بنا بر ضروریات و یا تکلیف گنگ بودن شخص نمی تواند به زبان ایجاب و قبول نماید. با توجه به مبرم بودن موضع شریعت اسلامی برای دفع مشقت ایجاب و قبول را با اشاره جواز داده است.

۴- در عصر حاضر بنا بر پیش رفت تکنالوژی که انسان توسط آن معامله انجام می دهد گاهی نیز اشخاص معامله کننده بنا بر مشکلات نمی توانند حضورا اشتراک نموده ایجاب و قبول نمایند. پس

¹²⁴ نجار، دکتور زیاد ابراهیم محمد، مدى كفاية قواعد التغيرير والغبن لحماية المستهلك في العقود الالكترونية، جامعة

عمان، اردن 2014 ص 57

¹²⁵ احكام معاملات، ج 1، ص 51

¹²⁶ احكام معاملات، ج 1، ص 52، وزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلتہ، ج 9، ص 112.

شریعت اسلامی برای دفع مشقت ایجاب و قبول با وسایل الکترونیکی را جواز داده است و جواز آن بنابر دلیل قرآنی (حج آیه ۷۸) مشروع گردیده است.

مبحث دوم: تطبیقات قاعده المشقه تجلب التیسیر در شروط عقد

مطلب اول: اعتبار و اتحاد مجلس

الف: با کتابت

امام غزالی در خصوص معامله با کتابت چنین سخن گفته اند: «انعقاد معامله با نامه نگاری را درست می دانیم، اگر طرف اول شرایط معامله را برای فرد غایب نوشت و او هم در همان مجلس قبول کرد تا پایان همان مجلس اختیاریرد و قبول دارد و اختیار نویسنده نیز تا پایان اختیار طرف مقابل ادامه دارد.»¹²⁷

مفتی تقی در ادامه این بحث دلیل اعتبار و اتحاد مجلس را در این نوع معامله چنین بیان می کند: تداوم اعتبار ایجاب و اختیار قبول تا پایان مجلس تنها به این انگیزه و خاطر مشروع شده است که فرصتی برای فکر کردن و اندیشه درباره آن معامله وجود داشته باشد و این فرصت تنها برای حاضر نیست بلکه برای افراد غایب با فرصت بیشتری ادامه دارد چرا که ممکن است نامه موقعی به دست فرد مورد نظر برسد که او عجله داشته باشد و فرصت فکرو اندیشه نداشته و اگر آن مجلس هم پایان یابد صدور ایجاب مجدد آن آسان نخواهد بود بنابراین بهتر است میان عقد شفاهی (حضور) و عقدی که از طریق نامه نگاری انجام می گیرد تفاوت قایل شد.¹²⁸

ب: ارسال سفیر

اگر عقد میان دو نفر غائب با ارسال نماینده و نامه صورت بگیرد از نظر فقها در همان مجلس رسیدن نماینده یا دریافت پیام معتبر است.¹²⁹

ج: وسایل الکترونیکی

انعقاد معامله یا بیع توسط متعاقدين از طریق تیلیفون و بی سیم جواز دارد. هرگاه دو شخص در حال صحبت کردن با هم باشند، طوری که یکی از آن ها به دیگرش بگوید: فلان حویلی و یا فلان موتر را برایت فروختم و جانب مقابلش هم بگوید پذیرفتم معامله صورت می گیرد. حتی اگر قبل از اعلان قبول و دریافت اعلان تماس آن ها قطع شود بدون اینکه ایجاب کننده قبول جانب مقابل را بشنود و یا بداند

¹²⁷ نووی، ابو ذکریا محی الدین یحیی بن شرف، المجموع شرح المذهب، ناشر: ادارة الطباعة المنيرية- مطبعة التضامن

الاخوی- القاهرة، سال: ۱۳۴۴ هجری قمری، ج 9 ص 168 کشاف القناع نوشته ای بهوتی رجوع شود ج 3 ص 137

¹²⁸ احکام معاملات، ج 1، ص 57-58.

¹²⁹ احکام معاملات ج 1، ص 57

یعنی علم ایجاب کننده به اعلان قبول کننده بطور فوریت شرط نیست. و به خاطر دوری از شبهه با ملاحظه ی عرف جاری در تکس و فکس و... درجات و مراتب فکس و پیا م ها را درجه بندی نموده است.¹³⁰

مطلب دوم: زمان اعتبار ایجاب و قبول

الف: زمان ایجاب

اعتبار ایجاب زمان کافی در حد فکر و اندیشیدن نفع و ضرر برای عاقدین وجود دارد که بنام مجلس عقد یاد می گردد و تا زمانی که اسباب و علایم رد مشاهده نشود، مجلس ادامه دارد حتی اگر ساعت ها هم طول بکشد. و فراتر از آن ایجاب کننده می تواند مدت اعتبار ایجاب را الی زمان معین بعد از مجلس عقد هم تعیین نماید. دکتور زحیلی می فرماید (وقتی که ایجاب کننده برای جانب مقابل خود مدت را تعیین نماید باید به آن التزام داشته باشد و به قول ثابت بماند)¹³¹

علامه مفتی تقی نیز می فرماید: (تعیین مدت این است که ایجاب کننده مدت را برای قبول طرف مقابل تعیین می کند و در طی آن مدت به او اختیار قبول می دهد مانند اینکه به فرد مورد نظرش چنین نامه می نویسد که این شی را به تو فروختم مشروط به اینکه تا روز جمعه آن را بپذیری که به این ایجاب موقت هم می گویند) همچنین در فراز دیگری مفتی تقی می گوید من در این مورد کدام نص صریحی در کدام کتب فقهی ندیده ام اما مواردی از جواز آن در نزد فقهای احناف به چشم می خورد که چیزی شبیه صراحت است.¹³²

ابن نجیم در البحر الرائق آورده است: «اگر فروشنده گفت این شی را به هزار درهم به تو فروختم اگر تا شب خواستی»¹³³

قوانین فقهی هم این را می طلبد که تعیین وقت برای ایجاب درست باشد چرا که بیان وقت برای کوتاه کردن مدت قبول یا برای طولانی نمودن آن، اگر برای کوتا کردن آن باشد مانند اینکه بگوید فلان شی را به تو فروختم به شرطی که ظرف دو دقیقه آن را بپذیری» حالامفهومش این است که اگر طرف مقابل در ظرف دو دقیقه آن را نپذیرفت طرف اول از ایجابش برمی گردد و حق رجوع از ایجابش را دارد، و تعیین مدت به منظور طولانی نمودن وقت قبول مانند این است که به عنوان نمونه سه روز یا هفته را تعیین کند و این واضح است که باطل شدن ایجاب با ختم مجلس برای رعایت حق او بوده است

130. زحیلی، وهبة، فقه الاسلامی وادلته، ج 9، صص 112-113.

131. زحیل، وهبة، الفقه الاسلامی وادلته ج9 ص117.

132. احکام معاملات، ج 1، صص 61-62.

133. بحر الرائق، ج 5، ص 265.

بنابراین می تواند این حق را با تمدید و تعیین وقت مشخص نادیده گرفته آن را ساقط کند و این مفهوم تعیین زمان معین این است که او به طرف مقابل خود اجازه می دهد قبول خود را از ختم مجلس حق تا زمان مشخص شده بیان کند.¹³⁴

1- حالات سقوط ایجاب

با ملاحظه ای بحث زمان اعتبار ایجاب و اینکه مجلس عقد ساعت ها طول بکشد و باز هم قابل اعتبار می باشد اما در حالت های خاص ایجاب از درجه ای اعتبار سقوط می کند که من به طور مختصر و فشرده به آن ها اشاره می کنم.

1- رجوع از ایجاب

جمهور فقها حنفیه، شافعیه، وحنابله به این نظر اند که ایجاب کننده می تواند در مجلس عقد قبل از صدور قبول از جانب مقابل از ایجاب خود رجوع نماید که در این صورت ایجاب باطل می گردد و اما اکثریت مالکی ها به این نظر اند ایجاب کننده نمی تواند از ایجاب اش رجوع نماید و برای ایجاب کننده لازم است که برای ایجاب خود ثابت بماند تا که جانب مقابل قبول یا رد نماید و یا مجلس عقد به پایان برسد.¹³⁵

2- رد ایجاب

برای فرد ایجاب کننده فرقی نمی کند که صراحتا رد نماید مثل اینکه بگوید قبول ندارم و یا ضمنا رد نماید مثل اینکه از مجلس بلند شود و یا به کدام کار دیگری مصروف شود مثل خوردن و نوشیدن و یا مصروف شدن در قصه ای دیگری و یا به نگاه کردن و خواندن کتاب و یا روزنامه ای مشغول شدن هرگاه بعد از ایجاب هر کدام این اعمال از طرف کسی که ایجاب متوجه او بوده است صادر شود رد ایجاب صادر می گردد که سبب بطلان ایجاب می گردد.¹³⁶

زیرا کسی که ایجاب جانب مقابل را رد می می نماید در واقع حق خود را ساقط کرده است که در نتیجه نپذیرفتن آن معتبر است فقهاء نسبت به عقد دونفر حاضر چنین تصریح کرده آمد که اگر یکی از دو طرف ایجاب را انجام داده ولی طرف دیگر آنرا نپذیرفت ایجاب از بین می رود هر چیزی که نشست آنان پایان نیافته باشد.¹³⁷

134. احکام معاملات، ج 1 صص ۶۲-۶۳.

135. زحیلی، و هبة، الفقه اسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۱۶

136. زحیلی، و هبة، الفقه اسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۱۸

137. احکام معاملات ج ۱ ص ۶۱

و عین مطلب در ماده ۱۸۳ مجله الاحکام چنین تصریح شده است اگر از جانب یکی از عاقدین بعد از ایجاب و قبل از قبول فعلی و یا قولی صدور یابد که دلالت بر اعراض نماید درین صورت ایجاب باطل می‌گردد و قبولی که بعد از آن واقع می‌شود اعتبار ندارد طور مثال اگر یکی از متبایعین گفت خریدم و یا فروختم جانب مقابل قبل از صدور قبول به یک امر دیگری بی مورد که اصلاً به عقد مرتبط نباشد مشغول گردد درین صورت ایجاب باطل گشته و بر قبولی که بعد از آن صادر گردیده است اعتبار و ترتیب اثر داده نمی‌شود، گرچه قبول مذکور قبل از انحلال مجلس واقع شده باشد.¹³⁸

3- ختم مجلس عقد

یکی از حالت های که ایجاب از درجه اعتبار سقوط می کند پایان یافتن مجلس عقد است هرگاه عاقدین بعد از ایجاب و قبول از قبول از همدیگر متفرق شدن ایجاب هم از اعتبار سقوط می کند و مجلس تا زمانی جامع متفرقات است که عاقدین از هم متفرق نشوند.¹³⁹

4- ختم ایجاب موقت

مفتی محمد تقی عثمانی رح می فرماید جواز این توقیت ایجاب در نزد فقهای احناف به چشم میخورد همچنان تعیین وقت برای حالت دیگری سقوط ایجاب این است که ایجاب کننده مدتی را برای قبول طرف مقابل تعیین می کند اعتبار ایجاب یا برای کوتاه کردن مدت قبول است و یا برای طولانی نمودن آن اگر برای کوتاه کردن آن باشد مانند اینکه بگوید فلان سی را به تو فروختم مشروط بر اینکه در ظرف دو دقیقه آن را بپذیری، مفهوم اش این است که اگر طرف مقابل در ظرف دو دقیقه آن را نپذیرفت ایجاب کننده از ایجاب اش رجوع می‌کند که حق رجوع را دارد و اگر تعیین نمودن وقت برای قبول به منظور طولانی نمودن وقت قبول باشد مثلاً سه روز یا یک هفته را تعیین نماید به این معنا که پیوسته ایجاب اش را تا پایان زمان تعیین شده تکراری می کند پس معلوم می شود که بیان مدت اعتبار ایجاب مشکلی ندارد وقتی که در هر مرحله ای حق رجوع از ایجاب را دارد گذاشتن مدت تعیین شده به معنای رجوع از ایجاب است.¹⁴⁰

5- سکوت طولانی مدت

در گذشته بحث کردیم که ایجاب با رجوع ایجاب کننده از ایجاب اش با رد قبول کننده با پایان یافتن مجلس عقد به سبب متفرق شدن حصر او قبل از قبول و با گذاشتن مدت ایجاب موقت ایجاب از درجه

138. مجله الاحکام ماده ۱۸۳ و فتاوی حقایق ج ۲ ص ۱۳۱

139. زحیلی، وهبة، الفقه اسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۱۸

احکام معاملات ج ۱ ص ۶۱ الی ۶۳ 140

اعتبار سقوط می‌کند حالا اگر هیچ کدام از موارد فوق اتفاق نیفتاد و سکوت طولانی بوجود آمد آیا ایجاب تا بی نهایت معتبر می‌ماند؟

از اینکه دوام و اعتبار آن تا بی نهایت زیان زیادی به فرد ایجاب کننده وارد خواهد کرد بناء با در نظر داشت عرف بازرگانان اگر طرف مقابل بعد از زمان رایج در میدان تجار باز هم به سکوت اش ادامه داد و نه ایجاب را رد کرد و نه آن را پذیرفت ایجاب با آن سکوت طولانی از درجه اعتبار ساقط خواهد شد و طرف دوم نمی‌تواند قبول خود را بر مبنای چنین ایجاب استوار سازد¹⁴¹.

همچنان مطلبی که امام نووی بیان کرده است این حکم را تایید می‌کند: (قال صحابنا یشرط لصحة البیع و نحوه أن لا یطول الفصل بین الایجاب والقبول وأن لا یتخللهما أجنبي عن العقد فان طال أو تخلل لم ینعقد سواء تفرقا من المجلس ام لا، قال اصحابنا: ولا یضرب الفعل الیسیر ویضرب الطویل وهوما أشعرباعراضه عن القبول).¹⁴²

ترجمه: «فقهای ما گفته اند شرط صحت معامله و امثال ان این است که جدایی میان ایجاب و قبول به طول نینجامد و کارنا مربوطی به عقد و معامله میان انها فاصله و جدایی نیندازد بنابراین اگر فاصله ای میان ایجاب و قبول به طول انجامید یا کاری نا مربوطی میان آن ها انجام گرفت معامله منعقد نمی‌گردد و در این امر تفاوتی ندارد که دو طرف معامله از مجلس معامله متفرق شده باشند یا نه، انان نیز در ادامه می‌گویند فاصله ای اندک میان ایجاب و قبول موجب ابطال معامله نیست و تنها فاصله ای طولانی که نشانه ای اعراض طرف مقابل از قبول معامله تلقی می‌شود موجب ابطال معامله گردد. مدت متعارف در کالاهای مختلف متفاوت است مدت قبول در کالاهای فاسد شدنی مانند میوه های تازه سبزیجات و چیزهای تابستانی و فصل گرما کمتر از کالاهای است که سریع فاسد نمی‌شوند همچنین مدت قبول در کالاهای بزرگ و انبوه بیشتر از کالاهای عادی است و ملاک همه ای ان ها عرف و قوانین حقوقی است.»¹⁴³

6- خروج از ایجاب

خروج ایجاب کننده از اهلیت عقد قبل از قبول جانب مقابل یکی دیگری از حالت های بطلان ایجاب این است که ایجاب کننده قبل از اینکه جانب مقابل قبول نماید از اهلیت عقد خارج گردد مثل اینکه بمیرد یا جنون و یا دیوانگی بالایش حاکم شود و اغما و بیهوشی برایش پیش شود و همچنان اگر قبول کننده قبل از قبول دچار مرگ، دیوانگی و بیهوشی گردد ایجاب باطل می‌گردد زیرا که انعقاد عقد موقوف به وجود

141 احکام معاملات ج ۱ ص ۶۶

142. المجموع شرح المذهب، ج ۱، ص ۱۶۹

143. احکام معاملات ج ۱ ص ۶۷.

اهلیت عقد است اگر اهلیت از بین برود عقد منعقد نمی گردد به خاطر احتمال وجود رجوع از ایجاب و عدم فهم برای قبول.¹⁴⁴

ب: زمان قبول

قبول یا رد معامله نیاز به زمان کافی دارد. دوکتور وهبة الزحیلی این مطلب را در ذیل جواب یک سوال که آیا فوریت در قبول شرط است؟ با تفصیل توضیح داده است. چنانچه می فرماید: «جمهور فقهای حنفی، مالکی و حنبلی ها به این نظر اند که در قبول فوریت شرط نیست زیرا که قبول کننده ای ایجاب به فکر و اندیشه و تأمل ضرورت دارد اگر فوریت شرط دانسته شود فرصت و امکان فکر کردن برای قبول کننده باقی نمی ماند. همینکه قبول در مجلس ایجاب صادر می شود کفایت می کند فرقی نمی کند که قبول الی آخر مجلس ادامه یابد زیرا که یک مجلس ضرورتاً جمع کننده متفرقات است، اگر فوریت حتمی باشد بر قبول کننده مضایقه می شود، و مصلحت عقد و صفاقه از بین می رود چونکه فی الفور جواب رد بدهد عقد و صفاقه از پیشش ضایع می شود و اگر فوراً قبول نماید بسی اوقات عقد بدون سنجش به ضررش واقع می شود از همین جهت به فکر و تأمل و زمان ضرورت پیدا می کند. تا با فکر و اندیشیدن در بین آنچه که به دست می آورد و مفاد می کند و آنچه که از دست می دهد و از ناحیه عقد ضرر می کند یک موازنه و همخوانی بوجود بیاید که این فرصت فکر کردن را فقها به مجلس عقد زمان بندی نموده اند زیرا که مجلس، جامع متفرقات است. بناءً ساعت های مجلس عقد یک زمان بندی واحد اعتبار کرده می شود و این حکم بخاطر تیسیر و آسانی بر مردم و منع مضایقه و حرج و دفع ضرر از عاقدین است در حد امکان.¹⁴⁵

مطلب سوم: ثبوت خیرات جهت دفع ضرر

اختیار یکی از موضوعات مهم در عقد است که متعاقدين در صورت عدم رضایت فروشنده و مشتری بتوانند به وسیله ای این اختیار عقد را فسخ نمایند.

الف: مشروعیت خیار رویت

۱- تعریف خیار

۱-(-) در لغت

خیار عبارت است از: (مخیر بودن متعاقدين را گویند).¹⁴⁶

144. زحیلی، وهبة، الفقه اسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۱۹.

145. زحیلی، وهبة، فقه الاسلامی و ادلته، ج ۹، ص ۱۰۸.

146. مجلة الاحکام، ماده ۱۱۶.

2- در اصطلاح

(هو حق العاقد فی فسخ العقد او امضائه، لظهور مسوغ شرعی او بمقتضى اتفاق عقدی)¹⁴⁷
ترجمه: «خيار عبارت است از: حق عاقد در فسخ عقد، از جهت ظهور جواز شرعی، یا مقتضای اتفاق عقدی است».

2- تعريف رؤیت

1- در لغت

رای یری مصدر می باشد از نگاه لغت به معنی نظر کردن به عین و قلب است.¹⁴⁸

2- در اصطلاح

خيار رؤیت در اصطلاح (هو حق ینتبه به للمتملك الفسخ او الامضاء عند رؤیت محلل العقد المعین الذی عقد علیه ولم یره)¹⁴⁹

ترجمه: «خيار رؤیت عبارت است از حقی که ثابت می شود برای متملك فسخ یا نافذ کردن عقد در وقت مشاهده محل عقد معین که عقد صورت گرفته با وجود اینکه مشتری ندیده است».
خيار رؤیت ثابت می شود به حکم شرع به خاطر مراعات حق عاقد که اقدام به شراء کرده است بدون رؤیت زیاد تر وقت مشتری موافق نمی باشد به بهانه در عقد بیع لذا شریعت برای عاقد خيار رؤیت را ثابت کرده است که فسخ می کند را یا ادامه می دهد خلاصه اینکه در نزد جمهور فقها خيار رؤیت محتاج به شرط نیست چنانچه در این رابطه امام ابن الهمام حنفی رحمه الله می فرماید رؤیت جمیع اجزاء مبیع شرط نیست در انتفاء ثبوت رؤیت.¹⁵⁰

147- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية - الكويت عدد الأجزاء 25 أجزاء الطبعة: (من 1404-1427هـ) الأجزاء 1-23-: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت الأجزاء 24-38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر الأجزاء 39-45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة. (ج 20 / ص 41) و مجلة مجمع فقه الاسلامی التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامی بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامی بجدة، وقد صدرت فی 13 عدد، و كل عدد يتكون من مجموعة من المجلدات، كما يلي العدد 1: مجلد واحد العدد 2: مجلدان. العدد 5 و 7 و 9 و 12: كل منها 4 مجلدات بفسة الأعداد: كل منها 3 مجلدات، و مجموع المجلدات للأعداد ال 13: اربعون مجلدا... أعدھا للشاملة: أسامة بن الزهراء عضو فی ملتقى أهل الحديث

ج 7 / ص 124 (<http://www.ahlalhdeth.com>)

148. فيومي، احمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ناشر: مكتبة لبنان، طبع دوم، سال

١٤١٤ هجرى قمرى، ج 1 ص 247

149. البحر الرائق ج 9، ص 18

150. فتح القدير، ج 5 ص 137

۳- مشروعت خیار رویت

(عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مریم، عن مكحول، يرفع الحديث: من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه¹⁵¹)

ترجمه: «ترجمه ابوبکر بن عبد الله بن مریم نقل میکند از مکحول که این حدیث را مرفوع قرار داد میداد رسول الله صلی الله علیه وسلم میفرماید کسی که چیزی را بدون مشاهده بخرد، برایش خیار است وقتکه مشاهده میکند اگر خواسته باشد اخذ کند و الا ترک کند».

۴- مدت خیار رویت

قول اصح در نزد احناف این است که خیار رویت تا زمانی که ساقط کننده های آن بوجود نیاید در تمام عمر ثابت است یعنی مؤقت به وقت معین و محدودی نیست، بلکه هرگاه خیار رویت برای کسی ثابت شد تا پیدا شدن ساقط کننده آن ادامه دارد، زیرا که خیار رویت حقی از حقوق است و حقوق به خودی خود ساقط نمی شود، مگر اینکه ساقط کننده آن بوجود بیاید.¹⁵²

ب: خیار شرط

۱- تعریف شرط

۱- در لغت

قال ابن فارس كلمة الشرط به سکون را از نگاه لغت به معنی: «علامه است».¹⁵³

2 - در اصطلاح

شرط از نگاه اصطلاح: (ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود)¹⁵⁴

ترجمه: «شرط عبارت است از: آن شی که از عدمش عدم مشروط لازم می شود، از وجودش وجود مشروط لازم نمی باشد»

اضافت خیار به سوی شرط، از قبیل اضافت موصوف به سوی صفت است، اصل چنین است: (الخيار المشروط، بنابر اینکه كلمه الشرط به معنی اسم مفعول است).¹⁵⁵

¹⁵¹ السنن الصغير للبيهقي، ج 2، ص 240

¹⁵² البدائع الصنائع ج 5 ص 295 .

¹⁵³ معجم مقاييس اللغة (ج 3 / 260)

¹⁵⁴ - الكواكب المنير شرح مختصر التحرير في اصول الفقه الحنبلي، متوفى سنة 972 هـ، ناشر: بيروت - دار الفكر (ج 1

ص 141)

¹⁵⁵ حاشية الدسوقي (ج 3/ص 91)، البحر الرئق شرح كنز الدقائق (ج 6 ص 3) .

۲- تعریف خیار شرط از نگاه اصطلاح

از برای خیار شرط تعریف های متعدد از اهل مذاهب نقل شده است ابن عابدین الشامی چنین تعریف کرده است:

«ما یثبت لاحد المتعاقدين من الاختیار بین الامضاء والفسخ...»¹⁵⁶

ترجمه: خیار شرط عبارت است از: اختیار نافذ و یا فسخ کردن عقد که ثابت می شود برای یکی از عاقدین.¹⁵⁷

3- شرط خیار

کسی که خیار را برای کسی دیگری شرط بگذارد جائز است که درین صورت هم برای خودش و هم برای آن شخص دیگر که خیار را برایش گذاشته است ثابت می شود. زیرا که برای خود شرط کننده ابتدا خیار ثابت می گردد و برای غیرش نیابتاً بخاطر تصحیح تصرفش، هرکدام آن هر دو عقد را اجازه دادند عقد نافذ و هر کدام آنها که فسخ کرد عقد فسخ می گردد، اگر یکی از آنها اجازه داد و دیگری فسخ کرد سخن اول آنها اعتبار دارد و اگر باهم یکجا سخن گفتن سخن فسخ کننده اعتبار دارد زیرا که خیار شرط شرعاً بخاطر حق فسخ مشروع گردیده است بناء کسی که از آن برای فسخ استفاده می نماید عمل آن اولی قابل اعتبار می باشد.¹⁵⁸

4- مشروعیت خیار شرط

۱ - (عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَجُلًا هُوَ حَبَانُ بْنُ مَنْقَدٍ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) ذَكَرَ

لِلنَّبِيِّ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبُيُوعِ، فَقَالَ: «إِذَا بَايَعْتَ فُقُلًا لَنَا خِلَابَةً»¹⁵⁹

ترجمه: از ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا روایت است مردی در نزد پیامبر صلی الله علیه وآله وسلم ، بیان کرد که وی در خرید و فروش فریب می خورد، خطاب به آن مرد فرمود هرگاه معامله کردی بگو مشروط بر آنکه فریبی در کار نباشد.

بنابراین از حدیث فوق چنین دانسته می شود معامله در صورتی صحیح شمرده شده است که در آن فریب نباشد.

5- ختم خیار شرط

¹⁵⁶رد المحتار، باب خیار الشرط (ج 18/ ص 431)

¹⁵⁷ - رد المحتار، باب خیار شرط (ج 18/ ص 431)

¹⁵⁸ . الفقه الحنفی المیسر. ج 2 . 482

¹⁵⁹ . بخاری، شماره حدیث: ۲۱۱۷.

عقدی که در آن خیار شرط گذاشته شده است عقد جایز و غیر لازم است، با پایان یافتن خیار یا عقد به سبب فسخ زایل می شود و یا به بیع لازم تبدیل می شود که خیار شرط به اسباب ذیل پایان می یابد. امضاء و تائید عقد و یا فسخ آن در مدت خیار، فرقی نمی کند که قولاً باشد و یا فعلاً. هلاک شدن معقود علیه و یا معیوب شدن آن در دست صاحب اختیار. گذشتن مدت اختیار که بدون رد (فسخ) که عقد لازم می گردد. بوجود آمدن زیادت در معقود علیه در دست مشتری در صورتیکه خیار برای مشتری باشد زیادتی که متصل باشد و متولد از معقود علیه باشد مثل زیاد شدن روغن و چربی حیوان، و یا زیادت غیر متولد از معقود علیه باشد مثل: بناء بر زمین، رنگ کردن لباس و یا زیادت منفصله متولد از معقود علیه باشد مثل: چوپه دادن حیوان و مزد و کرایه آن در این صورت خیار باطل نمی گردد و مانع رد و فسخ هم شده نمی تواند. وفات کسی که خیار برای آن شرط شده بود، در نزد حنفیه و حنابله، خیار شرط در نزد این ها حق شخص است و میراث برده نمی شود و در نزد مالکیه و شافعیه خیار شرط بعد از وفات «من له الخیار» خیار ساقط نمی شود بلکه به ورثه شان انتقال می یابد.¹⁶⁰

ج: مشروعیت خیار عیب

۱- تعریف عیب

۱-۱) در لغت

عیب از نگاه لغت فرار ذیل داست: (العیب: هوكل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً)¹⁶¹

ترجمه: «عیب عبارت است از: هر آن وصف مذموم که عرف غالباً تقاضای سلامت آن مبیع را می کند.

۲- در اصطلاح

برای عیب تعریف های اصطلاحی بسیاری است، نزد علمای شوافع تعریف عیب چنین است: (ما نقص القيمة او العين نقصانا يفوت به غرض صحيح).¹⁶²

ترجمه: «عیب عبارت است. از آن شیء که توسط آن نقصان در قیمت و یا در عین وارد شده غرض صحیح فوت شود». نزد علمای احناف تعریف عیب چنین است: (العیب هو الذی ینقص به الثمن)¹⁶³

160. زحیلی، وهبة، الفقه اسلامی و ادلته، ج ۹، ص ۲۴۹

161. الوجیز، ج 2، ص 142

162. بداية المجتهد ج 2/ ص 173

163. بداية المجتهد (ج 2 / ص 173)

ترجمه: «عیب عبارت است از: آن صفت که توسط ثمن کم می شود».

۲- تعریف خیار عیب

(هوان یکون لأحد العاقدين الحق فی فسخ العقد أو إمضائه اذا وجد عيباً فی احد البدلين ولم یکن صاحبه عالماً به وقت العقد).¹⁶⁴

ترجمه: (خیار عیب عبارت از حقی است که یکی از عاقدین در مورد فسخ و یا امضاء و تایید عقد دارد، هنگامی که در یکی از بدلین (مبیعه و یا ثمن) عیبی را دریافتند که در هنگام عقد از آن آگاه نبود) از این تعریف معلوم شد که خیار عیب نه تنها برای مشتری بلکه برای بایع نیز در حصر سلامت و ثمن مبیعه ثابت بوده هر کدام از مشتری و بایع و قتیکه عیبی را در عوض بدل خویش را که دریافتند برای فسخ عقد به جانب مقابل خود مراجعه کرده می تواند. در مجله الاحکام در مورد اثبات خیار عیب چنین آمده است: (البيع المطلق یقتضی سلامة المبیع من العیوب، یعنی أن بیع المال بدون البرائة من العیوب وبلا ذکرانه معیب او سالم، یقتضی أن یکون المبیع سالماً خالیاً من العیوب).¹⁶⁵

ترجمه: «بیع به صورت مطلق تقاضای سلامت مبیعه را از عیبوب می نماید، یعنی فروش مال بدون برائت از عیوب و بدون یاد کردن اینکه معیوب یا سالم است مقتضی این است که مبیعه سالم بوده و خالی از عیب باشد».¹⁶⁶ و در ماده بعدی تصریح نموده است که: (ما بیع مطلقاً اذا ظهرفیه عیب قدیم یکون مشتری مخیراً أن شاء ردّه وان شاء قبله بثمنه المسمی و لیس له أن یمسک البیع و یأخذ مانقصه العیب وهذا یقال له خیار العیب).¹⁶⁷

ترجمه: «آنچه به بیع مطلق فروخته شد و عیب قدیمی اش ظاهر گردید. در این صورت مشتری اختیار دارد که مبیعه را مسترد کند و یا آن را به قیمت ستمی قبول نماید و نمی تواند که مبیعه را نگهدارد و نقصانی را که به سبب عیب در مبیعه وارد شده است بدست آرد، برای این خیار، خیار عیب گفته می شود».¹⁶⁸

3- سبب خیار عیب

164. الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹، ص ۲۵۰.

165. مجلة الاحکام، ماده ۳۳۶.

166. مجموعه قواعد و مسائل فقهی مجلة الاحکام، ج ۱، ص ۱۴۴.

167. مجلة الاحکام، ماده ۳۳۷.

168. مجموعه قواعد و مسائل فقهی مجلة الاحکام، ج ۱، ص ۱۴۵.

سبب خیار عیب ظاهر شدن عیب در معقود علیه (مبیعه) و یا در بدل آن است که باعث نقصان قیمت گردد و یا مُخَل غرض و هدف مقصود از بیع گردد که در وقت عقد از آن آگاهی نداشتند.¹⁶⁹

4- ثبوت خیار عیب

1- قرآن کریم

از قرآن کریم: اصل ممنوعیت فریب و اختیار فریب خورده مدلول این آیه مبارکه است: (أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِنَّا أَنْتُمْ بِتِجَارَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۖ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)

ترجمه: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال یکدیگر را به ناحق مخورید، مگر آنکه تجارتی باشد که هر دو طرف بدان رضایت داده باشید. و خودتان را مکشید. هر آینه خدا با شما مهربان است» آیه مذکور چنین دلالت می‌کند که عدم رضایت مانع صحت معامل است. بنابراین، اگر رضایت وجود نداشته باشد، معامله از نگاه شرعی تحقق نمی‌یابد و اگر رضایت خریدار به سبب عیبی مختل گردد این امر به منظور اثبات حکم به اندازه دلیل، موجب اثبات اختیار در آن می‌شود.¹⁷⁰

2- حدیث شریف

احادیث زیادی وجود دارد که به اثبات خیار عیب دلالت می‌کند که از آن جمله حدیث حبان بن منقذ که گذشت. و همچنان حدیث ذیل که رسول الله «ص» می‌فرماید: (وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ أَلَا بَيِّنَةٌ لَهُ)¹⁷¹

ترجمه: «برای یک مسلمان حلال نیست که چیزی را برای برادرش بفروشد و در آن عیبی وجود داشته باشد مگر اینکه عیب آن را نیز بیان نماید»

5- مدت خیار عیب

آغاز خیار عیب ظهور عیب است. هر وقتیکه باشد اگرچه دیرزمان بعد از عقد هم باشد اما در مورد مدت زمان فسخ یعنی اینکه آیا بعد از علم به عیب فوراً مبیعه رد شود و یا تراخی وجود دارد؟ فقها در این مورد دو دیدگاه دارند:

1- حنفیه و حنابله

169. الفقه الاسلامی وادلتہ، ج ۹، ص ۲۵۰.

170. بدائع الصنائع، ج ۴، ص ۵۴۴.

171. احمد، 17487 و ابن ماجه، 2246

احناف و حنابله به این نظر اند که خیار رد به سبب عیب بر تراخی است و شرط نیست که فوراً بعد از علم به عیب مبیعه رد شود. پس هرگاه که در مبیعه عیب ظاهر شد و رد آن به تأخیر انداخته شد خیار عیب باطل نمی گردد تا زمانی که از جانب مشتری قول و عملی دیده نشود که دلالت به رضای مشتری به آن عیب می نماید خیار عیب ثابت و قائم است زیرا که این خیار بخاطر رفع ضرر مشروع گردیده است و به با تأخیر باطل نمی شود.¹⁷²

2- شافعیه¹⁷³ و مالکیه

به این نظر اند که بعد از علم به عیب، فوراً فسخ و رد مبیعه لازم می گردد و مفهوم (فور) این است که عادتاً در آن تراخی وجود نداشته باشد، اگر بعد از آگاهی از عیب به نماز و یا خوردن غذا و امثال این ها مصروف شود به معنی تراخی نیست و تراخی محسوب نمی شود و سبب اشتراط فوریت به این خاطر است که به سبب دیر کردن به رد مبیعه برای عاقد دیگر (بایع) کدام ضرری نرسد اما اگر بدون عذر رد مبیعه تأخیر شود حق خیار عیب ساقط و عقد لازم می گردد.¹⁷⁴

د: خیار مغبون

۱- تعریف غبن

1-1) در لغت

غبن کلمه عربی است که هم به سکون باء تلفظ می شود و هم به فتح باء؛ اگر با سکون باء تلفظ شود اکثراً در بیع استعمال می شود و به معنای خدعه، زیان وارد کردن بر کسی در معاله، فریفتن، زیان دیدن در خرید و فروش و گول زدن است، اما اگر کلمه غبن به فتح باء خوانده شود در رأی استقاده می شود و به معنای ضعف رای است، چنانچه ابن منظور¹⁷⁵ در لسان العرب می نویسد: (الغبن

¹⁷² الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹، ص ۲۵۲.

¹⁷³ محمد بن ادريس شافعی ملقب به ابو عبدالله و معروف به امام شافعی، سومین امام از ائمه اهل سنت و جماعت بود. نام مکمل او ابو عبدالله محمد بن ادريس بن عباس بن عثمان بن شافع بن سائب بن عبدالله بن یزید بن عبدالمطلب بن عبدالمناف بود. او در ماه رجب سال ۱۵۰ هجری قمری مطابق ۷۶۸ میلادی در شهر غزه از سرزمین فلسطین و به قولی در سوریه متولد شده و در سال ۲۰۴ هجری قمری مطابق ۸۲۰ میلادی به عمر ۵۴ سالگی در فلسطاط مصر وفات نمود (مراجعه شود به: ابن خلکان، وفيات الاعیان، ج ۴، ص ۱۶۵).

¹⁷⁴ الفقه الاسلامی و ادلته ج ۹ ص 252

¹⁷⁵ ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی ابوالفضل جمال الدین بن منظور انصاری رویفعی افریقی، صاحب لسان العرب و امام لغت از نسل رویف بن ثابت انصاری در سال 630 هجری مصر تولد شده است (و برخی گفته اند در طرابلس غرب تولد یافته است) در دیوان انشاء در قاهره ایفای خدمت می کرد بعد به صفت قاضی در طرابلس انجام وظیفه نموده است و در آخر عمر به مصر برگشت نمود و در آنجا فوت نمود این دانشمند در قلم خود 500 مجلد کتاب

بالتسكين: في البيع، والبغين بالتحريك: في الرأي و غبنت رأيك؛ أي: نسيتَه وضيعته، والغبن، النسيان، غبنت كذا من حقى عند فلان؛ أي: نسيتَه وغلطت فيه، والغبن: ضعف الرأي، يقال: في رأيه غبن، وغبن رأيه بالكسر إذا نقصه¹⁷⁶

ترجمه: «غبن به سکون باء در بیع و به حرکت باء در رای استعمال می شود و معنای «غبنت رأیک» یعنی فراموش و ضایع کردم رای ترا، و غبن به معنای نسیان و فراموش کردن غلط کردن است چنانچه می گویند»

(غبنت كذا من حقى عند فلان) «یعنی فراموش و غلط کردم در آن، همچنان به معنای ضعف رای و نقص نیز است چنانچه می گویند: (فی رأیه غبن) یعنی در رای و نظر او ضعف و نقص است».

2- در اصطلاح

(هوان یشتري شيئا باكثر من ثمنه المعتاد، اوبيعه باقل من ثمنه المعتاد، مع الجهل بالثمن

المعتاد)¹⁷⁷

ترجمه: «شخصی بخرد شیئی را به اکثر از ثمن معتاد یا به فروش برساند از اقل از ثمن معتاد، مع جهل از ثمن معتاد (عادت مردم)».

2- تعریف غبن فاحش

(الغبن الفاحش هو مالا يدخل تحت تقويم المقومين هو الصحيح كما في البحر وذالك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا ثم إن بعض المقومين يقول إنه يساوي خمسة و بعضهم ستة وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة فهذا غبن يسر)¹⁷⁸

غبن فاحش ان است که در تحت نرخ گذاری مقومین (نرخ گذاران) داخل نشود قول صحیح هم همین است و صورت ان چنین است که مثلا کسی چیزی را به ده (افغانی) خرید و یا فروخت بعد از ان بعضی از مقومین نرخ گزاران بگویند ان جنس ارزش پنج (افغانی) را دارد و بعضی از انها بگویند که ارزش شش (افغانی) را دارد و بعضی از انها بگویند که ارزش هفت (افغانی) را دارد همین معامله ای که به ده (افغانی) شده است غبن فاحش است زیرا که نرخ فروش شده در قول هیچ کدام نرخ گزاران

نوشته است و در آخر عمر از نعمت بینایی محروم گردیده بود و اخیرا در سال 711 هجری وفات نمود. اعلام زرکلی

ج7 ص108

¹⁷⁶ ابن منظور ، محمد بن مکرم (735 هق) لسان العرب ، ط : 1 ، 1408 هق ، دار صادر ، بیروت ، ماده نبغ (غبن)

ج13 ص309

¹⁷⁷ - القاموس الفقهي ج 1 ص 271

¹⁷⁸ احکام معاملات . ج2 ص 297

داخل نشده برخلاف این صورت که بعضی از نرخ گزاران هشت (افغانی) و بعضی شان نه (افغانی) و بعضی شان ده (افغانی) نرخ بگزارند این غبن غبن یسیر است) غبن یسیر هیچ تاثیری بالای عقد نمی کند بخاطر کثرت وقوع و تسامح مردم.¹⁷⁹

3- حکم غبن

جائز نیست برای مسلمان که با برادر مسلمان خود قصد غبن را بکند، چی باین باشد یا مشتری، زیرا که در این عمل غش و خدیعت است، و واجب است نصیحت برادر مسلمان بر بالای مسلمان دیگر نه خدیعت و غش، و باید مسلمان چیزی را که برای خود می پسندد برای برادر مسلمان خود نیز بپسندد، چنانچه که پیامبر صلی الله علیه وسلم می فرمایند. (لایومن احدکم حتی یحب لآخیه ما یحب لنفسه)¹⁸⁰

ترجمه: (مومن شمرده نمی شود یکی از شما تا اینکه دوست داشته باشد برای برادرش آنچه را که برای خویش دوست دارد).

ه: خیار مکره

ثبوت خیار برای شخص مکره.

با ملاحظه ای تعریف اکراه که عبارت است از: (آنکه شخص از طریق اجبار و تخویف به انجام عملی که به آن رضایت نداشته باشد غیر حق مجبور ساخته شود)¹⁸¹

و با ملاحظه ای به انواع و اقسام اکراه که کتب فقه مفصلاً بحث نموده است که به اکراه ملجی و غیر ملجی تقسیم میشود و همچنان محل اکراه به تصرفات قابل فسخ و تصرفات غیر قابل فسخ تقسیم گردیده است، تصرفاتی که احتمال و قابلیت فسخ را دارد و بعد از زوال اکراه برای شخص مکره (اکراه و اجبار شده) اختیار تایید و اجازه و یا اختیار فسخ ثابت می گردد تصرفات ذیل است .

که دکتور وهبة الزحیلی چنین توضیح می دهد: وقتی که یک انسانی به اکراه تام و یا ناقص بر تصرفی که احتمال و قابلیت فسخ را دارد مثل بیع، شراء (خرید و فروش) هبه، اجازه و مانند آنها این نوع اکراه در نزد جمهور حنفیه مفسد بیع و تصرف است و سبب فساد اش هم نبود رضایت کامل است که شرط صحت تصرفات است آنچه که برای مکره (شخص اجبار شده) داده و بعد از زوال اکراه داده می شود حق خیار تایید و فسخ است.¹⁸²

179. الفقه الاسلامی ج ۹ ص ۲۱۴

180 صحیح البخاری، جلد 1. ص 12-17. شماره حدیث 13.

181 مجموعه قواعد و مسائل فقهی مجله الاحکام ج ۲ ص ۵ بخش اصلاحات.

182 الفقه اسلامی و ادلته ج ۹ ص ۴۵۴

در مورد تعریف اکراه و مکره مجلة الاحكام چنین بیان نموده است (الاکراه هو اجبار أحد علی ان یعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة و یقال له مکره بفتح الراء، و یقال لمن أجبر مجبراً، و لذلک العمل مکره علیه، و للشیء الموجب للخوف مکره به).¹⁸³

(اکراه عبارت از آن است که شخصی از طریق اجبار و تخويف برانجام عملی که به آن رضایت نداشته باشد، به غیر حق مجبور ساخته شود چنین شخص را مکره (بفتح راء) میگویند و کسی را که این فشار را وارد کرده مجبر می گویند و برای آن عمل (مکره علیه) گویند و تهدیدی را که به کار رفته است (مکره به) می نامند

و در تعریف اکراه ملجئ و غیر ملجئ آمده است: (الاکراه علی قسمین: الاول هو الامراه ملجئ الذی یكون بالضرب الشدید المؤدی الی اتلاف النفس او قطع عضو) والثانی: هو الاکراه غیر الملجئ الذی یوجب الغم والألم فسقط الضرب غیر المسبوح و الحبس الممدید)¹⁸⁴

مطلب چهارم: نقصان و خلل در اهلیت و تاثر آن بر عقد

عقل و قدرت تشخیص در وجود طرفین معامله شرط صحت عقد معامله است و این تشخیص را در فقه اسلامی به نام اهلیت عقد یاد می کنند و در این مورد شریعت اسلامی معیار های را وضع نموده که مثل بلوغ، عقل، رضایت و اختیار و... که همه ای آنها ملاک محافظت و مصلحت و منفعت شخص محسوب میگردند و نبود آنها باعث وارد شدن ضرر و نقصان و ضایع شدن مال و فوت مصلحت فرد میگردند، بناء فقه اسلامی بخاطر صحت و اعتبار تصرفات شخص وجود شروطی چون: عقل، بلوغ، رضایت، و اختیار را حتمی می داند، اما از اینکه انسان یک موجود فطرتاً اجتماعی بوده و همیشه به داد و ستید و تصرف مالی و بذل و اعطاء و خرید و فروش نیاز دارد گاه گاهی این تصرفات از طرف اشخاصی که فاقد شروط فوق الذکر صحت عقد اند صادر شود، شریعت اسلامی با رعایت مصالح انسانی که جلب و حفظ منفعت و دفع مضرت است، تصرفات آنها را حکیمانه مدیریت نموده است و در این راستا اصول و قواعدی را وضع نموده است که هدف همگی آنها حفظ مصالح انسان است، بناء جا دارد که ما از اهلیت و نقصان اهلیت سخن به میان آوریم.

¹⁸³ مجلة الاحكام ماده ۹۴۸

¹⁸⁴ مجلة الاحكام ماده ۹۴۹

الف: تعریف اهلیت

1- اهلیت در لغت

اهلیت از فعل «اهل» گرفته شده، مثلاً گفته می‌شود «فلان اهل کذا» یعنی شخص فلانی اهلیت این کار را دارد، و اهلیت مونث «اهلی» است¹⁸⁵

2- اهلیت در اصطلاح

در اصطلاح فقها عبارت است از صلاحیت شخص برای ثبوت حقوق مشروعه اش و صحت تصرفات آن.¹⁸⁶ و به عبارت دیگر اهلیت عبارت است از اینکه هر واحد از عقد کننده (موجب و قبول کننده) عاقل و ممیز باشد و آنچه را که می‌گوید درک و تشخیص داده بتواند و بداند که چی چیز مقصودش است.¹⁸⁷

ب: انواع اهلیت

اهلیت عقد با ملاحظه ای حالت عقلی و روحی و درک و تمیز انسان و همچنان نظر به نفع و ضرر تصرفی که انجام میدهد ابتداء به اهلیت وجوب و اهلیت اداء تقسیم می‌گردد و هر کدام آن‌ها به کامل و ناقص نیز تقسیم می‌گردد که حکم و اثر فقهی هر نوع آن‌ها فرق می‌کند.

1- اهلیت وجوب

اهلیت وجوب عبارت از صلاحیت و شایستگی انسان برای دارا شدن و تکلف بوده و مبنای آن خصوصیتی است که خداوند ((جل جلاله)) انسان را به خاطر آن خلق نموده و وی را از میان سایر حیوانات امتیاز بخشیده است، به همین سبب برایش حقوقی ثابت شده و حقوق دیگران نیز بالایش لازم می‌گردد.

اهلیت وجوب را هر انسان به شمول صغیر و بالغ، مجنون و عاقل، مریض و تندرست، جنین و طفل، ممیز و غیر ممیز، مذکر و مونث حایز است زیرا اهلیت وجوب به ویژگی فطری انسان بنا یافته که تمام انسان‌ها را در برمی‌گیرد و از هیچ انسانی برداشته نمی‌شود چرا که اهلیت وجوب انسان انسانیت وی است و بس¹⁸⁸

¹⁸⁵ ابن منظور. محمد بن مکرّم بن علی، أبو الفضل، جمال الدین، الانصاری الإفريقي، لساب العرب، دار صادر - بیروت

1414 ه. ق، ج 11 ص 130

¹⁸⁶ الفقه الاسلامی ج 9 ص 120

¹⁸⁷ الفقه اسلامی و ادلته ج 4 ص 126

¹⁸⁸ خلاف، عبدالوهاب، علم اصول الفقه، چاپ شانزدهم، دار لقم، کویت، 1406 ه. ق، ص 135-136

اهلیت وجوب بردو قسم است:

1- اهلیت وجوب نافص

عبارت است از صلاحیت شخص فقط برای ثبوت حقوق اش یعنی داشتن صلاحیت الزام است تا اینکه داین شده بتواند نه مدیون و این اهلیت برای جنین در بطن مادر قبل از تولد ثابت است که حقوق ضروریه طفل محسوب می شود. و در ثبوت آن حقوق به قبول ضرورت ندارد. مانند نسب، میراث، متحقق شدن، وصیت و مستحق شدن وقف که برای وی وقف شده است.¹⁸⁹

2- اهلیت وجوب کامل

اهلیت وجوب کامل و آن عبارت است از صلاحیت شخص برای ثبوت حقوقش و تحمل واجبات و التزامات که از زمان تولد برای انسان ثابت است مثل: تعلق گرفتن تصرفات که توسط ولی و یا وصی به نیابت از طفل صورت می گیرد و التزامات آن مثل هر آن چیزی که ادای آن توسط ولی و یا وصی از طرف طفل ممکن باشد مانند. پرداخت پول مبیعه که برای طفل خریده شده است، پرداخت کرایه خانه از سرمایه طفل، و...¹⁹⁰

2- اهلیت اداء

آن عبارت است از داشتن صلاحیت برای صدور تصرفات از شخص این اهلیت مرادف مسئولیت است که شامل حقوق الله مثل: نماز، روزه، حج و... می شود و همچنان شامل تصرفات قولی و فعلی انسان می گردد و اساس ثبوت این اهلیت تمیز و عقل و ادراک است پس کسی را که برایش اهلیت اداء ثابت شد عبادات دینی و تصرفات دنیایی آن صحت پیدا می کنند مثل عبادات و عقود.¹⁹¹

این که اهلیت بر اساس تمیز و عقل و ادراک است برای جنین اصلاً ثابت نیست و برای طفل نیز قبل از رسیدن به سن تمیز که تکمیل هفت سالگی است ثابت نمی باشد و این تمیز در سنین قبل از هفت سالگی وجود ندارد، و مجنون هم مثل غیر ممیز است که در تصرفات شأن هیچ اثری حقوقی ثابت نمی گردد و عقد اینها باطل است مگر اینکه به ارتکاب جنایت شأن بر نفس و مال غیر مؤاخذ می شوند ولی وصی آن ها در مواقع و مواردی که طفل غیر ممیز یا مجنون (دیوانگی) بر آن احتیاج پیدا می کنند قائم مقام می شوند.¹⁹²

189. الفقه الاسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۲۲

190. الفقه الاسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۲۲

191. علم اصول فقه، ص 136

192. الفقه الاسلامی و ادلته ج ۹ ص ۲۲۴

1- اهلیت اداء ناقص

اهلیت ادای ناقص عبارت از صلاحیت شخص است که صلاحیتی برخی از تصرفات را داشته و از برخی دیگر را ندارد و به عبارت دیگر اهلیت ادای ناقص است که نفاذ افعال و تصرفات شخص منوط به اجازه و نظر شخص دیگری باشد، این اهلیت برای طفلی که سن هفت سالگی را پوره کرده و هنوز بالغ نشده مانند: طفل ممیز و برای معتوه که معتوه بودنش به علت نقصان عقلی وی نیست بلکه سبب آن فقط کاستی درک و تمییز آن نقصان عقل می باشد ثابت می باشد، اهلیت مذکور در معاملات مالی و سایر عقود و تصرفات می باشد در رابطه به تکالیف شرعی مانند: نماز، روزه، و حج که دارنده آن اهلیت ملزم نمی باشد و اگر آن ها را انجام داد بخاطر تربیت و خو گرفتن ادایش صحیح است و در صورت فساد اعاده آن بالایش لازم نمی باشد درین ساحه کودک ممیز و غیر ممیز باهم در عبادات یکسان اند ولی در تصرفات مالی برابر و یکسان نیستند.¹⁹³

2- اهلیت اداء کامل

عبارت است از داشتن صلاحیت تصرف مستقیم بدون توقف به اجازه غیر. این اهلیت برای شخص بالغ عاقل در باره تمام عقود ثابت است بدون اینکه به اجازه کسی موقوف باشد.¹⁹⁴

ب: عدم صحت تصرفات صبی و استثنائات آن

یکی از مواردی که شریعت اسلامی بخاطر رعایت مصلحت انسان که همانا جلب منفعت و دفع ضرر است قانون مند سازی تصرفات صبی و ادراک نابالغ است که بخاطر نقصان اهلیت وی تصرفات او را با در نظر داشت نفع و ضررش مورد توجه و بررسی قرار داده است در میان فقها برای این امر اتفاق نظر وجود دارد صبی (طفلی) که هنوز به مرحله ای تشخیص امور نرسیده است شایستگی و اهلیت انجام عقد معامله را ندارد ولی در مورد طفلی که اهل تشخیص است میان فقها نسبت به اهلیت او (برای معامله) اختلاف نظر وجود دارد صبی (طفلی) که هنوز به مرحله ای تشخیص امور نرسیده است شایستگی و اهلیت انجام عقد معامله را ندارد ولی در مورد طفلی که اهل تشخیص است میان فقها نسبت به اهلیت او (برای معامله) اختلاف نظر وجود دارد.

193. ابو زهره: محمد، اصول الفقه، دارالفکر العربی، مصر 1377 هـ ق، ص 319

194. الفقه الاسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۲۴

1- قول راجع نسبت به عدم صحت تصرفات صبی

1- احناف مالکیه و حنابله

قول راجع در نزد احناف، مالکیه، و حنابله این است طفلی که در مرحله تشخیص برسد شایستگی انجام عقود را دارد.¹⁹⁵

علامه کاسانی رح می فرماید: از ما بلوغ شرط انعقاد معامله نیست حتی اگر طفل عاقل و دانایی مال خود را فروخت، معامله اش به صورت تعلیقی منعقد می شود که منوط به اجازه ای سر پرست و یا اجازه ای خودش بعد از بلوغ است.¹⁹⁶

در دیر رح میفرماید: اهل تشخیص بودن شرط صحت طرف منعقد کننده ای معامله است و اهل تشخیص بودنش چنین فهمیده می شود که اگر از اهداف بزرگ سخن به میان آمد، توانایی درک آنها را داشته باشد و بتواند به آنها پاسخ درستی بدهد، بنابراین طفلی که بخاطر کوچکی و یا دیوانگی و یا کم هوشی قابلیت تشخیص امور را ندارد، معامله و عقودش هم منعقد نمی شود.¹⁹⁷

مرداوی رح می فرماید، شرط دوم صحت عقد این است که عقد کننده ای معامله از جمله افراد می باشد که تصرفش جایز باشد، یعنی مکلف و بالغ باشد، به جز طفلی اهل تشخیص و کم عقل که تصرف آن دو بنا بر یکی از دو روایت با اجازه ای سر پرست شان درست است که نظر و دیدگاه مذهب ما همین است و یاران ما

هم بر آن اتفاق نظر دارند.¹⁹⁸

دلیل طرفداران این دیدگاه این قول خداوند متعال است: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا ۗ وَمَن كَانَ عَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا) ¹⁹⁹

ترجمه: «معنای آیت شریف این است که آنان را بیازمایید تا میزان رشد و درک و عقل شان را بدانید واضح است که آزمودن آنان در صورتی تحقق می یابد که به آنان اجازه ای تصرف در امور

¹⁹⁵ (احکام معاملات ج ۱ ص ۱۵۹)

¹⁹⁶ (بدائع الصنائع ج ۴ ص ۳۲۱)

¹⁹⁷ دسوقی، علی شرح مخاصر خلیل: ج 3 ص 5

¹⁹⁸ (المرداوی علاء الدین أبو الحسن علی بن سلیمان دمشقی الصالحی) ۱۸۱۷ - (۸۸۵ هـ ق)، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربی - لبنان - بیروت، الطبعة الأولى ۱۴۱۹ هـ

ق ج ۴ ص ۲۶۷

199 النساء، 6

خرید و فروش داده شود تا بدانیم که آیا در وهله ای نخست فریب می خورد یا نه؟ و همچنان او شخص عاقل و داری تمیز و تشخیص محجور است که تصرفش ممنوع است و تصرفش با اجازه سر پرست او صحیح نافذ می شود.»

طفل دار ای قوه تمیز و تشخیص با طفل که قوه تشخیص امور را ندارد تفاوت دارد چرا که تصرفات او به خاطر عدم تشخیص و شناختن مصلحتی به همراه ندارد و به این خاطر نیازی به آزمودن نیست چون حالتش بدون آزمودنش مشخص است، و در جواب دلیل مذهب شافعی که گفته اند: عقل از مواردی است که آگاهی بر آن امکان پذیر نیست. باید گفت: می توان از آثار و علایم آن و انجام تصرفات اش بر مبنای مصلحت به وجود عقل پی برد همان طوریکه در حق انسان بالغ چنین است و شناخت رشد و عقلمندی اش شرط بر گرداندن مال و صحت تصرفش است، همچنین در رابطه با طفل اهل تشخیص نیز همینگونه است ولی اگر بدون اجازه سر پرستش دست به تصرف زد، تصرفاتش صحیح نیست و احتمال دارد تصرفاتش صحیح و منوط به اجازه ای سر پرستش باشد که دیدگاه امام ابوحنیفه رح همین است ... اما تصرفات طفل غیر ممیز درست نیست هر چند سر پرستش اجازه ای چنین کاری به او بدهد به جز در موارد و کم ارزش ، چنانچه روایتی از حضرت ابو درداء رض وجود دارد که ایشان گنجشکی از یک کودک خرید و آن را رها کرد این روایت را ابن ابی اموسی ذکر کرده است.²⁰⁰

2- قول شوافع

این است که طفل اهلیت انجام عقد را ندارد هر چند که اهل تشخیص باشد
امام غزالی (رح) میفرماید: (فتصرفات الصبی و المجنون باذن الولی و دون اذنه و بالغبطه و الغبینه باطله)²⁰¹

ترجمه: (تصرفات طفل و مجنون به طور کلی اعم از اینکه با اجازه ای ولی باشد یا بدون اجازه ای ولی باشد و هم اینکه موافق عمل کند یا خیر درست نیست)

3- قول راجح

دیدگاهی ابن قدامه از طرف احناف ، مالکیه و حنابله ذکر کرده است قوی و راجح به نظر می رسد چرا که گاهی طفل ممیز نیاز به خرید و فروش دارد و مانعی که برای انجام خرید و فروش بر

200. ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسی الجماعیلی الحنبلی (۵۹۷- ۶۸۲ هـ ق)، المغنی فی فقه

الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، دار الفكر - لبنان بیروت، ط: اول، ۱۴۰۵ هـ ق، ج: ۴ ص 296

201. الوسیط امام غزالی ج 3 ص 12

سر راهش وجود داشت با رسیدن به سن تشخیص از میان برداشته شد و زیان احتمالی هم با منوط بودن عقد او به اجازه سر پرستش از بین رفته است.²⁰²

از بررسی اختلاف نظر فقها و قول راجح چنین دانسته شد که تصرفات هر طفل صحت نداشته بلکه شرط است که در حد تمیز و درک نفع و ضرر رسیده باشد و آن مرحله را فقهای کرام به تکمیل سن هفت سالگی مشخص نموده اند.²⁰³

در تعریف طفل ممیز و ممیز فقها چنین توضیح فقها چنین توضیح داده اند (الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع و الشراء بمعنى من لا يعرف ان البيع سالب للمكيه ، والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغريير في العشرة خمسة و بين الغبن اليسير و يقال : للذي يميز ذالك صبي ممیز).²⁰⁴

(صغير غير ممیز همان است که به خرید و فروش بلد نیست یعنی نمی داند که بیع دور کننده ملکیت بوده مال را از ملکیت شخص بیرون میکند و شراء جلب کننده آن است ، و بین غبن فاحش (که در ده پنج را فریب خورده باشد) و غبن اندک فرق نمی گذارد. به طفلی که به این چیز ها آگاه باشد و آنها را تمیز کرده بتواند طفل ممیز می گویند.

در مورد تصرفات طفل آمده است (لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية و إن أذن له وليه).²⁰⁵

ترجمه: (تصرفات گفتاری صغير غير ممیز صحیح نیست اگرچی ولی وی برایش اجازه داده باش).
و در مورد جرئیات و نوعیت تصرف طفل از لحاظ نفع و ضرر چنین وضاحت داده شده است
(يعتبر تصرف المميز اذا كان في حقه نفعاً محضاً، و ان لم يأذن به الولي و لم يجزه ، مقبول الهبة و الهدية. ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض ، و ان أذن بذالك وليه او اجازه. كان يهب لأخرشياً و اما العقود الدائرة بين النفع و الضرر في الاصل ، فتتعدد موقوفة على اجازة وليه . ووليه مخير في الاجازة و عدمها . فان رأها مفيدة في حق الصغير أجازها و إلا فلا. مثلاً اذا اباع الصغير المميز مالا بلا إذن، يكون نفاذ ذالك البيع المترددة بين النفع و الضرر في الاصل)²⁰⁶

202. احكام معاملات ج ۱ ص ۱۶۱

203. احكام معاملات ج ۱ ص ۱۶۱

204. مجلة الاحكام ماده 931

205. مجلة الاحكام ماده ۹۶۶

206. مجله الاحكام ماده ۹۶۷

ترجمه: « تصرف صغیر ممیز در اموری که به وی مفاد محض باشد مانند پذیرفتن هدیه ، بخشش و غیره اعتبار دارد، اگر چی ولی اش آنرا اجازه نداده باشد . اما آن تصرفی که برای وی زیان آور باشد مانند اعطای بخشش و یا اهدا کردن انجام نمی یابد (یعنی اعتبار ندارد)»²⁰⁷

ج: عدم صحت تصرفات مجنون

۱- تعریف مجنون

(۱-) در لغت

مجنون در لغت به منای کم عقلی، بی خردی، دیوانگی و حالت روانی است که در آن شخص قادر به تشخیص درست از نا درست و تشخیص نتایج عملی و اخلاقی اعمال خود نیست.²⁰⁸

(۲-) در اصطلاح

مجنون در اصطلاح شریعت اسلامی عبارت از اختلال عقلی که جریان گفتار و کردار انسان را مطابق با مقتضای عقل سالم متأثر می سازد.²⁰⁹

2- اقسام مجنون

(۱-) مجنون مطبق (دایمی)

۱ - مجنون مطبق (مستمر) فقها مجنون مطبق را چنین تعریف نموده اند:

(هو الذی جنونه یستوعب اقسام مجنون جمیع اوقاته)²¹⁰

ترجمه: «مجنون مطبق کسی است که در تمام اوقات بی خود است». تمام تصرفات قولی و فعلی

آن لغو و باطل می باشد و هیچ اثر فقهی بالای آن مرتبط نمی شود.²¹¹

(۲-) مجنون غیر مطبق (ادواری)

(المجنون غیر المطبق و هو الذی یکون فی بعض الاوقات مجنونا و یفیک فی بعضها).²¹²

ترجمه: « مجنون غیر مطبق آن است که گاهی بی خود می شود و باز به هوش می آید».

²⁰⁷ .مجلة الاحکام ماده ۹۷۲

²⁰⁸ . ابن فارس، ابوالحسین، احمد بن احمد، معجم المقاییس اللغة، ج ۳، ص ۴۳۵، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، بی تا.

. الحاج، ابن امیر، التقرير و تحریر، ابن الهمام فی علم الاصول الجامع، ج ۲، ص ۱۳، مصر، الامیریة، ۱۳۱۶. ²⁰⁹

التحیر علی

²¹⁰ .مجلة الاحکام ماده ۹۴۴

²¹¹ . الفقه الاسلامی و ادلته ج ۹ ص. ۱۳۰

²¹² .مجلة الاحکام ماده ۹۴۴

(تصرفات المجنون غير المطبق في حال افاقته كتصرف العاقل).²¹³

ترجمه: «تصرفات مجنون غير مطبق (دیوانه ای که گاهی به هوش می آید) در حال به هوش آمدن و بیهوده یافتن اش مانند تصرف شخص عاقل است».

د: تصرفات مریض در مرض موت

مرض موت عبارت از مرضی است که انسان را از انجام دادن کارهای روز مره و عادت‌های عاجز می‌سازد و قبل از گذشت یک سال از آغاز آن فوت فرا می‌رسد در صورتی که یکسان ادامه داشته باشد مدت آن از آغاز اش الی گذشت یک سال به شرطی که مرگ را در پی داشته باشد معتبر دانسته می‌شود و اگر در حالت زیاد شدن مرض باشد مرض موت از آغاز شدن مرض اعتبار دارد اگر چند که شدت مرض از سال بیشتر هم ادامه یابد. شخص دارنده این نوع حالت را مریض در مرض موت گفته می‌شود.²¹⁴ و مراد فقهای حنفیه هم از اطلاق کلمه مریض همین مرض موت است.²¹⁵

مرض موت مرض و حالتی است که احکام مخصوص در حصه ای اهلیت صاحب آن به وی تعلق می‌گیرد که به افراد سالم و یا افراد دارای مرض غیر مرض موت تعلق ندارد.

مطلب پنجم: اجبار بر عقد و اثر فقهی آن

رضایت طرفین عقد برای جواز آن واجب و لازم است، چرا که خداوند ج می‌فرماید:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)²¹⁶

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال یکدیگر را به ناحق مخورید، مگر آنکه تجارتي باشد که هر دو طرف بدان رضایت داده باشید. و خودتان را مکشید. هر آینه خدا با شما مهربان است. ابوسعید خدری رض روایت می‌کند که پیامبر ص فرمودند: (انما البيع عن تراض)²¹⁷

ترجمه: «معامله باید بر مبنای رضایت طرفین انجام بگیرد» همچنان پیامبر اسلام فرمودند: (لا يحل ما امرء مسلم الا بطيب نفس منه)²¹⁸

ترجمه: «خوردن مال مسلمان جز با رضایت کامل او حلال نیست»

²¹³ مجلة الاحكام ماده ۹۸۰

²¹⁴ الفقه الاسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۳۵

²¹⁵ لفقہ الاسلامی و ادلته ج ۹ ص ۱۳۵

²¹⁶ النساء ، 29

²¹⁷ ابن ماجه، 1792

²¹⁸ ترمذی، 1248.

بنابر آیات زیاد و احادیث پیامبر اسلام خوردن مال دیگران بدون اجازه و رضایت آنها حرام و ناجایز می باشد و رضایت عاقدین از جمله شروط اساسی عقد است. اما مواردی وجود دارد و پیدا می شود که به موجب از بین رفتن رضایت یکی از طرفین عقد می شود و عقد نیز جایز می باشد از آن جمله ما به مطالب ذیل می پردازیم:

الف: اجبار به فروش به خاطر ضرورت

اجبار نمودن از طرف دولت یکی از استثنائات است که شرط رضایت را از بین میبرد و عقد نیز صحت پیدا می کند و اجبار دولت به خاطر نیاز و ضرورت عمومی می باشد و دلیل جواز این اجبار حدیثی است که ترمذی آنرا از عقبه بن عامر روایت کرده است که ایشان کی فرماید: (قلت یا رسول الله انا نمر بقوم فلا هم یضیفونا ولا هم یودون مالنا علیهم من الحق ولا نحن نأخذ منهم فقال رسول الله ص: إن ابوا الا ان تاخذوا کرها فخذوا)²¹⁹

ترجمه: (به خدمت پیامبر ص عرض کردم ای رسول خدا ص ما به دمردمانی سر می خوریم که نه مارا مهمان می کنند و نه حق مارا ادا می کنند و یا هم از آنان به زور نمی گیریم، پیامبر ص فرمودند: اگر انکار کردند به زور اجبار هم که شده از آنان بگیرید.) امام ترمذی در شرح حدیث مذکور این است که صحابه برای جهاد بیرون می شدند و به مردمی بر می خوردند که با پول هم نمی توانست از آنان غذای برای خود تهیه کنند و در اینجا بود که پیامبر اسلام فرمود اگر جز با اجبار و زور حاضر به فروش نشدند باز هم از آنان بگیرید در برخی احادیث با چنین تفسیری روایت شده و این هم روایت است که حضرت عمر رض چنین دستوری می دادند.²²⁰

علامه رشید احمد کنگوهی رحمه الله در شرح حدیث مذکور می گوید: آنان اجازه دارند که (نیاز های شانرا) به زور در قبال قیمت تهیه کنند و توجیح این حدیث چنین است که کفار با ورود مسلمان له سرزمین شان مغازه هارا بسنه و خرید و فروش را به منظور زیان رساندن به آنان بسته می کردند مسلمانان با مشاهده این وضعیت به رسول خدا شکایت کرده و گفتند: آنان مارا مهمان نمی کنند که درین رابطه گله ای نیست؛ چون مهمان احسان و نیکی است و حق مسلم و قطعی نیست بلکه شکایت ما این است که آنان با خرید و فروش و پرداخت قیمت هم چیزی به ما نمی دهند گویا آنان در سخن شان به سه شیوه ای احتمال تهیه ای نیاز های شان اشاره کردند که عبارت اند از: تهیه ای نیاز ها در قبال پرداخت قیمت یا گرفتن به زور و بدون پرداخت قیمت یا مهمان کردند از جانب آنان در مورد روش اول که آنان حاضر به معامله با ما نیستند و در مورد دوم هم که شما ای رسول خدا مارا منع نموده اید

²¹⁹، ترمذی، 1589 .

²²⁰ احکام معاملات ج 1 ص 252 .

از اینکه مال کسی را به ناحق بگیریم و همین است مفهوم سخن شان که در حدیث گفتند: ما هم به زور از آنان چیزی نمی‌گیریم و در مورد سوم هم باید بگوییم که زنان ما را مهمان نمی‌کنند بنابراین پیامبر بر آنان اجازه دادند مواد مورد ضرورت شانرا به زور از آنان بخرند.²²¹

قاضی ابوبکر بن العربی از حدیث مذکور چنین استنباط کرده است: (وكدالك اذا نزلت بالناس مخصمة وعند بعضهم طعام لزمهم البيع منهم فان ابوا اجبروا عليه)²²²

ترجمه: اگر قحطی فراگیر شد و در نزد برخی افراد غذا موجود بود باید آنها را در معرض فروش بگذارند و اگر از عرضه ای آنها خود داری نمودند باید آنان را به این کار مجبور ساخته شوند²²³ در شرح مجلة الاحكام خالدا تاسی در شمار فروع قاعده: (يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) چنین آمده است: ومنها: (بيع طعام عند الحاجة جبرا اذا امتنع)²²⁴ ترجمه: «بعضی از احکام فروع آن قاعده فروش اجباری طعام است وقتی که از فروش آن امتناع نماید».

ب: اجبار به فروش به خاطر افلاس و پرداخت دین

یکی از مواردی که اجبار به فروش جواز دارد اجبار به فروش به خاطر افلاس و ادای دین (قرض) است لازم میدانم قبل از اینکه به حکم اجبار به فروش جهت ادای دین بپردازم معنا و مفهوم افلاس را واضح سازم:

۱- تعریف افلاس

1-1) در لغت

افلاس در لغت به معنای ورشکست شدن، تنگ دستی، و ورشکستگی را گویند²²⁵

2-2) در اصطلاح

افلاس و تقلیس عبارت از حکم حاکم بر مفلس بودن مدیون و منع نمودن تصرفات آن در مال اش است و به عبارت دیگر سلب صلاحیت شخصی از مالش به خاطر دائین (طلبکاران)²²⁶

2- تعریف مفلس

مفلس در عرف به کسی اطلاق می‌شود که مال نداشته باشد.

²²¹ احکام معاملات ج 1 ص 252 به نقل از الكواكب الدرری ج 1 ص 419 سهارنپور هند.

²²² عارضة أحوزی ج 7، ص 87، چاپ مصر.

²²³ احکام معاملات، ج 1، ص 252 .

²²⁴ شرح مجلة الاحكام خالد اتاسی، ج 1، ص 63.

²²⁵ محمد، معین، فرهنگ فارسی معین، ج 1، ص 115، ناشر: مرکز نشر امیرکبیر، 1391 تهران.

²²⁶ الفقه الاسلامی و ادلته، 5 ص 22 .

به عبارتی: مفلس کسی را کی گویند: (مال وی قرض اش را نکند. یا کسی که مال مستغرق به دین باشد.²²⁷)

بنابر قول مفتی به در نزد احناف که قول صاحبین است و قول جمهور فقها نیز همین است این است که: حجر

(منع) بر تصرفات مدیون بر مالش جائز است به خاطر حفظ حقوق دائنین و ضایع شدن مال آن ها.²²⁸ به دلیل این حدیث پیامبرص: (ان النبی ص حجر علی معاد و باع ماله فی دین کان علیه، وقسمه بین عزمائه فاصابهم خمسة اسباع حقوقهم، فقال لهم النبی ص: لیس لكم الاذالک)²²⁹

ترجمه: «پیامبرص به حجر بالای معاذ حکم کرد (آن را از تصرفات در مال اش منع کرد) و مال آن را به خاطر ادای دینی که بالایش بود فروخت و د بین دائنین تقسیم کرد و بر هر کدام آنها (پنج برهفت) حصه ای حقوق شان رسید و برای شان گفت: برای شما جز این چیزی نیست».

علامه خالد اتاسی در فروعات ماده (26) (یحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام). آورده است و (ومنها بیه مالف المدیون المحبوث لقضاء لدینه دفع لضرر عن الغرماء).²³⁰

ترجمه: «وبعضی از فروعات قاعده فوق فروختن مال مدیون محبوس است جهت ادای دین وی به خاطر دفع ضرر از دائنین».

و در ذیل ماده (27) (الضرر الاشد یزال بالأخف) نیز چنین آمده است. (ومن ذالک الأجار علی قضاء الدین والنفقات الواجبات).²³¹

(و از موارد دفع ضرر شدید و بزرگ با ضرر خفیف و کوچک: مجبور ساختن مدیون برای ادای دین و همچنان ادای نفقات واجبه است)

3- حبس مدیون

شرعا بر مدیون لازم است که اگر نتوانند باشد دین خود را ادا نماید و اگر نتنگ دست باشد تا وقت توانمند شدن اش برایش مهلت داده می شود از جهت قول الله تعالی: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ).²³²

²²⁷. الفقه الاسلامی، ج 5، ص 222 .

²²⁸. الفقه الاسلامی وادلته، ج 5، ص 333.

²²⁹. دار قطنی.

²³⁰. شرح مجلة الاحكام، ج 1، ص 63.

²³¹. شرح مجلة الاحكام، ج 1، ص 64.

²³² بقره، 280

ترجمه: و اگر و امدار تنگدست بود، مهلتی باید تا توانگر گردد. و اگر در ادای دین سهل انگاری می کرد و پرداخت نمی کرد در حالی که مال دارد که دین اش را پرداخته می تواند، حاکم او را حبس نماید.²³³

به دلیل قول پیامبر «□»: (لی الواحد ظلم یحل عرضه و عقوبته)²³⁴

ترجمه (به تاخیر انداختن توانمند ظلم است شکایت از آن و حبس کردن آن جایز است) فقهای احناف میفرمایند قاضی می تواند مدیون مرد و زن را حبس نماید مدیون به هر دینی که به وسیله عقدی بالایش لازم شده باشد مثل مهر کفاله و... در صورتی که مدیون غنی باشد و یا توانمندی و یا تنگ دستی وی بر قاضی نامعلوم باشد و حجت و بینه ای در این مدت کدام مالی برایش آشکار نشد او را از بند رهاش کی کند و اگر بینه ای هم اقامه کرد بر اینکه مالی ندارد رهاش می کند و به خاطر دین مورد ضرب قار نمی گیرد و ترسانده نمی شود و نه محکم بسته می شود و نه کش کرده می شود صاحب دین به خطر اهانت و وی پیش رویش ایستاد نمی شود.²³⁵

علامه زحیلی در بحث عقود ناقل ملکیت و اسباب آن چنین تصریح می نماید: (العقود الجبریه التی تجریها السلطه القضائیه مباشرة، بالنبابة عن المالك الحقیقی، کبیع مال المدین جبرا عنه لوفاء دیونه و بیع الاموال المحترکه، فالتمتک یتلمک عن طریق عقد بیع صریح بارادة القضاء)²³⁶

(عقود جبری که سلطه ای قضائی آنرا مستقیما به نیابت از مالک حقیقی انجام می دهد: مانند: فروختن مال مدیون به طریق جبری است برای اداء نمودن قضای وی، و همچنان فروختن احتکار شده: مشتری این اموال را از طریق عقد مدیح به اراده قاضی مالک می گردد)

ج: اجبار محترک بر احتکار

۱- تعریف احتکار

۱-۱) در لغت

احتکار در لغت انبار کردن، نگاه داشتن کالا به قصد گران فروختن.²³⁷

۱-۲) در اصطلاح

²³³ . الفقه الاسلامی و ادلته، ج 5، ص 339.

²³⁴ . ابن حبان شماره ۳۶۹.

²³⁵ . الفقه الاسلامی، ج 5، ص 339. به نقل از بدایع، ج 7، ص 173. تکملة الفتح ج 7، ص 297 تبیین الحقایق ج 5

ص 199

²³⁶ . الفقه الاسلامی و ادلته، ج 5، ص 384

²³⁷ فرهنگ فارسی معین

در اصطلاح احتکار عبارت از ذخیره کردن قوت مواد خوراکی (مردم جهت گران فروختن آن در آینده است²³⁸

این تعریفی است که اکثر علما سابق از احتکار کردن و بنابر این تعریف احتکار در چیزی صورت می‌گیرد که طعام و قوت مردم باشد. مانند گندم برنج ماش روغن امثال اینها در چیزیکه قوت مردم نباشد احتکار صورت نمی‌گردد ولو آنکه متضرر شدن از مردم از احتکار اینها بیشتر از متضرر شدن آنها از احتکار در طعام و قوت آنها باشد مانند تیل موتر محروقات از قبیل چوب و دخال و مسائل خانه آنها از قبیل سمنت آهن گچ و امثال اینها اینکه علما: سابق احتکار را خاص به قوت مردم داشته اند. سبب این است که احتکار در گذشته به طور عموم تنها در طعام و قوت مردم صورت گرفت زیرا آنچه که محور ضرورتی اساسی مردم بود همین مواد غذای بود و در چیزهای دیگری که امروز حتی از مواد غذایی مهمتر است ضرورتی چندانی نبود لذا احتکاری در آنها وجود نداشت.

2- ممنوعیت احتکار

در باره گناه و ممنوعیت احتکار احادیث نبوی و آثار بی شمار صحابه رضی الله آمده است که ما بعضی از آنها را ذیل نقل می‌کنیم

(عن ابن عمر رض عن النبی صلی الله من احتکره طعاماً اربعین لیلة فقد تری من الله تعالی، وبری الله تعالی منه اثما اهل عرصة اصبح فیهم امر و جاع فقد برئت منهم ذمة الله تعالی)²³⁹

از ابن عمر رض روایت است که پیامبر خدا ص فرمودند: (کسی که طعامی را چهار روز از احتکار کند از او خداوند از او بیزاری شود. و هر مردمی که در بین آنها سی شب را گرسنه به صبح برساند آن مردم از تحت حمایت خداوند بیرون می‌شوند

²⁴⁰ عن عمر بن الخطاب را قال رسول صلی علیه: (الجالب موزوق، والمحتکر ملعون)

ترجمه: «کسی که طعامی می‌آورد رزق داده می‌شود. و کسی که احتکار می‌کنند لعنت می‌شود»

قال رسول الله (من احتکر علی المسلمین طعامهم، ضربه الله بالجدازم والإفلاس).²⁴¹

ترجمه: «کسی که ارزاق مردم را احتکار کنه خداوند او را مبتلا به جذام و فقر کند».

²³⁸فتح القدير ۸ ص ۴۹۱

²³⁹. مسند امام احمد بن حنبل، ج 8، صص 481 – 482، شماره (4880) المستدرک 212

²⁴⁰. (سنن ابن ماجه، كتاب الاجارارة، باب الحارة والجلب ج ۲ ص ۷۲۸ شماره حدیث ۲۱۵۳ سلام عمدة القاری ج (۱)

(۱) ص ۲۴۹ فتح الباری ج ۴ ص ۳۴۷)

²⁴¹. ابن ماجه، باب احتکاره والجلب، حدیث ۲۱۵۵

عن عمر ابن عبد الله رضی (قال: قال رسول الله ص قال من احتكره فهو خاطئ)²⁴²
ترجمه: «کسی که احتکار نماید گنهگار است».

3) حکم مال احتکار

کسی که احتکاری کند باید از طرف قاضی و حاکم مجبور ساخته شود که مال اضافه از ضرورت خود و خانواده اش کشیده را بروش برساند. اگر آن شخص از فروش آن خود داری کرد و امیر قاضی را انجام نداد قاضی او را به قدر کافی مورد جرای تعزیری قرار دهد. بنابر قول صحیه قاضی جزا مال او را به روش برسانده اگر حاکم و ولی امر مسلمین ارسابین می رسید که شاید مردم از گرسنگی به هلاکت رسیده طعام را از محیر بین گرفته در بین مردم توزیع نماید و میکه در آینده قدرت مالی پیدا کردند برای محتکرین جبران خسارت خواند²⁴³.

امام نووی (ج) می فرماید حکمت و فلسفه تحریم احتکار، دور کردن زیان از عموم مردم است؟ چنانچه علماء، اتفاق نظر دارند که اگر کسی متاعی داشته باشد و مردم سخت به آن نیاز داشته باشند و در جای دیگر هم کالای مورد ضرورت موجود نباشد باید دارنده ی آن کالا را به منظور دفع ضرر از مردم مجبور به فروش آن نمود.²⁴⁴

اگر قاضی و یا حاکم لازم می دید می تواند بر اساس تعزیر مال محتکر را ازوی گرفته اتش بزند (عن عبد الرحمن بن قیس، قال أحرق لی علی بن أبی طالب بیدار بالسواد کنت احتکرتها لو ترکها لریححت مثل عطا در الکوفة)²⁴⁵

د: اجبار به فروش به قیمت مصوبه دولت

1- حکم نرخ گذاری

1- در حدیث

(عَنَا السَّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ سَعْرٌ لَنَا فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّزَّاقُ وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَكَا مَالٍ)²⁴⁶

²⁴². صحیح مسلم حدیث ۴۰۹۲

²⁴³. رد المحتار، کتاب الحظر والإباحة، ج 6 ص ۳۹۹

²⁴⁴. (شرح نووی علی صحیح المسلم، باب تحریم الاحتکار فی الدقوات ج 1 ص ۴۳، و مواهب الجلیل ج ۴ ص ۲۲۸)

²⁴⁵. المحلی ج 9 ص 717

²⁴⁶. ترمذی، باب ماجاء فی التسعیر، حریث 1314 و فرموده است حدیث مذکور حسن و صحیح است

ترجمه: «نرخها در زمان رسول خدا بالا گرفت و عده ای پیشنهاد دادند که ای رسول خدا نرخی برایمان تعیین فرمایید. ایشان فرمودند خداوند خودش نرخ گذار نتگ کننده ی دایره ی روزی و وسعت دهنده و روزی ده است و من امیدوارم به شکلی به ملاقات خداوند بروم که کسی علیه من شکایتی نسبت به خون و مالی نداشته باشد».

2- در فقه

جمهور فقها با توجه به این حدیث نرخ گذاری از سوی دولت را ممنوع می دانند.²⁴⁷

(عَلَا السَّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ سَعِرْنَا فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّزَّاقُ وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ)²⁴⁸

«نرخها در زمان رسول خدا بالا گرفت و عده ای پیشنهاد دادند که ای رسول خدا نرخی برایمان تعیین فرمایید. ایشان فرمودند خداوند خودش نرخ گذار نتگ کننده ی دایره ی روزی و وسعت دهنده و روزی ده است و من امیدوارم به شکلی به ملاقات خداوند بروم که کسی علیه من شکایتی نسبت به خون و مالی نداشته باشد»

صاحب الهدایة «می فرماید: نباید دولت برای مردم نرخ تعیین کند؛ چون پیامبر فرمودند: نرخ تعیین نکنید چرا که خداوند خودش نرخ گذار، نتگ کننده ی دایره ی روزی و وسعت دهنده آن و روزی ده است... حال اگر دارندگان مواد غذایی اسماق قدرت کرده و با تعیین قیمت های خیلی گزاف دست به تعدی زدند و دستگاه قضا تنها با نرخ گذاری قادر به حفظ حقوق مسلمانان بود اشکالی ندارد که با مشوره و نظر کارشناسان اقدام به نرخ گذاری کند؛ بنابراین اگر چنین کرد و کسی از دستور سرپیچی نمود و کالاها را به قیمت بیشتر فروخت. قاضی اجازه ی چنین کاری به او بدهد.

۱- ابوحنیفه

حکم مذکور از نظر امام ابوحنیفه که کاملاً روشن و آشکار است؛ چون ایشان به محجوریت فرد آزاد قایل نیستند.

2- امام ابویوسف و امام محمد

همچنین از نظر صاحبین نیز چنین است؛ مگر اینکه ممنوعیت و محجوریت نسبت به یک قوم خاص و مشخص صورت گیرد که آن دو بزرگوار به محجوریت قایل نیستند و هر کس هم که کالای

²⁴⁷. المغنی اثر ابن قدامه، ج 4 صص 280-281، وبدائع الصنائع ج 4 صص 310

²⁴⁸. ترمذی، باب ماجاء فی التسعیر، حریث 1314 و فرموده است حدیث مذکور حسن و صحیح است

خود را با توجه به نرخ تعیین شده از سوی دولت فروخت باز هم جایز است؛ چون نسبت به انجام این معامله مورد اجبار قرار نگرفته است²⁴⁹.

3- ابن تیمیه

می فرماید حاکم مسلمانان میتواند دارندگان کالا را در موقع نیاز مردم به آن مجبور سازد که کالای موجود خود را با قیمت مثل در معرض فروش بگذارند²⁵⁰.

4- ابن قیم

ابن قیم نسبت به حکم مذکور به حدیث پیامبر استدلال کرده که فرمودند « من أعتق شركا له في عبد، فکان له من المال ما يبلغ ثمن العبد، قوم عليه بقيمة العدل ... کسی که برده ی شریکی را آزاد نمود و به اندازه ی قیمت برده مال و دارایی داشت، قیمت عادلانه ای برایش تعیین گردد و استدلال به حدیث مذکور چنین است که دستور پیامبر مبنی بر نرخ گذاری تمام برده به قیمت مثل در واقع نرخ گذاریست: حال که شارع بیرون کردن ملک مالک در قبال عوض مثل را به منظور مصلحت موجود در تکمیل آزادی واجب میگرداند و به مالک اجازه نمیدهد بیش از قیمت مطالبه کند. پس گمان شما نسبت به زمانی که مردم نیاز بیشتری به تملک کالا دارند مانند نیاز فرد در مانده به مواد غذایی پوشاک و ... چیست؟! ابن قیم در مورد حدیث مذکور مبنی بر منع نرخ گذاری می فرماید: این حدیث مربوط به داستان خاصی است و به عنوان قانون کلی و عمومی مطرح نیست و در آن نیامده است که کسی از فروش کالاهای مورد نیاز مردم خودداری کرده باشد و پرواضح است که اگر عرضه ی کالایی در بازار کم شود مردم بهای بیشتری بابت آن پرداخت میکنند و حال که صاحبش آن را طبق معمول عرضه کرده و مردم هم به خرید آن با قیمت . بیشتر روی آورده اند. در این صورت نرخ گذاری بر آنها شکل نگیرد.²⁵¹

نتیجه نظریات مذکور این است که فقط در شرایط غیر عادی که مردم نسبت به تهیه ی نیاز مندیهای خود از جمله مواد خوراکی و پوشاک از قیمتهای سرسام آور متضرر میگردند، باید به نرخ گذاری روی آورد و گرنه اصل بر این است که بازرگانان و خریداران بر مبنای توافق خودشان عمل کنند و باید آنان را در داد و ستدهایشان آزاد گذاشت و ظاهرا اگر احتکار کالا در میان نباشد و بازرگانان از طریق تشکیل تیمی بر نرخها اعمال نفوذ نکنند فضای رقابت آزاد در بازار شکل میگیرد و کسی

²⁴⁹. الهدایة مع تكملة فتح القدیر، كتاب الكراهية ٨ / ٤٩٢

²⁵⁰. الحسبة فی الاسلام ص ١٧ و ٤١ و الموسوعة الفقهية الكويتية ١١ / ٣٠٥ این حکم را از ایشان نقل کرده است .

²⁵¹. الطرق الحکمية ص ٢١٧

نمی‌تواند کالای خود را با قیمت بالاتر از نمونه‌ی مشابهش ارایه کند و گرنه خریداران خود را از دست خواهد داد؛ بنابراین نیازی به نرخ گذاری نیست و فقط در احوال غیر عادی که بازرگانان از احکام شریعت اسلامی تخطی میکنند، نیاز به آن احساس می‌شود. و الله سبحانه اعلم.

علامه وهبة الزحیلی چنین می‌فرماید: ((بر دولت واجب است که ضرر احتکار و بلند فروشی را در وقت ضرورت مردم بمواد بگیرد و مالکین مواد را مجبور به فروش به قیمت مصوبه عادلانه نماید که هم حق مردم رعایت می‌شود دفع ضرر از آنها است و از تجاوز محتکر در نرخ جلوگیری می‌شود که در عوض اش بدل و عوض عادلانه داده می‌شود و همچنان این نرخ گذاری بخاطر مصلحتی عامه است که عبارت از مصلحت متقاضیان مواد و منافع آنهاست که به قیمت عادلانه خریداری می‌نمایند.²⁵²

مطلب ششم: تطبیقات قاعده المشقة التجلب التیسیر در شروط عقد

۱- باید برای اشخاص معامله کننده زمان کافی داده شود، زیرا تا به فکر آرام تصمیم بگیرند. اگر در معامله زمانی کافی وجود نداشته باشد و شخص معامله کننده به عجله تصمیم بگیرد در آینده به مشقت مواجه می‌گردد. بنابراین شریعت اسلامی برای دفع مشقت در قسمت ایجاب و قبول زمان کافی را شرط گذاشته است که این مشروعیت بنا بر این دلیل قرآنی (سوره حج آیه ۷۸) جواز داده شده است

۲- شریعت اسلامی برای اشخاص معامله کننده اختیار داده است که اگر جنسی را که به معامله گرفته می‌شود تمام حالات فوق که در بخش‌های خیرات از آن تذکر رفته است را در نظر بگیرند تا در آینده به مشکلات مواجه نگردند که این اختیار برای دفع مشقت و رفع حرج جواز داده شده است که جواز آن بنا بر این قول الله متعال (**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**)²⁵³ می‌باشد.

²⁵² الفقه الاسلامی وادلتہ، ج 8، ص 699-700

²⁵³ حج، ۷۸.

فصل سوم

تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بعضی از عقودیکه بنا بر رفع حرج مشروع

گردیده اند

مبحث اول: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان رهن

این مبحث دارای سه مطلب است. مطلب اول تعریف رهن، مطلب دوم مشروعیت رهن، مطلب سوم تطبیق قاعده المشقة تجلب التيسير در عقد رهن

مطلب اول: تعریف رهن

الف: در لغت

رهن که حروف اصلی آن (راء هاء و نون) می باشد، در لغت به معنای ثبات و دوام است. و در زبان عربی (الشیء الراهن) به چیزی گفته میشود که ثابت و دائم باشد. چنانچه گفته می شود: (حالة راهنة) یعنی حالت ثابت، و (نعمة راهنة) یعنی نعمت دومدار و (ماء راهن) به معنای آبی که دائم ایستاده و ثابت است. و الرهن به معنای المرهون (مال مرهونه) می آید که جمع آن (رهُون) است مثل فلس و فلوس و رهان مثل سهم و سهام، و الرهن صیغه جمع رهان است مثل کتب که صیغه جمع کتاب است. و زمانی که چیزی به رهن داده می شود. گفته می شود که: رهن الشیء رهنما یعنی چیزی را (در مقابل دین) به گروهی گذاشتیم، و گفته نمی شود که ارهنت. ²⁵⁴ همچنان به معنای حبس می آید چنانچه الله متعال می فرماید: (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ) ²⁵⁵

²⁵⁴. ابن فارس، ابوالحسن احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، محقق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفکر،

الطبعة، ۱۳۹۹هـ - ۱۹۷۹م، ج ۲، ص ۴۵۲. المقرئ، احمد بن محمد بن علی الفیومی، المصباح المنیر، المكتبة العصرية، ص، 127. ابن منظور، محمد بن مکرم بن منظور الافریقی المصری، لسان العرب، دار صادر، - بیروت، الطبعة الأولى، ۱۸۸۱۱۳.

²⁵⁵. مدثر، ۳۸.

ترجمه «هر نفس در حبس وگرو دستاورد خویش است». و همچنان فرموده است: (كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ)²⁵⁶

ترجمه: «کل امری بما کسب رهین (به معنای هر کسی در گرو دستاورد خویش است) پس در هر دو آیه فوق رهینه و رهین به معنای حبس و گرو آمده است. و همچنان رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده است: (کل غلام رهینة بعقیته).²⁵⁷ ترجمه: «هر طفلی در گرو عقیقه اش است».

ب: رهن در اصطلاح

رهن را در اصطلاح فقهاء چنین تعریف نمودند

۱- احناف

احناف صاحب الدر المختار²⁵⁸ رهن را در اصطلاح چنین تعریف نموده اند: (حبس شیء مالی بحق یمنک استفاوه منه کالدین حقیقة او حکما)²⁵⁹

²⁵⁶. طور، ۲۱.

²⁵⁷البيهقي، احمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسرو جردی الخراسانی، ابوبکر (المتوفى ، ۴۵۸هـ)، السنن الصغیر للبيهقي، المحقق: عبدالمعطي امين قلجی، جامعة الدراسات الاسلامیة، کراتشي - پاکستان، ط: اول، ۱۴۱۰هـ - ۱۹۸۹م (۲۳۰/۱۲)، الاعظمی، محمد ضیاء الرحمن، المنة الكبرى شرح و تخریج سنن الصغری، مكتبة الرشيد، ۱۴۲۲هـ - ۲۰۰۱م، السعودية/ الرياض ، (۵18\4)، الطبرانی ، سليمان بن احمد بن ايوب ابوالقاسم، المعجم الكبير، مكتبة العلوم والحكم - الموصل، الطبعة الثانية، ۱۴۰۴ - ۱۹۸۳، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، ۲۰۱۱/۱۷ ابن الاثير، مجدالدی أبو سعادت المبارك بن محمد الجزری ، جامع الاصول فی احاديث الرسول، المتوفى : ۶۰۶ هـ تحقيق عبدالقادر الأرئووط، مكتبة الحلواني- مطبعة الملاح- مكتبة دار البيان، الطبعة: الأولى، 1391 هـ، 1971م، 497/7 ، القزويني، ابو عبدالله محمد بن يزيد، المتوفى 273 هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق، محمد فؤاد عبدالباقي، ناشر، دار الفكر: بيروت شماره حديث 3165 (2/ 1056) و امام البانی حديث را صحيح گفته است.

²⁵⁸محمد بن علي بن محمد الحصكفي معروف به علاء الدين الحصكفي الحنفي در سال ۱۰۲۵ هـ ق در دمشق تولد شده و در سال ۱۰۸۸ هـ ق در همان جا وفات یافته است. یکی از فقهاء برزگ و مفتی دمشق در مذهب احناف بوده است. از جمله تألیفات ایشان میتوان الدر المختار فی شرح تنویر الأبصار (فقه إفاضة الأنوار علی أصول المنار در فقه الدر المنتقى شرح ملنقى الأبحر در فقه و شرح قطر الندی در علم النحو را میتوان نامبرد. الحصكفي نسبت به سوی همان جای ایشان است که اصل آن حصی کیفا است و امروز بنام شرنخ یاد میشود. از کتاب «الأعلام للزركلي نقل شده است.

²⁵⁹علاء الدين الحصكفي الحنفي ، محمد بن علي بن محمد الحصني) المتوفى : ۱۰۸۸هـ (الدر المختار شرح تنویر الأبصار وجامع البحار، محقق عبد المنعم خليل إبراهيم دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة : الأولى، ۱۴۲۳هـ ۲۰۰۲م، ص: ۶۸۳)

ترجمه: «رهن عبارت از حبس و نگهداشتن چیزی مالی است در مقابل حقی یا دینی که امکان استیفای همان دین از جنس مذکور باشد. برابر است که آن دین حقیقی باشد یا حکمی»

۲- شافعیه

و در نزد شوافع رهن عبارت است از (جعل عین مالیه وثیقه بدین یستوفی منها عند تعذر وفائه)²⁶⁰ «وثیقه ساختن جنس که ارزش مالی داشته باشد در مقابل دینی که امکان استیفاء دین مذکور از همان جنس موجود باشد در هنگام عدم پرداخت آن موجود باشد را دین گویند»

۳- حنابله

و در نزد حنابله چنین تعریف گردیده است (المال الذی يجعل وثیقه بالدين لیستوفی من ثمنه إن تعذر استیفاؤه ممن هو علیه)²⁶¹

ترجمه: «عبارت از وثیقه گردانیدن مال در مقابل دین است که در هنگام وفا نکردن به پرداخت دین مذکور از همان مال و یا از قسمت آن و یا از ثمن آن بطور کامل و یا یک مقدار آن بدست میآید. به این معنا که راهن به مرتهن مالی را در مقابل دین اش به گروی میدهد، که در صورت عدم پرداخت دین آن مرتهن تمام دین خویش را از همان مال مرهونه یا ثمن آن حاصل میکند در صورتیکه مال مرهونه مساوی به دین باشد یا یک مقدار از دین خویش را از همان مال مرهونه یا ثمن آن می گیرد و در صورتی که مال مرهونه کمتر از دین باشد یا تمام دین خویش را از یک قسمت مال مرهونه یا یک قسمت ثمن آن حاصل میکند در صورتیکه مال مرهونه بیشتر از دین باشد»

260. شمس الدین محمد بن احمد الشربینی (۹۷۷ هـ ق)، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، دار الفکر -

لبنان - بیروت، ۲/۱۲۱

261. الحجاوی شرف الدین موسی بن أحمد بن موسی أبو النجا) المتوفی : ۹۶۰ هـ، (الإقناع فی فقه الإمام أحمد بن حنبل، محقق : عبد اللطیف محمد موسی السبکی، دار المعرفة - لبنان - بیروت) ۲ (۱۵۰) (العثمین، محمد بن صالح بن محمد (۱۳۴۷ - ۱۴۲۱ هـ ق الشرح الممتع علی زاد المستتقع دار ابن الجوزی ط : اول، ۱۴۲۸ هـ ق)، (۹/۱۱۸) (المرداوی علاء الدین أبو الحسن علی بن سلیمان دمشقی الصالحی) ۱۸۱۷ - (۸۸۵ هـ ق)، (الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربی - لبنان - بیروت، الطبعة الأولى ۱۴۱۹ هـ ق) ۵/۱۰۵) (البهوتی منصور بن یونس بن إدريس) ۱۰۰۰ - ۱۰۵۱ هـ ق، (الروض المربع شرح زاد المستتقع فی اختصار المقنع، محقق : سعید محمد اللحام، دار الفکر للطباعة والنشر - لبنان - بیروت) ۱/۲۳۸)

مطلب دوم: حکم ودلیل مشروعیت عقد رهن

الف: درقرآنکریم

خداوند متعال می فرماید: (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)²⁶²

ترجمه: «و اگر در سفر بودید و نویسنده‌ای نیافتید، پس چیزی های را گروگان بگیرید». زمانیکه به تفاسیر²⁶³ مراجعه نمائیم، درمیابیم که از آیه فوق جواز رهن ثابت می‌شود و از عبارت (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) در میابیم که مال مرهونه باید صاحب حق قبض کند و بحی ۲۳ ث و وثیقه نزد خود نگهدارد تا زمان ادای دین.²⁶⁴ چنانچه از ترجمه آیه فوق معلوم می‌شود، رهن در سفر جواز داده است، اما رهن در حضور نیز جواز دارد، چنانچه رسول الله صلی الله علیه و سلم از یهودی طعام را به نسیه خریداری نموده بود، و در مقابل آن (درعه) لباس زرع خود را به گروی گذاشته بود²⁶⁵

ب: درحدیث

جواز رهن قسمیکه در آیه کریمه فوق ثابت گردید، در احادیث صحیح رسول الله صلی الله علیه و سلم ثابت شده است، که تفصیل آن قرار ذیل است.

۱- عن عائشة رضی الله عنها، قالت: (اشترى رسول الله صلی الله علیه و سلم من يهودی طعاما بنسینه، و رهنه درعه)²⁶⁶

ترجمه: «از حضرت عائشه رضی الله عنها روایت است که گفت: رسول الله صلی الله علیه و سلم طعام را از یهودی به قرض خریداری کردند، و زره اش را به وی به گروی داد»

²⁶². بقره، ۲۸۳.

²⁶³. الطبری، محمد جریر بن یزید بن کثیر بن غالب الآملی، ابوجعفر، (۲۲۴- ۳۱۰ ه) و جامع البیان فی تأویل القرآن، المحقق: احمد محد شاکر، مؤسسة الرسالة، طبع: اول (۱۴۲۰ ه ق) ج ۶، ص ۹۵ و دمشقی، ابوالفدا اسماعیل بن عمر بن کثیر القریشی (۷۰۰- ۷۷۴ ه)، تفسیر القرآن العظیم محقق: سامیین محمد سلامة، دومج ۱، ص ۷۲۷، دارالطبیبة لنشر وتوزیع، طبع: (۱۴۲۰ ه ق).

²⁶⁴. السعدی، عبدالرحمن بن ناصر، تیسیر الکلام الرحمن فی تفسیر کلام المنان (مشهور به تفسیر السعدی)، المحقق:

عبدالرحمن بن معلا اللویح، ط: اول (1420 ه ق)، ص: 119

²⁶⁵. اشتری رسول الله صلی الله علیه و سلم من يهودی طعاما بنسینه، و رهنه درعه

²⁶⁶. البخاری، الجامع، المسند الصحیح المختصر من أمور رسول الله «صلی الله علیه و سلم» و سننه و ایامه (مشهور سنن صحیح البخاری) محمد بن اسماعیل ابوعبدالله الجعفی، المحقق- محمد زهیر بن ناصر الناصر، دار الطوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقیم، ترقیم محمد فواد عبدالباقی)، طبع: اول ۱۴۲۲ ه ق، ج ۳، ص ۶۲.

همچنان حدیثی شریف را از طریق عایشه رضی الله عنها صحیح مسلم نیز روایت کرده است، با کمی تفاوت روایت کرده است (فاعطاه درعاه رهنا) و «پس زره اش را به یهودی به گروی گذاشت» آمده است.²⁶⁷

۲- عن ابی هریره رضی الله عنه، عن الناس صلی الله علیه وسلم انه كان يقول (الرهن یركب بنفته، اذا كان مرهونا، ولبن الدر یشرب بنفته اذا كان مرهونا، و علی الذی یركب ویشرب النفقه)²⁶⁸
ترجمه: «ابو هریره رضی الله عنه از رسول الله صلی الله علیه و سلم روایت کرده که ایشان فرمودند: حیوان مرهونه اگر قابل سواری باشد به عوض نفقه و مصارفی، سواری می شود زمانیکه در گروه باشد، و شیر حیوان شیرده نوشیده می شود، زمانیکه در گروی باشد، و نفقه حیوان مذکور بر کسی است که از آن به عنوان سواری استفاده می کند و از شیر اش نیز بهره می برد».
حدیث فوق را ابن حبان نیز روایت کرده است، و گفته است که حدیث مذکور به شروط شیخین صحیح است.²⁶⁹

از جمله روایات فوق چنین نتیجه بدست می آید که رسول الله صلی علیه و سلم شخصا به رهن عمل کرده و در بین صحابه کرام رضی الله عنهم نیز مروج بوده است و چون فعل رسول صلی الله علیه و سلم و اصحابش رضی الله عنهم به ترتیب بعد از قرآن کریم، قویترین حجب است بناء مشروعیت رهن از سنت صحیح رسول الله صلی علیه و سلم نیز ثابت می شود.

ج: دراجماع

مشروعیت رهن به اجماع صحابه رضی الله عنهم و فقهاء است نیز ثابت گردیده است طوری که در کتب فقهای اسلامی دیده می شود با تاسی از قرآن کریم، احادیث شریف و صحابه کرام فقهای اسلامی در خصوص رهن اجماع دارند.²⁷⁰

²⁶⁷. النیسابوری، مسلم بن الحجاج ابو الحسن القشیری (۲۰۴ - ۲۶۱ ه ق)، المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل إلی رسول الله «صلی الله علیه وسلم» (مشهور به صحیح المسلم)، المحقق: محمد فواد عبدالباقی، دار احیاء التراث العربیة: بیروت، ج ۳، ۱۲۲۶.

²⁶⁸. صحیح البخاری، ج ۳، ص ۱۴۳.

²⁶⁹. محمد بن حبان، ابن احمد ابو حاتم التمیمی، البستی، صحیح ابن حبان - ج ۱۳، ۲۶۱. محققاً شعیب

الارنوط، بیروت، مؤسسة الرساله، طبع دوم، ۱۴۱۴ ه ق - ۱۹۹۳ م.

²⁷⁰. المغنی، ج ۴، ص ۳۹۷.

د: قیاس

فقهاء کرام رهن را به کفاله قیاس نموده اند، زیرا هر دو (رهن و کفاله) سبب توثیق به دین می‌شود که دو طرف دارد: طرف وجوب و طرف استیفاء، چنانچه اول بر ذمه شخص واجب می‌شود، و بعدا توسط پرداخت دین استیفاء حاصل می‌شود، و رهن نیز مانند کفاله جایز است، نه واجب.²⁷¹

مطلب سوم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در عقد رهن

رهن در عصر حاضر یکی از معاملات متعارف و مروج در جامعه ای افغانستان می باشد در رابطه به جواز یا عدم جواز آن اختلافات بین علماء وجود دارد ولی در این مبحث تلاش به این رفته است تا صورت های جواز و عدم جواز آن را با دلایل مشروعیت شرعی و قانونی رهن به اثبات رسانده و دلیل وریشه اصلی آن را دریابیم، در نهایت به این نتیجه میرسیم که فقهای اسلامی و قانون بخاطر رفع مشقت بر اساس آیت قرآن کریم: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)²⁷² رهن جواز داده شده است. و همچنین حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم²⁷³ (اشتری رسول الله صلی الله علیه و سلم من يهودی طعاما بنسینه، ورهنه درعه)²⁷⁴، اجماع²⁷⁵ و قیاس²⁷⁶ رهن را جواز داده اند، بنابراین گفته می توانیم رهن برای دفع مشقت و جلب منفعت جواز یافته است.

271. الاشباه والنظائر على المذهب ابي حنيفة عن نعمان، وضع حواشيه و خرج حديثه: الشيخ ذكريا عميرات، دار الكتب العلمية لبنان - بيروت، طبع اول، ۱۴۱۹ ه ق، ص ۳۲۲.

272. حج، ۷۸

273. صحيح البخارى، ج ۳، ص ۱۴۳

274. البخارى، الجامع، المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله «صلى الله عليه وسلم» و سننه و ايامه (مشهور سنن صحيح البخارى) محمد بن اسماعيل ابو عبدالله الجعفي، المحقق - محمد زهير بن ناصر الناصر، دار الطوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم، ترقيم محمد فواد عبدالباقى)، طبع: اول ۱۴۲۲ ه ق، ج ۳، ص ۶۲.

275. المغنى، ج ۴، ص ۳۹۷.

276. فتح القدير، ج ۶، ص ۲۳.

مبحث دوم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان بیع سلم

درین مبحث نخست به تعریف بیع سلم، دلیل مشروعیت و ارکان بیع سلم پرداخته شده است و سپس قاعده المشقة تجلب التيسير در بیع سلم مورد تطبیق قرار گرفته است.

مطلب اول: تعاریف اصطلاحات

الف: تعریف بیع

1- در لغت

بیع در لغت به معنای خرید و فروش آمده است، از واژه های متضاد شراء بوده و هر کدام در جای دیگری استفاده شده می‌توانند²⁷⁷. در زبان عربی از کلمات اضداد بوده و مراد از آن در نزد اکثر علماء و فقهاء ساختن مبیع از تملک در مقابل ثمن می‌باشد²⁷⁸.

همچنان بیع و شراء در لغت به هر مبادله اطلاق می‌گردد چه مبادله مال به مال باشد یا به غیر از آن، از همین جهت علامه علی حیدر²⁷⁹ در شرح مجلة الاحکام العدلیه اشاره نموده است که معنای لغوی بیع مبادله نمودن شیء به شیء می‌باشد²⁸⁰.

اشتقاق بیع از باع (اندازه دو دست که از هم گشوده باشد و آنرا نیز می‌گویند) است؛ زیرا هر کدام از متعاقبین باع خود را در وقت گرفتن و دادن می‌کشاید و احتمال دیگر برای اشتقاق بیع این است که متعاقبین هنگام عقد با یکدیگر «مبايعت» می نمودند یعنی دست یکدیگر را می‌گرفتند، از همین جهت

²⁷⁷ زبیدی، تاج العروس، ج ۳۸، ص ۳۶۳. و مناوی، محمد عبدالرؤف، التوقیف علی مهمات التعاریف، دارالفکر بیروت الطبعة الاولى، سال ۱۴۱۰ هجری قمری، ص ۲۰۲. و عثیمین، محمد بن صالح، الشرح الممتع علی زاد المستنقع، ناشر: دار ابن الجوزی، طبع اول، سال ۱۴۲۲-۱۴۲۸ هجری قمری، ج ۸، ص ۱۸۶.

²⁷⁸ از هری، تهذیب اللغة، ج ۳، ص ۱۵۰-۱۵۱. و ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، ص ۲۱-۲۳. و ابن قدامه، المغنی، ج ۳، ص ۴۸۰.

²⁷⁹ علی حیدر آفندی (متوفای: ۱۳۵۳ هجری قمری) فقهی حنفی می‌باشد که در خلافت عثمانی، رئیس اول محکمه تمیز آمین فتوی و وزیر عدلیه بوده و در مدرسه حقوق واقع آستانه «مجلة الاحکام العدلیه» را تدریس می‌کرد. اثر ارزشمند او «درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام» که به زبان ترکی تألیف گردیده بود توسط فهمی الحسینی به زبان عربی ترجمه گردید (مراجعه شود به: آفندی، علی حیدر، مقدمه فهمی الحسینی، درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، ج ۱، ص ۳).

²⁸⁰ آفندی، علی حیدر خواجه آمین، درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام، ناشر: دار الجیل، تعریب: فهمی الحسینی، چاپ اول، سال ۱۴۱۱ هجری قمری، ج ۱، ص ۱۰۶، ماده ۱۰۵.

بیع را صفتی نامیده اند²⁸¹. هر کدام از متعاقدين را بايغ گفته میشود ولی در صورتی که بايغ به طور مطلق ذکر گردد در عرف مردم، دهنده کالای به ذهن خطور مینماید²⁸².

۲- بیع در اصطلاح

بیع در اصطلاح عبارت است از مبادله مال به مال است به رضایت جانبین²⁸³.

ب: تعریف سلم

۱- در لغت

سلم به فتح سین و لام در لغت عربی اسم مصدر و فعل آن اسلم و مصدر حقیقی آن اسلام از باب افعال است. اسلام در لغت عربی به مفهوم تسلیم شدن، و فرمان برداری مطلق است، خواه به اختیار باشد یا به اجبار و در صلح و آرامش داخل شدن است²⁸⁴.

۲- در اصطلاح

سلم در زبان عربی به مفهوم استسلام، تسلیم و تقدیم، نام عقد معین که در آن بدل کالا پیش از تسلیم کالا داده می شود، استعمال شده است²⁸⁵.

مطلب دوم: بیع سلم نزد فقهاء

الف: احناف

فقهای حنفی عقد سلم را در کتاب بیوع آورده اند و آن را چنین تعریف کرده اند، **(السلم فی الشرع هو عقد یوجب الملك فی الثمن عاجلا، وفی الثمن آجلا)**²⁸⁶.

281- ابن قدامه، ابو محمد موفق الدین عبدالله بن محمد، المغنی، ناشر: دار العالم الکتب- القاهرة، سال ۱۴۱۷ قمری، ج ۳، ص ۴۸۰.

282- فیومی، احمد بن محمد الحموی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ماده بیع، ناشر: المکتبة العلمیه- بیروت، بدون تاریخ، ج ۱، ص ۶۹.

283 البحر الرائق جلد 5 ص 277،

284 فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج 1، ص 287؛ راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن، ج 1، ص 496؛

285 مصطفی، ابراهیم و دیکران، المعجم الوسیط، تحقیق: مجمع اللغة العربیة، نشر: دار الدعوه، ج 1، ص 446؛ ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهی اللغة اصطلاحا، دمشق: دار الفکر، الطبعة الثانية، 1408ق، ص 182.

286 موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلی البلدحی، مجد الدین أبو الفضل الحنفی، الاختیار لتعلیل المختار، ناشر: مطبعة الحلبي- القاهرة (وصورتها دار الکتب العلمیه - بیروت، وغیرها)، سال: ۱۳۵۶ هجری قمری-

۹۳۷ میلادی، ج 2 ص 1428، ق،،

ترجمه: «سلم در شریعت اسلامی عقدی است که به موجب آن ملکیت بالای قیمت به صورت فوری و بالای متاع به صورت تأخیر ثابت می‌گردد». در این تعریف واژه عقد، تمام عقود صحیح و غیر صحیح، باعوض وبدون عوض، فوری و تدریجی، جمعی و فردی نامدار و بی نام محقق و احتمالی تملیکی اسقاطی توثیقی تعهدی و امثال آن را شامل می‌شود. در ضمن احتراز از اراده انفرادی است؛ چون که در ایقاع و اراده انفرادی تنها یک اراده برای ایجاد اثر حقوقی کافی است مثال ابراً طلاق وعده تنها به اراده یک نفر تکمیل می‌شود و جهت آفرینش اثر حقوقی به قبول جانب مقابل نیاز نیست.²⁸⁷ حال آن که در عقد حد اقل توافق دو اراده برای آفرینش اثر حقوقی لازم است.²⁸⁸ قید یوجب الملك در تعریف مذکور عقد سلم را از عقود تملیکی قرار داده است. بدین لحاظ عقود انتفاع کار و توثیقی از آن خارج می‌شود، چون در آن منفعت محل عقد است.²⁸⁹ وقید فی الثمن عاجلاً و فی المثلن آجلاً، عقد سلم را از عقود تملیکی با عوض قرار داده است که برای خریدار عقدفوری و منجز است چون که در مجلس معامله سرمایه و بدل مبیعه را به فروشنده تقدیم و تسلیم میکند و برای فروشنده، عقد مضاف به زمان آینده است، چون متاع و کالا را در آینده در زمان مورد توافق به خریدار تسلیم میکند. پس عقد سلم از عقود تملیکی با عوض فوری و مثلن مؤخر است به این اساس عقود تملیکی بدون بدل مانند: عقد قرض و هبه خارج میشود.²⁹⁰ همچنان به آن قید عقد صرف خارج میگردد، چون که تسلیم و قبض به دلها به یک بارگی در مجلس معامله صورت میگیرد. در تعریف مذکور از جنس بعید استفاده شده است در حالی که در تعریف حد تام لازم است که به جنس و فصل قریب صورت گیرد و جنس قریب سلم بیع است.²⁹¹ همچنان فصل تعریف، تملیک و تملک است که این اثر عقد سلم محسوب میشود نه ماهیت آن.²⁹² ماهیت عقد سلم تعلق آن به ذمه و دین بودن است و آن از واژه آجل استنباط شدنی است اما صریح نیست.²⁹³

بهترین تعریفی که برای عقد سلم ارایه شده تعریف فقیه کاسانی است.

²⁸⁷خفیف، علی. التصرف الانفرادی والاراده المنفردة، بحث مقارن، قاهره: دارالفکر العربی، 1430، ق، ص 47

²⁸⁸خفیف، علی. التصرف الانفرادی والاراده المنفردة، بحث مقارن، قاهره: دارالفکر العربی، 1430، ق، ص 46

²⁸⁹زحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی وادلته. ج 4 ص 3018

²⁹⁰زحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی وادلته. ج 5 ص 3097

²⁹¹زحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی وادلته. ج 4 ص 3600

²⁹²زحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی وادلته. ج 5 ص 3627

²⁹³محمد اللحم، اسامه بن حمود. بیع الدین و تطبیقاته المعاصره فی الفقه الاسلامی. الممكة العربیة السعودیة، رسالة

الدکتوری، 1429 ق. س، ص 403

(السلم هوبيع الدين بالعين).²⁹⁴

ترجمه: «سلم عبارت از فروش خرید دین به بدل عین است» لفظ بیع از اضرار است به فروش و خرید میاید و در تعریف مذکور هر دو معنا صحیح است چون که اگر آن را به اعتبار فروشنده در نظر بگیریم فروش دین است و اگر به اعتبار خریدار در نظر گرفته شود، خرید دین است. فقیهان حنفی جانب خریدار را ترجیح داده اند. چون که خریدار سرمایه و قیمت را به تعجیل تسلیم فروشنده میکند که به این اساس خرید دین به عین مفهوم میدهد. در تعریف مذکور ماهیت عقد سلم بیان شده و آن دین بودن در ذمه فروشنده است.²⁹⁵

ب: سلم در اصطلاح فقهای مالکی

فقیهان مالکی عقد سلم را چنین تعریف کرده اند السلم. (هو بیع معلوم فی الذمة محصور

بالصفة بعین حاضرة أو ما هوفی حکمها إلى أجل معلوم).²⁹⁶

ترجمه سلم عبارت از فروش متاع معلوم و محصور به خصوصیات در ذمه در بدل قیمت فوری یا مهلتی که در حکم فوری است تا زمان مشخص بیع در تعریف مذکور، تمام انواع خرید و فروشها را شامل میشود و در ضمن احتراز از عقود، قرض هبه و عقود توثیق و انتقاعی است. وقید، معلوم و محصور بالصفة در ذمه بیان ماهیت عقد سلم است و به آن بیع مقایضه و بیع مطلق و بیع متاع غیر موصوف و مجهول خارج میشود چون آن ها در عین معین تعلق میگیرد نه در ذمه از قید محصور به صفت فروش کالا معلوم به طور اجمالی خارج میشود. مانند فروش خرما، لباس و امثال آن که نوع و صفتهای آنها به طور تفصیلی محصور نشود. قید، بدل حاضر او ماهو فی حکمها بیان شرط عقد سلم است که میتواند بدل همزمان در مجلس معامله به فروشنده تسلیم گردد و یا در مهلتی تسلیم گردد که عرف آن را تأخیر نداند، مثال در دو یا سه روز پس از معامله تسلیم گردد این حالت در مذهب مالکی به شرط و بدون شرط مجاز است.²⁹⁷ و به این شرط عقد صرف خارج میشود چون که در بیع صرف بدل ها همزمان در مجلس عقد تأدیه و قبض میشود و از قید الی أجل المعلوم، سلم حال و عقد سلمی که

²⁹⁴کسانی، علاءالدین بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دار الکتب العربی، 1982م، ج 5، مسأله 201

²⁹⁵ابن عابدین محمد بن امین، ردالمحتار علی الدرر المختار، شرح تنویر الابصار، تحقیق و تعلیق: عادل احمد

عبدالموجود و علی محمد معوض ریاض. دار عالم الکتب 1423ق. ج 7، ص 454

²⁹⁶قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد الجامع لأحكام القرآن، تحقیق: هشام سمیر البخاری، الریاض: دار علم الکتب،

1423 هـ ق. ج 3، ص 378

²⁹⁷دسوقی، محمد عرفه. حاشیة الدسوقی علی شرح الکبیر، تحقیق: محمد علیش، بیروت: دار الفکر، ب - ب، ج 3،

مدت آن مجهول باشد خارج میشود.²⁹⁸ این تعریف زیبایی های دارد چون که عقد سلم به حقیقت تعریف شده است؛ اما شروط در آن افزون گردیده که آن را طولی ساخته است.

اعتراض دیگری که بر آن وارد است معلوم در ذمه بودن است چون که ذات سلم در ذمه معلوم نیست؛

بلکه اشغال ذمه را به دنبال دارد.²⁹⁹ به این اساس تعریف مشهوری که در مذهب مالکی برای عقد سلم صورت گرفته تعریف ابن عرفه³⁰⁰ است: (عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يُوجِبُ عِمَارَةَ ذِمَّةٍ بَعِيرٍ عَيْنٍ وَكُلِّهَا مَنَفَعَةٍ غَيْرِ مُتَمَائِلِ الْعَوَاضِينَ).³⁰¹

ترجمه: «سلم عقدی با بدل است که اشغال ذمه را بدون عین و منفعت و بدون بدل یکسان لازم میکند. واژه عقد در تعریف مذکور تمام عقود را شامل میشود به قید معوض، عقود تبرعی خارج میشود». واز (قید) عِمَارَةَ ذِمَّةٍ به مفهوم اشغال ذمه) را لازم میکند، است و به این بیع مطلق و عقودی که بر عین معین واقع میشود خارج میگردد از قید، بغیر عین، بیع مطلق که قیمت آن به تأخیر پراخت شود خارج میشود و از قید و لا منفعت اجاره خارج گردید. از قید غیر متمائل العوضین، عقد قرض خارج میگردد چون در آن عوض ها یکسان است.³⁰²

ج: شافعیه

فقیهان شافعی عقد سلم را چنین تعریف کرده اند (السلم عقد علی موصوف فی الذمة ببذل يعطى عاجلا)³⁰³

ترجمه: سلم در شرع قرارداد بالای کالای موصوف در ذمه در بدل مالی است که فوری تأدیه میشود واژه عقد در تعریف مذکور تمام انواع عقود را شامل میشود و احتراز از اراده انفرادی است. قید موصوف فی الذمه برای اخراج بیع مطلق و مقایضه و عقود اموال عقاری و قیمی است چون که عقد

²⁹⁸قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد الجامع الاحکام القرآن، ج 3، ص 378-379.

²⁹⁹رصاع، محمد بن قاسم شرح حدود ابن عرفه، بیروت: المكتبة العلمية، الطبعة الاولى، 1350 ص 293.

³⁰⁰او ابو عبد الله محمد بن محمد ابن عرفه و رغمی مالکی مذهب است و در حیاتش امام عالم و خطیب در کشور تونس بوده و تألیفاتی در مذهب مالکی دارد که مشهورترین آن، المبسوط فی الفقه المختصر الكبير والحدود است و در سال ۷۱۶ هجری تولد و در سال ۸۰۳ هجری وفات شده است. الزرکلی، خیر الدین، بن محمود بن علی بن فارس الدمشقی (الدمشقی: 1396ه) الأعلام از زرکلی، ج ۷، ص 43. ناشر: دارالقلم للملايين: طبع: 15، (2002م)

³⁰¹رصاع محمد بن قاسم همان، ص 291

³⁰²رصاع، محمد بن قاسم همان، 291

³⁰³نوی، ابوزکریا محیی الدین یحیی روضه الطالبین و عمدة المفتین. بیروت: بیروت: المكتبة الاسلامی، 1405ه

در آنها به عین معین تعلق میگیرد. به قید بیدل يعطى عاجلا، بیع صرف خارج میگردد چون که در آن تسلیم و قبض همزمان مبیع و ثمن شرط است.³⁰⁴ فقیهان شافعی، شرط مدت در تأدیه و تسلیم کالای موصوف را در تعریف ذکر نکرده اند، چون که سلم در حال و آینده به نظر آنها جواز دارد.³⁰⁵ نقص تعریف مذکور، تنها در استعمال عقد است و اگر به جای عقد بیع گفته شود، تعریف عاری از نقص می شود.³⁰⁶

د: حنابله

فقیهان حنبلی عقد سلم را چنین تعریف کرده اند: السلم هو بیع موصوف فی الذمة إلى أجل³⁰⁷ ترجمه سلم، فروش کالای موصوف در ذمه تا مهلتی است و از بیع در تعریف مذکور انواع بیوع را در بر میگیرد. به قید موصوف فی الذمه بیع مطلق و مقایضه خارج میشود. و به قید، اجل سلم حال خارج میشود چون که از نظر فقیهان حنبلی تأدیه کالا در مجلس عقد، سلم نیست و در سلم نزد آنها شرط است که کالا باید به تأخیر و قیمت به تعجیل در مجلس معامله تسلیم و قبض گردد. تعریف مذکور هم به بیع صورت گرفته و هم حقیقت سلم در آن بیان شده است. به همین دلیل فقیهان حنبلی آن را مناسب دانسته اند.³⁰⁸

مطلب سوم: مشروعیت بیع سلم

الف: در قرآن کریم

۱- الله متعال می فرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ)³⁰⁹ ترجمه: «ای کسانی که ایمان آورده اید! هرگاه به همدیگر تا مدت معینی وامی دادید، آن را بنویسید». ابن عباس (رض) فرموده است: «که سبب نزول آیت مذکور عقد سلم اهل مدینه است».³¹⁰

³⁰⁴ شربینی، محمد خطیب. مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج. بیروت: دار الفکر، ب - ت، ج 2، ص

102.

³⁰⁵ شربینی محمد خطیب، همان، ج 2، ص 105

³⁰⁶ محمد اللاحم، اسامه بن حمود، بیع الدین وتطبیقاته المعاصره فی الفقه الاسلامی، ص 403

³⁰⁷ بهوتی، منصور بن یونس، کشاف القناع، عن متن الاقناع، تحقیق: هلال مصیلحی، مصطفی هلال، بیروت:

دار الفکر، 1402ق، ج 3، ص 289،

³⁰⁸ بهوتی، منصور بن یونس، کشاف القناع، عن متن الاقناع، تحقیق: هلال مصیلحی، مصطفی هلال، بیروت:

دار الفکر، 1402ق، ج 3، ص 289،

³⁰⁹ بقره، 282.

³¹⁰ طبری، محمد بن جریر، جامع البیان فی تأویل القرآن، ج 6، ص 43، تحقیق: احمد محمد شاکر، الطبعة الأولى،

مؤسسة الرسالة، 1420 هـ ق، بیروت.

همچنان فرموده است: (أشهد أن السلف المضمون، الى اجل مسمى، أن الله، عزوجل، قد أحله وأذن فيه، ويتلوهذه الآية).³¹¹

ترجمه: «گواهی می دهم که خداوند « معامله سلف را با مدت معلوم درکتایش جایز دانسته و به انجام آن اجازه داده است. و آن آیت را تلاوت می کرد».

وجه استدلال: هر معامله که قیمت و بدل یکی از عوض ها به طور نقدی پرداخت شود و دیگری به ذمه باقی بماند و به تأخیر پرداخت شود، به همین دین گفته می شود، چون که عرب ها به هر چیزی که حاضر و نقد پرداخت شود، عین و هر چیزی که نقد نباشد، به آن دین می گویند.³¹²

بنابراین، مشروعیت عقد سلم و هر عقدی که قیمت یا بدل آن در ذمه قرار گیرد به آن ثابت است.³¹³

۲- الله متعال می فرماید: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَنَا يَفْجُرُونَ إِنَّا كَمَا يَفْجُرُونَ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ)³¹⁴

ترجمه: «خداوند متعال خرید و فروش را حلال کرده و ربا را حرام نموده است، این آیت نیز دلیل به مشروعیت عقد سلم است، چون سلم، نوعی از بیوع و دارای شروط و احکام مخصوص است».

۳- همچنین الله متعال می فرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مَا يَدَّ) ³¹⁵

ترجمه: «ای مؤمنان! به پیمان ها و قراردادها وفا کنید». این آیت نیز دلالت به مشروعیت عقد سلم می کند، زیرا که سلم، عقد است و این آیت تاکید دارد که به عقد موافق شریعت وفا لازم است و به طور ضمنی به مشروعیت عقود نیز اشاره می کند.³¹⁶

بنابراین تمام این آیات قرآن عظیم الشان دلالت به مجوز بودن عقد، بیع دارد که بیع سلم نیز مشمول آن می گردد.

311. طبری، محمد بن جریر، همان، ج ۶، ص ۴۴.

312. قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد الجامع لأحكام القرآن، ج ۳، ص ۳۷۷.

313. طبری، محمد بن جریر، همان، ج ۶، ص ۴۳.

314. بقره، ۲۷۵.

315. مایده، ۱.

316. ابو حیان اندلسی، محمد بن یوسف، تفسیر البحر المحیط، تحقیق، الشیخ عادل احمد عبدالموجود والشیخ علی محمد معوض. بیروت: دارالکتب العلمیه، 1422 هـ ق، ج ۳، ص ۴۲۸.

ب: درست

احادیث بسیار در مورد مشروعیت عقد سلم در سنت نبوی وارد شده که مبین شروط و احکام آن است. احادیث ذیل از جمله آن ها است:

ابن عباس رضی الله عنهما روایت کرده است: «قَدِمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَيْنِ، فَقَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ».³¹⁷

ترجمه: زمانی پیامبر صلی الله علیه وسلم به مدینه آمد مردم مدینه یک سال و دوسال میوه ها را پیش خرید میکردند فرمود هر کس خرمایی را پیش خرید میکند، در پیمانہ و وزن مشخص و تا زمان مشخص پیش خرید کند به روایت دیگر: (قَدِمَ النَّبِيُّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ بِالْتَّمْرِ السَّنَيْنِ وَالثَّلَاثَ فَقَالَ: مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ).³¹⁸

ترجمه: «زمانی پیامبر صلی الله علیه وسلم به مدینه آمد مردم مدینه، دوسال و سه سال خرما را پیش خرید میکردند فرمود هر کس چیزی را پیش خرید کند در پیمانہ و وزن مشخص و تا زمان مشخص پیش خرید کند». این روایت به نسبت روایت پیشین تعمیم دارد و لفظ شیء آمده است و در حدیث قبلی تنها لفظ خرما ذکر شده است. همچنان سه سال هم اضافه شده است. این حدیث از دو لحاظ به مشروعیت عقد سلم دلالت میکند نخست به اساس گفتار پیامبر صلی الله علیه وسلم دستور رعایت شروط عقد سلم را به صحابه کرام به لفظ امر، فلیسلف، داده اند و عبارت النص آن حدیث به آن صراحت دارد.³¹⁹ دوم به اساس تقریر پیامبر صلی الله علیه وسلم چون که صحابه کرام در شهر مدینه برای دو یا سه سال عقد سلم را انجام میداند و پیامبر صلی الله علیه وسلم، مانع عمل آنها نگردید و برعکس آن را امضا کرد. به این لحاظ حدیث مذکور از دو لحاظ به مشروعیت عقد سلم دلالت میکند در مبسوط ذیل حدیث چنین تحریر شده است فقد قررهم علی أصل العقود بین شرائطه فذلك دلیل جواز

³¹⁷. قشیری، ابوالحسین مسلم بن الحجاج الجامع الصحيح بیروت: دار الجیل، ب - ت، ج ۵، ص ۵۵، حدیث شماره 4202؛ بخاری، محمد بن اسماعیل الجامع الصحيح المختصر، تحقیق و تعلیق مصطفی دیب البغا، بیروت: دار ابن کثیر، طبع سوم ۱۴۰۷ هـ ق ج ۲، ص ۷۸۱، حدیث شماره ۲۱۲۴. پس حدیث متفق علیه است.

³¹⁸ بخاری، محمد بن اسماعیل. همان ص 781، حدیث شماره 2125

³¹⁹. ابن دقیق العید، تقی الدین ابوالفتح محمد احکام الاحکام شرح عمدة الاحکام، تحقیق: مصطفی شیخ مصطفی و

مدرثر سندس. بیروت: مؤسسه الرسالة، الطبعة الأولى، ۱۴۲۶هـ.ق، ص 362

العقد³²⁰ ترجمه رسول الله صلی علیه وسلم اهل مدینه را به اجرایی اصل عقد گذاشت و فقط شرایط آن را واضح کرد، این دلیل مشروعیت عقد است.

۲- از عبدالرحمن بن ابزی³²¹ و عبد الله بن ابی اوفی³²² رضی الله عنهما، روایت شده است که گفتند: (كُنَّا نُصِيبُ الْمَعَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ فَيُسَلِّفُهُمْ فِي الْحَنْظَةِ وَالشَّعِيرِ وَالرَّبِيبِ إِلَى أَجْلِ مُسَمَى. قَالَ: قُلْتُ أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ؟ قَالُوا: مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ).³²³

ترجمه: «ما همراه با رسول الله صلی علیه وسلم غنایم را به دست می آوردیم. افرادی از شام نزد ما میآمدند و ما گندم، جو و کشمش را از آنها تا زمان معینی پیش خرید میکردیم. گفتیم: آیا آنان کشاورزی داشتند؟ گفتند ما درباره آن از آنها سؤال نمیکردیم. این حدیث به طریق تقریری دلالت به مشروعیت بیع سلم میکند چون که صحابه در مدینه با افرادی از شام بیع سلم را انجام میدادند و پیامبر صلی الله علیه وسلم مانع آنها نشده و آن را تقریر کرده است.³²⁴

۳- از ابی سعید خدری رضی الله عنه روایت شده که گفت: (قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ»).³²⁵

ترجمه «رسول الله صلی علیه وسلم فرمود اگر کسی نسبت به کالای معامله پیش پرداخت را انجام داد، آن را با کالای دیگری عوض نکند این حدیث نیز به مشروعیت عقد سلم دلالت دارد».

³²⁰ سرخی، شمس الدین ابوبکر محمد المبسوط، تحقیق: خلیل محی الدین المیس بیروت: دار الفكر، الطبعة الأولى،

۱۴۲۱ هـ. ق، ج ۱۲، ص ۲۱۸

³²¹ او صحابی جلیل القدر عبد الرحمن بن ابری خزاعی است عالم و فقیه بوده و از صغار صحابه است و در زمان خلافت علی رضی الله عنه، والی خراسان بوده و تاریخ دقیق تولد و وفاتش معلوم نیست به نظر امام ذهبی هفتاد و چند سال عمر کرده است. ر.ک. سیر اعلام النبلاء، ج ۳، ص ۲۰۱-۲۰۲

³²² او صحابی جلیل القدر عبدالله بن علقمه بن خالد اسلمی از صغار صحابه است. او در صلح حدیبیه غزوه خیبر غزوات پسین آن اشتراک داشته و پس از رحلت رسول صلی الله علیه وسلم به کوفته رفته و در همینجا در سال ۸۶ یا ۸۷ هجری وفات کرده است.

³²³ بخاری، محمد بن اسماعیل الجامع الصحیح المختصر، ج ۲، ص ۷۸۴، حدیث شماره ۲۱۳۶

³²⁴ صنعانی، محمد بن اسماعیل. سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقیق و تعلیق: خلیل مأمون شیخا، پشاور مکتبه

نعمانیه، ب - ت، ج ۳، ص ۷۸

³²⁵ سجستانی، ابوداود سلیمان بن الأشعث سنن ابی داود، شرح البانی، بیروت: دارالکتب العربی، ج ۳، ص ۲۹۳،

حدیث شماره ۳۱۷۰ نسخه، قرائت عقل کبیر حسن، بیروت: دارالکتب العربی، ج ۳، ص ۲۹۳. توسط او مورد

مطالعه قرار گرفته است. ر.ک. ایلال کبیر، ج ۱، ص ۳۰ ۴ حدیث شمرة ۲۱۴ و نصب الرایة، ج ۱، ص ۵۱

ج: در اجماع

فقیهان مسلمان به مشروعیت عقد سلم اجماع دارند و صحابه رضی الله عنهم، در عهد نبوت و خلفای راشدین و سایر مسلمانان تا اکنون در کشورهای مختلف به آن تعامل داشتند و دارند و هیچ کسی مشروعیت آن را انکار نکرده است.³²⁶

به این اساس عرف صحیح عموم مسلمانان نیز به مشروعیت آن دلالت میکند.

د: در قیاس

نظر به دلایل فوق ثابت گردید که عقد سلم مشروع است و به آن فقیهان اسلامی اتفاق دیدگاه دارند اما آیا این عقد موافق قیاس و قواعد عمومی در شریعت اسلامی است؟ در پاسخ آن فقیهان اسلامی دو قول دارند

قول اول به نظر فقیهان حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی عقد سلم به خلاف قیاس و قواعد عمومی مشروع شده است زیرا که رسول الله صلی الله علیه وسلم، فرموده: «لَاتَبِعَ مَالِيسَ عِنْدَكَ» "تو آن را نداری".

ترجمه کالای که در نزدت نیست مفرش همچنین فرموده است: (لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَكُلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَكُلَا رِبْحٌ مَا لَمْ تَضْمَنْ وَكُلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)

ترجمه: «پیش پرداخت و بیع دو شرط در یک معامله فروش کالای که در اختیار ندارد، و چیزی که نزد او نیست روا نیست».

این حدیث صراحت به ممنوعیت بیع معدوم دارد و مبیع در عقد سلم معدوم است چون که مبیع در زمان معامله نزد فروشنده وجود ندارد، اما به اساس آیت مداینه و این گفتار رسول الله صلی الله علیه وسلم: «مَنْ (أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ).³²⁷

ترجمه «هر کس چیزی را پیش خرید کند در پیمانه مشخص و تا زمان مشخص پیش خرید کند. و اجماع و نیاز مردم عقد سلم از بیع معدوم استثناء شده و رخصت است».³²⁸

³²⁶ ابن رشد، محمد بن احمد. بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تحقيق: عبدالرزاق المهدي. پشاور: مكتبة الحفانية، ب – ت، ص 512؛ بهوتی، منصور بن یونس. كشاف القناع عن متن الأفتاح. ج 3، ص 289: زحیلی، وهبة. الفقه الإسلامي وادلته، ج 5، ص 3603

³²⁷ بخاری، محمد بن اسماعیل الجامع الصحیح المختصر، ج 2، ص 781، حدیث شماره 2125.

³²⁸ کاسانی، علاءالدین بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع، ج 5، ص 201

قول دوم ابن تیمیة³²⁹ و ابن قیم³³⁰ باور دارند که مشروعیت عقد سلم به دلایل ذیل موافق قیاس است

۱ - لفظ رخص السلم، در حدیث نیامده است بلکه فقهاء آن را افزوده اند.
۲ - عقد بیع مطلق به ثمن مؤجل جواز دارد و به اساس قیاس مساوی به آن عقد بیع به ثمن حاضر و مبیع مؤجل نیز مجاز است.

۳ - مفهوم حدیث لاتبع مربوط به کالای معین است که ملک فروشنده نیست یا بیع مالی است که فروشنده توان تسلیم آن را ندارد بدین لحاظ حدیث مذکور حکم فروش کالای که در ذمه تعلق گیرد را بیان نمیکند.

۴ - عقد سلم همانند اجاره منافع است که منفعت وجود خارجی ندارد. پس عقد سلم موافق قیاس است.³³¹

پیامد اختلاف مذکور این است به نظر فقیهان نخست نص وارده در مورد مشروعیت عقد سلم انحصار به آن دارد و قیاس سایر عقود به آن درست نیست، چون که مخالف قواعد قیاس مشروع شده است. فقیهانی که باور به قول دوم دارند قیاس سایر عقود به عقد سلم را درست میدانند چون که موافق قواعد قیاس مشروع شده است.³³²

به نظر نویسندگان قول جمهور فقیهان اسلامی در مورد راجح است چون که در حدیث من اسلف، آمده است که اصحاب کرام تا دو یا سه سال در میوه ها به خصوص میوه خرما عقد سلم را انجام میدادند و رسول الله صلی الله علیه وسلم آن را تقریر کرد و شروطی برای صحت آن و دفع منازعه وضع کرد معلوم است که میوه خرما دو سال یا سه سال پس در زمان بیع وجود ندارد و معدوم است. همچنان

³²⁹ او تقی الدین ابو العباس احمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام مشهور به ابن تیمیة حرانی حنبلی و دمشقی است. در سال ۶۶۱ ه تولد شده و در سال 728 هجری وفات کرده است. در زمان حیاتش شیخ الاسلام مفتی، فقیه و اصولی بوده است. آثار زیاد دارد و مشهورترین کتاب او مجموع الفتاوی است. شذرات الذهب أخباری من ذهب ج ۱، ص ۸۰ و ۸۶ و الأعلام از زرکلی، ج ۱، ص ۱۴۴

³³⁰ او محمد بن ابی بکر بن ایوب مشهور به ابن قیم جوزی است و در سال ۶۹۱ در دمشق تولد شده و در سال ۷۵۱ هجری وفات کرده است و شاگرد برجسته ابن تیمیة بوده آثار زیاد دارد و مشهورترین کتاب اعلام الموقعین عن رب العالمین والطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة است. و که شذرات طلا در اخبار من ذهب، ج ۱، ص 168-170 و الاعلام از زیرکلی، ج 1، ص 56

³³¹ ابن تیمیة، تقی الدین ابو العباس احمد. مجموع الفتاوی، تحقیق: انوارالباز و عامر الجزار، ناشر: دار الوفا، الطبعة الثالثة، 1426ق، ج 20، ص 529؛ ابن قیم محمد، « اعلام الموقعین عن رب العالمین، تحقیق طه عبدالرؤف سعد، بیروت، دار الجیل، 1973م، ج 2، ص 19-20،

³³² و زرقاء، الشیخ مصطفی احمد، المدخل الفقہی العام، ناشر: دار القلم- دمشق، سال ۱۴۲۵ قمری، ج 2، ص 19-20

قسمت اخير حديث عبدالرحمن بن ابزي و عبدالله بن ابى اوفى نیز به آن دلالت دارد، چون از وجود مبيع نزد فروشنده ها سوال نمی کردند.³³³ والله اعلم

مطلب چهارم: ارکان بیع سلم

در مورد رکن در فقه اسلامی دو دیدگاه وجود دارد:

الف: دیدگاه فقیهان حنفی

رکن آن است که وجود چیزی وابسته به آن است.³³⁴ از این نظر رکن عقد تنها ایجاب و قبول است چون که ماهیت عقد همان توافق و تراضی است.³³⁵

ب: دیدگاه دوم فقیهان مالکی، شافعی و حنبلی ها

فقیهان مالکی³³⁶ شافعی³³⁷ و حنبلی³³⁸ ها رکن را به اعتبار اجزای آن تعریف کرده اند و عقاد و معقود علیه وصیغه را رکن عقد دانسته اند از آن تعریف رکن برداشت می شود. از این منظر برخی فقیهان معاصر رکن را چنین تعریف کرده اند رکن آن است که وجود چیزی منوط به آن است فرق نمیکند که بخشی از ماهیت آن باشد یا نباشد.³³⁹ این تعریف به نسبت تعریف حنفی ها عامتر است؛ زیرا هر آنچه که وجود عقد به آن منوط است شامل رکن میشود. پس وجود طرفهای عقد کالا و بدل آن وصیغه رکن عقد است زیرا که وجود عقد وابسته به آن ها است هر چند بخشی از حقیقت آن نیستند. اختلاف مذکور لفظی و اصطلاحی است و تأثیری بر احکام ندارد و قابل جمع میباشد؛ چون که اظهار ایجاب و قبول تنها توسط اطراف عقد ممکن است و در آن ایجاب و قبول توافق به کالا و بدل آن نیز وجود دارد و اگر اطراف عقد نباشد اظهار آن ناممکن است و اگر کالا و بدل آن نباشد ایجاب و قبول مفهوم ندارد پس در دیدگاه فقیهان حنفی نیز به طور ضمنی وجود کالا و بدل آن و اطراف عقد وجود

³³³ صنعانی، محمد بن اسماعیل- سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، ص78

³³⁴ تفتازانی، سعدالدین مسعود. شرح التلویح علی التوضیح لمئن التفتیح فی أصول الفقه، تحقیق: زکریا عمیرات.

بیروت: دار لکتب العلمیة، الطبعة: الأولى 1416 هـ ق، ج2، ص273

³³⁵ موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود، الاختیار لتعلیل المختار، ناشر: مطبعة الحلبي- القاهرة، سال ۱۳۵۶ قمری-

۱۹۳۷ میلادی، ج2، ص4

³³⁶ ابن جزی، محمد بن احمد. القوانين الفقهية. محل کتاب. مكتبة شاملة، ص163

³³⁷ شریب، محمد خطیب، مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، ج2، ص3.

³³⁸ بهوطی، منصورین یونس کشاف الفناء، فی متن الاقناع، ج3، ص146.

³³⁹ زحیلی، وهبة. فقه الاسلامی وادلتہ، ج4، ص2930

دارد اما از آنها به شروط انعقاد تعبیر میشود.³⁴⁰ بنابر آن از نظر فقیهان حنفی،³⁴¹ عقد سلم تنها یک رکن دارد و آن ایجاب و قبول است و از نظر فقیهان مالکی³⁴² شافعی³⁴³ و حنبلی³⁴⁴ عقد سلم سه رکن دارد یک صیغه که منظور از آن ایجاب و قبول است؛ دو عاقدها که منظور از آن خریدار و صاحب سرمایه که از او در فقه اسلامی به رَبِّ السَّلْمِ و فروشنده و صاحب کالا که از او در فقه اسلامی به مسلم إِلَيْهِ تعبیر میشود؛ سه محل که منظور از آن کالا که در فقه اسلامی به مسلم فیه و بدل آن که در فقه اسلامی به رأس المال نامگذاری شده است. اگر اصطلاح های مذکور به جز رأس المال به تشدید حرف لام خوانده شوند نیز درست است و در آن صورت از باب تسلیم می شود³⁴⁵ در این نوشتار از نظر جمهور فقیهان اسلامی پیروی میشود چون که شروط به همان ارکان برمی گردد.

³⁴⁰ عثمانی، محمد تقی. احکام معاملات، ترجمه: محمد صادق رحمانی. تربیت جام: انتشارات خواجه عبدالله انصاری،

1396 ه.ش، ص 38-40

³⁴¹ ابن عابدین، محمد بن امین. رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار. ج 7، ص 455

³⁴² علیش، محمد، منح الجلیل شرح مختصر خلیل، ناشر: دار الفکر- بیرت، طبع اول، سال ۱۴۰۴ هجری قمری-

۱۹۸۴ میلادی، ج 5، ص 331

³⁴³ شربینی، محمد خطیب، مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، ج 2، ص 3.

³⁴⁴ بهوطی، منصورین یونس کشاف القناء، فی متن الاقناع، ج 3، ص 146.

³⁴⁵ ابن نجیم، زین الدین. البحر الرائق شرح کنز الدقایق. ج 6، ص 168

مطلب پنجم: تطبیق قاعده المشقة تجلب التيسير در بیع سلم

احکام شرعی از لحاظ درک مصلحت ها و دفع مفسد به احکام عبادی و معاملاتی دسته بندی شده اند که در احکام عبادی عقل انسان از کشف مصالح آن عاجز است. بطور مثال چهار رکعت فرض نماز خفتن که درک علت آن از عقل بالاتر است، بناءً ملزم به اطاعت آن است. اما در احکام شرعی معاملاتی که خرد انسان آن را درک کرده و علت آن را می داند و ملزم به انجام آن نمی باشد بلکه با در نظر داشت دلایل مشروعیت معاملات بر اساس نظریات فقهای اسلامی (حنفی،³⁴⁶ مالکی،³⁴⁷ شافعی³⁴⁸ و حنبلی³⁴⁹) بیع سلم را بنابر نیاز و حاجت انسان ها بخاطر دفع مشقت و حاجات مردم جواز داده اند. و این جواز برگرفته شده از قاعده (الحاجة تنزیل منزل الضرورة عامة کانت او خاصة)

ترجمه: «حاجت به منزله ضرورت قرار می گیرد چی عمومی باشد یا خصوصی» که یکی از فروعات قاعده المشقة تجلب التيسير می باشد بنابراین معامله بیع سلم جواز داده شده برای دفع مشقت و مشقت در بیع سلم نیاز مندی و ضرورت شخص به لحاظ مالی (سرمایه) برای کار است، بیع یک حاجت است وقتی حاجت به ضرورت مبدل شد در آن صورت خاص شده است که بیع سلم برای رفع نیاز و ضرورت بر اساس قرآن کریم: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)³⁵⁰ مشروع گردیده است؛ زیرا شریعت اسلامی هر نوع معامله رباع را حرام قرار داده است چون در آن مفسده بزرگ است. و مصلحت راجح آن رفع نیاز مندی های انسان می باشد.

مبحث سوم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان کفالت

مطلب اول: تعریف کفالت

الف: کفالت در لغت

کفاله در لغت به معنی ضم، التزام و به دوش گرفتن یک چیزی بوده چنانکه الله تعالی در قرآن کریم میفرماید: (وَكَقْلَهَا زَكْرِيَّا).³⁵¹

³⁴⁶. موسلی، عبدالله بن محمد، الاختيار والتعليل المختار، ج ۲، ص ۴۰.

³⁴⁷. قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد. الجامع لاحکام القرآن. ج ۳ ص ۳۷۹.

³⁴⁸. انصاری، زکریا، أسنى، المطالب فی شرح روض الطالب، ج ۲، ص ۱۲۲.

³⁴⁹. ابن قدامه، مقدسی، عبدالله بن احمد، المغنی فی الفقه الامام، احمد بن حنبل شیبانی، ج ۴، ص ۳۳۸.

³⁵⁰ حج، ۷۸

³⁵¹- سورة آل عمران، آية ۳۷.

ترجمه: «و سپردش به زکریا» و کفاله در کتاب (لغة التهذيب) به معنای کافل یعنی شخصی که ضمانت یک انسان را کرده یعنی در اعیال خود او را شریک ساخته و نفقه او را می دهد».³⁵²

و در حدیث شریف آمده است که (عن ابی هریره رضی الله عنه قال، قال رسول الله صلی الله علیه وسلم، کافل الیتیم له أو لغيره انا و هو کھاتین فی الجنة و اشار مالک بالسبابة و الوسطی)³⁵³

ترجمه: از ابی هریره رضی الله عنه روایت است که رسول الله «□ صلی الله علیه وسلم» فرمود: من و کسی که یتیم خود و دیگری را سرپرستی و کفالت کند در بهشت مانند این دو [انگشت به هم نزدیک] خواهیم بود، و راوی حدیث به انگشت شهادت و انگشت وسطی اشاره کرد.

و (المکافل: المعاهد المحالف)، یعنی مکافل کسی است که عقدی را با تو بسته یا پیمانی را با تو بسته باشد و کفیل و کافل هم از همین کلمه گرفته شده است.³⁵⁴

ب: کفالت در اصطلاح

علماء در تعریف اصطلاحی کفالت اختلاف کرده اند لکن این اختلاف آن ها در اثر کفالت است. قسمی که جمهور حنفی ها می گویند: کفالت عبارت از یکجا کردن ذمه کفیل با ذمه اصیل در مطالبه شخص، دین یا عین یعنی جنس است.³⁵⁵ بعضی از علماء گفته اند که: «الكفالة هی ضم ذمة آلی ذمة فی دین»

یعنی: کفالت عبارت از یکجا کردن ذمه اصیل در دین با ذمه کفیل است. و بعضی دیگر از علماء بجای دین مطالبه را ذکر کرده و چنین تعریف نموده اند که: «الكفالة هی ضم ذمة آلی ذمة فی المطالبة»³⁵⁶.

یعنی: کفالت عبارت از یکجا کردن ذمه اصیل در مطالبه با ذمه کفیل است. صاحب الهدایه می گوید که همین تعریف درست است.³⁵⁷

352- از هری، محمد بن احمد بن الازهری الهروی ابو منصور، تهذیب اللغة، ناشر: دار الحیاء التراث العربیه- بیروت،

طبع اول، سال ۲۰۰۱ میلادی جلد ۱۰، ص ۱۴۰-۱۴۲.

353- قشیری، صحیح المسلم، شماره حدیث: ۲۹۸۳

354- از هری، تهذیب اللغة، جلد ۱۰، ص ۱۴۰-۱۴۲.

355- الشرح الكبير، جلد ۳، ص ۳۲۹.

356- المجلة الاحکام العدلیه، ص ۶۱۲-۶۷۲.

357- فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۸۹.

مطلب دوم: دلیل مشروعیت کفالت

الف: در قرآنکریم

الله تعالی میفرماید: (قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)³⁵⁸.

ترجمه: (گفتند جام شاه را گم کرده ایم، و برای هرکسی که آن را بیاورد یک بار شتر خواهد بود و من ضامن آنم). که در این آیه کلمه (زعیم) به معنای کفیل یا ضامن است.

همچنان خداوند متعال میفرماید: (سَلِّمُوا إِلَيْهِمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ)³⁵⁹.

ترجمه: از آنان بپرسید کدام شان ضامن این ادعا اند؟

و نیز میفرماید: (قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِنْ أُنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ

مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ)³⁶⁰.

ترجمه: گفت هرگز او را با شما نخواهم فرستاد تا با من با نام خدا پیمان استواری ببندید که او را حتما نزد من باز آورید، مگر آنکه گرفتار شوید به حادثه‌ی؛ پس چون پیمان خود را با او استوار کردند [یعقوب] گفت خدا بر آنچه می‌گوییم وکیل است.

ب: در سنت

در حدیثی آمده است که رسول الله صلی الله علیه وسلم میفرماید: «العارية مؤداة و الزعيم غارم و

الدين مقضى»³⁶¹.

ترجمه: (عاریه مؤدات است، یعنی اینکه وقتی کسی چیزی را به عاریت گرفت باید دوباره آنرا به صاحبش بر گرداند، و زعیم پرداخت کنندهٔ غرامت است، و دین اداء کرده میشود یعنی باید اداء کرده شود).

همچنان در حدیث دیگر آمده است که: (عَنْ سَلْمَةَ بِنِ الْأَكْوَعِ- رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- قَالَ: «كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ- صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- إِذْ أَتَى بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا: صَلَّى عَلَيْهَا فَقَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قَالُوا: لَا. قَالَ: «فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟» قَالُوا: لَا، فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أَتَى بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى عَلَيْهَا، قَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قِيلَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟» قَالُوا: ثَلَاثَةَ دَنَابِيرَ فَصَلَّى عَلَيْهَا، ثُمَّ أَتَى بِالثَّالِثَةِ، فَقَالُوا: صَلَّى عَلَيْهَا، قَالَ: «هَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟» قَالُوا: لَا، قَالَ: «فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قَالُوا: ثَلَاثَةَ دَنَابِيرَ

358- سورة يوسف، آية ۷۲.

359- سورة القلم، آية ۴۰.

360- سورة يوسف، آية ۶۶.

361- از ابو امامه الباهلی، و انس ابن مالک و عبدالله بن عباس روایت شده است. ترمذی، جامع الترمذی، جلد ۶،

قال: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ» قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: صَلَّى عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَى دِينِهِ فَصَلَّى عَلَيْهِ³⁶². ترجمه: (از سلمه ابن الاكوع رضی الله عنه روایت است که گفت: «نزد پیامبر صلی الله علیه وسلم نشسته بودیم یک جنازه آورده شد و گفتند که باید نماز جنازه را بر او بخواند، پیامبر صلی الله علیه وسلم پرسید که آیا دینی بالایش است؟ گفتند نه، پیامبر صلی الله علیه وسلم گفت: آیا چیزی را ترک کرده است؟ گفتند: نه. پس نماز جنازه اش را خواند، سپس جنازه یی دیگر بر وی وارد شد و گفتند یا رسول الله بر وی نماز جنازه را بخوانید. گفت: آیا دینی بالایش است؟ گفتند بلی. گفت آیا چیزی را ترک کرده است؟ گفتند سه دینار را. پس نمازش را خواند. پس از آن جنازه یی سوم وارد شد و گفتند یا رسول الله صلی الله علیه وسلم بر وی نماز جنازه را بخوانید. فرمود: آیا دینی بالایش است؟ گفتند بلی سه دینار. پیامبر اکرم فرمود: پس به جنازه هُ همراهت نماز بخوان. ابو قتاده گفت: ای رسول الله صلی الله علیه وسلم بر جنازه نماز بخوانید و دین وی بر ذمه من باشد. پس پیامبر صلی الله علیه وسلم برایش نماز خواند)

ج: دراجماع

اگرچه علماء در فروع کفالت اختلاف کرده اند لکن بیشتر علما اجماع نمودند که کفاله یک امر مشروع است³⁶³، در کتاب الاختیار که این کتاب در مذهب احناف است آمده است که: (بعث النبى صلى الله عليه وسلم و الناس يتكفون فاقهرهم عليه)³⁶⁴.

ترجمه: پیامبر صلی الله علیه وسلم مبعوث گشت در حالی که مردم یکی از دیگری کفالت میکردند و پیامبر صلی الله علیه وسلم آنها را منع نکرد.

و بنابر همین دلایل بعضی از علما گفته اند که ضمانتی که شامل کفالت است و کسی قادر است و به توانایی خود باور دارد که از عهده آن برآمده میتواند کفالت بر وی مندوب است. پس با در نظر داشت این همه موارد میتوان گفت که کفالت در شریعت اسلامی در حقوق الناس تحت شرایط خاص یک امر مشروع و جایز میباشد.

362- بخاری، صحیح البخاری، شماره حدیث: ۲۲۹۹. و سبل السلام، جلد ۱۳، ص ۶۲.

363- سبل السلام، جلد ۳، ص ۶۲. و سرخسی، المبسوط، جلد ۱۹، ص ۱۶۰.

364- موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلی البلدحی، مجد الدین أبو الفضل الحنفی، الاختیار لتعلیل المختار، ناشر: مطبعة الحلبي- القاهرة (وصورتها دار الکتب العلمیة - بیروت، وغیرها)، سال: ۱۳۵۶ هجری قمری- ۱۹۳۷ میلادی، ج ۲، ص ۱۶۶.

مطلب سوم: تطبیق قاعده المشقة تجلب التيسير در باب كفالت

كفالت عملی است که برانجام دهنده آن ثواب حاصل می شود زیرا سختی و مشقت، غم و اندوه را از فرد دور و از بین می برد و انجام کار را برای فرد گرفتار آسان می کند³⁶⁵

بنابر این دلیل قرآن کریم: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)³⁶⁶ و حدیث شریف: از حضرت ابو هریره «رضی الله عنه» روایت است که پیامبر خدا «ﷺ» گفت هرکسی که غم و اندوهی را در دنیا از مؤمنی برطرف کند خداوند متعال غم و اندوه او را در روزت قیامت از وی برطرف می کند و هرکسی که کار سختی را آسان کند خداوند متعال در دنیا و آخرت کار او را آسان می کند و هرکسی که عیب مسلمانی را می پوشاند خداوند متعال عیب او را در دنیا و آخرت می پوشاند، و کسی که برادر مسلمانی اش را یاری کند خداوند متعال نیز او بنده اش را یاری می کند³⁶⁷.

اگر کسی به دیگری بگوید من با فلان شخص بیعت کردم و آنچه به او فروختم برعهده من است پس کفیل به همان ثمنی است که با او بیع را انجام داده است، اما اگر قبل از بیعت از كفالت برگشت کند حق دارد. در این صورت به مكفول له میتواند بگوید که من از كفالت رجوع کردم و كفالت باطل می شود؛ زیرا ممکن است در اثر كفالت ضرری به کفیل ملحق شود. و کفیل مجبور به تحمل ضرر نیست هر چند که بپذیرد. و اگر این رجوع قبل از بیعت باشد به مكفول له هم ضرری وارد نمی شود.³⁶⁸

بر اساس ارشادات الله تبارک و تعالی و احادیث رسول الله صلی الله علیه وسلم وفات یک شخص در حالت قرض دار بودن یک نوع مشقت برای وارثین متوفی و داین است؛ زیرا در صورتی که شخص در حال قرضداری وفات کند و از خود میراث بجا نگذارد که ادای قرض شود در این صورت پرداخت دین برای شان مشقت است و وجود مشقت تقاضای آسانی را می کند و برای دور ساختن مشقت و آوردن آسانی نیاز بر کفیل است تا قرض و وفات و همچنان یتیم شدن طفل مشقتی برای او است زیرا او اشخاصی را از دست داه است که نفقه و حضانت او را بر دوش داشتند در سختی و تنگنا قرار گرفته است بنابراین نیاز به کفیل دارد تا مسوولیت سرپرستی آن را بدوش گرفته است و سهلت را برای او به ارمغان بیاورد.

365. طهماز، عبدالحمید محمود، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ج ۲، ص ۴۱۱، انتشارت: مکتبه الحبیبه، ۱۴۱۸ هـ - ۱۹۹۸ م، رگ کندهار افغانستان.

366. حج، ۷۸

367. صحیح مسلم، شماره حدیث ۲۶۹۹.

368- الرابطة، الرابطة العالم الاسلامی بمكة المكرمة، قرارات المجمع الفقهي الاسلامی الدورة الخامسة، قرار رقم ۲۳، بشأن الظروف الطارئة و تأثيرها فی الحقوق و الالتزامات العقدية، سال ۱۴۰۲ هجری قمری، ج ۵، ص ۷.

مبحث چهارم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان وکالت

مطلب اول: تعریف وکالت

الف: وکالت در لغت

وکالت در لغت به معنای ناتوانانی از انجام مستقیم یک کار و اعتماد کردن بر دیگری در آن کار است³⁶⁹. همچنان به معنی حفظ و نگهداری، حمایت و همراهی، تفویض و واگذاری آمده است³⁷⁰. وکالت اسم مصدر توکیل و از فعل ثلاثی مجرد معتل الفاء «وکل» مأخوذ بوده³⁷¹ و جوهری در کتاب الصحاح اللغة در تعریف لغوی وکالت آورده است که: «توکیل عبارت است از اظهار عجز و اعتماد بر دیگری و اسم آن تکلان میباشد. هنگامی که گفته میشود: (اتکل علی فلان فی امری) زمانی است که بر دیگری اعتماد نموده باشی»³⁷².

ب: وکالت در اصطلاح

مطلب دوم: تعریف وکالت نزد فقهاء

تعریف اصطلاحی وکالت نزد فقهای مذاهب با در نظر داشت تفاوت های لفظی آن به صورت ذیل بیان گردیده است:

الف: نزد فقهاء احناف

در نزد احناف وکالت عبارت است از: «هی اقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم»³⁷³ أو «هی تفویض التصرف و الحفظ الی الوکیل»³⁷⁴. ترجمه: تعیین نمودن شخصی دیگر در مقام خود در تصرف مال جایز و معلوم، و یا تفویض اختیار تصرف و حفظ به وکیل.

369- ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۶، ص ۱۳۶. و المعجم الوسیط، ص ۱۰۵۳.

370- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱، ص ۳۲.

371- فیروز آبادی، قاموس المحيط، ص ۱۰۶۹. و بهوتی، کشف القناع، ج ۳، ص ۴۶۱.

372- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، ناشر: دار العلم للملایین - بیروت، طبع چهارم، سال ۱۴۰۴ قمری، ج ۱، ص ۵.

373- ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج ۵، ص ۵۱۰.

374- کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۶، ص ۱۹.

ب: نزد فقهای مالکی، شافعی، و حنبلی

نزد فقهای مالکی، شافعی و حنبلی وکالت عبارت است از: «هی تفویض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة الي غيره ليفعله في حياته»³⁷⁵. ترجمه: عبارت از تفویض کاری به شخص دیگری است که نیابت را پذیرفته تا در زندگی وی آن کار را انجام دهد.

مطلب سوم: دلیل مشروعیت وکالت

الف: در قرآنکریم

الله تعالی میفرماید: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا)³⁷⁶.

ترجمه: جز این نیست که زکات صرف کرده میشود به فقراء و مساکین و به کارکنانیکه مقرر اند به تحصیل آن.

وجه استدلال: الله تعالی در این آیه با ذکر لفظ (عاملین علیها) به فعل و عمل شخصی که صدقات را به مساکین و فقراء میرساند جواز داده و این حکم به نیابت از مستحقین بوده که در واقع دلالت بر وکالت دارد³⁷⁷.

همچنان میفرماید: (فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ)³⁷⁸.

ترجمه: پس بفرستید یکی را از میان خود با این نقره (مسکوکه) خود بسوی شهر، پس باید که تأمل کند کدام یک از اهل مدینه پاکیزه تر است از روی طعام، پس بیاورد بشما قوتی از آن. وجه استدلال: الله تعالی با این آیه امر نموده تا کسی را با پول به نمایندگی خود به شهر بفرستند و نوعی از نیابت را ممکن ساخت، بناءً این آیه به صحت و جواز نیابت و وکالت دلالت دارد³⁷⁹.

ب: در سنت

در حدیثی آمده است که: «عن عروة بن ابي جعد أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به شاة، فأشترى له به شاتين، فباع أحدهما بدينار، وجاءه بدينار و شاة، فدعا له بالبركة في بيعه، و كان لو اشترى التراب لربح فيه»³⁸⁰.

³⁷⁵- ابن مفلح، ابو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ناشر: المكتبة الإسلامية، سال ۱۴۰۰

هجری - ۱۹۸۰ میلادی، ج ۴، ص ۳۲۵.

³⁷⁶- سورة التوبة، آية ۶۰.

³⁷⁷- ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۶۳.

³⁷⁸- سورة الكهف، آية ۱۹.

³⁷⁹- ماوردی، الحاوی الكبير، ج ۶، ص ۴۹۳.

³⁸⁰- بخاری، صحیح البخاری، شماره حدیث: ۳۶۴۲، ج ۴، ص ۲۰۷.

ترجمه: از عروه ابن ابی جعد الباقری روایت است که گفت: رسول الله صلی الله علیه وسلم به عروه دیناری داد برای خرید یک گوسفند برای قربانی داد عروه با یک دینار دو گوسفند خرید، سپس یکی از گوسفندان را بمقدار یک دینار فروخت. و نزد رسول الله صلی الله علیه وسلم با یک دینار و یک گوسفند برگشت. رسول الله صلی الله علیه وسلم برای وی دعا کرد تا خرید و فروشش پر برکت باشد. به همین دلیل بود که عروه اگر خاک را هم میخرد در آن سود میکرد.

در حدیث دیگر آمده است که: (عن فاطمه بنت قیس رضی الله عنها: أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة و هو غائب، فأرسل إليها بشعير فسخطته، فقال: و الله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلی الله علیه وسلم فنكرت ذالك له، فقال لها: ليس لك عليه نفقة³⁸¹).

ترجمه: از فاطمه بنت قیس³⁸² رضی الله عنها روایت است که ابی عمرو بن حفص او را برای آخرین بار طلاق داد و از وی دور بود پس از آن وکیل ابو عمرو مقداری جو را برای فاطمه فرستاد که باعث ناراحتی او شد و گفت: بخدا قسم حقی بر ما نداری، سپس نزد رسول الله صلی الله علیه وسلم آمد و او را در جریان گذاشت، آنگاه رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود: «نفقه یی بر عهده او نداری».

وجه استدلال: این حدیث بر مشروعیت وکالت دلالت میکند زیرا وقتی که وکیل ابی عمرو به زن مطلقه فرستاده میشود پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم از آن انکار ننموده و تقریراً آنرا اجازه میدهد، بناءً این حدیث دلیل بر مشروعیت وکالت است³⁸³.

مطلب چهارم: تطبیق قاعده المشقة تجلب التيسير در باب وکالت

۱- وکیل حق خریداری چیزی معین را به مال مؤکل که مؤکل وی از آن بی خبر باشد، ندارد بخاطر اینکه آنرا برای خودش میخرد. و این ممانعت برای دفع ضرر از مؤکل است؛ زیرا ممکن است با این کار وکیل، مؤکل نتواند به هدف و مقصود خود برسد و مؤکل مانع سر راه وی قرار می گیرد.³⁸⁴

۲- عزل وکیل به بیع رهن درست نیست در صورتی که او را برای بیع رهن و پرداخت قرض از ثمن آن مقرر کرده باشد ولی وقت و موعد دین تمام نشده باشد. و عزل وکیل در دعوا درست نیست

381- قشیری، صحیح المسلم، کتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، شماره حدیث: ۱۴۸۰.

382- فاطمه بنت قیس فهری قریشی دختر قیس بن خالد فهری قریشی و خواهر صحاک بن قیس به قول دیگری همسر صحاک بود که در مهاجرت اول به حبشه شرکت داشت. او زنی فرزانه و زیبا بود، پس از کشته شدن عمر بن خطاب اعضای شوری در خانه او جمع میشدند و سر انجام او در سال ۵۰ قمری در گذشت (مراجعه شود به: زرکلی، خیر الدین، الاعلام، ج ۵، ص ۱۳۱).

383- خصاف، شرح أدب القاضی، ج ۳، ص ۴۰۲.

384- زحیلی، القواعد الفقهية و تطبيقاتها فی المذاهب الاربعة، ج ۱، ص ۲۰۲.

زمانی که به طلب مدعی و یا وقتی که مدعی علیه میخواهد به سفر برود وکالت کند؛ زیرا عزل وکیل در هر دوی این حالات به ضرر مرتهن در صورت اول، و به ضرر مدعی در صورت دوم واقع میشود.³⁸⁵

۳- اگر وکیل در بیع به ثمنی که فروخته است رهن بگیرد و مال مرهونه از دستش از بین برود، مؤکل ضامن نبوده و اگر مال مرهونه برابر به قیمت مبیع باشد، پس از خریدار ساقط میشود. و این فعل مباح است بخاطر حفظ مشتری و مؤکل از ضرر³⁸⁶.

بنابر آیت ذیل: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)³⁸⁷ وکالت برای دفع مشقت و جلب منفعت جواز یافته است.

مبحث پنجم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان اقاله

مطلب اول: تعریف اقاله

الف: اقاله در لغت

فظ اقاله در لغت مصدر (أَقَالَ يُقِيلُ - إِقَالَتًا) از باب افعال بوده بمعنای ازاله، فسخ گشودن، برهم زدن مسامحه و نادیده گرفتن امری، بکاربرده شده است چنانچه گفته میشود (اقلته البيع إقالتا) که به مفهوم فسخ بیع میباشد،³⁸⁸ و اقاله به معنای رفع نیز بکاربرده شده است چنانچه گفته میشود اقاله الله عثرته الله متعال از گناه و لغزش او بگذرد و اقاله به مفهوم میادله و چشم پوشی هم آمده است، مانند این قول عربها که میگویند (قابله) ای عاوضه تبدیل کرد و أقتال الرجل دابته ای استبدله (بالغیر) او حیوان خود را بدیگر تبدیل نمود و لفظ استقاله به معنای طلب اقاله بکار برده شده است.³⁸⁹

بنابر آن اکثر اهل لغت واژه اقاله را مشتق شده از ریشه (قیل و یا (قال) ثلاثی و یا رباعی، و همچنان اجوف، یایی می دانند و از جمله در کتابهای مانند مجمع الوسيط، والمصباح³⁹⁰ نیز اقاله را برگرفته شده از قیل میدانند که ابن منظور نیز به همین نظر است، پس گفته می توانیم که لفظ اقاله از

385- زرقاء، شرح القواعد الفقهية، ج ۱، ص ۱۷۳.

386- مجلة الاحكام العدلية، ماده (۱۵۰۰). و زرقاء، شرح القواعد الفقهية، ص ۴۵۰.

387- حج، ۷۸.

388- القیومی، احمد بن محمد بن علی المقرئ المصباح المنیر، چاپ اول، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۹۷۸م، ص

630

389- القیومی احمد بن محمد بن علی المقرئ. المصباح المنیر، چاپ اول، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۹۷۸م، ص

630

390- مصطفى ابراهيم و الزيات احمد عبدالقادر، حامد و النجار محمد، المعجم الواسط، چاپ دوم، مطبعة مصر، ص

1،200

کلمه (قیل) مشتق شده است و معنای آن چنانچه قبلا تذکر داده شد، فسخ از اله بر هم زدن گشودن چون عقد به معنای گره نمودن بوده میباشد، و بمعنای رفع و اسقاط نیز آمده است پس گفته میشود که ینقایلان البیع) یعنی (فَسَخًا وَتَثَارًا كَالْبَيْعِ) بدین مفهوم که عقد بیع را فسخ کردند و مبیعه به مالک برگشت نمود و ثمن برای مشتری،³⁹¹ در نتیجه میتوانیم بگویم که اقاله در لغت بمعنای رفع از اله ، فسخ، بر هم زدن چشم پوشی از امری میباشد و بدون شک معنای لغوی در مفهوم اصطلاحی متبازر خواهد بود.

ب: اقاله در اصطلاح

فقهاء رحمهم الله در رابطه به تعریف اصطلاحی اقاله برداشت های متفاوتی داشته و تعریفات متفاوت ارائه کرده اند که در کتابهای عمده فقهی در باب اقاله به آن پرداخت اند که ذیلا بطور تفصیلی ارائه می گردد.

1- فقهای احناف (رحمهم الله) برای اقاله دو نوع تعریف بیان نموده اند.

1 اقاله به معنای عام عبارت است (الإقالة رفع العقد)³⁹²

بدین معنا که عقد جنس است، شامل هر نوع عقد می گردد، و کلمه (عقد) قید است، تمامی آنچه که عقد نیست، از این تعریف خارج می شود.

2 اقاله به معنای خاص، که صاحب در المختار آنرا نقل کرده است، و از اقاله به معنای خاص

چنین تعریف ارائه نموده است (أن الإقالة رفع البیع)³⁹³

یعنی اقاله رفع، و باز هم زدن بیع است، که در این تعریف کلمه (رفع) و اضافت آن بیع، جنس بوده و کلمه (بیع) ماسوای بیع را خارج می سازد و به عنوان قید تلقی می شود.

2- شافعی ها

فقهای شوافع (رحمهم الله) اقاله را چنین تعریف نموده اند: (رفع العقد المالی بوجه مخصوص)³⁹⁴

اقاله عبارت از رفع عقد مالی است به طریقه مخصوص، پس در این تعریف کلمه رفع شامل عقد و غیر آن می شود، و کلمه (مال) صفت برای عقد خواهد بود، و چنین دانسته می شود که مراد از عقد همان عقدی است که مال در مقابل مال قرار بگیرد، مانند عقد بیع، یا عقد بر منفعت، مانند اجاره.

³⁹¹- ابن منظور، جمال الدین محمد ابن مکرم الافریقی، لسان العرب، ج1 دارصادر بیروت، ص 375

³⁹² ابن عابدین، محمدآمین، ردالمحتار علی الدرالمختار، چاپ دوم، مطبعة مصطفى البانی الحلبي، سال 1966، ج

پنجم، ص 119

³⁹³ ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدرالمختار، چاپ دوم مطبعة مصطفى البانی الحلبي، سال ۱۹۶۶، ج

پنجم، ص ۱۱۹

³⁹⁴ البهوتی منصور بن یونس بن ادريس، كشاف القناع، ج سوم، دار الفكر للطباعة و النشر، بیروت سال ۱۹۸۲ ص

3- فقهای مالکی ها (رحمهم الله)، اقاله را چنین تعریف نموده اند: (ترك المبيع لبائعه بئمن) اقاله

عبارت از ترک کردن مبیعه برای بایع، در بدل ثمن است.³⁹⁵

که در این صورت کلمه (ترك) در تعریف متذکره جنس است، و تمامی ترک آن را شامل می شود، و دلالت به جواز اقاله قبل از قبض و یا بعد از قبض می نماید، سپس نزد مالکی ها اقاله به ترک مبیعه از جانب بائع صورت می گیرد که مستلزم اعاده ثمن برای مشتری نیز می باشد

4- حنابله: فقهای حنابله (رحمهم الله)، اقاله را چنین تعریف کرده اند: (الاقاله فسخ العقد و رفع

له من اصله) یعنی اقاله عبارت از فسخ عقد، و برداشتن عقد از اصل آن است،³⁹⁶

مطلب دوم: مشروعیت اقاله

الف: در قرآن کریم

در قرآن کریم در قسمت مشروعیت اقاله بطور مشخص که به انجام و عدم آن و به عناصر متشکله اقاله حکم فرموده باشد، چیزی نبوده، و به طور جزئی به بیان اقاله و عناصر آن نپرداخته است، و این از مزایای کتاب الله نیست، اما به طور عمومی چون اقاله از افعال خیر است و ندامت از کاری است، که به سبب آن یکی از طرفین عقد متضرر می شود، در صورت انعقاد عقد اقاله از ارتکاب آن اجتناب و جلوگیری به عمل می آید، بنابراین آیات متعددی در قسمت انجام کار های خیر و تعاون در کار نیک موجود است، از جمله، الله متعال فرموده است. (وَ اَعْلُوا الْخَيْرِ).³⁹⁷

ترجمه: «وکاری نیک را انجام دهید»، و بدون شک اقاله از جمله کار های خیر می باشد، و

همچنان نی فرمایند. (وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى)

ترجمه: «وهمواره در راه نیکی و پرهیز گاری باهم تعاون نمائید»، انجام اقاله بعد از انعقاد عقد از جانب طرفین عقد، به خاطر عدم ضرر به همدیگر تعاون در کارهای خیر است و خداوند متعال میفرماید. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَ لَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا).³⁹⁸

ترجمه: «ای کسانی که ایمان آورده اید، اموال یکدیگر را به باطل (واز طریق نا مشروع) نخورید مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گیرد و خود کشی نکنید، خداوند نسبت به شما مهربان است،

³⁹⁵الدردیر، ابی البرکات احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغیر، علی اقرب المسالک الی مذهب الامام مالک، ج

سوم، چاپ اول، دارالمعارف، قاهره، ص ۲۰۸

³⁹⁶. ابن قدامه، ابومحمد موفق الدین عبدالله بن احمد، بن محمد بن قدام المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، الکافی الناشر،

دارلکتب العلمیه، چاپ اول، سال 1414ه و 1994م، ج دوم، ص 158

2. حج، 77

³⁹⁸. النساء، 29

این آیت کریمه نیز دلالت به مشروعیت تجارت آنچه که حلال و مباح است، میکند، و اصل در استحقاق مال دیگران رضایت است، چون اقاله ندامت از عقد انجام شده است و در صورت تداوم آن رضایت طرفین و یا یکی از آنها سلب می گردد، و خوردن مال مسلمان بدون رضایت او درست نیست»،³⁹⁹ پس قبول اقاله وفق آیه کریمه فوق ، که به رضایت طرفین صورت می گیرد مشروع می باشد، چنانچه این کثیر رحمه الله در تفسیر آیات کریمه تذکر داده است که « استثناء، در آیت مزبور منقطع بوده بدین معنا که اموال یکدیگر را به طریقه باطل میل نکنید و اسباب حرام را به خاطر کسب اموال استخدام نکنید مگر در صورتی که اموال تان حلال باشد و به رضایت همدیگر در آن تجارت نمائید»⁴⁰⁰ از آیت مبارکه فوق چنین دانسته می شود که، اقاله نیز رضایت طرفین بوده و مشروع می باشد، و همچنان در اینجا اشاره به این است، که اقاله از مسامحه و چشم پوشی بوده، و در تعامل بین مسلمانها سماحت و گذشت، امری است که رسول الله ص به آن ترغیب نموده است، چنانچه می فرماید. (رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى).⁴⁰¹

ترجمه: «رحمت الله بر مردی که در داد و ستد و پرداخت مبلغ معامله و نیز در دریافت و مطالبه حق خویش آسان گیر باشد، و از مقتضای این سماحت و گذشت این است که عنصر رضا در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد و در حین رجوع از عقد و فسخ آن زمانیکه یکی از طرفین عقد ندامت داشته باشد و اراده اقاله عقد را نماید صورت بگیرد»،

ب: درست

در قسمت مشروعیت اقاله احادیث رسول الله ص نیز نقل شده است، که دلالت به جایز بودن اقاله در معاملات بین افراد جامعه می کند از جمله: عن ابی هریره رضی الله عنه قال: قال رسول الله صلی الله علیه وسلم (من أقال نادما بیعته أقال الله تعالی عثراته یوم القيامة)⁴⁰²

³⁹⁹ طنطاوی، محمدسید، التفسیر الوسیط للقرآن الکتیریم ناشر، دار النهضه، مصر للطباعه والنشر والتوضیح، الفحاله،

القاهره، چاپ اول، سال ۲۹۹۷م، ج سوم، ص ۱۲۴

⁴⁰⁰ ابن کثیر، اسماعیل بن عمر بن کثیر القرشی البصری ثم الدمشقی متوفی سال ۷۷۱ه، تفسیر القرآن العظیم، ناشر، دار طبیبه للنشر والتوزیع، چاپ دوم سال ۱۴۲۰ه و ۱۹۹۹م، ج دوم ۲۶۸.

⁴⁰¹ بخاری، محمد بن اسماعیل ابو عبدالله محقق محمد زهیرین صحیح البخاری، ناصر، ناشر دالفکر بیروت، چاپ اول سال 1422ه ج سوم ص ۵۷ حدیث شماره (۲۰۷۶)

⁴⁰² البستی، محمد بن حبان بن احمد ابو حاتم التمیمی، صحیح ابن حبان بترتیب ابن بلبان، ناشر، مؤسسة الرسالة - بیروت، چاپ دوم سال، ۱۴۱۴ - ۱۹۹۳، ج یازدهم، ص ۴۰۴، در رابطه به حدیثی گفته که روات آن، گفته است، اسناد صحیح علی شرط مسلم.

ترجمه: «هر کسی که تقاضای فسخ کسی را که از معامله پشیمان شده است بپذیرد، خداوند متعال در روز قیامت از او در می گذرد»، و برایش مغفرت خواهد نمود، و روایت دیگری از ابوهریره رضی الله عنه است که چنین نقل شده است، قال: قال رسول الله ص (من أقال نادما ببيعه أقال الله عشرته) 403

ترجمه هر کسی که تقاضای فسخ کسی را که در معامله پشیمان شده است را بپذیرد، خداوند جل جلاله لغزش و گناه او را می بخشد، و حدیث دیگری نیز به روایت ابو هریره، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من قال مسلما أقال الله عشرته) 404

ترجمه: «هر کسی که تقاضای مسلمانی را در فسخ معامله بپذیرد، خداوند متعال لغزش و گناه او را می بخشد»، و حدیث شریف به روایت ابی شریح رضی الله عنه است که چنین نقل شده است (قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال أخاه ببيعا أقال الله عشرته يوم القيامة) 405

ترجمه: «هر کسی که تقاضای فسخ برادر خویش را که در معامله بپذیرد، خداوند متعال در روز قیامت لغزش و گناه او را می بخشد، وجه دلالت از احادیث فوق الذکر خیلی واضح است که رسول الله صلی الله علیه و سلم به قبول اقاله ترغیب داده است و اقاله کننده را مستوجب ثواب و پاداش دانسته است، و حدیث دیگری به روایت حضرت عائشه رضی الله عنها است، که چنین روایت شده است»، (قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أقبيلو ذوى الهيئات عشراتهم إلا فى الحدود) 406

ترجمه: «از لغزش های افراد شرافت مند (کسانی که اهل شر نیستند) جز در باب حدود گذشت کنید، وجه دلالت این حدیث مبنی بر مشروعیت اقاله چنین است، که صراحتاً در حدیث متذکره لفظ (اقبیلوا) به کار رفته است، و مقصد آن این است زمانی که یکی از طرفین عقد، خواهان اقاله بیع گردد نباید مواخذه شود و بالایش سخت گیری صورت گیرد، بلکه در رابطه به رد پول یا مبیعه بر او، تخفیف و آسانی تحمیل گردد، و در زمینه گذشت صورت بگیرد، و این چنین روایتی را که امام مالک رحمه الله آنرا تخریج نموده است»

403 ابن ماجه، ابو عبدالله محمد بن یزید الربعی القزوینی، سنن ابن ماجه، (باب الاقاله) ناشر، دارالفکر، بیروت، بدون سنه، ص ۷۴.

404 السجستانی، سلیمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو، الازدی ابو داود سنن ابو داود ناشر، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ مطبع محمدی، هند، سال ۱۳۴۶ه سنن ابو داود، ج سوم ص ۷۲۸.

405 الطبرانی، ابی القاسم سلیمان بن احمد، تحقیق، ابو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد عبدالحسن بن ابراهیم الحسینی، المعجم الوسیط الطبرانی، ناشر، دارالحرمین للطباعه والنشر والتوزیع، چاپ اول بدون سنه، ج اول، ص ۲۷۲ شماره حدیث ۸۸۹، که مجمع الزوائد، در رابطه به روایت آن (ثقات) گفته شده است.

406 سنن ابو داود، ج چهارم، ص ۵۴۰

(عن أبي الرجال محمد بن عبدالرحمن، عن أمه عمرق بنت عبدالرحمن أنه سمعها تقوا: (ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم، فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيه، فحلف أن لا يفعل، فذهب أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى، أن لا يفعل خيراً، فيمنع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم هو له)⁴⁰⁷

ترجمه: «شخصی میوه را که محیط به دیوار بوده خریداری نموده و بعد از قیام و کار کردن در آن، دردیوار نقصانی را دریافت، و برای صاحب دیوار مراجعه نموده و گفت: که دیوار را درست نماید و یا عقد را اقاله کنید، اما صاحب باغ قبول نکرد پس مادر مشتری نزد رسول الله صلى الله عليه وسلم رفته و موضوع را بازگو نمود، رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمودند: سوگند نموده است، اینکه کاری خیر را انجام نمی دهد، پس صاحب دیوار این سخن رسول الله صلى الله عليه وسلم را شنیده و گفت: دیوار از او باشد، وجه دلالت از این حدیث شریف مبنی بر جواز اقاله این است که رسول الله صلى الله عليه وسلم اقاله را به عنوان فعل و عمل خیر تعبیر نموده است و انجام فعل خیر برای مسلمان و هر انسان مستحب است».

ج: در اجماع

فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به جواز و مشروعیت اقاله اجماع دارند، و در تمامی ادوار گذشته و همچنان در شرایط کنونی و معاصر اقاله را به عنوان عمل خیر تلقی نموده اند، و کسی از جایز بودن آن منکر نمی باشد، چنانچه این قدامه در کتاب الکافی در باب اقاله اجماع علما را مبنی بر جواز اقاله در بیع سلم و غیر آن نقل نموده است،⁴⁰⁸

و همچنان در شرح الوجیز اقاله را به اجماع علمای کرام جایز دانسته است،⁴⁰⁹

در شرح هدایه به نام ، العنایة شرح الهدایه نیز اقاله را از جمله عقود جایز گفته است،⁴¹⁰

⁴⁰⁷ ابو عبدالله، الاصبیحی، مالک بن انس، موطا امام مالک، ناشر، دارلقلم، دمشق، چاپ اول سال ۱۴۱۳هـ و ۱۹۹۱م ج دوم، ص ۴۸۳

⁴⁰⁸ ابن قدامه، ابو محمد موافق الدین عبدالله بن احمد بن محمد قدام المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، الکافی، ناشر،

دارلکتب العلمیه چاپ اول سال ۱۴۱۴هـ و ۱۹۹۴، ج دوم ص ۵۸

⁴⁰⁹ الرافعی، ابی القاسم عبدالکریم بن محمد، المتوفی، سنه ۵۶۲۳هـ، فتح العزیز شرح الوجیز، ناشر، دارالفکر، بیروت، چاپ اول بدون سنه، ج چهارم ص ۲۸۰.

⁴¹⁰ البایرتهی، محمد بن محمد، اکمل الدین ابو عبدالله ابن شیخ شمس الدین ابن شیخ جمال الدین ارومی، العنایة شرح

الهدایه، ناشر، دارالفکر، بیروت بدون تاریخ چاپ ج ششم ص ۴۸۶

بناء تمام علمای کرام اقاله را جایز دانسته اند و از جریان آن در معاملات بین افراد جامعه انکار نورزیده اند، و هیچ نوع اختلاف در میان ائمه اربعه (رحمهم الله) در قسمت حایز بودن اقاله نقل نشده است⁴¹¹

د: در عقل

عقل نیز تقاضای این را دارد که اقاله در معاملات بین مردم جریان داشته باشد، و نیاز جامعه است، زیرا گاهی بایع و یا مشتری بعد از انجام عقد به هر دلیلی که باشد نادم می شود و راه نجات از وارد شدن ضرر احتمالی، بر ایشان جز اقاله معامله ای دیگری نمی باشد، اقاله عقد را مرفوع می سازد و شبیه طلاق و نکاح است، و گاهی اقاله در معاملات بالای طرفین عقد واجب می شود، مانند انجام عقد فاسد، چون رهایی از گناه تا توان ضروری است و راه نجات در چنین معاملات اقاله و فسخ عقد می باشد، و مصلحت طرفین همین را ایجاب می کند و از اینکه عقد به رضایت طرفین انجام شده است پس حق شان است که آنرا بر رضایت رفع و اقاله نمایند.⁴¹²

مطلب سوم: ارکان اقاله نزد فقهاء

الف: نزد فقهاء احناف

ارکان اقاله نزد فقهای احناف رحمهم الله:

در حال موجودیت اختلاف در کیفیت اقاله با آن هم رکن را ضروری دانسته اند، برابر است که اقاله فسخ باشد و یا بیع با در نظر داشت نظریاتی فقهای احناف (رحمهم الله) برای اقاله دو رکن حتمی است، که عبارت است از ایجاب و قبول، یا به عبارت دیگر (صیغه) از ارکان اقاله می باشد چون اقاله نیز عناصر عقد را در خود دارد، مانند اینکه یکی از طرفین عقد بعد از انجام آن در صورت ندامت و یا اینکه عقد هم صحیح و لازم باشد، برای طرف دیگر بگوید که (اقتلک) و جانب مقابل نیز قبول نماید، عقد اقاله تکمیل می گردد، و می تواند ایجاب و قبول به شکل ضمنی باشد،⁴¹³

در صورتی که اقاله به لفظ خود (اقاله) انجام گردد، به اتفاق همه درست است، اما در صورتی که صیغه اقاله یکی از آن گذشته و دیگری آن آینده باشد از نظر امام ابو حنیفه و ابویوسف (رحمهم

⁴¹¹العینی، محمد بن محمد بن أحمد بن موسی بن احمد حسین الغیتابی الحنفی بدر الدین العینی (متوفی: 1855 لبنایة

شرح الهدایه، ناشر، دار الکتب علمیه، بیرون چاپ اول سال ۱۴۲۰ هـ - ۲۰۰۰ م، ج هشتم ص 224

⁴¹²الموصلی، عبدالله بن محمود بن مودود مجددالدین ابوالفضل الحنفی المتوفی، ۶۸۳ هـ الاختیار لتعلیل المختار، ناشر

مطبعة، الحلبي، القاهرة سال ۱۳۵۶ هـ و ۱۹۳۷ م، ج دوم ص ۱۱ و ابن الهمام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد

السیواسی، المتوفی، ۸۶۱ هـ فتح القدير، ناشر، دار لفکر، بیروت، چاپ بدون تاریخ، جلد ششم ص ۱۱۴،

⁴¹³ابن عابدین، ردالمحتار، ج پنجم ص 73

الله) درست است، زیرا صیغه مستقبل را نسبت اتفاق طرفین عقد بر سر نخ مبیعه مبنی بر ایجاب حمل می کند، اما نزد امام محمد رحمه الله در صورت متذکره اقاله درست نیست زیرا اقاله مانند بیع است و بیع به الفاظ ماضی (ایجاب و قبول) زمان گذشته منعقد می گردد، و اقاله نیز چنین است.⁴¹⁴

ب: ارکان اقاله نزد فقهای جمهور (رحمهم الله):

جمهور فقهاء (رحمهم الله) برای ایجاد عقد اقاله چهار رکن فاعل هستند که عبارت است از صیغه، (ایجاب و قبول) ، مقیل و مقال (اقاله کننده و قبول کننده یا به عبارت دیگر عاقدین) مقال، و مقال فیه (محل عقد) می باشد اختلاف فقهای کرام (رحمهم الله) در چگونگی اقاله که فسخ است یا عقد جدید که آثار آن نیز متفاوت خواهد بود، تعدادی می گویند که اقاله فسخ است و تعدادی هم به این نظر هستند که اقاله عقد جدید می باشد، اما در رابطه به اینکه اقاله دارای ارکانی است که مبنای عناصر وجودی اقاله را تشکیل میدهد کدام اختلاف نظر ندارند، صرف تفاوت دیدگاه احناف و جمهور که در رابطه به بیع نیز موجود بوده، این چنین نیز در خصوص اقاله می باشد.⁴¹⁵

مطلب چهارم: حکمت مشروعیت اقاله

یکی از مبادی اساسی که نظام اجتماعی در شریعت اسلامی به آن استوار است تعاون است، و بالای افراد جامعه اسلامی لازم است تا به خاطر جلب مصالح تلاش نمایند و با یکدیگر در تعاون در امور خیر زنده گی خویش را ادامه دهند، چنانچه الله متعال فرموده است. (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ)⁴¹⁶

ترجمه: «همواره در راه نیکی و پرهیز گاری باهم تعاون نمائید، و هرگز در راه گناه و تعدی همکاری ننمائید» و همچنان رسول الله صلی الله علیه وسلم مبنی برگشت و تسامح با همدیگر و جلب مصلحت بین افراد جامعه تاکید نموده است، و از مقتضای گذشت این است که در عین انعقاد عقد عنصر رضایت طرفین موجود باشد، و زمانی که عقد انجام شود و بعد از آن طرفین یا یکی از عاقدین به دلایلی مانند غبن یا عدم موجودیت ثمن و غیره از عقد انجام شده نادم شود، و راه برای ازاله عقد متذکره که صحیح و نافذ نیز است، وجود ندارد، پس در اینجا است که اقاله جوابگوی این مشکل خواهد بود، و برای همین مشروع شده است نه تنها جایز بلکه شریعت اسلامی در انجام آن ترغیب نموده است

⁴¹⁴بدائع الصنائع ، ج پنجم ص ۳۰۶

⁴¹⁵ابوقاذان، الاقاله و احكامها فی الفقه الاسلامی، ص ۶۰

⁴¹⁶ . مائده ، 2

چنانچه رسول الله صلى الله عليه و سلم فرموده است (عن ابى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه و سلم قال (من أقال نادما أقال الله عشرته)⁴¹⁷

مطلب پنجم: تطبيق قاعده اقاله

۱- اصل و اساس مشروعیت یک حکم در شریعت اسلامی برای تسامح و رهای از حرج و مشقت است، اقاله تقابل دو اراده و تطابق آن مبنی بر رفع عقد سابقه است که در میان عاقدین انجام شده است، و اقاله بر عقد صحیح و لازم عارض می شود، مشروعیت اقاله برگرفته شده از اصل تسامح دین مبین اسلام و آسانی وضع احکام شرعی می باشد و سبب آن ندامت طرفین عقد است که در نتیجه راه نجات از وارد شدن ضرر احتمالی برای طرفین عقد صرفاً اقاله می باشد که شریعت اسلامی در عین انجام معاملات بین افراد جامعه مصلحت اجتماعی را در نظر گرفته است.⁴¹⁸

۲- افراد جامعه همه در خرید و فروش اموال یکسان نیستند گاهی به نسبت دلایل مختلف طرفین عقد از انجام آن نادم می شوند و جز توسط اقاله برهم زدن عقد انجام شده راه نجات دیگری باقی نمی ماند، اگر عقد را ادامه می دهند متضرر می شوند بنابر این شریعت اسلامی بر عقد اقاله توجه نموده و آن را مشروع نموده و طرفیت آن را مستحق پاداش آخروی دانسته است.⁴¹⁹

بنابر آیت ذیل: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)⁴²⁰ اقاله برای دفع مشقت و جلب منفعت جواز یافته است.

مبحث ششم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان اجاره

مطلب اول: تعریف اجاره

الف: در لغت

در زبان عربی واژه اجاره در لغت اسم برای اجرت یا اجر آمده و مأخوذ از فعل ثلاثی مجرد أجزر يأجرُ یا أجزراً یا أجرُ با مصدر أجزر است که به معنای مزد و پاداش دادن در مقابل عمل، و به مزدوری گرفتن استعمال شده⁴²¹ و برخی از لغویان آنرا به ضم همزه و حتی به فتح آن نیز آورده اند⁴²². همچنان که کراء غالباً به معنای اجر در اجاره غیر ذوی العقول است⁴²³. راغب اصفهانی در مفردات تصریح

417. سنن ابن ماجه، ص 74

418. الموصلى، الاختيار لتحليل المختار، ج 2، ص 11.

419. ابوقادان، الاقاله و احكامها فى الفقه الاسلامى، ج 1، ص 36.س

420. حج، 78

421. فيروز آبادى، قاموس المحيط، ص 342.

422. فيومى، مصباح المنير، ج 1، ص 9.

423. فراهيدى، العين، ج 5، ص 403- 1414 هجرى قمرى، ج 6، ص 316.

میکند: به مردی که در مقابل عمل خوب داده میشود اجر گفته میشود، برخلاف جزاء که در مقابل مطلق عمل اعم از خوب و بد داده میشود⁴²⁴.

ایجار و استیجار و مؤاجره نیز در معنای اجاره به کار رفته است، ایجار و استیجار هم در اجاره^۱ منافع و هم در اجاره^۲ اعمال (خدمات) استعمال شده، ولی مؤاجره فقط در اجاره اعمال به کار رفته است. و اگرچه برخی کاربرد آن را در اجاره منافع نیز ذکر کرده اند⁴²⁵.

ب: در اصطلاح

فقهای مذاهب اربعه در مورد تعریف اصطلاحی اجاره در شرع الفاظ مختلف را با معانی واحد و یکسان بیان نموده اند که در اینجا از یک یک تعریف در هر مذهب به عنوان نمونه بیان میداریم:

۱- تعریف احناف

از اجاره چنین است که گفته است: «الاجارة هي عقد على المنافع بعوض»⁴²⁶.

ترجمه: اجاره عبارت از عقد بر منفعت در برابر عوض است.

2- تعریف مالکی ها

از اجاره اینست که گفته اند: «هي تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض»⁴²⁷. ترجمه:

اجاره عبارت از تملیک منافع یک شی مباح به مدت معین در بدل عوض مشخص و معلوم میباشد.

3- مذهب امام شافعی

اجاره را به شکل ذیل تعریف میکند که: «عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدال، و الإباحة

بعوض معلوم وضعاً»⁴²⁸.

ترجمه: اجاره عبارت از عقد بر منفعت معلوم و مورد نظر که میتواند با یک غرامت معلوم و

ثابت قابل مبادله و جایز باشد.

424- اصفهانی، المفردات فی الفاظ القرآن، ص ۶۴.

425- زبیدی، تاج العروس فی جواهر القاموس، ج ۶، ص ۱۳۱۲.

426- مرغینانی، ابو الحسن برهان الدین علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل الفرغانی، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، ناشر:

دار الاحیاء التراث العربی- بیروت- لبنان، سال: ۱۴۴۰ هجری قمری- ۲۰۱۹ میلادی، ج ۳، ص ۲۳۱.

427- عامر، محمد، ملخص الاحکام الشرعیة علی المعتمد من مذهب المالکیة، ناشر: المطبعة الأهلیة- بنغازی، طبع دوم،

سال: ۱۳۹۲ هجری قمری- ۱۹۷۲ میلادی، ص ۲۱۳

428- قلیوبی، شهاب الدین احمد، حاشیة علی منهاج الطالبین، ناشر: دار الفکر- مصر، بدون طبع، سال ۱۴۱۵ هجری

قمری- ۱۹۹۵ میلادی، ج ۳، ص ۶۷.

4- مذهب حنابله

از اجاره چنین است که: «هی عقد علی منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة فی الذمة، أو عمل بعوض معلوم»⁴²⁹.

ترجمه: اجاره عبارت از عقد بر منفعت مباح و معلوم، به مدت معلوم، از عین معلوم و یا موصوف به ذمه یی است و یا عمل در برابر عوض معلوم است.

مطلب دوم- حکم اجاره

اجاره نزد همه فقهاء و علمای اسلام یک امر مشروع و جایز است، به جز از ابی بکر الأصم⁴³⁰ و اسماعیل بن علیة⁴³¹ که این عقد را ناجایز خوانده و گفته اند که منافع در وقت و زمان انعقاد عقد اجاره، معدوم است و اگر معقود علیه در وقت انعقاد عقد معدوم باشد عقد صورت گرفته نمیتواند. و در عدم موجودیت منافع در زمان عقد، غرر به وجود میاید. اما این نظریه از سوی ابن رشد رحمة الله علیه مردود خوانده شده و گفته است که اگرچه منافع در وقت و زمان عقد موجود هم نباشد از جمله مستوفات غالب بوده یعنی اکثراً محقق میشود و شریعت نیز فقط آنچه را که از جمله مستوفات غالب باشد و در بیشتر موارد تحقق یابد، اگرچه به طور مساوی وفا کند یا نکند ذکر میکند⁴³².

مطلب سوم: أدله مشروعیت عقد اجاره

مشروعیت عقد اجاره در قرآن کریم، حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم و اجماع امت اسلامی ثابت گردیده است.

429- بهوتی، شرح منتهی الارادات، ج ۲، ص ۳۵۰.

430- ابو بکر عبدالرحمن بن کیسان ابن جریر اموی اصم، فقیه، متکلم و مفسر معتزلی بود که در سال ۲۰۰ هجری قمری مطابق ۸۱۶ میلادی تولد شده است. و سال درگذشت او ۸۱۶ هجری قمری مطابق ۸۱۷ میلادی است. (مراجعه شود به: ذهبی، سیر اعلام النبلاء، ج ۹، ص ۴۰۲. و زرکلی، الاعلام، ج ۳، ص ۳۲۳).

431- اسماعیل بن ابراهیم بن مقسم الاسدی، معروف به ابن علیه، اصلاً از کوفه بوده که در سال ۱۱۰ هجری قمری در بغداد متولد شده است. او فقیه حنبلی و محدث ثقه است که اسحاق العدوی و ایوب سخیتانی و دیگران از او روایت نموده اند. اسماعیل بن علیه سر انجام در سال ۱۹۳ هجری قمری وفات نموده است. (مراجعه شود به: مزی، جمال الدین ابو الحجاج یوسف، تهذیب الکمال فی اسماء الرجال، ناشر: مؤسسة الرسالة- بیروت، طبع اول، سال ۱۴۰۰ هجری قمری- ۱۹۸۰ میلادی، ج ۳، ص ۲۳).

432- ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبی الاندلیسی ابو الولید، بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، ناشر: دار ابن حزم، طبع اول، سال: ۱۴۱۵ هجری قمری- ۱۹۹۴ میلادی ج ۲، ص ۲۴۶- ۲۴۷.

الف: أدلة مشروعیت از کتاب الله:

الله تعالی میفرماید: (فَانْطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَتِيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا)⁴³³.

ترجمه: پس هردو رفتند تا چون آمدند به مردم قریه که طعام خواستند از اهل آن، پس انکار نمودند اهل قریه که مهمانی کنند ایشانرا، پس یافتند هردو در آنجا دیواری را که میخواست آنکه بیفتد، پس راست ساخت آنرا گفت موسی اگر میخواستی (هر آینه) میگرفتی بر وی مزدی.

وجه استدلال: در این آیه مبارکه دلیل بر صحت جواز اجاره و اینکه عقد اجاره سنت انبیاء و اولیاء است⁴³⁴.

و نیز قول دیگر الله متعال که در مورد قصه حضرت موسی با شعیب علیه السلام آمده است که: (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ، قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمْلِكَ عَلَيْكَ سَجْدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ)⁴³⁵.

ترجمه: گفت یکی از آن دو [دختران شعیب علیه السلام] ای پدر من! نوکر بگیر او را هر آینه بهترین کسیکه نوکر بگیری آنست که با قوت امین باشد، گفت [شعیب علیه السلام] [هر آینه] من میخوام که به نکاح بدهم ترا یکی از این دو دختر خود را بشرط آنکه نوکری من کنی هشت سال، پس اگر تمام کردی ده سال را پس آن از نزد توست، و نمیخوام که تکلیف بیفگم بر تو، خواهی یافت مرا اگر بخواهد الله از صالحان.

وجه استدلال: در این آیه مبارکه حضرت شعیب علیه السلام بر موسی علیه السلام نکاح یکی از دختران خود را در مقابل اجاره و عمل هشت سال وی پیشنهاد نمود، که عمل خود پیامبر خدا (حضرت شعیب علیه السلام) و بیان این حکایت در قرآن کریم از سوی پروردگار، دلیل واضح و روشن برای مشروعیت اجاره و اینکه عقد اجاره در همه ملت ها موجود بوده است، میباشد⁴³⁶. همچنان در جایی دیگر الله تعالی میفرماید: (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ)⁴³⁷.

ترجمه: پس اگر شیر دهند به لحاظ شما پس بدهید ایشانرا مزد هایشان ایشانرا.

433- سورة الكهف، آية ٧٧.

434- قرطبی، قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد بن ابی بکر بن فرح الانصاری الخزرجی شمس الدین، الجامع لأحكام القرآن، ناشر: دارالکتب المصریة- القاهرة، طبع دوم، سال ۱۳۸۴ قمری- ۱۹۶۴ میلادی، ج ۱۱، ص ۳۲.

435- سورة القصص، آية ۲۶- ۲۷.

436- قرطبی، جامع لأحكام القرآن، ج ۱۳، ص ۲۷۱.

437- سورة الطلاق، آية ۶.

وجه استدلال: آیه فوق در خطاب به شوهرانی که زن هایشان را طلاق می‌دهند و آن زن ها به اطفال شان شیر می‌دهند، گفته است که اگر زن های مطلقه به شیردادن به فرزندان شان راضی و موافق باشند، پس بالای پدران فرزندان لازم است تا اجرت شیردهی را به مادران آن اطفال بدهند و علماء از آیه فوق این را استنباط نموده اند که زن ها به مثابه مستأجری هستند که به فرزندان شان شیر می‌دهند. مثل اینکه اشخاصی بیگانه مستأجر باشد⁴³⁸.

ب: از سنت

در خصوص مشروعیت اجاره در سنت احادیث نبوی صلی الله علیه وسلم نیز دلایل زیادی وارد شده است از جمله یکی حدیثی است که از ابو هریره رضی الله عنه روایت شده که پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم فرمود: (قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، و رجل باع حراً و أكل ثمنه، و رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه و لم يعطه أجره)⁴³⁹.

ترجمه: خداوند متعال فرمود: سه نفرند که در روز قیامت من خود مدعی (دشمن) ایشانم، کسی کهبا من پیمان ببندد سپس پیمان را بشکند، کسی که انسان آزاد را بفروشد و بهای فروش او را بخورد، و کسی که کارگری را اجیر کند و از او کامل کار بکشد اما مزدش را نپردازد.

همچنان در حدیث دیگر از عبدالله بن عمر رضی الله عنه روایت شده که پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم میفرماید: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»⁴⁴⁰.

ترجمه: مزد مزدور را قبل از اینکه عرق اش خشک شود بپردازید.

ج: از اجماع

فقههای شریعت اسلامی بر مشروعیت و اباحت اجاره با در نظر داشت أدله از کتاب الله و سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم اجماع نموده اند و هیچ یکی از اهل علم از مشروعیت آن انکار ننموده است. و این اجماع را امام شافعی در کتاب الأم، ابن المنذر در کتاب الاشراف علی مذاهب العلماء، امام کاسانی⁴⁴¹ در کتاب بدائع الصنائع، ابن رشد در کتاب بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، ابن قدامه در کتاب

438- قرطبی، جامع لاحکام القرآن، ج ۱۸، ص ۱۶۸.

439- بخاری، صحیح البخاری، باب إثم من منع أجره أجیر، شماره حدیث: ۲۲۷۰.

440- قزوینی، سنن ابن ماجه، کتاب الرهون، باب أجر الأجراء، شماره حدیث: ۲۴۴۳. و ابن ماجه میگوید: درجه این حدیث حسن لغیره است و سند آن ضعیف است به ضعف عبدالرحمن بن زید بن أسلم.

441- علاءالدین ابو بکر بن مسعود الکاسانی، منسوب به کاسان که منطقه یی از ترکستان است میباشد. در سال ۵۸۷ هجری وفات نموده است. او از ائمه احناف بوده به ملک العلماء ملقب میباشد. از مؤلفاتش: البدایع شرح تحفة الفقهاء، و السلطان المبین فی اصول الدین است (مراجعه شود به: زرکلی: الاعلام، ج ۲، ص ۷۰. و کحالة، عمر رضا، معجم المؤلفین، ج ۳، ص ۷۵).

المغنی، ابن تیمیہ رحمۃ اللہ علیہ⁴⁴² در کتاب المنتقی من اخبار المصطفی و زیلعی⁴⁴³ در کتاب تبیین الحقایق نقل نموده اند.⁴⁴⁴

مطلب چهارم: تطبیق قاعده در اجاره

دین مقدس اسلام تمام احکام شریعت را بخاطر تسامح و آسانی مردم وضع نموده است از جمله معاملات که برای پشرفت اقتصاد انسانها و قرار نگرفتن آن ها به مشکلات و مضایقه وضع گردیده است اجاره نیز بخاطر سهولت و آسانی و دور شدن از مشقت اقتصادی و اجتماعی مشروع گردیده است. چنانچه در سوره قصص آیه (۲۶- ۲۷) از داستان کوهنمایی و نیازمندی شعیب «ع» الله تبارک تعالی چنین بیان نموده است؛ ترجمه: «یکی از آن دو (دختر) گفت ای پدر او را استخدام کن چرا که بهترین کسی را که باید استخدام کنی شخصی است که نیرومند و درست کار باشد: (شعیب پدر آن دودختر به موسی گفت) من می خواهم یکی از این دودخترم را به ازدواج تو در آورم به این شرط که هشت سال برای من کار کنی اگر هشت سال را به ده سال تمام برسانی محبتی کرده ای (این دوسال اضافه بر تو واجب نیست) من نمی خواهم بر تو سختگیری کنم و تو را به مدت طولانی وادارم اگر خدا بخواهد مرا از زمره ای نیکان خواهد یافت و خواهی دید که من به عهد خود وفا می کنم.»⁴⁴⁵

الله تبارک تعالی از به تصویر کشیدن داستان شعیب «ع» و موسی «ع» برای انسان موضوع اجاره دادن و گرفتن را معرفی می کند تا هرگاه انسان نیازمند شد و ضرورت داشت برای برطرف کردن نیاز و ضرورت می تواند از سهولت بکارگیرد.

442- احمد بن عبدالحلیم بن تیمیہ حرانی معروف به شیخ الاسلام ابن تیمیہ عالم الهیات، محدث، فقهی، فیلسوف و اختر شناس فقه حنبلی در اواخر قرون وسطی میانه بود، او را به القاب مختلف چون شیخ الاسلام، مفسر، رجالی، مفتی و ادیب یاد کرده اند. وی در دهم ربیع الاول سال ۶۶۱ هجری قمری مطابق ۲۲ جون سال ۱۲۶۳ میلادی در حران روم بدنیا آمد و در بیستم ذی القعدة سال ۷۲۸ قمری مطابق ۲۶ سپتمبر سال ۱۳۲۸ در دمشق درگذشت (مراجعه شود به: زرکلی، خیر الدین، الاعلام، ج ۱، ص ۳۶، ۱۴۴ و ۲۲۲، ج ۲، ص ۳۲ و ج ۶، ص ۵۶ و ۲۸۴).

443- ابو عمرو عثمان بن علی بن محجن البارع، فخر الدین زیلعی حنفی، کاتب و فقیه مذهب حنفی بوده که در مورد تاریخ تولدش چیزی در دست نیست اما در اصل از زیلع است و در سال ۷۰۵ هجری به قاهره آمد و به فتوی دادن، تدریس نمودن و نشر فقه مشغول شد. زیلعی در سال ۷۴۳ هجری قمری مطابق به ۱۳۴۳ میلادی در قاهره وفات نمود و در قرافه دفن گردید. از آثار مهم وی: «تبیین الحقایق فی شرح کنز الدقایق»، «ترکة الکلام علی أحادیث الاحکام» و «شرح الجامع الكبير» میباشد. (مراجعه شود به: زرکلی، الاعلام، ج ۴، ص ۲۱۰).

444- البرکات مجد الدین عبدالسلام، المنتقی من اخبار المصطفی، ناشر: المطبعة الفاروقية فی دهلی- الهند، سال ۱۲۹۶ هجری قمری، ج ۲، ص ۳۸۲.

445- خرم دل، مصطفی، تفسیر نور، ص ۱۶۳۱، انتشارات: احسان، چاپ دهم، ۱۳۹۳، تهران..

بنابر دلیل قرآنی: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) 446 اجاره برای دفع مشقت و جلب منفعت جواز یافته است. معلوم می گردد که اجاره بنا بر رفع حرج مشروع گردیده است چون حضرت شعیب به سن پیری رسید و احساس ناتوانایی کرد بناءً خواست کسی را به اجرت بگیرد تا مسوولیت او را بر عهده داشته باشد و خود از سختی نجات یابد.

مبحث هفتم: تطبیقات فاعده المشقة تجلب التيسير در بیان مضاربت

مطلب اول: تعریف مضاربت

الف: مضاربت در لغت

1- فیومی در مورد معنای لغوی مضاربت میگوید: مضاربت از ماده (ضرب) گرفته شده است، چون مضاربه از باب مفاعله است و در علم تصریف گفته اند که اصل در معنای این باب آن است که میان دو نفر باشد، یعنی تحقق معنای آن صیغه بستگی به دو طرف دارد 447.

2- در قاموس المحيط آمده است که مضاربت به معنای پیمودن زمین برای تجارت یا برای جنگ میباشد چنانچه گفته شود (ضرب الفسطاط)، یعنی شریک شد در خیمه زدن 448.

این منظور 449 میگوید مضاربت از ماده ضرب گرفته شده و به معنای زیر و رو شدن مال است، بر این اساس علت نامگذاری این معامله به مضاربت این است که در این معامله سرمایه در گردش می افتد و زیر و رو میشود 450.

3- همچنان زبیدی در تاج العروس گفته که: مضاربت مأخوذ از ضرب است و به معنای پیمودن زمین برای طلب رزق و روزی است. 451 چنانچه الله تعالی میفرماید: (وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ) 452.

ترجمه: و دیگران سفر میکنند در زمین، طلب میکنند از فضل خدا (روزی) را.

446. حج، ۷۸

447- فیومی، مصباح المنیر، ماده ُ ضرب، ص ۳۵۹.

448- فیروز آبادی، القاموس المحيط، ماده ضرب، ص ۱۲۷.

449- محمد بن مکرم بن علی بن احمد بن منظور الانصاری الإفريقي المصری، جمال الدین ابو الفضل، ادیب لغوی بود که در اول محرم سال ۶۳۰ هجری در مصر تولد شد و در شعبان سال ۷۱۱ هجری وفات نمود. از تألیفاتش: لسان العرب، و مختار الأعانی فی الأخبار و التهانی و... میباشد (مراجعه شود به: زرکلی، الأعلام، ج ۷، ص ۳۲۹، طبع دوم).

450- ابن منظور، لسان العرب، ماده ضرب، ج ۱ و ۵، ص ۵۴۳.

451- زبیدی، تاج العروس، ماده ضرب، ج ۲، ص ۱۷۳.

452- سورة المزل، آیه ۲۰.

بناء، گفته میشود که تمام اهل لغت بر این امر اتفاق دارند که مضاربت از ماده ضرب گرفته شده و در مقابل کسانی که میگویند این واژه از (ضرب الفسطاط و الخیمه) گرفته شده و یا از ماده (ضرب الایدی) اخذ شده است و یا اینکه واژه مضاربت مستقلاً برای تجارت وضع شده است در این احتمال ما شک نمیکنیم چون الآن به عنوان معنای حقیقی استعمال میشود⁴⁵³.

ب: مضاربت در اصطلاح

مضاربت در اصطلاح شریعت اسلامی عبارت است از: (أَنْ يَدْفَعَ رَجُلٌ مَالَهُ إِلَى آخَرَ يَتَجَرَّ لَهُ فِيهِ، عَلَى أَنْ مَا حَصَلَ مِنَ الرَّبْحِ بَيْنَهُمَا حَسَبَ مَا يَشْتَرِطَانَهُ)⁴⁵⁴.

ترجمه: «اینکه شخصی مالی را بر دیگری بدهد تا بالای آن مال تجارت کند و فایده بی را که بدست میاید بر حسب آنچه توافق کرده اند میان شان تقسیم شود». همچنان این معامله را (بالمقارضة) نیز نامیده اند. یا به عباره دیگر: (الْمُضَارَبَةُ نَوْعٌ شَرَكَةٌ عَلَى أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مِنْ طَرَفٍ وَالسَّعْيُ وَالْعَمَلُ مِنَ الطَّرَفِ الْآخَرَ)⁴⁵⁵.

ترجمه: مضاربت عبارت است از نوعی از شراکت که رأس المال از یک طرف و سعس و عمل از جانب دیگری صورت گیرد.

مطلب دوم: دلیل مشروعیت مضاربت

الف: درقرآنکریم

الله تبارک و تعالی میفرماید: (وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ)⁴⁵⁶.

ترجمه: و دیگران سفر میکنند در زمین، طلب میکنند از فضل خدا (روزی) را. وجه استدلال: آیه فوق عام است و تمام انواع کسب و تجارت را در سیر و سفر زمین و همچنان عقد مضاربت را شامل میشود، زیرا صاحب عمل در مضاربت سعی و کوشش جدی برای ربح در سفر و سیر زمین به خرج میدهد چنانچه فقهای اسلامی که قبلاً در معنای لغوی اشاره نمودیم معنای عقد مضاربت را سیر و سفر در زمین دانسته بودند، بنابر این عقد مضاربت به دلالت حکم آیه فوق ثابت و مشروع میباشد.

453- صدر، سید محمد، ماوراء الفقه، ناشر: دارالأضواء هیئة تراث السید الشہید الصدر- بیروت- لبنان- نجف- عراق، سال ۱۴۳۰ هجری قمری- ۲۰۰۹ میلادی، ج ۴، ص ۳۶۶.

454- قدوری، ابو الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر، مختصر القدوری فی فقه الحنفی، ناشر: دارالکتب العلمیة، طبع اول، سال ۱۴۱۸ هجری قمری- ۱۹۹۷ میلادی ج ۳، ص ۳۶.

455- مجلة الاحکام العدلیه، ماده ۱۴۰۴. ج ۱، ص ۲۷۱. و رد المحتار علی ادر المختار، ج ۴، ص ۴۸۳.

456- سورة المزمّل، آیه ۲۰.

همچنان در جایی دیگر میفرماید: (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ)⁴⁵⁷.

ترجمه: نیست بر شما گناهی در این که میخواهید فضل (نفع) از پروردگار تان.

وجه استدلال: اینکه در طلب فضل (نفع) و رشد کدام گناهی نیست و در مضاربت هم طلب رشد

و نفع است بناءً مضاربت یک امر مشروع است⁴⁵⁸.

ب: درست

احادیث نبوی اکرم صلی الله علیه وسلم منحیث اصل و منبع دوم شریعت اسلامی مضاربت را یک

امر مشروع و جایز دانسته که ذیلاً به ذکر نمونه‌ی از این احادیث میپردازیم:

پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم میفرماید: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ»⁴⁵⁹.

ترجمه: مردم را آزاد بگذارید که خداوند بعضی هایشان را به وسیلهٔ بعضی دیگر روزی میدهد.

وجه استدلال: در مضاربت نیز برخی مردم از برخی دیگر امرار معاش میکنند بناءً مضاربت

جایز و مشروع است⁴⁶⁰.

در حدیثی آمده است که: (عن صهیب رضی الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

«ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل و المقارضة و أخلاط البر بالشعير للبيت لا البيع»⁴⁶¹.

ترجمه: «از سه چیز برکت است؛ بیع به زمان، مقارضة (مضاربت) و خلط نمودن گندم با جو برای خانه نه برای

فروش.» همچنین در حدیث دیگری آمده است که: (عن ابن عباس رضی الله عنه قال: «كان العباس

بن عبد المطلب إذا دفع مالأً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلک به بحراً و لا ينزل به وادياً و لا

يشتری به ذات كبد رطبة فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم

فأجازه»⁴⁶².

457- سورة البقرة، آية 198.

458- ماوردی، الحاوی الکبیر، ج 7، ص 305.

459- قشیری، صحیح المسلم، شماره حدیث 1522. و قزوینی، صحیح ابن ماجه، شماره حدیث: 1783.

460- ماوردی، الحاوی الکبیر، ج 7، ص 305.

461- قزوینی، سنن ابن ماجه، کتاب التجارات، باب الشركة و المضاربة، زیلعی، در کتاب نصب الرایه ج 3 ص 475

تحریر داشته است که در برخی نسخه‌های سنن ابن ماجه عوض کلمه (المفاوضة) کلمه (المقارضة) ذکر گردیده است.

امام آلبانی میگوید این حدیث ضعیف است. (مراجعه شود به، السلسلة و الموضوعة، ج 5، ص 118).

462- بیهقی، سنن الکبری، کتاب القراض، باب المضارب یخالف بما فيه زیادة لصاحبه ...، ج 6، ص 111، شماره حدیث:

11391. و مجمع الزوائد، ج 4، ص 161. و دارالقطنی میگوید که این حدیث ضعیف است (مراجعه شود به: سنن

دارالقطنی، ج 7، ص 373، شماره حدیث: 3126).

ترجمه: «از ابن عباس رضی الله عنه روایت است که گفت: زمانیکه عباس رضی الله عنه برای کسی مال خود را غرض مضاربت میداد برای مضارب شرط میگذاشت که همراه مال مضاربت به بحر سفر نکند، و به دره و وادی فرود نیاید، اجناس مرطوب را نخرد و اگر این اعمال ذکر شده را انجام داد ضامن است و در صورت ضرر غرامت پرداخت نماید، زمانیکه این شرایط به رسول الله صلی الله علیه وسلم رسید، آنحضرت صلی الله علیه وسلم به این شرایط اجازه داد.»

وجه استدلال: حدیث فوق مبین مشروعیت مضاربت است به شرایطی که رب المال در حین انعقاد عقد مضاربت شرط میگذارد پس وقتی پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم شرایط رب المال در مضاربت را اجازه داده باشد طبیعی است که اصل عقد مضاربت را نیز مجاز میدانند.

ج: دراجماع

تمام فقهای شریعت اسلامی به مشروعیت عقد مضاربت اتفاق نظر دارند، و همچنان جمعیتی از صحابه رضی الله عنهم روایت شده است که از جمله صحابه کرام هر یک حضرت عمر فاروق، عثمان، علی بن ابی طالب، عبدالله بن مسعود، عبدالله بن عمر، عبیدالله بن عمر و عایشه صدیقه رضی الله عنهم اموال یتیم را برای نفع اش به مضاربت میدادند. در زمان صحابه کرام هیچ یکی از صحابه از مشروعیت عقد مضاربت انکار نکرده اند و از آن زمان به بعد همه اهل اسلام به مشروعیت آن اجماع نموده و قیاس را ترک نموده اند.⁴⁶³

مطلب سوم: تطبیق قاعده المشقة التجلب التیسیر در بیان مضاربت

اسلام مضاربت را بخاطر آسان گیری بر مردم مباح کرده است چون بعضی از مردم گاهی مالک مال و سرمایه خواهند بود ولی قادر به بهره گیری از آن نیستند و بعضی مال و سرمایه ندارند ولی قادر به بهره گیری هستند پس شارع مقدس این معامله را مباح و جایز دانسته است تا هر دو طرف از منفعت همدیگر بهره مند شوند پس صاحب مال از عمل شریک، و شریک از سرمایه صاحب مال استفاده می کنند و یک نوع تعاون و همیاری مال، عمل، سرمایه و کار بصورت سازنده به وجود می آید و خداوند متعال عقود را جهت تحقق پدید آمدن مصالح و رفع نیازمندی ها مشروع نموده است.⁴⁶⁴

بنابر آیت ذیل: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)⁴⁶⁵ مضاربت برای دفع مشقت و جلب منفعت جواز یافته است.

⁴⁶³- و ظاهری، ابن حزم، مراتب الاجماع فی العبادات و المعاملات و الاعتقادات، ناشر: دارالکتب العلمیة- بیروت، بدون طبع و بدون تاریخ، ص ۹۲.

⁴⁶⁴. سابق، سید، ترجمه فقه السنه، ص ۱۸۶۹، مترجم: محمود ابراهیمی، نوبت انتشار اول دجیتل، تاریخ انتشار:

۱۳۹۴ ش، ربیع الاول و ۴۳۷ ق.

⁴⁶⁵. حج، ۷۸.

مبحث هشتم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان عاریت

مطلب اول: تعریف عاریت

الف: تعریف لغوی عاریت

عاریت اسم بر چیزی است که به قرض داده میشود و از تعاور گرفته شده، اصل آن عور (عین، واو و را) بوده که عبارت از داد و ستد و متناوب با اجابت و برگرداندن، و قرض طلبی است. چنانچه گفته شود: «قد آعاره الشيء، و آعاره منه». یعنی آن چیز را به او قرض داد و از او قرض گرفت، و عاریت اسم برای وام است⁴⁶⁶.

همچنان ابن فارس میگوید: عاریت در لغت به بیماری در یکی از دو چشم شخص نیز دلالت میکند، لیکن در اینجا این معنا از عاریت مراد نیست⁴⁶⁷.

به همین ترتیب عاریت به معنای تداول بوده و تداول گردش را گویند، و معاوره و مداوله شبیه همدیگر بوده و به همین خاطر وقتی شیی یا چیزی به عاریت بین دو نفر تبادل شود آنرا مداوله و معاوره گفته میشود⁴⁶⁸.

ب: تعریف اصطلاحی عاریت

فقهی مذهب عاریت را به دو گونه تعریف نموده اند که یکی آن تعریف تملیکی عاریت و دیگری تعریف اباحتی عاریت است. در تعریف تملیکی عاریت که از جانب فقهای احناف و مالکی ها صادر گردیده است گفته میشود که: «هی تملیک المنافع بغير عوض»⁴⁶⁹. و یا «هی تملیک المنفعة مؤقتة بلا عوض»⁴⁷⁰. ترجمه: عاریت عبارت است از تملیک منفعت بدون عوض. و فقهای شافعی و حنبلی در تعریف اباحتی عاریت گفته اند که: «هی اباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده»⁴⁷¹

466- زبیدی، تاج العروس فی جواهر القاموس، ج ۱۳، ص ۱۶۳.

467- ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، مادة (عور)، ج ۴، ص ۱۸۴.

468- ابن منظور، لسان العرب، مادة (عور)، ج ۴، ص ۶۱۸.

469- مرغینانی، ابو الحسن برهان الدین علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل الفرغانی، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، ناشر: دار الاحیاء التراث العربی- بیروت- لبنان، سال: ۱۴۴۰ هجری قمری- ۲۰۱۹ میلادی، ج ۳، ص ۲۲۰.

470- علیش، محمد، منح الجلیل شرح مختصر خلیل، ناشر: دار الفکر- بیروت، طبع اول، سال ۱۴۰۴ هجری قمری- ۱۹۸۴ میلادی، ج ۷، ص ۴۹.

471- حصنی، کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۲۷۸.

یا «هی اباحه نفع عین تبقی بعد استیفائها»⁴⁷². ترجمه: عاریت عبارت از اباحت استفاده از آنچه که انتفاع از آن حلال بوده و بدون عوض باشد، و عین آن بعد از استفاده باقی بماند تا برگردانیده شود. بناءً با در نظر داشت تمام تعاریفی که از عاریت بیان گردید میتوان به این نتیجه رسید که عاریت عبارت است از: تملیک مؤقتی منفعت از عین بدون عوض، که پس از استفاده عین آن باقی بماند. و در این تعریف کلمهٔ (مؤقت) بیانگر اینست که این عقد دائمی نبوده و بعد از تکمیل شدن مؤعد آن دوباره به صاحبش برگردانیده میشود⁴⁷³.

کلمهٔ (منفعت) تملیک را مقید ساخته و بر اساس آن بیع، هبه و دیگر ملکیت ها از آن خارج میشود. کلمهٔ (بلاعوض) یا (بدون عوض) نیز عقد اجاره و دیگر عقود را که عوض دارند از این تعریف خارج میسازد. و کلمهٔ (بقاء عینها) یا (بقای عین آن) بیانگر اینست که فقط چیز هایی به عاریت داده میشود که از عین آن منفعت بگیرند لیکن به محض استفاده از آن قابل استهلاک نباشد مثل طعام یا چیز های دیگر استهلاکی⁴⁷⁴.

مطلب دوم: حکم و أدلهٔ مشروعیت عاریت

عاریت نزد جمهور فقهاء مستحب است و دلایلی که در قرآن کریم، سنت نبوی و اجماع امت اسلامی آمده است بیانگر مشروعیت و مستحبیت آن بوده که قرار ذیل به بررسی گرفته میشود:

الف: أدلهٔ مشروعیت عاریت از کتاب الله

الله تعالی در قرآن کریم سورهٔ ماعون میفرماید: (وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ)⁴⁷⁵.

ترجمه: و نمیدهند ماعون را.

وجه استدلال: ماعون به عواری و عاریت تفسیر شده است چنانچه که از عبدالله بن مسعود رضی الله عنه در مورد ماعون پرسیده شد، گفت: ماعون آنست که به وسیلهٔ آن با مردم معاوره و تداوله میشود. و در این آیه و آیات قبلی این سوره نیز الله تعالی به کسانی بیم عذاب را میدهد که یتیم را از خودش میراند، روز جزا را دروغ میپندارد، به مسکین طعام نمیدهد، از نماز هایشان غافلند، ریاکار

472- حجاوی، ابو النجا شرف الدین موسی بن سالم بن عیسی، زادالمستفیع فی اختصار المقنع، ناشر: دارالوطن للنشر-

الریاض، سال ۲۰۱۹ میلادی، ص ۱۳۳.

473- بهوتی: الروض المربع شرح زاد المستفیع، طبع ششم، سال: ۱۴۱۴ هجری قمری- ۱۹۹۴ میلادی، ج ۲، ص ۳۳۹.

474- شربینی، الاقناع، ج ۲، ص ۳۲۹.

475- سورة الماعون، آیه ۷.

اند، و از دادن زکات و وسایل مایحتاج خانه به نیازمندان خود داری میکنند. و این خود دلیل واضح و روشن برای مشروعیت و مستحب بودن عاریت میباشد⁴⁷⁶.

و عموم قول دیگر از الله متعال که میفرماید: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى) ⁴⁷⁷.

ترجمه: و مدد کنید همدیگر را بر نیکو کاری و به پرهیز گاری.

وجه استدلال: از آنجایی که عاریت یک نوع همکاری و نیکوکاری است، پس میتوان به عموم این قول الله تعالی در مورد مشروعیت عاریت استدلال نمود⁴⁷⁸.

همچنان الله متعال در جایی دیگر میفرماید که: (وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ) ⁴⁷⁹.

ترجمه: و نیکویی کنید هر آئینه خدا دوست میدارد نیکو کاران را.

وجه استدلال: الله تعالی در این قول خود مردم را به نیکی و نیکوکاری و احسان نمودن به دیگران امر و تشویق نموده و نیز این آیه به صورت عموم بیان شده که تمام انواع نیکوکاری را شامل شده میتواند و عاریت نیز نوعی از احسان و نیکوکاری است، پس بر این اساس عاریت مشروع و جایز میباشد.

ب: أدلة مشروعیت عاریت از سنت نبوی

پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم میفرماید: «العاریة مؤداة»⁴⁸⁰. ترجمه: عاریت باز پرداخت میشود.

و در حدیث دیگر آمده است که پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم در روز غزوه حنین از صفوان بن امیه⁴⁸¹ زره های جنگی را به عاریت گرفت، صفوان بن امیه گفت: یا رسول الله! آیا این زره ها را

476- ابن کثیر، ابو الفداء اسماعیل بن عمر، تفسیر قرآن عظیم الشأن (ابن کثیر)، ناشر: دارالکتب العلمیه- بیروت، طبع اول، سال ۱۴۱۹ هجری قمری، ج ۴، ص ۵۵۶-۵۵۷.

477- سورة المائدة، آیه ۲.

478- بهوتی: الروض المربع شرح زاد المستفنع، طبع ششم، سال: ۱۴۱۴ هجری قمری- ۱۹۹۴ میلادی، ج ۲، ص ۲۸۷.

479- سورة البقرة، آیه ۱۹۵.

480- سجستانی، سنن ابی داود، کتاب الاجارة، باب فی تضمین العاریة، ج ۳، ص ۲۶۹، شماره حدیث: ۳۵۶۵. و ترمذی، سنن الترمذی، کتاب البیوع، باب ما جاء فی أن العاریة مؤداة، ج ۳، ص ۵۶۵، شماره حدیث: ۱۲۶۵. و قزوینی، سنن ابن ماجه، کتاب الصدقات، باب العاریة، ج ۲، ص ۸۰۱، شماره حدیث: ۲۳۹۸. و ترمذی میگوید: این حدیث حسن غریب است. و آلبانی انرا صحیح گفته است (مراجعه شود به: آلبانی، إرواء الغلیل، ج ۵، ص ۲۴۵).

481- ابو وهب صفوان بن امیه بن خلف بن وهب جمحی قرشی، صحابی سخنور و بخشنده و از اشراف قریش در جاهلیت و اسلام بود. که در مورد تاریخ تولدش اطلاعی در دست نیست. وی قبل از اسلام آوردن از سرسخت ترین دشمنان پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم محسوب میشد. او از مؤلفه القلوب بشمار میرفت. او در جنگ یرموک حضور

غصب میکنی؟ پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم فرمود: «بل عاریة مضمونة»⁴⁸². ترجمه: نخیر بلکه عاریة قابل پرداخت دوباره است.

ج: أدلة مشروعیت عاریت از اجماع

همه امت اسلامی بر جواز و استحباب عاریت اجماع نموده اند زیرا از یک سو وقتی هبه اعیان جایز است پس هبه منفعت نیز جایز بوده میتواند، و از سوی دیگر بر اساس فرموده الله تعالی که در آیه (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)⁴⁸³.

ترجمه: (و مدد کنید همدیگر را بر نیکو کاری و به پرهیز گاری، و مدد مکنید همدیگر را بر گناه و ظلم). آمده است شکی نیست که بر آوردن نیاز های مردم و نیکی به آنان از جمله اقسام نیکویی بوده که به واسطه آنها پیوند ها محکم میشوند و آشنایی بیشتر میشود و این نوع نیکویی در تمام شریعت اسلامی ستوده شده است⁴⁸⁴

مطلب سوم: تطبیق قاعده در عاریت

بنابر آیت ذیل: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)⁴⁸⁵

و همچنین حدیث شریف: (رسول خدا «ﷺ صلی الله علیه وسلم» شخصی را در غزوه حنین به سوی صفوان بن امیه فرستاد از وی صد زره را با تمام لوازم اش به طور عاریت خواست صفوان گفت ای محمد آیا آن را غصب کرده اید؟ رسول الله «ﷺ صلی الله علیه وسلم» در جواب صفوان گفت نه بلکه عاریت مضمونه است و آن را به تو برمی گردانیم و سپس رسول خدا «ﷺ صلی الله علیه وسلم» رفت.⁴⁸⁶

داشت و سر انجام به سال ۴۱ هجری قمری وفات نمود. (مراجعه شود به: زرکلی، خیر الدین، الاعلام، ج ۳، ص ۲۰۵، و ابن اثیر، اسد الغابة فی معرفة الصحابة، ج ۲، ص ۷۳).

482- شیبانی، مسند احمد بن حنبل، ج ۳، ص ۴۰۰. و سجستانی، سنن ابی داود، کتاب الاجارة، باب فی تضمین العاریة، ج ۳، ص ۲۶۹، شماره حدیث: ۳۵۶۲. و آلبانی این حدیث را صحیح گفته است (مراجعه شود به: إرواء الغلیل، ج ۵، ص ۳۴۴).

483- سورة المائدة، آیه ۲.

484- جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعة، ناشر: دارالکتب العلمیه- بیروت- لبنان، طبع دوم، سال: ۱۳۶۰ هجری قمری- ۱۴۲۴ هجری قمری/ ۲۰۰۳ میلادی، ج ۳، ص ۲۳۹.

485- حج، ۷۸.

486- بیهقی، ابوبکر، احمد بن الحسین، السنن الکبر، باب العاریة مضمونه، ج ۶، ص ۸۹، ناشر: دایرة المعارف

حیدرآباد هند، الطبع ۱۳۴۴هـ (حاکم این حدیث را صحیح گفته است. المستدرک علی الصحیحین شماره ۲۲۶۱، ج ۵، ص ۴۰۵).

پس از این حدیث رسول الله «صلی الله علیه وسلم» دانسته می شود عاریت یک نوع سهولت را ایجاد نموده و مشقت را از بین می برد چراکه رسول الله «صلی الله علیه وسلم» در غزوه قرار داشتند در حالت درخواست عاریت را کردند که در مشقت و حرج قرار داشتند.
بنابراین عاریت برای دفع مشقت و جلب منفعت جواز یافته است.

مبحث نهم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان قرض

مطلب اول: تعریف قرض

۱- قرض در لغت

۱- قرض در لغت به فتح قاف و به کسر آن به معنای قطع آمده است،⁴⁸⁷ چنانچه گفته می شود: «قَرْضُهُ، يُقْرَضُهُ، قَرْضًا» و به قیچی بدان جهت قراض می گویند که بخشی از مال را قطع می کند و به دیگری می دهد.⁴⁸⁸ در معجم مقاییس اللغة آمده است که: («قاف، راء و ضاد» اصل و صحیح بوده و به قطع دلالت می کند، زیرا گفته می شود: (قَرْضْتُ الشَّيْءَ بِالْمَقْرَضِ). ترجمه: «قطع کردم چیزی را با قیچی. و نیز قرض آن است که از مالک گرفته می شود و بردیگری بر اساس تقاضایش داده می شود».⁴⁸⁹

۲- همچنان دسوقی می گوید: «مال قطع شده و به مقترض داده شده را قرض گویند به دلیل اینکه قطعه بی از مال مقرض است.⁴⁹⁰ قول الله تعالی است که می فرماید: (مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ).⁴⁹¹

ترجمه: «کیست آنکه قرض دهد الله را قرض نیکو، پس دو چند میدهد آنرا برای او، به مراتب بسیار، و خدا می بندد و می گشاید و بسوی او بازگردانیده می شوید».

۳- همچنان قرض به معنای مجازات نیز آمده است⁴⁹² و جمع آن قروض است⁴⁹³.

۲- تعریف قرض در اصطلاح فقهاء

تعریف اصطلاحی قرض در نزد فقهاء با الفاظ گوناگون بیان گردیده است که در اینجا به ذکر چند تعریف عمده و مهم می پردازیم.

487- ابن اثیر، مجد الدین ابو السعادات المبارک بن محمد بن محمد بن محمد بن عبدالکریم الشیبانی الجزری، النهایة فی غریب الحدیث و الاثر، ناشر: المكتبة العلمية- بیروت، سال ۱۳۹۹ هجری قمری- ۱۹۷۹ میلادی، ج ۴، ص ۴۱.

488- ابن منظور، لسان العرب، مادة قرض، ج ۷، ص ۲۱۶-۲۱۷.

489- ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، مادة قرض، ج ۵، ص ۷۱.

490- دسوقی، حاشیة الدسوقی علی شرح الدرریر، ج ۳، ص ۳۴۱.

491- سورة البقره، آية ۲۴۵.

492- فیروز آبادی، القاموس المحيط، ص ۳۰۲.

493- ابن منظور، لسان العرب، فصل القاف، ج ۷، ص ۲۱۶-۲۱۷.

۱- تعریف قرض نزد فقهای احناف

(القرض هو عقد مخصوص یرد علی دفع مال مثلی لِأخِر یرد مثله)⁴⁹⁴ ترجمه: «قرض عبارت است از عقد مخصوصی که متضمن پرداخت مبلغ مشابه به دیگری بوده که همان مبلغ را دوباره بر می گرداند».

۲- تعریف قرض نزد فقهای مالکی

قرافی می گوید: (القرض هو دفع المال علی وجه القربة لیتنفع به آخذہ ثم یتخیر فی رد مثله أو عینه ما کان علی صفة)⁴⁹⁵ ترجمه: «قرض عبارت است از دادن مالی به صورت خویشاوندی بخاطر انتفاع بردن از آن تا زمانی که آن را برگرداند، و مقترض مخیر است که خود آن را یا مثل آن را برگرداند».

۳- تعریف قرض نزد فقهای شافعی

(القرض هو تملیک شیء عن یرد مثله⁴⁹⁶، أو یرد بدله)⁴⁹⁷ ترجمه: «قرض عبارت است از تصرف بر چیزی به شرط استرداد مانند آن، یا بدل آن»

۴- تعریف قرض نزد فقهای حنبلی

(القرض هو دفع المال إرفاقاً لمن ینتفع به و یرد بدله)⁴⁹⁸ ترجمه: «قرض عبارت است از پرداخت وجه به عنوان ضمیمه به کسی که از آن منتفع شود و جبران آن را برگرداند».

۵- تعریف قرض نزد فقهای معاصر

494- حصکفی، محمد بن علی بن محمد بن عبدالرحمن الحنفی، الدر المختار شرح تنویر الابصار، ناشر: دارالکتب العلمیة،

طبع اول، سال: ۱۴۲۳ هجری قمری- ۲۰۰۲ میلادی، ج ۱، ص ۴۲۹.

495- قرافی، الذخیره، ج ۵، ص ۲۷۰.

496- معبری، احمد بن عبدالعزیز بن زین الدین بن علی بن احمد، فتح المعین بشرح قرّة العین، ناشر: المطبعة المیمنیة-

مصر، طبع اول، سال ۱۴۲۴ هجری قمری- ۲۰۰۴ میلادی، ج ۱، ص ۳۴۰.

497- 497- رملی، شمس الدین محمد بن العباس احمد بن حمزه شهاب الدین، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ناشر:

دارالفکر- بیروت، سال ۱۴۰۴ قمری، ج ۴، ص ۲۲۳.

498- رحیبانی، مصطفی السیوطی، مطالب اولی النهی فی شرح غایة المنتهی، ناشر: المکتب الاسلامی، طبع اول، سال

۱۳۸۱ هجری قمری- ۱۹۶۱ میلادی، ج ۳، ص ۲۳۷.

وهبة زحیلی قرض را چنین تعریف می کند: (القرض هو تمليک الشيء للغير علی أن یرد بدله من غیر زیادة).⁴⁹⁹ ترجمه: «قرض عبارت است از مالکیت چیزی برای دیگری به شرطی که بدل آن را بدون زیادت برگرداند. ونزیه حماد آن را چنین تعریف می کند: (القرض هو دفع المال لیتنفع به و یرد بدله).⁵⁰⁰ ترجمه: «قرض عبارت است از دادن مال بخاطر انتفاع از آن واسترداد بدل آن».

۶- تعریف مختار قرض

با در نظر داشت تعاریف فوق و اینکه همه این تعاریف به معنای واحد بیان گردیده اند، میتوان به تعریف ذیل به عنوان تعریف جامع و مختار از قرض دست یافت: (القرض هو دفع مال علی سبیل الإحسان و الإرفاق، و تمليکه لمن یتنفع به و یرد بدله).⁵⁰¹ ترجمه: «قرض عبارت است از دادن مال از روی نیکی و فایده رسانیدن، و تمليک آن به کسی که از آن استفاده کند و بدل آنرا بپردازد».

مطلب سوم: حکم و دلیل مشروعیت قرض

قرض در مصادر شریعت اسلامی یک امر مشروع بوده مشروعیت آن در کتاب الله، سنت رسول الله و اجماع امت اسلامی ثابت گردیده است که ذیلاً به بیان أدله آن در این مصادر میپردازیم:

الف: حکم قرض

حکم قرض با در نظر داشت احوال و شرایط مقرض و مقترض متفاوت است، جهت روشن شدن مسأله نیاز است تا حکم تکلیفی قرض در تمام حالات به شکل زیر بیان شود:

۱- قرض واجب

قرض در حق مقرض در صورتی واجب است که بخاطر ضروریات حیاتی محتاج باشد و راهی جز از قرض گرفتن نداشته باشد⁵⁰². و در حق مقرض در صورتی واجب است که مقرض غنی باشد⁵⁰³.

499- زحیلی، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، ص ۷۹.

500- حماد، نزیه، معجم المصطلحات المالية الاقتصادية فی لغة الفقهاء، ناشر: دار القلم- الدار الشامیة، طبع اول، سال ۱۴۲۹ هجری قمری- ۲۰۰۸ میلادی، ماده قرض، ص ۳۶۰.

501- شربینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۱۱۷.

502- شاطبی، ابو اسحاق ابراهیم بن موسی بن محمد اللخمی، الموافقات فی اصول الشریعة، ناشر: دار ابن عفان، طبع اول، سال ۱۴۱۷ هجری- ۱۹۹۷ میلادی، ج ۲، ص ۲۴-۴۱.

503- ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۳۵۳.

و این وجوب به دلیل تضامن و تکافل اجتماعی بروی ثابت می شود. چنانچه رسول الله «□» می فرماید: (أَيُّهَا أَهْلُ عَرِصَةِ أَصْبَحَ فِيهِمْ أَمْرٌ جَائِعًا فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُمْ نَمَةٌ اللَّهِ).⁵⁰⁴

ترجمه: «وهرگاه در میان اهل منطقه بی کسی شب را گرسنه صبح کند عهد و امان خدا از آن ها برداشته می شود. این حدیث دلالت می کند بر اینکه بر آوردن حاجت از محتاجین واجب است با هر وسیله بی که از صدقه یا قرض و یا غیر از آن ها باشد و در شریعت اسلامی مشروع شده باشد»

۲- قرض مندوب

قرض در حق مقترض ندب است به دلیل اینکه قرض از باب تطوع و صدقات بوده بنابراین مصلحتی، حاجات و نیازهای مردم جامعه را رفع می کند.⁵⁰⁵ چنانچه روایتی از انس بن مالک⁵⁰⁶ «رضی الله عنهم» در حدیث أسراء آمده است که: (فَقُلْتُ: يَا جَبْرِيلُ مَا بَالُ الْقَرْضِ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ قَالَ: لِيَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ، وَالْمُسْتَقْرَضُ لَا يَسْتَقْرَضُ إِلَّا مِنْ حَاجَةٍ).⁵⁰⁷

ترجمه: «گفتم ای جبریل! چرا قرض حسنه برتر از صدقه است؟ گفت چون قرض گیرنده همیشه بخاطر نیازش قرض می گیرد ولی سائل تقاضای کمک میکند اگرچه بی نیاز باشد». و قرض در حق مقرض نیز مندوب است در صورتی که مقرض در رفع گرفتاری مستضعف کمک کند و امام احمد می فرماید: «چون قرض از معروف ترین احسان به شمار میرود پس مانند صدقه اختیاری است»⁵⁰⁸. چنانچه از ابو هریره «رضی الله عنه» روایت است که پیامبر اکرم «ص□» فرمود: (نَافْسٌ عَنِ الْمُسْلِمِ كُرْبَةٌ مِنْ كَرْبِ الدُّنْيَا نَفْسٌ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةٌ مِنْ كَرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ).⁵⁰⁹

504- ابن ابی شیبیه، مصنف ابن ابی شیبیه، کتاب البیوع و الاقضية، باب فی احتکار الطعام، حدیث شماره: ۲۰۳۹۶، ج ۴، ص ۳۰۲. و آلبانی میگوید: این حدیث ضعیف است (مراجعه شود به: تخریج احادیث مشکلة الفقر و کیف علاجها فی الاسلام، ج ۲، ص ۶۵).

505- جندی، محمد الشحات، القرض كأداة للتمويل فی الشريعة الاسلامی، ناشر: المهد العالمی للفکر الاسلامی- القاهرة، طبع اول، سال: ۱۴۱۷ هجری قمری- ۱۹۹۶ میلادی، ص ۲۳.

506- انس ابن مالک از صحابی و راویان پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم، از انصار و قبیلۀ خزرج بود. و بنا بر روایتی اوبعد از ابو هریره و عبدالله ابن عمر با روایت ۲۲۸۶ روایت در جایگاه سوم قرار گرفت، در زمان مرگش بیش از صد سال سن داشت و در سال ۹۳ هجری قمری وفات نموده است، (مراجعه شود به: زرکلی، خیر الدین بن محمود، الاعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربین و المستشرقین، انتشارات دار العلم للملایین، بیروت، سال ۱۹۸۹ میلادی، ج ۵، ص ۲۵۷).

507- قزوینی، سنن ابن ماجه، کتاب الصدقات، باب القرض، حدیث شماره: ۲۴۳۱، ج ۲، ص ۸۱۲. و آلبانی میگوید: این حدیث ضعیف است (مراجعه شود به: ضعیف الجامع الصغیر و زیادته، ج ۱، ص ۴۵۴).

508- ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۳۵۳.

509- قشیری، صحیح المسلم، کتاب البر و الصله و الآداب، باب تحریم الظلم، حدیث شماره: ۲۵۸۰، ج ۴، ص ۱۹۹۶.

ترجمه: «کسی که اندوه دنیا را از مسلمانی بزدايد خداوند غم و اندوه روز قیامت را از او بزدايد».

۳- قرض مباح

قرض در صورتی که به هدف از دیدار ثروت و توسعه اقتصادی باشد در حق مقترض مباح است مانند افزایش مال یا کسب منفعت و این نوع قرض به قرض مؤلد معروف است زیرا قرض گیرنده در این صورت به دنبال تولید است نه به دنبال مصرف.⁵¹⁰ و در حق مقترض نیرمباح است که قرض دهد اگر چه نیاز یا حاجتی را نیز برآورده نسازد چه بسا اینکه منفعتی برای قرض دهنده داشته باشد، مثل اینکه ضمانت و حفظ پول مقترض در ذمه مقترض باقی می باشد⁵¹¹.

۴- قرض مکروه

در صورتی قرض بر مقترض مکروه است که آن را در راه مکروه غیر از حاجت شرعی مصرف کند یا بیم آن را داشته باشد که از مال حرام دوباره آن را برگرداند.⁵¹² و در حق مقترض به جهتی مکروه است که بداند که کسی دیگری محتاج تر از مقترضی موجود است که او به وی قرض داده است. و این حکم در سایر امور مثل قرابت، همسایگی، دین و مذهب، خلق حسنه، امانت غیره یکسان است. و یا اینکه بداند مالی را که قرض داده است در راه اسراف و یا سایر راه های مکروه به خرج میرسد.⁵¹³

۵- قرض حرام

قرض در حق مقترض حرام است در صورتی که آن را در راه حرام استعمال کند.⁵¹⁴ و بر مقترض حرام است در صورتی که بداند که مقترض آن را در راه حرام به خرج می رساند مانند نوشیدن شراب، قمار زدن، رشوت دادن و غیره...⁵¹⁵

ب: دلیل مشروعیت قرض

۱- در قرآن کریم

510- ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۳۵۳.

511- سحنون، عبدالسلام بن سعد، المدونة الكبرى مالک بن انس، ناشر: وزارة الاوقاف السعودية- مطبعة السعادة، سال ۱۳۲۴ هجری قمری، ج ۱، ص ۳۱۲.

512- هیتمی، احمد بن محمد بن علی بن حجر، تحفة المحتاج فی شرح المنهاج، ناشر: التجاریه الكبرى- مصر، سال ۱۳۵۷ قمری- ۱۹۸۳ میلادی، ج ۵، ص ۳۶.

513- بهوتی، منصور بن یونس بن ادريس، شرح منتهی الارادات، ناشر: عالم الکتب- بیروت- الرياض، طبع اول، سال ۱۴۱۴ هجری قمری- ۱۹۹۳ میلادی، ج ۲، ص ۲۲۵.

514- هیتمی، تحفة المحتاج فی شرح المنهاج، ج ۵، ص ۳۶.

515- بهوتی، شرح منتهی الارادات، ج ۲، ص ۲۲۵.

در اینجا آیات زیادی وجود دارد که در مورد قرض و ثواب عظیم و خیر و افرآن نازل شده است مانند این قول الله «□» که می فرماید: (مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ) 516

ترجمه: «کیست آنکه قرض دهد الله را قرض نیکو، پس دو چند می دهد آن را برای او، به مراتب بسیار، و خدا می بندد و می گشاید و بسوی او بازگردانیده می شوید». و نیز می فرماید: (إِنْ تُقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَاعِفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَاللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ). 517 ترجمه: «اگر قرض دهید خدا را قرض نیکو، دو چند دهد آن را به شما، و ببامرزد شما را، و خدا قدر دان بردبار است». و در آیه دیگری می فرماید: (مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ). 518 ترجمه: «کیست آنکه قرض دهد الله را، قرض دادن نیکو، پس دو چند می کند آن را برای او، و اوراست ثواب گرامی».

۲- درسنت

در مورد مشروعیت قرض احادیث نبوی زیادی نیز وجود دارد که در برگرفته افعال و اقوال پیامبر اکرم «□صلی الله علیه وسلم» در این باب می شود. از آن جمله یکی این است که از ابی هریره روایت شده که گفت: (استقرض رسول الله صلی الله علیه وسلم یسناً فأعطی سناً فوقه و قال: خیارکم محاسنکم قضاءً). 519

ترجمه: «پیامبر (□صلی الله علیه وسلم) شتر قرض گرفت و در وقت پرداخت قرض، شتر بهتر (از شتر قبلی) را به او داد و فرمود: بهترین شما کسی است که قرض را به وجه احسن بپردازد». و از عبدالله بن مسعود 520 «رضی الله عنه» روایت است که رسول الله «□صلی الله علیه وسلم» فرمود: (ما من مسلم یقرض مسلماً قرضاً مرتین إلا کان کصدقتها مرة). 521

516- سورة البقرة، آیه ۲۴۵.

517- سورة التغابن، آیه ۱۷.

518- سورة الحديد، آیه ۱۱.

519- قشیری، صحیح المسلم، کتاب المساقات، باب من استسلف شیئاً فقضی خیراً منه و خیرکم احسنکم قضاءً، حدیث شماره: ۱۶۰۱، ج ۳، ص ۱۲۲۵.

520- عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبیب الهذلی معروف به بن مسعود، از صحابی و یاران پیامبر صلی الله علیه وسلم بود. او بزرگترین مفسر قرآن در زمان خود و دومین مفسر در آن زمان بود. او در سال ۵۹۴ میلادی در مکه - عربستان سعودی تولد گردیده و در سال ۶۵۰ میلادی در مدینه - عربستان سعودی از دنیا رفت و در قبرستان بقیع در مدینه دفن گردید (مراجعه شود به: ذهبی، محمد بن احمد، سیر الاعلام النبلاء، ج ۳، ص ۲۸۱، بیروت، سال ۱۴۱۳ قمری).

521- قزوینی، سنن ابن ماجه، کتاب الصدقات، باب القرض، حدیث شماره: ۲۴، ج ۲، ص ۸۱۲، و آلبانی گفت: درجه این حدیث حسن است (مراجعه شود به: إرواء الغلیل، ج ۵، ص ۲۲۸).

ترجمه: «هرمسلمانی مالی را یکبار قرض دهد مثل اینست که همان مال را دوبار صدقه داده است». و در حدیث دیگری از انس بن مالک روایت است که رسول الله «صلب الله علیه وسلم □» فرمود: (رأيت ليلة أُسرى بي على باب الجنة مكتوباً: الصدقة بعشر أمثالها، و القرض بثمانية عشر، فقلت: يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لئن السائل يسأل و عنده، و المستقرض لا يستقرض إلّا من حاجة).⁵²²

ترجمه: «شبی که به معراج برده شدم دیدم که روی درب بهشت چنین نوشته شده بود: صدقه ده برابر پاداش دارد و قرض حسنه هجده برابر، گفتم ای جبریل! چرا قرض حسنه برتر از صدقه است؟ گفت چون قرض گیرنده همیشه بخاطر نیازش قرض می گیرد ولی سائل تقاضای کمک می کند اگر چه بی نیاز باشد».

۳- در اجماع

از عصر پیامبر اکرم «□» تا عصر حاضر همواره امت اسلامی بین خودشان با قرض گرفتن تعامل داشته اند و هیچ یکی از فقهاء و علمای اسلام با این کار مخالفت و انکار ننموده اند.⁵²³

مطلب سوم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در باب قرض

هدف از معاملات مالی در اسلام جلب منفعت، حفظ منفعت و دفع مفسده بوده و هدف از قرض در پهلوی همه ای معاملات مالی، عادت دادن مسلمانان به بذل و احسان، مساعدت آن ها و تشییت حرکت اقتصادی و تجاری و بلاخره در سطح قرضه های دولی آزاد ساختن دولت های فقیر از سیطره دولت های مستعمره می باشد، تا توسط قرضه ها افراد و جوامع از مشکلات اقتصادی بیرون روند.⁵²⁴

مشقت و ضرر را می توان بر عام و خاص بر شمرد:

۱- ضرر عام

قرار گرفتن یک دولت تحت استعمار دولت دیگر به دلیل فقر اقتصادی یک نوع مشقت و ضرر متوجه یک ملت است بناءً برای رفع ضرر و مشقت نیاز به قرض می شود بر اساس قواعد که اسلام برای رفع مشقت بیان نموده یکی از آن، قاعده المشقة تجلب التيسير که یک اصل است، می باشد بنابراین؛ معامله مالی «قرض گرفتن» را برای دفع مشقت جواز داد.

⁵²² قزوینی، سنن ابن ماجه، کتاب الصدقات، باب القرض، حدیث شماره: ۲۴۳۱، ج ۲، ص ۸۱۲. و آلبانی میگوید: این حدیث ضعیف است (مراجعه شود به: ضعیف الجامع الصغیر و زیادته، ج ۱، ص ۴۵۴).

⁵²³ ابن مفلح، ابو اسحاق برهان الدین ابراهیم بن محمد، المبدع فی شرح المقنع، ناشر: المکتبة الاسلامی، سال ۱۴۰۰ هجری- ۱۹۸۰ میلادی ج ۴، ص ۱۹۴.

⁵²⁴ رائد، احمد خلیل سالم، احکام التصرف القرض فی الفقه الاسلامی، ص ۴۶.

۲- ضررخاص

هرگاه یک شخص در هنگام تجارت یا زراعت به مشقت گرفتار شود بخاطر کسب کار و توسعه آن نیاز به یک مقدار سرمایه می داشته باشد. بر اساس این قاعده که یک اصل در شریعت است می تواند برای دفع مشقت و جلب منفعت از برادر مسلمان خود وام بگیرد.

بنابر آیت ذیل: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)⁵²⁵ قرض برای دفع مشقت و جلب منفعت جواز یافته است.

مبحث دهم: تطبیقات قاعده المشقة تجلب التيسير در بیان شفع

مطلب اول: تعریف شفع

الف: شفع در لغت

شفعه جمع شفع و شفعه در لغت به معنای حق طلب مبیعه مورد شراکت برای ضمیمه کردن به ملک شریک، زمانی که توسط شریک دیگر فروخته شود⁵²⁶. شفعه به ضم شین و بر وزن فَعَلَه از شَفَعَ مشتق شده و به معنای طلب حق شرکت در چیزی که داد و ستد شده باشد، تا شریکش آن را به ما بملک خویش ضمیمه کند⁵²⁷.

در قاموس المحيط آمده است که: شفعه در لغت یعنی زمانی خانه بی بین گروه مختلفی به سهام تقسیم شده باشد و احدی از آنها بخواهد سهم خود را بفروشد، در این حال شرکاء حق دارند سهم او را بخرند به این حق، حق شفعه گویند⁵²⁸. ابن فارس میگوید: «در واژه شفعه (شین، فاء و عین) اصل و صحیح بوده و بر نزدیکی و مقارنه چیزی دلالت میکند. همچنان شفعه را به دلیلی به این نام مسمی کرده اند که به وسیله آن در مال دیگری میتوان شفاعت، وساطت و دخالت کرد»⁵²⁹.

به همین ترتیب شفعه خلاف و تر به معنای زوج، پیوست و زیادت است. شفعه در ملک از زیادت مشتق شده است زیرا شفیع مبیع را به ملک خودش ضمیمه میسازد و از آن جهت خلاف و تر است که

⁵²⁵ حج، ۷۸

⁵²⁶ ابن اثیر، ج ۲، ص ۴۸۵.

⁵²⁷ اصفهانی، راغب، المفردات، ج ۲، ص ۳۳۶.

⁵²⁸ فیروز آبادی، قاموس المحيط، ج ۳، ص ۵۹.

⁵²⁹ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۲۰۱.

اگر مبیعه یک عقار باشد وتر گفته میشود و اگر به عقار دیگری ضم و تزویج گردد شفعه نامیده میشود⁵³⁰.

ب: شفعه در اصطلاح

علمای مذاهب هر یک از شفعه تعریفاتى بیان نموده اند که در مطلب بعد آنرا بیان می نمایم

مطلب دوم: تعریف شفعه نزد فقهاء

شفعه در اصطلاح شریعت اسلامی نزد فقهای مذاهب به الفاظ و صیغه های متعدد تعریف شده است که به بعضی از این تعاریف به صورت ذیل مراجعه میکنیم:

الف: نزد احناف

فقهای حنفی شفعه را چنین تعریف نموده اند: «حق تملیک العقار المبیع جبراً عن المشتري، بما قام علیه من ثمن و تکالیف (أى النفقات التى انفقتها) لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار»⁵³¹.

ترجمه: شفعه عبارت است از تملک قهری و اجباری زمین فروخته شده از مشتری با در نظر داشت پرداخت ثمن و تکالیف مربوط به آن برای دفع ضرر شریک دخیل یا همسایه است. در مجله الاحکام العدلیه آمده است که: (الشُّفْعَةُ هِيَ تَمْلُكُ الْمَلِكِ الْمُشْتَرَى بِمِقْدَارِ الثَّمَنِ الَّذِي قَامَ عَلَى الْمُشْتَرَى)⁵³². ترجمه: شفعه عبارت است از حق تملیک عقار برای خریدار به همان پولی که آن را خریده است.

ب: نزد مالکی ها

فقهای مذهب مالکی آنرا چنین تعریف نموده اند که: «أخذ الشريك حصة جبراً بشراء»⁵³³. ترجمه: شفعه عبارت از گرفتن جبری حصه شریک به واسطه خریداری است.

530- فیومی، مصباح المنیر، ج ۱، ص ۳۱۷.

531- و ابن الهمام، فتح القدير، ج ۹، ص ۳۶۹.

532- مجلة الاحكام العدلیه، ج ۱، ص ۱۸۵، ماده (۹۵۰).

533- ابن حاجب، عثمان بن عمر بن ابی بکر بن یونس، جامع الأمهات أو مختصر ابن حاجب، ناشر: الیمامة للطباعة و النشر و التوزیع، طبع دوم- سال ۱۴۲۱ هجری قمری- ۲۰۰۰ میلادی، ص ۴۱۶.

ج: نزد شافعی ها

فقهای مذهب شافعی در مورد تعریف اصطلاحی شفعه گفته اند که: «حق تملک قهری یتبث للشریک القدیم علی الحادث فیما ملک بعوض لدفع الضرر»⁵³⁴. ترجمه: شفعه عبارت از حق تملیک اجباری است که برای شریک قدیم بر شریک جدید در بدل قیمت آن جهت دفع ضرر ثابت میگردد.

د: نزد حنبلی ها

و فقهای مذهب حنبلی در مورد تعریف شفعه گفته اند که: «أنها استحقاق الشریک انتزاع حصه شریکه ممن انتقلت إلیه بعوض مالی بئمنه الذی استقر علیه العقد»⁵³⁵. ترجمه: شفعه عبارت است از استحقاق شریک در گرفتن حصه شریک خود از کسی که آنرا به او انتقال داده است در مقابل عوض مالی یا ثمنی که بر اساس آن عقد شده است.

مطلب سوم: دلیل مشروعیت شفع

الف: در سنت

از جابر بن عبدالله⁵³⁶ رضی الله عنهم روایت است که گفت: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة)⁵³⁷.

ترجمه: «رسول الله صلى الله عليه وسلم در باره جایی که تقسیم نشده باشد حکم به وجود شفعه فرموده اند و هرگاه تقسیم شده و حدود مشخص شده و راه جداگانه بی برای آن ایجاد شده باشد دیگر شفعه نیست».

وجه استدلال: نبی اکرم صلی الله علیه وسلم به حق شفعه برای شریک در ملک مشاع که تقسیم نشده باشد حکم کرده است⁵³⁸.

534- ابن ملقن، سراج الدین ابو حفص عمر بن علی بن احمد، عجاله المحتاج، ناشر: دارالکتاب اربد- الاردن، سال ۱۴۲۱ هجری قمری- ۲۰۰۱ میلادی، ج ۲، ص ۸۹۸.

535- ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۲۲۹.

536- محدث و صحابی جلیل القدر جابر بن عبدالله بن عمرو بن حرام انصاری سلمی، از طایفه بنی سلیمه و کنیه اش ابا عبدالله است. پدر وی صحابی جلیل القدر بود که در غزوه احد شهید شد، تاریخ تولد او سال ۱۶ هجری قمری مطابق ۶۰۷ میلادی در مدینه و تاریخ وفات او سال ۷۸ هجری قمری مطابق ۶۹۷ میلادی در مدینه منوره بود و در قبرستان بقیع مدینه دفن شد.

537- بخاری، صحیح البخاری، باب الشفعة مالم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، ص ۳۵۹، شماره حدیث: ۲۲۵۷.

538- ابن بطلال، ابو الحسن علی بن خلف بن عبدالملک، شرح صحیح البخاری، ناشر: مکتبة الرشد- السعودیة- الرياض، طبع دوم، سال ۱۴۲۳ هجری قمری- ۲۰۰۳ میلادی، ج ۶، ص ۳۷۶.

همچنان پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم میفرماید: (الجار أحق بشفعة جاره ينتظرُ بها و إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً)⁵³⁹.

ترجمه: همسایه در معامله سهم همسایه مقدم است اگر راه آنها یکی است باید منتظر او بماند اگر چه غایب باشد.

ب: در اجماع

تمام علماء و اهل اسلام بر مشروعیت حق شفعه اجماع نموده و هیچ یکی از امت اسلامی از قدیم تا بحال با آن مخالفت نورزیده است و این اجماع در کتاب در ابن رشد⁵⁴⁰ در کتاب بدایة المجتهد و نهاية المقتصد نقل کرده است.

مطلب چهارم: تطبیق قاعده در شفعه

شریعت اسلام شفعه را یک عمل شرعی دانسته است تا از ضرر، زیان، خصومت و ایجاد دشمنی جلوگیری شود، چون حق تملیک کالای که بیگانه خریده است به «شفیع» موجب می شود. و ممکن ضرری را که از طرف فرد بیگانه متوجه او است از خود دور کند یعنی این حق سبب می شود شفیع متضرر نشود. امام شافعی گفته است: ضرر و زیان که ممکن است به شفیع وارد شود عبارت از هزینه و زحمت تقسیم و تفکیک ملک یا ضرر مشارکت یا ایجاد ساختمان ها و غیر آن است.⁵⁴¹

بنابر این

بخاطر دفع مشقت و آوردن سهولت در زندگی روزمره و همچنان برقراری نظم در اجتماع نیاز به استفاده از سهولت که شریعت بر اساس آیه ذیل: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)⁵⁴² جواز داده است.

539- سجستانی، سنن ابی داود، شماره حدیث: ۳۵۱۸، و ترمذی میگوید: درجه این حدیث حسن غریب است (مراجعه شود به: زیلعی، نصب الرایة فی تخریج احادیث الهدایة، کتاب الشفعة، ص ۴۱۹-۴۲۲).

540- ابو الولید محمد بن احمد بن رشد اندلیسی متولد سال ۱۱۲۶ میلادی در قرطبه- اسپانیا، و متوفای دهم دسامبر سال ۱۱۹۸ میلادی در مراکش، فیلسوف نامدار و فقهی مذهب مالکی بود، علاوه در رشته های کلام، حقوق، فقه، طب، ریاضیات، نجوم و فلسفه تحصیل کرده که در سال ۱۱۸۲ میلادی ابتداء به عنوان طبیب و سپس به عنوان قاضی در کردوبا مشغول گردید. از آثار و تألیفات وی میتوان به: «بدایة المجتهد و نهاية المقتصد»، «مناهیج الادله»، «المسائل»، «کتاب اخلاق» و غیره اشاره نمود. (مراجعه شود به: ذهبی، سیر اعلام النبلاء، ج ۲۱، ص ۳۰۹).

541- سابق، سید، ترجمه فقه السنه، ص ۱۸۷۶، مترجم: محمود ابراهیمی.

542- حج، ۷۸.

نتیجه گیری

یافته های این تحقیق نشان می دهد که دامنه مباحث فقهی همانطور که در گذشته ها پاسخگو به نیازهای مردم بود امروزه نیز پاسخگو به مسایل مستحدثه روز است.

این تحقیق - قاعده المشقة التجلب التیسیر - را مورد بررسی علمی قرارداد که نتایج ذیل از آن بدست آمد:

1- آنچه در فصل اول به عنوان مقدمه و ورود به مباحث اصلی صورت گرفت؛ روی تعاریف مصطلحات کلیدی تحقیق از قبیل: قاعده، ضابطه، مشقت، تیسیر، انواع و اسباب آن دو و دلایل مشروعیت قاعده المشقة تجلب التیسیر بود، که با بررسی مصطلحات فوق الذکر به بحث اصلی نزدیک شد.

2- موضوع بحث در فصل دوم ارکان و شروط عقد بود. رکن مربوط به ذات و ماهیت شیء است و شرط مربوط به بیرون آن شیء به عبارتی؛ شرط وابسته به رکن است اما رکن وابسته به شرط نیست. ارکان عقد از دید احناف ایجاب و قبول، اما از دید جمهور (مالکی، شافعی حنبلی) عاقد، معقود علیه وصیغه است، که با کتابت، با ارسال سفیر، با اشاره، و با وسایل الکترونیکی منعقد می گردد شروط عقد اعتبار و اتحاد مجلس: با کتابت، با ارسال سفیر و با وسایل الکترونیکی مطالب و موضوعات در این فصل بشکل تطبیقات مورد بررسی قرار گرفته است.

3- فصل سوم موضوع تطبیق قاعده المشقة تجلب التیسیر را در خصوص موارد ذیل «رهن، بیع سلم، کفالت، وکالت، اقاله، اجاره، مضاربت، عاریت، قرض و شفع) را مورد بحث و بررسی قرار داد.

1- عقد رهن عبارت از عقدی است که شریعت اسلام آن را جواز داده است. این عقد توسط آیات قرآن کریم، احادیث نبوی، اجماع امت و قیاس ثابت گردیده و از جمله عقود است که قابلیت تطبیق را با قاعده بزرگ فقهی المشقة تجلب التیسیر دارا می باشد. با تطبیق قاعده مزبور میتوانیم به سهولت ها دست یافته و از مشقت ها بدور بمانیم.

۲- سلم به معنای پیش فروش، پیش خرید، و پیش پرداخت گفته شده است. فقهای مذاهب اربعه اتفاق نظر بر این دارند؛ با انجام دادن رکن بیع سلم که همانا ایجاب و قبول است، معامله منعقد می گردد، که این معامله توسط قرآن، سنت و اجماع امت، مشروع گردیده است. تحقیق هذا نشان دهنده آن است که بیع سلم با قاعده کبرای فقهی المشقة تجلب التيسير قابل تطبیق بوده و در نتیجه پی می بریم که بیع سلم بهترین تمویل کننده بخش اقتصادی و تهیه مصارف زنده گی انسان ها می باشد که توسط انجام این معامله مردم از مشقت فقر نجات پیدا می کنند.

3- کفالت از جمله اموراتی است که از زمان رسول خدا صلی الله علیه وسلم تا ایندم مردم به آن عمل می کنند. دلیل شرعی کفالت قرآن کریم و سنت رسول خدا صلی الله علیه وسلم و اجماع امت بوده و هیچ یک از علمای کرام از آن منکر نشده اند. مسلمانان از زمان رسول الله صلی الله علیه وسلم تا ایندم کفالت یکدیگر را به عهده می گیرند، معامله کفالت نیز از جمله اموراتی است که با قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير قابل تطبیق بوده و در نتیجه دانسته می شود که توسط انجام کفالت مردم می تواند نیاز و ضرورت خود را مرفوع نمایند.

4- وکالت یکی از نیازهای مبرم مردم جامعه است. اسلام عزیز آن را جایز دانسته و جواز آن توسط قرآن کریم و سنت رسول خدا صلی الله علیه وسلم ثابت شده است، که در ضمن مشروع بودن آن در شریعت، وکالت با قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير قابل تطبیق می باشد که هدف از مشروعیت قواعد فقهی نیز دست یابی مردم به سهولت و آسانی می باشد که از لابلای بحث به این نتیجه می رسم همه انسان ها قادر به انجام کارهای خود نیستند و از عهده بعضی امور خویش برآیند و نیاز دارند برای انجام کار خویش کسی را به جای خود قرار دهند تا کار او را به نیابت از او انجام دهد که این خود بهترین سهولت می باشد.

5- اقاله که به معنای رفع و یا فسخ می باشد از جمله خوبی های دین مقدس اسلام و نماد تسامح و تعاون در بین افراد جامعه می باشد. اقاله تاثیر بسزای اقتصادی و اجتماعی دارد که شریعت اسلامی عمل به آن را مشروع گردانیده که مشروعیت آن توسط قرآن کریم و سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم و اجماع امت ثابت گردیده است. تحقیق حاضر تطبیق اقاله بر قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير صورت گرفته و در نتیجه دانسته می شود که با انجام اقاله می توان از ضرر و زیان در معامله جلوگیری نمود.

6- اجاره نیز از عقود معاوضاتی بوده که از گذشته های دور تا ایندم جریان دارد. مشروعیت آن توسط قرآن کریم و سنت رسول خدا صلی الله علیه وسلم و اجماع امت ثابت شده است و مردم بدان عمل می کنند. در ضمن اینکه مشروع بودن این قاعده قابلیت تطبیق با قواعد فقهی از جمله قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير را نیز دارد و از بررسی تحقیق هذا به یکی از جنبه های تیسیر آن دست یافتیم، ضمن

اینکه این معامله مشروع گردیده یکی از جنبه های تیسر و آسانی آن این است که در زمین و دیگر اشیاء مال بدون اینکه از ملکیت و تصرف انسان خارج گردد تا مدتی معین می توان از آن نفع حاصل کرد.

7- عاریت یکی از اعمال نیکویی است که دین مقدس اسلام آن را مورد تشویق و ترغیب قرار داده است و ثابت شده توسط قرآن کریم، سنت رسول خدا صلی الله علیه وسلم اجماع امت می باشد و مطابقت با قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير را دارد و تحقیق فوق بیان گراین است که عاریت بهترین وسیله برای تعاون و همکاری می باشد.

8- حکم شرعی مضاربت با اجماع علمای کرام جایز است و مشروعیت این حکم توسط قرآن کریم سنت رسول خدا صلی الله علیه وسلم اجماع امت ثابت شده است حتی قبل از ظهور اسلام نیز مردم برای منفعت این معامله را انجام می دادند، چنانچه که داستان تجارت حضرت بی بی خدیجه برای ما آشکار است. در ضمن مشروع بودن این حکم خواستیم از سهولت و آسانی های آن نیز بهره مند شده و این حکم را بالای قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير تطبیق بدهیم که این حکم نیز قابل تطبیق بوده و نتیجه به دست آمده از معلومات فوق ماره آگاه می سازد که، یک: تجارتي که در آن زیان و ربا نباشد ضمن مشروع بودن حرج را از فراه راه انسان دور می سازد. دو: از داستان تجارت حضرت بی بی خدیجه چنین نتیجه گرفته می شود که شارع مقدس حکم مضاربت مخصوص یک جنس و یا یک گروهی نگردانیده است، بلکه هر فرد می تواند از سهولت ها و تخفیف های شریعت استفاده نموده و خود را از مشقت اقتصادی نجات دهد.

9- قرض وسیله ای است که قرض دهنده بوسیله ای آن خود را به خداوند متعال نزدیک نموده و تقرب می جوید چون دست گیری یک فقیر در حالت تنگنا و مضایقه به وسیله ای قرض دادن موجب شفقت و مهر ورزیدن میشود، حکم وام یا قرض در شریعت جواز دارد و توسط قرآن کریم سنت رسول خدا صلی الله علیه وسلم ثابت شده است. و چنانچه که هدف از قرض دادن نجات یافتن قرض گیرنده رهایی از مشقت فقر است پس قاعده المشقة تجلب التيسير درین باب نیز قابل تطبیق بوده و در نتیجه در می یابیم که قرض دادن به یک شخصی که در تنگنا قرار گرفته است موجب آسانی و گشایش گره ها از کار هایش می شود که این خود موجب سعادت به قرض گیرنده و قرض دهنده می شود.

10- شفعه به دلیل سنت حضرت پیامبر صلی الله علیه وسلم ثابت شده است و علمای کرام نیز برای شرعی بودن آن اتفاق نظر دارند و چون هدف از مشروعیت شفعه نجات یابی از ضرر و زیان است این حکم قابل تطبیق بوده با قاعده المشقة تجلب التيسير.

و نتیجه به دست آمده ازین مبحث این است که شفعه یک عمل شرعی بوده و دور کننده خصومت و دشمنی از راه مردم است

پشنهادات:

در قسمت تدوین پایان نامه ها موضوعات ذیل برای محصلین پشنهاد می گردد:

- 1- بررسی و تطبیقات معاملات؛ جعاله، عرایا، وفا و غیره در قاعدهُ المشقة تجلب والتیسیر.
- 2- تطبیقات قاعده المشقة تجلب والتیسیر در جنایات.
- 3- بررسی و تطبیقات معاملات در فروع قاعدهُ المشقة تجلب التیسیر.

1- فهرست آيات

شماره	نص آيات مبارکه	آدرس سوره و آيه	صفحه
۱	{وَادِّ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمَ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلَ }	سورة البقره آيه 127	5
۲	{ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ }	سورة البقره آيه 18	10
۳	{ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ }	سورة البقره آيه 185	11
۴	{ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ }	سورة البقره آيه 184	22
۵	{ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ }	سورة البقره آيه 280	43
۶	{ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ }	سورة بقره آيه 275	34
۷	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ }	سورة بقره، آيه 282،	78
۸	{ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ }	سورة بقره، آيه 283	70
۹	{ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا }	سورة، البقره، آيه 245	95
۱۰	{ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ }	سورة، البقره آيه 195	80
۱۱	{ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ }	سورة بقره ، آيه 198	29
۱۲	{ قَالَ ءَأَيْنِكَ ءَأَلَا تَكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِنْ رَمَزَا }	سورة آل عمران آيه 1	28
۱۳	{ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا }	سورة النساء آيه 28	12
۱۴	{ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }	سورة النساء، آيه 29	32
۱۵	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ }	سورة النساء، آيه 29	45
۱۶	{ فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ }	سورة النساء، آيه 6	75
۱۷	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }	سورة مائده آيه 1	25
۱۸	{ وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ }	سورة مائده آيه 2	96
۱۹	{ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا }	سورة توبه، آيه 60	92
۲۰	{ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ }	سورة يوسف، آيه 66	68
۲۱	{ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ }	سورة يوسف، آيه 72	88
۲۲	{ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغَيْهِ إِنْ أَرَادْتَ إِلَّا }	سورة النحل، آيه 7	9
۲۳	{ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَحَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ }	سورة النحل آيه 26	19
۲۴	{ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِذَا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ }	سورة النحل آيه 106	22
۲۵	{ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ }	سورة كهف، آيه 19	36
۲۶	{ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا }	سورة كهف، آيه 77	63

88	سورة حج آيه 77	{ وَ افْعَلُوا الْخَيْرَ }	٢٧
11	سورة حج، آيه 78	{ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ }	٢٨
65	سورة، التغابن آيه 17	{ إِنَّ تَقْرُؤُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَاعَفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ }	٢٩
78	سورة القصص، آيه 26- 27	{ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرَ }	٣٠
21	سورة الحجرات آية 1	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَنَا تَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ }	٣١
34	سورة، الحديد، آيه 11	{ مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعَفْهُ لَهُ }	٣٢
67	سورة طلاق، آيه 6	{ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ }	٣٣
60	سورة القلم، آيه 40	{ سَلِّمُوا إِلَيْهِمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ }	٣٤
97	سورة طور، آيه 21	{ كُلُّ أَمْرٍ إِذَا مَا كَسَبَ رَهِيْنٌ }	٣٥
100	سورة مزمل آيه 20	{ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ }	٣٦
82	سورة مدثر، آيه 38	{ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ }	٣٧
143	سورة الماعون، آيه 7	{ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ }	٣٨

2- فهرست احاديث نبوى

شماره	احاديث نبوى	مصدر	صفحه
١	« إِنِّي أُرْسِلْتُ بِحَيْفِيَّةٍ سَمْحَةٍ »	فتح البارى	103
٢	« ان الله يحب ان توتى رخصه كما يحب ان توتى عزائمه »	صحيح بن حبان	29
٣	« أما أحدهما فقد أخذ برخصة الله، وأما الثانى فقد صدع »	رياض الصالحين	46
٤	« انما البيع عن تراض »	ابن ماجه	45
٥	« إن ابوا الا ان تاخذوا كرها فخذوا »	ترمذى	58
٦	« إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّزَّاقُ وَإِنِّي لَأَرْجُو »	ترمذى	28
٧	« الْمَدِينَةُ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ، »	الجامع الصحيح	85
٨	«العارية مؤداة و الزعيم غارم و الدين مقضى»	الجامع ترمذى	79
٩	« أقبلو ذوى الهيئات عثراتهم إلا فى الحدود »	سنن ابى داوود	90
١٠	« أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »	سنن ابن ماجه	93
١١	«إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه»	سنن الكبرى	105
١٢	«العارية مؤداة»	سنن ابى داوود	125
١٣	« أيما اهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جانعاً »	مصنف ابى شيبيه	45
١٤	«استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم يسناً فأعطى سناً»	صحيح مسلم	49
١٥	« الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها و إن كان غائباً »	سنن ابى داود	72
١٦	« بل عارية مضمونة »	سنن ابى داود	95
١٧	« دَعُوهُ وَهَرِيفُوا عَلَى بَوْلِهِ سَجَلًا مِنْ مَاءٍ، أَوْ دُثُوبًا مِنْ »	صحيح البخارى	20
١٨	« دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »	صحيح مسلم	30
١٩	« ولايحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب ألنا بيته له»	ابن ماجه	55
٢٠	« ولبن الدر يشرب بنفته اذا كان مرهونا »	صحيح البخارى	68
٢١	« و جاءه بدينار و شاة، فدعا له بالبركة فى بيعه »	صحيح البخارى	62
٢٢	« و رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه و لم يعطه أجره »	صحيح البخارى	75
٢٣	« كل غلام رهينة بعقيقته »	بيهقى	68
٢٤	« كافل اليتيم له أو لغيره انا و هو كهاتين فى الجنة »	صحيح مسلم	84
٢٥	« لايحل ما امرء مسلم الا بطيب نفس منه»	ترمذى	38

14	صحيح البخارى	« مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِنَّا »	٢٦
62	مسند امام احمد	« من احتكره طعاماً اربعين ليلة فقد ترى من الله تعالى »	٢٧
62	ابن ماجه	« من احتكر على المسلمين طعامهم، ضربه الله بالجذام »	٢٨
81	ابوداود	« مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرُقُهُ إِلَى غَيْرِهِ »	٢٩
98	بخارى	« مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى »	٣٠
70	بخارى	« من يهودى طعاماً بنسبته، ورهنه درعه »	٣١
98	صحيح ابن حبان	« من أقال نادماً بيعته أقال الله تعالى عثرته يوم القيامة »	٣٢
122	سنن ابن ماجه	« من أقال نادماً يبيعه أقال الله عثرته »	٣٣
121	سنن ابوداود	« من قال مسلماً أقال الله عثرته »	٣٤
143	سنن ابن ماجه	« من أقال نادماً أقال الله عثرته »	٣٥
136	سنن ابن ماجه	« ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين »	٣٦
37	صحيح مسلم	« نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس »	٣٧
13	صحيح البخارى	« عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، »	٣٨
13	صحيح البخارى	« عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: يَسِّرُوا وَلَا تَعَسِّرُوا »	٣٩
87	صحيح مسلم	« فَأَرْسَلْ إِلَيْهَا بِشَعِيرٍ فَسَخَطَتْهُ »	٤٠
98	سنن ابن ماجه	«فقلت: يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة »	٤١
69	بخارى	« قُلْتُ أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ »	٤٢
٦٢	صحيح البخارى	«قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: صَلَّى عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَى دَيْئِهِ فَصَلَّى»	٤٣
62	صحيح البخارى	« قال رسول الله ص قال من احتكره فهو خاطئ »	٤٤
89	صحيح مسلم	« قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة »	٤٥
96	صحيح بخارى	« رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى »	٤٦
95	سنن ابن ماجه	«ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل و المقارضة»	٤٧

۳- فهرست اعلام

شماره	اسامی شخصیت های علمی	صفحه
۱	ابن منظور	۳۶
۲	ابراهیم محلی	۵۲
۳	أبو الحسن التوسلي	۸
۴	ابن تیمیه	۱۰۹
۵	انس ابن مالک	۹
۶	الحصکفي	۱۱۶
۷	زیلعی	۱۰۹
۸	کاسانی قدوری	۲۷
۹	نووی	۷۸
۱۰	عبدالله دوسی	۳۰
۱۱	عبدالله بن مسعود	۱۰
۱۲	علی حیدر أفندی	۱۰۹
۱۳	عبد الله بن ابی اوفی	۱۴۲
۱۴	عبدالرحمن بن ابزی	۱۲۷
۱۵	قرافی	۳۵
۱۶	شافعی	۲۸
۱۷	تهانوی	۱۰۹

منابع ومأخذ.

- ١- احمد، ابن فارس، بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، ناشر: دار الفكر، سال: ١٣٩٩ قمرى - ١٩٧٩ ميلادى، جلد ٥.
- ٢- إسماعيل، ابن كثير، بن عمر. تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامى بن محمد سلامة ناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية ١٤٢٠ هـ.ق، جلد 2.
- ٣- أبوحيان الأندلسى، محمد بن يوسف. تفسير البحر المحيط، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ على محمد معوض. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢ هـ. ق، جلد 6.
- ٤- ابو محمد، ابن قدامه، موفق الدين عبدالله بن محمد، المغنى، ناشر: دارالعالم الكتب- القاهرة، سال ١٤١٧ قمرى، ج ٣.
- ٥- ابى البركات، الدردير، احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغير، على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، چاپ اول، دار المعارف، قاهره، جلد ٣.
- ٦- ابى القاس، الطبرانى، سليمان بن احمد، تحقيق، ابو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد عبدالحسن بن ابراهيم الحسينى، المعجم الوسيط الطبرانى، ناشر، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ اول بدون سنه، جلد ١.
- ٧- ابو زكريا، نووى، محى الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، ناشر: ادارة الطباعة المنيرية- مطبعة التضامن الاخوى- القاهرة، سال: ١٣٤٤ هجرى قمرى، جلد 9.
- ٨- احمد، فيومى، بن محمد بن على، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير، ناشر: مكتبة لبنان، طبع دوم، سال ١٤١٤ هجرى قمرى، جلد ١.
- ٩- ابو العباس، قرافى، شهاب الدين احمد بن ادريس، انوار ابروق فى أنواع الفروق، ناشر: عالم الكتب، بدون طبع و بدون تاريخ، جلد ١.
- ١٠- ابو عبدالله، قرطبى، محمد بن احمد بن أبى بكر بن فرح الانصارى الخزرجى شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، ناشر: دارالكتب المصرية- القاهرة، طبع دوم، سال ١٣٨٤ قمرى- ١٩٦٤ ميلادى، جلد ١١.
- ١١- ابو الحسين، قشيرى، مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، بيروت: دار الجيل، بى، تا، جلد ٥.
- ١٢- ابو الحسن، مرغينانى، برهان الدين على بن ابى بكر بن عبد الجليل الفرغانى، الهداية فى شرح بداية المبتدى، ناشر: دار الاحياء التراث العربى- بيروت- لبنان، سال: ١٤٤٠ هجرى قمرى- ٢٠١٩ ميلادى، جلد ٣.

- ١٣- احمد، معبرى، بن عبدالعزيز بن زين الدين بن على بن احمد، فتح المعين بشرح قرّة العين، ناشر: المطبعة الميمنية- مصر، طبع اول، سال ١٤٢٤ هجرى قمرى- ٢٠٠٤ ميلادى، جلد ١.
- ١٤- اسامه، محمد اللحم، بن حمود، بيع الدين و تطبيقاته المعاصره فى الفقه الاسلامى. الممكة العربية السعودية، رسالة الدكتورى، 1429 ق.
- ١٥- ابو اسحاق، شاطبى، ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمى، الموافقات فى اصول الشريعة، ناشر: دار ابن عفان، طبع اول، سال ١٤١٧ هجرى- ١٩٩٧ ميلادى، جلد ٢.
- ١٦- ابوداود سليمان بن الاشعث، سجستانى، سنن ابى داود، شرح البانى، بيروت: دار الكتب العربى، جلد 3.
- ١٧- ابوزكريا، نووى، محيى الدين يحيى روضه الطالبين و عمدة المفتين. بيروت: بيروت: المكتبة الاسلامى، 1405 هـ ق، جلد ١.
- ١٨- ابوالنجا، حجاوى، شرف الدين موسى بن سالم بن عيسى، زادالمستفنع فى اختصار المقنع، ناشر: دار الوطن للنشر- الرياض، سال ٢٠١٩ ميلادى.
- ١٩- اسماعيل، جوهرى، بن حماد، الصحيح تاج اللغة و صحاح العربيه، ناشر: دارالعلم للملبيين- بيروت، طبع چهارم، سال ١٤٠٤ قمرى، جلد ٢.
- ٢٠- أحمد، زرقا، بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، مكان النشر دمشق / سوريا ، سنة النشر ١٤٠٩ هـ-١٩٨٩ م.
- ٢١- احمد، بيهقى، بن الحسين بن على بن موسى الخسرو جردى الخراسانى، ابوبكر (المتوفى ، ٥٤٥٨هـ)، السنن الصغير للبيهقى، المحقق: عبدالمعطى امين قلجى، جامعة الدراسات الاسلاميه، كراتشى - باكستان، ط: اول، ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م (٢٣٠١٢).
- ٢٢- ابى القاس، الرافعى، عبدالكريم بن محمد، المتوفى، سنة ٥٦٢٣ هـ ، فتح العزيز شرح الوجيز، ناشر، دار الفكر، بيروت، چاپ اول بدون سنة، جلد چهارم.
- ٢٣- ابو عبدالله محمد، قرطبى، بن احمد الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخارى، الرياض: دار علم الكتب، 1423 هـ ق. جلد ٣.
- ٢٤- ابو اسحاق، ابن مفلح، برهان الدين ابراهيم بن محمد، المبدع فى شرح المقنع، ناشر: المكتبة الاسلامى، سال ١٤٠٠ هجرى- ١٩٨٠ ميلادى، جلد ٤.
- ٢٥- ابومحمد، ابن قدامه، ا موفق الدين عبدالله بن احمد، بن محمد بن قدام المقدسى ثم الدمشقى الحنبلى، الكافى الناشر، دار لكتب العلميه، چاپ اول، سال 1414 هـ و 1994 م، جلد ٢.
- ٢٦- ابو عبدالله، ابن ماجه، محمد بن يزيد الربعى القزوينى، سنن ابن ماجه، (باب الاقاله) ناشر، دار ل فكر ، بيروت، بدون سنه.

- ٢٧- ابو عبدالله، الاصبحي، مالك بن انس، موطا امام مالك، ناشر، دارلقلم، دمشق، چاپ اول سال ١٤١٣هـ و ١٩٩١م جلد دوم.
- ٢٨- ابن ملقن، سراج الدين ابو حفص عمر بن علي بن احمد، عجالة المحتاج، ناشر: دارالكتاب إربد- الاردن، سال ١٤٢١هـ جري قمرى- ٢٠٠١ ميلادى، جلد ٢.
- ٢٩- أبو الحسنات، انصارى، محمد عبدالحى اللكنوى الهندى فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، دار الكتب العلميه، بيروت - لبنان، بى تا، جلد ١.
- ٣٠- ابومحمد، ابن قدامه، موافق الدين عبدالله بن احمد بن محمد قدام المقدسى ثم الدمشقى الحنبلى، الكافى، ناشر، دارلكتب العلميه چاپ اول سال ١٤١٤ هـ و ١٩٩٤، جلد ٢.
- ٣١- احمد، القيومى، بن محمد بن على المقرئ المصباح المنير، چاپ اول، دار الكتب العلميه، بيروت، 1978م.
- ٣٢- الموسوعة الفقهية الكويتية ، صادر عن : وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، طبع الوزارة، ج 20، 1404-1427هـ.
- ٣٣- ابوجيب، سعدى، القاموس الفقهى اللغة اصطلاحا، دمشق: دار الفكر، الطبعة الثانية، 1408ق.
- ٣٤- بهوتى: الروض المربع شرح زاد المستقنع، طبع ششم، سال: ١٤١٤ هجرى قمرى- ١٩٩٤ ميلادى، جلد ٢.
- ٣٥- دكتور يعقوب، باحسين، عبدالوهاب، رفع الحرج فى الشريعة الاسلاميه، مكتبه الرشد، ١٤٢٠هـ
- ٣٦- دكتور زياد ابراهيم محمد، نجار، مدى كفاية قواعد التغيرير والغبن لحماية المستهلك فى العقود الالكترونية، جامعة عمان، اردن 2014.
- ٣٧- وهبه، زحيلي، الفقه الاسلامى و أدلته، ناشر: دار الفكر- دمشق- سوريه، سال ١٤٠٩ هجرى قمرى- ١٩٨٩ ميلادى، جلد 1.
- ٣٨- وهبه، زحيلي، القواعد الفقيهيه و تطبيقاتها فى المذاهب الابعه، ناشر: دار الفكر - دمشق طبع اول سال 1427- هجرى قمرى - 2006 ميلادى، جلد 1.
- ٣٩- وهبه، زحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، بيروت، مؤسسه الرساله الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥م.
- ٤٠- زين الدين، ابن نجيم، بن ابراهيم بن محمد، الاشباه و النظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان و شرحها للحموى، ناشر: دارالكتب العلميه - بيروت - لبنان، جلد 1.
- ٤١- زين الدين، ابن رجب، أبى الفرغ عبد الرحمن ابن شهاب الدين، البغدادى فتح البارى، الطبعة : الثانية، دار ابن الجوزى - السعودية / الدمام - ١٤٢٢هـ، جلد ١.

- ٤٢- طهماز، عبدالحميد محمود، الفقه الحنفي في ثوبة الجديد، انتشارت: مكتبة الحبيبيه، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ارگ كندهار افغانستان، جلد ٢.
- ٤٣- يعقوب، باحسين، بن عبدالوهاب، المشقة تجلب التيسير، دراسة نظرية - تاصيلية - تطبيقية، مكتبة الرشيد، 1424 هـ . الرياض.
- ٤٤- يعقوب، باحسين، بن عبدالوهاب الباحسين، القواعد الفقيهيه، الرياض، مكتبة الرشيد 1998.
- ٤٥- محمد بن محمد، البابرتي، اكمل الدين ابو عبدالله ابن شيخ شمس الدين اين شيخ جمال الدين ارومي، العناية شرح الهدايه، ناشر، دارلفكر، بيروت بدون تاريخ چاپ جلد ٦.
- ٤٦- محمد بن محم، العيني، بن أحمد بن موسى بن احمد حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (متوفى 1855: لبناية شرح الهدايه، ناشر، دار الكتب علميه، بيروت چاپ اول سال ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، جلد ٨.
- ٤٧- مجد الدين عبدالسلام، البركات مجد الدين عبدالسلام، المنتقى من اخبار المصطفى، ناشر: المطبعة الفاروقية في دهلي- الهند، سال ١٢٩٦ هجري قمرى، جلد ٢.
- ٤٨- مسلم، النيسابورى، بن الحجاج ابو الحسن القشيري (٢٠٤ - ٢٦١ هـ ق)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله «صلى الله عليه وسلم □» (مشهور به صحيح المسلم)، المحقق: محمد فواد عبدالباقي، دار احياء التراث العربية : بيروت، جلد ٣.
- ٤٩- منصور، بهوتى، بن يونس، كشاف القناع، عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، مصطفى هلال، بيروت: دارالفكر، 1402ق، جلد ٣.
- 50- منصور، بهوتى، بن يونس بن ادريس، شرح منتهى الارادات، ناشر: عالم الكتب- بيروت- الرياض، طبع اول، سال ١٤١٤ هجري قمرى- ١٩٩٣ ميلادى، جلد ٢.
- 51- محمد بن اسماعى، بخارى، الجامع الصحيح المختصر، جلد ٢.
- ٥٢- منصور، بهوتى بن يونس بن ادريس، كشاف القناع، دارالفكر للطباعة والنشر، بيروت سال ١٩٨٢ جلد 3.
- ٥٣- محمد، حصكفى، بن على بن محمد بن عبدالرحمن الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الابصار، ناشر: داراكتب العلميه، طبع اول، سال: ١٤٢٣ هجري قمرى- ٢٠٠٢ ميلادى، جلد ١.
- ٥٤- محمد بن جرير، طبرى، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: احمد محمد شاكرا، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ ق، بيروت، جلد ٦.
- ٥٥- مصطفى ابراهيم و الزيات احمد عبدالقادر، حامد و النجار محمد، المعجم الواسط، چاپ دوم، مطبعه مصر، جلد ١.
- ٥٦- محمد تقى، عثمانى، احكام معاملات، ترجمه: محمد صادق رحمانى. تربت جام: انتشارات خواجه عبدالله انصارى، جلد ١، ٢.

- ٥٧- محمد، عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ناشر: دارالفكر- بيروت، طبع اول، سال ١٤٠٤ هجرى قمرى- ١٩٨٤ ميلادى، جلد ٥.
- ٥٨- محمد شفيح، عثمانى، مترجم: محمد يوسف، حسين پور، تفسير معارف القرآن، چاپ پنجم، مكتبة الحقانيه پشاور.
- ٥٩- محمد، عامر، ملخص الاحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، ناشر: المطبعة الأهلية- بنغازى، طبع دوم، سال: ١٣٩٢ هجرى قمرى- ١٩٧٢ ميلادى.
- ٦٠- محمد، فيروز آبادى، بن يعقوب، القاموس المحيط، ناشر: دارالكتب العلمية- بيروت- لبنان، سال ١٤١٥ قمرى- ١٩٩٥ ميلادى، چاپ اول، جلد 2.
- ٦١- محمد على، صابونى، صفوة التقاسير، مترجم: سيد محمد طاهر حسيني، ، چاپ اول، مكتبة الحقانيه، پشاور.
- ٦٢- محمد، صنعانى، بن اسماعيل سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق وتعليق: خليل مأمون شيحا، پشاور مكتبة نعمانيه، بى، تا، جلد ٣.
- ٦٣- محمد، بخارى، بن اسماعيل الجامع الصحيح المختصر، تحقيق و تعليق مصطفى ديب البغا، بيروت: دار ابن كثير، طبع سوم ١٤٠٧ هـ ق جلد ٢.
- ٦٤- مصطفى السيوطى، رحيبانى، مطالب اولى النهى فى شرح غاية المنتهى، ناشر: المكتبة الاسلامى، طبع اول، سال ١٣٨١ هجرى قمرى- ١٩٦١ ميلادى، جلد ٣.
- ٦٥- محمد عثمان، شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، چاپ دوم، الاردن: دارالنفائس للنشر والتوزيع، (1430 هـ).
- ٦٦- محمد بن على، تهانوى، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ناشر: مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، چاپ اول، ١٤١٧ قمرى، جلد 5.
- ٦٧- مصطفى، خرم دل، تفسير نور، چاپ دهم، 1393، نشر احسان، تهران.
- ٦٨- محمد سيد، طنطاوى، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، ناشر، دارالنهضة، مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفحاله، القاهرة، چاپ اول ، سال ٢٩٩٧م، جلد ٣.
- ٦٩- محمد رواس قلجى - حامد صادق قنبيى، معجم لغة الفقهاء، جلد 1 دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م.
- ٧٠- محمد، معين، فرهنگ فارسى، تهران. نشر امير كبير، چاپ يازدهم، 1376، جلد 1.
- ٧١- مصطفى، ابراهيم و ديكران، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، نشر: دارالدعوة، جلد 1.
- ٧٢- محمد، جندى، الشحات، القرض كأداة للتمويل فى الشريعة الاسلامى، ناشر: المهد العالمى للفكر الاسلامى- القاهرة، طبع اول، سال: ١٤١٧ هجرى قمرى- ١٩٩٦ ميلادى.

- ٧٣- محمد، دسوقي، عرفه. حاشية الدسوقي على شرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، بيروت: دار الفكر، بي تا، جلد 3.
- ٧٤- محمد، زبيدي، بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، الناشر: دار الهداية جلد6، 15.
- ٧٥- مصطفى، زرقاء، احمد، القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: اناشر: دار القلم- دمشق، سال ١٤٢٥ قمرى.
- ٧٦- محمد، زين الدين، المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن على بن زين العابدين الحدادى ثم المناوى القاهرى (المتوفى: ١٠٣١هـ)، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٥٦، جلد ٣.
- ٧٧- محمد مرتضى، زبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس تحقيق مجموعه از محققان بيروت: دار الهدايه ، بي، تا، جلد8.
- ٧٨- مصطفى احمد، زرقاء، المدخل الفقهي العام، ناشر: دار القلم- دمشق، سال ١٤٢٥ قمرى، جلد ٢.
- ٧٩- محمد صدقى، آل بورنو، بن أحمد بن محمد، الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة الرابعة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، جلد ١.
- ٨٠- محمد، ابن قيم الجوزية، بن أبى بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، بي تا، جلد 13.
- ٨١- محمد، ابن منظور، بن مكرم بن منظور الأفريقى المصرى، لسان العرب، دار صادر- بيروت، الطبعة الأولى، جلد ٤.
- ٨٢- محمد، ابن جزى، بن أحمد، القوانين الفقهية محل كتاب: مكتبه شامله.
- ٨٣- محمد، ابن منظور، بن مكرم، لسان العرب، دار صادر- بيروت، چاپ سوم، سال ١٤١٤ قمرى، جلد3.
- ٨٤- محمد، ابن عابدين بن امين، ردالمحتار على الدرر المختار، شرح تنوير الابصار، تحقيق و تعليق: عادل احمد عبدالموجود و على محمد معوض رياض. دار عالم الكتب 1423ق. جلد ٧.
- ٨٦- محمد، أمين، ابن عابدين، ردالمحتار على الدر المختار، چاپ دوم، مطبعة مصطفى البانى الحلبي، سال 1966، جلد5.
- ٨٧- محمد، ابن رشد، بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تحقيق: عبدالرزاق المهدي. پشاور: مكتبة الحقانية، بي، تا.
- ٨٨- محمد، ازهرى، بن احمد بن الازهرى الهروى ابومنصور، تهذيب اللغة، ناشر: دار الحياء التراث العربيه- بيروت، طبع اول، سال ٢٠٠١ ميلادى، جلد ١٠.

- ٨٩- مجد الدين، ابن اثى، ابوالسعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبدالكريم الشيبانى الجزرى، النهاية فى غريب الحديث و الاثر، ناشر: المكتبة العلمية- بيروت، سال ١٣٩٩ هجرى قمرى- ١٩٧٩ ميلادى، جلد٤.
- ٩٠- مصنف، ابن ابى شيبه، ابن ابى شيبه، كتاب البيوع و الاقضية، باب فى احتكار الطعام، جلد٤.
- ٩١- نزيه، حماد، معجم المصطلحات المالية الاقتصادية فى لغة الفقهاء، ناشر: دارالقلم- الدار الشامية، طبع اول، سال ١٤٢٩ هجرى قمرى- ٢٠٠٨ ميلادى.
- ٩٢- سليمان، السجستاني، بن الاشعث بن شداد بن عمرو، الازدى ابو داود سنن ابو داود ناشر، دارالكتاب العربى ، بيروت، چاپ مطبع محمدى ، هند، سال ١٣٤٦ه سنن ابو داود، جلد٣.
- ٩٣- سراج الدين، ازهرى، ابو حفص عمر بن على انصارى معروف به ابن الملتقن، الاشباه و النظائر فى قواعد الفقه، ناشر: دار ابن قيم للنشر و التوزيع- رياض، المملكة العربية السعودية، طبع اول- جلد 1.
- ٩٤- سيد محمد، صدر، ماوراء الفقه، ناشر: دارالأضواء هيئة تراث السيد الشهيد الصدر- بيروت- لبنان- نجف- عراق، سال ١٤٣٠ هجرى قمرى- ٢٠٠٩ ميلادى، جلد٤.
- ٩٥- سعدالدين مسعود، تفتازانى، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٦ هـ.ق، جلد2.
- ٩٦- عبدالوهاب، خلاف ، علم اصول الفقه، چاپ شانزدهم، دارلقلم، كويت، 1406 هـ ق.
- ٩٧- عبدالله، موصلى، بن محمد، الاختيار لتعليل المختار، بيروت: دارالمعرفة، الطبعة الرابعة، 1428هـ ق، جلد1.
- ٩٨- عبدالله، موصلى، بن محمود بن مودود الموصلى البلدى، مجد الدين أبو الفضل الحنفى، الاختيار لتعليل المختار، ناشر: مطبعة الحلبي- القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، سال: ١٣٥٦ هجرى قمرى- ١٩٣٧ ميلادى، جلد٢.
- ٩٩- عبد الرحمن، سيوطى، بن أبى بكر، جلال الدين الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠م.
- ١٠٠- عبد الرزاق احمد، سنهورى، نظرية العقد تهران خرسندى چاپ اول، ١٣٩١هـ ش، جلد 1.
- ١٠١- علاءالدين، كاسانى، بدايع الصنائع فى ترتيب الشرائع، بيروت: دارالكتب العربى، 1982م، جلد٥.
- ١٠٢- على، خفيف، التصرف الانفرادى والاراده المنفرده، بحث مقارن، قاهره: دارالفكر العربى، 1430ق.

- ١٠٣- علاء الدين الحصكفي الحنفي ، محمد بن علي بن محمد الحصني) المتوفى :١٠٨٨هـ(، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محقق عبد المنعم خليل إبراهيم دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان الطبعة : الأولى، ١٤٢٣هـ -٢٠٠٢م). .
- ١٠٤- عثمان، ابن حاجب، بن عمر بن ابي بكر بن يونس، جامع الأمهات أو مختصر ابن حاجب، ناشر: اليمامة للطباعة و النشر و التوزيع، طبع دوم- سال ١٤٢١ هجرى قمرى- ٢٠٠٠ ميلادى، ص ٤١٦.
- ١٠٥- على، اكبر، ، دهخدا، لغت نامه دهخدا. تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران چاپ دوم سال ١٣٧٧هـ.ش، جلد 10. 24 على محمد، جرجانى، بن على، التعريفات ناشر، دارالكتاب العربى، بيروت، چاپ اول سال ١٤٠٥هـ، جلد ١.
- ١٠٦- على، جرجانى، بن محمد، التعريفات، ناشر: ناصر خسرو، سال ١٣٦٨ قمرى، بى تا.
- ١٠٧- عبدالرحمن، جزيرى، الفقه على المذاهب الاربعه، ناشر: دارالكتب العلميه- بيروت- لبنان، طبع دوم، سال: ١٣٦٠ هجرى قمرى- ١٤٢٤ هجرى قمرى/ ٢٠٠٣ ميلادى، جلد ٣.
- ١٠٨- على حيدر، أفندى، خواجه أمين، درر الحكام فى شرح مجلة الاحكام، ناشر: دار الجيل، تعريب: فهمى الحسينى، چاپ اول، سال ١٤١١ هجرى قمرى، جلد ١.
- ١٠٩- على حيدر، أفندى، خواجه، أمين در الحكام فى شرح مجلة الأحكام ، دارالجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١م، جلد ١.
- ١١٠- عبد الرحمن ابن قدامة، بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى الجماعلى الحنبلى ٥٩٧- ٦٨٢ هـ ق، المغنى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيبانى، دار الفكر - لبنان بيروت، ط: اول ، ١٤٠٥هـ.ق، جلد ٤.
- ١١١- عبدالرحمن، السعدى، بن ناصر، تيسير الكلام الرحمن فى تفسير كلام المنان(مشهور به تفسير السعدى)، المحقق: عبدالرحمن بن معلا اللويحق، ط: اول(1420 هـ ق).
- ١١٢- فيظ الله، دانش، حقوق وجايب، كابل انتشارات مستقبل، چاپ ششم، 1397 هـ .
- ١١٣- فخرالدين، طريحي، مجمع البحرين، ناشر: تهران، كتابفروشى مرتضوى، چاپ سوم، سال ١٣٧٥ قمرى، جلد 3.
- ١١٤- قونوى، قاسم بن عبد الله أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، محقق: يحيى مراد. بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ ق.
- ١١٥- رضاع، محمد بن قاسم شرح حدود ابن عرفه، بيروت: المكتبة العلميه، الطبعة الاولى، 1350.
- ١١٦- راغب اصفهانى، حسين بن محمد مفردات الفاظ القرآن دمشق: دار القلم، بى، تا، جلد 2.
- ١١٧- شمس الدين ابوبكر محمد، سرخى، المبسوط، تحقيق: خليل محى الدين الميس بيروت: دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ. ق، جلد ١٢.

- ١١٨- شهاب الدين احمد، قليوبى، حاشية على منهاج الطالبين، ناشر: دار الفكر - مصر، بدون طبع، سال ١٤١٥ هجرى قمرى - ١٩٩٥ ميلادى، جلد ٣.
- ١١٩- شمس الدين محمد، رملى، بن العباس احمد بن حمزه شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ناشر: دار الفكر - بيروت، سال ١٤٠٤ قمرى، جلد ٤.
- ١٢٠- شمس الدين محمد بن احمد الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، دار الفكر - لبنان - بيروت، ٩٧٧هـ ق.
- ١٢١- شربيني، محمد خطيب، مغنى المحتاج إلى معرفه معانى ألفاظ المنهاج، بيروت: دار الفكر، بى، تا، جلد ٢.
- ١٢٢- شرف الدين، الحجاوى موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا) المتوفى : ٩٦٠ هـ، (الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل، محقق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة - لبنان - بيروت.
- ١٢٣- تقى الدين، ابن دقيق العيد، ابو الفتح محمد احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام، تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس. بيروت: مؤسسه الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ ق.
- ١٢٤- تقى الدين، ابن تيميه، ابو العباس احمد، مجموع الفتاوى، تحقيق: انوار الباز و عامر الجزار، ناشر: دار الوفاء، الطبعة الثالثة، 1426ق، جلد 20.
- ١٢٥- خفيف، على. التصرف الانفرادى والاراده المنفرده، بحث مقارن، قاهره: دار الفكر العربى، 1430ق.
- ١٢٦- ظاهرى، ابن حزم، مراتب الاجماع فى العبادات و المعاملات و الاعتقادات، ناشر: دار الكتب العلمية- بيروت، بدون طبع و بى، تا.

Abstract

Islamic jurisprudence, in response to the trading necessities crucial for human survival, has established the principle of hardship, known as Al-Mashaqqah Tajlibu Al-taysir. This practice is implemented to prevent difficulties and gaining benefits, aiming to address challenges in people's business dealings.

In the context of this research topic, numerous publications in the form of books, theses, and articles have been produced. However, there is lack of discussions and evaluations regarding the research conducted in the Farsi-Dari language.

The content for this research has been gathered by consulting written sources, utilizing a library-based approach, and has been formulated using a descriptive-analytical and comparative method.

This research aims to explore and investigate the principle of "Al-Mashaqqah Tajlibu Al-taysir" in order to achieve ease and alleviate human challenges in transactions.

The outcomes of this research suggest that religion has considered measures to facilitate the removal of hardships and attract benefits for its adherents in both material and spiritual domains. This principle reflects positively on contemporary issues by alleviating hardships and pursuing benefits.

This study is organized into three chapters. The initial chapter (Introduction) is subdivided into three sections. The first section focuses on defining key terminologies, the second section delves into the evidence and branches of the principle of "Al-Mashaqqah Tajlibu Al-taysir," and the third section examines the various types, causes, and regulations of facilitation (Taysir). The second chapter examines the applications of the principle of "Al-Mashaqqah Tajlibu Al-taysir" in the elements and conditions of contracts, which are organized into two sections. The first section explores the applications of the principle in the elements of contracts, while the second section investigates the application of principles of "Al-Mashaqqah Tajlibu Al-taysir" in the conditions of contracts. Chapter three examines the applications of the principle of "Al-

Mashaqqah Tajlibu Al-taysir" in some contracts that have been legitimately alleviated due to the removal of undue hardship, which are allocated into ten sections. The first section discusses mortgages, the second section discusses advance payment sales, the third section discusses guarantees and bail, the fourth section discusses the proxy, the fifth section discusses dismissal, the sixth section discusses leases, the seventh section discusses parallel contracts, the eighth section discusses bare ownership, the ninth section discusses loans, and the tenth section discusses intercession.

Key terms:

"Mashaqqah" (hardship), "Taysir " (facilitation), "Muamela" (transaction), "Hukm" (ruling), "Fiqh" (Islamic jurisprudence).



**Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master Program in Jurisprudence & Law**



**Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs**

**Examination of bruleof “Hardship brings easa” and
Itsapplications in trausactional Laws
Master’s thesis**

Student: Hatfa Ansari

Supervisor: Dr. Mohammad Younes Ebrahimi

Year: 2024



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

**Examination of bruleof "Hardship brings easa" and
Itsapplications in trausactional Laws
Master's thesis**

Student: Hatfa Ansari

Supervisor: Dr. Mohammad Younes Ebrahimi

Year: 2021