

تحلیل تطبیقی دامنه کاربرد احکام تأسیسی و امضایی در فقه فریقین

جواد رضائی^۱

محمدعلی قربانی^۲

محمود قیوم‌زاده^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۲۰

چکیده

احکام تأسیسی و امضایی، بنا بر تأیید احکام قبلی یا اختراع آن از جانب شارع مقدس از هم تفکیک می‌شوند. بر این مبنا، احکام امضایی، احکامی هستند که به حکم عقل و عرف، بعد از تأسیس شرع نیز کاربردشان پذیرفته شده است و در مقابل، احکام تأسیسی، احکامی هستند که در شرع مقدس اسلام برای نخستین بار به عنوان حکم، مقرر شده‌اند. با توجه به اهمیت تحلیل کاربردی این احکام و تفکیک نوع آن در کاربرد حکم‌های شرعی، تحقیق حاضر با روش توصیفی - تحلیلی به تحلیل تطبیقی دامنه کاربرد احکام امضایی و تأسیسی در فقه فریقین می‌پردازد. بر اساس نتایج حاصل شده، تمایز به دست آمده از تفکیک این دو نوع احکام در همه مذاهب اسلامی نشان می‌دهد که شارع، بر اساس فقدان‌ها یا کاستی‌های حکم امضایی، احکام تأسیسی را صادر کرده است. همچنین حکمت دیگر حکم تأسیسی، متناسب بودن با تغییرات اجتماعی و استنتاج با استفاده از احکام دیگر در زمانی است که صراحتاً حکمی در مورد پدیده یا مسائلی صادر نشده است. قراردادهای و عقود در فقه فریقین بر اساس تبیین احکام عارضی آن در احکام تأسیسی از هم تفکیک می‌شوند. در تشریح گونه‌های عقود یا شرایط قابل پیش‌بینی در زمینه هریک از انواع قرارداد، احکام تأسیسی وضعیت را روشن کرده‌اند.

واژگان کلیدی: حکم امضایی، حکم تأسیسی، فقه امامیه، فقه اهل سنت، فقهات.

۱. دانشجوی دکتری، رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین.

javad.rezaei69@iau.ac.ir

۲. استادیار، گروه فقه و حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، «نویسنده مسئول».

ghorbani@liau.ac.ir

۳. استاد تمام، گروه معارف و حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه. maaref@iau-saveh.ac.ir

مقدمه

احکام در فقه اسلامی، بنیان‌های قانون‌گذاری در جامعه اسلامی را می‌سازند. این بدان معنا نیست که از زمان وحی دین اسلام، همگی قوانین و احکام دوباره در دین مبین اسلام و از جانب پیامبر عظیم‌الشأن اسلام ﷺ نازل شده است، یا از جانب شارع اختراع شده‌اند. بسیاری از قوانین تجاری، خانوادگی، اقتصادی و حتی برخی فرائض دینی و اخلاقی نیز که پیش از اسلام رعایت می‌شدند، بعد از نزول وحی، پس از تشکیل حکومت اسلامی در مدینه‌النبی، از جانب شارع تأیید شدند یا اندکی تغییر پیدا کردند. این مجموعه از احکام که قرآن، سنت نبوی و احادیث ائمه معصومین علیهم‌السلام در فقه امامیه بر آن مهر تأیید زده‌اند، احکام امضایی نام گرفتند که بنا بر اسمشان از «مضا» یا گذشته آمده‌اند. در مقابل، برخی احکام به دستور شارع مقدس در آن تأسیس شدند، از جمله حرمت شراب یا برخی مسائل دیگر که نسبت به قواعد حاکم در جامعه پیش از اسلام به‌طور کلی متفاوت بود. در این جستار تلاش خواهد شد، مبنای کاربردی و تفکیکی این دو گونه احکام در فقه مذاهب مختلف اسلامی به‌صورت تطبیقی تحلیل شود.

روش تحقیق در این مقاله، روش تطبیقی و مبتنی بر رویکرد توصیفی - تحلیلی است. در این راستا، از روش کتابخانه‌ای برای جمع‌آوری داده‌ها و استفاده از مراجع فقهی استفاده شده است و ابزار این استخراج در روش‌شناسی جستار پیش‌رو، فیش‌برداری است. مسئله اصلی و عمده‌ای که مقاله حاضر بر مبنای آن تأمل می‌کند، بنیاد تفکیک احکام امضایی و تأسیسی در فقه فریقین به‌ویژه در حوزه قراردادها و عقود است که چگونه قابل تفکیک از هم هستند و چگونه نقاط اصلی هم‌پوشانی، نزدیکی و درعین حال، افتراق و واگرایی آن‌ها در این زمینه مشخص می‌شود؟

۱. پیشینه پژوهش

قاسم نخعی‌پور و همکاران در نشریه آموزه‌های فقه مدنی برای تبیین حکم امضایی و تأثیر آن در استنباط احکام فقهی چنین استنتاج می‌کنند که: یکی از تقسیمات متداول در فقه امروزی، تقسیم احکام به امضایی و تأسیسی است و صرف نظر از اختلاف موجود در

تعریف آن، باید گفت چنین تقسیمی به درستی وارد لسان فقها شده است و می‌تواند منشأ آثار مهمی در نحوه استنباط احکام اسلامی باشد. شاه‌ملک‌پور و همکاران در دوفصلنامه فقه مقارن با محوریت مالیات در نظر فقه فریقین، در جستاری نقادانه درباره مالیت مورد معامله از منظر فقه مذاهب اسلامی به جوانب مرتبط با این موضوع پرداخته‌اند و نتیجه می‌گیرند، منفعت می‌تواند موقتی و عرفی باشد. از این رو، می‌توان مواردی را که از نظر شرعی فاقد مالیت محسوب می‌شوند، واجد مالیات دانست. همچنین واکاوی روایات وارد شده در مورد اموالی که مطابق نظر مشهور فقها، فاقد مالیت است، نشان می‌دهد این روایات، توان اثبات بطلان قراردادهای مورد بحث را ندارند.

۲. زمینه نظری مفاهیم

اعتبار تقسیم آیات الهی بر مبنای احکام آن‌ها به احکام اولیه و ثانویه است، سپس اعتبار دیگری مانند احکام امضایی و تأسیسی نیز بنیان نهاده شده است. ملاک و معیار در احکام تأسیسی و امضایی به یک اعتبار، سابقه نداشتن و سابقه داشتن آن‌ها در میان مردم قبل از ظهور اسلام است که در توضیحات گفته شده، آمده است. به اعتبار دیگر، ملاک و معیار در احکام - چه احکام تأسیسی چه احکام امضایی و تأکیدی - وجود مصالح و مفاسد در متعلقات احکام است، یعنی هر جایی در متعلق حکم که مصلحت نوعیه برای مردم وجود داشته باشد، شارع مقدس یا شخصاً به آن امر می‌کند یا اگر آن کار در میان مردم رواج داشت، آن را به نحو مطلق یا با اصلاح، امضا و تأیید می‌کند.

۲-۱. تعیین مفاهیم مشترک مذاهب

آنچه در همه مذاهب اسلامی در زمینه شناخت ماهیت تأسیس از وجه امضا صادق است، نظر به صیغه فعل است که در آیات به کار رفته است. برای شناخت احکام امضایی قرآن از احکام تأسیسی، شاخصه‌هایی معرفی شده است که یکی از آن‌ها، صیغه و نوع فعلی است که در بیان آن حکم به کار رفته است. بر اساس ادعای مطرح شده، اگر فعل بیانگر حکم، فعل ماضی و خبری باشد، آن حکم امضایی خواهد بود؛ زیرا دلالت فعل ماضی بر زمان گذشته، نشانگر وجود آن حکم در گذشته است و این امر، معیار حکم امضایی است که داشتن سابقه برای حکم شرعی است.

۲-۲. خاستگاه‌شناسی احکام در مذاهب اسلامی

اهمیت تمایز احکام تأسیسی و امضایی در این است که اگر حکمی تأسیسی باشد، شرایط، قلمرو و مفاد آن حکم را دقیقاً باید از ادله شرعیه دریافت کرد و کمتر اجتهادپذیر است و در صورتی که حکمی امضایی باشد، از مطالعه چگونگی اعتقاد مردم و نحوه اجرای حکم در زمان امضای آن می‌توان به نتایج جدید رسید. به اعتبار امضایی یا تأسیسی بودن احکام در همه مذاهب اسلامی، سه دیدگاه عمده و اصلی حاکم است:

دیدگاه اول این است که حکم تأسیسی جدا از احکام اولیه و ثانویه، دارای عنوانی مستقل و بالاتر از این احکام است. بر اساس این دیدگاه، حکام اسلامی طبق مصلحتی که تشخیص می‌دهند، بر اساس قرآن، سنت، روایات و سایر احکام اسلامی جهت حفظ نظم جامعه و مصلحت اجتماعی، حکمی را صادر می‌کنند که همان حکم خداوند است. حکم حکومتی بر اساس تصمیمات ولی فقیه که همانا حاکم اسلامی است، صادر می‌شود. (جوادی آملی، ۱۳۷۸ش: ۶۷) حکم حکومتی نه از نوع نسخ احکام اولی و نه احکام ثانویه است. صادرکننده حکم شرعی اعم از اولیه و ثانویه خداوند است، اما صادرکننده حکم حکومتی، ولی امر مسلمین است. همچنین ممکن است حکم حکومتی درباره موضوعی باشد که حکم خاص دارد.

اما بر اساس دیدگاه دوم، احکام تأسیسی از احکام امضایی منفک است. به تعبیر دیگر، حکم تأسیسی همان احکام ثانویه است. احکام ثانویه در یک تقسیم‌بندی به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱- احکام ثانویه که در قرآن یا روایات به طور صریح بیان شده‌اند، مانند تیمم کردن که آن را جایگزین حکم اول، یعنی وضو و غسل کرده است؛ ۲- احکامی که به طور مشخص در قرآن و روایات نیامده است؛ بلکه قاعده کلی آن در قرآن یافت می‌شود. (مصباح یزدی، ۱۳۸۳ش: ۳۳۲)

اگر احکام حکومتی از احکام ثانویه باشد، صدور آن متوقف بر حالت اضطرار، عسرو حرج و یا اختلال نظام است. لازم است مصلحتی که مبنای صدور حکم حکومتی است، دارای درجه‌ای از اهمیت باشد که توجه نکردن به آن موجب اختلال نظام مسلمین شود و یا آن را به عسرو حرج افکند. در این صورت، اضطرار ایجاب می‌کند فقیه برخلاف حکم اولی واقع، موقتاً و مادامی که شرایط چنین است، حکم حکومتی صادر نماید. (واعظی، ۱۳۷۸ش: ۲۰۹)

در دیدگاه سوم، نظر این است که احکام تأسیسی جزء احکام اولیه است و در این نظریه، امام خمینی علیه السلام پیشرو است. امام بر این نکته اصرار دارند که حکومت از احکام اولی اسلام است و حفظ نظام و حکومت اسلامی از اهم واجبات الهی و مقدم بر سایر احکام اولی اسلام است. ایشان در نامه خویش به رهبر انقلاب حضرت آیت الله خامنه‌ای می‌نویسند: «حکومت، شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم است. یکی از احکام اولیه است و مقدم است بر تمام احکام فرعی، حتی نماز، روزه و حج...». (موسوی خمینی، ۱۳۹۵ش: ۲۰) همچنین ایشان در جای دیگر این چنین بیان می‌کنند: «ولایت فقیه و حکم حکومتی از احکام اولیه است». (موسوی خمینی، ۱۳۸۸ش: ۲۰)

۳-۲. مبنای فقاہت حکم تأسیسی

آن قسمت از آیات قرآن کریم را که در آن احکام و تشریع از جانب شارع بیان می‌شود «فِقه القرآن» یا «آیات الأحکام» می‌گویند. البته هدف از آنچه حکم در تشریع می‌دانیم، باید چیزی جز احکامی همچون زکات، نماز و یا جهاد نباشد؛ از این رو، این احکام تسری به احکام اخلاقی یا اعتقادی ندارند. به زعم قاطبه یا جمهور فقها، حدود ۵۰۰ آیه از کلام وحی بر این روال نازل شده است. (تهرانی، ۱۴۰۸ق: ۱۲۲) همچنین ابواب فقهی یا علوم دیگر اسلامی همچون اصول و کلام نیز در باب این آیات به تفصیل سخن، تفسیر، بررسی و تأویل داشته‌اند. البته اصطلاح «آیات الأحکام» زمینه ورود به بررسی حلال و حرام الهی‌اند. در این میان، اخباریون شیعه بر این عقیده‌اند که اساساً معبر و کلید ورود به فهم احکام احادیث و خبر، معصومین هستند و به همین دلیل، دریافت از آیات بدون تفسیر حدیث معصومین علیهم السلام نابسند و چه بسا ممتنع است. (زرکشی، ۱۳۷۶ش: ۱۳۰/۲)

معرفی طولانی‌ترین آیه حکمی در واقع معرف بلندترین آیه کل قرآن کریم نیز هست که همان آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره و به آیه دین مشهور است. (صادقی فدکی، مجله پژوهش‌های فقهی، «پنج دیدگاه مطرح درباره تعداد آیات الأحکام قرآن کریم»: ۴۰/۱)

۴-۲. عقود و قراردادهای در زمره احکام

محقق حلی در مقدمه «شرایع الاسلام»، همه احکام را به چهار قسم تقسیم کرده است: عبادات، عقود، ایقاعات و احکام. ایشان به اعتبار این دسته‌بندی، آثاری را در نظر گرفته است. (حلی، ۱۴۰۹ق: ۳۷۵/۱)

می‌توان وجه تقسیم محقق^{۱۱} را در نظر نقادانه براین اساس دانست: مسائلی که در علم فقه مسئله و محور تأمل و بحث است و آن مسائل مورد فعل یا حکم درباره مسلمین است، با آن دسته از افعالی که قصد قربت در آن‌ها معتبر و شرط است یا قابل تعمیم و تفکیک نیست؟ به این اعتبار، چنانچه شرط اصلی در آن اعمال و افعال «قصدیت» باشد، می‌توان آن‌ها را در زمره عبادات دانست و اگر آن شرط، قصد نباشد، این دسته دوم، در واقع معاملات بالمعنی الاعم اند.

براین اساس مشخص می‌شود، در معاملات یا این شرط وجود دارد که عقد لفظی از دو طرف باشد یا شرط نیست. اگر شرط باشد و از هر دو طرف لفظی صادر شود، آن‌ها را «عقود» می‌نامیم و اگر یک طرف کفایت بکند، آن‌ها را «ایقاعات» می‌نامیم. عقود مانند بیع، صلح، هبه و... و ایقاعات مانند طلاق، عتق، ابراء و... هستند. اما احکام، سلسله دستورهای است که داخل احکام گذشته نیست، بلکه احکامی مربوط به امور سیاسی، اجتماعی و حکومتی است که بخش وسیعی از احکام اسلام را تشکیل می‌دهد. براین اساس، گفته‌اند فقه ما به چهار قسمت تقسیم می‌شود. اما عبادات ده کتاب دارد: طهارت، صلات، صوم، حج، زکات، خمس و اعتکاف. اما آن دسته از عقود که «صرفه» باشند، ۲۵ مدخل یا کتاب‌اند، از جمله: حواله، ضمان، دین، وکالت، مکاسب، رهن، لعان، نکاح و... .

۵-۲. مسئله عقود در احکام تأسیسی و امضا در فقه اهل سنت

نظر فقه عامه در باب عقود و قراردادها متناسب و مرتبط بودن آن بر اساس مقررات فراگیر است تا به این وسیله امکان ضمانت اجرایی آن‌ها در قوانین فراهم شود. بردن احکام ذیل سایه قانون می‌تواند زمینه‌ساز شود تا عقود به صورت قراردادهای قابل انجام و امضا در آیند و برای طرفین به صورت‌های مشخص ایجاد مسئولیت و ضمان کنند و احیاناً در صورت هرگونه کاستی، خلاف، عیب یا ایجاد مشکلی، طرف متضرر بتواند با اقامه دعوی از حقوق خویش دفاع کند.

همچنین مشخص شدن ضوابط، حدود و چارچوب قراردادها موجب می‌شود به‌طور کلی بطلان قرارداد، خیارات، ابطال یا صورت‌های دیگر درباره هر نوع قراردادی متناسب با آرای فقهی و در رابطه وثیق با منابع فقه عامه مشروعیت یابد و قانونی شود.

بنابراین، فقهای قاطبه مذاهب در اهل سنت، امری همچون مصالح مرسله را در مقام منبعی در میان سایر منابع اجتهاد و فقاها داخل می‌کنند. در قیاس این امر با فقه امامیه، نکته اینجا است که اساساً امری موسوم به «مصلحت» در زمره منابع فقهی وارد نمی‌شود و تنها در حیطه امکان‌های احکام حکومتی وارد است؛ بنابراین منتج از این قیاس، آن حکمی که منوط بر مصالح مرسله باشد، در واقع در مقام گونه‌ای تقنین از جانب فقهای امامیه شناخته می‌شود. (هاشمی، ۱۳۸۱: ۲۰)

بنا بر فقه حنفی و مالکی باید تأکید داشت، تأمل در آیات احکام، همچنین منبع حدیثی ممکن است گاه دربردارنده مسائل و سؤالاتی باشد که در این صورت، در روایات درباره آن‌ها به ملاک‌ها و علل‌شناسی توصیه شده است؛ بنابراین در باب این نکته «لاشیء أبعد عن دین الله من عقول الرجال» باید این وجه معنایی را نیز در نظر داشت که این سخن، اول در غالب منبع فقهی و حدیثی مشاهده نمی‌شود و دوم، حتی مفروض بر صحت آن، این خبری واحد است و صواب در این نیست که کلیت فقه بر اساس آن متأثر شود.

۲-۶. تفارق برخی ویژگی‌های قرارداد در تفسیر احکام تأسیسی در فقه حنبلی و شافعی

نکته مهم در فقه اهل سنت در زمینه احکام تأسیسی، بحث درباره اصالت جعل حکم به صورت دائم و موقت است. جعل سنن رسول الله ﷺ اقسامی دارد:

سنن ثابت: یعنی اموری که پیامبر برای مصلحت امت، حرام یا واجب کرده و در قرآن نیامده است. برای نمونه: روایات صحیحی از قول شیعه و اهل سنت وجود دارد که نماز از ابتدای بعثت رسول اکرم ﷺ تا سال پنجم، دو رکعت بود. در سال پنجم که پیامبر به معراج رفت، نماز به پنج نوبت (صبح، ظهر، عصر، مغرب و عشاء) تقسیم شد و تا ده سال، همه نمازها دورکعتی بود. در ماه رمضان سال دوم هجرت، در روایت آمده است به میمنت تولد امام حسن مجتبی علیه السلام، پیامبر اکرم ﷺ به همان نمازها و با همان ترتیب، دو یا یک رکعت اضافه کردند، به استثنای نماز صبح. از آن زمان به بعد، همه نمازها چهار یا سه رکعتی شد. (نائینی، ۱۴۰۶: ۳۲۲)

این عمل همان گونه که در روایت صحیح زراره هم آمده است: «فزاد رسول الله فی صلاة المقيم غير المسافر ركعتين...» (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۷۴/۳) یکی از سنت‌های رسول الله ﷺ

است. مراد روایت این است که این عمل، قسمتی از سنن رسول الله ﷺ است و همان گونه که فريضه ثابت و واجب است، عمل به این سنت هم تا روز قیامت، ثابت و واجب است. این یک قسم از تفویض به رسول الله ﷺ است.

سنن موقت: گونه‌ای دیگر از تفویض به رسول الله ﷺ این است که موقتاً حکمی را جعل می‌کند، البته این غیر از احکام ولایی است. مثلاً می‌گوید این کار تا یک سال حرام است. در روایات شیعه و اهل سنت آمده است، رسول الله ﷺ گوشت الاغ اهلی را حرام کردند؛ زیرا مسلمانان الاغ‌ها را می‌کشتند و می‌خوردند؛ بنابراین وسیله‌ای نبود تا غنائم را به مدینه بیاورند. از این رو، پیامبر ﷺ فرمودند: «تا وقتی این غنائم را به مدینه ببریم، الاغ‌ها را نکشید.» در روایات شیعه این تحریم تفسیر به تحریم موقتی شده است. (کرکی، ۱۴۱۱ق: ۱۰۸/۳)

البته این روایت، ارتباطی به بحث معاملات ندارد. حدیثی که مربوط به معاملات است، چهار فقره دارد که یک فقره‌اش این است: «نهی رسول الله عن ربح ما لم یضمن». این حدیث را پیامبر اکرم ﷺ در سال هشتم هجری پس از فتح مکه فرمودند. (نوری، ۱۴۰۸ق: ۳۱۷/۱۳)

مثال دیگر در فقه حنبله و شافعیان در این زمینه، حکم تأسیسی در رابطه با رهن و امانت است که مورد تأکید فقهای حنفی است. فقها گفته‌اند گرو می‌تواند حین عقد قرضه به حیث یکی از شرایط قید شود (مثلاً وام‌دهنده تنها به شرطی حاضر به قرض دادن شود که مالی از همان ابتدا نزدش به گرو گذاشته شود) یا می‌تواند پس از قرض‌گیری صورت بگیرد (مثلاً زمانی که میعاد قرض به سر رسد یا نزدیک سررسید شود، بدهکار، مالی را به حیث تضمین در اختیار وام‌دهنده بگذارد تا میعاد بازپرداخت را تمدید کند). (فهوری، ۱۹۸۸م: ۱۷۳/۱) شرایط رهن یا گرو از قرار ذیل است:

«گرو در قراردادی درست است که بدهی بر ذمه یک طرف قرارداد تثبیت شود، مثلاً در عقد قرضه یا در بیع نسبه (خریداری با پس پرداخت یا تأجیل) یا در حالتی که تاوان بر وام‌گیرنده ثابت شود.

«مال گرویی باید کالای بهادار باشد و بتوان از آن ارزش قرض را حصول کرد.

«گرویی باید جنس غیرقابل تعویض و در تملک وام‌گیرنده قرار داشته باشد، پس به

گرو دادن مال در اجاره شخص سوم، دین بر شخص سوم یا سهم در شرکتی درست نیست.

« بعد از قرارداد بستن، وام گیرنده (گرو دهنده) باید جنس را در اختیار وام دهنده (گرو گیرنده) قرار بدهد. از نگاه مذهب حنفی، گرو گیرنده حق تصرف کامل «حق حبس» را بر جنس گرویی پیدا می کند، پس اینکه گرو دهنده تنها دسترسی گرو گیرنده را به مال گرویی فراهم کند، کافی نیست و باید گرویی رسماً به او انتقال داده شود و در تصرف وی درآید. همچنین از نگاه مذهب حنفی، گرو گیرنده حق این را دارد که گرویی را به هر مدتی که باشد، نزد خویش نگه دارد تا اینکه قرضش بازپرداخت شود و در این مدت می تواند به گرو دهنده یا قرض دار، اجازه بازخواست یا استفاده مال گرویی اش را ندهد. ولی در مذهب شافعی، حق استفاده از گرویی برای وام گیرنده یا گرو دهنده محفوظ است. (ابن ترکمانی، ۱۴۱۹ق: ۸۸/۳)

آنچه مورد اختلاف است، نوعی از معامله گرویی است که امروز در افغانستان و بعضی از کشورهای اسلامی معمول است و در گذشته نیز در خراسان، ماوراءالنهر، مصر و شام میان مردم متداول بود. شخص در این نوع گرو، خانه، زمین، باغ یا دکان خود را در مقابل قرضی که دریافت می کند، به حیث گرو در اختیار وام دهنده (گرو گیرنده) قرار می دهد و گرو گیرنده تا زمان بازپرداخت قرضش از ملکیت وی استفاده و بهره برداری می کند. در منابع فقه حنفی، به این نوع گرو «بیع وفاء» (بیع جایز یا بیع امانت) می گویند.

آنچه مورد اختلاف مذاهب قرار دارد، موضوع جواز داشتن بهره برداری از مال گرویی است، چون بعضی ها گفته اند چنین بهره برداری به معنای «ریا» و منفعت گرفتن در قرض است. در این مورد، فقهای شافعی گفته اند گرو تنها «حق تصرف» را بر مال گرویی برای مدت معین به گرو گیرنده می دهد، ولی گرو گیرنده «حق انتفاع» از گرویی را ندارد. فقهای مالکی بر این باورند که تصرف وام دهنده یا گرو گیرنده بر جنس گرویی «حق انتفاع» را نیز به او انتقال می دهد، ولی ارزش بهره گیری یا منفعت از گرویی باید از مقدار بازپرداخت قرضه کسر شود. (زحیلی، ۱۳۷۵ش: ۵۳۰)

در مذهب حنفی در رابطه با «حق انتفاع» در معامله گرویی اختلاف نظر وجود دارد. اما نظر حاکم و اکثریت علمای حنفی این است که وام دهنده یا گرو گیرنده می تواند با اجازه

گرو دهنده، از مال گرویی استفاده و بهره‌برداری کند. امام سرخسی در «المبسوط» می‌نویسد: گرو گیرنده حق انتفاع و بهره‌برداری از مال گرویی را بدون اجازه گرو دهنده ندارد؛ زیرا پیامبر ﷺ از قرضی که منفعت را به دنبال داشته باشد، منع کرده است... در واقع حق بهره‌برداری [از مال] زمانی ممکن است که مالکیت اصل مال در دست باشد و [در معامله گرو] اصل مال مُلکیت گرو دهنده است، پس حق بهره‌برداری در دست اوست و هیچ کس بدون آنکه گرو دهنده بپذیرد، حق در آن ندارد. (سرخسی، ۱۴۲۲ق: ۴۳۳)

همچنین برهان‌الدین مرغینانی در «الهدایة فی شرح بدایة المبتدی» نوشته است: «جائز نیست گرو گیرنده بدون اجازه مالکش از مال گرویی بهره بگیرد و نشاید که [بدون اجازه‌اش] از آن استفاده کند یا در آن بود و باش کند؛ زیرا گرو گیرنده تنها حق تصرف [بر گرویی] را دارد، نه حق انتفاع را و نشاید که بدون امر گرو دهنده، مال گرویی را بفروشد یا به اجاره دهد یا به [قرض] عاریت بدهد». (مرغینانی، ۱۴۱۹ق: ۴۱۶/۴)

بدین ترتیب، بخش بزرگی از فقها و مجتهدین حنفی گفته‌اند «بیع وفا» درست است و مشکلی ندارد. برهانی که آن را «بیع وفا» می‌نامند، به جای اینکه آن را معامله قرض و گرو بشماریم، می‌توانیم آن را معامله خرید و فروش نیز محسوب کرد، به طوری که خریدار تعهد می‌کند هرگاه فروشنده پولش را پس بیاورد، مال را به فروشنده پس می‌فروشد و فروشنده نیز تعهد می‌دهد مال را دوباره باز خواهد خرید. در این صورت، خانه، زمین، باغ یا دگانی که مبادله می‌شود، حیثیت گرویی را ندارد و بحیث «مبیع» (کالای خرید و فروش) در نظر گرفته می‌شود.

در مذهب مالکی، بیع وفا را متشکل از دو عقد، یعنی بیع نسبه (مؤجل) و اجاره تعریف کرده‌اند و براین اساس، آن را مجاز دانسته‌اند. (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸ق: ۳۹۰)

بعضی‌ها بر این نوع خرید و فروش (تحت عقد بیع وفا) خرده گرفته‌اند و می‌گویند داخل کردن شرط در عقد بیع، معامله را فاسد می‌کند. اما ابوالفتح مرغینانی در «فصول العمادی» توضیح می‌دهد که مشروط ساختن خرید و فروش دو حالت دارد: اگر شرط را برای وفا کردن به تعهد (تعهد به باز خریدن مال از جانب فروشنده یا پس فروختن آن از جانب خریدار) بگذارند، مثلاً فروشنده به خریدار بگوید: «چون سیم بر تو [پس] بیاورم، بیع به من باز ده»، این بیع درست است. امام سرخسی و امام ابوالیسر بزدوی، این گونه شرط گذاشتن

در بیع را جایز دانسته‌اند. اگر شرط را به فسخ کردن بگذارند، مثلاً فروشنده به خریدار بگوید: «شرط کردیم چون بها [به تو پس] برسد، [بیع را] فسخ کنیم»، این بیع فاسد است. (تمیمی مغربی، ۱۴۲۲ق: ۱۷۷/۲)

تعداد دیگری گفته‌اند در بیع وفا، «اکراه» (زور و جبر) شامل است و بیع تحت اکراه فاسد است. ولی امام سرخسی می‌گوید: «اگر کسی به زور و اکراه واداشته شود تا [مالی را] بفروشد، بیع فاسد است. ولی آن گاه که [زور و تهدید رفع گشت] اگر بیع انجام داده را [باز هم] درست بدانند، بیع جایز می‌گردد.» برهان‌الدین مرغینانی نیز پایبند به همین رأی امام سرخسی بود و می‌گوید بیع وفا به گونه‌ای که میان مردم معمول شده جایز و درست است: «باید دانست که نزد ما [حنفی‌ها] هرگاه شخصی مال خویش را در حالت اکراه بفروشد و آن را به خریدار تسلیم کند، مالکیت [برای خریدار باز هم] ثابت می‌گردد؛ زیرا اگر پس از رفع شدن تهدید و اکراه باز هم به بیع اجازه بدهد [و آن را نهایی بخواند] علت فساد بیع - که عبارت از اکراه و عدم رضا است - از بین می‌رود (سرخسی، ۱۴۲۲ق: ۴۱۹) و بیع جایز می‌شود... بعضی‌ها بیع وفاء را که مردم به آن عادت کرده‌اند، بیع فاسد نامیده‌اند و آن را همانند بیع مُکَرَّه (بیع به اکراه انجام شده) پنداشته‌اند. بعضی‌ها آن را عقد رهن یا گرو خوانده‌اند... و علمای سمرقند بیع وفا را بیع جایز دانسته‌اند؛ زیرا بعضی جوانبش مفید بوده و مردم بنا بر نیازمندی که دارند، به آن عادت کرده‌اند.» (کاسانی، ۱۴۰۹ق: ۲۷۷)

نجم‌الدین نسفی می‌گوید: «بیع وفاء» خواندن این گونه معامله گرویی تنها به دلیل «حیله شرعی» قرارداد آن بود تا مردم دچار ربا نگردند، و گرنه بیع وفا در ماهیتش معامله گرویی است و در عقد گرو، بهره‌برداری گرو گیرنده از مال گرویی به اجازه گرو دهنده کاملاً جایز است. (نسفی، ۱۳۸۶ش: ۴۲۰)

او می‌گوید حتی اگر آن را بیع هم بپنداریم، در لفظ بیع وفا، خریدار و فروشنده صریحاً از شرط نام نمی‌برند و علمای ماوراءالنهر در آن عصر و زمان اجماع نظر داشتند که این نوع بیع، فاسد نیست. (همان: ۴۵۱) با توجه به این بیان مشخص می‌شود، بر اساس تأسیس شرع، نوعی از بیع که اهل زمانه ما با آن آشنایی دارند، آن را حیله‌ای برای [گریز نمودن از] ربا قرار داده‌اند و آن را بیع وفا می‌نامند، در واقع رهن و گرو است. [در این نوع معامله] مال خریده شده در دست خریدار همچون مال گرویی در دست گرو گیرنده است، چنان که

مالکیت گرویی به او انتقال نمی‌یابد و او در انتفاع و بهره‌برداری از گرویی بدون اجازه مالکش حقی ندارد. [گرو گیرنده] عهده‌دار آنچه از ثمره مال گرویی به دست آید و آنچه از اصل مال استهلاک شود، بر خریدار است که پس از اداگشتن دین، گرویی را به او بازپس بدهد. در همین رابطه نیز فقهای شافعی برآنند که به‌طور کلی احکام دین در پی استقرار اهداف و ملاکات خُرد و کلانی است که مدّ نظر شارع قرار دارد و هریک از آن‌ها یا دسته‌ای از آن‌ها، ابزار تحقق اهداف خُرد و کلان شارع آمده‌اند و معنا می‌یابند. از این اعتبار، می‌توان برای مثال گفت شاخص و معیار برای حرام بودن زنا در نظر شارع، حفاظت از سلاله پاک خانوادگی است و به همین سیاق، مثال دیگری مانند حرمتی که در بیاع و صداع خون آدم یا فضله اوست، در واقع از نظر شارع، تلاش برای ایجاد منع از اکل باطل مال است. (خطاب، ۱۴۱۶ق: ۲/۲۱۹)

۷-۲. تفاوت فقه امامیه از فقه حنفی و مالکی در تفسیر قرارداد

برای ورود به بحث ماهیت و اصالت عقود، مشاهده می‌شود که فقه اهل سنت در هر چهار مذهب اصلی آن، بر امضایی بودن شرایط عقود تأکید دارد. ارکان بیع از منظر فقهات اهل سنت عبارت‌اند از: وجود فروشنده و خریدار که در اصطلاح فقهی و عربی به آن‌ها بایع و مشتری گفته می‌شود، سپس وجود آنچه عقد بیع بر آن منعقد می‌شود که در یک طرف قیمت و در طرف دیگر کالا است و در نهایت، شرط جاری ساختن صیغه عقد، لفظاً و یا عملاً. بسیاری از فقها و اصولیون فقه حنفی و فقهای مالکی تصریح می‌کنند، امضای شارع دو گونه است:

۱. شارع صریحاً آن را می‌پذیرد. مثلاً در مورد بیع می‌گوید: «احلّ الله البيع» و یا درباره کل قراردادها و عقود می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». (مانده: ۱)
۲. با سکوت آن را تأیید کرده است، یعنی از انواع قرارداد یا سنت اجتماعی که پیش از تشريع در میان انسان‌ها به طور عقلایی شیوع داشت، نهی نکرده است. بنابراین اگر رسول الله ﷺ یا ائمه هدی علیهم السلام در زمینه آن حدیثی نفرموده‌اند، به این معنا است که نهی در این زمینه وارد نیست و همین سکوت، دلالت بر امضا دارد. از این رو، بسیاری از احکام امضایی با میانجی سکوت، تنفیذ یافته‌اند. مثلاً خاکسپاری اموات یا برگزاری مراسم ترحیم برای آن‌ها از این قبیل است.

ارائه این گونه راه حل ها از یک طرف به جهت نداشتن آگاهی کافی از مبانی فقهی و از طرف دیگر، متأثر شدن از افکار غربی ها و علاقه مندان به تمدن غرب است؛ حال آنکه راه حل مشکل مسائل مستحدثه و مانند آن در اسلام پیش بینی شده است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۲/۴۲۸)

در توضیح و بیان این راه حل، به چند نکته اشاره می شود: احکام و مقررات موضوعات جدید، بدون نیاز به قیاس و استحسان و مانند آن، از عمومات و اطلاقات ادله، قابل استنباط است. پیامبر خدا ﷺ در خطبه حجة الوداع فرمودند: «لَيْسَ مِنْ عَمَلٍ يُقَرَّبُ إِلَى الْجَنَّةِ إِلَّا قَدْ أَمَرْتُمْ بِهِ وَلَا عَمَلٍ يُقَرَّبُ إِلَى النَّارِ إِلَّا قَدْ نَهَيْتُمْ عَنْهُ». (نوری، ۱۴۰۸ق: ۳۰/۱۳) «هیچ عملی نیست که شما را به بهشت و سعادت نزدیک کند، مگر اینکه من به آن امر کردم و هیچ عملی نیست که شما را به آتش دوزخ نزدیک کند، مگر اینکه شما را از آن نهی کردم». به یقین منظور این نیست که اوامر و نواهی آن حضرت به صورت جزئی در همه مسائل مورد نیاز انسان آمده باشد؛ بلکه بسیاری از آن ها در عمومات و اطلاقات کتاب و سنت وجود دارد. همان گونه که امام صادق ﷺ می فرمایند: «إِنَّمَا عَلَيْنَا أَنْ نُلْقِيَ إِلَيْكُمْ الْأُصُولَ وَ عَلَيْكُمْ أَنْ تُفَرِّغُوا»، «بر ماست که اصول احکام را بر شما القا کنیم و بر شماست که فروع را از آن استنباط نمایید». (حر عاملی، ۱۴۲۲ق: ۴۱/۱۸)

امام علی بن موسی الرضا ﷺ نیز می فرمایند: «عَلَيْنَا إِلْقَاءُ الْأُصُولِ إِلَيْكُمْ وَعَلَيْكُمْ التَّفَرُّعُ». در حدیث دیگری از امام باقر ﷺ آمده است: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى لَمْ يَدَعْ شَيْئًا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْأُمَّةُ إِلَّا أَنْزَلَهُ فِي كِتَابِهِ وَ بَيَّنَّهُ لِرَسُولِهِ ﷺ وَ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَ جَعَلَ عَلَيْهِ دَلِيلًا يَدُلُّ عَلَيْهِ»، «خداوند متعال هیچ چیزی را که امت اسلامی به آن نیازمند است، فرونگذاشته است، مگر اینکه آن را در قرآن مجید نازل کرده و برای رسولش تبیین نموده است و برای هر امری حکمی قرار داده و برای آن دلیلی ذکر کرده است که دلالت بر آن دارد». (کرکی، ۱۴۱۱ق: ۳۲۹/۲)

از این بیانات مشخص است، امامان اهل بیت ﷺ زمانی این نکته را بیان کردند که اسلام بسیار گسترش یافته و مسائل مستحدثه فراوانی ظاهر شده بود و بعضی در همان زمان به قیاس و استحسان و مانند آن روی آورده بودند. در کتاب فقه مقارن، در بحث مسائل مستحدثه، طرق استنباط احکام مربوط به مسائل جدید، کاملاً تبیین شده است. راه حل

مزبور به انکار بخش عمده احکام اسلامی و بسیاری از ضروریات دین منتهی می‌شود و چیزی برای اسلام جز محدوده عبادات باقی نمی‌ماند و این خلاف اجماع و ضرورت اسلام است که هیچ‌یک از علمای اسلام (از شیعه و اهل سنت) با آن موافق نیست. به یقین خداوندی که انسان را برای سعادت آفریده است، باید دست او را در شئون مختلف زندگی بگیرد و به راه راست هدایت کند.

این طرز تفکر نشان می‌دهد، معنای احکام امضایی اسلام به طور صحیح فهمیده نشده است. همان‌گونه که گفته شد، احکام امضایی به این معنا نیست که اسلام همه احکام عرفی را در غیر عبادات پذیرفته است. به این صورت که هرگاه حکمی در میان عرف عقلا باشد، اسلام آن را مطابق مصالح انسان‌ها ببیند و آن را صریحاً امضا کند یا با سکوت خود بر آن صحه بگذارد، حکم اسلامی امضایی خواهد بود.

به بیان دیگر، اشکال راه حل ادعا شده این است که هیچ شاهدی وجود ندارد تا شارع، بنای عقلا را به طور کلی امضا کرده باشد، بلکه آنچه ثابت و مسلم است، این است که بعضی از موارد بنای عقلا از جانب شارع طرد و ردع و بعضی از آن‌ها امضا شده است.

پس باید تک‌تک بنای فعلی عقلا را بررسی کرد تا روشن شود، آیا چنین بنایی معاصر معصوم بود یا خیر؟ اگر ثابت شود بنایی خاص با همین قالب فعلی یا جوهره آن در عصر معصوم بود و با ردع نشدن و سکوت معصوم امضا شده، حجّت است، و گرنه نمی‌توان حجّت آن را از طریق امضا ثابت کرد. (مشکینی، ۱۳۷۱ش: ۲۸۰)

نتیجه‌گیری

بر اساس تحلیلی که در نوشتار ارائه شده، صورت گرفت، احکام امضایی و تأسیسی به میانجی وحی، نزول احکام و استخراج فقهی از هم تفکیک می‌گردند. احکام امضایی به دلیل قابلیت کاربرد اجتماعی و فردی‌شان از منظر عقل و عرف بعد از تأسیس شرع مقدس اسلام مورد تأیید واقع شده است یا اندکی اصلاح شدند. بر همین سیاق، احکام تأسیسی چنان که از نام آن پیداست، تأسیس شرع‌اند. با این حال، در چند و چون این تأسیسات فقهی میان فقه فریقین، یعنی مذاهب خمسّه اسلامی، برخی تفاوت‌ها در استفسار و فقاہت هست. در این میان، فقه امامیه بر اصل قرارداد و عقود، وفای به عهد را بر نص صریح پذیرفته که

مورد تأیید مذاهب دیگر اسلامی نیز هست. آن طوری که در قوانین بشری از آغاز تا امروز همواره وجود داشت و شاهد آن بودیم، مؤید این حقیقت است که اجتماعات بشری هیچ‌گاه از منبع نورانی وحی در حیطه تقنین و دریافت احکام خود بی‌نیاز نبودند. همچنین از نگاه همه مذاهب اسلامی در مورد نسبت‌های احکام امضایی و تأسیسی به یکدیگر، باید در نظر داشت، قانون‌گذاران عقلایی در بسیاری از موارد، تحت تأثیر جاذبه‌های زر و زور قرار می‌گیرند و جو آرامی برای اعمال عقل و درایت آن‌ها فراهم نمی‌شود. شاهد آن، اعمال نفوذهای فراوانی است که از جانب قدرت‌های بزرگ در وضع قوانین در عصر ما و در مجامع جهانی صورت می‌پذیرد. با رجوع به بنیان تعریف‌ها از این مفاهیم، در فقه شافعیان و فقه حنفی، مانند فقه شیعه، این اعتقاد به طور قوی مؤثر است که شریعت اسلام با نظر به قوانین ماضی در عرف و سیره عقلایی، نگاهی فعال و سازنده پیشه کرده و در وضعیت انضمامی و مشخص، آن‌ها را به‌عنوان زمینه‌هایی که قابل پذیرش‌اند یا با اندکی اصلاحات مقبول هستند، درک کرده است. حجیت در زمینه احکام با تأیید شارع مقدس، مبرز و مبرهن می‌شود. فقهای امامیه در کنار اهل اصول، همچنین فقهای حنابله و مالکیه معتقدند جمیع این موارد در این موضوعات از جانب خدای متعال معتبر است و اینک مسئله فقه، تعیین کیفیت تحقق آن و ورود به ساحت عملی در آن‌ها و ایجاد تقنین فقهی است.

منابع

کتاب‌ها

- قرآن کریم

۱. ابن ترکمانی، علی بن عثمان، (۱۴۱۹ق)، الجوهر النقی علی سنن البیهقی، بیروت: دارالفکر.
۲. ابن نجیم مصری، زین الدین ابن ابراهیم، (۱۴۱۸ق)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳. تمیمی مغربی، قاضی ابی حنیفه النعمان بن محمد بن منصور، (۱۴۲۲ق)، دعائم الاسلام و ذکر الحلال والحرام والقضایا والاحکام، مصر - القاهرة: دارالمعارف.
۴. تهرانی، آقابزرگ، (۱۴۰۸ق)، الذریعة إلى تصانیف الشیعة، قم: اسماعیلیان.
۵. جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۷۸ش)، ولایت فقیه؛ ولایت، فقاہت و عدالت، قم: نشر اسراء.
۶. حر عاملی، محمد ابن حسن، (۱۴۲۲ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷. خطاب، محمد بن محمد، (۱۴۱۶ق)، مواہب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۸. حلی: عفر بن حسن، (۱۴۰۹ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، تهران: استقلال.
۹. زحیلی، وهبه، (۱۳۷۵ش)، أصول الفقه الإسلامی، تهران: احسان.
۱۰. زرکشی، محمد بن عبدالله، (۱۳۷۶ش)، البرهان فی علوم القرآن، تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، بیروت: دار احیاء الکتب العربیه.
۱۱. سرخسی، احمد بن حسین، (۱۴۲۲ق)، الفتاوی، بیروت: دارالفکر.
۱۲. فہوری، عبدالرزاق، (۱۹۸۸م)، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۳. کاسانی، ابوبکر بن مسعود، (۱۴۰۹ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، پاکستان: المکتبة الحبییہ.
۱۴. کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۱ق)، الجامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۱۵. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، تحقیق و تصحیح: علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۱۶. مرغینانی، محمد الرزاق، (۱۴۱۹ق)، الہدایہ: کتاب الرهن، بیروت: دارالفکر.

۱۷. مشکینی، علی، (۱۳۷۱ش)، *اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*، قم: نشر الهادی.
۱۸. مصباح یزدی، محمدتقی، (۱۳۸۳ش)، *در پرتو ولایت*، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ق)، *انوار الفقاهة*، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۰. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۵ش)، *المکاسب المحرمه*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. _____، _____، (۱۳۸۸ش)، *صحیفه نور*، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۲. نائینی، محمدحسین، (۱۴۰۶ق)، *فوائد الأصول*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. نسفی، عزیزالدین (۱۳۸۶ش)، *الانسان الکامل (نسفی)*، تهران: انتشارات طهوری، هشتم.
۲۴. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸ق)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۲۵. واعظی، احمد، (۱۳۷۸ش)، *حکومت دینی (تأملی در اندیشه سیاسی اسلام)*، قم: نشر مرصاد.
۲۶. هاشمی، سید حسین، (۱۳۸۱ش)، *مجمع تشخیص مصلحت نظام*، قم: مرکز مطالعات و پژوهش های فرهنگی حوزه.

مقالات

۱. صادقی فدکی، سیدجعفر، (۱۳۹۰ش)، «پنج دیدگاه مطرح درباره تعداد آیات الاحکام قرآن کریم»، *مجله پژوهش های فقهی*، ۷(۱)، ۳۵-۶۳.