

## فقه و اصول



ملاحظات فقهی پیرامون بازاریابی شبکه‌ای / دکتر علی اکبر ایزدی فرد - محمد قنبرزاده

قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی - ریشه‌یابی و تحلیل / دکتر علی تولایی

کاوشی در نماز شب پیامبر اکرم «صلی الله علیه و آله» / دکتر سید جواد خاتمی - دکتر سید رضا موسوی

هرمنوتیک و اصول فقه: نگاهی به انواع قصدگرایی در غرب و مقایسه آن با دیدگاه تفسیری اصولیان شیعه /

علیرضا عابدی سراسیا - دکتر محمد صادق علمی سولا - دکتر محمد کاظم علمی سولا

بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان / دکتر محمد تقی فخری - مجتبی ولی‌اللهی

انواع عموم در اصول فقه / دکتر اسدالله فلاحی

اصل آزادی قرارداد: قراردادها و شروط غیر عادلانه / دکتر جلیل قنوتی



## فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی - پژوهشی

شماره ۸۵/۱ - پاییز و زمستان ۱۳۸۹ خورشیدی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

ویراستار: حسن عطایی راد

مترجم چکیده ها به انگلیسی: احمد رضوانی

پروانه انتشار: ۱۲۴/۱۳۷۹۵

## هیأت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه مدیر کل امور پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در مردادماه ۱۳۸۸، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

## یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

حروفچین و صفحه آرا: ریجانه فدوه

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۸۰۰۰ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹، نمابر: ۰۵۱۱ ۸۸۳۴۹۰۹

نشانی اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir/index.php/Figh>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری

و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی).
- ۲ - اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳ - بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به نویسنده برگشت داده می‌شود).
- ۴ - در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵ - نتایج داورها در جلسات هیأت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶ - نظر نهایی هیأت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.
- ۷ - پس از چاپ، ده نسخه از مقاله و یک نسخه از مجله به نویسندگان اهدا خواهد شد. چنانچه نویسندگان به نسخه‌های بیشتری نیاز داشته باشند، می‌توانند به شیوه‌ای که در «برگ درخواست اشتراک» توضیح داده شده است نسبت به خرید مجله اقدام کنند.

## راهنمای تدوین مقالات

کلیه موضوعات مرتبط به دانش فقه، اصول فقه، فلسفه فقه در حوزه فعالیت نشریه فقه و اصول قرار دارد. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیشگفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب‌نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه *فقه و اصول* انتشار یابد، شایسته است به نکات مشروحه زیر توجه فرمایند:

- ۱ - هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و همزمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.
- ۲ - زبان غالب نشریه فارسی است. ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.
- ۳ - حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه مجله بیشتر باشد.
- ۴ - چکیده مقاله (شامل اهداف، روشها و نتایج) به دو زبان فارسی، و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلیدواژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ۵ - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ۶ - هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
- ۷ - شکل لاتینی نامهای خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.

- ۸ - نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد. در مقالات مشترک، نام نویسنده مسؤل قید شود.
- ۹ - ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان ( ) بیاید.
- ۹ - ۱ - منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است. در صورت لزوم می توان اطلاعات دیگری از مأخذ بدان افزود.
- ۹ - ۲ - در مورد منابع لاتین لازم است نام صاحب اثر و سایر اطلاعات در داخل دو کمان به فارسی بیاید و صورت لاتین آن در پایین همان صفحه درج شود.
- ۹ - ۳ - یادداشتهای توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشتهای چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، ذکر نام نویسنده و شماره جلد و صفحه کافی است و مشخصات تفصیلی مأخذ باید در فهرست پایان مقاله بیاید.
- ۱۰ - ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله ها، کتابها و گزارشها و سایر مراجع به شرح زیر است:
- ۱۰ - ۱ - مقاله ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.
- ۱۰ - ۲ - کتابها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام

مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.  
۱۰ - ۳ - گزارشها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.  
۱۱ - مقاله‌های رسیده بازگردانده نمی‌شود.

## مشاوران علمی این شماره

۱. حجة الاسلام مجتبی الهی خراسانی (حوزه علمیه مشهد)
۲. دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد دانشگاه مازندران)
۳. دکتر علی تولایی (استادیار دانشگاه یزد)
۴. دکتر محمدحسن حایری (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. حجة الاسلام امیر رحمانی (مدرس و محقق حوزه علمیه قم)
۶. دکتر عباس زراعت (استاد دانشگاه کاشان)
۷. حجة الاسلام موسی صدر (محقق حوزه علمیه مشهد)
۸. آیه الله عباسعلی عمید زنجانی (استاد دانشگاه تهران)
۹. دکتر محمدتقی فخلعی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۰. احمد مبلغی (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)
۱۱. آیه الله محمد موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)
۱۲. دکتر حسین مهرپور (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
۱۳. دکتر حسین ناصری مقدم (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر سیدرضا موسوی (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۵. حجة الاسلام و المسلمین حسن نقی زاده (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۶. دکتر محمدحسن وحدتی شبیری (استادیار دانشگاه قم)



با عنایت به طراحی سیستم مدیریت نرم‌افزاری مجلات علمی دانشگاه فردوسی و راه‌اندازی آن در پایگاه اینترنتی دانشگاه، به آگاهی می‌رساند کلیه محققان محترمی که در صدد ارسال مقالات خود به این نشریه هستند، لازم است از طریق آدرس درج شده ذیل به این امر اقدام کنند.

**<http://jm.um.ac.ir/index.php/Fiqh>**

## فهرست مندرجات

| صفحه | عنوان   |
|------|---|
| ۹    | ملاحظات فقهی پیرامون بازاریابی شبکه‌ای<br>دکتر علی اکبر ایزدی فرد - محمد قنبرزاده   |
| ۲۹   | قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی - ریشه‌یابی و تحلیل<br>دکتر علی تولایی  |
| ۴۹   | کاوشی در نماز شب پیامبر اکرم «صلی الله علیه و آله»<br>دکتر سیدجواد خاتمی - دکتر سیدرضا موسوی  |
| ۶۷   | هرمنوتیک و اصول فقه: نگاهی به انواع قصدگرایی در غرب و مقایسه آن با دیدگاه<br>تفسیری اصولیان شیعه<br>علیرضا عابدی سرآسیا - دکتر محمدصادق علمی سولا - دکتر محمدکاظم علمی سولا |
| ۸۵   | بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان<br>دکتر محمدتقی فخلعی - مجتبی ولی‌اللهی   |
| ۱۰۵  | انواع عموم در اصول فقه<br>دکتر اسدالله فالاحی   |
| ۱۳۵  | اصل آزادی قرارداد: قراردادها و شروط غیرعادلانه<br>دکتر جلیل قنواتی  |
| ۱۶۷  | چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)  |

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱،

پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۲۸-۹

### ملاحظات فقهی پیرامون بازاریابی شبکه ای\*

دکتر علی اکبر ایزدی فرد<sup>۱</sup>

استاد دانشگاه مازندران

Email : Ali85Akbar@yahoo.com

محمد قنبرزاده

کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

#### چکیده

بازاریابی شبکه ای روشی نوین در تجارت امروزی است و به عنوان معامله ای مستقل می تواند مورد بررسی قرار گیرد؛ هرچند ممکن است تشابهاتی میان عناوین اجاره، جعاله، و صلح با بازاریابی شبکه ای وجود داشته باشد. در طرح های مختلف بازاریابی شبکه ای شایبه هایی چون شناس، ریسک و خطرپذیری، فریب، عدم تلاش در کسب درآمد، و خروج سرمایه از کشور وجود دارد و از این رو شبهاتی چون قمار، اکل مال به باطل، و غرری بودن این گونه معاملات مطرح می گردد؛ به خصوص در انواعی که چرخه آنها بدون رد و بدل شدن کالا و یا تبادل کالاهای لوکس با قیمت های غیرواقعی، تعریف شده اند، این اشکالها به طور جدی قابل توجه است.

با توجه به اثرات منفی مستقیم و غیرمستقیمی که این فعالیت ها به ویژه از نوع دوم آن در شبکه اقتصادی جوامع می گذارد، علاوه بر شبهات مذکور، مهم ترین عنوانی که در تحدید آن از جانب دولت اسلامی می تواند مد نظر قرار گیرد، حکم ثانوی حفظ نظام و مصلحت آن است. در این مقاله ضمن اشاره به انواع بازاریابی شبکه ای، مشروعیت یا عدم مشروعیت آن مورد بحث و بررسی قرار می گیرد. آنچه می توان گفت این که بازاریابی شبکه ای به دلیل اکل مال به باطل، قمار، غرر، و اختلال در نظام، مشروعیت ندارد و به عنوان کسب حرام که نتیجه آن بطلان است، مطرح می گردد.

**کلید واژه ها:** بازاریابی شبکه ای، اجاره، جعاله، صلح، اکل به باطل، غرر، قمار، حکم ثانوی.

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۶/۱۱/۲۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۱۱/۰۹.

## ۱ - مفهوم بازاریابی شبکه ای و انواع آن

بازاریابی شبکه ای ( Network Marketing ) مرکب از دو کلمه Network به مفهوم شبکه و Marketing به معنای بازاریابی است که زیر عناوین متعددی چون « پنتاگونو » ، « گلد کوئیست » ، « هفت الماس من » در خارج و « ایران بین » و « وست ویژن » در داخل مشغول فعالیت است (علیان نژاد ۲۸ - ۳۵). این بازاریابی مدلی از تجارت است که برای آن تعاریف گوناگونی ارائه شده است. در یکی از این تعاریف آمده : « بازاریابی شبکه ای عبارت است از سیستمی برای پخش اجناس ، محصولات ، و یا خدمات بین هزاران شبکه از فروشندگان مستقل که بر اساس آن فروشندگان با فروختن اجناس یا ارائه خدمات و هم چنین جذب کردن و اسپانسر شدن برای دیگر افرادی که به زیرگروه خود اضافه می نمایند ، کسب درآمد می کنند و آن گاه در طی دوره های تناوب معینی ( هفتگی ، ماهانه و ... ) پورسانت های حاصل از خرید خود و یا گروه های زیر مجموعه خود را دریافت می نمایند ( www.mlminiran.bravehost.com ) .

به عنوان مثال یک تجارت مستقل شخصی ( IBO )<sup>۱</sup> را در نظر بگیرید که به هر ترتیب نماینده ای از یک شرکت بزرگتر است و با فروش محصولات آن شرکت مادر ، به طور مستقیم ، پورسانت و درصدی را به عنوان حق الزحمه بازاریابی و فروش محصولات دریافت می کند. اگر این IBO ها خود IBO های دیگری را به شرکت مادر معرفی کنند ، تشکیل شبکه ای از IBO ها را می دهد که علاوه بر این که خود اقدام به فروش می کند، آن IBO ها نیز مشغول فروش محصولات شرکت مادر خواهند بود. حال اگر مکانیزی توسط شرکت مادر تعبیه گردد که هر IBO علاوه بر دریافت پورسانت که خود بابت فروش محصولات شرکت مادر دریافت می کند ، به ازای محصولاتی که IBO های زیر مجموعه او ( IBO هایی که او به شرکت معرفی کرده ) می فروشند، نیز پورسانت دریافت کند ، در حقیقت بازاریابی شبکه ای شکل گرفته است ( www.nms.ir ) .

بازاریابی شبکه ای بر دو نوع است : نوع اول ارائه خدمات و یا کالا محور اصلی بازاریابی بوده و هدف اصلی خرید و فروش کالا با قیمت واقعی و به شکل خرده فروشی است بدون این که الزامی به عضویت در شبکه باشد . اما نوع دوم فعالیت هایی است که در آنها هیچ کالا یا خدماتی رد و بدل نمی شود و اصالت در این گونه برنامه ها با عضویت در شبکه بازاریابی ، پرداخت حق عضویت و تلاش برای ورود اعضای دیگر در آن و در نتیجه جذب پورسانت به ازای این کار است. فعالیت های این گروه در

1. Independent Business Owner

حقیقت همان طرح های هرمی (PS)<sup>۱</sup> هستند. لازم به ذکر است که در طرح های هرمی نوع دیگری از فعالیت ها نیز وجود دارد که با محوریت حضور افراد در شبکه اما با ارائه کالا یا خدماتی متعارف به قیمتی بیشتر از قیمت اصلی و یا کالاهای غیر ضروری و لوکس و با قیمت های غیر واقعی اداره می شوند. همین امر شائبه صوری بودن فروش کالا برای سرپوش گذاشتن بر اصل فعالیت شبکه را قوت می بخشد. در حقیقت ارائه کالا یا خدمات، به عنوان پوششی برای فعالیت اصلی یعنی عضوگیری زنجیره ای افراد در شبکه است که بر اساس دریافت حق عضویت و تلاش برای افزایش اعضاء و دریافت پورسانت به ازای آن اداره می شود.

از این گونه طرح ها، تحت عناوین طرح های ارجاعی زنجیره ای مشتری به مشتری، زنجیره ای بی پایان، پونزی، و پیشرو هرمی نیز نام می برند. در این گونه طرحها به مشتری یا سرمایه گذار سود زیادی مبتنی بر گرفتن اعضای جدید جهت اتصال به طرح و نه بر مبنای سود ناشی از سرمایه گذاری واقعی یا فروش واقعی کالا یا خدمات، ارائه می شود ([www.mlminiran.bravehost.com](http://www.mlminiran.bravehost.com)).

## ۲- بازاریابی شبکه ای و عقود اسلامی

هر چند ممکن است تشابهاتی بین بازاریابی شبکه ای و بعضی از عقود اسلامی مانند اجاره، جعاله و صلح وجود داشته باشد، اما این بدان معنا نیست که آن را لزوماً تحت یکی از عناوین مزبور قرار دارد. عموم امر به وفاء به عقود و عهود در آیات ۱ سوره مائده و ۳۴ سوره اسراء و نیز جمع محلی به الف و لام در «العقود» هم دلالت بر عموم افرادی یا نوعی دارد و همه افراد و انواع عقدها را شامل می شود، و هم دلالت بر عموم احوالی دارد؛ بدان معنا که امر به وفای به عهد ایجاب می کند که متعاقبین به انجام تعهدات «معقود علیه» اقدام نمایند مگر آن که رافع و مزیلی از جانب شرع وجوب وفاء را در عقدی از میان بردارد.

آیه الله خوئی گوید: «عمومیت لفظ در آیاتی چون «اوفوا بالعقود» با توجه به عدم اهمال شارع در بیان الفاظ، دلیلی متقن بر امضای قراردادهای عرفی توسط شارع است مگر قراردادهایی که منهی عنه اند. این نکته، نقطه اساسی تمایز بین معاملات و عبادات است. عبادات ماهیتی کاملاً جعلی دارند و بر اساس عرف بنا نشده اند، در حالی که معاملات این گونه نیستند» (مصباح الفقاهه، ۲/۸۳). آنچه مسلم است این است که در آن قسمت از بازار یابی شبکه ای که خرید و فروش جنس یا خدماتی خاص انجام می گیرد به نوعی بیع انجام گرفته است اما هدف ما از بررسی موضوع عنوان شرعی فعالیت بازاریابی

شبکه ای این نیست، بلکه منظور این است که این فعالیت چه منضم به خرید محصولی خاص باشد و چه نباشد، بما هو مجموع، در غالب کدام عنوان می گنجد؟ اگر چه جهت اثبات مشروع بودن عمل، لزومی به این بحث نیست اما با توجه به آنچه آمد، می توان ارکان بازاریابی شبکه ای را به عنوان یک قرارداد بدین صورت مطرح نمود:

الف - قرارداد: به نوعی در بر گیرنده مفاهیم ایجاب و قبول در قراردادهای شرعی است. چنین قراردادهایی حسب مورد یا به صورت کتبی است و یا به صورت مجازی از طریق پُر کردن فرم های الکترونیکی و در بستر محیط « وب » منعقد می گردد.

ب - طرفین قرارداد: یک طرف چنین قراردادهایی شرکت هایی هستند که با طراحی گونه های مختلف از طرح هایی با ساختار شبکه ای، در صدد ارائه پورسانت به ازای انجام عمل مشتری یابی هستند و طرف دیگر قرارداد، افرادی هستند که با تلاش در ازای جذب مشتری در پی دریافت پورسانت می باشند. معمولاً در اکثر قریب به اتفاق این طرحها طرف اول، شخص حقوقی (شرکت) و طرف دوم شخص حقیقی است.

ج - عوضین: در این قرارداد عوضین عبارتند از عمل مشتری یابی از یک سو و پورسانت متعلقه از سوی دیگر که پول، اعتبار و یا سرویس ویژه ای است.

د - در موارد دیگر: هم چنین قصد و رضا و اهلیت طرفین معامله، مبهم نبودن مورد معامله، و مشروعیت جهت معامله نیز به عنوان شرایط صحت عقد در بازاریابی شبکه ای مدخلیتی تام دارد. با توجه به موارد فوق می توان گفت که هرچند ممکن است بازاریابی شبکه ای را تا حدودی و به جهتی از جهات با بعضی از عناوین معاملات مانند اجاره، جعاله و صلح نزدیک دانست اما به نظر نگارنده بهتر است بدان به عنوان معامله ای مستقل نگریده شود و آن گاه فارغ از اما و اگرهای مطرح در هر یک از عقود - که بدان اشاره می شود - به ملاحظات فقهی پیرامون آن پرداخت.

## ۱-۲ - بازاریابی شبکه ای و اجاره

شایع ترین تعریف برای عقد اجاره چنین است: «تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم». (طباطبایی ۱۸۹/۹) منفعت گاهی از نوع اشیاء و حیوان است که بدان اجاره اشیاء گویند و گاهی از نوع اشخاص است که آن را اجاره اشخاص یا اجاره اعمال نامند. آنچه از تشابه بازاریابی شبکه ای و اجاره قابل تصور است قسم اخیر آن می باشد. چنانچه بخواهیم بازاریابی شبکه ای را اجاره بدانیم، ناچار به پیاده سازی این مدل هستیم: بازاریابی شبکه ای نوعی «اجاره اعمال»، شرکت طراح طرح شبکه ای به عنوان «مستأجر»، فرد بازاریاب «اجیر» و یافتن مشتری های جدید برای شرکت «کار مورد قرارداد

در عقد اجاره « است.

در این خصوص نکاتی قابل طرح است: اولاً اجاره عقدی است لازم و وابسته به ایجاب و قبول است، لذا عقد قرارداد در بازاریابی شبکه‌ای الزامی خواهد بود، ضمن این که تعابیر ایجاب و قبول باید در بردارنده مفهوم اجاره بوده و به صراحت به آن اشاره داشته باشد و تعابیر مشابهی که افاده معنای بیع و مشابه آن نمایند، موجب ابطال عقد قرارداد خواهد بود (شهادتانی ۳۱۵/۲ و ۳۱۶)، چیزی که معمولاً در قراردادهای بازاریابی شبکه‌ای بدان توجه نمی‌شود. ثانیاً از آنجا که در بعضی از گونه‌های بازاریابی شبکه‌ای، عملیات اقتصادی با استفاده از محیط مجازی (اینترنت) انجام می‌گیرد، به طور خاص این سؤال مطرح است که آیا اعلام‌های یک سایت که کالا یا خدمات معینی را عرضه می‌دارد، «ایجاب» است یا «دعوت به ایجاب». در صورتی که «ایجاب» تلقی شود با قبول مخاطب یا مخاطبان امکان انصراف برای گوینده باقی نمی‌ماند، اما اگر این ارائه تنها «دعوت به ایجاب» باشد؛ به این معنا که گوینده ایجاب به منظور انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد، اعلام اراده نماید، فروشنده امکان رد و قبول پیشنهادهای دریافتی را خواهد داشت (کاتوزیان ص ۱۵۱).

به طور معمول سایت‌های ارائه دهنده کالا و خدمات حاوی اطلاعات کامل در خصوص موضوعات خود هستند اما این امر متضمن «ایجاب» نیست، زیرا به دلایل متعددی از جمله محدودیت کالا یا تابعیت خریدار و ... فروشندگان الکترونیکی مایلند که اعلام‌های آنها «دعوت به ایجاب» تلقی شده و آنها از حق رد و قبول پیشنهادها مشتریان برخوردار باشند. این امر به آنها امکان می‌دهد بی آن که در معرض ادعای نقض قرارداد باشند، از مشتریان ناخواسته اجتناب ورزند. از سوی دیگر ایجاب قبول در اجاره و عقود مانند آن یا باید قولی باشد یا فعلی یا کتابتی. تنها در صورتی می‌توانیم ایجاب و قبول در محیط‌های مجازی را به رسمیت بشناسیم که داده‌های پیام و یا امضاهای الکترونیکی را معادل دست‌نوشته و امضاء دستی تلقی کنیم، امری که قوانین جاری تجارت در کشور ما در خصوص آن ساکتند (آهنی ص ۳۴ و ۳۵). ثالثاً چنان که بپذیریم بازاریابی شبکه‌ای یک عقد اجاره است، به دلیل گونه‌گونی فروض مطرح در یک طرح هرمی<sup>۱</sup> مورد اجاره مبهم است و اشکال‌گری بودن به شدت در آن

۱. به عنوان مثال در گلدکوئیست، شرکت ضمن فروش کالا پیشنهاد طرح درآمدزایی به مشتریان می‌دهد. عضو جدید که توسط یکی از اعضای شرکت معرفی می‌شود با خرید یک سکه طلای کلکسیون و دریافت یک کد مرکز درآمدی (Tracking Center Owner) TCO وارد طرحی می‌شود که بر اساس آن باید ۲ نفر در سمت چپ و راست خود را برای خرید جنس و عضویت در شبکه معرفی نماید. افراد تازه وارد نیز به همین ترتیب به محض ورود به طرح، یک کد دریافت داشته و شروع به فعالیت جذب مشتری می‌نمایند. هر فرد به ازای جذب ۶ نفر در سمت راست و چپ خود (تالایه دوم) و یا در بعضی از محصولات تا ۵ نفر در سمت راست و چپ خود (مجموعاً ۱۰ نفر)، مبلغی را به عنوان پورسانت دریافت می‌دارد. مثلاً در ازای جذب ۱۰ نفر، ۴۰۰ دلار، یعنی هر نفر ۴۰ دلار می‌گیرد. سیستم به صورت تصاعدی بر مبنای ۲ (Binary) شکل می‌گیرد و فرد به محض تکمیل شدن هر (۵ و ۵) نفر در سمت چپ و راست خود (به صورت تعادلی) ۴۰۰ دلار دریافت می‌دارد.

وجود خواهد داشت و اجاره عقدی نیست که تحمل چنین غرری را داشته باشد چه در این صورت در مواردی مشابه مانند بیع به دو ثمن نیز این تحمل باید قابل پذیرش باشد چرا که هر دو (بیع و اجاره) عقدی لازم هستند که مشتمل بر معاوضه است (شهید ثانی ۲/۳۲۰).

## ۲-۲- بازاریابی شبکه ای و جعاله

جعاله عبارت است از انشاء التزام به عوضی در قبال عملی حلال و مورد قصد به صیغه ای که بر آن دلالت می کند (نجفی ۳۵ / ۱۸۷). صیغه آن عبارتی است که نتیجه آن به دست آوردن منفعتی است در مقابل مزدی، بدون آن که معلوم بودن کار و مزد، شرط باشد (قاروبی ۱۷/۲۲۹). ارتباط بازاریابی شبکه ای با جعاله را می توان این گونه تصور کرد که در آن فرد یا شرکت ارائه کننده کالا یا خدمات به عنوان «جاعل»، بازاریاب به عنوان «عامل»، یافتن مشتری و توسعه و تکمیل لایه های زیرین مشتریان به عنوان «عمل» و پاداشی که در طرح های مختلف بازاریابی چند سطحی تعریف شده است، به عنوان «جعل» مطرح گردد.

با توجه به این که به نظر مشهور فقها جعاله ایقاع محسوب می شود (نجفی ۳۵/۱۹۰) لذا در فعالیت هایی که هدف مشتری خرید کالا یا خدمات است و به تبع آن با دریافت کد خاصی از شرکت امکان عضویت در شبکه بازاریابی اولیه برای او فراهم می گردد، بدون این که قبول لفظی در عضویت طرح، مطرح شده باشد، مشکلی وجود نخواهد داشت و در صورت موفقیت آتی در جذب مشتریان جدید، وی مستحق پاداش خواهد بود. هم چنین با عنایت به این که در جعاله معلوم بودن عمل شرط نیست (امام خمینی، تحریر ۱/۵۸۶) و در صورت پذیرش این نظر که بازاریابی شبکه ای نوعی جعاله است، دغدغه غرری بودن عمل از بابت معلوم نبودن حصول پاداش و یا یافتن تعداد مورد نیاز از افراد زیرمجموعه و یا چندگانگی عمل و در نتیجه چندگانگی پاداش مربوطه از بین خواهد رفت و در نتیجه شائبه بطلان عمل وجود نخواهد داشت، اما اگر جهل به حصول پاداش در صورت علم و یا ظن قوی به عدم حصول آن باشد - که غالباً در بازاریابی شبکه ای نوع دوم، که بیشتر در میان مردم رایج است، تحقق می یابد - معامله را سفهی کرده و موجب بطلان قرارداد خواهد شد. وانگهی با توجه به شیوه فعالیت های هر می چند سطحی که در حقیقت به ازای فعالیت در سطوح دوم به بعد، فرد بدون هیچ گونه فعالیتی صاحب مبلغی به عنوان پورسانت می شود، جعاله بودن عمل مورد سؤال است، زیرا فرد، صاحب عوضی شده که معوض آن نه کار و نه تعهد و مسئولیتی است.

یکی از بحث های مهم در بازاریابی شبکه ای این است که با فرض عدم وصول نتیجه مورد نظر در تشکیل شبکه های زیرمجموعه و در نهایت عدم وصول پورسانت های ادعایی در جیب اعضای لایه



های زیرین، افراد لایه‌های بالاتر در خصوص بازگشت اموال و حق عضویت‌ها، مسئول و ضامن می‌باشند، در حالی که با پذیرش جعاله‌ای بودن بازاریابی شبکه‌ای ضامن بودن این افراد محل بحث و تأمل است. توضیح این که یکی از ویژگی‌های جعاله‌ای این است که اگر مٌخبر به دروغ بگوید که فلان جاعل در صورت انجام چنین عملی فلان عوض را به عامل خواهد داد، عامل در صورت انجام عمل مستحق چیزی از جانب جاعل نخواهد بود و مخبر نیز ضامن نیست چون اصل بر عدم ضمان است. به علاوه این که در اینجا محلی برای نفوذ قاعده غرور نیست، زیرا عامل به دلیل آن که تحقیق و تفحص نکرده و بدون آن بر خبر ترتیب اثر داده است، کوتاهی و تسامح نموده و لذا خود، مسئول خسارت خویش است (علامه حلی، قواعد ۲/۲۱۴ - نجفی ۱۹۱/۳۵).<sup>۱</sup>

### ۳-۲- بازاریابی شبکه‌ای و صلح

صلح عبارت است از تراضی بر امری از تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق و غیر آن (امام خمینی، تحریر ۵۶۱/۱). چنانچه بخواهیم بازاریابی شبکه‌ای را نوعی صلح بدانیم، در این صورت طرفین - یعنی متولی طرح هرمی (طرف اول) با بازاریاب (طرف دوم) - بر سر انجام عمل مشتری‌یابی برای شرکت به ازای دریافت پورسانت مقرر، مصالحه می‌نمایند.

با توجه به این که صلح عقدی است که در اصل به خاطر قطع تنازع بین متخاصمین تشریح شده اما می‌توان گفت در صلح مسبوق بودن به تنازع شرط نیست بلکه رفع تنازع ماهیتی از سنخ حکمت حکم دارد نه علت حکم (نجفی ۲۶/۲۱۰). بر این اساس در صورت قبول مدل صلح برای بازاریابی شبکه‌ای، اشکال عدم مسبوقیت آن به نزاع ابتدایی، مسموع نخواهد بود. هم چنین از آنجا که مجهول بودن عوضین در عقد صلح اشکالی ندارد مگر در صورتی که منجر به سفهی شدن عقد گردد (امام خمینی، تحریر ۱/۶۹ و ۷۰)، لذا جهالت و یا ابهام در حصول پاداش بازاریابی شبکه‌ای، در صورتی که علم یا ظن قوی به عدم حصول آن نباشد، مغتفر خواهد بود، چیزی که فرض آن در بازاریابی شبکه‌ای نوع دوم نادرالوقوع است.

اما بنابر نظر استقلال که مشهور فقها بدان قائلند،<sup>۲</sup> صلح یک عقد مستقل است و به ایجاب و قبول وابسته می‌باشد؛ اگرچه صیغه خاصی برای انعقاد آن شرط نشده است ولی به هر حال باید لفظی که بر

۱. از آنجا که قابلیت اجرایی قاعده غرور منوط به جهل مغرور است (بجنوردی ۲۶۹/۱)، حقیقت این است که امروزه با توجه به تبلیغات گسترده رسانه‌ای و اخبار شایع بین مردم، نمی‌توان ادعا کرد که فرد مغرور از بازاریابی شبکه‌ای نسبت به احتمال ضرر خود، در صورت شرکت در طرح‌های هرمی، بی‌خبر است. حداقل این است که افرادی این گونه، علم به ضرری دارند که فکر می‌کنند به گونه‌ای در آینده جبران می‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد نمی‌توان افراد متضرر را دارای این حق دانست که برای جبران ضرر خود به افراد مراجعه نمایند.

۲. محقق حلی ۲/۲۶۶؛ علامه حلی، مختلف ۶/۲۱۲؛ شهید اول ۳/۳۲۷؛ محقق کرکی، رسایل ۱/۱۹۰؛ محقق سبزواری/۱۱۶.

تسالم بر امر مورد مصالحه دلالت کند، بیان گردد (امام خمینی، همان ۵۶۱). بنابراین در خصوص آن دسته از بازاریابی های شبکه ای که مشترک عملاً با خرید یک محصول، به عنوان یک سرویس جانبی، دارای کدی شده و در نتیجه ضمن خرید محصول - که هدف اصلی اوست - به عنوان بازاریاب محصول، وارد شبکه می گردد، چون قبول لفظی مبني بر عضویت در شبکه و قبول این قرارداد، مطرح نگردیده، به مشکل برخورد خواهیم خورد.

نکته قابل یاد آوری در پایان این بحث آن است که صرف تشابه بازار یابی شبکه ای به جعاله یا صلح در بعضی موارد نمی تواند دلیلی بر مشروعیت آن باشد، همان طوری که صرف تشابه هر عملی به بیع در مشروعیت آن کفایت نمی کند. محدودیت های در آمدی که بر انواع معاملات بشری توسط شارع مقدس تشریح شده؛ مانند محدودیت نشأت گرفته از کسب ها و مبادلات حرام، محدودیت فعالیت های اقتصادی که موجب ضرر می شوند، شبهه اکل مال به باطل، شبهه قمار، شبهه غرر، و اختلال نظام که در بازار یابی شبکه ای نیز تحقق دارد، قیودی است که مشروع بودن هر عمل اقتصادی منوط به چگونگی عبور آن از این صافی های محدود کننده است که در ادامه بحث بدان خواهیم پرداخت.

### ۳- بررسی فقهی بازاریابی شبکه ای

وجود چند شاخصه مهم مانند عدم تلاش در کسب درآمد، اتکای به شانس، ریسک و خطرپذیری، فریب، و خروج سرمایه از کشور در بازاریابی شبکه ای به ویژه از نوع دوم آن باعث شده تا مشروعیت این قسم از فعالیت های اقتصادی مورد تردید قرار بگیرد و شبهاتی مانند اکل مال به باطل، قمار، و غرر مطرح گردد.

#### ۱- ۳- شبهه اکل مال به باطل

بر اساس آیات قرآن (بقره / ۱۸۸ - نساء / ۲۹ - توبه / ۳۴) اکل مال به باطل یکی از عوامل محدود کننده درآمد در اسلام است؛ بدین معنا که چنانچه در آمدی از طریق باطل کسب گردد، حرام و استفاده از آن از نظر شرع مقدس نارواست. کلمه «باطل» در معانی ظلم و عدوان، پوچ و بیهوده، خالی بودن از غرض عقلایی، فقدان و زیان آمده و در هر صورت نقیض کلمه «حق» است (ابن منظور ۵۶/۱۱؛ شرتونی / ۱ / ۴۸؛ شعرانی / ۱ / ۸۳ تا ۸۵؛ قرشی / ۱ / ۲۰۰).

در کتب فقهی و تفسیری پیرامون باطل معانی متعددی ذکر شده از جمله استفاده از اموال یکدیگر از طریق غصب و ظلم (طبرسی ۲/ ۲۴)، ربا و قمار و بخش (شیخ طوسی ۳/ ۱۷۸)، لهو و لعب (طبرسی ۱/ ۲۳۴)، هر شیئی پلید (همان)، مبادلات و معاملات غیر مشروع و فاسد (نساء / ۲۹)،

درآمدهای نامشروع (طبرسی ۱/۲۳۴)، صرف اموال در مسیرهای حرام و ناپسند، و هر نوع استفاده غیرعقلایی از اموال و دارایی‌ها (همان). از مجموعه «باطل» و «اکل» استفاده می‌شود که منهی عنه اخذ یا تصرف به ناحق در اموال می‌باشد و «اکل مال به باطل» یعنی استفاده و بهره برداری از اموال به صورتی که با موازین شرعی ناسازگار باشد (راغب ص ۴۸).

با توجه به معنای تحت اللفظی باطل که مفهومی گسترده است و نیز دخالت شرع و عرف در تعریف مصادیق باطل، بعضی از فقها مراد از باطل را تصرف در اموال دیگران به غیر وجه شرعی می‌دانند؛ مانند ربا، غصب، و قمار (اردبیلی/۴۲۶؛ فاضل مقداد ۲/۳۵؛ خویی ۲/۱۴۰). اما شیخ انصاری (۵/۲۰) و امام خمینی (المکاسب المحرمه ۱/۶۴) معتقدند آیه بر حرمت اکل مال به هر وجهی که عرفاً باطل نامیده می‌شود، دلالت دارد. به نظر می‌رسد رأی دوّم صائب تر باشد، زیرا اولاً مشابه آنچه که قبلاً در نافذ بودن عرف در بحث مشروعیت عهود و عقود عامّی که بین مسلمانان منعقد می‌شود، بیان شد، در اینجا نیز ناچار از به رسمیت شناختن عرف در شناخت مصادیق باطل هستیم، چرا که در غیر این صورت در هنگام شک نمی‌توان به هیچ یک از اطلاعات یا عموماً وارد در کتاب و سنت استناد نمود زیرا تمسک به عام در شبهه مصداقیه می‌شود و این جایز نیست (امام خمینی، البیع ۱/۶۴). ثانیاً اگر منظور از باطل، جنبه شرعی آن باشد، در این صورت به چند مورد مشخص که در شرع مطرح شده، محدود می‌گردد، در حالی که به نظر می‌رسد در آیات مذکور باطل در مفهوم گسترده خویش اعم از شرعی و عرفی به کار رفته و موارد خاص به عنوان مصادیق آن بیان شده است. بنابر این مراجعه به عرف در مورد تشخیص مصادیق اکل مال به باطل از قبیل موارد تشخیص موضوعات عرفیه است که تمام مذاهب بدان اعتقاد دارند و نظر عرف را در این حیثه نافذ می‌دانند.

در بازاریابی شبکه‌ای و کسب درآمد از طریق آن - که موارد رایج این تجارت در کشور ما عمدتاً از نوع دوم است - آنچه که به عنوان پورسانت به افراد داده می‌شود، ما به ازای کاری و یا معاملی متناسب ندارد و درآمدی این چنین از نظر عرف به ناحق و باطل است. نظرات بسیاری از مخالفان در قشیرهای مختلف جامعه بلکه محوریت اصلی نظر آنها بر این پایه شکل گرفته که درآمد ناشی از بازاریابی شبکه‌ای نوعی اکل مال به باطل بوده و این چنین روش درآمدی، عقلانی و پسندیده نیست. به عنوان نمونه به چند نظر اشاره می‌شود:

أ- آیه الله مکارم شیرازی: «منظور از اکل مال به باطل این است که انسان بی آن که فعالیت مثبتی داشته باشد، اموال بادآورده ای را تملک کند و درگلدکوئیست و مانند آن چنین مطلبی به خوبی دیده می‌شود. افرادی که در شاخه‌های اول قرار می‌گیرند، بی آن که کار مهمی را انجام داده باشند، اموال

هنگفتی را تصاحب می کنند و افرادی که در شاخه های آخر می باشند ، مال باخته های واقعی هستند» (علیان نژاد ص ۴۴).

ب - بخشنامه مدیریت کل نظارت و امور بانک مرکزی در خصوص چند شرکت با طرح های سوددهی شبکه ای ، مورخه ۸۴/۴/۲۰: « با توجه به عملکرد غیرمتعارف این شرکت ها که تنها نقش هماهنگ کننده و ثبت کننده افراد را به عهده دارند و درصدی از مبالغ پرداختی مشترکین را به عنوان کارمزد مطالبه کرده و تعهدی در قبال ضرر و زیان افراد ندارند و هم چنین با توجه به این که رواج و اشاعه این گونه فعالیت های غیراقتصادی و غیرمولد در آینده نه چندان دور ، آثار و تبعات نامطلوب و سوء اقتصادی و اجتماعی برای کشور به همراه خواهد داشت ... دستور فرمایند به کلیه شعب و واحدهای ذی ربط ابلاغ گردد از افتتاح هرگونه حساب و انجام خدمات بانکی برای این قبیل شرکت ها و افرادی که در این طرح ها مشارکت می نمایند ، امتناع شود».

ج - نمایندگان مجلس شورای اسلامی نیز با تصویب « طرح ممنوعیت فعالیت شرکت ها و مؤسسات با ساختار هرمی با شبکه بی انتها از قبیل گلدکوئیست » مورخه ۱۳۶۹ و شورای نگهبان با تأیید آن همراه با اصلاحاتی ، به غیرمتعارف بودن کسب درآمد از راه عضویت در این شبکه ها صحه گذاشتند.

## ۲ - ۳ - شبهه قمار

در فتاوی برخی از فقها روش سوددهی در بازاریابی شبکه ای ، قمار یا شبه قمار تلقی شده و بر این اساس اخذ وجوه ناشی از این معامله حرام و مانند مال ناشی از قمار ، فرد مالک آن نخواهد شد (مکارم شیرازی ، [www.shora-gc.ir](http://www.shora-gc.ir)). با مرور بر تعاریفی که فقها از قمار کرده اند ، می توان دریافت که برخی از آنان (محقق کرکی ، جامع المقاصد ۲۴/۴؛ حسینی عاملی ۵۶/۴) حرمت اختصاص یافته به قمار را تنها مختص به بازی با آلات معروف قمار دانسته اند و در مورد شرط بندی بر برد و باخت با غیر این آلات ، حکم حرمت را جاری نساخته و فقط فساد معامله ، عدم تملک شرط (رهن) و حرمت تصرف در آن را بیان داشته اند. وجه آن نیز بدین دلیل است که این گونه اعمال نوعی اکل مال به باطل است ولی از جهت عمل حرمتی ندارد ، بلکه در جواهر قولی مبنی بر امکان قبول مال الشرط با فرض رضایت باذل به دلیل توصیه به وفای به عهد وجود دارد (نجفی ۲۲ / ۱۰۹ و ۱۱۰).

شیخ انصاری به شدت با این قول مخالف است ، زیرا در پیمانی که مضمون آن عقد فاسد است ، بحث استحباب وفای به عهد جایگاهی ندارد. ضمن این که ترتب آثار ملک بر چیزی که به واسطه اسباب تملک حاصل نشده ، مستحب نیست (۱ / ۳۷۷). علی رغم تأکید فقها در انحصار مفهوم قمار به بازی با قیود ویژه خود ، در مواردی به فعالیت های خاصی ، مثل بلیط بخت آزمایی ، عنوان قمار یا شبه قمار

داده اند. آنچه در این گونه فعالیت ها مطرح می شود این است که آنها در حکم قمار هستند؛ به این معنا که از نظر حکمی مشمول حکم قمار می گردند که همان اکل مال به باطل است، نه از نظر موضوعی. نکته دیگر این که تعبیر قرآن از قمار، «میسر» است. علما در بیان معنای آن آورده اند: «هر آنچه که انسان را از یاد خدا باز دارد، میسر (قمار) است» (شیخ صدوق ۳۴۵/۱؛ حرّ عاملی ۲۳۵/۱۲) در تفسیر مجمع البیان آمده: «میسر از یُس مشتق شده و عبارت است از گرفتن مالی به آسانی و بدون رنج» (طبرسی ۲۰۸/۱) و بدین جهت می توان گفت که وجه اساسی حرمت در قمار (میسر) که آن را تحت عنوان کلی اکل مال به باطل می گنجاند، به دست آوردن مال بدون هیچ زحمتی و در قبال از دست رفتن آن از تملک دیگران است، از این رو در آیه ۹۱ سوره مائده از دشمنی و بغض نسبت به یکدیگر به عنوان حاصل قمار بازی یاد شده است، چرا که در کمترین زمانی حاصل تلاش انسان را در مال و آبرو از بین می برد. اگر فرد برنده شود، زیاده روی، انحراف از اعتدال در زندگی، خوشگذرانی زیاد، دوری از اشتغال، و کسب درآمد از طریق نامشروع را به دنبال دارد و اگر ببازد، فقدان مال و در نتیجه عداوت و کینه نسبت به برنده و حسرت به مافات را نتیجه می دهد (علامه طباطبایی ۱۲۳/۶).

در بازاریابی شبکه ای به ویژه از نوع دوم، شاخصه عدم تلاش برای کسب درآمد و وابستگی به عنصر شانس، همانند بلیت بخت آزمایی، به خوبی نمایان است. یکی از منتقدان طرح های هرمی می نویسد: «میزان سود به جای وابستگی به مهارت و فعالیت شرکت کننده، وابسته به شانس است. به سادگی می توان نقش شانس را در میزان سودی که یک فرد در این گونه سیستم ها به دست می آورد، مشاهده کرد. به طور مثال برای تأثیر شانس در میزان حق کمیسیون: اگر شخص «الف» معرف شخص «ب» باشد، سپس شخص «ب» شخص «ج» را که یکی از اقوامش است و در شهر دیگری دور از «الف» و «ب» زندگی می کند، معرفی نماید. فرد «الف» نمی تواند در فروش و فعالیت های «ج» شرکت کند یا حتی ممکن است او را نشناسد ولی به خاطر این که «ج» خیلی خوب فعالیت می کند، کمیسیون زیادی نصیب «الف» می شود. در واقع شانس، در میزان پرداخت پول در هر طرح<sup>۱</sup> MLM با بیش از دو سطح به شدت دخیل است؛ هرچند برخی توزیع کننده ها با زیر مجموعه هایشان کار می کنند ولی همه نمی کنند و نمی توانند هم کاری کنند در حالی که به خاطر زیرمجموعه هایشان پول دریافت می نمایند» (www.nms.ir).

برخی از طرفداران در دفاع از طرح های هرمی و ردّ شبهه قمار می گویند: «فرض کنید که بنده با بنیاد مسکن قرارداد می بندم که سیستم رایانه ای بنیاد را شبکه ای کنم. سپس به دلیل حجم کار،

1. Multi Level Marketing (بازاریابی چند سطحی)

تعدادی مهندس، تکنیسین و کارگر اجیر می‌کنم تا این کار را انجام بدهند. از آنجا که تیم من قبلاً نیز با من کار کرده‌اند و من به کار ایشان اعتماد دارم، خودم می‌روم منزل دراز می‌کشم و روز آخر شبکه رایانه‌ای تست و راه‌اندازی می‌شود. تیم بنده حق‌الزحمه خودشان را از بنده می‌گیرند و بنیاد هم طبق قرارداد پول را به بنده می‌دهد و آن شبکه کامپیوتری نیز مدت‌ها به بهترین صورت ممکن برای بنیاد کار می‌کند. آیا کسی می‌تواند بگوید پولی که بنده از بنیاد گرفته‌ام، اکل مال به باطل بوده است؟ در گلدکوئیست نیز مقابل پورسانتی که اعضا می‌گیرند، فروش محصولات یک کمپانی قرار دارد» (www.yournetwork.blogfa.com).

آنچه در پاسخ می‌توان گفت این که درک عمومی از درآمدی که به واسطه فعالیت‌هایی این‌گونه (نظیر راه‌اندازی شبکه) نصیب افراد می‌گردد، این است که این مبالغ ما به ازای تخصصی است که معمولاً چنین افرادی دارند و یا تعهدی است که طی قراردادی که معمولاً بین افراد و کارفرما بسته می‌شود، به عهده آنها قرار می‌گیرد، در حالی که در بازاریابی شبکه‌ای، به ویژه در خصوص جریان سود از لایه‌های زیرین به جیب لایه‌های بالاتر، اساساً نه تخصصی برای لایه‌های بالاتر مطرح است، نه تعهدی بر دوش آنها قرار داده شده که در صورت عدم انجام آن مسئول باشند و نه تلاشی برای کسب این درآمد از جانب آنها انجام گرفته است! در حقیقت حتی اگر برای زرنگی افراد و تلاششان در این سیستم در جذب لایه‌های اولیه نقشی قایل شویم، این نقش در لایه‌های زیرین بسیار کم‌رنگ می‌شود و در مجموع شخص منتظر است که با شانس و زرنگی به پول‌های دیگران برسد. در قمارهای دسته‌جمعی (لاتار) نیز کسب درآمد به همین منوال است. افراد پولی را می‌گذارند و شرط بندی می‌کنند و تعداد محدودی به آن پول می‌رسند. در اینجا نیز پول گروهی از افراد است - نه قسمتی از سود شرکت - که به افراد خاصی به صورت خاص تعلق می‌گیرد (موسویان ص ۱۳).

### ۳-۳- شبیهة غرر

با توجه به همه معانی که برای غرر ذکر شده، می‌توان گفت که عنصر اصلی در غرر جهالت است، خواه جهل تعلق به اصل و وجود مبیع داشته باشد یا به حصول در دست کسی که انتقال به او می‌یابد و یا به صفات کمی و کیفی آن (شیخ انصاری ۴ / ۱۷۸). و نهی در معامله غرری از این جهت است که شارع در صدد سدّ مخاطره‌ای است که از قبیل این ابهام در معامله رخ می‌دهد و آن را به سمت تنازع می‌کشاند. تعلیل فساد در بعضی از معاملات متعارف در جاهلیت مانند «بیع منابذه» و «بیع الحصاه» به این که غرری‌اند با وجود این که در بعضی از آنها جهالتی نیست، بر اساس همین تفسیر است (همان/۱۸۲). بنابراین از چند منظر می‌توان شبیهة غرر را به نوعی در بازاریابی شبکه‌ای مطرح نمود:

۱ - ۳ - ۳ - ابهام در حصول کالا: در خصوص طرح هایی که ضمن بازاریابی، خرید و فروش نیز در آنها انجام می شود، به ویژه با توجه به ابهام فعالیت بعضی از این شرکت ها در کشورهای خاستگاه خویش، شبهه ابهام در دستیابی به کالاهای خریداری شده در کشورهای مقصد به طور جدی مطرح است. از آنجا که بسیاری از این شرکت ها در کشورهای اصلی، غیرقانونی هستند، ممکن است برای گرم شدن بازارشان، در برهه ای از زمان، به تعهدات خود عمل کنند، اما هیچ اطمینان و امنیتی برای این که این روند ادامه یابد، نیست (موسویان/۱۳).

یکی از طرفداران طرح به اشکال مزبور چنین پاسخ می دهد: «اگر منظور این است که موضوع ابهام، خود معامله را باطل می کند، باید گفت که اگر خریدار و فروشنده راضی باشند که در مال یکدیگر تصرف کنند، تصرف آنها اشکال ندارد و اگر منظور این است که در شرایط کاری یا کمپانی ابهام وجود دارد، باید توجه داشت که در جعاله می تواند خصوصیات کار، مجهول و نامعین باشد» (www.yournetwork.blogfa.com). آنگاه به موضوع عدم اطمینان در حصول کالا و نیز ابهام در عمل شرکت به انجام تعهداتش، این گونه پاسخ می دهد: «ما در جلسه پرزنت می گویم که سکه ها به ایران ارسال نمی شوند و اگر کسی را خارج از کشور ندارید، پس محصولتان به دبی می رود و بعداً می توانید به دبی تشریف بیاورید و آن را ببرید. اما در مورد عمل شرکت به تعهداتش باید گفت که این موضوع نیز با بررسی سوابق شرکت در عمل به تعهداتش و هم چنین دانستن راهکارهای قانونی جهت برخورد با شرکتی که به تعهداتش عمل نکند، به راحتی مشخص می شود» (همان).

در پاسخ به اظهارات فوق به چند نکته باید اشاره کرد:

أ - رضایت در معامله رکن دوم مشروعیت است. از نظر اسلام و با توجه به آیه ۲۹ سوره نساء ابتدا باید خود معامله صحیح بوده و ناشی از تصرف به ناحق در اموال دیگران نباشد، سپس در آن معامله مشروع، دوطرف راضی باشند. اگر استدلال مشروعیت به واسطه رضایت طرفین را بپذیریم، آنگاه بسیاری از مراودات اقتصادی، اجتماعی و حتی جنسی (هم چون ربا، رشوه، زنا، و ...) نیز به جهت این که ممکن است نوعی رضایت در آنها به چشم بخورد، مشروع می بود!! معامله غرری نیز از این دست است.

ب - همان گونه که گفته شد، جعاله بودن بازاریابی شبکه ای محل تأمل است. به علاوه این که در جعاله نیز اگر در اصل پرداخت معوض ابهام باشد، به گونه ای که معامله جنبه سفهی پیدا کند، چنین ابهامی بخشیده نیست و موجب بطلان جعاله خواهد بود.

ج - برخلاف نسخه های داخلی طرح های هرمی، چگونگی برخورد با آن دسته از شرکت های

هرمی که در خارج از کشور قرار دارند نیز به شدت ابهام دارد، چرا که بعضی از آنها در کشورهای خاستگاه خود نیز غیرقانونی اند و یا حداقل این که فعالیت آنها به شدت ابهام آمیز است. این گونه فعالیت ها نه تابع استانداردهای جهانی تجارت الکترونیک است و نه از طریق قواعد حقوقی و سازوکارهای امنیتی حاکم بر تجارت الکترونیک در جهان، می توان پیگیر تخلف احتمالی این گونه شرکت ها شد. تجربه تلخ گلدکوئیست در کشورمان و بی پاسخ ماندن شکایت بسیاری از مدعیان علیه وی می تواند مؤیدی بر گفتار ما باشد.

۲ - ۳ - ۳ - اشباع : طرح های هرمی با اوصافی که گفته شد، با چالشی به نام اشباع (Saturation) مواجه اند. منظور از اشباع این است که مدت زمان لازم برای پیدا کردن مشتری های مورد نیاز آن قدر زیاد است که اکثر اعضا به دلیل سختی کار از ادامه فعالیت منصرف می شوند. به عنوان مثال در طرح های هرمی باینری مانند گلدکوئیست پس از یک مرحله، دو نفر جدید به شبکه اضافه می شوند و پس از یک مرحله دیگر شبکه باید چهار نفر عضو جدید داشته باشد. به همین ترتیب شبکه در هر مرحله دو برابر مرحله قبل عضو دارد. در مرحله دهم، دو به توان ده عضو؛ یعنی ۱۰۲۴ عضو و در مرحله بیستم، دو به توان بیست عضو؛ یعنی بیش از یک میلیون عضو و در مرحله سی و چهارم، دو به توان سی و چهار عضو؛ یعنی بیش از ۱۷ میلیارد عضو باید وارد شبکه شوند. اگر هر مرحله یک ماه طول بکشد، پس از سه سال شبکه باید چندین برابر جمعیت کره زمین ورودی داشته باشد (www.nms.ir).

حقیقت این است که در بازاریابی شبکه ای از نوع دوم، احتمال وجود اشباع بسیار است، هم به دلیل فوق الذکر و هم به این دلیل که چنین طرح هایی از آنجا که بر اساس نیازهای واقعی انسان ها شکل نگرفته اند، به هر حال طرفداران محدود و خاص خود را دارند و خیلی زودتر از زمانی که به جمعیت معادل جمعیت کره زمین نیاز باشد، متوقف خواهند شد. از این رو عضویت در آنها مخاطره ای به همراه دارد که مترادف با از دست رفتن سرمایه اولیه برای عضویت در طرح یا خرید وسیله ای غیرضرور و عدم دست یابی به سود آن به جهت عدم توفیق در تکمیل شبکه در لایه های زیرین است و این تداعی کننده مفهوم غرر است که در بعضی از منابع فقهی به عنوان خطری که به واسطه آن از ضرر تأمینی نخواهد بود، معنا شده است (نجفی ۲۲/۳۸۷).

اما در طرح های شبکه ای نوع اول از آنجا که این گونه طرح ها بر اساس نیاز واقعی افراد به کالا بنا شده و در کنار خرید و فروش، بازاریابی و سوددهی بر اساس آن نیز تعریف شده است، اشباع مفهومی نخواهد داشت. به دیگر سخن در این نوع فعالیت ها هر فردی که وارد شبکه می شود، به ازای پولی که پرداخت می کند، کالا یا خدماتی را به قیمت بازار دریافت کرده و از آن استفاده می نماید و با



توجه به نیاز خود به کالا، به طرح می‌پیوندد. از سوی دیگر اشباع بازار عملاً غیرممکن است، زیرا بازاریک کالا یا خدمات همواره وجود دارد و در کنار آن افرادی هستند که به آن نیاز دارند و این کار بازاریاب است که این افراد را پیدا کند (www.mlminiran.bravehost.com).

ضمن این که در طرح های این چنینی لزوماً مشتریان صید شده، وارد طرح بازاریابی نمی‌شوند و اشکالی ندارد که فردی چندین بار به عنوان مشتری کالا وارد شبکه شود و افراد مختلفی نیز به واسطه معرفی وی پورسانت مربوطه را دریافت دارند، و لذا اشباع مفهومی نخواهد داشت.

#### ۴-۳- حکم ثانوی

بعضی از فقها از منظر حکم ثانوی حکم به بطلان فعالیت های خاص بازاریابی شبکه ای رایج در کشور داده اند، اگرچه به نوعی می‌توان نهی از بیع غری و یا نفی معامله غری را حکمی ثانوی دانست که خود را بر عموماً احکام اولیه تحمیل می‌نمایند، اما به نظر می‌رسد مهم ترین حکمی که بر این اساس در مبحث فوق به کار می‌آید، بحث حفظ نظام است که بدان می‌پردازیم.

برای «حکم ثانوی» در مقابل «حکم اولی» معانی مختلفی ذکر شده است. در یکی از این تعاریف آمده: «احکام اولیه عبارتند از آن دسته از احکامی که بر موضوعات خود به نحو اطلاق و دوام بار می‌شوند؛ یعنی احکامی که به صورت قضیه دائمه همه مصادیق خارجی خود در جمیع زمان ها و مکان ها و حالت ها را دربر می‌گیرد. احکام ثانویه عبارتند از آن دسته احکام کلی که دارای عناوین و موضوعاتی عام هستند ولی نه به طور مطلق، بلکه همراه با تقیید و توصیف به چیزی. بدین ترتیب قضیه از حالت اطلاق و دوام بیرون می‌آید و به صورت قضیه حینیه و صفة مادامیه نمایان می‌شود» (شربانی ص ۲۹۱).

یکی از مهم ترین عناوین ثانوی، حفظ نظام است. در تعبیر فقهی این عنوان در دو معنا استعمال می‌شود: گاهی مقصود از آن، حفظ و نگهداری حاکمیت اسلامی و جلوگیری از خدشه دار شدن آن به وسیله دشمن داخلی و خارجی است که از تعبیر مشابهی چون «حفظ بیضة اسلام» برای بیان این معنا نیز استفاده می‌شود. گاهی هم مراد از آن، حفظ نظام در درون جامعه اسلامی و برقراری انضباط میان مردم و سازمان ها و دستگاه های اجتماعی است. حفظ نظام به این معنا در مقابل اختلال و هرج و مرج است.

از عناوین ثانوی دیگری که در منابع فقهی کاربرد دارد و هم ارز حفظ نظام است، «حفظ مصلحت نظام» می‌باشد. «حفظ نظام» شامل مواردی است که بی‌اعتنایی به آن جامعه اسلامی را دستخوش اختلال، هرج و مرج و فساد می‌کند، ولی عنوان «مصلحت نظام» در بسیاری از موارد،

مرتبط با اموری است که رعایت و لحاظ آنها به نفع و صلاح جامعه است، بی آن که مراعات نکردن آنها موجب اختلال و فساد در جامعه شود (کلاتری [www.islamic databank.com](http://www.islamic databank.com)). صدور حکم بر طبق این گونه مصالح از جمله اختیارات حاکم اسلامی است. امام خمینی (ره) در این مورد می گوید: «امام علیه السلام و والی مسلمین می تواند هر امری را که به صلاح مسلمین است، انجام دهد، اموری مانند تثبیت قیمت یا صنعت یا محدود کردن تجارت و یا غیر آن؛ یعنی هر کاری که در نظام و صلاح جامعه دخیل است.» (تحریر ۲ / ۶۳۶) و در جای دیگر گوید: «حکومت می تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قراردادها مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک جانبه لغو کند. نیز می تواند هر امری را، چه عبادی یا غیر عبادی، که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است، جلوگیری کند» (نامه امام، دی ماه ۱۳۶۶، کیهان، شماره ۱۳۲۲۳).

یکی از نکات مهم در نقد فعالیت های بازاریابی شبکه ای، نگاه به مسئله از دیدگاه حفظ نظام اقتصادی جامعه مسلمین و مصلحت آن است. بدون شک بازاریابی شبکه ای با تعریف طرح های هرمی که اکنون در کشور ما رایج است، موجب اختلال در نظام اقتصادی جامعه می شود و مصلحت ایجاب می کند که از آن جلوگیری گردد. آیه الله فاضل لنکرانی (ره) در استفتایی (مورخه ۸۴/۲/۵) در همین مورد به صراحت به این موضوع اشاره کرده اند: «... ارتباط با این شرکت ها هم به عنوان اولی حرام است و هم به عنوان ثانوی. اما به عنوان اولی، برای این که از مصادیق اکل مال به باطل است ...، اما عنوان ثانوی، برای این که راهی اختراع کرده اند تا ضمن سود سرشار و هنگفت، کشورهای دیگر مخصوصاً مسلمانان را از نظر اقتصادی مورد تضعیف قرار دهند و ارزهای آنان را از کشورشان بیرون ببرند و افراد فعال را از فعالیت هایی که موجب ارتقا و رشد کشورشان است، بازدارند و این عنوان ثانوی از نظر اهمیت بالاتر از عنوان اولی است، لذا توالی فاسد این گونه معاملات که بر هیچ فرد منصفی پوشیده نیست، مؤکد حرمت آن می باشد»<sup>۱</sup>.

با توجه به آنچه گفته شد، از چند منظر می توان فعالیت های بازاریابی چند سطحی را موجب

اختلال در نظام دانست:

۱ - ۴ - ۳ - خروج ارز از کشور: این شبهه در خصوص شرکت هایی که مقرر اصلی آنها در کشورهای دیگر است، مطرح می باشد. طبیعی است با واریز هر مبلغ تحت عنوان عضویت در شبکه یا هر عنوان دیگری، ارز معادل آن از کشور خارج می شود و به ازای آن یا کالایی وارد نمی شود و یا در صورت ورود، در نمونه های رایج کشور، کالای وارد شده به مراتب کمتر از ارز خارج شده ارزش دارد.

۱. به نقل از: <http://www.algomeh.ar/gonagon/goldguest.htm> تاریخ مراجعه: ۸۹/۰۳/۱۰.

اگرچه طرفداران طرح، بدین باورند که این طرح‌ها می‌تواند ارزآوری داشته باشد، هم به واسطه ارزش افزوده کالاهای کلکسیونی خریداری شده و هم بر اساس احتمال جذب نیرو از کشورهای دیگر و در نتیجه واریز پورسانت مربوطه به داخل کشور، اما باید گفت توجه به عدم نیاز واقعی اعضاء به کالاهای کلکسیونی و به خصوص با عنایت به غیرواقعی بودن قیمت آنها از یکسو و نیز ردوبدل شدن کالا در بسیاری از طرح‌ها و شیب منفی توسعه شبکه در لایه‌های پایینی از سوی دیگر، این ادعا را گزاف می‌نمایاند. ضمن این که پورسانت وارد شده به کشور با فرض جذب نیروهای خارجی در طرح، درصد کمی از مبلغ کلی است که از کشور خارج شده است. به عنوان مثال و به نقل از یکی از جراید تنها در پایان سال ۸۳، حدود ۸۴ میلیون دلار ارز از طریق سیستم بازاریابی گلدکوئیست از کشور خارج شده است (روزنامه جوان، شماره ۱۷۹۲). به علاوه این که در مورد بعضی از این شرکت‌ها، شبهه وابستگی آنها به کشورهای مخالف نظام اسلامی به ویژه صهیونیست‌ها، مطرح شده است (روزنامه جمهوری اسلامی، ۸۳/۷/۲۶)، که در حقیقت واریز پول به حساب این شرکتها به مفهوم سرازیر شدن پول کلان به جیب دشمنان اسلام خواهد بود.

۲ - ۴ - ۳ - تضعیف روحیه کار و تحریک روحیه منفعت طلبی: رؤیای به دست آوردن ثروت هنگفت به واسطه جذب مشتری‌های لازم در زیرشاخه‌های خود، رؤیایی تحریک کننده برای هر فرد به خصوص برای فرد جوانی است که با هیولای بیکاری دست و پنجه نرم می‌کند. پرواضح است که شیرینی گسیل شدن مبلغ قابل توجهی پورسانت به جیب افراد بدون این که کوچکترین تلاشی برای آن انجام دهند، چیزی نیست که بتوان به راحتی از آن گذشت. دست یافتن چند نفر از لایه‌های بالای یک طرح هرمی به ثروتی قابل توجه از ناحیه جذب مشتری‌های لایه پایین، کافی است تا به همراه تبلیغات گسترده و پررنگ و لعاب در جلسات پرزنت خود، دیگران را به ورود به این فضا تحریک کنند و این دقیقاً کاری است که در خصوص طرح‌های رایج در کشور همانند گلدکوئیست انجام گرفته است. اولین صفحه از جزوه تبلیغاتی گلدکوئیست که جهت جذب مشتریان جدید به اعضا داده می‌شود، تصاویر غلط اندازی از ماشین‌های آخرین سیستم و خانه‌های مجلل در کنار ساحل رؤیایی دریا است. چنین روشهایی در جذب مشتری به خصوص با توجه به این که می‌توان فهمید دست‌یابی به ثروت‌های این چنینی برای لایه‌های پایین تر لااقل به همین راحتی که تبلیغ می‌شود، نیست، ضمن این که شائبه فریب و اغوای مشتری را نیز دارد، کمترین اثر آن تضعیف روحیه کار و فعالیت مؤثر و تحریک روحیه راحت طلبی و ثروت اندوزی است و چون این ماجرا با واقعیت بسیار فاصله دارد، منجر به التهاب اقتصادی در جامعه خواهد شد.

۳ - ۴ - ۳ - ناامنی اقتصادی و اجتماعی: عدم وقوع بسیاری از وعده های پیش گفته، به دلیل شیب منفی جلب مشتری در طرح های هرمی، ناامنی اقتصادی و اجتماعی را به دنبال خواهد داشت. خصومت های شخصی افراد لایه های پایین نسبت به لایه های بالا، به دلیل عدم تحقق وعده ها، شدت خواهد گرفت و از آنجا که بسیاری از این افراد، بنا به توصیه شرکت ها، افراد فامیل را در اولویت جذب خود قرار داده اند، این درگیری ها به خصوصی ترین لایه های زندگی افراد نفوذ خواهد کرد. طبیعی است در مقابل یک نوع فعالیت با تبعاتی این چنینی، دولت اسلامی به نمایندگی از ولی امر، وارد صحنه شده و اقدام به تحدید یا تعطیل چنین فعالیت هایی کند. این گونه عمل دولت اسلامی امری بی سابقه نیست، هم در شریعت پیش بینی شده و هم در تاریخ نظام اسلامی، بارها اتفاق افتاده است. برخورد با احتکار کالایی خاص در شرایطی ویژه، توسط حاکم اسلامی، که به نوعی تحدید مالکیت خصوصی افراد به شمار می رود، برخوردی از سنخ برخورد بالاست.

بنابر آنچه گفته شد، دخالت دولت در اموری این گونه کاملاً موجه و مشروع است و فارغ از هرگونه تعریفی که برای طرح های هرمی قایل شویم، چنانچه دولت اسلامی تشخیص دهد، می تواند جهت حفظ ثبات اقتصادی، بروز استعدادها و سالم سازی فضای تعاملات اجتماعی و اقتصادی بین اقشار مختلف جامعه، این طرح ها را ممنوع و با عاملان آن برخورد کند؛ کما این که در مورد فعالیت شرکتی چون گلدکوئیست این گونه عمل کرده است.

### نتیجه

بازاریابی شبکه ای که در قالب طرح های متعددی مطرح است، از جمله فعالیت های اقتصادی مستحدثه ای است که می تواند به عنوان یک قرارداد مستقل بدون این که تحت عنوان یکی از معاملات شرعی گنجانیده شود، قرار گیرد؛ هرچند که ممکن است از بعضی جهات مشابهت هایی بین آن و اجاره، جعاله و صلح برقرار کرد اما هر یک از موارد مزبور مستلزم اشکالاتی است که در مقاله بدان اشاره شده است.

وجود چند شاخصه مهم مانند عدم تلاش در کسب درآمد، اتکای به شانس، ریسک و خطرپذیری، فریب، تضعیف روحیه کار، تحریک روحیه منفعت طلبی، و خروج سرمایه از کشور در بازاریابی شبکه ای به ویژه از نوع دوم آن که رواج بیشتری در میان مردم دارد، باعث شده تا مشروعیت این قسم از فعالیت های اقتصادی مورد تردید واقع شود و مشمول اکل مال به باطل، قمار و غرر گردد. از طرف دیگر با توجه به اثرات منفی قابل توجه بازاریابی شبکه ای در امنیت اقتصادی و اجتماعی جامعه،

رعايت حفظ نظام و مصلحت جامعه اسلامي ، موجبات دخالت دولت و بازوهای اقتصادی آن به عنوان نماینده حکومت اسلامی جهت تحدید یا تعطیل فعالیت های مزبور را کاملاً موجه و مشروع می کند.

### منابع

قرآن مجید.

آهني ، بتول ، «قواعد حاكم بر قراردادهای الكترونيكي» ، نشریه ندای صادق ، ش ۳۴ - ۳۵ ، تهران ، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع) ، ۱۳۸۳ .

ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، بيروت ، داراحياء التراث العربي و مؤسسة التاريخ العربي ، ۱۴۱۸ ق.

اردبیلی ، احمد بن محمد ، زبدة البيان في احكام القرآن ، تهران ، مكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية ، [بی تا].

امام خمینی ، سید روح الله الموسوی ، البیغ ، قم ، مؤسسة اسماعیلیان ، ۱۴۱۰ ق .

\_\_\_\_\_ ، تحرير الوسيلة ، قم ، دارالکتب العلمیه ، [بی تا].

\_\_\_\_\_ ، المكاسب المحرّمة ، قم ، مؤسسه اسماعیلیان ، ۱۴۱۰ ق .

بجنوردی ، سید محمد حسن موسوی ، القواعد الفقهیه ، قم ، نشر الهادی ، ۱۴۱۹ ق .

حرّ عاملی ، محمد بن الحسن ، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه ، قم ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ۱۴۱۴ ق.

حسینی عاملی ، سید محمدجواد ، مفتاح الكرامة ، قم ، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزة علمیه قم ، ۱۴۱۹ ق.

خویی ، سید ابوالقاسم ، مصباح الفقاهه ، قم ، انتشارات غدیر ، ۱۳۷۱.

راغب اصفهانی ، ابوالقاسم حسین بن محمد ، مفردات الفاظ قرآن ، تهران ، المكتبة المرتضویّه ، [بی تا].

شریبانی ، عبدالحمید ، الاحكام الاولیه والثانویه ودورالزمان والمكان ، تهران ، مجموعة آثار کنگرة بررسى مبانی فقهی حضرت امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.

شرتونی ، سعید الخوری ، اقرب الموارد ، قم ، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.

شعرانی ، میرزا ابوالحسن ، نشر طوبی ، تهران ، کتابفروشی اسلامیة ، ۱۳۹۸ ق .

شهید اول ، محمد بن جمال الدین مکی ، الدروس الشریعیة فی فقه الامیه ، قم ، مؤسسة نشر اسلامی ، ۱۴۱۲ ق .

شهید ثانی ، زین الدین بن علی ، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ، قم ، مؤسسة گنج عرفان ، ۱۴۲۳ ق.

شیخ انصاری ، مرتضی ، المكاسب ، قم ، انتشارات باقری ، ۱۴۱۵ ق.

شیخ صدوق ، ابو جعفر محمد ، الامالی ، قم ، مؤسسه بعثت ، ۱۴۱۷ ق.

شیخ طوسی ، ابو جعفر محمد ، التبیان فی تفسیر القرآن ، قم ، مکتب الاعلام الاسلامی ، ۱۴۰۹ ق.

- طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- طبرسی، فضل بن الحسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.
- علامه حلی، ابومنصور حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- \_\_\_\_\_، مختلف الشیعه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- علامه طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، [بی تا].
- علیان نژاد دامغانی، ابوالقاسم، بازاریابی شبکه ای یا کلاهبرداری مرموز، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی-طالب (ع)، ۱۳۸۴.
- فاضل مقداد، جمال الدین، کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۵ ق.
- قارویی تبریزی، حسن، النضید فی شرح الروضه الشهدیه، قم، انتشارات داوری ۱۴۲۱ ق.
- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۲.
- کلانتری، علی اکبر، حکم ثانوی در تشریح اسلامی، انتشارات پژوهشکده فقه و حقوق اسلامی، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، [www.islamic\\_data\\_bank.com/pdf/html/bloo13.htm](http://www.islamic_data_bank.com/pdf/html/bloo13.htm).
- کانونیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- محقق سبزواری، محمدباقر، کفایة الاحکام، قم، انتشارات مهر، [بی تا].
- محقق کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، انتشارات مهدیه، ۱۴۰۸ ق.
- \_\_\_\_\_، رسائل، قم، انتشارات خیام، ۱۴۰۹ ق.
- موسویان، سید عباس، طعم تلخ گلدکوئیست، مجله پرسمان، ش ۳۴، قم، مرکز فرهنگی نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاهها، ۱۳۸۴.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- <http://www.mlminiran.bravehost.com/mlm2.htm>
- [http://www.nms.ir/index.php?action=show\\_news&news\\_id=52,69,104](http://www.nms.ir/index.php?action=show_news&news_id=52,69,104)
- <http://www.shora-gc.ir/portal/siteold/akhbar/1385/13850301-irisn-00001.htm>
- [http://www.Yournetwork.blogfa.com/post\\_3.aspx](http://www.Yournetwork.blogfa.com/post_3.aspx)

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۴۸-۲۹

## قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی - ریشه یابی و تحلیل\*

دکتر علی تولائی

استادیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه یزد

Email: tavallaei@yazduni.ac.ir

### چکیده

بحث قاضی شدن زن نخستین بار شیخ طوسی به صراحت در دو کتاب *الخلاف و المبسوط*، به تبع اهل سنت، مطرح کرد. شیخ طوسی به عنوان یکی از نقاط عطف در تاریخ فقه امامیه، در گسترش کمی و کیفی فقه نقش زیادی داشته است. محقق با اتخاذ روش تاریخی، سؤالات زیر را طرح و تأملی بر ادله شیخ طوسی دارد: چرا شیخ طوسی در این مسأله به «اجماع» استناد نکرد؟ چرا شیخ طوسی به ظاهر آیه شریفه: «الرجال قوامون علی النساء . . .» استناد نکرد؟ اعتبار تاریخی حدیث مورد استناد شیخ در این مسأله تا چه اندازه ای است؟ اصل «عدم جعل قضا» برای زن که اصلی ترین دلیل وی را تشکیل می دهد چگونه قابل تحلیل است؟ تمرکز بر روش طرح مسأله، چینش داده ها، ارائه مبانی و نتایج حاصل از آن در این مسأله، «صورت» مناسبی برای پرداختن به «محتوا» و تحلیل مسأله بر اساس مبانی اصولی به شیوه فقه جواهری در سایر مباحث و مسائل فقهی فراهم می کند.

**کلیدواژه‌ها:** قاضی شدن، زن، فقه، شیخ طوسی، قضا، پیشینه تاریخی.

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۲/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۱۲/۲۶.

## طرح مسأله

مسأله قاضی شدن زن یکی از مسائل تفریعی و استنباطی در فقه است که در دوره ای پس از تدوین فقه به محافل فقهی راه یافت و اگر چه عملاً مسأله ای مبتلا به در جامعه نبود (نک: وکیع، سراسر کتاب)، اما در سده پنجم ق. در کنار مباحث نظری، گسترش قابل ملاحظه ای یافت. بنا به گفته ابن قدامه (۳۸۰/۱۱)، پیامبر اکرم (ص) و خلفای پس از ایشان، منصب قضا یا ولایت بر شهری را به زنی نداده اند و اگر قاضی شدن زن جایز بود، غالباً گزارشی درباره آن به دست ما می‌رسید.

در پی جویی از زمینه های پیدایی این مسأله، نقش برخی از حرکت‌های سیاسی صدر اسلام را نمی‌توان نادیده گرفت. به نظر می‌رسد جنگ جمل هر چند اساساً حرکتی سیاسی بود، همان‌گونه که زمینه ای برای موضع گیری‌های کلامی گردید (نک: پاکتچی، «اسلام، اندیشه های کلامی در سده نخست هجری»، ۴۱۹)، در نگرش فقیهان دوره های بعد، به احکام اجتماعی مربوط به زن نیز تأثیرگذار بوده است (برای نکوهش زنان از سوی حضرت علی (ع) پس از جنگ جمل نک: ابن طاووس، ۲۵۳: نامه حضرت خطاب به شیعیان، به قلم عبیدالله بن ابی رافع؛ نیز نک: نهج البلاغه، ۱۵۷/۱: خطبه ۷۷؛ برای مستندات آن نک: عرشی، ۵۵؛ حسینی خطیب، ۳۹۰/۱، ۸۶/۲؛ نیز نک: نهج البلاغه، ۵۰۳/۳: نامه ۱۴، از وصایای حضرت به سپاه خود پیش از برخورد با دشمن در جنگ صفین؛ برای مضمون مشابه از رسول اکرم (ص) نک: ابن منذر، ۵۳۰/۲-۵۳۱).

در این تحقیق، روند طرح مسأله قاضی شدن زن در فقه شیخ طوسی مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

## پیشینه تاریخی

تأمل در آیاتی از قرآن کریم، به ویژه آیات مکی (مثلاً نک: یونس/۴۷؛ زمر/۶۹) نشان از این حقیقت دارد که تفکر قضا و حکم در میان عرب پیش از اسلام کاملاً شناخته شده بود. در آیات متعددی از قرآن کریم، بحث «حکم میان مردم» مطرح شده و خداوند آن را یکی از هدف‌های بعثت پیامبران دانسته است (نک: بقره/۲۱۳).

به طور کلی در معارف قرآنی، حکم بر دو قسم: «حکم الله» و «حکم طاغوت» تقسیم شده است (نک: مائده/۵۰) و از آنجا که پیامبران، خلیفه خدا در زمینند، به امر خدا بر پایه حق، عدل، و قسط به حکم کردن میان مردم می‌پردازند و در این میان تنها کسانی از ایمان آورندگانند که این قضا را با روی باز پذیرا باشند (نک: نساء/۶۵، ۱۰۵؛ مائده/۴۲؛ ص/۲۶). خداوند در آیه ای از قرآن کریم با مخاطب قرار دادن مؤمنان، امر می‌کند که امانت‌ها را به صاحبان آن بازگردانند و چون بین مردم حکم کنند، به عدالت



داوری کنند(نساء/۵۸). در قرآن کریم، به طور خاص به قضای حضرت داوود و سلیمان اشاره شده (انبیاء/۷۸-۷۹؛ ص/۲۲-۲۶) و علاوه بر آن از واژه‌هایی چون «حُکَّام» (بقره/۱۸۸) و «حُکَم» (انعام/۱۴؛ نساء/۳۵) استفاده شده است. در برخی از کتاب‌های تاریخی، درباره «حُکَّام العرب»، سخن به میان آمده است (نک: یعقوبی، ۱/۲۹۹).

در مورد مسأله زن، اگر چه عرب غالباً رأی زن را سست و فاقد دقت می‌دانست و از همین رو عمل به نظر او حماقت تلقی می‌شد و «نظر زنان»<sup>۱</sup> به عنوان مثل، درباره نظری به کار می‌رفت که ضعیف و ناکارآمد بود (ثعالبی، ۳۰۶؛ از نظر زبان شناختی نیز می‌توان این طرز فکر را در استعمال برخی واژه‌ها یافت، مثلاً نک: شریف رضی، ۸۵-۸۶؛ علی، ۴/۶۱۸). اما به هیچ وجه نمی‌توان آن را نگرشی فراگیر دانست؛ چه در میان عرب، زنانی وجود داشتند که به عقل و حکمت مشهور بوده و مردان برای مشورت به آنها مراجعه می‌کردند. عرب جاهلی، حکم زن را نیز همانند مرد قبول می‌کرد. نام‌های برخی از «حکیمات عرب» در کتاب‌های تاریخ ذکر شده و اقوال مسجعی به آنها منتسب گشته که غالباً مثل شده و بازتاب تجربه‌های ساده زندگی در آن زمان است (علی، ۵/۴۹۸-۴۹۹). گفتنی است در زمان آشوری‌ها، برخی زنان به عنوان پادشاه بر قبایل بادیه شام حکمرانی می‌کردند (همو، ۴/۶۲۰). در قرآن کریم، به «ملکه سبا» و برخورد او با نامه حضرت سلیمان اشاره شده و آیات قرآن کریم، شخصیت وی را به عنوان رهبری خردمند و مسؤولیت‌پذیر ترسیم کرده است (نمل/۲۹-۳۱، ۳۳، ۳۵). همچنین به صراحت از «همسر فرعون» و «مریم دختر عمران»، به عنوان الگوهای ایمانی نام می‌برد (تحریم/۱۱-۱۲). مهمتر از همه، حضرت فاطمه زهرا (س)، دختر پیامبر اکرم (ص)، همسر حضرت علی (ع) و مادر امامان معصوم (ع) است که برخی از آیات و سوره‌های قرآن کریم در شأن ایشان، به طور خاص یا عام، نازل شده است (برای نمونه نک: کوثر/۱؛ آل عمران/۶۱؛ احزاب/۳۳؛ انسان/۸).

در عصر رسول اکرم (ص)، قضا به عنوان یکی از احکام ثابت اسلام درآمد و مبانی آن تا حدی در سنت نبوی بسط یافت. پیامبر اکرم (ص) خود به نصب قاضی پرداخت و قاضیانی چون حضرت علی (ع) و معاذ بن جبل را به شهرهای اسلامی گسیل داشت. در دوره خلفا با گسترش سرزمین‌های اسلامی، قاضی نیز از سوی خلیفه یا والی او تعیین می‌گشت. بنابراین نصب قاضی، شاخه‌ای از امامت و سلطنت عمومی محسوب می‌شد و عمل به حکم قاضی، یکی از احکام فردی نبود، بلکه حکمی اجتماعی به منظور فصل خصومت و رفع نزاع بین مردم بود.

۱. «رأی النساء» یا «رأی نساء».

در این دوره یکی از مهم‌ترین و کهن‌ترین متون راجع به انتخاب شخص به عنوان قاضی، عهدنامه حضرت علی (ع) به مالک اشتر است، زمانی که وی را به حکومت مصر گسیل داشت (برای سند آن نک: شیخ طوسی، الفهرست، ۶۳؛ نجاشی، ۸). در این عهدنامه از انتخاب «افضل رعیت» به عنوان قاضی، سخن به میان آمده است (نک: نهج البلاغه، ۳/ ۵۸۱-۵۸۲).

در گزارشی از قول عمر بن عبدالعزیز (خلف ۹۹-۱۰۱ق) درباره خصلت‌هایی چون علم و مشورت که وجود آن در قاضی شایسته است، از کلمه «رجل»<sup>۱</sup> استفاده شده است (نک: ابن قاسم، ۱۲/ ۱۴۹؛ صنعانی، ۲۹۸/۸؛ وکیع، ۷۸/۱) و چه بسا از باب تغلیب و استعمال لفظی مذکر باشد. با وجود این، در برخی از منابع سده‌های بعد، «مرد بودن» به عنوان یکی از شروط قاضی، به عمر بن عبدالعزیز منتسب گشت (نک: ابن عربی، القبس، ۳/ ۸۷۸).

با گسترده‌تر شدن قلمرو سرزمین‌های اسلامی و نیاز بیشتر به قاضیان، وجود دستورالعمل‌های مدون برای امر قضا از دیدگاه شرع لازم می‌نمود. با تدوین فقه، آداب قضا به صورت جزئی از مسائل کلی قضا، در کنار مسائل و ابواب گوناگون فقهی مطرح شد. در نیمه دوم سده دوم ق. و نیز سده سوم ق.، شاهد اوج‌گیری تألیفاتی درباره «آدب القضاء» هستیم. از آنجا که فقهای حنفی و شافعی عملاً در امر قضا نقش مؤثر داشتند، بیشتر به این موضوع پرداختند (نک: دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۷/ ۳۱۸). اگر چه نخستین تألیفات درباره «آدب القاضی»، چون کتاب قاضی ابویوسف (د ۱۸۲ق)، محمد بن حسن شیبانی (د ۱۸۹ق)، حسن بن زیاد لؤلؤی (د ۲۰۴ق)، قاضی کوفه و نیز کتاب محمد بن ادریس شافعی (د ۲۰۴ق)<sup>۲</sup> در دست نبود، اما احمد بن عمر معروف به خصاف (د ۲۶۱ق)، فقیه حنفی، در کتاب آدب القاضی خود که پراهمیت‌ترین کتاب در این زمینه بوده است، این فرع را طرح کرد و قاضی شدن زن را در مواردی که شهادت او جایز باشد جایز دانست (نک: حسام شهید، ۳۱۷). این نظریه که در فقه حنفی پذیرفته شد، بر پایه اصل قرار دادن «شهادت» بود، و از آنجا که بر اساس آیه مداینه (بقره ۲۸۲)، شهادت زن در امور مالی - و نه در حدود و قصاص - پذیرفته شده است، قضای او در این امور نیز نافذ خواهد بود (نک: قدوری، ۸۴؛ مرغینانی، ۳/ ۱۰۱، ۱۰۷؛ کاسانی، ۷/ ۳؛ خوارزمی، ۲/ ۲۷۳؛ ابن عابدین، ۵/ ۴۴۰؛ غنیمی، ۴/ ۷۷، ۸۴).

۱. «لا ینبغی للرجل أن یلی القضا (أن یكون الرجل قاضیا) حتی تكون فیہ خمس خصال . . .». شبیه همین گفتار به عمر نیز منسوب شده است؛ مثلاً نک: صنعانی، ۸/ ۲۹۹: «لا ینبغی أن یلی هذا الأمر - یعنی أمر الناس - الا رجل فیہ أربع خصال . . .»  
 ۲. مزنی، شاگرد شافعی، در کتاب مختصر خود که جمع آوری تعالیم شافعی است در ضمن کتاب ادب القضا به تفاوت زن و مرد در قضا اشاره کرده است. نک: ص ۳۹۸: «واصل النساء انه قصر یهن عن اشیاء بلغها الرجال أنهم جعلوا قوامین علیهن و حکاما و مجاهدین . . .»

اگر چه در برخی منابع فقه تطبیقی سده های بعد (مثلاً نک: طوسی، *الخلافا*، ۲۱۳/۶؛ ابن رشد، ۲/۴۵۵؛ ابن قدامه، ۱۱/۳۸۰؛ ابن مرتضی، ۶/۱۱۸)، نظریه یاد شده به ابوحنیفه منتسب گشت، اما در منابع حنفی نشانی از این انتساب نیست. در گزارشی که وکیع (د۳۰۶ق) از رأی ابوحنیفه آورده، واژه «رجل» ذکر شده است<sup>۱</sup>، اگر چه در گزارش هم‌اثر از رأی محمد بن حسن شیبانی، شاگرد ابوحنیفه، تنها «عدالت» و «جواز شهادت»، شرط جواز حکم قاضی شمرده شده است (وکیع، ۸۱/۱).

در اواخر سده سوم و اوایل سده چهارم ق.، مبحث قاضی شدن زن در منابع توسعه یافت. نسایی (د۳۰۳ق) با اختصاص بابی از کتاب سنن خود با عنوان «النهی عن استعمال النساء فی الحکم»<sup>۲</sup> به روایت منقول از ابوبکره اکتفا کرد (نسایی، ۲۲۷/۸). همچنین بر اساس نقل منابع فقه تطبیقی سده های بعد، ابن جریر طبری (د۳۱۰ق)، قائل به جواز قاضی شدن زن به طور مطلق شد (نک: طوسی، ابن رشد، ابن قدامه، ابن مرتضی، همانجاها).

در تاریخ فقه، طبری در کنار فقیهانی چون ابن منذر و ابن خزیمه، به عنوان فقیهان «اهل اختیار» معرفی شده اند که نمایندگان اجتهادی آزاد از مذاهب فقهی بودند. البته این آزادی آنان در مبانی فقهی، با التزام به گزینش و به اصطلاح «اختیار» اقوال از مذاهب پیشین محدود می شد و به طور کلی، گرایش نسبت به ابراز فتاوی خاص و بی سابقه نزد آنان دیده نمی شد (نک: پاکتچی، «اسلام، اندیشه های فقهی در سده های ۴-۶ق.»، ۴۵۰). اگر چه ابراز این فتوای شاذ از طبری، تا حدی دور از انتظار است، اما از آنجا که وی فقه مذاهب مختلف را نزد فقیهان همین مذهب فرا گرفته بود و از جمله نزد داوود اصفهانی، بنیان گذار مذهب ظاهری تحصیل کرده بود (نک: ابن ندیم، ۳۲۶-۳۲۷)، و با توجه به ارائه همین دیدگاه در سده پنجم ق. توسط ابن حزم ظاهری (۲۹۵/۱۰-۲۹۶)، تا حدی قول او قابل توجیه خواهد بود. ابن جریر طبری، کتب متعددی در فقه تألیف کرده بود که از جمله آنها کتاب *دب القاضی* است (همانجا). همچنین قاضی عبد الوهاب در کتاب *المعونة*، مناظره ای را نقل کرده است که درباره مسأله قاضی شدن زن، بین قاضی ابوالفرج ابن طرار (د۳۹۰ق)، از پیروان و مروجان مذهب جریری<sup>۳</sup> و قاضی ابوبکر ابن طیب، در مجلس بویه روی داده است (نک: ابن عربی، *القبس*، ۸۷۹/۳؛ قرطبی، ۱۸۳/۱۳).

مستند این دیدگاه علاوه بر فلسفه قضا که به منظور تنفیذ احکام و فصل خصومت از سوی شارع، جعل گشته است و از سوی زن نیز ممکن خواهد بود (قرطبی، همانجا)، قیاس قضا به افتا است (نک:

۱. «لا ینبغی أن یتقاضی الا رجل صدق [صدوق] تجوز شهادته».

۲. «نهی از به کار گماردن زنان در قضا».

۳. منسوب به ابن جریر طبری.

ماوردی، *الحاوی الکبیر*، ۱۵۶/۱۶. علاوه بر آن، تلقی قضا به مثابه امر به معروف و نهی از منکر که تفاوتی میان زن و مرد در آن نیست، می تواند مبنایی برای این رأی باشد (نک: ابن حزم، ۲۹۶/۱۰).

از فقیهانی که در سده های بعد به نقد این رأی شاذ پرداخت، ابن عربی، فقیه مالکی سده ششم ق. است. بنا به گفته وی، انتساب قول به جواز قاضی شدن زن به طور مطلق، به طبری صحیح نیست و چه بسا دیدگاه وی، همان قول منقول از ابوحنیفه باشد. از طرفی مذهب ابوحنیفه، درباره «قاضی تحکیم» است و ارتباطی با قاضی منصوب از جانب امام ندارد. به نظر ابن عربی، هیچ فقیهی درباره قاضی منصوب قائل به این دیدگاه نشده است (نک: ابن عربی، *القبس*، ۸۷۹/۳؛ همو، *عارضه الأحنوزی*، ۱۱۹/۹؛ قرطبی، ۱۳/ ۱۸۳؛ برای تحلیل مشابه در فقه متأخر امامیه نک: میرزای قمی، ۶۸۰/۲).

طرح مسأله قاضی شدن زن در منابع فقهی در سده چهارم ق.، فراگیر نبود. به عنوان نمونه ابوالقاسم خرقی (د ۳۳۴ق)، فقیه حنبلی در مختصر خود، شرایط تولیت قاضی را «بلوغ»، «عقل»، «اسلام»، «حریت»، «عدالت»، «علم»، «فقه» و «ورع» دانست (خرقی، ۳۸۰).

در سده پنجم ق. این فرع به طور گسترده در آثار فقیهان از مذاهب مختلف آورده شد. ابوالحسن ماوردی (د ۴۵۰ق)، فقیه شافعی، علاوه بر کتاب مفصل فقهی خود با عنوان *الحاوی الکبیر* (۱۵۶/۱۶) که شرحی بر مختصر مُزنی است، در دو کتاب *أدب القاضی* (۱/ ۶۲۵-۶۲۸) و *نیز الأحکام السلطانیة* (ص ۲۷، ۶۵) که درباره شیوه و الگوی حکومتی اسلام و مسائل و احکام مرتبط به شؤون مختلف حکومت، از جمله مسأله قضا و دادرسی است، یکی از شرایط قاضی را «مرد بودن» دانست و ادله ای از «کتاب»، «سنت» و «استدلال» بر آن اقامه کرد. مبحث ارائه شده توسط وی در مقایسه با منابع سده های بعد، مفصل ترین بحث درباره این مسأله است. علاوه بر او قدوری (ص ۸۴)، فقیه حنفی، و شیخ طوسی، فقیه امامی ساکن بغداد، در کتب *های الخلاف* (۶ / ۲۱۳) و *المبسوط* (۸ / ۱۰۱) متعرض این مسأله شدند.

فقیه دیگر در همین سده که به طرح این مسأله پرداخت و نظر متفاوتی با دیگران داشت، ابن حزم (د ۴۵۶ق)، فقیه ظاهری اندلس بود. وی در کتاب فقهی خود با عنوان *المحلّی*، «کتاب الإمامة» را از «کتاب الأفضیة» و «کتاب الشهادات» تفکیک کرده و دلالت حدیث نبوی منقول از ابوبکره (نک: سطور بعد) را که مورد استناد فقیهانی چون ماوردی قرار گرفته بود منحصر به خلافت - و نه قضا - دانست. در دیدگاه او علاوه بر این که نصی درباره منع زن از قضا در دست نداریم، حدیث نبوی مذکور دلالت بر مسؤول بودن زن دارد و از سوی دیگر عموم آیاتی چون: «خداوند به شما فرمان می دهد که امانتها را صاحبان آنها بازگردانید، و چون بین مردم داوری می کنید دادگرانه داوری کنید . . .» (نساء / ۵۸)، شامل زن نیز می شود. ابن حزم به فعل عمر اشاره می کند که زنی به نام «شفاء» را بر امور بازار گمارد (نک: ابن

حزم، ۱۰ / ۲۳۵، ۲۳۸، ۲۹۵-۲۹۶). البته در برخی منابع، گزارش منقول از عمر را از دسیسه های بدعت گذاران دانسته اند (نک: قرطبی، ۱۳ / ۱۸۳، به نقل از ابن عربی).

### پیشینه بحث در فقه امامیه تا عصر شیخ طوسی

مطالعه در قدیم ترین منابع موجود در فقه امامیه قبل از شیخ طوسی، اعم از مکتب اصحاب حدیث و مکتب متکلمان (نک: الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع)، ۲۶۰-۲۶۱؛ ابن بابویه، المقتنع، ۳۹۵-۳۹۶؛ مفید، المقتنعة، ۷۲۱؛ ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱؛ سلار، ۲۳۰-۲۳۱؛ طوسی، النهایة، ۳۰۱، ۳۳۷)، فرضیه ای را مطرح می کند مبنی بر این که نخستین بار بحث از قاضی شدن زن، به طور صریح، از سوی شیخ طوسی در دو کتاب الخلاف و المبسوط، به تبع اهل سنت، مطرح گردید.

البته باید توجه داشت برخی منابع فقهی مفصل امامیه در قرن سوم، چون کتاب القضا و آداب الحکام، محمد بن مسعود عیاشی سمرقندی (نک: طوسی، الفهرست، ۳۱۸) در دست نیست. در سده چهارم، اگر چه کتاب های ابن جنید و ابن ابی عقیل عمانی بر جای نمانده، اما آرای این دو فقیه برجسته توسط فقیهان مکتب حله نقل شده است (نک: علامه حلی، سراسر کتاب).

در اواخر قرن چهارم و اوایل سده پنجم هجری که دوره اقتدار سیاسی آل بویه (۳۲۰-۴۴۸ق) بود، شاهد بسط مباحث سیاسی در محافل امامیه هستیم. این اندیشه که اجرای یک سلسله از احکام، چون قضا، پس از پیامبر اکرم (ص) تنها در صلاحیت امامان معصوم (ع) و یا امرای منصوب از جانب ایشان است، ریشه در تعالیم اهل بیت (ع) دارد (برای نمونه نک: حر عاملی، ۱۷/۲۷). بر پایه این نگرش، متکلمانی چون شیخ مفید و ابوالصلاح حلبی، به مسأله «ولایت فقیه» در زمان غیبت پرداختند. این نظریه که قضا یکی از ریاست های دینی است و در دایره نبوت و خلافت (امامی) قرار دارد و در زمان غیبت، با تحقق شرط «امکان»، از سوی امام (ع) به فقیهان شیعه یا به تعبیری «نائب امام» واگذار شده است، در نیمه نخست سده پنجم ق.، از سوی فقیهان امامیه مطرح شد و در مرحله بعد، شروط عمومی قاضی، چون «عقل»، «کمال»، «علم»، «عدالت» و «تقوا» بیان گردید (نک: مفید، المقتنعة، ۷۲۱، ۸۱۰؛ ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱، ۴۵۰؛ طوسی، النهایة، ۳۰۱، ۳۳۷).

شیخ مفید و شیخ طوسی با تعبیر: «عاقلاً کاملاً» (مفید، المقتنعة، ۷۲۱؛ طوسی، النهایة، ۳۳۷) و ابوالصلاح حلبی با تعبیر: «اجتماع العقل و الرأی» (ابوالصلاح حلبی، ۴۲۱)، صفت «کمال» را به عنوان یکی از شرایط قاضی ذکر کرده اند، بدون این که نسبت به مرد یا زن بودن قاضی به صراحت اظهار نظر کنند؛ حتی از واژه «رجل» نیز استفاده نکرده اند. شیخ طوسی در المبسوط (۸ / ۱۰۱)، و به تبع او فقیهانی

چون ابن براج (۲/ ۵۹۸-۵۹۹)، ابن حمزه (ص ۲۰۹) و کیدری (ص ۵۲۷)، «کمال» را به «کمال الخلقه» و «کمال الأحكام» تقسیم کرده و دومی را اجتماع ویژگی‌های: «بلوغ»، «عقل»، «حریت» و «ذکورت» دانسته‌اند (برای همین نظر در فقه اهل سنت نک: ابن قدامه، ۱۱/ ۳۸۰). شیخ طوسی در کتاب *الخلافا* (۶/ ۲۱۳-۲۱۴) خود نیز مسأله قاضی شدن زن را به عنوان مسأله ۶ از کتاب آداب القضا مطرح کرد و آرای فقیهان اهل سنت را همراه با ادله مقبول خود آورد.

عبارت‌های وی در دو کتاب *الخلافا* و *المبسوط* به شکل زیر است:

«مسأله ۶: قاضی شدن زن در هیچ یک از احکام جایز نیست. . . دلیل ما این است که جواز قاضی شدن محتاج دلیل است؛ چه قضا، حکمی شرعی است، پس کسی که صلاحیت قضا دارد، نیازمند دلیل شرعی است. و از پیامبر علیه السلام روایت شده است که فرمودند: «گروهی که زنی عهده دار آنها شود رستگار نمی شوند». و فرمودند: «زنان را مؤخر کنید از همان جایی که خداوند آنها را مؤخر کرده است»؛ پس کسی که عهده دار شدن قضا را برای زن جایز می داند، همانا او را مقدم و مرد را مؤخر از او کرده است. و فرمودند: «کسی که در نمازش چیزی را فراموش کرد، پس تسییح بگوید؛ چه همانا تسییح برای مردان و دست زدن برای زنان است». پس همانا پیامبر (ص) او را از سخن گفتن منع کرده است از ترس این که مبادا کسی به وسوسه افتد، پس ممنوع بودن او از قضا که در بردارنده سخن و غیر آن است اولی است» (*الخلافا*، ۶/ ۲۱۳-۲۱۴).

«شرط سوم آن است که در دو چیز کامل باشد: خلقت و احکام. اما کمال خلقت به آن است که بینا باشد . . . و اما کمال احکام به آن است که بالغ، عاقل، آزاد و مرد باشد؛ چه به هیچ وجه قضا برای زن منعقد نمی شود. برخی از آنها (اهل سنت) گفته اند: قاضی شدن زن جایز است. و قول اول صحیح تر است. و کسی که قضای زن را جایز دانسته گفته است: در هر چیزی که شهادت زن در آن مقبول است جایز است و شهادت زن در هر چیزی به جز حدود و قصاص مقبول است» (*المبسوط*، ۸/ ۱۰۱).

### آثار فقهی شیخ طوسی و سبک تألیف آنها

یادکرد صریح مسأله قاضی شدن زن از سوی شیخ طوسی در دو کتاب *الخلافا* و *المبسوط* بر خلاف *النهاية*، ما را به سمت مقایسه و تطبیق میان محتوا و سبک نگارش این کتاب‌ها به منظور تبیین جایگاه دقیق بحث و واقع‌گرایی در برخورد با ادله و تحلیل آنها سوق می دهد.

شیخ طوسی در اوایل ورود به بغداد، هنگام قرائت نزد شیخ مفید، به تألیف کتاب *تهذیب الاحکام* آغاز کرد. این کتاب مجموعه ای گسترده از احادیث پیشینیان امامیه بود که در فقه کاربرد عملی داشت. شیخ

طوسی در آن هنگام ۲۳ سال داشت و تألیف این کتاب تا مبحث نماز، در زمان حیات شیخ مفید و از باب نماز مسافر، پس از وفات شیخ مفید بود. ظاهراً تألیف کتاب *الاستبصار* که شرح و بسط جزئی و عملی شیوه‌های برخورد با اختلاف الحدیث است، هنگام تألیف تهذیب صورت گرفته است. پس از آن، وی کتاب *النهایه* را بر اساس مذهب امامیه تصنیف کرد. این کتاب را می‌توان تألیفی در فقه متأثر و سنتی امامیه دانست. سپس به تألیف کتاب *الخلافا* در فقه تطبیقی و پس از آن *المبسوط* در فقه تفریعی پرداخت. شیخ طوسی بعد از فتنه سلجوقیه که منجر به سوزاندن کتابخانه شیعه در بغداد شد، از آن شهر خارج شد. ابتدا به موصل و سپس به نجف اشرف رفت و در آنجا رحل اقامت افکند. تألیف *تفسیر التبیان* در اوایل ورود به نجف بود. شیخ پس از گذشت ۱۲ سال اقامت در آن شهر، وفات یافت (بروجردی، *زبدۃ‌المقال*، ۶۱).

آنچه می‌تواند در تحلیل داده‌های شیخ طوسی درباره مسأله قاضی شدن زن مهم باشد، مقایسه سبک نگارش *النهایه* با کتاب‌های *المبسوط* و *الخلافا* است. کتاب نخست بر پایه روش فقهای متقدم امامیه تألیف شده است، و مؤلف تنها فروعی را ذکر می‌کند که درباره هر کدام از آنها نص خاص موجود است. در واقع شیوه مؤلف، همانند روش قدماست که در تألیفات فقهی خود تنها به بیان مسائل اصلی متلقات از معصوم (ع) پرداخته‌اند؛ مسائلی که از زمان معصومان (ع)، همانند بقچه پیچیده شده، دست به دست گشته تا به مؤلفان این کتاب‌ها رسیده است. شیوه غالب آنها اصرار بر حفظ الفاظ روایات است، به گونه‌ای که ناظر بیرونی گمان می‌برد این فقها، اهل اجتهاد نبوده و از پیشینیان خود تقلید کرده‌اند. اما فروع موجود در کتاب *الخلافا* و *المبسوط* مبتنی بر مسائل مطرح شده در متون اهل سنت است که بر اساس مبانی مقبول در فقه امامیه بدان‌ها پاسخ داده شده است (نک: ابن ادریس، ۱۷۱/۲). شیخ طوسی در مقدمه *المبسوط* (۱/ ۱-۳)، تصریح می‌کند تألیف این کتاب برای ذکر فروعی بوده که نص خاص ندارند و حکم آن‌ها از قواعد اجتهادی برگرفته از روایات و سایر ادله، استنباط می‌شود. در واقع تألیف این کتاب برای پاسخ علمی به سرزنش عالمان سنی بود که فروع فقه امامیه را بسیار اندک و منحصر به موارد مذکور در نص خاص می‌دانستند، در حالی که اعتقاد داشتند، اهل سنت دارای فروع پرشماری هستند که از قیاس و سایر قواعد اجتهادی استنباط کرده‌اند.

نتیجه‌ای که از نظر روش‌شناسی حائز اهمیت است آن است که در روند گسترش مسائل فقهی در میان امامیه، این مسائل بر دو قسم است:

الف. مسائل متلقات از امامان (ع) که در کتب فقهی قدما چون *المقنع ابن بابویه*، *المقنعة شیخ مفید*، *الکافی ابوالصلاح حلبی* و *النهایه شیخ طوسی*، بدون تصرف یا ذکر تفریعات جدید آورده شده است.

ب. مسائل تفریعی مستنبط از مسائل متلقات. اگر چه تشخیص این اقسام و متمایز کردن آنها از یکدیگر نیازمند تتبع فراوان و تأمل دقیق در مسأله است، اما تفکیک آنها می تواند معیاری در اختیار ما قرار دهد تا در مسائلی که درباره آنها روایتی در دست نداریم، به کشف قول معصوم نایل شویم؛ زیرا روایات امامیه منحصر به احادیث موجود در «کتب اربعه» نیست، بلکه بسیاری از آنها در جوامع اولیه موجود بوده که از سوی کلینی، ابن بابویه، و شیخ طوسی روایت نشده است؛ چه بنای آنها بر نقل مسائلی بوده است که طریق مسلسل به راویان آن داشته باشند. بدین ترتیب در فقه امامیه بیش از پانصد مسأله موجود است که با وجود فتوای مشایخ، نصی درباره آنها در دست نیست. در مسائل نوع اول، صرف شهرت قدما، کاشف از وجود نص معتبر نزد آنها خواهد بود، اگر چه در مسائل تفریعی استنباطی، حتی اجماع نیز حجت نخواهد بود و نیازمند بررسی ادله و اعمال قواعد اصولی هستیم (تولایی، «بروجردی»، ۳۲).

بنابراین فروع مذکور در *النهاية* بر *خلاف المبسوط* و *الخلاف*، کاشف از ورود نص خاص در هر کدام از آنهاست (بروجردی، *زبدة المقال*، ۳۷؛ منتظری، ۱/ ۳۳۹-۳۴۰).

### تأملی بر ادله شیخ طوسی

شیخ طوسی در مقدمه *الخلاف* (۴۵/۱)، به روش و ادله مورد استناد خود در بیان مسائل تصریح دارد. ادله موجب علم از دیدگاه او عبارتند از: «ظاهر قرآن»، «سنت قطعی»، «اجماع»، «دلیل خطاب»، «استصحاب حال»، «دلالت اصل»، و «فحوای خطاب». شیخ طوسی در این کتاب به اخبار منقول از پیامبر اکرم (ص) که اهل سنت بدان استناد می کنند، همراه با خبر مروی از پیامبر اکرم (ص) و امامان معصوم (ع) که از سوی امامیه نقل شده است، استناد می کند. البته باید توجه داشت که استناد او به برخی از اخبار نبوی از باب جدل با «خصم» است، نه این که به صحت آن اعتقاد داشته باشد.

با توجه به این مقدمه، پاسخ به چند پرسش و نکته ضروری است:

#### ۱. چرا شیخ طوسی در این مسأله به «اجماع» استناد نکرد؟

باید یادآور شد، شیوه عملی شیخ طوسی در سراسر کتاب *الخلاف*، تمسک به اجماع «طائفه» و «فرقه محقه» است. وی در مقدمه کتاب این نکته را یادآور می شود که مسائل اجماعی را ذکر کرده و به اختصار به اختلافات درون مذهبی امامیه اشاره کرده است (۴۵/۱).

در پاسخ به این سؤال باید گفت، اساساً مسأله قاضی شدن زن از مسائلی نبود که در فقه مأثور امامیه طرح شده باشد و از مسائل متلقات از معصوم (ع) باشد، بلکه مسأله ای بود که طرح و گسترش آن در



محافل اهل سنت رخ داده بود. شیخ طوسی در *الخلافا* این مسأله را ذکر کرده و به اجتهاد در آن پرداخت. جالب توجه این‌که وی در کتاب *المبسوط* که پس از *الخلافا* تألیف کرد، قول به عدم انعقاد قضا برای زن را قول «اصح» شمرد (۸/ ۱۰۱). تعبیر وی با توجه به عبارت: «وقال بعضهم» (همانجا) اشاره به نظر برخی از فقیهان اهل سنت دارد، نه این‌که در بین امامیه اختلاف نظر باشد.

شرط مرد بودن قاضی بعدها در مکتب حله به صراحت از سوی فقیهانی چون محقق حلی (۴/ ۶۸)، علامه حلی (قواعد الاحکام، ۲۰۱) و نیز شهید اول (*اللمعة الدمشقیة*، ۷۹؛ *الدروس*، ۲/ ۶۵)، مطرح شد، به گونه‌ای که به عنوان مسأله‌ای اجماعی تلقی گردید. علامه حلی در کتاب *نهج الحق* (ص ۵۶۲)، این فرع را به عنوان دیدگاه امامیه مطرح کرد و در *مختلف الشیعة* (نک: ۸/ ۳۷۳ به بعد) اساساً آن را مورد بحث قرار نداد. فاضل مقداد (د ۸۲۶ق) از فقیهان همین مکتب، وجه جمع میان قول شیخ طوسی که صفات قاضی را سه چیز قرار داده است: «علم»، «عدالت» و «کمال»، و محقق حلی که آنها را شش چیز می‌داند، بدین گونه بیان می‌کند که عبارت محقق حلی، تفصیل قول شیخ است؛ زیرا «عدالت» شامل «ایمان» و «کمال»، شامل «بلوغ»، «عقل»، «مرد بودن» و «حلال زاده بودن» می‌شود؛ چه زنان از نظر عقل، حظ و دین، ناقصند و زنازاده نیز نجیب نیست (فاضل مقداد، ۴/ ۲۳۵-۲۳۶). به هر حال در عصر صفوی، فقیهانی چون شهید ثانی، به صراحت به اجماع استناد کردند (نک: *الروضه البهیة*، ۳/ ۶۲؛ *مسالک الافهام*، ۱۳/ ۳۲۹). جالب توجه این‌که مقدس اردبیلی، به حق، در وجود اجماع تردید کرد و نظریه را به مشهور نسبت داد (۱۲/ ۱۵).

## ۲. آیه شریفه: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ...» (نساء/ ۳۴).

یکی از ادله مورد استناد ماوردی، فقیه شافعی معاصر طوسی در بغداد است (نک: *الأحكام السلطانية*، ۶۵؛ *الحاوی الکبیر*، ۱۶/ ۱۵۶). در میان فقیهان اهل سنت - در حد منابع یاد شده در مآخذ - تنها ماوردی به این آیه شریفه استناد کرده است. با توجه به این‌که شیوة معهود شیخ طوسی در جا به جای *الخلافا*، تمسک به عموم و ظواهر آیات قرآن است، مگر آنچه که به واسطه دلیل تخصیص یافته، این سؤال مطرح می‌شود که چرا شیخ طوسی به ظاهر این آیه شریفه که بر اساس آن مردان را مسؤول زنان و مدیر آنها شمرده است، استناد نکرد؟

در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت غالب مفسران، از جمله شیخ طوسی، با عنایت به سیاق آیه و شأن نزول آن، دلالت آیه را به دایرة خانواده محدود کرده و به معنای «تدبیر» و «تأدیب» اشاره کرده‌اند (نک: طوسی، *التبیان*، ۳/ ۱۸۹؛ نیز نک: ابن ابی شیبیه، ۵/ ۴۱۱؛ طبری، ۵/ ۵۷-۵۸؛ راوندی، ۲/ ۱۹۲؛ قرطبی، ۵/ ۱۶۸-۱۶۹؛ نوری، ۱۴/ ۲۵۹-۲۶۰).

۳. همان‌گونه که شیخ طوسی در مقدمه *الخلافا* یادآور می‌شود، اگر چه «سنت قطعی»، یکی از ادله مورد استناد است، اما بدان معنا نیست که همه احادیث منقول در این کتاب قطعی باشد، بلکه همان‌گونه که ماهیت و سبک احتجاجی و جدلی مباحث تطبیقی اقتضا داشته، بنای شیخ طوسی بر ذکر اخباری بوده است که مخالف عمل بدان را لازم می‌داند. وی این اخبار را با روایت‌هایی که از طریق امامیه از پیامبر اکرم (ص) یا امامان (ع) نقل شده است همراه می‌کند (نک: *الخلافا*، ۴۵/۱).

مهم‌ترین حدیثی که شیخ طوسی در مقام احتجاج بدان استناد جسته، روایت نبوی منقول از ابوبکره است که در مجامیع روایی اهل سنت و نیز کتب سیر و تواریخ، در ضمن گزارش از جریان جنگ جمل ذکر شده است.

ابوبکره (د۵۲ق)، صحابی و یکی از موالی پیامبر (ص) است. بر پایه نقلی تاریخی، مادر او سمیه، اهل زَنَدوَرَد، منطقه‌ای نزدیک واسط بود که کسری پادشاه ایران، او را به ابوالخیر، پادشاه یمن بخشید. ابوبکره در فتح بصره شرکت داشت و پس از آن مقیم آنجا شد. ۱۳۲ حدیث از وی روایت شده است که از میان آنها، پنجم حدیث منفرد در صحیح بخاری و یک حدیث منفرد در صحیح مسلم آمده است (فکرت، ۲۶۱). بنا به گزارش وی، در جریان جنگ جمل، زمانی که خواست به اصحاب جمل ملحق گردد، چون مشاهده کرد عایشه امور را در دست گرفته، به یاد این سخن رسول اکرم (ص) افتاد که هنگامی که به حضرت خیر دادند، اهل فارس پس از هلاک شدن کسری، دختر او را به پادشاهی برداشتند، فرمودند: «گروهی که امر خود را به دست زنی بسپارند هرگز رستگار نخواهند شد»<sup>۱</sup>.

سند حدیث عموماً از طریق مبارک بن فضاله (احمد بن حنبل، ۵۱/۵)، عوف (بخاری، ۱۶۱۰/۴؛ بیهقی، ۹/۳، ۱۱۷/۱۰)، حمید طویل (ترمذی، ۵۲۷/۴؛ نسائی، ۲۲۷/۸) و واقدی (مفید، *الجمل*، ۲۹۷) به حسن بصری (د ۱۱۰ق) ختم می‌گردد؛ همچنین از طریق عبدالرحمان بن ابی بکره نیز روایت شده است (مفید، همانجا؛ برای طرق دیگر نک: قاضی نعمان مغربی، ۳۹۶/۱؛ ابن حزم، ۲۳۵/۱۰؛ ابن ابی الحدید، ۲۲۷/۶). وکیع (۳۲۴/۱)، حدیث نبوی یاد شده را از قول ایاس بن معاویه (د ۱۲۲ق)، قاضی و محدث مشهور بصره که در دوره خلافت عمر بن عبدالعزیز (خلف ۹۹-۱۰۱) به مقام قضا رسید، نقل کرده است. بنابراین محیط انتشار حدیث، بصره است که به عنوان پایگاه اصحاب جمل انتخاب شده بود.

با وجود شهرت حدیث، الفاظ به کار رفته در آن مختلف است؛ علاوه بر آن، اگر چه زمینه صدور حدیث در اغلب گزارش‌ها، جریان پادشاهی دختر کسری بر ایران آمده، اما در روایت واقدی، به ملکه سبا اشاره شده، و در گزارش شیخ طوسی در *تلخیص الشافی* (۱۶۴/۴)، به نحو دیگری آمده است. ابن

۱. «لن یفلح قوم ولّوا أمرهم إمراة».

ابی حدید در گزارشی، جریان را به صورت خبر پیامبر (ص) از آینده که گروهی خارج می‌شوند و در رأس آنها زنی است و هرگز به فلاح نمی‌رسند روایت کرده است (ابن ابی الحدید، ۲۲۷/۶). جالب توجه این‌که در گزارش ابن اثیر که از دیدار حضرت علی (ع) پس از جنگ جمل، با ابوبکره سخن به میان آمده، ضمن تأکید بر علاقه وی به حضرت، علت عدم شرکت در جنگ جمل، بیماری وی ذکر شده است. بنا به نقل ابن اثیر، حضرت علی (ع) عذر او را پذیرفت و حتی ولایت بصره را به وی پیشنهاد کرد که ابوبکره عذر خواست، ولی پذیرفت مشاور حاکمی باشد که حضرت تعیین کند (ابن اثیر، ۲۵۶/۳).

علاوه بر حدیث ابوبکره، شیخ طوسی با ذکر دو روایت منقول از پیامبر اکرم (ص)، بر پایه تفسیری که از آن ارائه می‌دهد، سعی در اثبات نظریه خود دارد. در اولی فرمودند: «زنان را مؤخر کنید از همان جایی که خداوند آنها را مؤخر کرده است»؛ بنابراین جواز قاضی شدن زن، در واقع مقدم داشتن او بر مرد است (الخلاف، ۲۱۴/۶).

در تقریب استدلال بدین روایت می‌توان گفت خداوند زنان را در مقایسه با مرد، به لحاظ ویژگیهای تکوینی، مؤخر قرار داده است و تشریح مطابق و متناسب با تکوین است، از این رو از لحاظ تشریحی نیز می‌بایست در جایگاه و مرتبه‌ای هماهنگ و متناسب با تکوین قرار گیرند که بر اساس حدیث یاد شده (آخرین الله) مرتبه تکوینی آنها نازل تر از مردان است. تأخر تشریحی زنان در مسأله یاد شده، عدم اعطای سلطه قضایی به آنهاست و اعطای سلطه یاد شده آشکارا با (آخرین) منافات دارد.

اگر چه سوق دادن عبارت: «من حیث آخرین الله» در این حدیث به امور تکوینی، خود جای سؤال است، اما تردیدی وجود ندارد که خبر یاد شده از طریق اهل سنت روایت گشته است و در اخبار امامیه موجود نیست (نک: بحرانی، ۱۹۶/۱۱). با وجود آن، غالب فقهای امامیه در مسأله عدم جواز امامت زن برای مرد در نماز، به آن استناد کرده‌اند و مأمور بودن زن به ستر و حیا را مؤید آن دانسته‌اند (برای نمونه نک: علامه حلی، *مختلف الشیعة*، ۱۱۱/۲-۱۱۲؛ صاحب جواهر، ۳۳۶/۱۳-۳۳۷).

مفاد حدیث دوم آن است که پیامبر (ص) فرمودند: «کسی که در نمازش چیزی را فراموش کرد (فاته)، تسبیح بگوید؛ چه همانا تسبیح برای مردان و دست زدن برای زنان است»<sup>۱</sup>. حدیث یاد شده در برخی از منابع با تعبیر «نابه» گزارش شده است و مراد آن است که اگر در نماز با چیزی مواجه شد، مثل سهو امام، اذن گرفتن کسی از او، صحبت کردن شخصی با او و یا در خطر بودن کسی، اگر مرد باشد، «سبحان الله» بگوید و اگر زن باشد با دست برهم زدن، طرف مقابل را آگاه کند (نک: علامه حلی، *تذکرة الفقهاء*، ۲۸۱/۳؛ رافعی، ۱۱۴-۱۱۵؛ بهوتی، ۴۵۹/۱).

۱. «آخرین من حیث آخرین الله».

۲. «من فاته شيء في صلاته فليسيح؛ فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء».

نحوه استدلال شیخ طوسی به حدیث مذکور بدین شکل است که پیامبر(ص)، زن را از سخن گفتن، منع کرده است، از ترس این که مبدا کسی به وسوسه افتد؛ بنابراین به طریق اولی نمی تواند قاضی شود؛ چه قضا نیازمند سخن و غیر آن است (الخلاف، ۶/۲۱۴).

در نقدی بر این استدلال باید گفت مفاد حدیث یاد شده بیان سنتی در نماز به عنوان یکی از مراسم عبادی است که توقیفی و سماعی بوده و باید تابع شارع بود. علاوه بر آن، تعمیم حکم نماز به قضا بر اساس مبانی مقبول در فقه امامیه، نیازمند علت منصوص یا اولویت قطعی است، در حالی که شیخ طوسی روی خوشی به تعلیل نشان نداده و در تاریخ فقه امامیه به عنوان یکی از مخالفان تعلیل شناخته می شود (نک: تولائی، جایگاه تعلیل در فقه امامیه، ۳۸، ۱۸۵). به هر تقدیر آنچه می تواند به عنوان نظر شیخ مطرح شود آن است که وی بر پایه روش جدلی خود به این احادیث استناد کرده است.

شایان ذکر است ابن بابویه (د ۳۸۱ق)، فقیهی از مکتب اخباریان متقدم قم در کتاب *الخصال* (۲/۵۸۵-۵۸۸) و *من لا یحضره* (۴/۲۶۳)، حدیثی را با سلسله سند خود نقل کرده که به طور مستقیم به مسأله قاضی شدن زن پرداخته است. این دو حدیث، مورد استناد شیخ طوسی قرار نگرفت. مفاد حدیث اول که جابر بن یزید جعفی از امام باقر (ع) روایت کرده، شمارش ۷۳ خصلت مربوط به آداب زنان و تفاوت احکام آنها با مردان است که یکی از آنها عدم تولیت قضا از سوی زن است (برای استناد به حدیث مذکور در فقه متأخر امامیه نک: عاملی، ۲۰/۱۵). موضوع حدیث دوم نیز وصایای نبی اکرم (ص) به حضرت علی (ع) است که همانند حدیث قبل، تولیت قضا برای زن نفی شده است.

۴. اصلی ترین دلیل شیخ طوسی در نفی جواز قاضی شدن زن، این است که «قضا» حکم شرعی است و جواز قاضی شدن زن نیازمند دلیل شرعی خواهد بود، و از آنجا که دلیل شرعی برای آن موجود نیست، جایز نخواهد بود (الخلاف، ۶/۲۱۳).

این دلیل با استدلالی که در مبحث معاملات، برای نفی مشروعیت برخی از عقود می آورد، قابل مقایسه است. از نظر شیخ طوسی، «عقد» حکمی شرعی است و تنها با دلالت شرع ثابت می شود؛ از این رو داد و ستد محقرات (کالاهای کم ارزش)، به جهت فقدان دلیل شرعی، بیع نبوده، بلکه اباحه است (همان، ۳/۴۱). معاملات چون «شرکت وجوه» نیز به همین دلیل، فاقد مشروعیت خواهد بود (همان، ۳/۳۳۱-۳۳۲).

در تحلیلی بر این دلیل، با عنایت به استناد شیخ طوسی به دلالت اصل (اصل اباحه یا اصل جواز) در جابه جای *الخلاف*، باید متذکر گردید، قضا یکی از مناصب شرعی است که تحقق آن در خارج به «جعل» نیاز دارد (برای سامان دهی این مبحث در فقه معاصر امامیه نک: بروجردی، *القضاء*، ۶۰)، و از آنجا که

قدر متیقن از ادلة نصب فقیه به عنوان قاضی در زمان غیبت، مرد است، و حتی در برخی از روایات از واژه «رجل» استفاده شده است (برای نمونه نک: حر عاملی، ۲۷/۱۳-۱۴، ۱۳۹)، نمی‌توان به اطلاق ادله دیگر استناد جست (برای رد این نظریه نک: انصاری، ۲۲۹). علاوه بر آن، مضمون ادله ای چون آیه شریفه: «خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانتها را به صاحبان آنها بازگردانید، و چون بین مردم داوری می‌کنید دادگرانه داوری کنید . . .» (نساء/۵۸)، در صدد بیان کیفیت قضا است و نمی‌توان برای اثبات شرایط قاضی، چونان زن بودن او، بدان تکیه کرد. بدین ترتیب، دست کم درباره قاضی شدن زن، شک داریم و اصل تأسیس شده در باب قضا، عدم نفوذ و عدم اذن است. در پایان باید افزود شیخ طوسی، در طرح مسأله «قاضی تحکیم»، با استفاده از کلمه «برجل من الرعیه»، به اخبار نصب قاضی استناد می‌کند و این اخبار را بدون اختلاف جایز می‌داند (الخلاف، ۶/۲۴۱-۲۴۲).

استناد به نصوص نصب در زمان غیبت، در عهد ملا احمد نراقی (د ۱۲۴۵ق) و صاحب جواهر (د ۱۲۶۶ق)، به تبع گسترش بحث «ولایت فقیه»، توسعه یافت و پس از اجماع که در مکتب حله بیان شده بود، به عنوان مهمترین دلیل مطرح گشت (نک: نراقی، ۱۷/۳۵؛ صاحب جواهر، ۴۰/۱۴). قول معروف در بین امامیه در سده های بعد این بود که قضا یکی از مناصب شرعی است و تحقق آن در خارج، نیاز به جعل و نصب از سوی رسول اکرم (ص) یا امام معصوم (ع)، به طور خاص یا عام دارد و همانند وجوب امر به معروف و نهی از منکر نیست (برای نمونه نک: خوانساری، ۸/۶).

## نتیجه

مطالعه و بررسی درباره موضوع قاضی شدن زن در فقه اگر چه جدید نیست، اما می‌تواند با روش‌های گوناگون در حوزه مطالعات اسلامی انجام گیرد. روشی که چارچوب این مقاله پژوهشی را تشکیل می‌دهد، روش تاریخی است و می‌تواند الگویی برای سایر تحقیقات فقهی باشد. شیخ طوسی به عنوان نقطه عطفی در تاریخ فقه امامیه در گسترش کمی و کیفی فقه نقش زیادی داشته است. تمرکز بر روش طرح مسأله، چینش داده‌ها، ارائه مبانی و نتایج حاصله از آن در مسأله قاضی شدن زن در فقه او، با در نظر داشتن سیر تاریخی بحث، «صورت» مناسبی برای پرداختن به «محتوا» و تحلیل مسأله بر اساس مبانی اصولی به شیوه فقه جواهری، در سایر مباحث و مسائل فقهی فراهم می‌کند.

۱. مثلاً روایت ابو خدیجه، سالم بن مکرّم جمال: «اجعلوا بینکم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا . . .» یا «لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایا نا . . .».

مسأله قاضی شدن زن در فقه را باید از جمله احکام اجتماعی و عمومی محسوب داشت که موضوع آن در واقع جامعه بوده و فرد از آن حیث که جزئی از جامعه است، مخاطب قرار گرفته است. از سوی دیگر روش معهود شارع مقدس در بیان این احکام، ذکر مستقیم به طور صریح یا دست کم ظاهر است، به گونه ای که هرگونه ابهام یا اجمال در بیان این احکام و جزئیات مربوط به آن که در مقام استنباط بر فهم فقیه تأثیر گذارد و مستلزم خللی در نظام حقوقی یا جزایی جامعه گردد، قابل تکیه نیست (نک: شمس الدین، ۸۴-۸۵، ۸۸). از این رو در جزئیاتی که با ابهام یا اجمال روبرو می گردیم، معقول ترین راه، تمسک به کتاب الله و مسائل مأثور متلقات از معصومان (ع) و اخذ به کلیات مستنبط از آن است.

## منابع

قرآن کریم.

- ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، به کوشش محمد ابوالفضل ابراهیم، قاهره، ۱۳۸۵ق/۱۹۶۵م.
- ابن ابی شیبیه، عبدالله (د۲۳۵ق)، المصنف، به کوشش کمال یوسف حوت، ریاض، ۱۴۰۹ق.
- ابن اثیر، علی، الکامل فی التاریخ، بیروت، ۱۳۹۹ق/۱۹۷۹م.
- ابن ادریس حلّی، محمد، السرائر، قم، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد، الخصال، به کوشش علی اکبر غفاری، تهران، ۱۳۸۹ق/۱۳۴۸م.
- \_\_\_\_\_، المقنع، قم، ۱۴۱۵ق.
- \_\_\_\_\_، من لا یحضره الفقیه، به کوشش سید حسن موسوی خراسان، نجف، ۱۳۷۸ق.
- ابن براج، عبدالعزیز، المهدب، قم، ۱۴۰۶ق.
- ابن حزم، علی، المحلی، بیروت، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م.
- ابن حمزه، محمد، الوسیلة، به کوشش محمد حسّون، قم، ۱۴۰۸ق.
- ابن رشد، محمد، بدایة المجتهد، ۱۳۸۶ق/۱۹۶۶م.
- ابن طاووس، علی، کشف المهجّة، به کوشش محمد حسّون، قم، ۱۴۱۷ق/۱۳۷۵.
- ابن عابدین، محمد، رد المحتار (حاشیه)، مصر، ۱۳۸۶ق/۱۹۶۶م.
- ابن عربی، محمد، عارضة الاحوذی، دارالعلم، بی تا.
- \_\_\_\_\_، القبس، به کوشش محمد عبدالله ولد کریم، بیروت، ۱۹۹۲م.
- ابن قاسم، عبد الحمان، المدونة الكبرى، قاهره، ۱۳۲۳ق.

- ابن قدامه مقدسی، عبدالله، المغنی، بیروت، ۱۳۹۲ق/۱۹۷۲م.
- ابن مرتضی، احمد، البحر الزخار، به کوشش عبدالله جرافی، بیروت، ۱۳۹۴ق/۱۹۷۵م.
- ابن منذر، محمد، الاقناع، به کوشش عبدالله جبرین، ریاض، ۱۴۱۸ق.
- ابن ندیم، محد بن اسحاق، الفهرست، بیروت، دارالمعرفة.
- ابوالصلاح حلبی، الکافی، به کوشش رضا استادی، اصفهان، ۱۴۰۳ق.
- احمد بن حنبل، مسند، بیروت، دارصادر.
- انصاری، مرتضی، القضاء و الشهادات، قم، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، به کوشش محمد تقی ایروانی، قم، منشورات جماعة المدرسین.
- بخاری، محمد، صحیح، به کوشش مصطفی دیب بغا، بیروت، ۱۴۰۷ق/۱۹۸۷م.
- بروجردی، حسین، البدر الزاهر، تقریرات به قلم حسینعلی منتظری، قم، ۱۳۶۲.
- \_\_\_\_\_، زیادة المقال، تقریرات به قلم سید عباس حسینی قزوینی (ابوترابی)، قم، ۱۳۷۲ش/۱۴۱۴ق.
- \_\_\_\_\_، «القضاء»، تقریرات به قلم سید عبدالرسول شریعتمداری جهرمی، چاپ شده ضمن شکوه فقاهت، قم، ۱۳۷۹.
- بهوتی، منصور، کشف القناع، به کوشش ابو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعیل شافعی، بیروت، ۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م.
- بیهقی، احمد، السنن الکبری، به کوشش محمد عبدالقادر عطا، مکه، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
- پاکتچی، احمد، «اسلام، اندیشه های کلامی در سده نخست هجری»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۸.
- \_\_\_\_\_، «اسلام، سیر اندیشه های فقهی در تاریخ اسلام»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۸.
- ترمذی، محمد، سنن، به کوشش احمد محمد شاکر و دیگران، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- تولایی، علی، «بروجردی»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۱۲.
- \_\_\_\_\_، جایگاه تعلیل در فقه امامیه، رساله برای اخذ درجه دکتری در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، به راهنمایی دکتر محمد حسن حائری، دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۴.
- ثعالبی، عبدالملک، ثمار القلوب، به کوشش محمد ابوالفضل ابراهیم، قاهره، ۱۳۸۴ق/۱۹۶۵م.
- حر عاملی، محمد، وسائل الشیعه، قم، ۱۴۱۲ق.
- حسام شهید، عمر، شرح ادب القاضی للامام ابی بکر احمد بن عمر الخصاص، به کوشش ابوالوفا افغانی و ابوبکر محمد هاشمی، بیروت، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
- حسینی خطیب، عبدالزهراء، مصادر نهج البلاغه و اسانیده، بیروت، ۱۴۹۵ق/۱۹۷۵م.
- خرقی، عمر، «مختصر»، همراه المغنی ابن قدامه، ج ۱۱.

- خوارزمی، محمد، جامع مسانید الامام الاعظم، حیدرآباد دکن، ١٣٣٢ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک، تهران، ١٤٠٥ق/١٣٦٤م.
- دائرة المعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، تهران، ج ٥، ١٣٧٢؛ ج ٧، ١٣٧٧؛ ج ٨، ١٣٧٧ش، ج ١٢، ١٣٨٣.
- رافعی، عبدالکریم، فتح العزیز شرح الوجیز، دارالفکر.
- راوندی، سعید، فقه القرآن، به کوشش سید احمد حسینی، قم، ١٣٩٧ق.
- سلار دیلمی، حمزه، المراسم العلویه، به کوشش سید محسن حسینی امینی، بیروت، ١٩٩٤م/١٤١٤ق.
- شریف رضی، حقائق التأویل، به کوشش محمد رضا آل کاشف الغطا، تهران، ١٤٠٦ق.
- شمس الدین، محمد مهدی، أهلیة المرأة لتولی السلطة، بیروت، ١٩٩٥م.
- شهید اول، محمد، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم، ١٤١٤ق.
- \_\_\_\_\_، اللمعة دمشقیة، قم، ١٤١١ق.
- شهید ثانی، زین الدین، الروضة البهیة (شرح اللمعة)، به کوشش محمد کلانتر، بیروت، مؤسسة الاعلمی.
- \_\_\_\_\_، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، ١٤١٤ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام، به کوشش محمود قوجانی، تهران، ١٣٩٤ق/١٩٨١م.
- صنعانی، عبدالرزاق، المصنف، به کوشش حبیب الرحمان اعظمی، بیروت، ١٤٠٣ق/١٩٨٣م.
- طبری، محمد بن جریر، تفسیر، بیروت، ١٤٠٥ق.
- طوسی، محمد، التبیان، به کوشش احمد حبیب قصیر العاملی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- \_\_\_\_\_، تلخیص الشافی، به کوشش سید حسین بحر العلوم، قم، ١٣٩٤/١٣٧٤.
- \_\_\_\_\_، الخلاف، به کوشش علی خراسانی و دیگران، قم، ١٤١٥ق.
- \_\_\_\_\_، الفهرست، به کوشش محمود رامیار، مشهد، ١٣٥١ق.
- \_\_\_\_\_، المبسوط، به کوشش محمد تقی کشفی، تهران، ١٣٧٨ق.
- \_\_\_\_\_، النهایة، بیروت، ١٣٩٠ق/١٩٧٠م.
- عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، به کوشش علی اصغر مروارید، بیروت، ١٤١٨ق/١٩٩٨م.
- عرشی، امتیاز علی خان، استناد نهج البلاغه، ترجمه، تعلیقات و حواشی از سید مرتضی آیت الله زاده شیرازی، امیرکبیر، ١٣٦٣.
- علامه حلی، حسن، تذکرة الفقهاء، قم، ١٤١٤ق.
- \_\_\_\_\_، قواعد الاحکام، قم، منشورات الرضی.
- \_\_\_\_\_، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم، ١٤١٦ق/١٣٧٤ش.
- \_\_\_\_\_، نهج الحق و کشف الصدق، با تعلیق عین الله حسنی ارموی، قم، ١٤٠٧ق.



- علی، جواد، *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*، بیروت/بغداد، ۱۹۷۰م.
- غنیمی، عبدالغنی، *اللباب فی شرح الكتاب*، به کوشش محمد محیی‌الدین عبدالحمید، قاهره.
- فاضل مقداد سیوری، *التنقیح الرائع*، به کوشش سید عبداللطیف حسینی کوه کمری، قم، ۱۴۰۴ق.
- الفقه المنسوب للإمام الرضا (ع)*، مشهد، ۱۴۰۶ق.
- فکرت، محمد آصف، «ابوبکر»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۵.
- قاضی نعمان مغربی، *شرح الاخبار*، به کوشش سید محمد حسین جلالی، قم، ۱۴۰۹ق.
- قدوری، احمد، «مختصر»، همراه اللباب غنیمی.
- قرطبی، محمد، تفسیر، به کوشش احمد عبدالعلیم بردونی، قاهره، ۱۳۷۲.
- کاسانی، ابوبکر، *بدائع الصنائع*، بیروت، ۱۳۹۴ق/۱۹۷۴م.
- کیدری، محمد، *إصباح الشیعه*، به کوشش ابراهیم بهادری، قم، ۱۴۱۶ق.
- ماوردی، علی، *الاحکام السلطانیة و الولايات الدینیة*، قاهره، ۱۳۸۰ق/۱۹۶۰م.
- \_\_\_\_\_، *ادب القاضی*، به کوشش محیی هلال سرحان، بغداد، ۱۳۹۲ق/۱۹۷۳م.
- \_\_\_\_\_، *الحاوی الکبیر*، به کوشش علی محمد معوض و عادل احمد عبدال موجود، بیروت، ۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م.
- محقق حلی، جعفر، *سرائع الاسلام*، به کوشش عبدالحسین محمد علی، نجف، ۱۳۸۹ق/۱۹۶۹م.
- مرغینانی، علی، *الهدایة شرح بدایة المبتدی*، به کوشش محمد عدنان درویش، بیروت، شرکت دارالرقم.
- مفید، محمد، *الجمال*، به کوشش سید علی میرشریفی، قم، ۱۴۱۶ق/۱۳۷۴.
- \_\_\_\_\_، *المقنعة*، قم، ۱۴۱۰ق.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، به کوشش آقامجتبی عراقی و دیگران، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- منتظری، حسین علی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة*، قم، ۱۴۰۸ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، تهران، منشورات شرکت الرضوان.
- نجاشی، احمد، *رجال*، به کوشش موسی شبیری زنجانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- نراقی، احمد، *مستند الشیعة*، قم، ۱۴۱۹ق.
- نسائی، احمد، سنن، همراه با شرح سیوطی و حاشیه سندی، بیروت، ۱۳۴۸ق/۱۹۳۰م.
- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*، قم، ۱۴۰۸ق/۱۹۸۷م.
- نهج البلاغة*، با شرح محمد عبده، به کوشش حسین اعلمی، بیروت، ۱۴۱۳ق/۱۹۹۳م.

وكيع، محمد، اخبار القضاة، به كوشش عبدالعزيز مصطفى مراغى، قاهره، ١٣٦٦ق/١٩٤٧م.  
يعقوبى، احمد، تاريخ اليعقوبى، بيروت، ١٣٧٥ق/١٩٥٥م.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۶۶-۴۹

## کاوشی در نماز شب پیامبر اکرم «صلی الله علیه وآله»\*

دکتر سیدجواد خاتمی<sup>۱</sup>

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سیدرضا موسوی

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: mosavi-r@ferdowsi.um.ac.ir

### چکیده

این مقاله به حکم نماز شب بر پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) می پردازد. با توجه به آیات قرآن و روایات وارده از طریق شیعه و اهل سنت و نیز گفتار مفسران و فقهای شیعه و اهل سنت درباره نماز شب رسول خدا (صلی الله علیه وآله) سه فرض را به این شرح می توان بیان کرد:

فرض اول: نماز شب از ابتدا بر پیامبر (صلی الله علیه وآله) مستحب بوده و برای آن چهار دلیل ذکر شده که ضعیف است.  
فرض دوم: نماز شب در آغاز بر پیامبر (صلی الله علیه وآله) و یارانش واجب بوده است و بعد وجوب آن نسخ گردیده و به حالت استحباب باقی مانده است. برای این فرض نیز چهار دلیل بیان شده است که از قوت کافی برخوردار نیست.  
فرض سوم: از ابتدا بر آن حضرت واجب شده است و تا آخر وجوب آن باقی مانده است که مشروح دلایل این نظر را باید در متن مقاله جستجو کرد.

**کلید واژه‌ها:** تهجد، وجوب، استحباب، نافله، نسخ.

---

\* تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۱/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۱۰/۲۳.

۱. نویسنده مسؤل.

## مقدمه

اهمیت شب و حرکت الهی و سیر معنوی در آن، بر هیچ عاشق دل خسته ای که ندای معبود را به گوش جان می شنود پوشیده نیست. شب برای اهل دل روشنی خاصی دارد و چه بسیار از برکت های الهی که در شب نازل شده است.

خداوند پیامبرش را شبانگاه به معراج می برد (سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِّنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى.. «(اسراء / ۱).

کلمه «لیل» (شب) و مشتقات آن مثل «لیلاً، لیل، لیلی و...» حدود نود بار در قرآن کریم آمده است که بیانگر اهمیت شب در قرآن است.

هیچ سالک الی الله به ملاقات او نایل نشده است جز از طریق تجلیاتی که در شب کسب نموده است. امام حسن عسکری (علیه السلام) می فرماید: «ان الوصول الی الله عزوجل سفرٌ لا یدرک الا بامتطاء اللیل» (مجلسی، ۳۷۹/۷۸) «رسیدن به خداوند عزوجل سفری است که به آن نایل نمی شود جز با پیمودن راه در شب.»

خداوند به تمجید انسان های شب زنده دار پرداخته و می فرماید: «كَانُوا قَلِيلًا مِّنَ اللَّيْلِ مَا يَهْجَعُونَ وَبِالْأَسْحَارِ هُمْ يَسْتَغْفِرُونَ» (ذاریات / ۱۷-۱۸): «آنان کمی از شب را می خوابیدند و سحرگاهان استغفار می کردند.» و «الصَّابِرِينَ وَالصَّادِقِينَ وَالْقَانِتِينَ وَالْمُنْفِقِينَ وَالْمُسْتَغْفِرِينَ بِالْأَسْحَارِ» (آل عمران / ۱۷): «همان ها که در برابر مشکلات و در مسیر اطاعت و ترک گناه استقامت می ورزند، راستگو هستند (و در برابر خدا) خضوع و (در راه او) انفاق می کنند و در سحرگاهان استغفار می نمایند.»

وقتی سایر پیامبران و انسان های صالح و بیدار دل و اولیاء الله چنین هستند، قطعاً بزرگ رهبر بشر که سید و سرور و کامل ترین آن هاست بیش از آنان از عبادت و تهجد شبانه بهره مند بوده است و بلکه خداوندی که او را بیش از همه مورد عنایت خود قرار داده است، این امر را به او توصیه نموده تا هم از اجر و پاداش بیشتری برخوردار باشد و نیز در جهت سیر الی الله بتواند به عالی ترین مرحله کمال برسد، چرا که لازمه رسیدن به چنین کمالاتی و لازمه تحمل سختی ها و تحمل وحی و قرآن و برخورداری از عالی ترین توانایی در جهت تلاش برای هدایت انسان ها، آن است که بخشی از شب و به خصوص سحرگاهان را به تهجد و قرائت قرآن و نماز و نیایش با معبود خویش بپردازد.

قرآن در ادامه آیات اول سوره مزمل به مطالب بالا اشاره می فرماید:

« انا سَنَلْقَىٰ عَلَيْكَ قَوْلًا ثَقِيلًا ، اِنَّ نَاشِئَةَ اللَّيْلِ هِيَ اَشَدُّ وُطْأً وَاَقْوَمُ قِيَالًا ، اِنَّ لَكَ فِي النَّهَارِ سَبْحًا طَوِيلًا» (مزمل / ۱۰-۵).

نماز شب را برپا دار و قرآن بخوان ، چراکه ما به زودی سخنی سنگین به تو القا خواهیم کرد . بی تردید نماز و عبادت شبانه پابرجا تر و با استقامت تر است و تو در روز تلاش مستمر و طولانی خواهی داشت.

هدف از شب زنده داری را قرآن چنین بیان می کند که ما به زودی سخنی سنگین را به تو القا خواهیم کرد. منظور از « قول ثقیل » به گفته مفسران ، قرآن مجید است (طباطبائی، ۶۲/۲۰) . بنابراین از آیات فوق به دست می آید که عنصر زمان در عبادت مؤثر است و شب بهترین زمان برای عبادت و بهترین وسیله برای پیدا کردن آمادگی روحی لازم برای پذیرش مسئولیت سنگین رسالت و تحقق اهداف آن است.

در جای دیگر می فرماید: « وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ » (اسراء / ۷۹): " قسمتی از شب را از خواب برخیز و قرآن ( و نماز ) بخوان این یک وظیفه اضافی برای توست ". بعد نتیجه آن را بیان می کند و می فرماید : « عسی ان یبعثک ربک مقاماً محموداً » (اسراء / ۷۹): « امید است پروردگارت تو را به مقامی در خور ستایش برانگیزد ».

« مقام محمود » چنانکه از لفظش پیداست معنای وسیعی دارد که شامل هر مقام در خور ستایش می شود ولی مسلماً در این جا اشاره به مقام ممتاز و فوق العاده ای است. مفسران بر این باورند که این مقام همان شفاعت کبری پیامبر است (طوسی، بی تا : ۵۱۲/۶؛ کاشانی، ۶۳/۴؛ زحیلی، ۱۴۶/۱۵؛ بحرانی ، ۵۷۰/۳).

با توجه به مطالب فوق اهمیت نماز شب برای پیامبر (صلی الله علیه و آله) روشن می شود و این اهمیت تا به آنجا زیاد است که برای آن حضرت به عنوان تکلیف در نظر گرفته شده است.

دیدگاه های موجود در مورد نماز شب پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) :

با مطالعه و بررسی آیات قرآن و احادیث وارده به این نتیجه می رسیم که در مورد نماز شب پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) سه قول وجود دارد:

الف) عده ای معتقدند نماز شب بر آن حضرت مستحب بوده است، به دلیل آن که آیه قرآن می فرماید: « يَا أَيُّهَا الْمُرْمَلُ (۱) قَمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا (۲) نَصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (۳) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (۴) » «مزمّل / ۴-۱»: " ای جامه به خود پیچیده ، شب را جز کمی بپا خیز یا نیمی از شب را یا کمی از آن کم کن ، یا برنصف آن بیافزا ، و قرآن را با دقت و تأمل بخوان." توضیح آیه :

« مراد از قیام در لیل ، قیام در شب برای نماز است. بنابراین کلمه «لیل» مفعولٌ فیه است که مجازاً مفعولٌ به و برای نماز به کار رفته ، مثل این که می گویند : « دخلت الدار» داخل شدم خانه را که حقیقتش «دخلت فی الدار» است. بعضی گفته اند : معمول «قم» در تقدیر است و کلمه «لیل» به خاطر ظرفیت منصوب شده و تقدیر کلام « قُم الی الصلاة فی الیل » است ، و جمله « أَلَّا قَلِيلاً» استثناء از کلمه «لیل» است (طباطبائی، ۶۰/۲۰).

دلایل آن عبارت است از:

- ۱- اگر واجب بود آن حضرت در مقدار آن مخیر نمی شد (طوسی ، ۱۶۱/۱۰ - جبائی ، ۶/۲۰).  
 بطلان این دلیل روشن است زیرا یکی از انواع واجب، واجب تخییری می باشد و خداوند پیامبر (صلی الله علیه وآله ) را در مقدار زمان خواندن نماز شب مخیر قرار داده است.
- ۲- اگر بر آن حضرت واجب بوده باید بر امت هم واجب باشد به دلیل «فَاتَّبِعُوهُ» (اعراف/ ۱۵۸) زیرا در آیه چیزی که دلالت بر نسخ باشد وجود ندارد و نسخ هم خلاف اصل است. بنابراین باید گفت از همان اول مستحب مؤکد بوده است (رازی، ۶۸۲/۱۰ - مخزن العرفان، ۱۶۰/۱۴).  
 این دلیل نیز خالی از اشکال نیست، زیرا ما تکالیف زیادی داریم که مخصوص پیامبر (صلی الله علیه وآله) است و بر امت او واجب نشده است و این گونه نیست که متابعت در هر موردی لازم باشد. بلی در موردی که در تکلیفی تردید داشته باشیم که مختص آن حضرت است یا مشترک، آن جا اصل اشتراک جاری می شود.
- ۳- ظاهر امر مفید ندب است ، زیرا ما وقتی اوامر خداوند متعال را بررسی می کنیم ، می بینیم گاهی مفید ندب است و گاهی مفید وجوب . بنابراین به خاطر دفع اشتراک و مجاز ، قدر مشترک است بین ندب و وجوب و این نیست جز ترجیح دادن جانب فعل بر جانب ترک و اما جواز ترک به مقتضای اصل ثابت است.  
 حال که رجحان آن به مقتضای امر و جواز ترک به مقتضای اصل ثابت شد ، این همان ندب است که ادعای ماست (رازی، ۶۸۲/۱۰).
- در مورد این دلیل هم باید گفت آنچه در بین اصولین غالب است آن است که اگر قرینه ای در کار نباشد، امر ظهور در وجوب دارد نه قدر مشترک یا ندب.
- ۴- در آیه « وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً » (اسراء/ ۷۹) نیز همان گفتار فوق می آید . علاوه بر آن که کلمه «نافله» در آیه بیانگر عمل مستحبی است نه واجب .

در مورد این دلیل هم با توجه به مطالب آینده روشن می شود که آیه مذکور بیانگر وجوب نماز شب بر پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) است و کلمه «نافله» به معنای زیادی است نه استحباب.

۵- نقل شده است که جمهور اهل سنت معتقدند نماز شب بر آن حضرت مستحب است (رعینی، ۴/۵)

در پاسخ به این دلیل هم خواهیم گفت که همین ادعا در مورد واجب بودن نماز شب هم شده است. (ب) برخی می گویند نماز شب در آغاز بر پیامبر (صلی الله علیه و آله) واجب بوده است و بعد وجوب آن نسخ شده است و بر آن حضرت نیز مانند دیگران مستحب می باشد.

دلایل آنان:

۱- اینکه در آغاز واجب بوده به دلیل آیات اول سوره مزمل که به آن حضرت امر شده به برپا داشتن نماز شب (قم اللیل.....).

آیات فوق به گفته بسیاری از مفسران دستور برپا داشتن نماز شب را به پیامبر داده است و پیامبر به همراه عده ای از صحابه بخشی از شب را به قرائت قرآن و خواندن نماز می گذراندند.

آن گونه که از برخی روایات استفاده می شود جمعی از مسلمانان در نگهداشتن حساب یک سوم و نصف و دو سوم شب جهت اقامه نماز شب گرفتار اشکال و درد سر می شدند (چرا که وسیله سنجش زمان در آن زمان وجود نداشت). به همین جهت احتیاط می کردند و این امر سبب شد که تمام شب را بیدار بمانند و مشغول عبادت باشند تا آن جا که پاهای آنان به خاطر نماز شب ورم کرد، از این جهت آیه بیستم همین سوره نازل شد (مکارم، ۱۹۲/۲۵ - میبیدی، ۶۵/۱۰) که بخشی از آن عبارت است از: «إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ مِّنَ الَّذِينَ مَعَكَ وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَلِمَ أَنْ لَنْ تُحْصَوْهُ فَتَابَ عَلَيْكُمْ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ...» (مزمل/۲۰).

"پروردگارت می داند که تو و گروهی از آنان که با تو هستند نزدیک دو سوم از شب یا نصف یا یک سوم آن را به پا می خیزند، خداوند شب و روز را اندازه گیری می کند، او می داند که شما نمی توانید مقدار آن را به دقت اندازه گیری کنید (برای عبادت کردن) پس شما را بخشید، اکنون آنچه برای شما میسر است، قرآن بخوانید."

«فتاب علیکم» را بیشتر مفسران به معنای تخفیف این تکلیف ذکر کرده اند. نه به معنای «توبه از گناه» (مکارم، ۱۹۳/۲۵).

از سعید بن جبیر روایت شده که وقتی آیه «یا ایها المزمل...» نازل شد رسول خدا «صلی الله علیه و آله» مدت ده سال شب ها را به قیام و عبادت گذراند. طایفه ای از اصحابش نیز از او پیروی کردند.

خداوند متعال بعد از ده سال آیه «إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ...» را نازل کرد و تخفیفی به کار آنان داد (طباطبائی، ۷۱/۲۰).

علامه طباطبائی پس از نقل روایت فوق می فرماید: روایت شده که آیه تخفیف بعد از یک سال و در بعضی روایات بعد از هشت ماه نازل شد و قیام در شب برای غیر رسول خدا «صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ» واجب نبوده است (طباطبائی، ۷۱/۲۰).

در مورد این دلیل بد نیست به گفتار علامه طباطبائی در ذیل آیات فوق اشاره کنیم. وی می فرماید: مقصود از این که فرمود: به همین جهت بر شما توبه کرد این است که به رحمت الهیه اش به طرف شما توجه و رجوع کرد و تکلیف شما را در این باب تخفیف داد، بنابراین، خداوند متعال بر بندگان خود توبه و رجوعی دارد و آن این است که رحمت خود را بر آنان گسترش دهد و اثر این توبه از طرف خداوند آن است که بندگان، موفق به توبه و رجوع به او شوند و یا آن است که موفق به هر اطاعتی گردند و یا آن است که بعضی از تکالیف دشوار را به کلی بردارد و یا در آن تخفیف بدهد، که قرآن کریم درباره اولین اثری که برای توبه خدا شمردیم فرموده: «ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا» (توبه/ ۱۱۸).

سپس خداوند رحمتش را شامل آنان نمود تا توبه کنند.

افزون بر آن توبه، خداوند توبه دیگری هم دارد و آن بعد از توبه بندگان است و اثرش این است که توبه آنان را قبول نموده است و گناهانشان را می آمرزد.

و مقصود از این که فرمود: «پس از قرآن هرچه برایتان میسر و ممکن است، بخوانید.» آن است که در وظیفه شب زنده داری و مقدار آن برای عموم تخفیف دهد، و اگر حرف «فاء» را بر سر جمله آورد و فرمود: «فاقرؤوا» برای آن بود که بفهماند این تخفیف نتیجه علم خدا به مشکل بودن آن اندازه گیری ها برای مکلفان است و لازمه آن تخفیف، توسعه یافتن تکلیف برای عموم مکلفان و برخوردارگی همه از نعمت شب زنده داری است، هر کس به مقدار توانش، نه این که خواسته باشد حکم یک سوم و نصف و کمتر از دو سوم را حتی برای آن فردی که قدرت اندازه گیری آن را دارد، نسخ کند و بفرماید از این به بعد این عمل حرام و بدعت است، برای آن که گفتیم این عمل برای غالب مردم دشوار است نه برای همه، و اگر برای همه غیر ممکن بود و حتی یک نفر هم قادر به انجام آن نبود، از اول تشریح نمی شد، چون خداوند متعال هیچ فردی را به کاری که در توانش نیست، تکلیف نمی کند: «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا أَلَّا وَسْعَهَا» (بقره/ ۲۸۶) «خداوند هیچ کسی را جز به اندازه توانایی اش تکلیف نمی کند.»

علاوه بر آن، در آیه شریفه خداوند پیغمبر و طایفه ای از مؤمنان را تصدیق کرده که یک سوم و یا نصف و یا کمتر از دو سوم را شب زنده داری می کردند و می توانستند این اندازه ها را رعایت کنند و



میسر نبودن آن را به جمیع مردم نسبت داده و معلوم است که جمیع مردم عبارتند از آنان که این کار را می کردند و آن هایی که نمی کردند.

پس حکم شب زنده داری بر مجموع آنان از جهت مجموع بودن مشکل است، نه مشکل بر تک تک همه مسلمانان و چون چنین است تکلیف را طوری تخفیف داد که هم اصل تکلیف برای افرادی که قادر بر اندازه گیری هستند، بماند و هم آسان تر آن برای همه میسر شود و فرمود: «فَأَقْرُؤُوا مَا تَيْسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ» (مزل/ ۲۰) «اکنون آنچه برای شما میسر است قرآن بخوانید.» و حکم شب زنده داری چه حداکثرش یعنی یک سوم و دوسوم و نصف و چه حداقلش یعنی خواندن مقدار ممکن از قرآن برای عموم مؤمنان مستحب است.

علامه پس از آن می فرماید: «و ان كان ظاهر ما للنبي «صلی الله علیه و آله» من الخطاب الوجوب كما تقدمت الاشارة اليه» (طباطبایی، ۷۶/۲۰). اگرچه ظاهر خطاب به پیامبر در اول سوره آن است که نماز شب برای آن حضرت واجب بوده، چنان که قبلاً هم به آن اشاره شد.

بنابراین از نظر علامه آیه بیستم سوره مزل حکم شب زنده داری مفاد آیات اول سوره را نسخ نمی کند، بلکه تخفیف می دهد و همچنین بیانگر این مطلب است که نماز شب بر پیامبر واجب بوده است و بر فرض آن که بگوییم آیه بیستم ناسخ آیات اول سوره است، این نسخ در مورد نماز شب نسبت به سایر مؤمنان است، نه نسبت به پیامبر «صلی الله علیه و آله».

آیت الله مکارم نیز در تفسیر خود می فرماید: «... و نتیجه این می شود که در آغاز اسلام به خاطر وجود شرایطی این تلاوت و عبادت شبانه واجب بوده و بعد، هم از نظر مقدار و هم از نظر حکم تخفیف داده شد و به صورت یک حکم استحبابی آن هم به مقدار میسور درآمده است، ولی به هر حال وجوب نماز شب بر پیامبر اسلام تا آخر عمر ثابت ماند (به قرینه سایر آیات و روایات) (مکارم، ۱۹۶/۲۵).

۲- سعد بن هشام بن عامر می گوید از عایشه سوال کردم که از نماز شب پیامبر (صلی الله علیه و آله) مرا خبر ده. او گفت: آیا نخوانده ای «یا ایها المزمّل»؟ گفتم: چرا. گفت: خداوند عزوجل نماز شب را در آغاز این سوره واجب کرد، پس پیامبر (صلی الله علیه و آله) و کسانی که با او بودند، یک سال آن را به جا آوردند تا آن که در آخر این سوره خداوند به آنان تخفیف داد. پس نماز شب بعد از آن که واجب شد، مستحب گردید (ابی الخطاب، ۱۸۳- طبرسی، ۵۶۹/۱۰).

حدیثی که از عایشه نقل شده است در آینده مورد بحث قرار خواهد گرفت. عایشه (در همین روایت) در هنگام بیان کیفیت نماز شب بر پیامبر (صلی الله علیه و آله) در ادامه می گوید: پیامبر (صلی الله علیه و آله) تا رکعت هشتم نماز شب را بدون تشهد می خواند و سلام می داد. بعد دو رکعت نشسته می خواند و

بدین ترتیب یازده رکعت می‌گردید (ابی الخطاب، ۱۸۲) و این با احادیثی که از طریق اهل سنت رسیده است (مثل حدیث عبدالله بن عمر) و بر صحت آن اتفاق دارند، تعارض دارد که در آنها بر دو رکعت دو رکعت خواندن نماز شب تکیه شده است، روی همین جهت افرادی مانند مالک و لیث بن سعد و شافعی و احمد بن حنبل و ابن ابی لیلی و ابویوسف قاضی، و محمد بن حسن و ابو ثور و داوود به آن عمل نکرده‌اند و با استناد به حدیث عبدالله بن عمر، گفته‌اند نماز شب دو رکعت، دو رکعت می‌باشد (همان).

احادیثی از عایشه روایت شده که می‌گوید پیامبر (صلی الله علیه وآله) فقط در رکعت یازدهم سلام می‌داد و در برخی می‌گوید پیامبر (صلی الله علیه وآله) دو رکعت، دو رکعت سلام می‌داد (همان ص ۱۸۳).

بنابراین، احادیث وارده از طریق عایشه در این مورد مضطرب و دارای اختلاف است و قابل استناد نیست.

علاوه آن که در زمان واجب شدن نماز شب هنوز عایشه در خانه پیامبر (صلی الله علیه وآله) نبوده است که اطلاع دقیقی از آن داشته باشد.

۳- شیخ طوسی (طوسی، ۱۵۲/۴) و علامه حلی (حلی، ۳۹۷/۳) و شافعی (مقریزی، ۲۶/۱۱۳) و برخی دیگر (نوی، ۱۴۲/۱۶ - و ابن ملقن، ص ۹۰) معتقدند: با نازل شدن آیه «قم اللیل...» نماز شب بر آن حضرت واجب شد و این وجوب ادامه داشت تا هنگامی که آیه «وَمِنَ اللَّیْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ» (اسراء ۷۹) نازل شد و با نزول این آیه وجوب آن نسخ شد و تبدیل به استحباب گردید چراکه نقل به معنای استحباب می‌باشد.

مناوی گفته است صحیح تر آن است که در ابتدا نماز شب بر آن حضرت واجب بود و بعد نسخ گردید (مناوی، ۲۸۰/۲).

در مورد این دلیل چنان که بعداً هم بیان می‌کنیم، در آیه مذکور، معنای اصلی کلمه نافلة، زیاده می‌باشد و بر همین معنا هم بسیاری از مفسران و فقها اشاره کرده‌اند و آن را ملاک قرار داده‌اند.

ملافتح الله کاشانی در تفسیر خود پس از آن که اقوال مختلف را در مورد نماز شب پیامبر (صلی الله علیه وآله) بیان می‌کند، می‌فرماید: «صحیح ترین گفته آن است که نماز شب بر پیامبر (صلی الله علیه وآله) واجب بود و هرگز حکم آن نسخ نگردید و کلمه نافلة در آیه (اسراء ۷۹) به معنای واجب است که زیاده بر سایر واجبات یومیه است و اما در حق امتش واجب بودن آن نسخ شد و استحباب آن باقی ماند» (کاشانی، ۲۲۲/۷).

۴- حدیثی از عایشه نقل شده که وی گفت: پیامبر (صلی الله علیه و آله) به نماز ایستاد تا آن که باهایش متورم شد، پس به آن حضرت گفتم: ای رسول خدا! شما چنین می کنی (این قدر نماز می خوانی) در حالی که خداوند گناه گذشته و آینده تو را آمرزیده! فرمود: ای عایشه! آیا بنده شاکر و سپاسگزار نباشم؟ (بیهقی، ۳۹/۷).

می گویند از این حدیث بر می آید که نماز شب بر آن حضرت واجب نبوده است.

در مورد این دلیل می توان گفت بیان پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) اشاره به گوشه ای از فلسفه نماز است و این که عبادت خداوند بر انسان لازم است و از آن استحباب آن فهمیده نمی شود؛ علاوه بر آن چنان که ذکر شد، از عایشه روایاتی رسیده که بر طبق آن پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) اشاره به وجوب نماز شب بر خود می فرمایند.

ج) کسانی که می گویند نماز شب از ابتدا بر پیامبر (صلی الله علیه و آله) واجب بوده است و وجوب آن تا آخر عمر آن حضرت باقی مانده است، دلایلی دارند که عبارت است از:

۱- « يَا أَيُّهَا الْمَزْمَلُ (۱) قُمْ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا (۲) نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (۳) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (۴) » «مزمّل / ۴-۱»

" ای جامه به خود پیچیده، شب را جز کمی بیا خیز یا نیمی از شب را یا کمی از آن کم کن، یا برنصف آن بیافزا، و قرآن را با دقت و تأمل بخوان."

اما دلیل واجب بودن آن بر پیامبر (صلی الله علیه و آله) سخن خداوند متعال است در ابتدای سوره «قم اللیل»، زیرا امر ظهور در وجوب دارد و نمی توان حکم کرد که این آیه دلالت بر وجوب آن بر امت هم دارد زیرا ظاهر آن شامل امت نمی شود، چرا که آیه خطاب به پیامبر «صلی الله علیه و آله» صادر شده و دلیلی بر این که امت هم در این حکم قرار دارند وجود ندارد، زیرا به حسب معنا خطاب در آیه ظهوری در عمومیت ندارد.

اما آیه بیستم که می فرماید: « وَطَائِفَةٌ مِّنَ الَّذِينَ مَعَكَ... » این جمله دلالت نمی کند که آن عده از صحابه در اصل خطاب گنجانده شده بودند و وجوب شامل حال آنان می شده است، بلکه آنچه به دست می آید، آن است که نماز شب نسبت به آنان رجحان داشته و عملی مستحبی تلقی می شده و این از خود جمله « و طائفه من الذین معک ... » به دست می آید.

اما ذکر عذر برای آنان بعد از ضمیمه شدن کلمه « طائفه » به جمله « لکن تحصوه » و بعد از آن که به صیغه جمع آمده است، دلالت می کند بر تخفیف در زمان، نه اصل حکم. بنابراین، در مورد پیامبر که حکم نماز شب بر آن حضرت واجب بود، مقدار وقت آن تخفیف پیدا کرده است و اصل وجوب باقی ماند.

و در مورد صحابه که حکم نماز شب آنان مستحب بوده است اصل استحباب باقی مانده است. فقط در موارد وقت تخفیف حاصل شده است. بنابراین آیه ظهوری در وجوب نماز شب بر امت ندارد تا لازم باشد مسأله نسخ را راجع به آنان مطرح کنیم. چنان که از بیان علامه طباطبایی نیز این امر به دست می آید.

۲- دومین آیه در مورد نماز شب پیامبر (صلی الله علیه و آله) عبارت است از :

« وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ عَسَىٰ أَنْ يَبْعَثَكَ رَبُّكَ مَقَامًا مَّحْمُودًا » (اسراء / ۷۹). " پاسی از شب را ( از خواب برخیز و قرآن و نماز) بخوان این یک وظیفه اضافی برای توست. امید است پروردگارت تو را به مقامی در خور ستایش برانگیزد."

بیان چند مطلب :

۱- تهجد از ماده « هجد » گرفته شده و هجد به معنای خواب است، ولی هنگامی که این ماده به باب تفعیل می رود معنای آن از بین بردن خواب و انتقال به حالت بیداری است.

ضمیر «به» در کلمه « فتهجد به » به قرآن برمی گردد، یعنی قسمتی از شب را بیدار باش و قرآن بخوان ، ولی این کلمه بعداً در زبان اهل شرع به معنای نماز شب به کار رفته است و متهدجد به کسی می گویند که نماز شب می خواند (طبرسی، ۶/۶۶۸ و ۶۷۰؛ طباطبائی، ۱۳/۱۷۵).

فخر رازی می گوید : « فتهجد به » ای بالقرآن و المراد منه الصلاة المشتمله علی القرآن « ضمیر به » به قرآن بر می گردد و مقصود از آن نماز مشتمل بر قرآن است (رازی، ۷/۳۸).

۲- کلمه « من اللیل » باید دارای متعلق باشد و حرف «فاء» در کلمه « فتهجد » که لازم است دارای معطوف علیه باشد تقدیر آن چنین می شود : « قم من اللیل » یعنی در بعضی از شب به پا خیز و به قرائت قرآن پرداز؛ یعنی نماز مشتمل بر قرآن به جا بیاور (همان).

۳- کلمه « نافلة » در « نافلة لك » در لغت به معنای زیاده می آید (طباطبائی، ۱۳/۱۷۵). چنانکه در آیه «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ...» (انفال / ۱) به معنای زیاده می آید .

۴- آنچه از آیه فوق در مورد نماز شب پیامبر (صلی الله علیه و آله) به دست می آید :

الف- برخی گفته اند طبق آیه فوق نماز شب بر پیامبر (صلی الله علیه و آله) واجب بوده است.

ب- برخی گفته اند در ابتدا نماز شب بر آن حضرت واجب بوده است و به وسیله این آیه وجوب آن نسخ شده است، زیرا نافلة یعنی آنچه مستحب است.

ج- برخی گفته اند کلمه نافلة بیانگر زیادی درجات آن حضرت است؛ یعنی نماز شب برای پیامبر «صلی الله علیه و آله» باعث زیادی درجات است و برای دیگران کفاره است، چرا که دیگران گناهکارند

و نماز شب باعث محو گناهانشان می شود، اما پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) که گناهی ندارد از این جهت نماز شب باعث زیادی درجات آن حضرت است .

د- برخی گفته اند معنای « نافله لک » اختصاصی به پیامبر (صلی الله علیه و آله) ندارد، بلکه نماز شب هم فضیلت برای پیامبر (صلی الله علیه و آله) است و هم برای امت. و درست است که آیه خطاب به پیامبر (صلی الله علیه و آله) است، اما دیگران را هم شامل می شود، زیرا لازم است سایر مسلمانان هم به آن حضرت تاءسی و اقتدا نمایند (طبرسی، ۶/۶۷۱).

۳- « وَمِنَ اللَّيْلِ فَسَبِّحْهُ وَإِدْبَارَ النُّجُومِ » (طور/۴۹) .

" (همچنین) به هنگام شب او را تسبیح کن و به هنگام پشت کردن ستارگان (و طلوع صبح) ". بسیاری از مفسران جمله « و من اللیل فسبحه » را به نماز شب تفسیر کرده اند . « و ادبار النجوم » را به دو رکعت نافله صبح که در آغاز طلوع فجر و به هنگام پنهان شدن ستارگان در نور صبح انجام می شود (طبرسی، ۹/۲۵۷؛ طباطبایی، ۱۹/۲۴) طبرسی روایتی هم بر تأیید مطلب فوق از قول امام باقر و امام صادق (علیهما السلام) نقل کرده است (طبرسی، ۹/۲۵۷).

همچنین از امام صادق علیه السلام روایت شده است در مورد سخن خداوند متعال « وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ حِينَ تَقُومُ وَمِنَ اللَّيْلِ فَسَبِّحْهُ وَإِدْبَارَ النُّجُومِ » قال : « امره ان یصلی باللیل » خداوند پیامبرش «صلی الله علیه و آله» را امر کرد که در شب (نماز شب) بخواند (مجلسی، ۸۷/۱۵۹)

با توجه به این که در آیه فوق برای خواندن نماز شب از صیغه «امر» استفاده شده است و صیغه امر ظهور در «وجوب» دارد و همچنین با توجه به آیات قبلی که بیان شد و نیز احادیث وارده می توان گفت: از این آیه هم استفاده می شود که نماز شب بر پیامبر «صلی الله علیه و آله» واجب بوده است. ۴- « وَمِنَ اللَّيْلِ فَاسْجُدْ لَهُ وَسَبِّحْهُ لَيْلًا طَوِيلًا ... » (دهر/۲۶) "در شبانگاه برای او سجده کن و مقداری طولانی از شب او را تسبیح گوی".

قال الرضا علیه السلام فی ذیل آیه « و سبحه لیلًا طویلا ... » فان صلاه اللیل (هویزی، ۴۴۹/۵). حضرت رضا (علیه السلام) در ذیل آیه « و سبحه لیلًا طویلا ... » فرمود: همانا نماز شب (منظور) است، این آیه مانند آیه قبل از آن، با توجه به این که از صیغه امر استفاده شد. و طبق حدیث شریف مقصود از آن نماز شب می باشد و با توجه به این که امر ظهور در وجوب دارد و نیز با توجه به سایر آیات و احادیث دلالت بر وجوب نماز شب پیامبر (صلی الله علیه و آله) می نماید .

## ۲- روایات

در متون روایی، روایاتی وارد شده است که بیانگر وجوب نماز شب بر آن حضرت است.

۱-۲: محمد بن احمد بن یحیی عن الحسن بن علی بن عبد الله عن ابن فضال عن مروان عن عمار

السباطی قال:

کنا جلوساً عند ابی عبد الله علیه السلام بمنی. فقال له رجل: ما تقول فی النوافل؟ فقال فریضه. قال ففرعنا و فرع الرجل. فقال ابو عبد الله علیه السلام: انما اعنی صلاه اللیل علی رسول الله (صلی الله علیه وآله) ان الله عزوجل یقول: «وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ» (طوسی ۲/۲۴۳).

محمد بن احمد بن یحیی از حسن بن علی بن عبدالله از ابن فضال از مروان از عمار سباطی روایت کرده که گفت: در نزد امام صادق علیه السلام در منا نشسته بودیم، مردی به آن حضرت گفت: در مورد نوافل چه می گویی؟ امام علیه السلام فرمود: واجب است، پس ما ترسیدیم و آن مرد هم ترسید. امام صادق علیه السلام فرمود: منظورم آن است که بر پیامبر «صلی الله علیه وآله» واجب شده است. خداوند عزوجل می فرماید: «وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ» برخی از شب را به قرائت قرآن (نماز شب) بپرداز این یک وظیفه اضافی برای تو است».

۲-۲- ابن بابویه، قال: حدثنا محمد بن الحسن بن احمد بن الولید «رضی الله عنه» قال حدثنا محمد بن الحسن الصفار، عن احمد بن محمد بن عیسی، عن علی بن الحکم، عن عثمان بن عبدالملک، عن ابی بکر قال: قال لی ابو جعفر علیه السلام: اتدری لای شیء وضع التطوع؟ قلت لا ادری جعلت فداک. قال «انه تطوع لکم و نافله للانبياء، او تدری لم وضع التطوع، قلت: لا ادری جعلت فداک. قال: «لانه ان كان فی الفریضه نقص صبت النافله علی الفریضه حتی تتم، ان الله عز و جل یقول لنبيه (صلی الله علیه وآله): «وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ» (بحرانی، ۳/۵۷).

ابن بابویه (شیخ صدوق) گفت: حدیث کرد برای ما محمد بن حسن بن احمد بن ولید (که خداوند از او خشنود باد) که گفت: حدیث کرد برای ما محمد بن حسن صفار از احمد بن محمد بن عیسی از علی بن حکم از عثمان بن عبدالملک از ابی بکر که او گفت: امام باقر علیه السلام فرمود: آیا می دانی برای چه چیزی عمل مستحبی (از طرف شارع) قانون گذاری شده است گفتیم: نمی دانم فدایت شوم فرمود: (البته) آن برای شما مستحب است ولی برای انبیاء زیادی است (واجب اضافی است). آیا می دانی چرا عمل مستحبی قانون گذاری شده است؟ گفتیم: فدایت شوم. نمی دانم. فرمود: زیرا اگر در واجب نقصی باشد از نافله به آن اضافه می شود تا تمام شود. (اما اینکه بر پیامبران واجب بود) خداوند عزوجل به پیامبرش می فرماید: «وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ».

البته ممکن است از روایت اخیر به گونه‌ای دیگر هم برداشت کرد که برای پیامبر اضافه درجات است و از آنجا که واژه « تطوع » بر عملی گفته می‌شود که انجام آن بر انسان لازم نباشد و امام فرمودند: برای شما و انبیاء هر دو مستحب است و فقط در این جهت فرق دارد که در مورد شما باعث جبران و تکمیل واجبتان می‌شود و در مورد انبیاء باعث اضافه شدن درجاتشان می‌گردد؛ ولی به ملاحظه حدیث اول و دلایل دیگر می‌توان گفت: مقصود از نفل، واجبی است علاوه بر سایر واجبات.

۲-۳- عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: "کان رسول الله (صلی الله علیه و آله) یصلی من اللیل ثلاث عشرة رکعة منها الوتر و رکعتا الفجر فی السفر و الحضر" (کلینی، ۳/۴۴۶).

امام باقر علیه السلام فرمودند: رسول خدا صلی الله علیه و آله چه در وطن و چه در مسافرت هر شب سیزده رکعت نماز می‌خواند که نماز وتر و دو رکعت نافله فجر هم جزء آن سیزده رکعت بود.

۲-۴- همچنین از طریق اهل سنت از موسی بن عبد الرحمان صنعانی از هشام بن عروه از پدرش از عایشه روایت شده که رسول خدا (صلی الله علیه و آله) فرمود: « ثلاث هن علی فرض و هن لکم سنه : الوتر و السواک و قیام اللیل » (مقریزی، ۱۳/۲۵).

یعنی: "سه چیز است که بر من واجب است و بر شما مستحب: نماز وتر، مسواک زدن و نماز شب".

### ۳- گفتار فقها

الف- بسیاری از فقهای شیعه قائل به وجوب نماز شب بر رسول خدا (ص) می‌باشند که بعضی از آنها عبارتند از:

- ۱- علامه حلی (حلی، ۲/۵۶۵).
- ۲- محقق حلی (حلی، ۲/۴۹۷).
- ۳- علامه مجلسی (مجلسی، ۱۶/۳۸۱).
- ۴- فاضل هندی (فاضل هندی، ۲/۱۰).
- ۵- محقق کرکی (کرکی، ۱۲/۵۳).
- ۶- شیخ بهائی (بهائی، ۲/۲۸۸).
- ۷- محقق بحرانی (بحرانی، ۲۳/۹۴).
- ۸- آیت الله خوئی (خوئی، ۵/۳۶۷).
- ۹- سید عبدالاعلی سبزواری (سبزواری، ۲۴/۳۱).
- ۱۰- شیخ محمدعلی انصاری (انصاری، ۱/۳۵۹).
- ۱۱- سید محمد صادق صدر (صدر، ۶/۸۱).

ب- فقهای اهل سنت: عده‌ای از فقهای اهل سنت نیز قائل به وجوب نماز شب به رسول خدا(ص) می‌باشند. بعضی از آنها عبارتند از:

۱- محیی‌الدین نووی (نووی، ۳۳۴/۵ و ۱۴۲/۱۶)

۲- آمدی (از علمای قرن هفتم، سال وفات ۶۳۱) (آمدی، ۲/۲۶۰)

۳- رعینی از علمای قرن دهم (رعینی، ۴/۵)

۴- بهوتی (بهوتی، ۲۴/۵)

با توجه به مطالب یاد شده می‌توان گفت: نظریه اول (واجب نبودن نماز شب بر پیامبر «صلی الله علیه وآله») بر بقیه برتری دارد، به چند دلیل:

۱- کلمه «تهجد» در آیه اول و نیز کلمه سبّحه در آیه دوم و سوم امر است و امر (در صورت نبودن قرینه) بر طبق نظر اکثر فقهای ظهور در وجوب دارد.

ممکن است گفته شود آیه شریفه "و من اللیل فتهجد" اختصاصی به پیامبر اکرم «صلی الله علیه وآله» ندارد، بلکه شامل همه مسلمانان می‌شود و این که آیه خطاب به آن حضرت است، دلالت نمی‌کند بر اختصاص داشتن آیه به آن حضرت. چنان که بسیاری از آیات این چنین است مانند آیه حجاب که خطاب به زنان پیامبر «صلی الله علیه وآله» صادر شده است. ولی فقهای فتوا به عمومیت آن داده‌اند. بنابراین آنچه به دلیل خارجی ثابت نشده باشد که اختصاص به پیامبر اکرم «صلی الله علیه وآله» دارد، عام است و شامل همه افراد می‌شود و قرینه خطاب آن را به پیامبر اکرم «صلی الله علیه وآله» اختصاص نمی‌دهد. و برای آن که امر در آیه «تهجد» شامل همه مسلمانان شود، باید حمل بر استحباب نماز شب شود، زیرا ما یقین داریم که نماز شب بر سایر مسلمانان واجب نیست. بنابراین نماز شب، هم بر آن حضرت و هم بر سایر مسلمانان مستحب است. در پاسخ می‌گوییم اگر ما در آیه فوق بیشتر دقت کنیم، می‌بینیم اگر امر «تهجد» را حمل بر وجوب کنیم، باید بگوییم نماز شب مختص پیامبر اکرم «صلی الله علیه وآله» است و اگر اختصاص آیه را به پیامبر «صلی الله علیه وآله» لغو کنیم، باید بگوییم امر مذکور دلالت بر استحباب دارد نه وجوب. در نتیجه بین این دو قرینه تعارض به وجود می‌آید. یکی وجوب و یکی عموم. در این صورت باید از عموم دست برداریم و حمل بر وجوب کنیم، زیرا برای حمل بر «وجوب» دو قرینه هست: یکی ظهور صیغه امر و یکی ظهور در اختصاص خطاب به پیامبر «صلی الله علیه وآله». و برای (حمل بر استحباب و) استفاده عموم فقط یک قرینه هست و آن لغو اختصاص و خصوصیت است و این زمانی است که قرینه ای بر عدم آن نباشد (صدر، ۸۳/۶).



۲- کلمه «تهجد» عطف است بر آیه قبل از آن که عبارت است از: « أقيم الصلاة لدُكوكِ الشمسِ إلى غسقِ الليلِ وقرآنَ الفجرِ... » " نماز را از زوال خورشید « هنگام ظهر » تا نهایت تاریکی شب « نیمه شب » برپا دار و همچنین قرآن فجر ( = نماز صبح ) را " . و امر در آن آیه اقتضای وجوب می کند و توافق سیاق دو امر حاکی از آن است که این جا هم برای وجوب است (گنابادی، ۳۲۳/۸) .

۳- کلمه « نافله » در لغت در اصل به معنای « زیادی » است و اگر بگوییم نماز شب بر پیامبر مستحب است، آوردن آن در آیه لغو است (رازی، ۳۸۷/۷) .

۴- کلمه « لک » در آیه مفید اختصاص است و معنای اختصاص نماز شب به پیامبر « صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ » اختصاص وجوب آن است ، زیرا استحباب آن مشترک بین رسول خدا « صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ » و سایر مسلمانان می باشد (گنابادی، ۳۲۳/۸- ابن حجر، ۲/۳- نووی، ۱۴۲/۱۶) .

۵- تأیید مطالب فوق ( وجوب ) توسط برخی روایات .

۶- بسیاری از مفسران کلمه « نافله » را به معنای « زیاده » معنا کرده اند و تعداد زیادی از آنان تصریح کرده اند که آیه فوق بیانگر وجوب نماز شب بر پیامبر است.

فخر رازی هنگام تفسیر آیه فوق و بیان اقوال می گوید : آنان که گفته اند نماز شب بر پیامبر « صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ » واجب بوده است، گفته اند: معنای زیادی بودن آن برای آن حضرت به صورت اختصاصی آن است که نماز شب واجب است بر تو علاوه بر نمازهای پنج گانه و بدان وسیله اختصاص یافتن از بین امت خود . بعد می گوید : « و يمكن نصره هذا القول بان قوله فتهجد ، امر و صيغة الامر للوجوب ، فوجب كون هذا التهجد واجبا ، فلو حملنا قوله : « نافله لك » على عدم الوجوب لزم التعارض هو خلاف الاصل فوجب ان يكون معنى كونها نافله لك ما ذكرناه ، من كون وجوبها زائداً على وجوب الصلوات الخمس . (رازی ، ۳۸۷/۷) : ممکن است کمک کردن این قول به این که « فتهجد » در سخن خداوند متعال امر است و صيغة امر برای وجوب است.

پس باید تهجد پیامبر « صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ » واجب باشد . و اگر ما « نافله » را بر غیر واجب حمل کنیم (که قول سوم بود ) لازمه آن وجود تعارض است که آن هم خلاف اصل است. پس لازم است که مقصود از زیاد بودن نماز شب برای پیامبر « صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ » آن چیزی باشد که ما گفتیم؛ یعنی وجوب آن اضافه و زیادی است بر وجوب نمازهای پنج گانه (نه زیادی درجات آن گونه که قول سوم بود)

طبرسی در مجمع البیان و علامه طباطبایی در المیزان و ناصر مکارم در تفسیر نمونه و ... همین نظریه را (نافله به معنای زیادی است و مقصود وجوب نماز شب بر پیامبر است اضافه بر سایر واجبات) برگزیده اند (طبرسی، ۶۷۱/۶ - طباطبائی، ۱۷۵/۱۳ - مکارم، ۲۲۴/۱۲).

۷- گفتار بسیاری از فقهای شیعه و اهل سنت که تعدادی بیان شد.

### نتیجه

با توجه به آراء سه گانه ای که درباره نماز شب پیامبر (صلی الله علیه وآله) وجود دارد و بررسی مستندات آنها به این نتیجه می رسیم که مستندات نظریه اول که معتقد بود نماز شب بر آن حضرت مستحب است اتقان و استحکام کافی ندارد. همچنین برای نظر دوم که معتقد بود نماز شب در آغاز بر پیامبر واجب بود و پس از مدتی وجوب آن نسخ شد مستندات کافی ارائه نشده است و مستندات ارائه شده مورد نقد قرار گرفته است در نتیجه نظر سوم که می گفت از آغاز نماز شب بر پیامبر واجب بوده است و بر همان وجوب باقی مانده است نظریه متقن و قابل دفاع است که مستندات آن در مقاله بیان شده است.

### منابع

قرآن کریم.

ابن ملقن، عمر بن علی، غایة الرسول فی خصایص الرسول، تحقیق عبدالله بحرین الدین عبدالله، بی تا. ابی الخطاب، ابن دحیه، نهایة السؤل فی خصایص الرسول، دارالشبائر للطباعة و النشر و التوزیع، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰.

انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، قم، مجمع الفكر الاسلامي، ۱۴۱۵ق.

بحرانی، سید هاشم، البرهان فی التفسیر القرآن، تهران، موسسه البعثة، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

بحرانی، یوسف، الحدائق الناظرة، تحقیق محمد تقی ایروانی، قم، جماعة المدرسين، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ق.

بهائی، محمد بن حسین، جامع عباسی، تهران، انتشارات فراهانی، بی تا.

بهوتی، منصور بن یوسف، کشف القناع، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ق.

بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۶ق.

حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام، تحقیق ابراهیم بهادری، مؤسسه الامام الصادق، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ق.

\_\_\_\_\_، تذكرة الفقهاء، مكتبة الرضوية لاهياء الاثار الجعفرية، بی تا.

حلی (محقق)، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، تحقیق سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، الطبعة الثانية، ۱۴۰۹ق.

خویی، ابوالقاسم، *کتاب الطهاره*، قم، دارالهادی، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۰ق.  
 رازی، فخر الدین، *مفتاح الغیب (التفسیر الکبیر)*، بیروت، دارالحیاء التراث العربی، چاپ سوم، ۱۴۲۰ق.  
 رعینی، الخطاب، *مواهب الجلیل*، بیروت، دارالکتب العلمیه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۶ق.  
 زحیلی، وهبه، *تفسیر المنیر*، بیروت، دارالفکر المعاصر، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.  
 سیوری، مقداد، *کنز العرفان*، تهران، انتشارات مرتضوی، چاپ پنجم، ۱۳۷۳.  
 سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الاحکام*، تحقیق مؤسسه المنار، مکتبه آیت الله السید السبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.

صادقی تهرانی، محمد، *الفرقان فی تفسیر القرآن*، قم، انتشارات فرهنگی اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۵.  
 صدر، محمد صادق، *ماوراء الفقه*، تحقیق و تصحیح، جعفر هادی الدجیلی، بیروت، دارالاضواء و النشر و التوزیع، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ق.

طباطبایی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الثالثة، ۱۳۹۳ق.  
 طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان لعلوم القرآن*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ق.  
 طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷.

\_\_\_\_\_، *التبیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

\_\_\_\_\_، *تهذیب الاحکام*، تحقیق سید حسن خراسانی، دارالکتب الاسلامیه، الطبعة الرابعة، ۱۳۶۵.

عسقلانی، ابن حجر، *فتح الباری فی شرح صحیح البخاری*، بیروت، دارالمعرفه، الطبعة الثانية، بی تا.  
 فاضل هندي، بهاء الدین محمد بن حسن، *کشف اللثام*، قم، مکتبه آیت الله المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ق.  
 فضل الله، سید محمد حسین، *من وحی القرآن*، بیروت، دارالملاک، للطباعة و النشر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.  
 قمی مشهدی، محمد، *کنز الدقائق و بحر الغرائب*، تهران، مؤسسه الطبع و النشر، چاپ اول، ۱۳۶۶.

کاشانی، محمد بن مرتضی، *المعین (تفسیر)*، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.

کاشانی، ملا فتح الله، *زبدة التفاسیر*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۳.

کاظمی، جواد، *مسالك الافهام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، دارالکتب الاسلامیه، الطبعة الثالثة، ۱۳۶۷ق.

مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار*، بیروت، مؤسسه الوفا، الطبعة الثانية، ۱۴۲۰ق.

مفید، محمد بن محمد بن نعمان، *تفسیر شیخ مفید*، مؤسسه بوستان کتاب، ۱۴۲۴ق.

مقریزی، احمد، *متاع الاسماع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ق.

مکارم، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۳ق.

مناوي، محمد، فيض القدير (شرح الجامع الصغير)، تحقيق، احمد عبدالسلام، بيروت، دارالكتب العلميه، الطبعة الاولى، ١٤١٥ق.

مبيدي، ابوالفضل، كشف الاسرار، انتشارات اميركبير، چاپ اول، ١٣٦٣.

نوي، يحيي بن شرف، المجموع في شرح المهذب، دارالفكر، بي تا.

\_\_\_\_\_ ، روضة الطالبين، بيروت، دارالكتب العلمية، بي تا.

هويزي، عبدعلي، نورالتقلين، قم، مؤسسه اسماعيليان، الطبعة الرابعة، ١٤١٥ق.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۸۴-۶۷

## هرمنوتیک و اصول فقه: نگاهی به انواع قصدی گرای در غرب و مقایسه آن با دیدگاه تفسیری اصولیان شیعه\*

علیرضا عابدی سرآسیا<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: Al\_abedi\_sa57@yahoo.com

دکتر محمدصادق علمی سولا

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: sola-m@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر محمدکاظم علمی سولا

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: elmi@ferdowsi.um.ac.ir

### چکیده

نظریه معروف در زمینه معنا و تفسیر متن، «قصدی‌گرایی» نامیده می‌شود که می‌گوید: «معنا یا تفسیر یک اثر، با نیت صاحب اثر، مرتبط بوده یا توسط آن تحدید و تعیین می‌گردد». در این جستار، ابتدا مهم‌ترین اقسام قصد و نیت، بررسی شده‌اند، از جمله: (۱) قصد روان‌شناختی و قصد پدیدارشناختی؛ (۲) قصد معنایی، قصد مقوله‌ای، و قصد انگیزشی؛ (۳) قصد واقعی و قصد فرضی؛ (۴) قصد درونی و قصد بیرونی. سپس، انواع مختلف قصدی‌گرایی، از یکدیگر متمایز گشته و توضیح داده شده‌اند. قصدی‌گرایی می‌تواند تقسیم شود به: (۱) قصدی‌گرایی معنایی و قصدی‌گرایی تفسیری؛ (۲) قصدی‌گرایی واقعی و قصدی‌گرایی فرضی (قصدی‌گرایی واقعی، شامل هر یک از (الف) افراطی یا (ب) معتدل، و قصدی‌گرایی فرضی، شامل هر یک از (الف) اصلی یا (ب) عصری)؛ (۳) قصدی‌گرایی انحصاری و قصدی‌گرایی شمولی. در پرتو این تمایزها، نقاط اشتراک و اختلاف دو دیدگاه قصدی‌گرایی غربی و قصدی‌گرایی شیعی، روشن گردیده است.

**کلید واژه‌ها:** هرمنوتیک، قصدی‌گرایی واقعی و فرضی، قصدی‌گرایی معتدل و افراطی، قصدی‌گرایی انحصاری و شمولی قصدی‌گرایی اصلی و عصری.

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۹/۲۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۳/۲۴.

<sup>۱</sup> . نویسنده مسؤل

## (١) مقدمه: تعریف قصدی گرای و مؤلف محوری

در زمینه معنا و تفسیر متن، دو نظریه مهم و اصلی وجود دارد که عبارتند از: قصدی گرای و قصدی ستیزی. در همین راستا نیز می توان نظریه های هرمنوتیک را به دو دسته «هرمنوتیک قصدی گرا» و «هرمنوتیک قصدی ستیز» تقسیم کرد. در ابتدا توضیح مختصری درباره این دو نظریه ارائه می کنیم. نظریه مشهور و پرسابقه در زمینه معنای متن، این است که مؤلف، منبع و منشأ معنای اثر بوده و حدود آن را تعیین می کند؛ (یا دست کم، مؤلف یکی از عوامل تشکیل دهنده معنای متن است). این نظریه، در قلمرو تفسیر نیز وارد شده که بر اساس آن، هدف مطلوب و دست یافتنی از فهم و تفسیر متون، رسیدن به نیت و مقصود مؤلفان آن هاست. این نظریه معمولاً با عنوان: «قصدی گرای»<sup>١</sup> و احیاناً: «ایدئولوژی مؤلف»<sup>٢</sup> (آلن،<sup>٣</sup> ص ٧٢) و در اصطلاح معناشناسی، نظریه «قطعیت به نیت مؤلف» (فضیلت، ص ١٦٥) نامیده می شود. از این نظریه در فارسی معمولاً با عنوان «مؤلف محوری» یاد می گردد.

در تعریف قصدی گرای آمده است: «عقیده یا فرض این که معنای متن، اساساً با قصد مُصَرِّح (تصریح شده) یا ضمنی مؤلف، تعیین گشته است»<sup>٤</sup>. در مقاله «تفسیر و قصد» می خوانیم: «قصدی گرای عبارت است از این نظریه که نیت واقعی هنرمندان، با تفسیر اثری که می آفرینند مرتبط است» (نوئل<sup>٥</sup>، ص ٧٥). در کتاب هرمنوتیک طبیعی، این نظریه از قول دانبرگ و مولر<sup>٦</sup>، «تز هویت» نامیده شده و این گونه تعریف گشته است: «تز هویت [به این معناست که] معنای متن، مطابق با قصد مؤلف شکل می گیرد» (مانزاوینس<sup>٧</sup>، ص ١٤٧). بنا به اظهار برخی، این عنوان، برچسبی است که بردزلی به نظریه هرش زده است (میکنن<sup>٨</sup>، فصل ٢؛ ونیز ببینید: لامارک<sup>٩</sup>، ص ١٧٩).

در حقیقت تمامی این تعریف ها، تفسیری مضیق از قصدی گرای اند و شامل اقسام مختلف آن نمی شوند. شاید بتوان با توجه به اقسام مختلف قصدی گرای، تعریف ذیل را جامع تر از سایر تعاریف دانست:

«قصدی گرای عبارت است از این نظریه که معنا یا تفسیر یک اثر با نیت صاحب اثر، مرتبط بوده یا

1. Intentionalism.

2. The ideology of the author.

3. Allen, Graham.

4. (See. [www.thefreedictionary.com/intentionalism](http://www.thefreedictionary.com/intentionalism), & [www.bartleby.com/61/5/I0180575](http://www.bartleby.com/61/5/I0180575).)

5. Noël, Carroll.

6. Danneberg, Lutz, and Hans-Harald Müller.

7. Mantzavinos, Chrysostomos.

8. Mikkonen, Jukka.

9. Lamarque, Peter.

توسط آن تحدید و تعیین می‌گردد»<sup>۱</sup>.

در مقایسه دو اصطلاح «قصدی‌گرایی» و «مؤلف‌محوری» باید گفت اگر چه ظاهراً این دو اصطلاح، معادل یکدیگر به نظر می‌آیند؛ اما با کمی دقت، می‌توان گفت: مؤلف‌محوری اعم از قصدی‌گرایی است و شامل دو نظریه قصدی‌گرایی و ذهنی‌گرایی می‌شود (توضیح بیشتر این مطلب، ذیل بحث از قصد روانشناختی خواهد آمد).

قصدی‌گرایی، نظریه قریب به اتفاق متفکران قبل از قرن بیستم میلادی محسوب می‌شود. قصدی‌گرایی در غرب، اگر چه در میان طرفداران هرمنوتیک مدرن نیز پیروانی دارد (ببینید: احمدی، ص ۴۹۷)، اما آموزه اصلی هرمنوتیک کلاسیک دانسته می‌شود.

کسانی که کشف نیت مؤلف را در تفسیر، غیر ممکن یا نامطلوب می‌شمارند؛ و یا اساساً برای مؤلف هیچ گونه منشئیت و عاملیتی در معنای اثر قایل نیستند و به تعبیری، معنای اثر را یکسره، بیگانه از مؤلف و قصد او می‌شمارند، در مقابل گروه قصدی‌گرا، قرار می‌گیرند. این نظریه در تقابل با قصدی‌گرایی، «قصدی‌ستیزی»<sup>۲</sup> (اسپورهایز<sup>۳</sup>، ص ۸۱؛ میکنن، فصل ۱؛ استکر<sup>۴</sup>، ص ۲۰۸)، و در شکل حاد آن، «نظریه مرگ مؤلف»<sup>۵</sup> (از رولان بارت) نامیده می‌شود.

در دوران معاصر، با وجود شدت یافتن موج قصدی‌ستیزی در برابر «قصدی‌گرایی»، هنوز این نظریه طرفداران بسیار دارد (ببینید: هوی، صص ۷۳-۷۴؛ احمدی، ۵۹۰). «تفسیر قصدی‌گرا، در حالی که دهه‌ها به عنوان یک مغالطه لحاظ می‌شد، در میان فیلسوفان هنر، شروع به جذب پیروانی نموده است» (نوئل، ص ۷۵). وانهورز<sup>۶</sup> به عنوان یکی از معاصران و صاحبان تألیف در این زمینه می‌نویسد: «قصد هنوز هم اصل، هدف، و راهنمای تفسیر متنی است» (ولترستورف<sup>۷</sup>، ص ۴۸).

برای مقایسه میان دو دیدگاه قصدی‌گرایی در غرب و قصدی‌گرایی اصولیان شیعه، ضروری است تا ابتدا، به اقسام قصد و نیت اشاره کنیم.

۱. عبارت «معنا یا تفسیر»، برای اشاره به قصدی‌گرایی معنایی و تفسیری است؛ واژه ی «نیات»، تمامی اقسام قصد را که ذکر خواهد شد در بر می‌گیرد؛ عبارت «مرتبط بوده» راجع به قصدی‌گرایی شمولی، و عبارت «تحدید و تعیین می‌گردد» مطابق با قصدی‌گرایی انحصاری است. هر چند در قصدی‌گرایی انحصاری نیز معنا یا تفسیر متن به نوعی «مرتبط» با قصد است؛ اما عبارت «تحدید و تعیین می‌گردد» برای تأکید و اشاره به دو نوع رویکرد متفاوت آمده است.

2. Anti-intentionalism.

3. Spoerhase, Carlos.

4. Stecker, Robert.

5. The Death of the Author.

6. Kevin J. Vanhoozer.

7. Wolterstorff, Nicholas

## ۲) مفهوم و اقسام قصد و نیت

واژه «قصد» و «نیت» در فارسی، معادل «مقصود»، «مراد» و «مرام» در عربی، و «intention» و «intent» در انگلیسی است که تقریباً معنای مشابه و روشنی دارند؛ اما این که در عبارت «قصد مؤلف» منظور از این واژه چیست، ابهام‌ها و اختلاف‌هایی وجود دارد که خود منجر به پیدایش اقسامی برای آن شده است. مهم‌ترین این اقسام را (که قابل تداخل با یکدیگرند) در ذیل توضیح می‌دهیم.

### ۲-۱. قصد روان شناختی و قصد پدیدار شناختی

قصد روان شناختی، مربوط به کنش روانی مؤلف در خصوص آفرینش متن است و در حقیقت، مجموعه‌ای از تصورات آگاهانه و ناآگاهانه مؤلف، نسبت به موضوع یا واژه‌ای خاص است. اما قصد پدیدارشناختی، به معنای جهت‌گیری ذهن به سوی چیزی است؛ همان معنایی از اثر است که با توجه آگاهانه مؤلف - در میان معانی متعدد و محتمل اثر - تعیین یافته است؛ معنایی از اثر که مؤلف، معمولاً در صدد انتقال و تفهیم آن به مخاطبان بوده و به بیانی ساده، آن را معنای درست اثر خود می‌داند.

از آن جا که قصد پدیدارشناختی (بر عکس قصد روان شناختی که ممکن است غیر آگاهانه باشد)، امری کاملاً آگاهانه است؛ و مؤلف نیز معمولاً در صدد انتقال و بیان چنین قصدی است، به طور نسبی در متن تحقق یافته و آثار روشنی از خود به جای می‌گذارد؛ نیت مؤلف، به نوعی، «در اثر رخنه کرده و در آن به نمایش در می‌آید.» (میکنن، فصل سوم) این آثار و نشانه‌های به جای مانده از قصد که گاهی «اظهار یا اظهار قصد» نامیده می‌شوند (میکنن، فصل ۳؛ استکر<sup>۱</sup>، ص ۳۲)، کاملاً جنبه‌ی زبان شناختی دارد و برگرفته از مشترکات قراردادی زبان‌اند. شاید به همین مناسبت؛ و یا به این جهت که مؤلف معمولاً در صدد است تا این قصد را با نشانه‌های زبانی بیان نماید بتوان، آن را «قصد زبان شناختی» نیز نامید (برای نمونه ببینید نظریه‌ی هرش در مورد قصد را در: هوی، ص ۱۰۱؛ احمدی، صص ۵۹۴ و ۵۹۲-۵۹۱).

در یک مفهوم دقیق، قصد روان شناختی را اساساً نمی‌توان قصد نامید؛ چرا که قصد، جهت‌گیری آگاهانه‌ی ذهن به سوی چیزی است؛ در حالی که این مفهوم در مورد «مجموعه‌ی تصورات آگاهانه و غیر آگاهانه‌ی شخص نسبت به یک چیز» صادق نیست. نظریه‌ی ای که در پی کشف چنین تصوراتی باشد، نوعی ذهن‌گرایی است با هدف مؤلف آشکاری و نه قصد‌گرایی با هدف مرادآشکاری؛ «با توجه به نظریه‌ی های دلالت، این نوع برداشت از معنا را می‌توان به این صورت بیان کرد: معنای هر واژه عبارت است از تصور ذهنی (یا تصورات ذهنی) مرتبط با آن واژه در ذهن سخن‌گویان» (فضیلت، صص ۸۳-۸۲). شاید با دقتی بیشتر، بتوان آن را نوعی مؤلف‌محوری نامید؛ به این معنا که مؤلف محوری را به دو قسم قصدی

1. Stecker, Robert.



گرایی و ذهنی‌گرایی تقسیم‌نماییم. بر این مبنا، مؤلف محوری اعم از قصدی‌گرایی خواهد بود.

## ۲-۲. قصد معنایی، قصد مقوله‌ای، و قصد انگیزشی

گاهی دو دسته از نیات مؤلفانه از یکدیگر متمایز می‌شوند: نیات معنایی<sup>۱</sup> و نیات مقوله‌ای<sup>۲</sup> (ببینید: لامارک، ص ۱۸۶؛ میکنن، فصل ۲). دسته دیگری را نیز باید بر آن افزود: نیات انگیزشی. نیات معنایی مربوط به معنای خاصی است که یک مؤلف، از میان معانی مختلف یک واژه یا عبارت، مد نظر داشته است؛ مثلاً مؤلف از عبارت «شیر در بادیه است» معنای «حیوانی به نام شیر در بیابان است» را منظور داشته نه «مایعی خوراکی به نام شیر در ظرف است». نیات مقوله‌ای مربوط به نوع و مقوله خاصی است که یک مؤلف، از میان انواع و مقوله‌های مختلف (و به تعبیری ژانرهای ادبی) مد نظر داشته است؛ مثلاً مؤلف، فلان کتاب خود را به طنز نوشته است نه جدی؛ متن داستانی نگاشته است نه علمی. نیات انگیزشی مربوط به انگیزه‌ای است که موجب تدوین اثر گشته است؛ مثلاً مؤلف، فلان کتاب خود را با انگیزه کسب شهرت یا کسب درآمد نگاشته است.

برخی معتقدند آن چه ولف<sup>۳</sup>، کلادنیوس<sup>۴</sup> و دیگر صاحب نظران عصر روشن فکری از «مقصود مؤلف» اراده می‌کردند، قصد مقوله‌ای بوده است؛ هرچند نیت معنایی را نیز انکار نمی‌کردند: اساساً، «ولف در خصوص معنای یک متن مفروض، مشکلی نداشت. به نظر او کلمات و جملات، اگر درست به کار برده شوند، همواره معنایی را که مؤلف، منظور داشته می‌رسانند» (ریخته‌گران، صص ۵۸-۵۷ و ۶۳-۶۲).

## ۲-۳. قصد واقعی و قصد فرضی

قصد واقعی<sup>۵</sup> چیزی است که مؤلف حقیقی، واقعاً قصد کرده است و در مقابل، قصد فرضی<sup>۶</sup> چیزی است که مخاطب آرمانی، آن را به عنوان قصد مؤلف، فهم و تلقی نماید. توضیح بیشتر این مطلب در بحث قصدی‌گرایی واقعی و فرضی می‌آید.

## ۲-۴. قصد درونی و قصد بیرونی

قصد درونی، همان نیت مؤلف است که به خوبی در متن تحقق یافته باشد به گونه‌ای که بتوان، شواهد و مدارک معتبری، از خود متن (یا متصل به متن)<sup>۷</sup> در تعیین آن ذکر کرد؛ برعکس قصد بیرونی، در متن

1. semantic intentions.

2. categorial intentions.

3. F.A.Wolf.

4. Chladenius, Johann Martin.

5. Actual intention

6. Hypothetical intention.

۷. مقصود از متصل به متن، همان چیزی است که در اصول فقه، قراین متصل نامیده می‌شوند؛ مثل شواهد لفظی درون متنی، فهم عرفی مخاطبان، و بافت و سیاق کلام. البته باید توجه داشت که مقصود، شواهد متصل به متن است نه متصل به همان عبارتی که قصد تفسیر آن را داریم؛ پس در این اصطلاح، عبارتی که در آخر یک متن، عبارت ابتدای متن را تفسیر می‌کند (شاهد لفظی درون متنی)، قرینه‌ی متصل

تحقق نیافته و شواهد خاصی از خود متن (یا متصل به متن) در تعیین آن وجود ندارد. قصد درونی، با شواهد متنی، تأیید و تعیین می گردد؛ و قصد بیرونی، ممکن است توسط شواهد فرامتنی، تأیید و تعیین گردد.

از طرفی لازم است بر اساس اصطلاحات اصول فقه، قصد بیرونی را به: قصد مخالف نص، و قصد مخالف ظاهر<sup>۱</sup>، تقسیم نماییم. قصد مخالف ظاهر، با یکی از احتمالات معنایی متن - هر چند احتمالی مرجوح و ضعیف - سازگار است، و از این رو به نوعی توسط خود متن پشتیبانی می شود؛<sup>۲</sup> اما قصد مخالف نص، با هیچ یک از احتمالات معنایی متن سازگار نیست، و از این رو توسط متن، پشتیبانی نمی گردد و نسبت دادن آن به متن، مستلزم نقض متن و تصرف در عبارات آن است. پس در حقیقت، قصد درونی، موافق با نص یا ظاهر اثر است؛ و قصد بیرونی، مخالف با نص یا ظاهر اثر.<sup>۳</sup>

## ۲-۵. قصد واقعی و قصد ظاهری

از برخی عبارات اصولی به دست می آید که گاهی هدف از فهم، کشف مراد واقعی است و از این رو، باید به ظهور فعلی و شخصی توجه کرد؛ در این موارد، تنها در صورتی می توان بر طبق ظاهر کلام، عمل کرد که برای شخص مفسر، اطمینان حاصل شود که ظاهر کلام، مقصود متکلم نیز بوده است. اما در فهم متون شرعی - که مقام، مقام احتجاج و التزام به کلام است - هدف از فهم، دست یابی به «حجت» است و از این رو ظهور نوعی، کفایت می کند؛ به عبارت دیگر، همین اندازه که عبارت، شأنیت و قابلیت افاده یک معنا را با احتمال بیشتری داشته باشد، و در نظر نوع افرادی که آشنا با آن لغت اند، چنین معنایی داشته باشد (و به تبع، همان معنا را مقصود صاحب عبارت بدانند)، کافی است و لزومی ندارد تا شخص مفسر به این مطلب که ظاهر عبارت، مقصود صاحب عبارت نیز بوده، اطمینان یا حتی گمان پیدا کند (ببینید: کاظمی خراسانی، ج ۱-۲، صص ۵۴۷-۵۴۶؛ خوئی، ج ۲ ص ۹۴؛ منتظری، ص ۴۶۹؛ و نیز ببینید، توجیه شهید صدر، ج ۲ ص ۱۷۱).

باید توجه داشت که سخن فوق، منافاتی با قصدی گرایی ندارد؛ بلکه نهایتاً قصدی گرایی را به دو دسته تقسیم می کند. این افراد نیز قصدی گرایی؛ زیرا اولاً همان گونه که خواهد آمد، تمامی اصولیان شیعه، قصدی گرایی و در جای جای تألیفات خود، با تصریح یا اشاره بیان کرده اند که هدف از فهم متون

به متن محسوب می شود؛ هر چند نسبت به خود آن عبارت، منفصل است. در حقیقت، این عبارت مفسر، نیتی را تبیین و تعیین می کند که نسبت به متن، درونی است.

۱. «نص» عبارتی است که در آن مقصود صاحب عبارت، کاملاً واضح بوده و در مورد آن تنها یک احتمال وجود دارد؛ در مقابل آن اصطلاح «ظاهر» است؛ یعنی عبارتی که در مورد مقصود گوینده از آن، چند احتمال وجود داشته اما یک احتمال آن، بر اساس قواعد زبانی و محاوره ای، قوی تر، و آشکارتر باشد. برای توضیح بیشتر، ببینید: مشکینی، ۱۳۷۱، ص ۲۳۲.

۲. ببینید: قصدی گرایی واقعی معتدل، در همین مقاله.

۳. تأکید می شود که در این موارد، مقصود از اثر، تمامی آن به عنوان یک پیکر واحد است و نه یک عبارت خاص در یک قسمت از متن.

شرعی دست‌یابی به قصد صاحب‌متن است و ثانیاً توجه به ظهورات کلام، اهمیت استقلالی نداشته و به جهت کاشفیت نوعی آن از قصد، اهمیت دارد.

از آنجا که متون قانونی و شرعی باید دارای ویژگی ضابطه‌مندی و مسدود کردن راه‌های قانون‌گریزی باشند، نمی‌توان حجیت این متون را مشروط به ظهور شخصی نمود؛ زیرا چنین چیزی، امر حجیت را کاملاً شخصی کرده و بهترین راه فرار از قانون خواهد بود. پس مصلحت قانون‌مندی و ضابطه‌مندی قوانین، در گروه اعتبار بخشیدن به ظهور نوعی است نه ظهور شخصی (برای مطالعه بیشتر ببینید؛ روحانی، ج ۳، ص ۱۰۴؛ ایروانی، ج ۲ ص ۵۲).

بر این اساس که قصدی‌گرایی را به دو قسم تقسیم کردیم، می‌توان یک هدف را کشف قصد واقعی و دیگری را کشف قصد ظاهری نامید. در حقیقت، قصد ظاهری، همان قصد واقعی است اما از نگاه عرف و اهل محاوره، و نه از نگاه خود شخص. با این توضیح حتی می‌توان گفت هر دو دسته، به دنبال قصد واقعی‌اند؛ ولی در یکی، کشف قصد واقعی از دید خود شخص؛ و در دیگری، کشف قصد واقعی از دید عرف؛ یعنی قصدی که احتجاج به آن صحیح است. همچنین می‌توان این تقسیم را مشابه با قصد واقعی و فرضی در غرب دانست.

## ۲-۶. قصد استعمالی و قصد جدی

در علم اصول فقه، قصد و اراده در مقام تکلم و مخاطب، به دو نوع ترسیم گشته است: قصد و اراده استعمالی، و قصد و اراده جدی. قصد استعمالی به این معناست که متکلم، قصد به کار بردن لفظ در معنای خودش را داشته باشد. قصد جدی به این معناست که متکلم، معنای لفظی را که استعمال کرده، قصد و اراده نموده است (مشکینی، ص ۳۰؛ و نیز ببینید؛ خوئی، ج ۱ ص ۳۲). گاهی قصد استعمالی را قصد تفهیمی، و قصد جدی را قصد واقعی می‌نامند (حکیم، ج ۴، صص ۲۱۲-۲۰۸). کسی که در خواب یا به اشتباه، الفاظی را به زبان می‌آورد، قصد استعمال آن الفاظ را نداشته است (عدم قصد استعمالی) و کسی که به شوخی آن الفاظ را به زبان می‌آورد، قصد استعمال آن الفاظ را داشته اما جدیت در آن نداشته است (قصد استعمالی بدون قصد جدی) (برای مطالعه بیشتر ببینید؛ سبحانی، ج ۱، ص ۱۸۹؛ سبحانی، ج ۱ ص ۱۹۷، انصاری، ج ۲، ص ۴۵۸).

## ۳) اقسام قصدی‌گرایی

برای نظریه قصدی‌گرایی تقسیماتی مطرح شده که به توضیح آن‌ها می‌پردازیم.

### ۳-۱. قصدی گرای معنایی و قصدی گرای تفسیری

همان گونه که در توضیح قصدی گرای اشاره نمودیم، قصدی گرای دارای دو شکل و یا دو تفسیر است که یکی مربوط به نظریه ی معنا و دیگری مربوط به نظریه ی تفسیری و هدف فهم است. تمایز نهادن میان این دو جنبه، از این رو اهمیت دارد که ممکن است کسی نظریه ی قصدی گرای را در یک سو بپذیرد و در دیگری نه. «ممکن است کسی هدف تفسیری را شناخت قصد (یا قصد اظهارشده)<sup>۱</sup> بداند بدون این که ادعا داشته باشد که قصد، معنای اثر را تشکیل داده است. به تناوب، ممکن است کسی معتقد باشد که معنای اثر، گرفتار و در بند قصد واقعی هنرمند است؛ بدون اعتقاد به این که یگانه هدف تفسیر، تعیین معنای اثر است. البته، اکثر قصدی گرایان، می توانند هر دو تفسیر را بپذیرند» (استکر، ۲۰۰۳، ص ۵۰). ما، شکل اول قصدی گرای را «قصدی گرای معنایی» و شکل دوم آن را «قصدی گرای تفسیری» می خوانیم.

### ۳-۲. قصدی گرای واقعی و قصدی گرای فرضی

قصدی گرای واقعی به دنبال فهم قصد واقعی، یعنی آن چه مؤلف حقیقی، واقعاً قصد کرده می گردد؛ اما قصدی گرای فرضی در پی کشف قصد فرضی، یعنی آن چه مخاطبان آرمانی به عنوان معنای مقصود می فهمند، است (استکر، ص ۴۱؛ لامارک، ص ۱۸۵). مخاطب آرمانی کسی است که کاملاً از «ساختار درونی اثر و زمینه احاطه کننده مرتبط با آفرینش اثر» مطلع باشد (لامارک، ۲۰۰۶، ص ۱۸۵). به عبارت دیگر، وظیفه ی منتقد این است که قصد مؤلف را از دیدگاه یکی از اعضای آرمانی مخاطبان موردنظر، فرض، طراحی، و پیش بینی<sup>۲</sup> کند (لامارک، ص ۱۸۵؛ و نیز ببینید؛ نوئل، ص ۷۵؛ دیویس، ص ۲۲۳). در حقیقت، «معنای اثر، نه به عنوان چیزی که هنرمند حقیقی، واقعاً قصد کرده است؛ بلکه دقیقاً، به عنوان آنچه مخاطب - در پرتو مفروضات زمینه ای معین - بایسته یا شایسته است به عنوان معنای موردنظر (قصد شده) بفهمد، معین و تعریف می شود؛ این قصد را قصد فرضی و این نظریه را قصدی گرای فرضی بنامید» (استکر، ص ۴۱). «قصدی گرای فرضی مدعی است تفسیر درست از کارهای هنری، توسط بهترین پنداشت از نیت هنرمند محدود می شود». (نوئل، ص ۷۵) به عبارت دیگر، در قصدی گرای فرضی، «تفسیرها به عنوان آنهایی که با بیشترین احتمال، توسط یک مؤلف مفروض، قصد شده اند تصدیق می گردند» (دیویس، ص ۲۲۳).

یکی از طرفداران پس از تعریف قصدی گرای واقعی، «به عنوان این دیدگاه که تفسیر درست از یک اثر هنری، قصد هنرمند را که در اثر اظهار شده است تشخیص می دهد» بیان می دارد: «قصدی گرای

1. Or expressed intention

2. Hypothesize

واقعی، اغلب بد نمایش داده می‌شود. گاهی با نقادی زندگی نامه‌ای که آن را در بالا رد کردیم، اشتباه می‌شود. [در نقادی زندگی نامه‌ای... شخص، سعی می‌کند تا اندازه‌ای که امکان دارد، در مورد زندگی شاعر بداند و سپس سعی می‌کند - اگر چنین چیزی ممکن باشد - معنای شعر را از آنچه که در زندگی شاعر، در نزدیکی زمان نگارش اتفاق افتاده، دریابد. (استکر، ص ۳۰)] همچنین گاهی قصدی‌گرایی واقعی، به عنوان این نظریه شناخته می‌شود که تفسیر صحیح از اثر، تفسیر خود هنرمند از آن است؛ در حالی که [تفسیر هنرمند]، به طور آشکار از اظهار قصد، متمایز نگشته است. این شناخت، به طور مضاعف، گسیج‌کننده است. اولاً، اظهار قصد، به طور کلی، با تفسیر رفتار شخصی این نفر، یکسان نمی‌شود. عبارت: «من برای رفتن به بانک، قبل از این که بسته شود، برنامه ریزی کرده‌ام» یک اظهار (یا حداقل یک گزارش) از قصد است و نه یک تفسیر. اما عبارت «فکر می‌کنم به محض این که از خانه خارج شدم به بانک رفتم»، تفسیری از رفتار است و نه یک اظهار (یا گزارش) از قصد. نمی‌توان انکار کرد که موقعیت‌های مشخصی وجود دارد که تمایز گزاردن بین این دو دشوار است. ثانیاً، تفسیر هنرمند از اثر، و اظهار یا گزارش او از قصدش که نسبت به اثر، امری خارجی اند؛ هیچ‌یک به طور خودکار، تفسیر صحیح اثر را تشکیل نمی‌دهند. تفسیر هنرمند از اثرش، ممکن است از تفسیر دیگران، بهتر نباشد، و اغلب نیز بدتر است. اظهار قصد، ممکن است غلط، ناصادقانه باشد، یا اگر قبل از کامل شدن اثر منتشر شده باشد، می‌تواند پیش از آن که محقق گردد، کنار زده شود» (استکر، ص ۳۲).

به این نکته باید توجه داشت که قصدی‌گرایی فرضی یا واقعی (آن گونه که از برخی تعاریف بر می‌آید مستلزم این نیستند که معنای اثر را محدود به نیت مؤلف آن بدانیم؛ این تحدید و تعیین، نتیجه پذیرش مبنایی دیگر است که موجب قصدی‌گرایی انحصاری می‌شود که در بحث بعدی به آن می‌پردازیم).  
قصدی‌گرایی واقعی، خود به دو قسم معتدل و افراطی تقسیم می‌شود.

براساس قصدی‌گرایی واقعی معتدل<sup>۱</sup>، «تفسیر صحیح از یک اثر هنری، با قصد واقعی مؤلف، که خودش توسط اثر هنری پشتیبانی می‌شود سازگار است» (نوئل،<sup>۲</sup> ص ۷۵). قصدی‌گرایی واقعی معتدل، به دنبال «تصاویر رونوشت، از عقاید، نگرش‌ها، تجارب، احساسات، و افکار مؤلف نیست (میکنن، پی نوشت ۱۰). و «تنها آن نیاتی را مهم می‌داند که متن می‌تواند از آن‌ها حمایت کند. در قصدی‌گرایی واقعی معتدل، معنای یک اثر، توسط معنای متنی یا معنای توالی و پی‌رفت واژه<sup>۳</sup>، و بهترین اطلاعات،

1. Moderate actual intentionalism.

2. Noel Carroll.

3. word sequence meaning.

مشمول است بر شواهدی از قبیل زمینه تاریخی - هنری اثر، عقاید رایج مخاطبان معاصر، زندگی‌نامه عمومی مؤلف، اثر عمده او، و از این قبیل» (میکنن، فصل ۲).

از توضیحات بالا می‌توان فهمید که قصدی گرای واقعی معتدل، اولاً تنها در پی دستیابی به نیاتی است که از یک سو، نیات پدیدارشناختی باشند نه روان‌شناختی و از سوی دیگر، توسط خود متن پشتیبانی گردند. ثانیاً این نظریه، از شواهد فرامتنی (همچون زندگی‌نامه و آثار دیگر مؤلف، و عقاید رایج در زمان پیدایش متن) غفلت نمی‌کند. مورد حمایت متن بودن نیت، به علاوه جواز استفاده از شواهد فرامتنی در تعیین آن، نشان می‌دهد که مراد از پشتیبانی متن، این است که معنای مقصود، نباید مخالف نص متن باشد؛ بلکه دست کم، باید با یکی از احتمالات متن - هرچند احتمالی مرجوح و ضعیف - موافق باشد. پس در قصدی گرای معتدل، تنها آن نیاتی می‌توانند بر متن تحمیل شوند که یا موافق با ظاهر متن باشند و یا اگر چه مخالف با ظاهر متن اند، شواهد فرامتنی معتبری آن‌ها را تأیید کند. این دو دسته، نیاتی هستند که توسط متن، پشتیبانی می‌شوند. اما معنایی که مخالف با نص متن است، از آن جا که توسط متن، پشتیبانی نمی‌شود، نمی‌تواند به این بهانه که مقصود مؤلف بوده است بر متن تحمیل گردد.

با توجه به مطالب فوق، می‌توان، قصدی گرای واقعی افراطی<sup>۱</sup> را، به عنوان نظریه مقابل و بدیل آن، شناخت. در قصدی گرای افراطی، هدف از تفسیر، دست‌یابی به نیات مؤلف است، خواه این نیات توسط اثر، پشتیبانی شوند یا نشوند و اعم از این که نیات روان‌شناختی باشند یا پدیدارشناختی.

برای قصدی گرای فرضی نیز می‌توان انواع مختلفی را یافت (دو قسم: حدسی و افسانه‌ای<sup>۲</sup>؛ ببینید: اسپورهیز، ص ۸۱)؛ اما آن چه با ملاحظه بحث ما اهمیت می‌یابد این است که باید بین دو نوع از آن تمایز قایل شد. بیان شد که قصد فرضی، در حقیقت بهترین برداشت مخاطبان و به تعبیری برداشت عرفی، از قصد مؤلف است؛ اما این مخاطبان چه کسانی هستند و چه ویژگی‌هایی باید داشته باشند؟ و کدام عرف، مقصود است، یک دیدگاه می‌تواند این باشد که مفسر باید به فهم و برداشت مخاطبان اولیه و معاصر متن دست یابد؛ به این معنا که این متن، از نگاه مخاطبان اصلی و اولیه آن، چه معنایی می‌توانست داشته باشد و مقصود صاحب اثر، در نگاه آنان که به خاطر معاصر بودن با مؤلف، با واژگان و زمینه متن و شواهد و قراین پیوسته و ناپیوسته آن، کاملاً آشنا بوده اند، چه بوده است. در حقیقت در این دیدگاه، مفسر باید به تعبیر اصولی - به ظهور نوعی این کلام در عصر صدور آن، دست یابد. پس معنای اصلی متن در عرف زمان صدور، منظور است. اما دیدگاه دوم، می‌تواند این باشد که مفسر باید از موضع و افق معنایی عصر خودش، معنای مقصود مؤلف را کشف یا به تعبیری بازسازی نماید. در حقیقت، هدف فهم در این دیدگاه،

1. Extreme actual intentionalism.

2. Conjectural & Fictional.

رسیدن به توافق با مؤلف در شرایط کنونی است؛ به عبارت دیگر، مفسر در صدد است تا دریابد اگر مؤلف در شرایط کنونی، او را مخاطب قرار می‌داد، به او چه می‌گفت و از او چه می‌طلبید؛ یعنی نوعی فهم عصریِ قصدی گرا که آمیخته‌ای از مؤلف محوری و مفسر محوری است. شاید نظریهٔ قصدی گرایانی فرضی نظیر ویلیام.ای. تولهرس<sup>۱</sup> و جراللد لوینسون<sup>۲</sup>، که معنای ادبی را به «معنای اظهار» پیوند می‌دهند، و نه به معنای گوینده یا اظهار کننده، از همین قبیل باشد؛ زیرا از نظر ایشان، معنای اظهار عبارت است از: «آگاهانه‌ترین طرح و پیش‌بینی ما از معنای مورد نظر مؤلف، براساس موضع خودمان به عنوان مفسران مورد نظر» (لامارک، ص ۱۸۵-۱۸۶).

همچنین می‌توان توجه برخی از دانشمندان فقه و اصول به «نقش زمان و مکان در اجتهاد» را، البته بنا بر یکی از تفاسیر آن، بر همین مبنا توجیه و تأویل کرد (برای نمونه ببینید: مطهری، ج ۲؛ امام خمینی، ج ۲۱، صص ۹۸ و ۹۹؛ معرفت، ص ۵۸؛ مکارم شیرازی).

قسم اخیر را «قصدی گرای عصری»، و قسم قبلی را -که به معنای اصیل مورد نظر مؤلف می‌اندیشد- «قصدی گرای اصلی» می‌نامیم.

### ۳-۳. قصدی گرای انحصاری و قصدی گرای شمولی

به نظر نگارنده، علاوه بر اقسام فوق، باید تقسیم دیگری را نیز در مورد قصدی گرای مطرح کرد که شاید بتوان آن را قصدی گرای انحصاری و قصدی گرای شمولی نامید. قصدی گرای انحصاری در حیطة معنا (قصدی گرای معنایی انحصاری)، آن است که قصد صاحب اثر را تمام معنای اثر تلقی کرده، و معنای فراتر از نیت او را اساساً معنای اثر او ندانیم. قصدی گرای انحصاری در حیطة هدف تفسیری (قصدی گرای تفسیری انحصاری) آن است که تنها هدف معتبر در تفسیر را کشف قصد و نیت صاحب اثر تلقی کرده و سایر هدف‌ها را غیر مشروع و نامعتبر بدانیم.

قصدی گرای شمولی در حیطة معنای اثر (قصدی گرای معنایی شمولی) این است که معنای مقصود صاحب اثر را تنها یکی از معنای ممکن و معتبر اثر بدانیم و در عین حال، برای اثر، معنای معتبر دیگری نیز قایل باشیم. قصدی گرای شمولی در حیطة هدف تفسیر اثر (قصدی گرای تفسیری شمولی)، این است که کشف معنای مقصود صاحب اثر را به عنوان یکی از هدف‌های صحیح و ممکن تفسیر بر شمرده و در عین حال، به هدف‌های دیگری نیز غیر از آن باور داشته باشیم.

شاید بتوان گفت این تقسیم، مشابه با تفسیر موسّع و مضیق از قصدی گرای است: «تفسیر مضیق از نظریهٔ قصدی گرای، نظریهٔ ای.دی. هرش است که بردزلی به آن، برجسب «تز هویت» زده است، و مدعی

1. William E. Tolhurst.

2. Jerrold Levinson.

است که معنای یک اثر داستانی، معنایی است که مؤلف در حروف چینی آن، قصد کرده است؛ در حالی که تفسیر موسع، استدلال می‌کند که نیت مؤلف داستان، با معنای اثر مرتبط است، یا در برخی مفاهیم، آن را تعیین می‌کند... تفسیر موسع،... معتقد نیست که تفسیر صحیح از یک اثر داستانی، باید کاملاً با مؤلف واقعی تعیین گردد؛ بلکه بر این باور است که نیت مؤلف، در تفسیر، مهم اند.» (میکنن، فصل دوم).

#### ۴) نظریه قصدی گرای اصولیان شیعه

با مطالعه کتب اصولی، می‌توان به خوبی دریافت که دانشمندان اصولی، به اتفاق قصدی گرا هستند؛ مگر شیخ مفید که صرفاً در مورد کلام الهی، متن محور است. برای توضیح مطلب، دامنه بحث را قدری گسترده تر می‌کنیم. به طور کلی در نظریه تفسیری متفکران اسلامی، می‌توان سه هدف تفسیری متفاوت را شناسایی نمود که عبارتند از:

۱) شناخت مقصود صاحب اثر به طور مطلق (چه مدلول کلام باشد یا نباشد).

۲) شناخت مدلول کلام بطور مطلق (چه مقصود صاحب اثر باشد یا نباشد).

۳) شناخت مدلولی که مقصود صاحب اثر باشد.

دیدگاه اصولیان شیعه، مطابق با مورد سوم است.

ممکن است گفته شود در دیدگاه اصولی، مدلول بر مراد، تقدم دارد و شاهد در این مدعا، مباحث گسترده ای است که اصولیان در مورد وضع و موضوع له و مدلول هیأت‌ها (مثل صیغه و ساختار جملات امری) و برخی مواد (مثل واژه امر و نهی) مطرح می‌کنند (آن گونه که در مقاله: اصول الفقه الاسلامی والهرمنیوطیقا نوشته سید صدر الدین طاهری پنداشته شده است)؛ اما این مطلب صحیح نیست؛ زیرا بحث از امور یاد شده، صرفاً برای تشخیص ظهورات کلام است ولی این گونه نیست که ظهورات، به خودی خود ارزش داشته و حجت باشند؛ زیرا ظهورات با کمک اصول لفظیه حجیت می‌یابند و اصول لفظیه برای کشف و تعیین مقاصد به کار می‌روند (ببینید: انصاری، ج ۳ ص ۴۹۹؛ خراسانی، ص ۳۲۴؛ غروی اصفهانی، ج ۲ ص ۱۶۳). به تعبیر محقق و اصولی گران قدر، مرتضی انصاری، در فرائد الاصول، تمامی اماراتی که برای تشخیص معنای حقیقی الفاظ و ظواهر آن‌ها یا برای تشخیص مقصود و مراد متکلم (مثل اصل اطلاق) به کار می‌آیند، از قبیل «صغری و کبری برای تشخیص مرادند» (ببینید: انصاری، ج ۱، صص ۱۳۶-۱۳۵). در نهایت النهایه، آمده است: «حمل کلام بر ظاهرش، ... طریق و پل رسیدن به مراد جدی است» (ایروانی، ج ۱ ص ۲۷۹). از طرفی در نگاه اصولی، اگر معنایی در چارچوب دلالت‌های لفظی (اعم از مدلول مطابقی، تضمینی و التزامی) ننگجد مدلول کلام محسوب نمی‌گردد و به همین جهت رد می‌شود؛ پس از نگاه اصولی، معنای صحیح متن، معنایی است که اولاً در قالب‌های دلالتی بگنجد و ثانیاً مراد متکلم



باشد.

می‌توان نظریه تفسیری صوفیه و باطنیه در مورد قرآن را راجع به نظریه اول دانست؛ زیرا از نظر اکثر ایشان، اساساً معنای ظاهری الفاظ، مقصود نبوده و تفسیر به معنای ظاهری، غلط است. در این نظریه، پای‌بندی به چارچوب‌های محاوره‌ای و دلالت‌متن، لزومی ندارد. (ببینید: عمید زنجانی، ص ۳۲۲؛ زرقامی، ج ۲، ص ۶۷).

از میان اصولیان شیعه نیز، شاید بتوان شیخ مفید را (تنها در مورد کلام الهی)، معتقد به نظریه دوم دانست. مبنای این نظر ایشان، تفسیر خاصی است که از اراده الهی مطرح کرده‌اند. در نظریه کلامی شیخ مفید، اراده خداوند، فعل اوست، و افعال خدا، مسبوق به چیزی به نام اراده، قصد، عزم و نیت نیست و نمی‌تواند باشد؛ چرا که این امور مستلزم وجود قلب و ذهن برای خدا بوده، و موجب تحقق نقص و عیب در اویند. بر این مبنا، هنگامی که گفته می‌شود، مقصود از این کلام خداوند، این معناست و نه آن معنا، یا عموم است و نه خصوص، منظور این است که خداوند، کلامی آفریده که این معنا از آن فهمیده می‌شود نه آن معنا؛ نه این که خدا حقیقتاً این معنا را قصد کرده و نه آن معنا را (ببینید: شیخ مفید، صص ۱۱-۱۳). بررسی دقیق این نظریه، بحث کلامی مفصلی را می‌طلبد که از محدوده این مقاله، خارج است اما به طور خلاصه، به نظر می‌رسد، می‌توان برای مقصود و مراد خدای متعال، معنایی وسیع‌تر در سایه علم الهی به معانی واژگان یا اهداف تبعی او در نظر گرفت و از این رو، این نظریه کلامی، منجر به این نخواهد شد که در تفسیر کلام الهی، قصدی‌گرایی را صحیح ندانیم.

با توجه به مطالب بالا، می‌توان گفت اصولیان شیعه، به اتفاق قصدی‌گرا هستند (و حتی شیخ مفید نیز که در کلام غیر الهی همین نظر را دارد، اگر می‌توانست معضل تفسیر اراده الهی را حل نماید در تفسیر کلام الهی نیز قصدی‌گرا بود)؛ اما باید دید نظریه مشهور میان اصولیان، با کدام یک از اقسام قصدی‌گرایی سازگار است. در میان ایشان، شاید نتوان کسی را یافت که در جستجوی نیات روان‌شناختی شارع باشد؛ و اساساً به خاطر اعتقاد ایشان به علم بی‌نهایت شارع، شناخت چنین نیاتی از نظر آنها باید محال و ناممکن باشد.

قصدی‌گرایی اصولیان شیعه، معمولاً متمرکز بر قصد معنایی است؛ قصد انگیزشی مورد بحث قرار نمی‌گیرد مگر در خصوص قصد تقیه یا قصد اجمال (از نگاه اصولی، اگر متکلم در مقام اجمال بوده و تنها در صدد تشریح و بیان اصل حکم باشد، نمی‌توان کلام او را مطلق دانست و به لوازم این اطلاق، استناد جست. (ببینید: انصاری، ج ۴ ص ۵۰۵؛ فیاض، ج ۵، ص ۳۶۷) قصد مقوله‌ای نیز اگر چه مورد بررسی قرار نمی‌گیرد اما اگر بتوان در میان متون شرعی دسته اول نیز انواع و مقوله‌های مختلفی را در نظر گرفت، به

گونه ای که تشخیص این مقوله ها در معنای آن مؤثر باشد (مثلاً تمایز سوره، دعا، خطبه، داستان و... . ببینید: بستانی، صص ۳۱۰-۲۸۱) این بحث، شایسته بررسی است و باید در کانون بحث های اصولی قرار گیرد.

در مورد قصد واقعی و فرضی باید گفت اگر چه اصولیان در پی کشف مراد واقعی شارع هستند اما این قصد را از نگاه عرف و با قواعد عقلایی تعیین می کنند؛ و به تعبیری به دنبال ظهور عرفی و نوعی کلام می باشند و بیان شد که این مطلب، ریشه در همان ویژگی «احتجاجی» بودن کلام شارع دارد و در هر مورد دیگری نیز که این ویژگی وجود داشته باشد (مثل قوانین و مقررات)، همین مطلب صادق است. با این توضیحات، می توان گفت دیدگاه اصولی موافق با قصد ظاهری و قصد فرضی است؛ اما این قصد، ارزش ذاتی و اصلی ندارد، بلکه از این جهت مورد توجه است که نوعاً کاشف از قصد واقعی است. قصد جدی نیز، از «نظر مصداقی» (و نه مفهومی)، همان قصد واقعی بوده که هدف اصلی کاوش اصولیان است. قصد استعمالی، در حقیقت مقدمه ای برای وجود قصد جدی، و به تبع، راهی برای کشف آن است؛ اما در مواردی که بر اساس شواهد و مدارک معتبر، قصد جدی با قصد استعمالی مخالف باشد، قصد جدی مقدم می گردد (مثل تخصیص عام با مخصص منفصل).

کاوش اصولی، معمولاً متمرکز بر یافتن قصد درونی است اما از شواهد فرامتنی نیز غفلت نمی کند؛ قصد بیرونی اگر مخالف با ظاهر متن باشد، تنها در صورتی پذیرفته می شود که شاهدی خاص و قوی (اعم از متنی و فرامتنی) آن را تأیید کند؛ از آن جا که قصد مخالف ظاهر، با یکی از احتمالات معنایی متن - هر چند احتمال ضعیف تر - سازگار است، و به این اعتبار، توسط متن پشتیبانی می شود، می توان آن را در سایه شواهد و مدارک معتبر پذیرفت. در این صورت، متن از معنای ظاهری خود به سمت معنای غیرظاهر خود «بازگردانده» می شود. در اصول فقه، به چنین لفظی، «مأول» و به چنین حالتی، «تأویل» گفته می شود (ببینید: مشکینی، صص ۲۳۳). قصد بیرونی اگر مخالف نص باشد، پذیرفته نمی شود؛ از آن جا که قصد مخالف نص، با هیچ یک از احتمالات معنایی متن سازگار نبوده و توسط متن، پشتیبانی نمی شود، نسبت دادن آن به متن، مستلزم نقض متن و تصرف در عبارات آن بوده و از نگاه عرف صحیح نیست. از نگاه اصولی، چنین معنایی نمی تواند معتبر باشد.<sup>۱</sup>

اما بحث در مورد دیدگاه اصولیان شیعه به لحاظ قصدی گرایي انحصاری یا شمولی، باید با دقت بیشتری انجام گیرد. اگر معیار قصدی گرایي شمولی، اعتقاد به «معانی فراتر از نیت صاحب اثر» برای اثر باشد، اصولیان شیعه را باید - فی الجمله - در زمره شمول گرایان به حساب آورد. از دیدگاه اصولی، هر

۱. مگر این که اظهار دوم در سایه قواعد باب تعارض، بر عبارت متن، ترجیح یابد؛ که در این صورت، اصل عبارت اول، به عنوان امری جعلی و غیرواقعی، کنار زده می شود و اظهار دوم به عنوان نسخه اصیل و صحیح، جایگزین آن می گردد.

عبارت می‌تواند دلالت بر اموری داشته باشد که مقصود گوینده آن نیست. این امور، در حقیقت لوازم معانی مقصود اویند. این نحوه از دلالت در اصول فقه، «دلالت اشاره» نامیده می‌شود؛ مثل دلالت آیه ی «وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا»<sup>۱</sup> به ضمیمه آیه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ»<sup>۲</sup> بر اینکه کم‌ترین مدت حمل، شش ماه است. و یا دلالت آیه نزول قرآن در ماه رمضان، به ضمیمه آیه نزول آن در شب قدر، بر این که شب قدر در ماه مبارک رمضان است.

اما این که گفتیم اصولیان شیعه را فی الجمله باید قصدی گرای شمولی محسوب کرد، به این جهت است که برای اثبات شمول‌گرایی، پذیرش معنای صحیحی که فراتر از نیت صاحب سخن باشد، حتی در یک مورد، نیز کافی است؛ و اصولیان این گونه اند؛ اما باید توجه داشت که این مطلب، به این معنا نیست که هر آنچه سایر شمول‌گرایان (یا قصدی‌ستیزان) به عنوان معانی متن می‌شمارند، از نظر اصولیان نیز صحیح باشد. این معانی باید به طور خاص مورد بررسی قرار گیرند و با دیدگاه اصولیان مطابقت داده شوند؛ اما به طور کلی می‌توان گفت، از نگاه دانشمندان اصولی-که مدار استنباط‌های لفظی را فهم عرفی و ظهور نوعی می‌دانند- تنها آن دسته‌ای از معانی را می‌توان مدلول سخن دانست که عرف، این دلالت را بپذیرد. ظاهراً دلالت کلام بر آن چه گاهی «سایه‌های معنایی سخن» نامیده شده (ببیند: هادوی تهرانی، صص ۱۱۱-۱۰۸) نیز در همین چارچوب است. برای نمونه، شخصی را تصور نمایید که از روی حسادت یا عصبانیت، کلامی بر زبان می‌آورد، در حالی که خود، متوجه آن حالت خویش نیست و یا با وجود توجه، در صدد کتمان آن است، اما کلام او به گونه‌ای است که می‌توان از آن، به خوبی حالت حسادت یا عصبانیت او را فهمید. این معانی فهمیده شده، اگر چه مقصود او نبوده اند، اما در شمار سایه‌های معنایی سخن او و مدلول کلام اویند. در چنین مواردی که عرف، این دلالت را می‌پذیرد، این معانی در شمار معانی صحیح کلام، محسوب می‌شوند.

## ۵) جمع بندی و نتیجه گیری

با مقایسه دو دیدگاه قصدی‌گرایی غربی و قصدی‌گرایی اصولی، می‌توان شباهت‌ها و تفاوت‌های دو دیدگاه را مشخص نمود. برخی از قصدی‌گرایان غربی، به دنبال نیات واقعی، و دسته‌ای به دنبال نیات فرضی و ظاهری مؤلفان اند؛ اما اصولیان شیعه، بین دو دسته از متون، تمایز قایل شده اند: متون احتجاجی، که با هدف کشف نیات ظاهری و فرضی متناسبند؛ و متون غیر احتجاجی که با هدف کشف نیات واقعی، متناسب دارند. اصولیان برای کشف نیات ظاهری و فرضی، اصول منظمی را تنظیم کرده اند که به عنوان

۱. احقاف: ۱۴ (دوران حمل و از شیر گرفتن او، سی ماه است)  
 ۲. بقره: ۲۳۲ (و مادران فرزندان‌شان را دو سال کامل، شیر می‌دهند)

شواهدی عمومی بر نیات مؤلفان، به کمک فهم، می آیند (اصول لفظی و عقلایی)؛ در قصدی گرایبی غربی به این اصول، کمتر توجه شده است. در اصول فقه، معمولاً تکیه بر قصدی گرایبی اصلی است؛ اما اخیراً برخی دانشمندان شیعه بر اهمیت معنای عصری و نقش زمان و مکان در اجتهاد تکیه کرده اند. این مسأله نیز باید در کانون بحث های اصولی قرار گیرد تا ضوابط و معیارهای آن مشخص گردد.

اصولیان شیعه، به تمامی نیات معنایی زبان شناختی، اعم از این که نسبت به متن درونی باشند یا بیرونی - مادام که در تناقض با متن و مخالف نص آن نباشند - توجه می کنند. در نظریه قصدی گرایبی اصولیان شیعه، اساساً نیات روان شناختی، جایگاهی ندارند و حتی به اعمال قواعد روان شناسی برای روان کاوی مؤلف و دست یابی به درون ذهن او، اهمیتی داده نشده است.

در قصدی گرایبی غربی، به نیات مقوله ای، توجه بیشتری شده است و شایسته است، مورد توجه قصدی گرایبی اصولی نیز واقع گردد.

دیدگاه اصولیان شیعه، از آن جا که موافق با وجود «معانی صحیح فراتر از نیت صاحب اثر» برای اثر است، نوعی قصدی گرایبی شمولی است؛ اما در این دیدگاه - که مدار استنباط های لفظی را فهم عرفی و ظهور نوعی می داند - تنها آن دسته ای از معانی را می توان مدلول سخن دانست که عرف، این دلالت را بپذیرد.

## منابع

- احمدی، بابک، ساختار و تأویل متن، چاپ دهم، نشر مرکز، تهران، ۱۳۸۸.
- انصاری، محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، چاپ اول، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵.
- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، ۴ جلد، تحقیق لجنة تحقیق تراث الشيخ الاعظم، ناشر مجمع الفكر الاسلامی، قم، چاپ خانه باقری قم چاپ اول ۱۴۱۹ق.
- ایروانی غروی، علی، نهاییة النهاية، دو جلد، بی تا، (نسخه سی دی کتابخانه اهل البيت عليهم السلام).
- بستانی، محمود، القواعد البلاغية في ضوء المنهج الاسلامي، مشهد، چاپ اول، مجمع البحوث الاسلامیة، چاپ آستان قدس رضوی، ۱۴۱۴ق.
- حکیم، سید عبد الصاحب، منتقى الأصول، تقریرات بحث آیت الله سید محمد حسینی روحانی، ۷ جلد، چاپ الهادی، چاپ دوم ۱۴۱۶ق.
- خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، چاپ اول، تحقیق ونشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، قم، ۱۴۰۹ق.
- خینی موسوی، امام، سید روح الله، صحیفة نور، انتشارات سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، تهران، ۱۳۶۹.

خوئی، سید ابوالقاسم، *اجود التقریرات*، تقریرات میرزایی نائینی، ۲ جلد، ناشر مؤسسه مطبوعاتی دینی حکم، چاپخانه اهل بیت (ع) چاپ دوم ۱۴۱۰ق.

روحانی حسینی، سید محمد صادق، *زبدة الاصول*، ۴ جلد، ناشر مدرسه الامام الصادق (ع)، چاپخانه قدس، چاپ اول ۱۴۱۲ق.

زرقامی، محمد عبدالعظیم، *مناهل العرفان*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۲۳ق.

سبحانی، جعفر، *الموجز فی اصول الفقه*، نشر موسسه الامام الصادق علیه السلام، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۰ق.

سبحانی، جعفر، *الوسیط فی اصول الفقه*، نشر موسسه الامام الصادق علیه السلام، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۹ق.

شیخ مفید، ابی عبد الله محمد بن النعمان العکبری البغدادی، *مسأله فی الارادة*، چاپ دوم، نشر دارالمفید، بیروت، ۱۴۱۴ق.

صدر، سید محمدباقر، *دروس فی علم الاصول (حلقات)*، دارالکتاب اللبنانیة مکتبه المدرسه، چاپ دوم: ۱۴۰۶ق.

طاهری، سید صدر الدین، «اصول الفقه الاسلامی والهرمنیوطیقا»، در:

<http://www.islamicfeqh.com/al-menhaj/Almen24/> almin201.htm

عمید زنجانی، عباسعلی، *مبانی و روشهای تفسیر قرآن*، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵.

فضیلت، محمود، *معنا شناسی و معانی در زبان و ادبیات*، چاپ اول، انتشارات دانشگاه رازی، چاپ و نشر انتشارات طاق بستان، کرمانشاه ۱۳۸۵.

فیاض، محمد اسحاق، *محاضرات فی اصول الفقه*، تقریرات درس آیت الله سید ابوالقاسم خوئی، ۵ جلد، ناشر دارالهادی للمطبوعات، قم، چاپخانه صدر، چاپ سوم ۱۴۱۰ق.

غروی اصفهانی، محمد حسین، *نهایة الدراية فی شرح الکفایة*، تحقیق و تعلیق مهدی احدی امیر کلائی، ۳ جلد، چاپ اول، انتشارات سید الشهداء، قم، ۱۳۷۴.

کاظمی خراسانی، محمد علی، *فوائد الاصول*، تقریرات بحث آیت الله میرزا محمد حسین غروی نائینی (۱۳۵۵) باتعلیق: آیه الله الشیخ آقا ضیاء الدین العراقی، با تحقیق: رحمت الله رحمتی اراکی، ۴ جلد، ناشر: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول: ۱۴۰۹ق.

مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابیائها*، الهادی، قم، چاپ چهارم: ۱۴۱۳ق.

مطهری، مرتضی، *اسلام و مقتضیات زمان*، دو جلد، چاپ اول، تهران، صدرا، ۱۳۷۰.

معرفت، محمد هادی، *اقتراح (مصاحبه)*، *مجلة نقد و نظر*، شماره ۱، زمستان ۱۳۷۳.

مکارم شیرازی، ناصر، *اقتراح (مصاحبه)*، *مجلة نقد و نظر*، شماره ۵، زمستان ۱۳۷۴.

منتظری نجف آبادی، حسین علی، *نهایة الاصول*، تقریر بحث آیت الله حسین طباطبائی بروجردی، ۲ جلد، چاپ قدس، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ق.

هادوی تهرانی، مهدی، *مبانی کلام اجتهاد در برداشت از قرآن کریم*، چاپ دوم، قم، مؤسسه خانه خرد، ۱۳۸۱.  
 هوی، دیوید کوزنز، *حلقه انتقادی: ادبیات، تاریخ و هرمنوتیک فلسفی*، ترجمه مراد فرهاد پور، چاپ سوم، نشر روشنگران و مطالعات زنان، تهران، ۱۳۸۵.

Allen, Graham, *Intertextuality, New Critical Idiom*, Taylor & Francis Routledge, London & New York, 2000.

Davies, Stephen, Authors "Intentions, Literary Interpretation, and Literary" Value, In: *The British Journal of Aesthetics* 2006 46(3):223-247.

Lamarque, Peter, "The intentional fallacy", in Waugh, Patricia, *Litirary Theory and Criticism: an Oxford guide*, Oxford Univresity Press Inc., New York, 2006.

Mantzavinos, Chrysostomos, *Naturalistic Hermeneutics*, Translated from German by Darrell Arnold, cambridge university press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2005.

Mikkonen, Jukka, Intentions and Interpretations: Philosophical Fiction as Conversation, Published, January 27, 2009, [www.contempaesthetics.org/newvolume/pages/article.php?articleID=526](http://www.contempaesthetics.org/newvolume/pages/article.php?articleID=526)

Noël, Carroll, "Interpretation and Intention: The Debate between Hypothetical and Actual Intentionalism", In *Journal: Metaphilosophy*, Volume 31 Issue 1&2, 2000, Pages 75 – 95 (Published Online: 24 Jan 2003)

Spoerhase, Carlos, Hypothetischer Intentionalismus, Rekonstruktion und Kritik, *Citation Information. Journal of Literary Theory*. Volume 1, Issue 1, Pages 81–110, August, 2007.

Stecker, Robert, *Interpretation and Construction Art, Speech, and the Law*, Blackwell, The united kingdom, 2003.

Wolterstorff, Nicholas, Resuscitating the Author, in Kevin J. Vanhoozer, James K. A. Smith, and Bruce Ellis Benson (Ed.), *Hermeneutics at the Crossroads*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, USA 2006.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۸۵-۱۰۴

## بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان\*

دکتر محمدتقی فخلعی<sup>۱</sup>

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlaei@ferdowsi.um.ac.ir

مجتبی ولی‌اللهی

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

### چکیده

در دیدگاه کلاسیک اصولی، رکن اصلی حجیت سیره عقلا، برخورداری از امضای معصوم است. بدین مناسبت کثیری از اصولیان موضوع معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان را مطرح کرده اند. در این پژوهش پس از تبیین دیدگاه‌های سه گانه اصولیان دایر بر لزوم امضا، احراز عدم ردع، و کفایت عدم ثبوت ردع با ارائه راه حل‌های شش گانه کوشش شده است با تردید افکنی در شرط لزوم معاصرت سیره راهی به سوی تعمیم حجیت سیره عقلا به سیره های حادث در ادوار پس از معصومان گشوده و گامی به سوی حل معضل سیره های نوپیدا و بسط کارایی سیره در استنباط فقهی بر اساس نیازهای معاصر به پیش نهاده شود.

**کلید واژه ها:** سیره عقلا، امضا، عدم ردع، سیره نو پیدا، ارتکاز عقلایی.

---

\* تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۰۶/۱۵؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۰۸/۲۵.

<sup>۱</sup>. نویسنده مسؤل

## طرح مسأله

نگاه رایج دانشیان فقه و اصول به سیره عقلا به عنوان دلیل و مدرکی غیر مستقل و کاشف از سنت دوخته شده است. کمتر می توان سراغ گرفت کسی را که برای سیره موضوعیت قائل شده و استقلال آن را در کنار سایر مدارک فقه به رسمیت شناخته باشد. از این رو در متون فقهی و اصولی معاصر هر گاه بحث از سیره به میان آمده، باحث کوشیده است برای تحکیم جایگاه سیره، امضا و تأیید شارع را نسبت به آن به دست آورد. در نگاه وی همه اعتبار و وجاهت سیره وابسته به این است که بتوان موضع مؤید و موافق شارع را نسبت به آن به دست آورد. در غیر این صورت هر گونه سیره‌ای از آن رو که سلوک بشری است، در عرصه قانونگذاری دینی فاقد اعتبار است و مهر بطلان بر آن نهاده می شود. در این نگاه دلیل و حجت حقیقی چیزی جز امضا و تقریر معصوم نیست (هاشمی شاهرودی، ۲۳۶/۴). و سیره در مقام کشف واقع حجت قطعی محسوب نمی شود (حکیم، ۱۹۸). یکی از نویسندگان اصولی، طرق وصول به سنت را به دو دسته طرق قطعی و غیر قطعی تقسیم کرده و از سیره و بنای عقلا در کنار خبر متواتر و خبر محفوف به قرائن قطعی به عنوان یکی از طرق قطعی وصول به سنت یاد کرده است (همان، ۱۹۷). در نگاه این نویسنده، ضمن این که کارکرد غیر استقلالی سیره به وضوح فهمیده می شود، سیره فقط در صورتی کاشف قطعی از سنت است که رضا و تأیید شارع از آن به طور قطعی به اثبات برسد. گرچه بهتر بود، به جای کاشفیت از سنت، کاشفیت از دلیل معتبر شرعی را به کار می برد، زیرا چه بسا عموم یا خصوص آیه ای از قرآن کریم در مقام تأیید سیره به کار آید.

از نگاه فلسفه فقه دلایل وابستگی سیره عقلا از چند چیز بیرون نیست:

نخست: با عنایت به اصل بنیادین اندیشه توحیدی که حق حاکمیت مطلق در عرصه تشریح از آن خداوند است، پذیرش راهکارهای بشری در امر قانونگذاری به مفهوم نهادن انسان در جایگاه خداوند و موجب شرک تشریحی است.

دوم: اندیشه شمول و جامعیت شریعت اقتضا می کند که برای هر واقعه ای حکمی الهی وجود داشته باشد و راه حل های بشری در امر قانونگذاری موجب تزلزل این اندیشه است. حکم نمودن به لزوم امضای سیره در راستای تثبیت اندیشه شمول و جامعیت شریعت و به رسمیت شناختن حق مطلق نظارت و دخالت شارع در همه زمینه های قانونگذاری است.

سوم: سلوک عقلایی، کوششی خردگرایانه با دستاورد ظنی است. بدین رو حجیت آن عرضی و غیر استقلالی و نیازمند تأیید و حمایت شارع است.<sup>۱</sup>

۱. یکی از اصولیان سیره عقلا را کاشف از حکم غیر منجز عقلی می داند که عدم ردع شارع در آن لازم است. چرا که این گونه احکام عقلی قابلیت تصرف از سوی شارع را دارد (آشتیانی، ۱۷۱/۱).



با عنایت به این نکته ها است که اصولیان پیوسته از ضرورت امضا یا عدم ردع شرعی سیره سخن به میان آورده اند و از آنجا که مطابق باور مشهور، احراز این مسأله در گرو معاصرت سیره با عصر تشریح و دوران حضور معصوم است، همواره از شرط جریان سیره در مرأی و مسمع معصوم سخن گفته‌اند. به گفته شهید صدر دو رکن عمده حجیت سیره عبارت است از اثبات معاصرت آن با عصر معصوم، تا بتوان موضع اثباتی یا نفیی او را در برابر سیره به دست آورد و جستجو از موضع گیری موافق معصوم، که کمترین آن سکوت در برابر سیره است (هاشمی شاهرودی، ۲۳۶/۴ و ۷). راز اصرار ورزیدن فقها به سیره های عقلایی قدیم و بی توجهی به مرتکبات عقلایی جدید همین است که سیره عقلا به خودی خود، در اثبات حکم شرعی نافع نیست، بلکه به عنوان کشف از موضع گیری شارع ارزشمند است (همان).

بی تردید این نگاه محدود و مقید نخواهد توانست به سیره جایگاه و مکانت رفیع و کارایی گسترده ببخشد، از طرفی بیشترین نیازمندی فقه معاصر به مدارکی چون عرف و سیره عقلا برای حلّ معضلات قانونگذاری در عرصه وقایع نوپیدا است. اشکال مشترک این وقایع نداشتن دیرینه ای است که تا عصر معصوم امتداد یافته باشد. پرسش اساسی این است که در برخورد با این قبیل سیره ها چه چاره ای می توان جست؟ پاسخ اجمالی آن است که سه راه حل وجود دارد:

نخست این که بر شرط معاصرت اصرار ورزید و تنها راه احراز امضای شارع را همزمانی سیره با عصر معصومان دانست و در نتیجه حکم به بطلان همه سیره های نوپیدا نمود و کارایی سیره در امر قانونگذاری های نوین را انکار کرد.

دوم این که استقلال سیره را به رسمیت شناخت و برای آن کفایت ذاتی قائل شد و از وابستگی به هر دلیل و مدرک شرعی دیگر رها کنید. در این صورت نه تنها معاصرت سیره با عصر معصوم بلکه حتی تحصیل امضا یا عدم ردع شرعی به طریق دیگر نیز معتبر نیست.

سوم این که بر شرطیت امضا یا عدم ردع تحفظ ورزید، لیکن با توجیهاتی کوشید آن را برای سیره های نوپیدا به اثبات رساند و به این طریق حجیت سیره عقلا را به سیره های نوپیدا نیز تعمیم داد. از آنجا که مقصد اصلی این پژوهش حل معضل سیره های نوپیدا و تقویت کارکردهای سیره در نظام سازی های حقوقی و قانونگذاری های نوین است، کوشش اصلی مصروف واریسی شرط معاصرت سیره با عصر تشریح و اتصال آن به دوران حضور معصوم می شود، نه چیز دیگر، چرا که احیای نقش سیره در حوادث نوپیدا صرفاً در گرو نفی شرطیت امضا یا عدم ردع نیست، بلکه در گرو نفی لزوم معاصرت است. چه بسا بتوان راه حل هایی را بر شمرد که ضمن تحفظ ورزیدن بر شرط امضا، این مسأله را برای سیره های دوره های بعد، بدون لزوم پیوستگی به زمان معصوم به اثبات رسانید.

### بررسی دیدگاه‌های اصولیان در باب چگونگی تحصیل امضا

چنانچه در طرح مسأله گذشت، دیدگاه رایج اصولیان امامیه بر نیازمندی سیره عقلا به امضای شارع استوار شده است. این دیدگاه خود سه شاخه فرعی یافته است. جمعی از اصولیان از لزوم امضا صحبت به میان آورده و عدم ردع را در تحقق آن کافی نیافته اند. گروه دیگر بر آن شده‌اند که امضای شارع را می‌توان به طریق اثبات عدم ردع به دست آورد. گروه سوم، عدم ثبوت ردع را کافی یافته و ثبوت عدم ردع را نیز لازم ندانسته اند. شرح و تفصیل این سه دیدگاه در پی می‌آید:

دیدگاه نخست: مطابق با این دیدگاه حجیت سیره، منوط به علم یافتن به رضایت و امضای شارع است. به گونه ای که عدم علم به آن در نفی حجیت سیره کفایت می‌کند (حائری یزدی، ۳۹۵/۲). همچنین امضای شارع را به طریق عدم ردع نیز نمی‌توان اثبات کرد (اراکی، مقالات الاصول، ۱۱۰/۲). چرا که احتمال مخالفت شارع با عقلا در بی اعتباری سیره کفایت می‌کند و نیازی نیست که از سوی شارع ردع و منعی واصل شود (همان، ۴۷۷/۲). این دیدگاه مولود اندیشه‌ای است که دخالت فعال شارع را در کلیه زمینه‌های حیات لازم یافته و برآن شده که در هر پدیده‌ای موضع‌گیری شارع به طور خاص یا عام ضروری است. نقد و تحلیل آن به مجالی دیگر سپرده می‌شود. به هر حال این دیدگاه کمتر مورد استقبال اصولیان واقع شده است و آن را ضعیف و غیر قابل اعتنا یافته اند (خویی، ۱۱۵/۲).

دیدگاه دوم: در این دیدگاه امضای شارع با عدم ردع او نیز به دست می‌آید. لیکن احراز عدم ردع ضروری است. شهید صدر در تقسیم بندی خود از سیره‌های عقلایی از سیره ای یاد کرده است که برای کبرای حکم شرعی اعم از حکم فقهی یا حکم ظاهری اصولی مورد استدلال واقع می‌شود. مانند سیره عقلا بر سبب بودن حیازت مباحات در حصول ملکیت، و سیره دیگر در حجیت ظواهر یا خبر ثقه. وی کشف از موضع شریعت ولو به طریق عدم ردع را در این گونه سیره‌ها ضروری یافته و به دو طریقه عقلی و استظهاری استدلال کرده است.

گزیده سخن در طریقه عقلی این است که هر گونه کوتاهی معصوم در ادای رسالت و تبلیغ شریعت امری محال و ناقض غرض است. چرا که او به اعتبار این که حجت الهی بر بندگان است، مسؤول است مخالفت خود را با رفتارهای عمومی غلط مردم آشکار و در برابر سیره‌های خطرآفرین نسبت به اغراض شارع موضع‌گیری کند. به طور مثال سیره عقلا در رجوع به کارشناس در جمیع علوم و فنون اقتضا می‌کند که برای آگاهی یافتن از تعالیم دین و احکام شریعت به فقها رجوع شود. اگر چنین سیره ای مغایر اغراض شارع بود، می‌بایست در برابر آن واکنش نشان می‌داد (هاشمی شاهرودی، ۲۴۳/۴).

در طریقه استظهاری، سخن این است که سکوت معصوم در برابر رفتار فراگیر عقلایی که پیش روی او واقع می‌شود، به ظهور حالی دلیل بر موافقت و پذیرش او است. نظیر دلالت سکوت تقریرآمیز معصوم در برابر عملی که در برابر او انجام شود و چنانچه گفته شده، سکوت در مقام بیان مقاصد، گاه از سخن گفتن بلیغ‌تر است. به گفته شهید صدر این ظهور حالی هر گاه به مرتبه یقین برسد بی‌گمان حجت است و گرنه حجیت آن در گرو حجیت ظهور حالی است (همان ۲۴۴/۴).

به باور شهید صدر عدم وصول ردع ثبوتاً کاشف از عدم ردع است. توضیح آن که گر چه ردع و منع شارع از سلوک شخصی و انفرادی ممکن است به ما نرسد، ولی ردع و جلوگیری از یک سلوک نوعی و رفتار جمعی در حالات و مواقع گوناگون تکرار می‌یابد، تا این که سرانجام اثر لازم را در ریشه‌کن کردن این رفتار فاسد به بار آورد و چه بسا در بدو امر نگاه متشرعه به آن جلب شود و در مقام پرسش برآیند و لاجرم این مسأله در روایات و آثار منقول بازتاب یابد. در چنین وضعیتی طبق حساب احتمالات بسیار بعید است که این ردع باز هم بر ما پنهان بماند (همان).

از این گفته‌ها برمی‌آید که گرچه این محقق اصولی، ثبوت عدم ردع را لازم دانسته، لیکن با تحلیل درست خود عدم وصول ردع را با ثبوت عدم ردع متلازم یافته است. در توضیح افزون‌تر این دیدگاه از باب مثال گوئیم: مسأله قیاس به اشباه و نظایر، سیره‌ای رایج در شوون مختلف زندگی است و چون برخی خواستند آن را در امور شرعی نیز جریان دهند با واکنش منفی شارع اسلام روبرو شدند. به طوری که برای ریشه‌کن کردن این روش انحرافی مخالفت خود را در مناسبت‌های گوناگون آشکار کرد و این مخالفت با نقل‌های متعدد در تاریخ ثبت و به آیندگان منتقل شد. سیره دیگر مانند آن، رجوع به خبر ثقه و ظواهر الفاظ است که هیچ منع و ردعی نسبت به آن دو واصل نشده است. با عنایت به این که اهمیت آن دو کمتر از عمل به قیاس نیست، عدم وصول ردع نشانه‌ای درست بر ثبوت عدم ردع است.

یکی دیگر از اصولیان معاصر تقریر مشابهی از دلالت عدم ردع بر امضای شارع ذکر کرده و نوشته است: غرض از تکالیف و مسئولیت‌های شرعی ایصال مکلفان به مصالح و دورکردن آنان از مفاسد است. سیره‌ای که مطابق با طبیعت عرفی و عقلایی است، چنانچه با مقاومت شارع روبرو نشود مردم به مقتضای طبع خود بدان عمل می‌کنند. عدم ردع شارع نیز یا تأییدی است بر عقل عقلا که مطلوب همان است و یا مستلزم فوت مصلحت و وقوع در مفسده که این امر با غرض جعل تکالیف مغایر است. خلاصه آن که همان غرضی که شارع را به بیان تکالیف فرا می‌خواند به بیان عدم حجیت نیز می‌خواند (روحانی ۳۰۲/۴ و ۳۰۳).

شاید بتوان نائینی را نیز در جرگه اصولیانی نام برد که به دیدگاه دوم تعلق یافته‌اند. چرا که طبق گفته‌های او استمرار سیره تا عصر شارع و عدم ردع به طور قطع و یقین از رضایت شارع کشف می‌کند (کاظمی ۱۹۳/۳) و عدم ردع واصل در ثبوت امضای شارع کفایت می‌کند (خویی، اجودالتقریرات، ۱۱۵/۲). وی در ادامه بعید ندانسته که معاملات نیازمند امضای شارع باشد. چرا که جزء امور اعتباری و صحت آن در گرو اعتبار است و اگر اعتبار بخشنده کسی از شارع باشد، امضای شارع، گر چه با عموم یا اطلاقی، لازم است. در پی آن نتیجه گرفته که معاملات مستحدث چون بیمه که در زمان شارع وجود نداشته اگر در عموم حلیت بیع و وفای به عقد قرار نگیرد آثار صحت بر آن بار نمی‌شود (کاظمی ۱۹۴/۳). این تفصیل مرحوم نائینی به ذائقه اصولیان بعدی ناخوش آمده و از جمله امام خمینی گفته است: اعتباری بودن معاملات تلازمی با نیازمندی به امضای شارع ندارد و عدم ردع به تنهایی در صحت و نفوذ معامله کفایت می‌کند چرا که معاملات نافذ نزد عقلا نیز به مانند دیگر سیره‌های عقلایی هر گاه مورد تأیید شارع نباشد نیازمند ردع است (امام خمینی، *انوار الهدایه*، ۳۱۵/۱؛ سبحانی ۲۰۲/۲).

دیدگاه سوم؛ مطابق با این دیدگاه عدم ثبوت ردع برای حجیت سیره عقلا کفایت می‌کند و اثبات عدم ردع لازم نیست. این مسأله نخستین بار از سوی صاحب حاشیه بر رسائل مطرح (آشتیانی ۱۷۱/۱) و سپس ابعاد آن توسط محقق اصفهانی و پیروان مشرب اصولی وی تثبیت شد. این محقق اصولی بر آن شد که شارع اسلام از دو ویژگی عاقل بودن و شارع بودن برخوردار است. از آنجا که او یکی از عقلا بلکه رئیس عاقلان است با آنان وحدت مسلک یافته و چون در مورد سیره‌ای ردعی از سوی او صورت گیرد کاشف از آن است که در آن مورد مسلکی جز عقلا اختیار کرده است و چون ردعی ثابت نشود، حکم به وحدت مسلک شارع و عقلا می‌شود (۲۳۳/۲ و ۳۰/۳ و ۳۱). گویا این محقق اصل را بر آن نهاده که شارع اسلام در مقام شاریت سلوک عقلایی داشته است. مگر در مواردی که مانعی بر سر راه اجرای سیره باشد. به گفته دیگر، سیره عقلا به دلیل آن که شارع، احدالعقلا و سیدالعقلا است حجیت اقتضایی دارد و عدم ثبوت مانع آن را فعلی می‌گرداند و لازم نیست عدم المانع ثابت شود. خلاصه آن که گر چه سلوک عقلایی شارع در مقام شاریت ضروری و دایمی نیست لیکن حالت اصلی و اولی این سلوک را اقتضا می‌کند و اتخاذ هر طریقه و روش دیگری نیازمند آن است که به اثبات برسد و گرنه عدم ثبوت، کاشف از موضع عقلایی شارع است.<sup>۱</sup>

شهید صدر دیدگاه محق مذکور را نپسندیده و در نقد آن چند نکته اساسی را ذکر کرده است. از جمله

این‌که:

۱. دیدگاه محقق اصفهانی مورد پسند مظفر واقع شده و آن را با شرح و بسط افزون‌تر تبیین کرده است. تفاوت‌هایی نیز در دیدگاه آن دو بروز کرده است (ن ک: مظفر ۱۵۲/۲-۱۵۴).

۱. موافقت شارع با عقلا را نمی توان صرفاً به دلیل برخورداری از ویژگی عاقل بودن احراز کرد چرا که با عنایت به همین ویژگی احتمال مخالفت شارع با سیره به دو دلیل می رود، نخست این که سیره عقلایی منشأ عقلی نداشته و متأثر از عوامل دیگری چون عاطفه و مانند آن باشد. دوم این که مرتبه عقل شارع از مراتب عقول عقلا اکمل و اتم است. از این رو چه بسا موضعی برتر و کامل تر از دیگر عقلا اتخاذ کرده باشد.

در صورتی که وحدت مسلک شارع و عقلا احراز شود، چنانچه این وحدت، یقین آورد که شارع در مقام شارعیت با عقلا مخالفت نکرده، معنای این سخن این است که ردع از سوی او امکان پذیر نیست و این خلاف مفروض است (فرض آن است که احتمال مخالفت شارع با عقلا وجود دارد) و اگر بر مفروض تکیه شود و احتمال مخالفت شارع با مواضع عقلایی از نظر دور نگردد، در این صورت احراز موضع شارع به جهت ویژگی عاقل بودن اثری در منجزیت و معذرت عقلی ندارد، چرا که مواضع غیر مولوی شارع در این زمینه فاقد موضوعیت است و اگر مقصود آن است که موضع عقلایی کاشف ظنی از موضع شارعیت او است، دلیل بر حجیت این ظن نیست، مادام که نتوان بر اساس ظهور حالی مطابق نکات پیش- گفته توجیه کرد (هاشمی شاهرودی ۲۴۵/۴ و ن ک: صدر، دروس، ۲۳۵/۱۷).

در مقایسه دیدگاه شهید صدر و محقق اصفهانی خلاصه وار گوئیم: اولی بر لزوم احراز عدم ردع پای فشرده و عدم وصول ردع را با مبنای عقلی و استظهاری دلیل بر عدم ردع یافته است. در حالی که دومی با ملاک عاقل بودن و سیدالعقلا بودن شارع، عدم ثبوت ردع را کافی پنداشته است. تفاوت عملی این دو دیدگاه جایی آشکار می شود که به طور مثال خبر ضعیفی مخالف سیره عقلا وارد شود. مطابق دیدگاه شهید صدر سیره از حجیت می افتد (هاشمی شاهرودی ۲۴۴/۴). چرا که خبر ضعیف رادع احتمالی سیره است و با احتمال ردع دیگر عدم ردع ثابت نمی گردد ولی طبق دیدگاه محقق اصفهانی با خبر ضعیف و رادع احتمالی، ردع ثابت نمی شود و حجیت سیره علی القاعده ثابت است.

دیگر این که مطابق دیدگاه محقق اصفهانی احتمال مطرح شده در باب رادع بودن آیات نهی از ظن نسبت به سیره عقلا، وارد نیست چرا که حجیت سیره متقوم به عدم ثبوت ردع است (اصفهانی ۲۳۲/۲) ولی طبق شهید صدر رادعیت این قبیل آیات اگر به طریق دیگر پاسخ نیابد مانع از حجیت سیره است. چون رادعیت احتمالی مانع از احراز عدم ردع است.

### راههای تعمیم حجیت سیره عقلا به سیره های نوپیدا

آن گونه که در طرح مسأله مسبق گشت، تنها زمانی می توان به کارایی سیره عقلا به عنوان سند

معتبر شرعی در زمان حاضر امیدوار بود که راهی برای تعمیم حجیت سیره به سیره های نو پیدا که در عصر تشریح ظهور خارجی نیافته اند، پیدا شود و این مسأله تنها در دو حالت تحقق یافتنی است. نخست این که بتوان برای سیره حجیت استقلالی پیدا کرد و برای آن در کنار دیگر ادله موضوعیت قائل شد و دوم این که با پذیرش وابستگی سیره به امضای شارع راهی برای تعمیم امضا به سیره های ادوار بعدی یافت. و گرنه چاره ای جز تحلیل سیره ها در چارچوب محدود تطورات عصر تشریح باقی نمی ماند. راقم این سطور با پی جویی فراوان راه حل های متعددی برای حل این معضل به کف آورده است که شرح آنها در پی می آید:

راه حل نخست: در این راه حل کوشش می شود با عطف نظر به خاستگاه و بستر پیدایش سیره میان سیره های برخوردار از حجیت ذاتی و دیگر سیره ها تفکیک به عمل آید. به این بیان که سیره هایی که برخاسته از طبع خالص عقلایی و منطبق بر رهیافت های عقلی قطعی و تمایلات ناب فطری اند و یا بر پایه مصلحت نظام و قوام حیات بشری قد افراشته اند به خودی خود حجت هستند. بدون آنکه اثبات حجیت آنها نیازمند به مؤونه بیشتری چون امضا یا عدم ردع شرعی باشد. شاید تعبیر سیره عقلا بماهم عقلا که پیوسته در عبارت های اصولیان آمده، برای اشاره به این گونه سیره ها است. بلکه می توان ادعا کرد، سخن از امکان پذیر بودن ردع شرعی نسبت به آنها بیهوده است. چه، این سخن یادآور حدیث نامیمون گسست بین عقل و شرع است. مگر آن که انطباق آنها بر عقل و فطرت و مصلحت نظام محل تردید باشد که در این صورت تردید در موضوع پدید آمده و بدون احراز موضوع نتوان از حکم و اثر موضوع سخن به میان آورد.

علامه طباطبایی در حاشیه خود بر کفایه جزء کسانی است که برای تأسیسات عقلایی برخاسته از گوهر ذات و فطرت و در راستای حفظ نظام اجتماع حجیت ذاتی قائل است و آن را نیازمند امضای شارع نیافته است (۲۰۶/۲). همو در جای دیگر حجیت سیره را منوط به عدم ردع و عدم ثبوت ردع را کاشف از رضایت شارع دانسته است (همان، ۲۱۲). این تعبیر دوگانه بیانگر تفکیک اقسام سیره در نگاه این متفکر است. سیره هایی که مقتضای فطرت انسانی است حجیت استقلالی دارند و دیگر سیره ها نیازمند به عدم ردع شرعی هستند.

محقق اصفهانی که مبنای وی در باب ماهیت حکم عقل و ارجاع آن به قضایای مشهوره و تأدیبات صلاحیه بدان تعریفی مشابه سیره عقلا بخشیده، در جایی قضایای مشهوره را سه گونه دانسته است: (۱) مشهوراتی که در آن مصلحت عامه وجود دارد، چون حسن عدالت و قبح جور که از آن با نام تأدیبات صلاحیه یاد می شود. (۲) مشهوراتی که انگیزه از اخلاق فاضله است، نظیر حکم به قبح کشف عورت که

انگیخته از حیا و حیا جزء اخلاق فاضله است. ۳) مشهوراتی که برخاسته از عوامل دیگری چون حمیت، تعصب، عاطفه و مانند آن است. به باور وی قاعده تلازم بین عقل و شرع در اقسام اول و دوم ثابت است ولی درباره قسم سوم دلیلی بر اشتراک نظر شارع با عقلا در کار نیست (۳۲۴/۲). از این گفته ها به وضوح می توان حجیت استقلالی سیره‌هایی را به حکم قانون ملازمة بین عقل و شرع به دست آورد. به باور نگارنده این مطلب نه تنها طبق مبنای محقق اصفهانی در باب حکم عقل بلکه طبق دیدگاه مقابل نیز سامان می یابد. چه آن که در مقاله ای دیگر ثابت شد طبق دیدگاه محقق مذکور ماهیت حکم عقل چیزی جز توافق عقلا و بنای عقلا نیست. ولی مطابق دیدگاه دیگر که حکم عقل و بنای عقلا از یکدیگر متمایز شده اند باز می توان از خاستگاه عقلی سیره و یا تلاقی بین سیره و حکم عقل سخن گفت (ن ک: مقاله «درآمدی بر سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل» از همین نگارنده). در هر صورت چه سیره انگیخته از ادراک عقلی و تمایل فطری باشد یا مبتنی بر مصلحت حفظ نظام، ذاتاً حجت است و در کسب حجیت نیازمند چیزی دیگر نیست. امری که ناشی از خصلت یقین آوری آن است.

تنها اشکال روی آورده به محقق اصفهانی این است که ایشان در جایی حقیقت حکم عقل را توافق عقلایی دانسته و بر جنبه یقین آور بودن آن تأکید کرده (۳۱۵/۲) و قانون ملازمة بین عقل و شرع را درباره آن ثابت دانسته است (۳۲۴/۲) و در جای دیگر از عنصر عدم ثبوت ردع به عنوان متمم حجیت سیره سخن به میان آورده و آن را بر پایه و ملاک عاقل بودن شارع و وحدت مسلک با عاقلان تحلیل کرده است (۲۳۳/۲ و ۳۰/۳ و ۳۱). اگر حجیت سیره ذاتی است چه حاجت به عدم ثبوت ردع؟ مگر آن که از باب جمع بین گفته های وی گفته شود آن دسته از سیره ها نیازمند عدم ثبوت ردعند که خاستگاه عقلی آنها محل تردید باشد.

برای تکمیل این بحث یادآوری دو نکته ضروری است:

نخست این که گر چه در تحلیل سیره‌های برآمده از طبع خالص عقلایی بر استقلال آنها پای فشرديم و حجیت آنها را در گرو امضای شارع نیافتیم لیکن از سوی دیگر معلوم گشت مرجع اصلی حجیت این سیره‌ها همان حکم عقل است. بنابراین باز هم عقل به عنوان یکی از مدارک اربعه احکام مرجع سیره واقع شده است.

دوم این که باید اذعان کرد تشخیص مصادیق این قبیل سیره‌ها با دشواریهایی همراه است. آمیختن رهیافت‌های عقل قطعی و ظنی و عدم تفکیک مصالح نظامیه از مصلحت اندیشی های دیگر، در راه تشخیص درست سیره‌های عقلا بماهم عقلا و تفکیک آنها از دیگر سیره‌ها ابهام آفرین است. شاید بتوان ادعا کرد سیره‌های عقلایی دارای کفایت ذاتی معمولاً در عرصه های اصلی حیات اجتماعی عقلا جریان

یافته اند. به طور مثال می توان از سیره عقلا بر لزوم وفای به پیمان‌ها، لزوم جبران خسارت‌های غیرقانونی تحمیل شده بر مردم، ضمان ناشی از اتلاف مال، سلطه قانونی اشخاص بر حدود دارایی‌ها و مملوکات خود به عنوان مصادیق سیره‌های کلان یاد کرد. برای اثبات حجیت سیره‌های خرد و جزئی بایستی آنها را مولود سیره‌های کلان یافت. در غیر این صورت باید آنها را وابسته به دلیل شرعی تحلیل کرد.

راه حل دوم؛ در این راه حل از غنا و بی نیازی سیره عقلا با عنایت به ملاک سیره سخن به میان می آید. راقم این سطور در مقاله دیگر خود بحث مشبعی درباره ملاک سیره به میان کشید و در آنجا گفته شد این ملاک اطمینان و علم عادی است که در برابر علم وجدانی و یقینی قرار دارد (نک: مقاله «درآمدی بر سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل» از همین نگارنده). برخی از دانشیان فقه و صول از حجیت ذاتی علم عادی به مثابه علم وجدانی سخن گفته اند (نراقی، ۴۳۵ و ۶؛ منتظری ۱۰۰/۲). و در پاسخ از اشکال رادعیت آیات نهی از اتباع ظن به سیره عقلا در عمل به خبر واحد این احتمال را مطرح کرده اند که مراد از علم در آیاتی چون «وَلَا تُقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (اسراء: ۳۶) اعم از علم وجدانی و علم عادی باشد و در نتیجه چون حاصل سیره عقلا، علم عادی به صحت مفاد خبر است، این سیره از عموم آیات مورد نظر تخصصاً خارج است (اراکي، تنقیح الاصول، ۳۸).

امام خمینی از جمله اصولیانی است که جعل حجیت و کاشفیت برای امارات و طرق عقلایی را بی معنی یافته و معتقد است قانونگذار اسلام در این باره تأسیس شرعی به وجود نیاورده و حجیت اماره را جعل نکرده و کاشفیت ناقصه آن را تکمیل نکرده است. وی گفته های مشهور اصولیان که اماره راجانشین علم دانسته، برای آن وجود تنزیلی قائل شده و از دلیل حجیت اماره به عنوان متمم کشف بحث به میان آورده اند، خطابی، بی پایه و تخیلی انگاشته است. به باور ایشان عقلا به طرق و اماراتی چون ظواهر، قول لغوی، خبر ثقه، ید و اصالة الصحه بی آن که در انتظار جعل یا تنفیذ شارع بمانند عمل کرده اند. شارع نیز به مانند احدالعقلا با ایشان همراهی کرده است. در این موارد ردع شارع، امکان پذیر نیست چون سبب می شود نظام زندگی دچار اختلال شده و حیات بشری از حرکت باز ایستد (انوار الهدایه، ۱۰۵/۱ و ۱۰۷؛ سبحانی ۱۰۹/۲ و ۱۱۰). از این عبارات به وضوح می توان فهمید طرق و امارات عقلایی حجیت ذاتی و استقلالی دارند، محصولی چون علم عادی و اطمینانی به بار می آورند که حجیت آن نیز مانند علم وجدانی، ذاتی است.

به عقیده راقم این سطور برخی از این گفته ها خالی از اشکال نیست. به طور مثال حجیت ذاتی علم اطمینانی معنای محصلی ندارد. مقصود از حجیت و طریقیت ذاتی آن است که اعطا و سلب حجیت محال



باشد. در حالی که امارات عقلایی که به ملاک اطمینان حجیت یافته اند در معرض تخصیص قرار دارند و شارع اسلام در مواردی چند طریقه خاصی را ابداع کرده، طریق و اماره ای را تخصیص زده است. به طور مثال در باب حجیت خبر واحد نگاه یکسانی به روایات اصول عقیده و فروع احکام نداشته و یا طبیعت اولیه قانون بینه را در برخی از دواعی کیفری نپذیرفته و این بدان معنا است که حجیت اماره را به صورت کلی و استثنا نپذیر نپذیرفته است. بنابراین در باب طرق و امارات چاره ای نیست جز این که در انتظار تأیید شارع ولو به طریق عدم ردع نشست<sup>۱</sup>.

با فراغت از این اشکال بر اساس راه حل های مورد بحث حجیت ذاتی سیره عقلا در طرق و امارات که برای کشف از واقع به کار می آیند به اثبات می رسد ولی آیا می توان این راه حل را به دیگر سیره های عقلایی که به احکام فقهی و مقررات حقوقی مربوط و در عرصه مسائل اجتماعی، اقتصادی و غیره معمول اند نیز تعمیم داد؟ پاسخ منفی به نظر می رسد. حاصل این که ملاک اطمینان و علم عادی حتی اگر بتواند برای سیره های جاری در باب امارات و طرق، حجیت ذاتی بیاورد ثمره ملحوظی به بار نیاورده است چرا که اولاً کتاب های فقهی و اصولی در بحث از دلالت اماره مشحون از استدلال به کتاب و سنت هستند و حمایت شارع از سیره عقلا را به طرق گوناگون به دست آورده اند و در این باره بن بست ناگشوده ای وجود ندارد که با طرح حجیت ذاتی سیره عقلا گشوده شود.

ثانیاً، مطلب عمده آن است که با اثبات حجیت استقلالی سیره راهی برای حل معضل سیره های نو پیدا پدید آید که در نظام سازی های حقوقی و وضع مقررات گوناگون اجتماعی، سیاسی، معاملاتی به کار می آید و راه حل مذکور نمی تواند تأمین کننده این غرض باشد.

راه حل سوم؛ شهید صدر در تقسیم بندی خود از سیره عقلا، سخن از سیره هایی به میان آورده که حجیت آنها طبق قاعده ثابت است و لزومی به اثبات معاصرت با معصوم نیست. سیره هایی که نقش آنها تنقیح و تثبیت موضوع حکم شرعی است. به گونه ای که پس از تثبیت موضوع، حکم شرعی به مقتضای عمومات و مطلقات کتاب و سنت ثابت می شود. به گفته این اصولی تنقیح و تعیین موضوع به دو صورت انجام می پذیرد: (۱) سیره ثبوتاً فرد حقیقی موضوع را تعیین و حدود آن را مشخص می کند. به طور مثال در دلیل «فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ» (طلاق: ۲) سیره عقلا در تکوین موضوع امساک به معروف دخالت دارد. بدیهی است تفاوت حال سیره ها بر اثر دگرگونی در احوال اجتماعی و روابط معیشتی

۱. این نکته را نیز باید افزود که امام خمینی که خود در عبارات پیش گفته مدافع سرسخت حجیت استقلالی طرق و امارات عقلایی است در جای دیگر استناد به بنای عقلا در باب طرق و امارات را تنها در صورتی جایز دانسته که عمل عقلا تا زمان شارع امتداد یافته و او نیز از آن جلوگیری نکرده باشد. وی سیره عقلا در رجوع به قول لغوی را به همین دلیل فاقد حجیت یافته است (نوار الهدایه، ۲۵۰/۱ و ۲۵۱). این گفته ها ضمن آن که حاکی از رویکرد دوگانه این اصولی معاصر است خواننده را به صحت اشکال یاد شده نزدیکتر می گرداند.

موجب دگرگونی در مصداق معروف می شود. ۲) سیره اثباتاً در تنقیح موضوع دخالت دارد. به طور مثال عقلا بر عدم تفاوت فاحش در مالیت عوضین در عقد بیع توافق یافته اند. همین توافق عقلایی زمینه را برای اثبات خیار غبن به مثابه یکی از شروط ضمنی فراهم می آورد و صغرای «المؤمنون عند شروطهم» را تعیین می کند (شاهرودی ۲۳۴/۴ و نیز ن ک: صدر، دروس ۱۱۷/۲ و ۱۱۸).

باید گفت اغلب سیره‌هایی که مقصود آنها تحلیل مرتکبات متعاملین و مقاصد نوعیه آنها است به همین گونه از سیره باز می‌گردد، یعنی تحقق دهنده صغرای ادله صحت و نفوذ معاملات چون «أوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مُسلطون علی أموالهم» است.

به باور راقم این سطور اگر نقش موضوع ساز سیره به طور شایسته مورد توجه قرار گیرد زمینه را برای تحول سترگی در عرصه معاملات و روابط نوین اجتماعی فراهم می‌کند. اثبات مشروعیت عقود و معاملات نوین در گرو آن است که نقش موضوع ساز سیره و عرف به رسمیت شناخته شود. این مسأله اکنون در نگاه فقه معاصر تثبیت شده که عرصه معاملات، عرصه عقلایی است و هر معامله عقلایی موضوع ادله نفوذ عقد چون «أوفوا بالعقود» را تشکیل می‌دهد و مادام که شریعت اسلام با برخی از جوانب و شرایط آن برخورد سلبی نکرده باشد، معامله مشروع تلقی می‌شود و منحصر دانستن معاملات شرعی به موارد معین بی دلیل است (طباطبایی یزدی، ۷۱۰/۲، ۳۹۳/۶؛ امام خمینی، البیع، ۳۱۳/۴).<sup>۱</sup> افزون بر این، در نگاه فقه معاصر، اغلب گزاره‌های ناظر به تبیین حدود معاملات از قبیل شروط عقد و عوضین و متعاقبین به عنوان شروط عقلایی تعریف شده اند. دخالت‌های تأسیسی شریعت در آنها آن قدر اندک است که به درستی می‌توان ادعا کرد، اصل و غلبه بر حدود و شروط عقلایی است. از طرفی نقش نظارت و اصلاح شریعت در معاملات حکم می‌کند که قانونگذار اسلام هر جا لازم یابد دخالت کند و عدم حضور او به مفهوم تأیید و تثبیت سیره‌های عقلایی در این عرصه است. بنابراین هر معامله با نام و بی‌نامی خود موضوعی عقلایی است که مشروعیت خود را از عمومات و اطلاقاتی چون «أوفوا بالعقود» و «الناس مُسلطون علی أموالهم» اخذ می‌کند و اگر این نکته را هم اضافه کنیم که خود کبرای مذکور جزء احکام ناب عقلانی هستند که حجیت آنها علی القاعده بدون آن که نیازمند تنفیذ شارع باشد ثابت است، در این صورت نقش تأسیسی سیره‌های عقلایی در زمینه معاملات به صورت صغروی و کبروی آشکار می‌گردد. راه حل چهارم؛ این راه حل تعمیم حجیت سیره‌های سابق به سیره‌های لاحق را با تکیه بر نکته ارتکازی سیره و تفکیک جنبه‌های شکلی از ماهوی آن دنبال می‌کند. مبتکر این راه حل شهید صدر

۱. مقایسه دو نگاه از فقیه تحول‌گرای چون امام خمینی قابل توجه است که یک جا در سراسر کتاب البیع بیش از هر فقیهی در تثبیت نقش سیره‌ها و اعتبارات عقلایی در آفرینش و تحدید موضوعات معاملات کوشیده است و در جای دیگر مشروعیت حقوق معنوی مؤلفان را به خاطر آن که دلیلی بر شرعی بودن این حق وجود ندارد مورد انکار یا تردید قرار داده است (ن ک: تحریر الوسیله ۶۲۵/۲).

است. وی در پاسخ به این سؤال که آیا امضای سیره محدود به دایرة عمل و سلوک خارجی در عصر معصوم است یا وسیع‌تر از آن در شعاع نکته عقلائی است گوید: انصاف آن است که سکوت و عدم ردع شارع به معنی امضای نکته مرتکز عقلائی است که مبنا و ملاک عمل خارجی واقع شده است. چرا که معصوم در مقام تشریح و ابلاغ احکام الهی و تصحیح یا تغییر مرتکرات نادرست مردم قرار دارد و این امر اقتضا می‌کند که به نهی از منکر خارجی اکتفا نکند. بلکه می‌توان گفت: عدم ردع او بر حسب ظهور حالی ناظر به نکته تشریحی کبروی است. نتیجه آن که سیره‌های کهنی که در گذر تاریخ روح و گوهر اصلی خود را حفظ و صورت متفاوت یافته‌اند مشمول امضای گذشته شارع هستند. به طور مثال هر گاه بر اساس بنای عقلا حیازت سبب تملک و این سیره به امضای شارع نیز رسیده باشد، امضای مذکور به روش‌ها و طرق ابتدایی حیازت در عصر حضور محدود نیست، بلکه شکل‌های متطور حیازت در دوره‌های کنونی را نیز در بر می‌گیرد (ن ک: هاشمی شاهرودی ۲۴۶/۴).

به نظر راقم این سطور راه حل فعلی که عمدتاً مبتنی است بر الغای خصوصیت‌های موردی سیره و تکیه بر روح و نکته ارتکازی آن، تا حد مطلوبی می‌تواند از جمود ورزی مبالغه آمیز بر جنبه‌های شکلی جلوگیری و شعاع دلالت سیره را از محدوده سلوک خارجی فراتر نهد. باید باور یافت بسیاری از سیره‌های لاحق مصادیق و صورت‌های تطور یافته سیره‌هایی هستند که خمیر مایه و زمینه اصلی آنها در ازمنه قدیم وجود داشته است. به طور مثال سیره عقلا بر مالکیت ذوالید جریان یافته و روایت من استولی علی شئ فھوله (حرعاملی ۳/۵۲۵/۱۷) نیز به عنوان امضای کلی شارع بر این سیره تلقی می‌شود به موارد سلطه فیزیکی بر مال اختصاص ندارد بلکه همه اشکال متطور سلطه بر مال از جمله در فضاها و رموز دار الکترونیک را نیز شامل می‌شود. مثال دیگر این که موضوع سیره عقلا در بیع، مبادله آگاهانه مال با مال است. این سیره همه اشکال بیع لفظی، معاطاتی و تجارت الکترونیک را شامل می‌شود و بر خلاف اندیشه فقهی کهن، قضیه «أحل الله البیع» به بیع لفظی اختصاص نمی‌یابد. در این مثالها گوهر و خمیر مایه سیره یا به گفته شهید صدر نکته مرتکز عقلائی ثابت و از دیرینه کافی برخوردار است. لیکن اشکال و مصادیق در حال تحول است. با پذیرش این راه حل راه برای تعمیم حجیت سیره به مصادیق تحول یافته فراهم می‌شود.

راه حل پنجم؛ در این راه حل که مبتکر آن امام خمینی است سعی شده است با تکیه بر صلاحیت‌های تشریحی و احاطه غیبی معصومان بر حوادث آینده راهی برای تعمیم دلالت سکوت و تقریر آنان بر سیره‌های بعدی پیدا شود. ایشان پس از این که دلیل عمده تقلید را بنای عقلا در رجوع جاهل به عالم یافته اشکالی بر آن وارد کرده و آن این که از سیره عقلا بر عمل به موضوعی نوپیدا که به زمان شارع متصل

نیست نمی توان امضای شارع را کشف کرد. علم فقه در دوران کنونی ویژگی متفاوتی از آنچه در عصر ائمه بوده یافته و تبدیل به یک علم پیچیده نظری شده است. ادله ای را که در آنها ائمه پیروان خود را به آحاد صحابیان فقیه ارجاع می دادند نمی توان به عنوان تأیید و امضای این سیره عقلایی پذیرفت چه آن که علم اصحاب ائمه به احکام، وجدانی بوده ولی علم فقهای دوران حاضر اجتهادی و اعم از واقعی و ظاهری است. بنابراین تقلید در زمان کنونی وضعیت متمایزی یافته و سیره جاری در تقلید از عالم و مجتهد در عصر شارع به مثابه عصر کنونی نبوده و نمی توان امضای شارع را نسبت به این سیره در ازمنه بعدی احراز کرد (الرسائل، ۱۲۵). سپس خود در پاسخ از این اشکال از جمله گوید: ارتکازی بودن رجوع جاهل به عالم در هر زمینه امر معلومی است. از سویی ائمه به وضع علمای شیعه در عصر غیبت و حرمان مردم از دسترسی به معصوم آگاهی داشتند و می دانستند در این شرایط عوام بر حسب ارتکاز عقلایی به علما رجوع خواهند کرد. بنابراین اگر این مسأله مورد رضای آنان نبود ضروری بود از آن جلوگیری کنند. چرا که فرقی بین سیره مرتبط به زمان معصوم و سیره دیگری که ائمه از پیدایش آن آگاهند نیست (همان ۱۲۹ و ۱۳۰).

برخی این راه حل را ناصواب یافته و اشکال کرده اند که بنای شرع در بیان احکام و قوانین بر معجزه، غیب گویی و گزارش از آینده نیست (مصطفی خمینی، ۳۸۲/۴). شهید صدر نیز بر این باور است که سکوت معصوم نسبت به سیره ای که در زمان غیبت جاری می شود نه بر مبنای عقلی و نه استظهاری دلیل بر امضا نیست. در مورد نخست دلیل این است که معصوم نسبت به حال غیبت وظیفه ای در نهی از منکر و تعلیم جاهل بر عهده ندارد و مسأله بدان سان اهمیت ندارد که دخالت او را به روش غیر طبیعی لازم گرداند، چرا که مردم خود سبب حرمان از هدایت مستقیم معصوم شده و غیبت را لازم گردانده اند. در مورد دوم نیز به این دلیل که ملاک استظهار حال حضور معصوم است (صدر، دروس ۲۳۵/۱).

خود وی به روش دیگری به حل مسأله روی آورده و گفته است: امضای شارع که به طریق سکوت او کشف می شود به نکته ارتکازی عقلایی تعلق می یابد نه به محدوده سلوک خارجی و اگر این نکته ارتکازی وسیع تر از محدوده سلوک خارجی باشد، ظاهر آن است که معصوم با سلوک خود همان مفهوم کلی را به صورت کبروی امضا کرده است (همان ۲۳۴/۱) و این همان راه حل چهارمی است که در این نوشته به تفصیل پیرامون آن بحث شد. شهید صدر از این نکته غفلت کرده که راه حل امام مخصوص سیره هایی است که زمینه اصلی و نکته مرتکز عقلایی آن در عصر معصوم وجود داشته است، بنابراین حتی بنابر دیدگاه شهید صدر تعمیم دلالت سیره به اشکال متفاوت رجوع عامی به فقیه در عصر غیبت امکان پذیر است. جز این که شیوه استدلال امام خمینی برای این تعمیم مورد پسند این اصولی نیست.

در طرف دیگر برخی از نویسندگان اصولی بر اساس مبانی علم معصومان و این دیدگاه کلامی که امام را موظف به موضع گیری در قبال بناها و تأسیسات عرفی می یابد برآن شده اند که ضروری نیست بحث را درباره تأسیساتی پیاده کرد که خمیر مایه و بنیه اصلی آن در زمان معصوم باشد (آن طور که امام خمینی گفته است) بلکه درباره مطلق عرفها و نهادهای مدنی و هنجارهای مستحدث پیاده می شود (ن ک: علیدوست، ۱۷۵، و صرامی، منابع قانونگذاری، ۲۱۵). به نظر راقم این سطور سرنوشت این بحث تا حد زیادی مشابه آنچه است که در باب حجیت اجماع بنا بر مسلک لطف گفته شده و در آنجا نیز موافقان و مخالفان صف آرای کرده اند. اگر بتوان تقریر مناسبی برای اجماع لطفی به دست آورد با همان تقریر راه حل کنونی برای سیره های نو پیدا نیز سامان می یابد و شاید دیدگاه معتدل در این مسأله تفکیک سیره های کلان و پایدار از خرده سیره ها و عادات اجتماعی محدود و گذرا باشد. با این توضیح که هر چند بپذیریم رویه معصومان در بیان شریعت بر غیب گویی و آینده نگری نبوده لیکن این طور هم نبوده است که در برابر رویه های باطل سرنوشت ساز که در میان جوامع رسوخ می کنند و دوام می یابند وظیفه ردع و پیشگیری نداشته باشند.

راه حل ششم؛ این راه حل ناظر به امضای سیره توسط معصوم به وصف نوعی سیره است که آن را شهید صدر در قالب یک ادعا مطرح کرده است. مدعا این است که به جای آن که لازم باشد شارع امضای خود را متوجه فرد سیره ها کند با بیانی کلی به سیره های عقلایی اعتبار بخشد یا این که شؤنی از زندگی انسانی را که مورد اهتمام عقلا است به خود آنان و ارتکازاتشان و انهد و این خود به مثابه امضای کلی شارع تلقی شود (هاشمی شاهرودی ۲۳۸/۴).

شهید صدر خود در پاسخ به این ادعا گفته است: اولاً در کثیری از عرصه های عقلایی سکوت شارع ثابت نشده بلکه بیان او واصل شده است. هر چند این بیان به گونه عموم یا اطلاق یا قاعده ای کلی باشد. ثانیاً سکوت شارع به نحو قضیه خارجی بر امضای سیره دلالت می کند نه به گونه قضیه حقیقیه. بنابراین از این سکوت نمی توان امضایی کلی را کشف کرد. چرا که دلالتی لفظی در کار نیست که در قضیه حقیقیه ظهور یابد. دلالت سکوتی و تقریری تنها امضای قضیه خارجی را اقتضا می کند (همان).

به نظر می رسد این گفته شهید صدر که دلالت تقریری امضای قضیه خارجی را اقتضا می کند با گفته دیگر همین اصولی که سکوت و عدم ردع شارع به محدوده رفتار خارجی اختصاص نداشته و بر امضای نکته ارتکازی عقلایی دلالت دارد در تهافت است. به هر حال تفصیل سخن در این باب این است که امضای کلی و نوعی سیره توسط شارع را با چند بیان می توان تقریر کرد:

در تقریر نخست، مدعا این است که امضای کلی با آیاتی از قرآن کریم چون « خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ » (اعراف: ۱۹۹) به دست می آید. در صورتی که عرف مذکور در آیه بر تأسیسات عرفی و سیره‌های عقلایی انطباق یابد. برخی همین معنی را مراد دانسته (فیض، ۲۶۸؛ صرامی، جایگاه قرآن، ۳۳۴) و کوشیده اند موضع‌گیری موافق شریعت در برابر عرف را به این وسیله به اثبات رسانند. دیگری بر آن شده که عرف و معروف در تعبیر قرآن کریم شامل مجموعه مقررات و هنجارهایی است که خود شارع اسلام بیان کرده (علیدوست، ۱۸۵) و به وسیله یکی از اسناد معتبر شرعی به طور عام یا خاص تأیید شده باشد. از این رو نمی توان این آیات را سندی بر سندیت عرف - چون عرف است - دانست (همو، ۱۸۸).

به زعم راقم این سطور با عنایت به معنای مفسران از عرف که آن را منش نیکو و خصلت شایسته ای دانسته اند که خردها صواب و سداد آن را درک کرده و نفوس بر آنها قرار می گیرد (طبرسی ۴/۴۱۵)، می توان پذیرفت که عرف در کاربردهای قرآن کریم شامل هنجارها و تأسیساتی با هر دو منشأ وحیانی و عقلانی - فطری می شود و آن‌گاه ادعا کرد آیه « و أمر بالمعروف » به صورت نوعی عرف‌های برخاسته از ادراک ناب فطری و عقلی را مورد امضا قرار داده است و با این امضای کلی دیگر ضروری نیست برای هر یک از مصادیق این دسته عرف‌ها امضای جداگانه ای را سراغ بگیریم. بلی از این آیه نمی توان تأیید شارع را نسبت به هر سیره ای با غفلت از منشأ و خاستگاه آن به دست آورد.

مبنای تقریر دوم قرائتی از اندیشه جامعیت دین است که مطابق آن حوزه شریعت در عبادیات منحصر گشته و کلیه عرصه های اجتماعی، معاملاتی و سیاسی خارج از شریعت و شارع نسبت به آن بی نظر دانسته شده است و بر آن شده که نقش شارع در این عرصه ها صرفاً امضایی است نه تأسیسی (رضوی، ۱۳۶). و یا حداکثر رسالت شارع بیان و ارائه الگوهای کلی و اصول و قواعد بنیادین اخلاقی و ارزشی تعریف شده است. مطابق با این قرائت، شارع اسلام روش‌ها و رفتارهای جزئی، عادات عرفی و سیره‌های عقلایی را امضا کرده است. به طور مثال رهنمودهای شارع در باب حکومت عمدتاً ناظر به تبیین مقاصد عالی حکومت چون عدل محوری، اخلاق و سلوک فاضلانه کارگزاران با مردم است. لیکن ارائه شکل و مدل خاص و آئین اجرایی حکومت از حوزه وظایف او بیرون است. پایه این نظریه آن است که جاودانگی شریعت اقتضا می کند در یکایک قضایای خرد و کلان مردم وارد نشود و گرنه شریعت قدرت همگامی با تحولات سریع اجتماعی را از دست خواهد داد. بنابراین نقش هدایتگر او به سوی اصول و ارزش‌های کلی کفایت می کند. جهت‌گیری‌های قانونگذاری در جامعه بر تجارب عقلایی و

دستاورد‌های خرد جمعی تکیه می‌زند و کافی است این تجارب با خطوط کلی و مقاصد عام شریعت هماهنگ باشد.

تثبیت این دیدگاه با عنایت به حجم انبوه گزاره‌های فقهی در مسائل گوناگون روابط حقوقی و اجتماعی با دشواریهای بسیار همراه است. هر چند امضایی بودن کثیری از آنها نسبت به سیره‌های عقلایی ارجح به نظر می‌رسد لیکن پذیرش این مدعا به صورت یک کبرای کلی و استثنا ناپذیر که عرصه‌های غیر عبادی صرفاً مجرای سیره‌های عقلایی است پذیرفتنی نیست. تردید در مسأله نیز ما را به لزوم فحص از موضع شارع فرا می‌خواند.

مطابق تقریر سوم مدارک نقلی و ادله کتاب و سنت تنها به ارائه رهنمودهای کلی و ترسیم خطوط کلان و اصول ارزشی بسنده نکرده، بلکه گزاره‌های فراوانی حاکم به مسائل گوناگون در عرصه‌های غیر عبادی است. لیکن ماورای محدوده احکام الزام‌آور شرعی منطقه فراغ قانونی است که امر قانونگذاری در آنجا با سازوکارهای بشری و تجارب ناشی از سیره‌های عقلایی، در سایه اهداف و مقاصد کلی شریعت و رعایت اصل مصلحت اندیشی انجام می‌پذیرد. برای تثبیت موقعیت این تقریر بیان چند نکته ضروری است:

نخست: نظریه منطقه الفراغ که بار اول توسط شهید صدر مطرح شده است (ن ک: اقتصادنا ۳۷۸ و ۶۸۰) مخالفانی هم دارد. آنها که اندیشه شمول و جامعیت دین را این طور تفسیر کرده اند که هیچ واقعه ای خالی از یکی از احکام تکلیفی شرعی نیست. موضع گیری شارع به صورت کلی یا جزئی در هر امر خرد و کلانی ضروری است. گر چه نقد رو در روی این دو نظریه مجالس وسیع می‌طلبند، لیکن اجمالاً می‌توان گفت: اندیشه شمول دین بر اساس توظیف شارع به دخالت فعال حداکثری قابل دفاع نیست. چرا که با پی‌جویی در ادله و خطابات شرعی در موضوعات حقوقی و اجتماعی می‌توان پذیرفت که زبان شارع در اغلب موارد زبان ردع و نهی است نه تأسیس و اثبات (علیدوست، ۳۴۵). گویا اصل بر تحکیم سیره-های عقلایی است مگر در مواردی که نیازمند اصلاح و تغییر و ردع و تخطئه باشد و این که اغلب محققان در بحث از ادله شروط تحصیل موافقت با کتاب و سنت را لازم ندانسته و عدم مخالفت را کافی یافته اند (ن ک: انصاری، ۲۷۷ و امام خمینی، البیع، ۱۷۵/۵) نشانه آن است که شارع اسلام در کثیری از صحنه‌ها موضع سکوت اتخاذ کرده و امر را به خود مردم تفویض کرده است.

دوم: بر فقیه متبّع است که در هر مسأله‌ای با به کارگیری دقیق شم‌الفقاهیه خود در صدد فحص از موضع شارع برآید، نقش‌های امضایی را از تأسیسی تفکیک کند و در پی اطمینان یافتن از فقدان نص وظیفه استنباط را طبق موازین تعریف شده در نظریه منطقه الفراغ انجام دهد.

سوم: با پذیرش این معنی که اصل حاکم بر رفتار شارع در غیر عبادیات پذیرش بناهای عقلایی است مگر خلاف آن به دلیل معتبر ثابت شود این اصل در موارد شک مرجع تردید واقع می شود. چهارم: فراغ مورد بحث صرفاً ناشی از سکوت تقریرآمیز شارع در عرصه های معینی از زندگی نیست که ادعا شود از این سکوت نمی توان امضایی کلی به دست آورد (هاشمی شاهرودی ۲۳۸/۴) بلکه ادله ای نقلی چون «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» (ابن بابویه ۳۱۷/۱) به مثابه بیانی شافی توجیه گر آزادی عمل قانونگذار عرفی و بشری در سایه اصول هدایتگر شریعت است و به این طریق اشکال پیش گفته حل می شود.

پنجم: قانونگذاری در محدوده مورد نظر معمولاً شامل قوانین شکلی و آئین های اجرایی است و کمتر به حقوق ماهوی مربوط است چه آن که، در زمینه حقوق ماهوی رهنمودهای کلی شریعت، هدایت های عقلی و سیره های عقلایی با خاستگاه عقلی و فطری و برخاسته از مصالح نظامیه به قدر کافی در دست است. به طور مثال قانونگذاری های متطور در زمینه دادرسی، ترسیم خطوط اجرایی در روابط اقتصادی و عملیات بانکی، وضع کثیری از مقررات بین المللی ناظر به حقوق دیپلماسی و روابط کشورها و نهادها، آرایش تشکیلات اداری و حکومتی بر پایه اصل تفکیک قوا، برنامه ریزی های خرد و کلان در زمینه تأمین بهداشت و درمان و مبارزه با بیماریها و عرصه های مشابه، جملگی به روشهای عقلایی انجام می پذیرد و ضرورتی در کار نیست که به هر بهایی در پی بیانی واصل از سوی شارع برآمد. اذن کلی شارع آنها را در بر می گیرد.

ششم: فرق بین تقریر دوم و سوم در این است که بر اساس تقریر دوم شارع عرصه های غیر عبادی را به طور تمام به مردم تفویض کرده است. در حالی که طبق تقریر سوم شعاع عمل عقلایی در منطقه خلاء نص شرعی محدود است. معاصرت سیره های عقلایی با عصر معصوم شرط نیست لیکن فحص از موضع شارع و احراز سکوت و عدم بیان ضروری است.

### نتیجه گیری

در این نوشتار یکی از حساس ترین مباحث سیره عقلایی یعنی معاصرت سیره با عصر تشریح به بحث کشیده شد. دیدگاه های اصولیان مطرح، راه های تعمیم حجیت سیره به سیره های نو پیدا یکایک بررسی شد. نتایج کلی در چند مورد خلاصه می شود:

أ. از میان دیدگاه های سه گانه اصولیان در باب امضا، دیدگاه نخست دایر بر لزوم امضا موهون است و اغلب اصولیان از آن اعراض کرده اند. دیدگاه دوم یعنی لزوم احراز عدم ردع تنها در مورد سیره های رایج در عصر معصومان با تقریر ارائه شده از سوی شهید صدر قابل دفاع است. مطابق با برخی از راه حل هایی



که برای تعمیم حجیت سیره‌ها به سیره‌های نو پیدا ارائه شد، عدم ثبوت ردع در احراز موضع شارع کفایت می‌کند.

ب. جمود ورزی مبالغه آمیز در مسأله لزوم معاصرت سیره با عصر معصومان سبب می‌شود کارایی این نهاد مهم به مقطع زمانی خاص آن دوران محدود شود و این کارایی در حل معضلات قانونی و حقوقی در عصر تحولات پرشتاب کنونی از دست برود. در این نوشته کوشش شد با ارائه راه‌حل‌های شش‌گانه روزنه‌ای به سوی بسط قابلیت‌های سیره عقلا گشوده شود. گر چه برخی از این راه‌حل‌ها از نقد و مناقشه خالی نبود لیکن برخی دیگر، دارای مبانی استدلالی قوی بود. ادامه نقد و بررسی‌ها به تقویت بنیان استدلال‌ها و تحکیم نظریات کمک می‌کند.

ج. از میان راه‌حل‌های ارائه شده راه‌حل نخست و دوم و سوم بر اثبات کفایت ذاتی سیره دایر بود. لیکن راه‌حل‌های بعدی جملگی به چگونگی تعمیم امضای شارع به سیره‌های نوپیدا مربوط گشت. تعمیم امضا با تکیه بر گوهر سیره و نکته ارتکازی آن، تعیین وظیفه نهی از منکر و ردع از باطل برای شارع و حل قضیه امضای کلی شارع در پرتو اصل جامعیت و شمول دین و نظریه منطقه الفراغ شرعی از جمله راهها بود.

د. اینک باید گفت: به جز سیره‌هایی که زمینه عقلی و فطری دارند و بر مصالح نظامیه تکیه زده اند در مورد دیگر سیره‌های عقلایی که در اثبات حکم شرعی به کار می‌آیند نمی‌توان حکم به عدم وابستگی آنها به کتاب و سنت کرد. مهم‌ترین توفیق به دست آمده در این پژوهش تعمیم امضای شارع به سیره‌های نوپیدا بود نه اثبات بی‌نیازی آنها به کتاب و سنت. این خود نتیجه مهمی است که پایه اساسی حل معضلات سیره‌ها را تشکیل می‌دهد.

## منابع

قرآن کریم.

آشتیانی، محمد حسن، بحرالفوائد، کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی، قم، ۱۴۰۳ق.  
ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، مؤسسه النشر و الاسلامی، قم، بی-تا.

اراکي، ضیاء‌الدین، مقالات الاصول، تحقیق محسن اراکی و منذر حکیم، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۱۴ق.  
انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، چاپ سنگی،

حائری یزدی، عبدالکریم، درالفوائد، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، بی‌تا.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
- حکیم، عبدالصاحب، *منتقى الاصول*، تقریرات اصولی حسینی روحانی، نشر الهادی، قم، ۱۴۰۴ ق.
- حکیم، محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المتقارن*، مؤسسه آل لیبیت، بیروت، ۱۹۷۹ م.
- خمینی، امام روح الله، *انوار الهدایه*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، تهران، ۱۳۷۲.
- \_\_\_\_\_، *البیع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، تهران، ۱۴۲۱ ق.
- \_\_\_\_\_، *تحریر الوسیله*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۹۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *الرسائل*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۹۰ ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۶.
- خویی، ابوالقاسم، *اجودالتقریرات*، تقریرات اصولی محمدحسین نائینی، منشورات مصطفوی، قم، ۱۳۶۸.
- صدر، محمدباقر، *اقتصادنا*، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
- \_\_\_\_\_، *دروس فی علم الاصول*، دارالکتاب اللبنانی، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
- صرامی، سیف الله، *جایگاه قرآن در استنباط احکام*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۸.
- \_\_\_\_\_، *منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲. طباطبایی، محمدحسین، حاشیه *الکفایه*، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، بی جا، بی تا.
- طباطبایی، محمدرضا، *تنقیح الاصول*، تقریرات اصولی آقا ضیاء عراقی، المطبعة الحیدریه، نجف اشرف، ۱۳۷۱.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *العروة الوثقی با تعلیقات آیات عظام*، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
- غروی اصفهانی، محمدحسین، *نهایة الدرایة فی شرح الکفایة*، انتشارات سیدالشهداء، قم، ۱۳۷۴.
- علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵.
- فخلعی، محمد تقی، *پژوهشی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل*، نشریه علمی - پژوهشی فقه و اصول، شماره پیاپی ۸۴/۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- فیض، علیرضا، *ویژگیهای اجتهاد و فقه پویا*، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، تهران، ۱۳۸۲.
- کاظمی، محمدعلی، *فوائد الاصول*، تقریرات اصولی محمد حسین نائینی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۴ ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۶۸.
- منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۰۸ ق.
- نراقی، احمد، *عوائد الایام*، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۵.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *بحوث فی علم الاصول*، تقریرات شهید صدر، مؤسسه دائرة المعارف الاسلامی، ۱۴۱۷.

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۳۴-۱۰۵

## انواع عموم در اصول فقه \*

دکتر اسدالله فلاحی  
استادیار دانشگاه زنجان  
Email: falahiy@yahoo.com

### چکیده

منطق‌دانان مسلمان و دانشمندان اصول فقه، چندین نوع عموم و کلیت را شناسایی کرده و آن‌ها را «عموم بدلی»، «عموم مجموعی» و «عموم استغراقی» نام داده‌اند. در این مقاله، قصد داریم با بحثی تاریخی-تحلیلی، دیدگاه‌های اصولیان را گردآوری و تا حد توان خویش، تحلیل کنیم. ابتدا، پیشینه بحث در آثار منطق‌دانان مسلمان و اصولیان متقدم را بررسی می‌کنیم. در این دوره، انواع عموم نه دارای اصطلاحات جاافتاده هستند و نه دارای تعریف‌های دقیق. در دوره دوم، که از زمان شیخ بهایی آغاز می‌شود و تا زمان معاصر ادامه می‌یابد، وضعیت کاملاً متفاوت است و تعریف‌ها، بحث‌ها، و نزاع‌های بسیاری پیرامون انواع عموم درمی‌گیرد. در این مقاله، به گزارش این تعریف‌ها و نزاع‌ها، دسته‌بندی آنها و در برخی موارد به داوری میان طرف‌های نزاع می‌پردازیم.

**کلید واژه‌ها:** عموم مجموعی، عموم استغراقی، عموم بدلی، اطلاق، سور کلی، سور جزئی.

---

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۱۱/۰۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۰۲/۰۴.

## مقدمه

منطق‌دانان مسلمان، عموم را به «کل عددی»، «کل مجموعی»، و «کل علی سبیل البدل» تقسیم کرده و عالمان اصول فقه این سه را «عموم استغراقی»، «عموم مجموعی»، و «عموم بدلی» نامیده‌اند. (البته برای قسم اول، نام‌های دیگری نیز مانند «عموم افرادی»، «عموم شمولی» و «عموم تفصیلی» نیز به کار رفته است). کاربرد گسترده این اصطلاحات در کتاب‌های اصول فقه نشان دهنده اهمیت فوق العاده آنها است و اختلاف‌های متعددی که در تعریف و ذکر مصادیق آن پدید آمده است ضرورت بازنگری در این مفاهیم و لزوم تدقیق معنایی در آنها را آشکار می‌سازد.

درباره انواع سه‌گانه عموم، سؤال‌های بسیاری مطرح است که به چند نمونه آنها اشاره‌ای می‌کنیم:

۱. آیا انواع سه‌گانه عموم، تعریف‌های ثابتی دارند؟ به این معنا که آیا عالمان اصول فقه، تعریف‌های یکسانی برای هر یک از این انواع ارائه کرده‌اند؟ اگر پاسخ منفی است این تعریف‌ها کدامند؟
۲. آیا در مصادیق و احکام این انواع اختلاف نظر وجود دارد؟ اگر آری، این اختلاف‌ها چیستند؟
۳. الفاظ عموم کدام الفاظ است؟ و آیا الفاظی وجود دارد که مشترک میان دو یا سه نوع از انواع عموم باشد؟
۴. آیا انواع سه‌گانه عموم، تباین اقسام دارند؟ به عبارت دیگر، آیا امکان دارد یک عموم، هم استغراقی باشد هم مجموعی؟ یا هم بدلی باشد هم استغراقی؟ (به عبارت سوم، آیا این انواع سه‌گانه، مانعة الجمع هستند؟)
۵. آیا انواع سه‌گانه عموم، جامع افراد هستند؟ به عبارت دیگر، آیا امکان دارد یک عموم، هیچ یک از این انواع سه‌گانه نباشد؟ (و به بیانی دیگر، آیا انواع سه‌گانه عموم، مانعة الخلو هستند؟)
۶. آیا انواع سه‌گانه عموم، مانع اغیار هستند؟ به عبارت دیگر، آیا امکان دارد یکی از انواع سه‌گانه، برای مثال عموم بدلی، در حقیقت، عموم نباشد و در «عموم» نامیدن آن، خطایی رخ داده یا تسامحی صورت گرفته باشد؟ (به عبارت سوم، آیا «عموم» نامیدن «عموم بدلی»، امری حقیقی است یا مجازی؟ اصیل است یا اعتباری؟ بالذات است یا بالعرض؟)
۷. بحث انواع عموم در مبحث اطلاق و تقیید چه جایگاهی دارد و آراء اصولیان در این زمینه تا چه میزان پراکندگی یا هم‌خوانی دارد؟

برای دو سؤال نخست و سؤال اخیر، ابتدا آثار منطق‌دانان مسلمان مانند ابن‌سینا، خواجه نصیر و قطب الدین رازی را بررسی و سپس آثار اصولیان را به دو دوره پیش و پس از شیخ بهایی تقسیم کرده‌ایم. برای

سؤال سوم، نیز، با الهام از گفته‌های اصولیان، به جستجو در زبان‌های عربی، فارسی و انگلیسی پرداخته‌ایم. برای سه سؤال باقی مانده، یادآوری می‌کنیم که در تقسیم، دست کم سه چیز شرط است: ۱. تباین اقسام، ۲. جامع افراد بودن و ۳. مانع اغیار بودن. از آنجا که در ظاهر، عموم به سه نوع استغراقی، مجموعی، و بدلی تقسیم شده است، بنابراین به نظر می‌رسد که پاسخ سوال‌های چهارم تا ششم مثبت باشد؛ اما در این مقاله نشان می‌دهیم که هر سه شرط یاد شده مورد اعتراض برخی اصولیان قرار گرفته و از این رو، اختلافات متعددی میان ایشان پدید آمده است. در این مقاله، با بیان این اختلافات و چند اختلاف دیگر، نشان می‌دهیم که پاسخ هر سه پرسش یاد شده منفی است. (از اینجا، می‌توان نتیجه گرفت که انقسام عموم به این انواع سه‌گانه، از باب تقسیم اصطلاحی نیست.) با وجود این، ابهام‌های بسیاری نیز می‌ماند که این مقاله فرصت پرداختن به آنها را ندارد و نگارنده در مقاله‌ای دیگر به آنها پرداخته و امیدوار است به زودی مراحل ارزیابی و انتشار را از سر بگذرانند.

## ۱. پیشینه بحث انواع عموم در منطق اسلامی

### ابن‌سینا و تفکیک عموم استغراقی از عموم مجموعی

ابن‌سینا (۳۷۰-۴۲۸ق)، در معنانشناسی سور، معانی مختلف سورها را بیان کرده و تنها یکی را به عنوان معنای استاندارد و دارای کاربرد در علوم پذیرفته است. در اینجا است که نخستین بار، توجه به تمایز عموم استغراقی و عموم مجموعی مشاهده می‌شود.

ابن‌سینا به این نکته توجه کرده که سور در سه معنا به کار می‌رود: سورها گاهی (۱) احکام تک تک افراد را بیان می‌کنند و گاهی (۲) احکام مجموع افراد را و گاهی (۳) احکام مفهوم کلی موضوع را؛ برای مثال، وقتی می‌گوییم «کل افراد این کلاس دانشجو هستند» تک تک افراد کلاس را دانشجو دانسته‌ایم اما وقتی می‌گوییم «کل افراد این کلاس بیست نفر هستند» واضح است که نمی‌خواهیم تک تک افراد را بیست نفر بدانیم بلکه مجموع آنها را بیست نفر می‌دانیم؛ و نیز وقتی می‌گوییم «کلی انسان نوع است» نه می‌خواهیم بگوییم تک تک افراد کلاس نوع هستند نه می‌خواهیم بگوییم مجموع آنها نوع است (زیرا «نوع» صفت مفاهیم است نه صفت موجودات خارجی). در جمله «کلی انسان نوع است»، می‌خواهیم بگوییم مفهوم «انسان» که کلی است نوع است.

ابن‌سینا، از میان این سه معنا، تنها معنای اول را دارای کاربرد علمی می‌داند. او در کتاب اشارات و تنبیهات در تفسیر سور در موجه کلیه می‌گوید:

إعلم أنا إذا قلنا «كل ج ب» فلسنا نعني به أن كلية ج أو الجيم الكلي هو ب؛ بل نعني به أن كل واحد واحد مما يوصف بج كان موصوفا بج ... (ابن سينا ۱۳۷۵ ص ۱۶۰).

### اختلاف فخر رازی و خواجه نصیر در تفسیر سخن ابن سینا

در تفسیر «کلیه ج» که در سخن ابن سینا به کار رفته است میان فخر الدین رازی (۵۴۴-۶۰۶ق) و خواجه نصیر الدین طوسی (۵۹۷-۶۷۲ق) اختلاف پدید آمده است. فخر الدین رازی آن را به معنای «مجموع افراد ج» در نظر گرفته است اما خواجه آن را به معنای «کلی منطقی» تفسیر کرده است یعنی کلی بودن ج (طوسی ۱۳۷۵ صص ۱۶۱-۱۶۳ و ۱۳۶۷ ص ۸۴).

قطب الدین رازی (۶۸۹-۷۶۶ق) در داوری میان فخر و خواجه به صراحت نظر فخر را می‌پذیرد:

والحق ما فهم الامام [فخر الدین] من أن المراد الكلي المجموعي (قطب رازی ۱۳۷۵ ص ۱۶۱).

اگر تفسیر فخر و قطب را بپذیریم ابن سینا می‌خواهد بگوید که در عباراتی مانند «کل ج ب» مقصود این نیست که مجموعه افراد ج وصف ب را دارد (چنان که گاهی می‌گوییم کل دانشجویان این کلاس بیست نفر هستند) بلکه مقصود این است که تک تک افراد ج وصف ب را دارند (چنان که می‌گوییم هر دانشجوی این کلاس یک نفر است). در این صورت، ابن سینا اولین کسی است که به تفاوت عموم مجموعی و عموم افرادی در سورها اشاره می‌کند و تنبه می‌دهد. فخر و قطب را نیز شاید بتوان دومین و سومین فردی دانست که این تمایز را به سورها مرتبط می‌دانند.

### خواجه نصیر و لام استغراق جنس

خواجه نصیر، از تمایز عموم مجموعی و عموم افرادی آگاهی داشته است زیرا تفاوت‌های کل و جزء با کلی و جزئی را به نقل از فخر رازی بیان کرده است (طوسی ۱۳۷۵ ص ۱۶۱)؛ اما علی رغم این، تفاوت آن دو را به سورها مرتبط ندانسته است.

با وجود این، خواجه نصیر سور کلی را بی‌ارتباط با عموم استغراقی نمی‌داند. یک شاهد برای این مدعا این است که خواجه نصیر، هنگام برشمردن معانی «ال» در زبان عربی، اصطلاح نحوی «لام استغراق جنس» را ویژه محصورة کلیه می‌شمرد (طوسی ۱۳۶۷ ص ۸۵). به نظر می‌رسد که ریشه اصطلاح «عموم استغراقی» همین اصطلاح نحوی باشد.

### سهروردی، شهرزوری، قطب الدین شیرازی، قطب الدین رازی و عموم مجموعی

شیخ شهاب الدین سهروردی (۵۴۹-۵۸۷) در کتاب حکمه الاشراف با الهام از ابن سینا، میان عموم مجموعی و استغراقی تمایز برقرار می‌سازد و برخی از مغالطات را ناشی از خلط آن دو می‌شمارد:

و قد يقع الغلط بسبب السور كما يؤخذ البعض السورى مكان البعض الذى هو الجزء الحقيقى و كما يؤخذ «كل واحد» و «الجميع» كل مكان الآخر (سهروردى ۱۳۸۳ ص ۱۴۲).

شمس الدين محمد شهرزورى (م. بعد از ۶۸۷ق) در شرح این عبارت، مثالی را ذکر می‌کند که بعدها به مثال معروفی تبدیل می‌شود: «هر یک از انسان‌ها با قرص نانی سیر می‌شود» و «همه انسان‌ها با قرص نانی سیر می‌شوند». شهرزورى در شرح این مثال، برای نخستین بار اصطلاح «کل مجموعی» را به کار می‌برد:

و من الغلط ان يؤخذ حكم كل واحد مكان الكل المجموعى فانه ليس حكم قولنا «كل واحد من الناس يشبعه رغيف» حكم قولنا «كل الناس»، بمعنى الكل المجموعى، «يشبعه رغيف خبز»، فان الاول صادق دون الثانى. (شهرزورى ۱۳۷۲ ص ۱۴۲)

قطب الدين شيرازى (۶۳۴-۷۱۰) در شرح عبارت یاد شده از سهروردى، مثال دوم شهرزورى را به صورت سالبه ذکر می‌کند: «همه انسان‌ها با قرص نانی سیر نمی‌شوند». قطب شيرازى این مغالطه را به یک اعتبار از نوع مغالطه سوء اعتبار حمل و به یک اعتبار دیگر از باب اشتراك لفظ می‌گیرد:

و هذا و ما قبله من باب سوء اعتبار الحمل باعتبار، و من باب الغلط فى جوهر اللفظ باعتبار، لاشتراك لفظة «كل» و «بعض» بين المعانى المذكورة (شيرازى ص ۱۴۲).

قطب الدين رازى (۶۸۹-۷۶۶ق)، در واپسین سطرهای شرح مطالع، در بحث مغالطات، «عموم استغراقی» را «کل عددی» نامیده و خلط «کل مجموعی» با آن را یکی از مغالطات شمرده است:

الاشتباه من حيث المعنى على اقسام: [۱] ايهام الانعكاس ... [۲] و اخذ ما بالقوة مكان ما بالفعل ... [۳] و اغفال توابع الحمل [۱-۳] من الجهة ... [۲-۳] و [من] الربط ... [۳-۳] و [من] السور [۱-۳-۳] كاخذ السور بحسب الاجزاء مكان السور بحسب الجزئيات [۲-۳-۳] و اخذ «الكل المجموعى» مقام «الكل العدى» (قطب رازى ۱۳۸۴ ص ۶۹۷).

### قطب رازى و عموم بدلى

قطب الدين رازى احتمالاً اولین کسی است که به «عموم بدلى» نیز اشاره کرده است. او در شرح مطالع در بحث چهارم از مبحث جهت که مربوط به جهت حمل و جهت سور است، می‌نویسد:

اذا قلنا: «كل ج ب» فها هنا اربعة معان:

- ۱- كل ج من حيث هو كل؛ اى الكل المجموعى [= عموم مجموعى؟]
- ۲- و كل واحد واحد معاً؛ اى على سبيل الجمع [= عموم مجموعى؟]
- ۳- و كل واحد واحد على سبيل البدل [= عموم بدلى؟]

۴- و کل واحد واحد مطلقاً، الذی هو مفهوم الكلية فی المحصورات [= عموم استغراقی] (قطب رازی ص ۳۰۱).

عبارات قطب در شرح این چهار معنا بسیار پیچیده و مغلق است و نمی‌توان با قطع و یقین گفت که مقصود او از «کل واحد واحد علی سبیل البدل» همان «عموم بدلی» در اصطلاح متأخران است اما می‌توان آن را منشأ و سرآغاز اصطلاح «عموم بدلی» دانست. قطب رازی این معنای سوم را در محاکمات خود نیز آورده است اما بدون شرح (قطب رازی ص ۱۶۶).

تا اینجا دریافتیم که «عموم استغراقی» همان سور کلی در محصورات است اما این که «عموم مجموعی» و «عموم بدلی» چیستند، پاسخ روشنی به دست نیاوردیم. در منطق قدیم، بیش از این نکته‌ای مربوط به بحث نیافته‌ایم لذا بحث منطق قدیم را در همین جا به پایان می‌بریم.

## ۲. پیشینه بحث انواع عموم در اصول فقه

علمای اصول فقه نیز میان سورها و انواع عموم ارتباط برقرار کرده و انواع عموم را در دو مبحث مهم از مباحث الفاظ اصول فقه بسط و گسترش داده‌اند. شرحی اجمالی از این دو مبحث به قرار زیر است: یکی از سرفصل‌های کتاب‌های اصول فقه مبحث بسیار مهم عام و خاص است. در اینجا، اصولیان در صدند که الفاظی از زبان عربی را که دلالت بر عموم دارند و الفاظی را که دلالت بر استثنای این عمومات دارند بیان کنند. این الفاظ عموم در واقع همان سوره‌های کلی هستند هرچند الفاظ خصوص سوره‌های جزئی نیستند (بلکه ادات‌های استثنا هستند؛ توجه کنید به مثال «أكرم كل عالم إلا زيدا» که «کل» عام است و «الا» تخصیص آن عام است).

یکی دیگر از سرفصل‌های کتب اصولی مبحث مطلق و مقید است. مطلق نیز مانند عام است به جز این‌که لفظ خاصی برای آن قرارداد نشده و در واقع، تفاوت مهم عام و مطلق نیز همین است: دلالت الفاظ عام به عموم «دلالت مطابقی» است اما دلالت الفاظ مطلق به عموم «دلالت التزامی» (به زبان فیلسوفان تحلیلی، الفاظ عام «دلالت سمانتیکی» و الفاظ مطلق «دلالت پراگماتیستی» به عموم دارند). میان عام و مطلق، از نظرگاه منطقی صرف، تفاوتی وجود ندارد و بنابراین، تقسیمات عام و تقسیمات مطلق، از دیدگاه منطقی یکسان هستند و برای نمونه، میان «عام بدلی» و «مطلق بدلی» تفاوتی منطقی وجود ندارد. از این رو، در این مقاله، تفاوت‌های غیرمنطقی این دو مبحث را نادیده می‌گیریم.



### شیخ طوسی و عموم بدلی

شیخ طوسی (۳۸۵-۴۶۰ق) ابو جعفر محمد بن حسن، از معاصران ابن سینا، نخستین کسی است که به یکی از ادات‌های عموم بدلی اشاره کرده و به تفاوت معنایی آن با ادات‌های عموم استغراقی پی برده است. او در کتاب غده می‌نویسد:

و منها [= من الفاظ العموم] «أی» فانها تستغرق ما یعقل و ما لا یعقل و هی اعم من اللفظتین [«من» و «ما»] معا ... الا انها لاتفید الاستغراق کما تفید «من» و «ما» (شیخ طوسی ص ۲۷۵).

همان طور که دیده می‌شود، شیخ طوسی هرچند کلمه «أی» را دارای عموم می‌داند اما این عموم را شبیه عموم استغراقی موجود در معنای «من» و «ما» نمی‌یابد. از ظاهر عبارت شیخ طوسی چنین به دست می‌آید که عموم «أی» ضعیف‌تر از عموم «من» و «ما» است و این می‌تواند به عموم بدلی موجود در این کلمه اشاره داشته باشد. شیخ طوسی همچنین، با عباراتی مانند «واحداً لابعینه» به عموم بدلی در مفرد نکره اشاره کرده است:

فاما اذا کان [اسم الجنس] خالیا من الالف و اللام فانه یفید «واحداً لابعینه» نحو قول القائل «رایت رجلاً و انساناً» ... و متی خلت الفاظ الجموع من الالف و اللام فانها تفید ثلاثه فصاعداً «لاباعیانهم» (شیخ طوسی صص ۲۷۵-۲۷۶).

چنان که دیده می‌شود، در زمان شیخ طوسی، عموم استغراقی از عموم بدلی به صورت صریح تفکیک نشده است و این عدم تفکیک، چنانکه خواهیم دید، تا زمان صاحب جواهر یعنی تا هشت قرن ادامه داشته است. از نظر شیخ طوسی، «عموم» همان عموم استغراقی است:

اعلم ان معنی قولنا فی اللفظ «انه عام» یفید انه یستغرق جمیع ما یصلح له (شیخ طوسی ص ۲۷۳).  
از این رو، طبیعی است که شیخ طوسی عموم موجود در عموم بدلی را به منزله عموم نشناسد و آن را با عباراتی مانند «واحداً لابعینه» و «لا بأعیانهم» بیان کند. شناسایی عموم بدلی به عنوان عموم در زمان قطب رازی و سپس در آثار صاحب جواهر، نشانه تعمیم در معنای «عموم» است.

### شیخ طوسی و عموم استغراقی در مفرد محلی به لام

اولین اثری در اصول فقه که تفکیک عموم مجموعی و استغراقی را در آن یافته‌ایم کتاب معالم الدین و ملاذ المجتهدین از صاحب معالم است. برای ورود به بحث صاحب معالم، ناگزیریم ابتدا نزاع میان شیخ طوسی و محقق حلی در باب دلالت مفرد معرفه بر عموم را ذکر کنیم:

در میان اصولیان، در این نکته نزاعی نیست که جمع معرفه (و به اصطلاح اصولی، «جمع محلی به لام») شبیه سور کلی است و دلالت بر تک تک افراد دارد مانند گزاره «دانشمندان را محترم بدار» و «اکرم العلماء» که معادل است با «همه دانشمندان را محترم بدار» و «اکرم جمیع العلماء». اما آیا مفرد معرفه (به اصطلاح اصولی، «مفرد محلی به لام») نیز شبیه سور کلی است و بر تک تک افراد دلالت می‌کند؟ برای نمونه، آیا گزاره «دانشمند را محترم بدار» و «اکرم العالم» معادل است با «هر دانشمند را محترم بدار» و «اکرم کل عالم»؟ پاسخ غالب اصولیان منفی است و تعداد بسیار کمی، از جمله شیخ طوسی (بنا به نقل محقق حلی)، پاسخ مثبت داده‌اند. دلیل این عده آن است که «مفرد محلی به لام» می‌تواند صفت جمع داشته باشد. در این جا، مثالی را از ادبیات عرب ذکر کرده‌اند که بعدها سرآغاز ورود بحث «عموم مجموعی» به اصول فقه گشته است:

«أهلک الناس الدرهمُ البیضُ و الدینارُ الصُفرُ» (محقق حلی معارج الاصول ص ۸۶). یعنی نقره‌های سفید و طلاهای زرد مردم را نابود کرده است (و یا، انسان‌ها را سیم و زر به نابودی کشانده است).

کلمات «بیض» و «صُفر» جمع «أبیض» و «أصفر» است و این نشان دهنده آن است که «الدرهم» و «الدینار» در اینجا دلالت بر جمع دارد یعنی «الدرهم» و «الدنانیر» و می‌دانیم که جمع معرفه دلالت بر عموم دارد.

پاسخ اول از محقق حلی

محقق حلی (۶۰۲-۶۷۶ق)، شیخ نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن الحسن الهذلی معروف به صاحب شرایع، از معاصران خواجه نصیر، در پاسخ به شیخ طوسی، کاربرد صفت جمع برای مفرد در این مثال را مجازی و غیرحقیقی دانسته است زیرا صفت جمع برای مفرد معرفه در همه جا کاربرد ندارد و برای نمونه، نمی‌توان گفت «الرجل القضاة» (محقق حلی / ۸۶-۸۷).

پاسخ دوم به نقل از صاحب معالم (مبنی بر تفکیک عموم مجموعی از عموم استغراقی)

صاحب معالم پاسخ دیگری به استدلال شیخ طوسی را از عده‌ای بدون ذکر نام، نقل می‌کند: واجب عن الاول: بالمنع من دلالته علی العموم، وذلك لان مدلول العام کل فرد، ومدلول الجمع مجموع الافراد، و بینهما بون بعید (عاملی ص ۱۰۵).

بر پایه این پاسخ، میان الفاظ عام و الفاظ جمع تفاوت وجود دارد زیرا اولی بر عموم استغراقی (کل فرد) دلالت دارد و دومی بر عموم مجموعی (مجموع الافراد). در مبحث عام و خاص از اصول فقه، مقصود از

«عموم» عموم استغراقی است نه عموم مجموعی و در مثال بالا واژه‌های «الدرهم» و «الدینار»، به فرض دلالت بر معنای جمع، به عموم مجموعی اشاره می‌کند نه به عموم افرادی. صاحب معالم و نفی عموم مجموعی از جمع محلی به لام جمال الدین حسن عاملی (۹۵۹-۱۰۱۱ق) فرزند شهید ثانی و معروف به صاحب معالم این پاسخ دوم را نمی‌پذیرد:

وفی الجواب عن کلا الوجهین نظر: أما الاول، فلانه مبني على أن عموم الجمع ليس كعموم المفرد، وهو خلاف التحقيق، كما قرر في موضعه (عاملی ۱۰۵).

ظاهراً مقصود صاحب معالم این است که عموم، در همه جا «عموم استغراقی» است چه لفظ دلالت کننده مفرد باشد و چه جمع. بنابراین، تفکیک میان دو نوع عموم، نادرست است.<sup>۱</sup>

چنان که دیدیم کتاب صاحب معالم (و یا شاید کتاب آن شخص ناشناخته که به استدلال شیخ طوسی پاسخ گفته) اولین اثری باشد که به بحث عموم مجموعی پرداخته و سبب شده است که اصولیان بحث عموم مجموعی را وارد مباحث اصولی خود کنند.

### ۳. بحث صریح از انواع عموم در اصول فقه

شیخ بهایی و اشاره صریح به عموم مجموعی و استغراقی شیخ بهایی (۹۵۳-۱۰۳۱ق) برای اولین بار عموم را به گونه‌ای تعریف کرده که شامل عموم مجموعی و عموم استغراقی گشته است:

العام هو «اللفظ الموضوع للدلالة على استغراق اجزائه او جزئیاته» كما عرفه شيخنا البهائي رحمه الله ... و قوله «اجزائه او جزئیاته» لدخول مثل «الرجال» على كل واحد من المعنيين الآتیین من ارادة العموم الجمعی او الافرادى (میرزای قمی ۱۹۲).

عبارت «اجزائه او جزئیاته» از شیخ بهایی یادآور این عبارت قطب رازی است که گذشت: «كاخذ السور بحسب الاجزاء مكان السور بحسب الجزئیات».

۱. صاحب معالم، پس از رد پاسخ یاد شده، فراموش می‌کند که پاسخ خود به استدلال شیخ طوسی را بیان کند. به نظر ما، افزون بر پاسخ محقق حلی، شاید بتوان استدلال شیخ طوسی به مثال «اهلك الناس...» را به صورت دیگری نیز پاسخ داد: دو عبارت «الدرهم البيض» و «الدینار الصفر» در این مثال به مجموع نقره‌ها و مجموع طلاها دلالت می‌کنند که باعث نابودی بشر گشته‌اند نه تک تک طلاها و نقره‌ها زیرا یک طلا یا نقره نمی‌تواند باعث هلاکت همه انسان‌ها شود بلکه اجتماع طلاها و نقره‌ها است که انسان را گمراه و نابود می‌کند. اگر این پاسخ بهره‌ای از درستی برده باشد آن گاه می‌توان از پاسخی که صاحب معالم نقل و رد کرده است (مبني بر تفکیک عموم استغراقی و عموم افرادی) دفاع کرد.

### میرزای قمی و تعیین محل ظهور ثمره در جملات منفی

میرزای قمی (۱۱۵۱-۱۲۳۱ق)، معروف به صاحب قوانین، تفاوت عموم مجموعی و عموم استغراقی را تنها در مواردی دیده است که فعل نهی بر کلمه عام وارد شده باشد. و يظهر الثمرة فی [الحکم] المنفی: فلو كان الجمع المضاف فی قوله تعالی «و لا تقتلوا اولادکم» بمعنی الکلی المجموعی فلم یدلّ بحرمة قتل البعض بخلاف المعنی الاول [الکلی الافرادی] (میرزای قمی ۱۳۷۸ق ص ۱۹۳).

بعداً خواهیم دید که صاحب کفایه (۱۲۵۵-۱۳۲۹ق) تفاوت میان انواع عموم را نه در نواهی بلکه در اوامر می‌داند.

صاحب قوانین، در بحث دیگری، به تفکیک عموم مجموعی و استغراقی استناد می‌کند که تطبیق آن بر ثمره یاد شده در بالا دشوار نیست: برخی از اهل تسنن، برای اثبات حجیت اجماع به آیه شریفه «فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و الرسول» آنها به صورت زیر از آیه شریفه مفهوم مخالف گرفته‌اند: «ان لم تتنازعا فی شیء فلا یجب ان تردوه الی الله و الرسول»؛

یعنی در صورت حصول اتفاق و اجماع، نیازی به مراجعه به کتاب و سنت نیست! صاحب قوانین دو پاسخ به این استدلال داده است که در پاسخ دوم، عموم در ضمیرهای جمع «تنازعتم» و «ردوا» را عموم استغراقی و غیرمجموعی به شمار آورده است:

مع أن عموم الجمع فی «تنازعتم» و «ردوا» افرادی لا مجموعی کما لایخفی (میرزای قمی ۳۶۱). در اینجا نیز می‌بینیم که ثمره تفکیک عموم استغراقی و مجموعی در یک جمله منفی (مفهوم مخالف شرطی) ظاهر می‌شود. اگر عموم مجموعی باشد مفهوم مخالف چنین است: «در صورت عدم تنازع جمعی (یعنی در صورت اجماع؟)، وجوب رد به خدا و رسول منتفی است» و بنابراین، اجماع حجت است؛ اما اگر عموم استغراقی باشد مفهوم مخالف چنین است: «در صورت عدم تنازع فردی (یعنی در صورت توافق فردی)، وجوب رد به خدا و رسول منتفی است» که حجیت اجماع از آن به دست نمی‌آید.

چکیده دو مثال صاحب قوانین به صورت زیر است:

|                                |           |                   |
|--------------------------------|-----------|-------------------|
| لا تقتلوا اولادکم              | مجموعی:   | لا تقتلوا اولادکم |
| لا تقتلوا (أیّ ولد من) اولادکم | استغراقی: |                   |

|   |           |             |
|---|-----------|-------------|
| فان تنازعتم (جمیعکم) فی شیء فردوه الی الله و الرسول         | مجموعی:   | فان تنازعتم |
| فان تنازعتم (أیّ اثنین منکم) فی شیء فردوه الی الله و الرسول | استغراقی: |             |

## صاحب جواهر و عموم بدلی

شیخ محمد حسن نجفی (۱۲۰۲-۱۲۶۶ق) معروف به صاحب جواهر، بزرگ فقیه قرن سیزدهم، کسی است که اصطلاح «عموم بدلی» را برای اولین بار در جلد هفتم جواهر الکلام او یافته‌ایم (نجفی ۴۳۰/۷). متأسفانه، صاحب جواهر تعریفی از عموم بدلی ارائه نکرده است.

## شیخ مرتضی انصاری و عموم مجموعی

شیخ مرتضی انصاری (۱۲۱۴-۱۲۸۱ق) در باب حدیث علوی «ما لا یدرک کله لا یتدرک کله»، عموم موجود در لفظ «کُلُّه» را عموم مجموعی دانسته است.

و اما احتمال کون لفظ «الکل» للعموم الافرادى فلا وجه له لان المراد من الموصول [= «ما لا یدرک کله»] هو فعل المكلف و کله عبارة عن مجموعہ ... لفظ «الکل» ... مجموعی لا افردی اذ لو حمل علی الافرادى کان المراد «ما لا یدرک شیء منه لا یتدرک شیء منه» و لا معنی له (انصاری ۴۹۹/۲)

از این عبارت، به دست می‌آید که عموم مجموعی و عموم استغراقی، به ترتیب، معادل است با «مجموع الاجزاء» و «کل جزء»؛ و این خلاف اصطلاح صاحب معالم است که آن دو را به معنای «مجموع الافراد» و «کل فرد» دانسته بود و نیز خلاف اصطلاح شیخ بهایی است که آن دو را به معنای «اجزائه» و «جزئیاته» گرفته است. در نمودار زیر، این تفاوت‌ها را بهتر می‌توان مقایسه کرد:

| عموم استغراقی | عموم مجموعی   |             |
|---------------|---------------|-------------|
| کل فرد        | مجموع الافراد | صاحب معالم: |
| جزئیاته       | اجزائه        | شیخ بهایی:  |
| کل جزء        | مجموع الاجزاء | شیخ انصاری: |

## صاحب کفایه و انواع عموم در جملات مثبت

صاحب کفایه (۱۲۵۵-۱۳۲۹ق) تفاوت میان انواع عموم را برخلاف صاحب قوانین، نه در نواهی، بلکه در اوامر می‌داند.

ثم الظاهر أن ما ذکر له من الاقسام: من الاستغراقى والمجموعى والبدلى إنما هو باختلاف كيفية تعلق الاحكام به، وإلا فالعموم فى الجميع بمعنى واحد، وهو شمول المفهوم لجميع ما يصلح أن ينطبق عليه، غاية الامر أن تعلق الحكم به تارة بنحو يكون كل فرد موضوعا على حدة للحكم، وأخرى بنحو يكون الجميع موضوعا واحدا، بحيث لو أخل بإكرام واحد فى (أكرم كل فقيه) مثلا، لما امتثل أصلا، بخلاف الصورة الاولى،

فأنه أطاق وعصى، و ثالثة بنحو یکون کل واحد موضوعا علی البدل، بحیث لو أکرم واحدا منهم، لقد أطاق وامتثل، (خراسانی ۲۱۰).

در حقیقت، می‌توانیم بگوییم که اولین تعریف برای عموم بدلی را در عبارات به دست آورده‌ایم و چنان که گفتیم، صاحب جواهر اصطلاح عموم بدلی را هرچند به کار برده اما تعریف نکرده است. همچنین، ملاک‌هایی که صاحب کفایه ذکر کرده است بسیار واضح‌تر و شفاف‌تر از ملاک‌ها و تعریف‌های پیشینیان است و از ملاک‌هایی که صاحب کفایه برای انواع عموم ارائه کرده، می‌توان تعریفی را برای آن انواع به دست آورد:

از آنجا که عدم اکرام برخی از دانشمندان، در عموم مجموعی، به منزله عصیان و عدم اطاعت است اما در عموم استغراقی، شامل اطاعت و عصیان خواهد بود، می‌توان نتیجه گرفت که در عموم مجموعی، یک امر و فرمان وجود دارد: یک امر به اکرام همه دانشمندان؛ اما در عموم استغراقی، چندین امر و دستور وجود دارد: به تعداد دانشمندان؛ از این رو است که اکرام برخی و عدم اکرام برخی دیگر، به منزله اطاعت از برخی از اوامر و عصیان از سایر دستورات است. بنابراین، می‌توان تعریفی (هرچند ناقص) از عموم مجموعی و استغراقی نزد صاحب کفایه ارائه کرد که با تعریف‌های پیشین کاملا متفاوت است: تعریف عموم مجموعی به وحدت حکم و تعریف عموم استغراقی به تعدد حکم (به تعداد مصادیق موضوع حکم).

| موضوع حکم:               | وحدت و کثرت حکم: | اکرام برخی و نه همه: |
|--------------------------|------------------|----------------------|
| همه افراد جداگانه        | تعدد حکم         | اطاعت و عصیان        |
| همه افراد با هم          | وحدت حکم         | عصیان فقط            |
| همه افراد به صورت جانشین | وحدت حکم         | اطاعت فقط            |

همچنین، می‌بینیم که صاحب کفایه مانند صاحب معالم و برخلاف شیخ بهایی، صاحب قوانین و شیخ انصاری، به افراد توجه دارد نه به اجزا.

### امام خمینی و انواع عموم

امام خمینی (۱۳۲۰-۱۴۰۹ق) تفسیر شیخ انصاری از «کل» در «ما لا یدرک کله لایترک کله» را مقبول نمی‌داند. به نظر او، استغراقی بودن عموم در اولین «کُلُّه» محتمل است اما عموم در دومین «کُلُّه» صرفا عموم افرادی و استغراقی است:

توضیح احتمالات الحدیث:

الاول: ان یراد من «الکل» فی الجملتین «المجموع» [عموم مجموعی]، لکنه احتمال بدئی لایلائم مع مرمی الحدیث ...

الثانی: ان یراد من «الکل» فیهما «کل جزء منه» [عموم استغراقی] ... فهو صحیح و ان لم یکن الحدیث متعینا فیه ...

الثالث: ان یراد من «الکل» فی الجملة الاولى «المجموع» [عموم مجموعی] و من الثانی «کل جزء منه» [عموم استغراقی]... و هذا اظهر الاحتمالات و یساعده الذوق العرفی (سبحانی ۳/ ۴۵-۴۶). آشکار است که امام خمینی تعریف شیخ انصاری از عموم مجموعی و استغراقی را پذیرفته است و نه تعریف دیگران را.

#### مظفر و تفاوت عموم مجموعی و استغراقی در جملات مثبت

محمد رضا مظفر (۱۳۲۲-۱۳۸۴ق)، برای اثبات حجیت خبر واحد، عموم در فعل امر «لینذروا» در آیه انذار را عموم استغراقی می‌داند:

«ما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة طائفة ليتفقهوا في الدين و لينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم ينذرون» ... لا دلالة في الآية على انه يجب في الطائفة ان يندروا قومهم إذا رجعوا اليهم مجتمعين بشرط الاجتماع، فالآية من هذه الناحية مطلقة و بمقتضى اطلاقها يكون خبر الواحد لو انفرد بالاخبار حجة أيضا. یعنی ان العموم فيها افرادی لا مجموعی. (مظفر ۱۳۷۰ ج ۲ ص ۷۹-۸۰).

با بررسی آیه انذار که مظفر به آن پرداخته است، می‌توان تعریف جدیدی برای عموم مجموعی و استغراقی به دست آورد که با همه معانی گذشته متفاوت است هرچند به تعریفی که از مطالب صاحب کفایه به دست آورده‌ام شباهتی دارد. مظفر به تمایز میان «انذار جمعی و گروهی» و «انذار فردی و تکی» توجه کرده و آن دو را به ترتیب، عموم مجموعی و عموم استغراقی نامیده است. تفاوت انذار گروهی و انذار تکی در این است که در انذار گروهی، چند نفر، هم‌زمان در یک محل (مثلا در یک شهر) جمع می‌شوند و به انذار می‌پردازند؛ اما در انذار تکی، افراد، در مکان‌های متفاوت (مثلا هر کس در شهر خود) و حتی در زمان‌های متفاوت (مثلا از صدر اسلام تا زمان ظهور) انذار می‌کنند. بنابراین، در اینجا، می‌توان عموم مجموعی را به «وحدت زمان و مکان» و عموم استغراقی را به «تعدد زمان و مکان» تعریف کرد. نزدیک بودن این تعریف به تعریف صاحب کفایه کاملا آشکار است.

این تحلیل، گویای این مطلب است که عموم مجموعی، در اصطلاح مظفر، نه به معنای «کل جزء» است و نه به معنای «جميع الافراد» است و نه به معنای «اجزائه». در این اصطلاح، عموم مجموعی به معنای «بشرط الاجتماع» یعنی «هم‌زمانی و هم‌مکانی» است! مبلغان دین می‌توانند در شهرهای گوناگون و زمان‌های گوناگون به تبلیغ و انذار بپردازند و می‌توانند هم‌زمان و در یک شهر یا روستا به وعظ و

خطابه مشغول شوند. چنان که دیدیم مظفر حالت اول را عموم استغراقی و حالت دوم را عموم مجموعی شمرده است که با همه تعریف‌های پیشین از این دو اصطلاح متفاوت است.

#### سایر معاصران و انواع عموم

سایر معاصران نیز تفکیک دو نوع عموم را در جملات متعددی مورد بحث قرار داده‌اند:

سید مصطفی خمینی در تفسیر قرآن خود در آیات «و علم آدم الاسماء کلها» و «صراط الذین انعمت علیهم» هر دو احتمال استغراقی و مجموعی را جایز دانسته است (خمینی ج ۲ ص ۱۸۳ و ج ۵ ص ۳۶۰). آیه دوم نشان می‌دهد که اسم موصول (الذین) نیز دلالت بر عموم دارد و از الفاظ عموم به شمار می‌رود. شیخ مرتضی حائری نیز، عموم در «ما کان للملوک فلامام» را عموم مجموعی دانسته است (حائری ۱۴۱۸ق ص ۶۸۶). بنا به این تحلیل: «ما کان لجميع الملوک [یعنی الانفال] فلامام» یعنی حدیث تنها در مورد انفال سخن می‌گوید. اگر عموم استغراقی می‌بود: «ما کان لأیّ ملک من الملوک فلامام» در این صورت، این حدیث شریف، امام را مالک تمام دارایی‌های همه پادشاهان به شمار می‌آورد. این مثال نشان می‌دهد که برخلاف نظر شیخ طوسی و صاحب معالم، جمع محلی به لام همواره برای عموم استغراقی به کار نمی‌رود بلکه گاهی مانند «الملوک» در این حدیث برای عموم مجموعی به کار می‌رود.

#### ۴. تعریف‌های متعدد برای هر یک از انواع عموم

برای این که بتوانیم آراء و نظریات ارائه شده را به صورت منسجم بررسی و تحلیل کنیم باید چکیده و مغز هر نظریه را از سایر اجزاء جدا کنیم تا بهتر بتوانیم آنها را مورد سنجش و مقایسه قرار دهیم. در زیر، محتوای اصلی هر نظر را به صورت کاملاً اجمالی آورده‌ایم:

|                                     |  |
|-------------------------------------|--|
| صاحب معالم: عموم در جمع معرفه       | عموم مجموعی ← نظر مستشکل بر شیخ طوسی<br>عموم استغراقی ← نظر صاحب معالم                     |
| شیخ بهائی: تعریف عموم:              | عموم مجموعی ← استغراق الاجزاء<br>عموم استغراقی ← استغراق الجزئیات                          |
| میرزای قمی: لا تقتلوا اولادکم خشية: | عموم مجموعی ← عدم دلالت بر حرمت قتل یک فرزند<br>عموم استغراقی ← دلالت بر حرمت قتل یک فرزند |
| میرزای قمی: فان تنازعتم فی شیء:     | عموم مجموعی ← دلالت بر حجیت اجماع<br>عموم استغراقی ← عدم دلالت بر حجیت اجماع               |



|                             |                           |                           |                            |
|-----------------------------|---------------------------|---------------------------|----------------------------|
| عموم مجموعی و عموم استغراقی | عموم مجموعی و عموم مجموعی | ما لایدرک کله لایترک کله: | شیخ انصاری:<br>امام خمینی: |
| اطاعت و عصیان               | استغراقی                  | حکم انواع عموم در اوامر   | صاحب کفایه:                |
| عصیان                       | مجموعی                    |                           |                            |
| اطاعت                       | بدلی                      |                           |                            |
| عدم دلالت بر حجیت خبر واحد  | عموم مجموعی               | لیندروا قومهم اذا رجعوا   | مظفر:                      |
| دلت بر حجیت خبر واحد        | عموم استغراقی             |                           |                            |

با مقایسه این آراء، می‌بینیم که تعریف‌ها و مفاهیم گوناگونی از عموم مجموعی و استغراقی به دست می‌آید. برای نمونه، شیخ بهائی، «کل جزء» را عموم مجموعی و در برابر «کل فرد» می‌داند اما شیخ انصاری و امام خمینی آن را عموم استغراقی و در برابر «جمع» می‌دانند.

همچنین، میرزای قمی عموم مجموعی را «سلب کلیت» در برابر «کلیت سلب» می‌داند زیرا «لا تقتلوا اولادکم» اگر عموم مجموعی باشد به معنای «لا تقتلوا جمع اولادکم» است (نقیض موجبه کلیه و معادل سالبه جزئیه) اما اگر عموم استغراقی باشد به معنای «لا تقتلوا ایّ ولد من اولادکم» و به عبارت دیگر، «کل ولد لکم فلا تقتلوه» (سالبه کلیه).

میرزای قمی، همچنین، در بحث از آیه «فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله و الرسول» و مفهوم مخالف آن: «فان لم تتنازعوا فلا یجب رده الی الله و الرسول»، دو تفسیر از «عدم تنازع» ارائه کرده است:

۱. عدم تنازع جمعی یا عدم تنازع کلی که برابر است با اتفاق و اجماع، و
  ۲. عدم تنازع فردی یا عدم تنازع جزئی که با اتفاق و اجماع برابر نیست.
- میرزای قمی، با انکار تفسیر اول که تفسیر به عموم مجموعی است، دلالت مفهوم مخالف آیه شریفه به حجیت اجماع را به چالش کشیده است. در اینجا، می‌بینیم که عموم مجموعی برابر است با «سلب تنازع کلی» و عموم استغراقی برابر است با «سلب تنازع جزئی». این معنای عموم مجموعی و استغراقی به معنای پیشین یعنی «سلب کلیت» و «کلیت سلب» بسیار نزدیک است!

تعریف‌های صاحب کفایه و مظفر از عموم مجموعی و عموم استغراقی با هر دو معنای یاد شده متفاوت است زیرا صاحب کفایه و مظفر انواع عموم را در جملات مثبت در نظر داشته‌اند در حالی که صاحب قوانین و خوئی انواع عموم را در جملات منفی مورد بررسی قرار داده‌اند.

چکیده تعریف‌های یاد شده را در جدول زیر می‌بینید:

|                             |                        |                          |
|-----------------------------|------------------------|--------------------------|
| عموم استغراقی               | عموم مجموعی            |                          |
| کل فرد                      | مجموع الافراد          | مستشکل و صاحب معالم:     |
| جزئیاته - کل فرد            | اجزائه - مجموع الاجزاء | شیخ بهائی و صاحب قوانین: |
| کل جزء                      | مجموع الاجزاء          | شیخ انصاری و خمینی:      |
| کلیت سلب                    | سلب کلیت               | صاحب قوانین:             |
| سلب تنازع جزئی = عدم اجماع؟ | سلب تنازع کلی = اجماع؟ | صاحب قوانین:             |
|                             |                        |                          |
| تعدد حکم                    | وحدت حکم               | صاحب کفایه:              |
| تعدد زمان و مکان            | وحدت زمان و مکان       | مظفر:                    |

با توجه به این جدول، شباهت‌ها و تفاوت‌های میان تعاریف به خوبی آشکار می‌گردد. این جدول شش تعریف متمایز از عموم مجموعی را پیش رو قرار می‌دهد که می‌توان این تعاریف‌ها را در سه دسته طبقه‌بندی کرد: دسته اول، شامل دو تعریف نخست است که به «کل فرد»، «کل جزء» و «مجموع» ناظر است. دسته دوم، شامل تعریف‌های سوم و چهارم است که به ارتباط سلب و کلیت توجه دارند. دسته سوم نیز شامل دو تعریف اخیر است که به وحدت و تعدد حکم و وحدت و تعدد زمان و مکان ناظر هستند.

## ۵. الفاظ عموم

در منطق قدیم، وقتی سوره‌های کلی را مطرح می‌کنند هم به صورت نحوی و برهانی از آن بحث می‌کنند هم به صورت معناشناختی و سمانتیکی. در اصول فقه نیز مباحث لفظی و معنایی انواع عموم مورد بحث قرار می‌گیرد. قبلاً مباحث معنایی انواع عموم را ذکر کردیم و اکنون، اشاره‌ای به مباحث لفظی انواع عموم خواهیم داشت.

منطق‌دانان مسلمان، در مباحث نحوی سوره، صرفاً به بیان الفاظی که در زبان طبیعی (مانند فارسی، عربی، انگلیسی، یونانی و غیره) برای سوره وجود دارد مانند «هر»، «همه»، «هیچ»، نکره در سیاق نفی، جمع معرفه و ... بسنده می‌کنند. با وجود این، سورها در زبان‌های گوناگون، احکام نحوی و دستوری متفاوتی دارند که طرح آنها برای عمق بخشیدن به درک منطقی از سورها بسیار مفید است و ما نمونه‌هایی از آن را با نگاه به مباحث انواع عموم در بخش‌های بعد خواهیم آورد.

## الفاظ عموم در اصول فقه

چنان که گفتیم، شیخ طوسی از نخستین کسانی است که به ادات‌های عموم اشاره کرده است. او در کتاب عده مبحث عام و خاص، الفاظ عموم استغراقی را به شرح زیر برشمرده است:

۱ و ۲. «من» و «ما» در صورت نکره بودن (یعنی وقتی اسم استفهام یا اسم شرط هستند)

۳ و ۴ و ۵. اسماء استفهام و اسماء شرط مانند «متی» و «این» و نکره در سیاق نفی

۶ و ۷ و ۸. اسم جنس و اسم مشتق و اسم جمع (مشروط به همراهی لام جنس) (مانند «الانسان»،

«الدینار»، «الدرهم»، «السارق»، «السارقه» و «الرجال»)

۹ و ۱۰. لفظ «کل» و «کلما»

الفاظ ۳ تا ۸ را شیخ طوسی در صورت معرفه بودن (یعنی وقتی اسم موصول هستند) یا به همراهی لام عهد از الفاظ خاص به شمار آورده است.

همچنین، گفتیم که شیخ طوسی دو مورد را ذکر کرده است که ما آنها را به عموم بدلی تفسیر کردیم:

۱. «ای» که دلالتش بر عموم ضعیف‌تر از دلالت «من» و «ما» است.

۲. اسم جنس بدون لام (مفرد نکره) (شیخ طوسی صص ۲۷۴-۲۷۶).

## لفظ «أی» و عموم بدلی

دیدیم که شیخ طوسی اشاره‌ای غیرصریح به بدلی بودن «ای» دارد. بعدها، صاحب کفایه به بدلی بودن آن تصریح کرده است:

لکل واحد منها لفظ غیر ما لآخر، مثل (أی رجل) للبدلی، و (کل رجل) للاستغراقی (خراسانی ص ۲۱۰).

سپس، امام خمینی بدلی بودن لفظ «ای» را به همه کاربردهای این لفظ تعمیم داده است:

عام بدلی و اللفظ المفید له لفظة «ای»، استفهامیة کانت او غیرها (سبحانی ص ۶).

سید مصطفی خمینی، به پیروی از پدر بزرگوار خویش، حتی در مواردی که لفظ «ای» در عموم

استغراقی به کار رفته است، این واژه را دارای عموم بدلی می‌داند:

العموم البدلی كما اذا قال: «لاتکرم ای فاسق» (خمینی ج ۳ ص ۱۰۳).

آشکار است که جمله «لاتکرم ای فاسق» به معنای «هیچ فاسقی را اکرام نکن» است و سالبه کلیه عموم

استغراقی دارد. قبلاً نیز با تحلیل گفته‌های صاحب قوانین و خوئی نیز به این نتیجه رسیده بودیم که «کلیت

سلب» عموم استغراقی دارد و نه عموم بدلی. بنابراین، بدلی بودن عموم کلمه «ای» در همه کاربردها

نادرست است.

## لفظ «أی» در سیاق ترخیص

به نظر می‌رسد که اگر الفاظ عموم بدلی، مانند «أی» و «آیة» را به همراه فعل اجازه و ترخیص (و نه فعل امر و وجوب) به کار ببریم، عموم بدلی به استغراقی تبدیل خواهد شد. برای نمونه، اگر در عبارت زیر که بر عموم بدلی دلالت دارد:

اعتق اية رقبه شئت (هر برده‌ای را که می‌خواهی آزاد کن)

فعل امر را به جواز تبدیل کنیم:

لك ان تعتق اية رقبه شئت (هر برده‌ای را که می‌خواهی می‌توانی آزاد کنی)

آن‌گاه عموم استغراقی خواهیم داشت. در عبارت اخیر، علی‌رغم این‌که آزاد کردن یک برده کفایت می‌کند و از این جهت عموم بدلی است اما مجاز بودن آزاد کردن برای تک تک برده‌ها صادق است و از این جهت عموم استغراقی است. در حقیقت، این قسم صرفاً عموم استغراقی است زیرا اولاً، وجوب آزاد کردن اصولاً از آن فهمیده نمی‌شود و ثانیاً، به نظر می‌رسد که این جمله میان تمایل شخص مکلف به آزادی یک برده و جواز آزادی آن برده استلزام برقرار می‌سازد: این استلزام را می‌توان به این صورت نوشت: «اگر می‌خواهی الف را آزاد کنی آزاد کردن الف مجاز است». می‌بینیم که این استلزام برای تک تک برده‌ها صادق است و این ملاک تفکیک عام استغراقی از بدلی است.<sup>۱</sup>

۱. اکنون این سؤال طرح می‌شود که کلمه «أیا» در آیه شریفه زیر بر عموم بدلی دلالت می‌کند یا بر عموم استغراقی: قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن آیا ما تدعوا فله الاسماء الحسني (إسراء ۱۱۰)؟

امام خمینی این آیه را برای عموم بدلی مثال آورده است:

عام بدلی و اللفظ المفید له لفظة «أی»، استفهامی کانت او غیرها، فالاستفهامیة مثل قوله سبحانه تعالی «فای آیات الله تنكرون» و «ایکم یاتین بعرشها» و غیرالاستفهامیة کتوله تعالی «ایا ما تدعوا فله الاسماء الحسني» (سیحانی ۱۴۱۰ ق/۶).

(درباره اینکه آیا «أی» استفهامی و اصولاً اسماء استفهام دلالت بر عموم دارند یا نه، و در صورت دلالت، به کدام قسم دلالت می‌کنند می‌توان بحث کرد؛ اما در این مقاله در نظر داریم تنها به بحث «أی» غیراستفهامی بپردازیم).

بدلی دانستن کلمه «أی» در آیه «ایا ما تدعوا فله الاسماء الحسني» با بحثی که در بند قبل داشتیم (استغراقی بودن الفاظ عموم بدلی به کار رفته در سیاق جواز و ترخیص) ناسازگار است. آنچه از آیه فهمیده می‌شود این است:

هر یک از دو نام «الله» و «رحمن» را که بخوانید جایز است زیرا نام‌های خدا نیکو است.

اما بنا به بحثی که در بند قبل داشتیم، اگر آیه به معنای «جواز خواندن خدا به هر نام» باشد آن‌گاه عموم باید استغراقی باشد نه بدلی زیرا خواندن تک تک آن دو نام جایز است و چنین نیست که جواز خواندن برای یکی از آن دو نام به صورت علی‌البدل باشد.

ترجمه تحت‌اللفظی آیه چنین است «هر کدام را که بخوانید خداوند نام‌های نیکو دارد» یا «هر کدام را که بخوانید نیکوترین نام‌ها ویژه خداوند است». فهم این دو ترجمه کمی دشوار به نظر می‌رسد زیرا چه ربطی هست میان خواندن خدا با نام «الله» یا با نام «الرحمن» و دارا بودن نام‌های نیکو(ترین)؟

شاید مقصود یکی از ترجمه‌های زیر بوده است:

هر یک از این دو نام را که بخوانید فرقی نمی‌کند زیرا بهترین نام‌ها مخصوص خداوند است.

هر یک از این دو نام را که بخوانید خوب است زیرا نام‌های خدا نیکو است.

هر یک از این دو نام را که بخوانید جزء نام‌های نیکوی خداست.

هر یک از این دو نام جزء نام‌های نیکوی خداست.

این ترجمه‌ها نیز چیزی جز عموم استغراقی را در اختیار ما قرار نمی‌دهند. بنابراین، اگر بخواهیم عموم بدلی را از آیه استخراج کنیم به نظر می‌رسد مجبوریم آیه را به نحوی کاملاً متفاوت ترجمه کنیم و به جای فعل جواز، فعل وجوب را به کار ببریم:

هر کدام از این دو نام را که می‌خواهید بخوانید زیرا نام‌های خداوند نیکو است.

آوردن فعل امر در این ترجمه با صدر آیه که دو فعل امر در آن هست هم‌خوانی دارد (مگر این‌که بگوییم امر بعد از توهّم حظر معنای جواز دارد نه معنای وجوب!!).

## سور جزیی و عموم بدلی

دیدیم که مفرد معرفه دلالت بر عموم بدلی دارد مانند «اکرم عالما» و «اعتق رقبة». اما چنین جمله‌هایی معادل هستند با قضایای جزئی که سور جزئی دارند: «اکرم احد العلماء»، «اکرم بعض العلماء»، «اعتق رقبة واحدة» و «اعتق بعض العبيد». این نشان می‌دهد که سور جزئی دارای عموم بدلی است.

## الفاظ عموم در زبان عربی

چنان که دیدیم، در زبان عربی، اغلب سور «کل» را برای عموم مجموعی و عموم استغراقی و سور «أی» را برای عموم استغراقی و عموم بدلی و سورهای وجودی را برای عموم بدلی به کار می‌برند. گاهی ترکیب سور کلی و سور جزیی می‌تواند به عموم مجموعی بینجامد:

بعض الاطعمه یحبہ کل انسان

کل انسان یحب بعض الاطعمه

آشکار است که در مثال نخست، همه انسان‌ها در دوست داشتن برخی غذاها اشتراک داشته و به عبارتی، بر دوست داشتن آن اجتماع کرده‌اند (عموم مجموعی)؛ اما در مثال دوم، هر انسان غذاهایی را می‌پسندد اما ممکن است هیچ غذایی مورد پسند همه انسان‌ها نباشد بلکه هر انسان غذای ویژه خود را پسندد (عموم استغراقی). این مثال‌ها و مثال‌هایی از این قبیل را در جدول زیر گرد آورده‌ایم:

|               |  |  |
|---------------|--|--|
| عموم مجموعی   | «بعض» الاطعمه یحبہ «کل» انسان<br>«قد» یُخَدَع «کل» انسان                     | کلّ هؤلاء عشرون<br>کلّهم معا رفعوا الصخره                                |
| عموم استغراقی | «کل» انسان یحب «بعض» الاطعمه<br>«کل» انسان «قد» یخدع<br>«أی» انسان «قد» یخدع | أیُّ من هؤلاء فرد واحد<br>کلّ واحد منهم رفع الكتاب<br>کلّهم رفعوا ایدیهم |
| عموم بدلی     | «بعض» الانسان قد یخدع<br>اعتق «أیة» رقبة شئت                                 | بعض هؤلاء اذکیاء<br>کل «أیاً» ما تشتهی                                   |

## الفاظ عموم در زبان فارسی

در زبان فارسی، اغلب سور «همه» را برای عموم مجموعی و استغراقی و سور «هر» را برای عموم استغراقی و بدلی و سورهای وجودی را برای عموم بدلی به کار می‌برند:

|             |  |  |
|-------------|--|--|
| عموم مجموعی | گاهی «همه» را می‌توان فریفت<br>«همه» انسان‌ها یک هدف دارند | «همه» دانشجویان این کلاس با هم ده نفر هستند<br>«همه» دانشجویان این کلاس روی یک موضوع کار می‌کنند |
|-------------|--|--|

|               |  |   |
|---------------|--|---|
| عموم استغراقی | «همه» آمدند<br>«هر» انسان هدفی دارد<br>«هر» کس را گاهی می‌توان فریفت | «همه» دانشجویان این کلاس ممتاز هستند<br>«هر» دانشجوی این کلاس روی یک موضوع کار می‌کند<br>«هر» دانشجوی این کلاس یک نفر است |
| عموم بدلی     | «هر» کدام را می‌خواهی بردار<br>«برخی» را گاهی می‌توان فریفت          | از «هر» دانشجو که می‌خواهی، بپرس<br>«برخی» دانشجویان این کلاس نابغه هستند   |

گاهی تقدیم و تأخیر سور «هر» در یک جمله و یا تأکید بر آن می‌تواند آن را از عموم استغراقی به عموم مجموعی بدل سازد! برای نمونه، به مثال‌های زیر توجه کنید:

زمانی هست که «هر» کسی را می‌توان فریفت

یک موضوع هست که «هر» دانشجوی این کلاس روی آن کار می‌کند

آشکار است که در این دو مثال، می‌توان سور «همه» را جایگزین «هر» ساخت. با این وجود، تمایل نداریم سور «هر» را عموم مجموعی بدانیم! شاید به این دلیل که غالباً این سور برای عموم استغراقی و بدلی به کار می‌رود. در هر صورت، سورهای زبان طبیعی در بسیاری از اوقات مبهم هستند و بی‌قاعدگی‌های زیادی در کاربرد آنها وجود دارد که تدقیق و یافتن قاعده‌های تفصیلی آنها بحثی زبان‌شناختی و بیرون از عهده نویسنده است و پژوهش‌های بیشتری نیاز دارد. آنچه در اینجا ذکر می‌شود پژوهشی ابتدایی در این زمینه است.

#### الفاظ عموم در زبان انگلیسی

در زبان انگلیسی، اغلب سور «all» را برای عموم مجموعی و استغراقی و سور «every» را برای عموم استغراقی و سورهای «each»، «any»، «whatever» و «whoever» را برای عموم استغراقی و بدلی و سورهای وجودی را برای عموم بدلی به کار می‌برند:

|                            |                                  |               |
|----------------------------|----------------------------------|---------------|
| «All» of them are ten.     | You may sometimes deceive «all»  | عموم مجموعی   |
| «Each» of them is one.     | You may deceive «each» sometimes | عموم استغراقی |
| «Some» of them are clever. | You may sometimes deceive «some» | عموم بدلی     |

مباحث بالا را در جدول زیر برای مقایسه کنار هم آورده‌ایم:

| زبان<br>عموم | فارسی  | عربی  | انگلیسی  | مشترک                          |
|--------------|--|---|--|--------------------------------|
| مجموعی       | همه  | کل، جمیع، تمام  | all, every   | ؟؟                             |
| استغراقی     | همه، هیچ، هر، (هرچه، هرکه، هرکدام، هرگاه، هر جا ...)   | کل، جمیع، تمام، اسماء شرط (مانند: مَنْ، ما، متی، مهما ... ای) | all, every, no, none, whatever, whoever ...<br>each, any | جمع معرفه،<br>نکره در سیاق نفی |
| بدلی         | برخی، بعضی، هر، (هرچه، هرکه، هرکدام، هرگاه، هر جا ...) | بعض، اسماء موصول (مانند: مَنْ، ما، متی، مهما ... ای)          | some, someone, whatever, whoever ...<br>each, any        | نکره در سیاق اثبات             |

## نکات

- سورهای مشترک میان استغراقی و بدلی (مانند «هر» و ...) در سیاق امر، بدلی و در سیاق نهی و ترخیص، استغراقی هستند.
- در زبان فارسی، پس از سور «هر»، کلمات مفرد می‌آید اما پس از سور «همه»، کلمات جمع: «هر مردی آمد» و «همه مردها آمدند». از اینجا، شاید نتیجه گرفته شود که دلیل مجموعی بودن سور «همه» بر خلاف سور «هر» این است که سور «همه» بر کلمات جمع وارد می‌شود. اما این استنتاج نادرست است و نادرستی آن با نظر به زبان‌های دیگر آشکار می‌شود: در زبان عربی، سور «کل» هم بر مفرد (نکره) وارد می‌شود هم بر جمع (معرفه): «کل رجل جاء» و «کل الرجال جاءوا». در زبان انگلیسی، نیز، سورهای «every» و «all»، به ترتیب، مانند «هر» و «همه» در زبان فارسی عمل می‌کنند با این‌که هر دو به صورت عموم مجموعی می‌توانند به کار روند.
- در زبان فارسی، سور «هیچ» بر جملات سلبی (مفرد) وارد می‌شود اما معادل آن در زبان انگلیسی یعنی «No» بر جملات ایجابی (مفرد و جمع) وارد می‌شود: «هیچ مردی نیامد»، «No man is here» و «No men are here».
- در زبان عربی، اصولاً، کلمه‌ای معادل سور «هیچ» نداریم و به جای آن از «نکره در سیاق نفی» استفاده می‌شود مانند «لا رجل فی الدار» و «ما جاء رجل» و «لا شیء من الانسان بحجر». مشابه این در فارسی چنین است: «او را که خبری شد خبری باز نیامد» یعنی «هیچ خبری باز نیامد».

۵. در زبان فارسی، سوره‌های «همه» و «هر» در سیاق نفی، به معنای «هیچ» نیستند و دلالت بر کلیت سلب ندارند بلکه به معنای سلب کلیت هستند: «همه نیامدند» و «هر گردی گردو نیست». این در حالی است که در زبان عربی، سور «کل» در سیاق نفی معنای «هیچ» می‌دهد: «ان الله لایحب کل مختال فخور».

### ۶. تقسیم عموم به انواع سه گانه

درباره تقسیم عموم به استغراقی، مجموعی، و بدلی اختلاف‌های بسیاری میان اصولیان رخ داده است که به ذکر برخی از آنها و داوری میان ایشان می‌پردازیم:

ثنائی یا تفصیلی بودن تقسیم

یک بحث در باب انواع عموم این است که آیا سه قسم عموم در عرض یک دیگر هستند یا برخی در مرتبه‌ای بالاتر از برخی دیگر قرار دارند. اغلب اصولیان مانند صاحب کفایه این سه قسم را در عرض هم قرار داده اند:

|          |      |
|----------|------|
| بدلی     |      |
| استغراقی | عموم |
| مجموعی   |      |

اما برخی دیگر عموم را به بدلی و شمولی و سپس عموم شمولی را به استغراقی و مجموعی تقسیم کرده‌اند (حکیم ص ۴۸۵):

|          |       |  |
|----------|-------|--|
| بدلی     | عموم  |  |
| استغراقی | شمولی |  |
| مجموعی   |       |  |

و برخی دیگر بدلی و استغراقی را در عرض یک دیگر قرار داده و مقسم آن را عموم افرادی دانسته و این عموم افرادی را در عرض عموم مجموعی در نظر گرفته اند (اعتمادی ۱۳۷۷ ق صص ۱۴۶ - ۱۴۹):

|          |       |        |
|----------|-------|--------|
| بدلی     | افراد |        |
| استغراقی |       | عموم   |
|          |       | مجموعی |



هیچ یک از اصولیان، عموم مجموعی و بدلی را در عرض یک دیگر (و عموم استغراقی را در برابر مقسم آن‌ها) ذکر نکرده است.

چنان که دیده می‌شود، اصطلاح «عام شمولی» مبهم‌ترین اصطلاح در میان اصطلاحات مربوط به انواع عموم است: در برخی کتاب‌ها، شمولی همان استغراقی است و در برخی شامل استغراقی و مجموعی و در برخی شامل استغراقی و بدلی و در برخی شامل هر سه نوع است!! اصطلاح «عام افرادی» هم در برخی کتاب‌ها همان استغراقی است و در برخی شامل استغراقی و بدلی است. تفصیل تقسیم بندی مصطفی اعتمادی که حاوی اصطلاحات فراوان و نکات سودمند است به صورت زیر است:

|                         |               |       |
|-------------------------|---------------|-------|
| منطقی (= کلی طبیعی)     |               | عموم  |
| (= مدلول مفاهیم کلی)    |               |       |
| افراد ( = عددی، تفصیلی) | بدلی (تخییری) | اصولی |
| استغراقی (شمولی)        |               |       |
| مجموعی                  | حقیقی         |       |
| اعتباری                 |               |       |

چنان که خواهیم دید، برخی اصولیان، میان عموم منطقی و عموم اصولی خلط کرده اند.

### تباین اقسام و انواع عموم

آیا تقسیم عموم به استغراقی، مجموعی، و بدلی، تباین اقسام دارد؟ در این باره، نگارنده مطلبی در آثار اصولیان نیافته است و از این رو، بدون مقدمه، به بیان تحلیل خود می‌پردازیم:

اگر مقصود الفاظ عموم باشد بدون شک پاسخ منفی است زیرا چنان که دیدیم لفظ «ای» در عربی و «هر» در فارسی هم برای عموم استغراقی به کار می‌رود و هم برای عموم بدلی؛ همچنین، لفظ «کل» در عربی و «همه» در فارسی هم برای عموم استغراقی به کار می‌رود و هم برای عموم مجموعی.

اگر مقصود خود عموم باشد باز هم پاسخ منفی است. هر دو قسم از سه قسم عموم می‌توانند با هم

جمع شوند:

### ۱. عدم تباین میان عموم استغراقی و بدلی

وقتی می‌گوییم عموم در جمله «ایمان به همه پیامبران شرط نجابت است» عموم مجموعی است و ایمان به برخی از پیامبران کافی نیست. این جمله بدون شک شامل عموم استغراقی نیز هست زیرا ایمان به تک تک پیامبران شرط نجات است زیرا ما چیزی به نام «مجموع پیامبران» نداریم که به آن ایمان بیاوریم بلکه ما تک تک پیامبران را داریم که باید به همه آنها ایمان بیاوریم.

برای درک بهتر موضوع، کافی است به مثال بلند کردن سنگ توجه کنید: «همه آنها سنگ را بلند کردند» دو معنا دارد: ۱. بلند کردن جداگانه سنگ (عموم استغراقی)؛ ۲. بلند کردن سنگ با هم دیگر (عموم مجموعی). در این مثال، یک چیز به نام سنگ هست که به دو صورت، می‌توان آن را بلند کرد: جدا جدا یا با هم. مثال ایمان به پیامبر، کاملاً، عکس این مثال است: در این مثال، یک چیز به نام مجموعه پیامبران، وجود حقیقی ندارد که یک بار به کل آن با هم ایمان بیاوریم و یک بار به تک تک اجزای آن. آنچه حقیقت دارد تک تک پیامبران هستند و باید به تک تک آنها ایمان آورد. بنابراین، این عموم، از یک جهت استغراقی است و از جهت دیگر مجموعی است: از جهت ایمان آوردن، عموم استغراقی است و از جهت نجات یافتن، عموم مجموعی است (۱. ایمان آوردن به «تک تک» پیامبران؛ ۲. «عدم» نجات در صورت ایمان آوردن به «برخی»). بنابراین، «ایمان به همه پیامبران» هم عموم استغراقی است و هم عموم مجموعی. بنابراین، عموم استغراقی و عموم مجموعی مانع الجمع نیستند و تباین ندارند.

### ۲. عدم تباین میان عموم استغراقی و مجموعی

مثال دیگر، مثال آزادی برده است: «برده ای را آزاد کن» که عموم بدلی است. اما همین جمله به دلیل معادل بودن با جمله «هر برده ای را که آزاد کنی کفارة عملت خواهد بود» عموم استغراقی است زیرا حکم «آزادی او کفارة عمل است» برای همه برده‌ها صادق است. بنابراین، عموم استغراقی و عموم مجموعی نیز مانع الجمع نیستند و می‌توانند با هم جمع شوند.

### ۳. عدم تباین میان عموم مجموعی و بدلی

مثال سوم، اسما عدد است: «ده عالم را اکرام کن» و «شصت فقیر را طعام بده». این دو مثال، چنان که از خوئی نقل کردیم، عموم مجموعی هستند اما از این جهت که ده عالم و شصت فقیر خاص معرفی نشده‌اند و می‌توان هر ده عالمی را اکرام کرد و به هر شصت فقیری طعام داد، بنابراین، این دو مثال عموم بدلی نیز هستند. بنابراین، عموم بدلی و عموم مجموعی نیز مانع الجمع نیستند و می‌توانند با هم جمع شوند.

## اسم عدد و جامعیت تقسیم

شیخ طوسی تشبیه و جمع را جزء الفاظ عموم نمی‌داند:

فاما الفاظ التثنیه و الفاظ الجموع و الفاظ النکرات و غیر ذلك لا توصف بالعموم لما لم تکن متناولة لها علی وجه الاستغراق (میرزای قمی ص ۱۹۲).

صاحب قوانین، نیز، پس از ذکر تعریف «عام» نزد شیخ بهایی، «اللفظ الموضوع للدلالة علی استغراق اجزائه او جزئیاته»، قید «الموضوع للدلالة» را برای خارج کردن تشبیه، جمع و اسماء عدد از مفهوم عموم می‌داند:

و احترز [الشیخ البهائی] بقید «الموضوع للدلالة عن المثنی و الجمع المنکر و اسماء العدد فانها لم توضع للدلالة علی الاستغراق و ان دلت (میرزای قمی ص ۱۹۲).

اما به نظر خود صاحب قوانین، این یک اصطلاح و تعریف است و می‌توان اسماء عدد را نیز «عام» به شمار آورد:

و هذا اصطلاحٌ و الا فلا مانع من جعل العشره المثبته ایضا عاما كما یشهد به صحة الاستثناء (میرزای قمی ص ۱۹۲)

این در حالی است که صاحب کفایه اسماء عدد را اصولاً جزء عمومات نمی‌داند و برای این مطلب استدلال می‌کند:

شمول «عشرة» و غیرها لآحادها المندرجة تحتها لیس من العموم، لعدم صلاحيتها بمفهومها للانطباق علی کل واحد منها (خراسانی ص ۲۱۰).

این استدلال بر این نکته بدیهی تکیه دارد که به تک تک افراد یک گروه ده نفری، نه می‌توان محمول «گروه» را حمل کرد و نه محمول «ده نفری» را.

ایراد این استدلال آن است که دلیل اخص از مدعا است و نفی «عموم استغراقی» به معنای نفی مطلق «عموم» نیست. حداکثر چیزی که این دلیل نشان می‌دهد این است که اسماء عدد، «عموم استغراقی» نیستند اما از «عموم مجموعی» بودن آن جلوگیری نمی‌کنند. از همین رو است که ابوالقاسم خوئی مثال‌هایی از قبیل «ده عالم را اکرام کن» و «شصت فقیر را طعام بده» از قبیل عموم مجموعی دانسته است (فیاض ص ۷۲).

## عموم بدلی و مانعیت تقسیم

میرزای نائینی (۱۲۷۶-۱۳۵۵ ق)، اصولاً، عموم بدلی را از اقسام عموم نمی‌داند:

تسمیه العموم البدلی بالعموم، (مع ان العموم بمعنی الشمول، و البدلیة تنافی الشمول)، لا تخلو عن مسامحة و علی کل تقدیر، العموم بمعنی الشمول لیس الا الاستغراقی و المجموعی (کاظمی ص ۵۱۴).

این نشان می‌دهد که تقسیم عموم به سه قسم، مانع اغیار نیست و عموم بدلی را که خارج از عموم است به نادرستی در عموم جای داده است. خوئی، با پذیرش این ایراد، توجیهی برای ورود عموم بدلی در اقسام عموم ذکر کرده است و آن این که می‌توان عموم را متعلق به بدلیت و جانشینی دانست: فی عد القسم الثالث من اقسام العموم مسامحة واضحة بدهاة ان البدلیة تنافی العموم فان متعلق الحكم فی العموم البدلی لیس الا فردا واحدا اعنی به الفرد المنتشر و هو لیس بعام. نعم البدلیة عامة فالعموم انما هو فی نفس البدلیة لا فی الحكم المتعلق بالفرد علی البذل (خوئی ص ۴۴۳).

مظفر برای فرار از اشکال یاد شده، تعریف جدیدی از عموم بدلی ارائه کرده و گفته است که عموم بدلی به معنای عموم در جانشینی و بدلیت است (مظفر ج ۱ ص ۱۴۱). به نظر نگارنده، این بیان اصل ایراد را بی پاسخ می‌گذارد و به نوعی پاک کردن صورت مسئله است.

سید مصطفی خمینی حتی عموم مجموعی را نیز خارج از مصادیق عموم می‌داند و عموم را در عموم استغراقی منحصر می‌سازد (خمینی صص ۲۰۵ - ۲۰۶).

به نظر نگارنده، نزاع در تعداد اقسام عموم نزاعی لفظی است و بر می‌گردد به این که کلمات «عموم» و «عام» را به چه معنا به کار ببریم. اگر «عموم» به معنای «عدم اشاره صریح به یک فرد خاص» یا «اشاره غیرصریح به افراد» باشد آشکار است که هر سه قسم عموم واقعاً «عام» هستند؛ اما اگر مفهوم «حکم» را وارد معنای «عموم» کنیم و «عموم» را به معنای «حکم به همه افراد بدون اشاره صریح به یک فرد خاص» یا «حکم به همه افراد با اشاره غیر صریح به افراد» بگیریم تنها عموم استغراقی و مجموعی مشمول «عموم» خواهند بود. این در حالی است که اگر مفهوم «تک تک» را نیز بیفزاییم و «عموم» را به معنای «حکم به تک تک افراد بدون اشاره صریح به یک فرد خاص» یا «حکم به تک تک افراد با اشاره غیرصریح به افراد» بگیریم تنها عموم استغراقی مشمول «عموم» خواهد بود.

#### لفظی یا معنوی بودن تقسیم

جدای از بحث در معنای لفظ «عموم»، بحث دیگری هست در باب چگونگی دلالت الفاظ عموم (مانند «کل» و «ای» و...) بر انواع سه گانه عموم؛ در این بحث دوم، دو نظریه هست: ۱. اشتراک لفظی ۲. اشتراک معنوی. برای نمونه، لفظ «کل» که دلالت بر عموم استغراقی و مجموعی دارد، بنا به نظریه نخست، مشترک لفظی میان این دو عموم است و بنا به نظریه دوم، به معنایی اعم از عموم استغراقی و عموم مجموعی دلالت می‌کند. بنابراین، این بحث، بحث مربوط به معانی لفظ «عموم» را پیش فرض می‌گیرد.

شیخ انصاری گرایش به اشتراک لفظی دارد:

[یحتمل] کون لفظ «الکل» للعموم الافرادى؛ (لعدم ثبوت كونه حقيقة في الكل المجموعى و لا مشتركا معنويا بينه و بين الافرادى) فلعله مشترك لفظى او حقيقة في الافرادى (انصارى ج ۲ ص ۳۹۳ و ۴۹۹).  
اما صاحب كفايه به اشتراك معنوى معتقد است و دلالت الفاظ عام را مربوط به نحوه تعلق حكم به موضوع مى داند:

ثم الظاهر أن ما ذكر له من الاقسام: من الاستغراقى و المجموعى و البدلى إنما هو باختلاف كيفية تعلق الاحكام به، و إلا فالعموم فى الجميع بمعنى واحد، و هو شمول المفهوم لجميع ما يصلح أن ينطبق عليه (خراسانى ص ۲۱۰).

إن قلت: كيف ذلك؟ و لكل واحد منها لفظ غير ما للآخر، مثل (أى رجل) للبدلى، و (كل رجل) للاستغراقى، قلت: نعم، و لكنه لا يقتضى أن تكون هذه الاقسام له بملاحظة إختلاف كيفية تعلق الاحكام، لعدم إمكان تطرق هذه الاقسام إلا بهذه الملاحظة، فتأمل جيدا (همان پاورقى)  
بسیاری از اصولیان معاصر، نظر شیخ انصاری را پذیرفته و بر این باورند که دلالت الفاظ عام به وضع و قرارداد و اشتراک لفظ است (حکیم ص ۴۸۵، سبحانی ج ۲ ص ۷، صدر ج ۲ ص ۹۴).

به نظر نگارنده، سخن صاحب کفایه، «العموم فى الجميع بمعنى ... شمول المفهوم لجميع ما يصلح أن ينطبق عليه»، خلط معنای منطقی عموم با معنای اصولی آن است: «عموم منطقی» به معنای «مفهوم کلی» است در حالی که «عموم اصولی» به معنای «سور کلی» و یا به صورت مطلق، به معنای «سور» است. از این رو، نگارنده نظر شیخ انصاری و بیشتر اصولیان را بر نظر صاحب کفایه ترجیح می دهد.

## ۷. اطلاق و تقييد و انواع عموم

قبلا گفتیم که مبحث عام و خاص و مبحث مطلق و مقید در این نکته تفاوت دارد که دلالت الفاظ عام به عموم دلالت مطابقی است اما دلالت الفاظ مطلق به عموم دلالت التزامی است. این التزام غالباً به کمک «مقدمات حکمت» انجام می گیرد. همچنین، گفتیم که شیخ طوسی مفرد معرفه را، مانند جمع معرفه، از الفاظ عام و دارای دلالت مطابقی به عموم (استغراقی) می داند.

محقق حلی و صاحب معالم این نظر شیخ طوسی را نمی پذیرند و بر این باور هستند که مفرد معرفه به کمک «مقدمات حکمت» دلالت بر عموم (استغراقی) دارد و از این رو، نباید آن را جزء الفاظ عام به شمار آورد بلکه باید آن را مطلق دانست (عاملی ۱۰۵). بنابراین، اگر مولی امر کند که «اکرم العالم» و هیچ قرینه ای بر عموم و خصوص نباشد، به نظر محقق حلی و صاحب معالم، «مقدمات حکمت» دلالت دارد بر این که عموم استغراقی اراده شده است. اما این سخن، مخالفانی نیز دارد:

### اطلاق در اوامر و نواهی

ابوالقاسم خوئی (۱۳۱۷-۱۴۱۲ ق) اطلاق در اوامر و نواهی را، به ترتیب، بدلی و استغراقی دانسته است (فیاض ج ۲ ص ۲۴۳، ج ۴، صص ۱۸۱ و ۴۰۰). بنابراین، مفرد معرفه در جملاتی مانند «اکرم العالم» و «لا تکرّم الفاسق»، به ترتیب، دلالت بر عموم بدلی و استغراقی دارد. به نظر خوئی اکرام یک عالم برای امتثال امر کفایت می‌کند اما اکرام حتی یک فاسق سرپیچی از نهی به شمار می‌آید. از اینجا، در می‌یابیم که خوئی در مورد مفرد معرفه در اوامر با محقق حلی و صاحب معالم اختلاف نظر دارد.

### اطلاق در وجوب و ترخیص

ابوالقاسم خوئی اطلاق در وجوب و ترخیص را، به ترتیب، بدلی و استغراقی شمرده است (فیاض ج ۲ ص ۳۴۱). برای نمونه، این دو سخن پزشک به بیمارشان: «باید گوشت بخوری» و «می‌توانی گوشت بخوری»، به ترتیب، بدلی و استغراقی هستند زیرا واضح است که خوردن همه گوشت‌ها امکان ندارد (و امر به غیرممکن عملی حکیمانه نیست) اما جواز خوردن گوشت هر گوشتی را شامل می‌شود و در خود سخن دلیلی وجود ندارد که آن را به بعضی اختصاص بدهیم.

### اطلاق در ماده و هیأت

سید مصطفی خمینی، اطلاق در ماده و در هیأت را، به ترتیب، بدلی و استغراقی دانسته است:

إطلاق الیهیئة شمولی و اطلاق المادّة بدلی (خمینی ج ۳ صص ۱۰۳ و ۱۰۶).

### اطلاق و اثبات دلالت بر انواع عموم به کمک مقدمات حکمت

چنان که دیدیم، بسیاری از اصولیان انواع عموم را در مبحث اطلاق نیز آورده اند اما امام خمینی به شدت با این مسئله مخالف است. امام خمینی در چند موضع تقسیم اطلاق به استغراقی و بدلی را نادرست شمرده (سبحانی ج ۱ صص ۱۸۷، ۱۸۹، ۲۳۸) و در یک موضع با دلالت مطلق بر هر سه نوع عموم مخالفت کرده است:

الرابع: ینقسم «العموم» الی العموم الاستغراقی و المجموعی و البدلی و اما «الاطلاق» فلا یأتی فیه هذا التقسیم و لا یمکن اثبات واحد منها بمقدمات الحکمة ... و العجب من کثیر من الاعاظم (منهم المحقق الخراسانی) حیث خلطوا بین الباین... و لعل منشأ الخلط هو ما ربما یترائی بین الکلمات ان قوله تعالی «احل الله البیع» یفید العموم [الاستغراقی] و قولنا «اکرم رجلا» یفید العموم البدلی (سبحانی ج ۲ صص ۵-۷).

سید مصطفی خمینی، علی رغم آگاهی از نظر حضرت امام، آیه «احل الله البیع» را دارای عموم شمولی (= استغراقی) دانسته است (خمینی ج ۳ ص ۱۰۶). نتیجه ای که از بحث‌های اخیر به دست می‌آید

این است که رابطه مبحث مطلق و مقید با انواع عموم به شدت مورد اختلاف است و نمی توان قاعده عام و مورد توافقی را در آن به دست آورد.

### نتیجه گیری

با پی گیری پیشینه بحث در منطق اسلامی و اصول فقه تا پیش از شیخ بهایی و سپس بررسی آثار فقها و اصولیان از زمان شیخ بهایی تا زمان معاصر، به نتایج زیر رسیدیم:

۱. بحث انواع عموم در منطق اسلامی به صورت بسیار اجمالی در آثار ابن سینا، خواجه نصیر و قطب الدین رازی طرح شده است.
۲. این بحث تا پیش از شیخ بهایی نیز به صورت بسیار اجمالی در آثار اصولیانی مانند شیخ طوسی و صاحب معالم مطرح گشته است.
۳. از زمان شیخ بهایی به بعد، بحث انواع عموم به صورت صریح و فزاینده وارد مباحث فقهی و اصولی گشته است.
۴. در این دوره، اختلاف های بسیاری چه در تعریف انواع عموم، چه در مصادیق آنها، و چه در احکام آنها پدید آمده است.
۵. الفاظ عموم های سه گانه در زبان های عربی، فارسی، و انگلیسی دچار تفاوت هایی هستند که امکان بیان قاعده کلی برای آنها فراهم نیست.
۶. تقسیم عموم به سه قسم استغراقی، مجموعی، و بدلی، از قبیل تقسیم منطقی نیست زیرا شرایط تقسیم در آن مراعات نشده است.
۷. تقسیم اطلاق به سه قسم استغراقی، مجموعی، و بدلی، دچار اختلاف نظرهای بیشتر و جدی تری میان اصولیان است و از نظرگاه برخی از ایشان، دلالت مقدمات حکمت به هر یک از انواع عموم کاملاً مورد خدشه است.

### منابع

- ابن سینا، اشارات و تنبیها، قم، نشر البلاغه، ۱۳۷۵.
- اعتمادی، مصطفی، شرح معالم الدین، قم، مکتبه المصطفوی، ۱۳۷۷ ق.
- انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۷۲.
- جاهد، محسن، تصحیح و تحقیق شرح مطالع الانوار، رساله دکتری به راهنمایی نجفقلی حبیبی و احد فرامرز قراملکی، تهران، دانشکده الهیات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- حائری، شیخ مرتضی، الخمس، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

- حکیم، سیدمحسن، حقائق الاصول (تعلیقه بر کفایه)، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ق.
- خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۷ق.
- خمینی، سید مصطفی، *تحریرات فی علم الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- \_\_\_\_\_، *تفسیر القرآن الکریم*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *اجود التقریرات* (تقریرات درس میرزا محمد حسین غروی اصفهانی نائینی)، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸.
- سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول، تقریرات السید الخمینی*، قم، انتشارات دار الفکر، ۱۴۱۰ق.
- سهروردی، یحیی بن حبش، *حکمه الاشراف*، در شرح حکمه الاشراف اثر قطب الدین شیرازی، به اهتمام عبدالله نورانی و مهدی محقق، تهران، انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۸۳.
- شهرزوری، شمس الدین محمد، *شرح حکمه الاشراف*، تصحیح و تحقیق و مقدمه از دکتر حسین ضیائی تربتی، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۷۲.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، *العهده*، قم، چاپخانه ستاره، ۱۴۱۷ق.
- شیرازی، قطب الدین، *شرح حکمه الاشراف*، به اهتمام عبدالله نورانی و مهدی محقق، تهران، انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۸۳.
- صدر، محمدباقر، *دروس فی علم الاصول*، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۲.
- طوسی، نصیرالدین، *اساس الاقتباس*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۷.
- \_\_\_\_\_، *شرح الاشارات و التنبيهات*، قم، نشر البلاغه، ۱۳۷۵.
- عاملی، جمال الدین حسن، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۰.
- فیاض، محمد اسحاق، *تقریرات السید الخوئی*، قم، دار الهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
- قطب الدین رازی، محاکمات، در ابن سینا، اشارات و تنبيهات، قم، نشر البلاغه، ۱۳۷۵.
- \_\_\_\_\_، *لوامع الاسرار فی شرح مطالع الانوار*، قم، انتشارات کتبی نجفی، ۷۲۸ق.
- \_\_\_\_\_، *لوامع الاسرار فی شرح مطالع الانوار*، تهران، در پایان نامه محسن مجاهد، ۱۳۸۴.
- کاظمی الخراسانی، محمدعلی، *فوائد الاصول*، تقریرات درس میرزا محمدحسین غروی اصفهانی نائینی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۳۷۰.
- میرزای قمی، قوانین الاصول، قم، کتابفروشی علمیه اسلامی، ۱۳۷۸.
- نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)، *جواهر الکلام*، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.



مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱،  
پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۵۷-۱۳۵

## اصل آزادی قراردادی: قرار دادها و شروط غیر عادلانه\*

دکتر جلیل قنواتی

استادیار دانشگاه تهران، پردیس قم

Email: j-ghanavati@yahoo.com

### چکیده

اصل عدالت از اصول اساسی حقوق اسلامی به ویژه در زمینه‌های حقوق قراردادهای است. سیستم‌های حقوقی مختلف نیز از این اصل در موارد متعددی به تأسیس و تجدید احکام حقوقی مبادرت می‌ورزند. در واقع در این نظام‌های حقوقی عدالت ماهوی و شکلی با تخصیص اصل آزادی قراردادی از بی عدالتی و رویه‌های غیر منصفانه و ظالمانه جلوگیری می‌نماید. در این مقاله تلاش می‌شود برخی سیستم‌های حقوقی، قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (U.C.C) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی را (PECI) ملاحظه و با حقوق اسلام مقایسه نماییم.

بر این باور هستیم که در فقه اسلامی فقیهان دست کم در برخی از استنباطات خود اصل عدالت را به عنوان یکی از اصول مبنایی استنباط احکام در نظر داشته‌اند. با وجود این، از موازین و مبانی فقهی به روشنی نمی‌توان استنباط نمود که اصل عدالت به عنوان یک اصل کلی حاکم بر تمام احکام و قواعد حقوقی از جمله حقوق قراردادهای مورد توجه بوده است. همچنین خواهیم گفت در نظام حقوقی کامن لو از جمله قانون متحدالشکل تجاری آمریکا اصل آزادی قراردادی به عنوان اصل کلی حاکم بر حقوق قراردادهای پذیرفته شده است و تنها در صورت تحقق بی عدالتی ماهوی و شکلی این اصل کلی تخصیص پیدا می‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** عدالت قراردادی (معاوضی)، آزادی قراردادی، شروط عادلانه.

---

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۰۷/۱۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۸/۰۸/۰۳.

**الف ( مقدمه**

اصل حاکمیت و اراده پای‌بندی به مفاد و شروط قراردادهای خصوصی از اصول مورد اتفاق در بیشتر نظام های حقوقی است. نهایت این که بر پایه رعایت اخلاق حسنه و رفتار منصفانه و نظم عمومی و دیگر مصالح جامعه، قراردادهای ناشی از اکراه، تدلیس، تقلب، غبن، ربا و مانند آنها الزام آور تلقی نشده اند. در برخی نظام های حقوقی، ناعادلانه بودن و یک طرفه بودن قرارداد یا شرط و شروطی از آن در زمان انعقاد، به دادگاه اختیار می دهد از تنفیذ قرارداد خودداری کند یا با تنفیذ آن، شرط یا شروط ناعادلانه آن را بلااثر کند. در این مقاله به مطالعه تطبیقی برخی نظام های حقوقی، قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (U.C.C) و اصول حقوقی قرار دادهای اروپایی (PECL) با حقوق اسلام پرداخته شده است. مطالعه با این هدف انجام شده است که موقعیت اصل عدالت در قراردادها را در نظام های حقوقی بررسی و مشخص کنیم رعایت یا عدم رعایت این اصل چه تأثیری در ایجاد قواعد حقوقی دارد.

**ب (موقعیت اصل عدالت قراردادی در نظام های حقوقی**

حقوق رومی کلاسیک منصفانه بودن و عادلانه بودن قیمت در قراردادها را الزامی نمی دانست، به گونه ای که یک طرف قرارداد می توانست کالایی را با قیمت کمتر بخرد یا با قیمت بیشتر بفروشد. به تدریج موضوع غیر منصفانه بودن قرارداد مورد توجه یونانیان و رومیان واقع گردید. منظور از قیمت عادلانه قیمتی بود که در قبال آن کالاها به طور عادی و متعارف در بازار به فروش می رفت. این قیمت از زمانی به زمانی و از منطقه ای به منطقه ای متفاوت بود. (زیمرن، حقوق تعهدات: مبانی رومی سنت مدنی، ص ۲۵۹ به بعد).

مقرره ای در مورد بیع زمین در کد ژوستینین وجود داشت که اگر فروشنده زمینی را به کمتر از نصف قیمت واقعی زمین بفروشد برای او حق فسخ ایجاد می شود ولی خریدار می تواند با دادن قیمت واقعی فسخ را کان لم یکن کند. حقوق دانان قرون وسطی این نظریه را توسعه دادند به گونه ای که علاوه بر زمین سایر اموال منقول را در برگیرد و نیز در مورد فروشنده و خریدار اعمال شود. نظریه "Leasio enormis" با مقررات مربوط به فعالیت های اقتصادی در مفاهیم مذهبی و اخلاقی ( ربا و قیمت عادلانه ) همگام شد. مفاهیمی که چهره غالب حیات قرون وسطی در انگلستان و اروپای بری بود (آتیا، صعود و افول اصل آزادی قراردادها، ص ۶۲ به بعد).

نظریه پردازان حقوق طبیعی نیز این دیدگاه را پذیرفته بودند. گروسیوس معتقد بود در خود معاوضه و موضوع اصلی قرارداد باید تعادل وجود داشته باشد، اگر چه او خود معتقد بود پذیرش دعاوی مبتنی بر عدم تعادل پس از قرارداد منجر به منازعات بی شماری می شود که تصمیم گیری در مورد آنها مشکل است (گروسیوس، حقوق جنگ و صلح، ج ۲، ص ۳۴۸).

پوتیه نیز می‌گوید: "اگر قرارداد تعادل نداشته باشد وقتی از نظر انصاف معیوب است که وجدان را تحت تأثیر قرار دهد. در عین حال اگرغب (Lesion) فاحش نباشد اعتبار قرارداد را نباید مخدوش دانست؛ در غیر این صورت اصل آزادی قرارداد و اصل ثبات و استواری معاملات تضعیف می‌شود." با وجود این، او به فروش با قیمت عادلانه اشاره کرده و می‌گوید: "ماهیت قرارداد اقتضا می‌کند که هر یک از طرفین معادل آنچه منتقل کرده به دست آورد" (پوتیه، رساله قرارداد بیع، بخش ۲ فصل ۷، ص ۲۵۱ به بعد).

بنابر آنچه گفته شد عادلانه بودن قرارداد به عنوان شرط نفوذ حقوقی آن در حقوق روم سابقه داشته و مفهوم فاحش Laesio enormis فسخ عقد را در صورت غبن فاحش توجیه می‌کرد. در واقع این تنها استثنا بر اصل کلی و مقدس آزادی قراردادها در حقوق روم دانسته شده است (مدرسی حسین، «جلوگیری از سوء استفاده احد متعاملین از اضطرار طرف دیگر»، نامه فرهنگ، شماره اول).

در قرن شانزدهم بر اساس اندیشه‌های ارسطو و آکویناس، تئوری عدالت معاوضی از توزیع ثروت در میان شهروندان حمایت می‌کرد. ارسطو ادعا می‌کند که عدالت معاوضی قرار دادهایی مثل بیع، خرید، قرض، رهن، عاریه را شامل می‌شود (ارسطو، اخلاق، ج ۵، ص ۱۱۳۱). اما او نمی‌گوید چگونه این معاملات بر اساس اصول منطقی متمایز می‌شوند. همچنین نمی‌گوید که هر معامله‌ای حاوی مجموعه‌ای از شروط است که از تعریف یا ماهیت آن ناشی می‌شود. آکویناس چنین کاری را کرده است. او در بحث از عدالت معاوضی دسته بندی زیر را ارائه کرده است: معاوضه ارادی زمانی واقع می‌شود که شخصی بطور ارادی مالش را به دیگری منتقل کند. اگر انتقال او به گونه‌ای باشد که دریافت کننده، تعهد و دینی نداشته باشد مثل مورد هبه، این عملی است که ربطی به عدالت ندارد و ناشی از آزادی است. انتقال ارادی وقتی مربوط به عدالت است که متضمن مفهوم تعهد باشد و این امر به سه شیوه حاصل می‌شود (جیمز گوردلی، مبانی فلسفی نظریه قراردادی جدید، ص ۱۶ به بعد):

(۱) شخص در مقابل مالی که دریافت می‌دارد مالش را به او منتقل کند، مثل مورد بیع و شراء.

(۲) شخص مالش را به دیگری منتقل کند به طوری که منتقل الیه از آن استفاده نماید با این تعهد که آن را به مالک بر گرداند. اگر این کار مجانی باشد در اموالی که ثمره دارند انتفاع می‌گویند و در اموالی که ثمره ندارند مثل پول و مانند آن قرض برای مصرف و قرض برای استفاده می‌گویند. اگر با وجود این استفاده مجانی نباشد معامله اجاره است.

(۳) شخص مالش را به دیگری منتقل کند تا دوباره پس بگیرد. این اقدام یا برای حفاظت از مال است (ودیعه

) یا بخاطر تعهدی که به وجود می‌آید، مانند این که شخص مالش را به رهن می‌گذارد یا وثیقه کسی می‌کند.

در فلسفه ارسطو و آکویناس ماهیت یک عمل با توجه هدفش تعریف می‌شود. به همین جهت انواع مختلف قرارداد نیز با توجه به هدفشان تعریف می‌شوند. با وجود این، هدف برخی از قراردادها چیزی بیش از آن است که

در ذهن طرفین جریان دارد. به اعتقاد اینان بخش‌ها و اجزای مختلف قرارداد با توجه به هدف قرارداد معنا می‌شود. برای رسیدن به این هدف برخی شروط مناسب و برخی نامناسبند. آکویناس قرار دادها را به این دلیل تعریف می‌کند که تنها پس از تعریف قرارداد است که شخص می‌تواند تصمیم بگیرد شرطی عادلانه است یا نا عادلانه.

شروط مناسب و عادلانه طبیعی هستند به این معنا که به دلیل ماهیت یا طبیعت قرارداد به قرارداد مربوطند. آکویناس عقد نکاح را مثال می‌زند. آنچه هدف‌های نکاح را پیش می‌برد طبیعی است. بنابر این، بخشی از تعهداتی است که نکاح ایجاد می‌کند اما آنچه در مقابل این هدف‌ها است بخشی از نکاح را تشکیل نمی‌دهد (همان). در قرن هفدهم قضات قرون وسطی این دیدگاه را مطرح کردند که اگر هیچ قیمتی توسط مقام عمومی تعیین نشده باشد قیمت عادلانه قیمتی است که با آن قیمت کالاها به شکل عادی در بازار معامله می‌شوند، این در صورتی است که امتیاز انحصاری وجود نداشته باشد.

در نیمه دوم قرن هیجدهم و به طور خاص در قرن نوزدهم این اندیشه و بویژه نظریه قیمت عادلانه به لیبرالیسم اقتصادی جدید مجال داد که این دیدگاه را ارائه کند که وظیفه هر شخص است که با احتیاط عمل کند و در مورد قیمت در جهت منافع خود تصمیم بگیرد. این توافق است که با فرض این که طرفین به آن رسیده اند و با فهم و درک مناسب منعقد ساخته‌اند، قیمت را مشخص می‌کند نه چیز دیگر (مارش، مطالعه تطبیقی حقوق قراردادهای در انگلیس، فرانسه و آلمان، ص ۲۹۱).

همین دیدگاه مبنای قانون مدنی فرانسه را (با یک استثنا) تشکیل داد. این استثنا مفهوم Lesion بود که تنها درسه مورد کلی باقی ماند که فقط یک مورد از آن در مورد بیع زمین است. در ماده ۱۶۷۴ ق.م فرانسه مقرر شده است:

"اگر فروشنده در بیع مال غیر منقول زیان ببیند، حق درخواست فسخ بیع را دارد ولو این که در قرارداد حق چنین فسخی را از خود سلب کرده و اعلام نموده باشد که او قیمت اضافی داده است."

این استثنا از اصل کلی «Lesion قرارداد را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد» که در قانون مدنی آمده است به شخص ناپلئون باز می‌گردد که ظاهراً علاقه کمتری به نظریه قیمت عادلانه یا تعادل عوضین داشته است. ناپلئون به منظور حفظ و استحکام خانواده که منجر به ثبات کشور می‌شود این اقدام را انجام داد. بیع اموال منقول دولت را نگران نمی‌کند ولی نقل و انتقال زمین دولت را دلمشغول می‌نماید. این وظیفه دولت است که منافع و مصالح خانواده را در نظر بگیرد. آیا اصول عدالت مدنی اجازه می‌دهند که عمل شخص موجب شود میراث نیاکانشان فنا شود و میراث فرزندانسان در یک لحظه حماقت باراز بین رود؟ (وان مهن و گوردلی، نظام حقوق مدنی، ص ۸۲۵). توجیه دیگر

این بود که قیمت زمین با ثبات تر از سایر اشیاء بوده و برای خریدار نسبت به فروشنده احتمال کمتری برای متضرر شدن وجود داشته است.

با وجود این، اکثر نویسندگان رساله های حقوقی فرانسه در قرن نوزدهم در مسأله حکم به جبران خسارت تردید داشتند. لارنت می گوید: از دیدگاه تجاری اشیاء باید به میزان ارزش خود برای طرفین به دلیل نیازها، سلیقه ها، و احساسات آنها ارزش های متفاوت داشته باشد. اما قضاتی که نسبت به حکم خسارت گرایش بیشتری داشته اند بدون استناد به اصل برابری و تساوی حقوق در مبادلات از آن دفاع می کردند. برخی نیز اعلام می کردند عدم تعادل در قیمت نشانه هایی از تقلب، اشتباه، اکراه و عدم رعایت اخلاق حسنه را در خود دارد. تمایل محاکم فرانسوی مبنی بر حکم به این که طرف مذاکرات نباید سوء استفاده کند و مفهوم گسترده ای که آن ها به تقلب می دهند - که شامل تعهد به دادن اطلاعات هم می شد - ممکن است مثال هایی از اعمال حسن نیت در انعقاد قرارداد تلقی گردد. شاید بتوان مسئولیت افراد حرفه ای در معاملات با افراد غیر حرفه ای را نیز مبتنی بر ملاحظات حسن نیت تلقی کرد.

هر چند ماده ۱۱۳۴ ق.م مقرر می دارد که قرار دادها باید با حسن نیت اجرا شوند، رویه عام دیوان عالی کشور در مورد تفسیر قرار دادها این است که اگر مفهوم شرطی واضح باشد باید اجرا شود و قاضی نمی تواند یکی از طرفین را از تعهدات صریح میرا سازد. البته در عمل اگر محکمه فرانسوی تمایل به جلوگیری از اجرای شرط غیر منصفانه داشته باشد، می تواند شیوه هایی را برای انجام این امر بیابد. به نظر می رسد دیوان تمیز امروزه در برخی موارد اجازه می دهد که اجرای حقوق قرار دادی توسط یک طرف قرارداد متکی به عمل بر طبق حسن نیت باشد. اما چیزی مانند آنچه در آلمان وجود دارد در فرانسه وجود ندارد. محاکم آلمانی خود را در اجرای مواد ۱۳۸ و ۱۵۷ و ۲۴۲ قانون مدنی آزاد می بینند. در حقوق آلمان اصل حسن نیت مقوله ای اساسی تلقی می شود. به طور کلی می توان گفت یک طرف قرارداد متعهد است به شیوه ای عمل کند که منافع مشروع طرف دیگر لحاظ شود. اعمال این اصل در آلمان منجر به پیدایش وظایف ثانوی برای طرف قرارداد شده است. مانند شرط ارائه اطلاعات در مورد استفاده و نگهداری از کالای ارائه شده و این که اصیل نباید مزاحم نماینده تجاری شود و باید او را در اجرای وظیفه اش مساعدت کند. همچنین این تعهد که نماینده نباید برای رقبای اصیل کار کند (مارش، ص ۲۹۲).

هر چند نظریه رومی غبن فاحش بخشی از حقوق آلمان گردید، اما در زمان تدوین قانون مدنی متروک ماند و به عنوان مقرره ای خاص در قانون مدنی نیامد. قضات آلمانی قرن نوزدهم نیز جبران خسارت در برابر ناعادلانه بودن قیمت قرارداد را استثنایی بر اصل تعهدآور بودن قراردادها می دانستند. این قضات معمولاً جبران خسارت مذکور را نوعی استثنا مبتنی بر رعایت برابری و تساوی حقوق توجیه می کردند.

سرانجام در بند ۲ ماده ۱۳۲ قانون مدنی آلمان مقرر گردید: "اگر شخص از نیاز، بی‌تجربگی، فقدان تصمیم‌گیری جدی ارادی دیگری برای تحصیل نفعی شدید و ناعادلانه برای خود استفاده کند که به روشنی متناسب با آنچه که خود می‌دهد نباشد، قرارداد باطل خواهد بود". (مارکسینیس، حقوق قراردادهای آلمان، ص ۸۷۰ و ۲۵۳؛ هاگ، بیل، حقوق قراردادهای، ص ۴۹۴).

این مقرر امروزه معمولاً با عنایت به بند ۱ ماده ۱۳۸ اعمال می‌شود که اظهار می‌دارد: "معامله حقوقی مغایر با وجاهت عمومی باطل است". (مارکسینیس، همان).

یکی از دعاوی اخیر در آلمان مربوط به قراردادهایی است که هنرپیشه‌هایی را در قبال شرکت‌های تبلیغاتی متعهد می‌نمود. در این قرارداد سود طولانی مدت برای شرکت، هر گونه نتیجه متعارفی از قرارداد را برای هنرپیشه‌ها منتفی می‌نمود و شرکت، از بی‌تجربگی و جوانی این افراد سوء استفاده می‌کرد تا آنان را برای انعقاد قراردادهای زیان‌آور فریب دهد. (مارش، ص ۲۹۱).

در سیستم حقوقی انگلو ساکسون همان‌گونه که تاریخ نویسان حقوقی گفته اند، ریشه مفهوم unconscionability (ناعادلانه بودن و یکطرفه بودن قرارداد) را باید در روش محاکم انصاف جستجو کرد. این دادگاه‌ها از تنفیذ معاملات غیر عادلانه و بشدت یکطرفه که عدم توازن شدیدی بین دو موضوع معامله وجود دارد خودداری می‌کردند (مدرسی، ص ۱۹).

در این‌جا مناسب است که دو سابقه قضایی را که در احکام متأخر به آنها استناد شده بررسی کنیم. رأی رابرت هاید قاضی دادگاه عالی لندن در سال ۱۶۶۳ در دعوی James v. Morgan و نظریه قاضی حالت در سال ۱۷۰۵ در دعوی Thornborough v. Whith که در هر دو رأی به فقدان توازن در معامله بین یک فرد شهری خیره و یکطرف روستایی نا آگاه از وضع بازار استناد شده است. تحلیل این دو حکم را می‌توان در نظریه قاضی در پرونده Hume v. United States در ۱۸۸۹ و دعوی Leland v. Stone در دادگاه ماساچوست در سال ۱۸۱۳ ملاحظه نمود. همچنین در پرونده Greer v. Tweed در ایالت نیویورک در سال ۱۸۷۲ به رأی قاضی رابرت هاید استناد شده است (همان). واژه unconscionability نه در رأی قاضی رابرت هاید به کار رفته و نه در حکم قاضی حالت، و نخستین بار این واژه در رأی قاضی هاردویک در پرونده Earl of Chesterfield v. Janssen به کار رفته است.

در قرن نوزدهم محاکم تحت تأثیر اصل منع مداخله دولت در معاملات، مبتنی بر اصل آزادی قراردادهای که اصلی دارای قداست تلقی می‌شد در مواردی که غیر عادلانه بودن قرارداد آشکار بود رویه‌های مختلفی را اتخاذ کردند. برخی محاکم بر قداست اصل مزبور تأکید می‌کردند و تا زمانی که شرایط اساسی قرارداد موجود بود دخالت محکمه را منع می‌کردند. به اعتقاد اینان امنیت حقوقی و پایداری و استواری قرار دادهای و تعهدات نباید فدای ملاحظات اجتماعی گردد (همان) در مواردی دادگاه تلاش می‌کرد با توجه به تفسیرهای بعید و مانع تراشی‌های

جنبی از تنفیذ و اجرای قرارداد خودداری نماید. آنچه می‌توان به عنوان نتیجه مطالعه در این دوره مطرح ساخت این است که محاکم مستقیماً قرار دادی را به دلیل ناعادلانه بودن مورد تردید قرار نمی‌دادند و با تمسک به راه‌های غیرمستقیم دیگر از اجرای قراردادها امتناع می‌کردند. اما محاکم انصاف به دلیل ناعادلانه بودن همچنان از اجرای قرارداد جلوگیری می‌نمودند. در قلمرو قانون متحد الشکل تجاری آمریکا در تفسیری که از بند ۱ ماده ۳۰۲-۲ به عمل آمده است از دعوی Campbell v. Wentz به عنوان پیشینه حقوقی این مقرر نام برده شده است. در این پرونده که در سال ۱۹۴۸ مطرح شده است. دادگاه بدوی به نفع خواهان حکم نداد و دادگاه استیناف آن رأی را تأیید کرد. استدلال دادگاه این بود که الزام خوانده به اجرای قرارداد به دلیل عدم توازن معاملاتی شدید نوعی تحمیل غیر متعارف و افراطی است (مدرسی، همان).

با ملاحظه نظام های حقوقی معاصر، به نظر می‌رسد شرط عادلانه بودن قرارداد در سیستم های حقوقی معاصر برای اولین بار در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا (UCC) به شکل قانون مکتوب در آمده و به دادگاه اجازه داده شد که صرفاً به دلیل ناعادلانه بودن از اجرای قرارداد جلوگیری یا آن را تعدیل نماید بدون این‌که نیاز داشته باشد از سایر شیوه های غیرمستقیم و سایر مانع تراشی های حقوقی استفاده کند. در آمریکا به جز ایالت لوئیزیانا سایر ایالات پنجاه‌گانه این قانون را پذیرفته اند. دو ایالت کالیفرنیا و کارولینای شمالی اگرچه در آغاز، این ماده را از متن قانون حذف کرده بودند اما در عمل به مفاد آن عمل می‌کردند و به همین دلیل اختلاف رویه پیش نیامد (همان).

### ج) قرارداد یا شرط قرار دادی غیرعادلانه در UCC و PECL

#### ۱) قانون متحد الشکل تجاری آمریکا

قانون متحد الشکل تجاری آمریکا در ماده ۳۰۲-۲ قرارداد یا شرط غیر عادلانه را چنین تعریف می‌کند: " هر گاه دادگاه به عنوان امر حکمی قرارداد یا هر شرطی از آن را در زمان انعقاد غیر منصفانه و بر خلاف وجدان بیاید می‌تواند از اجرای آن جلوگیری کند یا مابقی آن را اجرا نماید یا قلمرو اعمال شرط غیر منصفانه را محدود کند تا از هر گونه نتیجه غیرمنصفانه اجتناب شود."

در این ماده منظور از واژه unconscionability غیرعقلایی و غیرعادلانه و یکطرفه بودن است، هر چند این واژه در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا به طور جامع تعریف نشده است.

در حقوق انگلیس در دعوی Earl of Chesterfield v. Janssen به سال ۱۷۵۰ این تعریف مطرح شده است: قراردادی که شخص عاقل در حالت عادی منعقد نمی‌کند و فرد درستکار صادق با انصاف آن را نمی‌پذیرد. این تعریف مبتنی بر مفهوم عقلایی بودن قرارداد در کامن لو است که مبنایی مشخص و روشن نیست (همان).

همچنین در دعوای ایالات متحده علیه شرکت فولاد بتل هام در سال ۱۹۴۲ قاضی پرونده این اصطلاح را چنین تعریف کرده است: سوء استفاده از حالت اضطرار طرف دیگر به انجام معامله.

همچنین دادگاه استیناف ایالت ایندیانا در دعوای Stiefler v Mccullou به سال ۱۹۳۱ گفته است: قرار دادی ناعادلانه است که متضمن چنان بی عدالتی بزرگ و آشکاری باشد که عادتاً ممکن نیست آن را برای شخص صاحب رأی و اندیشه صحیح بازگو کنند و وی از غیرعادلانه بودن آن اظهار شگفتی نکند. اگر عدم تعادل میان ثمن و مبیع چنان زیاد باشد که آدمی را رنج دهد، دادگاه از کمترین قرائن موجود در متن قرارداد که دال بر قصد بی عدالتی و سوء استفاده است نسبت به ابطال قرارداد بهره خواهد برد (رک به مدرسی، ص ۱۹). در این پرونده بر دو وصف ظالمانه و سوء استفاده تأکید شده است.

در همه این موارد تعریف محدود و مشخص حقوقی در مورد unconscionability به عمل نیامده است. در ماده ۳۲۰-۲ UCC نیز که تعدیل قرارداد را در صورت unconscionability اجازه می‌دهد، در خصوص مصادیق آن سخنی بمیان نیاورده است (همان؛ رابین.ال. میدوس، ناعادلانه بودن به عنوان ابزار تنظیم قرارداد، ص ۷۴۱).

در تفسیر رسمی این ماده نیز توضیحی روشن‌گر ملاحظه نمی‌شود. در تفسیر آمده است: "منظور از این ماده آن است که دادگاه بتواند رسماً در برابر قرار دادها یا شروطی که آن را غیر عادلانه می‌کند مقاومت نماید. در گذشته چنین مقاومتی از راه مانع تراشی‌های ادبی در متن قرار داد، از راه به کارگیری قواعد ایجاب و قبول یا مخالفت با نظم عمومی یا مخالفت با مقتضای عقد و هدف اصلی قرارداد صورت می‌گرفت. (اما) این ماده وضع گردید تا به دادگاه اجازه دهد رأساً در موضوع ناعادلانه بودن قرارداد یا شرط آن تصمیم بگیرد. ضابطه کلی آن است که به تشخیص عرف عام، در پرتو نیاز موجود در آن معامله شرط‌های مورد نظر به گونه‌ای یکطرفه تنظیم شده باشد که قرارداد در شرایط زمانی عقد (unconscionable) باشد. هدف اصلی ماده آن است که از تحمیل نتیجه ظالمانه و از نتیجه غیرمنتظره غیرعادلانه جلوگیری کند" (مدرسی، همان).

فقدان تعریفی جامع و مانع و تفکیک تفسیر رسمی میان تحمیل ظالمانه و نتیجه غیرمنتظره غیرعادلانه، مفسران UCC را بر آن داشته است که میان unconscionability ماهوی که متضمن تحمیل است و unconscionability شکلی تفاوت بگذارند. به این معنا که گاهی احجاف و ظلم در محتوای عقد است قرارداد یا شروط قرار دادی به حدی گزاف و غیر عادلانه است که وضعیتی ظالمانه را بر طرف مقابل تحمیل می‌کند و گاه شرایط حاکم و زمینه‌ای که عقد در آن شکل گرفته است، یعنی اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد و قدرت معاملاتی طرفین و نحوه انعقاد قرارداد مورد توجه قرار می‌گیرد. در چنین وضعیتی که بی عدالتی شکلی محقق است و بی عدالتی ماهوی نیز فرض می‌شود.



باید توجه داشت که اگر چه مقررۀ UCC ناظر به عقد بیع است ولی در عمل ماده ۳۲۰-۲ با تنقیح مناط به همه قرار دادهای تعمیم داده شده است (همان).

با وجود این حقوق دانان اختلاف کرده اند که آیا تنها یکی از این دو عامل برای تحقق مفهوم قرارداد یا شرط ناعادلانه کافی است یا مجموع مرکب از آن دو لازم است.

نظر اکثریت آن است که اختلاف شرایط اقتصادی و معاملاتی طرفین بدون هیچگونه اشکال جنبی دیگر نباید به عنوان مستمسکی برای تعدیل یا ابطال عقد به کار رود. به همین دلیل، در حکم دادگاه استیناف ایالت اوهایو در پروندۀ Central ohio corp. Milk produce Inc. v. Rawland در سال ۱۹۷۲ قاضی می گوید: صرف یکطرفه بودن قرارداد برای تحقق unconscionability کافی نیست بلکه باید شروطی نیز مربوط به ریسک معاملاتی و تجاری آن معامله خاص در عقد گذاشته شده باشد.

بنابر آنچه گفته شد مطابق قاعده اصل آزادی قراردادهای و لزوم پایبندی به مفاد قرارداد ناشی از تراضی و با ملاحظه آرای قضایی، برای صدور حکم به فسخ یا تعدیل قرارداد ناعادلانه باید بی عدالتی ماهوی و شکلی محقق گردد هر چند وجود یا فقدان عدالت شکلی می تواند اماره بی عدالتی ما هوی باشد.

## ۲) اصول حقوق قرار دادهای اروپایی

این اصول نیز با الهام از پیشینه حقوقی در مورد unconscionability، مقررات نسبتاً جامعی در مواد ۱۰۹-۴ و ۱۱۰-۴ مقرر کرده است. در ماده ۱۰۹-۴ مقرر شده است:

۱- یکطرف قرارداد می تواند در صورتی که در زمان انعقاد قرارداد موارد زیر محقق شود قرارداد را فسخ نماید:

أ) اعتماد بر طرف دیگر داشته یا با طرف دیگر رابطه داشته باشد، در فشار اقتصادی بوده یا نیازهای ضروری داشته باشد، بی احتیاط، نا آگاه، و غیر مجرب بوده یا مهارت معاملی نداشته باشد.

ب) طرف دیگر از این وضعیت آگاهی داشته یا باید آگاهی می داشته است و با توجه به اوضاع و احوال و هدف قرارداد از موقعیت طرف قرارداد به شیوه ای بهره برد که به شدت غیر منصفانه بوده یا نفع مفرطی را تحصیل نماید.

۲- با تقاضای طرفی که حق فسخ قرارداد را دارد، دادگاه می تواند در صورت مقتضی قرارداد را به گونه ای منطبق بر شرایط حسن نیت و معامله منصفانه، تعدیل نماید.

۳- همچنین دادگاه می‌تواند قرارداد را با تقاضای کسی که اطلاعیه فسخ را به خاطر نفع مفرط یا امتیاز غیر منصفانه دریافت داشته تعدیل نماید، مشروط به این‌که فوراً پس از دریافت اطلاعیه و قبل از این‌که طرف دیگر بر اساس آن عمل کرده باشد به ارسال‌کننده، اطلاع دهد. (لندو، اصول حقوق قراردادهای اروپایی، ص ۳۳۲ به بعد). نکات زیر از ماده بالا استنباط می‌شود:

اول ( اصل لزوم قرارداد و امتیاز ناشی از غیر منصفانه بودن قرارداد

حقوق قرار دادها بر این امر اصرار نمی‌ورزد که معاملات منصفانه باشد به این معنا که تعهدات اجرایی طرفین متعادل باشد. به طور کلی نظر بر این است که طرفین بهترین قاضی و ارزیاب تعهدات مرتبط مبادلی خود هستند. با وجود این بسیاری نظام‌های حقوقی از تنفیذ قراردادهایی که تفاوت به شدت آشکاری در ارزش دو مورد معامله وجود دارد و این امر نتیجه ضعف معاملی یکطرف و نفع آگاهانه برای طرف دیگر باشد خودداری می‌کنند. ماده ۱۰۹-۴ این اصل را پذیرفته که قرار دادی که به یک طرف نفع افراطی داده و مستلزم نفع غیر منصفانه است ممکن است به تقاضای طرف متضرر فسخ یا تعدیل شود.

دوم ( ضعف یا نیاز فوری

اگر یک طرف قرارداد بتواند حتی در صورتی که قرارداد به ضرر او باشد از قرارداد طفره رود در حالی که دلیل روشنی بر این که چرا در زمان انعقاد قرارداد مواظب منافع خود نبوده وجود نداشته باشد این امر، سبب تزلزل بسیار در معاملات می‌شود. تنها در جایی باید حکم به جبران خسارت داد که شخص بتواند به ضعف و ناتوانی یا نیاز مبرم خود به عنوان سبب این امر اشاره کند. از جمله می‌تواند به این واقعیت اشاره کند که رابطه مبتنی بر اعتماد با طرف دیگر داشته و بر طرف دیگر برای دادن مشاوره اعتماد کرده و بر اساس نظر و تصمیم مستقل خود عمل نکرده است.

سوم ( آگاهی طرف منتفع

ماده ۱۰۹ - ۴ وقتی عمل می‌شود که نفع حاصله توسط یک طرف آشکارا در مقایسه با قیمت متعارف یا ما به ازای آن در معامله بیش از اندازه باشد. این واقعیت که کمبود کالای مورد نظر در بازار معمولاً منجر به قیمت‌های بالاتری می‌شود دلیل بر اعمال این ماده نیست اگر چه افزایش ناگهانی قیمت سبب نفع بالا و غیر طبیعی یک طرف قرارداد شود.

به عنوان مثال اگر در خلال سرمای ناگهانی در اوایل تابستان قیمت گوجه‌فرنگی به شدت افزایش پیدا کند و شخص ب با الف توافق نماید که با این قیمت از او گوجه بخرد، ب نمی‌تواند به دلیل این ماده قرارداد را فسخ کند اگر چه کشف شود که الف گوجه‌ها را پیش‌تر با قیمت بسیار پایین‌تر خریداری و در سردخانه نگهداری کرده

است. با وجود این، اگر یک طرف از جهل و نیاز دیگری استفاده کرده و قراردادی بشدت یکطرفه با وی منعقد نماید مشمول این ماده می‌شود.

همچنین در صورتی که شخص الف که فردی بیسواد بوده و تجربه معاملاتی نداشته برخی اموالش را رها کرده است و شخص ب با او تماس گرفته و پیشنهاد خرید آن را به قیمتی بسیار کمتر از قیمت واقعی بدهد و به آقای الف بگوید یا مال را باید فوراً بفروشد یا دیگر با او معامله نخواهد کرد و شخص الف نیز بدون مشورت با کسی با این پیشنهاد موافقت نماید. در این صورت شخص الف می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

در مثالی دیگر الف و خانواده اش در تعطیلات خود در خارج از کشور گرفتار تصادف ماشینی می‌شوند و شوهر الف بشدت مصدوم می‌شود و نیازمند معالجه فوری می‌گردد که در محل تصادف این معالجه میسر نیست. ب موافقت می‌کند که او را با آمبولانس به نزدیکترین بیمارستان بزرگ رسانده و قریب به پنج برابر قیمت معمول از او پول بگیرد. الف آنقدر ترسیده است که بدون گرفتن مظنه‌های دیگر قبول می‌کند. پس از پرداخت مبلغ مزبور متوجه حقیقت امر و قیمت واقعی می‌شود. در این وضعیت او می‌تواند جبران خسارت را تقاضا کند.

در همین مثال اگر الف کشف کند که ب مبلغی بیش از اندازه را تقاضا کرده ولی وضعیت به گونه‌ای است که تنها آمبولانس وی در دسترس است، باز می‌تواند جبران خسارت را بخواهد.

#### چهارم) نفع بشدت غیرمنصفانه

اگر مبلغ قرارداد بیش از اندازه نباشد ولی نفع شدید غیر منصفانه به طریق دیگری حاصل شود، این ماده اعمال می‌شود. قرارداد ممکن است نسبت به شخصی که از روی بد خواهی و شرارت آن را منعقد می‌کند غیر منصفانه باشد هر چند که قیمت قرارداد نامتعارف نیست.

به عنوان مثال الف بیوه زنی است که با چندین فرزندش در یک خانه بزرگ اما خراب در همسایگی ب زندگی می‌کنند ب مدتهاست تمایل خرید آن را دارد. الف با اعتماد بر مشاوره ب در امور تجاری اقدام می‌کند. ب خانم مزبور را تشویق می‌کند که منزل مزبور را به وی بفروشد و قیمت روز بازاری را به او پیشنهاد می‌نماید اما به او خاطر نشان نمی‌کند که با این مبلغ جایی مشابه برای زندگی پیدا نخواهد کرد. در این وضعیت الف می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

#### پنجم) شیوه‌های جبران خسارت

بنابر اصول قرارداد های اروپایی (pecl) صرف سود آوری شدید سبب نمی‌شود قرارداد قابل فسخ باشد. طرف متضرر می‌تواند قرارداد را به شکل تعدیل یافته ادامه دهد. به موجب بند ۲ ماده ۱۰۲ - ۴ دادگاه می‌تواند شروط منصفانه را جایگزین شروط ناعادلانه نماید. باید توجه داشت که این حکم چیزی بیش از حق فسخ جزئی مندرج در ماده ۱۱۶-۴ pecl است، زیرا بر خلاف ماده ۱۱۶ - ۴ جایگزینی شرط منصفانه را اجازه می‌دهد.

همچنین با توجه به اینکه فسخ کل قرارداد ممکن است برای طرفی که نفع حاصل کرده شیوه دیگری منجر به غیر منصفانه شدن گردد، دادگاه می‌تواند قرارداد را به تقاضای هر یک از طرفین تعدیل کند مشروط بر این که چنین کاری فوراً و قبل از این که ارسال‌کننده اطلاعیه فسخ بر اساس آن عمل کرده باشد، انجام شود. دادگاه نیز تنها در صورتی که این شیوه در اوضاع و احوال موجود متناسب باشد حکم به تعدیل می‌کند. مثلاً در مورد مثال (بیوه زن) تعدیل متناسب نیست.

علاوه بر فسخ یا جایگزین فسخ، طرف متضرر می‌تواند بر اساس ماده ۱۱۷-۴ درخواست جبران خسارت کند. میزان این خسارت محدود به مبلغی است که در قیاس با موقعیت قبل از انعقاد قرارداد زیان را مرتفع سازد.

ششم) جبران خسارت ناشی از ناعادلانه بودن قرارداد قابل استثناء نیست

حکم مقرر در ماده ۱۰۹-۴ در خصوص جبران خسارت ناشی از قرارداد با شرط غیرمنصفانه و ظالمانه محدود یا منتفی نمی‌شود. در واقع pecl این مورد را از زمره مقررات آمرانه می‌داند که شرط محدودیت یا استثنای آن بی اثر تلقی می‌شود. در ماده ۱۱۸-۴ این اصول مقرر شده است:

" ۱- جبران خسارات ناشی از تقلب، تهدید، و نفع فاحش یا نفع غیر منصفانه و حق فسخ شرط غیر منصفانه که به طور خاص و مستقل مورد مذاکره قرار نگرفته است قابل استثناء و محدودیت نیست.

۲- جبران خسارات ناشی از اشتباه و اطلاعات نادرست قابل استثناء و محدودیت است مگر آن‌که استثناء یا محدودیت مغایر با حسن نیت و معامله منصفانه باشد."

ماده ۱۱۰-۴ در مورد شروط غیر منصفانه‌ای که به طور خاص مورد مذاکره قرار نگرفته اند مقرر می‌کند:

۱- " اگر شرطی که به طور خاص مورد مذاکره واقع نشده بر خلاف شرایط حسن نیت و معامله منصفانه بوده و سبب عدم تعادل عمده در حقوق و تعهدات طرفین به زیان یک طرف شده باشد، طرف متضرر می‌تواند قرارداد را فسخ کند. در این امر ماهیت اجرا، همه شروط قرارداد و اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد ملاحظه می‌شود.

۲- این ماده در موارد زیر اعمال نمی‌شود:

الف) شرطی که موضوع اصلی قرارداد را مشخص می‌کند، مشروط بر این‌که شرط آشکار بوده و زبان قابل فهمی داشته باشد.

ب) ارزش تعهدات یک طرف در مقایسه با ارزش تعهدات طرف دیگر تعادل و برابری داشته باشد."

این مقرر قلمرو شروط عمومی دستور العمل جامعه اروپایی ۹۳/۱۳ در مورد شروط غیرمنصفانه قراردادهای مصرف‌کننده (۱۹۹۳) را به قراردادهای بین اشخاص خصوصی و قراردادهای تجاری گسترش و تسری داده است.

(<http://www.europesefesco.org/documents/directives>)

بر خلاف دستور العمل مزبور، اصول حقوقی قرار دادهای اروپایی فهرستی از شروط غیر منصفانه را بیان نکرده است. گفته می‌شود در قرار دادهای بین افراد حرفه‌ای فهرست کردن شروط به عنوان شروط غیر منصفانه ذاتی، به دلیل تنوع قرار دادهای تجاری، ناممکن است. فقدان فهرست، قضات و داوران را از الهام گرفتن از پیوست دستور العمل جامعه اروپایی در جایی که شرط عام ماده ۱۱۰-۴ را اعمال می‌کنند باز نمی‌دارد.

پیوست دستور العمل جامعه اروپایی شروط ذیل را به عنوان شروط غیر منصفانه تلقی می‌کند:

۱- شروطی که هدف یا اثر زیر را دارد:

أ) منتفی یا محدود کردن مسئولیت قانونی فروشنده یا تهیه کننده در صورت مرگ یا صدمه شخص مصرف کننده ناشی از فعل یا ترک فعل فروشنده یا تهیه کننده.

ب) منتفی کردن یا محدود کردن حقوق قانونی مصرف کننده در مقابل فروشنده یا تهیه کننده یا طرف دیگر در صورت عدم اجرای کلی یا جزئی یا اجرای نابرابر توسط فروشنده یا تهیه کننده نسبت به هر یک از تعهدات قرار دادی.....

ح) ایجاد توافقی الزام آور بر مصرف کننده در حالی که ارائه خدمات توسط فروشنده یا تهیه کننده تابع شرطی است که تحققش مبتنی بر اراده منفرد اوست.

د) فروشنده یا تهیه کننده مجاز شود در صورتی که مصرف کننده تصمیم به عدم انعقاد یا اجرای قرارداد دارد، پول پرداختی توسط مصرف کننده را نزد خود نگهدارد، بدون این که مقرر کنند مصرف کننده بتواند مبلغی معادل از فروشنده یا تهیه کننده در صورت فسخ قرارداد توسط آنها به عنوان خسارت دریافت کند.

ه) الزام مصرف کننده به این که در صورت خودداری از اجرای تعهداتش مبلغ بسیار زیادی خسارت بپردازد.

و) به فروشنده و تهیه کننده حق انحلال قرارداد به دلخواه داده شود و این حق به مصرف کننده اعطا نگردد یا به فروشنده یا تهیه کننده اجازه داده شود که مبلغ پرداختی توسط مصرف کننده را برای خدماتی که هنوز ارائه نشده در صورت انحلال قرارداد توسط خود آنها نزد خود نگهدارند.

ز) به فروشنده یا تهیه کننده حق فسخ در مدتی نامشخص بدون اطلاع دادن متعارف جز در مواردی که دلایل اساسی برای انجام چنین کاری وجود داشته باشد، داده شود.

ح) در صورتی که قرارداد دارای مدت مشخص به طور خودکار در جایی که مصرف کننده خلاف آن را تصریح نکند توسعه یابد و پایان مدتی که مصرف کننده بتواند قصدش را بر عدم توسعه اعلام کند به طور نامتعارفی زود باشد.

ط) مصرف کننده را ملزم به شروطی کند که او فرصت واقعی آگاه شدن از آنها را قبل از انعقاد قرارداد نداشته باشد.

ی) فروشنده و تهیه کننده مجاز باشند که شروط قرارداد را یکجانبه تغییر دهند بدون دلیل مناسبی که در قرارداد مشخص شده باشد.

ک) فروشنده و تهیه کننده بتوانند یکجانبه و بدون دلیل هر گونه ویژگی محصول یا خدمتی را که باید ارائه شود تغییر دهند.

ل) شرط تعیین قیمت در زمان تسلیم یا اجازه دادن به فروشنده کالا یا تهیه کننده خدمات برای افزایش قیمت آنها بدون این که در هر دو مورد به مصرف کننده حق مشابهی برای فسخ قرار داد در صورت بسیار زیاد بودن قیمت نهایی نسبت به قیمت مورد توافق در زمان انعقاد قرارداد داده شود.

م) دادن حق تعیین به فروشنده یا تهیه کننده در این مورد که آیا کالاها یا خدمات ارائه شده مطابق قرارداد هست یا نه، یا دادن حق انحصاری تفسیر هر شرط قرار دادی به آنها.

ن) محدودیت تعهدات فروشنده یا تهیه کننده به رعایت تعهدات ایجاد شده توسط نماینده آنان منوط به رعایت تشریفات خاص.

س) متعهد کردن مصرف کننده به انجام همه تعهداتش در جایی که فروشنده یا تهیه کننده تعهدات خود را اجرا نکنند.

ف) دادن امکان انتقال حقوق و تعهدات قرار دادی به فروشنده یا تهیه کننده بدون توافق مصرف کننده در حالی که این امر ممکن است تضمینات مصرف کننده را کاهش دهد.

ق) منتفی کردن یا منع کردن حق مصرف کننده برای اقامه دعوا یا اجرای هر گونه جبران حقوقی دیگر، بویژه الزام مصرف کننده به ارجاع دعاوی خود به داوری که مشمول مقررات حقوقی نیست و به طور غیر قانونی دلیلی را که می تواند ارائه کند نادیده گرفته یا بار مسئولیت اثبات که بر عهده طرف مقابل است بر عهده او گذاشته شود.

با توجه به مطالب بالا به نظر می رسد اصول حقوق قرار دادهای اروپایی PECL در مورد شروطی که به طور خاص و مستقل مورد مذاکره قرار نگرفته اند، دیدگاه دستورالعمل جامعه اروپایی در مورد شروط غیر منصفانه در قرار دادهای مصرف کننده را در مورد سایر قرار دادهای پذیرفته و تعمیم داده است. بنابر این اگر شرطی مغایر با حسن نیت باشد و سبب عدم تعادل فاحش در حقوق و تعهدات طرفین گردد قابل فسخ خواهد بود. اما شروطی که قیمت را معین کرده یا موضوع اصلی قرارداد را مشخص می کنند مشمول این حکم نخواهد بود ولی بر اساس ماده ۱۰۹ - ۴ قابل ملاحظه و بررسی هستند.

د) قرار دادهای شروط غیر عادلانه در حقوق ناشی از قرار دادهای اسلامی

مطالعه منابع اولیه و ثانویه نشان می‌دهد حقوق اسلامی در زمینه قراردادها به دنبال توزیع عادلانه ثروت است. اما پرسش این است که آیا قواعد حقوق اسلامی در این زمینه همگام با اصول عدالت مبادله‌ای و معاوضه‌ای است یا نه.

به نظر می‌رسد حقوق ناشی از قراردادهای اسلامی حقوق قراردادهای خاص است و فقها نظریه کلی قرارداد را مطرح نکرده و صرفاً قواعد عقود خاص مانند بیع و اجاره و غیره را بررسی کرده‌اند. با وجود این پل ارتباطی بین این قواعد قابل اعمال بر قراردادهای خاص و نظریه کلی قرارداد وجود دارد (مرآی، ج ۱، ص ۱۷-۲۰؛ قنوتی و سایرین، ص ۶۱، ۱۳۷۹؛ حسین حسن، «قراردادها در حقوق اسلامی»، *مجله مطالعات اسلامی*، ۱۳:۳، ص ۲۵۷).

فقهای اسلامی پیوسته قراردادها را تعریف و دسته بندی می‌کنند. وضعیت اراده طرفین قرارداد در حقوق اسلامی این است که اگر یک طرف اراده انعقاد قرارداد کند در واقع تعهدات ناشی از ماهیت قرارداد را خواسته است، هر چند دقیقاً نداند آن تعهدات چه بوده‌اند. ماهیت قرارداد نیز در پرتو هدف قرارداد تعریف می‌شود و شروط قرار دادی با توجه به آن هدفها معنا می‌شوند. از این رو طرفی که هدفی را می‌خواهد ایزار رسیدن به آن هدف را هم می‌خواهد.

شروطی که به طور طبیعی از نوع قرار دادی ناشی می‌شوند که طرفین منعقد کرده‌اند نه تنها مطابق اراده طرفین هستند بلکه عادلانه هم هستند. زیرا این شروط قرار دادی برای تضمین تعادل در تعهدات مرتبط طرفین است. البته این واقعیت فقط در مورد قراردادهایی است که به قول ارسطو قراردادهای معوض *onerous contract* و یا به تعبیری قراردادهای مغایبی هستند (طباطبایی یزدی، ص ۳۱۸، مکارم شیرازی، ۱۴۱۵، ص ۳۰۶؛ حسینی، ج ۷، ص ۱۱۷). اما اگر قصد طرفین این باشد که طرف دیگر بدون عوض از او نفعی ببرد این امر نشان می‌دهد که قصد طرفین، قرارداد مجانی است که تعادل و انصاف در آن مطرح نیست و در قلمرو اصل آزادی قرار دادی بدون محدودیت باقی می‌ماند.

بنابر دسته بندی چهار گانه کلسون بر مبنای حقوق اسلامی، قراردادهایی آمده که در پرتو نظریه عدالت معاوضه‌ای قابل توجیه است :

۱- بیع (تملیک عین در مقابل عوض) ؛

۲- هبه (تملیک عین بلاعوض) ؛

۳- اجاره (تملیک منفعت در مقابل عوض) ؛

۴- عاریه (تملیک منفعت بلاعوض) ؛

(کلسون، حقوق تجاری در کشورهای خلیج فارس: سنت حقوقی اسلامی، ص ۲۷-۱۷).

این تقسیم مشابه تقسیم توماس آکویناس در توضیح نظریه عدالت معاوضی است.

ه) رعایت تعادل در قرار دادها در حقوق اسلامی و در فقه اسلامی

قرآن کریم اصل عدالت را از هدف‌های اصلی تشریح دین اسلامی معرفی می‌کند و می‌فرماید: ولقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الکتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط. این اصل در فقه اسلامی بویژه فقه امامیه از جمله اصول محوری و نقش آفرین است و به اعتقاد برخی عالمان اسلامی معیار و میزانی برای فقاهت و استنباط‌های فقهی است. استاد مرتضی مطهری در این خصوص می‌نویسد: اصل عدالت از مقیاس‌های اسلام است که باید دید چه چیزی بر او منطبق می‌شود. عدالت در سلسله علل احکام است نه در سلسله معلولات (مطهری، ص ۱۴).

تأثیر این اصل را در بخش‌های مختلف فقه اسلامی می‌توان ملاحظه کرد. در قلمرو حقوق قراردادها نیز نقش آفرینی اصل مزبور نمایان است. به همین دلیل در این بخش نیز می‌توان ادعا کرد که برابری، عنصر محوری عدالت معاوضی است و عدالت معاوضی بسیاری از قواعد و نظریه‌ها و ساختار کلی قرار دادها در فقه اسلامی را تبیین می‌کند. این امر را می‌توان، به عنوان مثال، با اشاره به دو قاعده و دو اصل تبیین نمود:

دو قاعده مزبور عبارتند از:

۱- انتقال مالکیت با انعقاد قرارداد در عقد بیع یعنی با ایجاب و قبول؛

۲- قاعده استغلال ( بهره برداری غیر عادلانه ).

و دو اصل مورد نظر نیز عبارتند از:

۱- منع ربا؛

۲- منع غرر.

قاعده اول ( انتقال مالکیت، تصرف، و ضمان معاوضی

عنصر اساسی قرارداد بیع در حقوق اسلام انتقال فوری مالکیت از بایع به مشتری است (نجفی، جواهر الکلام، امام خمینی، ج ۵، ص ۵۷۵؛ بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۵۶). به محض انعقاد قرار داد، چه در اموال منقول و چه غیر منقول، مالکیت منتقل می‌شود. این امر تعهدی برای فروشنده بر تسلیم مبیع و تعهدی برای خریدار مبنی بر پرداخت ثمن ایجاد می‌کند.

ارتباط این امر با رعایت برابری و تعادل در قرارداد روشن است. دلیل این‌که خریدار متعهد به پرداخت ثمن است این است که او نمی‌تواند ثمن و مثن را در یک زمان در اختیار داشته باشد زیرا عدم این اقدام، عدم تعادل و نابرابری ایجاد می‌کند (شیخ طوسی، ج ۳، ص ۱۵۴؛ حسینی، پیشین؛ مراغی، ج ۲، ص ۴۵۵-۴۵۶). به همین دلیل در صورت تلف المبیع قبل القبض، خریدار الزامی به پرداخت ثمن ندارد.



همچنین اگر خریدار قیمت را به فروشنده ندهد، فروشنده تعهد به تسلیم مبیع ندارد (همان جاها). این تحلیل، هم بر مبنای کسانی قابل پذیرش است که حکم تلف المبیع قبل القبض را طبق قاعده تلقی می‌کنند و هم بر مبنای گروهی که این حکم را بر خلاف قاعده تفسیر می‌نمایند. (رک به: بلغة الفقیه، ج، ص ۱۵۶؛ مراغی، ج ۲، ص ۴۵۴؛ امام خمینی، ج ۵، ص ۵۷۵).

بیع سلم (بر اساس برخی دیدگاه‌های فقهی) یک استثنا از قاعده انتقال مالکیت به محض انعقاد قرارداد است، زیرا پیامبر به صراحت این معامله را اجازه داده است (حسین، حسن، پیشین).

هر چند قرارداد سلم مستلزم ربا و غرر است اما ضرورت‌های تجاری پذیرش آن را الزامی می‌کند. به همین دلیل فقیهان در قرارداد سلم درصدد محدود کردن خطرپذیری ربا و غرر بوده و شرائطی را برای این نوع عقد لازم می‌دانند (شافعی، الام، ج ۳، ص ۹۵؛ السید سابق، ص ۱۷۱). به عنوان مثال، نباید ثمن و مثن هر دو وجه رایج باشند و مبیع باید مثلی و موزون باشد و مانند این‌ها. اگر کالا در وقت مقرر داده شود اما معادل با آنچه توافق شده نباشد قرارداد اجرا نمی‌شود زیرا طرف قرارداد از زیان دیگری به نفع خود به دلیل عدم تعادل منفعت‌ها بهره می‌برد. بنا بر این فقه اسلامی از این جهت نیز به رعایت تعادل معاوضی توجه کرده و مبنای اجرا و عدم اجرای قرارداد را لزوم رعایت عدالت دانسته است.

قاعده دوم (استغلال و غبن): وقتی در قراردادی غبن وجود داشته باشد استغلال محقق می‌شود. بیشتر فقیهان اسلامی معتقدند منع استغلال مبتنی بر قاعده لاضرر است (شیخ انصاری، ص ۲۳۶؛ نجفی، ج ۲۳، ص ۴۲؛ امام خمینی، ج ۴، ص ۳۹۵؛ صدر محمدباقر، ص ۲۹۰؛ معروف الحسینی، ص ۲۲۸). بر اساس قاعده لاضرر باید تعادل بین حقوق طرفین قرارداد وجود داشته باشد و از رهگذر قراردادی بی‌دلیل عدم تعادل به هیچ‌یک از طرفین وارد نشود و استغلال نیز به دلیل چنین ناعدالتی در حقوق طرفین مطرح می‌شود. به نظر می‌رسد مبنای اخلاقی استغلال نیز چیزی جز رعایت تعادل و برابری نیست. البته، مذاهب فقهی در این خصوص اختلاف نظر دارند.

مالکی‌ها و حنفی‌ها معتقدند قرارداد در صورتی که با افراد بی تجربه و ناآگاه باشد یا در صورت عدم تعادل و سوء عرضه به دلیل استغلال فسخ می‌شود. به اعتقاد فقیهان شافعی و حنبلی عدم تعادل باید فاحش بوده (غبن فاحش) و همراه تقلب باشد (ابن قدامه، المغنی، ج، ص ۳۶-۳۷؛ وهبه الزحیلی، ص ۴۳۷؛ الجزیری، ص ۲۲۸؛ اس.ار.اینر، نظریه قراردادهای در حقوق اسلامی، ص ۲۵۶). اکثر فقیهان اسلامی برای تحقق غبن، تقلب و فریب را لازم نمی‌دانند اما غیر منتظره بودن نتیجه را شرط لازم تلقی می‌کنند. برخی مانند محقق نائینی خیار غبن را بر اساس شرط ضمنی تحلیل و بررسی می‌کنند. یعنی مبنای معاملات آن است که هر طرف در معامله کم و بیش معادل مالی که از دست می‌دهد به دست آورد و معامله در حکم شرط کردن تساوی است. از این رو، این مکاتب فقهی غبن را در استغلال لازم دانسته و معتقدند عدم تعادل باید فاحش باشد.

دلیل این امر چیزی جز این نیست که حقوق قرار دادهای اسلامی سعی بلیغ دارد تا قرار دادهای مبتنی بر تعادل منعقد شوند و طرفین متحمل ضرر فاحش نشوند. جعل اختیارات در این وضعیت برای جبران چنین زیان‌هایی است. ممنوعیت ربا و غرر در فقه اسلامی نیز لایه‌های دیگری برای حمایت از تعادل قراردادی اضافه می‌کنند (شیخ انصاری، ص ۱۸۸؛ امام خمینی، ج ۱، ص ۵۳۷).

از جمله مستندات ممنوعیت ربا، آیات قرآن است. به عنوان مثال در آیه ۳۹ سوره روم آمده است "و ما آتیتم من ربا لیربو فی اموال الناس فلا یربو عندالله..." بر اساس این آیه به صراحت دلیل ممنوعیت ربا عدم برابری دانسته شده است. این در حالی است که در فقه اسلامی اصل آزادی قراردادی به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است. همچنین در آیه ۱۳۰ سوره آل عمران آمده است: "یا ایها الذین آمنوا لا تاکلوا الربا اضعافا مضاعفه..." در این آیه نیز عدم تعادل مبنای نهی از ربا تلقی شده است.

در حقوق اسلامی بر این امر اتفاق نظر وجود دارد که ربا الفضل و ربا النسیئه توسط پیامبر ممنوع شده است. منظور از ربا الفضل این است که در عقد بیع یکی از عوضین بیش از دیگری باشد در مقابل ربای نسیئه به معنای بیع مدت دار (محمد رشید رضا، ص ۴۸ به نقل از: قسطلانی فی شرح البخاری، کتاب البیوع، ج ۴، ص ۲۲). البته فقیهان حنفی در مورد ربا الفضل با فقهای مالکی و شافعی متفاوتند. حنفی‌ها معتقدند هر معامله‌ای که مبتنی بر تعادل و برابری منعقد نشود ممنوع است اگر چه دو کالا از یک جنس نباشند. در مقابل برخی دیگر بر این باورند که در ربا الفضل زیادی ارزش تبادلی منافع متقابل به دلیل نابرابری بین کالاهایی از یک نوع (طلا و نقره) و با یک کمیت مطرح است.

این رشد مالکی معتقد است که فقط ربا النسیئه حرام است و ربا الفضل در صورت ضرورت مجاز است. این دیدگاه‌ها صرف نظر از اختلاف در حکم، مبین این امر هستند که مبنای حرمت در معاملات معاوضه‌ای حفظ تعادل و برابری است. نمی‌توان پذیرفت در یک قرارداد معوض که عوضین از یک جنس بوده و علی القاعده باید برابر و معادل باشند، یکی از طرفین بیشتر از طرف دیگر نفعی تحصیل کند (ابن قدامه، ۱۴۰۸، ص ۵۲؛ الجزیری، ص ۱۹۲ و ۲۰۱؛ زحیلی، ص ۴۱۱). همین مبنا در مورد غرر نیز مطرح می‌شود. ظاهراً دلایل مربوط به منع غرر به منع پیامبر از معامله تلقی الرکبان بر می‌گردد. اگر تجار شهری به خارج از شهر رفته و از تجار و قبایل کالاهای را با قیمت کمتر از مقدار واقعی خریداری کنند و از جهل آنها نسبت به قیمت واقعی استفاده و بهره برداری نمایند معامله‌شان به دلیل غرر مخدوش خواهد بود. در واقع شارع از افراد ضعیف یا کم اطلاع و جاهل حمایت می‌کند.

آیه ۲۱۹ سوره بقره و آیه ۹۱ سوره مائده در منع "میسر" (قمار) از مبانی منع غرر تلقی شده‌اند. برای جلوگیری از ورود زیان ناشی از معاملات مبتنی بر ریسک و احتمال و مبهم، قواعدی مقرر شده که افراد آگاه از

عوضین باشند و الاً معامله صحیح نخواهد بود. وجود ابهام در قرارداد سبب می‌شود شخص نتواند سود یا زیان خود را تشخیص دهد.

تمام مطلب این است که یک طرف مشخصاً از قرارداد نفع می‌برد در حالی که طرف دیگر ممکن است نفع یا زیان ببرد (که این امر خود عدم تعادل آشکاری است). در واقع در صورتی که منفعت یکی از طرفین بر خلاف طرف دیگر مبتنی بر شانس باشد این امر عدم تعادل در قرارداد تلقی می‌شود. از این رو، در مقابل کسانی که می‌گویند مبنای غرر فقدان موضوع معامله است و نیز در مقابل کسانی که جهل را به عنوان عاملی در غرر نمی‌شناسند دیدگاه کسانی قابل پذیرش است که می‌گویند غرر در بیع سبب ضرر خریدار می‌شود و در نتیجه جهلی است که قیمت یا مبیع را تحت تأثیر قرار می‌دهد. اگر علم به وجود قیمت و ویژگی‌های آنها و مبلغ معین وجود داشته باشد و طرفین کنترل مطلوبی بر عوضین جهت تحقق مبادله داشته باشند و تاریخ اجرای آینده مشخص باشد غرر منتفی است. از این نکات استنباط می‌شود که مبنای حرمت غرر تمایل به تضمین تعادل در معاملات معاوضی است.

یکی از عالمان اسلامی در کتاب *نضد القواعد الفقهیه* در مورد ضرورت رفع ابهام از مورد معامله می‌گوید: "این مسأله از مسائلی است که در آن حق الناس و حق الله در هم آمیخته است. غرر و ربا دو مقوله‌ای هستند که شارع به خاطر این که اموال مردم از بین نرود آنها را تحریم کرده است." از این تعبیر نیز استفاده می‌شود که عدم تعادل و نابرابری منافع طرفین قرارداد مبنای بطلان عقد به دلیل غرر است (مقداد بن عبدالله سیوری، *نضد القواعد الفقهیه*، ص ۳۰۲).

همچنین از برخی احکام فقهی دیگر توجه فقه اسلامی به رعایت تعادل در معاملات معاوضی استنباط می‌شود. در اینجا برخی از این احکام را بررسی می‌کنیم.

#### ۱- فضل المال بالعوض

اگر یک طرف قرارداد به طور غیر عادلانه مالی بیش از مقدار مالی که به طرف دیگر منتقل کرده به دست آورد اگر طرف دیگر از شرایط معامله به نحوی به نفع خود سوء استفاده کرده باشد که عرف آن را ظالمانه بداند چنین معامله‌ای در برخی از مذاهب فقهی باطل دانسته شده است.

#### ۲- بیع المضطر یا بیع الاجاء یا بیع المضغوط

در صورتی که یکی از طرفین قرارداد چاره‌ای جز انجام عقد نداشته باشد در صورتی که قرارداد به طور فاحش به زیان یک طرف باشد در برخی از مذاهب اسلامی قابل ابطال دانسته شده است.

#### ۳- معاملات سفهی

اگر کسی سفیه نباشد ولی یک بار در زندگی تصرف غیر عقلایی در مال خود کند این معامله سفیهی است. معامله کننده به این مقدار سفیه نمی‌شود تا معامله او غیر نافذ گردد. مانند این‌که کسی به دیگری وکالت دهد تمام اموال او را در صورتی که بخواهد به خود یا دیگران منتقل کند. این وکالت و معاملات مبتنی بر آن سفیهی بوده و فاقد اثر حقوقی است. بنابر این ضابطه سفیهی بودن معاملات این است که به گونه‌ای واقع شوند که مورد اعتنا و توجه متعارف مردم نباشند. از این رو، انتقال مال خود به دیگری بدون عوض مادی و معنوی، مجهول بودن عوضین در بیع به گونه‌ای که عقلا اقدام به چنین بیعی نکنند، شرط اجل بسیار طولانی برای پرداخت ثمن، و توافق بر مهریه های سنگین از مصادیق تصرفات سفیهی بوده و همگی محکوم به بطلان می‌باشند. می‌توان از ماده ۳۴۸ قانون مدنی و بند ۲ ماده ۲۳۲ و ماده ۵۷۰ قانون مدنی این حکم را استنباط نمود (جعفری لنگرودی، ص ۵۶۲-۵۶۳). در آثار فقیهانی مانند صاحب جواهر، میرزای قمی، محقق نائینی و سید محمد کاظم طباطبایی نیز می‌توان چنین حکمی را برای معاملات سفیهی ملاحظه نمود (نجفی، جلد ۴، صفحه ۶۸ - ۷۷ - ۷۸؛ میرزای قمی، صص ۱۱۴-۱۳۴-۱۴۳-۱۴۹-۱۵۰-۱۶۸-۱۹۷-۱۹۸-۱۹۹؛ نائینی، ج ۱، ص ۳۴۰؛ طباطبایی یزدی، ص ۱۱۳). یکی از فقیهان معاصر در فتوایی تعیین ده هزار سکه بهار آزادی را برای مهریه، سفیهی و باطل دانسته است (مکارم شیرازی). اندیشه رعایت تعادل بین عوضین در عقود معاوضی را می‌توان به عنوان مبنای اساسی بی اعتباری معامله سفیهی دانست.

## نتیجه

با توجه به دلایل و مبانی فقهی معلوم می‌شود فقه اسلامی در قلمرو عقود معاوضی به اصل عدالت معاوضی توجه داشته است. قابلیت فسخ یا ابطال معامله‌ای که دارای نوعی عدم تعادل در عوضین است (مانند: غبن، تلقی الرکبان، ربا، بیع المضطر بنابر برخی دیدگاه‌ها و معامله سفیهی) بدون توجه به اصل عدالت معاوضی از قابلیت توجیه کمتری برخوردار است. بنابر این می‌توان ادعا کرد که فقیهان دست کم در برخی استنباطات خود اصل عدالت را به عنوان یکی از اصول مبنایی استنباط احکام در نظر داشته‌اند. با وجود این، از موازین و مبانی فقهی به روشنی نمی‌توان استنباط کرد که اصل عدالت به عنوان یک اصل کلی حاکم بر تمام احکام و قواعد حقوقی از جمله حقوق قرار داده‌ها مورد توجه بوده است. به همین دلیل استاد مرتضی مطهری می‌گوید: با این همه تأکید که در قرآن کریم بر روی مسأله عدالت اجتماعی شده است، یک قاعده و اصل عام از آن استنباط نشده است... (مطهری، ص ۱۴). بنابر این می‌توان ادعا کرد که فقیهان قاعده عدالت را از زمره قواعد فقهی حاکم در معاملات تلقی نکرده‌اند. از این رو، در فقه اسلامی اصل آزادی قرارداد. به عنوان اصل عمومی حاکم بر قراردادهاست و جز در موارد استثنایی و بر اساس نصوص شرعی قلمرو این اصل محدود نشده است. نمی‌توان از احکام خاص مقرر در مورد معاملات غبنی،

سفهی، ربوی و غرری و مانند آن اصل عدالت معاوضی را به عنوان نظریه کلی حاکم بر حقوق قراردادها استخراج نمود. استاد مرتضی مطهری از جمله دلایل این کم توجهی را دو مصیبت می‌داند. وی می‌گوید: برای اسلام و مقررات عادلانه اسلام دو مصیبت پیش آمد یکی از طرف حکام و خلفا و یکی از طرف علما که مفسر این قانون بودند. غالباً آنچه از طرف معاویه‌ها و عبدالملک‌ها و منصور و هارون‌ها بوده گفته‌اند، اما [مصیبت دوم] مصیبتی [است] که علما یعنی اشاعره وارد کرده‌اند. بنابر این چنان‌که استاد مطهری می‌گوید از جمله موانع تأسیس یک اصل بنیادین در فقه اسلامی نگاه اشعری گرایانه به فقه است. همچنین می‌توان شیوه‌ها و ابزارهای استنباط رایج را نیز از جمله عواملی دانست که در ایجاد اصل کلی عدالت پشتیبانی نمی‌کنند. اگر بنا باشد عدالت در سلسله علل احکام مورد توجه باشد نه در سلسله معلولات، فقدان اصل بنیادین عدالت را باید در کارآمدی ناقص ابزارهای استنباط نیز جستجو نمود.

در نظام حقوقی کامن لو (common law) از جمله قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، اصل آزادی قراردادی به عنوان اصل کلی حاکم بر حقوق قراردادها پذیرفته شده است و تنها در صورت تحقق بی‌عدالتی ماهوی و شکلی این اصل کلی تخصیص پیدا می‌کند. به نظر می‌رسد تفاوت نظام حقوق اسلام با نظام حقوقی کامن لودر این است که در نظام حقوقی اسلام قاعده و حکم کلی در خصوص قراردادهای ناعادلانه وجود ندارد و در هر مورد باید به مورد نص توجه نمود در حالی که در نظام کامن لو قراردادهای غیر عادلانه بطور کلی از قلمرو اصل کلی آزادی قراردادی خارج می‌شوند. همین حکم را می‌توان به اصول حقوق قراردادهای اروپایی نسبت داد.

با وجود این، توجه به موازین اسلامی در خصوص عدالت معاوضی (در مواردی که اصل عدالت مورد توجه قرار گرفته است) ما را در ارائه ضابطه‌ای مناسب، روشن و غیر مبهم برای تعمیم و شمول unconscionability در نظام حقوقی کامن لو یاری می‌دهد. به کمک فقه اسلامی می‌توان تحقق unconscionability را مشروط به دو شرط نمود:

- ۱- به هم خوردن رابطه طبیعی معاملی در اصل عقد یعنی به دست آمدن سود بدون انتقال ارزش مشابه و مساوی (فقه اسلام).
- ۲- طرف قوی تر بودن و به دست آوردن سود زاید در یک معامله نامتعارف از نظر موقعیت متعاملین (کامن لو).

در برخی از متون فقهی آمده است که قاضی باید دقت کند که آیا:

- ۱- یکی از طرفین از درک و فهم صحیح و روشن شرایط عقد عاجز بوده است یا نه؟
- ۲- نتیجه حاصله غیر قابل پیش بینی بوده است؟
- ۳- میزان کنترل متعاقدین بر حصول نتیجه غیر قابل پیش بینی چقدر بوده است؟

- ۴- رابطه نتایج غیر منتظره با سایر شروط قرار دادی چگونه بوده است؟
- ۵- توزیع سود میان متعاقدين در عقودی مانند شرکت و مضاربه عادلانه بوده یا غیرناعادلانه.
- ۶- آیا انتظار بهره در مورد معامله عقلائی بوده است یا نه؟ (رک. به مدرسی، پیشین).
- این ضابطه‌های عینی در فقه اسلامی و نیز ضابطه‌های عینی مقرر در اصول حقوق قراردادهای اروپایی و دستورالعمل اروپایی ابهام موجود در نظریه unconscionability را تا حد زیادی مرتفع می‌سازد.

### منابع

- ابن قدامه، المعنی، قاهره، هجر للطباعة والنشر، ۱۴۰۸ ق.
- بحرالعلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، بنیاد استاد، ۱۳۵۷.
- حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الكرامة، قم، مؤسسه آل البيت، [بی تا].
- خمینی، روح الله، البیع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- رشید رضا، محمد، الربا فی المعاملات فی الاسلام، بیروت، ۱۹۸۶.
- السید سابق، فقه السنة، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ ق.
- سیوری، مقداد بن عبدالله، ضد القواعد الفقهیه، قم، کتابخانه مرعشی، ۱۴۰۳ ق.
- صدر، سید محمد باقر، قاعدة لا ضرر ولا ضرار.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، سئوال و جواب، به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
- \_\_\_\_\_، حاشیة المكاسب، قم، مطبوعات اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- طوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، تهران، ۵۲۷۷.
- قنواتی، جلیل و سایرین، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، سمت، ۱۳۷۹.
- مدرسی، حسین، «جلوگیری از سوء استفاده احد متعاملین از اضطرار طرف دیگر»، مجله نامه فرهنگ، ش اول.
- مراغی، میر فتاح، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- مطهری، مرتضی، مبنای اقتصاد اسلامی، انتشارات حکمت، ۱۴۰۹ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۵ ق.
- معروف الحسینی، هاشم، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، بی جا، دارالغد، [بی تا].
- میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، چاپ خوانساری، ۱۳۲۴ ق.
- نائینی، محمد حسین، منیة الطالب، نجف، مطبعة المرتضویه، ۱۳۵۸ ق.

نجفی، حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، [بی تا].  
وهبة، زحیلی، *الفقه المالکی*، دمشق، ۱۴۲۶ ق.

الجزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، ۱۴۲۴ ق.

Aristotle, *Nicomachean Ethics 5* in R.McKeon, *The Basic Works of Aristotle*, New York, 1941.

Atiyah, p. s., *The Rise and Fall of Freedom of contract*, Clarendon press, oxford, 1988.

Beal , Hugh , Hartkamp Arthur , kotz Hein , Tallon Denis , *Contract law* , Hart publishing , 2002.

Bryan. A. Garner, *Black's law dictionary*, west publishing, 1990.4) Coulson, N.J., *commercial law in the states the Islamic tradition*, London, 1984.

Grotius , *De Jure Belli et pacis*, vol 2, clarendon press, oxford, 1925, p, 348 et seq.

Hussein Hassan, J, *Introduction to Islamic law*, oxford, 1964.

[Http: //www. Europafesco. Org / Documents / Directives](http://www.Europafesco.Org/ Documents / Directives).

James Gordley, *The philosophical Origins of Modern Contrac Doctrinc*, Clarendon press, 1991.

Lando, ole, Beale Hugh, *Principles of European contract law*, Kluwer law International, 2000.

Markesinis Basil, Unberath Hannes, Johnston Angw, *The German Law of Contract*, Hart publishing 2006.

Marsh. Peter, *Comparative Contract Law, England, France, Germany*, Gower, 1994.

Rayner, S.E., *The Theory of Contracts in Islamic Law*, London, 1991.

Pothier, *Traite du Contract de Vent*, part II, ch, p. 251.

Robyn L. meadows, "Unconscionability as a Contract Policing Device for the Elder Client: How useful is it?" *Akron Law Review*, no 38, 2005.

Schacht, J, *Introduction to Islamic Law*, oxford, 1964.

Seana Valentine Shiffrin, *Paternalism, "Unconscionability Doctrine and Accommodation"*, *Philosophy and Public Affairs*, vol 29, no 3, 2000.

Von Mehren and Gordley, *The Civil Law System*, 2 nd, little Brown and Co, Boston 1977.

Zimmermann, Reinhardt, *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Juta, Cape Town, 1990.

contracts; and only if essential and formal injustice is involved, this general principle is designated.

**Keywords:** contractual (*mu'āwāḍi'* = commutative) justice, contract freedom, fair conditions.



## Principle of Contract Freedom: Contracts and Contractual Conditions

Dr. Jalil Qanawāti, Assistant Professor

Tehran University, Qum Pardis

The principle of justice is among the basic principles of Islamic law, particularly, in the law of contracts. Different legal systems establish and renew legal rulings in numerous cases through this principle. In fact, the essential and formal justice in these legal systems prevents injustice and unfair and tyrannical procedures by designation of the principle of contract freedom. It is tried in this article to take a look at some legal systems, the American Uniform Commercial Code (U.C.C), and the Principles of European Contract Law (PECI) and compare them to Islamic law.

We believe that in Islamic law the jurists have, at least in some of their inferences, considered the principle of justice as one of the basic principles for inference of rulings. However, we cannot clearly imply from the legal standards and fundamentals that the principle of justice has been taken as a general principle governing all the legal rulings and regulations, including the law of contracts. We also contend that in the common law system, including the American Uniform Commercial Code, the principle of contract freedom is accepted as a general principle governing the law of

## Types of Generalities in Principles of Jurisprudence

Dr. Asadullāh Fallāhī, Associate Professor

Zanjan University

*M*uslim logicians and the scholars of jurisprudential principles have identified several types of generalities and named them as "false generality", "summation generality", and "exhaustive generality". In this article, we intend to compile as per our capacity the viewpoints of the legal theorists and analyze them with a historic-analytic discourse. First, we study the historical background of the issue in the works of the Muslim logicians and early legal theorists. In this period, types of generalities have neither a well-established terminology nor accurate definitions. In the second period, which starts from the time of Shaykh Bahā'ī and continues to the present time, the situation is totally different, and many definitions, discussions, and disputations concerning types of generalities take place. In this article, we will report on these definitions, disputations, and their categorizing, and in some cases we will judge between the disputing parties.

**Keywords:** summation generality, exhaustive generality, false generality, absoluteness, universal quantifier, partial quantifier.

Mujtabā Waliullāhī, M.A. in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic law

Ferdowsi University of Mashhad

*I*n the *uṣūlī* classic viewpoint, the major support for the authenticity of the attitude of the intellectual (*sīrat al-‘uqalā*) is the enjoyment of the Infallibles (*ma‘ṣūmīn*)'s attestation. Accordingly, a great number of legal theorists (*uṣūlīs*) have propounded the contemporaneity of the attitude of the intellectual with the era of the infallible. After elucidation of the three viewpoints of the legal theorists concerning the necessity of attestation, achievement of non-hindrance , and the sufficiency of the non-affirmation of hindrance (*rad’*), this research has tried, by presenting six solutions and through casting doubt on the preconditions of the necessity of contemporaneity of attitude (*sīra*), to find a way towards the generalization of the authenticity of the attitude of the intellectual to the attitudes originated in eras following the era of the Infallible and to take a step forward in the solution of the intricate problem of newly-appeared attitudes and the expansion of the efficiency of attitude in legal inference according to contemporary demands.

**Keywords:** attitude of the intellectual, non-hindrance, attestation, newly-appeared attitude, rational reliance.

Psychological intention and phenomenological intention; 2. Semantic intention, categorical intention, motivational intention; 3. Real intention and hypothetical intention; 4. Inner intention and outer intention. Then, different types of intentionalism are distinguished from each other and explained. Intentionalism can be divided into: 1. Semantic intentionalism and exegetical intentionalism; 2. Real intentionalism and hypothetical intentionalism (real intentionalism includes any of A. extremist or B. moderate; and hypothetical intentionalism includes any of A. main or B. epochal); 3. Exclusive intentionalism and inclusive intentionalism. In light of these distinctions, the commonalities and differences of Western intentionalism and Shī'ī intentionalism are clarified.

**Keywords:** hermeneutics, real and hypothetical intentionalism, moderate and extremist intentionalism, exclusive and inclusive intentionalism, main and epochal intentionalism.

**Study of the Precondition for the Contemporaneity of the  
Attitude of the Intellectual with the Era of the Infallibles  
(Study of the Ways to Generalize the Authenticity of the Attitude  
of the Intellectual to the Newly-Appeared Attitudes)**

**Dr. Muḥammad Taqī Fakhla'ī**, Assistant Professor  
Ferdowsi University of Mashhad

this hypothesis, which are not strong enough. Third hypothesis: Since the beginning it had been obligatory upon His Holiness and remained obligatory to the end; the details of the reasons for this view are dealt with in this article.

**Keywords:** nocturnal prayer (*tahajjud*), obligation, preference, supererogatory, abrogation.

### **Hermeneutics and Principles of Jurisprudence: A Glance at Types of Intentionalism in the West and its Comparison with Exegetical Viewpoints of Shī'a Legal Theorists**

‘Alīriḍā ‘Ābidī Sarāsiyā, Ph.D. Student of Jurisprudence and  
Fundamentals of Islamic Law

Ferdowsi University of Mashhad

Dr Muḥammad Ṣādiq ‘Ilmī Sūlā, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

Dr Muḥammad Kāẓim ‘Ilmī Sūlā, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

The famous theory concerning the meaning and interpretation of text is called "intentionalism" which says: "The meaning or interpretation of a work is related to the intention of the creator of the work or is delimited and determined by it." In this article, first, the most important intentions are examined, including: 1.

## An Exploration into the Holy Prophet (S.A.W.)'s Midnight Prayer

Dr. Sayyid Jawād Khātāmī, Ph.D. Graduate in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law

Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sayyid Riḍā Mūsawī, Assistant Professor

Ferdowsi University of Mashhad

*T*his article addresses the ordinance of midnight prayer (*ṣalāt al-layl*) upon the Holy Prophet (S.A.W.). Given the verses of the Qur'an and the traditions related from the Shī'as and the Sunnīs as well as the sayings of the Shī'a and Sunnī interpreters and jurists about the Apostle of Allah (S.A.W.)'s midnight prayer, the following three hypotheses can be proposed:

First hypothesis: Midnight prayer has, from the beginning, been preferable to the Prophet (S.A.W.), for which four reasons are given, which are weak. Second hypothesis: Midnight prayer has, in the beginning, been obligatory to the Prophet (S.A.W.) and his companions, but later its obligation has been abrogated and remained as preferable. Four reasons have also been presented for

propounded by Shaykh Ṭūsī in his *Al-Khilāf* and *Al-Mansūṭ*, following the Sunnī's example. As one of the dignitary figures in the history of Imāmī jurisprudence, Shaykh Ṭūsī has played a great role in the qualitative and quantitative development of jurisprudence. Adopting a historical methodology, the researcher raises the following questions and deliberates on Shaykh Ṭūsī's arguments: Why did Shaykh Ṭūsī not make reference to "consensus" (*ijma'*) in this issue? Why did Shaykh Ṭūsī not make reference to the outer aspect of the noble *āya*: ﴿Men are managers of the affairs of women﴾? [The Qur'an, 4: 34] To what extent is the historical validity of the *ḥadīth* referred to by Shaykh Ṭūsī? How analyzable is the principle of "non-fabrication of judgment" for a woman, which forms her most significant reason?

Concentration on how to raise the issue, arrangement of the data, presentation of the fundamentals, and the achieved results of this issue, provide a suitable "form" for dealing with the "content" and analysis of the issue according to basic principles by the method of Jawāhirī jurisprudence in other jurisprudential discourses and issues.

**Keywords:** judge appointment, women, jurisprudence, Shaykh Ṭūsī, judgment, historical background.

Given the direct and indirect destructive effects that these activities, especially of the second type, have on the economic networks of societies, besides the above-mentioned misconceptions, the most important title that can be taken into consideration by the Islamic state in delimiting it is the secondary decree of preserving the ruling system and its expedience. While referring to various types of marketing networks, this article addresses their legitimacy or illegitimacy. What we can say is that network marketing is not legitimate due to its consuming property wrongfully, gambling, uncertainty, and disruption in the system and is propounded as an unlawful (*ḥarām*) occupation, which ends up in invalidity.

**Keywords:** network marketing, *ju'āla* (hire), *ṣulḥ* (conveyance), consuming property wrongfully, uncertainty, gambling, secondary decree.

### Appointment of Women as Judges in Shaykh Ṭūsī's Jurisprudence – Tracing the Roots and Analysis

Dr. 'Alī Tavallā'i, Assistant Professor  
Faculty of Humanities, Yazd University

*T*he issue of appointing women as judges was first explicitly



## ABSTRACTS

### Legal Considerations Concerning Network Marketing

Dr. 'Alī Akbar Īzadīfar, Associate Professor

Mazanderan University

Muḥammad Qanbarzāda, M.A. in Jurisprudence and Islamic Law

Mazanderan University

Network marketing is a new method in today's trading, which can be studied as an independent transaction, although there might be some similarities between such topics as *ijāra* (lease), *ju'āla* (hire), *ṣulḥ* (conveyance), and network marketing.

In various network marketing projects, there are suspicions like chance, taking risks, deception, lack of attempt in earning an income, and withdrawal of capital from the country; thus, such doubts as gambling, consuming property wrongfully, and uncertainty of these transactions are put to discussion; especially in the types of transactions whose cycles are defined without exchange of goods or exchange of luxurious goods with unreal

## Table of Contents

|   |     |
|---|-----|
| <b>Legal Considerations Concerning Network Marketing</b>  | 9   |
| Dr. ‘Alī Akbar Īzadīfar - Muḥammad Qanbarzāda   |     |
| <b>Appointment of Women as Judges in Shaykh Ṭūsī's Jurisprudence –<br/>Tracing the Roots and Analysis</b>   | 29  |
| Dr. ‘Alī Tavallā’ī  |     |
| <b>An Exploration into the Holy Prophet (S.A.W.)’s Midnight Prayer</b>  | 49  |
| Dr. Sayyid Jawād Khātāmī - Dr. Sayyid Riḍā Mūsawī   |     |
| <b>Hermeneutics and Principles of Jurisprudence: A Glance at Types of<br/>Intentionalism in the West and its Comparison with Exegetical Viewpoints<br/>of Shī’a Legal Theorists</b>   | 67  |
| ‘Alīriḍā ‘Ābidī Sarāsiyā - Dr Muḥammad Ṣādiq ‘Ilmī Sūlā - Dr<br>Muḥammad Kāzīm ‘Ilmī Sūlā   |     |
| <b>Study of the Precondition for the Contemporaneity of the Attitude of the<br/>Intellectual with the Era of the Infallibles (Study of the Ways to Generalize<br/>the Authenticity of the Attitude of the Intellectual to the Newly-Appeared<br/>Attitudes)</b> | 85  |
| Dr. Muḥammad Taqī Fakhla’ī - Mujtabā Waliullāhī   |     |
| <b>Types of Generalities in Principles of Jurisprudence</b>   | 105 |
| Dr. Asadullāh Fallāhī   |     |
| <b>Principle of Contract Freedom: Contracts and Contractual Conditions</b>  | 135 |
| Dr. Jalīl Qanawātī  |     |
| <b>Abstracts of the Papers in English Language</b>  | 167 |



*In the Name of Allah*



## Islamic Studies

A Quarterly Reesearch Journal of  
The Faculty of Theology and Islamic Studies

Issue 85/1, Autumn & Winter 2009-2010

ISSN 1010-4992

### License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

**Editor in Chief:** Dr. M.T. Fakhla'i

### Editorial Board

**Dr. A. A. Īzādīfard**

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

**Dr. Ā. Baqirī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence,  
Tehrān Univ

**Dr. M. H. Hā'irī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. H. Sābirī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. M.T. Fakhla'i**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

**Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād**

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

**Dr. H. Mihrpūr**

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

**Dr. H. Nāsirī**

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

### Translation of Abstracts

A. Rezwani

**Printing & Binding:** Ferdowsi University  
Press

**Circulation:** 500

**Price:** Rs 8000

### Address:

Faculty of Theology  
University Campus  
Azadi Sq.  
Mashhad – Iran

**Post Code:** 9177948955

**Tel:** (+98511) 8834909

**Fax:** (+98511) 8834909



ISSN 2008-9139

**ISLAMIC STUDIES**

# **Islamic Jurisprudence & Its Principles**

The Research Journal  
of the Faculty of Theology and Islamic Studies  
Issue 85.1, Autumn & Winter 2010-2011