

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جزوه قواعد فقه ۲

برگرفته از کلاس استاد خانم دکتر فهرستی
(و بر اساس جزوه سرکار خانم هروی)

تدوین : محمد سعید محمدی

بهار ۱۴۰۲

m-sm.ir

مقدمه

منبع درس :

کتاب قواعد فقهی حسن بجنوردی

این کتاب ، ترجمه ی فارسی ندارد . ۶ یا ۷ جلد است و عربی است .

کتاب عنوان از آقای ملا احمد نراقی -----> ترجمه فارسی دارد .

می توان همان قاعده ی تدریس شده را از اینترنت سرچ کنیم و بخوانیم ...

معرفی سر فصلهای قواعد فقه ۲ :

۱۰ قاعده است :

- ۱- قاعده نفی سبیل
- ۲- قاعده عسر و جرح
- ۳- العقود تابعه للقصود
- ۴- ما یضمن بصحیه یضمن بفاسده
- ۵- اصالة اللزوم
- ۶- اصالة الصحه
- ۷- قاعده ی غرر(جهل)
- ۸- قاعده الزام
- ۹- انحلال عقود
- ۱۰- تلف المبیع قبل القبض

قواعد مشترک قرار دادها :

قواعد حاکی که بر تمام معاملات سیطره دارد را مورد مطالعه قرار می دهد که در فقه به صورت پراکنده گفته شده است...

جلسه اول

قاعده ی عُسر و حرج

در این قاعده از سه کتاب :

۱- آقای حسن بجنوردی جلد اول

۲- محقق داماد

۳- آقای حمید رضا روحی

استفاده شده است .

روش بجنوردی : اول مستندات است . ولی استاد ابتدا ویژگی ، مفهوم و مضمون و سپس مستندات و مصادیق را عنوان می کند.

ویژگی قاعده ی عُسر و حرج

ویژگی اول : قاعده ی عُسر و حرج ، جزء قواعد معروف و مشهور است .

ویژگی دوم : قاعده ی عُسر و حرج ، جزء قواعد حاکمه است .

کُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ : قاعده ی حاکم ----- < لا ضَرَرَ وَ لا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ

عسر و حرج ----- < این قاعده حاکم بر نص صریح قرآن می شود و نص را محدود می کند.

ویژگی سوم: در مقام امتنان است --- < یعنی امتیاز است . خدا می توانسته از انسان کار شاقی را بخواهد اما لطف خدا به بندگان بوده که آن را از انسان برداشته است . پس در ذات این قاعده ، اِرفاق و لطف بوده است .

ویژگی چهارم: جزء قواعد چند بابی است ----- < یعنی در خیلی جاها استفاده می شود و مثلاً فقط در باب معاملات نیست و هم حکم تکلیفی را بر می دارد و هم حکم وضعی را بر می دارد .

مضمون قاعده ی عسر و حرج

خداوند در نحوه ی قانون گذاری خود ، دستوراتی که بندگان را به سختی می اندازد ، این دستورات را وضع نکرده است . ما می توانیم دستورات و تکالیف را به چند دسته تقسیم کنیم :

دسته اول: تکالیف سهل و آسان ----- < مثل صدقه دادن و انفاق

دسته دوم: تکالیف سختی که موجب ضیق نمی شود (یعنی در فشار نمی گذارد) -- < مثل حفظ حجاب برای بانوان

دسته سوم: تکالیفی که ضیق (سخت) است ولی محال نیست .

دسته چهارم: تکالیف مالا یطاق ----- < امکانش برایمان وجود ندارد .

نتیجه کلی این که :

دسته اول و دوم و چهارم با قاعده ی عُسر و حَرَج بی ارتباط است و فقط دسته سوم در این قاعده وارد می شود و جای دارد ؛ مگر اینکه در شرایطی باشیم که رعایت حجاب برایمان سخت باشد که به زیر قاعده ی عُسر و حرج برویم .

حال برای درک بهتر نتیجه گیری فوق باید بدانیم عُسر و حَرَج چه مفهومی دارد؟
معانی عُسر از نظر لغوی : از نظر لغوی به معنی تنگی ، سختی و دشواری است و نقطه ی مقابل آن یُسْر است .

حَرَج از نظر لغوی : سختی، تنگنا ، انبوه و درهم

در ارتباط معنایی بین عسر و حرج

برخی فقها حَرَج را سخت تر ، ضیق تر و پرمشقت تر از عُسر می دانند .

امام خمینی عُسر و حَرَج را مترادف هم می دانند و فرموده اند لازم نیست به آن مرحله برسد که خیلی به سختی برسد .

محقق داماد رابطه بین عسر و حرج را ، **عموم خصوص مطلق** دانسته و عُسر را عام و حَرَج را خاص می داند.

مثال محقق : داروی تلخ به فرزندان دادن ، این دارو عُسر است اما حَرَج نیست .

جلسه دوم

عُسْر و حَرَج احکامی که موجب در تنگنا قرار گرفتن مکلف می شود را در نظر نگرفته است .

مستندات فقهی قاعده ی عُسْر و حَرَج

۱- قرآن ۲- سنت ۳- اجماع ۴- عقل (لطف الهی)

۱- قرآن

آیه ی ۷۸ سوره حج : مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ

آیه ی ۱۸۵ سوره بقره : يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ

در آیه ی اول کلمه ی جعل داریم . جَعَلَ یعنی : ایجاد کردن

۲ نوع جعل داریم :

جعل تکوینی و جعل تشریحی که هر دو خواسته ی خداوند هستند پس:

شباهت جعل تکوینی و جعل تشریحی :

هر دو خواسته و اراده ی خداوند هستند .

تفاوت جعل تکوینی و جعل تشریحی :

در جعل تکوینی اگر خدا بخواهد می شود . مثلاً اگر بخواهد قومی را از بین ببرد دیگر تمام است و بیم اراده ی الهی و مُراد ، هیچ مانعی وجود ندارد.

در جعل تشریحی منوط به خواست ماست . خداوند می خواهد من خوب باشم اما تا من نخواهم نمی شود .

در آیه اول (۷۸ سوره حج) :

خداوند در زندگی انسان سختی پدید می آورد اما در مقام قانون گذاری .

از کلمه ی فی الدین در آیه ی اول می فهمیم که این جعل ، تشریحی است .

دین در قرآن ۲ معنا می شود :

در مالک یوم الدین : به معنی جزاست

اما در اینجا : مجموعه ی دستورات و فرامین الهی است و خداوند در مجموعه ی دستورات خود ، چیزی که مایه ی سختی برای انسان است را برداشته است .

در آیه دوم (۱۸۵ سوره بقره) :

هر کدام از شما مریض هستید روزه برداشته نمی شود ، اما می توانید آن را قضا کنید .

۲- سنت

در کتاب آقای بجنوردی ۹ روایت آورده شده است که به چند تای آن می پردازیم :

روایت نبوی :

بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ : من با دین حنیف ابراهیمی مبعوث شدم که سهل و سمحه است .

۳- اجماع

اجماع در اینجا ، اجماع مدرکی است ؛ یعنی می دانیم چرا همه هم صدا هستند و آیه و روایت داریم . پس در اینجا نمی توان دنبال اجماع مدرکی رفت ، زیرا تقلید عالم از عالم می شود و ما خود می دانیم و برداشت دیگری برای کسی که می داند نباید ملاک باشد و فقط تقلید جاهل از عالم درست است . پس به طور کل در اینجا ما اجماع را قبول نداریم و اجماع ، مؤید و تقویت کننده ی یک دیدگاه اختلافی است اما دلیل مستقلی نیست .

۴- عقل (یا بهتر بگوییم : لطف الهی)

امکان انجام دستورات حَرَجی عقلاً وجود دارد ، اما خداوند از روی لطفش حرج را از روی انسان برداشته است.

و منظور در اینجا قاعده ی لطف الهی است ، به این معنا که اگر خداوند دستورات سختی تشریح می کرد خیلی ها از دایره ی عبودیت خارج می شدند .

سوال : بعضی احکام شریعت در ذاتشان دشواری است ، مثل حَج یا جهاد و جنگ !

حال ، آیا با قاعده ی عُسْر و حَرَج می توان اینها را از بین برد؟

خیر ، قاعده ی عُسْر و حَرَج نمی تواند روی اینها تأثیر بگذارد و فقط شامل احکامی می شود که ۲ حالت دارد : **عادی و سخت** ! و در حالت عادی آسان است . مثل وضو گرفتن!

اما اگر در مکان سردسیری هستید که باید مثلاً یخ را بشکنید تا وضو بگیرید در اینجا می‌گوید وضو لازم نیست.

چرا خداوند احکامی که در ذاتشان سختی است را گذاشته است؟

زیرا در این احکام آنچنان سود و ارزشی وجود دارد که می‌ارزد که سختی آن را تحمل کرد و بهای آن ارزش این سختی را دارد.

ملاک عُسر و حَرَج

آیا ملاک عُسر و حَرَج شخصی است یا نوعی؟

در اینجا علما بحث کرده‌اند، اگر در اینجا به این روایت وضوی جبیره ای نگاه کنیم باید بگوییم، ملاک شخصی است؛ اما فقط این روایت نیست و برخی روایات هستند که باید بگوییم ملاک نوعی است. مثل شکسته شدن و نصف شدن نماز در سفر و یا روایت پرستار کودک که می‌گوید اگر یک بار در روز لباسش را تطهیر کند کافی است.

پس از برخی روایات، شخصی بودن و از برخی دیگر از روایات، نوعی بودن عُسر و حَرَج برداشت می‌شود.

ملاک عُسر و حَرَج هم نوعی است هم شخصی است. بدین معنا که می‌گوییم: از خصوصیات فرد یک طیف می‌گیریم و بعد نگاه می‌کنیم آیا همه‌ی افرادی که این خصوصیات و شرایط را دارند، این مورد برایشان عُسر و حَرَجی هست یا خیر؟

پس نه به کل شخص به صورت شخصی نگاه می کنیم و نه به کل جامعه نگاه می کنیم بلکه یک طیف می گیریم .

سوال امتحان: آیا قاعده ی عسر و حرج رخصت است یا عزیمت است؟

منظورمان از رخصت ، یعنی یک نوع ارفاق و امتیاز و می توان برخلافش عمل کرد اگر بگوییم عزیمت است یعنی نمی توان بر خلافش عمل کرد.

در این مورد ، دو دیدگاه وجود دارد و این دو دیدگاه ثمره عملی هم دارد .

دیدگاه اول: برخی فقها معتقدند که حکمی که از قاعده ی عسر و حرج می آید عزیمتی است . مثل شیخ انصاری .

بیان دیدگاه: اگر کسی در سرمای شدید یخ را شکست و وضو گرفت ؛ یعنی با اختیار خودش مشقت را با جان خرید و یا در گرمای شدید روزه گرفت ، شیخ انصاری می گوید در اینجا روزه ی او باطل است و وضویش هم باطل است ؛ زیرا در اینجا باید نیت داشته باشیم و ما کاری انجام دادیم که دستوری نداشتیم . پس ، عبادت بدون امر بوده است !

دیدگاه دوم: آقای بجنوردی و جمعی از فقها معتقد به ترخیص هستند (رخصتی) و معتقدند که قاعده ی عسر و حرج امتیاز نیست و حق است و لذا اگر کاری را با مشقت کردید ، نمی توان گفت که عبادت باطل است زیرا بر خلاف امتنان است و در صورتی که بگوییم عبادت باطل است فرد را به سختی انداخته ایم ! در اینجا آقای بجنوردی معتقدند هر امری حتماً یک مصلحت و سودی داشته است و ما در انجام عمل به خاطر آن مصلحت و سود ، آن را انجام می دهیم و این یک نوع نیت و مصلحت محسوب می شود.

جلسه سوم

در جلسه ی قبل در خصوص رخصت و عزیمت بحث شد که بسیار مهم است . در بحث لاضرر هم دقیقاً مثل رخصت و عزیمت است . مثلاً در مورد روزه گرفتن یا وضو گرفتن در جایی که ضرری متوجه فرد است :

مشهور فقها: باطل است ، زیرا ضرر به نفس حرام است .

شیخ انصاری: زمانی که برای تو در این دستور ، امثال و دستوری وجود نداشته ، پس عبادت و دستور بدون امر است .

به این نتیجه رسیدیم که : وقتی عُسر و حَرَج خیلی شدید است و باعث ضرر می شود باید عزیمت را در نظر گرفت .

تعارض ۲ حرج :

اگر بخواهیم قاعده ی عُسر و حَرَج را برای الف اجرا کنیم ، فرد ب به حَرَج می افتد و اگر بخواهیم این قاعده را برای فرد ب اجرا کنیم ، فرد الف به حَرَج می افتد .

وقتی که مفهوم دو دلیل ، روایت یا ماده ی قانونی باشد و این دو یکدیگر را نفی کنند تعارض بر قرار می شود . مثلاً اگر در روایت باشد که یکی بگوید این صحیح است و دیگری بگوید خیر غلط است !

تعارض: ناهمخوانی در مقام تشریح یا قانون گذاری است .

تزام: ناهمخوانی در مقام عمل است . مثلاً دو نفر در حال غرق شدن هستند و ما زمان کافی برای نجات هر دوی آنها را نداشته باشیم . حال در اینجا اگر یکی از آن دو

نفر مهم تر باشند باید او را نجات دهیم . (به زبان فقهی ، أَقْوَى الْمَلَائِكِينَ باشد) باید او را نجات داد . اما اگر هر دو مساوی باشند ، در اینجا قاعده ی تَخْيِير جاری می شود و ما مخیریم که هر کدام را که خواستیم نجات دهیم .

پس در تراحم اگر :

الف: أَقْوَى الْمَلَائِكِينَ <----- انتخاب ب: مساوی <----- تخيير

اگر در قاعده ی لَا حَرَجَ در مقام عمل با هم تراحم پیدا کردند ، مثلاً فردی منزلش را به دیگری اجاره داده است ، بعد فرزندش ازدواج کرده و میخواهد خانه را به او بدهد. در اینجا اگر مستأجر را بلند کند ، برای مستأجر عُسْر و حَرَج ایجاد می شود و اگر فرزندش را به مستأجر بفرستد ، برای فرزندش عُسْر و حَرَج ایجاد می شود .

نظر مشهور فقها :

إِذَا تَعَارَضَا تَسَاقَطَا

چون قاعده ی عُسْر و حَرَج ، امتنانی است و هر کدام برای یک نفر امتنان است و نَقْضِ غَرَضِ است برای دیگری ، پس هر دو امتنان را ساقط می کنیم و به ادله ی دیگری مراجعه می کنیم .

در مثال فوق (موجر و مستأجر) قاعده ی سلطنت می گوید ، مالک می تواند سلطنت خود را اجرا کند . در هر جا که اقوی الملائکین بود به آن مراجعه می کنیم و اگر نبود مخیر هستیم که کدام را انتخاب کنیم .

نکته:

در بحث جان ، فرد خودش اقوی الملائکین است ؛ اما در سایر امور به این صورت نیست!

نفی عُسر و حَرَج با لاضرر

- اگر بخواهیم قاعده ی عُسر و حَرَج را جاری کنیم ، موجب ضرر برای دیگری می شود .
- اگر بخواهیم قاعده ی لاضرر را جاری کنیم ، موجب عُسر و حَرَج برای دیگری می شود .

مثال :

اگر بخواهیم در زمین خود چاهی حفر کنیم ، آب آبیاری برای زمین های دیگر کم می شود .

اگر چاه حفر نکنیم ، باید آب را با تانکر بخریم !

در این جا برای من جرح اتفاق می افتد .

در اینجا فقها ۲ گروه هستند :

برخی فقها از جمله شیخ انصاری می گویند:

نفی عُسر و حَرَج مقدم است و حاکم است

برخی فقها از جمله امام خمینی می گویند :

بین لاضرر و نفی عسر و حرج، هیچ کدام بر دیگری مقدم نمی شود؛ لذا باید به سایر ادله مراجعه کرد.

مصادیقی از عسر و حرج در فقه

۴ مورد از مصادیق و مجاری قاعده ی عسر و حرج از دیدگاه مرحوم بجنوردی:

- ۱- وضو در سرمای شدید: می توانی انجام دهی ولی سرما می خوری!
 - ۲- وضوی جبیره ای: برای کسی که دست یا صورتش زخمی است.
 - ۳- غسلی که با آب قلیل می گیریم: در این غسل ممکن است یک سری ترشحات به ما بریزد که پاک است.
 - ۴- تمام شبهات غیر محصوره:
- دو جور شبهه داریم! محصوره و غیر محصوره (در علم اجمالی وجود دارد)

شبهه محصوره: اگر اطراف علم اجمالی کم باشد <--- شبهه محصوره

شبهه غیر محصوره: اگر اطراف علم اجمالی زیاد باشد <--- شبهه غیر محصوره

اطراف علم اجمالی:

کم: شبهه ی محصوره! حکم: اصل احتیاط

زیاد: شبهه ی غیر محصوره! حکم: براءت، تا جایی که به مخالفت قطعی نرسیم!

مثال شبهه محصوره

دو تا فرش داریم و می دانیم یکی از آنها نجس است. حکم: احتیاط! با پای خیس روی آنها نرویم!

مثال شبهه ی غیر محصوره

۲۰۰ عدد نوشابه داریم و می دانیم داخل یکی از آنها فضله ی موش است. حکم: براءت! تا جایی که به مخالفت قطعی نرسیم، به این معنی که می توانیم از آنها استفاده کنیم. تا ۱۹۹ از آن استفاده کرده و آخری را کنار بگذاریم. زیرا در این صورت به قطع می رسیم که یکی که نجس بوده را استفاده نکردیم.

مصادیق عسر و حرج در قوانین موضوعه

۱- در بحث اجاره: همان مثال اجاره! در ماده ی ۹ قوانین حاکم بر موجر و مستأجر، در سال ۱۳۶۲، به صراحت از عسر و حرج نام برده است و ماده ی ۱۲ آیین نامه ی اجرایی روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶.

۲- در بحث طلاق: به استناد عسر و حرج! ماده ی ۱۱۳۰ ق.م.، این ماده یک بار سال ۱۳۶۱ و یک بار در سال ۱۳۷۰ اصلاحیه خورده است.

در صورتی که دوام زوجیت، موجب عُسر و حَرَجِ زوجه باشد (برای اولین بار عنوان عسر و حرج در این روابط آمده است) وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند .

چنانچه عُسر و حَرَجِ مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را وادار به طلاق کند و در صورتی که اجبار و وادار میسر نباشد، دادگاه اقدام به طلاق زوجه می کند .

این، روش قانونگذار ما در ایران است! اما مشهور فقها به طلاق عسر و حَرَجی اعتقاد ندارند. اما قانونگذار در ماده ی ۱۱۳۰ ق م تخطی از نظر مشهور فقها کرده است .

سید محمد کاظم یزدی جزء اولین فقهای است که اجازه ی این طلاق عُسر و حَرَجی را داده است .

سال ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، برای جلوگیری از این هرج و مرج، ۵ مصداق از مصادیق عُسر و حَرَج را تعیین کرده است .

۱- ترک زندگی خانوادگی ۶ ماه متناوب

۲- اعتیادی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد کند .

۳- محکومیت قطعی ۵ سال و بیشتر

۴- ضرب و شتم یا هر گونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد .

۵- ابتلای زوج به بیماری های روانی یا ساری و بیماری های صعب العلاج روانی یا ساری یا هر نوع بیماری ای که موجب خلل در زندگی اجتماعی و خانوادگی می شود .

ماده ی ۱۱۲۹ ق.م: در صورت استنکاف زوج در پرداخت نفقه ، یا عجز و نا توانی زوج در پرداخت نفقه ، دادگاه اقدام به طلاق زوجه می کند .

این از موارد عُسر و حَرَج زوجه نیست ! زیرا باید در ابتدا زن ثابت کند که به عُسر و حَرَج افتاده است ولی در اینجا بدون اثبات زوجه ، دادگاه اقدام به طلاق زوجه می کند .

جلسه چهارم

در جلسه ی قبل در خصوص قاعده ی عسر و حرج بحث شد و گفتیم که برخی اینها را مترادف می دانند و برخی دیگر عام و خاص می دانند .

نکته: تمام مصوبه های مجمع تشخیص مصلحت نظام ، بر مبنای حکم ثانویه و مصلحت اندیشی است .

در بحث مستندات ، به رخصت و عزیمت اشاره کردیم و در بحث **تزام** ، نفی عسر و حرج را مطرح کردیم و یکی از مصادیقش بحث مالکیت بود که مطرح شد و گفته شد چنانچه مالک بخواهد از مالکیتش استفاده کند ، موجب ضرر به همسایه می شود و اگر از مالکیتش استفاده نکند ، خودش ضرر می کند که در این موارد **عسر و حرج** را مقدم از **لاضرر** می داند و قاعده ی تسلیط طرف مالک را می گیرد .

در قاعده ی عسر و حرج مصادیق بسیار مهم هستند . مثل روزه ی حرجی ، و وضو در سرمای شدید ، و یا وضو در صورت زخم و یا روزه در صورت مریضی که در جلسه ی قبل ، مفصل در این موارد بحث کردیم .

در بحث نجاسات و طهارات ، اهل سنت دست را باز گذاشته و گفته اند اگر نجاست ، سوزنی و ذره ذره باشد این را پاک می دانند . اما شیعه این را قبول ندارد و در این موارد بنا به روایتی از امام علی (ع) فضا را مشکوک می دانند . (مثل خیس کردن پاها قبل از رفتن به سرویس بهداشتی ، تا بعد با توجه به خیسی قبل پا ، مشکوک بدانند و حمل بر پاک بودن بکنند)

در خصوص شبهه ی محصوره و غیر محصوره و حکم شبهه ی محصوره هم مفصل بحث کردیم .

در بحث طلاق به استناد عسر و حرج

این نوع طلاق، زیر پوشش طلاق قضایی می رود و این نوع طلاق، در فقه سابقه دارد ولی در مصادیق محدود است. مثل: **غایب مفقود الاثر** اما به استناد عسر و حرج نداشتیم و اول کسی که در این مورد صحبت کرد، سید محمد کاظم یزدی بود، هم به استناد عسر و حرج و هم به استناد غایب، که می دانیم فرد هست ولی غایب است و فقط برای غایب مفقود الاثر نیست.

قانونگذار، طلاق به استناد عسر و حرج را در سال ۱۳۶۱ و یکی در سال ۱۳۷۰ بررسی کرد.

سقط جنین

در خصوص ولد الزنا

نظر امام خمینی: بچه ی ولد الزنا به طور عرفی منتسب به مرد است. تابعیت و اسم را از پدر می گیرد و پدر مشمول نفقه ی این فرزند است و شناسنامه را به نام پدر می گیرند و جایی هم ذکر نمی شود که این بچه ولد الزنا است و عملاً از تمام امتیازات بچه ی شرعی و قانونی برخوردار است.

اما در زمینه ی معنویات معتقدیم این بچه ها از بقیه کم ندارند ولیکن به دلیل زمان انعقاد نطفه ی ولد الزنا، که به صورت پنهانی و اضطراب است، این بچه می تواند مراتب

معنوی را طی کند ولی به همین دلیل زمان انعقاد نطفه، سرعت طی کردن مراتب معنوی او نسبت به بچه حلال زاده کمتر است.

و در خصوص مراتب معنوی، نقطه‌ی شروع ولد الزنا با بچه‌ی حلال زاده با هم فرق می‌کند؛ لذا نقطه‌ی پایانی آنها هم با هم فرق می‌کند.

ولی در برخی از مشاغل با توجه به اعتبار اجتماعی، عدم سوء سابقه می‌خواهد مثلاً برای ریاست جمهوری، که این بچه‌ها نمی‌توانند.

در بحث سقط جنین که بحث چالش برانگیزی است (زیرا سقط جنین آمار بسیار بالایی دارد) روسیه بالاترین آمار سقط جنین را داراست.

در چندین ایالت آمریکا، سقط جنین ممنوع است و ۵۸ کشور اساساً سقط جنین را مجاز می‌دانند و سالانه حدود ۴۵ میلیون سقط جنین داریم.

در ایران سالانه ۶۰۰ هزار سقط جنین غیر قانونی داریم؛ یعنی روزی ۱۲۰۰ سقط جنین! پس با یک مُعضل جهانی مواجهه هستیم!

در فقه، انسان از زمان تولد شروع نمی‌شود! بلکه انسان از لحظه‌ی تکوین، شخصیت حقوقی اش شکل می‌گیرد و دارای برخی حقوق می‌شود.

حیات مهم‌ترین حقی است که جنین از آن برخوردار است. پس چنانچه جنین حتی دو روزه هم باشد و از بین برود، به او دیه تعلق می‌گیرد.

حرمت سقط جنین، جزء مسلمات فقه اسلام است

برای جنین ۲ مرحله قائل می شویم :

- ۱- قبل از ولوج روح : معتقدیم حیات ابتدا نباتی و بعد ، حیوانی می شود .
- ۲- بعد از ولوج روح <---- حیات ، حیات انسانی است .

در مرحله دوم (بعد از ولوج روح) ، چون حیاتش انسانی شده ، بحث سقط جنین حرمتش قوی تر و شدید تر است . در عین حال باز معتقدیم : (هر چند اختلاف فقهی وجود دارد) <----- ۲ نظر فقهی وجود دارد که به آن می پردازیم :

سوال : اگر جنین بعد از ولوج روح عامدانه سقط شود آیا قصاص دارد ؟

۲ نظر فقهی وجود دارد:

- ۱- برخی فقها معتقدند قصاص وجود دارد و این قصاص می تواند برای پدر یا مادر یا پزشک یا هر کسی باشد .
- ۲- برخی فقها معتقدند حتی اگر در ۹ ماهگی هم جنین عامدانه سقط شود ، فقط بحث دیه وجود دارد .

در قانون مجازات در خصوص مجازات سقط جنین ، دیه را پذیرفته است.

سقط جنین:

۱- در فقه: حرمت فقهی دارد.

۲- در قانون و حقوق: مجازات حقوقی دارد، اما به اندازه‌ی شخص متولد شده نیست و دیه دارد و فرقی نمی‌کند که سقط عامدانه جنین قبل از ولوج روح باشد یا بعد از ولوج روح باشد و در هر دو صورت مجازات دیه را دارد و فقط میزان دیه تغییر می‌کند و هر چه جنین بیشتر رشد کرده باشد، دیه‌ی او بیشتر و سنگین‌تر می‌شود.

دیدگاه مشهور فقها: در ۴ ماهگی ولوج روح وجود دارد.

پزشکی: در پزشکی ۱۶ هفتگی را زمان ولوج روح می‌دانند و حرکات ارادی را علامت ولوج روح می‌دانند (همان دمیده شدن روح)

ارتباط عسر و حرج با سقط جنین

اگر ادامه‌ی بارداری موجب عسر و حرج برای پدر یا مادر بشود و یا موجب عسر و حرج برای خود کودک بشود و یا موجب عسر و حرج برای دولت بشود (یعنی هزینه‌های هنگفت روی دوش دولت می‌گذارد و بعد از بین برود) بر این اساس؛

قانون گذار، در سال ۱۳۸۴ قانونی تصویب کرد با عنوان سقط درمانی و یک ماده‌ی واحد هم بیشتر ندارد و بعداً اصلاحاتی به آن خورد.

بر اساس این ماده اگر ۳ پزشک متخصص، تشخیص قطعی بدهند و یک پزشک قانونی تشخیص قطعی بدهد که ادامه ی بارداری و ولادت فرزند موجب حرج والدین یا طفل می شود یا بیماری مادر با تهدید جانی همراه می شود، قبل از ولوج روح، با رضایت زن و شوهر مجاز است و پزشک هیچ مسئولیتی ندارد و قصاص هم نمی شود، مجازات هم نمی شود. فقط ۲ نکته در آن وجود دارد:

- ۱- قبل ولوج روح باشد.

- ۲- موجب عسر و حرج برای مادر باشد.

بعد از ولوج روح حتی اگر ادامه ی بارداری موجب عسر و حرج هم بشود، فقها اجازه ی سقط جنین را نداده اند.

فقط دو تن از فقها اجازه ی سقط جنین حتی بعد از ولوج روح را داده اند و گفته اند اشکالی ندارد و این را فقط در خطر جانی گفته اند. یکی از آنها آیت الله تبریزی و دیگری آیت الله موسوی اردبیلی می باشد.

در اینجا اگر ادامه بارداری موجب از بین رفتن مادر شود، بحث تراحم پیش می آید. یک جان در برابر یک جان و فقط می توان یکی از آنها را نجات داد. حال سوال اینجاست:

آیا جان مادر مهم تر است یا جان جنین؟

نظر حقوق دانان: جان مادر مهم تر است.

نظر فقها:

- این یک جان است آن هم یک انسان است و ترجیهی وجود ندارد.
- برخی فقها معتقدند که باید قرعه بیاندازیم.

- برخی دیگر از فقها می گویند: می گذاریم زمان بگذرد و زمان مشکل را حل کند.

در قانون جوانی جمعیت که در سال ۱۳۹۹ تصویب شد که به طریقی ناسخ قانون سقط درمانی شد و در این قانون، علاوه بر وجود آن ۴ پزشک که در سال ۱۳۸۴ تصویب شده بود، نظر ۲ فقیه را هم در این خصوص ضروری می داند (در آن ماده واحد ۱۳۸۴ فقط ۵۱ مورد بود که خیلی از این بچه ها نمی ماندند. مثل بچه ای که آلوده به ویروس ایدز شده بود و ...)

یکی دیگر از مصادیق عسرو حرج بحث تعدیل قراردادهاست.

تعدیل قراردادها یا نظریه ی تغییر شرایط و اوضاع و احوال

در اصالة اللزوم: اصل بر لزوم قراردادهاست.

قراردادهای جایز، جزء استثنائات هستند یعنی تعدادشان کم است.

حال سوال اینجاست: چرا اصل بر لزوم قرار دادهاست؟

زیرا اگر قرار دادها را در معرض تغییر بگذاریم، امنیت قراردادها از بین می رود و اصالة اللزوم می گوید: اگر داخل در معامله ای شدی باید تا انتها بروی.

ارتباط عسر و حرج با تعدیل قراردادها

ممکن است حوادث پیش بینی نشده پیش بیاید که پایبندی به قرارداد لازم را حرجی می کند (ضرری نه ! حرجی است)

آیا به استناد عسر و حرج می توان قرارداد را فسخ کرد یا خیر ؟

در کتب فقهی هیچ گاه مطرح نشده است .

در قانون نیز هیچ نص قانونی ای نداریم . رویه هم در دادگاه ها وجود ندارد . حقوقدانان در این خصوص بحث کرده اند . در کشورهای خارجی قانون دارند ؛ اما در ایران این طور نیست .

در جواب به این سوال که آیا عسر و حرج می تواند لزوم قرارداد را بردارد یا خیر ؟ حقوقدانان بحث تعدیل قراردادها را مطرح کرده اند به این صورت که قرار داد را فسخ نمی کنند بلکه شرایطش را عوض می کنند . مثلاً اگر پیمانکار قبول کرده بود غذای شرکت را با پرسی ۲۵ هزار تومان تأمین کند و بعد با بالا رفتن زیاد مواد غذایی دچار عسر و حرج گردد در اینجا تعدیل قرارداد می گوید مثلاً بعد از رأی دادگاه اگر هر پرس غذا با سود معین برای او ۳۶ هزار تومان در می آید ، آن را قبول کنند و این تعدیل کار دادگاه است.

در این خصوص ۲ دیدگاه حقوقی وجود دارد :

دیدگاه اول حقوقی : می گوید خیر ، ما برنامه برای آن چیده ایم و بودجه تعریف کرده ایم که مثلاً یک سال بایستی غذا با پرسی ۲۵ هزار تومان بدهد و اصالة اللزوم هم همین را می گوید .

دیدگاه دوم حقوقی: می گوید اینجا باعث عسر و حرج پیمانکار می شود و باید تعدیل کرد و یا فسخ قرارداد نمود.

عسر و حرج بردش چقدر است؟

می گوییم عسر و حرج می تواند لزوم را بردارد اما آیا می تواند تعدیل و یا شرایط جدید هم بگذارد؟

نظر استاد:

به نظر می رسد قاعده ی عسر و حرج فقط قدرت برداشتن را دارد ، لزوم را بر می دارد و شرایط جدید بر اساس قاعده ی عدل و انصاف پایه ریزی می شود .

آقای جعفری لنگرودی در کتاب تئوری موازنه می گوید : بیع بُرد بُرد است ؛ یعنی هیچکدام نباید متضرر بشوند . ما می توانیم در شرایط جدید همین را مبنا قرار بدهیم . کالایی که می فروشیم با ثمنی که می دهیم موازنه داشته باشد. در این موارد باید از چیز های دیگری استفاده کنیم و عسر و حرج فقط می تواند حق فسخ بدهد ولی برای تعدیل و تغییر شرایط از موارد دیگری مثل همین تئوری موازنه و یا قاعده ی عدل و انصاف و یا قاعده ی لاضرر استفاده بکنیم .

جلسه پنجم

تعدیل قرارداد در جایی است که می توانی انجام بدهی اما خیلی با سختی و کمر شکن است . بحث تعدیل قراردادها ذیل بحث عسر و حرج مطرح می شود ؛ پس می تواند انجام دهد اما به زحمت می افتد .

تعدیل یعنی یا به شخص متعهد حق فسخ بدهی که این بین طرفین است و کاری به دادگاه نداریم یا اینکه دادگاه با توجه به شرایط جدید ، شرایط معامله را عوض می کند . پس یا نرخ را عوض می کند یا وزنش را تغییر می دهد و عوض می کند ، لذا موافقین تعدیل قرارداد ، استدلالشان همین قاعده ی عسر و حرج است و باید به صورتی تعدیل کرد که به هیچ کدام از طرفین ضرری وارد نشود و قاعده ی عدالت در اینجا به کمک می آید .

قاعده ی نفی سبیل

این قاعده جزء قواعد حاکمه است و جزء قواعد مسلم است و همه قبولش دارند و علمای اهل سنت هم قبولش دارند و جزء قواعد حقوق عمومی است و مناسبات کشور اسلامی را با غیر اسلامی تنظیم می کند و در حقوق خصوصی بین یک مسلمان با غیر مسلمان هم کاربرد دارد و اثر روان شناختی آن هم این است که به مسلمین اعتماد به نفس می بخشد .

ویژگی قاعده ی نفی سبیل:

- ۱- قواعد حاکمه
- ۲- اتفاق نظر وجود دارد .
- ۳- قواعد حقوق عمومی است : ۱- مناسبات کشورهای اسلامی با غیر اسلامی ۲- روابط فردی بین مسلمان با غیر مسلمان
- ۴- به مسلمین اعتماد به نفس می بخشد ---> اعتماد به نفس به خاطر ایمان است .
- لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً -----> آیه ۳۴ سوره نسا
- ۵- انگیزه ای برای جنبش های عدالت خواهانه بوده است.

بر اساس این قاعده خداوند حکمی را که موجب برتری و تَفوّق کفار بر مسلمین بشود جعل نکرده است (قانون گذاری نکرده است)

بالاترین بحث و متعالی ترین بحث در قاعده ی نفی سبیل مربوط به امام خمینی است که می فرماید جامعه مسلمان زیر بار ظلم جامعه ی ظالم نباید باشد .

قاعده ی نفی سبیل جزء قواعد حاکمه است ؛ بنابراین روی ادله ی احکام اولیه حکومت دارد .

مثلا در قواعد اولیه می گوئیم پدر بر روی فرزند خودش ولایت دارد اما اگر فرزند مسلمان باشد و پدر کافر ، در این جا حکم اولیه که ولایت پدر بر فرزند است با توجه به قاعده ی نفی سبیل برداشته می شود .

و یا در جایی که قواعد اولیه می گوید کافر از مسلمان ارث نمی برد .

اگر پدری مسلمان باشد و فرزندش کافر باشد ، در این جا با توجه به همین قاعده ی نفی سبیل کافر از مسلمان ارث نمی برد .

مستندات قاعده ی نفی سبیل

۱- آیات قرآن : بیشترین بحث روی همین آیه ۳۴ سوره نسا است

۲- روایات

۳- اجماع : چون اجماع مدرکی است خیلی اعتبار ندارد .

۴- دلیل عقلی : برخی فقها مثل آیت ا... مکارم گفته اند مهم ترین دلیل ، دلیل عقلی است .

جلسه ششم

قاعده نفی سبیل

قاعده ای زنده است . همه ی دولت ها و کشورها حفظ استقلالشان را جزء اصول قرار می دهند .

مستندات قاعده ی نفی سبیل

۱- آیات قرآن: آیه ۱۴۱ سوره نساء ---> لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (هرگز خداوند قرار نداده به نفع کافران بر علیه مومنین هیچ غلبه و سلطه و راهی را)

لَنْ : هرگز (حرف تایید) ---> هرگز یعنی ؛ هیچ وقت تا ابد ---> عمومیت زمانی است .

سَبِيلٌ : نکره است در سیاق نهی ، افاده ی عمومیت می کند . می تواند سبیل سیاسی ، اقتصادی و فرهنگی باشد (مثلاً خام فروشی باشد ، پوست گاو می دهی و چرم می گیری)

جَعَلَ : به معنای قرار دادن : ۱- تکوینی ۲- تشریحی

۱- جعل تکوینی : تخلف ناپذیر است . خداوند به عنوان خالق در عالم هستی برای

کافران بر علیه مسلمانان سلطه قرار نداده است . سلطه = برتری = غلبه

۲- **جعل تشریحی**: خداوند در مقام قانون گذاری از آن جهت که شارع است برای کافران بر علیه مسلمانان (مؤمنان) سبیلی قرار نداده است .

کافرین : جمع مُحَلّی به الف و لام افاده ی عموم می کند. عموم افراد را شامل می شود .

المومنین : جمع مُحَلّی به الف و لام (ال) افاده ی عموم می کند . عموم افراد

وصف به علیت دارد . گاهی یک صفت علیت را بیان می کند مثال : به نیازمندان کمک کنید چون نیازمند هستند . مثال : علی را اکرام کنید چون عالم است.

سلطه به معنی غلبه () - استعمال

- اهل ذمه حق ندارند قطب مالی باشند .
- شهروند خارجی در ایران باید از دادرسی عادلانه بهره مند باشد .

فرق مسلمان با مومن

مسلمانی به لفظ است اما مؤمن اعم از مسلمان و مومن است. مومن علاوه بر لفظ عمل را هم شامل می شود . مومن اعم از اسلام و مسلمان است .

آیه دوم : آیه ی ۲۸ سوره آل عمران است .

لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ

(یهود و نصاری) ولی : دو معنا دارد

ولی :

۱- مافوق ، سرپرست

۲- دوستی صمیمانه

ما هر دو معنای آنها را پذیرفتیم .

لا يَتَّخِذُ : از صیغه ی اتخاذ گرفته شده است . شما سلطه را نپذیرید.**سلطه :** (یهودیان-نصرانیان) ---< اینها همیشه در فکر سلطه و غلبه هستند .

هم سلطه نپذیرید و هم سرپرست و مافوق نپذیرید و نه دوست صمیمی !

۲- روایت نبویالاسلام يعلوا و لا يعلى عليه

(از مسلمین صحبت می کند) (بلند مرتبه ترین / بالاترین / بهترین)

و الكفار بمنزلة الموتى لا يحجبون و لا يورثون

(مردگان) (نه در ارث حاجب می شوند و نه ارث می برند)

در روایت بالا وارد مسائل شرعی و فقهی شدند . در مقام قانون گذاری (قرینه)

علو : در مقام جعل و قانون گذاری

روایت ، مُرسَله است . بعضی گفته اند روایت غیر معتبر است ؛ ولی مضمون روایت با قرآن همخوانی دارد . از فکر و نگاه بلندی برخواسته و یقین می کنیم این روایت را یک عرب معمولی نگفته است .

۳- اجماع : اجماع ، مدرکی است زیرا کاشف از قول معصوم نمی باشد . اجماع مدرکی در انتها به بحث تقلید عالم از عالم می رسد و ما اجازه این کار را نداریم لذا ما اجماع مدرکی را قبول نداریم .

جلسه هفتم

در مورد مستندات قاعده ی نفی سبیل ، مهم ترین دلیل همان آیه ی

لن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلاً

(فقط به خاطر ایمان مومن)

و حدیثی از پیامبر (ص) که می فرمایند :

إِنَّ اللَّهَ فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أَمْرَهُ كُلَّهُ وَ لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ أَنْ يَكُونَ ذَلِيلًا

خداوند همه کارهای مؤمن را به خودش واگذار کرده ، به غیر از زیر دست قرار دادن خودش

مستندات قاعده ی نفی سبیل :

قرآن ، روایات ، اجماع ، عقل

۴- عقل

معتبر ترین دلیل ، دلیل عقلی است و آیات و روایات مؤید این دلیل عقلی هستند .
بنابراین بهترین استدلال این است که عزت و استقلال مسلمین باید حفظ شود (به دلیل ایمان مسلمان)

آیه ای در قرآن داریم :

وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ (عزت فقط و فقط برای خداوند ، رسولش و مومنین است .)

وقتی عزت را خدا برای مؤمنین خواسته است ، عقل حکم می کند این عزت را باید خداوند هم محافظش بشود و احکامش را به گونه ای بگوید که این عزت مومنین حفظ شود .

جهت درک بهتر آیه :

این جمله اسمیه است . در ابتدا خبر آمده ، بعضی وقتها تقدیم ما حقه التأخر

(افاده ی فهم)

یعنی چیزی از اجزاء جمله که محلّ قرار گرفتنش اینجا نبوده و ما جلو انداختیم . مثلاً در سوره ی حمد می گوییم : إِيَّاكَ نَعْبُدُ : و آوردن ایاک در ابتدا ، به معنای فقط می شود .

موارد و مجاری قاعده ی نفی سبیل :

(منظور از مجاری یعنی جاهایی که این قاعده در آن جاری می شود)

مصادیق قاعده ی نفی سبیل در فقه:

- ۱- در اجاره ی نفس
- ۲- سلب حق شفعه
- ۳- عدم جواز ازدواج زنان مسلمان با مرد غیر مسلمان مطلقاً

مصادیق قاعده نفی سبیل در حقوق موضوعه :

۱- در اجاره ی نفس :

آیا یک مسلمان می تواند اجیر دولت کفر باشد ؟

در اینجا نظرات متعددی وجود دارد : (۴ نظر) که نظر چهارم، نظر بجنوردی است .

نظر بجنوردی : صرف عقد اجاره ی نفس یک عقد سلطه پذیر نیست . باید مورد به مورد نگاه کنیم و اگر خیلی محترمانه برای کفار کار کنی اشکالی ندارد . گرچه در دنیا ، پیش فرض بر آن است که طبقه ی کارگر طبقه ی استعمار شونده و طبقه ی کارفرما طبقه ی استعمارگر است ؛ ولیکن با همه این موارد در ارتباط با قاعده ی نفی سبیل نمی توانیم یک فرمول کلی بدهیم و به شکل شخصی و موردی بررسی می کنیم .

۲- سلب حق شفعه از شریک کافر

حق شفعه از شریکی که کافر است سلب شده است .

شریک اول : مسلمان <----- سهم خود را به خریداری که مسلمان است می فروشد.

شریک دوم : غیر مسلمان

در اینجا شریک غیر مسلمان نمی تواند معامله ی این دو مسلمان را بر هم زند . حق شفعه در واقع احترام به همزیستی مسالمت آمیز است .

نظر استاد: به نظر می رسد حق شفعه از حقوق مدنی است و ایجاد تسلط نمی کند.

۳- عدم جواز ازدواج زنان مسلمان با مرد غیرمسلمان مطلقاً

در اسلام توصیه شده در مورد ازدواج با کفار ، حد فاصلی داشته باشیم . در اسلام گفته شده نکاح مسلمان با غیر مسلمان انجام نشود و این از باب **قوامیت مرد بر زن** است ؛ یعنی سلطه ی مرد بر زن و حال چون در وادی سلطه رفتیم ، پس مرد کافر نمی تواند با زن مسلمان ازدواج کند. چرا سلطه دارد ؟ زیرا در روایات اهل تسنن داریم . این سلطه یعنی حق تنبیه دارد ؛ پس نمی گذاریم مرد کافر بر زن مسلمان سلطه پیدا کند و ازدواج کند .

مرد مسلمان نمی تواند با زن کافر ازدواج دائم بکند اما **مشهور فقها** معتقدند به این که مرد مسلمان می تواند به طور موقت با زن کافر ازدواج کند .

جلسه هشتم

در جلسه قبل که یکی از مجاری قاعده ی نفی سبیل ، همان عدم جواز ازدواج زنان مسلمان با مرد غیر مسلمان بود به صورت مطلقاً (نه موقت و نه دائم)

در خصوص ممنوعیت ازدواج زن مسلمان با مرد کافر

اشاره کردیم که در اسلام تاکید بر آن شده که نکاح مسلمان با غیر مسلمان صورت نگیرد و در خصوص زنان به صورت مطلقاً عنوان شد و دلیل آن را از نظر برخی از فقها (تسنن و مشهور بررسی می کنیم)

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ

۱- سر پرستی : اطاعت زن و تمکین

۲- حق تنبیه

برخی از فقهای اهل سنت اشاره به حق تنبیه کرده اند و روایتی هم دارند که مرد می تواند زن خودش را تنبیه بدنی بکند و دیه ای هم ندارد و حتی اگر دست و یا پای زن بشکند یا چشمش کور شود هم قصاص نمی شود تا مرحله ای که زن به قتل برسد!

قوامیت اشاره به جنبه ی بیرونی خانواده دارد نه ساختار درونی خانواده .

طبق نظر مشهور فقها : مرد سرپرست خانواده است و بر روی زوجه قوامیت دارد و بر روی فرزندان ولایت دارد. در حالی که ما ، آیه ی قرآن بر خلاف این دیدگاه داریم و هم روایت داریم ..

روایتی از پیامبر «ص» داریم که می فرمایند :

كُلُّكُمْ رَاعٍ وَ كُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ : همه ی شما سرپرست و رعیت دار هستید و همگان درباره ی رعیت و زیردستان خود بازخواست می شوید .

زوج مسئول خانواده است و زوجه مسئول فرزندان است و زوج کل خانواده را صیانت می کند پس قوامیت به معنی محافظت از خانواده است .

در قرآن هم آیه ای داریم : **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** (توبه ، آیه ۷۱)

زنان و مردان مومن ، رابطه ی تابع بودن و مطیع بودن ، رابطه ای شبکه ای است و ملاک این (بعضی) ، معروف است یعنی هر کس حرف شایسته ای می زند باید از او پذیرفت .

در بحث جلسه ی قبل گفته شد که زنان مسلمان به طور مطلقاً نمی توانند با مردان کافر (چه دائم چه موقت) ازدواج کنند . در خصوص مردان مسلمان هم گفتیم که مردان مسلمان نمی توانند با زنان کافر به صورت دائم ازدواج کنند اما به صورت موقت ایرادی نداشت .

ممنوعیت از باب عدم کفویت

برخی از فقها ازدواج زن مسلمان با مرد کافر را از باب قاعده ی نفی سبیل به دلیل حق تمکین و حق تنبیه ممنوع دانسته اند . برخی دیگر از فقها این مورد را از این زاویه مطرح کرده اند که زن مسلمان شأنش بالاتر از مرد کافر است و نباید (با مرد کافر) ازدواج کنند . در خصوص شأنیت سه نظر وجود دارد ؛ ولی فقهای ما شأنیت را

در اسلام می دانند؛ زیرا در اسلام زنان تقدس و جایگاه بلند مرتبه ای دارند و زنان علی القاعده در اسلام به غیر از مسائل جنسی، جایگاه بلند مرتبه ای دارند و دارای علو و برتری اند.

مسلمان موقعیتش بالا و کافر موقعیتش پایین است و کافر کفویتش کمتر است. این نظر (مرحوم) آیت الله فاضل لنکرانی است. حال مشکل این است که اگر بحث کفویت را بپذیریم، حال چطور مرد مسلمان می تواند با زن کافر ازدواج موقت بکند؟

وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ (آیه ۲۲۱ سوره بقره)

ترجمه ی آیه :

خطاب به مردان : با زنان مشرک ازدواج نکنید مگر اینکه ایمان بیاورند و اگر کنیزکی بگیری که مومن باشد بهتر است از زن مشرک که خوب باشد و حتی اگر این زن مشرک امتیازی دارد که شما را متعجب کرده باز هم ازدواج نکنید .

خطاب به زنان : شما زنان هم با مردان مشرک ازدواج نکنید مگر اینکه ایمان بیاورند حتی اگر با غلامی که مومن باشد ازدواج بکنید برای شما بهتر است تا ازدواج با مرد مشرکی که خوب باشد حتی اگر این مرد مشرک امتیازی دارد که شما را متعجب کرده باز هم ازدواج نکنید . این مشرک ها شما را به سمت آتش می کشانند ، در حالیکه خداوند شما را به سمت بهشت و آمرزش می رساند .

پس در این آیه نهی ازدواج با کافر را نه الرجال قوامون علی النساء و نه تمکین و ... ندانسته! قاعده ای در اصول داریم که می گوید: **العلّة تُعمّم** --- < علت می تواند حکم را توسعه دهد.

ما یک علت داریم و یک حکم داریم و به یک موضوع می رسیم. حال اگر یک موضوع شبیه و علت شبیه داشته باشیم و حکم نداشته باشیم همان حکم را تعمیم می دهیم. مثلاً ما می دانیم مشروبات الکلی حرامند چون مُسکرنند. حال اگر برای مواد مخدر حکم نداشته باشیم اما بدانیم مسکر هستند، می توانیم این حکم را برای آن هم تعمیم دهیم. اگر بخواهیم دیدگاه سوم که آیه ۲۲۱ سوره بقره است را بپذیریم، باید بگوئیم ازدواج مرد مسلمان با زن مشرک (کافر) مطلقاً (دائم و موقت) ممنوع است.

۴- حق قصاص

اگر قاتل مسلمان باشد و مقتول کافر باشد و اولیاء دم کافر باشند، مسلمان در ازای کافر قصاص نمی شود و از مسلمان دیه می گیرند؛ مگر اینکه مسلمان بخواهد از این مسئله سوء استفاده کند و مرتّب کافری را بکشد که دیگر باید قصاص شود.

کافر: یعنی کسی که حقیقت را می پوشاند. یهود و نصری کافرند زیرا اینها حقانیت پیامبر «ص» را می دانستند اما پوشاندند و نگفتند.

۵- نفی تولیت کفار بر موقوفات مسلمانان

مثلاً فردی زمینی را برای مدرسه ای وقف کرده است و نمی توانیم یک یهودی یا کافر را برای نظارت و سرپرستی برای ساخت مدرسه بیاوریم و به او تولیت بر موقوفات مسلمان ها را بدهیم.

کافر:

- خارج از اسلام
- داخل اسلام : ضروریات دین را انکار می کند مثل اصول و فروع دین را . مثلاً اصل نماز را انکار می کند.

۶- نفی هر گونه حاکمیت کافر بر مسلمان

از جمله ولایت ، حضانت، وصایت ، حکومت و قضاوت هر گونه پُست حساس و تصمیم گیرنده را نباید به کفار واگذار کنیم . مثلاً ولی فقیه یا قاضی یا رئیس قوای سه گانه نمی تواند کافر باشد .

جلسه نهم

اگر فرزند مسلمان باشد و پدر کافر، پدر ولایتی بر فرزند ندارد.

در وصایت هم همینطور است. کسانی که وصی بر آنها ولایت دارد باید مسلمان باشد. در ارث هم همین است. اگر پدر مسلمان باشد و فرزند کافر باشد، فرزند از پدر ارث نمی برد و به طور کل کافر از مسلمان ارث نمی برد.

تمامی پُست های حساس و کلیدی مثل رؤسای سه قوه، فرمانده نیروهای مسلح، ولی فقیه و ... نمی توانند کافر باشند زیرا نمی توانند بر روی مسلمان تسلط داشته باشند.

در قوانین موضوعه ی ایران چند اصل داریم:

عمید زنجانی در کتاب خود به ۱۴ اصل اشاره کرده که ما به ۲ تای آن می پردازیم:

اصل ۱۵۲ و اصل ۱۵۳

اصل ۱۵۲: سیاست خارجی ایران بر نفی سلطه جویی و سلطه پذیری و حفظ استقلال همه جانبه و ... استوار است.

این اصل هم سلطه جویی و هم سلطه پذیری را نفی کرده است.

اصل ۱۵۳: هر گونه قرار داد که موجب سلطه ی بیگانه بر منافع طبیعی، اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد ممنوع است.

در قوانین عادی

م ۱۵۹ق.م: نکاح زن مسلمان با غیر مسلمان

م ۱۸۸۱ق.م: مکرر در خصوص محرومیت ارث کافر از مسلمان

م ۱۱۹۲ق.م: درباره وصی مسلمان با غیر مسلمان

م ۱۳۱۳ق.م: شرایط شاهد

موارد استثناء از قاعده ی نفی سبیل

در بعضی موارد می توان قاعده نفی سبیل را نقض نمود . در جایی که اهمّ و مهم می خواهیم بکنیم یا دفع افسد به فاسد .

۱- یعنی شرایطی وجود دارد که اگر بخواهیم قاعده ی نفی سبیل را اجرا کنیم ضرر می کنیم ولی نمی توان به طور کلی دست کشید و فقط به صورت موقت می شود

۲- در مواردی که مصلحت بزرگتری وجود دارد. مثلاً برای حفظ جان کسی یا کسانی
 ۳- گاهی به خاطر اضطرر است ، مثل کسانی که مجبورند به خاطر حفظ جان خودشان پناهنده بشوند .

۴- عُسر و حرج : عسر و حرج مقدم بر قاعده ی نفی سبیل می شود .

اگر در شرایط دشوار و بحرانی باشیم ، می توان این قاعده ی نفی سبیل را نقض کرد . مثلاً در شرایط تترس که از ترس می آید به معنای سپر ، اگر حتی از زنان

و بی گناهان مسلمان به عنوان سپر انسانی استفاده می کنند و اگر بخواهیم جان این افراد که سپر هستند را حفظ کنیم ، جان خیلی افراد دیگر به خطر می افتد. در این جا می توان اهم و مهم کرد و از سپر گذشت برای حفظ جان افراد بیشتر (برای حفظ جان ۸۰ میلیون آدم می توان از جان ۵۰۰ نفر گذشت ، این همان اهم و مهم است.)

قاعده العقود تابعه للقصد

(عقد ها تابع قصد هستند)

این قاعده بسیار پر کاربرد است و هم اهل سنت و هم امامیه آن را پذیرفته اند و قاعده ای عقلی است . در برخی از مصادیق این قاعده اختلاف نظر وجود دارد .
العقود (جمع عقد) : اعمال حقوقی که افراد انجام می دهند یا به شکل عقد است یا ایقاع. منظور از عقد همه ی اعمال حقوقی است اعم از عقد و ایقاع.
للقصد (جمع قصد): در انجام اعمال حقوقی ماده ۱۹۰ ق.م یکی از شرایط اساسی صحت معاملات قصد و تراضی است و تا زمانی که قصد نباشد محال است که صورت عمل حقوقی بگیرد .
 (تصور ذهنی : جنسی بخرم یا نخرم - میل و اشتیاق خرید - اراده و تصمیم درونی)

بعد از اراده ی باطنی وارد اراده ی ظاهری می شویم حال یا از طریق نوشتار یا الفاظ و یا عمل ظاهر می شود و ساده ترین روش استفاده از گفتار یا الفاظ است یعنی استفاده از الفاظی که صراحت در عمل حقوقی دارند پس برای تحقق یک

عقدی باید از الفاظ مناسب استفاده شود و باید این الفاظ با تصمیم درونی یا اراده ی باطنی همسو باشد. اگر اراده ی باطنی با اراده ی ظاهری و هر دو با هم همسو بودند این قصد است .

قصد: شخص خواهان انجام آن عمل حقوقی باشد و از الفاظ مناسب هم استفاده کرده باشد و این الفاظ با هم همسو باشند .

اگر قصدم دادن صدقه به کسی باشد باید از الفاظ مناسب هم استفاده کنم حال اگر قصدم قرض باشد می دهم که بعداً پس بگیرم. اگر قصدم فروش باشد می فروشم و از الفاظ مناسب فروش هم استفاده می کنم .

ممکن است یک اراده ی دیگر داشته باشم و یک اظهار دیگری داشته باشم. مثلاً می گویم این آپارتمان را به شما می فروشم . در فروش اراده ی باطنی باید داشته باشد مبنی بر انتقال مالکیت مبیع برای ابد . حال اگر این اراده باطنی بود و فروختم ، اما ممکن است آپارتمان را بفروشم اما به این نیت که بعداً این آپارتمان را بگیرم که مثلاً نفقه ی زنم را ندهم یا قرضم را ندهم .

در اینجا حتی اگر بفروشم ، باز هیچ عقدی صورت نگرفته است .

تابعیت: یعنی علیت یعنی وجوداً و ابدأً : قصد باشد عمل حقوقی هست ، قصد نباشد عمل حقوقی شکل نمی گیرد .

ادله یا مستندات قاعده ی العقود تابعه للقصد

اجماع: در اینجا اجماع درست نیست .

آقای ابوالحسن محمدی در کتابش درک وجدانی را ملاک می داند و نیازی به

استدلال ندارد و معلوم است که خیلی از اعمال حقوقی ما قصدی هستند. برخی فقها بنای عقلا را ملاک دانسته اند.

تنبیهات قاعده ی العقود

تنبیه اول: شمولیت قاعده است. هر عمل حقوقی یک عنوان دارد. در خرید و فروش (بیع) طرفین و عوضین و شرایط داریم. همه ی اینها تابع قصد هستند: عنوان، طرفین، عوضین، شرایط
پس اینها تابع متعاقدين هستند: (عنوان، طرفین، عوضین، شرایط)

اما آثار و احکام و لوازم قانونی و حتی عرفی تابع قصد نیستند و تابع اراده ی شارع و قانونگذار هستند. مثلاً من قصد دارم با این دختر ازدواج کنم. بعد از ازدواج نمی خواهم نفقه بدهم. نمی شود! زیرا آثار و احکام نکاح در دست شارع است و لوازم یک عقد هم در اختیار فرد نیست. ممکن است آن لوازم را عرف یا قانون مشخص کند. مثلاً در مشارکت در ساخت، گاز، کابینت، درب، اینها جزء ساختمان هستند. اما کولر یا لامپ ها جزء لوازم عرف نیستند. در فروش نفت، عرف بر آن است که در بندر تحویل داده شود.

جلسه دهم

العقود تابعه للقصود

منظور از عقد در این قاعده صرفاً عقد نیست؛ بلکه هر عمل حقوقی شامل عقد و ایقاع.

عقد: اراده ی دو طرف مثل (اجاره و بیع)

ایقاع: فسخ، شفعه، ابراء و وصیت

قصد:

۱- در حقوق: اراده ی باطنی، تصور ذهنی، خطور و سنجش

۲- دیدگاه فقها: شخصی در درون خود به انجام یک عمل مصمم باشد و از الفاظ مناسب همان عمل حقوقی استفاده نماید و آن الفاظ با تصمیم درونی فرد هم راستا باشد. یعنی همان چیزی را بگوید که در درونش وجود دارد. ترکیبی از اراده ی باطنی و اراده ی ظاهری و عدم تنافی بین اینها

تابعیت: به معنای علیت، هم وجوداً و هم عدماً (وجود یا عدم)

در چه چیزهایی قصد جدی وجود ندارد:

۱- عقد هازل (شوخی): کسی که در حالت شوخی باشد در اینجا چون قصد

نیست باطل است .

۲- عقد نائم (خواب / عدم هوشیاری) : کسی که در حالت خواب و یا

احتضار است ، به دلیل عدم قصد باطل است .

۳- عقد سکران : کسی که در حالت مستی باشد عقودش باطل است .

۴- عقد کسی که در حالت عصبانیت شدید است : باطل است .

۵- معاملات صوری : معاملاتی هستند که در آنها آنچه به زبان می آوریم و

آنچه در درونمان می گذرد هماهنگی ندارد . مثل فردی که برای فرار از

مالیات ، برخی اموال خود را به نام دیگری می زند ، یا فردی که برای فرار از

مهریه اموالش را به نام دیگری می زند .

• به لحاظ قانونی ، قانونگذار در ماده ۲۱۸ مکرر می گوید : هرگاه طلبکار به

دادگاه دادخواست داده که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را

دارد ، دادگاه می تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که

در این صورت بدون اجازه ی دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت . (این

ماده ی قانون بعد از سال ۱۳۷۰ است)

و قبل از سال ۱۳۷۰ : (برای فرار از دین به شکل صوری ...)

در اولی : قبل از سال ۱۳۷۰ از صوری بودن با عدم مشروعیت جهت معامله گره

زده و پیوند زده

در دومی : بعد از سال ۱۳۷۰ اصلاً صوری بودن را حذف کرده و علت بطلان را

عدم مشروعیت معامله اعلام کرده است .

لذا برای تمام عقود حتماً باید قصد وجود داشته باشد و عمل بدون قصد فاقد

ارزش است. مثلاً طلاق صوری.

معاملات صوری بحث بسیار مهمی است:

مثلاً در بحث وقف که ۹۹ ساله اجاره می دهند و یا صیغه ی نکاح ۹۹ ساله ، اینها از اساس باطل هستند.

بحث محلل ها: بعد از سه طلاق ، طلاق سوم بائن است و زن باید با مرد دیگری ازدواج کند با این نیت که تا آخر عمر با او زندگی کند و اگر نتوانست زن می تواند به شوهر اول خود برگردد .

بحث رجوع در زمان عده: در زمان عده در طلاق رجعی ، مرد می تواند رجوع

کند . این رجوع می تواند لفظی یا عملی باشد . در لفظی مشکلی نداریم . در رجوع عملی اگر مرد با قصد رجوع باشد ، در اینجا بحثی نیست .

اگر مرد بدون قصد رجوع به زن رجوع کند ، مثلاً طبق عادت غفلتاً زنش را ببوسد ، در اینجا مشهور فقها این را هم رجوع می دانند .

اگر مرد با قصد عدم رجوع به زن برگردد ، مثلاً مرد با قصد عدم رجوع با زن رابطه داشته باشد ، تا اینجا برخی فقها این را رجوع می دانند .

در بحث رجوع ، قرآن إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا را مطرح می کند .

یعنی به قصد اصلاح مشکلات + قصد رجوع در قرآن عنوان می شود .

فقها هر چند این قاعده را قبول دارند ، اما در مصادیق مشکلاتی وجود دارد .

مثل : بحث معاملات صوری ، بحث محلل ها ، بحث عقدهای ۹۹ ساله

در بحث بانکداری اسلامی، که قانون بانکداری اسلامی بسیار مشکل دارد، در سال ۱۳۶۳ فقها عملیات بانکداری ربوی را غیرجایز می دانند.

بانکداری اسلامی ۳ اشکال عمده دارد:

۱- بحث ربوی بودن

۲- بین سرمایه گذار و عامل، که باید بانک واسطه باشد اما در اینجا خود بانک عامل شده است لذا بحث تراحم منافع مطرح می شود.

۳- عدم رعایت قاعده ی العقود تابعه للقصود. مثلاً بانک وام ازدواج می دهد؛ یعنی فرد باید با نیت ازدواج استفاده کند ولی فرد وام را می گیرد و مثلاً با آن خانه اش را تعمیر می کند یا ماشین می خرد و یا در بازار بورس می گذارد.

عملیات بانکداری مضاربه ای است که در قالب مصالحه انجام می شود.

نظر عده ای از فقها:

با توجه به سقوط ارزش پول، اگر بانک در وامی که می دهد به نسبت سقوط پول، سود بگیرد این ربوی نیست.

جلسه یازدهم

تنبیهای قاعده ی العقود تابعه للقصود :

- ۱- شمولیت قاعده است . (اصل ماهیت و عنوان حقوقی)
- ۲- اعمال حقوقی وجوداً یا حدوثاً تابع قصد هستند نه بقاءً .
- ۳- تبعیت عقد از قصد در مقام ثبوت است نه در مقام اثبات .
- ۴- در خصوص معاملات صوری

تنبيه اول : شمولیت قاعده است .

اصل ماهیت و عنوان عمل حقوقی ، در جلسه های قبل مفصل بحث شد . گفتیم که عوضین ، طرفین و شروط ، اینها همه تابع قصد هستند ؛ ولیکن بایستی توجه داشت که آثار و احکام عمل حقوقی تابع قصد طرفین نیست و چه بخواهیم و چه نخواهیم در اختیار طرفین نیست ؛ یعنی نمی توان روی آن تراضی داشته باشیم و مثل قوانین آمره است ، مثل پرداخت نفقه .

در برخی موارد هم تابع عرف است . مثل فروش نفت ، که محل تسلیم آن بندر است . یا مثلاً فروش مصالح ساختمانی که محل تحویل آن درب منزل است یا خرید یخچال و تلویزیون و ... که محل تسلیم درب مغازه است و غیره....

تنبيه دوم: اعمال حقوقی حدوثاً تابع قصد هستند نه بقاءً

عقدها یا اعمال حقوقی در وجود، تابع قصد هستند نه در ادامه ی وجود. یا حدوثاً تابع قصد هستند نه بقاءً. مثلاً فردی با خانمی ازدواج می کند و هر دو نفر نکاح دائم را قصد می کنند. اگر بعد از چند ماه پشیمان بشود در ادامه پشیمانی فایده ای ندارد.

تنبيه سوم: تبعیت عقد از قصد در مقام ثبوت است نه در مقام اثبات.

عقدها در مقام ثبوت تابع قصد هستند؛ اما ممکن است اختلاف پیش بیاید، یعنی فرد بگوید به عاریه داده ام، دیگری بگوید اجاره داده است. در این جا چه باید کرد؟

وقتی دسترسی به درون آنها نداریم که بدانیم کدام درست است، اینجا در مقام اثبات محور الفاظ به کار رفته است. در مقام اثبات اول تا جایی که بتوانیم به قصد واقعی طرفین احراز کنیم از ظهورات الفاظ استفاده می کنیم.

تنبيه چهارم: معاملات صوری

در خصوص معاملات صوری است که در جلسه های قبل به طور تفصیل به آن پرداختیم و گفتیم که قانون مدنی به اشتباه معاملات صوری را به فرار از دین گره می زند. به لحاظ قانون ماده ۲۱۸ مکرر معاملاتی که به قصد فرار از دین است... اما این غلط است.